



maj-czerwiec

5-6/2007

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





maj–czerwiec

5–6/2007

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Rok LII nr 593–594

Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor Naczelny:
Stanisław Mikke

Kolegium:
Zbigniew Banaszczyk
Lech Gardocki
Andrzej Marcinkowski
Marek Antoni Nowicki
Lech K. Paprzycki
Krzysztof Piesiewicz
Stanisław Rymar
Krzysztof Pietrzykowski
Andrzej Tomaszek
Andrzej Warfołomiejew
Witold Wołodkiewicz
Józef Wójcikiewicz
Stanisław Zabłocki

Redaktor techniczny:
Hanna Orłowska-Bernaszuk

Projekt okładki:
Wiktor Jędrzejec

Wydaje
Naczelna Rada Adwokacka
Warszawa

Adres Redakcji:
00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16
tel./fax 022 8312778, 022 5052534,
022 5052535
e-mail: redakcja@palestra.pl
Internet: www.palestra.pl

Opracowanie graficzne, fotoskład i druk:
Agencja Wydawnicza MakPrint
Warszawa, ul. Dyliżansowa 1
tel./fax: 022 814 39 25
Ark. wyd.: 29,4. Papier: III Offset, 80 gr.
Nakład: 7000 egz.

ISSN 0031-0344
indeks 36851

SPIS TREŚCI



Wojciech Robaczyński , dr UŁ (Łódź)	
Kontrowersje wokół pojęcia ruchu pojazdu (art. 436 k.c.)	9
Witold Borysiak , Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa (Warszawa)	
Zastrzeżenie kary umownej a kompensacja niemajątkowych uszczerbków wierzyciela	17
Andrzej Tusiński , adwokat, doktorant UWM (Olsztyn)	
Ustawa – prawo prywatne międzynarodowe w świetle orzecznictwa Europej- skiego Trybunału Sprawiedliwości. Wybrane zagadnienia obywatelstwa i prawa właściwego dla stosunków zobowiązaniowych	28
Paweł Wiliński , dr UAM (Poznań)	
Konstytucyjne granice prawa do obrony w procesie karnym	40
Michał Lipiński , doktorant UMK (Toruń)	
Regulacje prawne dotyczące klonowania w prawie polskim <i>de lege lata</i> na tle unormowań europejskich	53
Maciej Siwicki , doktorant UMK (Toruń)	
Karalność mowy nienawiści w Internecie – aspekty prawnoporównawcze . . .	61
Karolina Polit-Langierowicz , doktorantka UMK (Toruń)	
Zabezpieczenie roszczeń odszkodowawczych, kar majątkowych i środków karnych w postępowaniu karnym	77

DOLEMIKA

Romuald Kmieciak , prof. dr hab. UMCS (Lublin)	
O poczytalności oskarżonego „w czasie postępowania” – polemicznie	92

ADWOKATURA DZIŚ I JUTRO

Piotr Sendeci , adwokat, dziekan ORA w Lublinie (Lublin)	
O niezależność zawodów prawniczych	97
Andrzej Zwara , adwokat (Sopot)	
Inicjatywa połączenia zawodów niecelowa	105

WAŻNE DLA PRAKTYKI

Dariusz Stachurski , doktorant UJ (Kraków)	
Czy przymus adwokacko-radcowski narusza wolę stron procesu karnego? . .	109
Andrzej Zwara , adwokat (Sopot)	
Ustawa o licencjach prawniczych	125

Damian Szczepański , dr, adwokat (Warszawa) Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych	133
BEZ TOGI	
Stanisław Mikke , adwokat (Warszawa) Dominantem być	144
CO PISZCZY W PRAWIE	
Marian Filar , prof. dr hab., UMK (Toruń) Piski wiosenne	148
PO LEKTURZE	
Andrzej Bąkowski , adwokat (Warszawa) W drodze do Innego	150
PROCESY ARTYSTYCZNE	
Marek Softysik , (Kraków) Poruszone zdjęcie Przybyszewskiego (6). Nie ma spokoju do końca	155
KARTY HISTORII	
Ferdynand Rymarz , sędzia TK w st. spocz.; przewodniczący Państwowej Komisji Wyborczej (Lublin) Adwokaci lubelscy w okresie stanu wojennego, cz. I	162
Mychajło Petriw , adwokat (Kołomyja-Kijów; Ukraina) Z dziejów adwokatury ukraińskiej w Polsce, cz. 1	169
NIE TYLKO PRZED SADEM	
Stanisław Milewski , (Warszawa) Ogród zoologiczny adwokata Kamińskiego.	174
HISTORIA CZASOPISMIENICTWA PRAWNICZEGO	
Adam Redzik , dr (Warszawa) Czasopisma prawnicze w Polsce Międzywojennej (1).	181
„PALESTRA” PRZED LATY	
„Palestra” 1965, nr 7–8, Witold Dąbrowski, Adwokat – radca prawny; Mieczysław Szerer, Sąd Najwyższy o chuliągństwie	183
PRAWO ZA GRANICĄ	
Olga Salamátowa , prawnik, wykładowca Krasnojarskiego Uniwersytetu Państwowego (Krasnojarsk–Rosja, stażystka Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w Warszawie Rehabilitacja ofiar represji politycznych w Rosji	189

MIĘDZY TRADYCJĄ A WSPÓŁCZESNOŚCIĄ	
Szymon Skalski , doktorant UW, aplikant prokuratorski (Warszawa) Podstawowe założenia muzułmańskiego prawa karnego	208
SPOTKANIA Z FILOZOFIĄ	
Jakub Safjański , apl. adw. (Warszawa) Filozofia jako droga ku mądrości (Sokrates)	213
PRAWA CZŁOWIEKA	
Marek Antoni Nowicki , adwokat (Warszawa), prezes Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (styczeń–marzec 2007)	217
ADWOKATURA W EUROPIE	
Karta Podstawowych Zasad Adwokatury Europejskiej oprac. Ewa Stawicka , adwokat (Warszawa)	232
Z WOKANDY LUKSEMBURGA	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , adwokat, dr adiunkt Centrum Prawa Europejskiego Uniwersytetu Gdańskiego (Wrocław–Gdańsk), Przemysław Rybiński , adwokat (Sopot) Prawo wspólnotowe: nadciągająca fala, czy niszczący bałwan morski? Uwagi na marginesie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w sprawie C–176/03, <i>Commission v. Council</i>	233
RECENZJE	
Jarosław Groth, <i>Rozwój moralny a radzenie sobie ze stresem u nieletnich przestępców</i> Oprac. Józef Krzysztof Gierowski , prof. dr hab. C.M. UJ (Kraków)	244
Wojciech Kotowski, <i>Prawne problemy ruchu drogowego. Komentarz</i> Oprac. Stanisław Paweła , prof. dr hab. WSHiP im. R. Łazarskiego (Warszawa)	246
Jan Malec, <i>Przestępczość to ciekawe zjawisko – kryminologia nieelitarna</i> Oprac. Monika Płatek , dr, adiunkt UW (Warszawa)	248
Teresa Romer, Magdalena Najda, <i>Etyka dla sędziów. Rozważania</i> Oprac. Ewa Stawicka , adwokat (Warszawa)	252
Adam Daniel Rotfeld, <i>Polska w niepewnym świetle</i> Oprac. Adam Redzik , dr (Warszawa)	254
<i>Law and Popular Culture. Current Legal Issues, Volume 7</i> Oprac. Roman Tokarczyk , prof. dr hab. UMCS (Lublin)	257
Tomasz Razowski, <i>Formalna i merytoryczna kontrola oskarżenia w polskim procesie karnym</i> Oprac. Stanisław Cora , dr UG (Gdańsk)	263

SPRAWOZDANIA

- Sprawozdanie z IV Europejskiego Forum Prawniczego, Wiedeń 3–5 maja 2007 r.
 Oprac. **Joanna Agacka-Indecka**, adwokat, wiceprezes NRA (Łódź–Warszawa) 269
- Międzynarodowa Konferencja „Wolność słowa i odpowiedzialność za słowo. Rola mediów” Warszawa, Belweder, 24–25 maja 2007 r.
 Oprac. **Janusz Kanimir**, (Warszawa) 270

DRAKTYCZNE ZAGADNIENIA PRAWNE

PRAWO CYWILNE

- Przekroczenie granic zaskarżenia przez sąd rozpoznający apelację
 Oprac. **Karol Weitz**, dr hab., adiunkt UW, Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego (Warszawa) 273
- Odpowiedzialność odszkodowawcza za nieostateczną decyzję podatkową
 Oprac. **Roman Trzaskowski**, dr, Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego (Warszawa) 278

PRAWO HANDLOWE

- Opłaty sądowe w sprawach o stwierdzenie nieważności, uchylenie oraz ustalenie istnienia lub nieistnienia uchwały organu spółki kapitałowej
 Oprac. **Katarzyna Bilewska**, adwokat, dr, adiunkt UW (Warszawa) 283

PYTANIA I ODPowiedzi PRAWNE

- Czy możliwe do naprawienia są podstawowe błędy formalne popełnione z winy fachowego pełnomocnika przy wnoszeniu skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego?
 Oprac. **Ewa Stawicka**, adwokat (Warszawa) 288

NAJNOWSZE ORZECZNICTWO

- Zbigniew Strus**, sędzia SN (Warszawa)
 Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna 291
- Zbigniew Szonert**, dr sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa)
 Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego 296

ADWOKAT W ORZECZNICTWIE SĄDU NAJWYŻSZEGO

- Adwokat w orzecznictwie Sądu Najwyższego (Izba Cywilna 2005–2007)
 Oprac. **Zdzisław Krzemiński**, dr, adwokat (Warszawa) 302

GŁOSY

- Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 grudnia 2006 r., III CZP 127/06
 Oprac. **Tadeusz Widła**, prof. dr hab., Uniwersytet Śląski (Katowice) 308
- Glosa do postanowienia SN z 11 maja 2005 r., III CZP 16/05
 Oprac. **Tomasz Palmirski**, dr UJ (Kraków) 314

Głosa do wyroku SA w Poznaniu z 29 września 2005 r., I Aca 236/05 Oprac. Paweł Daniluk , dr, UwB (Białystok)	318
Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 28 października 2004 r., III CK 461/03 Oprac. Michał Niedośpiał , dr (Kraków)	324
Głosa do wyroku SN z 6 kwietnia 2006 r., IV KK 12/06 Oprac. Marcin Świerk , sędzia SR (Dębica)	329
Głosa do wyroku SN z 14 stycznia 2005 r., V KK 309/04 Oprac. Jacek Izydorczyk , dr, adiunkt UŁ (Łódź)	336

PRZEGLĄD GŁOS

Przeгляд glos krytycznych do orzeczeń Izby Karnej i Izby Wojskowej Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego, opublikowanych w okresie od kwietnia 2005 do marca 2006 r. Oprac. Anna Błachnio-Parzych , adwokat, asystent INP PAN (Warszawa); Hanna Kuczyńska , dr adiunkt, INP PAN (Warszawa), Sławomir Żółtek , doktorant UW (Warszawa)	344
---	-----

KRONIKA ADWOKATURY

Posiedzenie NRA	358
Uchwała nr 59/2007 Naczelnej Rady Adwokackiej z 16 czerwca 2007 r.	358
Z prac Prezydium	361
Stanowisko Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 17 kwietnia 2007 r. wobec projektu zmian do ustawy o ustroju sądów powszechnych	363
Najnowsze zmiany w ustawie Prawo o adwokaturze – krótki komentarz Oprac. Andrzej Siemiński , wiceprezes NRA (Warszawa-Płock)	364
Akcja Aplikacja, Łódź 24–25 marca 2007 r. Oprac. Bartosz Grohman , adwokat (Warszawa)	367
Wybrane zagadnienia ustroju adwokatur w krajach Unii Europejskiej – przegląd porównawczy. Nowa publikacja Ośrodka Badawczego Adwokatury im. adw. Witolda Bayera Oprac. Bogna Krysińska , adwokat (Gdańsk), Andrzej Zwara , adwokat (Gdańsk)	368
Korespondencja między prezesem Krajowej Rady Radców Prawnych a prezesem NRA	372
Pismo do Dyrektora Programu I Polskiego Radia w sprawie wypowiedzi red. Jerzego Jachowicza	378
Stanowisko „Konferencji Kierowników Szkoleń Aplikantów Adwokackich” wobec inicjatywy KRRP dotyczące połączenia zawodów radcy prawnego i adwokata	379

Z ŻYCIA IZB ADWOKACKICH

IZBA KOSZALIŃSKA Sprawozdanie z przebiegu eliminacyjnego krasomówczego konkursu środowiskowego, Koszalin 13–14 kwietnia 2007 r. Oprac. Elżbieta Nowak , (Koszalin)	381
---	-----

IZBA WARSZAWSKA

- Egzamin adwokacki w Izbie warszawskiej (20 marca – 21 kwietnia 2007 r.)
Oprac. **Bartosz Grohman**, adwokat (Warszawa) 382
- Spotkanie przedstawicieli ORA w Warszawie ze studentami prawa UW, 10 maja 2007 r.
Oprac. **Bartosz Grohman**, adwokata (Warszawa) 384

VARIA

- „Biuletyn Arbitrażowy” – nowe czasopismo – nie tylko dla arbitrów
Rafał Morek, apl. adw., doktorant UW (Warszawa) Centrum Mediacyjne oraz
Stały Sąd Polubowny przy Fundacji Adwokatury Polskiej 386

SZPALTY PAMIĘCI

- W piątą rocznicę śmierci adw. **Edwarda Wende** (1936–2002)
oprac. **Jan Ciećwierz**, adwokat (Warszawa) 388
- Adwokat **Stanisław Synowiec** (1921–2006)
oprac. **Stefan Płażek**, adwokat (Kraków) 389

LISTY DO REDAKCJI

- O pamięć dla adw. Stanisława Kalinowskiego
Rafał Kalinowski (Warszawa) 390
- Table of contents 392
- Table des matières 397
- Inhaltsverzeichnis 403

KONTROWERSJE WOKÓŁ POJĘCIA RUCHU POJAZDU (ART. 436 K.C.)

Problematyka odpowiedzialności za szkody komunikacyjne należy już dziś do klasycznych zagadnień cywilistycznych. Literatura i orzecznictwo poświęciły temu zagadnieniu wiele uwagi. Wydawać by się zatem mogło, że wykładnia art. 436 k.c. nie powinna wywoływać żadnych wątpliwości. Tak jednak nie jest, o czym świadczą chociażby wątpliwości dotyczące jednej z podstawowych kwestii, jaką jest sposób rozumienia pojęcia ruchu pojazdu. Wątpliwości te pojawiły się zwłaszcza na tle jednego z nowszych orzeczeń Sądu Najwyższego.

Jest sprawą powszechnie znaną, że – teoretycznie rzecz ujmując – pojęcie ruchu pojazdu na tle art. 436 k.c. może być rozumiane wąsko lub szeroko. W wąskim ujęciu ruch jest zjawiskiem czysto fizycznym i oznacza zmianę położenia obiektu (w tym przypadku pojazdu mechanicznego) w stosunku do określonych punktów odniesienia. Szerokie ujęcie kładzie nacisk na funkcjonalne znaczenie ruchu. Rozumie się przez to ogół sytuacji związanych z przemieszczaniem się pojazdu w stronę określonego celu. Pojazd może poruszać się w sensie fizycznym, ale w ruchu znajduje się także wtedy, gdy wprawdzie fizycznie stoi, nie osiągnąwszy jednak jeszcze celu podróży. W doktrynie i judykaturze podkreśla się, że na gruncie kodeksu cywilnego uzasadniona jest szersza wykładnia pojęcia ruchu. Ten pogląd jest od dawna szeroko przyjmowany i nie budzi sprzeciwu¹. Był on zresztą prezentowany także jeszcze przed wejściem w życie kodeksu cywilnego, w okresie obowiązywania kodeksu zobowiązań².

Stwierdzenie, że w prawie polskim przyjmuje się szerokie ujęcie ruchu, nie wyjaśnia jednak wszystkiego. Przeciwnie, stanowi dopiero punkt wyjścia do dalszych

¹ We wcześniejszej literaturze bliżej na temat pojęcia ruchu pojazdu zob. m.in.: A. Wąsiewicz, *Odpowiedzialność cywilna za wypadki samochodowe na tle obowiązkowego ubezpieczenia*, Warszawa 1969, s. 76 i n.; A. Grzybek, *Ruch mechanicznego środka komunikacji, poruszanego za pomocą sił przyrody, jako element odpowiedzialności cywilnej (art. 436 k.c.)*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach 1972, nr 34, s. 23 i n.; A. Szpunar, *Wynagrodzenie szkody wynikłej wskutek wypadku komunikacyjnego*, Warszawa 1976, s. 113 i n.

² Por. A. Szpunar, *Glosa do orzeczenia Sądu Najwyższego z 4 marca 1958 r. (I CR 154/56)*, OSPiKA 1959, poz. 257, s. 541–542; A. Rembieliński, *Ruch samochodu jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za wypadek*, „Palestra” 1963, nr 9, s. 23–24.

rozważań. O ile bowiem w przypadku ujęcia wąskiego można by było poprzestać na czysto obiektywnych, mierzalnych kryteriach, o tyle ujęcie szerokie wymaga przyjęcia pewnych założeń, niepoddających się w pełni takim obiektywnym miernikom. Podstawowe problemy dotyczą określenia, kiedy można mówić o początku ruchu i – co w praktyce stwarza więcej problemów – o jego końcu. Jednym z najważniejszych problemów, które pojawiają się przy tej okazji, jest pytanie, czy dla właściwego rozumienia pojęcia ruchu z art. 436 k.c. konieczne jest poszukiwanie określenia tego pojęcia w innych aktach prawnych, w tym zwłaszcza regulujących problematykę ruchu drogowego. Odpowiedzi twierdzącej na to pytanie udzielił Sąd Najwyższy w wyroku z 5 lutego 2002 r. (V CKN 644/00)³. Uzasadnienie tego orzeczenia zawiera szereg uwag o charakterze ogólnym, mających zasadnicze znaczenie dla wykładni art. 436 k.c. Poświęcenie bliższej uwagi wspomnianemu wyrokowi jest uzasadnione tym bardziej, że – mimo jego doniosłości dla praktyki – nie wzbudził on zainteresowania glosatorów. Problemy rodzące się na tle tego wyroku trzeba jednak rozważyć w szerszym kontekście, niż ten, który mógłby być zakreślony ramami glosy. Jest to uzasadnione tym bardziej, że w ostatnim czasie – w wyroku z 7 kwietnia 2005 r. (II CK 572/04)⁴ – Sąd Najwyższy na tle innego stanu faktycznego po raz kolejny odniósł się do pojęcia ruchu, tym razem nie odwołując się jednak do rozwiązań pozakodeksowych.

Ruch pojazdu we wspomnianym szerokim ujęciu jest różnie definiowany w literaturze. Dla jasności wywodu pomińmy szczegółowe różnice między wypowiedziami poszczególnych autorów, koncentrując się w pierwszej kolejności na zagadnieniach bezspornych. A. Szpunar zgadza się z poglądem zaprezentowanym już w dawnym orzecznictwie, że pojazd mechaniczny jest w ruchu „od chwili uruchomienia motoru do momentu, kiedy jazda, wskutek osiągnięcia miejsca przeznaczenia lub planowej przerwy drogi, zostałaby zakończona”⁵. Autor zauważa, że na szerokie ujęcie ruchu mają wpływ przepisy o obowiązkowych ubezpieczeniach komunikacyjnych⁶. Według A. Wąsiewicza pojazd jest w ruchu, gdy porusza się on „pod wpływem sił motorycznych wytwarzanych pracą własnego silnika albo też gdy mimo wyłączzonego silnika: a) porusza się on nadal na skutek uprzedniego działania tych sił, b) porusza się on siłą bezwładności, np. po drodze o stromym spadku”⁷. Ponadto, zdaniem powołanego autora, „zawsze jest w ruchu samochód, którego silnik jest włączony, choćby sam pojazd stał w miejscu”⁸. A. Grzybek stwierdza natomiast, że „za będący w ruchu trzeba uznać taki środek komunikacyjny, w którym

³ Opubl. w OSNC 2002, z. 12, poz. 156.

⁴ Opubl. w systemie LEX nr 151656.

⁵ A. Szpunar, *Wynagrodzenie szkody...*, s. 115. Autor powołuje się tu na orzeczenie z 1958 r., wymienione w przyp. 2.

⁶ Tamże, s. 116.

⁷ A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 77–78.

⁸ Tamże, s. 78.

pracuje silnik – a ściślej mówiąc – urządzenie, służące do poruszania pojazdu za pomocą sił przyrody”. W każdym razie, zdaniem A. Grzybka, praca silnika zawsze decyduje o tym, że mechaniczny środek komunikacji znajduje się w ruchu⁹.

Jak wynika z powyższych wypowiedzi – reprezentatywnych dla zdecydowanej większości piśmiennictwa – pojęciu ruchu pojazdu nadaje się specyficzne znaczenie, różne (szersze) od znaczenia nadawanemu mu w języku potocznym. Ten kierunek wykładni art. 436 k.c. nie budzi sprzeciwu.

Analiza wypowiedzi zgłaszanych w doktrynie wskazuje, że na gruncie art. 436 k.c. wykształciła się określona interpretacja pojęcia ruchu. Dla właściwej wykładni tego pojęcia nie odwoływano się do zbliżonych terminów, występujących w innych aktach prawnych, w szczególności zaś w ustawie – Prawo o ruchu drogowym¹⁰. Ustawa ta nie podaje wprawdzie definicji pojęcia „ruch pojazdu”, jednak określa pojęcia stanowiące niejako przeciwieństwa „ruchu”, tj. zatrzymanie i postój pojazdu. Zgodnie z art. 2 pkt 29 p.r.d. zatrzymanie pojazdu to „unieruchomienie pojazdu niewynikające z warunków lub przepisów ruchu drogowego, trwające nie dłużej niż 1 minutę, oraz każde unieruchomienie pojazdu wynikające z tych warunków lub przepisów”. Natomiast w świetle art. 2 pkt 30 p.r.d. postój pojazdu oznacza „unieruchomienie pojazdu niewynikające z warunków lub przepisów ruchu drogowego, trwające dłużej niż 1 minutę”.

W świetle przytoczonych rozwiązań prawa o ruchu drogowym powstaje pytanie, czy przytoczone wyżej definicje mogą być przydatne dla określenia pojęcia ruchu na tle art. 436 k.c. Jak wspomniano, przedstawiciele doktryny przy wyjaśnianiu pojęcia ruchu pojazdu nie odwoływali się do określeń występujących w kolejnych regulacjach prawnych dotyczących ruchu drogowego. Przeciwnie, w oparciu o ich wypowiedzi można sformułować tezę o niezależności „ruchu” na gruncie art. 436 k.c. od określenia tego pojęcia w innych ustawach. Stanowisko to wydaje się właściwe. Należy jednak zauważyć, że w powołanym wyżej orzeczeniu Sądu Najwyższego z 2002 r. pojawił się pogląd odmienny od wyżej przedstawionego, zakładający konieczność odwołania się do definicji zawartej w prawie o ruchu drogowym.

Stan faktyczny, choć bardzo dramatyczny, nie był skomplikowany i przedstawiał się następująco: Powód jest taksówkarzem. Pewnego dnia, kończąc kurs z klientem, zjechał na pobocze, wyłączył silnik, wyciągnął kluczyk ze stacyjki i przyjmował zapłatę za kurs. Zamierzał następnie wysiąść z samochodu, aby wydać klientowi bagaż z bagażnika. Jednak w tym momencie samochód powoda został uderzony z tyłu przez samochód marki Volvo. Okazało się, że kierowca Volvo tuż przed wypadkiem doznał zawału, wskutek czego zmarł po przewiezieniu go do szpitala.

Pojawił się problem odpowiedzialności za skutki zaistniałego zdarzenia w kon-

⁹ A. Grzybek, *op. cit.*, s. 24.

¹⁰ Ustawa z 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 58, poz. 515 z późn. zm.).

tekście obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Chodzi o ocenę z punktu widzenia art. 436 § 2 k.c. Jak wiadomo, przepis ten wprowadza istotny wyjątek od rozwiązania przyjętego w art. 436 § 1 k.c., przewidującego odpowiedzialność posiadacza pojazdu opartą na zasadzie ryzyka. Z przepisu tego wynika m.in., że w razie zderzenia się pojazdów, ich posiadacze odpowiadają względem siebie na zasadach ogólnych, tj. na zasadzie winy. Nie budzi wątpliwości, że pojęcie zderzenia zakłada fizyczny kontakt pojazdów znajdujących się w ruchu – bez „ruchu” nie ma „zderzenia”¹¹. Dodajmy rzecz oczywistą, że w ruchu znajdować się muszą oba pojazdy. Jeśli jeden z nich nie byłby w ruchu, wówczas mielibyśmy do czynienia nie ze „zderzeniem”, ale z „najechniem”. Z tego względu, na tle przytoczonego wyżej stanu faktycznego, podstawową kwestią stała się odpowiedź na pytanie, czy w opisanych okolicznościach pojazd taksówkarza – fizycznie zatrzymany na poboczu drogi – jest w ruchu, w znaczeniu, jakie nadaje się temu pojęciu na gruncie art. 436 k.c. Zauważmy, że w omawianej sprawie odpowiedź na tak postawione pytanie miała decydujące znaczenie dla wypłaty odszkodowania przez zakład ubezpieczeń. Jeśli bowiem przyjąć, że pojazd powoda był w ruchu, to zastosowanie znalazłby powołany wyżej art. 436 § 2 k.c. Należałoby wówczas kwestie odpowiedzialności ocenić według zasad ogólnych, tj. winy. Wszystko wskazuje na to, że skoro samochód Volvo wjechał w samochód powoda z powodu zawału serca jego kierowcy (i jednocześnie posiadacza), to nie można by było posiadaczowi zarzutu winy postawić. W takim razie powód nie mógłby domagać się odszkodowania od zakładu ubezpieczeń, w którym ubezpieczony był posiadacz Volvo. Jeśli natomiast taksówka powoda nie była w ruchu, to została ona przez Volvo „najechna”. W takim razie za szkodę odpowiadałby posiadacz Volvo, gdyż jego odpowiedzialność opierałaby się na zasadzie ryzyka. Posiadacz taksówki mógłby więc dochodzić odszkodowania z tytułu ubezpieczenia OC posiadacza Volvo. Jak widać, odpowiedź na pytanie, czy taksówka była w ruchu, czy też nie, miała zasadnicze znaczenie.

Sądy w tej sprawie nie były zgodne. Sąd rejonowy przyjął, że okoliczności „świadczą o trwałości postoju i decydują o rzeczywistym wyłączeniu pojazdu z ruchu”. Odmienne orzekł natomiast sąd okręgowy. Jego zdaniem, skoro powód wyłączył silnik jedynie po to, by wydać klientowi bagaż z bagażnika, to z pewnością następnie kontynuowałby jazdę. A zatem: „Przyczyna postoju (zakończenie zamówionego przez pasażera kursu) i wyłączenia silnika (wydanie bagażu) wyraźnie wskazują, że postój miał charakter chwilowy, a w związku z tym mimo wyłączenia silnika należało uznać, że pojazd powoda znajdował się w ruchu w rozumieniu art. 436 § 1 k.c.”.

Stanowisko Sądu Najwyższego najlepiej wyraża teza wyroku, która brzmi następująco: „Taksówka osobowa, która dojechawszy do celu została unieruchomiona

¹¹ Por. przykładowo A. Szpunar, *Wynagrodzenie szkody...*, s. 129–130; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 90.

na poboczu na czas dłuższy niż jedną minutę z przyczyn niewynikających z warunków lub przepisów ruchu drogowego, nie jest w ruchu – w rozumieniu przepisów Prawa o ruchu drogowym – w stosunku do innych jadących pojazdów mechanicznych”. Jak z tego wynika, Sąd Najwyższy przyznał rację powodowi, który mógł dzięki temu uzyskać odszkodowanie od zakładu ubezpieczeń.

Pogląd Sądu Najwyższego zaprezentowany w omawianej sprawie wywołuje daleko idące wątpliwości. Sąd Najwyższy stwierdził m.in. – i z tym należy się zgodzić – że pojęcie ruchu jest wieloznaczne nie tylko w tym sensie, że występuje w różnych płaszczyznach poznania i rzeczywistości, ale również z tego względu, że w każdej z tych płaszczyzn nie jest jednoznaczne. Zdaniem Sądu Najwyższego można mówić o ruchu w sensie rzeczowym (chodzi o relacje zachodzące między rzeczami) i w sensie prawnym (chodzi o nadawanie określonych wartości danemu zjawisku). Zdaniem Sądu, dokonując wykładni pojęcia „ruch” na płaszczyźnie prawnej, nie można oderwać się od znaczenia, jakie temu pojęciu nadawane jest na innych płaszczyznach. „Trzeba jednocześnie zachować poczucie zdrowego rozsądku, widzieć potrzeby życia i społeczny cel, któremu ma służyć unormowanie zawierające te wyrażenia, oprzeć się na kryteriach obiektywnych oraz uwzględnić przepisy prawa regulujące ruch określonych typów pojazdów mechanicznych poruszanych za pomocą sił przyrody”. Gdy chodzi o rzeczowy aspekt ruchu, to chodzi o relację między pojazdem a określonym układem odniesienia. Aspekt prawny określa – zdaniem Sądu Najwyższego – obowiązujące prawo, używając pojęcia „ruch” nie tylko w kodeksie cywilnym, ale także wielokrotnie w ustawie – Prawo o ruchu drogowym. Zgoda natomiast występuje co do tego, że o „zderzeniu” można mówić w przypadku fizycznego kontaktu dwóch pojazdów znajdujących się w ruchu.

Istotne znaczenie ma ten fragment uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego, w którym Sąd stwierdza, że „wyjaśniając prawny sens pojęcia «zderzenie się» samochodów (art. 436 § 2 k.c.), należy odwołać się nie tylko do znaczenia rzeczowego tego pojęcia, lecz również do znaczenia pojęcia «ruch» samochodu w przepisach Prawa o ruchu drogowym”. Sąd Najwyższy zauważa wprawdzie, że w ustawie tej nie ma legalnego określenia pojęcia ruchu, ale stoi na stanowisku, że znaczenie tego pojęcia można wyprowadzić, analizując występujące w tej ustawie pojęcia: „zatrzymanie pojazdu”, „postój pojazdu”, „włączanie się do ruchu”, „trasa” i „zderzenie”. Obszerne uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego zawiera analizę przytoczonych pojęć, występujących w prawie o ruchu drogowym. Nie jest w tym miejscu konieczne przytaczanie całości rozważań Sądu na ten temat. Trzeba jednak zaznaczyć, że najistotniejsze znaczenie przyznano definicjom zatrzymania i postoju zawartym w powołanym wyżej art. 2 pkt 29 i 30 p.r.d. (w dacie szkody był to art. 4 ust. 1 pkt 39 i 40 p.r.d. z 1983 r., o tym samym brzmieniu, co rozwiązania aktualne).

Rozważania Sądu Najwyższego doprowadziły do wniosku, że wprawdzie można rozumieć pojęcie ruchu w niektórych wypadkach szerzej, niż w prawie o ruchu dro-

gowym (np. gdy samochód stoi z pracującym silnikiem jeszcze przed włączeniem się do ruchu), to jednak decydujące znaczenie dla analizy rozpatrywanej sprawy mają definicje zawarte w wymienionej ustawie. W związku z tym Sąd Najwyższy dochodzi do wniosku, że zatrzymanie taksówki na czas dłuższy niż jedna minuta, kończąc ruch tego pojazdu w rozumieniu prawa o ruchu drogowym, kończy jednocześnie ruch w znaczeniu art. 436 k.c. W konsekwencji, samochód Volvo „najechał” na wspomnianą taksówkę (a nie „zderzył się” z taksówką), co uzasadnia odpowiedzialność jego posiadacza na zasadzie ryzyka, a w ślad za tym – odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu ubezpieczenia OC. Oceny tej nie zmienił fakt, że § 10 ust. 2 obowiązującego w dacie szkody rozporządzenia Ministra Finansów z 9 grudnia 1992 r. w sprawie ogólnych warunków obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów nakazywało uznawać za szkodę powstałą w związku z ruchem pojazdu także szkodę powstałą przy wsiadaniu i wysiadaniu z pojazdu, bezpośrednio przy załadunku i rozładunku pojazdu, podczas postoju lub naprawy pojazdu na trasie jazdy lub podczas garażowania¹². Zdaniem Sądu Najwyższego, przepis ten ustanawiał fikcję prawną ruchu dla potrzeb ubezpieczenia OC, jeżeli samochód nie znajdował się w ruchu w rozumieniu § 10 ust. 1 rozporządzenia.

Jak już wyżej wspomniano, pogląd Sądu Najwyższego budzi istotne wątpliwości. Najpoważniejszą przyczyną tych wątpliwości jest przyjęcie apriorycznego założenia, że wykładnia pojęcia ruchu na gruncie art. 436 k.c. wymaga posłużenia się przepisami innych ustaw, w szczególności zaś prawa o ruchu drogowym. Dążenie do zachowania jednolitości wykładni określonych pojęć jest co do zasady godne poparcia, jednak nie może ono prowadzić do mechanicznego przenoszenia rozważań na płaszczyźnie administracyjnoprawnej na grunt kodeksu cywilnego. Celem ustawodawcy założonym na gruncie prawa o ruchu drogowym było uregulowanie zagadnień natury administracyjnej, związanej z ruchem drogowym jako pewnym zjawiskiem społecznym, nie zaś definiowanie ruchu dla potrzeb kodeksu cywilnego. Byłoby to, jak się wydaje, całkowicie zbędne, biorąc pod uwagę ustaloną w orzecznictwie i doktrynie wykładnię art. 436 k.c. i pojęcia „ruch pojazdu” w znaczeniu tego przepisu. Charakterystyczna jest wspomniana wyżej tendencja do szerokiego ujmowania omawianego pojęcia. Zauważmy przy tym, że autorzy wypowiadający się na ten temat nie poszukiwali dla uzasadnienia swojego poglądu argumentu wynikającego z przepisów kolejnych ustaw regulujących kwestie ruchu

¹² W późniejszym rozporządzeniu – z 24 marca 2000 r. – kwestia ta była uregulowana bardzo podobnie. Rozwiązanie to zostało także przejęte przez obecnie obowiązującą ustawę z 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. Nr 124, poz. 1152 z późn. zm.). Zgodnie z art. 34 ust. 2 tej ustawy, za szkodę powstałą w związku z ruchem pojazdu mechanicznego uważa się również szkodę powstałą: 1) przy wsiadaniu do pojazdu mechanicznego i wysiadaniu z niego; 2) bezpośrednio przy załadunku i rozładunku pojazdu mechanicznego; 3) podczas zatrzymania, postoju lub garażowania.

drogowego. Budzi wątpliwości taka metoda wykładni art. 436 k.c., która pozostaje w gruncie rzeczy w sprzeczności z dotychczasowymi ustaleniami w tym zakresie. Ustalenia te doprowadziły do pojmowania ruchu w sposób funkcjonalny, z odezwaniem się nie tylko od oceny czysto fizycznej, ale też formalnej. Szczególne zastrzeżenia budzi w tym kontekście wprowadzenie – za prawem o ruchu drogowym – cezury czasowej, której przekroczenie powoduje skutek w postaci zakończenia ruchu. Cezurę tę wyznaczać ma jedna minuta, przewidziana w powołanych wyżej przepisach. Biorąc pod uwagę dotychczasowy dorobek w zakresie wykładni i stosowania art. 436 k.c., wydaje się to całkowicie nieuzasadnione. Większe uzasadnienie byłoby dla poszukiwania odpowiedzi na pytanie o pojęcie ruchu z wykorzystaniem przepisów ubezpieczeniowych. Wydaje się jednak, że ostatecznie judykatura i piśmiennictwo także i z tego rezygnują. Przepisy ubezpieczeniowe są powoływane raczej nie po to, by wyjaśnić pojęcie ruchu w rozumieniu art. 436 k.c., ale raczej dla oceny, czy przepisy te pozostają w zgodności z zasadami wypracowanymi na gruncie art. 436 k.c.

Wbrew wywodom Sądu Najwyższego, w omawianej sprawie fakt pozostawania taksówki w ruchu nie może budzić wątpliwości. Trudno o lepszy przykład chwilowego zatrzymania, nieprzerwywanego ruchu w znaczeniu art. 436 k.c., niż zatrzymanie taksówki w celu wysadzenia pasażera. Zachowuje, moim zdaniem, aktualność pogląd wyrażony już bardzo dawno przez A. Rembielińskiego, którego zdaniem, jako kryterium dla ustalenia zakończenia ruchu należy przyjąć, czy postój ma charakter definitywny. Autor ten stwierdza, że „do zakończenia ruchu konieczne jest zatem, żeby samochód został unieruchomiony na stałe, żeby wszelkie okoliczności tak obiektywne, jak i subiektywne po stronie kierowcy świadczyły o tym, iż dalsza jazda nie zostanie w krótkim czasie przedsięwzięta”¹³. W tym świetle to, ile czasu zajęło kierowcy i pasażerowi rozliczenie kursu i wyjęcie z samochodu bagaży, nie ma żadnego znaczenia (zakładamy, że jest to czas racjonalnie potrzebny dla dokonania tych czynności). Więcej czasu może zająć wysiadanie z pojazdu przez pasażera, który – jak w tym przypadku – ma bagaż w bagażniku taksówki, podobnie jak wtedy, gdy pasażer płaci „grubym” banknotem, wymagającym wydania reszty, lub też (o ile to w taksówce możliwe) – kartą płatniczą. To, czy czynności te zajmą minutę, czy więcej, nie może uzasadniać różnicowania oceny dla potrzeb odpowiedzialności. Tak czy inaczej, jest to przerwa chwilowa w kontekście całości czynności polegających na obsłudze taksówki. Przywołajmy w tym miejscu jeszcze uwagę A. Szpunara, który zauważył, że chwilowa przerwa w drodze powinna być bez znaczenia, bo trudno przecież przyjąć, by odpowiedzialność ustawicznie gasła i powstawała na nowo¹⁴.

Oczywiście, trzeba zdawać sobie sprawę z tego, że w konkretnej sprawie przyjęcie przedstawionego wyżej poglądu prowadzi do skutku, którego, jak się wydaje,

¹³ A. Rembieliński, *op. cit.*, s. 24.

¹⁴ A. Szpunar, *Głosa* powołana w przyp. 2, s. 542.

Sąd Najwyższy chciał uniknąć, to znaczy do odmowy wypłaty odszkodowania z ubezpieczenia OC posiadacza pojazdu Volvo. Takie są jednak konsekwencje konstrukcji odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez ruch pojazdu w świetle art. 436 k.c. W konkretnym przypadku należało uznać, że taksówka stojąca na poboczu znajdowała się w ruchu, a zatem wypadek z udziałem samochodu Volvo należało uznać za zderzenie w rozumieniu art. 436 § 2 k.c. W konsekwencji skutki wypadku należy oceniać przez pryzmat ogólnych zasad rządzących odpowiedzialnością cywilną. Z tego punktu widzenia, w konkretnym stanie faktycznym, można przyjąć, że odpowiedzialnością za zaistniały wypadek nie można obciążać nikogo. Z oczywistych względów zarzutu winy nie można postawić taksówkarzowi, nie można jednak także zarzutu takiego postawić kierowcy – posiadaczowi samochodu Volvo, który „spowodował” wypadek, gdyż było to skutkiem nagłego ataku serca. W omawianym stanie faktycznym nie jest zatem uzasadnione roszczenie posiadacza taksówki przeciwko zakładowi ubezpieczeń posiadacza Volvo.

W podsumowaniu powyższych rozważań wypada powtórzyć zadeklarowany wcześniej krytyczny stosunek wobec tezy, że o pozostawianiu lub niepozostawianiu pojazdu w ruchu przesądzać może interpretacja okoliczności faktycznych dokonywana przez pryzmat przepisów prawa o ruchu drogowym. Pogląd taki nie znajduje uzasadnienia w świetle dotychczasowych ustaleń nauki prawa i orzecznictwa. Z tego względu opowiadam się za stanowiskiem, które Sąd Najwyższy zajął w powołanym wyżej wyroku z 7 kwietnia 2005 r. Choć inny był stan faktyczny (uniieruchomienie pojazdu wskutek kolizji), to symptomatyczne jest, że Sąd w uzasadnieniu orzeczenia w ogóle nie powoływał się na przepisy prawa o ruchu drogowym. Przeciwnie, odwołał się do „tradycyjnych” ustaleń w tym zakresie. Sąd cytuje tezę (akceptując ją w pełni) znacznie wcześniejszego wyroku z 13 lipca 1976 r. (IV CR 241/76)¹⁵, która brzmi następująco: „Samochód jest w ruchu od chwili włączenia silnika aż do zakończenia jazdy, przy czym szkoda może być także wyrządzona w czasie dobrowolnego, czy też planowanego postoju. Zakończenie jazdy nie musi wcale nastąpić w miejscu z góry zaplanowanym, jednak z reguły nie nastąpi ono, dopóki samochód pozostaje na drodze publicznej. Jeżeli więc nastąpi defekt samochodu, czyniący go niezdatnym do dalszej podróży, to ruch samochodu ustanie dopiero po odholowaniu go do bazy remontowej”¹⁶.

¹⁵ Wyrok niepubl.; teza opubl. w LEX nr 7835.

¹⁶ Pewne wątpliwości budzi natomiast dalsza część tezy wyroku z 1976 r., która brzmi: „Samochód pozostawiony na szosie stwarza bowiem niebezpieczeństwo dla innych użytkowników i dlatego musi być uważany za będący w ruchu tak w świetle art. 436 § 1 k.c., jak i przepisów o obowiązkowych ubezpieczeniach komunikacyjnych”. Wątpliwość sprowadza się do pytania, czy o tym, że pojazd jest w ruchu, rzeczywiście powinno decydować stwarzane przez niego, nawet w „bezruchu”, niebezpieczeństwo. Wydaje się, że stwarzane niebezpieczeństwo stanowić powinno „ogólne” uzasadnienie konstrukcji odpowiedzialności na zasadzie ryzyka z art. 436 k.c., nie zaś kryterium ruchu w rozumieniu tego przepisu. W tym sensie cytowana teza wydaje się iść zbyt daleko. Nie ma to jednak znaczenia z punktu widzenia problemu, o którym mowa w niniejszym artykule.

ZASTRZEŻENIE KARY UMOWNEJ A KOMPENSACJA NIEMAJĄTKOWYCH USZCZERBKÓW WIERZycIELA

I. Truizmem jest stwierdzenie, że w obrocie gospodarczym istnieje zapotrzebowanie na instrument prawny zapewniający skuteczny i szybki sposób kompensacji szkody. Zmierając niewątpliwie ku potrzebom praktyki uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03¹ rozstrzygnęła, wcześniej niezwykle sporną zarówno w doktrynie², jak i w orzecznictwie³, problematykę czy szkoda jest przesłanką żądania kary umownej. Sąd Najwyższy przyjął, iż zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Większość doktryny zaaprobowwała tezę uchwały⁴. Tym niemniej pojawiają się głosy kwestionujące jej prawidłowość lub postulaty *de lege ferenda* o jej zmianę⁵. Podnoszone jest, że skutkiem tejże uchwały jest utrata przez karę umowną charakteru odszkodowawczego (kompensacyjnego) i jest ona obecnie

¹ Opublikowana OSNC 2004, z. 5, poz. 69 (z korektą w nr 6) z glosami aprobującymi J. Jastrzębskiego, OSP 2004, nr 9, poz. 115; A. Slisza, MoP 2005, nr 8, s. 406–408; M. Bieniaka, MoP 2005, nr 20, s. 1010–1011.

² Z nowszej literatury por. np. P. Drapała, *Kara umowna (art. 483 k.c.) a odszkodowanie na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.)*, PiP 2003, nr 6, s. 60–61; E. Skowrońska-Bocian, *Kara umowna – kompensacja czy represja?*, ZP UKSW 2003, nr 2, s. 179 i n.; W. Robaczyński, *Kara umowna a szkoda*, (w:) *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci prof. Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 211 i n.

³ Za szkodą jako przesłanką roszczenia o karę umowną opowiedział się Sąd Najwyższy m.in. w wyroku z 14 lipca 1976 r., I CR 221/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76; wyroku z 14 maja 2002 r., V CKN 357/00, niepublikowany, LEX nr 55513; wyroku z 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01, niepublikowany, LEX nr 141400; wyroku z 18 czerwca 2003 r., II CKN 240/01, niepublikowany, LEX nr 121708. Odminną wykładnię przyjął m.in. w wyroku z 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNC 1970, nr 11, poz. 214 oraz wyroku z 7 lutego 1975 r., III CRN 406/74, OSNC 1976, nr 2, poz. 34.

⁴ Por. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 326; W. Popiołek, (w:) *Kodeks cywilny – komentarz. Tom II. Komentarz do art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 70. Tak też wyrok SN z 4 grudnia 2003 r., II CK 271/02, niepublikowany, LEX nr 151630; wyrok SN z 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03, OSNC 2005, z. 7–8, poz. 131.

⁵ K. Zagrobelny (w:) *Kodeks cywilny – komentarz*, t. I, red. E. Gniewek, Warszawa 2004, s. 1241; P. Granecki, *Głosa do wyroku SN z 8 lipca 2004 r.*, IV CK 522/03, OSP 2006, nr 1, poz. 2; P. Drapała, (w:) *System prawa prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa

jedynie elementem represji na niesolidnym dłużniku za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania⁶. Pozwala to uznać, że dyskusja w tym temacie nie została jeszcze zakończona.

Prawidłowa wydaje się jednak teza, że kara umowna jest jednym z instrumentów najszerszej kompensacji w obrębie całego polskiego prawa cywilnego. Skłania ona do podjęcia rozważań, nad tym czy może być ona traktowana, w niektórych wypadkach, jako określone umownie zadośćuczynienie – oszacowanie niemajątkowej szkody wierzyciela, jaką poniesie on wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Przyjęcie określonego poglądu na zakres kompensacji, następujący na skutek zastrzeżenia kary umownej, ma swoje przełożenie zarówno na kwestię konieczności wystąpienia szkody jako przesłanki kary umownej jak i na jej miarkowanie.

II. To, jaki jest zakres kompensacji, który uzyskuje wierzyciel, w wyniku uzyskania kary umownej jest ważny z tego powodu, że w prawie polskim wyklucza się możliwość dochodzenia w reżimie *ex contractu* zadośćuczynienia za krzywdę niemajątkową⁷. Co prawda raczej powszechnie przyjmuje się w doktrynie, że pojęcie szkody obejmuje zarówno majątkowe jak i niemajątkowe uszczerbki w dobrach prawnych określonego podmiotu⁸, zarazem jednak zakres obowiązku naprawienia szkody wyznacza art. 361 § 2 k.c., który ogranicza go do rzeczywistych strat, jakie poszkodowany poniósł lub korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby szkody mu nie wyrządzono (*damnum emergens* i *lucrum cessans*)⁹. Prawo polskie nie definiuje nigdzie pojęć szkody majątkowej i niemajątkowej, pozostawiając je doktrynie prawa cywilnego¹⁰. Szkodę niemajątkową (krzywdę) można zdefiniować jako negatywne doznania psychiczne i fizyczne poszkodowanego wywołane naruszeniem jego prawnie chronionych dóbr¹¹. Jej kompensacja następuje wyłącznie w wypadkach,

2006, s. 936–965. Za dyskusyjną nadal uważają tę kwestię: W. Czachórski, (A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian), *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 349.

⁶ P. Granecki, *Glosa...*, s. 14–15 oraz P. Drapała (w:) *System...*, s. 964.

⁷ Pogląd taki wyrażony był już na tle art. 157 § 3 k.z. – por. R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, (opracowane przez J. Górskiego), Poznań 1948, s. 249 i 367 oraz L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1936, s. 666–668. Szerzej przedstawia tę problematykę M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu* (w:) *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci prof. A. Szpunara*, Kraków 2004, s. 255–256.

⁸ Por. A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 18 i n. oraz T. Dybowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 221–224. Odmienne jedynie J. Winiarz, *Ustalenie wysokości odszkodowania*, Warszawa 1962, s. 16–18; tenże, *Obowiązek naprawienia szkody*, Warszawa 1970, s. 20–21; W. Warkałło, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972, s. 125 i n.

⁹ Szerzej T. Dybowski (w:) *System...*, s. 227 i n.

¹⁰ Szkodę niemajątkową definiuje natomiast § 253 BGB, jako każdy uszczerbek niebędący uszczerbkiem majątkowym. „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschade ist (...)”.

¹¹ Szerzej J. Jastrzębski, *Kilka uwag o naprawieniu szkody niemajątkowej*, „Palestra” 2005, nr 3–4, s. 33. Por. też R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania...*, s. 248–249.

kiedy wyraźnie stanowi o tym przepis ustawy (np. art. 445 § 1 i § 2 k.c. oraz art. 448 k.c.)¹². Uznaje się też, że, poza zakreślonymi w ustawach szczególnych wyjątkami, zadośćuczynienie należy się poszkodowanemu za naruszenie tych jego interesów niemajątkowych, które mogą być obiektywnie zakwalifikowane jako dobra osobiste. Wątpliwe jest czy może należeć się ono za innego typu uszczerbek niemajątkowy niebędący naruszeniem dobra osobistego (np. ból, cierpienie psychiczne, żal czy niezadowolenie)¹³. *De lege lata* wydaje się, że nie ma możliwości dochodzenia zadośćuczynienia pieniężnego za taką właśnie krzywdę niemajątkową w reżimie odpowiedzialności kontraktowej. Strony mogą jednak w inny sposób określić zakres kompensacji, jaki wynikać będzie dla wierzyciela z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Przewiduje to wprost art. 361 § 2 k.c., który co prawda ogranicza ustawowy zakres obowiązku naprawienia szkody do szkody majątkowej, ale tylko „(...) w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy”.

III. Zastrzeżenie kary umownej można traktować wyłącznie jako kompensację majątkowego interesu wierzyciela. Taka wykładnia spotykana jest czasem w orzecznictwie Sądu Najwyższego¹⁴. Trudna do pogodzenia jest ona jednak z sytuacją zastrzeżenia kar umownych do zobowiązań, których wykonanie nie ma dla wierzyciela wartości majątkowej, lecz stanowi np. wyłącznie jego *pretium affectionis*¹⁵. Jest to oczywiście dopuszczalne, gdyż art. 483 § 1 k.c. zezwala na zastrzeżenie kary umownej przy wszystkich bez wyjątku zobowiązaniach niepieniężnych – a *maiori ad minus* także przy zobowiązaniach niemających wartości majątkowej. Klasyczny jest tu, podany przez F. Zolla, przykład umowy z pirotechnikiem o wystrzelenie na imieniny ogni sztucznych¹⁶. W takich sytuacjach niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie będzie zazwyczaj rodzić po stronie wierzyciela szkody majątkowej. Trudno wówczas przyjąć, że jeśli szkoda wierzyciela ma być przesłan-

¹² Tak Z. Masłowski (w:) *Kodeks cywilny – komentarz*, t. II, Warszawa 1972, s. 1104; A. Szpunar, *Ustalenie...*, s. 63–64; K. Zagrobelny (w:) *KC Komentarz...*, s. 1207. Odmiennie m.in. J. Rezler, *Naprawienie szkody wynikłej ze spowodowania uszczerbku na ciele i zdrowiu (według prawa cywilnego)*, Warszawa 1968, s. 31–35; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 136–137, M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa (uwagi de lege ferenda i o stosowaniu prawa)*, PiP 1999, nr 1, s. 21–23.

¹³ Szerzej M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 268–273 oraz R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania*, PS 2006, nr 5, s. 31 i n. Por. też wyrok SA w Poznaniu z 9 lipca 2003 r., I ACa 396/03, „Wokanda” 2004, nr 12, s. 41 i n.

¹⁴ Por. wyrok SN z 7 lutego 1975 r., III CRN 406/74, OSNC 1976, nr 2, poz. 34; wyrok SN z 11 października 2002 r., I CKN 997/00, OSNC 2004, z. 2, poz. 24; wyrok SN z 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400.

¹⁵ Por. przykłady, jakie podaje W. Robaczyński, *Kara umowna...*, s. 220–221. Słusznie w związku z tym zauważał L. Domański, *Instytucje...*, s. 392, że przepisy o karze umownej dają możliwość zapewnienia wykonania takich zobowiązań, których wykonanie ma dla wierzyciela wartość szczególną, choć może nie przedstawiać obiektywnie wartości materialnej (pieniężnej).

¹⁶ F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948, s. 88.

ką żądania kary umownej, musi ona wystąpić w postaci szkody majątkowej nawet wówczas, gdy niejako z założenia niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania takiej szkody majątkowej powodować nie będzie (np. umowa z zakładem pogrzebowym o rozwieszenie „klepsydr” – informacji o śmierci osoby najbliższej). Przyjęcie takiego założenia podważałoby sensowność zastrzegania kar umownych do zobowiązań niemajątkowych. Dłużnik mógłby zawsze po niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania (jeśli oczywiście nastąpiło ono na skutek okoliczności za które ponosi odpowiedzialność), podnieść zarzut, że wierzyciel nie poniósł żadnej szkody majątkowej.

IV. Zwolennicy tezy, że szkoda jest przesłanką kary umownej powołują się na wykładnię literalną i systemową. Wynika z nich niewątpliwie odszkodowawcza funkcja kary umownej¹⁷. Jeśli jednak konsekwentnie uznawać szkodę za przesłankę żądania kary umownej trzeba rozszerzyć zakres uszczerbków kompensowanych przez jej zapłatę również na uszczerbki niemajątkowe. Przyjęcie „wąskiego” (ograniczonego tylko do szkody majątkowej) zakresu kompensacji przy równoczesnym przyjęciu, że szkoda jest przesłanką żądania kary umownej skutkowałaby tym, iż dłużnik w łatwy sposób mógłby zwolnić się, w podanych wyżej przykładach, od obowiązku jej zapłaty.

Przy przyjęciu tej tezy można twierdzić, iż do powstania roszczenia o karę umowną konieczne jest wykazanie braku szkody wierzyciela w jakiegokolwiek jej postaci, czy to majątkowej, czy to niemajątkowej¹⁸. Koncepcja ta wydaje się *prima facie* dlatego najlepsza, gdyż odnieść można wrażenie, że równoważy sprzeczne interesy stron kontraktu. Należyte zabezpiecza interesy wierzyciela, gdyż kara umowna należy mu się także w wypadku poniesienia wyłącznie szkody niemajątkowej, jednocześnie dostatecznie chroniąc interesy dłużnika, zwalniając go z obowiązku zapłaty kary umownej w sytuacjach, w których wierzyciel nie poniósł żadnej szkody majątkowej lub niemajątkowej. Można w ten sposób uniknąć sytuacji, w których, w przypadkach wystąpienia po stronie wierzyciela samej tylko szkody niemajątkowej, kara umowna byłaby niemożliwa do dochodzenia¹⁹.

Nie można wówczas jednak ograniczać pojęcia szkody niemajątkowej wyłącznie do naruszenia dóbr osobistych wierzyciela. Konieczne jest uznanie, że szkoda niemajątkowa może oznaczać także te interesy niemajątkowe, które do tego zbioru nie dadzą się zakwalifikować²⁰. Można przedstawić to na przykładach zastrzeżenia

¹⁷ E. Skowrońska-Bocian, *Kara umowna...*, s. 184 i n. oraz P. Drapała, (w:) *System...*, s. 964.

¹⁸ Przy jej przyjęciu nie można także podnieść zarzutu, że kara umowna staje się wówczas inną od odszkodowania sankcją za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania o funkcjach represyjnych.

¹⁹ Por. np. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 326 oraz W. Robaczyński, *Kara umowna...*, s. 222.

²⁰ Do odmiennej wykładni nie przekonuje odwołanie do art. 471 k.c. Obowiązek naprawienia szkody na tle tego artykułu ograniczony jest wyłącznie do szkody majątkowej. Wynika to jednak nie z wąskiej definicji szkody tam przyjętej, lecz właśnie z tego, iż zakres kompensacji wynikający z nie-

kary umownej, we wspomnianej już umowie o pokaz ogni sztucznych, czy też umowie o dowieszenie zwłok zmarłego członka rodziny na cmentarz. W wyniku niewykonania tego typu zobowiązań mogą powstać sytuacje, w których wierzyciel żądałby zapłaty kary umownej, kiedy nie poniósł żadnej szkody majątkowej, jak też trudno jest uznać, że doszło do naruszenia jakiegoś jego dobra osobistego²¹. *Prima facie* ten jednak szkodę niemajątkową w postaci przykrości lub wstydu wobec innych osób, niewątpliwie poniósł. Uzasadnione w takich wypadkach jest twierdzenie, że to przepisy o karze umownej zapełniają najszerszy zakres kompensacji w polskim prawie cywilnym i zarazem mogą stanowić umownie określone zadośćuczynienie w reżimie *ex contractu*²².

V. Pogląd traktujący szkodę jako przesłankę dochodzenia kary umownej jest jednak nieprawidłowy. Gdyby przyjąć, że jakakolwiek szkoda (majątkowa czy niemajątkowa) jest przesłanką żądania kary umownej powstałaby konieczność badania w sporze sądowym czy i w jakiej wysokości ona wystąpiła. Dłużnikowi byłoby niezwykle trudno zwłaszcza udowodnić wystąpienie i rozmiar szkody niemajątkowej. Można zaryzykować tezę, że gdyby dopuścić badanie przed sądem szkody niemajątkowej poniesionej przez wierzyciela, kara umowna, która zawsze miała ułatwiać dochodzenie odszkodowania właśnie przez eliminację postępowania dowodowego, straciłaby swój sens gospodarczy²³.

Jeśli bowiem szkodę wierzyciela uznamy za przesłankę kary umownej należy rozważyć kogo obciąża jej dowodzenie. Po pierwsze można przyjąć, że szkodę (ale już nie jej wysokość) udowadnia wierzyciel. Pogląd taki sprzeczny jest jednak z samą istotą kary umownej, u której *ratio legis* leży zwolnienie wierzyciela z obowiązku dowodzenia szkody²⁴. Po drugie można przyjąć, że to dłużnik dowodzi brak szkody wierzyciela²⁵. Konstruowanie jednak zarzutu dłużnika, którego skut-

wykonania zobowiązania określa art. 361 § 2 k.c. ograniczając ją do szkody majątkowej, której postaciami są *lucrum cessans* i *damnum emergens* (poza ramami tego artykułu pozostaje problematyka tego czy pojęcia te mogą także obejmować swym zakresem szkody niemajątkowe). Wyjątek od niego strony mogą jednak określić umownie. Może być nim także dodatkowe zastrzeżenie umowne – kara umowna, która pełni nie tylko funkcję zryczałtowanego odszkodowania i ułatwienia jego dochodzenia, lecz także oszacowania niemajątkowego interesu wierzyciela wynikającego z niewykonania zobowiązania.

²¹ Widoczne jest to zwłaszcza w wypadku osób prawnych, ponieważ wielokrotnie trudno jest mówić o naruszeniu, w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, ich dóbr osobistych.

²² Por. L. Domański, *Instytucje...*, s. 668; T. Pajor, *Odpowiedzialność...*, s. 135; M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 279; J. Jastrzębski, *Glosa...*, s. 494 oraz R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie...*, s. 28.

²³ W. J. Katner (w:) *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, red. S. Włodyka, Warszawa 2001, s. 282.

²⁴ Taki pogląd prezentują nawet ci autorzy, którzy traktują szkodę jako przesłankę skutecznego dochodzenia kary umownej por. P. Drapała (w:) *System...*, s. 963.

²⁵ M. Piekarski (w:) *Kodeks cywilny – komentarz*, t. II, Warszawa 1972, s. 1186; J. Dąbrowa (w:)

kiem byłoby badanie wystąpienia po stronie wierzyciela szkody, nie jest uzasadnione brzmieniem art. 483–484 k.c. w związku z zasadami rozkładu ciężaru dowodu wynikającymi z art. 6 k.c. i art. 471 k.c.²⁶. Ponadto, jeśli przyjąć, iż obowiązek udowodnienia braku szkody wierzyciela spoczywa na dłużniku, musiałby on udowodniać nie tylko, że wierzyciel nie poniósł żadnej szkody majątkowej, lecz ponadto to, że nie poniósł on żadnej szkody niemajątkowej. Dowód taki sprowadzałby się, w wielu wypadkach, nie tylko do wykazania, że w wyniku niewykonania lub nie należytego wykonania zobowiązania żadne dobro osobiste wierzyciela nie zostało naruszone, ale też do wykazania braku innych jeszcze, wynikających z niedopełnienia obowiązków przez dłużnika, niemajątkowych uszczerbków wierzyciela²⁷. Nie można byłoby posługiwać się przy tym konstrukcją „niewielkiego uszczerbku majątkowego (niemajątkowego) wierzyciela”²⁸ gdyż, jak zauważa Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 6 listopada 2003 r., traktowanie sytuacji, w której szkoda w ogóle nie wystąpiła, inaczej niż sytuacji, w której osiągnęła ona jedynie wartość symboliczną, jest nieusprawiedliwione.

Szczególną uwagę należy zwrócić na to, że w wypadku, gdyby uznać, iż to dłużnika obciąża obowiązek udowodnienia braku po stronie wierzyciela szkody, musiałby on przeprowadzić dowód na okoliczność negatywną. Ustawodawca konstruując przepisy Kodeksu cywilnego, stara się nie obarczać strony ciężarem udowodnienia okoliczności negatywnej (w tej sytuacji braku szkody), ponieważ taki dowód jest z reguły niezwykle trudny do przeprowadzenia. Można zaryzykować stwierdzenie, że – na tle szkody majątkowej – wykazanie braku tak rozumianej szkody niemajątkowej byłoby niemożliwe. Jak słusznie stwierdza J. Jastrzębski przeprowadzenie takiego dowodu jest praktycznie niewykonalne dla dłużnika²⁹. Przyjęcie poglądu, że kara umowna kompensuje zarówno uszczerbki majątkowe jak i szeroko rozumiane uszczerbki niemajątkowe wierzyciela prowadzić musi konsekwentnie do uniezależnienia kary umownej od przestanki szkody.

VI. Należy zastanowić się też, nad skutkami przyjęcia koncepcji powiększonego składu Sądu Najwyższego w kontekście problematyki przesłanek odpowiedzialności deliktowej i kontaktowej. Zadać można pytanie, czy poprzez uniezależnienie za-

System prawa cywilnego, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 831; P. Drapała, *Kara umowna...*, s. 60; E. Skowrońska-Bocian, *Kara umowna...*, s. 187; K. Zagrobelny, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz...*, s. 1244.

²⁶ Szerzej J. Szwaja, *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967, s. 89–90.

²⁷ Kwestią dyskusyjną może być to na ile pomocne dla zbadania niemajątkowego uszczerbku wierzyciela byłoby w tym względzie uprzednie określenie („zobiektywizowanie”) przez same strony rodzaju tego uszczerbku, poprzez określenie zachowania, do którego dłużnik jest obowiązany i na wypadek jego niedopełnienia zastrzeżenie kary umownej. Jest wątpliwe, czy potrafilibyśmy wyciągnąć z tego wnioski, co do rzeczywistego rozmiaru poniesionej przez wierzyciela szkody niemajątkowej.

²⁸ Tak wyrok SN z 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01, niepublikowany, LEX nr 141400.

²⁹ J. Jastrzębski, *Odsetki za opóźnienie a kara umowna*, „Palestra” 2004, nr 7–8, s. 65.

płaty kary umownej od przesłanki szkody nie powstaje w prawie polskim rozdzwięk pomiędzy przesłankami odpowiedzialności deliktowej a kontraktowej i tym czy kara umowna nie staje się w ten sposób inną niż odszkodowawcza formą umownej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania³⁰.

Można bronić poglądu, że kara umowna poprzez to, że odrywa się od poniesienia szkody przez wierzyciela, po pierwsze uprzywilejowuje go nadmiernie w stosunku do dłużnika, a po drugie staje się elementem represji na nim (i to w ramach odpowiedzialności *ex contractu*), co jest w prawie cywilnym zjawiskiem niepożądanym, a nawet niebezpiecznym³¹. Przy przyjęciu koncepcji siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, miałby powstawać rozdzwięk pomiędzy odpowiedzialnością w reżimie prawnym *ex delicto* (gdzie szkoda jest konieczną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej), a odpowiedzialnością w reżimie prawnym *ex contractu*. Kara umowna tworzyć by miała pewnego rodzaju „wyrwę” w systemie polskiego prawa, udzielając nieproporcjonalnie silnej ochrony nawet osobie, która nie poniosła żadnej szkody. Ponadto różnicowałaby sytuację podmiotów w ramach samej odpowiedzialności kontraktowej. Wierzyciel, który zastrzegł karę umowną, byłby w nieporównanie lepszej sytuacji niż ten, który tego nie uczynił. Nie tylko, że nie musiałby udowadniać szkody, lecz ponadto mógłby uzyskać kompensację interesów niemajątkowych nieobjętych obowiązkiem odszkodowawczym nie tylko na gruncie odpowiedzialności kontaktowej, ale też deliktowej.

Powyższa krytyka wydaje się jednak niesłuszna. Po pierwsze przyjęć można, że zasada swobody umów i autonomii woli stron pozwala na takie ukształtowanie przez same strony odpowiedzialności odszkodowawczej, która odrywa się zarówno od poniesienia przez jedną ze stron szkody, jak i jej wysokości³². Na takie umowne postanowienie wyraźnie zezwala także art. 361 § 1 k.c. Po drugie nic nie stoi na przeszkodzie, przed bezpośrednim uregulowaniem tego typu instytucji przez ustawodawcę. Taka koncepcja nie zamyka też drogi do tego, aby wierzyciel z dłużnikiem w samej umowie uzależnili zapłatę kary umownej od wystąpienia po stronie wierzyciela uszczerbków określonego typu, w tym uszczerbków wyłącznie majątkowych³³. Należy także zauważyć, iż w prawie polskim nigdzie nie wyrażono zasady, iż odpowiedzialność deliktowa i kontraktowa musi opierać się na iden-

³⁰ Por. P. Granecki, *Glosa...*, s. 14.

³¹ A. Szpunar, *Uwagi o funkcjach odpowiedzialności odszkodowawczej*, PiP 2003, nr 1, s. 23. Por. też P. Granecki, *Glosa...*, s. 14–15.

³² Por. szerzej E. Skowrońska-Bocian, *Kara umowna...*, s. 190–192 oraz. J. Jastrzębski, *Glosa...*, s. 494.

³³ Przepis art. 484 § 1 k.c. ma bowiem charakter dyspozytywny por. W. Czachórski, *Odpowiedzialność kontraktowa i jej stosunek do odpowiedzialności deliktowej według kodeksu cywilnego*, NP 1964, nr 10, s. 956. Należy przy tym zauważyć, iż umowne ograniczenie odpowiedzialności w postaci kary umownej nie obowiązuje w wypadku umyślnego wyrządzenia szkody przez dłużnika – K. Zagrobelny, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz...*, s. 1242–1243.

tycznych przesłankach oraz zapewnić identyczną lub bardzo zbliżoną ochronę i zakres kompensacji³⁴.

VII. Jeśli uznamy, że szkoda nie jest przesłanką dochodzenia kary umownej to wówczas to czy obejmuje ona uszczerbki majątkowe lub niemajątkowe wydawać się może irrelevantne. Takie stanowisko podkreśla niewątpliwie funkcję stymulującą i represyjną kary umownej. Zakres kompensacji dokonującej się przez zapłatę kary umownej nie jest jednak bez znaczenia. Istnienie i wysokość szkody może być badana w razie żądania przez dłużnika zmniejszenia kary umownej w drodze miarkowania (art. 484 § 2 k.c.)³⁵, którego przesłankami są rażące wygórowanie kary umownej lub wykonanie zobowiązania w znacznej części³⁶. Dłużnik nie musi wówczas udowadniać dokładnej wysokości szkody. Wystarczy, że poda ją w takim przybliżeniu, że sąd oceniający sprawę będzie mógł uznać karę umowną za wygórowaną w sposób „rażący”. Ustawodawca w takim wypadku rzeczywiście przerzuca na dłużnika ciężar dowodu, ale nie, co do tego, że wierzyciel nie poniósł jakiegokolwiek szkody, tylko co do faktu wykonania zobowiązania w znacznej części lub tego, że kara umowna została zastrzeżona w rażącej wysokości. Sprowadza się to często do badania tego, czy strony już w momencie jej zastrzegania zakładały, że wyrządzona wierzycielowi szkoda będzie od niej zdecydowanie niższa³⁷. Art.

³⁴ Jest wprost przeciwnie, o czym świadczy powszechny pogląd, iż na gruncie odpowiedzialności kontraktowej nie można żądać zadośćuczynienia za poniesioną szkodę niemajątkową por. np. wyrok SN z 15 kwietnia 1966 r., II PR 102/66, niepublikowany, LEX nr 13901 oraz wyrok SN z 14 lutego 2003 r., IV CKN 1768/00, niepublikowany, LEX nr 78273.

³⁵ Już w okresie międzywojennym zwracano uwagę, że instytucja kary umownej, ma służyć ułatwieniu dochodzenia wysokości szkody i nie może być instrumentem osiągnięcia nieuzasadnionych i niewspółmiernych zysków przez wierzyciela – J. Namitkiewicz, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. I, Łódź 1949, s. 124. Wyraźnie stanowią o tym już art. 85 § 1 k.z.: „Jeżeli odszkodowanie umowne jest rażąco wygórowane, albo jeśli umowa częściowo wykonana została, dłużnik może żądać zmniejszenia odszkodowania umownego, zwłaszcza gdy udowodni, że wierzyciel w skutek niewykonania umowy nie poniósł żadnej szkody, albo poniósł szkodę nieznaczną”.

³⁶ J. Szwaja, *Kara umowna...*, s. 144, wysunął tezę, że powinno uwzględniać się stosunek kary umownej do odszkodowania jakie należałoby się wierzycielowi, gdyby dochodził go na zasadach ogólnych. Tak też np. M. Bączyk, *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a wysokość kary umownej (w:) Ars et Usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego S. Rudnickiego*, Warszawa 2005, s. 47–48. Odmiennie, i do tego poglądu należy się przychylić, J. Jastrzębski, *Glosa...*, s. 496. Za interesujący uznać trzeba też pogląd P. Graneckiego, *Glosa...*, s. 13–14, którego zdaniem, ponieważ szkoda utraciła charakter przesłanki zapłaty kary umownej, miarkowanie odszkodowania w oparciu o przesłankę rażącego wygórowania musi być łączone z porównaniem wartości kary umownej do wartości zobowiązania przy uwzględnieniu słusznego interesu wierzyciela.

³⁷ J. Korzonek, L. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań – Komentarz*, Kraków 1936, s. 174. E. Till w uzasadnieniu, do art. 65 projektu części ogólnej zobowiązań stwierdza, że: „Jeżeli sędzia, na podstawie umowy i towarzyszących jej okoliczności, nabierze przekonania, że taką była intencja stron przy ustalaniu kary umownej pozostawić należy mu wolność zmodyfikowania jej gdy dojdzie do przekonania że stosunek między rzeczywistą szkodą wierzyciela a wysokością kary jest zbyt rażący.” (cytat za J. Korzonek, L. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań...*, s. 174).

484 § 2 k.c. jest normą *iuris cogentis* i w związku z tym strony nie mogą wyłączyć w umowie możliwości zmniejszenia kary umownej³⁸. Jeżeli wierzyciel poniesie uszczerbki majątkowe oraz niemajątkowe nieadekwatne do zastrzeżonej kary umownej dłużnik będzie mógł się zawsze odwołać do miarkowania³⁹.

Przy przyjęciu, że z przepisów o karze umownej wynika szeroki zakres obowiązku naprawienia szkody, szerokie określenie przez strony zakresu kompensacji i objęcie nim uszczerbków niemajątkowych powinno mieć wpływ na miarkowanie kary umownej. Przy przesłance miarkowania, jaką jest rażące wygórowanie uwzględnić trzeba więc nie tylko szkodę majątkową, ale także szkody niemajątkowe, w tym te które z natury swojej są nieuchwytnie, np. przykrości lub kłopoty wierzyciela wynikłe z niewykonania zobowiązania⁴⁰.

Jeżeli *prima facie* dostrzec można, że uszczerbki w dobrach chronionych wierzyciela są nieznaczne sąd powinien wyeliminować wygórowanie kary umownej w zakresie, w jakim dysproporcja jest rażąca⁴¹. Wielokrotnie badanie „rażącego wygórowania” zmierzać będzie do stwierdzenia tego, na ile wierzyciel z dłużnikiem, w momencie zastrzegania kary umownej, właściwie (obiektywnie) określili rozmiar niemajątkowych uszczerbków wierzyciela, jakie może on ponieść w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wysokość kary umownej jest wówczas w dużej mierze „subiektywną wypadkową” interesu wierzyciela, na którego jednak kompensację w takiej wysokości, zgodziła się, zawierając umowę, druga strona.

VIII. Wykluczona jest natomiast możliwość zmniejszenia kary umownej w drodze podniesienia zarzutu nadużycia prawa (art. 5 k.c.). Miarkowanie kary umownej wyklucza zastosowanie konstrukcji nadużycia prawa tym bardziej, że nadużycie

³⁸ Poprzednio art. 85 § 2 k.z., stanowił wprost o niemożliwości zrzeczenia się możliwości miarkowania kary umownej w odrębnej umowie por. R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania...*, s. 198 oraz J. Namitkiewicz, *Kodeks zobowiązań...*, s. 125. Na marginesie pragnę zaznaczyć, iż nie wydaje się rozwiązaniem słusznym powrót *de lege ferenda* do koncepcji art. 531 Kodeksu handlowego, który wyłączał możliwość miarkowania kary umownej w stosunkach kupieckich. Odmienne J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002, s. 183 oraz Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 325.

³⁹ Por. też uzasadnienie orzeczenia SN z 28 czerwca 1938 r., C II 3313/37, „Przegląd Prawa i Administracji” 1938, poz. 305.

⁴⁰ Por. J. Korzonek, L. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań...*, s. 175.

⁴¹ Kontrowersyjna może być kwestia czy sąd może doprowadzić do zmiarkowania kary umownej do zera (czyli do stanu w którym kary umownej w ogóle by nie było) albo ograniczyć ją do symbolicznej złotówki. Przeciwnicy tego poglądu twierdzą, że miarkowanie nie może doprowadzić nigdy do zniesienia całej kary umownej por. J. Szwaja, *Kara umowna...*, s. 149–150; P. Drapała, *System...*, s. 977–978. Natomiast, moim zdaniem, wykładnia literalna art. 484 § 2 k.c. nie stoi na przeszkodzie, aby sąd mógł zmiarkować karę umowną nawet do zera, jeśli będą za tym przemawiać szczególne okoliczności, np. jeśli uzna, że kara umowna zredukowana do choćby najniższej wysokości będzie nadal rażąco wygórowana. Inaczej trzeba by było przyjąć, że sąd może zmiarkować karę umowną do symbolicznej złotówki, a nie może już do zera.

prawa nie może prowadzić do zmniejszenia (lub zniweczenia) przysługującego komuś prawa⁴². Posłużenie się tego typu zarzutem nie powoduje zmniejszenia kary umownej ani wygaśnięcia roszczenia powoda o jej zapłatę. Zazwyczaj jednak z powodu braku zmiany okoliczności tkwiących u podstaw podniesionego zarzutu roszczenie powoda nie będzie mogło być w przyszłości skutecznie dochodzone. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, aby dłużnik posłużył się zarzutem nadużycia prawa, w wypadku, gdy np. wierzyciel nie poniósł szkody majątkowej (lub była ona obiektywnie nieznaczna), a przy tym uszczerbki w jego dobrach niemajątkowych („obiektywnie godnym ochrony interesie”, który zostaje naruszony w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania) wydają się nie zasługiwać na kompensację⁴³. Jeśli sąd uzna, że zastrzeżenie kary umownej nie miało na celu zaspokojenia godnego ochrony interesu niemajątkowego wierzyciela, roszczenie wierzyciela może być oddalone ze względu na jego sprzeczność z art. 5 k.c.⁴⁴. Także z innych przyczyn (np. porównanie stanu majątkowego obu stron) żądanie wierzyciela sprzeczne może być w określonych sytuacjach z zasadami współżycia społecznego. Podobnie będzie w wypadku zastrzeżenia kary umownej we wzorcu umownym (art. 385¹ § 1 k.c.) kształtującym treść stosunku prawnego pomiędzy konsumentem a profesjonalistą w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami.

Istnieją też inne środki prawne, które mogą chronić dłużnika przed nadużyciami ze strony wierzyciela. W razie spełnienia, wskutek zastrzeżenia kary umownej, przesłanek wyzysku (art. 388 k.c.), należy dopuścić zastosowanie, przewidzianych w tymże przepisie, środków ochrony osoby wyzyskanej⁴⁵. Nie wydaje się bowiem aby art. 484 § 2 k.c. wyłączał w tym zakresie art. 388 k.c., tym bardziej, iż po pierwsze zakresy hipotez obu artykułów nie pokrywają się, a po drugie katalog środków ochrony wyzyskanego przewidzianych w tym ostatnim przepisie jest szerszy niż tylko zmniejszenie świadczenia dłużnika. Wydaje się, że teoretycznie możliwe są też sytuacje, kiedy samo zastrzeżenie kary umownej będzie sprzeczne z prawem

⁴² Tak wyrok SN z 22 maja 2002 r., I CKN 1567/99, OSNC 2004, nr 7–8, poz. 109 z glosą T. Justyńskiego, PiP 2004, nr 3, s. 117 i n.

⁴³ Sytuacja taka będzie w praktyce rzadka, ale na pewno nie jest niemożliwa do wystąpienia. Rozważmy następujący przykład: kara umowna została zastrzeżona za zwłokę w umowie pomiędzy inwestorem budowlanym a klientem na wypadek niewybudowania lokalu i niewypisania go do księgi wieczystej w określonym terminie. Jeśli ten pierwszy spóźni się z samym wpisem o jeden dzień, wierzyciel może nie ponieść żadnego uszczerbku majątkowego (por. np. stan faktyczny wyroku SN z 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01, niepublikowany, LEX nr 141400), choć żądać będzie zastrzeżonej kary umownej. Trudno jest wówczas uznać, że interes niemajątkowy dłużnika doznał uszczerbku (np. gdy niewypisanie lokalu do księgi w tym terminie nie miało żadnego wpływu na jego sytuację mieszkaniową lub majątkową). Roszczenie o karę umowną powinno być wówczas na podstawie art. 5 k.c. oddalone.

⁴⁴ Zob. wyrok SN z 22 maja 2002 r., I CKN 1567/99. Podobny jak w niniejszej pracy pogląd wyrazili: J. Jastrzębski, *Odsetki za opóźnienie a kara umowna...*, s. 71 oraz SA w Krakowie w wyroku z 18 grudnia 1990 r., I ACr 117/90, OSA 1991, nr 4, poz. 20.

⁴⁵ J. Namitkiewicz, *Kodeks zobowiązań...*, s. 124.

lub zasadami współżycia społecznego (art. 58 k.c.)⁴⁶. Sąd może wtedy uznać całe zastrzeżenie kary umownej za nieważne. Natomiast musiałaby być to sytuacja inna niż rażące wygórowanie kary umownej, ponieważ w takich przypadkach instytucja miarkowania zastępuje sprzeczność z zasadami współżycia społecznego⁴⁷.

Wydaje się także możliwe obniżenie kary umownej w wypadkach przyczynienia się wierzyciela do wyrządzenia szkody (art. 362 k.c.)⁴⁸. Analiza tego zagadnienia przekracza jednak ramy artykułu⁴⁹.

⁴⁶ Np. zastrzeżenia kary umownej w umowie zaręczyn. Nie dotyczy to sytuacji, w której kara umowna zastrzeżona zostanie w umowie sprzecznej z prawem lub zasadami współżycia społecznego. Cała umowa lub jej część będzie wówczas uważana za nieważną.

⁴⁷ Tak też: J. Dąbrowa (w:) *System...*, s. 833; P. Drapała, *Kara umowna...*, s. 58 oraz J. Jastrzębski, *Odsetki za opóźnienie a kara umowna...*, s. 70–71. Odmiennie T. Justyński, *Glosa...*, s. 118.

⁴⁸ Odmiennie M. Bączyk: *Przyczynienie...*, s. 41 i n. oraz wyrok SN z 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03, MoP 2005, nr 14, s. 705–709 z tezą, iż „Przepis art. 362 k.c. nie może stanowić samoistnej podstawy zmniejszenia kary umownej. Zmniejszenie takie może nastąpić na podstawie art. 484 § 2 k.c.”, a także P. Drapała, *Glosa do wyroku SN z 8 VII 2004 r., IV CK 522/03*, OSP 2005, nr 7–8, poz. 86 oraz P. Granecki, *Glosa...*, s. 11–15.

⁴⁹ Szerzej – J. Jastrzębski, *Glosa do wyroku SN z 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, (w druku) oraz W. Borysiak, *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody (art. 362 k.c.) a kara umowna (art. 483–484 k.c.)* (w druku).

USTAWA – PRAWO PRYWATNE MIĘDZYNARODOWE W ŚWIETLE ORZECZNICTWA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

Wybrane zagadnienia obywatelstwa i prawa właściwego dla stosunków zobowiązaniowych

Uwagi ogólne

Zgodnie z brzmieniem art. 1 § 1 Ustawy Prawo prywatne międzynarodowe¹ (dalej również PPM lub ustawa) jej przepisy określają prawo właściwe dla międzynarodowych stosunków osobistych i majątkowych w zakresie prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy.

Konieczność stosowania zawartych w PPM norm wynika ze zdarzeń prawnych, które wykazują związek z systemami prawnymi więcej niż jednego państwa. W gruncie rzeczy ustawa ta stanowi zbiór norm kolizyjnych, które po ustaleniu odpowiedniego łącznika, takiego jak np. obywatelstwo, art. 2 § 1 i 2, miejsce zamieszkania, art. 18 zd. 2, czy położenie rzeczy, art. 24 § 1 i 2, każą stosować do ich oceny przepisy materialne określonego państwa.

Jak dotychczas polska ustawa dla bardzo wielu stanów faktycznych stanowi jedyną wskazówkę określającą prawo materialne, które należy stosować w sytuacjach wykazujących związek z prawem różnych państw. Wraz jednak z rozwojem prawa międzynarodowego, a szczególnie tworzonego w ramach Wspólnoty Europejskiej zakres jej zastosowania będzie ulegał stopniowemu ograniczeniu. Już obecnie stosunki zobowiązaniowe między stronami wywodzącymi się z różnych państw Unii Europejskiej są przeważnie regulowane przez Konwencję o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartą do podpisu w Rzymie 19 czerwca 1980 r. (początkowo nazywaną Rzym I)². Obecnie z kolei trwają prace nad rozporządzeniem o

¹ Ustawa z 12 listopada 1965 r., Prawo prywatne międzynarodowe, (Dz.U. Nr 46, poz. 290 z 17 listopada 1965 r.) ze zm.

² Dz.U. U.E. z 8 lipca 2005 r., C 169, s. 10–22. Słabość tego aktu polega na tym, że jest to umowa międzynarodowa, a nie wtórny akt prawa wspólnotowego i dlatego nie wszystkie państwa Unii są nią

prawie właściwym dla zobowiązań pozaumownych (potocznie nazywanego Rzym II)³.

Należy się przy tym spodziewać dalszego rozwoju szeroko rozumianego prawa kolizyjnego w ramach Unii Europejskiej⁴. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 65 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej również TWE lub Traktat), który został wprowadzony do TWE na mocy Traktatu z Amsterdamu, Wspólnota w zakresie niezbędnym do zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego podejmuje środki z zakresu współpracy sądowej w sprawach cywilnych, mające skutki transgraniczne. Mają one zmierzać m.in. do: poprawy i uproszczenia systemu transgranicznego dostarczania aktów sądowych i pozasądowych, współpracy w dziedzinie gromadzenia dowodów, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych, w tym decyzji pozasądowych, wspierania zgodności norm mających zastosowanie w Państwach Członkowskich w dziedzinie kolizji ustaw i sporów o właściwość⁵. Kompetencje Wspólnoty są jednak w zakresie dotyczącym kształtowania norm kolizyjnych i procesowych ograniczone. Sprowadzają się one w dużej mierze do wprowadzania ułatwień dla obrotu gospodarczego. Wspólnota może wydawać stosowne przepisy jedynie wówczas, gdy ma to wspierać funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Ten zaś, zgodnie z definicją wynikającą z art. 14 TWE obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału. W związku z tym takie np. kwestie jak zdolność do czynności prawnych, możliwość zawarcia małżeństwa, obywatelstwo, czy kwestie

związane. Obowiązuje ona we wszystkich tzw. starych Państwach Członkowskich. Nowe Państwa Członkowskie podpisały Konwencję o przystąpieniu do niej (Dz.U. U.E. z 8 lipca 2005 r., C 169, s. 1), ale jak do tej pory nie wszystkie ją ratyfikowały. Z tego względu Wspólnota chce ją obecnie zastąpić obowiązującym wszystkie Państwa Członkowskie rozporządzeniem, odnośnie do projektu patrz COD/2005/0261.

³ Stosowny projekt rozporządzenia został już opracowany patrz COD/2003/0168.

⁴ Już obecnie normy kolizyjne zawarte są w bardzo wielu aktach prawa wtórnego regulujących odpowiedzialność kontraktową i deliktową, np. z zakresu ochrony konsumentów, czy odpowiedzialności za produkt niebezpieczny, bliżej patrz C. Joerges, G. Brüggemeier (w:) *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaftsrecht*, pod red. P.-C. Müller-Graff, Nomos 1999, s. 312 i n., B. Heiderhoff, *Gemeinschaftsprivatrecht*, Sellier. European Law Publishers 2005.

⁵ Na mocy tego przepisu wydany został także szereg aktów prawa wtórnego, które dotyczą postępowania cywilnego. Obecnie ich lista przedstawia się następująco: rozp. nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego, zmienione przez rozp. nr 603/2005, rozp. nr 1348/2000 o doręczaniu dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych w państwach członkowskich, rozp. nr 44/2001 o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych, rozp. nr 1206/2001 o współpracy między sądami państw członkowskich w zakresie przeprowadzania dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych, rozp. nr 2201/2003 dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozp. nr 1347/2000, rozp. nr 850/2004 w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych.

związane z dziedziczeniem prawdopodobnie zawsze należeć będą do wyłącznych kompetencji Państw Członkowskich Unii⁶.

Nie oznacza to jednak, że sprawy obywatelstwa pozostają zupełnie poza zainteresowaniem Wspólnoty Europejskiej. O ile bowiem jego nadanie i utrata należą do wyłącznej kompetencji Państw Członkowskich o tyle wykonywanie związanych z nim praw pozostaje w kręgu zainteresowania prawa wspólnotowego⁷. Należy przy tym pamiętać, że Traktat w art. 17 ustanowił obywatelstwo Unii, które przysługuje każdej osobie mającej przynależność Państwa Członkowskiego. Fakt ten ma istotne znaczenie dla określenia sytuacji prawnej osób, które je posiadają. W znaczącym stopniu wpływa on również na stosowanie art. 2 § 1 i 2 PPM, co przedstawione zostanie poniżej.

Wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na stosowanie art. 2 § 1 i 2 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe

Ze względu na rozwój kontaktów transgranicznych coraz częściej może się zdarzyć, że osoby będą obywatelami więcej niż jednego państwa. Może to powodować problem z ustaleniem właściwego dla nich systemu prawnego, który będzie określał ich sytuację wówczas, gdy dla jego ustalenia normy kolizyjne będą się odwoływać do łącznika obywatelstwa. Kwestię podwójnego obywatelstwa polska ustawa rozwiązuje przewidując w art. 2 § 1 i 2 PPM zasadniczo dwa przypadki. Pierwszy z nich, § 1 dotyczy sytuacji, gdy obywatel polski jednocześnie będzie obywatelem innego państwa. W takiej sytuacji jeżeli ustawa przewidzieć będzie właściwość prawa ojczystego obywatel polski podlegać będzie zawsze prawu polskiemu. Drugi przypadek, § 2 dotyczy osób, które mają więcej niż jedno obywatelstwo, przy czym żadne z nich nie jest obywatelstwem polskim. Wówczas osoba taka będzie podlegać jako prawu ojczystemu, prawu państwa, z którym jest najściślej związana. Wskazane normy prawne są jasne i nie pozostawiają wątpliwości co do ich interpretacji.

Mając na uwadze treść powyższych przepisów można pokusić się o rozwiąza-

⁶ Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej też ETS lub Trybunał), który w tym zakresie odwołuje się do zasad prawa międzynarodowego publicznego zarówno nabycie jak i utrata obywatelstwa należą do wyłącznej kompetencji państw, por. wyrok ETS z 19 października 2004 r. w sprawie C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu i Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, Zb.O. 2004, s. I-9925, ust. 37, wyrok ETS z 20 lutego 2001 r. w sprawie C-192/99, *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur*, Zb.O. 2001, s. I-1237, ust. 19.

⁷ Por. art. 12 TWE zakazujący dyskryminacji ze względu na obywatelstwo i art. od 17 do 22 Traktatu przyznające obywatelom określone uprawnienia, a także dyr. 2004/38 w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich.

nie następującego stanu faktycznego, który stał się przedmiotem rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej też ETS lub Trybunał) w sprawie *Carlos Garcia Avello v. Belgia*⁸. Orzeczenie to ma duże znaczenie dla interpretacji zawartego w ustawie art. 2 § 1, gdyż stosowana w Belgii praktyka była identyczna z jego treścią. Otóż obywatel Hiszpanii, C. Garcia Avello, ożenił się z obywatelką Belgii I. Weber. Oboje mieszkali legalnie w Belgii, gdzie w 1986 r. wzięli ślub, a w roku 1988 i 1992 urodziło się ich dwoje dzieci Esmeralda i Diego. Dzieci posiadały podwójne obywatelstwo, hiszpańskie i belgijskie. W wydanych im w Belgii aktach urodzenia, dzieci nosiły nazwisko ojca, określone zgodnie z belgijskimi przepisami jako Garcia Avello. Rodzice wnieśli jednak o jego zmianę. Jako uzasadnienie podali, że zgodnie z prawem hiszpańskim nazwisko dzieci pochodzących z małżeństwa składa się z pierwszego członu nazwiska ojca i pierwszego członu nazwiska matki. Przy tym w konsulacie hiszpańskim w Belgii dzieci zostały zarejestrowane jako noszące nazwisko Garcia Weber. Ponieważ zarówno władze jak i rodzice nie doszli do porozumienia wniosek rodziców został oddalony. Ojciec dzieci zaskarżył tę decyzję przed sądem krajowym i zażądał jej uchylenia. Ten z kolei, mając na uwadze treść art. 17 i 18 Traktatu, które wprowadzają obywatelstwo Unii Europejskiej i wskazują zakres związanych z nim uprawnień, wystosował do Trybunału wniosek o wydanie orzeczenia prejudycjalnego, w celu ich interpretacji.

Stosując treść art. 2 § 1 PPM rozwiązanie tego stanu faktycznego na gruncie prawa polskiego nie nastroczałoby trudności, przy założeniu że małoletni posiadaliby obywatelstwo polskie. Jako bowiem obywatele polscy podlegaliby oni krajowej ustawie i do określenia ich nazwiska zastosowanie miałoby wyłącznie prawo polskie⁹. Władze polskie zajęłyby więc stanowisko tożsame z tym jakie przyjęła Belgia, co jednak nie byłoby właściwe.

W przedmiotowej sprawie ETS nie zgodził się ze stanowiskiem władz belgijskich. Jednocześnie przedstawił interpretację, która jest sprzeczna z tą jaka wynika z polskiej ustawy. Decydujące dla wydania wyroku było to, że dzieci posiadały obywatelstwo Unii Europejskiej, co w ogóle nie było wzięte pod uwagę w postępowaniu krajowym. Uzasadniając swoje stanowisko Trybunał odwołał się do znaczenia jakie należy wiązać z tym faktem oraz wyrażonego w Traktacie zakazu dyskryminacji ze względu na obywatelstwo, art. 12 TWE. Należy przy tym pamiętać, że już we wcześniejszych swoich orzeczeniach ETS zdecydowanie opowiedział się za decydującą rolą jaką należy łączyć z posiadaniem obywatelstwa Unii Europejskiej. W sprawie tej Trybunał zwrócił uwagę na swoje ugruntowane stanowisko wskazujące, że pełni ono rolę nadrzędną dla określenia sytuacji prawnej osób, które z niego korzystają. Jest ono podstawowym wyznacznikiem praw i obowiązków jednostek,

⁸ Wyrok ETS z 2 lipca 2003 r., w sprawie C-148/02, *Carlos Garcia Avello v. Belgia*, Zb.O. 2003, s. I-11613.

⁹ Takie też stanowisko zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z 25 listopada 2004 r. w sprawie o sygn. akt III CK 611/03, OSNC 2005, nr 11, poz. 197.

podlegających pod przepisy Traktatu i korzystających z zawartych w nim uprawnień. Stanowi ono podstawowy status każdej takiej osoby określający jej sytuację prawną w ramach Wspólnoty¹⁰. Zgodnie z brzmieniem art. 17 TWE obywatelstwo to przysługuje automatycznie każdej osobie, która jest obywatelem jednego z Państw Członkowskich Unii. Nie ma przy tym innej możliwości jego uzyskania i w przeciwieństwie do obywatelstw krajowych nie można się go zrzec ani być jego pozbawionym. Status obywatela Unii ma to znaczenie, że ze względu na jego posiadanie wszyscy obywatele Państw Członkowskich, którzy znajdują się w jednakowej sytuacji i jednocześnie korzystają z przepisów Traktatu mają roszczenie o jednakowe traktowanie. Jego istotą jest przede wszystkim zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji między obywatelami, pod warunkiem, że korzystają oni z przyznanych im w TWE uprawnień, jak chociażby w niniejszej sprawie z prawa do swobodnego przepływu osób. ETS odrzucił przy tym argument jakoby w ramach prowadzonego sporu zastosowanie miało jedynie prawo krajowe. W każdym bowiem przypadku, gdy obywatel jednego Państwa Członkowskiego udaje się do innego i tam legalnie przebywa korzysta on z zawartego w Traktacie prawa do swobody przemieszczania się. Poza tym fakt, że Wspólnota nie posiada kompetencji w zakresie kształtowania nazwisk nie mógł mieć wpływu na treść wydanego wyroku. W takich bowiem sytuacjach państwa wykonując swoje kompetencje muszą brać pod uwagę przepisy wspólnotowe i postępować tak, by nie zakłócić pełnego ich funkcjonowania¹¹. Fakt posiadania przez dzieci obywatelstwa belgijskiego jak również to, że w kraju tym były one uznawane jedynie za obywateli belgijskich były tutaj bez znaczenia. Państwo Członkowskie nie miało bowiem kompetencji, aby własnymi działaniami ograniczać skuteczność obywatelstwa innego Państwa Członkowskiego lub warunkować jego uznanie od spełnienia określonych przez siebie warunków. Byłoby to sprzeczne z obowiązującym zakazem dyskryminacji, wyrażonym w art. 12 TWE. Państwo nie może stwierdzić, że któreś obywatelstwo ma pierwszeństwo przed innymi lub w ogóle nie uznać któregoś z nich. Wszystkie one są bowiem równe i muszą być jednakowo traktowane. Oczywiście pod warunkiem, że osoba z nich

¹⁰ Wyrok ETS z 12 maja 1998 r., w sprawie C-85/96, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, Zb.O. 1998, s. I-2691, ust. 62 i n., wyrok ETS z 20 września 2001 r. w sprawie C-184/99, *Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Zb.O. 2001, s. I-6193, ust. 31 i n., wyrok ETS z 11 lipca 2002 r., w sprawie C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop v. Office national de l'emploi*, Zb.O. 2002, s. I-6191, ust. 28 i n., wyrok ETS z 17 września 2002 r. w sprawie C-413/99, *Baumbast i R v. Secretary of State for the Home Department*, Zb.O. 2002, s. I-7091, ust. 82 i n., wyrok ETS z 23 marca 2004 r., w sprawie C-138/02, *Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions*, Zb.O. 2004, s. I-2703, ust. 61 i n., wyrok ETS z 15 marca 2005 r., w sprawie C-209/03, *Dany Bidar v. London Borough of Ealing i Secretary of State for Education and Skills*, Zb.O. 2005, s. I-2119, ust. 31 i n.

¹¹ Por. wyrok ETS z 2 grudnia 1997 r. w sprawie C-336/94, *Eftalia Dafeki v. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, Zb.O. 1997, s. I-6761 dot. uznawania aktów stanu cywilnego i wyrok ETS z 23 listopada 2000 r., w sprawie C-135/99, *Ursula Elsen v. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, Zb.O. 2000, s. I-10409, ust. 33 i n. wraz z cytowanym tam orzecnictwem.

korzystająca wykonuje uprawnienia jakie przyznaje jej Traktat. Do tego wystarcza jednak już sam fakt, że jednostka w innym Państwie Członkowskim legalnie przebywa lub po jego terenie się porusza. W takim przypadku jak ten w przedmiotowym sporze nie można również stwierdzić, że dyskryminacja nie ma miejsca ponieważ wszyscy obywatele belgijscy, którzy znaleźliby się w takiej sytuacji byłiby potraktowani jednakowo. Taka argumentacja pomijałaby fakt, że dyskryminacja zachodzi zarówno wówczas, gdy jednakowe stany są traktowane różnie jak i wtedy gdy stany różne są traktowane identycznie. W tym zaś przypadku małoletni różnili się od wszystkich innych osób posiadających obywatelstwo belgijskie, tym że posiadali również obywatelstwo innego Państwa Członkowskiego Unii. Na tej podstawie mogli oni i musieli być traktowani w sposób różny. Zastosowanie zaś praktyki belgijskiej prowadziłoby do tego, że nie mogliby oni korzystać z nazwiska jakie posiadali w innym Państwie Członkowskim. Jak sobie łatwo przy tym wyobrazić sytuacja taka prowadziłaby do istotnych utrudnień w ich życiu zawodowym i prywatnym. Związane byłoby to z takimi chociażby kwestiami jak treść dyplomów, zaświadczeń, czy dokumentów potwierdzających prawo własności.

Belgijska praktyka oraz polska ustawa, a w szczególności omawiany tu jej art. 2 § 1, są niezwykle surowe. Brzmienie wskazanego przepisu każe automatycznie odrzucać i nie uznawać obywatelstwa innych państw w sytuacjach, gdy określona osoba jest jednocześnie obywatelem polskim. Mając jednak na uwadze wskazane orzeczenie Trybunału, należy stwierdzić, że pełne zastosowanie tego przepisu, a więc zgodne z jego brzmieniem może mieć miejsce jedynie w dwóch sytuacjach. Po pierwsze wówczas, gdy osoba będzie obywatelem państwa trzeciego, a więc nie należącym do Unii Europejskiej. Po drugie wówczas, gdy jednostka co prawda będzie obywatelem Państwa Członkowskiego, ale nie będzie mogła powoływać się na przyznane jej w Traktacie uprawnienia, a w szczególności prawo do swobodnego przemieszczania się¹². Ta ostatnia teza znajduje swoje uzasadnienie w systemowej wykładni instytucji jaką jest „obywatelstwo Unii Europejskiej” i przytoczonych orzeczeniach Trybunału. ETS niezmiennie wskazuje, że roszczenie o jednakowe traktowanie przysługuje jedynie wówczas, gdy określona osoba, korzysta z praw zagwarantowanych jej w Traktacie. Tylko wówczas, gdy wywodzi ona swoje uprawnienia, względnie obowiązki z TWE, może się ona powoływać na przewidziane w nim instytucje prawne, w tym prawo do równego traktowania i fakt posiadania obywatelstwa Unii Europejskiej. Nie można przy tym nie zauważyć, że instytucja ta znajduje się w Traktacie, będącym w gruncie rzeczy umową międzynarodową o charakterze gospodarczym. Obywatelstwo Unii służy przy tym lepszemu wcieleniu

¹² Por. wyrok ETS z 27 października 1982 r., w sprawie 35 i 36/82, *Elestina Esselina Christian Morson v. Holandia i Sewradjie Jhanjan v. Holandia*, Zb.O. 1982, s. 3723, wyrok ETS z 26 stycznia 1993 r., w sprawie C-112/91, *Hans Werner v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, Zb.O. 1993, s. I-429, wyrok ETS z 17 lutego 2005 r., w sprawie C-215/03, *Salah Oulane v. Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*, Zb.O. 2005, s. I-1215, wyrok ETS w sprawie *Brian Francis Collins*, op. cit.

jednostek, które korzystają z zagwarantowanych w TWE swobód do życia w innych niż ich rodzinne Państwach Członkowskich. Do tego wykonywanie uprawnień związanych z obywatelstwem Unii, a w szczególności korzystanie z prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium innych Państw Członkowskich jest ograniczone warunkami ustanowionymi w Traktacie i aktach prawa wtórnego przyjętych w celu jego wykonania. Wynika to wprost z brzmienia art. 18 TWE. W związku z tym obywatelstwo Unii musi być postrzegane jako instytucja służebna względem swobód zagwarantowanych w Traktacie. Jeżeli więc jednostka na te prawa nie będzie mogła się powoływać to posiadanie przez nią obywatelstwa Unii stanie się bezprzedmiotowe. Będzie ono co prawda nadal istniało i w dalszym ciągu stanowić będzie podstawowy status takiej osoby, ale nie będzie on mógł być w jakikolwiek sposób wykorzystany.

Równie istotne zagadnienia dotyczą stosowania art. 2 § 2 PPM w świetle wykładni Trybunału. Treść tego przepisu stwierdza, że cudzoziemiec mający obywatelstwo dwóch lub więcej państw podlega, jako prawu ojczystemu, prawu tego z nich, z którym jest najściślej związany. Ponownie wydaje się, że stosowanie tej normy nie powinno budzić żadnych wątpliwości. Tymczasem okazuje się, że i w tym przypadku korzystanie ze swobód zagwarantowanych w Traktacie ma dla stosowania tego przepisu decydujące znaczenie. Wnioski takie wynikają z orzeczenia ETS wydanego w sprawie *Mario Vicente Micheletti i in. v. Delegacion del Gobierno en Cantabria*¹³. Stan faktyczny sprawy przedstawiał się następująco. Skarżący urodził się w Argentynie i tam też odbył studia z zakresu stomatologii. Jednocześnie ze względu na to, że jego ojciec był Włochem władze tego kraju, zgodnie z przepisami wewnętrznymi przyznały mu obywatelstwo włoskie. Mario Vicente Micheletti wyjechał z Argentyny do Hiszpanii, gdzie jego dyplom został uznany, a on sam uzyskał czasową kartę pobytu przyznaną obywatelom Wspólnoty. Kiedy jednak zażądał on wydania mu stałej karty pobytu władze hiszpańskie odmówiły mu jej. Tymczasem była ona konieczna do rozpoczęcia przez niego działalności gospodarczej w formie gabinetu stomatologicznego. Uzasadniając swoją decyzję władze hiszpańskie powołały się na przepisy krajowe, które identycznie jak polska ustawa w przypadku podwójnego obywatelstwa nakazywały przyjąć, że osoba, która je posiada traktowana ma być jako obywatel tego kraju, w którym przed przyjazdem do Hiszpanii miała ona miejsce zwyczajowego pobytu, a więc z którym była najściślej związana. Konsekwencją było stwierdzenie, że skarżący jest obywatelem Argentyny i nie może korzystać z zagwarantowanych w Traktacie swobód. Ze względu na treść art. 2 § 2 PPM decyzja władz polskich mogłaby być taka sama. ETS stwierdził jednak, że jest to decyzja niewłaściwa. Tym razem jednak nie odwołał się on do obywatelstwa Unii Europejskiej, które w chwili wydawania wyroku jako instytucja prawna nie istniało¹⁴, a do treści

¹³ Wyrok ETS z 7 lipca 1992 r. w sprawie C-369/90, *Mario Vicente Micheletti i in. v. Delegacion del Gobierno en Cantabria*, Zb.O. 1992, s. I-4239.

¹⁴ Instytucja obywatelstwa została wprowadzona dopiero przez Traktat o Unii Europejskiej z 1992 r.

swobód określonych w Traktacie. Konkretnie do swobody prowadzenia działalności gospodarczej, wynikającej z art. 43 Traktatu, która zgodnie z brzmieniem tego przepisu przysługuje każdemu obywatelowi innego Państwa Członkowskiego, który w kraju przyjmującym, chce taką działalność prowadzić. Tu również ETS przypomniał, że zarówno kwestia przyznania jak i utraty obywatelstwa jest wyłączną kompetencją państw. Decyzję tę pozostałe Państwa Członkowskie muszą jednak szanować i w przypadku, gdy posiadająca je osoba, chce korzystać ze swobód zagwarantowanych w Traktacie nie mogą one ustalać pierwszeństwa obywatelstw lub uzależniać uznania osoby za obywatela jednego z Państw Członkowskich od dodatkowych, określonych przez siebie wymogów. Obywatelstwo któregośkolwiek Państwa Członkowskiego jest cechą, która pozwala odróżnić jednostki od wszystkich innych podmiotów, a jednocześnie jest cechą konieczną do ustalenia, że przysługują jej uprawnienia zagwarantowane w TWE. Gdyby zezwolić na nieograniczone stosowanie reguły określonej w art. 2 § 2 PPM to w różnych Państwach Członkowskich obywatele innych państw Wspólnoty mieliby różny zakres uprawnień, co jest oczywiście nie do pogodzenia z ideą Traktatu. Z tego względu w takich przypadkach posiadanie obywatelstwa kraju trzeciego jest zupełnie bez znaczenia i nie może mu być przyznane pierwszeństwo przed obywatelstwem Państwa Członkowskiego.

Wskazane dwa orzeczenia Trybunału mają ogromne znaczenie praktyczne. Ustalenie, że w danym stanie faktycznym przepisy krajowe są niezgodne z prawem wspólnotowym, musi prowadzić do tego, że będą one niestosowane¹⁵. Należy jednak pamiętać, że może to nastąpić jedynie w wypadkach, które wykazują związek z prawem wspólnotowym. Nie będą one miały zastosowania do sytuacji czysto wewnętrznych¹⁶. Ponadto powoływanie się na zakaz dyskryminacji obywateli, wyrażony w art. 12 TWE może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy do stanu faktycznego nie będą miały zastosowania przepisy szczególne Traktatu wprowadzające ten sam zakaz tyle, że w odniesieniu do np. pracowników, czy jak w sprawie Mario Vicente Micheletti osób prowadzących działalność gospodarczą. W tym względzie będą one bowiem stanowić *lex specialis*¹⁷.

O konsekwencjach jakie wynikają z przynależności Polski do Unii Europejskiej łatwo jest zapomnieć, zwłaszcza w obliczu tak kategorycznie brzmiących przepisów jak art. 2 § 1 i 2 PPM. Tymczasem wszystkie stany faktyczne, które miały miejsce po przystąpieniu Polski do Unii podlegać będą obowiązującemu na jej

¹⁵ Wyrok ETS z 9 marca 1978 r., w sprawie 106/77, *Staatliche Finanzverwaltung v. SpA Simmenthal*, Zb.O. 1978, s. 629, wyrok ETS z 19 czerwca 1990 r., w sprawie C-213/89, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd i in.*, Zb.O. 1990, s. I-2433.

¹⁶ Por. wyroki ETS w sprawach *Morson i Werner*, cyt. w przypisie 12.

¹⁷ Por. wyrok ETS z 30 maja 1989 r. w sprawie 305/87, *Komisja v. Grecja*, Zb.O. 1989, s. 1461, ust. 12–15, wyrok ETS z 7 marca 1991 r., w sprawie C-10/90, *Maria Magio v. Bundesknappschaft*, Zb.O. 1991, s. I-1119, ust. 12, wyrok z 10 grudnia 1991 r. w sprawie C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa v. Siderurgica Gabrielli Spa*, Zb.O. 1991, s. I-5889, ust. 11.

obszarze prawa¹⁸. W tych przypadkach należy się także kierować wykładnią przepisów wspólnotowych, dokonaną przez Trybunał.

Wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na stosowanie art. 25 § 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe

Kolejna istotna kwestia, która również pozostaje pod wpływem prawa wspólnotowego, dotyczy stosowania art. 25 § 1 PPM. Zgodnie z jego brzmieniem strony mogą poddać swe stosunki w zakresie zobowiązań umownych wybranemu przez siebie prawu, jeżeli pozostaje ono w związku ze zobowiązaniem. Ustawodawca polski przyznał tym samym stronom szeroką autonomię w wyborze prawa uzależniając ją od spełnienia jedynego warunku, którym jest wykazanie jakiegokolwiek związku z systemem prawnym, który dla zobowiązania ma być właściwy. Polska ustawa nie przewiduje dalej idących ograniczeń. Dokonując wyboru prawa w hipotetycznej sytuacji, gdzie jedna ze stron to osoba prawna mająca siedzibę w Polsce, a druga np. w Kanadzie i przyjmując, że prawem właściwym dla zobowiązania będzie prawo tego ostatniego kraju strony odrzucają polskie prawo, zarówno z jego normami dyspozytywnymi jak i bezwzględnie obowiązującymi. Tym samym podporządkowują się pod oba rodzaje tych norm, które występują w prawie kanadyjskim. Jest to tzw. kolizyjno-prawne wskazanie prawa w odróżnieniu do materialnoprawnego wskazania, gdzie strony mogą zastąpić jedynie normy dyspozytywne, a nie mogą odrzucić norm bezwzględnie obowiązujących¹⁹. Polska ustawa zezwala na przyjęcie pierwszego rozwiązania. Okazuje się jednak, że całkowita swoboda stron wynikająca z krajowej regulacji może być w niektórych wypadkach zastępowana ograniczeniami mającymi zakorzenie w prawie wspólnotowym. Jako przykład można tu wskazać rozstrzygniętą przez ETS sprawę *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*²⁰ (dalej też *Ingmar i Eaton*). Pierwsze z przedsiębiorstw miało swoją siedzibę w Wielkiej Brytanii, drugie zaś w USA, w Kalifornii. Zawarta między stronami umowa przewidywała, że firma *Ingmar* miała być agentem firmy *Eaton* na terenie Wielkiej Brytanii. Strony wskazały, że prawem właściwym dla umowy będzie prawo kalifornijskie. Po wygaśnięciu umowy *Ingmar* wniósł pozew o zapłatę przeciwko *Eaton*. Swoje roszczenie wywodził z przepisów inkorporowanej do systemu brytyjskiego dyrektywy nr 86/653, regulującej m.in. kwestię świadczeń wyrównawczych oraz odszkodowań dla byłych agentów. Mająca zastosowanie „ustawa” krajowa zawie-

¹⁸ Por. wyrok ETS z 15 czerwca 1999 r. w sprawie C-321/97, *Ulla-Briith Andersson i Susanne Wakeras-Andersson v. Svenska staten*, Zb.O. 1999, s. I-3551, ust. 42–45, wyrok ETS z 10 stycznia 2006 r. w sprawie C-302/04, *Ynos kft v. János Varga*, ust. 35–37.

¹⁹ B. von Hoffmann, K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, Beck 2005, 8 Auflage, s. 431 i n.

²⁰ Wyrok ETS z 9 listopada 2000 r., w sprawie C-381/98, *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*, Zb.O. 2000, s. I-9305.

rała przy tym normę kolizyjno-prawną, której treść była tożsama z art. 25 § 1 PPM i przewidywała, że w przypadku wyboru prawa jej przepisy nie będą miały zastosowania. Mając to na uwadze sąd pierwszej instancji powództwo oddalił, stwierdzając, że umowa podlegała prawu kalifornijskiemu, a roszczenie powoda nie znajdowało podstawy prawnej w przepisach tego stanu. Na gruncie prawa polskiego można by dojść do tych samych wniosków. Nie oznacza to jednak, że byłoby to rozumowanie właściwe, gdyż pomija ono w zupełności treść przepisów wspólnotowych. Do takich wniosków doszedł ETS, udzielając odpowiedzi na pytanie prejudycjalne sądu drugiej instancji. Pytanie to dotyczyło w zasadzie tego, czy przepisy dyrektywy mają zastosowanie do agenta, który swoją działalność prowadził na terenie Wspólnoty, ale na rzecz przedsiębiorcy mającego siedzibę w kraju trzecim w sytuacji, gdy strony uzgodniły, że prawem właściwym dla zobowiązania będzie prawo tego właśnie kraju. Decydujące dla udzielenia odpowiedzi było określenie, czy zawarte w dyrektywie normy mogą być uznane za „przepisy wymuszające swoje zastosowanie”, a więc takie, które będą stosowane nawet wówczas, gdy strony dokonując wyboru prawa zechcą je odrzucić. Rozważając tę kwestię Trybunał wskazał na dwie grupy argumentów, które pozwalały uznać przepisy dyrektyw za wymuszające swoje zastosowanie. Przede wszystkim ETS uznał, że taki ich charakter wynika głównie z ich celu, którym była ochrona przedsiębiorców, występujących jako agenci. Przepisy krajowe miały ją urzeczywistnić. Ponadto dyrektywa wskazywała wyraźnie, że przed zakończeniem trwania umowy strony nie mogły zawrzeć postanowień mniej korzystnych dla agenta. Charakter wymuszający zastosowanie wynikał również stąd, że przepisy ochronne wprowadzone przez Wielką Brytanię miały być stosowane nie tylko do nowych umów, ale także tych już obowiązujących. Druga grupa argumentów koncentrowała się na systemowym ujęciu przepisów dyrektywy. Zostały one bowiem wprowadzone po to, aby dokonać harmonizacji i uniknąć różnic pomiędzy sytuacją prawną agentów wywodzących się z różnych Państw Członkowskich, co stanowiło znaczną przeszkodę dla prowadzonej przez nich działalności. Celem ujednoczenia było również ustalenie jednakowych warunków konkurencji w obrębie Wspólnoty i wzmocnienie pewności obrotu gospodarczego. Dyrektywa miała się także przyczynić do pełnego urzeczywistnienia swobody prowadzenia działalności gospodarczej i ochrony stanu konkurencji niezniekształconej w tym segmencie rynku wewnętrznego. Były to więc cele o znaczeniu podstawowym dla istnienia wspólnego rynku i zarazem konieczne do jego urzeczywistnienia. Ich treść można znaleźć m.in. w art. 3 ust. 1, lit. c, g, h Traktatu. Z tych powodów zawarte w dyrektywie uprawnienia do odszkodowania, agenta który swoją działalność prowadził na terenie Wspólnoty nie mogły być wykluczone na mocy porozumienia stron, określającego wybór prawa²¹. Miały

²¹ W czasie trwania umowy agencyjnej, strony mogą ustalić odmienne zasady rozliczenia po wygaśnięciu umowy, o ile będą one oczywiście, a nie jedynie prawdopodobnie korzystniejsze niż uprawnienia przyznane w dyrektywie, por. wyrok ETS z 23 marca 2006 r. w sprawie C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl v. Mariella De Zotti*, ust. 25.

one bowiem podstawowe znaczenie dla zgodnego z celami Traktatu funkcjonowania pewnego segmentu wspólnego rynku. Z tego powodu zostały one uznane za wymuszające swoje zastosowanie w każdej sytuacji, która będzie wykazywać silny związek wspólnotowy, do czego wystarczy wykonywanie czynności agenta na terenie jednego z Państw Członkowskich Wspólnoty.

Taka konstrukcja prawna jaką są „przepisy wymuszające swoje zastosowanie” nie jest jak do tej pory znana polskiej ustawie. W przeciwieństwie do niej prawo wspólnotowe stworzyło mechanizm obronny, który może być stosowany wówczas, gdy normy o zasadniczym znaczeniu dla tego systemu prawa będą zagrożone. Takie samo rozwiązanie jest również znane wymienionej powyżej Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Jej art. 7 przewiduje stosowanie „przepisów wymuszających swoje zastosowanie” (tł. legalne – AT) w dwóch przypadkach. Pierwszy z nich odnosi się do sytuacji, gdy mimo stosowania prawa państwa określonego na podstawie Konwencji, należy przypisać skuteczność przepisom prawa innego państwa, z którym stan faktyczny sprawy wykazuje ścisły związek, o ile przepisy te, zgodnie z prawem tego innego państwa mają zastosowanie, bez względu na to, jakiemu prawu podlega umowa. Druga możliwość nakazuje stosowanie przepisów prawa państwa sądu orzekającego, które w odniesieniu do danego stanu faktycznego wymuszają swoje zastosowanie, bez względu na to, jakie prawo ma zastosowanie do umowy.

Zasadniczy jednak problem ze stosowaniem tych przepisów polega na braku ostrego sformułowania kryteriów pozwalających wskazać przepisy wymuszające swoje zastosowanie. Poszukując ich należy sięgać do preambuł aktów prawnych, jak to uczynił ETS w sprawie Ingmar i samego brzmienia norm. Przede wszystkim należy jednak dokonać wykładni systemowej. Przepisy bezwzględnie obowiązujące to bowiem nie te, które mają decydujące znaczenie dla stron, ale dla funkcjonowania całego systemu prawnego. Z punktu widzenia prawa wspólnotowego na pewno można zaliczyć do nich takie, które mają zapewnić niezakłócone funkcjonowanie rynku wewnętrznego. W tych przypadkach nawet treść jednostronnych czynności prawnych nie może stać im na przeszkodzie²².

Uwagi końcowe

Wskazane zagadnienia prawne to kolejny przykład na to jak bardzo prawo wspólnotowe wpływa na krajowe systemy prawne. Obecnie w zasadzie każdy stan

²² Por. wyrok ETS z 15 grudnia 1995 r., w sprawie C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i in. i Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman*, Zb.O. 1995, s. I-4921, ust. 82–83, wyrok ETS z 6 września 2000 r., w sprawie C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.*, Zb.O. 2000, s. I-4139, ust. 30–34.

faktyczny, który wykazuje cechy transgraniczne musi podlegać ocenie nie tylko z punktu widzenia prawa krajowego, ale także wspólnotowego. Jak wskazują na to przykłady, dokonanie ustaleń w tym zakresie może mieć decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o przepisy określonego systemu prawnego. Przyjęcie zaś, że przepisy krajowe są sprzeczne ze wspólnotowymi normami wymaga niestosowania tych pierwszych, co samo w sobie należy uważać za wyraz sytuacji kolizyjnoprawnej. Główna odpowiedzialność za poczynienie takich kroków spoczywać będzie na sądach, które nie są związane wskazywaną przez strony podstawą prawną żądań i samodzielnie muszą dokonać wyboru właściwych norm prawnych, czemu wyraz muszą dać w uzasadnieniu wydawanych orzeczeń²³.

²³ Por. J. Fetsch, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, Mohr Siebeck 2002, s. 242 i n. z cytowanym tam orzecznictwem.

KONSTITUCYJNE GRANICE PRAWA DO OBRONY W PROCESIE KARNYM

1. Prawo do obrony uważane jest współcześnie za podstawowe prawo oskarżonego w procesie karnym. Wyznacza ono zakres uprawnień przysługujących oskarżonemu dla procesowej obrony przed stawianymi mu zarzutami. Ma być szczególnego rodzaju przeciwwagą wobec procesowej działalności podmiotów występujących po stronie oskarżenia, wyposażonych w system uprawnień i środków wzmacniających ich pozycję. Istnienie prawa do obrony jest więc jednocześnie gwarancją rzetelności procesu. Z tego też powodu akceptuje się istnienie zasady prawa do obrony – dyrektywy nakazującej zapewnienie oskarżonemu prawa do obrony w procesie karnym – jako jednej z naczelnych zasad tego procesu. Zgodnie z tą zasadą oskarżony ma prawo do obrony przed stawianymi mu zarzutami we wszystkich stadiach procesu, za pomocą wszelkich przysługujących mu środków procesowych.

Uznanie szczególnej roli, jaką spełnia prawo do obrony w systemie gwarancji procesowych, nie prowadzi jednak jeszcze do uznania, że mamy do czynienia z prawem nieograniczonym. Tendencje do takiego jego traktowania pojawiają się współcześnie równie często, jak tendencje do jego niedopuszczalnego ograniczania. Z tego powodu istotne wydaje się wskazanie granic prawa do obrony i tym właśnie rozważaniom poświęcone jest niniejsze opracowanie.

2. Prowadząc rozważania nad granicami prawa do obrony w procesie karnym, rozpocząć musimy od uwag nad charakterem tego prawa, jako prawa konstytucyjnego. Odwołać musimy się do norm konstytucyjnych i do doktryny prawa konstytucyjnego. Wszelkie inne zabiegi oparte o wykładnię jedynie przepisów procesowych, z pominięciem szczebla nadrzędnego, prowadzić mogłyby do zbyt wąskiego i kazuistycznego ujęcia problemu oraz rodziłyby ryzyko pominięcia istotnych w tym procesie obowiązujących norm.

Prawa jednostki określone w przepisach Konstytucji są prawami uniwersalnymi, przysługującymi człowiekowi jako członkowi społeczeństwa. Zgodnie z art. 30 Konstytucji źródło praw i wolności stanowi przyrodzona i niezbywalna godność człowieka. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Prawa konstytucyjne nie mają jednak jednolitego charakteru. Są wśród nich prawa osobiste, prawa polityczne, prawa ekonomiczne, socjalne i

kulturalne. Niektóre z nich już na pierwszy rzut oka uznajemy za prawa podlegające ograniczeniu, np. prawo wyborcze (art. 63), nietykalność osobistą (art. 41), prawo własności, prawo dziedziczenia, prawo do nauki, prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, prawo do zabezpieczenia społecznego, ochrony zdrowia, prawo do wychowania dzieci (art. 48). Są też takie, jak np. prawo do życia (art. 38 Konstytucji), o których chcielibyśmy powiedzieć, że nie można ich pozbawiać ani w żaden sposób limitować. Jednak nie można nie zauważyć, że nawet naruszenie prawa do życia może zostać usprawiedliwione. Uzasadnieniem takim stać się może prawo do życia innej osoby (np. obrona konieczna, stan wyższej konieczności), zagrożenie bezpieczeństwa państwa w czasie działań wojennych, odparcie zamachu na porządek publiczny, etc. Prowadzi to do wniosku, że każde prawo, w tym także prawo do obrony, ma swoje granice, których poszukiwać należy w pozostałych przepisach Konstytucji.

3. Świadomość, że prawa konstytucyjne nie mogą mieć absolutnego charakteru, zawsze towarzyszyła wszystkim demokratycznym społeczeństwom¹. Oczywiście jest bowiem, że tylko przyjęcie takiego modelu praw konstytucyjnych, który dopuszcza ograniczenie jednego prawa ze względu na treść drugiego, zapewnia możliwości ich realizacji. O granicach praw podmiotowych wyczytać możemy w *Encyklopedii podręcznej prawa publicznego* pod red. Z. Cybichowskiego: „Nie zawsze jednak przysługują prawa, o których tu mowa, interesownym jednostkom w całej pełni; istnieją granice, wobec których one się kończą, ustają lub schodzą na drugi plan. Granicami tymi są: 1) kolizja z ustawą karną, 2) wejście w stosunek specjalnej zależności od państwa, 3) powszechny obowiązek obywatelski, 4) wymogi współistnienia społecznego, w szczególności tzw. prawo sąsiedzkie”².

Jeszcze przed uchwaleniem obowiązującej Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 2 marca 1994 r. wskazał wyraźnie, że „ustanowienie (...) ograniczeń (wolności i praw) należy do kompetencji ustawodawcy, konieczne jest jednak spełnienie trzech warunków. Po pierwsze, ustawowe ograniczenie wolności może nastąpić tylko wówczas, gdy dopuszczalne jest w sposób wyraźny w innych przepisach konstytucyjnych, bądź gdy konieczne jest wzajemne harmonizowanie wolności z innymi zasadami, normami i wartościami konstytucyjnymi (...) Po trzecie, ani poszczególne ograniczenia ustawowe, ani ich suma nie mogą naruszać istoty wolności”³.

Na tym założeniu, akceptowanym powszechnie w doktrynie prawa konstytucyjnego, oparte zostało rozwiązanie przyjęte w art. 31 ust. 3 Konstytucji z 1997 r.,

¹ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, PiP 2001, nr 10, s. 5.

² *Encyklopedia podręczna prawa publicznego (konstytucyjnego, administracyjnego i międzynarodowego)*, pod red. Z. Cybichowskiego, t. II, Warszawa, bez daty wydania, s. 683.

³ Wyrok TK, W 3/93, OTK 1994, cz. I, s. 158–159.

określane jako przykład tzw. „kodyfikacji potwierdzającej”⁴. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Na tej podstawie uznać możemy, że podstawowe znaczenie dla zakresu ograniczenia prawa konstytucyjnego odgrywa jego istota. Jest ona więc pierwszym z elementów konstrukcji granic praw konstytucyjnych. Dopiero po jej ustaleniu pojawić się może drugi element rozważań – konieczność wskazania granic prawa wynikających z samej istoty. Uzupełnieniem będzie zaś element trzeci, tj. analiza ograniczeń istniejących ze względu na wykonywanie innych praw konstytucyjnych. Ustalenie granic prawa jednostki musi uwzględniać je wszystkie, a więc może okazać się zabiegiem złożonym i żmudnym.

Sposób ujęcia granic praw i wolności konstytucyjnych nie jest jednolity⁵. Zauważyć należy jednak, że art. 31 ust. 3 Konstytucji ma charakter uniwersalny, dotyczy więc wszystkich konstytucyjnych wolności i praw, bez względu na to, czy przepisy szczegółowe odrębnie określają przesłanki ograniczania danego prawa i wolności⁶. Dotyczyć musi więc także prawa do obrony. Sposób określenia granic tych praw i wolności jest w Konstytucji różny. Stąd też mamy⁷:

a) prawa i wolności, w zakresie których szczegółowy przepis Konstytucji dopuszcza możliwość ograniczania danej wolności czy prawa, wskazując jednak tylko niektóre elementy zawarte w art. 31 ust. 3 – np. art. 49 (wolność komunikowania się), art. 50 (nienaruszalność mieszkania), art. 52 (swoboda poruszania się), art. 57 (wolność zgromadzeń);

b) prawa i wolności, co do których przepis konstytucyjny reguluje kompleksowo i samodzielnie przesłanki ograniczenia tej wolności czy prawa – np. art. 22 (wolność działalności gospodarczej), art. 45 ust. 2 zd. 1 (wyłączenie jawności rozprawy), art. 61 ust. 3 (prawo do informacji), art. 53 ust. 5 (wolność religii);

c) prawa i wolności, które zostały sformułowane w przepisach konstytucyjnych w ten sposób, że nie zawierają żadnych przesłanek ich ograniczenia – np. art. 47

⁴ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw...*, s. 6.

⁵ Jak słusznie zauważa D. Dudek, w niektórych przypadkach ustawa zasadnicza dopuszcza wprost odstępstwo od ścisłego stosowania zasad materialnoprawnych, np. *nullum crimen, nulla poena* (art. 42 ust. 1 zd. 2), a także przewiduje zawieszenie biegu przedawnienia niektórych przestępstw (art. 44). Przepis konstytucji dopuszcza ograniczenie także zasad procesowych, np. zezwalając w pewnych sytuacjach na wyłączenie jawności rozprawy (art. 45 ust. 2), czy ograniczenie zasady zaskarżalności orzeczeń wydanych w I instancji (art. 78 zd. 2); zob. D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 200.

⁶ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw...*, s. 7.

⁷ Systematyka podziału za L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw...*, s. 7–9.

(prawo do ochrony życia prywatnego), art. 48 ust. 1 (prawo do wychowania dziecka), art. 54 (wolność poglądów).

Prawo do obrony (*ius defensionis*) nie doznaje wprost żadnych wyjątków. Przepis art. 42 ust. 2 Konstytucji nie zawiera klauzul ograniczających, nie wprowadza także takiej zapowiedzi w odniesieniu do ustaw szczegółowo regulujących tę kwestię (nie ogranicza tego prawa poprzez formułę odesłania do ustawy mającej określać zakres, warunki i charakter korzystania z prawa). Zaliczyć należy je więc do ostatniej grupy.

Jak słusznie zauważa L. Garlicki, nieuzasadnione byłoby jednak twierdzenie, że brak owych przesłanek oznacza zakaz ustawodawczej ingerencji w kształt praw zaliczanych do trzeciej grupy, a więc nadaje im absolutny charakter⁸. Ograniczenie takie może okazać się nawet koniecznością, być niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa, przestrzegania praw i wolności innych osób. Należy więc uznać, że brak bezpośrednich klauzul ograniczających „musi być interpretowany jako odesłanie do art. 31 ust. 3 Konstytucji”⁹.

Art. 31 ust. 3 traktować należy jako samoistną podstawę ograniczenia wolności i praw¹⁰. Na tej podstawie przyjąć należy w sposób jednoznaczny dopuszczalność ograniczenia prawa do obrony wyrażonego w art. 42 ust. 2 Konstytucji, zaś w przepisie art. 31 ust. 3 Konstytucji poszukiwać należy wskazania dopuszczalnych granic tych ograniczeń.

4. Analizując zakres dopuszczalnych ograniczeń przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, odwołać należy się do bogatego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz dorobku doktryny prawa konstytucyjnego¹¹. Opierają się one na klasycznej trójelementowej formule ograniczenia praw i wolności jednostki, wyróżniającej następujące elementy:

- a) ustalenie przesłanki formalnej (wymóg ustawowej formy ograniczeń);
- b) ustalenie przesłanek materialnych;
- c) wskazanie maksymalnych granic ograniczeń praw i wolności.

ad a) Wymóg ustawowej formy ograniczenia wolności i praw, który oznacza niedopuszczalność wprowadzania reglamentacji aktem niższego rzędu niż ustawa, jest w pełni zrozumiały i zasadny¹². Oznacza nie tylko konieczność przestrze-

⁸ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw...*, s. 7.

⁹ Por. wyrok SN z 18 sierpnia 1999 r., II CKN 321/99, OSNIC 2000, z. 3, s. 33–34. Przepis art. 31 ust. 3 przyjmowany być musi także dla interpretacji pierwszych dwóch grup praw i wolności, tam jednak pełni rolę uzupełniającą. Jego przepisy znajdują wówczas zastosowanie w zakresie, w jakim nie pokrywają się z unormowaniem szczegółowym.

¹⁰ M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy (w:) Obywatel – jego wolności i prawa*, red. B. Oliwa-Radzikowska, Warszawa 1998, s. 58.

¹¹ Zob. A. Łabno, *Ograniczenia wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP* (w:): B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 693–709; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2004, s. 467–471.

¹² Por. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej...*, s. 45–46. Zob. też L. Garlicki, *Polskie*

gania określonych procedur, ale wiąże się z włączeniem parlamentu do procesu kształtowania prawnej sytuacji jednostki. Zapewnia jawność tego postępowania i przejrzystość zasad¹³. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 stycznia 2000 r., związanie dopuszczalności ograniczeń praw i wolności z warunkiem ich ustanowienia „tylko w ustawie” oznacza coś więcej niż tylko podkreślenie zasady wyłączności ustawy dla normowania sytuacji prawnej jednostek. Jest to przede wszystkim wskazanie wymogu odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego. „Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane «tylko» w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej czy organom samorządu lokalnego swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń”¹⁴. Warunek ten jest warunkiem wstępnym wszelkich kroków zmierzających do ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych, niezbędnym, ale nie nadmiernie utrudnionym. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny: „oznacza to, że o ile sama ustawowa ranga unormowania ograniczeń statusu jednostki nie wystarcza jeszcze dla uznania ich merytorycznej zasadności (...) o tyle a *contrario* brak zachowania ustawowej formy dla ograniczeń wolności i praw musi prowadzić do dyskwalifikacji danego unormowania, jako sprzecznego z (...) art. 31 ust. 3 Konstytucji”¹⁵.

ad b) Art. 31 ust. 3 wymienia sześć przesłanek o charakterze materialnym. Dla uznania dopuszczalności ograniczenia prawa czy wolności wystarczy spełnienie jednej z nich. Doktryna nie przywiązuje przy tym znaczenia do kolejności umieszczenia ich w przepisie ust. 3 art. 31, wskazując, że jest to raczej w znacznej mierze dzieło przypadku i brak precyzji niż świadomy zamysł ustalenia hierarchii wartości¹⁶. Wymienić należy wśród nich:

- 1) „bezpieczeństwo państwa” w ujęciu wewnętrznych i zewnętrznych zagrożeń jego funkcjonowania;
- 2) „porządek publiczny”, do którego odwołanie znajduje się także w art. 146

prawo konstytucyjne, s. 103; A. Wąsek, *Prawo oskarżonego pozbawionego wolności do udziału w rozprawie odwoławczej* (w:) A. Gaberle, S. Waltoś, *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Zbigniewa Dody*, Zakamycze 2000, s. 129.

¹³ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw...*, s. 10–11; A. Łabno, *Ograniczenia wolności i praw...*, s. 699–704.

¹⁴ Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98, OTK ZU 2000.

¹⁵ Wyrok TK z 19 maja 1998 r., U 5/97, OTK ZU 1998, s. 251; zob. też wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK ZU 2000, s. 42.

¹⁶ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw...*, s. 13–14; D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka...*, s. 116.

ust. 4 pkt 7 i art. 230 Konstytucji. Jest to zwrot niedookreślony. Zdaniem M. Wyrzykowskiego: „porządek publiczny jako przesłanka ograniczenia wolności i praw jednostki (...) rozumiany być może jako dyrektywa takiej organizacji życia publicznego, która zapewniać ma minimalny poziom uwzględniania interesu publicznego (...) a nadto organizację społeczeństwa, która oparta jest na wartościach przez to społeczeństwo podzielanych”¹⁷;

3) „ochrona środowiska” – wskazanie tej przesłanki zapewne ma na celu zaakcentowanie znaczenia bezpieczeństwa ekologicznego;

4) „zdrowie publiczne” – obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by zarówno usuwać zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki, jak i eliminować pokusy skłaniające do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia;

5) „moralność publiczna” – która rozumiana być może jako zespół reguł postępowania, dość powszechnie akceptowanych w zachowaniach indywidualnych i zbiorowych, opartych na uznanym w danym społeczeństwie rozumieniu pojęcia „moralność”¹⁸; są to normy moralne uznane w społeczeństwie polskim i odnoszące się do stosunków międzyludzkich¹⁹; dla powołania się na tę przesłankę nie wystarczy pojedynczy dyskomfort moralny, konieczny jest społeczny charakter takiego działania jako przynoszący negatywne skutki dla ogółu i powszechnie za takie uznanego (np. rozpowszechnianie tzw. twardej pornografii)²⁰;

6) „ochrona wolności i praw innych osób” – przesłanka ta jest wyrazem przekonania o szczególnie bliskim związku praw i wolności jednych osób z obowiązkami drugich, stanowiącym podstawę funkcjonowania społeczeństwa.

Dla zasadniczego tematu rozważań znaczenie szczególne ma ostatnia przesłanka. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w których realizacja praw i wolności jednych prowadzi do naruszenia praw i wolności innych osób, a więc w istocie gdy przedmiotem analizy jest kolizja między powinnościami i prawami różnych osób. Niezbędne jest istnienie reguł postępowania w przypadku takich kolizji, polegających m.in. na wytyczaniu granic korzystania z praw i wolności. Oczywiście do czynienia możemy mieć zarówno z sytuacją równorzędności tych kolizyjnych wartości, jak też ich swoistej hierarchii. Możliwe jest w niektórych sytuacjach „wydobycie pewnej hierarchii wolności i praw” z Konstytucji²¹. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny: „prawa ekonomiczne czy socjalne mogą podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym”²². Istnienie zróżnicowanej rangi norm kolizyjnych ułatwia niewąt-

¹⁷ M. Wyrzykowski, *Granice ingerencji ustawodawczej...*, s. 50.

¹⁸ Tamże, s. 51.

¹⁹ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej...*, s. 196.

²⁰ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw...*, s. 17.

²¹ Tamże, s. 17.

²² Wyrok TK z 8 kwietnia 1998 r., K 10/97, OTK ZU 1998, s. 162; zob. też wyrok TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, cz. I, s. 132.

pliwie rozstrzygnięcie ostateczne mające na celu harmonizować funkcjonowanie regulacji w tym zakresie. Zauważmy jednak, iż sytuacja jest niewątpliwie bardziej skomplikowana, kiedy zderzeniu podlegają wolności, albo prawa, należące do tej samej grupy wartości, między którymi nie da się ustalić hierarchii i priorytetów w powyższym znaczeniu.

ad c) Sam fakt spełnienia przesłanki formalnej i wskazanych wyżej przesłanek materialnych nie przesądza o uznaniu dopuszczalności (a więc konstytucyjności) ograniczenia prawa. Trzeci i najważniejszy element formuły ograniczeń praw i wolności obejmuje wskazanie maksymalnych granic tych ograniczeń. Ustawodawca nie może bowiem ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza naruszających proporcje pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą prawa naruszonego. Granice ograniczeń wyznaczane są z jednej strony przez zasadę proporcjonalności, a z drugiej trudną do określenia przesłankę „naruszania istoty praw i wolności” (tj. nakaz szanowania zasady „proporcjonalności” i zakaz naruszania istoty praw i wolności).

Zasada proporcjonalności sprowadza się do twierdzenia, że dopuszczalny stopień intensywności ingerencji w sytuację prawną jednostki musi być uzasadniony rangą promowanego w ten sposób interesu publicznego²³. Ograniczenie praw jednostki musi być ekwiwalentne wobec celu, któremu służy dana regulacja, innymi słowy musi być racjonalne²⁴. Zasada proporcjonalności znajduje swą genezę w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Z zasady tej Trybunał wyprowadza trzy powiązane między sobą obowiązki prawodawcy:

- 1) przyjmowania danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest związana,
- 2) kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków (celów),
- 3) zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami, względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli²⁵.

Oparciem dla zasady proporcjonalności okazała się w Konstytucji zasada demokratycznego państwa prawnego, z której Trybunał Konstytucyjny wyprowadził „zakaz nadmiernej ingerencji”. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 26 kwietnia 1995 r., dla ustalenia, czy w danym przypadku nie zachodzi nadmierność ingerencji, konieczne jest „udzielenie odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez

²³ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw...*, s. 18; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2004, s. 469; P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2005, s. 98; A. Łabno, *Ograniczenia wolności i praw...*, s. 704–706.

²⁴ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej...*, s. 136.

²⁵ Zob. orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K. 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12; orzeczenie TK z 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K. 9/95; wyrok TK z 28 czerwca 2000 r., sygn. K. 34/99, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 142; wyrok TK z 14 czerwca 2004 r., sygn. akt SK 21/03, OTK ZU 2004/6A, poz. 56.

nią skutków; 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzenia regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela²⁶.

W ten sposób wyznaczone zostały trzy podstawowe kryteria: przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*, które zostały potwierdzone i przyjęte także na gruncie Konstytucji z 1997 r.²⁷. Tylko pod warunkiem ich spełnienia możliwe jest ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności. Zasada proporcjonalności została ujęta w art. 31 ust. 3 Konstytucji poprzez wskazanie, że ograniczenia wolności i praw dopuszczalne są tylko wtedy, „gdy są konieczne w demokratycznym państwie” (a więc po pierwsze akcentuje się „konieczność”, a po drugie ich „dopuszczalność w demokratycznym państwie”)²⁸. Kryterium konieczności z kolei zakłada obowiązek ustawodawcy wyboru najmniej uciążliwego środka. „Jeżeli ten sam cel możliwy jest do osiągnięcia przy zastosowaniu innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia na prawa i wolności jednostki, to zastosowanie przez ustawodawcę środka bardziej uciążliwego wykracza poza to, co jest konieczne, więc narusza Konstytucję”²⁹. Praktyczne stosowanie zasady proporcjonalności polega więc na stosowaniu kryteriów niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* do konkretnych unormowań z poszczególnych dziedzin prawa³⁰.

²⁶ Wyrok TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, cz. I, s. 133–134; orzeczenie TK z 9 stycznia 1996 r., sygn. akt K. 18/95; wyrok TK z 27 kwietnia 1999 r., sygn. P. 7/98.

²⁷ Wśród wielu orzeczeń zob. np. wyrok TK z 11 maja 1999 r., sygn. K. 13/98.

²⁸ Jak podkreślone zostało w wyroku TK z 11 maja 1999 r., sygn. K. 13/98, należy również zaznaczyć, iż dokonane w tym przepisie odniesienie zagadnienia „konieczności” dokonywanej ingerencji do pojęcia państwa demokratycznego winno być rozumiane jako dodatkowe (obok wymogu ustawowej formy ingerencji) skrępowanie swobody prawodawcy. W procesie ustanawiania norm reglamentujących określone prawo lub wolność jednostki winien on uwzględnić konsekwencje obowiązujących standardów demokracji zarówno w płaszczyźnie materialnej, jak i proceduralnej.

²⁹ Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., P 11/98, s. 43; wyrok TK z 26 kwietnia 1999 r., K 33/98, OTK ZU 1999, s. 334–335; orzeczenie TK z 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K. 9/95. Jak stwierdził TK w wyroku z 25 lutego 1999 r., sygn. K. 23/98: „spośród możliwych środków działania należy wybierać możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu”. Podobnie zasadę proporcjonalności definiuje się w nowszej polskiej literaturze przedmiotu, zob. S. Wronkowska (w): *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995, s. 74: „W działalności organów prawodawczych (...) powinno się respektować tzw. wymaganie proporcjonalności (adekwatności); spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu”.

³⁰ Należy podkreślić, iż zasada proporcjonalności ma zastosowanie nie tylko w odniesieniu do ograniczania korzystania przez jednostkę z przysługujących jej wolności i praw, ale także do nakładania na nią obowiązków. Każdy obowiązek nałożony przez prawo na człowieka i obywatela jest jednocześnie pewnym ograniczeniem jego wolności (art. 31 ust. 1 Konstytucji) niezależnie od tego, czy stanowi również ingerencję w konkretne chronione przez Konstytucję wolności i prawa. Zwraca na to uwagę TK w wyroku z 27 maja 2002 r., sygn. akt K 20/01. Zob. też K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności w polskim systemie prawnym* (w:) B. Banaszak, A. Preisner, *Prawa i wolności...*, s. 678–692.

Niewątpliwie spełnienie postulatów niezbędności, przydatności i proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń prawa wymaga badania w każdym konkretnym przypadku ograniczeń prawa czy wolności, polegającego w szczególności na konfrontowaniu wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu. Równocześnie dokonana być musi także ocena metody realizacji takich ograniczeń. Pamiętać należy także, że skoro istota art. 31 ust. 3 Konstytucji polega na wskazaniu ograniczeń praw i wolności, to jest przepis wyjątkowy, zawężający generalny zakres korzystania z gwarantowanych konstytucyjnie wartości, i tym samym niesie z sobą zakaz rozszerzającej interpretacji jego postanowień³¹.

Jeżeli chodzi o drugą z granic – „zakaz naruszania istoty wolności i praw”, to jej wyznaczanie opiera się na twierdzeniu, że każde prawo czy wolność ma określony minimalny zakres treściowy, którego naruszenie, usunięcie, powoduje unicestwienie tego prawa czy wolności. W doktrynie wskazuje się, że koncepcja „istoty” związana jest głównie z zakazem stanowienia ograniczeń przekreślających treść prawa lub wolności, albo pozbawiających je rzeczywistej treści³². Trybunał Konstytucyjny wskazał w wyroku z 12 stycznia 2000 r., że „istota” praw i wolności „opiera się na założeniu, że w ramach każdego konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe (rdzeń, jądro), bez których prawo czy wolność w ogóle nie będą mogły istnieć, oraz pewne elementy dodatkowe (otoczkę), które mogą być przez ustawodawcę zwykłego ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez zniszczenia tożsamości danego prawa czy wolności”³³.

Istotę prawa czy wolności konstruować należy odrębnie dla każdej wartości. Przyjęcie istnienia jednej istoty wszystkich praw i wolności prowadzić mogłoby do pomijania znaczenia, poświęcania jednych dla drugich wolności czy praw w imię realizowania uniwersalnej „istoty”. Stąd zakaz naruszania owej istoty również definiowany musi być w drodze indywidualnych ustaleń³⁴.

5. Kodeks postępowania karnego nie zawiera bezpośredniego przepisu, który mógłby określać granice prawa do obrony. Przepis art. 6 k.p.k. stanowi jedynie,

³¹ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 48.

³² B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, s. 382; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej...*, s. 203; L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw...*, s. 22; P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, s. 99.

³³ Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98, OTK ZU 2000; podobnie wyrok TK z 19 grudnia 2002 r., sygn. K 33/02.

³⁴ Operowanie pojęciem „istoty” jest jednak znacznie mniej elastyczne niż pojęciem proporcjonalności. Stwierdzenie, co narusza istotę prawa lub wolności, jest już bowiem bezwzględnie krępujące dla przyszłego orzecznictwa, zaś przy pojęciu naruszenia proporcjonalności zawsze w charakterze zaworu awaryjnego użyć można argumentu „konieczności” (niezbędności). Z tego samego powodu dla podmiotów praw i wolności skuteczniejsza ochrona gwarantowana jest w przypadku orzeczenia o naruszeniu prawa czy wolności w oparciu o kryterium „istoty” tego prawa czy wolności.

że oskarżonemu przysługuje prawo do obrony, o czym należy go pouczyć. Brak jest sformułowania wskazującego zarówno na możliwość, jak i zakres akceptowalnego ograniczenia prawa do obrony. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że prawo do obrony nie ma jednak charakteru absolutnego³⁵ i stąd wynikające z niego uprawnienia podlegać muszą ograniczeniom³⁶. Jak słusznie podkreśla M. Cieślak, prawo do obrony obowiązuje na gruncie danego systemu prawnego tylko w granicach i formach określonych przepisami tego systemu³⁷. Procesowe prawo do obrony nie może oznaczać np. „prawa do zabicia oskarżyciela, do zniszczenia akt sądowych, do fałszowania dowodów, terroryzowania organów procesowych”³⁸. Prawo do obrony, co podkreślił SN w wyroku z 9 lutego 2004 r., nie legalizuje innych zachowań oskarżonego o znamionach czynu zabronionego, choćby zmierzały one do uniknięcia bądź złagodzenia odpowiedzialności za czyn zarzucony³⁹. Nie będzie wykonywaniem prawa do obrony nakłanianie do fałszywych zeznań, ukrywanie sprawy, zacieranie śladów przestępstwa, używanie przemocy lub groźby bezprawnej w celu wywarcia wpływu na czynności świadka, biegłego, tłumacza⁴⁰. Możliwe, a niekiedy konieczne są odstępstwa podyktowane w szczególności efektywnością procesu karnego⁴¹. Istnieją ponadto inne podstawowe i chronione wartości społeczne, które należy respektować⁴². Na gruncie ustawy procesowej do wartości tych zaliczyć można w szczególności słuszny interes

³⁵ Od każdej bowiem zasady istnieją i istnieć muszą wyjątki – A. Kaftal, *Na marginesie książki Piotra Kruszyńskiego pt. „Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym”, „Palestra” 1984, nr 2, s. 50; zob. też J. G. Cook, Constitutional rights of the accused, vol. I, Rochester–San Francisco 1996, s. 1–3.*

³⁶ Zob. R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks...*, t. I, wyd. II, s. 222–223.

³⁷ M. Cieślak, *Polska procedura...*, *op. cit.*, s. 302. Zob. też T. Grzegorzczak, *Obronca w postępowaniu przygotowawczym*, Łódź 1988, s. 18; P. Kruszyński, *Realizacja prawa do obrony na rozprawie...*, s. 101. Przypomnieć tu należy, że prawa człowieka jako takie mogą mieć aspekt procesowy, tj. właśnie odpowiedni kształt procedury karnej, oraz aspekt materialny, a więc obowiązki nałożone na innych. Rolą praw proceduralnych jest wyznaczenie form ingerencji państwa w sferę praw materialnych, K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 38–39. Granicę ingerencji państwa w sferę praw człowieka określają zaś przepisy Konstytucji, zob. np. S. Wronkowska, *Postulat jasności prawa i metody jego realizacji*, PiP 1976, nr 10.

³⁸ M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 302–303. Autor słusznie podkreśla, iż takiego prawa do obrony nie przyznaje oskarżonemu żaden system prawny. A także i w zakresie tego, co może być traktowane jako rozsądne środki obrony istnieją przecież i istnieć muszą odpowiednie ograniczenia prawne.

³⁹ Wyrok SN z 9 lutego 2004 r., V KK 194/03, OSNKW 2004, z. 4, poz. 42; zob. także M. Szewczyk, *Głosa do wyroku SN z 9 lutego 2004 r., V KK 194/03*, OSP 2004, nr 12, poz. 160.

⁴⁰ S. Waltoś, *Proces karny...*, wyd. VII, s. 297.

⁴¹ W prawie cywilnym ograniczeń takich doznaje np. prawo własności, które ograniczone być może ze względu na interes innych osób – zob. art. 142, 145, 148, 149, 150 k.c.; zob. też H. Izdebski, M. Małek, *Kodeks cywilny a działalność gospodarcza. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, Łomianki 2000/2001, s. 204–205, 209–214.

⁴² Por. M. Płachta, *Prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne podstawy ochrony praw oskarżonego...*, s. 25.

prawny innych jednostek, uczestników postępowania⁴³. Uzasadnieniem ograniczenia zakresu uprawnień wynikających z prawa do obrony może być np. prawo do poszanowania godności innych osób, prawo do wolności od lęku i poniżenia świadka, prawo do oskarżenia i żądania poniesienia odpowiedzialności karnej za popełniony czyn przestępny. Nieunikniona kolizja takich dóbr z interesem oskarżonego prowadzić musi do wyważonego i rozsądnego kompromisu⁴⁴. Bezwzględny prymat prawa do obrony, ponad innymi chronionymi wartościami, sprzeczny byłby z zasadą słuszności, a przede wszystkim oznaczałby tym samym ograniczenie innych zasad procesowych i naruszenie rzetelności postępowania. A. Murzynowski, akcentując konieczność wytyczenia granic prawa do obrony, wskazywał na dwa główne elementy wyznaczające owe granice:

a) zakaz naruszania przez oskarżonego jego obowiązków procesowych, przewidzianych wyraźnie przez przepisy k.p.k.;

b) niedopuszczalność naruszenia przepisów prawa karnego materialnego, tj. takiego wykonywania prawa do obrony, które sprowadza się do popełniania nowych przestępstw⁴⁵.

W kontekście przedstawionych powyżej uwag do elementów tych dołączyć należałoby jeszcze co najmniej jeden element:

c) zakaz takiego wykonywania prawa do obrony, które prowadzi do naruszenia słusznych interesów innych uczestników postępowania karnego⁴⁶.

Ustawodawca daje wielokrotnie wyraz konieczności poszukiwania kompromisu, wprowadzając cały szereg przepisów, przewidujących ograniczenie uprawnień wynikających z prawa do obrony. Dla zrozumienia istoty tych ograniczeń, a równocześnie dla dokonania oceny ich prawidłowości, niezbędne jest przyjęcie podstawowych założeń systematyzujących ich naturę. W tym zakresie przydatne okażą się wcześniejsze rozważania prowadzone na gruncie norm konstytucyjnych.

⁴³ Jak słusznie podkreśla M. A. Nowicki, w postępowaniu karnym mogą się pojawić konkurencyjne interesy, takie jak bezpieczeństwo państwowe lub potrzeba ochrony świadków narażonych na zemstę, albo zachowanie tajemnicy policyjnych metod śledczych, które należy rozważyć na tle prawa oskarżonego. W niektórych sprawach trzeba uniemożliwić obronie dostęp do niektórych dowodów, aby zabezpieczyć fundamentalne prawa innej osoby lub ważny interes publiczny. Środki ograniczające prawo do obrony – jeśli mają być zgodne z art. 6 ust. 1 – nie mogą jednak wykraczać poza granice konieczności. Poza tym rzetelność procesu wymaga, aby wszelkie wynikające z tych ograniczeń trudności obrony były wystarczająco zrównoważone przez procedurę sądową (Rowe i Davis v. Wielka Brytania, wyrok ETPCz z 16 lutego 2000 r., raport Komisji z 20 października 1998 r.); zob. M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo 2000*, cz. I, Warszawa 2000, s. 88–90.

⁴⁴ Zwraca na to uwagę K. Wojtyczek, podkreślając, iż ograniczenie niektórych praw wiąże się z zasadą proporcjonalności, zgodnie z którą ingerencję w czyjeś prawo można usprawiedliwić jedynie koniecznością ochrony innego dobra, K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 141.

⁴⁵ A. Murzynowski, *Istota i zasady...*, s. 277.

⁴⁶ Sformułowany po raz pierwszy (w:) P. Wiliński, *Prawo do obrony a dowód z zeznań świadka incognito w polskim procesie karnym*, RPEiS 2003, nr 4; zob. też P. Wiliński, *Świadek incognito...*, s. 450.

Przenosząc je na grunt ustawy procesowej i dokonując odpowiedniego usystematyzowania, otrzymujemy podstawowe założenia dotyczące metod określania prawa do obrony. Ich szczególne znaczenie wyraża się po pierwsze przez określenie podstawowych kryteriów wyznaczających granice prawa do obrony, a po drugie przez wskazanie metody, jaką posługiwać się możemy, ustalając w przyszłości granice tego prawa (oceniając prawidłowość każdego z wprowadzonych ograniczeń prawa do obrony).

6. Przyjść można, że na gruncie procesowym granice korzystania z prawa do obrony to zakres tego prawa – rozumiany jako sfera zachowań, które obejmuje i które podlegają ochronie, oraz przesłanki, sposób i zakres ingerencji w sferę prawa do obrony, stanowiącej wyjątek od zasady, podejmowanej tylko w uzasadnionych wypadkach. Dla zakresu tego znaczenie ma także istnienie środków prawnych zapewniających skuteczną egzekucję uprawnień i zabezpieczających przed bezprawnym ich naruszeniem.

Ogólne założenia, jakimi powinniśmy kierować się w wyznaczaniu granic prawa do obrony, powinny być następujące. Po pierwsze, należy pamiętać o celu, dla którego ustanowione zostało prawo do obrony. Dopóki oskarżony, korzystając z uprawnień procesowych, realizuje ten cel, dopóty działa w granicach przyznanego mu prawa. Kiedy je przekracza, nie może żądać respektowania swych uprawnień (w odniesieniu do zachowań oskarżonego). Po drugie, potrzeba zapewnienia oskarżonemu możliwości realizacji prawa do obrony wymaga, by granice te były szeroko zakreślone, ograniczając swobodę jego działania tylko w niezbędnym zakresie⁴⁷. Po trzecie, pamiętać należy o istnieniu takich granic uprawnień, których nie można naruszyć.

Na podstawie powyższych rozważań można postawić tezę, że granice prawa do obrony powinny być wyznaczone w taki sposób, aby uwzględnić trzy zasadnicze elementy:

- a) istotę prawa, w tym zwłaszcza cel, jakiemu prawo służy (element pozytywny);
- b) ograniczenia uprawnień wynikające z samej istoty i celu prawa (element negatywny);
- c) ograniczenia wynikające z istnienia innych praw, innych słusznych interesów bądź takich samych praw innych osób (element kolizyjny).

Istota prawa do obrony powinna być tu pojmowana wąsko i rozumiana jako jego natura, zasadniczy sens prawa, określana także jako byt czy *meritum*. Określać powinniśmy w niej wszystkie uprawnienia, które stanowią immanentne cechy prawa do obrony. Jest to więc element pozytywny granic prawa do obrony. Drugi z elementów, a więc ograniczenie uprawnień wynikające z samej istoty i celu prawa, rozumiany powinien być jako wyznaczanie granic przez treść samego prawa

⁴⁷ A. Murzynowski, *Istota i zasady...*, s. 277.

do obrony. Element ten nazwiemy negatywnym, gdyż wskazuje on na uprawnienia, które z istoty prawa nie mieszczą się w jego zakresie. Dla porównania np. prawo dziedziczenia realizuje się w obejmowaniu spadku po innej osobie (istota prawa, element pozytywny), ale nie daje uprawnień wobec majątku za jej życia, gdyż właściciela chroni prawo własności (ograniczenie wynikające z celu prawa dziedziczenia)⁴⁸. W takim znaczeniu nie można mówić o prawie do obrony tam, gdzie nie ma postawionych zarzutów, ani tam, gdzie działania oskarżonego nie są związane z procesowym ich odpieraniem. Wreszcie trzeci z elementów, nazwany kolizyjnym, wskazuje na ograniczenia wynikające z istnienia słusznych interesów bądź praw innych osób. W tym znaczeniu np. prawo dziedziczenia przysługujące równocześnie dwóm osobom ogranicza wzajemnie zakres przysługujący każdej z nich; wykonywanie prawa własności może być ograniczone ze względu na prawo innej osoby. Także więc i realizacja prawa do obrony wchodzić może w kolizję z innymi prawami.

7. Przedstawione rozważania wskazują jednoznacznie na przydatność norm konstytucyjnych dla określenia granic uprawnień procesowych uczestników postępowania karnego, a zwłaszcza oskarżonego i jego prawa do obrony. Metoda ta jest właściwa i konieczna nie tylko ze względu na nadrzędność norm zawartych w Konstytucji. Jest też pragmatyczna – zarówno bowiem przepisy Konstytucji, jak i ich wykładnia dokonywana przez Trybunał Konstytucyjny i doktrynę konstytucyjną dostarczają przekonujących metod badania tych granic.

Powyższe rozważania nie wyczerpują bynajmniej problematyki związanej z granicami prawa do obrony. Uwagi dotychczasowe dotyczyły przede wszystkim kształtu obowiązującego prawa do obrony i ich przydatność dotyczy oceny samych przepisów, a także ich kolejnych nowelizacji. Wskazanie kryteriów, jakimi kierować się powinniśmy w ustaleniu granic prawa do obrony *in abstracto*, powinno być bowiem zaledwie pierwszym etapem rozważań. Przyjęta metoda badania granic prawa jest przydatna nie tylko do oceny stanu obowiązujących przepisów, ale także, a może przede wszystkim, do oceny funkcjonowania prawa do obrony. Rozważania nad granicami prawa do obrony – związanymi ze stosowaniem prawa, a więc z obroną w praktyce procesowej, wykraczają poza zakres niniejszych rozważań, i muszą być przedmiotem oddzielnych badań.

⁴⁸ Podobnie zauważmy, prawo do sprawiedliwego procesu, o którym mowa w art. 45 Konstytucji, ograniczone jest do postępowania przed sądem, nie obejmuje zaś żadnego innego postępowania. Na tej też zasadzie prawo do ochrony życia rodzinnego nie ma zastosowania w stosunkach pozarodzinnych, *etc.*

REGULACJE PRAWNE DOTYCZĄCE KLONOWANIA W PRAWIE POLSKIM *DE LEGE LATA* NA TLE UNORMOWAŃ EUROPEJSKICH

Sklonowanie owcy Dolly, która przyszła na świat 5 lipca 1996 r. w Edynburgu, spowodowało dyskusję na temat tak etycznych, jak i prawnych aspektów tych eksperymentów. Postęp medycyny i biotechnologii jest dużo szybszy niż prawne normowanie i regulowanie zakresu dopuszczalności eksperymentów budzących wątpliwości co do legalności ich przeprowadzania. Nieunikniona wydaje się również sytuacja, że pierwsze oceny, a co za tym idzie – także regulacje – nie będą wynikiem kompromisu, ale zwycięstwa zwolenników bądź przeciwników klonowania. To, co pozostawało w sferze fantazji naukowych, nagle stało się faktem i musiało to znaleźć odzwierciedlenie w regulacjach prawnych.

Celem niniejszego opracowania nie jest szczegółowa egzegeza norm prawnych, które regulują zagadnienie dopuszczalności klonowania na płaszczyźnie prawa krajowego oraz wiążących Polskę norm europejskich, a jedynie przedstawienie etapu, na jakim znajduje się ta kwestia w pracach odpowiednich organów oraz wzajemnych relacji między tymi systemami prawnymi.

Rozważając unormowania dotyczące klonowania w prawie polskim należy postawić zasadnicze pytanie – czy polski system prawny, klonowanie dopuszcza czy też go zakazuje. Jak na razie polski ustawodawca nie wypowiedział się w tej kwestii, a zatem problem pozostaje nadal otwarty. Należy jednak tutaj wspomnieć, że 7 maja 1999 r. Polska podpisała Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w Kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny: Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie z 4 kwietnia 1997 r. Do dziś Rzeczpospolita Polska nie ratyfikowała tej Konwencji, a zatem w myśl art. 91 ust. 1 Konstytucji RP nie stanowi ona części krajowego porządku prawnego. Konwencja weszła w życie 1 grudnia 1999 r., proces ratyfikacji został zakończony w 19 państwach, a dalsze 15 (w tym Polska) Konwencję podpisało¹.

Warto zwrócić uwagę, że Rada Europy zajmowała się już dużo wcześniej prob-

¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=8&DF=7/16/2006&CL=ENG>

lemem ingerencji w ludzki genom. Rekomendacja 934 (1982)² Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy *dotycząca inżynierii genetycznej* wyraźnie rozszerza zakres przedmiotowy prawa do życia i ludzkiej godności chronionych przez art. 2 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na prawo do dziedziczenia struktury genetycznej, która nie została sztucznie zmieniona; jednocześnie zawiera postulat sformułowania tego prawa na tle EKPCz. Drugim ważnym dokumentem wydanym przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy jest Rekomendacja 1046 (1986)³ *w sprawie wykorzystywania embrionów i płodów ludzkich do celów diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych*. Zaleca ona Komitetowi Ministrów wezwanie rządów państw członkowskich do zakazania tworzenia embrionów metodą zapłodnienia *in vitro* w celu prowadzenia na nich badań za życia lub po śmierci. Istotne jest także wezwanie do zakazania wszelkiej działalności, która prowadziłaby do tworzenia identycznych istot ludzkich przez klonowanie lub inne podobne metody. Trzecim krokiem była Rekomendacja 1100 (1989)⁴ *w sprawie wykorzystywania embrionów i płodów ludzkich do badań naukowych*, wzywająca do podjęcia działań w celu opracowania ram planowanej konwencji bioetycznej.

Chociaż Konwencja nie jest prawem obowiązującym w Polsce, to, zważywszy na jej doniosłość oraz przypuszczając, że w perspektywie zostanie ona zapewne ratyfikowana, warto poświęcić jej trochę uwagi. Akt ten jako pierwszy postawił sobie za zadanie określenie podstawowych reguł w szerokim zakresie, który obejmuje zarówno klasyczne zagadnienia biomedyczne, takie jak ochrona interesów jednostki bądź uczestniczenie w zabiegu medycznym oraz problemy, które pojawiły się wraz z rozwojem nowoczesnej medycyny⁵. Drugą doniosłą cechą Konwencji jest jej przynależność do kategorii norm *hard law*, konsekwencją czego jest jej stosowanie wprost w przypadku ratyfikacji. O ile bowiem rezolucje czy rekomendacje mają cechy zaledwie postulatywne, nie tworzą obowiązków prawnych po stronie państw – sygnatariuszy, o tyle konwencja staje się koherentnym elementem wewnętrznego systemu prawnego. To nadaje jej niewątpliwie możliwość ujednolicania norm wśród państw członkowskich Rady Europy w zakresie przez nią regulowanym⁶. Struktura Konwencji pozwala ponadto na jej uzupełnianie drogą protokołów dodatkowych. W ten sposób, w miarę rozwoju medycyny i biotechnologii, protokoły dodatkowe będą regulowały nowe problemy bioetyczne, które się pojawią⁷.

² <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta82/BREC934.pdf>

³ <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http%3A%2F%2Fassembly.coe.int%2FDocuments%2FAdoptedText%2Fta86%2FEREC1046.htm>

⁴ <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http%3A%2F%2Fassembly.coe.int%2FDocuments%2FAdoptedText%2Fta89%2FEREC1100.htm>

⁵ M. Safjan, *Tendencje w zakresie ochrony praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, Konferencje i seminaria 1999, nr 9, s. 19.

⁶ *Ibidem*, s. 20.

⁷ *Ibidem*, s. 20.

Obecnie można już mówić o systemie Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie. Protokół Dodatkowy do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w Kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny o Zakazie Klonowania Istot Ludzkich z 12 stycznia 1998 r. w art. 1 wprost zakazuje klonowania istot ludzkich⁸. Polska podpisała ten Protokół 7 maja 1999 r., jednak do tej pory go nie ratyfikowała. Proces ratyfikacji skończył się w 15 krajach, a 16 państw go podpisało⁹. Zakaz ten jest wzmocniony regulacją art. 2 Protokołu, który zakazuje odstępstw od jego postanowień na mocy art. 26 ust. 1 Konwencji. Tak stanowczy, wyrażony w Protokole zakaz tworzenia klonów żyjących i umarłych istot ludzkich, wskazuje na jednoznacznie negatywną ocenę zabiegów klonowania. Brak jego ratyfikacji ze strony Rzeczypospolitej Polskiej sprawia, że problem ten jest cały czas nieuregulowany, a w związku z tym istnieje pewne – chociaż raczej czysto teoretyczne – niebezpieczeństwo podejmowania prób tego typu eksperymentów, jeśli nie przez przedstawicieli polskiej nauki, to przez cudzoziemców prowadzących badania na terytorium Polski.

Drugim protokołem jest Protokół Dodatkowy do Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie dotyczący badań biomedycznych z 25 stycznia 2005 r. Jak dotąd Polska go nie podpisała, uczyniło to 18 państw, ratyfikowały 2 państwa-sygnatariusze, a zatem Protokół nie wszedł jeszcze w życie¹⁰. Uchwalenie dwóch dodatkowych protokołów pokazuje, jak ważkim problemem jest kwestia klonowania człowieka, a ogólnie rzecz ujmując – badania nad embrionami i genotypem ludzkim. Jednocześnie stosunkowo niewielka liczba państw (20 ratyfikacji do października 2006 r.), które implementowały konwencję z 1997 r. świadczy o wahaniach członków Rady Europy, gdyż tak jednoznaczny zakaz klonowania niewątpliwie przekreśla możliwość prowadzenia badań w tym kierunku.

Zakaz wyrażony w Protokole odnosi się jednakże tylko do klonowania reprodukcyjnego (art. 1). Tym samym dozwolone jest klonowanie komórek bądź tkanek w celach diagnostycznych i terapeutycznych¹¹. Ponadto w art. 18 Konwencji zakazano tworzenia embrionów w celach prowadzenia na nich badań, natomiast z art. 14 wypływa zakaz wykorzystywania technik, które pozwalają na wybór płci dziecka. Słuszna jest konstatacja, że do tych technik zaliczyć należy również klonowanie¹².

Jak już wspominałem, *de lege lata* prawo polskie nie odnosi się do klonowania

⁸ T. Jasudowicz, *Europejskie standardy biotyczne. Wybór materiałów*, wyd. Toruń 1998, s. 51 (tłumaczenie nieoficjalne).

⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=168&CM=8&DF=7/16/2006&CL=ENG>

¹⁰ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=195&CM=8&DF=7/16/2006&CL=ENG>

¹¹ C. Mik, *Wspólnota Europejska wobec zagadnień klonowania człowieka*, „Prawo i Medycyna” 2001, nr 9, s. 63.

¹² *Ibidem*, s. 63.

jednoznacznie go zakazując, co jest niewątpliwie luką aksjologiczną w polskim systemie prawnym. Milczy na ten temat prawo karne, chociaż były próby wprowadzenia zakazu klonowania do Kodeksu karnego. Grupa posłów wniosła projekt nowelizacji Kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r. poprzez dodanie do niego art. 154A w brzmieniu: *Kto tworzy istotę ludzką poprzez klonowanie podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karze 25 lat pozbawienia wolności*¹³. W uzasadnieniu wnioskodawcy powoływali się na Rekomendację 934 (1982) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy dotyczącą inżynierii genetycznej oraz wspomnianą wyżej Rekomendację 1046 (1986) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie wykorzystywania embrionów płodów ludzkich do celów diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych. Powołując się na ww. akty Rady Europy oraz na niebezpieczne i nieprzewidywalne konsekwencje eksperymentów klonowania, posłowie postulowali penalizację tego typu zabiegów jako zbrodni w rozumieniu polskiego prawa karnego.

Opinia w sprawie zgodności tego projektu z prawem Unii Europejskiej była w zasadzie mu przychylna, gdyż z jednej strony ta problematyka nie jest częścią *acquis communautaire*, materia ta nie była objęta obowiązkiem dostosowania do prawa Unii Europejskiej na mocy Układu Europejskiego, a z drugiej strony – postulowane zmiany szły w kierunku wyznaczonym przez akty prawa wspólnotowego¹⁴. Skrótowy, zawarty w opinii, przegląd unijnych regulacji dotyczących klonowania pozwala stwierdzić, że Unia Europejska dąży do zakazania tych eksperymentów. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 98/44¹⁵ z 6 lipca 1998 r. o ochronie prawnej wynalazków biotechnologicznych zakazuje rejestracji patentu klonowania istot ludzkich; Karta Praw Podstawowych z 7 grudnia 2000 r. gwarantuje prawo człowieka do godności i integralności, chroniąc zarazem przed klonowaniem. I chociaż jest to akt *soft law*, to stanowi on wyznacznik regulacji dla państw członkowskich, wzmocniony zaleceniem ratyfikacji konwencji wchodzących w skład biomedycznych konwencji Rady Europy¹⁶. Zakaz klonowania wyływa wprost z art. 3 ust. 2 *in fine*, odnosi się jedynie do klonowania reprodukcyjnego. Przyznane prawo do poszanowania integralności fizycznej (art. 3 ust. 1) gwarantuje nienaruszalność i niepowtarzalność genotypu jednostki ludzkiej, wzmacniając zakaz klonowania. Karta, chociaż nie jest aktem prawnym powszechnie obowiązującym, wyznacza kierunek ochrony w państwach członkowskich UE.

¹³ Druk nr 197 z 4 grudnia 2001 r.

¹⁴ Opinia Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu z 28 grudnia 2001 r.

¹⁵ „(40) Istnieje zgoda we Wspólnocie, że interwencje w ludzkiej linii zarodkowej oraz klonowanie ludzi narusza porządek publiczny oraz dobre obyczaje; jest zatem istotne, aby wyraźnie wyłączona była możliwość udzielenia patentu na sposoby modyfikacji tożsamości ludzkiej linii zarodkowej oraz sposoby klonowania ludzi”.

¹⁶ *Ibidem*.

Dyskusyjna, moim zdaniem, jest próba uregulowania klonowania w Kodeksie karnym. Jak słusznie zauważyła posłanka K. Piekarska, projektodawcy proponują jedynie ustanowienie bardzo surowej sankcji za klonowanie człowieka, nie zajmując się szerzej tym tematem¹⁷. Brakuje przede wszystkim definicji samego klonowania, nie jest też trafne użycie tego słowa w akcie normatywnym. Wydaje mi się, że Rada Europy słusznie posłużyła się w Protokole Dodatkowym z 12 stycznia 1998 r. pojęciem *intervention seeking to create a human being genetically identical to another human being*, czyli *interwencji zmierzającej do stworzenia istoty ludzkiej genetycznie identycznej z drugą istotą ludzką*¹⁸. W tym określeniu zawiera się zarówno klonowanie, jak i inne, ewentualne metody powielania takich samych pod względem genetycznym istot ludzkich. Nauki medyczne i biotechnologiczne rozwijają się tak szybko, że ustawodawcy krajowi nie nadążają z uchwalaniem odpowiednich aktów prawnych, regulujących określone eksperymenty bądź działania. Już uchwalone ustawy powinny zatem w miarę możliwości przewidywać pojawienie się dalszych eksperymentów, nieznanych w chwili stanowienia prawa, konsekwencją czego powinny być normy i pojęcia o charakterze jak najbardziej generalnym i abstrakcyjnym.

Projekt został skrytykowany przez podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, który zarzucił mu fragmentaryczność oraz próbę prawnokarnej regulacji zakazu klonowania. O ile bowiem dokumenty Rady Europy i Unii Europejskiej zakazują klonowania, to jednak nie przewidują sankcji karnych za tego typu eksperymenty. Uzasadniony jest również zarzut wprowadzania zamętu terminologicznego i trudności interpretacyjnych w związku z postulowanym wprowadzeniem do Kodeksu karnego pojęcia *istoty ludzkiej*, podczas gdy kodeks ten posługuje się terminem *człowiek*. Złożoność problemu przemawiałaby za osobnym aktem w randze ustawy, który całościowo regulowałby tę problematykę¹⁹.

Ostatecznie projekt ten nie wszedł w życie, nie został też dotychczas urzeczywistniony postulat przyjęcia odrębnej ustawy, która regulowałaby doświadczenia przeprowadzane na ludzkim genomie.

Brak regulacji co do legalności klonowania istot ludzkich nie oznacza, że prawo polskie milczy na temat innych aspektów przeprowadzania eksperymentów; nie odnosząc się do istoty samych zabiegów – przepisy umów międzynarodowych oraz akty krajowe wymieniają klonowanie w takim zakresie, w jakim wymaga tego normowana materia.

Art. 4 pkt 3 ustawy z 22 czerwca 2001 r. o organizmach genetycznie zmodyfikowanych²⁰ stanowi, że za techniki prowadzące do otrzymania organizmów genetycznie zmodyfikowanych (GMO) nie uważa się klonowania komórek soma-

¹⁷ „Kronika Sejmowa” 2001, nr 13 (494).

¹⁸ T. Jasudowicz, *Europejskie standardy biotyczne*, s. 51.

¹⁹ „Kronika Sejmowa” 2001, nr 13 (494).

²⁰ Dz.U. z 2001 r. Nr 76, poz. 811.

tycznych i rozrodczych. Art. 2 ogranicza zakres stosowania ustawy wyłączając z niego genetyczne modyfikacje genomu ludzkiego. Przedmiotowy zakres ustawy nie obejmuje zatem materiału genetycznego człowieka. Tak jednoznacznie wyrażone ograniczenie nie pozwala na jakąkolwiek próbę wyinterpretowania ludzkiego z innych jej przepisów stosowania ustawy do genomu.

Nowatorskość zabiegów klonowania mogłaby skłonić naukowców bądź instytucje badawcze do próby opatentowania tego procesu, w wypadku powiedzenia się takiego eksperymentu. Kwestię tę normuje Konwencja o udzielaniu patentów europejskich z 5 października 1973 r., która w Polsce zaczęła obowiązywać 1 marca 2004 r. Zasada 23d Regulaminu wykonawczego do Konwencji *explicite* zakazuje udzielania patentów europejskich na wynalazki biotechnologiczne, dotyczące w szczególności procesów klonowania ludzi²¹. Podstawą tego zakazu jest norma wyrażona w art. 53 (a) traktatu, który wyklucza udzielanie patentów europejskich na wynalazki, których publikowanie lub stosowanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami. Należy zwrócić przy tym uwagę, że *in fine* przepis ten stanowi, iż nie jest wystarczającą przesłanką do uznania za sprzeczne to, że stosowanie jest zakazane w kilku lub wszystkich umawiających się państwach-stronach. Zakaz klonowania jest zatem skonkretyzowaniem normy ogólnej, odnoszącej się do porządku publicznego i dobrych obyczajów. Należy przy tym stwierdzić, że odebranie zdolności patentowej dla eksperymentów klonowania nie pozbawia prawa rejestracji ich poza Unią.

Jeszcze innym aktem, który dotyka tej kwestii w polskim systemie prawnym jest ustawa z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej²². Art. 93³ stanowi, że za wynalazek nie uważa się ciała ludzkiego w różnych stadiach jego formowania się i rozwoju oraz zwykłego odkrycia jednego z jego elementów. Ponadto ustawa wprost wymienia w ust. 2 pkt 1 klonowanie jako przykład wynalazku biotechnicznego, którego wykorzystywanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 29 ust. 1 pkt 1 lub z moralnością publiczną. Przepis ten stanowi, że na wynalazki, których wykorzystywanie byłoby sprzeczne z dobrymi obyczajami lub porządkiem publicznym, nie będą udzielane patenty. W przypadku sposobu klonowania ludzi, sposobu modyfikacji tożsamości genetycznej linii zarodkowej człowieka, stosowania embryonów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych oraz sposobów modyfikacji tożsamości genetycznej zwierząt, które mogą powodować u nich cierpienia, nie przynosząc jednocześnie żadnych istotnych korzyści medycznych dla człowieka – również moralność publiczną ujęto w kategorii okoliczności, przemawiających za odmową udzielenia patentów. Należy jednak zaznaczyć, że uregulowania zawarte w prawie własności przemysłowej jedynie zakazują udzielania patentów na sposoby klonowania ludzi, nie zakazując zarazem tego typu eksperymentów. Nie jest to właściwy akt prawny

²¹ Dz.U. z 2004 r. Nr 79, poz. 737.

²² Zob. Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117.

na unormowania dotyczące legalności klonowania, należy jednak podnieść, że w naszym systemie nadal nie jest wyraźnie określona możliwość bądź zakaz klonowania.

Oprócz regulacji Rady Europy, Polska podlega również unormowaniom Wspólnoty Europejskiej. Dlatego też, rozważając polskie ustawodawstwo w zakresie klonowania, należy odnieść się do systemu prawnego Wspólnoty Europejskiej. Choć porządki prawne Wspólnoty Europejskiej i Rady Europy są od siebie niezależne, to WE respektuje prawa zagwarantowane w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., co wprost wypływa z art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej. Drugim ważnym dokumentem w tej dziedzinie jest Dyrektywa 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich²³. W punkcie 22 preambuły dyrektywa ta wprost odnosi się i uznaje Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej (już przeze mnie opisaną) oraz wspomnianą konwencję bioetyczną Rady Europy z 1997 r.

Jak jednak wskazuje C. Mik, na płaszczyźnie prawa europejskiego nie uchwalono dotychczas żadnych jednolitych norm w zakresie klonowania człowieka. Zważywszy, że na poziomie prawa pierwotnego nie ma jednoznacznych podstaw dla regulacji tej kwestii, Wspólnota nie uchwaliła żadnego rozporządzenia²⁴. Zagadnienie biotechnologii w relacji do człowieka znajduje odniesienie we wspomnianej wcześniej dyrektywie 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych²⁵. Odzwierciedlenie w prawie polskim znalazła ona we wspomnianej i omówionej już przeze mnie ustawie o własności przemysłowej, w której jej postanowienia dotyczące zakazu udzielania patentów na zabiegi klonowania zostały transponowane wprost.

Brak w systemie prawa wspólnotowego wiążących norm odnośnie do klonowania wynika z tego, że Wspólnota jedynie wyznacza kierunki regulacji, pozostawiając szczegółowe rozwiązania legislacyjne państwom członkowskim. Na tej płaszczyźnie należy też rozumieć odesłania do aktów Rady Europy, do których przystąpienia wzywa państwa członkowskie²⁶.

Normy zakazujące klonowania – zarówno w systemie prawnym Rady Europy, jak i w systemie prawnym Wspólnoty Europejskiej – mają zdecydowanie charakter semiimperatywny. W myśl bowiem art. 27 konwencji biotycznej „Żadne z postanowień niniejszej Konwencji nie może być interpretowane jako ograniczające bądź w inny sposób godzące w prawo przyznania przez Stronę szerszego zakresu ochrony w kontekście zastosowań biologii i medycyny, niż jest to przewidziane w

²³ Dz.U. L 102 z 7 kwietnia 2004 r., s. 48–58.

²⁴ C. Mik, *Wspólnota Europejska*, s. 67.

²⁵ Dz.U. Dz 213 z 30 lipca 1998 r., s. 13–21.

²⁶ C. Mik, *Wspólnota Europejska*, s. 71.

niniejszej Konwencji”. Postanowienia tego aktu wyznaczają minimalny poziom ochrony, w pozostałym zakresie zostawiając tę kwestię ustawodawstwu narodowym. Koronnym tego przykładem jest zakaz klonowania reprodukcyjnego, który zezwala zarazem na legalizację klonowania terapeutycznego i diagnostycznego. Możliwa jest zatem sytuacja, że w niektórych państwach członkowskich zakaz klonowania będzie miał charakter totalny, odnoszący się do wszystkich jego rodzajów, a w innych ochrona będzie zapewniona na minimalnym poziomie, czyli na zakazie klonowania reprodukcyjnego. Semiimperatywność tych regulacji pozwala państwom sygnatariuszom na dowolne kształtowanie pozostałego zakresu ochrony jednostek przed klonowaniem, co pozwala na dostosowanie go do oczekiwań zarówno środowisk naukowo-lekarskich oraz samego społeczeństwa. Nie ulega kwestii, że stanowisko obywateli powinno być brane pod uwagę przy określaniu poziomu zakazu klonowania.

Próba oceny polskich uregulowań na ten temat w świetle systemów prawnych Rady Europy i Wspólnoty Europejskiej jest trudna o tyle, że materiał normatywny jest ubogi. Nie ulega wątpliwości, że prędzej czy później Sejm zakaże klonowania istot ludzkich, jednak do tej pory kwestia ta nadal pozostaje otwarta. Z drugiej jednak strony raczej trudno sobie wyobrazić, aby jakiś naukowiec-szaleniec podjął się w Polsce próby dokonania tego eksperymentu. Niemniej jest to istotna luka, która powinna być jak najszybciej zlikwidowana poprzez przyjęcie odpowiedniego aktu prawnego. Jakiego? Moim zdaniem najlepszym rozwiązaniem byłaby ratyfikacja konwencji biomedycznej i jej dwóch protokołów dodatkowych. Zagwarantowałaby odpowiedni poziom ochrony, jednolitość uregulowań wespół z innymi państwami – członkami Rady Europy i innymi państwami – sygnatariuszami spoza tej organizacji, a jednocześnie pozostawiłaby pole manewru w kwestiach nieuregulowanych. Odrębny akt prawny mógłby nie gwarantować odpowiedniego poziomu legislacyjnego, a ponadto ratyfikowana umowa międzynarodowa daje niewątpliwie większą pewność i stabilność prawa. Ma to znaczenie szczególnie w dziedzinie ochrony praw człowieka, które powinny mieć silną gwarancję ustawową i których zmiana nie powinna być prosta oraz zależna od aktualnej koniunktury politycznej.

Z uzyskanych przeze mnie informacji w Departamencie Współpracy Międzynarodowej i Prawa Europejskiego Ministerstwa Sprawiedliwości wynika jednak, że postulat ratyfikacji rzeczony Konwencji nie zostanie spełniony. Argumentacja jest taka, że implementacja konwencji bioetycznej i protokołów dodatkowych do polskiego systemu prawnego wymagałaby szeregu zmian w polskim ustawodawstwie, w związku z czym ustawodawstwo krajowe jest stopniowo ujednocicane z postanowieniami Konwencji. Dostosowywanie krajowych ustaw do konwencji biotycznej w miejsce jej ratyfikacji, jak również powołanie się na niewielką liczbę państw, które Konwencję ratyfikowały (na dzień 27 listopada 2006 r. jest to 20 państw, co nie jest wcale taką małą liczbą) nie przekonują w najmniejszym stopniu. Ratyfikacja Konwencji jest najlepszym z możliwych rozwiązań, biorąc pod uwagę fakt naszej przynależności do Rady Europy oraz doniosłość tematyki przez nią regulowanej.

KARALNOŚĆ MOWY NIENAWIŚCI W INTERNECIE – ASPEKTY PRAWNOPORÓWNAWCZE

Mowa nienawiści stanowi problem, który jest niewątpliwie obecny w każdym państwie. Zainteresowanie nim wykazują zarówno politycy, socjologowie, jak i dziennikarze. Budzi on także duże zainteresowanie prawników, i to zarówno tych zajmujących się stosowaniem prawa karnego w praktyce, jak też teoretyków prawa karnego. Mowa nienawiści jako przestępstwo rozpatrywana jest na ogół przez pryzmat pojedynczych zdarzeń, niosących ze sobą spory ładunek sensacyjności. Niezwykle rzadko natomiast podchodzi się do niej w sposób bardziej kompletny, zwracając w szczególności uwagę na jej aspekty prawne.

O nielegalności lub dopuszczalności mowy nienawiści nie można rozstrzygnąć w sposób abstrakcyjny, lecz zawsze należy uwzględnić stan ustawodawstwa karnego danego państwa. Jedynie wtedy, gdy będzie ona zagrożona karą, można uznać ją za nielegalną¹. Tymczasem w prawie porównawczym klasyfikacja prawna mowy nienawiści nie ma jednolitego charakteru. Z jednej strony część państw przyjmuje pogląd, że stanowi ona zagrożenie dla porządku publicznego, z drugiej jednak strony niektóre państwa wskazują, że przez wzgląd na prawo do wolności słowa powinna być ona dopuszczalna. Stąd też w prawie porównawczym można mówić o ukształtowaniu się dwóch generalnych podejść jej kryminalizacji. Pierwsze, bardziej restrykcyjne, przyjmuje, że określone propagandowe lub dyskryminujące wypowiedzi będą zawsze karalne. Rozwiązania takie występują przede wszystkim w ustawodawstwie państw europejskich, które w wyniku doświadczeń spowodowanych II wojną światową dążą do eliminacji postaw, które mogą stanowić zagrożenie dla jednostek, społeczeństwa i demokracji². Inny schemat karalności mowy nienawiści przyjęty został między innymi w ustawodawstwie karnym krajów syste-

¹ Źródłem prawa karnego w Polsce może być tylko ustawa. Por. art. 42 konstytucji RP, art. 1 § 1 k.k. Podobnie rzecz przedstawia się w europejskich systemach prawnych. Natomiast w systemie angloamerykańskim oprócz prawa stanowionego występuje tzw. prawo powszechne, w którym precedensowe rozstrzygnięcia sądów mają – w pewnych warunkach – walor prawa. A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 7, Warszawa 2006, s. 60.

² W niemieckiej literaturze przedmiotu zwraca się dodatkowo uwagę na prewencyjny charakter regulacji prawnych skierowanych przeciwko mowie nienawiści. Regulacje te mają bowiem chronić nie tylko godność jednostki, ale również zapobiegać zakłóceniu porządku publicznego i „skażeniu

mu angloamerykańskiego. Według niego penalizowane są tylko takie wypowiedzi, które połączone są z konkretnym przestępstwem (lub zagrożeniem), na przykład z atakiem czy przemocą skierowaną przeciwko określonej grupie, jak i jednostce. Szczególnym przypadkiem jest regulacja, jaką zawiera ustawodawstwo USA, które uznaje za niedozwolone narzucenie specjalnych zakazów mówcom, którzy obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie albo w jakiejś grupie społeczeństwa. Zakaz ten nie obejmuje jednak zniewagi czy „walczących słów” (*fighting words*), które przez swoją „bardzo dobitną wypowiedź wyrządzają krzywdę lub zamierzają wzbudzić natychmiastowe pogwałcenie porządku publicznego”³.

Różnorodna ocena prawna mowy nienawiści stała się szczególnie niepokojąca w erze ekspansji Internetu. Ze względu na jego transgraniczny charakter dochodzi do sytuacji, wydawać by się mogło, bez wyjścia. Wiele stron internetowych wykorzystywanych przez organizacje i grupy szerzące nienawiść jest legalnych, znajdują się bowiem pod ochroną na przykład pierwszej poprawki do konstytucji USA, która odrzuca jakiegokolwiek ograniczenia skierowane przeciwko wolności słowa. Z drugiej strony, biorąc pod uwagę stanowisko innych krajów, które szczegółowo określają granice wolności słowa, ich zawartość może być oceniana jako sprzeczna z prawem. Na tym tle powstaje pytanie, co jest powodem tak różnorodnej klasyfikacji prawnej mowy nienawiści? Aby udzielić na nie odpowiedzi, konieczne okazuje się odwołanie do regulacji prawnych krajów będących przedstawicielami każdej z tych grup, a w szczególności: Niemiec postrzeganych jako „policjant światowy” na obszarze eliminacji nienawiści z Internetu oraz USA – w tym względzie o najbardziej liberalnym prawodawstwie.

Zjawisko rozpowszechniania w Internecie mowy nienawiści jest stosunkowo nowym i coraz wyraźniej dostrzeganym problemem społecznym także w Polsce. Stąd też w niniejszym artykule poddano analizie również polskie ustawodawstwo.

I. Klasyfikacja mowy nienawiści

Za mowę nienawiści (*hate speech*) należy uznać wszelkiego rodzaju wypowiedzi nawołujące do nienawiści skierowanej przeciwko wszelkim wyróżniającym się grupom, jak i mniejszościom⁴. Zatem mowę nienawiści można generalnie zdefiniować poprzez odwołanie się do jej cechy kwalifikacyjnej, jaką jest dążenie do

politycznego klimatu” (*Vergiftung des politischen Klimas*). Zob. np.: F. Streng, *Das Unrecht der Volksverhetzung*, Lackner-FS, s. 501, 506 i n.

³ Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w sprawie R.A.V. przeciwko St. Paul 505 U.S. 377 (1992); Docket Number: 90-7675; Zob. np.: <http://www.oyez.org/oyez/resource/case/319/>.

⁴ Zob. np.: S. Łodziński, *Problemy dyskryminacji osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych w Polsce*, raport nr 219, Wydział Analiz Ekonomicznych i Społecznych Kancelarii Sejmu – Biuro Studiów i Ekspertyz – grudzień 2003.

wzbudzenia nienawiści. Podobnie amerykański *Black's Law Dictionary* definiuje mowę nienawiści jako mowę, która nie ma innego celu, jak tylko wyrażenie nienawiści przeciwko pewnej grupie osób wyróżniającej się przykładowo rasą⁵. Mowa nienawiści jest również definiowana jako forma ekspresji nienawiści skierowana do pewnej grupy, mająca na celu sprowokowanie przemocy. W wielu przypadkach zawiera ona przesłanie, iż rasa czy pochodzenie są powodem różnic w statusie, godności oraz osobowości⁶. Wiele definicji koncentruje się nie tylko na pojedynczej ofierze, ale również na zagrożeniu, jakie mowa nienawiści niesie ze sobą dla całego społeczeństwa⁷.

Debata na temat mowy nienawiści obejmuje kwestie związane z konfliktem między dwiema wartościami: wolnością słowa i dobrami osobistymi jednostki. Powstaje zatem problem, czy *hate speech* to wyrażanie osobistych opinii, czy narzędzie podsycania nienawiści. Wolność słowa oznacza bowiem, że każdy człowiek ma prawo do wolności opinii i wyrażania jej, bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe⁸. Z tego też powodu bezwzględne uznanie mowy nienawiści za czyn zabroniony może potencjalnie prowadzić do konfliktu normatywnego z prawem do wolności słowa. Każde zatem z przeciwstawnych sobie praw, a więc z jednej strony ochrona prawa do wyrażania indywidualnych opinii, z drugiej zaś ochrona społeczeństwa jako całości, z punktu widzenia roli w społeczeństwie demokratycznym, ma równy status. Przeciwwstawienie ich sobie nie stwarza łatwych możliwości do wytyczenia istniejących między nimi granic. Z tego względu nie jest możliwe także sformułowanie wyczerpującej definicji tego, co stanowi dopuszczalną ingerencję w realizację prawa do wolności słowa tam, gdzie jest ona skierowana przeciwko innym podmiotom. Przyczynę takiego stanu rzeczy należy upatrywać również w fakcie, że nie da się ustalić dla całej Europy, a tym bardziej dla całego świata jednej koncepcji znaczenia wolności słowa. Stąd też

⁵ *Black's Law Dictionary*, Garner B. A. (red.), wyd. 8, (West Group, 2004).

⁶ Walker S., *Hate Speech: The history of an American Controversy*, 8 (1994), za Y. A. Timofeeva, *Hate speech online: restricted or protected? Comparison of regulations in The United States and Germany*, www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol12_2/timofeeva.pdf.

⁷ Tytułem przykładu można wskazać, iż w myśl definicji zaproponowanej przez Kowalskiego i Tullę, pojęcie to obejmuje wypowiedzi (ustne i pisemne) i przedstawienia ikoniczne łączące, oskarżające, wyszydzające i poniżające grupy lub jednostki z powodów po części przynajmniej od nich niezależnych – takich jak: przynależność rasowa, etniczna i religijna, a także płeć, preferencje seksualne, kalectwo czy przynależność do „naturalnej” grupy społecznej, jak: mieszkańcy pewnego terytorium, reprezentanci określonego zawodu, mówiący określonym językiem itp. Zob. więcej S. Kowalski, M. Tulli, *Mowa nienawiści*, Raport 2001, Opracowanie i wprowadzenie, http://www.bezuprzedzen.org/doc/dyskrym_mniej.pdf, Zob. też np.: Seils Ch, *Das Netz der Nazis* (Nazistowska Sieć), Die Woche (Germany), Aug. 17, 2001, s. 1.

⁸ Por. Art. 19 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (PDPC), 10 i 11 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP), art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz), art. 13 Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka (AKPCz).

mowa nienawiści na gruncie poszczególnych systemów prawnych jest tolerowana, wśród innych – zakazana.

Również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka brak jest jednoznacznego stanowiska. Z tych względów każdorazowo pojawiają się wątpliwości co do dopuszczalności czy też nielegalności określonych wypowiedzi. Przykładowo w sprawie Oberschlick przeciwko Austrii w uzasadnieniu orzeczenia z 23 maja 1991 r. A. 204 Trybunał podkreślił, że wolność słowa jest jedną z podstawowych wolności obywatelskich współtworzących społeczeństwo demokratyczne. Wolność ta, w odniesieniu do swobody wypowiedzi w mass mediach, nie może być ograniczana jedynie do wypowiedzi, poglądów, informacji i opinii, które w swej treści i formie są obojętne, lecz obejmuje także te, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój. Podobnie w sprawie Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii Trybunał stwierdził, że: *„Swoboda wypowiedzi jest jednym z filarów demokratycznego społeczeństwa, jest podstawą jego rozwoju i warunkiem samorealizacji jednostki. Wolność słowa nie może ograniczać się tylko do informacji i poglądów odbieranych przychylnie lub postrzeganych jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz również do poglądów, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie albo w jakiejś grupie społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których społeczeństwo demokratyczne nie może istnieć”*⁹. Wynika z tego, że nie każda wypowiedź, choćby nawoływała do nienawiści, automatycznie zostanie wyłączona z ochrony przewidzianej dla wolności słowa.

Ingerencja w wolność słowa musi przede wszystkim spełniać kryteria celowości, to znaczy musi zmierzać do ochrony nadrzędnych celów, takich jak: ochrona praw i wolności osób trzecich oraz interesów narodowych mogących obejmować na przykład bezpieczeństwo narodowe, ochronę moralności czy spokoju publicznego¹⁰. W pierwszej fazie postępowania państwo powinno ocenić, czy jego ingerencja jest rzeczywiście konieczna w społeczeństwie demokratycznym¹¹. Gdy inter-

⁹ <http://www.mojeprawa.info/KartaPrawPodstawowychUE.htm>.

¹⁰ Ograniczenie swobody wypowiedzi należy również oceniać, biorąc pod uwagę obowiązki i odpowiedzialność wszystkich podmiotów, por. A. Łopatka, *Jednostka – jej prawa człowieka*, Warszawa 2002, s. 138–139.

¹¹ W tym kontekście interesujące jest także orzeczenie w sprawie Young, James i Webster przeciwko Wielkiej Brytanii z 13 sierpnia 1981 r. A. 44, w której Trybunał, rozpatrując kwestię, czy podjęte wobec skarżących środki były „konieczne w społeczeństwie demokratycznym”, zaznaczył, że w systemie demokratycznym należy dążyć do osiągnięcia równowagi gwarantującej rzetelne i właściwe traktowanie mniejszości i unikanie nadużywania dominującej pozycji większości. Zdaniem Trybunału wszelkie ograniczenia praw chronionych przez Konwencję powinny być proporcjonalne do założonego celu, dla którego osiągnięcia zostały wprowadzone. Zob. więcej na temat zasady proporcjonalności np.: Orzeczenie w sprawie Leander przeciwko Szwecji z 26 marca 1987 r. A. 116, Orzeczenie w sprawie Olsson przeciwko Szwecji z 24 marca 1988 r. A. 130, Orzeczenie w sprawie Sigurjonsson przeciwko Islandii z 30 czerwca 1993 r. A. 26.4.

wencja okaże się w danym przypadku zasadna, działania podjęte przez państwo muszą być proporcjonalne do osiągnięcia zamierzonego celu. Jak słusznie zauważa Redelbach, oznacza to wymóg zachowania przez państwo równowagi pomiędzy ochroną zasadniczych interesów społeczeństwa a wymogiem ochrony fundamentalnych, indywidualnych praw¹².

Dodatkowo pojawia się pytanie, czy aksjologią legislacji powinny być wolności jednostki, czy grup społecznych. W przypadku bowiem, kiedy przyzna się pierwszeństwo ochronie społeczeństwa przed indywidualizmem jednostki, odpowiednio ograniczony zostanie zakres ochrony prawnej wolności słowa. W sposób bardzo wyraźny stanowisko to wyrażone zostało wśród państw europejskich, które uznają wypowiedzi nakłaniające (podżegające) do nienawiści za poważne zagrożenie dla demokratycznych społeczeństw i ich fundamentalnych wartości¹³. Ochroną przed mową nienawiści objęte jest zatem społeczeństwo jako całość, zaś zakaz nawoływania do nienawiści ma służyć ochronie pokojowego współistnienia ludzi bez względu na ich narodowość, pochodzenie etniczne lub rasowe, wyznanie czy orientację seksualną¹⁴. Z drugiej jednak strony, według amerykańskiego poglądu, przed mową nienawiści powinny być chronione przede wszystkim jednostki. Z tych względów mowa nienawiści jest penalizowana tylko w powiązaniu z konkretnym przestępstwem (lub zagrożeniem). Grupa takich przestępstw ogólnie określana jest jako przestępstwa nienawiści – „*hate crimes*”. Według Anti-Defamation League oraz Southern Poverty Law Center najczęściej popełniane przestępstwa tego rodzaju obejmują: wandalizm spowodowany nienawiścią, palenie krzyży, ataki bombowe, pobicie i morderstwo¹⁵. W amerykańskiej literaturze przedmiotu podkreśla się dodatkowo, że z powodu braku w Internecie fizycznego kontaktu pomiędzy potencjalnymi antagonistami mowa nienawiści zamieszczana w sieci powinna być traktowana jako „czysta mowa”, która stanowi jedynie przejaw in-

¹² A. Redelbach, *Natura praw człowieka, strasburskie standardy ich ochrony*, Toruń 2001, s. 157.

¹³ Por. np.: Deklaracja Polityczna przyjęta przez Ministrów Krajów Członkowskich Rady Europy na sesji zamykającej Europejską Konwencję przeciwko Rasizmowi w Strasburgu 13 października 2000 r. (Political Declaration Adopted by the Ministers of the Council of Europe Member States at the Concluding Session of the European Conference Against Racism Strasbourg, October 13, 2000), zob. też.: <http://www.zbiordokumentow.pl/2000/4/9.html>.

¹⁴ Należy zauważyć, że w Unii Europejskiej tylko Francja i Niemcy przewidują karalność mowy nienawiści skierowanej przeciwko części społeczeństwa wyróżniającej się jakąkolwiek cechą [por. art. 24 francuskiej ustawy z 29 lipca 1881 r. (art. 24 Loi du 29 juillet 1881), Niemcy § 130 k.k.]. W tych państwach przedmiotem ochrony może być zatem również grupa ludzi wyróżniona ze względu na status społeczny, gospodarczy, światopogląd, zapatrywania polityczne czy wszelkiego rodzaju inne cechy.

¹⁵ Obecnie 40 stanów oraz District of Columbia posiadają ustawy odnoszące się do *hate crime*. Jednakże mniej niż połowa stanów przewiduje formę kwalifikowaną takich przestępstw ze względu na nienawiść spowodowaną płcią, wiekiem, niepełnosprawnością lub orientacją seksualną. Zob. http://www.adl.org/combatting_hate/.

dywidualizmu jednostki i z tego względu korzysta z ochrony prawnej¹⁶. Podobne oceny formułowane są również przez orzecznictwo¹⁷.

Należy także zastrzec, że nawet na gruncie danego ustawodawstwa trudno jest dokonać delimitacji poszczególnych wypowiedzi z punktu widzenia kryterium legalności. Jak słusznie wskazuje Gardocki, zakazane przez art. 256 polskiego k.k. nawoływanie do nienawiści oznaczać będzie „wzbudzanie chęci złości, braku akceptacji, a nawet uczucia wściekłości”. Dla odpowiedzialności nie będzie wystarczające szerzenie na przykład poglądów o negatywnych cechach pewnych ludzi, jeśli nie będzie się to wiązało z nawoływaniem do nienawiści, nawet jeżeli sprawca chciał taką nienawiść wywołać lub godził się na to¹⁸. Przytoczony wyżej pogląd Gardockiego nie tylko uzmysławia trudności ze wskazaniem, jakie wypowiedzi będą zakazane, a jakie korzystać będą z ochrony wolności słowa, lecz uzmysławia również fakt, że decydujące znaczenie przy ocenie prawnej mowy nienawiści będą miały rozwiązania prawne przyjęte w poszczególnych państwach.

Reasumując, można zauważyć, że dopuszczalność lub nielegalność mowy nienawiści uzależniona jest od zakresu prawnej ochrony wolności słowa przyjętego w danym państwie, a co się z tym wiąże, rozstrzygnięcia czy istnieje norma, która jej wyraźnie zakazuje.

II. Przestępstwo nawoływania do nienawiści

Najsilniej zasada ochrony społeczeństwa jako całości jest wyrażana w prawodawstwie niemieckim, w którym ograniczenie wolności słowa na rzecz walki z nawoływaniem do nienawiści jest już z tego powodu uważane za uzasadnione, ponieważ ma zapobiec ryzyku zakłócenia pokoju publicznego i „skażeniu politycznego klimatu” (*Vergiftung des politischen Klimas*)¹⁹.

Niemieckie regulacje zakazujące mowy nienawiści są rozważane głównie w świetle historii narodowej. Legalna rekonstrukcja Niemiec po II wojnie światowej zmierzała przede wszystkim do wyeliminowania uprzedzeń rasowych i ideologii

¹⁶ Zob. np.: S. Biegel, *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Cambridge, MA: MIT Press, 2003, http://www.findarticles.com/p/articles/mi_m0IMR/is_3-4_79/ai_n9505789. T. McGonagle, *Freedom of Expression and Limits on Racist Speech: A Difficult Symbiosis*, Interights Bulletin – A Review of the International Centre for the Legal Protection of Human Rights, <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/difficultsymbiosis.html>. Y. A. Timofeeva, *Racism versus Freedom of Expression, Current and Future Approaches to the Regulation of Internet Hate Speech*, www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol12_2/timofeeva.pdf.

¹⁷ Takie stanowisko zostało wyrażone między innymi w sprawie *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444(1969); dostępne także w formie elektronicznej <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=395&invol=444>.

¹⁸ L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 3, Warszawa 1998, s. 280.

¹⁹ Zob. np.: F. Streng, *Das Unrecht der Volksverhetzung*, Berlin 1987, s. 501, 506 i n.

nazizmu, które spowodowały Holokaust. Z tych też względów do praw zasadniczych uregulowanych w I rozdziale Konstytucji (Grundgesetz – GG), zalicza się przede wszystkim poszanowanie godności człowieka. Prawo to uznane zostało za ponadkonstytucyjne, nienaruszalne i niepozbawialne oraz całkowicie usunięte spod ingerencji państwa. Naturalną konsekwencją tej zasady jest zakaz podżegania do nienawiści w stosunku do wszelkich wyróżniających się grup i mniejszości narodowych. Również Niemiecki Sąd Konstytucyjny (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) wielokrotnie podkreślał, że wypowiedzi w duchu nienawiści, rasizmu, jak i podważające Holokaust nie korzystają z ochrony przewidzianej dla wolności słowa²⁰.

Podstawa dla doktryny wolnej wypowiedzi w Niemczech jest dostarczana przez art. 5 niemieckiej Konstytucji, według którego każdy ma prawo do wolnego wypowiedzenia i rozpowszechnienia jego opinii w mowie, piśmie i obrazie, a także swobodnego informowania się z ogólnie dostępnych źródeł. Wolność prasy i wolność relacjonowania poprzez nadawanie audycji, filmów jest zagwarantowana. Nie ma mowy o żadnej formie cenzury. Jednakże te prawa mogą być przedmiotem ograniczenia ze względu na ochronę nadrzędnych priorytetów, takich jak: ochrona młodzieży, małoletnich, jak i godności ludzkiej. Niemiecka Konstytucja zawiera ponadto liczne podstawy ograniczenia wolności słowa. I tak, przykładowo, art. 1 deklaruje ludzką godność jako najwyższą wartość; według art. 18 – traci podstawowe prawa, kto ich nadużywa; art. 21 pkt 2 przewiduje prohibicję polityczną partii nastawionej na osłabienie wolnego, demokratycznego porządku²¹. Dotyczy to także innych czynów, które mogą przyczynić się do naruszenia podstaw funkcjonowania niemieckiej demokracji i pozwala niemieckim legislatorom sukcesywnie hamować wszelką mowę nienawiści.

W stosunku do publicznego nawoływania do nienawiści mają zastosowanie zarówno ograniczenia wynikające z niemieckiej Konstytucji jak i z kodeksu karnego (Strafgesetzbuch – StGB). Bezpośrednio do mowy nienawiści odnosi się § 130 StGB²². Według punktu pierwszego podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat każdy, kto zamierza zakłócić spójność społeczny poprzez podżeganie do nienawiści, wzywanie do przemocy czy samowoli przeciwko części społeczeństwa. Według kolejnych punktów podlega karze do 5 lat albo karze pieniężnej każda osoba, która z zamiarem zakłócenia porządku publicznego albo w czasie zgromadzenia pochwała, umniejsza, usprawiedliwia czyny dokonane w czasie nazistowskich rządów (czyny te zostały wymienione w § 6 ust. 1 Völkerstrafgesetzbuches), albo również z tych samych powodów znieważa lub atakuje godność

²⁰ Zob. np.: BVerfG, NJW 1994, s. 1779–1780.

²¹ Telemediarecht, 4. Auflage, München 2002, s. 491, pełny tekst niemieckiej Konstytucji dostępny jest również w formie elektronicznej na <http://dejure.org/gesetze/GG/>.

²² Znajduje się on w części: Przepisy przeciwko porządkowi społecznemu („Straftaten gegen die öffentliche Ordnung (§§ 123–145d)).

człowieka. Według punktu drugiego podlega karze do 3 lat pozbawienia wolności albo karze pieniężnej ten, kto rozpowszechnia, kolportuje, publicznie wystawia, prezentuje, przedstawia albo w inny sposób udostępnia pisma (legalna definicja pisma znajduje się w § 11 Abs. 3)²³, które podlegają do nienawiści przeciwko części społeczeństwa albo przeciwko grupie ze względu na pochodzenie, narodowość, rasę czy religię. Dyspozycja punktu drugiego obejmuje także osoby, które produkują, wprowadzają, dostarczają, przechowują, polecają albo umożliwiają wprowadzenie jak i wykonanie takich pism. Zakazane są również pisma, które podlegają do przemocy czy samowoli przeciwko wymienionym wcześniej grupom lub atakują godność człowieka, w taki sposób, że znieważają, w złym zamiarze lekceważą albo oczerniają część społeczeństwa lub opisaną wyżej grupę.

Według niemieckich przepisów kodeksu karnego przed mową nienawiści chroniona jest zatem każda osoba, jak również grupa osób niezależnie od pochodzenia, religii, statusu społecznego, gospodarczego, światopoglądu, zapatrywań politycznych czy wszelkiego innego rodzaju cech. Oprócz tak szerokiego zakresienia podstaw ograniczenia wolności słowa, niemieckie podejście do mowy nienawiści charakterystyczne jest jeszcze z jednego powodu, a mianowicie dążenia do rozszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej do wszystkich osób, zarówno tych, które pośredniczą, jak i same publikują lub zamieszczają w Internecie materiały sprzeczne z niemieckimi regulacjami, bez znaczenia na ich obywatelstwo, jak i miejsce położenia serwera.

Charakterystyczna w tym względzie jest sprawa Frederica Tobena, australijskiego obywatela, który w czasie podróży do Niemiec został skazany za „kłamstwo oświęcimskie” (*Auschwitz-Lüge*) oraz „podżeganie do nienawiści narodowej” (*Volksverhetzung*)²⁴. Niemiecki Trybunał Federalny (*Bundesgerichtshof* – BGH) stwierdził, że zawartość strony internetowej wypełniała dyspozycję § 130 StGB ze względu na podanie przez sprawcę nieprawdziwych faktów (Toben stwierdził, że nie więcej niż 800 tysięcy Żydów zostało pomordowanych w wyniku Holokaustu) oraz ze względu na zamieszczenie obelżywych wypowiedzi, uznanych za zdolne do pobudzania negatywnych uczuć, głównie w stosunku do niemieckich obywateli pochodzenia żydowskiego. Dodatkowym faktem przemawiającym za skazaniem Tobena było ryzyko przyczynienia się do „skażenia politycznego klimatu” poprzez umniejszanie skali przestępstw dokonanych przez nazistów²⁵. Ten sposób podej-

²³ Pisma (*Schriften*) oznaczają każdy nośnik dźwięku i obrazu, nośniki danych, jak i wszelkiego rodzaju inne nośniki, które są podobne albo mogą być wykorzystane w podobny sposób jak czasopisma.

²⁴ Toben był autorem różnych rewizjonistycznych artykułów zamieszczonych na stronie Adelaide Institute, umiejscowionych na australijskim serwerze. Zob. więcej na temat F. Tobena: <http://www.idgr.de/lexikon/bio/t/t.html#toben>.

²⁵ Zob. np.: *Bundesgerichtshof* („Der Fall Frederic Toben”) z 12 grudnia 2000 (AZ: 1 StR 184/00), Parker K., *Teil II. des Beitrags Auch im Internet: Und das Recht greift doch* <http://www.nazis-im-internet.de/nazis-im-internet/toben.htm>.

ścia do mowy nienawiści spowodował, że w literaturze przedmiotu Niemcy często określane są jako „policjant światowy”, jeżeli chodzi o ściganie i blokowanie stron internetowych o zawartościach sprzecznych z niemieckim prawem, w tym nawołujących, jak i propagujących nienawiść, czy zawierających materiały oraz informacje z materii określanej jako „kłamstwa oświęcimskie” (*Auschwitz-Lüge*)²⁶.

Nieco odmiennie przedstawia się sytuacja w Polsce, w której w porównaniu na przykład z Niemcami, Francją czy Rosją – jest stosunkowo mało aktów fizycznej agresji w stosunku do „innych”, głównie ze względu na nieporównywalnie mniejszą liczbę mniejszości rasowych czy narodowościowych (w tym emigrantów)²⁷. Podobnie w skali przestępczości całego kraju sprawy dotyczące nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych, albo ze względu na bezwyznaniowość – stanowią znikomą ilość²⁸.

Regulacje odnoszące się do nawoływania do nienawiści znajdują się w Kodeksie karnym z 1997 roku w rozdziale XXXII zatytułowanym: „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu” w artykułach 256 i 257. Przepisy te przewidują kary za następujące czyny:

– publiczne nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych, albo ze względu na bezwyznaniowość (zagrożone karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2),

– publiczne znieważanie grupy ludności albo poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości (zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3).

Z pobieżnej analizy powyższych przepisów można zauważyć, że Polska należy do grupy krajów uznających mowę nienawiści za zakazaną. Niewątpliwie jednak ochrona przed nią jest znacznie węższa niż w Niemczech.

Pod rządem Kodeksu karnego z 1969 roku karalne było (art. 273 k.k. § 2) roz-

²⁶ Zob. np.: BVerfG, NJW 1994, 1779, 1780; krytyka Beisel D., *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge*, NJW 1995, 997, 1000. Zob. więcej na temat metod walki ze stronami internetowymi (głównie pochodzącymi z USA) zawierającymi materiały pronazistowskie na stronie <http://www.out-law.com/page-2271>.

²⁷ S. Kowalski, M. Tulli, *Mowa nienawiści*, op. cit., http://www.bezuprzedzen.org/doc/dyskrym_mniej.pdf.

²⁸ W 2005 roku prokuratura wszczęła 43 postępowania w sprawach o propagowanie faszystowskiego naruszenia praw i wolności oraz przemocy na tle rasowym. Obecnie toczy się jeszcze 6 postępowań: w 7 ubiegłorocznych sprawach jest już akt oskarżenia, a w 2 – wyroki i kary grzywny. <http://wiadomosci.onet.pl/1276483,11,item.html>, zob. także raport na temat realizacji przez Polskę postanowień MPPOiP, Ministerstwo Sprawiedliwości, Departament Współpracy Międzynarodowej i Prawa Europejskiego, Realizacja przez Polskę postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, V sprawozdanie okresowe Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowień MPPOiP, Warszawa 2005, s. 120.

powszechnianie, sporządzanie, gromadzenie, przechowywanie, przenoszenie lub przesyłanie pisma, druku, nagrania, filmu lub innego przedmiotu, zawierającego m.in. treść określoną w art. 272 k.k. (nawoływanie do waśni religijnych lub ich pochwalanie). Nowy kodeks karny nie przewiduje jednak odpowiedzialności karnej za takie czyny. Brak penalizacji rozpowszechniania uniemożliwiać będzie zastosowanie w tym przypadku przepisów o zajęciu i przepadku nośników zawierających przejawy rasizmu i ksenofobii, chyba że sprawca przy ich użyciu nawoływał publicznie do nienawiści.

Dyspozycja art. 256 k.k. nie obejmuje również innych form sprawczych. Nie wspomina bowiem ani o podżeganiu (nawoływaniu) do przemocy, ani do dyskryminacji na tym tle, czy też nawoływania lub jej pochwalania. W przypadku przemocy można przyjąć, iż do sprawcy, który dopuścił się takiego przestępstwa, będzie mógł mieć zastosowanie bardziej ogólny przepis art. 255 k.k., który przewiduje kary za publiczne nawoływanie do występku lub zbrodni albo ich pochwalanie. W kodeksie karnym znajduje się bowiem kilka typów przestępstw, które mogą polegać na zastosowaniu przez sprawcę przemocy (np. uszkodzenie ciała).

Na tle restrykcyjnych niemieckich przepisów zawartych w § 130 StGB stosunek polskiego ustawodawcy do zjawiska publicznego nawoływania do nienawiści można określić jako umiarkowany. Przemawia za tym dodatkowo zakres ochrony przed nawoływaniem do nienawiści przyznany poszczególnym grupom. W stosunku bowiem do tej przyjętej w Niemczech jest ona znacznie węższa. Art. 256 k.k. przewiduje ochronę jedynie dla osób, jak i grup wyróżniających się rasą, przynależnością narodową, etniczną, religią czy bezwyznaniowością. Przedstawione powyżej przepisy nie będą mogły mieć zastosowania w przypadku nawoływania do nienawiści ze względu na przykład na status społeczny, gospodarczy, światopogląd, zapatrywania polityczne czy orientację seksualną. Nie stanowią one bowiem w polskim prawie karnym, niezależnie od powodów, oddzielnego typu przestępstw.

Jednakże pomimo tych wad prawo polskie w należyty sposób wypowiada się przeciwko podstawowym postaciom mowy nienawiści. Dzięki zaś odpowiednim regulacjom art. 212 i 216 k.k. odnoszącym się do zniewagi i zniesławienia, obywatele, którzy zostali poszkodowani w związku z wypowiedziami czy materiałami znajdującymi się w Internecie, mogą podjąć odpowiednie działania. W takim wypadku nie ma ograniczenia do nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Decydujący jest w tym przypadku atak na cześć „zewnątrzną” (zniesławienie), czy cześć „wewnętrzna” (zniewaga)²⁹. Zniesławienie i zniewaga są wprawdzie przestępstwami ściganymi z oskarżenia prywatnego, ale jeżeli, ze względu na wagę sprawy lub ze względu na jej społeczne reperkusje, prokurator uzna, że wymagana jest jego interwencja, można liczyć na objęcie sprawy ściganiem z urzędu.

²⁹ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, wyd. 6, s. 517–520.

Inaczej przedstawia się sytuacja, gdy w danym państwie zakazane są tylko takie wypowiedzi, które połączone są z konkretnym przestępstwem (lub zagrożeniem), na przykład z atakiem czy przemocą skierowaną przeciwko określonej grupie, jak i jednostce.

III. Dopuszczalność mowy nienawiści

Najsilniej zasada ochrony wolności słowa, a więc także wypowiedzi nawołujących do nienawiści, jest wyrażana w doktrynie i orzecznictwie USA. Do podstawowych zasad systemu politycznego USA należy zasada wolności politycznej jednostki, oznaczająca, iż istnieje zakres działań społecznych, w które państwo ingerować nie może. Do takich gwarantowanych, fundamentalnych swobód politycznych należy przede wszystkim wolność słowa, prasy i religii wyrażone przez I poprawkę do konstytucji USA³⁰. Według tej poprawki „żadna ustawa kongresu nie może wprowadzić religii ani zabronić swobodnego praktykowania jej, ograniczyć wolność słowa lub prasy ani prawa ludu do spokojnych zgromadzeń lub do składania naczelnym władzom petycji o naprawienie krzywd”³¹. Również Sąd Najwyższy USA w wielu wyrokach dotyczących zakresu wolności słowa umieszcza wszelkie wypowiedzi „bez względu na efekt, jaki ma to na słuchacza i społeczeństwo” w kategoriach ochronnych³². Amerykański pogląd co do zakresu wolności słowa jest bardzo kontrowersyjny, pomimo faktu, że stanowisko takie nie zawsze było stosowane. Przez pewien czas akceptację Sądu Najwyższego USA zyskiwały wyroki za na przykład: opublikowanie manifestu nawołującego do obalenia rządu przemocą (wyrok z 1925 roku), za „przestępczy syndykalizm”, polegający na organizowaniu szkoleń z marksizmu-leninizmu przez działaczy Amerykańskiej Partii Komunistycznej (wyrok z 1951 roku). Sąd Najwyższy sprzeciwił się już jednak skazaniu przywódcy Ku-Klux-Klanu za nawoływanie do przemocy (wyrok z 1969 roku). Wówczas to zaakceptował ostatecznie obowiązującą do dziś zasadę, że zakazane powinno być tylko takie nawoływanie do przemocy, które z dużym prawdopodobieństwem może prowadzić do bezpośrednich skutków – zaś pozostałe wypowiedzi powinny konkurować na „wolnym rynku idei”³³.

Jednym ze znamienitych precedensów dotyczących nawoływania do nienawiści jest sprawa R.A.V. przeciwko St. Paul, 505 U.S. 377 (wyrok z 1992 roku) w której Sąd Najwyższy stworzył standard, według którego niedozwolone jest narzucenie

³⁰ Zob. więcej np.: *Ustroje państw współczesnych*, t. I, W. Skrzydło (red.), Lublin 2002, s. 176.

³¹ *Prawa człowieka, Wprowadzenie, Wybór źródeł*, K. Motyka (oprac.), Lublin 1999, s. 67.

³² Zob. np.: *Bachellar przeciwko Maryland*, 397 U.S. 564, 567 (1970) [citing *Street v. New York*, 394 U.S. 576, 592 (1969)] <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=397&invol=564>.

³³ www.bezuprzedzen.org/doc/dyskrym_mniej.pdf.

specjalnych zakazów mówcom, którzy obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie albo w jakiejś grupie społeczeństwa, wyrażając poglądy na tematy takie jak: rasa, kolor skóry czy religia³⁴. Zakaz ten nie obejmuje jednak zniewagi czy „walczących słów” (*fighting words*)³⁵. Określony w regule R.A.V. wyjątek oznacza, że wypowiedź może być wyjęta spod prawa wtedy, gdy przedstawia „pewne i bezpośrednie zagrożenie” (*clear and present danger*)³⁶. Aby „walczące słowa” nie korzystały z ochrony pierwszej poprawki, muszą być kierowane bezpośrednio do innej osoby lub do określonej kilkuosobowej grupy. Tak więc wypowiedzi skierowane do ogółu korzystają z ochrony prawa do wolności słowa. Według orzecznictwa Sądu Najwyższego USA Konstytucja chroni bowiem nie tylko wypowiedzi przekazujące intelektualne idee, ale także te, których głównym celem jest wyrażanie emocji. Zakaz wulgaryzmów czy obraźliwych wypowiedzi mógłby się, *de facto*, stać pretekstem do represjonowania wypowiedzi z powodu ich merytorycznej treści. Takie stanowisko zostało wyrażone między innymi w sprawie: *Chaplinsky przeciwko New Hampshire*, 315 U.S. 568 (wyrok z 1942 roku)³⁷ czy *Texas przeciwko Johnson* 491 U.S. 397 (wyrok z 1989 roku)³⁸. Podobnie w sprawie *NAACP przeciwko Claiborn Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (wyrok z 1982 roku) Sąd Najwyższy podkreślił: „*Jest jasne, że «walczące słowa», które prowokują natychmiastową przemoc, nie są chronione przez I Poprawkę. (...) Podobnie, słowa wywołujące natychmiastową panikę nie podlegają konstytucyjnej ochronie. (...) Jednakże Sąd stwierdził w sposób klarowny, że samo propagowanie użycia siły lub przemocy nie usuwa wypowiedzi z zasięgu ochrony I Poprawki*”³⁹.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że wypowiedź może być karana tylko w wypadku, gdy ma na celu podburzenie do natychmiastowej przemocy oraz istnieje bezpośredni związek między daną wypowiedzią a prawdopodobieństwem lub nastąpieniem takiej przemocy. Niebezpieczeństwo spowodowania szkody musi wynikać bezpośrednio z danej wypowiedzi. Innymi słowy, jest nieuzasadnione zakazywanie wypowiedzi, która nie zachęca bezpośrednio do zakłócenia porządku lub przemocy⁴⁰.

³⁴ R.A.V. przeciwko St. Paul 505 U.S. 377 (1992); Docket Number: 90-7675; Zob. np.: <http://www.oyez.org/oyez/resource/case/319/>.

³⁵ Zob. więcej na temat doktryny „walczących słów” w USA np.: J. Laitenberg, *Die Strafbarkeit der Verbreitung rassistischer, rechtsextremistischer und neonazistischer Inhalte*, Frankfurt am Main/Wieder 2003, s. 275.

³⁶ Termin ten został pierwszy raz zastosowany w sprawie *Schenck przeciwko United States*, 249 U.S. 47 (1919).

³⁷ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=315&invol=568>.

³⁸ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=491&invol=397>.

³⁹ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=458&invol=886>.

⁴⁰ Odnosnie do powyższego zob. również *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information* przyjęte 1 października 1995 przez grupę ekspertów w dziedzinie prawa międzynarodowego i praw człowieka pod auspicjami organizacji Article 19 – Inter-

Przyjęta w USA doktryna „*freedom of speech*” wyrażona została także w wielu innych orzeczeniach Sądu Najwyższego USA. Dla przykładu można wskazać na sprawę *Street* przeciwko *New York* 394 U.S. 576 (wyrok z 1969 roku)⁴¹, w której Sąd podkreślił: „*Jest czymś jasno stwierdzonym, że pod rządami naszej konstytucji publiczna ekspresja idei nie może być zakazana z tego jedynie powodu, że idee te są obraźliwe dla niektórych słuchaczy*”. Podobne stanowisko zostało wyrażone w sprawie *Hustler Magazine* przeciwko *Falwell*, 485 U.S. 46 (wyrok z 1988 roku)⁴² – „*Fakt, że społeczeństwo może uznać wypowiedź za obraźliwą nie jest dostatecznym powodem do jej tłumienia. Zaprawdę, jeśli wypowiedziana przez mówcę opinia obraża, to w konsekwencji jest to powód uzasadniający jej konstytucyjną ochronę. Z tego względu centralną zasadą I Poprawki jest zasada, że rząd musi pozostać neutralny na wolnym rynku idei*”, czy w sprawie *Texas* przeciwko *Johnson* 491 U.S. 397 (1989) – „*Jeśli istnieje jakaś zasada stanowiąca podstawę I Poprawki, to jest nią zasada, iż rząd nie może zabronić ekspresji jakiegokolwiek idei dlatego, że społeczeństwo uważa, że ta idea jest obraźliwa lub nieprzyjemna*”⁴³.

Z drugiej jednak strony w sprawie *Beauharnais* przeciwko *Illinois* Sąd Najwyższy podtrzymał statut zakazanej, rasistowskiej mowy, skierowanej do pewnych klas obywateli dla zwiększenia „*wolnego, porządnego życia w wielkomiejskim, wielojęzycznym społeczeństwie*”⁴⁴. Istotną sprawą w orzeczeniu *Beauharnais* przeciwko *Illinois* jest czyn obywatela, który znieważył inną osobę ze względu na rasę, a ponadto swoim postępkami zamierzał przyczynić się do „*emocjonalnego cierpienia ofiary*”. W sekwencji wyroku Sąd Najwyższy podkreślił, że należy karać działanie „*każdego, kto przez ekstremalne i oburzające zachowanie w sposób zamierzony lub lekkomyślny poważnie narusza stan emocjonalny innego*”. Nie jest to jedyny wyrok sądów USA, gdzie od obywateli tego kraju zostało zasądzone odszkodowanie za zniewagi rasowe⁴⁵. To stanowisko, pomimo kilkakrotnego wykorzystania w podobnych wyrokach, jest ciągle krytykowane i równie często dochodzi do sytuacji, że wiele sądów odmawia jego uwzględnienia⁴⁶.

W części swoich orzeczeń amerykańskie sądy odnosiły się również bezpośrednio do zakresu wolności słowa w Internecie. W sprawie *United States* przeciwko

national Center Against Censorship, we współpracy z Centrum Stosowanych Nauk Prawnych Uniwersytetu Witwatersrand w Johannesburgu <http://www.article19.org/docimages/511.htm>.

⁴¹ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=394&invol=576.11>

⁴² <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=485&invol=46>.

⁴³ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=491&invol=397>.

⁴⁴ *Beauharnais* przeciwko *Illinois* 343 U.S. 250, 2 59 (1952), <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=343&invol=250>.

⁴⁵ Zob. np.: *Wiggs* przeciwko *Courshon*, 485 F.2 d 1281 (5 th C ir. 1973); *Alcorn* przeciwko *Anbro Eng'g*, 2 Cal. 3d 49 3 (Cal. 197 0); *Agarwal* przeciwko *Johnson*, 25 C al. 3d 9 32 (C al. 197 9). za Y. A. Timofeeva, *Racism versus Freedom of Expression, Current and Future Approaches to the Regulation of Internet Hate Speech*, http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol12_2/timofeeva.pdf.

⁴⁶ Zob. np.: *Dworkin* przeciwko *Hustler Magazine*, 867 F.2d 1188, 1 200 (9th Cir. 1989).

Alkhabaz sąd wypowiedział się co do zakresu odpowiedzialności karnej osób, które za pomocą elektronicznej komunikacji przyczyniają się do powstania zagrożenia. Według sądu „zawierająca zagrożenie komunikacja” oznacza, że osoba rozsądna:

1. może odczytać taką wypowiedź jako poważne wyrażenie zamiaru wyrządzenia szkody cielesnej, albo
2. jako działania mające na celu osiągnięcie efektu zagrożenia lub zastraszenia⁴⁷.

Można zatem zauważyć, że według obowiązujących obecnie regulacji prawnych w większości przypadków nawoływanie do nienawiści za pomocą Internetu będzie korzystało z konstytucyjnej ochrony przyznanej wolności słowa, ale może również zostać zakwalifikowane jako przestępstwo nienawiści (*hate crime*), jeżeli będzie zagrażał określonej osobie⁴⁸. Należy jednak pamiętać, że według regulacji tego kraju nie może być mowy o generalnym zakazie publikacji materiałów nawołujących do nienawiści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że rozpowszechnianie informacji przy użyciu stron www, e-maili czy czatu (*chat rooms*) jest podobne do komunikacji przy użyciu telefonu i jest dopuszczalne dopóki nie szkanuje odbiorcy⁴⁹. Przyjęty szeroki zakres ochrony wolności słowa nie oznacza, że obywatele amerykańscy nie mają żadnej możliwości obrony przed mową nienawiści. Naruszonej czci można dochodzić w procesie cywilnym, zaś prawo karne w wolność słowa w zasadzie nie wkracza.

Podobny szeroki zakres ochrony prawnej wolności słowa przyjęty został w innych krajach. Dla przykładu można wskazać, że w Kanadzie, ochrona wolności słowa, z uwzględnieniem sekcji 2 (b) Canadian Charter of Rights and Freedoms, jest również szeroka. W jednym z przodujących rozstrzygnięć Sądu Najwyższego Kanady w sprawie *Her Majesty The Queen przeciwko James Keegstra* stwierdzono, że co do zasady propaganda nienawiści podlega pod ochronę wolności opinii. Również sekcja 13 (1) Canadian Human Rights Act w przypadku nadużycia telefonu do rozpowszechniania nienawiści rasowej nie przewiduje kary pozbawienia wolności, a co najwyżej karę pieniężną⁵⁰.

Na uwagę zasługują także uregulowania normatywne przyjęte w Japonii, która

⁴⁷ Alkhabaz, student uniwersytecki, znany również jako Jake Baker, „wymieniał wiadomości e-mailowe w Internecie, a treść wyrażała zainteresowanie przemocą seksualną przeciwko kobietom”. Unikalny aspekt tej sprawy był taki, że z wiadomości opisującej przemoc seksualną przeciwko dziewczynie ustalili imię koleżanki z klasy Alkhabaza. Te wiadomości nie były wysłane bezpośrednio do ofiary, ale umieszczane na elektronicznym biuletynie i wysłane do korespondencyjnego przyjaciela poprzez e-mail. Zob. więcej <http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Speech/Baker2.html>.

⁴⁸ Zob. najważniejsze regulacje odnośnie do *hate crime* w USA na stronie http://www.adl.org/combatting_hate/.

⁴⁹ S. Biegel, *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Cambridge, MA: MIT Press, 2003, http://www.findarticles.com/p/articles/mi_m0IMR/is_3-4_79/ai_n9505789.

⁵⁰ *Her Majesty The Queen v. James Keegstra* 5, 6 grudzień 1989, 13 grudnia 1990, File No.: 21118,

nie posiada żadnych regulacji prawnych, które ograniczałyby wolność słowa. W tym kraju możliwe jest zatem publikowanie wszelkich materiałów nawołujących do nienawiści bez żadnych ograniczeń. Na uwagę zasługuje jednak art. 230 punkt 1 japońskiego Kodeksu karnego, według którego zakazane jest pod groźbą grzywny do 500 000 yenów lub kary pozbawienia wolności (z lub bez obowiązku pracy) publiczne oczernianie innej osoby. W tym wypadku nie ma znaczenia, czy podawane fakty są prawdziwe, czy nie⁵¹.

Przyjęcie tak odmiennego od europejskiego standardu prawnej ochrony wolności słowa przyczyniło się do rozpowszechniania w tych krajach wielu środowisk aktywistów propagujących nienawiść.

Wnioski

Podsumowując powyższe rozważania, można stwierdzić, że przy tak skrajnie odległych stanowiskach wypracowanie wspólnego dla całego świata standardu dopuszczalności mowy nienawiści wydaje się praktycznie niemożliwe. Na świecie jest prawie 200 państw. Każde z nich ma odmienną tradycję, kulturę oraz wartości. W państwach takich jak USA, Kanada czy Japonia europejskie stanowisko zakazujące mowy nienawiści jest postrzegane jako nieuzasadniony atak na prawo do wolności słowa.

Dialog zmierzający do ograniczenia lub powstrzymania ekspansji mowy nienawiści w Internecie może mieć tylko miejsce między europejskimi legislatorami, co nie zagwarantuje skuteczności podejmowanych przez nich działań. Już na gruncie tego stwierdzenia należy zauważyć, że nie zawsze da się zaradzić rozpowszechnianiu mowy nienawiści w Internecie tylko poprzez stanowienie odpowiednich przepisów prawa. Przepisy te nie zawsze okażą się skuteczne w sytuacji przesyłania mowy nienawiści z państwa przewidującego odmienny standard normatywny. Tymczasem można osiągnąć podobny lub taki sam rezultat faktyczny, udostępniając użytkownikom odpowiednie oprogramowanie filtrujące. Wiele portali jak i stron internetowych udostępnia (często bezpłatnie) tego rodzaju oprogramowanie. Przykładowo the Anti-Defamation League oferuje „filtr nienawiści” (*HateFilter*), który blokuje dostęp do stron, które „popierają nienawiść, bigoterię, przemoc przeciwko Żydom lub innym grupom na podstawie ich rasy, religii, etnicznego pochodzenia, orientacji seksualnej itp.”⁵². Istnieje również możliwość zakupu ko-

dostępne także w formie elektronicznej na http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1990/vol3/html/1990scr3_0697.html.

⁵¹ U. Sieber, *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet – Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung*, Bundesministerium der Justiz, Reihe „recht“, Bonn 1999, s. 189.

⁵² Zob. www.adl.org/

mercyjnych filtrów blokujących wybrane przez użytkownika kategorie materiałów obejmujących na przykład „nietolerancję”, „rasistowskie lub etniczne niestosowności” czy też „faszyzm”. Zawsze bowiem, gdy dokonuje się oceny takich sytuacji z punktu widzenia skuteczności, należy dojść do wniosku, że również użytkownik powinien mieć możliwość wpływania na zakres udostępnianych mu informacji. Z tych powodów tak ważne jest umożliwienie użytkownikom podjęcie ostatecznej decyzji, z jakimi materiałami chcą się oni spotkać w internecie. Państwo oraz usługodawcy internetowi powinni umożliwiać im dostęp nie tylko do odpowiedniego oprogramowania, ale przede wszystkim informować o możliwych zagrożeniach oraz wspierać samokontrolę, tworząc specjalne biura meldunkowe, jak i numery interwencyjne (*Hotlines*), za pomocą których użytkownicy mogą zgłaszać nielegalną i szkodliwą treść napotkaną w Internecie.

ZABEZPIECZENIE ROSZCZEŃ ODSZKODOWAWCZYCH, KAR MAJĄTKOWYCH I ŚRODKÓW KARNYCH W POSTĘPOWANIU KARNYM

Jedną z tendencji współczesnej polityki karnej jest przeniesienie w prawie karnym akcentu z funkcji represyjnej na funkcję kompensacyjną. Ewolucja polityki karnej, podążając za zmianami warunków politycznych, ekonomicznych i społecznych, wpływających na rozmiary przestępczości i formy jej eskalacji, doprowadziła do poszukiwania środków zastępujących lub uzupełniających karę pozbawienia wolności. W konsekwencji na tle obecnie obowiązujących kodyfikacji karnych silnie zaznacza się odejście od surowych kar izolacyjnych na rzecz środków zmierzających do naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody. Tendencja ta pozostaje w zgodzie ze społecznymi oczekiwaniami, bowiem w powszechnym odczuciu, bardziej sprawiedliwym wyrokiem jest ten, na mocy którego skazany naprawi wyrządzoną przestępstwem szkodę albo utraci korzyści uzyskane z przestępstwa, niż nawet najsurowszy wyrok pozbawienia wolności. Jednocześnie takie ukształtowanie sankcji karnych sprzyja prewencji, gdyż nic tak nie zniechęca do popełniania przestępstw jak świadomość nieuchronnej utraty korzyści uzyskanych z przestępstwa.

Obecny kodeks karny przewiduje szeroki wachlarz instrumentów służących realizacji idei nieopłacalności przestępstwa, jednakże ich praktyczne zastosowanie bywa często nieskuteczne. Od momentu wniesienia oskarżenia do momentu skazania oskarżeni mają wystarczająco dużo czasu, by ukryć lub usunąć mienie, które mogłoby posłużyć wykonaniu kar i środków karnych o charakterze majątkowym. Instrumentem, który pozwala przeciwdziałać takim nieprawidłowościom, jest instytucja zabezpieczenia majątkowego, które poprzez odebranie oskarżonemu władania rzeczą lub prawami majątkowymi, stwarza prowizoryczny stan polegający z reguły na ich utrzymaniu w niezmienionej postaci¹. Takie tymczasowe ograniczenie uprawnień służy zapewnieniu wykonalności przyszłego orzeczenia.

Zabezpieczenie majątkowe jest środkiem przymusu polegającym na wykonaniu czynności procesowych, których przymusowe wykonanie nie jest poprzedzone

¹ A. Bulsiewicz, D. Kala, *Zabezpieczenie majątkowe jako środek służący wykonalności przyszłego orzeczenia o przedmiocie procesu*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2003, t. XI, s. 228.

obowiązkiem procesowym. Przymus ten ma postać oddziaływania pośredniego na oskarżonego². Tak jak stosowanie wszystkich środków przymusu, zastosowanie zabezpieczenia majątkowego związane jest z pewną dolegliwością i ograniczeniem praw obywatelskich³, dlatego posługiwanie się tym środkiem obwarowane jest surowymi regułami. Zabezpieczenie majątkowe może być zastosowane tylko na warunkach ściśle przewidzianych w przepisach prawa, w związku z tym niedopuszczalne jest rozciąganie zastosowania tego środka poprzez analogię, na przypadki w ustawie nieprzewidziane *expressis verbis*. Zabezpieczenie powinno być dokonywane według zasady konieczności, wyłącznie gdy zachodzi niezbędna potrzeba, a zakładany cel nie może być osiągnięty dobrowolnie. Ponadto środek ten należy stosować w sposób pozwalający zminimalizować skutki uboczne, a więc z kilku możliwych sposobów zabezpieczeń należy wybrać sposób najłagodniejszy, który jednocześnie jest wystarczający dla skutecznej realizacji danej czynności procesowej⁴.

Ogół czynności podejmowanych w związku z realizacją zabezpieczenia majątkowego w konkretnej sprawie składa się na działalność procesową zwaną postępowaniem zabezpieczającym. W tym miejscu należy wspomnieć, że w postępowaniu karnym mianem zabezpieczającego nazywa się także postępowanie zmierzające do zapewnienia obecności oskarżonego w procesie przy zastosowaniu środków wyszczególnionych w rozdziale 28 k.p.k., a także postępowanie w celu zabezpieczenia dowodów (art. 304 § 2 k.p.k.)⁵. Konieczne jest więc sprecyzowanie, że w tym opracowaniu postępowaniem zabezpieczającym będziemy nazywać czynności zmierzające do wydania postanowienia o zabezpieczeniu roszczeń odszkodowawczych, kary grzywny i środków karnych o charakterze majątkowym oraz czynności związane z realizacją tego orzeczenia.

W postępowaniu zabezpieczającym można wyróżnić dwa etapy. Pierwszy jest etap rozpoznawczy, w ramach którego podejmuje się czynności zmierzające do ustalenia, czy w danym przypadku dopuszczalne i celowe jest orzeczenie o zabezpieczeniu majątkowym. Etap ten kończy się wydaniem postanowienia o zabezpieczeniu. W drugim etapie postępowania, nazywanym wykonawczym, podejmowane są czynności niezbędne do realizacji postanowienia o zabezpieczeniu. Jest on zbliżony do postępowania egzekucyjnego, nie może być jednak z nim utożsamiany. Zasadniczą cechą wyróżniającą jest to, że wykonanie postanowienia

² E. Ziarnik-Kotania, *Zabezpieczenia majątkowe w nowych ustawach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 6, s. 57.

³ Zob. art. 64 Konstytucji RP (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483) oraz art. 1 Protokołu dodatkowego nr 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 roku (Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175, zm. Dz.U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962).

⁴ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2003, s. 404–405.

W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. 2, Bydgoszcz 2001, s. 160 i n.

⁵ A. Bulsiewicz, *Zabezpieczenie roszczeń odszkodowawczych i kar majątkowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 1975, s. 10.

o zabezpieczeniu majątkowym następuje jeszcze przed wydaniem, chociażby nieprawomocnego, wyroku i nie może zmierzać do zaspokojenia roszczenia (art. 731 k.p.c.), dlatego postępowanie zabezpieczające bywa często nazywane antycypacją egzekucji⁶.

Funkcją zabezpieczenia majątkowego jest zapewnienie wykonalności przyszłym orzeczeniom skazującym w części dotyczącej kar i środków karnych o charakterze majątkowym oraz roszczeń odszkodowawczych. Sprawne przeprowadzenie zabezpieczenia do wysokości wyrządzonej przestępstwem szkody zapewnia pełne jej naprawienie w drodze przyszłej egzekucji. Uniemożliwiając sprawcy przestępstwa ukrycie lub usunięcie majątku, z którego mogą być w przyszłości zaspokojone roszczenia odszkodowawcze oraz wymierzone kary lub środki karne, zabezpieczenie przyczynia się do skutecznej realizacji głównego celu postępowania karnego, jakim jest realizacja prawa karnego materialnego⁷, a w przypadku zabezpieczenia roszczeń cywilnych – realizacja prawa cywilnego materialnego⁸. Zapewnienie wykonania wyroku podnosi efektywność całego postępowania karnego, sprzyja realizacji celu kompensacyjnego prawa karnego i tym samym umacnia społeczne poczucie sprawiedliwości.

Kodeks postępowania karnego z 19 kwietnia 1969 roku⁹ kładł nacisk przede wszystkim na skuteczną ochronę mienia społecznego i w związku z tym zabezpieczenie majątkowe służyło przede wszystkim zapewnieniu naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem w mieniu społecznym¹⁰. Nowa kodyfikacja zrównała prawną ochronę mienia wszystkich podmiotów i tym samym instytucja zabezpieczenia majątkowego znalazła szersze zastosowanie w praktyce. Rozszerzeniu uległ zarówno zakres podmiotowy, jak i przedmiotowy omawianej instytucji¹¹.

W obecnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego z 6 czerwca 1997 roku¹² zabezpieczenie majątkowe zostało uregulowane w rozdziale 32 (art. 291–295 k.p.k.), a część przepisów (art. 69 § 2–4 k.p.k.) umiejscowiono w rozdziale 7 k.p.k. regulującym pozycję prawną powoda cywilnego. Jednak regulacja zabezpieczenia zawarta w kodeksie postępowania karnego ma jedynie charakter ramowy. Chociaż omawiana instytucja ma niewątpliwie charakter karnoprosesowy¹³, to wywodzi się z prawa procesowego cywilnego i ze względu na swoją specyfikę

⁶ A. Bulsiewicz, *op. cit.*, s. 10–11 oraz autorzy tam cytowani.

⁷ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 12 i n.

⁸ A. Bulsiewicz, *op. cit.*, s. 12.

⁹ Dz.U. Nr 13, poz. 96.

¹⁰ S. Brudt, *Zabezpieczenie majątkowe w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1972, nr 1, s. 66.

¹¹ Między innymi najnowsza nowelizacja art. 291 k.p.k. z 10 stycznia 2003 r. (Dz.U. Nr 17, poz. 155) wprowadziła zabezpieczenie majątkowe grożącego przepadku korzyści uzyskanych z przestępstwa.

¹² Dz.U. Nr 89, poz. 555.

¹³ Więcej: A. Bulsiewicz, D. Kala, *op. cit.*, s. 229–230.

odwołuje się do regulacji zawartych w kodeksie postępowania cywilnego (art. 292 § 1 k.p.k.). Odnoszą się do niej także przepisy zawarte w kodeksie karnym wykonawczym (art. 25 § 2 k.k.w.) oraz w kodeksie karnym skarbowym (art. 131 i 132 k.k.s.).

Zabezpieczenie majątkowe występuje w dwóch postaciach, 1) jako zabezpieczenie grzywny i środków karnych o charakterze majątkowym, 2) jako zabezpieczenie roszczeń o naprawienie szkody. W pierwszym przypadku zabezpieczenie następuje z urzędu, a jego przedmiotem, obok kary grzywny, są: przepadek (obejmujący zarówno przepadek przedmiotów jak i korzyści majątkowych lub ich równowartość), nawiązka, świadczenie pieniężne, obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. W przypadku drugim zabezpieczenie z urzędu może dotyczyć tylko sytuacji, gdy doszło do popełnienia przestępstwa przeciwko mieniu lub wyrządzenia szkody w mieniu. Równoległe istnieje możliwość zabezpieczenia roszczeń zgłoszonych w powództwie adhezyjnym¹⁴ na wniosek pokrzywdzonego (art. 69 § 2 k.p.k.).

Treść art. 291 § 1 k.p.k. stanowi, że zabezpieczenie następuje na mieniu oskarżonego, przy czym ustawodawca w tym miejscu posługuje się terminem „oskarżony” w znaczeniu ogólnym. Zgodnie z art. 71 § 3 k.p.k. przepis ten będzie także zastosowanie do podejrzanego¹⁵. Tym samym orzeczenie zabezpieczenia majątkowego jest możliwe wobec osoby, co do której zebrane dowody dostatecznie uzasadniają podejrzenie popełnienia przestępstwa (art. 313 § 1 k.p.k.). Jest to jedyna przesłanka materialna uzasadniająca zastosowanie omawianego środka przymusu¹⁶.

Jeśli chodzi o przesłanki formalne, ustawodawca ograniczył się jedynie do określenia rodzajów kar i środków karnych oraz roszczeń odszkodowawczych w przypadkach, w których wydanie postanowienia o zabezpieczeniu jest możliwe¹⁷.

Ograniczenie uprawnień majątkowych oskarżonego stanowi ingerencję w sferę praw obywatelskich, w szczególności w prawo do poszanowania własności i innych praw majątkowych, zagwarantowane w art. 64 Konstytucji RP¹⁸, jest jednak dopuszczalne w świetle prawa międzynarodowego, ponieważ zgodnie z postanowieniami art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁹, strony Konwencji zostały uprawnione do ustawowego

¹⁴ Powództwo adhezyjne ma na celu dochodzenie wszystkich roszczeń majątkowych wynikających bezpośrednio z popełnienia przestępstwa (art. 62 k.p.k.).

¹⁵ A. Bulsiewicz, D. Kala, *op. cit.*, s. 231–232.

¹⁶ R. A. Stefański (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 2004, s. 255.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ A. Bulsiewicz, D. Kala, *op. cit.*, s. 229.

¹⁹ Art. 1 stanowi: Każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego.

uregulowania sposobu korzystania z własności w celu zabezpieczenia uiszczania podatków bądź innych należności lub kar pieniężnych²⁰. Chociaż ustawodawca nie wprowadził dodatkowych przesłanek zastosowania tej instytucji w doktrynie prezentowany jest pogląd, że środek ten powinien być stosowany przez organy procesowe wyjątkowo, jedynie w sytuacjach, gdy z okoliczności sprawy wynika, że oskarżony będzie podejmował działania zmierzające do udaremnienia wykonania przyszłego orzeczenia w przedmiocie środków karnych i kar o charakterze majątkowym lub zasądzonego roszczenia cywilnego. Jako że omawiany środek ma zastosowanie wobec osoby chronionej konstytucyjną zasadą domniemania niewinności, należy odstąpić od jego stosowania, jeśli istnieje realna szansa na wykonanie zasądzonych kar i wyegzekwowanie orzeczonego odszkodowania bez potrzeby uciekania się do zastosowania środka przymusu²¹. Jednak argumenty te nie mają charakteru normatywnego, a jedynie zwracają uwagę na pragmatyczne uzasadnienie stosowania omawianego środka przymusu²².

Jak wspomniano wcześniej, orzeczenie o zabezpieczeniu majątkowym może być wydane od chwili gdy postępowanie przygotowawcze zostaje skierowane przeciwko konkretnej osobie²³ (faza *ad personam*), może ono dotyczyć podejrzanego lub oskarżonego (art. 291 § 1 w związku z art. 71 § 2 k.p.k.). Natomiast momentem końcowym dla ustanowienia zabezpieczenia jest uprawomocnienie rozstrzygnięcia kończącego postępowanie jurysdykcyjne²⁴. Od tej chwili nie mamy już do czynienia z oskarżonym, lecz ze skazanym.

Zabezpieczenie wykonania orzeczenia, zgodnie z art. 291 § 1 k.p.k., następuje na mieniu oskarżonego. Wyjątkiem, przewidzianym w kodeksie karnym skarbowym, jest zabezpieczenie wykonania kary grzywny oraz ściągnięcia równowartości pieniężnej przedmiotów podlegających przypadkowi na mieniu podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej (art. 131 § 3 k.k.s.)²⁵.

Orzeczenie o zabezpieczeniu majątkowym przybiera formę postanowienia wydawanego w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora, a w postępowaw-

Powyższe postanowienia nie będą jednak w żaden sposób naruszać prawa państwa do stosowania takich ustaw, jakie uzna za konieczne do uregulowania sposobu korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym, lub w celu zabezpieczenia uiszczania podatków bądź innych należności lub kar pieniężnych.

²⁰ Więcej: P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 329.

²¹ P. Kruszyński, *Z problematyki zmian przepisów k.p.k. w zakresie zabezpieczenia majątkowego*, „Palestra” 1994, nr 9–10, s. 36.

²² R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 255.

²³ W przeciwieństwie do zabezpieczenia stosowanego w postępowaniu cywilnym, które może być udzielone przed wszczęciem postępowania w sprawie (art. 733 k.p.c.), w postępowaniu karnym orzeczenie zabezpieczenia nie może poprzedzać postępowania przygotowawczego.

²⁴ Uchwała SN z dnia 10 maja 1995 roku, IKZP 10/95, OSNKW 1995, z. 7–8, poz. 43.

²⁵ T. Grzegorzczak, *Zabezpieczenie majątkowe w prawie karnym skarbowym*, „Apelacja Gdańska” 2003, nr 1, s. 46–47.

niu jurysdykcyjnym przez sąd²⁶. Dotyczy to zarówno postanowień wydawanych z urzędu na podstawie art. 291 k.p.k., jak i tych wydawanych na wniosek strony²⁷. Odrębnie uregulowano kwestię ustanowienia zabezpieczenia na wniosek zgłoszony wraz z powództwem cywilnym (art. 69 § 2–4 k.p.k.). W takim przypadku zabezpieczenie może być dokonane wyłącznie na wniosek osoby zgłaszającej powództwo adhezyjne.

Nadanie prokuratorowi uprawnienia do wydawania postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym wynika z istoty tej instytucji, której celem jest wyprzedzenie ewentualnych działań oskarżonego, zmierzających do udaremnienia egzekucji, a jej skuteczność zależy od jak najwcześniejszego wykonania. Ze względu jednak na dolegliwość tego środka i ograniczenie praw obywatelskich osoby, co do której obowiązuje zasada domniemania niewinności, w doktrynie pojawiają się poglądy kwestionujące zasadność przekazania kompetencji do wydania postanowienia o zabezpieczeniu organowi podporządkowanemu hierarchicznie, jakim jest prokurator. Postuluje się, aby także w postępowaniu przygotowawczym uprawnienie to przyznać niezawisłemu sądowi²⁸. Dominujący jest jednak pogląd, że rozwiązanie zaproponowane przez ustawodawcę jest słuszne²⁹. Wydaje się, że przekazanie decyzji o zabezpieczeniu majątkowym wyłącznie do kompetencji sądu nadmiernie wydłużyłoby czas potrzebny do wydania postanowienia, a to z kolei w wielu przypadkach mogłoby zniweczyć całkowicie możliwość dokonania zabezpieczenia.

Postanowienie, poza spełnieniem warunków formalnych określonych w art. 94 § 1 k.p.k., powinno określać zakres i sposób zabezpieczenia (art. 293 § 1 k.p.k.). Jako „zakres zabezpieczenia” określić należy przedmiot zabezpieczenia (np. grzywna, przepadek przedmiotów), wysokość zabezpieczonego roszczenia oraz wskazać rzeczy lub prawa majątkowe, na których zabezpieczenie ma być wykonane. Określenie „sposobu zabezpieczenia” jest wiążące dla organu egzekucyjnego i polega

²⁶ Wydanie postanowienia o zabezpieczeniu może nastąpić zarówno w sądzie I, jak i II instancji. Tak: R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 267.

²⁷ Nie można wykluczyć sytuacji, w których strona, upoważniona na podstawie art. 9 § 2 k.p.k., złoży wniosek o ustanowienie zabezpieczenia majątkowego, w przypadku w którym istnieje możliwość działania z urzędu. Nie zmienia to jednak faktu, że takie postanowienie będzie postanowieniem wydanym z urzędu i jako takie będzie traktowane w związku z przepisami o rozpatrywaniu zażaleń na postanowienia (art. 293 § 2 k.p.k.).

²⁸ P. Kruszyński, *Z problematyki zmian przepisów k.p.k. w zakresie zabezpieczenia majątkowego*, „Palestra” 1994, nr 9–10, s. 36.

²⁹ A. Bulsiewicz, D. Kala, *Zabezpieczenie majątkowe jako środek służący wykonalności przyszelego orzeczenia o przedmiocie procesu*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2003, t. XI, s. 230–231.

Podobnie S. Brudt, *Zabezpieczenie majątkowe w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1972, nr 1, s. 67. Autor stwierdza, że praktyka dowiodła, że „postępowania o zabezpieczenie majątkowe nie może cechować przewlekłość, że szybkość postępowania z zachowaniem i dopuszczeniem nawet pewnych uproszczeń proceduralnych – to główne przymioty, które środek ten czyniłyby realnym i skutecznym”.

na wskazaniu jednego z wymienionych w k.p.c. sposobów wykonania postanowienia (np. zajęcie wynagrodzenia za pracę, zajęcie ruchomości)³⁰. Wyjątkiem jest zabezpieczenie grożącego przepadku, którego sposoby określa bezpośrednio k.p.k. w art. 292 § 2.

Określając wysokość zabezpieczenia orzeczanego na wniosek, organ procesowy nie jest związany wysokością roszczenia wskazaną we wniosku. Może on ustanowić zabezpieczenie w niższym rozmiarze, jeśli wnioskodawca wystarczająco nie uwiarygodni swoich roszczeń. Działając z urzędu, należy przy określaniu wysokości zabezpieczenia, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, uwzględnić wielkość wyrządzonej przestępstwem szkody. Przy ustalaniu górnej granicy roszczeń odszkodowawczych bierze się pod uwagę nie tylko wysokość szkody wynikającej bezpośrednio z popełnienia przestępstwa, ale także ewentualne utracone korzyści³¹.

Środki, których wykonanie ma zapewnić zabezpieczenie majątkowe, zostały *expressis verbis* wymienione w art. 291 § 1 k.p.k.³². Ustawodawca przewidział możliwość zabezpieczenia:

- 1) kary grzywny (art. 33 k.k.),
- 2) roszczenia o naprawienie szkody (art. 69 § 2 i art. 291 § 2 k.p.k.),
oraz następujących środków karnych:
- 3) przepadku (art. 44 § 1 i art. 45 k.k.),
- 4) nawiązki (art. 46 § 2, art. 47 i 47a k.k.),
- 5) świadczenia pieniężnego (art. 49 i 49a k.k.),
- 6) obowiązku naprawienia szkody (art. 46 § 1 k.k.),
a także zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

Zabezpieczenie może nastąpić w razie popełnienia przestępstwa, za które można orzec grzywnę lub wymienione środki karne. Konieczne jest więc istnienie prognozy, że kara grzywny lub środki karne o charakterze majątkowym zostaną wymierzone. Sama możliwość ich wymierzenia nie jest wystarczająca³³.

Formułując art. 291 § 1 k.p.k., ustawodawca posłużył się pewnym skrótem myślowym mówiąc o „popełnieniu przestępstwa”. Oczywiście jest jednak, że chodzi tu o sytuację, w której postawiono zarzut popełnienia przestępstwa, za które grozi taka kara³⁴.

Zabezpieczenie może obejmować tylko jeden środek karny lub np. wyłącznie

³⁰ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 268.

³¹ A. Bulsiewicz, D. Kala, *Zabezpieczenie majątkowe jak środek służący wykonalności...*, s. 236.

³² W sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe zabezpieczyć w trybie k.p.k. można także: ściągnięcie równowartości pieniężnej przedmiotów podlegających przepadkowi oraz uiszczenie uszczupionej lub narażonej na uszczuplenie należności publiczno-prawnej (art. 131 § 1 k.k.s.), a także przepadek osiągniętych korzyści majątkowych (131 § 2 k.k.s.).

³³ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 256.

³⁴ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. I, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2004, s. 1170–1171.

karę grzywny, albo kilka lub wszystkie środki jednocześnie, np. grzywnę i przepadek przedmiotów³⁵.

ZABEZPIECZENIE KARY GRZYWNY jest dopuszczalne niezależnie od podstawy jej orzeczenia (art. 291 mówi o możliwości jej wymierzenia, a nie o zagrożeniu tą karą). Może być to grzywna orzekana samoistnie (art. 33 § 1 k.k.), w przypadku gdy kara ta jest przewidziana w sankcji, ale także, gdy będzie wymierzona w związku z modyfikacjami wynikającymi z części ogólnej k.k. np. na skutek zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 6 pkt 2 i 3 k.k.)³⁶. Istnieje też możliwość zabezpieczenia kary grzywny orzekanej obok kary pozbawienia wolności (art. 33 § 2 k.k.) lub w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności (art. 71 § 1 k.k.), albo gdy dopuszczalne jest wymierzenie kary grzywny zamiast kary pozbawienia wolności (art. 58 § 3 k.k.).

ZABEZPIECZENIE ROSZCZEŃ MAJĄTKOWYCH może być orzeczone zarówno na wniosek strony³⁷, jak i z urzędu (art. 291 § 2 k.p.k.). Zabezpieczenie z urzędu następuje niezależnie od tego, czy w sprawie zgłoszono powództwo cywilne, jednak dotyczyć może tylko spraw o przestępstwa przeciwko mieniu lub przestępstwa, w wyniku których wyrządzono szkodę w mieniu.

Jeżeli zabezpieczenie następuje na wniosek podstawą orzeczenia jest uwiarygodnienie roszczenia oraz uprawdopodobnienie, że brak zabezpieczenia mógłby pozbawić pokrzywdzonego zaspokojenia (art. 730 § 1 k.p.c.). We wniosku należy określić roszczenie podlegające zabezpieczeniu oraz jego wysokość, przy czym organ orzekający nie jest związany wysokością żądania³⁸.

ZABEZPIECZENIE PRZEPADKU dotyczy przepadku przedmiotów (art. 44 k.k.) i przepadku korzyści majątkowych (art. 45 k.k.). Przepadek przedmiotów uregulowany w art. 44 k.k. obejmuje: przedmioty pochodzące bezpośrednio z przestępstwa (*producta sceleris*); przedmioty, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa (*instrumenta sceleris*); przedmioty, których wytwarzanie, posiadanie, obrót, przesyłanie, przenoszenie lub przewóz objęte jest zakazem ustawowym. Ustawodawca dopuszcza także możliwość przepadku równowartości przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa lub przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, a także udziału należącego do sprawcy we współwłasności przedmiotu podlegającego przepadkowi, albo równowartość tego udziału sprawcy. W żadnym jednak wypadku orzeczenie prze-

³⁵ A. Bulsiewicz, *Zabezpieczenie roszczeń odszkodowawczych i kar majątkowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 1975, s. 28.

³⁶ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 256.

³⁷ W postępowaniu przygotowawczym zabezpieczenie roszczeń majątkowych następuje w trybie art. 69 § 2–4 k.p.k., a po wniesieniu aktu oskarżenia na zasadach określonych w art. 730 i n. k.p.c. w związku z art. 70 k.p.k.

³⁸ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 1174.

padku przedmiotów nie może nastąpić, jeśli dane przedmioty podlegają zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi³⁹.

Zabezpieczenie przepadku przedmiotów może mieć miejsce w razie istnienia pozytywnej prognozy co do jego orzeczenia tytułem środka karnego lub tytułem środka zabezpieczającego (art. 99 § 1 i art. 100 k.k.). Ponieważ jednak ustawa mówi o zabezpieczeniu przepadku, który można orzec za popełnienie przestępstwa (art. 291 § 1 k.p.k.), należy wykluczyć możliwość zabezpieczenia przepadku rzeczy, którego orzeczenie jest przewidywane w związku z przypuszczalnym umorzeniem postępowania⁴⁰. Nie jest możliwe także dokonanie zabezpieczenia przepadku przedmiotów na mieniu nienależącym do sprawcy, lecz do osób trzecich, mimo że art. 44 § 6 k.k. dopuszcza możliwość orzeczenia przepadku przedmiotów niebędących własnością sprawcy⁴¹.

Na tle art. 44 § 4 k.k. powstała rozbieżność poglądów. Zdaniem niektórych autorów⁴² w sytuacji uregulowanej w tym przepisie dokonane wcześniej zabezpieczenie przepadku przedmiotów przekształca się w zabezpieczenie obowiązku uiszczenia kwoty pieniężnej stanowiącej ich równowartość. Jednakże zdaniem większości autorów⁴³ automatyczne przekształcenie jednego przedmiotu zabezpieczenia w drugi jest niedopuszczalne. Dla dokonania takiego przekształcenia konieczna jest zmiana postanowienia o zabezpieczeniu, w sytuacji gdy postanowienie wydane wcześniej staje się bezprzedmiotowe. Stanowisko to należy uznać za słuszne, tym bardziej że niekiedy zmianie przedmiotu zabezpieczenia będzie towarzyszyć konieczność dokonania zmiany sposobu zabezpieczenia⁴⁴.

Zabezpieczeniu podlega także przepadek korzyści majątkowej uzyskanej chociażby pośrednio z popełnienia przestępstwa, albo jej równowartość, przepadek nie może być jednak orzeczony w całości lub części, jeśli korzyść podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innej osobie. Pod pojęciem korzyści majątkowej należy rozumieć nie tylko mienie ruchome i nieruchome, ale także środki płatnicze, dewizy, papiery wartościowe oraz wierzytelności i inne prawa majątkowe⁴⁵. Zgodnie z art.

³⁹ A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego*, Warszawa 2004, s. 210.

⁴⁰ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 1171; R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 256.

⁴¹ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 261.

⁴² P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 1172.

⁴³ A. Bulsiewicz, D. Kala, *op. cit.*, s. 236–237; E. Ziarnik-Kotania, *op. cit.*, s. 64–65.

⁴⁴ Z taką sytuacją będziemy mieć do czynienia w przypadku uregulowanym art. 44 § 3 k.k., kiedy dokonane uprzednio zabezpieczenie przepadku przedmiotów służących lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa (art. 44 § 2 k.k.) okaże się bezprzedmiotowe w efekcie uznania w toku dalszego postępowania, że orzeczenie ich przepadku byłoby niewspółmierne do wagi popełnionego czynu. Wówczas sąd ma możliwość orzeczenia nawiązki, a postanowienie o zabezpieczeniu podlegać będzie zmianie z uwagi na zmianę przedmiotu zabezpieczenia, a także sposobu jego wykonania, bowiem zabezpieczenie przepadku przedmiotów następuje na podstawie przepisów k.p.k., natomiast nawiązka podlega zabezpieczeniu w trybie przepisów k.p.c. (Tak: E. Ziarnik-Kotania, *op. cit.*, s. 64–65).

⁴⁵ A. Marek, *op. cit.*, s. 214–215.

115 § 4 k.k. zawierającym objaśnienia wyrażeń ustawowych, korzyścią majątkową jest zarówno korzyść dla siebie, jak i dla kogoś innego. Natomiast przez korzyść majątkową pochodzącą z popełnienia przestępstwa należy rozumieć wartość majątkową, która:

- 1) uzyskana została przez popełnienie czynu karalnego,
- 2) otrzymana została za popełnienie czynu karalnego,
- 3) w danej części majątkowej ucieleśnia wartość pierwotnie uzyskaną z przestępstwa lub otrzymaną za popełnienie przestępstwa⁴⁶.

Na zakres dopuszczalnego zabezpieczenia przypadku korzyści majątkowej mają wpływ domniemania ustanowione w art. 45 k.k.⁴⁷. Ustawodawca nowelizując art. 45 § 2 k.k. ustawą z 13 czerwca 2003 roku⁴⁸, w przypadku skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, wprowadza domniemanie, iż mienie objęte we władanie w czasie popełnienia przestępstwa lub po jego popełnieniu, do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku stanowi korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa. Domniemanie przestępnego pochodzenia zostało rozciągnięte także na mienie znajdujące się we władaniu innej osoby fizycznej, prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, jeżeli okoliczności sprawy wskazują na duże prawdopodobieństwo, że sprawca przeniósł fizycznie lub pod jakimkolwiek tytułem prawnym mienie stanowiące korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa na tę osobę lub jednostkę.

Zarówno oskarżony jak i osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna, o których mowa w art. 45 § 3 k.k., mogą obalić to domniemanie, przedstawiając na każdym etapie postępowania wiarygodny dowód uzyskania zgodnie z prawem mienia zagrożonego przypadkiem. Dowód taki może przedstawić także inna osoba zainteresowana, która ma tytuł prawny do zagrożonych przypadkiem rzeczy i praw majątkowych. Jednakże, jeśli osoba lub jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 45 § 3 k.k., powołuje się na odpłatne nabycie, powinna wskazać źródła nabycia i udowodnić pochodzenie potrzebnych do nabycia środków⁴⁹.

Domniemanie ustanowione w art. 45 § 2 i 3 k.k. stosuje się także przy dokonywaniu zajęcia mienia stosownie do art. 292 § 2 k.p.k., przy zabezpieczeniu grożącego przypadku korzyści oraz przy egzekucji tego środka (art. 45 § 4 k.k.).

W przypadku ZABEZPIECZENIA MAJĄTKOWEGO ORZECZONEGO W CELU WYKONANIA NAWIĄZKI należy uwzględnić jej maksymalny wymiar określony w art. 48 k.k. Wysokość nawiązki nie może przekraczać dziesięciokrotności najniższego

⁴⁶ J. Wojciechowska, *O prawnokarnej regulacji prania brudnych pieniędzy w ustawodawstwie austriackim*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993, nr 8, s. 68.

⁴⁷ Więcej: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 1172–1173.

⁴⁸ Dz.U. Nr 111, poz. 1061.

⁴⁹ Zgodnie z art. 29b § 2 Kodeksu karnego wykonawczego, wprowadzonym ustawą o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z 13 czerwca 2003 roku, Dz.U. Nr 111, poz. 1061.

miesięcznego wynagrodzenia w czasie orzekania w I instancji. Z tym że nawiązka orzeczona na podstawie art. 47 § 2 k.k. (na cel społeczny związany z ochroną środowiska) musi mieścić się w wysokości od trzykrotnego do dwudziestokrotnego najniższego miesięcznego wynagrodzenia w czasie orzekania w I instancji. Nawiązka orzeczona za przestępstwa w ruchu drogowym (art. 47a k.k.) może wynosić od trzykrotnego do stukrotnego najniższego miesięcznego wynagrodzenia w czasie orzekania w I instancji.

MOŻLIWOŚĆ ZABEZPIECZENIA ŚWIADCZENIA PIENIĘŻNEGO została wprowadzona w drodze nowelizacji z 10 stycznia 2003 roku⁵⁰, która weszła w życie z 1 lipca 2003 roku. Świadczenie pieniężne na cel społeczny może być orzeczone w wypadku odstąpienia od wymierzenia kary, a także w wypadkach przewidzianych w ustawie (art. 49 k.k.). Zabezpieczenie jest dopuszczalne, gdy w sprawie istnieją przesłanki uzasadniające wydanie takiego orzeczenia. Maksymalna wysokość świadczenia nie może przekroczyć trzykrotności (art. 49 k.k.) lub dziesięciokrotności (art. 49a k.k.) najniższego miesięcznego wynagrodzenia w czasie orzekania w I instancji, co należy oczywiście uwzględnić w postanowieniu o zabezpieczeniu majątkowym.

ZABEZPIECZENIE OBOWIĄZKU NAPRAWIENIA SZKODY I ZADOŚĆUCZYNIENIA ZA DOZNANĄ KRZYWDĘ jest dopuszczalne w sytuacji wniesienia oskarżenia o popełnienie przestępstwa, za które można orzec ten środek karny (art. 46 § 1 k.k.). Orzeczenie tego środka następuje na wniosek złożony przez pokrzywdzonego lub inną osobę uprawnioną, a także przez prokuratora (art. 49a k.p.k.), najpóźniej do chwili zakończenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej. Jeżeli wniosek nie zostanie złożony we wskazanym terminie (art. 49a k.p.k.), orzeczenie obowiązku naprawienia szkody i zadośćuczynienia za doznaną krzywdę nie jest dopuszczalne, tym samym nie wchodzi w grę orzeczenie zabezpieczenia tego środka. Podobnie, gdy orzeczony zostanie zabezpieczenie roszczeń pokrzywdzonego w pełnym zakresie, zabezpieczenie obowiązku naprawienia szkody staje się bezprzedmiotowe⁵¹.

Obowiązek naprawienia szkody jest nie tylko środkiem karnym, ale także środkiem probacyjnym orzekanym w związku z warunkowym umorzeniem postępowania (art. 67 § 3 k.k.), warunkowym zawieszeniem wykonania kary (art. 72 § 2 k.k.), czy karą ograniczenia wolności (art. 36 § 2). W doktrynie przyjmuje się, że obowiązek ten, jako środek probacyjny, nie stanowi przedmiotu zabezpieczenia. Wynika to z charakteru tego środka, ponieważ naprawienie szkody ma w tym wypadku do spełnienia funkcje wychowawcze⁵².

Postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym, oprócz zakresu, musi określać także odpowiedni sposób jego wykonania (art. 292 k.p.k.). Brak jego określenia uniemożliwia wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu, bowiem określenie

⁵⁰ Dz.U. Nr 17, poz. 155.

⁵¹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 1173.

⁵² R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 258–259.

sposobu zabezpieczenia jest wiążące dla organu egzekucyjnego. Ustawodawca określa różne sposoby zabezpieczenia. Zabezpieczenie grzywny, roszczeń o naprawienie szkody, obowiązku naprawienia szkody i zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, świadczenia pieniężnego i nawiązki następuje w sposób wskazany w Kodeksie postępowania cywilnego (art. 292 § 1 k.p.k.). Natomiast sposób zabezpieczenia przepadku jest uregulowany w art. 292 § 2 k.p.k.⁵³.

Ustawa nie określa wprost, które przepisy k.p.c. mają zastosowanie, jednakże ze względu na charakter przedmiotu zabezpieczenia należy stosować przepisy o zabezpieczeniu roszczeń pieniężnych (art. 747–754 k.p.c.). Na tej podstawie zabezpieczenie może być dokonane poprzez: 1) zajęcie ruchomości, wynagrodzenia za pracę albo wierzytelności lub innego prawa, 2) obciążenie nieruchomości oskarżonego hipoteką przymusową lub zastawem wpisanym do rejestru okrętowego, 3) zakaz zbywania lub obciążania nieruchomości, która nie ma urządzonej księgi wieczystej, albo której księga wieczysta zaginęła lub uległa zniszczeniu.

Zabezpieczenie możliwe jest tylko na mieniu oskarżonego, w tym także na mieniu, w odniesieniu do którego oskarżonemu przysługuje prawo własności jedynie w określonej części lub łącznie z innymi osobami, np. na mieniu wspólnym małżonków (art. 28 k.k.w.)⁵⁴. Przy czym nie może ono dotyczyć rzeczy lub praw wyłączonych spod egzekucji na mocy art. 750 k.p.c.

Zabezpieczenie majątkowe grożącego przepadku, odrębnie uregulowane w k.p.k., następuje poprzez: 1) zajęcie ruchomości, wierzytelności i innych praw majątkowych, 2) ustanowienie zakazu zbywania i obciążania nieruchomości, 3) ustanowienie zarządu nieruchomości lub przedsiębiorstwa oskarżonego.

Na postanowienie dotyczące zabezpieczenia majątkowego przysługuje zażalenie. Odnosi się to zarówno do postanowień wydanych z urzędu, jak i na wniosek. W przypadku postanowienia wydanego przez sąd zażalenie zawsze rozpatrywane jest przez sąd wyższej instancji. Podobnie w przypadku postanowień co do zabezpieczenia roszczenia, wydanych na wniosek osoby zgłaszającej powództwo cywilne zawsze przysługuje zażalenie do sądu (art. 69 § 3 k.p.k.).

Bardziej skomplikowany jest natomiast podział kompetencji do rozpoznawania zażaleń na postanowienie prokuratora. Na postanowienie wydane na podstawie art. 293 § 1 k.p.k. również przysługuje zażalenie, przy czym ustawodawca różni zażalenie na postanowienie „o zabezpieczeniu”, a więc dotyczące ustanowienia zabezpieczenia⁵⁵, które rozpatrywane jest przez sąd rejonowy, w którego

⁵³ Także w postępowaniu w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe do zabezpieczenia grożącego przepadku osiągniętych korzyści majątkowych lub ściągnięcia równowartości pieniężnej przedmiotów podlegających przepadkowi stosuje się § 2 art. 292 k.p.k.

⁵⁴ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *op. cit.*, s. 1177.

⁵⁵ Uchwała SN z dnia 25 maja 1995 roku, I KZP 11/95, OSNKW 1995, nr 7–8, poz. 44, z krytyczną głośną Z. Dody, OSP 1995, nr 11, poz. 234; oraz uwagi R. A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Sądu Najwyższego*, WPP 1996, nr 3–4, s. 114–116.

okręgu prowadzi się postępowanie, od postanowienia „co do zabezpieczenia”, od którego zażalenie jest rozpatrywane na zasadach ogólnych⁵⁶, tzn. przez prokuratora nadzrędnego (art. 465 § 2 k.p.k.). Ograniczenie kontroli sądowej nad zabezpieczeniem w postępowaniu przygotowawczym tylko do pierwszego postanowienia wydanego przez prokuratora, którego istota wyraża się w ustanowieniu zabezpieczenia, ma na celu zapewnienie szybkości postępowania. Pozostałe postanowienia jedynie modyfikują zakres zabezpieczenia⁵⁷, podlegają więc kontroli w pionie prokuratury.

Zażalenie na postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia może wnieść zarówno pokrzywdzony, jak i oskarżony, jeżeli postanowienie narusza jego prawa lub szkodzi jego interesom, przy czym ten wymóg nie odnosi się do oskarżyciela publicznego (art. 425 § 3 k.p.k.), który zawsze może zgłosić zażalenie na postanowienie wydane przez sąd. Zażalenie przysługuje także osobom trzecim, jeżeli postanowienie narusza ich prawa (art. 302 § 1 i art. 459 § 3 k.p.k.)⁵⁸. Osoby trzecie, których prawa majątkowe zostają naruszone w wyniku wykonania postanowienia, mogą także skorzystać, zgodnie z art. 841 § 1 k.p.c., z możliwości zgłoszenia w drodze powództwa żądania zwolnienia zajętego przedmiotu spod egzekucji (art. 743 k.p.c.)⁵⁹.

Zażalenie na postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego powinno być przekazane do rozpoznania w ciągu 48 godzin (art. 463 § 2 k.p.k.), a jego wniesienie nie wstrzymuje wykonania zaskarżonego postanowienia. Wykonanie postanowienia może być jednak wstrzymane przez sąd, który wydał zaskarżone postanowienie lub sąd powołany do rozpoznania zażalenia (art. 462 § 1 k.p.k.); jest to tzw. względna suspensywność⁶⁰.

Od zażalenia należy odróżnić wnioski o uchylenie lub zmianę postanowienia, którym udzielono zabezpieczenia, przewidziany w art. 742 § 1 k.p.c. Przepis ten ma zastosowanie w sytuacji, gdy odpadnie lub zmieni się przyczyna zabezpieczenia. Dotyczy on jednak wyłącznie zabezpieczenia roszczeń cywilnych⁶¹.

Wydanie postanowienia o zabezpieczeniu jest fakultatywne, uzależnione od uznania sądu lub prokuratora. W literaturze podkreśla się jednak, że organy procesowe obowiązane są dokonać zabezpieczenia, jeśli jego brak uniemożliwiłby realizację kar czy środków karnych o charakterze majątkowym oraz roszczenia o naprawienie szkody, a także, gdy przemawia za tym interes społeczny⁶².

⁵⁶ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 296.

⁵⁷ A. Jaskuła, *Zaskarżanie postanowień w przedmiocie zabezpieczenia majątkowego w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 6, s. 50–51.

⁵⁸ A. Jaskuła, *op. cit.*, s. 53.

⁵⁹ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 269.

⁶⁰ A. Jaskuła, *op. cit.*, s. 54.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 267–268 (oraz cytowani tam autorzy); P. Hofmański, E. Sadzik, K. Gryzek, *op. cit.*, s. 1170.

Zgodnie z art. 25 § 2 k.k.w. wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym następuje na podstawie przepisów k.p.c. Artykuł ten jednak nie wymienia *expressis verbis* środków karnych będących przedmiotem zabezpieczenia majątkowego, a jedynie wspomina o zabezpieczeniu roszczeń cywilnych oraz kary grzywny, co może rodzić pewne wątpliwości. Uwzględniając jednak brzmienie art. 292 § 1 k.p.k. odsyłającego do przepisów kodeksu postępowania cywilnego, należy uznać, że wykonanie postanowień o zabezpieczeniu majątkowym pozostaje w kompetencji sądowych organów egzekucyjnych⁶³.

Podstawą wykonania przez sądowe organy egzekucyjne postanowienia o zabezpieczeniu jest tytuł wykonawczy wydany przeciwko oskarżonemu (dłużnikowi). Tytułem tym jest postanowienie o zabezpieczeniu zaopatrzone w klauzulę wykonalności (art. 776 i 743 k.p.c.) wydawaną przez sąd. W przypadku postanowień wydanych w fazie jurysdykcyjnej klauzula nadawana jest z urzędu, jednoosobowo, przez sąd, który wydał orzeczenie o zabezpieczeniu (art. 107 § 1 k.p.k. w związku z art. 781 k.p.c.), w stosunku do postanowień wydanych przez prokuratora zobowiązanym do wydania klauzuli wykonalności jest sąd rejonowy właściwości ogólnej dłużnika (art. 781 § 1 i 2 oraz 782 k.p.c.)⁶⁴.

Jeżeli nie zostaną prawomocnie orzeczone: grzywna, przepadek, nawiązka, świadczenie pieniężne lub nie zostanie nałożony obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, zabezpieczenie upada z chwilą uprawomocnienia się wyroku, w którym nie orzeczono wymienionych kar ani środków karnych (art. 294 § 1 k.p.k.)⁶⁵. Nieco inaczej prezentuje się sytuacja, kiedy nie zostaną zasądzone roszczenia o naprawienie szkody, ponieważ niezasądzenie ich w postępowaniu karnym nie zamyka drogi do ich dochodzenia w procesie cywilnym⁶⁶. Zarówno w przypadku nieorzeczenia o zasądzeniu odszkodowania z urzędu (art. 415 § 4), jak i wtedy, gdy odmówiono przyjęcia powództwa cywilnego (art. 65 § 1) lub pozostawiono powództwo cywilne bez rozpoznania (art. 65 § 3, art. 415 § 2 i 3) zabezpieczenie roszczeń cywilnych pozostaje w mocy przez okres trzech miesięcy. Upadek zabezpieczenia nastąpi dopiero po upływie trzech miesięcy, jeśli w tym terminie nie zostanie wytoczone powództwo o te roszczenia.

⁶³ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 270; Z. Merchel, *Wykonanie postanowień o zabezpieczeniu wydanych w postępowaniu karnym*, „Problemy Egzekucji” 1999, nr 1/37, s. 84.

⁶⁴ Z. Merchel, *op. cit.*, s. 86–87.

⁶⁵ W postępowaniu w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe, zabezpieczenie majątkowe, uregulowane w art. 131 k.k.s. upada, jeżeli nie zostanie prawomocnie orzeczony przepadek osiągniętych korzyści majątkowych lub ściągnięcie równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów. Zgodnie z art. 132 k.k.s. zabezpieczenie należności publicznoprawnych uszczuplonych lub narażonych na uszczuplenie upada, jeżeli w ciągu sześciu miesięcy od daty uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie nie zostanie wszczęta egzekucja dla ściągnięcia tych należności.

⁶⁶ A. Bulsiewicz, D. Kala, *op. cit.*, s. 240.

Jeżeli natomiast dojdzie do wytoczenia powództwa (art. 294 § 2), sąd cywilny staje się dysponentem tego zabezpieczenia⁶⁷.

Szczególna regulacja dotycząca upadku zabezpieczenia jest przewidziana w art. 69 § 4 k.p.k. na wypadek umorzenia lub zawieszenia postępowania przygotowawczego. Wówczas pokrzywdzony w terminie zawitym 30 dni może żądać przekazania powództwa sądowi cywilnemu. Jeśli w wyznaczonym terminie pokrzywdzony nie zgłosi takiego żądania, zabezpieczenie upada, a wniesiony w postępowaniu przygotowawczym pozew nie wywołuje skutków prawnych⁶⁸.

Upadek zabezpieczenia wymieniony w art. 294 § 1 i 69 § 4 k.p.k. następuje z mocy prawa, bez potrzeby wydawania postanowienia o uchyleniu tego środka. Na organie procesowym spoczywa jednak obowiązek zawiadomienia organu egzekucyjnego o utracie mocy obowiązującej postanowienia o zabezpieczeniu, czego konsekwencją jest umorzenie postępowania wykonawczego (art. 825 k.p.c.) i przywrócenie stanu poprzedzającego podjęte czynności wykonawcze, np. zwrot zajętych ruchomości czy wykreślenie wpisu w księdze wieczystej⁶⁹. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego sąd: „powinien zawiadomić organ wykonujący postanowienie o zabezpieczeniu o tym, że utraciło ono moc, jak również o wszelkich znanych sobie okolicznościach mogących mieć wpływ na dalsze czynności tego organu. Nie jest natomiast obowiązkiem sądu nakazywanie temu organowi jakichkolwiek czynności, które obowiązany jest podjąć”⁷⁰.

Zabezpieczenie majątkowe, chociaż coraz częściej stosowane przez sądy i prokuratorów, nadal wydaje się być instrumentem niedocenianym. Tymczasem zapewnienie wykonalności wyroków w części dotyczącej roszczeń o naprawienie szkody, kar majątkowych i środków karnych stanowi niezwykle istotny aspekt działalności wymiaru sprawiedliwości i niewątpliwie ma decydujący wpływ na społeczną ocenę jego funkcjonowania. Nic chyba tak bardzo nie podważa zaufania społecznego do całego systemu sądownictwa, jak otrzymanie przez pokrzywdzonych wyroków „na papierze”, które w zakresie roszczeń o naprawienie szkody, a więc w części najistotniejszej dla pokrzywdzonych, nie mają szans na wykonanie, na skutek działalności oskarżonych, którzy przewidując niekorzystny dla siebie wyrok, ukrywają mienie, które mogłoby posłużyć wykonaniu wyroku. Ustawodawca, mając to na względzie, od lat dziewięćdziesiątych systematycznie rozszerza zakres zastosowania zabezpieczenia majątkowego, wychodząc naprzeciw potrzebom wymiaru sprawiedliwości oraz oczekiwaniom społecznym. Należy mieć nadzieję, że rozwiązania te zostaną w pełni wykorzystane w praktyce.

⁶⁷ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 1187.

⁶⁸ A. Bulsiewicz, D. Kala, *op. cit.*, s. 240.

⁶⁹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 1188.

⁷⁰ Postanowienie SN z 9 września 1972 roku, I KZ 104/72, Biul. SN 1972, nr 10, poz. 115.

POLEMIKA

Romuald Kmieciak

O POCZYTALNOŚCI OSKARŻONEGO „W CZASIE POSTĘPOWANIA” – POLEMICZNIE

I. W artykule pt. „Wybrane kontrowersje wokół obrony obligatoryjnej”, którego część pierwsza ukazała się w „Palestrze” nr 1–2 z 2007 r. (s. 60–75), sędzieja Andrzej Ziębiński stara się usprawiedliwić sposób sformułowania znowelizowanego w 2003 roku przepisu art. 79 § 4 k.p.k.¹.

Zastrzeżenia, jakie nasuwa redakcja tego przepisu, są następstwem wprowadzenia do ustawowej terminologii prawnoprocesowej „poczytalności oskarżonego (...) w czasie postępowania”, który to zwrot – zdaniem Autora artykułu – może być zamiennie używany względem takiego sformułowania (por. art. 202 § 4 k.p.k.) jak „stan zdrowia psychicznego oskarżonego w czasie postępowania (oceniany pod kątem zdolności do brania w nim udziału)”².

Nie byłoby kontrowersji, gdyby oba sformułowania ustawowe były znaczeniowo tożsame, a tak chyba nie jest. Ponadto posługiwanie się jednym pojęciem „poczytalności” w odniesieniu do „stanów psychicznych” relewantnych zarówno z punktu widzenia prawa karnego materialnego (*tempore criminis*), jak i procesowego („w czasie postępowania”) prowadziłoby do sytuacji, w których mimo identycznego stanu psychicznego oskarżonego zarówno w chwili popełnienia przestępstwa jak i „w czasie postępowania” mógłby on być potraktowany równocześnie jako „poczytalny” i „niepoczytalny” lub „nie w pełni poczytalny” (w tym drugim znaczeniu), gdyby mimo zdolności *tempore criminis* po rozpoznaniu znaczenia czynu i kierowania swym postępowaniem – okazał się „psychicznie niezdolny” do udziału w postępowaniu. Takie określenia, jak „zdolność psychiczna” oskarżonego lub „zdolność do udziału w postępowaniu” albo „zdolność do rozumnej obrony”, nawią-

¹ A. Ziębiński, *Wybrane kontrowersje wokół obrony obligatoryjnej* (cz. I.), „Palestra” 2007, nr 1–2, s. 60 i n.

² *Ibidem*, s. 65, przypis 18.

zujące do unormowania z art. 202 § 4 k.p.k. pozwalają uniknąć dwuznaczności i nieporozumień semantycznych. Brak wątpliwości właśnie co do tego rodzaju „zdolności” mógłby – w rozumieniu art. 79 § 4 k.p.k. – powodować ustanie obrony niezbędnej (obligatoryjnej). Tym bardziej że przepis art. 202 § 4 k.p.k. pojęcie „poczytalności” odnosi wyłącznie do „chwili popełnienia czynu”, przeciwstawiając to pojęcie zdolności „do udziału w postępowaniu”; zdolność tę są w stanie ograniczać (zmniejszać) takie „stany psychiczne”, które w toku procesu mogą wystąpić u osób zdrowych psychicznie i niewątpliwie „poczytalnych”, zwłaszcza w rozumieniu prawa karnego materialnego, a także w znaczeniu potocznym. Wpływ „odchyłeń od normy” na możliwości obrony oskarżonego może mieć charakter epizodyczny i przemijający, nie uzasadniając „wątpliwości co do poczytalności” w sensie prawnomaterialnym i potocznym, ale zakłócający na tyle sprawność psychiczną oskarżonego, że obrona formalna powinna być uznana za niezbędną (obligatoryjną).

Zastrzeżenia zgłaszane pod adresem redakcji przepisu art. 79 § 4 k.p.k. zarówno ze strony psychiatrów, jak i tych autorów publikacji prawniczych, którzy takie pojęcia jak poczytalność, niepoczytalność albo poczytalność „w znacznym stopniu ograniczona” (jako rodzaj tzw. „poczytalności zmniejszonej”) skłonni są odnosić do obszaru prawa materialnego, a nie procesowego, znajdują także uzasadnienie w terminologii praktyki psychiatrycznej, nie mówiąc już o samej etymologii i genezie tych pojęć w psychiatrii oraz teorii prawa karnego i ustawodawstwie karnym³.

Aprobowana przez A. Ziębińskiego koncepcja „poczytalności” *sensu largo* obejmująca także poczytalność „w czasie postępowania” nie może opierać się na tej tylko zasadzie, że „ustawodawcy wszystko wolno”. Ustawodawca powinien unikać zarówno homonimów – tych samych wyrazów występujących w jednej ustawie w różnych znaczeniach, jak i synonimów – różnych wyrazów lub sformułowań użytych w celu wyrażenia tej samej treści normatywnej. Z tych więc powodów znowelizowany w 2003 r. przepis art. 79 § 4 k.p.k. – w zestawieniu z art. 202 § 4 k.p.k. – może budzić istotne zastrzeżenia natury legislacyjnej.

Autor „Wybranych kontrowersji (...)” ma oczywiście słuszość, gdy wskazuje, że w przeszłości zarówno w orzecznictwie SN jak i w polskim piśmiennictwie prawniczym wyraz „poczytalność” lub przymiotnik „poczytalny” odnoszono nie tylko do stanów psychiki relewantnych z punktu widzenia prawa karnego materialnego dla rozstrzygnięć merytorycznych w sprawach karnych. „Poczytalność” oceniano również w aspekcie tych „odchyłeń od normy psychicznej” występujących u uczestników postępowania karnego, które mogły mieć znaczenie czysto procesowe, jako

³ Zob. zwłaszcza opublikowany w tym samym numerze „Palestry” artykuł W. Koziulewicz, *Pojęcie niepoczytalności w doktrynie prawa karnego i orzecznictwie SN*, s. 76 i n. Już w okresie międzywojennym imponujący zestaw publikacji drukowanych w języku francuskim i niemieckim na przełomie XIX i XX stulecia na temat „poczytalności” zamieścił pod hasłem „Poczytalność” A. Berger (w.): *Encyklopedia podręczna prawa karnego (...)*, red. W. Makowski, t. III, Warszawa, b.d.w., s. 1309.

negatywne warunki prawidłowości samych czynności procesowych⁴, a w odniesieniu do oskarżonego – jako przesłanki obrony obligatoryjnej.

Nawet wówczas jednak, gdy formułowano zdanie, iż może się „zdarzyć, że oskarżony był niepoczytalny w chwili popełnienia przestępstwa, natomiast **poczytalny** (podk. R.K.) jest w chwili procesu”⁵, to użyty w sensie potocznym przymiotnik „poczytalny” w tym kontekście oznaczał jedynie zdolność oskarżonego do działań procesowych wykonywanych osobiście w warunkach zapewniających „możliwość rozumnej obrony”⁶, nie zaś jako zdolność do „odpowiedzialności karnej” lub jakiegokolwiek innej.

Niezależnie od przytoczonych zastrzeżeń i kontrowersji semantycznych rozciąganie pojęcia „poczytalności” lub jej braku, a więc „niepoczytalności” lub „poczytalności zmniejszonej” na sferę stanów psychicznych wpływających wyłącznie na utrzymanie lub ustanie obrony formalnej o charakterze obligatoryjnym (art. 79 § 4 k.p.k.) wprowadza element całkiem zbędnej stygmatyzacji oskarżonego. Trudno chyba zaprzeczyć, że konieczność poddania się ocenie, której przedmiotem staje się poczytalność lub niepoczytalność, nie stwarza uczestnikowi procesu sytuacji komfortowej. Jeżeli ustalenia faktyczne dotyczące poczytalności, niepoczytalności lub poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej mogą mieć znaczenie dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy karnej, wówczas mimo że stanowią swoiste *malum necessarium* procesu karnego nie sposób ich uniknąć w toku postępowania. Stosowanie prawa materialnego wymaga przecież – w celu dokonania prawidłowych ustaleń – użycia nawet w stosunku do oskarżonego środków przymusu, m.in. wielotygodniowej obserwacji psychiatrycznej.

Natomiast ustalenie „poczytalności” lub uprawdopodobnienie jej braku w celu rozstrzygnięcia kwestii o charakterze czysto procesowym, takich jak kwestia zawieszenia postępowania lub kwestia cofnięcia wyznaczenia obrońcy wobec ustania obrony obligatoryjnej (art. 79 § 4) – wydaje się niestosowne i niepotrzebnie stygmatyzujące zwłaszcza tych oskarżonych, którzy – w świetle opinii biegłych – są w pełni poczytalni (zarówno w sensie potocznym, jak i w rozumieniu prawa karnego materialnego). Wobec takich osób formuła przewidziana w art. 202 § 4 k.p.k. w sposób całkowicie wystarczający spełnia swą funkcję gwarancyjną – z punktu widzenia obrony niezbędnej – wymagając jedynie od biegłych wydania opinii co do „zdolności oskarżonego do udziału w postępowaniu” i braku wątpliwości co do tej zdolności „w czasie postępowania”. Taka opinia nie wymagałaby od biegłych dodatkowego wypowiedzania się na temat istnienia lub braku wątpliwości co do

⁴ Zob. M. Cieślak (w:) M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1968, s. 65 i n.

⁵ *Ibidem*, s. 66. Brak precyzji w tym sformułowaniu polega również na tym, że niepoczytalny nie popełnia przecież przestępstwa.

⁶ S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym – zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 285, 293.

poczytalności „w czasie postępowania”, skoro nie budzi wątpliwości poczytalność oskarżonego „w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu” oraz jego zdolność psychiczna do udziału w postępowaniu. Jeżeli natomiast wątpliwości co do poczytalności *tempore criminis* istnieją, wówczas formalna obrona niezbędna (obligatoryjna) nie może przecież ustać, choćby nawet stan psychiczny (albo „poczytalność” według aktualnej redakcji art. 79 § 4 k.p.k.) w czasie postępowania nie budził żadnych wątpliwości.

II. Odrebnym kontrowersyjnym zagadnieniem jest kwestia, czy rzeczywiście ustanie obrony obligatoryjnej – w warunkach określonych w art. 79 § 4 k.p.k. – następuje „z mocy ustawy” (*ex lege*), jeżeli tylko opinia biegłych psychiatrów „stwierdza” brak wątpliwości i to – jak sugeruje A. Ziębiński – niezależnie od oceny wartości dowodowej tej opinii lub powodów uzasadniających powołanie innych biegłych. Tymczasem okolicznością (faktem procesowym) powodującą ustanie obrony obligatoryjnej jest przecież – w świetle art. 79 § 4 k.p.k. – brak wątpliwości co do „poczytalności”, a nie środek dowodowy (opinia biegłych), który tę okoliczność „stwierdza”. Nie należy zatem mylić środka dowodowego z przedmiotem dowodzenia. Cofnięcie „wyznaczenia obrońcy” i tym samym ustanie „obrony z urzędu” stanowi możliwą, choć niekonieczną konsekwencję ustania obrony obligatoryjnej. Jednakże dopóki opinia biegłych stwierdzająca niebudzącą ich zdaniem wątpliwości poczytalność oskarżonego sama nasuwa wątpliwości organu procesowego co do jej wiarygodności lub rzetelności, nie mówiąc o przyczynach wyłączenia biegłych lub „ważnych powodach” uzasadniających powołanie innych biegłych (art. 196 § 1–3 k.p.k.), obrona formalna pozostaje obligatoryjna, a to oznacza, że organ procesowy nie może wówczas „cofnąć wyznaczenia obrońcy”.

Zdaniem A. Ziębińskiego w takich wypadkach „trwa (...) nadal nieobligatoryjna obrona z urzędu”⁷, a decyduje o tym jakoby „stwierdzenie” biegłych, a nie okoliczność, która ma być przez nich stwierdzona.

Czy to znaczy, że z uwagi na rzekomą „nieobligatoryjność” obrony z urzędu sąd lub prezes sądu może wówczas „cofnąć wyznaczenie obrońcy”, mimo że ma poważne wątpliwości co do wiarygodności samej opinii biegłych?; jeśli bowiem nie może wówczas cofnąć wyznaczenia obrońcy, to właśnie dlatego, że obrona pozostaje jednak obligatoryjna. Jedyne wyjątki „fakultatywności obrony z urzędu” – poza oczywiście sytuacją przewidzianą w art. 78 § 1 k.p.k. – zachodzi wówczas, gdy sąd lub prezes sądu stwierdza na podstawie nienasuujących zastrzeżeń opinii biegłych, że obrona obligatoryjna ustała, a mimo to nie cofa „wyznaczenia obrońcy”, choć mógłby to uczynić. Przepis art. 79 § 4 k.p.k. *in fine* nie nakłada bowiem obowiązku cofnięcia „wyznaczenia obrońcy”, mimo przekonania organu procesowego, że nie ma już ustawowo przewidzianych podstaw uzasadniających obro-

⁷ A. Ziębiński, *op. cit.*, s. 74.

nę formalną o charakterze obligatoryjnym. I jest to unormowanie zasługujące na aprobatę, ponieważ „cofnięcie wyznaczenia obrońcy”, jeżeli został on wcześniej wyznaczony właśnie z powodu „uzasadnionej wątpliwości” co do poczytalności oskarżonego, nie może stać się w praktyce regułą; kwestia poczytalności *tempore criminis* należy do „istoty sprawy” i dlatego „cofnięcie wyznaczenia obrońcy” w toku postępowania (np. w toku przewodu sądowego) nie wiąże prejudycjalnie sądu, gdy sprawa rozpoznawana będzie już merytorycznie w fazie wyrokowania, a do kwestii poczytalności znajdą zastosowanie przepisy art. 110–111 k.p.k. Dal-
szy „fakultatywny” udział obrońcy z urzędu może niekiedy okazać się w pełni uzasadniony, mimo wcześniejszego rozstrzygnięcia kwestii czysto procesowej, a mianowicie co do ustania formalnej obrony obligatoryjnej.

ADWOKATURA DZIŚ I JUTRO

Piotr Sendeki

O niezależność zawodów prawniczych¹

Nagłaśniana obecnie przez media problematyka unifikacji zawodów prawniczych – adwokata i radcy prawnego – jest przykładem typowego tematu zastępczego. Jako taki, ów temat zastępczy zmierza do ukrycia, a przynajmniej odsunięcia na plan dalszy innego zagadnienia, o wadze zdecydowanie większej i ważniejszej. Zagadnieniem tym, o które tak naprawdę należy walczyć, mając na uwadze konstytucyjnie gwarantowaną pozycję zawodów zaufania publicznego, jest utrzymanie niezależności i integralności zawodów prawniczych, działających w oparciu o autentyczny i demokratyczny z pochodzenia samorząd. Jego jądrem jest z pewnością postępowanie dyscyplinarne, bowiem bez niego samorząd pozbawiony jest możliwości wpływania na standardy wykonywania danego zawodu, kształtowania poprzez możliwość prowadzenia postępowania dyscyplinarnego postaw członków danego środowiska zawodowego. Potrzebą zasadniczą, wobec rozpoczętych już działań inicjowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, a zmierzających do odebrania samorządom zawodowym (adwokackiemu, radcowskiemu, a także innym samorządom zawodów zaufania publicznego) postępowania dyscyplinarnego, jest zatem zjednoczenie sił dla walki o utrzymanie postępowań dyscyplinarnych, a nie kierowanie dyskusji na zagadnienie unifikacji zawodów prawniczych, co w sposób nieunikniony doprowadzi do wyniszczających sporów, oddalając z pola widzenia to, co naprawdę ważne dla środowisk prawniczych. Mówiąc o walce o utrzymanie postępowań dyscyplinarnych, nie mam przy tym na myśli bezrefleksyjnego trwania w obecnym kształcie tego postępowania. Przeciwnie, należy mieć na względzie konieczność zmian w kierunku jego usprawnienia, zapewnienia dostosowania do

¹ Wersja skrócona pt. „Unifikacja zawodów prawniczych umożliwiłaby wzmocnienie kontroli państwa nad samorządami” ukazała się w „Rzeczpospolitej” z 24 maja 2007 r. nr 120/2007.

wymogów współczesnych potrzeb, w tym także z uwzględnieniem publicznoprawnego charakteru tych postępowań.

W unifikacji samorządów zawodów prawniczych, inspirowanej przez ośrodki decyzyjne w państwie, należy się dopatrywać środka umożliwiającego wzmocnienie kontroli państwa nad samorządami. Takie podejście jest w istocie przejawem realizacji założeń wyrastających z idei etatyzacji i centralizacji wszelkich form publicznej aktywności obywatelskiej. Poprzez skupienie w jednej organizacji aktywności samorządowej prawników, zmierza się do uzyskania wpływu na środowisko prawnicze. Tego typu zamierzenia pozostają w oczywistej sprzeczności z ideą samorządności, tak głęboko zakorzenioną w adwokaturze, która zawsze wyrażała aspiracje do niezależności i samodzielności.

W adwokaturze istnieje silna potrzeba działalności środowiskowej, działalności samorządowej. Występuje w niej silna więź koleżeńska, która ma wiele pozytywnych przejawów w postaci postaw prospołecznych, akcji pomocowych, jak np. wspomaganie zapomogami emerytów adwokackich, wdów i sierot po adwokatach i wiele temu podobnych inicjatyw, które wychodzą szeroko poza adwokaturę, wyrażając się w udzielaniu wsparcia potrzebującym. Więż ta wyzwała jednak także zjawiska negatywne, o czym świadczą nagłaśniane w ostatnich latach, choć w rzeczywistości nie tak częste przykłady źle rozumianego solidaryzmu środowiskowego, postaw ochronnych w stosunku do swoich zachowań itp. Przeciwdziałaniu takim zjawiskom winny służyć mechanizmy znajdujące się w samej adwokaturze, jak również instrumenty, którymi dysponowało zawsze i dysponuje obecnie państwo, w postaci uprawnień nadzorczych i dyscyplinujących, przysługujących Ministrowi Sprawiedliwości.

Co znamienne, Minister Sprawiedliwości, pomimo ostrej retoryki „antycorporacyjnej”, w ciągu minionych lat, nie czynił użytku z tych szerokich w istocie uprawnień. Z jednej zatem strony w wystąpieniach publicznych zarzuca się samorządom, że coś czynią źle, że w odpowiednim czasie nie reagują na przejawy patologii, a z drugiej nie korzysta się z przysługujących prerogatyw. Taka sytuacja zdaje się potwierdzać tezę, że **tak naprawdę MS nie chodzi o korzystanie z szerokich uprawnień nadzorczych, umożliwiających skuteczną kontrolę samorządów w wykonywaniu przez nie funkcji publicznoprawnych** (przyjmowanie na aplikacje, egzaminowanie, wpisywanie na listy adwokackie, prowadzenie postępowania dyscyplinarnego), **lecz o scentralizowanie w kierunku etatyzmu tej aktywności ludzkiej, o przejęcie przez państwo funkcji wykonywanych dotąd przez samorządy.**

Jak się ma takie podejście do głoszonego przed wyborami programu taniego państwa, ograniczania kosztów jego funkcjonowania? Oczywiście, takie działania pozostają w sprzeczności z takim programem. Przejmowanie przez państwo kolejnych zadań, dotychczas wykonywanych przez samorządy bezpłatnie, rodzi po stronie państwa ogromne koszty. Wystarczy zauważyć, że zorganizowanie państwowego egzaminu na aplikacje prawnicze kosztuje Skarb Państwa corocznie

wiele milionów złotych, nie licząc czasu i kosztu pracy, skierowanych do przeprowadzania egzaminów setek najwyżej wykwalifikowanych kadr prawniczych – w osobach sędziów sądów apelacyjnych i okręgowych czy prokuratorów, którzy w $\frac{3}{4}$ stanowią skład kilkudziesięciu państwowych komisji egzaminacyjnych. W sytuacji występującej zapaści sądownictwa, braku kadr, wielomiesięcznych zaległości, przewlekłości postępowań sądowych, niezrozumiałe jest kierowanie do takich zadań osób, które powinny zajmować się sądzeniem, a nie organizowaniem egzaminów, sprawdzaniem prac pisemnych, wykonywaniem prac biurowych i sprawozdawczych.

Przypomnieć należy, że do egzaminu w grudniu 2005 r., zorganizowanego po raz ostatni wyłącznie przez samorządy prawnicze, koszty te ponosiły wyłącznie samorządy, a nie podatnicy. Co więcej, ogromnymi kosztami obciążono przystępujących do egzaminu na aplikację. Podkreślić też należy, że aplikacja adwokacka do 2005 r. była aplikacją w zasadzie bezpłatną. Kto dostał się na nią, nie ponosił jej kosztów, a cały proces szkolenia i koszt jego organizacji spoczywał na izbie adwokackiej, a w istocie na wszystkich członkach danej izby adwokackiej, którzy w ten sposób uczestniczyli w szkoleniu, a następnie w dopuszczaniu do wykonywania zawodu swoich przyszłych kolegów, ale i konkurentów. Stąd też m.in. brały się ograniczenia w przyjmowaniu na aplikację adwokacką w postaci obowiązujących do lat 90. limitów przyjęć. Jasne się przy tym wydaje, że przy braku odpłatności za aplikację, organizacji samorządowych nie było stać na przyjmowanie w szerokim zakresie na aplikację.

W tej kwestii od wielu lat inaczej było w samorządzie radców prawnych, który – nieobciążony historyczną samorządową powinnością, charakterystyczną dla adwokatury (bezpłatność aplikacji adwokackiej, rygorystycznie egzekwowany system szkolenia w relacji patron-aplikant, udział doświadczonych adwokatów w szkoleniu, traktujących to jako obowiązek wobec izby adwokackiej, która jego samego wykształciła wcześniej) – już dawno zaczął traktować szkolenie aplikanta jako działalność komercyjną, przynoszącą istotny przychód. Takie komercyjne, jeśli chodzi o szkolenia, podejście w adwokaturze zostało w istocie wymuszone przez, skądinąd słuszne, zniesienie limitów przyjęć i zastąpienie ich zobiektywizowanym kryterium poziomu zdanego egzaminu. Spowodowało to przyrost liczby aplikantów i w związku z tym niemożność prowadzenia działalności kształceniowej bez wsparcia finansowego samych aplikantów.

Jak już zauważono, **dążenie do unifikacji zawodów prawniczych jest dążeniem do centralizacji, do ograniczenia samorządności, która w adwokaturze jest głęboko zakorzeniona.** W tym kontekście należy postrzegać ostre protesty, pochodzące od tzw. małych izb adwokackich, które z oburzeniem przyjmują propozycję zredukowania liczby izb adwokackich z 24 do np. 11 (według okręgów apelacyjnych). Jakkolwiek z pewnością można dostrzec w tego typu pomysłach racjonalną przesłankę, odwołującą się do faktu, że przy liczniejszej kadrowo izbie koszty jej utrzymania rozkładają się na większą liczbę członków, a tym samym

mogłyby dla indywidualnego adwokata być niższe, to jednak doświadczenie niekoniecznie potwierdza tą tezę (*vide* zbliżone co do wysokości składki adwokackie w Izbie Warszawskiej, liczącej ok. 1800 adwokatów i w Izbie Siedleckiej – przy ok. 100 członkach izby). Przede wszystkim jednak takie podejście jest sprzeczne z ideą samorządności, rozumianej nie jako łaskawość czy dobrodziejstwo dane przez państwo, lecz jako realizacja przysługującego jednostce i zbiorowości prawa do samorządności. Dodać też należy, że skoro lokalne środowisko, choćby nie najliczniejsze, chce mieć odrębną izbę adwokacką, to dlaczego je tego pozbawiać. Skoro taka jest potrzeba, to nie należy z nią walczyć, lecz wspierać, a w każdym razie nie przeszkadzać. Trzeba bowiem pamiętać, że wyzwolenie inicjatyw lokalnych czy środowiskowych jest bardzo trudne, a przecież poprzez takie inicjatywy i działania samorządowe buduje się społeczeństwo demokratyczne, poprzez tego typu formy uczestnictwa w życiu kształtuje się postawy i nawyki demokratyczne, uczy się tolerancji i zrozumienia dla innych, wraz z ich odmiennościami. A poza wszystkim, skoro chcącemu nie dzieje się krzywda, to po co uszczęśliwiać rzeszę adwokatów (i radców) wymyślonym, jak się zdaje z zupełnie innych pobudek, pomysłem unifikacji.

Nie można także dać się uwieść potrzebie „zapisania się w historii” jako ten, kto doprowadził do połączenia zawodów prawniczych, a nade wszystko należy zastanowić się, jakiemu celowi i komu miałoby służyć połączenie. Czy rozwijaniu wśród członków izb adwokackich i radcowskich idei samorządności, włączaniu ich w sprawy środowiska, co przy scentralizowaniu, zwiększaniu liczby członków i oddaleniu od centrum oczywiście działałoby w kierunku zaniku więzi, likwidacji *esprit de corps* (już dzisiaj nawet w mniejszych izbach nie wszyscy się znamy i rozpoznajemy), tak ważnego dla tożsamości zawodu i kształtowania postaw i wzorców? Czy – przeciwnie – atomizacji, zrywaniu więzi ze środowiskiem, odrywaniu się od tego środowiska.

Czy zatem pomysły unifikacyjne, zawierające także idee tworzenia wielkich izb (już nie 24 lecz 11, gromadzących nie jak obecnie w adwokaturze od 100 do 1800, a średnio po 300–400 członków, lecz wielkich modułów po 5000–6500 członków) – nie spowoduje owego zaniku więzi, wywołując atomizację poszczególnych adwokatów, oderwanie ich od spraw środowiskowych, od wiedzy o potrzebach członków tego środowiska (wspieranie zapomogami potrzebujących), kontrolowania na bieżąco etycznej strony wykonywania zawodu. Trzeba bowiem wskazać, **czego nie wiedzą krytycy – jak to nazywają – korporacjonizmu, a w istocie krytycy idei samorządności**, niemający pojęcia o tym, jak faktycznie działają organy samorządu adwokackiego, że kontrola etycznej strony wykonywanego zawodu dokonywana jest na co dzień, na bieżąco przez władze samorządowe. Odbywa się to z reguły w sposób niespektakularny, poprzez korzystanie przez dziekana okręgowej rady, jej rzecznika dyscyplinarnego lub innych członków rady (referaty skarg) z uprawnień dyscyplinujących, pozwalających reagować natychmiast na przejawy niezgodnych z zasadami czy wręcz patologicznych zachowań. Takie działania, jak

wzywaniu do stawiennictwa przed dziekanem rady, udzielanie upomnień czy nagan, wskazywanie na niewłaściwe postępowanie wobec klientów, sądów i innych instytucji, a także w stosunku do kolegów i organów samorządu wraz z żądaniem naprawy tego stanu oraz potencjalnym wszczęciem postępowania przez rzecznika dyscyplinarnego – same w sobie stanowią bardzo skuteczne środki dyscyplinujące (które często wystarczają, bez potrzeby włączania całego wachlarza środków postępowania dyscyplinarnego).

Oczywiście tego typu środki możliwe są do stosowania w społeczności zintegrowanej, uznającej za wartość przynależność do grupy oraz akceptującej obowiązujące zasady deontologii. Co więcej, środki takie mają siłę oddziaływania w dających się „ogarnąć” strukturach, gdzie istnieje przepływ informacji oraz poczucie więzi jest silne lub uznawane za coś ważnego. Przy braku takich czynników – a tak stanie się w sytuacji drastycznego powiększenia liczby członków izb oraz zmniejszenia liczby izb, które staną się strukturami o dużym zasięgu terytorialnym, oddalając się od swoich członków – wyżej zarysowany system kontroli przestanie działać.

W tym miejscu zauważyć należy, że w dobrze pojętym interesie państwa jest wspieranie samorządności, kształtowanie poczucia więzi oraz popieranie systemów kontroli wewnętrznej, które powodują, że ingerencja państwa – z reguły rodząca koszty – jest ostatecznością. Uruchamiana jest dopiero w sytuacjach ekstremalnych, gdy wymaga tego społeczna waga zagadnienia, lub gdy samorząd nie radzi sobie, bądź niewłaściwie wykonuje powierzone mu funkcje. Takich zjawisk wykluczyć nie można i temu służą uprawnienia i mechanizmy nadzorcze, jak to ma miejsce w przypadku prerogatyw Ministra Sprawiedliwości w stosunku do samorządów zawodów prawniczych, z których, *nota bene* jak wspomniałem, rzadko czyniony jest użytek.

Jeżeli państwo nie dostrzega możliwości i korzyści, jakie płyną z powierzenia samorządom określonych funkcji publicznoprawnych, przy równoczesnym zagwarantowaniu kontroli państwa, to należy się zastanowić, o co tu naprawdę chodzi. Czy nie o to, by jednostka była przeciwstawiona bezpośrednio państwu, a nie komunikowała się z nim poprzez ciała pośredniczące (jakimi są samorzady), o których pisał A. de Tocqueville jako o szkole demokracji.

Czy zatem tak ochoczo głoszone pomysły unifikacyjne, których efektem byłoby stworzenie oderwanych od społeczności samorządów-molochów, niemających możliwości utrzymania więzi ze swoimi członkami – nie są wyrazem popierania takich centralistycznych poglądów, których realizacja uwarunkowana jest w istocie likwidacją ciał pośredniczących, a w każdym razie obniżeniem ich pozycji. Czy Pan Prezes Klatka, wraz z innymi osobami głoszącymi potrzebę unifikacji zawodów prawniczych, nie dał się włączyć w szeroki program zawłaszczania państwa, czego przejawem jest przejmowanie przez struktury państwowe, zwasalizowane wobec jedynie słusznej opcji, kontroli nad istotną sferą aktywności samorządowej.

Można zrozumieć, że w związku z projektem ustawy o doradcach prawnych, pojawiła się **silna obawa konfuzji natury fonetycznej i semantycznej, związanej**

z bliskością brzmienia słów radca i doradca. Faktycznie, możliwość uchwalenia ustawy o licencjonowanych doradcach prawnych, nazywanych już potocznie felczerami prawnymi, zrodzić może w odbiorze społecznym, skorym do upraszczania i niechętnym do rozróżniania znaczeń, zjawisko utożsamiania radców i doradców prawnych. Taka obawa jest w pełni uzasadniona po stronie kolegów radców, których poziom wykształcenia i doświadczenie, zwłaszcza w sprawach gospodarczych, jest w większości bardzo wysoki, nie mówiąc już o wprowadzonym ponad 20 lat temu – w oparciu o wzory obowiązujące od zawsze w adwokaturze – obowiązku odbycia aplikacji i zdania egzaminu radcowskiego, dopuszczającego do zawodu radcy. Istniejąca poważna obawa nieuprawnionego utożsamiania – wysokokwalifikowanych radców ze skromnymi, jeśli chodzi o wykształcenie doradcami – tłumaczy w pewnym stopniu reakcję emocjonalną. Z pewnością słowo adwokat nie niesie za sobą niebezpieczeństwa takiej konfuzji jak radca i doradca. Ma ponadto charakter szczególnej marki, znaku odróżniającego. Czy jednak z uwagi na opisane powyżej obawy trzeba apelować o unifikację zawodów adwokata i radcy, z równoczesnym nieuniknionym rewolucyjnym burzeniem tradycji samorządowej, wypracowywanej przez adwokaturę od niemal 100 lat.

Nic natomiast nie stoi na przeszkodzie, by zaprosić kolegów radców, także tych kierujących się opisaną obawą, do wstąpienia do adwokatury. Adwokatura jest otwarta dla wszystkich posiadających odpowiednie wykształcenie, zdane egzaminy zawodowe (sędziowskie, radcowskie, notarialne) oraz legitymujących się stosownym doświadczeniem zawodowym i postawą etyczną. Posiada też kształtowaną od początku budowania samorządu (niemal 100 lat) deontologię zawodową, która jednak podlega zmianom, uwzględniającym nowe wyzwania współczesności (także te dotyczące niezbędnych na wolnym rynku usług sposobów informowania o zawodzie, o preferencjach, a także o tych formach przekazu i kontaktu ze światem zewnętrznym, które z niechęcią określane są jako reklama). Taka otwarta adwokatura jest skłonna dzielić się swoją marką, tradycją zawodu, pięknymi kartami zapisanymi w najbardziej dramatycznych okresach historii Polski, jak II wojna światowa (ponad 50% eksterminacja adwokatów, z których większość uczestniczyła w AK, brała udział w Powstaniu Warszawskim), jak obrony polityczne w czasach stalinowskich, stawania zawsze po stronie krzywdzonych i walczących z systemem totalitarnym w okresach zrywów społecznych (październik 1956, grudzień 1970, czerwiec 1976), powstania opozycji, okresach Solidarności, stanu wojennego oraz wreszcie aktywności w odbudowie niepodległości (po I wojnie – stanowiąc trzon sądownictwa) i tworzeniu demokratycznego państwa prawa po 1989 r. (adwokaci ministrowie sprawiedliwości – m.in. A. Bentkowski, W. Chrzanowski, Zb. Dyka, W. Piotrowski).

Adwokatura ma otwarte wrota dostępu i zaprasza koleżanki i kolegów z innych zawodów prawniczych do korzystania z tradycji zawodu i jego marki, statuując wszakże dwa ważne warunki:

Po pierwsze adwokat musi pozostać wolnym, w sensie zachowania niezależ-

ności zawodowej, niepodlegania w trakcie wykonywania zawodu naciskom, poleceniom czy wskazówkom, wynikającym ze stosunku zależności od klienta, kształtowanego przez stosunki umowne inne niż te, jakie wywodzą się ze zlecenia. Po drugie adwokat musi być przejrzysty i nieskażony, jeśli chodzi o relacje z jakimikolwiek służbami specjalnymi, zwłaszcza PRL-owskimi, w celu zapewnienia pełnej wiarygodności, rzetelności, poufności i uczciwości wobec klienta, powierzającego swoje najskrytsze tajemnice. Nie do przyjęcia jest zatem, by adwokatem był ktoś, kto współpracował ze służbami specjalnymi, których cele miały charakter polityczny, godziły w prawa człowieka. Relacja adwokata z klientem oparta na zasadzie zaufania, ukonstytuowana na podstawie bezwzględneho obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej, musi wykluczać jakiekolwiek podejrzenie braku lojalności, o delatorstwie już nie wspominając. Stąd **adwokatura od początku procesu transformacji – jako jedyny zawód prawniczy – domagała się od swych członków poddania się lustracji**. Samorząd adwokatury – również jako jedyny samorząd zawodowy – wystąpił do Sejmu w czasie uchwalania pierwszej ustawy lustracyjnej o objęcie adwokatów obowiązkiem złożenia oświadczenia lustracyjnego. Był to **jedyny przypadek lustracji na własne życzenie**, gdyż posłowie w projekcie ustawy nie przewidzieli wówczas obowiązku lustracyjnego dla adwokatów. Do czasu ostatnio uchwalonej, a wchodzącej obecnie w życie ustawy, przedstawiciele innych wolnych zawodów prawniczych nie byli objęci lustracją. Kwestia ta musi być zatem wzięta pod uwagę, gdy zaprasza się przedstawicieli innych zawodów prawniczych do adwokatury. Obowiązek złożenia oświadczenia lustracyjnego wprowadza aktualnie obowiązująca ustawa lustracyjna po raz pierwszy także dla radców prawnych. Także to zagadnienie implikuje określone konsekwencje, gdy stawia się postulaty połączenia zawodów adwokata i radcy.

Kończąc powyższe rozważania, zwrócić wypada jeszcze uwagę na jedno. Samorzady adwokatów i radców prawnych nie mogą dać się skłócić. Nie mogą także zgodzić się na ograniczenie dyskusji na temat wolności zawodów prawniczych do kwestii unifikacji. Nie wolno dać się wciągnąć w orbitę wygodnej dla rządzących zasady „dziel i rządź”. W ciągu ostatnich lat udowodniliśmy, że w wielu sprawach potrafimy wspólnie działać i występować zgodnie w interesie członków naszych organizacji samorządowych. Czyniliśmy to przy tym w sposób uwzględniający interes publiczny.

Wezwania do tworzenia jednej organizacji samorządowej, jakkolwiek mają wiele racjonalnych argumentów, mogą nas dalej podzielić. Pamiętać bowiem musimy o bardzo zróżnicowanych poglądach na ten temat, wyrażanych przez nasze Koleżanki i naszych Kolegów. Zarówno adwokaci, jak i radcowie prawni nie są jednolitą grupą zawodową. Tak jak zawody te wykonywane są w różny sposób, w różnych miejscach Polski, a także w wielu formach i zakresach, tak samo zróżnicowane są poglądy naszych Kolegów. Żadna z opinii wyrażanych, czy to przez adwokata – zarządzającego kilkudziesięcioosobową spółką adwokacką (adwokacko-radcowską) z Warszawy, czy przez partnera amerykańskiej firmy liczącej 2000 adwokatów, czy

też przez typowego adwokata „sądowego” z dużego, małego czy średniego miasta, członka istniejącego jeszcze zespołu, czy prowadzącego indywidualną kancelarię we Włodawie czy w Pieszku – nie może być zmarginalizowana. Musi być wysłuchana. Wśród wyrażanych opinii jest i taka, że demagogiczne i niczym nieuzasadnione są twierdzenia, że organy państwa będą bardziej się liczyć z jednym samorządem, złożonym z 30 tysięcy członków niż z dwoma, z których jeden liczy 25 tysięcy, a drugi 7 tysięcy członków. Takie tezy poszukujące dla swej wiarygodności argumentu wziętego z arytmetyki grzeszą infantylizmem. Nie ma bowiem żadnego racjonalnego uzasadnienia dla tak sformułowanej tezy. Da się zaś wywieść racjonalizację z założeń przeciwnych, a mianowicie, że istnienie dwóch samorządów, z których jeden jest bardzo liczny, a drugi mniejszy, ale z wiekową niemal tradycją samorządową, utrudnia a nie ułatwia władzom państwowym prowadzenie z nimi rozmów oraz przeforsowanie pomysłów centralizacyjnych i etatystycznych. To właśnie pluralizm – także samorządowy – utrudnia władzy niechętej całom pośredniczącym, a skłonnej do zawłaszczania państwa, likwidowanie sfer niezależnych i wolnych od ingerencji państwa.

Są poglądy, że zwolennicy centralizacji i etatyzmu oczekują, że samorzady własnymi rękami na zjazdach, które mają się odbyć w listopadzie 2007 r., dokonają na własne życzenie zlikwidowania swoich samorządów i wystąpią o utworzenie zunifikowanej adwokatury. Inni wyrażają stanowisko, że władza nie oglądając się na gwarantowane przez Konstytucję usytuowanie zawodów zaufania publicznego, nie zważając na prawo do zrzeszania się – regulowane przez tę ustawę zasadniczą, przez międzynarodowe konwencje i prawo wspólnotowe, dokona odgórnych zmian, wprowadzających jeden samorząd. Oczekiwania i jednych, i drugich spotykają się na zjazdach dwóch samorządów – adwokackiego i radcowskiego, które pod presją dalszych ograniczeń samorządności, zaakceptować by miały dokonane rozbiory samorządów. Czy zjazdy te pretendują do odegrania roli sejmów gromadzkich?

Andrzej Zwara

Inicjatywa połączenia zawodów niecelowa

22 kwietnia br. Krajowa Rada Radców Prawnych podjęła uchwałę o zaproszeniu adwokatów do rozmów na temat obu samorządów oraz wspólnego przygotowania projektu ustawy o połączeniu. Według Krajowej Rady Radców Prawnych integracja radców prawnych z adwokaturą prowadziłaby do uporządkowania sytuacji na rynku usług prawniczych, na którym wkrótce pojawić ma się nowy zawód – licencjonowany doradca prawny z uprawnieniami podobnymi do radcowskich i adwokackich.

Odnosząc się do inicjatywy radców prawnych stwierdzić należy, że mając na uwadze aktualnie obowiązujące przepisy prawa, jest ona co najmniej przedwczesna, a przede wszystkim niecelowa.

Zgodnie z przepisem art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku istnieje możliwość tworzenia w drodze ustawy samorządów reprezentujących osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Nie ulega wątpliwości, że w świetle zacytowanego przepisu adwokat to zawód zaufania publicznego. Wymienione pojęcie nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane, jednak zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jest to „zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i organizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi” (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 maja 2005 roku, SK 20/00). Cechą immanentną osób wykonujących zawód, o którym stanowi przepis art. 17 ust. 1 Konstytucji RP, jest przede wszystkim niezależność, która to stanowi jedną z gwarancji dbałości o usprawiedliwiony interes świadczenio-

biorców (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 kwietnia 2006 roku, sygn. K 6/06).

Zasadniczym zadaniem samorządu skupiającego przedstawicieli zawodu zaufania publicznego jest sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem tego zawodu. Sprawowanie pieczy nad wykonywaniem zawodu zdaniem Trybunału Konstytucyjnego powinno zaś polegać na nadzorowaniu osób wykonujących zawód zaufania publicznego przez samorządowe organy odpowiedzialności. Nadzór ten przybiera różne formy, jednak zarówno w przypadku samorządu adwokatów, jak i radców prawnych koncentruje się w szczególności na zapewnieniu funkcjonowania poszczególnych członków w sposób zgodny z przepisami prawa oraz zasadami etyki zawodowej.

Zgodnie z przepisem art. 4b ust. 1 pkt 1 ustawy z 26 maja 1982 roku – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058 ze zm.), zwanej dalej ustawą, adwokat nie może wykonywać zawodu, jeżeli pozostaje w stosunku pracy. Przepis § 7 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeksu Etyki Adwokackiej) uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10 października 1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98) ze zmianami wprowadzonymi uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 32/2005 z 19 listopada 2005 r. oraz nr 50/2006 z 25 listopada 2006 r. zwanego dalej Zasadami etyki adwokackiej stanowi natomiast, że w czasie wykonywania czynności zawodowych adwokat korzysta z pełnej swobody i niezawisłości. Wykładnia przytoczonego przepisu, a ściślej pojęcia pełnej swobody i niezawisłości, powinna być dokonywana w oparciu o § 9 Zasad etyki adwokackiej, który zawiera katalog zajęć, których wykonywanie adwokatowi jest zakazane. Należą do nich zajęcia uwłaczające godności zawodu, ograniczające niezawisłość adwokata, a także polegające w szczególności na zajmowaniu w cudzym przedsiębiorstwie stanowiska zarządcy, sprawowaniu funkcji członka zarządu, prokurenta w spółkach prawa handlowego (nie dotyczy to spółek zajmujących się świadczeniem pomocy prawnej); podejmowanie się zawodowo pośrednictwa przy transakcjach handlowych.

W świetle przepisu art. 8 ust. 1 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 ze zm.), zwanej dalej ustawą o radcach prawnych, radca prawny może wykonywać zawód w szczególności w ramach stosunku pracy. Co prawda zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego radca prawny, który pozostaje w stosunku pracy, nie może świadczyć pomocy prawnej na rzecz osób fizycznych (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 23 października 2002 r., II CZ 100/2002), jednak tego rodzaju ograniczenie nie ma zastosowania do osób prawnych, którym udziela on pomocy prawnej, będąc jednocześnie pracownikiem innej osoby. Jeśli idzie zaś o wewnętrzzsamorządowe uregulowania dotyczące kwestii niezależności osób wykonujących zawód radcy prawnego, to wskazać należy przepis art. 11 Zasad Etyki Radcy Prawnego, które zobowiązują radcę prawnego do chronienia swej niezależności, kierowania się prawem. Przy wykonywaniu zawodu radca prawny obowiązany jest zawsze kierować się prawem; żadne okoliczności pozaprawne, niemające bezpośredniego związku z obiektywnie ocenionym stanem faktycznym

sprawy, albo wyrażone przez kogokolwiek polecenia czy wskazówki, nie zwalniają radcy prawnego z obowiązku rzetelnego i uczciwego wykonywania czynności zawodowych. Przepis art. 12 Zasad Etyki Radcy Prawnego stanowi zaś, że radca prawny nie może angażować się w żadne zajęcia ani działalność, albo podejmować czynności, a także przyjmować korzyści, które mogłyby ograniczyć jego niezależność.

Przepisy zawarte w aktach prawnych dotyczących adwokatów i radców prawnych stanowiące swego rodzaju dyrektywę wykładni pojęcia niezależności osób wykonujących zawody zaufania publicznego znacznie się od siebie różnią. Zasadniczą odmiennością jest przede wszystkim odnoszący się wyłącznie do członków palestry całkowity zakaz pozostawania w stosunku pracy i wyraźne ustawowe umożliwienie radcom pozostawania w takiej sytuacji prawnej. Należy również zwrócić uwagę na ustanowienie przez Naczelną Radę Adwokacką szczegółowego katalogu okoliczności stanowiących znamiona czynności naruszających zasadę niezależności adwokatów, a także uprawnienie do uznaniowego orzekania w konkretnych przypadkach o okolicznościach pozostających z wymienioną zasadą w sprzeczności. Obiektywnie rzecz ujmując wydaje się, że bliższe zapewnieniu realnej niezależności są wymienione wyżej zasady dotyczące adwokatów.

Mając na względzie oczywistą rozbieżność rozwiązań prawnych mających zapewnić niezależność w wykonywaniu odpowiednio zawodu adwokata i radcy prawnego, należy wskazać, że połączenie tych zawodów wymagałoby przede wszystkim ujednoczenia powyższych podstawowych zasad świadczenia pomocy prawnej. Dyskusja na ten temat powinna zaś zostać zapoczątkowana pytaniem, czy radcy prawni są w stanie dostosować zasady wykonywania zawodu do zasad obowiązujących adwokatów.

Kolejną okolicznością, która w sposób ewidentny utrudnia połączenie obu zawodów, jest odmienna organizacja samorządu adwokatów i radców prawnych. Adwokatura jest zorganizowana w formie 24 izb adwokackich, radcowie prawni są zrzeszeni w 19 izbach. Integracja wymienionych samorządów z pewnością narzącałaby również wielu kłopotów o charakterze czysto organizacyjnym, technicznym, które w praktyce mogłyby uniemożliwić prawidłowe funkcjonowanie osobom wykonującym nowo powstały zawód.

Ostatnią z okoliczności posiadających decydujące znaczenie przy rozważaniu kwestii zasadności inicjatywy połączenia zawodu adwokata i radcy prawnego jest istnienie prawnej możliwości migracji pomiędzy samorządami. Wskazać bowiem trzeba, że zarówno przepisy ustawy o adwokaturze, jak i przepisy ustawy o radcach prawnych nie przewidują jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie. Przepis art. 66 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że z wymogu odbycia aplikacji adwokackiej i złożenia egzaminu adwokackiego zwolnione są osoby, które zdały egzamin radcowski. Analogiczny zapis dotyczący osób, które zdały egzamin adwokacki, znajduje się także w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy o radcach prawnych.

Biorąc pod uwagę wyżej opisane istniejące **zasadnicze różnice zasad obowią-**

zujących osoby wykonujące przedmiotowe zawody, które stanowią jedynie przykładowe wyliczenie istniejących odrębności, a także prawnie dopuszczalną i praktycznie nieograniczoną możliwość przenoszenia się z jednego samorządu do drugiego wskazać należy, iż obecny stan prawny nie wymaga zmian. Co więcej, należy stwierdzić, że podejmowanie inicjatywy połączenia zawodu adwokata i radcy prawnego w obliczu przedstawianych przez Ministerstwo Sprawiedliwości projektów aktów prawnych ustanawiających zawód o kompetencjach niemal tożsamy z obecnie przysługującymi adwokatom i radcom prawnym może przyczynić się do marginalizacji problemu, jakim jest zapewnienie społeczeństwu profesjonalnej pomocy prawnej w ramach wykonywania zawodu zaufania publicznego na podstawie przepisu art. 17 ust. 1 Konstytucji.

WAŻNE DLA PRAKTYKI

Dariusz Stachurski

Czy przymus adwokacko-radcowski narusza wolę stron procesu karnego?

Wyróżnić trzeba dwa zasadnicze sposoby pojmowania przymusu adwokacko-radcowskiego¹. Jest on najczęściej definiowany jako swoista instytucja formalno-prawna procesowego prawa karnego, określana jako ustawowe wymaganie, aby pewne określone w ustawie czynności procesowe były dokonywane tylko przez adwokata.

Przymus adwokacki można jednak rozumieć inaczej, tj. jako obowiązkowe zastępstwo strony w procesie². Takie ujęcie sugeruje rozszerzenie pojęcia przymusu adwokackiego na obronę obowiązkową³.

W polskiej nauce procesu karnego jest przyjęty powszechnie pogląd, iż należy odróżniać obronę obowiązkową od przymusu adwokackiego. O ile bowiem obrona obowiązkowa polega na reprezentowaniu oskarżonego przez obrońcę w określonych przypadkach, co nie wyłącza przecież możliwości dokonywania samodzielnie przez oskarżonego określonych czynności procesowych, o tyle przymus

¹ W dalszej części opracowania będę posługiwał się pojęciem przymusu adwokackiego, lecz wszelkie uwagi teoretyczne mają odniesienie do instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego, o ile rzecz jasna radca prawny jest uprawniony do sporządzenia i podpisania pisma procesowego w imieniu danej strony procesu karnego.

² Patrz S. Kalinowski, *Polski proces karny*, PWN, Warszawa 1971, s. 263–264. Patrz też S. Kalinowski, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1960, s. 282. Autorzy komentarza stawiają tezę, iż z uwagi na fakt, że w sądzie wojewódzkim jako pierwszej instancji obowiązuje przymus adwokacki, wnioski dowodowe może zgłaszać jedynie adwokat.

³ K. Woźniewski, *Z problematyki przymusu adwokackiego*, „Przeгляд Sądowy” 1994, nr 11–12, s. 64–65.

adwokacki polega na uprawnieniu adwokata do dokonania określonej, pojedynczej czynności procesowej, której strona sama nie może dokonać⁴.

Istotą obrony obligatoryjnej jest obowiązkowe korzystanie przez oskarżonego w procesie z pomocy obrońcy. Jednakże udział obrońcy nie wyklucza możliwości osobistego działania oskarżonego i samodzielnego dokonywania przez niego czynności procesowych. Obrona obligatoryjna nie powoduje ograniczeń co do formy dokonywanych przez oskarżonego czynności procesowych. Inaczej jest w sytuacji istnienia przymusu adwokackiego. To obowiązek korzystania z pomocy adwokata, ale niezbędny, by zaskarżyć orzeczenie sądowe czy też wnieść subsydiarny akt oskarżenia. Wprawdzie przymus adwokacki również nie ogranicza zdolności do czynności procesowych oskarżonego⁵, to jednak widoczne są w nim pewne elementy zastępstwa dotyczące czynności sporządzenia i podpisania pisma procesowego. Nie jest to zastępstwo w dokonaniu określonej czynności procesowej, ale właśnie w sporządzeniu i podpisaniu pisma procesowego objętego przymusem. W sytuacjach obrony obligatoryjnej oskarżony może działać sam, w sytuacji przymusu nie. Jest to istotna różnica między obroną obligatoryjną a przymusem adwokackim. Argumenty wyżej wskazane przemawiają za tym, iż przymus adwokacki jest czymś rodzajowo innym niż obrona obligatoryjna⁶.

Przymus adwokacki dotyczy, co do zasady, pism procesowych wnoszonych przez wszystkich uczestników procesu karnego, obrona obligatoryjna ma na celu zapewnienie tylko i wyłącznie gwarancji interesów oskarżonego w procesie karnym, a jeśli zachodzą jej niektóre przesłanki w postępowaniu przygotowawczym – również podejrzanego⁷.

⁴ Por. art. 76 k.p.k. oraz art. 51 § 2 k.p.k. Patrz K. Woźniewski, *Z problematyki przymusu adwokackiego*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 11–12, s. 65.

⁵ Będzie o tym mowa dalej.

⁶ Również zdaniem M. Lipczyńskiej od obrony obowiązkowej (obligatoryjnej), którą nazywa przymusem obrończym, odróżnić należy instytucję przymusu adwokackiego. Obrona obligatoryjna oznacza, że w określonych przez ustawę wypadkach proces nie może się toczyć bez udziału obrońcy. Przymus adwokacki natomiast oznacza, że wykonywanie pewnego rodzaju czynności wymienionych w ustawie zastrzeżone jest wyłącznie dla adwokata, jeśli nie wykonuje ich prokurator. W wypadkach obrony obligatoryjnej oskarżony nie może ani zrzec się obrony, ani sprzeciwić się udziałowi obrońcy. Patrz M. Lipczyńska, *Stanowisko oskarżonego w procesie karnym Polski Ludowej*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1956, s. 183–184. Na niemożność zrzeczenia się obrony obligatoryjnej zwraca uwagę też np. A. Bojańczyk, *W sprawie dopuszczalności dalszego pełnienia obowiązków przez obrońcę w sytuacji ustania stosunku obrończego z wyboru (uwagi na marginesie art. 81 i 378 k.p.k.)*, „Palestra” 2005, nr 3–4, s. 81.

⁷ Na konieczność odróżniania przymusu adwokackiego od obrony obowiązkowej zwrócił też uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu składu siedmiu sędziów Izby Karnej z 2 grudnia 1933 roku (3 K. 398/33), ogłoszonym w Zbiorze Orzeczeń SN Izby Karnej pod nr 32 zeszytu III z 1934 roku. Zob. też „Palestra” 1934, nr 4, s. 245. Sąd Najwyższy stwierdził wówczas też, iż w wypadkach, w których przewidziano przymus adwokacki, kodeks postępowania karnego daje przewagę prawną adwokatowi, jako że wówczas na plan pierwszy wysuwają się kwestie prawne i zadania prawnicze.

Wspólne dla przymusu adwokackiego i obrony obligatoryjnej jest natomiast to, iż zarówno w razie obrony niezbędnej, jak i istnienia przymusu adwokackiego, sama ustawa rozstrzyga o konieczności skorzystania z pomocy profesjonalnego pomocnika⁸. Stanowisko uczestnika procesu nie ma w tym wypadku procesowego znaczenia⁹.

Problematyka przymusu adwokackiego łączy się immanentnie przede wszystkim z zagadnieniami związanymi z kontrolą orzeczeń nieprawomocnych, a także prawomocnych. Wiąże się z prawem do zaskarżenia orzeczenia sądowego, przymus adwokacki ogranicza co do zasady swoje pole działania do inicjowania postępowań kontrolnych¹⁰. Inaczej jest w odniesieniu do subsydiarnego aktu oskarżenia, choć i tutaj widoczne są, moim zdaniem, częściowo elementy kontroli. Sporządzenie i podpisanie przez fachowego pełnomocnika subsydiarnego aktu oskarżenia łączy się bowiem w istocie z prawem osoby pokrzywdzonej przestępstwem do spowodowania, by sąd rozpoznał oskarżenie, mimo negatywnego w tym zakresie stanowiska prokuratora, a zatem niejako skontrolował pośrednio zasadność jego decyzji procesowych w postaci czy to odmowy wszczęcia postępowania, czy też umorzenia postępowania przygotowawczego¹¹.

Przymus adwokacki należy widzieć jako jeden z klasycznych warunków formalnych wdrożenia przede wszystkim kontroli decyzji procesowych¹², mieszczący się wśród całej grupy ogólnych wymagań pism procesowych. Strona musi się do niego zastosować, by taką kontrolę wdrożyć, albo, jeśli chodzi o pokrzywdzonego, wnieść akt oskarżenia.

Istota przymusu adwokackiego nie wyraża się, moim zdaniem, w obowiązkowym zastępstwie uczestnika postępowania w dokonaniu danej czynności procesowej. Niekiedy mówi się o obowiązkowym zastępstwie w procesie, albo w okre-

⁸ Zob. Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński, *Adwokat z urzędu w postępowaniu sądowym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1975, s. 99.

⁹ Wspólne jest też to, że udział adwokata w sprawie może być bardzo często sprzeczny z wolą uczestnika procesu (w przypadku obrony obligatoryjnej – oskarżonego). Patrz np. A. Dąb: *Odpowiedź na uwagi polemiczne adwokata Łasińskiego*, „Palestra” 1960, nr 5, s. 76.

¹⁰ S. Kalinowski i M. Siewierski pisząc o przymusie adwokackim przy rewizji i kasacji, ujmują go jako obowiązek ich sporządzenia przez adwokata. Patrz tychże: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1960, s. 406.

¹¹ Ujęcie to można jednakże uznawać za kontrowersyjne. Na obronę tego poglądu należałoby podnieść, że element kontroli uwidacznia się w tym, iż w toku postępowania przygotowawczego zebrano takie dowody, że istniała podstawa faktyczna, by wnieść akt oskarżenia. Prawo wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia jest zatem, w mojej ocenie, swoistym elementem kontroli nad zasadnością decyzji organów ścigania.

¹² Inna sytuacja jest w odniesieniu do tzw. subsydiarnego aktu oskarżenia, jako że tutaj elementy kontroli, moim zdaniem, aczkolwiek istnieją, schodzą na plan dalszy. Wówczas przymus ma odniesienie do skomplikowanego pisma procesowego, jakim tutaj jest akt oskarżenia, a nie apelacja czy kasacja albo wniosek o wznowienie postępowania. Patrz przypis poprzedni.

ślonej czynności. Nie jest zasadne pojmowanie przymusu adwokackiego jako obowiązku zastępstwa w dokonaniu czynności procesowej.

Gdy się zważy na definicję czynności procesowej, rzecz cała przedstawia się bardzo klarownie. Przypomnieć wypada, iż czynność procesowa to jakiegokolwiek zachowanie się uczestnika procesu, z którym prawo łączy skutki procesowe¹³. Nie budzi chyba wątpliwości, iż samo sporządzenie i podpisanie np. kasacji skutków procesowych nie wywołuje, kodeks postępowania karnego żadnych takich skutków też nie przewiduje. Żeby można było mówić, iż czynność ta wywołała jakiegokolwiek skutki, w postaci np. obowiązku dokonania kontroli warunków formalnych kasacji, konieczne jest jej wniesienie do sądu¹⁴. Należy bowiem odróżniać sporządzenie i podpisanie pisma procesowego objętego przymusem adwokackim od wniesienia takiego, już sporządzonego i podpisanego pisma, do sądu. Dopiero wniesienie konkretnego pisma procesowego do sądu wywołuje określone skutki procesowe¹⁵. Takowych skutków nie wywołuje samo sporządzenie i podpisanie go. Jest tak dlatego, iż pismo to może „nie ujrzeć światła dziennego”, gdyż na przykład uczestnik procesu nie wniesie go do sądu. O kasacji takiej organ procesowy się nie dowie. Nie ma ona znaczenia dla procesu karnego. Zabrakło aktu woli uczestnika postępowania, by wywołane zostały skutki procesowe¹⁶.

¹³ Zob. zwłaszcza M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, s. 49. Na temat pojmowania czynności procesowych zob. także zwłaszcza S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części szczególnej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964, s. 7 i n., a także T. Grzegorzczak, *Czynności procesowe w postępowaniu karnym*, Wydawnictwo Prawnicze Sp. z o.o., Warszawa 1998, s. 3 i in., W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. II, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2001, s. 11 i n.

¹⁴ Wniesienie może być czynnością techniczną polegającą na złożeniu pisma w sądzie i może go dokonać osoba niczym z procesem niezwiązana. Tak np. L. Hochberg, A. Murzynowski, L. Schaff, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959, s. 405.

¹⁵ Czynnością (aktem procesowym) jest wniesienie np. apelacji, jako że każda czynność procesowa powinna zmierzać do jakiegoś celu, najczęściej do zmiany sytuacji procesowej strony. Patrz S. Kalinowski, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1960, s. 428–429.

¹⁶ Na element woli w definiowaniu czynności procesowych zwraca uwagę S. Kalinowski, stwierdzając, iż czynność procesowa to zgodne z wolą podmiotu czynności zachowanie się w konkretnym procesie, zmierzające do wywołania określonych przez prawo skutków procesowych. Celowa czynność ma być wypływem woli uprawnionego podmiotu. Najczęściej będzie to aktywne działanie uczestnika procesu. Ponieważ jednak również bierne zachowanie się może być wyrazem woli, przeto nie można pominąć i zaniechania dokonania czynności procesowej. Strona, która godzi się z wyrokiem sądu I instancji i chce, aby uzyskał on cechy prawomocności i wykonalności, nie składa rewizji. O czynności procesowej można mówić wtedy, gdy zachowanie jest wypływem świadomej woli. W związku z powyższym każda czynność procesowa powinna zmierzać do określonego celu, którym jest wywołanie zamierzonych przez podmiot działający skutków prawnych, np. zakładający rewizję chce, aby sąd rewizyjny skontrolował wyrok, który skarżący uważa za niesłuszny. Celem czynności procesowej jest więc wywołanie zamierzonych skutków w stosunku do procesu, przede wszystkim – wszczęcie, prowadzenie lub zakończenie procesu. Przez dokonanie czynności procesowych podmioty procesu zmierzają do zawiązania stosunków procesowych, ich zmiany, przekształcenia lub wygaśnięcia. Tak

Niespełnienie przez uczestnika procesu rygorów wiążących się z przymusem adwokacko-radcowskim powoduje niedopełnienie przesłanek skuteczności czynności procesowej, o której wtedy mówić nie możemy¹⁷. Można chyba bowiem zasadnie zaryzykować twierdzenie, iż bezskuteczność czynności procesowej jest równoznaczna z brakiem w ogóle danej czynności procesowej¹⁸.

Owszem, wniesienie przykładowo apelacji od wyroku sądu okręgowego, sporządzonej i podpisanej przez samą stronę, wywołuje pewne konsekwencje. Powoduje bowiem konieczność wezwania do usunięcia braku formalnego apelacji w postaci sporządzenia jej i podpisania przez adwokata. Ale jeśli strona braku tego nie usunie, jej czynność procesowa będzie bezskuteczna. Z powyższego płynie kolejny argument na potwierdzenie tezy, iż sporządzenie i podpisanie pisma procesowego, w stosunku do którego obowiązuje przymus adwokacki, nie jest czynnością procesową. Jeśli bowiem strona wezwana do usunięcia braku formalnego rzeczony apelacji zdecyduje się udać do adwokata, ten sporządzi i podpisze apelację, a strona z jakichkolwiek powodów nie wniesie jej do sądu, nastąpi odmowa przyjęcia apelacji (art. 429 § 2 k.p.k. w zw. z art. 120 § 2 k.p.k.). Sporządzenie i podpisanie pisma procesowego objętego przymusem przez adwokata spowoduje skutki procesowe, ale tylko wówczas, gdy pismo to zostanie następnie wniesione do sądu.

Jako że przymus adwokacki jest jednym z warunków formalnych pism procesowych, dla określenia jego istoty znaczenie mieć będą wnioski płynące z, wyróżnianej przez niektórych przedstawicieli nauki, tzw. zasady formalizmu.

Dążenie do wykrycia prawdy w procesie karnym sprawia, iż w procesie tym forma czynności nie może być uznana za decydującą. Nie wolno jednakże lekceważyć zupełnie jej roli, gdyż jednym z jej celów jest zapewnienie zgodności z prawem dokonywanych czynności procesowych i możliwość kontroli, czy przy prowadzeniu procesu stosowano przepisy prawa procesowego¹⁹.

Gdy mówi się o formie czynności procesowych, nasuwa się pytanie o stopień

S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części szczególnej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964, s. 7 i n.

¹⁷ Czynność procesowa jest skuteczna w tym znaczeniu, iż zmusza organ procesowy lub osobę zobowiązaną do wszczęcia określonego postępowania. Aby czynność procesowa była skuteczna, muszą być spełnione warunki tej czynności co do czasu, miejsca i formy. Zob. zwłaszcza S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części szczególnej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964, s. 16. Patrz także T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1999, s. 344 i n.

¹⁸ Przykładem czynności procesowych są: wniesienie do sądu tzw. subsydiarnego aktu oskarżenia czy też wniesienie apelacji. Czynności procesowe należą do obszerniejszej grupy czynności prawnych i muszą odpowiadać ogólnym warunkom czynności prawnych. Zob. szerzej S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części szczególnej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964, s. 8–9.

¹⁹ Tak S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części szczególnej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964, s. 20. Podobnie K. Marszał, *Prawo karne procesowe*, PWN, Warszawa 1988, s. 281–282. Zob. też A. Kaftal, *Kontrola prawomocnych orzeczeń w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 1971, s. 236.

skrępowania życia ludzkiego przez normy prawne. Innymi słowy, jak szerokie są w związku z wymaganiami prawa granice wolności człowieka na gruncie określonego systemu prawnego? Nie ulega przecież wątpliwości, iż każdy wymóg formalny pisma procesowego, w tym zwłaszcza przymus adwokacki, taką wolność ogranicza, nakazując skorzystanie z pomocy fachowego prawnika²⁰. W nauce prawa karnego wymienia się w związku z powyższym dwie przeciwstawne sobie zasady – formalizmu i nieformalizmu. Zasada formalizmu w procedurze karnej oznacza dyrektywę, w myśl której wolno dokonywać tylko tych czynności procesowych, których forma została przez prawo określona; i tylko zgodnie z tymi wymaganiami co do formy. Zasada ta oznacza więc ściśle sformalizowanie wszelkich przejawów procesu. W myśl natomiast zasady nieformalizmu uczestnicy procesu mają prawo wyboru środków właściwych dla osiągnięcia celów procesowych. W myśl tej zasady istotny jest tylko cel czynności – wybór zaś odpowiednich środków do realizacji tego celu i ich formy jest pozostawiony swobodzie uczestników procesu²¹.

Była wyżej mowa o tym, iż przymus adwokacki ogranicza w pewnym stopniu wolność uczestnika procesu. Wszelkie ograniczenia wolności muszą być interpretowane zwięźdząco, zgodnie z łacińską maksymą *exceptiones non sunt extendendae*. W związku z powyższym i z takich samych powodów uznaje się, iż za dominującą w naszym prawie karnym procesowym musi być uznana zasada nieformalizmu. Prawo procesowe bowiem, jak wszelkie zresztą prawa, musi być uznane za *sui generis* ograniczenie powszechnej, stanowiącej punkt wyjścia, wolności – inne postawienie sprawy oznaczałoby chyba jawny absurd²². Uznanie zasady nieformalizmu za dominującą w naszym systemie daje podstawę do sformułowania ważnej dyrektywy naszego prawa karnoprosesowego: ilekroć obowiązujące przepisy nie przewidują określonej formy dla odpowiedniej czynności procesowej, to uczestnicy procesu mają swobodę w wyborze formy uznanej przez nich za najbardziej celową²³.

Z powyższego, moim zdaniem, płyną następujące wnioski. Otóż przymus adwokacki wyraźnie określono w kodeksie postępowania karnego jako odnoszący się do sporządzenia i podpisania pisma procesowego. Z zasady nieformalizmu wynika, iż w żadnym razie nie powinno się rozszerzać obowiązku związanego z przymusem adwokackim na wnoszenie do sądu danego pisma procesowego, inicjującego postępowanie. Wymóg formalny odnosi się wyraźnie tylko do sporządzenia i

²⁰ Patrz np. R. A. Tokarczyk, *Przymus a prawo*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia, Lublin 2001.

²¹ Tak M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, s. 219–220.

²² Tak M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, s. 220.

²³ Zob. szerzej M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, s. 220. Zob. także tenże, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Wydawnictwo UJ, Kraków 1971, s. 137–139.

podpisania pisma procesowego. Uznanie zatem, iż istotą przymusu adwokackiego jest obowiązkowe zastępstwo strony w dokonaniu danej czynności procesowej, oznaczałoby rozszerzenie wymogów co do formy i byłoby sprzeczne z zasadą nieformalizmu. Ponadto, jeśli obowiązuje zasada nieformalizmu, to niezasadne jest pojmowanie przymusu adwokackiego jako czegoś więcej niż tylko klasycznego wymogu formalnego. Nie pozwala na to zasada nieformalizmu i wzgląd na znaczenie wolności jednostki, a zatem także uczestnika procesu. Wymagania formalne pism procesowych, w tym i wynikające z przymusu adwokackiego, należy zatem, moim zdaniem, pojmować zważająco, mając cały czas na uwadze argumenty wyżej podane.

Na uzasadnienie tego stanowiska można jeszcze podnieść, iż ustawa karno-procesowa wprowadza wtedy szczegółowe wymogi co do formy, gdy wymaga tego bądź waga danej czynności procesowej (np. subsydiarny akt oskarżenia, apelacja), bądź też względy gwarancji procesowych w ścisłym znaczeniu (np. niektóre środki przymusu)²⁴. Istotą przymusu adwokackiego jest wypełnienie wymagań, sprowadzających się do konieczności zachowania odpowiedniej struktury pisma procesowego (np. wskazanie uchybień w kasacji, wypełnienie wszystkich wymagań nałożonych na akt oskarżenia) i jego poprawności formalnej. Nie powinno być jego istotą ograniczenie czy też wyłączenie zdolności do czynności procesowych uczestnika procesu, jako że struktura pisma i jego zewnętrzna szata nie odnoszą się w żaden sposób do możliwości samodzielnego działania danego podmiotu w procesie. Tak jak wymóg oznaczenia w piśmie procesowym organu, do którego się je wnosi, nie ogranicza w niczym zdolności do czynności procesowych uczestnika procesu, tak nie powinien też tego powodować wymóg, aby pismo sporządził i podpisał podmiot fachowy, skoro uznaje się przymus adwokacki za klasyczny warunek formalny pisma procesowego.

Przymus adwokacki ogranicza autonomię woli strony – w sytuacji gdy chce wnieść kasację czy też wniosek o wznowienie postępowania, a także zainicjować postępowania zażaleniowe (art. 530 § 3 k.p.k. oraz art. 545 § 2 k.p.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji z 12 stycznia 2007 r.) – nie jest ona decydującym w procesie, z art. 84 § 3 k.p.k. wprost wynika, iż to nie strona, lecz adwokat względnie radca prawny ma głos rozstrzygający co do sporządzenia i podpisania stosownego pisma procesowego.

Wkroczenie w sferę autonomii woli strony jest tutaj jednak mniej widoczne niż w sytuacji obrony obligatoryjnej, jako że konsekwencją niezastosowania się do wymogu wynikającego z przymusu będzie nieskuteczność czynności procesowej strony, której dokonanie jest przecież pozostawione jej uznaniu. Strona nie ma obowiązku wniesienia środka zaskarżenia czy też – pokrzywdzony – subsydiarnego aktu oskarżenia. Natomiast w przypadku obrony obligatoryjnej naruszenie woli

²⁴ Tak M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, s. 221.

strony jest wyraźne – oskarżony nie może zrzec się korzystania z pomocy obrońcy obowiązkowego, jego oświadczenie w tym zakresie jest bez znaczenia.

Uczestnik procesu, żeby wnieść np. kasację, musi zwrócić się o jej sporządzenie i podpisanie do podmiotu fachowego. Należy rozważyć, czy nie byłoby zasadne przyjęcie stanowiska, iż adwokat powinien mieć, co do zasady, obowiązek sporządzić i podpisać pismo procesowe objęte przymusem adwokackim. Stanowisko powyższe konsekwentnie wynika z zaprezentowanego *de lege ferenda* sposobu rozumienia istoty przymusu adwokackiego. Skoro jest to tylko i wyłącznie klasyczny warunek formalny pisma procesowego, to nie powinien również powodować naruszenia autonomii woli uczestnika procesu.

Zdaję sobie sprawę z tego, że zaprezentowany powyżej, *de lege ferenda*, sposób rozumienia tego, czym jest przymus adwokacki, może nasuwać zastrzeżenia i wątpliwości. Przedstawiając swoje stanowisko, kierowałem się również względami czerpiącymi swój początek z tego, czym jest adwokatura i jakie są jej zadania²⁵, a może przede wszystkim, jaka jest istota tego zawodu.

Będzie chyba truizmem stwierdzenie, iż adwokat ma działać na korzyść swego klienta²⁶. Specyfiką tego zawodu jest często działanie wbrew własnemu sumieniu i przekonaniom, rzecz jasna w granicach określonych przez przepisy prawa i etykę zawodową. Czym innym, moim zdaniem, jest jednakże sposób wykonywania zawodu, a czym innym zasadnicza rola i „przeznaczenie” tej korporacji zawodowej. Niegodnie ze swoim „powołaniem” zachowuje się adwokat, który odmawia podmiotowi danej czynności procesowej sporządzenia i podpisania pisma procesowego objętego przymusem adwokacko-radcowskim²⁷. Adwokat ma stronie pomagać, doradzać, strzec w najlepszy możliwy sposób jej interesów²⁸. Odwołując się do procesu cywilnego, przywołam kolejny truizm. Dwie strony toczą w nim spór, jedna najpewniej przegra, czy to oznacza, że drugiej adwokat ma odmówić pomocy? Osobiście uważam takie stanowisko za całkowicie bezzasadne i zapoznające istotę zawodu adwokata. Nie inaczej jest w procesie karnym. Jeśli obrońca ma bronić np. seryjnego mordercę, dowody winy są przekonujące, to czy może odmówić z powołaniem się na to, że obrona nie ma szans powodzenia czy też jest bezzasad-

²⁵ Zadanie adwokata polega na zrobieniu tego, co w jego mocy i należy do jego obowiązków, a więc powinien on uczestniczyć aktywnie w postępowaniu sądowym, składać wnioski i środki odwoławcze, przedstawiać swój pogląd prawny na prowadzoną sprawę. Tak np. S. Podemski, *Adwokat – pełnomocnik, obrońca, doradca*, Książka i Wiedza, Warszawa 1977, s. 42.

²⁶ Adwokat powołany jest do obrony najżywniejszych interesów współobywateli: ich wolności, majątku, czci, interesów rodzinnych i zawodowych. Zwraca na powyższe uwagę S. Podemski, *Adwokat – pełnomocnik, obrońca, doradca*, Książka i Wiedza, Warszawa 1977, s. 7 i n.

²⁷ Na temat funkcji adwokatury patrz zwłaszcza Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński, *Adwokat z urzędu w postępowaniu sądowym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1975, s. 12 i n.

²⁸ W związku z powyższym zasadnie podnosi się, iż żadna działalność, także sądowa, nie jest wolna od błędów. Jednak można przytoczyć wiele przykładów, kiedy to dzięki staraniom obrońców adwokata doszło do uniewinnienia ludzi, którym groziło skazanie na wiele lat pozbawienia wolności.

na? Analogia nasuwa się sama. Czy adwokat może odmówić sporządzenia i podpisania pisma procesowego, o którą to czynność prosi go strona, chcąc zaskarżyć orzeczenie sądu i wykorzystać wszystkie możliwe środki do poprawy swej sytuacji procesowej? Nie ulega, rzecz jasna, wątpliwości, że adwokat ma stronie wyjaśnić bezzasadność jej roszczeń, czy też nikłe szanse powodzenia wdrażanej właśnie kontroli orzeczenia sądu. Winien przedstawić stronie rzetelną opinię, wyjaśniając stan faktyczny i prawny sprawy, ale to strona winna decydować o dalszych jej losach²⁹. Taka, moim zdaniem, jest istota zawodu adwokata³⁰, a powyższe uwagi mają też przełożenie na sposób pojmowania istoty przymusu adwokackiego. Przymus adwokacki nie powinien zatem pozbawiać strony jej uprawnień, ma być dla niej pomocą w dochodzeniu jej praw i interesów³¹. Przymus adwokacki to przecież w istocie przymus skorzystania właśnie z pomocy adwokata. Prawo do wnoszenia środków zaskarżenia ma strona, przeto przez wprowadzenie przymusu adwokackiego tego prawa nie powinno się stronie zabierać. Zupełnie odrębnym zagadnieniem jest, że ewentualne ograniczenia jej praw można by chyba widzieć przez pryzmat konstrukcji nadużycia uprawnień procesowych – przykładowo wtedy, gdy wnosi środek zaskarżenia, mimo iż wie o braku podstaw ku temu. Również prawo do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia zostało przyznane pokrzywdzonemu – po spełnieniu całej procedury uzyskania statusu oskarżyciela, wynikającej z przepisów k.p.k. I także tutaj, jeśli brak podstawy faktycznej do wniesienia aktu oskarżenia, adwokat winien pokrzywdzonego rzetelnie o tym poinformować.

Jak już była wyżej mowa, z rozwiązań przyjętych *de lege lata* w obecnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego wynika, iż to nie wola uczestnika procesu decyduje o możliwości zaskarżenia orzeczenia³². Jedynie w odniesieniu do apelacji³³ przyjmuje się, iż adwokat wyznaczony z urzędu ma obowiązek sporządzić

²⁹ Adwokat, wyznaczony z urzędu, nie może uchylić się od prowadzenia sprawy pod pozorem jej bezzasadności. Zob. np. wyjaśnienie Rady Adwokackiej w Warszawie w sprawie obrony z urzędu, zamieszczone w „Palestrze” z 1929 r., w zeszytach 10–11, s. 497.

³⁰ Spotkać się można ze słusznym stwierdzeniem, iż przepisy prawa procesowego normują przede wszystkim sytuację, kiedy obrońca styka się z przedstawicielami sądu i prokuratury. Bardzo oszczędna w sformułowaniach w stosunku do adwokatów procedura karna nie wyczerpuje norm, którymi ma się adwokat kierować przy wykonywaniu zawodu. Zob. szerzej mądre uwagi R. Łyczynka, *Adwokat jako obrońca w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989, s. 7 i n.

³¹ Wydaje się, iż pogląd utożsamiający udzielenie pomocy prawnej z wyjaśnieniem stronie bezzasadności jej stanowiska nie uwzględnia tej okoliczności, iż w sytuacji przymusu adwokacko-radcowskiego strona zostanie pozbawiona prawa zainicjowania stosownego postępowania.

³² Co do przymusu w odniesieniu do subsydiarnego aktu oskarżenia, należy wskazać, iż np. Sławomir Steinborn prezentuje co do zasady pogląd, iż adwokat ma obowiązek takie pismo sporządzić i podpisać, nie wolno mu wkraczać w kompetencje sądu. Patrz tenże, *Węzłowe problemy subsydiarnego oskarżenia posiłkowego*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 12, s. 63 i n.

³³ W opracowaniu niniejszym skoncentrowałem swe rozważania na problematyce immanentnie wiążącej się z funkcjonowaniem w praktyce instytucji przymusu adwokackiego, tj. sytuacjach gdy uczestnik procesu chce sporządzenia i podpisania pisma procesowego, a adwokat tego odmawia.

i podpisać apelację, jeśli jego mandant tego sobie życzy, zakładając, że tutaj wola uczestnika procesu jest decydująca³⁴. Niewątpliwie bardzo interesującym zagadnieniem jest kwestia prawa adwokata względnie radcy prawnego do odmowy sporządzenia i podpisania subsydiarnego aktu oskarżenia. Jest ono o tyle odmienne od innych sytuacji procesowych, jakie mogą powstać w odniesieniu do pism procesowych, ponieważ nie zawsze znany jest potencjalny sprawca przestępstwa popełnionego na szkodę pokrzywdzonego. Umorzenie postępowania czy też odmowa jego wszczęcia mogło przecież nastąpić również z powodu niewykrycia sprawcy. Dobitnie rzecz cała jawi się w wypadku, gdy mamy do czynienia z tzw. umorzeniem rejestrowym, tj. postanowieniem o umorzeniu dochodzenia i wpisaniu sprawy do rejestru przestępstw (art. 325f k.p.k.), które wydawane jest wówczas, gdy nie ma podstaw do wykrycia sprawcy w drodze dalszych czynności procesowych³⁵.

Zdaniem Sławomira Steinborna to nie pełnomocnik jest podmiotem, który ma oceniać zasadność oskarżenia wnoszonego przez pokrzywdzonego na podstawie art. 55 § 1 k.p.k.³⁶. Takie uprawnienie posiada tylko sąd i nie może on w tym zakresie zostać wyřęczony przez pełnomocnika. Nie ma więc powodów, aby w tym

Poza zakresem mojego zainteresowania pozostają zatem sytuacje odwrotne – gdy np. obrońca wnosi apelację wbrew woli oskarżonego, jako że ma do tego prawo, gdyż jego stanowisko w procesie jest samodzielne. Wola strony tutaj też jest w sposób oczywisty naruszana. Jednakże w mojej ocenie zagadnienie powyższe bardziej łączy się z problematyką stosunku obrończego, a nade wszystko obrony obligatoryjnej, co nie jest w tym opracowaniu, z założenia, przedmiotem mojego zainteresowania.

³⁴ Zob. np. postanowienie SA w Warszawie z 26 listopada 2002 r., sygn. akt II AKz 699/02, OSA 2003, z. 10, poz. 105.

³⁵ Zwraca na powyższe uwagę np. H. Paluszkiwicz, *Przymus radcowski w przepisach kodeksu postępowania karnego o oskarżeniu subsydiarnym. Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, Poznań 2002, s. 371–372. Autorka pisze również, iż nie jest łatwym zadaniem oznaczenie czynu i podanie jego kwalifikacji prawnej, które jest kolejnym z podstawowych wymogów formalnych stawianych aktowi oskarżenia. Nie bez znaczenia jest również wymóg zebrania i przedstawienia sądowi wraz z aktem oskarżenia dowodów przemawiających za wniesieniem oskarżenia. W tym zakresie wiedza fachowa oraz doświadczenie adwokata lub radcy prawnego mogą okazać się wprost niezbędne. Sporządzający akt oskarżenia będzie bowiem musiał zebrać materiał dowodowy, pozwalający na przygotowanie skargi i to pomimo braku jakichkolwiek regulacji, określających ramy prawne jego działania i sposób postępowania w tym zakresie. Naturalnie zważywszy na szereg przepisów chroniących dobra osobiste, a także dane osobowe, istnieje wcale nie małe ryzyko naruszenia prawa w toku gromadzenia dowodów i informacji niezbędnych do sporządzenia prawidłowego, spełniającego rygory formalne aktu oskarżenia. W tym zakresie wobec braku szczegółowych regulacji prawnych znaczenia nabiera wiedza, doświadczenie i wyczucie prawne pełnomocnika.

³⁶ Patrz odmiennie zwłaszcza J. Zagrodnik, *Instytucja skargi subsydiarnej w procesie karnym*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005, s. 302–304. Zdaniem autora, kwestia oceny podstaw wniesienia skargi subsydiarnej nie może być pozostawiona pokrzywdzonemu, któremu brak przygotowania zawodowego do obiektywnego i poprawnego ustalenia faktycznych i prawnych podstaw pociągnięcia konkretnej osoby do odpowiedzialności karnej. Proponuje on zatem zastosowanie analogii do art. 84 § 3 k.p.k., argumentując, że pozbawienie adwokata lub radcy prawnego prawa do odmowy sporządzenia aktu oskarżenia oznacza godzenie się na wnoszenie do sądu bezpodstawnych skarg.

wypadku w drodze rozszerzającej wykładni obowiązujących przepisów przyznać pełnomocnikowi prawo odmowy sporządzenia aktu oskarżenia na żądanie pokrzywdzonego. Wydaje się więc, iż także pełnomocnik z urzędu, wyznaczony pokrzywdzonemu na podstawie art. 78 § 1 w zw. z art. 88 § 1 k.p.k. jeszcze w postępowaniu przygotowawczym (a więc nie wyłącznie w celu sporządzenia aktu oskarżenia), nie może odmówić sporządzenia aktu oskarżenia na żądanie pokrzywdzonego. Natomiast pełnomocnik z wyboru będzie mógł odmówić sporządzenia i podpisania aktu oskarżenia, wyłącznie jeżeli nie pozbawi to pokrzywdzonego uprawnienia do wniesienia tego aktu, np. na skutek upływu terminu³⁷. Jest to istotne z uwagi na fakt, iż termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia ma charakter prekluzyjny i nie podlega przywróceniu.

Sławomir Steinborn, uzasadniając swój pogląd, podnosi, iż art. 84 § 3 k.p.k., uprawniający obrońcę i pełnomocnika z urzędu do odmowy dokonania czynności procesowej i w zamian za to do poinformowania sądu o braku podstaw do dokonania takiej czynności, dotyczy wyłącznie sporządzenia kasacji, wniosku o stwierdzenie nieważności orzeczenia³⁸ i wniosku o wznowienie postępowania. Nie można aprobeować poglądu, iż przymus adwokacko-radcowski, jakim objęty jest akt oskarżenia wnoszony na podstawie art. 55 § 1 k.p.k., ma na celu wyeliminowanie lub ograniczenie bezzasadnych oskarżeń. Może on jedynie przyczynić się do ich ograniczenia w tych sytuacjach, gdy pokrzywdzony odstąpi od zamiaru wniesienia aktu oskarżenia na skutek wyjaśnień i perswazji adwokata. Celem przymusu adwokacko-radcowskiego w omawianym wypadku jest bowiem przede wszystkim zapewnienie odpowiednio wysokiego poziomu wnoszonych przez pokrzywdzonego aktów oskarżenia³⁹. Należy w tej materii zgodzić się z przekonującą argumentacją Sławomira Steinborna⁴⁰.

Inne rozwiązanie przyjęto jednakże w odniesieniu do kasacji i wznowienia postępowania. Art. 84 § 3 k.p.k. wprost stanowi, iż obrońca wyznaczony z urzędu w postępowaniu kasacyjnym, lub w postępowaniu o wznowienie postępowania powinien sporządzić i podpisać kasację lub wniosek o wznowienie postępowania, albo poinformować na piśmie sąd, że nie stwierdził podstaw do wniesienia kasacji

³⁷ Patrz S. Steinborn, *Węzłowe problemy subsydiarnego oskarżenia posiłkowego*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 12, s. 63 i n.

³⁸ Autor pogląd ten wyraził przed stosowną zmianą przepisów k.p.k.

³⁹ Zwraca na powyższe uwagę S. Steinborn, *Węzłowe problemy subsydiarnego oskarżenia posiłkowego*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 12, s. 74–75.

⁴⁰ Na temat zagadnień łączących się z problematyką tutaj omawianą patrz też np. R. Kmiecik, *Posiłkowe oskarżenie zastępcze w sprawie o przestępstwo publicznoskargowe. Uwagi na tle kodeksu postępowania karnego z 1997 roku, Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci Profesora Wiesława Daszkiewicza*, Poznań 1999, s. 301–313; B. Wójcicka, *W kwestii uprawnień oskarżycielskich pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu. Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci Profesora Wiesława Daszkiewicza*, Poznań 1999, s. 363–373.

lub wniosku o wznowienie postępowania (na mocy art. 88 § 1 k.p.k. przepis ten stosuje się odpowiednio do pełnomocnika). Taka sama możliwość istniała do dnia wejścia w życie noweli z 12 stycznia 2007 r. zmieniającej kodeks postępowania karnego w odniesieniu do sporządzenia i podpisania zażalenia na zarządzenie o odmowie przyjęcia kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania⁴¹.

Sąd Najwyższy wielokrotnie zaś podkreślał, iż w myśl obowiązujących uregulowań sama wola strony do wniesienia środka zaskarżenia i jej własne przekonanie o zasadności jego złożenia nie są wystarczające. Rzecz bowiem w tym, zdaniem najwyższej instancji sądowej, że przekonanie to może nie znajdować dostatecznego, obiektywnego uzasadnienia w świetle przepisów prawa, wobec czego dla oceny podstaw prawnych do wniesienia środka zaskarżenia ustawodawca wprowadził wymóg skorzystania przez stronę z usługi podmiotu kompetentnego, przygotowanego merytorycznie do takiej oceny i fachowo zajmującego się świadczeniem pomocy prawnej. Skoro spełnienie tego właśnie wymogu zostało uznane za konieczne, a zarazem wystarczające, to jest rzeczą oczywistą, iż adwokat jest w pełni uprawniony zarówno do sporządzenia kasacji czy też wniosku o wznowienie postępowania, jak i do wyrażenia stanowiska, iż podstaw do wniesienia środka zaskarżenia nie widzi. Uznanie, iż w każdej sytuacji, niezależnie od wskazań wiedzy fachowej i etyki zawodowej, adwokat miałby obowiązek sporządzenia kasacji czy też wniosku o wznowienie postępowania stosownie do woli strony, byłoby nie do przyjęcia i prowadziłoby do kolejnej fikcji w spełnianiu ustawowego zamysłu wdrażania tylko takich postępowań, które mają uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa⁴².

Jest rzeczą pozostającą chyba poza sporem, iż rozwiązanie przyjęte w art. 84 § 3 k.p.k. narusza wolę stron procesu karnego. O wniesieniu kasacji i wniosku o wznowienie postępowania nie decyduje bowiem strona, lecz wyznaczony jej fachowy pełnomocnik. Warto też zwrócić uwagę, iż nieodróżnione zostały w tym przepisie: czynność sporządzenia i podpisania kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania oraz czynność wniesienia kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania. Przymus adwokacki, co nie budzi przecież wątpliwości, dotyczy tylko i wyłącznie obowiązku sporządzenia i podpisania pisma procesowego, nie odnosi się natomiast do wnoszenia środka zaskarżenia, czy też subsydiarnego aktu oskarżenia. Jeśli zatem obrońca wyznaczony z urzędu miałby odmawiać dokonania jakiegś czynności, to tylko sporządzenia i podpisania kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania a nie wniesienia kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania.

Pozostaje do rozważenia zagadnienie praktycznych konsekwencji istnienia instytucji przymusu adwokackiego. W odniesieniu do subsydiarnego aktu oskarże-

⁴¹ Zob. postanowienie SN z 1 lipca 1999 r., sygn. akt V KZ 33/99, OSNKW 1999, z. 9–10, poz. 56.

⁴² Zob. np. postanowienie SN z 12 stycznia 2001 r., sygn. akt V KO 79/00, OSNKW 2001, z. 3–4, poz. 22.

nia, odmowa jego sporządzenia i podpisania spowoduje to, iż czynność dokonana przez samego pokrzywdzonego będzie prawnie bezskuteczna. Wynika to z faktu niedotrzymania szczególnego warunku formalnego, jakim jest przymus adwokacki⁴³.

Na podstawie art. 88 § 1 k.p.k. w związku z art. 78 k.p.k. pokrzywdzony może wystąpić do sądu właściwego do rozpoznania sprawy o wyznaczenie mu pełnomocnika z urzędu, jeśli wykaże, że nie jest w stanie pokryć kosztów sporządzenia przez adwokata względnie radcę prawnego aktu oskarżenia bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny. Jeśli prezes sądu odmówi wyznaczenia pełnomocnika z urzędu, pokrzywdzonemu nie służy zażalenie, a zatem pokrzywdzony niemający możliwości ustanowienia pełnomocnika z wyboru, traci *de facto* możliwość skorzystania z uprawnienia do wniesienia oskarżenia subsydiarnego, pomimo spełnienia innych, wymaganych prawem warunków (art. 330 k.p.k.).

Bezskuteczność czynności procesowej w postaci wniesienia aktu oskarżenia niesporządzonego i niepodpisanego przez fachowego pełnomocnika nie będzie stała na przeszkodzie wniesieniu później, mimo negatywnej decyzji prezesa sądu, po raz kolejny aktu oskarżenia, tym razem już z zachowaniem wymagań formalnych wynikających z przymusu adwokackiego.

Sytuacja pokrzywdzonego jest o tyle niedogodna, że termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia jest terminem prekluzyjnym, a zatem nie podlega przywróceniu⁴⁴. Jeśli zatem spotka się on z odmową sporządzenia subsydiarnego aktu oskarżenia albo z innych względów go nie dochowa i termin mu „ucieknie”, nie będzie mógł powoływać się na to, iż niedotrzymanie terminu nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych (art. 126 § 1 k.p.k.). Przymus adwokacki spowodować zatem może, iż nie zostanie zrealizowana wola pokrzywdzonego skierowania do sądu aktu oskarżenia.

Podobne uwagi poczynić należy w odniesieniu do apelacji od wyroku sądu okręgowego, kasacji i wniosku o wznowienie postępowania.

O ile, jeśli chodzi o apelację, obrońca lub pełnomocnik wyznaczony z urzędu ma obowiązek ją sporządzić i podpisać, o tyle w sytuacji gdy brak przesłanek do

⁴³ K. Woźniewski, *Z problematyki przymusu adwokackiego*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 11–12, s. 70–71.

⁴⁴ W literaturze podnoszono, że słuszniejsze byłoby uznanie trzydziestodniowego terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia za termin zawity, ponieważ w sytuacji, gdy uchybienie terminowi nastąpiło bez winy strony (na przykład adwokat nie sporządził w terminie aktu oskarżenia, albo nie usunął braków formalnych aktu oskarżenia w terminie 7 dni, a jednocześnie upłynął termin trzydziestodniowy), zasadne byłoby umożliwienie pokrzywdzonemu wniesienia aktu oskarżenia, w przeciwnym razie pokrzywdzony zostanie pozbawiony sądowej drogi dochodzenia swoich roszczeń. Patrz K. Dudka, *Skarga subsydiarna oskarżyciela posiłkowego w procesie karnym. Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, Poznań 2002, s. 48; a także K. Marszał, *Problem skargi publicznej pokrzywdzonego lub jej wymuszenia przez pokrzywdzonego w procesie karnym*, „Problemy Prawa Karnego” 1992, nr 18, s. 80.

ubiegania się przez stronę o ich ustanowienie, musi ona przekonać do swych racji adwokata – z wyboru. Co jednak w sytuacji, gdy ten odmówi stronie sporządzenia i podpisania apelacji? Jeśli strona nie znajdzie innego profesjonalisty, który dokona tej czynności, nie zaskarży skutecznie wyroku sądu pierwszej instancji. Czy jeśli hipotetycznie uda jej się w końcu przekonać do swych racji adwokata, a „ucieknie” jej termin, będzie mogła wnioskować o przywrócenie jej terminu do wniesienia środka odwoławczego z powołaniem się na przyczyny od niej niezależne? Przyjmuje się, iż w sytuacji gdy uchybienie terminowi nastąpi z winy obrońcy, termin należy stronie przywrócić. W mojej ocenie, gdyby zostało udowodnione, iż adwokaci dopuścili się zaniedbań w analizie danej sprawy i bezpodstawnie odmówili stronie sporządzenia i podpisania apelacji, termin należałoby stronie przywrócić.

Jeśli natomiast w sytuacji istnienia przymusu adwokackiego obok apelacji sporządzonej i podpisanej przez adwokata wpłynie do sądu „osobista” apelacja strony, powinna ona być potraktowana jako pismo procesowe strony⁴⁵. Nie zmienia to faktu, iż w takiej sytuacji również wola strony do zaskarżenia orzeczenia ulega naruszeniu, nawet dlatego, że to adwokat określił granice apelacji.

Co do kasacji i wniosku o wznowienie postępowania, art. 84 § 3 k.p.k., jak już była o tym mowa, stanowi wyraz naruszenia woli strony do zainicjowania nadzwyczajnej kontroli orzeczenia. Przyjmuje się też, iż ewentualne przywrócenie terminu do wniesienia kasacji⁴⁶ możliwe byłoby po stwierdzeniu zaniedbań wyznaczonego adwokata w zakresie zleconych mu czynności (uchwalonych np. w wewnątrzcorporacyjnym postępowaniu dyscyplinarnym lub też dostrzeżonych przez sąd z urzędu). Strona wnosząc wówczas kasację, musiałaby jednocześnie wnioskować o przywrócenie jej terminu do dokonania tej czynności z powołaniem się na przyczyny od niej niezależne. Problem jednak powstaje w sytuacji, gdy niezasadnie odmówił sporządzenia i podpisania kasacji pełnomocnik wyznaczony z urzędu. Przyjmuje się przecież powszechnie, iż jego zaniedbania, takie jak choćby uchybienie terminowi, idą „na rachunek” reprezentowanej przez niego strony. Czy analogicznie należałoby traktować udowodnione zaniedbanie pełnomocnika wyznaczonego z urzędu, polegające na niesporządzeniu i niepodpisaniu kasacji? Sytuacja uczestnika procesu przedstawiałaby się wówczas odmiennie w zależności od tego, przez kogo byłby reprezentowany.

Takie są praktyczne konsekwencje istnienia instytucji przymusu adwokackiego w kontekście zagadnienia naruszenia przez przymus woli strony procesu karnego. Zaprezentowana przeze mnie odmienna koncepcja pojmowania istoty przymusu adwokackiego ma takie znaczenie, że nakłada, *de lege ferenda*, na podmiot facho-

⁴⁵ Patrz np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 13 kwietnia 2000 r., sygn. akt II AKa 42/00, KZS 2000, nr 5, poz. 48.

⁴⁶ Problem nie dotyczy wniosku o wznowienie postępowania, jako że jego wniesienie nie jest wprost ograniczone żadnym terminem, za wyjątkiem określonych okoliczności, które stoją mu na przeszkodzie. Zob. art. 545 § 1 k.p.k. odsyłający do art. 529 k.p.k.

wy obowiązek sporządzenia i podpisania pisma procesowego objętego przymusem adwokackim. Takie rozwiązanie powoduje, iż znika problem naruszenia woli strony. Przy takim pojmowaniu istoty przymusu adwokackiego to strona będzie decydem w procesie, jej wola będzie decydująca. Oczywiście takie ujęcie rodzi też inne konsekwencje, głównie z punktu widzenia organu procesowego – sądu. Może prowadzić do zalewu np. Sądu Najwyższego oczywiście bezzasadnymi kasacjami i obciążenia najwyższej instancji sądowej niepotrzebną pracą. Wydaje się jednak, iż rozwiązania trzeba szukać gdzie indziej. Zresztą zawsze istnieje nadzieja, że adwokat przekona stronę o bezzasadności jej twierdzeń i nieskuteczności zarzutów. Jeśli nie – można rozważyć, czy wprowadzenie kasacji w miejsce rewizji nadzwyczajnej było zasadne, albo czy nie można by wprowadzić rozwiązań opartych choćby na konstrukcji nadużycia uprawnień procesowych przez stronę. Jednakże istnienie w kodeksie postępowania karnego unormowania wyraźnie przyznającego stronie np. prawo wniesienia kasacji i jednocześnie przepisu art. 84 § 3 k.p.k. wydaje się niespójne. Nie można w jednym przepisie przyznawać stronie prawa, a w drugim go zabierać⁴⁷.

Formułując wnioski końcowe, należy zwrócić jeszcze uwagę na swoistość rozwiązań przyjętych przez polskiego ustawodawcę. Art. 84 § 3 k.p.k. dotyczy bowiem tylko i wyłącznie nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Wydaje się, iż powodem takiej regulacji było przeświadczenie, iż zapewnić należy prawo do kontroli orzeczenia rozumiane jedynie jako prawo do kontroli instancyjnej, zgodnie z art. 176 Konstytucji. Nie bez znaczenia zapewne był też fakt, iż w odniesieniu do nadzwyczajnych środków zaskarżenia przewidziano w kodeksie postępowania karnego ściśle określone podstawy zaskarżenia – w przeciwieństwie do tzw. przyczyn odwoławczych co do apelacji – uznając, iż tylko fachowy pełnomocnik będzie w stanie ocenić, czy zachodzą rażące uchybienia pozwalające zainicjować nadzwyczajną kontrolę orzeczenia.

Powstaje w związku z powyższym pytanie, jak daleko, *de lege ferenda*, powinno sięgać poszanowanie przez ustawodawcę woli uczestnika procesu. Czy ma tylko oznaczać obowiązek adwokata względnie radcy prawnego sporządzenia i podpisania pisma procesowego, którego on żąda, czy też ma dotyczyć również np. określenia zakresu zaskarżenia i przytoczenia przyczyn odwoławczych? Wydaje się, iż będąc konsekwentnym, należałoby przyznać stronie prawo do określania także zakresu zaskarżenia oraz wskazywania tych, a nie innych uchybień. Warto na

⁴⁷ W opracowaniu tym akcent położyłem na problematykę związaną z wnoszeniem środków zaskarżenia. Jednakże zagadnienie naruszenia przez przymus adwokacki woli strony w odniesieniu do tzw. subsydiarnego aktu oskarżenia nie przedstawia się, moim zdaniem, w sposób odmienny. I w tym wypadku kodeks postępowania karnego mówi wyraźnie o nabyciu prawa do wniesienia aktu oskarżenia, a zatem zainicjowania postępowania, tyle że sądowego w pierwszej instancji. Również poprzez wprowadzenie instytucji przymusu adwokackiego pokrzywdzony może tego prawa zostać pozbawiony.

sam koniec zaznaczyć, iż przedstawiona problematyka łączy się immanentnie z zagadnieniem modelu postępowań kontrolnych. Można bowiem postawić pytanie: czy uzasadniona jest w ogóle zasada związania np. sądu odwoławczego granicami środka odwoławczego i czy nie należałoby zobowiązać sądu odwoławczego do pełnego kontrolowania zaskarżonego orzeczenia, niezależnie od treści wniesionego w sprawie środka odwoławczego?⁴⁸.

⁴⁸ Na ten temat zob. zwłaszcza Z. Doda, *Model postępowania odwoławczego w świetle projektu kodeksu postępowania karnego* (w:) *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka pod redakcją S. Waltosia*, s. 503–518.

Ustawa o licencjach prawniczych

I. Projekt ustawy o licencjach prawniczych jest kolejną – po projekcie ustawy o doradcach prawnych, inicjatywą zdaniem przedstawicieli Rządu, mającą na celu zwiększenie dostępu społeczeństwa do usług prawniczych.

Przepis art. 1 projektu ustawy o licencjach określa jego zakres stanowiąc, że przepisy ustawy określają warunki uprawniające do odpłatnego udzielania porad prawnych, sporządzania opinii prawnych, pism procesowych i projektów umów, występowania przed sądami i trybunałami, organami dochodzeniowo-śledczymi, a także organami władzy i administracji publicznej oraz podmiotami wykonującymi zadania z zakresu administracji publicznej – zwanych dalej „czynnościami prawniczymi”. Ponadto ustawa określać ma również obowiązki i prawa osób wykonujących czynności prawnicze i zasady nadzoru nad osobami trudniącymi się wykonywaniem tych czynności.

Zgodnie z zaprezentowanym przez Ministerstwo Sprawiedliwości projektem, absolwenci wydziałów prawa będą mogli w miarę zdobywanego doświadczenia świadczyć usługi prawne jako licencjonowany prawnik I, II lub III stopnia. Licencję prawniczą I stopnia będzie mogła uzyskać osoba, która ukończyła studia prawnicze i złożyła do Prawniczej Komisji Licencyjnej wniosek o przyznanie licencji prawniczej I stopnia. Licencja ta uprawniać będzie do udzielania porad prawnych na etapie przedsądowym oraz do występowania przed sądami i trybunałami (z wyłączeniem spraw rodzinnych, opiekuńczych, postępowania w sprawach nieletnich, spraw o przestępstwa i przestępstwa skarbowe) pod nadzorem osoby posiadającej licencję prawniczą co najmniej II stopnia, adwokata lub radcy prawnego. Projekt nie przewiduje jakichkolwiek ograniczeń w zakresie występowania przed sądami na podstawie dalszego pełnomocnictwa przez osoby posiadające licencję prawniczą I stopnia. Oznacza to, że absolwenci wydziałów prawa wpisani na listę tej grupy prawników będą mogli występować także przed Sądem Najwyższym, Trybunałem Konstytucyjnym oraz przed Naczelnym Sądem Administracyjnym. Po dwóch

latach wykonywania działalności na opisanych zasadach i udokumentowaniu występowania w charakterze pełnomocnika procesowego w ww. zakresie spraw, w co najmniej 50 posiedzeniach sądowych wyznaczonych w celu przeprowadzenia rozprawy, ale nie mniej niż w 10 sprawach licencjonowany, prawnik I stopnia będzie uprawniony do uzyskania licencji prawniczej II stopnia. Ostatnia z wymienionych umożliwiać będzie samodzielne występowanie przed sądami i trybunałami z wyłączeniem spraw rodzinnych, opiekuńczych, postępowania w sprawach nieletnich, spraw o przestępstwa i przestępstwa skarbowe. Alternatywną drogą pozwalającą na uzyskanie licencji prawniczej II stopnia będzie, zgodnie z założeniami projektu, ukończenie szkolenia w jednostkach szkoleniowych akredytowanych przez Prawniczą Komisję Licencyjną. Ponadto, licencja prawnicza II stopnia będzie w szczególności przyznawana osobom, które przez nieokreślony w projekcie okres pracowały na stanowisku asesora notarialnego lub notariusza, referendarza sądowego, asystenta sędziego, komornika, wykonywały zawód doradcy podatkowego lub rzecznika patentowego. Uzyskać licencję prawniczą II stopnia będą mogły także osoby, które w okresie 8 lat poprzedzających datę złożenia wniosku o przyznanie licencji, przez co najmniej 3 lata pracowały na stanowisku związanym z legislacją w urzędzie władzy lub administracji publicznej oraz podmioty, które przez ww. czas pracowały na stanowisku związanym z obsługą prawną organu władzy lub organu administracji publicznej. Do uzyskania licencji III stopnia niezbędne będzie występowanie w charakterze pełnomocnika substytucyjnego w co najmniej 30 terminach rozpraw wyznaczonych w nie mniej niż 10 postępowaniach sądowych. Zwolnione z obowiązku wykazania praktyki jako pełnomocnicy przed sądami będą osoby, które ukończyły szkolenie w jednym z ośrodków akredytowanych przez Prawniczą Komisję Licencyjną. Przyznanie licencji III stopnia uwarunkowane będzie ponadto zaliczeniem egzaminu prawniczego z zakresu prawa karnego, postępowania karnego, prawa karnego skarbowego, postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe, postępowania w sprawach nieletnich, prawa rodzinnego i opiekuńczego, przepisów postępowania z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego.

Na podstawie przepisu art. 10 ust. 1 pkt 2 projektu ustawy Prawnicza Komisja Licencyjna odmówi przyznania licencji osobie, która jest członkiem samorządu adwokackiego, radców prawnych, notarialnego, rzeczników patentowych, doradców patentowych lub komorniczego.

Nadzór nad działalnością osób świadczących usługi prawnicze sprawować będzie Prawnicza Komisja Licencyjna. Postanowienia projektowanej ustawy przewidują, że będzie to państwowa jednostka organizacyjna, w której składzie nie będą mogli zasiadać przedstawiciele samorządu adwokackiego, członkowie samorządu radców prawnych ani osoby posiadające licencję prawniczą. Do kompetencji Komisji należeć będzie przyznawanie licencji prawniczych, odmowa przyznawania licencji, cofanie licencji, przywracanie licencji oraz jej zawieszanie.

II. Zgodnie z przepisem art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. istnieje możliwość tworzenia w drodze ustawy samorządów zawodowych, reprezentujących zawody zaufania publicznego. Zasadniczym zadaniem tych samorządów jest piecza nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Podkreślić należy, że przepis znajduje się w rozdziale ustawy zasadniczej, który został poświęcony zasadom podstawowym ustroju politycznego, społecznego i gospodarczego Rzeczypospolitej, a w szczególności zasadzie decentralizacji władzy publicznej (art. 15 Konstytucji). Realizacja teŹże powinna być zaś zapewniona właśnie za sprawą istnienia samorządów zawodowych oraz samorządu terytorialnego, który został ustanowiony w przepisie art. 16 Konstytucji.

Polski porządek prawny przewiduje istnienie różnych form samorządności, jednak wszystkie charakteryzują się istnieniem pewnych obligatoryjnych cech. Do tych ostatnich w szczególności należy zaś konieczność ustanowienia danej formy wspólnoty samorządowej w drodze ustawy oraz powierzenie na mocy Konstytucji lub ustawy organom samorządu prawa podejmowania decyzji władczych w sprawach ich dotyczących.

Przepis art. 17 ust. 1 Konstytucji wyznacza granice samorządności zawodów zaufania publicznego, którą powinien być interes społeczny. Zadanie samorządu tego rodzaju zawodów nie sprowadza się więc wyłącznie do reprezentacji tej grupy, ale przede wszystkim do sprawowania pieczy nad ich należyтым wykonywaniem.

W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. brak definicji pojęcia „zawód zaufania publicznego”. Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jest to „zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i organizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi.” (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 maja 2005 r., SK 20/00). Sprawowanie pieczy nad wykonywaniem zawodu, o którym stanowi przepis art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, powinno polegać na sprawowaniu przez organy odpowiedzialności zawodowej nadzoru w celu zapewnienia, by wykonywanie zawodu zaufania publicznego cechowała odpowiednia jakość, a także by odpowiadało ono usprawiedliwionym oczekiwaniom świadczeniobiorców i nie stwarzało dla nich zagrożenia (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 kwietnia 2006 r., sygn. K 6/06).

Zakres pomocy prawnej świadczonej przez adwokatów, którzy w świetle przepisu art. 17 ust. 1 reprezentują jeden z zawodów zaufania publicznego został określony w przepisie art. 4 ust. 1 ustawy z 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze. Zgodnie z wymienionym przepisem, pomoc ta polega w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami.

W tym miejscu wskazać należy, że ustawodawca nie przewiduje obowiązku tworzenia przez ustawodawcę samorządu osób wykonujących zawód zaufania publicznego, jednak oczywistym jest, iż w sytuacji gdy takowy zostanie już ustanowiony, to zarówno istniejąca forma samoorganizacji jak i te, które mają powstać w przyszłości winny spełniać te same kryteria.

Porównując zakres usług świadczonych przez prawników wykonujących zawód w ramach przepisu art. 4 ustawy z 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze oraz wskazany w cytowanym wyżej przepisie art. 1 projektu ustawy o licencjach prawniczych zakres pojęcia „czynności prawnicze”, stwierdzić trzeba, że zakres usług świadczonych przez adwokatów pokrywa się z zakresem usług, którymi trudnią się licencjonowani prawnicy (por. uzasadnienie do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 kwietnia 2006 r. w sprawie o sygnaturze 6/06, w którym trybunał stwierdził, że działalność opisana w przepisie art. 4 ust. 1a jest działalnością tego samego rodzaju co pomoc prawna świadczona przez adwokatów). Wobec tego wskazać należy, że osoby wykonujące czynności prawnicze w ramach omawianego projektu powinny – podobnie jak adwokaci, zostać zakwalifikowane do grupy zawodów zaufania publicznego. Nie ulega zatem wątpliwości, że w świetle przepisu art. 17 ust. 1 Konstytucji licencjonowani prawnicy powinni być zrzeszeni w formie samorządu zawodowego. Tymczasem zgodnie z projektowaną ustawą, przedstawiciele tego mającego powstać zawodu nie będą posiadać jakichkolwiek organów, które ich reprezentują, a wszelkie kompetencje, począwszy od przyznawania licencji prawniczych, poprzez sprawowanie nadzoru nad wykonywaniem czynności prawniczych należeć mają do powoływanej przez Ministra Sprawiedliwości Prawnicy Komisji Licencyjnej, w której składzie nie będą mogli zasiadać ani przedstawiciele licencjonowanych prawników, nie wspominając już o osobach trudniących się profesjonalnie świadczeniem pomocy prawnej w ramach samorządów.

Przedstawiona argumentacja pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że forsując wejście w życie ustawy o licencjach prawniczych, ustawodawca po raz kolejny naraża się na orzeczenie przez Trybunał Konstytucyjny jego sprzeczności z przepisem art. 17 ust. 1 Konstytucji RP.

III. Analizując postanowienia projektu ustawy o licencjach prawniczych, należy mieć na względzie także orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 19 kwietnia 2006 r. (sygn. akt 6/06) w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze. Zgodnie z przepisem art. 4 ust. 1a przepis ust. 1 nie stanowi przeszkody do świadczenia pomocy prawnej, o której mowa w ust. 1 przez osoby posiadające wyższe wykształcenie prawnicze, z wyjątkiem zastępstwa procesowego, chyba że osoby te działają na podstawie przepisu art. 87 § 1 k.p.c. w charakterze pełnomocnika pozostającego w stałym stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia, bądź też sprawującego zarząd majątkiem lub interesami strony. Przepis art. 4 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze wylicza zaś kategorie czynności, które składają się na wykonywanie zawo-

du adwokata. Są to udzielanie porad prawnych, sporządzanie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz występowanie przed sądami i urzędami. Ustosunkowując się do zarzutu niezgodności przedmiotowego przepisu z Konstytucją, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że świadczenie pomocy prawnej w zakresie właściwym dla adwokatów przez osoby legitymujące się wyłącznie wyższym wykształceniem prawniczym, niebędące adwokatami lub radcami prawnymi przy uwzględnieniu przepisu art. 17 ust. 2 Konstytucji RP umożliwiającego wykonywanie zawodów w ramach korzystania z wolności gospodarczej, powinno polegać na świadczeniu usług prawniczych o mniej złożonym charakterze. W jednym z wcześniejszych orzeczeń Trybunał stwierdził zaś, że ustawodawca powinien otworzyć możliwość świadczenia pomocy prawnej w ograniczonym zakresie przez osoby, które legitymują się ukończeniem wyższych studiów prawniczych i uzyskały tytuł zawodowy magistra prawa (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 maja 2001 r. w sprawie o sygn. K 30/01).

Ustawodawca nie powinien projektować regulacji prawnych, które w sposób oczywisty naruszają ustanowione w Konstytucji zasady. Przepisy projektu ustawy o licencjach prawniczych przewidują zaś przyznanie uprawnienia do świadczenia pomocy prawnej w tym samym zakresie co adwokatom prawnikom, którzy nie będą podlegać tym samym rygorom co pozostałe zawody zaufania publicznego. Tezy zawarte w uzasadnieniu cytowanego wyroku w zakresie dotyczącym przepisu art. 4 ust. 1a ustawy nowelizującej Prawo o adwokaturze prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż wszelkie formy pomocy prawnej świadczone przez osoby nienależące do samorządu adwokatów lub radców prawnych powinny być wykonywane jedynie w zakresie, który jest węższy od tego, który jest właściwy dla zawodów zaufania publicznego. Wykonywanie zawodu, o którym mowa w przepisie art. 17 ust. 1 Konstytucji RP powinno bowiem należeć wyłącznie do osób zrzeszonych w samorządzie zawodowym.

IV. Zgodnie z założeniami projektu ustawy o licencjach prawniczych, zasadniczą przesłanką przemawiającą za koniecznością wejścia w życie analizowanego aktu prawnego jest niewystarczająca liczba adwokatów i radców prawnych w stosunku do potrzeb społecznych i ilości spraw w polskich sądach. W tym miejscu należy przypomnieć, że uzasadniając konieczność nowelizacji przepisów Prawa o adwokaturze, ustawodawca wskazywał na niezbędne zadośćuczynienie „...rosnącemu zapotrzebowaniu na dostęp do usług prawniczych...”; zwiększeniu konkurencji w ramach wspomnianych zawodów prawniczych, co zaowocować miało podwyższeniem jakości świadczonych usług i ich potaniem oraz wolę przeciwdziałania narastającemu bezrobociu wśród młodych prawników.

Wejście w życie przepisów ustawy o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze innych ustaw otworzyło dostęp do wykonywania zawodów zaufania publicznego poprzez wprowadzenie jednolitych zasad naboru na aplikację oraz umożliwienie przedstawicielom niektórych zawodów wpisywanie się na listy

adwokatów poszczególnych izb bez konieczności uprzedniego odbycia aplikacji adwokackiej.

Znaczne zwiększenie liczby aplikantów adwokackich oraz zasilenie kręgów samorządu przez osoby, które skorzystały z możliwości wpisania się na listy adwokatów lub radców prawnych, pozwala stwierdzić, że powoływany przez Ministerstwo Sprawiedliwości, w założeniach do projektu ustawy o licencjach prawniczych, argument dotyczący konieczności zwiększenia liczby osób uprawnionych do świadczenia pomocy prawnej pokrywającej się z zakresem opisanych w przepisie art. 4 ustawy Prawo o adwokaturze, należy uznać za nieaktualny i sprzeczny z ideą uprzednio wprowadzonych zmian.

V. Abstrahując od przedstawionych wyżej argumentów przemawiających za wadliwością przepisów projektu ustawy o licencjach prawniczych i odnosząc się do wybranych rozwiązań prawnych zawartych w przedmiotowym projekcie, należy wskazać, co następuje.

Jak wskazano powyżej, czynności prawnicze zdefiniowane w przepisie art. 1 projektu ustawy o licencjach prawniczych pokrywają się z zakresem pomocy prawnej świadczonej w ramach wykonywania zawodów zaufania publicznego. Uzyskanie uprawnień do wykonywania zawodu prawniczego, a w szczególności zawodu adwokata co do zasady wymaga odbycia aplikacji adwokackiej oraz zdania egzaminu adwokackiego. Szkolenie aplikantów adwokackich prowadzone jest przez osoby, które cechuje doświadczenie w wykonywaniu tego zawodu i składa się z wykładów poświęconych zgłębianiu wiedzy teoretycznej przyszłych adwokatów oraz praktyki odbywanej u patrona. Ta ostatnia dzieli się na kilka etapów, osiąganym przez aplikantów w miarę zdobywania doświadczenia zawodowego w występowaniu przed sądami oraz organami władzy publicznej. Mając na względzie zapewnienie klientom odpowiedniego poziomu usług, a przede wszystkim zapobieżenie negatywnym skutkom prawnym nieprawidłowych działań rozpoczynających karierę prawników, ustawodawca słusznie, w zależności od stopnia doświadczenia zawodowego, ograniczył zakres spraw sądowych, w których mogą występować aplikanci adwokaccy.

Stwierdzić należy, że przewidziana w projekcie ustawy o licencjach prawniczych możliwość występowania przed wszystkimi rodzajami sądów i trybunałów, nawet przez osoby posiadające licencję I stopnia, tj. absolwentów wydziałów prawa, którzy wykonują czynności prawnicze przez mniej niż dwa lata, uznać należy przede wszystkim za brak konsekwencji w udzielaniu ochrony prawnej potencjalnym klientom osób wykonujących czynności mieszczące się w zakresie działalności osób wykonujących zawód zaufania publicznego i narażenie beneficjentów tych czynności na konsekwencje braku odpowiedniego przygotowania pełnomocników.

Zgodnie z przepisami projektu, uzyskanie licencji II stopnia zasadniczo będzie uwarunkowane udokumentowaniem występowania w charakterze pełnomoc-

nika procesowego w co najmniej 50 posiedzeniach sądowych wyznaczonych w celu przeprowadzenia rozprawy, ale nie mniej niż w 10 sprawach. Analogicznie przedstawiać ma się przesłanka pozwalająca na uzyskanie licencji III stopnia, która przewiduje obowiązek uczestnictwa w odpowiednio większej liczbie terminów sądowych wyznaczonych w ramach rozpraw.

Kryteria przyjęte przez opracowujących omawiany projekt pozornie wydawać się mogą obiektywne, sprawiedliwe. Wskazać jednak trzeba, że biorąc pod uwagę różnorodność rozpoznawanych przez sądy spraw, trudno uznać, by za kryterium porównywalności stopnia doświadczenia w występowaniu na sali sądowej postrzegać liczbę odbytych posiedzeń czy też terminów rozpraw.

Całkowicie niedopuszczalne jest także umożliwienie świadczenia samodzielnej pomocy prawnej osobom, pozbawionym jakiegokolwiek praktyki w występowaniu przed organami wymiaru sprawiedliwości. Takową możliwość wprowadzają zaś przepisy projektu, stanowiące o możliwości uzyskania licencji prawniczej II i III stopnia, które co prawda nie praktykowały przed sądem, ale odbyły sześciomiesięczne szkolenie w jednym z akredytowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości ośrodków. Wedle założeń projektu, liczba jednostek uprawnionych do szkolenia kandydatów ma być nieograniczona, co ma zapewnić poszczególnym z nich możliwość konkurencji „zarówno poziomem, jak i ceną”. Nie trzeba wskazywać, że nauka w jednym z nieograniczonej liczby ośrodków, które z założenia mają cechować się zróżnicowanym poziomem kształcenia, nie zapewni młodym prawnikom dostatecznego i w miarę ujednoliconego stopnia przygotowania do świadczenia pomocy prawnej. Niezależnie od powyższego, należałoby może zadać pytanie czy celem przyświecającym autorom analizowanego projektu jest zapewnienie społeczeństwu możliwości korzystania z profesjonalnej obsługi prawnej, czy też wzbogacenie obszaru działalności gospodarczej o nowe podmioty trudniące się szkoleniem prawników.

Organem sprawującym nadzór nad działalnością osób trudniących się czynnościami prawniczymi na podstawie ustawy o licencjach prawniczych ma być Prawnicza Komisja Licencyjna. Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 projektu ustawy o licencjach prawniczych w jej skład ma wchodzić przewodniczący, 3 zastępców przewodniczącego oraz sześciu członków. Jedynymi i wystarczającymi przesłankami pozwalającymi na powołanie przez Ministra Sprawiedliwości w skład przedmiotowego organu jest pełna zdolność do czynności prawnych i korzystanie z pełni praw publicznych, nieposzlakowana opinia, ukończenie wyższych studiów prawnych w Polsce i uzyskanie tytułu magistra lub ukończenie prawniczych studiów zagranicznych uznanych w Polsce, a nadto rękojmia prawidłowego wykonania powierzonych zadań, brak członkostwa w samorządzie adwokackim lub samorządzie doradców prawnych oraz brak licencji prawniczej.

Ustanowione we wskazanym przepisie warunki umożliwiające zasiadanie w Prawniczej Komisji Licencyjnej pozwalają będą na niemalże dowolne kształtowanie składu tego organu przez Ministra Sprawiedliwości, który poza opisanymi kryteria-

mi nie podlega żadnym innym ograniczeniom w powoływaniu członków Komisji. Oznacza to, że w praktyce najistotniejszą cechą kandydata na członka organu nadzorującego licencjonowanych prawników może okazać się nieodpowiednie doświadczenie w świadczeniu usług prawniczych, lecz nieostre pojęcie rękojmi prawidłowego wykonywania powierzonych zadań.

Reasumując, stwierdzić należy, że analiza przepisów projektu ustawy o licencjach prawniczych prowadzi do wniosku, iż przepisy te są sprzeczne z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP, po pierwsze: z racji wyodrębnienia z obszaru usług świadczonych przez osoby wykonujące zawody zaufania publicznego czynności prawniczych, których zakres jest w istocie tożsamy z zakresem pomocy prawnej świadczonej przez osoby zakwalifikowane do grupy tych zawodów. Po wtóre: niezgodność z Konstytucją proponowanych rozwiązań prawnych wynika z zapewnienia niedostatecznej ochrony usprawiedliwionych interesów potencjalnych beneficjentów licencjonowanych prawników, która to może być konsekwencją wejścia w życie omówionych w niniejszym opracowaniu szczegółowych rozwiązań prawnych umożliwiających wykonywanie czynności prawniczych osobom pozbawionym odpowiedniego przygotowania.

Damian Szczepański

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie najważniejszych zmian wprowadzonych ustawą z 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹. Autor, przedstawiając te zmiany, sięgnął zarówno do treści uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 127), przekazanego Sejmowi w dniu 19 października 2005 r., jak i do treści uzasadnienia autopoprawki do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 127-A), przekazanego Sejmowi w dniu 13 grudnia 2005 r.

Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych² (dalej: Pzp) weszła w życie 2 marca 2004 r.³, zapewniając przede wszystkim pełne dostosowanie polskiego prawa w zakresie zamówień publicznych do wymogów Unii Europejskiej. W ramach systemu zamówień publicznych w Polsce definicja zamówienia publicznego zmieniała się w istotny sposób na przestrzeni kilku ostatnich lat. Do 26 października 2001 r. definicja zawierała element finansowania zamówienia ze środków publicznych w całości lub w części. Po tej dacie zamówienie publiczne definiowane było jako opłacane przez zamawiającego usługi, dostawy lub roboty budowlane wykonywane przez dostawców lub wykonawców. Zmiana brzmienia podyktowana była zbliżeniem pojęcia zamówienia publicznego do definicji dyrektywowych. Natomiast od 2 marca 2004 r. definicja zamówienia publicznego została dostosowana w pełni do definicji zawartych w dyrektywach, co wyraża się

¹ Dz.U. z 10 maja 2006 r. Nr 79, poz. 551.

² Tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm.

³ Zastąpiła ustawę z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.).

w uwzględnieniu w niej pojęcia umowy odpłatnej⁴. Przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych została gruntownie znowelizowana przez ustawę z 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Powyższa nowelizacja weszła w życie po upływie 14 dni od dnia jej ogłoszenia, tj. 25 maja 2006 r., i jest największą nowelizacją przepisów regulujących problematykę zamówień publicznych od początku ich funkcjonowania w III Rzeczypospolitej, tj. od 1994 r. Nowelizacja wprowadziła bowiem ponad dwieście zmian, modyfikacji i doprecyzowań. Dokonane zmiany budzą wiele emocji, ponieważ ustawę Prawo zamówień publicznych stosuje około 55 000 podmiotów, a tylko w zeszłym roku kalendarzowym w ramach systemu zamówień publicznych wydano w Polsce blisko 70 mld zł⁵. Z dostępnych danych statystycznych wynika, że wartość zamówień publicznych stanowi także znaczną część Produktu Krajowego Brutto państw członkowskich Unii Europejskiej. Przed ostatnim rozszerzeniem Wspólnot Europejskich szacowano, że corocznie zamawiający w UE wydają około 1,6 biliona euro na towary, usługi lub roboty budowlane, co stanowiło około 16% PKB „piętnastki”, tj. krajów, które pierwotnie tworzyły Unię Europejską, albo inaczej – więcej niż połowę PKB Niemiec⁶.

Konieczność nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych wynikała przede wszystkim z obowiązku implementacji rozwiązań zawartych w nowych dyrektywach unijnych. Udzielanie zamówień publicznych następuje bowiem przy zastosowaniu przepisów krajowych z uwzględnieniem wdrożonych aktów wspólnotowych⁷. Państwa członkowskie Unii Europejskiej zostały zobowiązane do wdrożenia nowych dyrektyw do 31 stycznia 2006 r. W przypadku Polski nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych weszła zatem w życie z niespełna czteromiesięcznym opóźnieniem.

Pierwszy kierunek nowelizacji ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych miał zatem na celu uwzględnić następujące dyrektywy Wspólnot Europejskich:

- dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty

⁴ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych*, Kraków 2004, s. 24.

⁵ A. Wiśniewska, *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych. Część ogólna ustawy (cz. I)*, „Radca Prawny” 2006, nr 3, s. 33.

⁶ M. Lemke, D. Piasta, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Poradnik dla wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne na rynku polskim i na rynkach wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 5.

⁷ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, pod red. T. Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 11; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2005, s. 16.

budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 114), zmienioną rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1874/2004 z 28 października 2004 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 326 z 29 października 2004 r., s. 17), zwaną dyrektywą klasyczną⁸;

• dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 1), zmienioną rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1874/2004 z 28 października 2004 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 326 z 29 października 2004 r., s. 17), zwaną dyrektywą sektorową⁹.

Drugi kierunek nowelizacji ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zmierzał do usprawnienia rozwiązań w pełni pozostających w gestii naszego ustawodawcy. Dotyczy to głównie udzielania zamówień mniejszej wartości, w obrębie których doszło do najbardziej radykalnych zmian, połączonych z wyraźnym złagodzeniem reżimu ustawowego.

Istotny był także trzeci kierunek nowelizacji ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie licznych, a zarazem drobnych zmian ustawy zmierzających do poprawy jej przejrzystości, co miało na celu usunięcie trudności interpretacyjnych, dostrzegalnych zwłaszcza w bieżącym orzecznictwie arbitrażowym i sądowym.

Wprowadzone nowelizacją zmiany Prawa zamówień publicznych podyktowane zostały nie tylko ogólną potrzebą polepszenia regulacji, lecz także koniecznością ograniczenia barier utrudniających tzw. absorpcję środków europejskich przez polskich beneficjentów. Na tym tle odnotować trzeba wyraźne ograniczenie ustawowego reżimu zamówień publicznych w odniesieniu do podmiotów prywatnych, które dotychczas zmuszone były do jego przestrzegania w każdej sytuacji, gdy ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia finansowano ze środków publicznych. Po nowelizacji obowiązek przestrzegania reżimu zawężono tylko do niektórych zamówień budowlanych (enumeratywnie wskazanych w nowym art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp) i to pod warunkiem, że całkowita wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę 5 278 000 euro.

W odniesieniu do zakresu podmiotowego ustawy wprowadzono istotną zmianę, polegającą na uzupełnieniu katalogu zamawiających, zobowiązanych do stosowa-

⁸ Patrz: P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa-Katowice 2006, ss. 242.

⁹ Patrz: P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą sektorową*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa-Katowice 2006, ss. 237.

nia Prawa zamówień publicznych, o związku podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp lub podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zmiana ta ma na celu dostosowanie przepisów ustawy do postanowień dyrektyw.

Utrzymano ostatecznie próg 6000 euro, powyżej którego powstaje obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 4 pkt 8 Pzp). Natomiast wprowadzono nowe unormowanie (art. 4a Pzp), według którego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących obowiązku publikacji ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych, terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, terminów składania ofert, ofert wstępnych i ofert orientacyjnych oraz przepisów ustawy dotyczących odwołań i skarg. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania oraz o zawarciu umowy zamawiający zamieszcza na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych oraz na własnej stronie internetowej (a jeżeli takiej nie posiada, umieszcza w swojej siedzibie w miejscu publicznie dostępnym) – wskazując odpowiednio przedmiot zamówienia, kryteria oceny ofert, a także termin i miejsce składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i składania ofert oraz uzasadnienie wyboru wykonawcy, któremu udzielono zamówienia. W związku ze zmianami w postępowaniach w przedziale 6000–60 000 euro można obecnie stosować uproszczoną procedurę, która pozwala udzielać zamówień szybciej, niż w postępowaniach powyżej 60 000 euro¹⁰.

Zmianie uległa też delegacja do wydania rozporządzenia określającego wzory ogłoszeń. Wzory ogłoszeń przekazywanych Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zostały bowiem określone przez rozporządzenie Komisji (WE) nr 1564/2005 z 7 września 2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (art. 11 ust. 7 Pzp). Z dniem 25 maja 2006 r. weszło także w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 22 maja 2006 r. w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych wydane na podstawie art. 11 ust. 6 Pzp¹¹. Zastąpiło ono rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2004 r. w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich¹². Kolejną zmianą jest rezygnacja z obowiązku przekazywania ogłoszeń o zamówieniu Prezesowi UZP, po uprzednim przekazaniu ich do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Dopuszczona została także możliwość przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektro-

¹⁰ W. Hartung, P. Laudański, W. M. Stodolak, M. Stręciwilk, M. Winiarz, *Zamówienia publiczne po nowelizacji*, Wrocław 2006, s. 73–76.

¹¹ Dz.U. Nr 87, poz. 609.

¹² Dz.U. Nr 48, poz. 460.

niczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej określonej w załącznikach do dyrektyw, tj. <http://simap.europa.eu>¹³.

Z dniem 25 maja 2006 r. weszło w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, wydane na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp¹⁴. Jest to bardzo istotne rozporządzenie, ponieważ w treści nowelizacji wprowadzono kilkadziesiąt przepisów, które wprost odwołują się do progów kwotowych ustanowionych w tym rozporządzeniu. Powyższe rozporządzenie wprowadza tzw. „progi europejskie”¹⁵, powyżej których uzależniono np:

- żądanie od wykonawców przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 1 Pzp),
- żądanie od wykonawców wniesienia odpowiedniego wadium (art. 45 ust. 1 Pzp),
- maksymalnie skrócony 7-dniowy albo 14-dniowy termin do składania ofert w przetargu ograniczonym (art. 52 ust. 1 Pzp),
- dopuszczalność zastosowania procedury negocjacji z ogłoszeniem (art. 55 ust. 1 pkt 5 Pzp), zapytania o cenę (art. 70 Pzp) i licytacji elektronicznej (art. 74 ust. 2 Pzp),
- konieczność zawiadomienia Prezesa UZP w ciągu 3 dni o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 2 Pzp) lub w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 2 Pzp), a także o zamiarze zawarcia umowy na świadczenia okresowe lub ciągłe na czas dłuższy niż 4 lata (art. 142 ust. 3 Pzp),
- 30-dniowy termin związania ofertą (art. 85 ust. 1 pkt 1 Pzp),
- obligatoryjne zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia na roboty budowlane (art. 147 ust. 3 pkt 1 Pzp).

Jednocześnie podniesiono dwukrotnie próg¹⁶ dla udzielania zamówień wielkiej wartości – po nowelizacji wynosi on 10 000 000 euro dla zamówień na dostawy lub usługi oraz 20 000 000 euro dla zamówień na roboty budowlane. Wiążą się z nim zwłaszcza następujące powinności:

¹³ B. Kardas, A. Sołtyńska, *Informator o zmianach w przepisach dotyczących ogłoszeń wynikających z rozporządzenia Komisji Europejskiej ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 12.

¹⁴ Dz.U. Nr 87, poz. 604.

¹⁵ W odniesieniu do zamówień na dostawy lub usługi: a) dla zamawiających z sektora finansów publicznych – 137 000 euro; b) dla państwowych szkół wyższych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także dla zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej – 211 000 euro; c) dla zamawiających sektorowych – 422 000 euro. Natomiast w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane – 5 278 000 euro.

¹⁶ Przed nowelizacją wynosił on 5 000 000 euro dla zamówień na dostawy lub usługi oraz 10 000 000 euro dla zamówień na roboty budowlane.

- zamieszczenia dodatkowego ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim (art. 40 ust. 4 Pzp),
- zawiadomienia Prezesa Urzędu w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania o zastosowaniu trybu negocjacji z ogłoszeniem (art. 55 ust. 2 Pzp),
- zawiadomienia Prezesa Urzędu w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania o zastosowaniu trybu dialogu konkurencyjnego (art. 60b ust. 2 Pzp),
- zaproszenia co najmniej 7 wykonawców do składania ofert wstępnych przy negocjacjach z ogłoszeniem (art. 57 ust. 2 Pzp),
- zaproszenia co najmniej 7 wykonawców do dialogu konkurencyjnego (art. 60d ust. 2 Pzp) bądź do negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 3 Pzp),
- wyznaczenia maksymalnego 90-dniowego terminu związania ofertą (art. 85 ust. 1 pkt 2 Pzp),
- ustanowienia obligatoryjnego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia na dostawy lub usługi (art. 147 ust. 3 pkt 2 Pzp),
- przeprowadzenia przez Prezesa Urzędu obligatoryjnej kontroli uprzedniej (art. 167 ust. 2 Pzp),
- ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (art. 182 ust. 2 pkt 3b Pzp),
- wniesienia w skardze lub w odpowiedzi na skargę o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 196 ust. 2 Pzp).

Nowelizacja rozszerzyła możliwość żądania przez zamawiającego uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przed nowelizacją zamawiający musiał wzywać wykonawców do uzupełniania dokumentów tylko wówczas, gdy nieuzupełnienie skutkowało by unieważnieniem postępowania¹⁷. W innych przypadkach brak oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu skutkowało automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zgodnie z nowym zapisem art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający ma także obowiązek wzywać, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W ustawie Prawo zamówień publicznych przed nowelizacją zamawiający nie miał możliwości żądania wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców. Z dniem 25 maja 2006 r. weszło w życie nowe rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane¹⁸. Nowe rozporządzenie

¹⁷ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 92.

¹⁸ Dz.U. Nr 87, poz. 605.

zostało wydane na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp i zastąpiło rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹⁹.

Z uwagi na położony w dyrektywach nacisk na konieczność ułatwienia korzystania ze środków elektronicznych w toku postępowania o udzielenie zamówienia istotnym modyfikacjom uległy przepisy dotyczące sposobu komunikowania się zamawiającego z wykonawcami. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy mogą po nowelizacji przekazywać, zgodnie z wyborem zamawiającego, niezależnie od wartości zamówienia, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną (art. 27 Pzp). W ramach realizacji zasady pisemności, 25 maja 2006 r. weszło w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego²⁰, wydane na podstawie art. 96 ust. 5 Pzp²¹.

W ślad za dyrektywami stworzono zamawiającym możliwość udostępniania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, bez względu na to, w jakim trybie prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, poza jednym wyjątkiem. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający musi bowiem zawsze udostępnić specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (art. 42 ust. 1 w zw. z art. 37 ust. 2 Pzp). Umożliwienie wszystkim wykonawcom równego dostępu do tych samych informacji zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi jedną z podstawowych gwarancji jawności, przejrzystości i sprawnego przebiegu postępowania o zamówienie publiczne²².

W celu przyspieszenia rozpatrywania środków ochrony prawnej wprowadzono w nowelizacji wiele nowych przepisów, m.in. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może zarządzić łączne rozpoznanie przez zespół arbitrów odwołań, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą tych samych czynności zamawiającego (art. 187 ust. 1 Pzp). 25 maja 2006 r. weszło w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań²³, wydane na podstawie art. 193 pkt 1 Pzp²⁴.

Istotne zmiany nastąpiły 25 maja 2006 r., kiedy weszło w życie rozporządzenie

¹⁹ Dz.U. Nr 71, poz. 645.

²⁰ Dz.U. Nr 87, poz. 606.

²¹ W związku z tym utraciło moc rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 7 kwietnia 2004 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. Nr 71, poz. 646).

²² D. Koba, *Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 23.

²³ Dz.U. Nr 87, poz. 603.

²⁴ W związku z tym utraciło moc rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 marca 2004 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. Nr 56, poz. 547).

Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym²⁵, wydane na podstawie art. 193 pkt 3 Pzp. W konsekwencji utraciło moc rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 18 marca 2004 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym²⁶. Wysokość wpisu od odwołania została po nowelizacji uzależniona od wartości przedmiotu zamówienia oraz od tego, czy zamówienie dotyczy dostaw lub usług, czy też robót budowlanych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – wynosi 10 000 złotych, a gdy wartość postępowania jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – wynosi 20 000 złotych. Natomiast wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – wynosi 20 000 złotych, a gdy wartość postępowania jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – wynosi 40 000 złotych.

Przed nowelizacją ustawa przewidywała wymóg uzyskiwania przez zamawiających zgody (w drodze decyzji administracyjnej) Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych m.in. na zastosowanie niektórych trybów udzielenia zamówień publicznych, powyżej określonych przez ustawę progów²⁷. Nowelizacja ustawy zastąpiła obowiązek uzyskania uprzedniej zgody Prezesa UZP obowiązkiem zawiadomienia Prezesa UZP, gdy zamawiający:

- zastosuje tryb negocjacji z ogłoszeniem, gdy wartość zamówienia na roboty budowlane przekroczy wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi – 10 000 000 euro (art. 55 ust. 2 Pzp),
- zastosuje tryb dialogu konkurencyjnego, gdy wartość zamówienia na roboty budowlane przekroczy wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi – 10 000 000 euro (art. 60b ust. 2 Pzp),
- zastosuje tryb negocjacji bez ogłoszenia, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwotę określoną w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (art. 62 ust. 2 Pzp),
- zastosuje tryb zamówienia z wolnej ręki, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwotę określoną w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (art. 67 ust. 2 Pzp).

Uwzględniając wprowadzone przez dyrektywy regulacje, zmianom uległ tryb

²⁵ Dz.U. Nr 87, poz. 608.

²⁶ Dz.U. Nr 49, poz. 468 ze zm.

²⁷ D. Szczepański, *Zamówienia publiczne*, Pułtusk 2004, s. 102–104.

negocjacji z ogłoszeniem (art. 54–60 Pzp). Po nowelizacji celem negocjacji może być wyłącznie doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji wprowadzone w nowelizacji zmiany miały na celu dostosowanie ustawy do przepisów nowych dyrektyw oraz wyraźne wskazanie różnic pomiędzy trybem negocjacji z ogłoszeniem a trybem dialogu konkurencyjnego. W nowelizacji wprowadzono bowiem nowy tryb udzielania zamówień – dialog konkurencyjny (art. 60a–60e). Ma on umożliwić udzielanie złożonych i skomplikowanych zamówień, w szczególności związanych z projektami infrastrukturalnymi, technologiami teleinformatycznymi lub projektami obejmującymi złożone procesy finansowania. Nowym rozwiązaniem wynikającym z dyrektyw Unii Europejskiej jest także aukcja elektroniczna rozumiana inaczej niż przed nowelizacją. Dlatego też istniejący przed nowelizacją tryb *aukcja elektroniczna* zostaje po nowelizacji trybem, który zaczyna nosić nazwę *licytacja elektroniczna* (art. 74–81 Pzp). Natomiast przewidziana po nowelizacji aukcja elektroniczna (art. 91a–91c Pzp) przestaje być odrębnym trybem udzielania zamówienia, a staje się elektronicznym sposobem wyboru najkorzystniejszej oferty, który może być stosowany po dokonaniu oceny ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Przed dniem 25 maja 2006 r. zawieranie umów ramowych było możliwe tylko w przypadku zamówień sektorowych. W celu ułatwienia udzielania zamówień wprowadzono w nowelizacji możliwość zawierania umów ramowych (art. 99–101 Pzp) także przez zamawiających tzw. klasycznych, np. jednostki sektora finansów publicznych.

Do ustawy wdrożono też dynamiczny system zakupów (art. 102–109 Pzp), który w ślad za dyrektywami jest rozumiany jako elektroniczny sposób udzielania zamówień na dostawy powszechnie dostępne nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępne. Dynamiczny system zakupów nie jest odrębnym trybem udzielania zamówienia, lecz jest ustanawiany z odpowiednim stosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego²⁸.

Przed nowelizacją mniej szczegółowo uregulowana była instytucja koncesji na roboty budowlane, która jest zamówieniem publicznym na roboty budowlane, z tym że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z zapłatą²⁹. Po nowelizacji w odniesieniu do koncesji na roboty budowlane określono m.in., jakie elementy powinno zawierać

²⁸ A. Wiśniewska, *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych (cz. II). Dynamiczny system zakupów. Kontrola udzielania zamówień. Odpowiedzialność za naruszenie ustawy*, „Radca Prawny” 2006, nr 4, s. 6–8.

²⁹ H. Strzelczyk, B. Chojecka, *Zamówienia na roboty budowlane. Poradnik*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 17.

ogłoszenie o koncesji i doprecyzowano obowiązki koncesjonariusza niebędącego zamawiającym³⁰.

W zakresie dotyczącym zamówień sektorowych (art. 132–138f Pzp) wprowadzono przede wszystkim zmiany w katalogu działalności tzw. sektorowej³¹. Zakresem nowej dyrektywy sektorowej nie są już objęte podmioty udzielające zamówień w celu wykonywania działalności polegającej na świadczeniu usług telekomunikacyjnych. Natomiast obowiązkiem stosowania przepisów dotyczących zamówień sektorowych objęte zostały podmioty, które udzielają zamówień związanych ze świadczeniem przez nie usług pocztowych. W wyniku nowelizacji zamawiający udzielający zamówień sektorowych mają obowiązek stosować ustawę Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia dla dostaw lub usług jest równa lub przekroczy 422 000 euro (dotychczas 400 000 euro), a dla robót budowlanych jest równa lub przekroczy 5 278 000 euro (dotychczas 5 000 000 euro). W nowelizacji wprowadzono zmiany w Dziale VII ustawy o odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy, dotyczącym odpowiedzialności tzw. zamawiających sektorowych. Uchwalono bowiem dodatkowy katalog naruszeń sankcjonowanych karą pieniężną (art. 200 ust. 2 Pzp).

W szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszczalna stała się po nowelizacji zmiana sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty, lub jeżeli zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Należy jednak podkreślić, że zmiana sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy jest możliwa tylko wówczas, gdy wykonawca wyrazi na nią zgodę. Zmiany sposobu spełnienia świadczenia nie mogą dotyczyć zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania. Umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 140 ust. 2 i 3 Pzp).

Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych rozszerzyła uprawnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie kontroli w porównaniu z uprawnieniami zawartymi w starej ustawie z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Celem takich rozwiązań było wypełnienie zobowiązań wynikających z rządowego programu zwalczania korupcji – „Strategii Antykorupcyjnej Rządu”, w której zamówienia publiczne przedstawiane są jako jeden z głównych obszarów narażonych na występowanie zjawisk korupcyjnych³². W zakresie kontroli uprzedniej w wyniku nowelizacji zmianie uległa wartość zamówienia, której przekrocze-

³⁰ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 453–459.

³¹ A. Niedziela, *Zamówienia sektorowe. Poradnik*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 29.

³² G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce. Studium prawne*, Warszawa 2005, s. 263.

nie skutkuje obowiązkiem przeprowadzenia tej kontroli. Do dnia 25 maja 2006 r. kontrola uprzednia była obligatoryjna, jeżeli wartość zamówienia przekraczała dla robót budowlanych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 5 000 000 euro. W nowelizacji wprowadzono progi w wysokości, odpowiednio 20 000 000 euro dla robót budowlanych i 10 000 000 dla dostaw lub usług. Zmiana ta wynikała z sygnalizowanej potrzeby przyspieszenia postępowań o udzielenie zamówienia, finansowanych ze środków funduszy strukturalnych oraz Funduszu Spójności.

Z dniem 25 maja 2006 r. zniesiono także instytucję obserwatora (uchylone art. 177–178 Pzp), który sporządzał informację o przebiegu prac komisji przetargowej w postępowaniach powyżej 10 000 000 euro (dla robót budowlanych) oraz powyżej 5 000 000 euro (dla dostaw lub usług).

Na zakończenie warto podkreślić, iż obecnie trwają prace nad kolejnym projektem nowelizacji ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Rządowy projekt nowelizacji trafił już pod obrady Sejmu RP. Fundamentalną propozycją zmianą jest podniesienie progu, powyżej którego powstaje obowiązek stosowania ustawy (obecnie jest to 6000 euro). W projekcie nowelizacji przewiduje się, że nie będzie obowiązku stosowania ustawy do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro.

Przygotowywane zmiany będą głównie dotyczyć środków ochrony prawnej, a przede wszystkim tzw. arbitrażu³³. W miejsce rozdziału o arbitrach planuje się bowiem wprowadzić rozdział, który powołuje do życia Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Orzecznictwo zespołów arbitrów jest niejednolite, a wręcz często rozbieżne. Pomimo takich samych stanów faktycznych zapadają nieraz odmienne wyroki. Niejednokrotnie w tym samym postępowaniu różne składy orzekające odmiennie interpretują przepisy. Dlatego też, zgodnie z projektowaną nowelizacją, obecnych arbitrów mają zastąpić członkowie Krajowej Izby Odwoławczej, którzy nie będą mogli być zatrudnieni nigdzie indziej, jak to jest obecnie. Ma to pozwolić na skupienie się na orzekaniu, analizie prawa i własnego orzecznictwa, a także na doskonaleniu zawodowym. W skład Krajowej Izby Odwoławczej wchodzić będzie nie więcej niż 100 członków powoływanych i odwoływanych przez Prezesa Rady Ministrów spośród osób spełniających określone wymagania i wyłonionych z najlepszymi wynikami w postępowaniu kwalifikacyjnym.

³³ W. Łysakowski, *Środki ochrony prawnej. Poradnik*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 34–46.

BEZ TOGI



Stanisław Mikke

Dominantem być

Czy może zapanować całkowita równość? Byli tacy, którzy przekonywali, że to możliwe. Któż nie zna trójśłowia: wolność, równość, braterstwo. Ci, którzy zamierzali tę ideę wprowadzić w realność, zaczęli od podziału na „naszych” i „tamtych” stojących na przeszkodzie wszechrówności. Z „tamtymi” krwawo się rozprawiali. Ale dość szybko wśród „samych swoich” poczęli dostrzegać różnych. I ścinali sobie nawzajem głowy.

Po stu kilkudziesięciu latach ów okrutny mechanizm powtórzył się gdzie indziej, tylko, że na skalę o ... piekło większą. Hegemonia mająca na sztandarach równość i konkurująca w bestialstwie z inną, o krótszym żywocie, przeżyła kilkadziesiąt lat, a jej niedobitki wegetują nadal.

Można zatem stawiać na to, że równość, nigdy i nigdzie nie zrealizowana, pozostanie do skończenia tego świata w sferze utopii. Bo przecież dążenie do osiągnięcia przewagi, a nazywając rzecz po imieniu – do dominacji, jest siłą mogącą się chyba mierzyć z instynktami biologicznymi.

Ale czy dominacja jest celem samym w sobie? Posiada niewątpliwie „wartość użytkową”, ma zapewnić dostęp do pożądanых dóbr i sławę, może też przynieść przyjemność z pokonania rywali bądź władzę.

Miał cieszyć się słońcem i pogodą przedwczesnego lata trafiła mi się niezwykła lektura. To trochę, jakby niejeden powiedział, klin klinem. Bo chciałoby się oderwać od toczonych wokół bezustannych zmagania, a tymczasem, jakby na przekór poszukiwaniom innych nastrojów odnajduje się kogoś, kto usiłuje opisać ze wszystkich dostrzeganych stron ważny fenomen. Książka pt. „Retoryka dominacji” Jacka Wasilewskiego, młodego naukowca z Uniwersytetu Warszawskiego, wciąga jak narkotyk. Im dalej, tym pokusa większa, by „pokonać” pięciusetstronicowe tomi-

ska. Pokusa, aby podpatrzeć, zrozumieć, rozpoznać mechanizmy, i w efekcie nie dać się podporządkować, a przynajmniej usiłować do tego podporządkowania nie dopuścić. Nie pozwolić podporządkować siebie (bądźmy szczerzy, nikt nas tu nie słucha), najbliższemu otoczeniu, w domu, w pracy, w grupie społecznej. Zapobiec również temu, aby stać się obiektem manipulacji w szerszym wymiarze.

Pragniemy być wolni we wszystkich możliwych układach i płaszczyznach. Nawet ktoś, kto decyduje się przyjąć taką czy inną rolę podporządkowanego, w cichości ducha nigdy nie pozbywa się drzemiącego instynktu wolności. I kiedy dominant, a może lepiej byłoby sięgnąć po inne jeszcze, nie występujące w książce sparafrazowane określenie dominator (te słowa dobrze oddają istotę rzeczy), no więc gdy ten dominant-dominator przekracza, a o to, mój Boże, jakże łatwo, tę niewidzialną granicę, może spotkać się z nieoczekiwaną reakcją. Jak to mówił mój przyjaciel w burzliwym czasie 80–81, można nieraz przyginać komuś kark do ziemi, długo, bardzo długo i nisko. Ale jest taki moment, że to już tak zaczyna doskwierać, tak boleć, że poddany uległości szarpnięciem powraca do postawy wyprostowanej. Aby, jak Pan Cogito „spojrzeć losowi prosto w oczy”, niezależnie od tego, jaki miałby być ten los. Mieli się o tym przekonywać dominujący wielokrotnie na przestrzeni dziejów, a u nas także w najnowszej historii.

Chęć wytworzenia układu dominujący – podporządkowany jest grą społeczną, w której do wygrania są inni, a do przegrania... uwaga! sam gracz. Dominacja – idziemy z autorem śladami myśli różnych filozofów – dotyka sfery wolności. Ktoś, kto zrywa z podporządkowaniem się komuś będącemu ponad nim, odkrywa „ideę losu”. Precz z podległością, również niewidzialnemu. Los mam w swoich rękach. Sam będę jego kowalem. Mieć zatem władzę, nakazywać, rządzić. Któż lepszym nauczycielem był, jak nie Machiavelli.

Jacek Wasilewski (kto wie, może zatrzymałem wzrok na jego książce z powodu zbieżności imienia i nazwiska z niedawno zmarłym, znanym adwokatem) naprawdę oszałamia wszechstronnością. Patrzy na dominację z punktu widzenia językoznawstwa, filozofii, socjologii, psychologii i praktyki politycznej. Nie brakuje przywołań literatury pięknej, od Strindberga, Brechta, do Mickiewicza, Gombrowicza, Słonimskiego, Brzechwy i Mrożka. Nie brak cytatów z polityków: od Leppera (*Nie jestem dyktatorem, ale macie mnie słuchać.*) i Rokity (*Ktoś musi dać panu odpór. Pan próbuje zastraszyć polską politykę.*) do Wałęsy (*Ja sam wybrałem to miejsce, w którym jestem, ja nie zrezygnowałem z gry. Ja tylko oddałem pozycję...*) i Busha (*Nie ugnę się, nie spoczne, nie zmiękne.*). I przy całej powadze rozważań nie brak tonacji lżejszej, co znakomicie sprzyja przyjmowaniu, chwilami treści *stricte* naukowych. „Nasze uwagi – pisze Wasilewski – są wprawdzie arbitralne, ale zdajemy sobie sprawę z tego, że całkowity obiektywizm w tym temacie byłby iluzją. A poza tym... naprawdę jest tak, jak opisujemy”.

Wasilewski mówi, że retoryka, nauka o wpływie za pomocą słowa, jest w pewnym sensie „inżynierią zgody” między nadawcą komunikatu a jego odbiorcą. Retoryka jest więc narzędziem perswazji, a ta zakłada wolność odbiorcy wobec nadaw-

cy. Im większa dominacja, tym oczywiście mniej wolności. Demokracja zakłada równorzędność. Dominacja jawnie ją niszczy. To się zazwyczaj niezbyt podoba. Ale od czegoś gry dominacyjne i manipulacje polegające na... maskowaniu dominacji, np. zasada *servus servorum*. Jam przecie służyć twoim.

Ale nie samą polityką żyje człowiek. Jak i dominacja nie tylko nią się żywi. Z zainteresowaniem zatem przeczytamy te fragmenty, które tyczą dominacji w relacjach damsko-męskich. Autor przywołuje pogląd, według którego „polityka seksualna” powstaje w wyniku wychowania w porządku patriarchalnym. Prowadzi to do reguły określającej męskość jako normę. I dalej, zdaniem niektórych teoretyków w schemacie klasyfikacyjnym nie ma podziału ludzkości na dwie równe części. Są męsko-pozytywni i męsko-ujemni. Przypisywanie męskości jest tym samym zarezerwowane dla dominujących, a ujmowanie jej spycha na pozycje podporządkowane. I nie jest to równoznaczne z podziałem pod względem płci. Ilustracją tego stereotypu, który ma się dobrze, jest ponoć prawdziwa wypowiedź izraelskiego generała Ben Guriona o premier Goldzie Meir, iż jest ona „jedynym mężczyzną” w swoim rządzie.

Kategoria mężczyzny, pójdźmy tropem wywodów Wasilewskiego, jest stworzona jako kategoria kulturowa – trzeba na nią zapracować. Zachowywać się po męsku, nie „jak baba”. Mężczyzna zależny od kobiety, to pantoflarz. Wtedy ona ma... wiadomo co. Do mężczyzny nikt nie powie *jesteś tylko mężczyzną*, tylko *jesteś przecież mężczyzną*. Do kobiety zaś stosuje się *tylko* jako przywołujące na właściwe miejsce, czyli *jesteś tylko kobietą*, a formuła dyscyplinująca brzmieć będzie: *dlatego, że jesteś kobietą... powinnaś zachować się tak i tak*.

Nie mniej zajmujące są rozmyślenia o krytyce, ocenianiu i osądzaniu, jako źródłach dominacji. Wyrokujący, sędzia (w szerokim znaczeniu tego słowa) stwarza porządek społeczny. Legitymuje swą rolę należąc do „królestwa dobra”. Sędzia potępia, ale może też zdjąć odium. W jego gestii leży także przebaczenie, stosuje tę „łaskę” zazwyczaj wtedy, gdy podporządkowany uznaje, przed nim jako dominantem, swoje winy. Swoimi wyrokami stwarza napięcie między godnymi (postępującymi właściwie) i niegodnymi (postępującymi źle). Za jego dewizę można przyjąć: *Zasługujesz na to*.

Dominacja może i powinna być czymś niezwykle cennym. Użytecznym społecznie w najwyższym stopniu. Bo bez niej nie byłoby jakiegokolwiek rozwoju i postępu. Życie społeczne bez rywalizacji i w konsekwencji dominacji jest nie do wyobrażenia. Występuje ona na każdym poziomie organizacji. I trzeba to podkreślić: podporządkowanie sobie najrozmaitszych stosunków, jeśli czyni to ktoś prawy, daje możliwość karczowania wszelkiego rodzaju wynaturzeń i budowania, bądźmy na tę chwilę nieco górnolotni, lepszego świata. Tylko że... No właśnie. Jak łatwo, jak miękko można wówczas ulec syndromowi zbawcy świata tego. A ta sytuacja, gdy jest pozbawiona stabilnego, niewzruszalnego pod żadnym pretekstem systemu kontroli, zawsze będzie niebezpieczna, bowiem „niekontrolowana możliwość wyrażania dominacji” może przerodzić się w przemoc. Wyraźne tego przejawy obserwujemy nie tak daleko za naszymi granicami.

Przypomnijmy: dążenie do dominacji jest grą społeczną, w której do wygrania są inni, a do przegrania sam gracz. Historia potwierdziła po wielokroć trafność tej myśli.

Na koniec tym razem, wbrew zwyczajowi, oddamy głos autorowi, którego słów, wypowiedzianych co prawda dość specyficznym językiem naukowca, nie dotkniemy żadnym komentarzem.

„Faktem jest, że dominacja może wynikać z retorycznej organizacji tematu, a nie realnej, cennej społecznie przewagi nadawcy. Potwierdzają to wzrost populizmu i erystyczne szermierki polityków. Ponadto niektóre komunikaty publiczne mają charakter wyłącznie dominacyjny, a dążenie do dominacji może ograniczać lub wręcz uniemożliwić komunikację. Dominacja jest potrzebna w organizacji życia publicznego, ale jej nadmiar dezorganizuje. Zwłaszcza ostatnio wzniecane na całym świecie poczucie zagrożenia znacznie ogranicza racjonalną debatę i wartość demokratycznych wyborów. Ważne jest zatem, by w życiu publicznym kontrolować „powszechną chęć kontroli”; nie niszczyć autorytetów, które pozwalają rozeznaczyć się w świecie społecznym, ale też pozostawić na tyle duży niezbywalny margines swobody i niepodporządkowania, aby społeczności demokratyczne nawet na własne życzenie nie mogły się zniewolić”.



Marian Filar

Piski wiosenne

Dzisiejszy felieton trudno będzie uplasować w poetyce jego nadtytułu. W naszym prawie bowiem nie piszczy, a skrzeczy, warczy, ryczy itp. Daleki jestem od egzaltacji czy tym bardziej hysterii. Rzeczy jednak należy nazywać po imieniu. Polskie prawo rozumiane w najszerszy sposób pogrąża się w coraz większym kryzysie. Jego przyczyną jest niewątpliwie głębokie niezrozumienie, i to zarówno ze strony prawo tworzących, jak i je stosujących, starej monteskiuszowskiej idei trójpodziału władz. Nie ogranicza się ona przecież jedynie do kwestii czysto ustrojowych, albo lepiej – organizacyjnych i sektorowych, lecz ma głęboko merytoryczne korzenie. Problem nie polega na tym, która z tych władz jest najważniejsza, która z nich jest „superwładzą”, której podległe są wszystkie inne. Takie rozumienie monteskiuszowskiego trójpodziału jest bowiem właściwe systemom totalitarnym, gdzie najważniejsza skądinąd jest władza pozasystemowa – polityczna, tworzona przez partię.

Klasyczny trójpodział leżący u podstaw każdej prawdziwej demokracji tworzącej i tworzonej przez ideę państwa prawnego polega na tym, że każdy robi swoje. Władza ustawodawcza stanowi prawa, władza wykonawcza je wykonuje, a władza sądownicza kontroluje legalność tego wykonania. Jeśli słyszę publiczne utyskiwania najwyższego przedstawiciela państwa, który z ironią i przyganą określa wyroki Trybunału Konstytucyjnego jako „nieuchylalne veto”, ze smutkiem widzę, że jest to przejaw kompletnego niezrozumienia jego roli. A od takiego niezrozumienia krok tylko do demonstrowanych zresztą ciągotek ku temu, by za karę za owe nieuchylalne veto Trybunału uchylić po prostu Trybunał! No i jesteśmy świadkami wojny między Prezydentem i Premierem a Trybunałem. A tymczasem zamiast potrząsać szabelką i ironizować na temat „nieomylnych mędrców”, lepiej byłoby zadbać o to, by procedura ich wyłaniania i powoływania była maksymalnie odpolityczniona i by to były osoby naprawdę najbardziej kompeten-

ne i niezależne, a nie jedynie „nasi”. W przeciwnym razie Trybunał będzie po prostu ornamentálną instancją władzy wykonawczej. A nie o to przecież chodzi.

Drugim grzechem śmiertelnym, tym razem ze strony władzy ustawodawczej, jest głębokie przekonanie o swym cudownym wręcz namaszczeniu, które dokonuje się niejako automatycznie po przekroczeniu bram zwalistego gmaszyska na Wiejskiej. Na telewizyjnym ekranie Posłanka rządzącej partii, w związku ze stanowiskiem eksperta jednej z sejmowych komisji, młodego skądinąd profesora prawa o znakomitych kompetencjach, jak to się mawia – z najwyższej półki – mówi mniej więcej tak: „na szczęście o treści prawa nie decydują profesorowie prawa tylko my, posłowie.” Jeśli wypowiedź tę traktować jako ocenę bieżących legislacyjnych realiów, to Posłanka ma niestety rację. Tylko właśnie w tym problem. Nie wiem, jaki jest zawód naszej bohaterki. Ale wiem tylko, że jeśli chodzi o prawnicze kompetencje, to porównania z profesorem, o którym z nieukrywaną pogardą mówi – ze względu na kurtuazję dla dam (niech będzie!) – nie wypada wręcz czynić.

Droga Pani Poseł! W sejmowej restauracji nie serwują na razie owoców z „drzewa poznania dobra i zła”, zaś prawniczą wiedzę uzyskuje się dzięki wieloletnim studiom, a nie nadprzyrodzonej iluminacji.

Grzech trzeci to traktowanie prawa jako zespołu karcianych trików rodem z kiepskiego westernu. Jeżeli z ust jednego z najbardziej prominentnych polityków słyszę oburzenie, iż ktoś śmiał mieć za złe pewnemu posłowi, że ten pominął przed Trybunałem Konstytucyjnym niektóre fakty związane z zarzutem rzekomo konfidenckiej przeszłości jednego z jego sędziów, bo przecież „strony procesowe mogą korzystać ze wszelkich możliwości, które zapewnia im procedura”, dobrze widzę, iż ktoś pomylił proces stosowania prawa z czymś całkowicie innym. No i jak tu się dziwić, że w polskim wiosennym prawie nie tylko piszczy, lecz dochodzą z niego o wiele bardziej dramatyczne odgłosy.



Andrzej Bąkowski

W drodze do Innego

Wkrótce po śmierci Ryszarda Kapuścińskiego (23 stycznia 2007 r.), autora m.in.: „Cesarza”, „Szachinszacha”, „Hebanu”, „Podróży z Herodotem”, cyklu „Lapidariów”, dostałem tom złożony z siedmiu wywiadów przeprowadzonych z pisarzem w latach 1991–2005 przez Witolda Beresia i Krzysztofa Burnetko wspólnie pracujących i publikujących od czasu stanu wojennego. Od 1989 r. jako dziennikarze „Tygodnika Powszechnego” przeprowadzili wiele wywiadów z intelektualistami, politykami, ludźmi kultury. Serię rozmów z Ryszardem Kapuścińskim zasugerował im redaktor naczelny „Tygodnika”, Jerzy Turowicz.

Sam już wówczas w podeszłym wieku, Turowicz zarekomendował swoim młodym współpracownikom postać Ryszarda Kapuścińskiego jako niezwykłą osobowość pisarską. I tak powstała koncepcja siedmiu wywiadów z pisarzem, która była realizowana przez bez mała 15 lat. Ostatni wywiad odbył się pod koniec 2005 r. Potem było jeszcze krótkie spotkanie W. Beresia na Starym Mieście w Warszawie w listopadzie 2006 r., podczas którego pisarz sygnalizował konieczność pobytu w szpitalu w styczniu 2007 r.

Jak wiadomo, w szpitalu zmarł.

Wywiady są dobrym źródłem interpretacyjnym twórczości R. Kapuścińskiego, jego poglądów na różnorodność otaczającej nas rzeczywistości. Nadto rzucają specyficzne światło na samą osobowość pisarza, jakim w istocie był człowiekiem. Jego wyznanie uczynione w trakcie wywiadów, że „nie ogarnia świata” może wprowadzać w zdziwienie, bo kto jak kto, ale on świat poznał „od podszewki”. Wedle Jerzego Pilcha w ostatnich latach Kapuściński, który „widział wszystko”, „zaznał wszystkich klimatów”, szukał metafory, klucza do świata. A zatem co? Sądzę, że nasz pisarz stwierdził po prostu, że świata ogarnąć nie można. I tak należy traktować tę intrygującą, pełną intelektualnej pokory, wypowiedź.

Trzy lata temu odbyłem jakby śladami Kapuścińskiego z jego najwybitniejszą

ostatnią dużą książką „Podróże z Herodotem”, fascynującą „objazdówkę” turystyczną po Turcji. Dałem temu wyraz na łamach „Palestry” 2004, nr 11–12. Na Herodocie pisarz uczył się wielkiego dziennikarstwa i reportażu. Kapuściński, zmęczony po latach nieustannego „przekraczania granic w przestrzeni” sens swej niezwykłej książki zdefiniował jako „przekraczanie granicy w czasie”. Mocą ogromnej wyobraźni, ale i wiedzy (Kapuściński to historyk z wykształcenia), zapragnął znaleźć się w innym, przeszłym czasie. Zrobił to, przyznajmy, znakomicie. Patrzył na Herodotowy opis dziejów sprzed 2500 lat, na ówczesne wojny Persów, Kserksesa i Dariusza, bitwy, zdobyte miasta, niewyobrażalne rzezie. Kapuściński radzi, by książki tak wybitne, jak opowieści Herodota czytać wielokrotnie, za każdym następnym czytaniem odnajdować nowe warstwy, nowe treści, obrazy i sensory. „Bo w każdej wielkiej książce jest kilka książek, trzeba tylko do nich dotrzeć, odkryć je, zgłębić i pojąć”. Herodot wedle Kapuścińskiego był „człowiekiem pogodnym, rozluźnionym, życzliwym, bo tylko przed takim obcy odsłaniają tajemnicę.” Tu pisarz, jakby mimo woli, odkrywa fundament swojego warsztatu, kunsztu reporterskiego i pisarskiego, swojego, przecież ogromnego, powodzenia jako mistrza gatunku. Ponuracy zamknięci w sobie, wywołują u innych chęć odsunięcia się, budzą lęk. Następuje brak możliwości poznania Innego, człowieka, do którego pisarz był w nieustannej drodze. Myślę, że Kapuściński na progu reporterskiego przeznaczenia w podróży do Indii (1955 r.) przyswoił sobie w dużej mierze styl myślenia, a nawet życia na wzór Herodota, wiecznego wędrowca. Kapuściński, i to jest najbardziej kapitalnym wątkiem książki, uważa Herodota za „naszego współczesnego”, tak jak z resztą w wypadku wszystkich innych geniuszy, których wydała ludzkość, Sokratesa i Platona, Pascala i Bacha, Michała Anioła i Szekspira. Słuchamy, czytamy i zgłębiaamy ich pisma jakby tworzyli dziś.

Co wiedzieli przystępując do pierwszego spotkania z Kapuścińskim dwaj młodzi dziennikarze? Te najbardziej ogólne i głośnie rzeczy, jak to, że cztery razy groziło mu rozstrzelanie, że był na dwunastu frontach, że biegle zna pięć języków (angielski, rosyjski, francuski, hiszpański, portugalski), że prawie nie pije alkoholu, nie pali („mam słabą głowę, a nie mam czasu, muszę pisać – uśmiecha się nieśmiało”), że był w blisko stu krajach. Wiedzą, że ma gigantyczny księgozbiór, nie ma komputera, twierdzi, że nie może się nauczyć nim posługiwać, ma notes, ołówek. Jest człowiekiem pogodnym, sympatycznym. Pisze, jak mówi, dla przyjemności, ale i dla czytelnika, co oczywiste. Domyślają się, że w tym pisaniu jest jakaś tendencja, jakaś chęć naprawiania świata.

Dziennie pisze kilka stron, bo pisanie to ciężka praca, zawsze narzeka, że ma za mało czasu, jeżeli nie pisze to ma poczucie, że marnuje życie i czas.

Pisze powoli, czasem cały dzień jedno zdanie, jak mówi, przypląca je krwią. Musi znaleźć właściwy rytm. Do napisania „Cesarza” długo szukał właściwego słowa, klucza i znalazł je. To maleńki piesek, Lulu, rasy japońskiej, który miał przywilej sypiać w łożu cesarskim. Potem już poszło.

Opowiada rozmówcom jak pracuje nad „Lapidariami”. Tysiące starannych

zapisków skrzętnie gromadzonych latami z interesujących rozmów, lektur, które czekają na odpowiednią chwilę warsztatową, aby się oblec w stosowną formę, gotową do publikacji. Nie ukrywam, że „Lapidaria” stanowią znaczącą część mojego osobistego aktu czytania. Nie mniejszą od „Dziennika Pisanego Nocą” Herlinga-Grudzińskiego. Znakomita, bodźcowa część lektur, aby nie zgłupieć w lawinie miałości lejącej się z mass mediów. Wielka szkoda, że tylko sześć tomów „Lapidariów”. Szczególnie szósty, ostatni jest wzruszający. Kapuściński umarł. Nie będzie więcej „Lapidariów”, a miał przygotowywane następne. Mistrz gatunku, autorytet światowej publicystyki, reportażu, dziennikarstwa, bardziej jeszcze znany w szerokim świecie niż w Polsce. Rozrywany w ostatnich latach życia na wszelkiego rodzaju światowe fora seminaryjne, wykłady na uniwersytetach, odczyty. Młodzież studencka, młodzi adepci sztuki dziennikarskiej chłonili każde jego słowo, ustanowił wzorzec gatunku. Doktoraty honorowe uniwersytetów, laudacje we wszelkich możliwych językach globu. A on, zawsze w drodze z tym swoim ujmującym, nieśmiałym uśmiechem. Dawał niezmordowanie recepty na pisanie, jak pisać dobrze, by słowo docierało do odbiorcy. Nie dawał z reguły recept na uszczęśliwianie świata. Nigdy, mimo ogromnego powodzenia, nie wpadł w megalomanię. Wdowa po pisarzu do dziś odbiera prestiżowe nagrody. Na początku maja br. w polskiej TV oglądałem migawkę z uroczystego spotkania w Bibliotece Publicznej w Nowym Jorku, gdzie czołowi przedstawiciele elity literackiej amerykańskiej i światowej spotkali się, aby w atmosferze żałoby ogarnąć dorobek pisarza.

Bereś i Burnetko w pierwszym wywiadzie z Kapuścińskim w 1991 r. ukazały próbkę jego analizy stosunków panujących w Rosji po rozpadzie ZSRR. Jest to jakby skrót dużej publikacji pisarza o nazwie „Imperium”. Pisarz tam był. Zaobserwował wszelkie objawy rozpadu. W Rosji dominował nastrój strachu, nieustannego strachu przed aparatem administracyjnym, centralnym i lokalnym państwa. Mniejszy strach w dużych centrach, większy na prowincji. Panowała apatia, bieda chroniczna, mówił Kapuściński. Kraj jest potencjalnie bogaty, ale strukturalnie biedny. Spozrzega, że Rosja ma niedobre gleby i dlatego Rosjan ciągnęło w ciągu minionych czasów na południe, do ciepła, na Ukrainę i m.in. dlatego Ukraina jest dla Rosjan tak ważna. Spichlerz. Równie chroniczna jest obawa przed głodem, szczególnie tym głodem, który pisarz nazywa „głodem komunistycznym”. Gdyby nie działki przyzagrodowe (dobrze ten termin pamiętamy), niedołączona gospodarka kołchozowa i sowchozowa, po prostu siebie i kraju nie wyżywiłaby. A mimo to brak nastrojów rozliczeniowych. Rosjanie są fatalistami, godzą się łatwo z losem. To społeczeństwo bardzo konserwatywne, statyczne w myśleniu, mimo świadomości życia w piekle komunistycznym obawa przed zmianami. „Istnieje ogromna połać psychologiczna, której nikt nie dotyka, zginęło kilkadziesiąt milionów ludzi, ktoś ich zabił. Gdzie są oprawcy?”

Istnieje pamięć czystek stalinowskich. Tatuś zginął w obozie, ale syn się dowiadyje, że ojciec przedtem też był oprawcą, służył w aparacie terroru. Lepiej zatem nie dotykać tego. Istnieje, mówił Kapuściński kult świętej Rosji, ludzie się do

niej modłą. Rosjo, wybacz nam nasze winy, nie byliśmy dla ciebie dobrzy. Istnieje przekonanie, że Rosja w komunizm wpadła na skutek międzynarodowego spisku. Rewolucja Październikowa była wymierzona w Rosję. Powtarzają nazwiska przywódców Rewolucji: żydowskie, polskie, łotewskie.

Nasz pisarz barwnie opowiada jak wielkie dobro dla Rosjan stanowi chleb. Wszystko inne nie ma większego znaczenia. Chleb jest miarą wszystkiego, być albo nie być, to znaczy mieć chleb, albo go nie mieć. To jest zakodowane głęboko w ich świadomości. Pamiętam, podczas wizyty u znajomych młodych Rosjan w Leningradzie (dziś już Petersburg), jak śpiewali oni pieśni Włodzimierza Wysockiego o tragedii rosyjskiego żołnierza, który ginął bez sensu w źle dowodzonych bitwach. Płakali przy tym. Spostrzegłem, że skórkami od chleba zbierali resztki zupy z talerzy. Dwadzieścia pięć lat po wojnie! Tak głęboko mieli zakorzeniony w świadomości trzyletni głód Leningradu podczas niemieckiego oblężenia (1941–1944). Rozumiałem ich, bo to było straszne.

To jest tylko próbka trafnych obserwacji Kapuścińskiego na temat Rosji z 1991 roku. Przydałyby się podobne o Rosji Putinowskiej, niestety nie będzie ich.

O Afryce Kapuściński wiedział wszystko i jeszcze coś więcej. Towarzyszył temu kontynentowi w swej pracy reporterskiej przez kilka dziesiątków lat, prawie od początków procesów wyzwania się spod władzy kolonialistów. Świadectwo tej wiedzy i wrażliwości na dramat rozgrywający się nieustannie w Afryce daje ks. Boniecki relacjonując jedną z rozmów z Kapuścińskim: „Ludzkość się nie uratuje, zginie, jeśli te dwa światy (Afryka i bogaty Zachód) będą od siebie tak odległe.”

W wywiadach kłębi się mnóstwo zagadnień. Bereś i Burnetko starają się od pisarza wycisnąć jak najwięcej jego poglądów i ocen. Kapuściński dość wyraźnie nie chciał się odnosić do wewnętrznej sytuacji Polski: „wyjście w świat dawało mi komfort spoglądania na Polskę z dalekiej perspektywy”. Nie chciał i nie umiał się odnosić do swarów i kłótni, kto kogo lubi i dla czego. „My jesteśmy w gruncie rzeczy prowincjonalni i wtórni, a to wszystko już gdzieś widziałem i słyszałem”. Bardzo go niepokoi stan mediów, ich tupet, czasami arogancja i bezwzględność pytań rozmówców. Celuje w tym część młodych polskich dziennikarzy (ładnych dziennikarek, w szczególności), ahistoryczność ich poglądów, wyraźne braki intelektualne, często brak refleksji. Rozmowy prowadzone w mediach wykazują niechęć do ducha dialogu, potrzebnego dystansu do diskutowanych problemów. Kapuściński ma ugruntowany pogląd na polską religijność, tak często lekceważąco traktowaną: „polska religijność jest głęboka, bo jest zanurzona w tradycji kulturowej z tym związanej”. Przyszłość Polski pisarz widzi optymistycznie. Kapuściński nie jest moralistą, nie rzuca anatem, nie daje się uwikłać w spory światopoglądowe. On po prostu analizuje i syntetyzuje procesy występujące w świecie. Czy to nie dosyć, biorąc pod uwagę sposób, w jaki to robi? Jest natomiast absolutnie kategoriyczny, gdy podczas jednej z rozmów nakreślił swój kodeks pożądanych postaw i zachowań dziennikarzy, reporterów, publicystów. Absolutna uczciwość w pisaniu, pełny szacunek dla czytelników, bezbłędny profesjonalizm.

Kapuściński, który za wykorzystanie ogromnego potencjału intelektualnego, za realizowanie niepospolitego talentu zapłacił – jak się wydaje – wysoką cenę, przez całe życie szukał Innego: „Inny jest obok ciebie. Więcej – jest w tobie. Idąc – idziemy zawsze na spotkanie z Innym” („Lapidarium VI”). Okazywał Innemu w swych wielkich i mniejszych publikacjach, tłumaczonych na wiele języków świata nie tylko szacunek. Inny to bliźni, któremu, gdy jest taka potrzeba, należy okazać pomoc i serdeczność. Sam jej często doświadczał.

W mojej ulubionej „Podróży z Herodotem” ten wieczny nomada, który zarówno na bezdrożach dżungli, jak i w aulach uniwersytetów całego świata czuł się jak u siebie w domu, powiedział: „Tak naprawdę nie wiemy, co człowieka ciągnie w świat. Ciekawość? Głód przeżyć? Potrzeba nieustannego dziwienia się? Człowiek, który przestaje się dziwić jest wydrążony, ma wypalone serce. W człowieku, który uważa, że wszystko już było i nic nie może go zdziwić, umarło to co najpiękniejsze – uroda życia”.

PROCESY ARTYSTYCZNE

Marek Sołtysik

PORUSZONE ZDJĘCIE PRZYBYSZEWSKIEGO (cz. 6)

Nie ma spokoju do końca

„Wysoki, szczupły, o długich nogach, chodził krokiem marynarskim, nochal miał duży, uszy trochę odstające, ręce o długich palcach i krogulczych paznokciach” – tak Przybyszewskiego widziały Hanka i Janka Kasprowiczówny, córki jego ówczesnej żony.

Do spotkania, pozwalającego na ten portret z bliska (Anna Kasprowicz-Jarocka, „Córki mówią”, Warszawa 1966), mogło dojść dopiero w roku 1913. Jan Kasprowicz – dotychczas nieustępliwy w sporze o możliwość widywania się córek z byłą żoną – w dwa lata po ślubie cywilnym z Marią Bunin, marząc o chwili spokoju – przestał grozić sądem i się ugodził z Jadwigą.

Odwiedziły matkę w bawarskim Rothenburgu, gdzie Przybyszewscy, będąc na letnisku, wynajęli panią osobne mieszkanie w malowniczo położonym domu ludwisarza. Pan Stanisław objawił im się jako gentleman. I znakomity pływak!

Marzec 1927. Od tamtych wakacji minęło 15 lat i oto Przybyszewski w wolnej Polsce płacze na próbie swojej nowej sztuki „Mściciel” – a potem w domu rozszlochany relacjonuje żonie wyszydzanie dramatu przez Józefa Węgrzyna i pomniejszych aktorów.

Przybyszewski – co zauważył świadek epoki Zygmunt Kamiński („Dzieje życia w pogoni za sztuką”, Warszawa 1975) – zmuszał się wtedy do prowadzenia „wysilonej walki o utrzymanie się na pozycji renomowanego pisarza”, co przy niedostatku materialnym, porażkach życiowych i nałogach, doprowadziło go do wyniszczenia. Przygaszone spojrzenie bystrych kiedyś oczu, zadyszka, ledwo słyszalny głos, zduszony i syczący, starcze dreptanie... Pamiętnikarz musiał to mocno odczuć, bo uściskał znajomego po ćwierćwieczu przerwy – od krakowskich czasów tryumfu Młodej Polski. Państwo Przybyszewscy w roku 1924 zjechali do Warszawy. Pisarz,

biegły germanista, został powołany na stanowisko sekretarza w kancelarii cywilnej prezydenta RP Stanisława Wojciechowskiego. Tegoż roku w grudniowy wieczór – w apartamencie architekta Zdzisława Kalinowskiego – na prośbę Przybyszewskiego, ciekawego działalności sekt i rosyjskich raskolników – odbyło się kameralne przyjęcie z udziałem jasnowidza, Stefana Ossowieckiego, znającego szczegóły tych spraw... Ogień na kominku, niepowtarzalny nastrój. „Żaden odgłos hałasu wielkiego miasta nie mógł dotrzeć do zacisznej Kanonii położonej w sercu dzielnicy staromiejskiej”.

Jadwiga Przybyszewska – jak wtedy wyglądała? Dalej pisze Kamiński, artysta plastyk: „Sucha, drobna, zwiędła, przedwcześnie pomarszczona i postarzała, przedstawiała się bardzo godnie. Jej ostry profil upudrowanego białym pudrem oblicza i nastroszone, starannie uczesane włosy zdradzały władczość charakteru i nieustającą, skoncentrowaną czujność. Pewną dostojność osoby podkreślała starannie wykonana z czarnego, sztywnego jedwabiu suknia (...). Jej drobna figurka zagłębiona w fotelu sprawiała wrażenie matronowate, babci, która zasługuje na całkowity szacunek (miała wówczas 55 lat!). Od p. Stanisławowej nie płynął fluid intymnej dobroduszości właściwej większości babek dawniejszego modelu.

Zaskoczony byłem staranną dbałością i dociągnięciem aparycji p. Stanisławowej. (...) To wrażenie ulegało korekturze na widok Przybyszewskiej w ruchu. Jej drobna budowa ciała posiadała dziwną właściwość: była bardzo wąska i jednocześnie płaska. Wyglądało to w ten sposób, jakby jej figura przeszła przez tryby potężnej wyżymaczki i uległa spłaszczeniu”.

„... Czy potrzebuję dodawać, że osoba Przybyszewskiego sprawiła na mnie podobne wrażenie? ... Patrząc na niego, mimo woli przypominałem sobie świetny portret «Przybysza» ręki Wyspiańskiego z najlepszych czasów i porównywałem ze znajdującym się przede mną żywym modelem. Ten niegdyś drapieżny ptak, dziś pozbawiony był krogulczego dzioba; szpony miał wyrwane. W zupełnie nowych odmiennych warunkach powojennego świata musiał czuć się obco – był anachronizmem”.

Z listu Jadwigi Przybyszewskiej do dzieci, pisanego 1 października 1924 r., w dniu nominacji męża i wyznaczeniu im pałacowego *locum*: „Mieszkanie dostaliśmy, ale bardzo kiepskie – «Pod Blachą», widok na Zjazd, słońce południowe i jasne, ale same maleńkie ciupeczki, jeden pokój tylko trochę większy, więc jakoś się rozmieścimy, zresztą «darowanemu koniowi nie zaglądam w zęby»”.

Niebawem, 11 listopada, córka, będąc przejazdem, widziała pięknie już urządzone mieszkanie. Pokoje w amfiladzie – oprócz osobnej pracowni. Antyki okazjnie nabyte na Świętokrzyskiej, kilimy, obrazy, staroświeckie bibeloty. W pracowni pisarza – duże biurko, szafy z książkami, fotografia lwy i jej dzieci, odlew Nike z Samotraki i Chimery z Notre-Dame. Na ścianach – podobizny Beethovena, Chopina, Mickiewicza – rysunkowy portret Jadwigi. Na biurku – fotografia matki pisarza. Nad otomaną wieńce od miłośników talentu.

Przybyszewski chodził po amfiladowym mieszkaniu, obmyślał, co ma napisać. Pantofle skrzypiały. Czasami pogwizdywał niepokojąco. Głos żony:

„Stachu, Stachu, usiądź na chwilę!”

Tak bywało i przy gościach.

Przystanął, westchnął: „Ach, jakie to straszne, gdy się musi literacko pracować”.

W kąciaku Jadwigi, w jadalni, zwracały uwagę grawiury – Böcklin i Goya. Według córki ten zestaw był „groteskowo-satyrycznym ujęciem szafu miłosnego”. „A w Böcklinowskiej sentymentalnej kobiecie («Herbstgedanken») zapewne dostrzegła siebie samą”.

Anna Kasprowicz-Jarocka relacjonuje po latach. Ma prawo tak myśleć. Cze-
mu jednak postanowiła zapomnieć o faktach poruszonych w swojej wcześniejszej książce „Poeta i miłość” (Warszawa 1958)? Otóż, nie Kasprowicz był pierwszą „ofiara” Jadwigi z Gąsowskich. Przecież dwudziestoletnia była już po słowie z medykem Józefem Zgórkim i do końca życia nie mogła sobie wybaczyć, że tak łatwo poddała się woli swego ojca, który nakazał jej zerwać kontakty z narzeczonym, ponieważ ten zachorował na gruźlicę. Gdy opuszczony pan Zgórek umarł, nowy narzeczony, Kasprowicz, w liście ze Lwowa do Krakowa, skutecznie odradził Jadwidze pójście na jego pogrzeb. Nieboszczyk zresztą jakoś od czasu decydującej rozmowy z papą Edwardem Gąsowskim, nadinspektorem kolejowym ck, stał się... nałogowym morfinistą!

Niby to Przybyszewski zostawił tyle ofiar na swojej drodze... A sam Jan Kasprowicz? Toć dopiero podczas formalności niezbędnych do zawarcia ślubu z Jadwigą dowiedział się, że na pewno jest wdowcem. Teodozja Szymańska, jego młodzianka żona, którą opuścił podczas studiów we Wrocławiu, wkrótce po rozstaniu zapiła się z żalu.

Uciekali od życia w stolicy wolnej Rzeczypospolitej, gdzie – chyba już tylko wskutek narkomanii Przybyszewskiego – byli zadłużeni jak zawsze. Pisarz skwapliwie skorzystał z zaproszenia swoich przyjaciół, państwa Marii i Józefa Znanięckich, do ich dworku w Jarontach koło Inowrocławia. Rozgoryczony – bo nie otrzymał spodziewanej nagrody literackiej miasta Poznania (liczył na te zbawcze 10 tysięcy złotych, wówczas opłaciłby nie tylko 265 zł czynszowych zaległości, służącą, krawca, który nie chciał mu wydać ubrania, odzyskałby meble opisane przez komornika). Nagrodę – literacką, podkreślmy – przyznano... Romanowi Dmowskiemu. W tym stanie rzeczy w Poznaniu ukonstytuował się komitet obywatelski dla pomocy dobiegającemu sześćdziesiątki pisarzowi. Załatwiono mu trasę dobrze płatnych spotkań autorskich w Poznaniu i w Krakowie.

Państwo Przybyszewscy byli zmęczeni. Wyczekiwany spokój nie nadszedł. Poprzednią gościnę w Jarontach przerwała choroba. Wiosną pisarz musiał wrócić do Warszawy, żeby poddać się poważnej operacji okostnej. Jeszcze zdążyli wyjechać na lato do Fuschl w Alpach Salzburskich. Tymczasem – choć zasłużony – odznaczony Krzyżem Oficerskim i Krzyżem Komandorskim Orderu Polonia Restituta – Przybyszewski dostał ponaglenie z Zarządu Zamku i Łazienek Królewskich, wzywające do uregulowania mocno zaległego czynszu (w przeciwnym razie odetną w

mieszkańcu elektryczność i wstrzymają przydział opału). Jak wyżyć w Warszawie? A? I stąd jesień w gościnnych Jarontach.

Tam przez tydzień nie opuszczał łóżka. Ataki duszności, powikłania pobronchiotowe, serce osłabione wskutek zwapnienia naczyń krwionośnych. Ale żyć z czegoś trzeba. Wstał. Rano 23 listopada 1927 roku w oczekiwaniu na samochód do Poznania potwierdził jeszcze telefonicznie gotowość wygłoszenia odczytu na Uniwersytecie. (O Kasprowiczu). Zza okien dobiegł odgłos otwierania garażu. Jadwiga właśnie wysłała list ze słowami: „Tutaj, w Jarontach, znowu zjeżdża się okolica, by oglądać to ciekawe zwierzę Przybyszewskiego”. Przystanąła na schodach, jak zwykle nie mogąc się napatrzeć metodyczności, z jaką mąż spacerował po pokoju... i zemdląła po usłyszeniu odgłosu padającego ciała człowieka. Nie do porównania z żadnym innym odgłosem.

Umarł. O czym przed mgnieniem rozmyślał, spacerując? O kilka mil od miejsca urodzenia, na Kujawach, po czterdziestu latach ciężkiej pracy twórczej, nie miał nic – poza ofiarami, z których zostanie rozliczony... Pisarz takiej klasy – i społecznik, i odkrywca dla historii sztuki Edvarda Muncha – mógł jeszcze tylko liczyć na pogrzeb na koszt państwa.

To był ostatni etap na drodze życia Przybyszewskiego. Poprzednie znamy. W trakcie zawirowań wojny światowej trafił w Poznańskie. U Jerzego Hulewicza w Kościankach nie tylko tworzył, lecz już w roku 1917 objął redakcję ekspresjonistycznego czasopisma „Zdrój” braci Hulewiczów. To on, „Przybysz” – jak ongi do „Życia” – przyciągnął do „Zdroju” ważne nazwiska. Publikowali: Berent, Orkan, Przerwa-Tetmajer, Kasprowicz... Nie minął rok i wskutek zawirowań rodzinnych (Jadwiga obstawała przy projekcie przeniesienia się z Monachium do Pragi) zachwiała się prosperity „Zdroju”. Na szczęście, po roku nieprzemysłanych peregrynacji, państwo Przybyszewscy osiedli w Poznaniu. Młody zamożny przemysłowiec i prezydent Dyrekcji Poczty poznańskiej Wacław Dziabaszewski (Stanisława Przybyszewska – nieślubna córka Przybyszewskiego i Anieli Pająkówny – z niechęci do filistrów odtrąci jego rękę) wyrobił pisarzowi na poczcie stanowisko „zawiadowcy biura tłumaczeń” i zapewnił mieszkanie w gmachu dyrekcji. Wielbicieli poety, ludzie skądinąd wartościowi (w tym Jan Panieński, grafik, literat i działacz społeczno-kulturalny – niebawem zięć – z którego przeżycia sanitariusza frontowego uczyniły morfinistę) znosili Przybyszewskiemu do biura całe opakowania narkotyków, inni w tajemnicy przed Jadwigą dostarczali do domu spirytualia.

(Panieński w końcu poślubi Stanisławę – ale zanim sam z przedawkowania runie martwy na ulicy Paryża, wciągnie żonę w ten nałóg. Narkotyki będą ją, dwudziestotrzyletnią, dobijać przez następnych dziesięć lat, ale i pozwolą samotnej, przemarzającej w baraku w Gdańsku napisać „Sprawę Dantona” i na dwa lata przed śmiercią dowiedzieć się o premierze sztuki w Warszawie).

Od października 1920 do października 1924 roku – Sopot: w życiu Przybyszewskich stabilizacja. Pisarz (dzięki prezesowi, panu Czarnockiemu) otrzymał stanowisko bibliotekarza Dyrekcji Kolejowej w Gdańsku. W dni powszednie w Sopocie

można go było zobaczyć, jak wsiada do pociągu i – najczęściej w towarzystwie uczonego rabina Gdańska, Abrahama Chene, żydowskiego pisarza, uchodźcy z Rosji, z którym toczył rozmowy o Talmudzie, o Biblii i o Kabale – dojeżdża do Gdańska. Tam, w potężnym gmachu Kolei, przez siedem godzin dziennie tłumaczył na polski zarządzenia wydawane w języku niemieckim i robił dla pracodawcy przegląd prasy.

W wolnych chwilach, z czapką naciśniętą na uszy, w Sopocie spacerował godzinami wzdłuż wybrzeża. Kontynuował rozpoczętą w młodości naukę hebrajskiego. Jego nauczycielem był Saul Blum, polecony przez rabina Chene.

Z Gdańska ogłaszał na całą Polskę mądre artykuły publicystyczne dotyczące potrzeby polskiej kultury, oświaty, opieki zdrowotnej i profilaktycznej nad młodzieżą. Często kończył je apelem o wsparcie społecznej akcji: – „Hej! Hej! Aż do ziemi kłaniam i staniem się przed Wami – Ty, Gubrynowiczu – dumny patrycjusz między wydawcami, mój Drogi Boyu – Tadeuszu Żeleński, Adolfie Nowaczyński...”.

Skąd ten starszy zażawiony pan z zaróżowionymi policzkami wydobyl z siebie tyle sił, żeby agitować, jeździć, chodzić z kapeluszem jako kwestarz i zbierać na szczytny cel? Parandowski i Iwaszkiewicz, młodzi, wytworni, uważali, że on się poniża, ściskając dłonie możnych. Ktoś mówił, że pisarz się upokarza. Helsztyński napisał obiektywnie: „Był amerykański rozmach tej akcji, było bogactwo inwencji, dużo śmiałości, nieliczenie się z możliwością odmowy”. Udało się i cel został osiągnięty – 13 maja 1922 roku uroczyste otwarcie Polskiego Gimnazjum Macierzy Szkolnej w Gdańsku.

Anna Kasprowicz-Jarocka 23 listopada 1927 roku dostała od matki telegram, że Przybyszewski nie żyje. Biegiem na pociąg i do Inowrocławia. Dalej samochodem do Jaront. Bez trumny jeszcze, zmieniony. Twarz obrzmiała – o surowym wyrazie.

Uroczysty pogrzeb Stanisława Przybyszewskiego. Kondukt z udziałem dostojników państwowych i sławnych pisarzy posuwał się wzdłuż urządzonej na tę okazję alei świerkowej na czterokilometrowej trasie na południowy zachód: z Jaront na cmentarz w Górze.

A zaś o cztery kilometry na wschód od rodzinnego Łojewa odbyło się nabożeństwo żałobne „w tym cudownym kościółku w Górze, gdzie mi wielkiej a świętej pamięci ksiądz Kompf dawał pierwszą komunię” – co sam wspominał z nostalgią, w tomie I „Moich współczesnych” (Warszawa 1926). Idealnie zamknęło się koło. Czy przypadek?

Z kraju i ze świata spośród sześciorga dzieci zmarłego zjechały dwie córki. Stasia – w oczach Hanki (Anny Kasprowicz-Jarockiej) – „przystojna, o bladej twarzy, matowej cerze”. Od dwóch lat wdowa. (To właśnie Saul Blum, przyjaciel jej ojca, powiadomił Stanisławę o śmierci Jana Panieńskiego 25 listopada 1925 roku w Paryżu – gdy ani w kraju, ani w Gdańsku, Wolnym Mieście pod opieką Ligi Narodów, nikt o tym jeszcze nie wiedział). Iwa, zamężna Bennet, natomiast „bardzo miła, naturalna, bezpośrednia, dobrze ułożona”. No, baronowa. Jasna blondynka. Widocznie po Dagny. Niezwykle szczupła, wąska, „z niebieskich oczu przypominała

Przybyszewskiego, a także z malującego się na twarzy wyrazu zatroskania czy jakby wyrzutu, co uderzało nas nieraz i w twarzy jej ojca”.

Iwa rzekła się praw po ojcu na rzecz wdowy będącej w potrzebie...

Po wszystkim, przez parę dni, Jadwiga z Iwą i Hanką mieszkały jednak nie byle gdzie, bo w pałacu Pod Blachą. Trzy kobiety. Ciepło i przytulnie w mieszkaniu – już nie ma komu i po co narzekać na hałasy zza okna.

Wdowa dopiero zaczynała doceniać zalety życia w samotności, gdy – uwaga! tak tylko sądziła Hanka – pod wpływem nagłego impulsu 18 grudnia wsiadła w pociąg i nazajutrz, w poniedziałek, znalazła się u niej w Krakowie. A miała przecież jechać dopiero na święta i to nie do Krakowa, lecz do Lwowa, gdzie Wigilię dla całej rodziny urządzała druga z jej córek, Janka Małaczyńska z rodziną. Hanka z mężem, malarzem Władysławem Jarockim, także już się mieli zbierać do Lwowa...

Ale to nie był nagły impuls starszej pani. W książce, wydanej po śmierci męża, Anna Kasprowicz-Jarocka, nie stawiając kropki nad „i”, informuje, że – uwaga! – kiedy już było po wszystkim, mąż wyjawiał jej, że to on przynaglił teściową do przyjazdu do Krakowa. Telefonicznie? Telegraficznie? Tego pamiętnikarka nie precyzuje. Dlaczego ani matka, ani mąż nawet nie napomknęli o owym ponagleniu...?

Rozpoczęły się ferie, wyludniał się gmach Akademii Sztuk Pięknych, gdzie miał służbowe mieszkanie z pracownią profesor Jarocki. Jadwiga z Hanką na przedświątecznych zakupach. Potem kolacja i spać. We wtorek przyjezdna obudziła się pierwsza. Rozglądała się po niewielkim a wysokim wnętrzu z oknem zajmującym całą ścianę. Za ramę swej aktualnej fotografii zatknęła zdjęcie z czasów więzi z córkami i z Kasprowiczem. (Lecz i wtedy nie było różowo: gwałtowne wybuchy zazdrości Kasprowicza o wytwornego adwokata, pana D., który, żeby być bliżej Jadwigi, przeniósł się z Krakowa do Lwowa, z kolei zazdrość Jadwigi o piękną Stefanę Sempołowską, wielokrotne próby zerwania z rozstaniem – na dłużej). Lecz cóż, sentymenty... W ciągu dnia polegiwała niespokojnie. Nasłuchiwała czegoś w sobie. Nie chciała zjeść podwieczorku.

„Wieczorem, gdy Władek po swoich zajęciach wrócił do domu, pisali wspólnie podziękowania za kondolencje. Później Matka siedziała przy biurku Władka już sama, a ja mogłam ją obserwować krzątając się po mieszkaniu. Na biurku leżała dużego formatu doskonała fotografia Przybyszewskiego, w którą się wpatrywała. W pewnej chwili, ogarnięta widocznie jakimś lękiem, gwałtownym ruchem schowała fotografię pod dużą, w oprawie, bibułę” – wspomina jej córka, Anna, stopniując napięcie.

„Czy bała się przyciągania bardzo wyrazistych na tej fotografii oczu?” – pyta znacząco. [Odpowie nie tyle z za grobu, ile w swym dziele – w spadku – sam Przybyszewski. Przypomniawszy, że owocem jego demonologicznych studiów była „Synagoga szatana” i że od tego czasu przylgnął do niego przydomek satanisty, w „Moich współczesnych” wyśmiewa skłonny do intryg czytelniczą gawiedź, pisząc: *Raz zrobiono ze mnie przecież hierofantę jakiejś sekty satanicznej czy też paladystycznej (...). Jakie to wszystko niepojęte w swej potwornej głupocie! a może tylko*

system ogłupiania ze strony krytyków ich czytelników, brudne „Te Deum” obłudy, fałszu i kłamstwa tych, którzy tak gwałtownie ubić mnie pragnęli].

Dalej pamiętnikarka: „Przeczekałam chwilę i dopiero coś zagadałam do Matki. Zwróciła do mnie twarz młodą, prześwieconą delikatnym światłem jakby od wewnątrz, lekko zaróżowioną. Oczy miały wyraz pogodnej zadumy. Była naprawdę śliczna. Przemknęło mi przez myśl, że tak pięknie musiała wyglądać jako narzeczona Ojca, gdy pisał do Niej wiersz o ciemnych głębokich oczach. Cały niepokój, udręczenie, zmieszanie – wszystko w tej chwili ustąpiło z Jej twarzy. Żałowałam, że nie mam aparatu, aby utrwalić ten niezapomniany dla mnie moment. Powiedziałam to Matce, popatrzyłam jeszcze na nas – bo i Władka zawołałam, żeby zobaczył, jak Mamcia ślicznie wygląda – z łagodnym uśmiechem.”

Słowa, słowa, słowa...

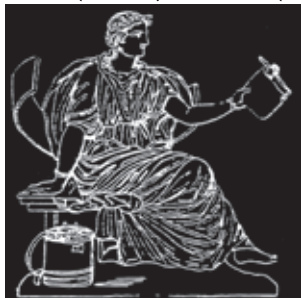
Nazajutrz – w środę po południu straszliwy krwotok.

Konsylium – w cichym gmachu opustoszałej na święta ASP. Lekarze nalegali na hospitalizację, chora nie mogła się zdecydować... Operacja wiązałaby się z ryzykiem ze względu na wycięcie pacjentki i jej wadę serca – ale w tym przypadku perforacji żołądka byłaby to szansa uratowania życia!

Trzy razy dziennie *pro forma* wizyty lekarzy. W piątek, 23 grudnia 1927 roku, pięćdziesięcioośmioletnia Jadwiga Przybyszewska przyjęła sakrament chorych, o drugiej po południu skończyła. W rocznicę własnych urodzin. W miesiąc od śmierci męża.

Już w parę godzin po zgonie matki i teściowej państwo Jaroccy doprowadzili do umieszczenia jej ciała w kostnicy na cmentarzu Rakowickim – bo pogrzeb dopiero po świętach... A po trzech latach Leon Przybyszewski, rodzony brat Meteora Młodej Polski, ukradł pieniądze zbierane przez społeczeństwo na grobowiec śp. Stanisława.

KARTY HISTORII



Ferdynand Rymarz

Adwokaci lubelscy w okresie stanu wojennego (cz. 1)

Ponad dwadzieścia pięć lat, które minęło od wprowadzenia 13 grudnia 1981 r. przez władze komunistyczne stanu wojennego w Polsce, stwarza odpowiedni dystans czasowy dla obiektywnej i rzeczowej oceny postawy adwokatów lubelskich w tamtym okresie. Na szczęście zachowało się wiele źródeł pisanych, chociażby w miesięczniku „Palestra”, które pozwalają, obok pamięci ich aktywnych uczestników, na opracowania tego rozdziału działalności lubelskiej palestry.

Postawy adwokatów zaprezentowane w grudniu 1981 r. i w latach następnych nie powstały same z siebie wskutek bieżących wydarzeń politycznych i społecznych, lecz kształtowały się od wielu lat, przez wzorce osobowe, poglądy i atmosferę polityczną dominującą w adwokaturze okresu Polski Rzeczypospolitej Ludowej. W lubelskiej adwokaturze zawsze była żywa pamięć o chlubnej działalności adwokatów okresu okupacji, o ofierze życia i krwi, którą złożyli w walce o niepodległość Polski, o ich czynnym zaangażowaniu w konspirację niepodległościową, zwłaszcza w Armii Krajowej, a osoby w nich uczestniczące były otaczane szacunkiem i poważaniem¹. Dobrze pamiętano postawę najwybitniejszego z dziekanów lubelskich, wielkiego patrioty adwokata Stanisława Jerzego Kalinowskiego, który na żądanie okupacyjnych władz niemieckich sporządzenia listy adwokatów pochodzenia żydowskiego do wysiedlenia z Lublina, przedstawił (choć był rdzennym Polakiem) jedynie własne nazwisko, i który skutecznie ratował przed konfiskatą okupantów zabytki dziedzictwa narodowego – obrazy Jana Matejki: Bitwę pod Grunwaldem i Kazanie ks. Piotra Skargi².

¹ J. Markiewicz, *Walka i męczeństwo adwokatów Izby Lubelskiej w latach wojny i okupacji (1939–1945)*, „Palestra” 1974, nr 7, s. 100–115 i inne publikacje w tym numerze „Palestry”.

² F. Rymarz, *Adw. Stanisław Jerzy Kalinowski (1888–1954) – dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Lublinie*, „Palestra” 1983, nr 1–2, s. 82–85.

Oczywiście, takie postawy nie stanowiły wzorca i punktu odniesienia dla wszystkich adwokatów Izby lubelskiej. Była bowiem niewielka grupka osób wpisanych na listę adwokatów, wywodząca się z byłych wojskowych sędziów i prokuratorów, która „chętnie się” tym, że posiada własny „komentarz reakcyjnych członków band”, jak określano wówczas polskich patriotów walczących z władzą ludową. Budziło to u innych odrazę i politowanie, a osoby te nie stanowiły jakiegos, nawet niewielkiego nurtu postaw w adwokaturze lubelskiej.

Była też inna charakterystyczna zbiorowość, obecna w każdej korporacji zawodowej, która na zawód adwokata patrzyła jedynie przez pryzmat swojego pochodzenia materialnego.

Inny krąg osób stanowili adwokaci członkowie Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej i stronnictw sojuszniczych: Zjednoczonego Stronnictwa Ludowego i Stronnictwa Demokratycznego, ale o ile w działalności publicznej prezentowali oni aktualną poprawność polityczną, to poza nielicznymi wyjątkami, w sferze kontaktów prywatnych i towarzyskich, niczym nie różnili się od dominującej liczbowo wielkiej rzeszy bezpartyjnych adwokatów i werbalnie prezentowali postawy patriotyczne. Wśród tej grupy adwokatów wyraźnie zaznaczali swoją odrębność członkowie ZSL i SD, którzy podejmowali bardziej społeczną niż polityczną działalność³.

Lata 1977–1980 poprzedzające wprowadzenie stanu wojennego charakteryzowały się dość aktywną działalnością publiczną lubelskiego samorządu adwokackiego i lubelskich adwokatów. Widoczne to było w sferze kontaktów międzynarodowych i licznych wizyt w Lublinie prawniczych delegacji z innych krajów: Bułgarii, Belgii, Niemieckiej Republiki Demokratycznej, Turcji, a zwłaszcza w zakresie ożywionych, przyjacielskich, wzajemnych kontaktów z adwokaturną węgierską z Debreczyna⁴. Podobną aktywność adwokatura lubelska przejawiała w działalności publicznej w kraju. Uczestniczyła i organizowała konkursy krasomówcze aplikantów, konferencje doskonalenia zawodowego w Kazimierzu Dolnym, Puławach, Zamościu i Lublinie, międzyzbowe seminaria zawodowe, konferencje i sympozja naukowe, redagowała lubelskie numery „Palestry” (7/1974, 7/1980, 7/1988). Poszczególni adwokaci zajmowali się działalnością muzyczną⁵, literacką⁶, malar-

³ F. Rymarz, *Ochrona zabytków w sferze zainteresowania koła Adwokatów SD*, „Palestra” 1979, nr 5, s. 110.

⁴ F. Rymarz, *Wizyta Eftima Stojmenowa z Bułgarii*, „Palestra” 1977, nr 8–9, s. 116–117; *Spotkanie członków Rady Adwokackiej w Lublinie z delegacją prawników–demokratów z Belgii*, „Palestra” 1977, nr 10, s. 99–100; *Współpraca z adwokatami z Debreczyna*, „Palestra” 1978, nr 7, s. 124–125; *Wizyta wiceministra sprawiedliwości NRD w Zespole Adwokackim w Lubartowie*, „Palestra” 1978, nr 11–12, s. 125; *Wizyta adwokatów tureckich w Lublinie*, „Palestra” 1978, nr 11–12, s. 125–126; *Polsko-węgierskie sympozjum aplikantów adwokackich*, „Palestra” 1978, nr 11–12, s. 126–129; i inne przyczynki w Kronice „Palestry” z lat 1978–90.

⁵ T. Świerszcz, *Działalność lubelskiej adwokatury w Towarzystwie Muzycznym w Lublinie*, „Palestra” 1974, nr 7, s. 117–118; H. Nowogródzki, *Pierwszy Ogólnopolski Zjazd Adwokatów Miłośników Muzyki w Lublinie*, listopad 1981, broszura, Wyd. NRA-OBA, Warszawa 1981, s. 1–85; F. Rymarz, *Tradycje muzyczne w adwokaturze*, „Palestra” 1988, nr 6, s. 118.

⁶ F. Rymarz, *Twórczość literacka adw. Stefana Wołskiego*, „Palestra” 1979, nr 11–12, s. 130; I. Bie-niaszkiewicz, *Konrad Bielski jakim był (1902–1970)*, „Palestra” 1988, nr 7, s. 149–155.

ską⁷, publikowali prace z historii adwokatury⁸ i historii regionalnej⁹. Wszystko to ożywiało życie towarzyskie i intelektualne adwokatów, stwarzało płaszczyznę wymiany myśli, także na aktualne tematy polityczne oraz budowało wspólnotę ludzi myślących podobnie.

W takiej oto atmosferze ukształtowała się wśród adwokatów lubelskich nieformalna grupa towarzyska młodych 30–40-letnich adwokatów, nastawionych krytycznie do aktualnej rzeczywistości społeczno-politycznej, ożywiona myślą potrzeby zmian i reform w zakresie stanowienia prawa i niezależności adwokatury. Grupa ta, nazywana przez innych adwokatów nieco złośliwie „senatorami”, z racji przypisywanej jej elitarności i hermetyczności, spotykała się niemal codziennie w kawiarni „Astoria” przy Al. Racławickich, gdzie przy kawie lub herbacie omawiano problemy zawodowe, wymieniano uwagi na aktualne tematy społeczno-polityczne oraz na temat publikacji ukazujących się w trudno dostępnym „Tygodniku Powszechnym”. Omawiano ukazujące się książki o tematyce akowskiej, dyskutowano na różne, w tym również polityczne tematy. Grono przyjaciół stanowili adwokaci z zespołów adwokackich nr 1, 2 i 4: Ireneusz Bieniaszkiewicz, Mieczysław Czekaj, Wiesław Dolina, Mieczysław Jurkiewicz, Tomasz Przeciechowski, Ferdynand Rymarz, Andrzej Ślaski i Krzysztof Zawadzki. Wspierali ją w różnych sytuacjach korporacyjnych i w wyborach samorządowych inni, liczni adwokaci z Lublina, Zamościa, Kraśnika i Puław.

Niewątpliwy wpływ na ożywienie gorących dyskusji na tematy polityczne w środowisku adwokatów miały wydarzenia społeczno-polityczne zachodzące w kraju. Na terenie Izby Lubelskiej już w lipcu 1980 r. miały miejsce strajki robotnicze w Świdniku i Lublinie, co mocno podgrzało atmosferę społeczną, w sierpniu tegoż roku wielkie strajki wybuchły na Wybrzeżu, zakończone podpisaniem porozumienia z władzą i zgodą na tworzenie niezależnych związków zawodowych. W sposób żywiołowy powstał masowy Niezależny Związek Zawodowy „Solidarność”, a w okresie 3 kwietnia 1981 r.–11 grudnia 1981 r. ukazywał się opiniotwórczy i bardzo popularny Tygodnik „Solidarność”.

Najbardziej zaangażowanym adwokatem w działalność opozycyjną w Izbie Lubelskiej był niewątpliwie Tomasz Przeciechowski, pochodzący z rodziny adwokackiej o tradycjach akowskich. Swoją działalność rozpoczął w strukturach Tymczasowego Zarządu Regionu Środkowo-Wschodniego „Solidarność”, jako jego doradca prawny i członek Komisji Interwencyjnej. Wraz z nim działalność taką podjął adw. Andrzej Ślaski, który postawę patriotyczną odziedziczył po swoich przodkach¹⁰. We wrześniu 1980 r. powstał stały Zarząd Regionu Środkowo-Wschodniego, a Tomasz Przeciechowski i Andrzej Ślaski zostali jego ekspertami¹¹, natomiast gdy w grudniu 1980 r. zaczęła funkcjonować Wszechnica Zwią-

⁷ F. Rymarz, *Wystawa malarstwa adv. Henryka Niemierskiego i jego twórcza działalność w innych dziedzinach*, „Palestra” 1979, nr 5, s. 110–111.

⁸ F. Rymarz, *Kajetan Koźmian – dependent trybunalski i jego spojrzenie na adwokatów końca XVIII wieku*, „Palestra” 1978, nr 10, s. 38–45; *Adwokatura lubelska w okresie dwudziestolecia międzywojennego (1918–1939)*, „Palestra” 1988, nr 7, s. 3–28; *Palestra lubelska u progu Niepodległości*, „Palestra” 1988, nr 8–9, s. 102–111.

⁹ F. Rymarz, *Adwokat organizatorem sesji naukowej*, „Palestra” 1979, nr 1, s. 138–139; *Habilitacja adv. doktora Jerzego Markiewicza*, „Palestra” 1981, nr 10–12, s. 138.

¹⁰ Zob. M. Bielecka-Hołda, *Prezydent i pediatra*, „Gazeta Wyborcza Lublin” z 15–16 maja 2004, s. 8; A. Ślaski, *Wszystkie zapachy ulicy*, „Gazeta Wyborcza Lublin”, z 5 kwietnia 2002, s. 5.

¹¹ *Stąd ruszyła lawina. Region Środkowo-Wschodni „Solidarność”, 1980–1989*, pod red.

kowa (szkoląca kadry działaczy związkowych) Tomasz Przeciechowski został jednym z jej wykładowców¹². T. Przeciechowski i A. Ślaski opracowali projekt ordynacji wyborczej na Walne Zebranie Delegatów Regionu Środkowo-Wschodniego „Solidarności” w Świdniku (kwiecień 1980 r.) oraz brali udział w pracach Ośrodka Badań Społecznych przy Zarządzie Regionu. T. Przeciechowski został wpisany na listę ekspertów Krajowej Komisji NSZZ „Solidarność”; brał również udział w przygotowaniu strajku w Fabryce Samochodów Ciężarowych w Lublinie.

W tym samym czasie, gdy jedni adwokaci angażowali się w działalność związaną z powstaniem NSZZ „Solidarność”, inni adwokaci zainicjowali prace nad opracowaniem propozycji zmian w zakresie obrony praw człowieka i zasad sprawiedliwości społecznej, rozszerzenia samorządności adwokatury, pogłębienia demokracji wewnętrznej w adwokaturze oraz zapewnienia jej wpływu na proces tworzenia i stosowania prawa. Na czele powołanej przez Radę Adwokacką w dniu 19 września 1980 r. 28-osobowej Komisji Problemowej stanął adw. Ireneusz Bieniaszkiewicz (b. podkomendny Zapory, legendarnego cichociemnego i partyzanta AK i WiN), a jej sekretarzem został adw. Mieczysław Jurkiewicz. Komisja pracowała w trzech zespołach: zmian ustroju adwokatury, funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości i spraw socjalno-bytowych, a swoje dezyderaty skierowała do Komisji Ustawodawczej Sejmu i do Naczelnej Rady Adwokackiej. Była to działalność jawna, zgodna z obowiązującym wówczas prawem, ale mimo to wywoływała podejrzenie lokalnych władz co do rzeczywistych intencji¹³.

Po 21 latach przerwy, w dniu 6 grudnia 1980 r. odbył się drugi w PRL-u, nieformalny Zjazd Adwokatów i Aplikantów Izby Lubelskiej (pierwszy miał miejsce w 1959 r.) poświęcony sprawom zmian ustroju adwokatury, przywrócenia jej pełnej samorządności oraz wyborom delegatów na również nieformalny i wymuszony sytuacją polityczną Ogólnopolski Zjazd Adwokatów w Poznaniu. Funkcję dziekana lubelskiej Rady, pełnił od 1979 r. adw. dr Jerzy Markiewicz przychylny zmianom zachodzącym w adwokaturze. Atmosfera i dyskusja tego izbowego Zjazdu zdominowana była przez przemiany społeczno-polityczne jakie zachodziły w kraju. Delegację lubelską na Ogólnopolski Zjazd Adwokatów tworzyli zarówno zasłużeni działacze samorządowi, przedstawiciele partii i stronnictw politycznych działających w adwokaturze, jak i młodzi adwokaci domagający się szybkich i radykalnych przemian w szeroko pojętym wymiarze sprawiedliwości. Osiemnastoosobowej delegacji lubelskiej przewodniczył, wybrany przez delegatów, adw. Ireneusz Bieniaszkiewicz. Wszyscy jednak tworzyli zespół proreformatorski, aktywnie uczestniczyli w tym historycznym Ogólnopolskim Zjeździe Adwokatów w Poznaniu (3–4 stycznia 1981) i realizowali zadania określone im przez Zjazd izbowy¹⁴.

W dniu 18 grudnia 1980 r. Rada Adwokacka w Lublinie podjęła uchwałę o uczczeniu pa-

P. Gocha, Lublin 2006, (w:) M. Dąbrowski, *NSZZ „Solidarność” Regionu Środkowo-Wschodniego*, s. 133.

¹² Tamże, s. 194.

¹³ F. Rymarz, *Dezyderaty lubelskiego środowiska adwokackiego pod adresem władz państwowych*, „Palestra” 1981, nr 1, s. 148–150.

¹⁴ F. Rymarz, *Zjazd Adwokatów i Aplikantów Adwokackich Izby Lubelskiej*, „Palestra” 1981, nr 5, s. 134–137; *Udział delegatów Izby lubelskiej w Ogólnopolskim Zjeździe Adwokatów w Poznaniu*, „Palestra” 1991, nr 5, s. 137–138.

mięci poległych stoczniowców w 1970 r. przez oddanie hołdu ich bohaterskiej i patriotycznej postawie, która przyczyniła się do odnowy moralnej, politycznej i społecznej w Polsce. Na rzecz budowy pomnika poległych stoczniowców wyasygnowała stosowną kwotę¹⁵.

Opiniotwórczą grupą adwokatów stanowili również znani adwokaci nieco starszego pokolenia: Jerzy Muchorowski, Edward Młynarski i Ryszard Piwiński, którzy kierując się potrzebą reform i zmian w adwokaturze, zainicjowali zamiar przystąpienia adwokatów lubelskich do powstałego we wrześniu 1980 r. w Łodzi prosolidarnościowego Stowarzyszenia Adwokatów i Aplikantów Adwokackich. Inicjatywa ta spotkała się z poparciem ze strony grupy adwokatów tzw. „senatorów” i uzyskała przychyłność Rady Adwokackiej oraz dziekana adw. Jerzego Markiewicza. Wspólnymi działaniami nawiązano kontakt z adwokatami łódzkimi i warszawskimi, gdzie okręgi Stowarzyszenia już powstały i zaproszono ich przedstawicieli na zebranie założycielskie do Lublina. Lubelski okręg Stowarzyszenia powstał 21 marca 1981 r. uzyskując od razu bardzo dużą akceptację adwokatów i aplikantów (już na zebraniu założycielskim zadeklarowało zamiar przystąpienia do niego 105 osób). Prezesem lubelskiego okręgu został adw. Jerzy Muchorowski (Lublin), a członkami Zarządu adwokaci: Wiesław Kamiński (Kraśnik), Edward Młynarski (Lublin), Witold Rychter (Zamość) i Andrzej Ślaski (Lublin). Funkcje rzecznika prasowego Stowarzyszenia powierzono Ferdynandowi Rymarzowi (Lublin). Gościem wyborów członków zarządu okręgu stowarzyszenia (17 października 1981 r.) był członek Zarządu Regionu NSZZ „Solidarność” w Lublinie – Włodzimierz Blajerski. Lubelskie Stowarzyszenie Adwokatów i Aplikantów wspólnie ze Stowarzyszeniem Polskich Artystów Muzyków Pro-Musica zorganizowało 2 maja 1981 r. uroczystą okolicznościową prelekcję z koncertem muzycznym w 190. rocznicę uchwalenia Konstytucji 3-go Maja oraz podobny koncert z okazji Święta Narodowego 11 listopada. Współorganizatorem tego ostatniego koncertu był również NSZZ „Solidarność” przy Filharmonii Lubelskiej. Na niespełna miesiąc przed wprowadzeniem na terenie całego kraju stanu wojennego „Kurier Lubelski” opublikował wywiad z rzecznikiem prasowym Stowarzyszenia pod znamionym tytułem: „Wywołać społeczny rezonans”¹⁶ i to był ostatni akord działalności tej organizacji. 16 stycznia 1982 r. Urząd Wojewódzki w Lublinie, na podstawie przepisów o stanie wojennym, zawiesił działalność Lubelskiego Okręgu Stowarzyszenia Adwokatów i Aplikantów Adwokackich¹⁷. Temat ten z pewnością zasługuje na odrębną publikację.

Bardzo dramatyczną sytuację przeżył T. Przeciechowski w dniu 12 grudnia 1981 r.

¹⁵ F. Rymarz, *Adwokatura lubelska na rzecz budowy pomnika poległych stoczniowców w 1970 r.*, „Palestra” 1981, nr 5, s. 134.

¹⁶ A. Chwałczyk, *Wywołać społeczny rezonans*. Mówi mec. Ferdynand Rymarz – rzecznik prasowy Stowarzyszenia Adwokatów i Aplikantów Adwokackich, „Kurier Lubelski” z 16 listopada 1981 r.

¹⁷ F. Rymarz, *Inauguracja działalności lubelskiego oddziału Stowarzyszenia Adwokatów i Aplikantów Adwokackich*, „Palestra” 1981, nr 6, s. 140; *Stowarzyszenie Adwokatów i Aplikantów Adwokackich w 190 rocznicę Konstytucji 3-go Maja*, „Palestra” 1981, nr 6, s. 140–141; *Wybory zarządu Okręgu Stowarzyszenia Adwokatów i Aplikantów Adwokackich*, „Palestra” 1982, nr 4–5, s. 97–99; *Stowarzyszenie Adwokatów w rocznicę Niepodległości 11 listopada*, „Palestra” 1982, nr 4–5, s. 99–100; *Ukonstytuowanie się Zarządu Lubelskiego Okręgu Stowarzyszenia Adwokatów i Aplikantów Adwokackich*, „Palestra” 1982, nr 6–7, s. 120; *Spotkanie Zarządu Okręgu Stowarzyszenia z prezydium Rady Adwokackiej*, „Palestra” 1982, nr 6–7, s. 120; *Zawieszenie działalności Lubelskiego Okręgu Stowarzyszenia*, „Palestra” 1982, nr 6–7, s. 121.

W godzinach wieczornych przebywał w lokalu Zarządu Regionu. W pewnej chwili, oddział ZOMO zablokował ulicę Królewską, przy której mieściła się siedziba Regionu, a do budynku z wielkim wrzaskiem wpadła horda funkcjonariuszy, wyważała drzwi (które nie były zamknięte), przewracała szafy, niszczyła inne mienie związkowe oraz biła pałkami pracujących tam ludzi i wywlekała ich do stojącego przed wejściem samochodu (tzw. „suki”). Widząc to T. Przeciechowski uciekł na strych, stąd przez właz dachowy dostał się na dach i skacząc z dachu na dach zapukał w jakieś okno, został wpuszczony do środka i tam przetrzymał najgorsze¹⁸. Nie wrócił już do domu, lecz w nocy z 12 na 13 grudnia zawiadomił o tym adw. A. Ślaskiego; obaj jaki czas ukrywali się w zaprzyjaźnionych domach – T. Przeciechowski do 5 stycznia 1982 r.

W dniu wprowadzeniu stanu wojennego, 13 grudnia 1981 r. około godziny 18. w mieszkaniu adw. Barbary Stefaniuk i jej męża doktora prawa Krzysztofa Stefaniuka (UMCS) zawiązał się podziemny Tymczasowy Zarząd Regionu Środkowo-Wschodniego „Solidarność”. Jednym z jego założycieli został m.in.: Tomasz Przeciechowski i Włodzimierz Blajerski (późniejszy Prokurator Krajowy i Prokurator Apelacyjny w Lublinie)¹⁹.

Rozpoczęły się aresztowania i internowania działaczy solidarnościowych, a entuzjastyczna dotychczas działalność społeczno-polityczna została brutalnie przerwana. Uznanie środowiska adwokackiego budziły jednak postawy tych adwokatów członków PZPR, którzy po 13 grudnia złożyli legitymacje partyjne. Ta dramatyczna dla narodu polskiego sytuacja postawiła nowe wyzwania także dla samych adwokatów. W jakimś czasie po wprowadzeniu stanu wojennego, przyjechał z Warszawy do Lublina (być może ma jakąś rozprawę) znany obrońca w procesach politycznych adw. Andrzej Grabiński. W Lublinie w lokalu Zespołu Adwokackiego Nr 2 doszło do spotkania mec. Andrzeja Grabińskiego z adwokatami lubelskimi: Mieczysławem Czekajem, Tomaszem Przeciechowskim i Ferdynandem Rymarzem. Ustalono, iż w Lublinie szerzej rozwinięta działalność powstała już samorzutnie nieformalny zespół adwokatów koordynujących obrony polityczne i udzielający porad prawnych dla ludzi represjonowanych przez stan wojenny oraz gromadzący informacje i dokumentację sądową z tym związaną. Grupę taką utworzyli adwokaci: Ireneusz Bieniaszkiewicz, Mieczysław Czekaj, Wiesław Dolina, Mieczysław Jurkiewicz, Tomasz Przeciechowski, Ferdynand Rymarz, Barbara Stefaniuk, Andrzej Ślaski, Włodzimierz Wysocki, Krzysztof Zawadzki. Podejmowali się oni obron politycznych i koordynowali takie sprawy prowadzone przez innych adwokatów. Poprzez Tomasza Przeciechowskiego grupa ta posiadała kontakt z podziemnymi władzami Regionu Środkowo-Wschodniego „Solidarność”. Obron politycznych przed sądami powszechnymi podejmowali się indywidualnie także inni adwokaci Izby lubelskiej, informując z reguły o tym fakcie kogoś z zasadniczej grupy, np. sprawy takie prowadzili: w Lublinie – Jan Czyżewski, Walerian Wysocki; Zamościu – Barbara Ciota, Mirosława Ledwójcik, Anna Palonka-Czwał, Szczepan Semczuk; w Kraśniku – Wiesław Kamiński, Leszek Pasieczny; w Puławach – Jerzy i Teresa Wołkanowiczowie, i inni²⁰. Nieco

¹⁸ T. Przeciechowski, *Uciekł dachami przed ZOMO*, Gazeta Wyborcza Lublin. Dodatek 25-lecie stanu wojennego z 13 grudnia 2006 r., s. 6.

¹⁹ *Stąd ruszyła lawina. Region Środkowo-Wschodni „Solidarność”, 1980–1989*, pod red. P. Gocha, Lublin 2006, (w:) Z. Łupina, *NSZZ „Solidarność” Regionu Środkowo-Wschodniego w podziemiu. 13 grudnia 1981–19 lutego 1989 r.*, s. 347.

²⁰ Tamże, s. 423–425.

inaczej przedstawiała się sprawa z prowadzeniem spraw stanu wojennego przed sądami wojskowymi, gdyż nikt z adwokatów z zasadniczej grupy nie posiadał tzw. uprawnień wojskowych. W tym wypadku sprawy takie prowadziła adw. Irena Przeciechowska²¹ (matka T. Przeciechowskiego), która posiadała uprawnienia do występowania przed sądami wojskowymi. Poza nią sprawy wojskowe stanu wojennego prowadzili adwokaci spoza grupy: Marian Rejniewicz, Ryszard Piwiński i inni.

²¹ Zob. F. Rymarz, *Mec. Irena Przeciechowska (1916–1990)*, Biuletyn Solidarność. Region Środkowo-Wschodni, Nr 39, Lublin 1990, s. 1.

Z dziejów adwokatury ukraińskiej w Polsce (cz. 1)

Artykuł poświęcony jest działalności adwokatów ukraińskich w Galicji Wschodniej w okresie autonomii oraz w II Rzeczypospolitej, których większość w latach 1923–1940 było członkami organizacji „Союз Українських Адвокатів у Львові” (*Związek Adwokatów Ukraińskich we Lwowie*) (dalej: *SUA*). Przypomnieć wypada już na wstępie, że *SUA* była organizacją adwokacką skupiającą prawników narodowości ukraińskiej, ale obywateli polskich, tak jak „Kółko Adwokatów Żydów”, założone we Lwowie w 1923 r. skupiało adwokatów narodowości żydowskiej, a „Związek Adwokatów Polskich” – narodowości polskiej¹.

Mam nadzieję, że tekst przyczyni się do uzupełnienia wiedzy zarówno ukraińskich, jak i polskich prawników i badaczy historii adwokatury w wiekach XIX i XX.

W literaturze okresu USRR badań nad historią ukraińskiej adwokatury w Polsce międzywojennej, byłej Galicji, Zakarpaciu oraz Bukowinie w zasadzie nie podejmowano. Wyjątkiem były artykuły S. Borysenki² oraz R. Dombczewskiego (adwokata z Drohobycza)³.

Z kolei w polskiej literaturze międzywojennej powstało kilka artykułów na powyższy temat. Na przykład w lwowskim „Czasopiśmie Adwokatów Polskich” ukazał się w 1932 r. artykuł pt. „Adwokatura Ruska w Polsce”⁴. Autor skupił w nim swoją uwagę na jednym z podstawowych haseł *SUA*, a mianowicie, że wszyscy adwokaci Ukraińcy powinni należeć do Związku i być obrońcami swego narodu. Po porównaniu organizacji ukraińskiej z organizacjami polskich adwokatów podsumowuje: „Czyż nie jest obowiązkiem każdego adwokata Polaka znać dokładnie tę pracę, dążności i organizację adwokatury ruskiej w

¹ Zob. A. Redzik, *Z dziejów adwokatury lwowskiej*, „Palestra” 2006, nr 9–10, s. 160–161.

² С. Борисенко, Утворення професійної адвокатури в Литовсько-Руській державі, „Праці Комісії для вивчення історії західноруського і українського права”, К. 1927, Вип. 3, s. 83–149 (Збірник соціально-економічного відділу УАН, № 12).

³ Р. Домбчевський, Українська адвокатура в Польщі, „Червоне Право” 1927, Ч. 7, s. 354–356.

⁴ Dr J. A., *Adwokatura Ruska w Polsce*, „Czasopismo Adwokatów Polskich” 1932, nr 7–9, s. 2–5.

naszem państwie? – i czy mimo dwudziestoletniego istnienia naszego Związku (Adwokatów Polskich) nie powinniśmy tu szukać w pracy naszej na przyszłość wielu dyrektyw, orientacji, a nawet – powiedzmy sobie szczerze – korektur? ...”⁵. W 1934 r. „Czasopismo Adwokatów Polskich” opublikowało informację o Ukraińskim Zjeździe Prawniczym w Pradze, który odbył się w 1933 r.⁶, zaś w trzecim numerze „Przeglądu Prawa i Administracji” z roku 1934 umieszczono recenzję okolicznościowego almanachu wydanego przez SUA z okazji 10-lecia założenia Związku⁷.

Najwięcej publikacji z historii adwokatury ukraińskiej oraz SUA wyszło spod piór ukraińskich prawników żyjących na emigracji⁸. Po uzyskaniu w 1991 r. przez Ukrainę niepodległości, historia adwokatury ukraińskiej stała się przedmiotem projektów badawczych, czasami ubocznie.

Historię ukraińskiej adwokatury w Galicji i w Polsce można podzielić na dwa okresy: pierwszy obejmuje lata 1848–1923, zaś drugi lata 1923–1940. W pierwszym okresie kształtowała się nowożytna ukraińska adwokatura i rodziła świadomość narodowa. Adwokaci znajdowali się wśród założycieli ukraińskich partii politycznych, instytucji społecznych i gospodarczych. W 1918 r. adwokaci byli wśród przywódców Zachodnio-Ukraińskiej Republiki Ludowej.

Drugi okres rozpoczął się w czasach II Rzeczypospolitej od utworzenia SUA. Zaczęto wówczas wydawać pierwsze profesjonalne czasopismo prawnicze w języku ukraińskim „Життя і Право”, które ukazywało się do 1939 r. Trwała też praca nad rozwojem ukraińskiej terminologii prawniczej, a także walka o prawa języka ukraińskiego. Adwokaci byli obrońcami w licznych procesach politycznych przeciwko działaczom organizacji ukraińskich.

Można rzec, że SUA powstała w konsekwencji działalności patriotycznej i wydawniczej ukraińskich organizacji prawniczych z drugiej połowy XIX i początku XX w., takich jak „Кружок Правників” działający od 1881 r. przy Wydziale Prawa Uniwersytetu Lwowskiego.

Boźdem do rozwoju nauk prawniczych w języku ukraińskim było utworzenie na Uniwersytecie Lwowskim katedr prawniczych z ukraińskim językiem wykładowym, co bez wątpienia sprzyjało zwiększeniu liczby ukraińskich studentów prawa, którzy w przyszłości zostali adwokatami i walczyli o prawa języka ukraińskiego oraz o zorganizowanie ukraińskiego uniwersytetu we Lwowie. Pierwszymi wykładowcami prawa w języku ukraińskim, którzy zaczęli prowadzić zajęcia od 1862 r., byli dr Emilian Łopuszański prowadzący wykład prawa cywilnego oraz dr Władysław Srokowski – wykładający prawo karne. Nieco później wykład z procesu karnego objął dr Jan Dobrzański (Dobrianski). W 1872 r. wykładowcą prawa cywilnego został dr Aleksander Ogonowski, wkrótce pierwszy profesor ukraiński prawa cywilnego w Uniwersytecie Lwowskim. W 1888 r. profesorem prawa karnego został, wywodzący się z mieszanej rodziny polsko-ukraińskiej, dr Piotr Stebelski. W 1899 r. wykład

⁵ Tamże, s. 5.

⁶ *III-ci Ukraiński Zjazd Prawników w Pradze (4–7 września 1933 r.)*, „Czasopismo Adwokatów Polskich” 1934, nr 1–2, s. 10–11.

⁷ *Ювілейний Альманах Союзу Українських Адвокатів у Львові*, Редкол. К. Левицький, М. Волошин, М. Глушкевич, М. Ганкевич, О. Надрага, О. Назарук, Львів 1934, ss. 255.

⁸ Wykaz opracowań ukraińskich autorów zob. www.petriv.com.ua/ua/history.htm.

z prawa cywilnego objął dr Stanisław Dnistrianski (od 1901 r. profesor nadzwyczajny), a w 1908 r. wykład prawa cywilnego procesowego doc. dr Wołodymyr Werhanowski.

Prof. Ogonowski był w jednym semestrze roku akademickiego 1886–1887 dziekanem Wydziału Prawa⁹, zaś w roku akademickim 1898/1899 funkcję tę sprawował prof. Stebel-ski¹⁰.

W okresie tym kształtował się ukraiński język prawniczy i rodziła się ukraińska jurydyczna szkoła prawnicza w Galicji. Wkrótce powstała Komisja Prawnicza Naukowego Towarzystwa im. Tarasa Szewczenki (dalej: NTSz). Za początek kształtowania się ukraińskiej naukowej szkoły prawniczej oraz badań nad historią ukraińskiego prawa uznać można artykuł Kosta Lewyckiego o Ruskiej Prawdzie.

Epokowym dla rozwoju prawa ukraińskiego było powstanie w 1889 r. we Lwowie z inicjatywy adwokatów Kosta Lewyckiego, Antona Horbaczewskiego i Jewhena Olesnyckiego pierwszego czasopisma prawniczego wydawanego po ukraińsku – „Часопис правнича. Місячник для теорії і практики”¹¹. Ukazywało się ono w latach 1889–1900 zaś w latach 1900–1906 jako „Часопис правнича и економічна” redagowany przez prof. S. Dnie-strzańskiego. W tym okresie na ziemiach ukraińskich podległych Rosji nie istniała możliwość wydawania jakiegokolwiek literatury prawniczej w języku ukraińskim.

Nieco później, w 1901 r. Naukowe Towarzystwo im. Szewczenki zapoczątkowało serię wydawniczą „Правнича Бібліотека” (Prawnicza Biblioteka), której ukazało się tylko 2 tomy, a w 1909 r. powstała we Lwowie pierwsza organizacja ukraińskich prawników „Товариство Українсько-Руських Правників” (Towarzystwo Ukraińsko-Ruskich Prawników), które w latach 1910–1914 wydawało czasopismo prawnicze „Правничий Вісник” (Prawniczyj Wisnyk).

W drugiej połowie XIX w. aktywnymi społecznie i politycznie adwokatami ukraińskimi byli współzałożyciele Głównej Ruskiej Rady (Головної Руської Ради): Iwan Boryskewycz, Wasyl Kowalski oraz Anton Pawecki. Zaslugą Kowalskiego było zapoczątkowanie wydawania „Вісника законів державних і правительства” (Biuletynu ustaw państwowych i rządowych), w którym ukazywały się ustawy i akty rządowe w tłumaczeniu na język ukraiński. Umożliwiło to Ukraińcom zapoznanie się z obowiązującym prawem, ale jednocześnie ujawniła się niedoskonałość ukraińskiej terminologii prawniczej, co stało się impulsem do prac w tym zakresie.

Wypada zauważyć, że od wydarzeń z roku 1848 do końca XIX w. adwokaci ukraińscy byli często przewodniczącymi ruchów politycznych; założycielami pierwszych ukraińskich gazet, stowarzyszeń i partii.

Największą ukraińską organizacją społeczną końca XIX wieku było towarzystwo

⁹ „Кружок Правників” (Kółko Prawników) zaczęło działać przy towarzystwie „Академічне Брацтво”. Od 1908 r. nosiło ono nazwę „Товариство «Кружок Правників»”, które działało do początku lat 20. Po wydarzeniach lat 1918–1920 ukraińscy studenci prawnicy zrzeszyli się w „Секцію Правників” (Sekcję Prawników) działającą przy „Студенцькій Громаді” (Студентській Громаді). W 1931 r. powstała ponownie odrębna prawnicza organizacja studencka o nazwie „Правнича Громада” (Prawnicza Hromada), która działała do likwidacji przez Sowietów w 1940 r.

¹⁰ Zob. L. Finkel, S. Starzyński, *Historya Uniwersytetu Lwowskiego*, Lwów 1894, t. II, s. 119–120.

¹¹ Я. Падох, *Правнича наука в НТШ упродовж його першого сторіччя*, [w:] *З історії Наукового товариства імені Шевченка. Збірник доповідей і повідомлень наукових сесій і конференцій НТШ у Львові, Львів: НТШ, 1998, s. 34–43.*

„Просвіта” (Proswita). W wydawnictwie „Proswity” ukazały się pierwsze opracowania prawnicze, komentarze i objaśnienia istniejącego ustawodawstwa dotyczącego zakładania spółek handlowych, praw ludności i inne. Jednym z pierwszych piszących o prawie po ukraińsku był adwokat Kost Lewycki. Był on też przewodniczącym pierwszej ukraińskiej organizacji politycznej „Narodna Rada”.

W październiku 1890 r. założono „Ukraińsko-Ruską Partię Radykalną”, a w 1899 r. „Partię Socjaldemokratyczną” oraz „Partię Narodowo-Demokratyczną”¹². Wśród założycieli ich byli adwokaci: J. Baczyński, W. Budzynowski, M. Hankewycz, J. Olesnycki, W. Ochrymowycz, K. Trylowski, S. Danyłowycz, K. Lewycki i inni. Adwokat J. Baczyński według opinii już współczesnych badaczy był twórcą ukraińskiej socjaldemokracji.

Pierwsze ukraińskie czasopismo polityczne o nazwie „Будучність” (Buduczniŝt) zaczęło ukazywać się w 1899 r. pod redakcją adwokatów W. Ochrymowicza, J. Lewyckiego, oraz I. Trusza. Przewodniczącym Partii Narodowo-Demokratycznej (Національно-Демократичної Партії) był natomiast do 1919 r. adw. Kost Lewycki. W 1919 r. partia ta zmienia nazwę na Ukraińska Partia Robotnicza (Українська Трудова Партія), na której czele stanął adw. A. Horbaczewski. Od 1925 r. partia ta działała już pod nazwą Ukraińskie Zrzeszenie Narodowo-Demokratyczne (Українське Національно-Демократичне Об'єднання), pod przewodnictwem adw. D. Lewyckiego. Liczna grupa adwokatów była posłami do Sejmu Galicyjskiego.

Pod koniec XIX stulecia prawnicy Ukraińcy rozpoczęli wydawanie tłumaczeń ustaw, a także prawniczych opracowań naukowych z języka niemieckiego i polskiego. Początkowo ukazywały się one nakładem towarzystwa „Proswita”, „Instytutu Stawropigii” i innych organizacji prywatnych, potem także w wydawnictwach państwowych.

Od końca XIX do początku XX wieku adwokaci ukraińscy stanowili znaczną grupę wśród przywódców ukraińskich organizacji narodowych. W tym czasie zaczął powstawać zamysł powołania ukraińskiego zrzeszenia adwokackiego.

W 1849 r. na rządowej liście adwokatów we Lwowie wpisanych było 41 adwokatów. Wśród nich tylko dwóch Ukraińców (Baczyński i Raczyński), którzy nie uczestniczyli w życiu społeczności ukraińskiej. Dopiero w drugiej połowie XIX w. liczba ukraińskich adwokatów zaczęła szybko wzrastać. Przełomowy był rok 1890, kiedy to niemal jednocześnie kancelarie adwokackie otworzyli: Kost Lewycki, Stepan Fedak (we Lwowie), Teofil Okuniewski (w Horodence), Andrij Czajkowski (w Brzeżanach), Ł. Rożankowski (w Złoczowie). W następnym roku kancelarie uruchomili: Jewhen Oleśnicki (w Stryju), L. Ozarkewycz (w Gródku Jagiellońskim), Iwan Łoszniw (w Tarnopolu), Teofil Kormosz (w Przemyślu), Ł. Humecki (w Złoczowie), Iwan Dołyżcki (w Brodach), Kornyczo Czajkowski (w Samborze), Wasyl Didoszak (w Kałuszu), oraz we Lwowie: Seweryn Danyłowycz, Lew Pawencki, Wołodymyr Dudykewycz, Anton Horbaczewski, Andrij Kos, Mychajło Dorundiak, Jewhen Petruszewycz, Stanisław Czykaluk, Andronik Mohylnycki, Kyryło Czerlukewycz, Mykoła Szuchewycz, Mykoła Łahodynski, Kyryło Trylowski, Wołodymyr Szafranski. W 1896 r. Oleksandr Kułaczkowski otworzył kancelarię adwokacką w Wiedniu.

Adwokaci ukraińcy występowali w procesach politycznych oraz procesach związanych

¹² W 1883 r. powstało ukraińskie towarzystwo „Narodna Torhiwła”. Nieco później Towarzystwo *wzajemnych ubezpieczeń „Dnister”* (1893 r.) i wiele innych.

z pogwałceniem praw wyborczych i praw politycznych ludności ukraińskiej¹³. Adw. Lew Hankewycz okres ten wspomina w sposób następujący:

„jest to już nowa generacja ukraińskiej palestry. To już nie są «obrońcy szlachty, mieszczaństwa i przemysłowców», lecz obrońcy całej nacji. Wszyscy oni są już świadomi swej narodowości, ludzie kultury europejskiej, bezpośredni i konsekwentni w swym zachowaniu. Zaczynają i przeprowadzają całkowitą reorganizację narodowego, politycznego, gospodarczego i kulturalnego życia swego narodu. Na początku ich działalności powstają przeważnie nowe, naprawdę demokratyczne partie polityczne: narodowo-demokratyczna, radykalna i socjaldemokratyczna. Organizują zebrania i wiece oraz wchodzą w bezpośredni kontakt z ludźmi, przez co nadają nowy kształt i nową treść życiu politycznemu. Powołują instytucje finansowe i gospodarcze, które stają się podstawą odrodzenia narodu. Biorą udział w życiu oświatowym, kulturowym i politycznym. Przyczyniają się do założenia we wszystkich zakątkach ziem zamieszkałych przez ludność ukraińską czytelnicy, do której każdej prawie niedzieli i na święta jeżdżą z referatami i odczytami. Jednym słowem stają się już obrońcami nie tylko prawa jednostek, lecz praw całej nacji”¹⁴.

W 1914 r. w Galicji i na Bukowinie liczbę adwokatów obliczano na około 1500. Wśród nich Ukraińców było tylko 74¹⁵. Z kolei na liście rządowej adwokatów w latach 1919–20 było 73 Ukraińców: we Lwowie – 15, poza Lwowem – 58¹⁶.

W 1911 r. roku podjęto próbę powołania organizacji ukraińskich adwokatów. Na walnym zebraniu „Towarzystwa Ukraińsko-Ruskich Prawników” w dniu 2 kwietnia 1911 r. adwokat W. Ochrymowycz zaproponował utworzenie w ramach towarzystwa komisji advokatury, ale propozycja ta nie zyskała akceptacji. Około 1918 r. powstało „Kolegium Ukraińskich Obrońców”, kierowane przez adw. Maksa Lewyckiego, które skupiało adwokatów broniących w procesach politycznych, organizacja adwokacka powstała jednak 5 lat później.

*Na podstawie materiałów przesłanych przez Autora
oprac. AJR*

¹³ Організація адвокатури в західноукраїнських землях, (w:) Історія адвокатури України, Т. В. Варфоломеєва, О. Д. Святоцький, В. С. Кульчицький та інш., За ред. Т. В. Варфоломеєвої, О. Д. Святоцького, Київ: Либідь 1992, s. 84–86.

¹⁴ Л. Ганкевич, Десятиліття Союзу Українських Адвокатів, Ювілейний альманах Союзу Українських Адвокатів у Львові, Львів: СУА 1934, s. 41–42.

¹⁵ Державний архів Львівської області (dalej: DALO), фонд 1, оп. 51, spr. 1415, k. 15.

¹⁶ W 1920 r. liczba ukraińskich adwokatów wzrosła do 90.

NIE TYLKO PRZED SADEM

Stanisław Milewski

Ogród zoologiczny adwokata Kamińskiego

W 1884 roku warszawski adwokat, Jan Maurycy Kamiński (1844–1907), założył przy Baga-
teli pierwszy w naszej stolicy stały ogród zoologiczny. Rzutki mecenas, wstawiony w później-
szych latach udanymi wystąpieniami w głośnych procesach karnych i cywilnych, spodziewał
się, że zarówno on sam, jak i zwerbowani przezeń inni udziałowcy przedsięwzięcia zarobią na
pokazywaniu zwierząt niezłe pieniądze. Szybko się jednak miał boleśnie rozczarować.

1. Czterdziestoletni wówczas Jan Maurycy Kamiński był człowiekiem energicznym i po-
mysłowym. Należał do tych ludzi z pokolenia pozytywistów, którzy wszystko zawdzięczali
sobie. Ów *self-made man* – kolega Świętochowskiego – był najpierw nauczycielem, później,
w 1863 roku, powstańcem. Odnosił ranę w jednej z bitew, a potem podjął pracę w admi-
nistracji szpitala Dzieciątka Jezus, jednocześnie nauczając w szkole prywatnej i gromadząc
fundusze na studia. Stopień magistra praw uzyskał w ostatnim roku przed likwidacją Szkoły
Głównej i jej Wydziału Prawa i Administracji; wkrótce potem wykształcił swą siostrę.

Po studiach stał się jednym z gorliwszych bojowników o realizację hasła pozytywistów
„oświaty wśród ludu”. Wygłaszał odczyty, przede wszystkim zaś dużo pisał, współpracując
z wieloma periodykami. Współredagował „Opiekuna Domowego”, a potem jako naczelny
humorystycznych „Kolców” w ciągu siedmiu lat swego szefowania postawił to pismo na
zupełnie przyzwoitym poziomie.

W 1870 roku ogłosił książkę „O prostytutce” (2 wyd. 1875), która w środowisku dzienni-
karskim wywołała niejaki skandal. Otóż recenzent „Przeglądu Tygodniowego” zarzucił mu
plagiat, twierdząc, że autor nie wyszedł znacznie poza krytyczną kompilację, odpisując całe
partie od autorów rosyjskich, francuskich i niemieckich. Był to zarzut trochę na wyrost, nie
mówiąc już o tym, że wielu ówczesnych autorów praktyki takie stosowało nagminnie i w
szerszym stopniu. Przy Kamińskim jednak pozostała dość dwuznaczna aura.

Pewnie trochę i dlatego (recenzja ukazała się po drugim wydaniu) od reformy sądowni-
ctwa w 1876 roku Kamiński zarzucił publicystykę i zatrudnienia literackie; podjął praktykę
obrońcą jako adwokat przysięgły. Dla poważnych, a nawet kostycznych „sług Temidy”
ten brat-łata i trochę eksponent cyganerii niestroniący od uciech życia musiał nie stanowić
wzorca adwokackich przymiotów.

Aleksander Kraushar, który rok przed nim ukończył Szkołę Główną, wspominał go po
latach jako człowieka „nieco niezrównoważonego”. Cenił go wprawdzie jako świetnego
mówcę, nie powstrzymał się jednak od przypięcia łatki, iż „nie był wybredny w doborze
spraw” i bronił z przekonaniem ludzi nawet podejrzaną konduity. Czyż jednak prawdziwy
obrońca mógł postępować inaczej? Faktem jest, że pan Jan Maurycy stawał w najpoważniej-
szych sprawach karnych i cechowało go społeczne do nich podejście.

Owa opinia o „niezrównoważeniu” pochodziła już z lat późniejszych, gdy mecenas Kamiński po paroletnim pobycie w zakładzie dla umysłowo chorych był już na tamtym świecie. Wówczas, w 1884 roku, gdy brał się do organizowania Zwierzyńca w Warszawie, budzić musiał zaufanie, skoro udało mu się wciągnąć do interesu kilku poważnych przedsiębiorców. Jak zobaczymy dalej, jego inicjatywa była całkiem nowatorska, chociaż już i przed nim czyniono pewne próby w tym względzie.

2. Wszystko zaczęło się od zwierzyńców, jak nazywano wygradzone części lasów w okolicach pańskich rezydencji, w których przetrzymywano zwierzęta łowne, czasem nawet egzotyczne, by mieć je pod ręką, gdy chciano zabawić się polowaniem. Zwierzyńiec taki mieli już książęta mazowieccy w Osiecku koło Czerska. Drugi urządzili na skarpie wiślanej w Warszawie tuż za dzisiejszym uniwersytetem; sprowadzili tam tury z puszczy jaktorowskiej. Wielki amator polowań król Stefan Batory ulokował swój zwierzyńiec na Wawelu. Tam właśnie odesłał kilka lwów, które podarował mu w Warszawie w 1582 roku książę słucki. Oglądano je z okratowanego ganku. Trzymano tam też lamparty.

W nowej stolicy Zygmunt III miał swój zwierzyńiec na Ujazdowie, gdzie zazwyczaj spędzał lato. Jego opis zawdzięczamy Włochowi Pawłowi Mucante, który oglądał ów obiekt w towarzystwie kardynała, nuncjusza i kilku dostojników królewskich.

„Przybyliśmy – pisał w swej relacji – do ogromnego lasu ogrodzonego, gdzie się chowają rozmaite dzikie bestie, jak oto: żubry, tury, niedźwiedzie, wilki, jelenie, daniele itd. We środku była wysoka altana, gdzie bez żadnego niebezpieczeństwa mogliśmy na te zwierzęta patrzeć. Obława wieśniaków zaczęła je z różnych stron pędzić ku nam. Przebiegały przed nami daniele, jelenie i siedem żubrów razem, starych i młodych (...). Że wiele z tych bestii nie chciało iść tam, gdzieśmy na nie czekali, i dzień się chylił ku zachodowi, wieczorem powróciliśmy do Warszawy”.

Zwierzyńiec Ujazdowski Władysława IV utrwalił z kolei nieporadnym wierszem Adam Jarzębski w „Gościńcu albo Krótkim opisanu Warszawy” (1643): „Przed pałacem ogrodzony/ Zwierzyńiec, wkoło zgrodzony/ Tam są jelenie zwierzęta,/ Królik, zające, sarnięta./ W sadzawkach ryby pływają,/ Ptaszka wdzięcznie śpiewają”.

Jak z tego wynika, był to zwierzyńiec dość ubogi.

Po wiedeńskiej wiktorii oglądała Warszawa zdobyczne wielbłądy i strusie, a za Augusta III – nosorożca, „któremu się przyglądały tysiące osób, podziwiając ogromnego zwierza”. Stolica nasza stała się odtąd ważnym punktem na trasie wędrownych menażerii, gdyż frekwencja przed klatkami zawsze była tu wysoka, a pokazywacze zwierząt mieli swoje sposoby, by otworzyć kieszenie gapiów. Za samo obejrzenie np. lwa pobierali dość wysoką opłatę, zaś asystowanie przy „mrozącym krew w żyłach widowisku”, jakim było włożenie głowy do paszczy dobrodusznego króla zwierząt przez asystentkę przedsiębiorcy – wiązało się z dalszymi kosztami, odpowiednio skalkulowanymi.

3. Swe zwierzyńce miewali też magnaci. Znane były upodobania w tym względzie Mikołaja Krzysztofa Radziwiłła-Sierotki, który w latach osiemdziesiątych XVI wieku z podróży do Ziemi Świętej przywiózł liczne okazy, m.in. dwa lamparty i kilka gatunków małp, a Zygmuntowi III Wazie, jako ślubny podarek, przesłał tresowane niedźwiedzie. Inny Radziwiłł, „Panie Kochanku”, znany z głośnych w całej Rzeczypospolitej ekstrawagancji, hodował w paręsethektarowym gospodarstwie Alba ponad sto gatunków różnych zwierząt, których był wielkim miłośnikiem. O jego tresowanych niedźwiedziach, których ósemkę używał jako zaprzęg do karety, a dziewiętego sadzał na koźle obok woźnicy, mówiło się nie tylko w kraju, ale i poza jego granicami.

Przeciętny szlagon, mieszkający na wsi, trzymał się niewątpliwie swojskiego tylko inwentarza. Ale nie należeli pewnie do rzadkości i tacy miłośnicy zwierząt, jak Jan Chryzostom Pasek, hodujący w swojej Olszówce nie tylko sławną wydrę, Robaka, której potem nie śmiał odmówić Janowi III Sobieskiemu. W „Pamiętnikach” wspomina i „insze myślistwo”: jako to „zwierzyniec ptaszy”, który miał „zbudowany, kratami domowymi nakryty, a w nim ptastwo *omnis generis*, które tylko mogły się znajdować w Polsce, ale i insze cudzoziemskie, cokolwiek mogłem przybrać i skądkolwiek zaciągnąć. W tym zaś osobliwą miałem complacencją (upodobanie) – odnotował w innym miejscu – zem zawsze dzikich zwierząt tak ćwiczył, że to i łaskawe było, i ze psy przestawało, i równo ze psy swego dzikiego brata goniło. Przyjechał kto do mnie – czytamy dalej – to liszka po podwórzu z chartami igrą; wnidzie do izby, to szpic pod stołem leży, a zając na nim siedzi. Potkał li mie też kto niezajomy na polowanie jadącego, obaczył a tu idzie kilkoro chartów pięknych, wyźłów kilka, a tu liszka między nimi, kuna, jaźwiec, wydra, zając też ze dzwonekami za koniem podskakuje, jastrzęb u myśliwca na ręce, kruk nade psy lata, czasem też padnie na charcie i tak się powozi”.

Kto miał podobne pasje i zainteresowania, a jednocześnie odpowiednie zasoby pieniężne, gromadził całe kolekcje, zwłaszcza ptasie, co stało się modne w drugiej połowie XVIII wieku. Prym trzymała tu księżna Elżbieta Lubomirska, która w posiadłości na Mokotowie miała niezwykle bogatą ptaszarnię. Przy Puławskiej stoi do dziś intrygująca wieżyczka, w której przechodnie skłonni są widzieć jakieś pozostałości starych fortyfikacji, a jest to po prostu gołębnik.

Fryderyk Schulz odnotował w „Podróżach Inflantczyka” fakt, który musiał być głośny w czasie jego pobytu w Warszawie. Oto kilku paniczów – między nimi było nawet dwu kawalerów orderu św. Stanisława – przyszło raz do księżnej pani z wizytą; nie zastali jednak gospodyni i postanowili poczekać na nią właśnie w ptaszarni. Chwile oczekiwania skracali sobie w sposób, który zadziwiłby nawet najbardziej zdziczałych dzisiejszych chuliganów: pościnali mianowicie szablami „łby pawiom, kogutom, kaczkom, gęsiom najkosztowniejszych gatunków”, a także licznym żurawiom i czaplom. Dozorcę, który usiłował przeszkodzić im w tym dziele, dotkliwie pobili. Za zwój wybrzyk nie ponieśli nawet, zdaje się, odpowiedzialności, chociaż księżna – jako wdowa po marszałku wielkim koronnym – była dobrze ustosunkowana właśnie w organach powołanych do strzeżenia porządku i bezpieczeństwa w mieście.

Wybrzyk opisany przez Schulza mniej nas zdziwi, gdy uświadomimy sobie, iż w tamtych czasach w niektórych kręgach okrucieństwo wobec zwierząt należało nawet do „dobrego tonu”. August III kazał wystawić sobie pawilon na Marymoncie, gdzie strzelał do sprowadzonych specjalnie w tym celu wilków. On też był patronem tzw. hecy, czyli szczwalni, urządzonej najpierw na dziedzińcu pałacu Marywilskiego, a później, już za Stanisława Augusta, w specjalnie wystawionym budynku na rogu Brackiej i Chmielnej. Przeznaczona była ona do walk, jak zaświadcza Antoni Magier – „wołów dzikich, niedźwiedzi, bawołów, dzików tudzież różnego gatunku psów itp.”.

Widowiska tam odbywane – „wstrętne i niesmaczne” według Jana Biestera, cudzoziemca bawiącego wówczas w Warszawie – jak twierdzi Magier, „sprzykrzyły się powszechnie i mało na nie znajdowało się lubowników”. Schulz z kolei pisze, że chętnie oglądał je tłum składający się z „bardziej brutalnych rzemieślników, rzeźników, kowali itp., do których dodać należy żołnierzy, mnichów, woźniców, strzelców, młodzież zdziczałą nieco, lepszego pochodzenia i dziewczki uliczne; ci najwięcej w hecy smakują, a psom, wilkom, niedźwiedziom, bykom, hecmajstrom i pachotkom razem najserdeczniej przyklaskują”.

4. Kosztownym hobby było posiadanie małp w większej liczbie. Były one np. ozdobą pa-

łacu Kazanowskich przy Krakowskim Przedmieściu; z nimi to, według Sienkiewicza, walczył Zagłoba podczas „potopu”. Dzięki małpom właśnie – co odnotowali ówczesni plotkarze – Kazimierz Poniatowski, brat króla, stał się uboższy o – bagatelka! – prawie ćwierć miliona złotych polskich. Był bowiem ich dość specyficznym miłośnikiem i z upodobaniem przyglądał się, jak się gryzły w specjalnie dla nich urządzonej kolonii „na Szolcu”. Nic dziwnego, że stworzenia te masowo chorowały i szybko wyzdychały.

Sam król Stanisław August zapałał z kolei wielką miłością do strusi i nie szczędząc dużych wydatków ze swej zawsze świecącej dnem szkatuły, sprowadził cztery (jeden padł w drodze z Afryki, przez Wenecję i Wiedeń) do Łazienek za pośrednictwem sowicie opłaconych „konduktorów”. Chociaż „strusie żołądki” przeszły do przysłowia, owe wspaniałe ptaki nie wytrzymały „miejscowej kuchni” i wkrótce padły. Jak i w innych przypadkach, nieumiejętność pielęgnacji egzotycznych zwierząt była przyczyną ich krótkiego żywota w naszych warunkach.

W XIX wieku najpopularniejsze stały się małpy; wobec znacznej podaży różnych gatunków „małpiego rodu” dostawcy musieli obniżyć na nie ceny. Zapanowała na nie swoista moda i wiele osób hodowało je u siebie w domu, o czym wyczytać można w „Kurierze Warszawskim”. Na łamach tego dziennika przeczytać też można było w połowie 1855 roku o wypadku, jaki się wówczas zdarzył na Nalewkach. Zawaliła się tam mianowicie drewniana, dość chyba duża, buda, do której masowo ściągali mieszkańcy miasta i okolic, żeby przyjrzeć się wystawionym tam małpom. Krążyły wieści, że w wypadku zginęło wiele osób, „Kurier” zdemontował te pogłoski jako bezzasadne i podał, że zabite zostały tylko dwie damy, które kupowały bilety w kasie, a żandarm i jeszcze jedna kobieta ulegli poranieniu.

To była buda wystawiona zdaje się doraźnie, ale od lat 30. tego samego wieku zwierzęta oglądać można było m.in. w dwóch stałych menażeriach: Kreutzberg przyciągał publiczność parą żyraf, dwiema szarymi panterami, mieszkańcem pумы i lamparta oraz antylopami. Główną natomiast atrakcją Preuscherowej – obok antylop i kilku drobnych zwierzątek – był okazały lew, którym osobiście popisywała się właścicielka przebrana w podniszczony egzotyczny strój, nim zwierzę to nie skończyło w 1850 roku swej żywej kariery, a stało się wypchanym eksponatem w uniwersyteckim gabinecie zoologicznym.

Tak stało się też ze wspaniałym, młodym słoniem, który w latach dwudziestych XIX wieku wyrwał się z ogrodzenia i wybiegł na ulicę. Miasto ogarnęła panika, chociaż pocziwy kolos spacerował spokojnie i nie miał zamiaru nikogo skrzywdzić. „Niekórzy obywatele – jak informowała potem prasa – czuli się w niebezpieczeństwie nawet na drugich piętrach domów”. „Wiele sklepów – pisano dalej – pozamykano, a gospodarze barykadowali kamienice”. W atmosferze ogólnego przestachu nie wymyślono nic mądrzejszego, jak zastrzelenie egzotycznego zwierzęcia. Spreparował go znający się na rzeczy pewien major z Modlina.

Gabinet zoologiczny założył profesor Feliks Paweł Jarocki, który ponoć jeszcze przed powstaniem listopadowym zamierzał założyć w Warszawie stały ogród zoologiczny. Sprowadził nawet żubra z Białowieży; gdy ten szybko zdechł, stał się po spreparowaniu pierwszym eksponatem gabinetu. Gabinet ów został następnie przeniesiony do gmachu Sztuk Pięknych i jak wyczytać można w historii uczelni napisanej przez J. Bielińskiego – służył nie tylko studentom, ale w niektóre dni był także udostępniany publiczności.

Wypchane zwierzęta nie robiły jednakże takiej furory jak żywe. Te w Paryżu oglądać było można już od schyłku XVIII wieku w tamtejszym Jardin des Plantes, a w pierwszej połowie XIX wieku w wielu innych miastach europejskich w zakładanych tam ogrodach zoologicznych. Na początek lat siedemdziesiątych datują się skromne załączki poznańskiego zoo usy-

tuowanego przy piwniarnianym ogródku; stanowiły je niedźwiadek i małpa odkupiona od Cygana, który wędrował z nimi po kraju zarabiając na chleb.

5. Na początku lat 70. XIX wieku Warszawa miała tylko sklep zoologiczny, w którym handlowano głównie królikami i gołębiami. Te zresztą, podobnie jak inne ptaki – przede wszystkim krajowe: gile, kosi i makolągwy – masowo i w ogromnym ponoście wyborze sprzedawano na Zapiecku, gdzie od lat mieścił się hałaśliwy targ drobnej zwierzyny. Dużo się natomiast w ówczesnej prasie dyskutowało o potrzebie urządzenia w stolicy ogrodu zoologicznego.

„Kurier Warszawski” pisał w połowie kwietnia 1873 roku: „Každy z czytelników wie niewątpliwie o zakładającym się w Warszawie pod firmą Bartels, Kloss et Comp. ogrodzie zoologicznym”. Było to trochę na wyrost, bo menażeria, którą założył na rogu Hożej i Kruczej 17 Ferdynand Bartels – z zawodu najpierw guwerner, a potem cenzor – mogła być dopiero załącznikiem zwierzyńca.

Według opisu Prusa, który jako kronikarz miasta musiał niejako z obowiązku zwiedzić ów przybytek, „składał się on z dwu części, a mianowicie z pewnej liczby pokojów i ogrodu”. „W ogrodzie – relacjonował początkujący wówczas dziennikarz – zauważyliśmy trzech bardzo niespokojnych niedźwiedzi, parę małoletnich lisów, chudego wilka z mocno wystającym językiem, trochę sów i jednego orła. W pokojach stały znowu klatki z wszelkiego rodzaju ptactwem, nie wyłączając papug rozmaitej wielkości, kur i gołębi różnej formy, a nawet, jeśli nas pamięć nie zawodzi, dostrzeżyliśmy parę ptaków rajszych i kilku naturalnych dudków”.

Wkrótce prasa doniosła, że skradziony został stamtąd „rzadki ptak największego gatunku sowa Puchacz (*bubo maximus*) wraz z łańcuchem na nodze”; pewnie jakiś zoofil wypuścił męczącego się ptaka na wolność. Innym razem popularna popołudniówka informowała, że jeden z niedźwiedzi Bartelsa zerwał łańcuch i przeskoczył przez płot. „Nastraszył potem solidnie kilka kobiet, a na jednej nawet poszarpał odzienie, aż niejaki pan C., urzędnik magistratu, człek wielkiej odwagi, energicznym postępowaniem zmusił niedźwiedzia do posłuszeństwa, łańcuch z obrozą przypiął na szyi i przymocował zbiega we właściwym mu miejscu”.

Już w 1875 roku „Przegląd Tygodniowy” zamieścił tekst, który brzmiał jak nekrolog dla inicjatywy Bartelsa zaledwie sprzed dwóch lat: „Ostatnie swoje skromne fundusze na ten cel poświęcił, a nie zrażony przeciwnościami walczył do ostatka, aby swój zwierzyniec ocalić na to, aby stał się załącznikiem przyszłego ogrodu zoologicznego”.

6. Jednak następny organizator, znany w mieście oryginał – mecenas Jan Maurycy Kamiński musiał wszystko zaczynać od nowa. Spółka zawiązała się 31 maja 1884 roku, a już 17 czerwca „ogród wraz ze zwierzętami otwarty został” – pisały „Kłosy”. Stał on poza miastem w miejscowości zwanej Bagatela, w dogodnym miejscu, bo tutaj właśnie, przy rogatkach mokotowskich, kończył swój bieg tramwaj konny. „Dostarczycielami kapitału było kilkaset osób”, które w sumie uzbierały 4 tys. rubli srebrem; mniej o 2 tysiące niż się spodziewano – donosił „Kurier Warszawski”, który już wcześniej, powołując się na przykład Hamburga i Frankfurtu n. Menem, gdzie ogrody zoologiczne dawały znaczne zyski, nawoływał do zakupu udziałów.

Bolesław Prus wykpił jednak w tejsze gazecie warszawskich statystów, że „w planie ich zoologicznego ogrodu brakuje klatki na jedno najciekawsze u nas zwierzę, nazywające się – arytmetyka”. Wyczylił bowiem, że przeciętny frankfurtycznik poświęcił na bilety do zoo równowartość kilkunastu kopiejek, warszawscy natomiast – „biedacy i chroniczni bankruci”

– musieliby wydać ponad rubla srebrem, by zoo mogło jako tako egzystować. „Za kilka lat – wróżył umiejący rachować felietonista – komornik opieczętuje ogród, a słonie, lwy, nosorożce i inne dziwolągi odda rakarzowi «do zniszczenia», jak to się zdarzyło niedźwiedziom śp. Bartelsa”.

Już niedługo miało się okazać, że Prus miał, niestety, rację. W atmosferze jednak zapału do wzbogacenia miasta o tak interesujący obiekt on także poddał rewizji swoją opinię i parę miesięcy później, w połowie czerwca 1884 roku, napisał: „majątku nikt na tym nie zrobi, ale i nie straci, a cały ogród zyska”.

Gdy po roku dokonania obrachunków okazało się jednak, że zamiast zysków ogród przy Bagateli przyniósł deficyt w wysokości 7 tys. rs.; kwotę tę spłacił mecenas Kamiński, mając nadzieję, że w następnych latach powetuje sobie tę stratę. Były to rachuby złudne, bo w miarę upływu lat deficyt ciągle narastał.

Nie przybywało też gatunków zwierząt, skoro nie było nadwyżek od 6% zysków, które gwarantowano; a według statutu miały iść one „na pomnażanie okazów”. Ogólnie lubiana, ściągająca najwięcej młodzieży słonica Kaśka, lew, żyrafa i wielbłąd, sprowadzone jeszcze przed otwarciem ogrodu, a także późniejsze nieliczne nabytki – oto główne atrakcje zoo przy Bagateli. Prócz tego były niedźwiedzie, kuny, borsuki i ptactwo pochodzące z darów. Jako jeden z pierwszych podarował Kamińskiemu młodego niedźwiadka August hr. Potocki, popularny w Warszawie Gucio.

Ciągle też przychodziło mniej publiczności niż się spodziewano, chociaż prasa bardzo ogród reklamowała, dbając o „honor Syreny”. Gazety pisały też o niezbyt kulturalnym zachowywaniu się publiczności; drażniąc zwierzęta, doprowadzano je – jak donosił „Kurier Codzienny” – do dzikiego gniewu. „Naszym zdaniem – czytamy w tej gazecie – ponieważ zwierzętom jedynie i wyłącznie dokuczają uderzeniem laskami, parasolami itp., należałoby przy bramie wejściowej upoważnić szwajcara do odbierania od wchodzących i utrzymywania w kontramarkarni lasek, parasoli etc.”.

Usiłując ratować finanse zwierzyńca, organizowano zabawy dla dzieci, a także różnego rodzaju widowiska. Skorzystano tu z doświadczeń niemieckich – słynnego organizatora ogrodów zoologicznych, Karola Hagenbecka, który wprowadził „pokazy ludów” – Völkerschau – zespoły składające się z przedstawicieli egzotycznych plemion wraz ze zwierzętami i przedmiotami codziennego użytku. Za pośrednictwem Hagenbecka ściągnięto m.in. trupe Dahomejczyków i Hotentotów.

W 1888 roku Kamiński usiłował utworzyć przy zoo muzeum etnograficzne, do którego zebrano już kilka tysięcy eksponatów, głównie z Afryki (zbiory Janikowskiego i Rogozińskiego). Muzeum to powstało w kilka lat później przy Krakowskim Przedmieściu, bo ogród zoologiczny był już zbyt słabą instytucją i szybkim krokiem zmierzał do likwidacji.

Jednym z gwoździ do trumny zwierzyńca przy Bagateli stał się wypadek, jaki zdarzył się w końcu 1888 roku. Oto na dozorcę, Józefa Kuczerskiego, rzucił się niedźwiedź i śmiertelnie go pokiereszował. Przyczyną był brak należytej ostrożności, ale jeden z dziennikarzy puścił plotkę, że niedźwiedź napadł na swego opiekuna z głodu. Dyrekcja ogrodu ujęła się honorem: poleciła zastrzelić dwa pozostałe niedźwiedzie i dokonać sekcji, żeby udowodnić, że zwierzęta miały sadło, nie mogły więc być głodzone.

W dwa lata później wszystkie drapieżniki w ogrodzie zatruty się mięsem i wyzdychały. Słonia i pozostałe przy życiu zwierzęta sprzedano do zagranicznych ogrodów zoologicznych. Mecenas Kamiński pozostał z ogromnymi długami do spłacenia. Długi wyceniono na 22 507 rs, a majątek oszacowano na 9758 rubli srebrem. „Że był instytucją pożyteczną

– napisał mu epitafium Świętochowski w «Prawdzie» pod koniec września 1890 roku – nikt nie przeczy, ale że na podstawie środków prywatnych ostać się nie mógł – dość łatwym było do przewidzenia. Ogrody zoologiczne, wielce kosztowne a mało zarabiające, muszą karmić się zasiłkami z kas miejskich lub rządowych”.

Wrócił do tematu jeszcze dwa miesiące później, bo sprawa leżała mu widocznie na sercu. „Może nie jedną setkę lat czas zbierze – prorokował – zanim u nas ludzie pokuszą się o założenie nowego Zwierzyńca”. Pesymizm „Posła Prawdy” okazał się jednak mocno przesadzony. Zoo opodal mostu Poniatowskiego na Powiślu założył w 1924 roku cukiernik Mieczysław Pągowski; według prasy wyróżniały się tu „wspaniałe okazy lwów i tygrysów”. Trzy lata później miasto powołało do życia i zaczęło organizować Zoo na Pradze, które funkcjonuje do dzisiejszego dnia.

HISTORIA CZASOPISMIENICTWA PRAWNICZEGO

Adam Redzik

Czasopisma prawnicze w Polsce Międzywojennej (1)

Wprowadzenie

W numerze marcowo-kwietniowym „Palestry” ukazał się ostatni odcinek „Historii Czasopiśmiennictwa Prawniczego” obejmujący okres do 1918 r. pióra Stanisława Milewskiego. Ten wyśmienity pisarz i badacz historii z powodu stanu zdrowia zrezygnował z pisania dalszej części tego ważnego dla polskiej literatury jurydycznej opracowania.

Kilka miesięcy temu Pan Stanisław zwrócił się do mnie z propozycją kontynuowania jego dzieła. Przyjąłem ją, choć zdaję sobie sprawę, że poprzeczka, jaką zawiesił przez swoje skrupulatne badania oraz wnikliwe pióro, znajduje się wysoko.

Formuła kolejnych odcinków będzie nieco odmienna od dotychczasowej, ale w zasadniczej koncepcji zbliżona.

Wypada w tym miejscu zauważyć, że brak jest w literaturze opracowania, które prezentowałoby polskie czasopisma prawnicze okresu międzywojnia, choć od czasu do czasu pojawiają się próby zestawienia ich¹. W pierwszej kolejności spróbujemy więc spojrzeć na polski rynek czasopism okresu II RP i wydobyć z gąszczu tytułów periodyki prawnicze. Omówienie wszystkich nie będzie łatwe, gdyż część czasopism prawniczych lub poruszających zagadnienia prawne jest dziś niedostępna, szczególnie jeśli chodzi o czasopisma prawnicze regionalne.

U progu odzyskania niepodległości trzy polskie czasopisma prawnicze cieszyły się au-

¹ Ostatnia próba zestawienia czasopism prawniczych wydawanych w Polsce w okresie międzywojennym autorstwa Jana Selmy z UMCS nie jest najszcześliwsza z uwagi na liczne błędy rzeczowe i pominięcie ważnych tytułów. Błędnie podano np. informacje dotyczące lat wydawania „Palestry”, „Czasopisma Sędziowskiego” i „Czasopisma Adwokatów Polskich”. Zob. J. Selma, *Lista niektórych czasopism prawniczych wydawanych w Polsce okresu międzywojennego*, (w:) *Prawo konstytucyjne II Rzeczypospolitej. Nauka i instytucje*, pod red. P. Sarneckiego, Kraków 2006, s. 257–260.

torytetem w środowiskach prawniczych wszystkich zaborów: warszawska „Gazeta Sądowa Warszawska”, lwowski „Przegląd Prawa i Administracji” oraz w nieco mniejszym stopniu krakowskie „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne”, krytykowane za zbytne oderwanie od praktyki. Wszystkie one kierowane były przez wybitnych jurystów, odpowiednio: adw. Henryka Konica, prof. dr. Franciszka Xawerego Fiericha oraz prof. dr. Ernesta Tilla, a poza tym ukazywały się przez cały okres międzywojnia. Istniało rzecz jasna w przededniu jurtrzenki wolności kilka mniejszych pism środowiskowych i naukowych, ale znaczenie ich było mniejsze.

Najsilniejszym polskim ośrodkiem prawniczym przed 1918 r. był bez wątpienia Lwów. Jako stolica kończącego swoją żywotność „Królestwa Galicji i Lodomerii z Wielkim Księstwem Krakowskim”, wyrósł on na centrum myśli prawniczej na ziemiach polskich oraz centrum zawodów prawniczych. Było tu najwięcej prawników, sędziów, radców Prokuraturii Skarbu, adwokatów, notariuszy, prokuratorów i innych znawców prawa. W okresie II RP pozycji tej w świecie prawniczym nie utracił, choć prężnie rozwijał się ośrodek stołeczny. Nie dziwi więc fakt, że to lwowskie czasopisma jurydyczne oddziaływały długo na cały kraj. Znaczenie i rolę powstałego w 1875 r. „Przeglądu Prawa i Administracji” przypomniano już obszernie na kartach „Palestry” w 2005 i 2006 r. Nie było to jedyne lwowskie pismo prawnicze. Mimo iż wcześniejszy „Prawnik” wydawany od 1870 do 1901 r. przez adw. Ignacego Szczęsnego Czemyryńskiego upadł (zob. S. Milewski, „Palestra” 2004, nr 9–10, 11–12; 2005, nr 1–2), to kilka lat później pojawiły się nowe inicjatywy. Na przykład w 1910 r. adw. dr. Anzelm Lutwak rozpoczął wydawanie pisma o nazwie „Palestra”, w którego podtytule napisano „Pismo obronie prawa poświęcone”. Niestety po wydaniu kilku numerów pismo przestało się ukazywać, a dziś jest nadzwyczaj trudno dostępne².

W 1912 powstał we Lwowie Związek Adwokatów Polskich (dalej: ZAP), bardzo zasłużona organizacja stawiająca sobie za cel zintegrowanie środowiska adwokackiego wszystkich zaborów i organizująca służące temu zjazdy, jak ten z 1913 roku. W 1913 roku ZAP począł wydawać jako swój organ „Czasopismo Adwokatów Polskich”, o szczegółach jednak później.

Wypada odnotować, że w końcu XIX wieku pojawiły się we Lwowie również pierwsze pisma prawnicze wydawane w języku ukraińskim, jak „Czasopys Prawnyca” redagowane przez adw. Kosta Lewickiego.

W okresie II RP silnie rozwijały się inne centra jurydyczne a w latach trzydziestych najwięcej pism prawniczych wydawano już w Warszawie, kilka we Lwowie, Krakowie, Wilnie i Poznaniu. W ciągu dwudziestu lat niepodległości powstało kilkadziesiąt czasopism prawniczych. Część z nich szybko upadła, inne rozwijały się do wybuchu wojny. W kolejnych odcinkach podjęta zostanie próba ukazania wszystkich, w tym okoliczności powstania, składów redakcji, struktury pisma oraz zawartości wraz z przywołaniem najważniejszych artykułów.

² Numery 1–8 znajdują się zasobie Biblioteki Naukowej im. Wasyła Stefanyka we Lwowie oraz kilka numerów w Bibliotece Narodowej w Warszawie.

PALESTRA

PRZED LATY

Rok 1965 (nr 7 i 8)

Witold Dąbrowski

Adwokat – radca prawny

Jak wykazują ostatnie dane statystyczne, adwokatów-radców prawnych jest w tej chwili 1271. Stanowi to 21,3% całej adwokatury polskiej.

Największe skupienie adwokatów-radców prawnych notujemy: w Izbie warszawskiej – 512, katowickiej – 123, poznańskiej – 111, łódzkiej – 101 i krakowskiej – 83. Jeśli jednak rozważymy to zagadnienie od strony stosunku do adwokatów wpisanych na listę danej izby adwokackiej, to procentowo liczba adwokatów-radców prawnych przedstawia się następująco: w Warszawie 33,2%, w Zielonej Górze 29,2%, w Poznaniu 25,9%, w Gdańsku 25,6% i w Krakowie 22,5%.

Ta znaczna liczba adwokatów ma pełne uprawnienia członków palestry wpisanych na listę, a więc ma ona prawo do tytułu adwokata, występowania w toczy, ma czynne i bierne prawo wyborcze, prawo do świadczeń z Funduszu Samopomocy Koleżeńskiej przy NRA oraz do świadczeń z Funduszu Samopomocy Koleżeńskiej przy NRA oraz do świadczeń z funduszy wzajemnej pomocy rad adwokackich itp. Radcowie prawni nie mogą jedynie wykonywać zawodu adwokata (art. 70 ustawy o ustroju adwokatury). (...)



Mieczysław Szerer

Sąd Najwyższy o chuligaństwie

W ubiegłym roku Sąd Najwyższy wydał dwa orzeczenia, które mogą przyczynić się do usunięcia anomalii polegającej na tym, że w kwestii chuligaństwa nasze sądy poruszają się w swoistym stanie nieważkości. Jak wiadomo, ani ustawa z 22 maja 1958 r. nie określiła, co to jest „chuligański charakter przestępstwa lub wykroczenia”, który wpływa ujemnie na szereg następstw karnych, ani też teoretycy nie doszli do pełnej zgody, co tu należy rozumieć; praktycy zaś woleli posługiwać się tym terminem niż go precyzować.

Dwa orzeczenia, o których mowa: jedno Izby Wojskowej, a drugie Izby Karnej zasługują tym bardziej na uwagę, że obok cennej zbieżności poglądów wykazują też różnicę, co, oczywista, osłabia z nich pożytek. Tymczasem gdzie jak gdzie, ale tu właśnie p e ł n a zgodność stanowiska jest jak najbardziej pożądana. Sądzę, że uświadomienie sobie, gdzie na obrazie obu orzeczeń są blaski, które należy zachować, a gdzie cień, który należy usunąć,

pomoże, aby nareszcie, w siedem lat po wyjściu ustawy, i oskarżyciel, i obrońca, i sędzia mogli w kwestii chuligaństwa mówić p r a w n i c z o bezwzględnie jednym językiem.

Zacznę od wyroku, który zapadł w Izbie Karnej 8.IV.1964 r. (w dalszym ciągu będę go nazywał „wyrok I.K.”) w sprawie IV K 29/64. Jego teza brzmi:

„Przestępstwo nabiera charakteru chuligańskiego wówczas, gdy się staje znamienne celem leżącym poza ustawową istotą czynu. Celem tym jest wyraźne okazanie lekceważenia zasad współżycia społecznego oraz szczególnie sposób działania polegający na bestialstwie, gwałtowności, nie obyczajności itp. O charakterze chuligańskim przestępstwa można ponadto mówić wówczas, gdy działanie wywołane zostało przez oskarżonego bez jakichkolwiek lub z błahych powodów ze strony pokrzywdzonego”.

Sąd Najwyższy dodał, że gdy brak danych, by sprawca działał „w sposób bestialski lub nieobyczajny (strona przedmiotowa), to samo naruszenie zasad współżycia społecznego (strona podmiotowa) nie daje jeszcze podstawy do uznania, że czyn nosi charakter chuligański.”

A zatem do zastosowania do przestępstwa zaostreń w myśl ustawy antychuligańskiej potrzeba z e b r a n i a s i ę następujących czynników:

1) celu działania, który znajduje się, ściśle biorąc, poza wypełnianiem ustawowych znamion danego przestępstwa;

2) motywu działania, którym jest chęć paradowania lekceważeniem zasad współżycia społecznego – brawura duchowego pigmeja;

3) sposobu działania: bestialstwo, gwałtowność, nieobyczajność itp.

Cenne jest podkreślenie przy tym, że samo naruszenie zasad życia społecznego nie wystarcza. Natomiast nie jest jasne, jak należy rozumieć twierdzenie, że o chuligaństwie można „ponadto” mówić wtedy, gdy nie było w ogóle prowokacji ze strony pokrzywdzonego lub gdy była wielka dysproporcja pomiędzy zachowaniem się obu stron. Czy znaczy to, że ta ostatnia okoliczność może z a s t ą p i ć tamte trzy czynniki, a więc wystarcza do zastosowania przepisów ustawy antychuligańskiej? Czy też autorom orzeczenia chodziło jedynie o zwrócenie uwagi, że o b o k tamtych trzech czynników pojawia się często także owa dysproporcja, odgrywając rewelacyjną rolę? Chciałbym wierzyć, że tak właśnie należy wyklądać orzeczenie Izby Karnej. Jest to ważne z przyczyn, które okażą się w dalszym ciągu.

(...)

W dniu 14 stycznia 1964 r. zapadło postanowienie składu 7 sędziów Izby Wojskowej (w dalszym ciągu będę je nazywał „postanowienie I.W.”) w sprawie R. Nw 57/63, które podaje następujące zasadnicze kryteria dla zaostrezenia odpowiedzialności karnej za czyn chuligański:

„A) Pobudki i cel działania sprawcy, przy czym pobudki polegają na chęci wybujałego wyżycia się sprawcy za wszelką cenę, chęci afirmowania przezeń swojej osobowości kosztem drastycznego przeciwstawienia się otoczeniu i obowiązującemu porządkowi prawnemu, a celem jest wyłącznie lub przede wszystkim rażące i naruszające porządek prawny okazanie nieposzanowania zasad społecznego współżycia; charakterystyczną cechą czynu sprawcy jest wówczas działanie albo w ogóle bez dającej się ustalić przyczyny, albo z przyczyny wyjątkowo błahej, wyraźnie nieadekwatnej w stosunku do działania sprawcy.

B) Sposób działania sprawcy, działającego zwykle publicznie, a wskazujący na szczególne nieliczenie się sprawcy ze skutkami jego czynu, na to, co się potocznie określa jako zdziczenie czy rozwydrzenie.

C) Obiektywne okoliczności czynu naruszającego w sposób drastyczny zasady obowiązującego porządku prawnego, dokonanego publicznie, często w obecności zbiegowiska,

który to czyn spowodował lub mógł spowodować naruszające porządek prawny wystąpienia ze strony osób postronnych albo inne przejawy szczególnego ich oburzenia; w tym jednak wypadku konieczne jest ustalenie, że sprawca – pomimo że działał w celu innym niż wymienione pod A) – przynajmniej przewidywał i godził się na to, że czyn jego może wywołać tego rodzaju dodatkowe ujemne następstwa.

Istnienie chociażby jednego z kryteriów wymienionych pod A), B) i C) powinno decydować o uznaniu czynu sprawcy za mający charakter chuligański w rozumieniu ustawy z dnia 22 maja 1958 r.:

Znaczenie użytkowe obu przytoczonych orzeczeń polega, oczywiście, na tym, co w nich jest zbieżne. Oto te punkty:

1) Sprawca jest typem z pogranicza aspołeczności i antyspołeczności. Jest aspołeczny w swym mizernym zarozumiałstwie, w swym głupio wzdętym przekonaniu o własnej ważności (postanowienie I.W. dobrze tu podkreśla „chęć afirmowania swojej osobowości kosztem drastycznego przeciwstawienia się otoczeniu”). Jego „lekceważenie zasad współżycia społecznego” nie jest buntem przeciw konkretnemu porządkowi ustrojowemu, nie ma w sobie nic p o - l i t y c z n e g o – jest tylko ekshibicjonizmem drobnego megalomana. To właśnie sprawia, że chuligan nie wchodzi głęboko w antyspołeczność, lecz pozostaje na jej pograniczu.

2) Wyraźnie bowiem przeciwstawia się społeczności ten, kto łamie przepis zabraniający dokonania pewnego konkretnego czynu, łamie dlatego, że mu zależy na „ustawowej istocie” tego czynu, czyli że jest zainteresowany skutkami właściwymi temu właśnie czynowi (np. przywłaszczeniem sobie zawartości torebki wyrwanej napadniętej kobiecie). Chuligan natomiast czerpie satysfakcję z okoliczności, która „leży poza ustawową istotą czynu”, a mianowicie z samego błazeńskiego rzucania wyzwania otoczeniu, które stosuje się do reguł pokojowego porządku w zbiorowości.

3) Z tym łączy się okoliczność, o której mowa w obu orzeczeniach: czyn chuligański nie ma podstawy w logice wydarzeń, powstaje z przyczyny „wyraźnie nieadekwatnej w stosunku do działania sprawcy”. Rozumowaniem *a contrario* można to sobie uzmysłowić na przykładzie niedawnego (bo z r. 1960) wydarzenia w Holandii.

Czternastoletni Theo należał do tzw. trudnych dzieci. Nie bez racji policja miała na niego oko w związku z pewnymi kradzieżami. Prawdopodobnie wspólnie z nim przeskrobał to i owo szesnastoletni Hendrick, który żył w bliskiej kompanii z dwoma braćmi z zamożnej rodziny: Boudewijnem (17 lat) i Evoutem (prawie 16 lat). Theo czując, że pali mu się grunt pod nogami, chciał uciec przez granicę, do której w Holandii nie jest daleko. Zwrócił się o pomoc do Hendricka oświadczając mu, że jeśli policja go przyłapie, będzie musiał – dla odciążenia się – zdradzić sprawki Hendricka.

Ten zwierzył się ze swym kłopotem Boudewijnowi i Evoutowi, którzy postanowili mu pomóc. Łączyła ich przecież z Boudewijnem przyjaźń, i to przypieczętowana dokonaną wspólnie nocną kradzieżą w sklepie spożywczym. Łup nie był znaczny: kilka puszek konserw kompotowych i trochę jabłek, a więc rzeczy, na które łatwo mogli pozwolić sobie bracia otrzymujący spore kieszonkowe od rodziców. Ale włamanie się nocą stanowiło podniecającą „przygodę”. Trzej kompani uradzili, by ukryć Thea na strychu obszernego domu rodziców Boudewijna i Evouta aż do chwili, kiedy uda się znaleźć sposób na przemycenie chłopca przez granicę.

Okazało się jednak, że nie takie to łatwe znaleźć podobną okazję. Czterdzieści dni przebywał już Theo na strychu, obsługiwany tam ukradkiem przez chłopców żyjących w ciągłym strachu, by rzecz nie wydała się przed domownikami. Wreszcie znudziło im się to i, rada w

radę, uznali, że jedynym sposobem pozbycia się uciążliwego gościa będzie zabicie go. Pod pozorem, że nadszedł czas ucieczki, wyprowadzili go nocą do ogrodu, zabili i ciało wrzucili do dołu wykopanego zawczasu. Rzecz wykryła się przeszło rok później.

Wiele osób nawykłych do rozluźnionej terminologii nazwałoby ten wyczyn chuligaństwem. Słuszne ustalenia Sądu Najwyższego nie pozwalają na to. Z pewnością motyw działania trzech chłopców nie dorastał swą wagą do dokonanego czynu, ale ze stanowiska chłopców nie byłoby błahy: następstwa denuncjacji ze strony Thea nie były dla nich drobną stawką. Była też inna wyrażna różnica: chłopcy bynajmniej nie chcieli rzucić wyzwania porządkowi społecznemu, przeciwnie, uznając swoją słabość wobec reguł tego porządku, uciekali od ich uchwytu.

4) Czwarte znamię to „szczególny sposób działania”. Orzeczenia mówią o bestialstwie, gwałtowności, nieobyczajności, zdziczeniu, rozwydrzeniu. Łącznym znamieniem jest tu p r y m i t y w i z m k u l t u r a l n y, zaprawiony ordynarną brutalnością, którą niedowarzony umysł sprawcy utożsamia z postawą zucha. Tu znów przytoczony wypadek hollenderski odbiega od wzoru chuligaństwa, bo z opisu przebiegu wydarzeń nie wynika, by zabójstwo Thea było dokonane z większym ekspensem gwałtu, niż to zachodzi przy każdym innym zabójstwie, popełnionym nie przez zastrzelenie lub otrucie.

Takie są zgodnie w obu izbach Sądu Najwyższego określone wymiary chuligańskiego charakteru przestępstwa.

Niestety, trzeba wskazać też na cienie w obrazie.

Przede wszystkim ustęp C) w tezie postanowienia I.W. Jakie to zagadkowe „obiektywne okoliczności” czynu sprawiają, że może on „spowodować naruszające porządek prawny wystąpienia ze strony osób postronnych albo inne przejawy szczególnego ich oburzenia”? Zaczniemy od tego oburzenia. Skoro, jak stwierdza postanowienie, celem chuligana jest „rażące” okazanie nieposzanowania zasad społecznych współżycia, to – rzecz jasna – budzi to wielkie oburzenie postronnych, ceniących sobie te zasady. Przecież chuliganowi nie chodzi o jakąś drobną fanfaronadę, którą postronni skwitują lekkim skrzywieniem się, ale właśnie o ich zafrapowanie pokazaniem, że nic sobie nie robi z opinii powszechnej; to właśnie podstawa tego osobliwego miru, jaki chuligan zyskuje sobie w swym ośrodku. Nie ma się tu więc do czynienia z jakąś odrębną „obiektywną” (?) okolicznością.

Poza tym wywołanie oburzenia, chociażby „szczególnego”, nie jest samo przez się czynnikiem ściągającym karę; można nawet twierdzić, że uzasadnione oburzenie jest społecznie dodatnią reakcją na czyn skądinąd przestępny: jest z nim jak z gorączką, która jest oznaką obrony organizmu przed czynnikiem takiej czy innej szkody. Czy nie podziało tu zbliżenie dźwiękowe wywoływania oburzenia z podburzaniem? Już zaś zupełnie nie można się zgodzić z tym, żeby sprawcę mogła obciążać okoliczność, iż czyn jego pobudził osoby postronne do w y s t ą p i e ń n a r u s z a j ą c y c h p o r z ą d e k p r a w n y. To jakieś całkowite nieporozumienie.

Największy jednak opór budzi ostatni ustęp postanowienia I.W., który jest sprzeczny z tezę wyroku I.K. Podczas gdy uważne odczytanie tego wyroku każe wnosić, że podane w nim znamiona powinny k u m u l a t y w n i e cechować czyn, aby można mu było przypisać charakter chuligański, to postanowienie wyraźnie zadawała się istnieniem j e d n e g o z trzech wymienionych w nim kryteriów. Oczywiście różnica jest ogromna. A kto ma rację? Sprawdźmy, jakie byłyby następstwa przyznania słuszności postanowieniu I.W.

Punkt B) postanowienia wymienia – jako jedno z usamodzielnionych kryteriów chuligańskiego charakteru czynu – to, „co się potocznie określa jako zdziczenie czy rozwydrzenie (np. przy czynnej napaści kopanie po głowie itp.)”. A więc choćby nawet sprawca nie działał z „chę-

ci wybujałego wyżycia się za wszelką cenę” i choćby celem jego nie było „rażące (...) okazanie nieposzanowania zasad społecznego współzycia”, czyli choćby nie wchodziły w grę te znamiona, które najpowszechniej uznawało się dotychczas w literaturze i w sądownictwie za podstawowe warunki dopatrzenia się chuligaństwa w działaniu sprawcy (ale było np. kopanie po głowie) – dopuszczalne byłoby zastosowanie zaostreżeń z ustawy antychuligańskiej z r. 1958.

(Chyba nie muszę się zastrzegać, że nie występuję przeciw surowemu ukaraniu człowieka, który drugiego kopie po głowie; chodzi jedynie o to, że aby dojść do takiego ukarania, nie potrzeba uciekać się do rozciągania pojęcia chuligaństwa. Każdemu wiadomo, że sądownictwo karne najlepiej służy w y m i a r o w i s p r a w i e d l i w o ś c i i najściślej urzeczywistnia wiecznie młodą w swym humanizmie zasadę *suum cuique tribuere*, gdy jak najmniej dopuszcza sięgania do pojęć o konsystencji kauczuku.)

Weźmy następnie jako przykład udział w bójce (art. 240 k.k.). Wszczęcie bójki z czystej „kawalerskiej fantazji” i dla zaimponowania nie liczącą się z niczym siłą ataku, przy czym z inicjatywy napastnika starcie przeradza się w walkę rozjuszonych byków – to będzie niewątpliwie działanie o charakterze chuligańskim. Jeśli jednak ktoś przyłączy się do ostrej nawet bójki, ale jedynie z poczucia solidarności z jedną ze stron walczących, nie mając bynajmniej zamiaru rzucać prowokacyjnego wyzwania zasadom współzycia i wcale nie z „chęci wybujałego wyżycia się za wszelką cenę” – to czy trzeba nadawać jego działaniu charakter chuligański? Ze stanowiska zajętego w postanowieniu I.W. odpowiedź będzie brzmiała: tak – jeśli w ferworze walki sprawca posunie się do czynności, które oceni się jako „rozwydrzenie”. Nie mogę uznać słuszności tak rozszerzającej wykładni.

Te same uwagi nasuwa punkt C) postanowienia. O wątpliwościach w związku z wywoływaniem „szczególnego” oburzenia postronnych była już mowa. Teraz przypominam jeszcze, że punkt ten zaczyna się od słów wskazujących na „obiektywne okoliczności czynu naruszającego w sposób drastyczny zasady obowiązującego porządku prawnego d o k o n a n e g o p u b l i c z n i e ” (moje podkr. – M. Sz.), a w zakończeniu czyni z tych okoliczności jedno z samowystarczalnych kryteriów chuligaństwa, jeśli sprawca wywołał wiadome oburzenie. Tak więc choćby pobudką sprawcy n i e była chęć „drastycznego przeciwstawienia się otoczeniu i obowiązującemu porządkowi prawnemu” ani celem n i e było „okazanie nieposzanowania zasad społecznego współzycia”, byleby tylko sprawca działał co najmniej z zamiarem ewentualnym wywołania owego oburzenia – sąd będzie mógł zastosować ustawę antychuligańską. Jakież otwierają się tu możliwości rozszerzania penalizacji!

Trudno wreszcie nie wspomnieć o niepewności, która powstaje stąd, że w równy miesiąc po omawianym postanowieniu 7 sędziów I.W. (a na osiem miesięcy przed powtarzającym jego tezy postanowieniem 3 sędziów tejże Izby z 27.XI.1964 r.) zapadło w I.W. postanowienie (w sprawie Rw 105/64 – OSNKW 1964, poz. 95), które wypowiada odmienną myśl. Podczas bowiem gdy postanowienie I.W. w swym punkcie C) obciąża chuligaństwem sprawcę czynu d o k o n a n e g o publicznie, jeśli powstały podane tam następstwa, chociażby sprawca n i e miał pobudek ani celów uważanych na ogół za charakterystyczne dla chuligaństwa – to postanowienie z 14.II.1964 r. (Rw 105/64) podkreśla właśnie ł a c z n o ś ć działania publicznego z tymi pobudkami i celami.

Powiedziano tam: „Okoliczność, czy czyn nastąpił w miejscu publicznym, czy też w innym miejscu, nie jest jedynym kryterium do ustalenia chuligańskiego charakteru przestępstwa. Odgrywa tu także rolę sposób dokonania przestępstwa, wskazujący na rażące lekceważenie przez sprawcę zasad współzycia społecznego oraz na takie pobudki działa-

nia, które sprowadzają się do chęci zaspokojenia przez sprawcę własnych irracjonalnych ambicji, dążeń i zachcianek przez bezceremonialne naruszanie praw innych osób”.

Co najmniej trudno zharmonizować oba orzeczenia. Natomiast wydaje się, że myśl wyrażona w ostatnio przytoczonej tezie zbieżna jest z myślą zawartą w uchwale Sądu Najwyższego z 25.X.1962 r. (w sprawie VI KO 27/62, „Nowe Prawo” 1963, s. 268): „Podstawowym rysem przestępstwa o charakterze chuligańskim jest (...) cel działania sprawcy; celem tym jest okazanie przez sprawcę własnego nieposzanowania dla zasad współżycia społecznego.”

P o d s t a w o w y m rysem, mówi uchwała I.K., jest cel działania sprawcy. Wedle postanowienia I.W. można uznać chuligański charakter działania sprawcy także wówczas, gdy nie będzie tego podstawowego rysu, tzn. chociaż sprawca nie będzie miał na celu okazania nieposzanowania dla zasad współżycia społecznego.

(...)

Zawarte w wyroku I.K. integracyjne ujęcie znamion chuligańskiego charakteru czynu sprzyja, jak sądzę, bez porównania więcej odcięciu sądowego pojęcia chuligaństwa od rozlazłego posługiwania się nim w potocznej mowie niż stanowisko siedmiu sędziów I.W., które rozczłonkowuje owe znamiona i każdemu członowi nadaje samoistny żywot. Krótko mówiąc, stanowisko żądające k u m u l o w a n i a s i ę pewnych znamion prowadzi zd. m. do uściślenia s p e c y f i c z n o ś c i chuligańskiego charakteru działania, a stanowisko traktujące owe znamiona rozłącznie popiera rozplływanie się terminu „chuligański charakter czynu” we mgle.

Ale stylizacja postanowienia I.W. ma niewątpliwie wiele zalet: dobrze rozwija poszczególne znamiona, które w wyroku I.K. są wypowiedziane lakonicznie. Autoratatywne więc wygładzenie różnic między obu orzeczeniami będzie mogło położyć kres stanowi, w którym pojęcie chuligańskiego charakteru czynu jest w naszym prawie karnym wciąż jeszcze nazbyt workowate.

Osobiście uważam, że *communis consensus* mógłby się utworzyć co do rozumienia takiego, że o chuligańskim charakterze przestępstwa mówimy wtedy, gdy sprawca:

poniesiony pustą euforią i z warcholstwa zrodzonym mniemaniem o sobie (składnik p o b u d k i),

chce ostentacyjnie stanąć ponad regułami porządku życia zbiorowego (składnik celu),

działa przy tym brutalnie, z odrzuceniem hamulców cywilizowanego człowieka (składnik s p o s o b u d z i a ł a n i a).

Każdy z tych czynników nadaje się, rzecz prosta, do rozwinięcia w szczegółach, ale dopiero w s z y s t k i e t r z y składają się na charakterystyczny szkielet zachowania się chuligańskiego.

DRAWO ZA GRANICĄ

Olga Sałamatowa

Rehabilitacja ofiar represji politycznych w Rosji

W 1991 roku w ustawie federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”¹ Rosja przyznała, że w okresie władzy radzieckiej miliony ludzi padły ofiarami samowoli państwa totalitarnego, w postaci represji za przekonania polityczne i religijne, obejmujących socjalne, narodowościowe i inne sfery życia². Celem uchwalonej 15 lat temu ustawy była rehabilitacja osób, które od 25 października (7 listopada)³ 1917 roku represjonowano politycznie na terytorium Federacji Rosyjskiej, przywrócenie im praw cywilnych, usunięcie innych skutków samowoli oraz zapewnienie możliwego w obecnej chwili odszkodowania za poniesione straty materialne⁴.

Niemniej w 2005 roku Naczelną Prokuraturę Wojskową Federacji Rosyjskiej nie uznała więźniów łagrów jenieckich NKWD ZSRR: kozielskiego, ostaszkowskiego i starobielskiego,

¹ Wciąż trwają prace nad wprowadzeniem zmian i uzupełnień do tej ustawy oraz praktyki stosowania prawa (np. od 1 stycznia 2005 r. w preambule brakuje instytucji odszkodowania za straty moralne). Obecnie obowiązuje osiemnasta wersja tekstu ustawy ze zmianami wprowadzonymi w ustawie federalnej z 1 lipca 2005 r. (które weszły w życie 1 stycznia 2006 r.).

² Część 1 preambuły ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

³ Według tzw. starego stylu – kalendarza juliańskiego obowiązującego w Rosji przed 1918 rokiem.

⁴ Część 2 preambuły ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

a także zachodnich obwodów USRR i BSRR⁵, za *ofiary represji politycznych*, stwierdzając że nie sposób ustalić powodów *politycznych* masowego rozstrzelania; poza tym formalna decyzja o rozstrzelaniu nie była wyrokiem, dlatego nie można jej odwołać, czyli zrehabilitować ofiar. Na tej samej zasadzie w lutym 2006 roku Prokuratura Generalna FR⁶ nie znalazła podstaw do uznania za *ofiary represji politycznych* rozstrzelanych w Jekaterynburgu członków rodziny carskiej Romanowów, uznając tę egzekucję za przestępstwo powszechne, a dokładnie za „umyślne zabójstwo, o podłożu politycznym, popełnione przez osoby, które nie posiadały odpowiednich uprawnień sądowych i administracyjnych”⁷. 28 marca 2006 roku Prokuratura Generalna FR ponownie odmówiła skierowania sprawy o rehabilitację rodziny carskiej do sądu, przedstawiając opinię prokuratora⁸, wedle której nie ma i nie było żadnej sprawy karnej lub innej dotyczącej rodziny carskiej i nie przedstawiono zarzutów o popełnieniu działań niezgodnych z prawem, brak jest więc podstaw prawnych do pozytywnego rozpatrzenia skargi (czyli skierowania sprawy do sądu).

Jakie więc standardy prawne wobec ofiar reżimu totalitarnego istnieją w Federacji Rosyjskiej, kto i jak może skorzystać z procedury przywrócenia praw? Czym jest procedura rehabilitacji? Spróbujmy uważniej przyjrzeć się ustawodawstwu rosyjskiemu dotyczącemu tych kwestii⁹.

Wspomniana ustawa określa wszystkie podstawowe kwestie związane z otrzymaniem statusu *ofiary represji politycznej*, w tym tryb rehabilitacji i jej skutki.

*Represją*¹⁰ nazywa się środek karny, stosowany przez organy państwa wobec obywateli lub grup społecznych. W demokratycznych państwach prawa represje stosuje się w charakterze kary tylko za naruszenie prawa i są one ściśle określone przez samo prawo. Jednak na terytorium utworzonego po 1917 roku ZSRR masowo stosowano represje na tle politycznym, czyniąc terror prawem. Współczesne ustawodawstwo rosyjskie uznaje za *represje polityczne różnego rodzaju środki przymusu stosowane przez państwo z powodów politycznych np. pozbawienie życia lub wolności, umieszczenie na przymusowym leczeniu*

⁵ W wymienionych łagrach i więzieniach przetrzymywano osoby rozstrzelane w kwietniu–maju 1940 r. (Sprawa Katyńska).

⁶ FR – w skrócie Federacja Rosyjska.

⁷ Por. np.: Natalia Gorbaniewska „Sukcesorzy bandytów”, <http://www.hro.org/editions/karta/katyn2.php>; „Katyń. Odmowa rehabilitacji. Komentarz Aleksandra Guriana”, <http://www.hro.org/editions/karta/katyn1.php>.

⁸ W przypadku złożenia wniosków przez osoby zainteresowane lub organizacje społeczne ust. 3 art. 8 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych” przewiduje możliwość skierowania sprawy do sądu przez prokuraturę z decyzją o odmowie rehabilitacji.

⁹ Proces rehabilitacji osób poddanych represjom politycznym zaczął się w 1954 roku. Specjalna komisja do spraw dodatkowego zbadania materiałów związanych z represjami zrehabilitowała tysiące niewinnie skazanych; uchylono niezgodne z prawem akty przeciwko narodom, które zostały przesiedlone ze swoich ojczyzn; uznano za niezgodne z prawem decyzje organów pozasądowych OGPU – NKWD – MGB z lat trzydziestych–pięćdziesiątych w sprawach politycznych; uchwalono inne akty przywracające prawa ofiar samowoli. Jednak przywrócenie sprawiedliwości rozpoczęte na XX zjeździe KPZR prowadzono niekonsekwentnie i, w zasadzie, wstrzymano w drugiej połowie lat sześćdziesiątych, <http://genproc.gov.ru/ru/rehabilitation/>.

¹⁰ Represja (z późn. łac. *repressio* – stłumienie) – środek karny, kara stosowana przez organy państwowe. „Российский Энциклопедический словарь”, <http://enc.mail.ru>.

w szpitalu psychiatrycznym, wydalenie z państwa i pozbawienie obywatelstwa, wysiedlenie grup ludności z miejsc zamieszkania, skierowanie na zsyłkę, wysyłkę i osiedlenie specjalne, skierowanie do pracy przymusowej w warunkach ograniczenia wolności, a także inne pozbawienie lub ograniczenie praw i wolności osób, które uznawano za niebezpieczne dla państwa lub ustroju politycznego z powodów klasowych, socjalnych, narodowych, religijnych lub innych przyczyn. Represje te stosowano na podstawie decyzji sądów i innych organów, które posiadały funkcje sądowe, lub w trybie administracyjnym, za które odpowiadały organy władzy wykonawczej i urzędnicy państwowi oraz organizacje społeczne albo ich organy posiadające uprawnienia administracyjne¹¹.

W ten sposób uznano, że środki karne stosowane z powodów politycznych są niezgodne z prawem, a obywatele, których im poddano, uważa się za ofiary represji politycznych i za to przysługuje im rehabilitacja¹².

W odróżnieniu od ukształtowanego już w prawie podejścia, rehabilitacja prowadzona zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem o rehabilitacji obywateli represjonowanych z powodów politycznych to nie tylko uznanie ich za osoby niewinne i przywrócenie im praw, ale także uznanie szczególnej, politycznej przyczyny represji. Rehabilitacja taka prowadzona jest w trybie szczególnym i powoduje szczególne skutki prawne. Zrehabilitowani obywatele represjonowani wcześniej z powodów politycznych otrzymują szczególne prawa.

Rehabilitacji podlegają osoby, które z powodów politycznych zostały skazane za przestępstwa przeciwko państwu oraz inne przestępstwa i były poddawane represjom karnym na podstawie decyzji organów WCzK, GPU – OGPU, UNKWD – NKWD, MGB, MWD, prokuratury oraz ich kolegów, komisji, „kolegów specjalnych”, „dwójek”, „trójek” i innych organów realizujących funkcje sądowe; osoby poddane w trybie administracyjnym zsyłce, wysyłce, skierowaniu na osiedlenie specjalne, do pracy przymusowej w warunkach ograniczenia wolności, w tym w „kolumnach roboczych NKWD”, tudzież innym ograniczeniom praw i wolności¹³, osoby bezpodstawnie umieszczone w szpitalach psychiatrycznych

¹¹ Art. 1 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

¹² Rehabilitacja (z późn. łac. *rehabilitatio* – przywrócenie), (prawn.) – przywrócenie praw. Według prawa rosyjskiego rehabilitacją osoby, która występowała w charakterze oskarżonego lub została uznana za winną na podstawie wyroku sądu albo poddana karze administracyjnej, jest wydanie wyroku uniewinniającego przy ponownym rozpatrzeniu sprawy, postanowienie (orzeczenie) o umorzeniu postępowania w sprawie karnej z powodu braku okoliczności przestępstwa, jego elementów lub dowodów udziału w popełnieniu przestępstwa, a także postanowienie o umorzeniu postępowania w sprawie o wykroczenie administracyjne. „Российский Энциклопедический словарь”, <http://enc.mail.ru>.

¹³ Są to następujące kategorie osób: a) rozkułaczona rodziny chłopskie zesłane na osiedlenie specjalne („zesłanie do pracy”) lub aresztowane i umieszczone w obozach koncentracyjnych albo po prostu wysiedlone z miejsc zamieszkania;

b) obywatele (Niemcy, Tatarzy krymscy, Grecy i Ormianie, Polacy, Koreańczycy, Kałmucy, Czeczeni, Ingusze, Bałkarzy, Karaczaże i inni) wysiedleni z rodzimych terenów z powodu przynależności narodowej i zesłani na osiedlenie specjalne lub zmuszeni do zachowania zasad osiedlenia specjalnego w miejscu zamieszkania, a także skierowani do pracy przymusowej w warunkach ograniczenia wolności (do: wojska, pracy), w tym ich dzieci, które znajdowały się na osiedleńiu specjalnym lub urodziły się tam;

na leczeniu przymusowym na podstawie decyzji sądów i organów pozasądowych; osoby uznane za społecznie niebezpieczne z przyczyn politycznych i poddane represjom na podstawie decyzji sądów i organów pozasądowych bez przedstawienia zarzutów dotyczących popełnienia konkretnego przestępstwa; osoby bezpodstawnie pociągnięte do odpowiedzialności karnej, których sprawy zostały przy tym umorzono z powodów niezwiązanych z rehabilitacją¹⁴.

Za podlegające rehabilitacji ofiary represji politycznych uznawane są także:

- nieletnie dzieci, pozbawione opieki jednego lub obojga rodziców, bezpodstawnie represjonowanych z powodów politycznych¹⁵,
- dzieci, które przebywały z rodzicami represjonowanymi z powodów politycznych lub zastępującymi ich osobami, w miejscach pozbawienia wolności, zsyłki, wysyłki czy na osiedleniu specjalnym¹⁶.

Ustawa „O rehabilitacji ofiar represji politycznych” w art. 5 zdekriminalizowała kilka dotychczasowych czynów karalnych, rehabilitując w ten sposób, niezależnie od faktycznego uzasadnienia oskarżenia, osoby skazane za:

- a) antyradziecką agitację i propagandę;
- b) rozpowszechnianie jawnie fałszywych informacji, oczerniających radziecki ustrój państwowy lub społeczny;
- c) naruszenie ustaw o rozdziale kościoła od państwa oraz szkoły od cerkwi;
- d) zamachy na osobę i prawa obywateli pod pozorem wykonywania obrzędów religijnych;
- e) ucieczkę z miejsc pozbawienia wolności, zesłania i osiedlenia specjalnego, w przypadku znalezienia się w nich w związku z nieuzasadnionymi represjami politycznymi.

Rehabilitacji nie podlegają osoby, w sprawach których są wystarczające dowody popełnienia następujących przestępstw:

- a) zdrady Ojczyzny w postaci szpiegostwa, ujawnienia tajemnicy wojskowej lub państwowej, przejście na stronę wroga; szpiegostwa, aktu terrorystycznego, dywersji;
- b) przemocy wobec ludności cywilnej i jeńców wojennych, a także udzielania pomocy

c) obywatele represjonowani z powodów przynależności klasowej, socjalnej, religijnej lub innej w latach władzy radzieckiej i przymusowo skierowani na osiedlenie specjalne, zsyłkę lub wysyłkę, w tym dzieci, które przebywały wraz z nimi lub urodziły się w miejscu osiedlenia, zsyłki, wysyłki albo zostały poddane innemu ograniczeniu praw i wolności;

d) obywatele, w tym byli jeńcy wojenni, repatriowani do ZSRR po drugiej wojnie światowej i skierowani na osiedlenie specjalne na okres sześciu lat lub bez określenia terminu albo przymusowo skierowani po repatriacji do stałej pracy w zakładach przemysłu węglowego, drzewnego, hutniczego i innych, w tym także przebywające z nimi dzieci.

Patrz: http://www.hro.org/editions/perm1/1_01.htm.

¹⁴ Art. 3 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

¹⁵ Wcześniej kategoria ta należała do *poszkodowanych w wyniku represji politycznych*, jednak w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego FR z 23 maja 1995 r. Nr 6-П „O sprawdzeniu zgodności z Konstytucją artykułów 2.1 i 16 Ustawy RFSRR z 18 października 1991 roku «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»” przepis ten uznano za niezgodny z Konstytucją, gdyż uznanie takich osób nie za represjonowane, a poszkodowane w wyniku represji politycznych, nie odpowiada celowi ustawy i ogranicza możliwość ich rehabilitacji, tworzyć dla nich inny status prawny niż dla osób zrehabilitowanych.

¹⁶ Art. 1.1. ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

zdrajcom ojczyzny i okupantom faszystowskim w popełnianiu takich działań podczas Wielkiej Wojny Ojczyźnianej¹⁷;

c) organizowania lub uczestniczenia w grupach bandyckich, które dokonywały zabójstw, kradzieży oraz innych działań z użyciem przemocy;

d) zbrodni wojennych przeciwko: pokojowi, ludzkości i wymiarowi sprawiedliwości.

Rehabilitacji nie podlegają także skierowani w trybie administracyjnym na osiedlenie specjalne repatriowani obywatele radzieccy (jeńcy wojenni i cywile), którzy służyli w jednostkach liniowych i specjalnych wojsk niemiecko-faszystowskich oraz policji, jeśli istnieją dowody ich udziału w działaniach wywiadowczych, pacyfikacyjnych czy bojowych przeciwko Armii Czerwonej, partyzantom, armii państw koalicji antyhitlerowskiej i ludności cywilnej z wyjątkiem tych, którzy brali później udział w działaniach bojowych przeciwko wojskom niemiecko-faszystowskim w szeregach Armii Czerwonej, oddziałów partyzanckich albo w ruchu oporu¹⁸.

Ustawodawstwo przewiduje *specjalny tryb rehabilitacji* obejmujący: obywateli FR, obywateli państw byłych republik związkowych ZSRR, obcokrajowców i bezpaństwowców, którzy zostali poddani represjom politycznym na terytorium FR od 25 października (7 listopada) 1917 roku, osoby stale zamieszkujące na terytorium FR represjonowane przez radzieckie organy sądowe i administracyjne działające poza granicami ZSRR lub sądy wojenne, sądy centralne ZSRR i organy pozasądowe (Sąd Najwyższy ZSRR i jego kolegia, Kolegium OGPU ZSRR, Kolegium Specjalne przy NKWD – MGB – MWD ZSRR, Komisję NKWD ZSRR i Prokuraturę ZSRR do Spraw Śledczych) oraz obcokrajowców represjonowanych na podstawie decyzji sądów ZSRR lub organów pozasądowych poza granicami ZSRR na podstawie oskarżenia o działania przeciwko obywatelom ZSRR i interesom ZSRR¹⁹.

Zakres działania ustawy FR „O rehabilitacji ofiar represji politycznych” obejmuje także obywateli narodów represjonowanych, którzy zostali poddani represjom na terytorium Federacji Rosyjskiej²⁰. W przypadku odmowy rehabilitacji sprawa jest rozwiązywana w trybie sądowym.

W języku potocznym wszyscy, którzy z powodów politycznych zostali poddani represjom za czasów reżimu komunistycznego są poszkodowanymi wskutek represji politycznych. W przypadku języka prawniczego sprawa przedstawia się inaczej. Z prawnego punktu widzenia obywatele – *ofiary represji politycznych* – mogą posiadać status **zrehabilitowanych** (kategorie te zostały wymienione wyżej) lub status **poszkodowanych w wyniku represji politycznych**. Tych drugich wymieniono w art. 2 ust. 1 ustawy federalnej „O rehabilitacji

¹⁷ Wielka Wojna Ojczyźniana (WWO) – tak nazywa się w Federacji Rosyjskiej okres od momentu ataku Niemiec faszystowskich na ZSRR 22 czerwca 1941 roku do ogłoszenia zwycięstwa w maju 1945 roku.

¹⁸ Art. 4 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

¹⁹ Art. 2 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”. Ponadto w artykule tym wskazano, że kwestie związane z rehabilitacją obywateli państw obcych represjonowanych na podstawie decyzji sądów ZSRR lub organów pozasądowych poza granicami ZSRR na podstawie ustaw międzynarodowych za działania przeciwko interesom Narodów Zjednoczonych w czasie drugiej wojny światowej, rozstrzygane są zgodnie z porozumieniami międzynarodowymi Federacji Rosyjskiej z zainteresowanymi państwami.

²⁰ Zgodnie z art. 3–1 ustawy RFSRR z 26 kwietnia 1991 roku Nr 1107–1 (tekst jedn. z 1 lipca 1993 r.) „O rehabilitacji narodów represjonowanych”.

ofiar represji politycznych” – są to dzieci, małżonka (małżonek), rodzice osób rozstrzelanych lub zmarłych w miejscach pozbawienia wolności i zrehabilitowanych pośmiertnie. Aby obywatele ci mogli otrzymać status *poszkodowanych w wyniku represji politycznych*, najpierw powinna odbyć się procedura *rehabilitacji* ich krewnych, którzy znajdowali się w miejscach pozbawienia wolności i tam zginęli.

Wnioski²¹ o rehabilitację mogą składać zarówno sami represjonowani, jak i **każda** osoba lub organizacja społeczna stosownie do siedziby organu lub urzędu państwowego, który podjął decyzję o zastosowaniu represji, lub miejsca zamieszkania wnioskodawcy. Wobec represjonowanych, którzy zostali poddani w trybie **administracyjnym** zsyłce, wysyłce, skierowaniu na osiedlenie specjalne, do pracy przymusowej w warunkach ograniczenia wolności, w tym w „kolumnach roboczych NKWD” lub innym ograniczeniu praw i wolności²², wnioski składa się w *regionalnych organach spraw wewnętrznych*²³. Zgodnie z art. 7 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych” organy spraw wewnętrznych zobowiązane są do ustalenia faktu zastosowania represji (w postaci jakichkolwiek niezgodnych z prawem ograniczeń praw) w trybie administracyjnym, sporządzenia orzeczenia i wydania zaświadczenia o rehabilitacji lub zawiadomienia o odmowie wydania takiego zaświadczenia.

W przypadku osób represjonowanych w innym trybie wnioski należy składać w *regionalnych (obwodowych, krajowych) organach prokuratury*²⁴. Zgodnie z art. 8 Ustawy Federal-

²¹ Do wniosku należy dołączyć notarialnie poświadczoną kopię aktu urodzenia i (w przypadku zamężnych kobiet) ślubu. Poza tym osoby represjonowane, które nie znajdowały się na osiedleniu specjalnym lub zsyłce, wysyłce, powinny przedłożyć zaświadczenie archiwalne z Archiwum Państwowego, archiwum zarządu spraw wewnętrznych lub innego organu państwowego o stosowaniu wobec nich represji politycznej. Jeśli dane archiwalne nie zachowały się, fakt represji politycznej udowodnić można tylko w trybie sądowym. Dzieci, które znajdowały się lub urodziły na osiedleniu specjalnym, zsyłce, wysyłce razem z rodzicami (lub krewnymi bądź opiekunami) są rehabilitowane przez te same organy MSW, co rodzice. Jeśli rodzice byli represjonowani i zrehabilitowani na terytorium byłych republik ZSRR, dzieci są rehabilitowane przez organy MSW według miejsca ich zamieszkania. Do wniosku należy dołączyć poświadczane kopie zaświadczeń o rehabilitacji rodziców (rodzica), akty urodzenia, akty ślubu (w przypadku osób, które zmieniły nazwisko) i jeśli to konieczne – dokumenty, potwierdzające pobyt z rodzicami na osiedleniu specjalnym, zsyłce, wysyłce.

W niektórych przypadkach, jeśli w archiwach brak danych o pobycie nieletnich z rodzicami w miejscach osiedlenia, zsyłki, wysyłki, powstaje konieczność ustalenia faktu zastosowania represji politycznej w trybie sądowym.

²² Punkt. „B” art. 3 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

²³ Na przykład wobec carskiej rodziny Romanowów i ich najbliższych w Jekaterynburgu stosowano represję (w postaci tymczasowego aresztowania i późniejszego rozstrzelania) bez decyzji organów sądowych. W związku z tym wniosek o ich rehabilitację trzeba było składać w Zarządzie Spraw Wewnętrznych Jekaterynburga. Decyzja o odmowie rehabilitacji może zostać zaskarżona w sądzie. Prezes zarządu woroneżskiego stowarzyszenia „Memoriał” Wiaczesław Bitiucki pisze: „w przypadku braku danych dokumentalnych zarząd spraw wewnętrznych proponuje wnioskodawcy ustalić fakt zastosowania represji w trybie sądowym... Jeśli chodzi o dowody, sąd w sprawie cywilnej (a sprawy dotyczące ustalenia prawnie znaczących faktów należą do nich) ma prawo zwolnić wnioskodawcę od dowodów, uznając ustalany fakt za ogólnie znany”. (Patrz bardziej szczegółowo: Wiaczesław Bitiucki „Krwawe echo rewolucji”, <http://hro.org/editions/repr/2006/02/22.php>).

²⁴ Przez cały czas obowiązywania Ustawy „O rehabilitacji ofiar represji politycznych” stanem na

nej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych” organy prokuratury ustalają i sprawdzają, we współpracy z działającymi na ich zlecenie organami bezpieczeństwa państwowego i spraw wewnętrznych, wszystkie sprawy z nieuchylonymi przed wejściem w życie wspomnianej ustawy decyzjami sądów i organów pozasądowych, dotyczące osób, które z powodów politycznych były: skazane za przestępstwa przeciwko państwu i inne przestępstwa; poddane represjom karnym na podstawie decyzji organów WCzK, GPU – OGPU, UNKWD – NKWD, MGB, MWD, prokuratury i ich kolegiów, komisji, „kolegiów specjalnych”, „dwójek”, „trójek” i innych organów, realizujących funkcje sądowe; bezpodstawnie umieszczone na podstawie decyzji sądów i organów pozasądowych w szpitalach psychiatrycznych na leczeniu przymusowym; bezpodstawnie pociągnięte do odpowiedzialności karnej, a ich sprawy umorzono z powodów niezwiązanych z rehabilitacją; uznane za społecznie niebezpieczne z powodów politycznych i pozbawione wolności, poddane zsyłce, wysyłce na podstawie decyzji sądów i organów pozasądowych bez przedstawienia zarzutu popełnienia konkretnego przestępstwa²⁵. Organy prokuratury sprawdzają również sprawy dotyczące czynów karalnych zdekriminalizowanych w artykule 5 wspomnianej ustawy. Po weryfikacji sporządzają one orzeczenia i wydają wnioskodawcom zaświadczenia o rehabilitacji, a jeśli nie mogą oni ich odebrać, regularnie dostarczają prasie lokalnej informacje o osobach zrehabilitowanych²⁶.

W przypadku podlegających *rehabilitacji* dzieci, które pozostały bez opieki bezpodstawnie represjonowanych z powodów politycznych rodzica lub rodziców oraz dzieci, które przebywały z represjonowanymi z powodów politycznych rodzicami lub opiekunami w miejscach pozbawienia wolności, na zsyłce, wysyłce, osiedleniu specjalnym²⁷, bądź uznanych za *poszkodowane w wyniku represji politycznych* dzieci, małżonków, rodziców²⁸, organy prokuratury i spraw wewnętrznych badają materiały spraw karnych i administracyjnych

1 lipca 2005 r. pracę w zakresie przeglądu archiwalnych spraw karnych praktycznie ukończono w 65 regionach Rosji. Organy prokuratury Federacji Rosyjskiej sprawdziły 648 813 archiwalnych spraw karnych dotyczących 918 370 osób skazanych z powodów politycznych za przestępstwa przeciwko państwu oraz inne przestępstwa. 649 732 osoby zrehabilitowano, 138 691 – uznano za osoby skazane w sposób uzasadniony i niepodlegające rehabilitacji, a 129 947 osób zrehabilitowano częściowo. Rozpatrzono 1 mln 1 tys. 527 wniosków obywateli o rehabilitację, uznanie za osoby pokrzywdzone z powodu represji politycznych, majątkowych oraz wniosków dotyczących innych kwestii, z których 814 860 rozstrzygnięto. Zgodnie z art. 1–1 cz. 1 i 2 ustawodawstwa rehabilitacyjnego, 272 040 obywateli uznano za ofiary represji politycznych jako dzieci, które znajdowały się razem z rodzicami w miejscach pozbawienia wolności, zsyłki, wysyłki, osiedlenia specjalnego, lub pozostawione jako osoby niepełnoletnie bez opieki rodziców (informacja na koniec pierwszego półrocza 2006 roku na stronie internetowej Prokuratury Generalnej FR), <http://genproc.gov.ru/ru/rehabilitation/>.

²⁵ Punkty „a”, „b”, „r”, „d”, „e” art. 3 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

²⁶ W przypadku oskarżonych o przestępstwa kontrrewolucyjne, szczególnie niebezpieczne przestępstwo przeciwko państwu w zbiegu z innymi przestępstwami, gdy w ich działaniach nie dostrzeżono znamion przestępstw kontrrewolucyjnych, szczególnie niebezpiecznych przestępstw przeciwko państwu, tylko inne rodzaje przestępstw, ponowne rozpatrzenie spraw i materiałów odbywa się w innym trybie, ustalonym w ustawodawstwie karnoprocesowym Federacji Rosyjskiej (art. 8 cz. 4 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”).

²⁷ Osoby wymienione w art. 1.1 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

²⁸ Osoby wymienione w art. 2.1 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

(organy prokuratury – gdy represji dokonywano na podstawie decyzji sądów i organów pozasądowych; organy spraw wewnętrznych – kiedy represje dokonywane były w trybie administracyjnym przez organy władzy wykonawczej, urzędników państwowych, organizacje społeczne lub ich organy posiadające uprawnienia administracyjne), sporządzają orzeczenia i wydają zaświadczenia o uznaniu osób za *poddane represjom politycznym i podlegające rehabilitacji* lub za *poszkodowane w wyniku represji politycznych* albo zawiadamiają o odmowie ich wydania.

Obywatele, którzy padli ofiarą zarówno represji karnych, jak i administracyjnych, a więc podlegający rehabilitacji tak przez organy prokuratury, jak organy spraw wewnętrznych, mogą zwracać się w kwestii rehabilitacji do obydwu instytucji jednocześnie.

Ustawa określa *termin rozpatrzenia wniosku o rehabilitację* – nie więcej niż trzy miesiące. Jest to uwarunkowane długim okresem poszukiwania dokumentów archiwalnych potwierdzających fakty represji²⁹. Jednak wyraźne ograniczenie określonego terminu wskazuje na znaczenie i doniosłość jak najszybszego rozwiązania rozpatrywanej kwestii, z uwagi na długotrwały charakter represji politycznych.

W kwestiach *zapoznania się ze sprawami śledczymi* represjonowani i ich krewni mogą zwracać się do archiwum państwowego do spraw represji politycznych każdego regionu Rosji lub do zarządu FSB³⁰. Zrehabilitowani i ich krewni mają możliwość zapoznania się z materiałami sprawy i otrzymania zachowanych osobistych rzeczy represjonowanych, a także dowiedzieć się o czasie, przyczynach śmierci i miejscu pogrzebu osoby zrehabilitowanej.

W przypadku odmowy rehabilitacji wnioskodawca ma prawo zwrócić się do sądu.

Decyzja organów spraw wewnętrznych o odmowie wydania zaświadczenia o rehabilitacji może zostać zaskarżona do sądu w trybie przewidzianym do zaskarżania niezgodnych z prawem działań organów władzy państwowej i urzędników państwowych, naruszających prawa obywateli³¹.

Decyzje o odmowie wydania zaświadczeń o uznaniu osób za *poddane represjom politycznym i podlegające rehabilitacji* albo *poszkodowane w wyniku represji politycznych* mogą być zaskarżone do sądu w trybie przewidzianym w ustawie Federacji Rosyjskiej „O zaskarżaniu do sądu działań i decyzji, naruszających prawa i wolności obywateli”³².

Jeśli prokuratura nie znajdzie podstaw do rehabilitacji w sprawach, które umorzono z powodów niezwiązanych z rehabilitacją³³, sporządza się orzeczenie o odmowie rehabilitacji i w których ludzie zostali bezpodstawnie pociągnięci do odpowiedzialności karnej. W przypadku osób wymienionych w art. 3 pkt „a”, „b”, „r”, „e” Ustawy o rehabilitacji³⁴, przy

²⁹ Bardziej szczegółowo patrz np. „O rehabilitacji ofiar represji politycznych w FR”, <http://mvd.bol.ru/modules.php?name=Pages&go=page&pid=17>.

³⁰ Federalna Służba Bezpieczeństwa Federacji Rosyjskiej.

³¹ Art. 7 cz. 3 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

³² Art. 8.1 cz. 2 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

³³ Art. 3 pkt „d” ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

³⁴ Są to osoby skazane z powodów politycznych za przestępstwa przeciwko państwu oraz inne przestępstwa; poddane represjom karnym na podstawie decyzji organów WCzK, GPU – OGPU, UNKWD – NKWD, MGB, MWD, prokuratury i ich kolegów, komisji, „kolegów specjalnych”, „dwójek”, „trójek” i innych organów, które realizowały funkcje sądowe; bezpodstawnie umieszczone w wyniku decyzji sądów i organów pozasądowych w zakładach psychiatrycznych na przymusowym leczeniu.

łożeniu wniosku przez osoby zainteresowane lub organizacje społeczne z prośbą o przekazanie sprawy do sądu, organy prokuratury zobowiązane są do skierowania tych spraw do odpowiedniej instancji sądowej wraz ze swoimi orzeczeniami o odmowie rehabilitacji³⁵. W takiej sytuacji decyzje podejmowane są:

– wobec skazanych – przez sądy, które wydawały ostatnie decyzje sądowe. Sprawy, w których wyroki, orzeczenia, postanowienia zostały wydane przez sądy zlikwidowane lub rozwiązane, a także przez trybunały wojskowe wobec osób cywilnych, przekazywane są do rozpatrzenia przez te sądy, do właściwości których sprawy te należą według obowiązującego ustawodawstwa. Właściwość terytorialna określana jest według miejsca wydania ostatniej decyzji sądowej;

– wobec poddanych represjom pozasądowym: wobec osób cywilnych – przez sądy najwyższe republik, sądy obwodowe, krajowe, sądy okręgów autonomicznych³⁶, a wobec wojskowych – przez trybunały wojenne okręgów i flot, na których terenie działały odpowiednie organy pozasądowe.

W przypadku sporu o właściwość sprawy mogą być przekazywane z jednego sądu do drugiego na podstawie rozporządzenia przewodniczącego Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej.

Sprawy³⁷ rozstrzygnięte przez były Sąd Najwyższy ZSRR są ponownie rozpatrywane przez Sąd Najwyższy Federacji Rosyjskiej; rozstrzygnięte przez kolegia sądowe Sądu Najwyższego ZSRR – przez kolegia sądowe Sądu Najwyższego FR, a rozstrzygnięte przez Plenum Sądu Najwyższego ZSRR – przez Prezydium Sądu Najwyższego FR. Prezydium Sądu Najwyższego FR może także ponownie rozpatrywać sprawy innego rodzaju, w których wcześniej podejmował decyzje.

Wobec osób stale zamieszkujących poza granicami Federacji Rosyjskiej Sąd Najwyższy FR wydał następujące wyjaśnienie: ponieważ art. 6 Ustawy o rehabilitacji przewiduje możliwość zwrócenia się z prośbą o rehabilitację nie tylko stosownie do miejsca zamieszkania wnioskodawcy, ale też miejsca siedziby organu lub urzędu państwowego, który podjął de-

niu; uznane za społecznie niebezpieczne z powodów politycznych i poddane pozbawieniu wolności, zsyłce, wysyłce na podstawie decyzji sądów i organów pozasądowych bez przedstawienia oskarżenia o popełnienie konkretnego przestępstwa.

³⁵ Zgodnie z art. 10 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”, sprawy, które nadeszły do sądu z negatywnym orzeczeniem prokuratora, rozpatrywane są na posiedzeniach sądowych według zasad ponownego rozpatrywania decyzji sądowych w trybie nadzoru przewidzianego w obowiązującym ustawodawstwie karnoprocesowym FR z wyłączeniami przewidzianymi w niniejszej ustawie. Możliwe są trzy warianty decyzji sądu: uznanie osoby za niepodlegającą rehabilitacji [wnioskodawcom wręcza się kopię orzeczenia (postanowienia) sądu, które może być zaskarżone do sądu wyższej instancji]; uznanie osoby za bezpodstawnie represjonowaną, z uchyleniem wydanej decyzji i umorzeniem postępowania (wydaje się zaświadczenie o rehabilitacji); możliwe jest także wprowadzenie zmian do wydanej wcześniej decyzji (na prośbę wnioskodawców wydaje się zaświadczenie o wynikach ponownego rozpatrzenia sprawy).

³⁶ Czyli sądy najwyższe podmiotów Federacji Rosyjskiej. Jeśli decyzję o zastosowaniu środków represyjnych wydał na przykład jakikolwiek organ na terytorium Kraju Krasnojarskiego, decyzję w sprawie rehabilitacji wydaje Krasnojarski Sąd Krajowy.

³⁷ Są to sprawy dotyczące osób wymienionych w art. 8 cz. 3 i cz. 4 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

czyż o zastosowaniu represji, wniosek o ustalenie faktu zastosowania represji może zostać złożony przez osobę stale zamieszkującą poza granicami Federacji Rosyjskiej w sądzie odpowiednim dla siedziby organu lub urzędnika państwowego, który podjął decyzję o zastosowaniu represji³⁸.

Konieczność zwrócenia się do organów sądowych często powstaje w *następujących przypadkach*:

a) kiedy nie ma żadnych danych archiwalnych o osobach rozkułaczonych według tak zwanej trzeciej kategorii (likwidacja gospodarstwa rolnego, konfiskata mienia i wygnanie z miejsca zamieszkania) lub gdy na podstawie istniejących danych archiwalnych dorośli członkowie rodziny chłopskiej są zrehabilitowani, a ich dzieciom odmawiają tego organy MSW;

b) kiedy dzieciom, które znajdowały się razem z rodzicami (opiekunami) na osiedleniu specjalnym, zsyłce, wysyłce, rehabilitacji odmawiają organy MSW;

c) we wszystkich przypadkach, kiedy brak (z powodu utraty lub zniszczenia) dokumentów archiwalnych, potwierdzających fakt represji politycznej w trybie administracyjnym, a także pobytu na osiedleniu specjalnym, zsyłce, wysyłce;

d) kiedy organy MSW odmawiają rehabilitacji obywatelom Rosji, których deportowano z Obwodu Krymskiego w 1944 roku;

e) w przypadkach wysiedlenia z pomieszczeń mieszkalnych dzieci represjonowanych rodziców i skierowania ich do dziecięcych izb tymczasowego przebywania i domów dziecka;

f) w przypadkach oczywistych prób uzasadnienia niezgodnego z prawem umieszczenia osoby represjonowanej w szpitalu psychiatrycznym na leczeniu przymusowym.

W wielu przypadkach należy jednocześnie zwracać się do sądu z prośbą o ustalenie faktu konfiskaty, zatrzymania lub innej utraty mienia w związku z represją polityczną³⁹.

Wobec osób, które zostały poddane represjom w trybie karnym, administracyjnym oraz ograniczeniom w prawach niewymienionych w artykułach Ustawy o rehabilitacji, obowiązuje ustalony w ustawodawstwie FR *ogólny tryb* zaskarżania, wnoszenia odwołań i ponownego rozpatrzenia decyzji sądów lub organów administracyjnych⁴⁰.

Kiedy organy sądowe odmawiają rozpatrzenia wniosku, wydają one i przekazują wnioskodawcy pisemne orzeczenie „O pozostawieniu bez rozpatrzenia” z podaniem przyczyn i rekomendacji, jak usunąć okoliczności stojące na przeszkodzie rozpatrzeniu sprawy.

Możliwa jest także następująca sytuacja: jeśli dział rehabilitacji prokuratury nie dostrzegł w działaniach osoby represjonowanej znamion kontrrewolucyjnego, szczególnie niebezpiecznego przestępstwa przeciwko państwu, a *innego* rodzaju przestępstw, można zaskarżyć decyzję organu sądowego lub pozasądowego w danej sprawie karnej w trybie ogólnym. W tym celu należy złożyć wniosek do prokuratora podmiotu FR lub do przewodniczącego sądu regionalnego w danym podmiocie Rosji z prośbą o wniesienie odwołania do sądu w trybie nadzoru w sprawie karnej osoby represjonowanej. W przypadku wniesienia odwołania i pozytywnego orzeczenia sądu osoba represjonowana będzie uznana za zrehabilitowa-

³⁸ Postanowienie plenum Sądu Najwyższego FR z 21 grudnia 1993 r. Nr 12 „O właściwości niektórych spraw o ustaleniu faktów zastosowania represji”.

³⁹ <http://www.hro.org/editions/perm1/>.

⁴⁰ Art. 10 ust. 5 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

ną, *ale nie jako represjonowana z powodów politycznych*, a w ogólnie przyjętym znaczeniu tego słowa. Dlatego w celu uznania osoby represjonowanej za zrehabilitowaną zgodnie z ustawą FR „O rehabilitacji ofiar represji politycznych” trzeba będzie znowu zwrócić się do sądu, zaskarżając decyzję działu rehabilitacji zgodnie z ustawą FR „O zaskarżaniu do sądu działań i decyzji naruszających prawa i wolności obywateli”, i prosić sąd o ustalenie politycznego charakteru motywów, którymi kierował się organ sądowy (lub pozasądowy) podejmujący decyzję o zastosowaniu represji. W przypadku pozytywnej decyzji sądu na podstawie tej skargi dział rehabilitacji przy prokuratorze podmiotu FR będzie zobowiązany do wydania zaświadczenia o rehabilitacji.

Należy pamiętać, że ostateczna decyzja w kwestii rehabilitacji zawsze należy do sądu. Nie wyklucza to możliwości zaskarżenia odmowy rehabilitacji wydanej przez dział rehabilitacji przy prokuratorze podmiotu FR nie do sądu, lecz do Prokuratury Generalnej Federacji Rosyjskiej⁴¹.

Trzeba też podkreślić, że na terytorium Rosji obowiązują dokumenty o rehabilitacji lub o uznaniu osób za poszkodowane w wyniku represji politycznych wydane w państwach – byłych republikach związkowych ZSRR lub przez były organy państwowe ZSRR⁴².

W celu kontroli wykonania Ustawy o rehabilitacji rozporządzenie Prezydium Rady Najwyższej FR z 16 grudnia 1991 roku Nr 2046-1 zawiera rekomendacje dla organów przedstawicielskich i wykonawczych władzy podmiotów Rosji, miast i regionów w zakresie powołania stałych komisji do spraw przywrócenia praw zrehabilitowanym ofiarom represji politycznych⁴³. Komisje takie działają we wszystkich regionach Rosji. W 1992 roku dekretem prezydenta powołano Komisję przy Prezydencie FR do spraw Rehabilitacji Ofiar Represji Politycznych⁴⁴.

⁴¹ Adres Prokuratury Generalnej FR: 125993, Rosja, Moskwa, ul. Bolszaja Dmitrowka 15a.

⁴² Bardziej szczegółowo o tym w art. 11 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

⁴³ Interesująca jest np. strona internetowa administracji Obwodu Władimirskiego – umieszczono na niej księgę pamięci ofiar represji politycznych, informacje o działalności komisji miejskiej i rejonowej do spraw przywrócenia praw osobom represjonowanym, różnego rodzaju dokumenty i inne ważne informacje na temat represji i rehabilitacji – <http://repressii.avo.ru/index.php?menu=1>.

⁴⁴ Komisja przy Prezydencie Federacji Rosyjskiej do spraw Rehabilitacji Ofiar Represji Politycznych (dalej – Komisja) jest organem konsultacyjnym, który w imieniu Prezydenta Federacji Rosyjskiej koordynuje działalności organów federalnych władzy wykonawczej w zakresie realizacji ustawy FR z 18 października 1991 r. o rehabilitacji ofiar represji politycznych, a także przygotowanie i przedkładanie odpowiednich materiałów i propozycji Prezydentowi Federacji Rosyjskiej. Podstawowe zadania Komisji to:

- analiza i koordynowanie działalności organów federalnych władzy wykonawczej w zakresie realizacji ustawy FR z 18 października 1991 r. o rehabilitacji ofiar represji politycznych;
- pełne i wszechstronne badanie, analiza i ocena represji politycznych, przeciwko wszystkim grupom społecznym, przedstawicielom partii politycznych i ruchów;
- przygotowanie sprawozdań dla Prezydenta Federacji Rosyjskiej o przebiegu wykonania ustawy FR „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”;
- przygotowywanie materiałów i propozycji w zakresie doskonalenia działalności organów federalnych władzy wykonawczej w kwestii rehabilitacji ofiar represji politycznych;
- informowanie społeczeństwa o skali i charakterze represji politycznych.

Czego więc oprócz zadośćuczynienia moralnego można oczekiwać po rehabilitacji? Jakie są skutki rehabilitacji?

Kwestiom tym poświęcona jest trzecia część omawianej ustawy⁴⁵.

Osobom zrehabilitowanym przywracane są utracone w związku z represjami prawa społeczno-polityczne i obywatelskie, stopnie wojskowe i specjalne, zwracane są nagrody państwowe, przyznawane środki pomocy socjalnej i wypłacane odszkodowania, których wysokość ustala tak ustawodawstwo federalne, jak i regionalne.

Wszystkim mieszkańcom Rosji pozbawionym obywatelstwa wbrew ich woli przywraca się obywatelstwo w trybie przewidzianym w ustawodawstwie FR⁴⁶.

Osoby zrehabilitowane, które w związku z represjami utraciły lokale mieszkalne, mogą wrócić w celu zamieszkania do miejscowości, w których zamieszkiwały przed zastosowaniem wobec nich represji. W tym przypadku *osobom zrehabilitowanym* i członkom ich rodzin zapewniane są lokale mieszkalne w trybie przewidzianym w ustawodawstwie podmiotów FR. Należy jednak podkreślić, że proces ten jest długi i pracochłonny; poza tym ustawodawstwo regionalne Rosji jest w tej kwestii bardzo skomplikowane i niejednoznaczne.

Ustawa federalna jednoznacznie określa kwoty odszkodowań pieniężnych za niezgodne z prawem pozbawienie wolności czy umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym – to 75 rubli za każdy miesiąc pozbawienia wolności, ale nie więcej niż 10 000 rubli. Odszkodowanie wypłacane jest tylko jeden raz przez organy opieki socjalnej **na podstawie dokumentów o rehabilitacji** i czasie pobytu w wymienionych wyżej miejscach. Spadkobiercom osób zmarłych, które zostały zrehabilitowane, odszkodowanie to nie przysługuje. Osobom zamieszkującym poza granicami FR odszkodowania pieniężne wypłacane są zgodnie z miejscem zamieszkania w Rosji przed zastosowaniem wobec nich represji, a gdy miejsca zamieszkania nie sposób określić – według miejsca zastosowania represji.

Odszkodowanie tego rodzaju uzyskać można jedynie posiadając wszystkie wymienione dokumenty. Często pobyt w miejscach izolacji rejestrowany był jednak niewystarczająco dokładnie lub nie był rejestrowany w ogóle – i w takim przypadku wypłata nawet tego symbolicznego odszkodowania pieniężnego może okazać się niemożliwa.

Poza tym *osobom zrehabilitowanym* i *osobom uznanym za poszkodowane w wyniku represji politycznych* zgodnie z ustawodawstwem federalnym zapewniane są środki pomocy socjalnej, jednak zobowiązania w tym zakresie przekazano podmiotom Federacji Rosyjskiej zgodnie z ustawodawstwem lokalnym. Dodatkowo komplikuje to sprawę, gdyż środki ochrony socjalnej w różnych regionach są odmienne i stosowane w różny sposób, w zależności od budżetu i bieżących priorytetów regionu.

Osoby zrehabilitowane mają prawo do zwrotu mienia skonfiskowanego, zatrzymanego lub utraconego w inny sposób w związku z represjami albo do zwrotu jego wartości lub wypłaty odszkodowania pieniężnego. Także ta część ustawodawstwa zawiera wiele usterek. Po pierwsze, art. 16 ust. 1 Ustawy o represjach wyznacza szeroki zakres mienia, które nie podlega zwrotowi, zwrotowi wartości lub odszkodowaniu pieniężnemu⁴⁷. Co więcej,

⁴⁵ Artykuły 12–16 ustawy federalnej „O rehabilitacji ofiar represji politycznych”.

⁴⁶ Ustawodawstwo o obywatelstwie można znaleźć w wymienionych w załączniku do niniejszego artykułu bazach prawnych, a także na stronie internetowej <http://www.tveruniversal.ru/site/legislation/>.

⁴⁷ Na przykład nie podlega zwrotowi mienie zniszczone w czasie wojny domowej i Wielkiej Wojny Ojczyźnianej, a także w wyniku katastrof naturalnych. Należy uznać to za dziwne, gdyż zniszczenie

w przypadku braku możliwości zwrotu zachowanego mienia, jego wartość zwracana jest zgodnie z przeprowadzoną oceną, ale wynosi nie więcej niż 4000 rubli za mienie bez budynków mieszkalnych lub 10 000 rubli za cały majątek, łącznie z budynkami mieszkalnymi⁴⁸. Czyli, na przykład, cała chłopska posiadłość – budynek mieszkalny wraz z meblami, odzieżą, różnymi sprzętami, zabudowaniami, krowami, świniami, ptactwem domowym itd. wycenia się mniej więcej na 370 dolarów... Nie ma też możliwości zaskarżenia decyzji odpowiednich organów w przypadku błędnego obliczenia wartości mienia lub odszkodowania albo błędnej decyzji o zwrocie mienia, gdyż dokumenty takie zgodnie z ustawą nie podlegają ponownemu rozpatrzeniu, a kwoty – powtórnemu naliczaniu.

W przypadku śmierci *osób zrehabilitowanych* zwrot mienia, zwrot jego wartości lub wypłata odszkodowania pieniężnego może zostać dokonana na korzyść spadkobierców, zgodnie z zasadami kolejności dziedziczenia⁴⁹.

Zwrot mienia, zwrot jego wartości i odszkodowania pieniężne dokonywane są stosownie do lokalizacji mienia lub jego sprzedaży w momencie zastosowania represji, niezależnie od tego, gdzie był represjonowany i gdzie zamieszkuje w chwili obecnej.

Wnioski o zwrot mienia, zwrot jego wartości i odszkodowania pieniężne można było składać tylko w ciągu trzech lat po wejściu w życie Ustawy o represjach, a w przypadku zrehabilitowanych później – w ciągu trzech lat po otrzymaniu dokumentu o rehabilitacji. Spory związane z kwestiami majątkowymi rozwiązywane są w trybie sądowym.

Tematyka, zakres działania Ustawy o represjach i sam akt normatywny w praktyce powodują trudności w procesach rehabilitacyjnych. Z reguły udowodnienie faktu represji politycznej i konfiskaty mienia będzie stanowić problem dla wielu rozkułaczonych według tak zwanej kategorii trzeciej, którym zabrano cały majątek, a rodzinę wygnano z domu bez sporządzenia (lub zachowania) jakichkolwiek dokumentów, co leżało w interesie osób biorących udział w rozkułaczaniu⁵⁰. W takim przypadku można podjąć próbę udowodnienia faktu rozkułczenia i rozgrabienia mienia na drodze sądowej, trudno jednak liczyć na pozytywną decyzję. Często w praktyce można spotkać się z odmową zwrotu (zwrotu wartości, odszkodowania) skonfiskowanego mienia, które po rozkułczeniu było w całości lub częściowo wykorzystane na spłatę zadłużenia w zakresie „indywidualnego podatku w naturze” lub „twardego zadania”. Odmowy te są jednak bezpodstawne gdyż w art. 16 Ustawy o rehabilitacji podano zamkniętą listę przypadków, kiedy mienie nie podlega zwrotowi (zwrotowi wartości, odszkodowaniu), a na tej liście brak takiego pojęcia jak „mienie skierowane na spłatę zadłużenia w zakresie «indywidualnego podatku w naturze» («twardego zadania»)»⁵¹.

własności dokonało się już po niezgodnym z prawem zatrzymaniu jej przez państwo, nie jest więc ważne, co stało się z nim później, ponieważ w chwili przejścia było w stanie nienaruszonym i właściciel mógłby go używać, czerpiąc z tego korzyści.

⁴⁸ Takie same kwoty wypłacane są w przypadku ustalenia faktu bezprawnego zatrzymania mienia w przypadku utraconych dokumentów o charakterze, stanie i ilości mienia.

⁴⁹ Podstawowe przepisy prawne regulujące kwestię dziedziczenia zawarte są w rozdziale piątym części trzeciej Kodeksu cywilnego FR (zapoznać się ze wspomnianymi przepisami Kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej można w zaprezentowanych w załączniku bazach prawnych lub np. na stronie internetowej <http://www.gdezakon.ru/gk/>).

⁵⁰ <http://www.hro.org/editions/perm1/>.

⁵¹ Podkreślić należy, iż „indywidualnym podatkiem w naturze” („twardym zadaniem”) obciąża-

Żądanie zwrotu domu rodzinnego może zostać zaspokojone tylko w przypadku spełnienia kilku warunków: dom rzeczywiście istnieje, a jego przynależność jest udowodniona; wnioskodawca razem z rodziną potrzebuje polepszenia warunków mieszkaniowych, czego dowodem jest ekspertyza sporządzana przez organ opieki społecznej lub upoważnioną komisję; wnioskodawca zamieszkujący w mieszkaniu państwowego (komunalnego) lub społecznego funduszu mieszkaniowego daje pisemną gwarancję przekazania zajmowanego lokalu odpowiedniemu organowi od razu po zwrocie domu. Poza tym, jeśli w domu podlegającym zwrotowi mieszkają ludzie, sprawa powinna zostać uzgodniona z nimi, a administracja rejonu (miasta) winna zapewnić im inne mieszkanie, co w obecnych warunkach rosyjskich jest praktycznie niemożliwe. Mamy więc zamknięte koło.

Naszkieciliśmy tu jedynie sytuacje i problemy związane z badaniami prezentowanych kwestii. Obok cytowanej ustawy, wiele aktów normatywnych i dokumentów związanych z *rehabilitacją ofiar represji politycznych* i przywracaniu im praw należy przeanalizować, by zwiększyć szanse na uzyskanie decyzji w sprawie każdego przypadku stosowania represji⁵².

Powtórzmy raz jeszcze, że *proces rehabilitacji* inicjują osoby zainteresowane⁵³ (jeśli nie zostały one zrehabilitowane w trakcie ponownego rozpatrzenia spraw przez organy MSW i prokuratury FR), składając wniosek o *rehabilitację* w miejscu zamieszkania lub siedziby organu, który podjął decyzję o zastosowaniu represji. Represjonowani w trybie administracyjnym składają wnioski do organów spraw wewnętrznych; represjonowani w innym trybie – do organów prokuratury. Wnioski dotyczące osób, które zostały poddane represjom na podstawie decyzji różnych organów, mogą być składane zarówno do organów spraw wewnętrznych, jak i prokuratury. W wyniku rozpatrzenia sprawy, nie później niż po upływie trzech miesięcy, powinno zostać wydane zaświadczenie o rehabilitacji lub decyzja o jej odmowie, którą można zaskarżyć do sądu w trybie przewidzianym w Ustawie o rehabilitacji lub w ogólnym trybie zaskarżania, wnoszenia odwołania i ponownego rozpatrywania decyzji sądów lub organów administracyjnych. W przypadku pozytywnej decyzji sądowej wydaje się *zaświadczenie o rehabilitacji*. Decyzję negatywną można zaskarżyć do sądu wyższej instancji. Wymienieni w Ustawie o rehabilitacji krewni osoby uznanej za *represjonowaną* mogą w takim samym trybie zostać uznani za *poszkodowanych w wyniku represji politycznych*.

W przypadku braku lub problemów z dokumentami, które potwierdzają fakt represji, pokrewieństwo z represjonowanymi i inne niezbędne fakty, należy zwrócić się do sądu.

Status *osoby represjonowanej* umożliwi przywrócenie wszystkich praw utraconych w momencie zastosowania represji, otrzymanie wymienionego w ustawie federalnej, a także w ustawach podmiotów FR zwrotu wartości i odszkodowania pieniężnego, zwrot mienia,

ne były tylko gospodarstwa kułackie na podstawie represyjnych postanowień Centralnego Komitetu Wykonawczego i Rady Komisarzy Ludowych ZSRR z lat 1928–1930, których celem była likwidacja zamownych indywidualnych gospodarstw rolnych; wspomniane mienie było konfiskowane w związku z rozkułaceniem, a nie na podstawie decyzji sądu, i dopiero później sprzedawano je w celu spłaty zadłużenia (nawet gdy mienie konfiskowano na podstawie decyzji sądu według art. 61 Kodeksu karnego RFSRR z 1926 r. „Odmowa wykonania obowiązków”, należy pamiętać, że artykuł ten miał charakter polityczny i służył prześladowaniu „elementów kułackich”).

⁵² Najważniejsze z nich wymienione są w załączniku do niniejszego artykułu.

⁵³ Osobą zainteresowaną może zostać **każdy** człowiek lub organizacja społeczna.

a także przyznanie ulg socjalnych. Bliscy krewni otrzymają także prawo do dziedziczenia niektórych odszkodowań i mienia, zgodnie z ustawodawstwem rosyjskim i z wyłączeniami wymienionymi w Ustawie o rehabilitacji. Status osoby *poszkodowanej w wyniku represji politycznych* umożliwi otrzymanie pomocy socjalnej, przewidzianej w ustawodawstwie regionalnym FR.

Z formalnego punktu widzenia, rzeczywistość jest taka, że rosyjska ustawa „O rehabilitacji ofiar represji politycznych” obejmuje głównie osoby, które stały się ofiarami bezpodstawnych decyzji władzy sądowniczej. Istnieje konieczność zmiany interpretacji „Ustawy o rehabilitacji” lub wprowadzenia do niej zmian wykluczających możliwość jej ograniczonej interpretacji. Zdaniem kierownika Komisji Polskiej Międzynarodowego Stowarzyszenia Historyczno-Oświatowego i Dobroczynnego „Memoriał” Aleksandra Gurjanowa, prokuratorzy rosyjscy od wielu lat stosują zawężoną, ściśle formalną interpretację pojęcia *rehabilitacja*, rozumiejąc ją jako „przywrócenie praw utraconych na mocy niesprawiedliwego wyroku” wydanego przez sąd lub inną instytucję upoważnioną do wydania wyroków w czasach radzieckich. W latach dziewięćdziesiątych zrehabilitowano dwóch Polaków internowanych w czasie drugiej wojny światowej bez wyroku sądowego, przypadek ten nie stał się jednak niestety precedensem prawnym dla następnych decyzji⁵⁴. Jednocześnie ustawodawstwo mówi również o *rehabilitacji* w przypadku stosowania represji przez organy administracyjne, ale tylko gdy istnieją dowody dokumentalne, czyli *akta sprawy* osoby represjonowanej lub *decyzja (wyrok)*, na podstawie którego zastosowano określony środek przymusu. Bez nich rehabilitacja będzie praktycznie niemożliwa. Rozwiązania należy więc szukać tylko w aktywnym poszukiwaniu akt sprawy. Znając biografię osoby represjonowanej i okoliczności jej życia, należy zwrócić się z listem do właściwych ze względu na miejsce urodzenia, służby czy odbywania kary organów zarządu spraw wewnętrznych i zarządu Federalnej Służby Bezpieczeństwa FR, Głównego Centrum Informacyjnego MSW⁵⁵, a jeśli represji dokonano w czasie służby w wojsku, Naczelnej Prokuratury Wojskowej FR⁵⁶. Można także zwrócić się do Centralnego Archiwum FSB⁵⁷.

Odsyłacze:

1. Portal „Prawa człowieka w Rosji” – <http://www.hro.org>, część tej strony internetowej poświęcona jest problemom represji politycznych i kwestiom rehabilitacji; znaleźć tam można dużą liczbę artykułów na temat represji politycznych i rehabilitacji; od strony praktycznej szczególnie przydatna będzie strona z rekomendacjami metodologicznymi i materiałami na temat przywracania praw ofiarom represji politycznych przygotowana przez permską filię obwodową Międzynarodowego Historyczno-Oświatowego i Dobroczynnego Stowarzyszenia „Memoriał” – <http://www.hro.org/editions/perm1/>, na podstawie której powstał niniejszy artykuł. Trzeba jednak podkreślić, że sprawdzenia wymaga

⁵⁴ „Katyń. Odmowa rehabilitacji. Komentarz Aleksandra Guriana”, <http://www.hro.org/editions/karta/katyn1.php>.

⁵⁵ 117246, Moskwa, ul. Nowoczieriomuszkinskaja 67, GIC MWD RF.

⁵⁶ 119852, Moskwa, ul. Cholzunowa 14.

⁵⁷ W kwestiach związanych z wykorzystaniem materiałów archiwalnych należy zwrócić się z piśmym wnioskiem do Archiwum Centralnego FSB Rosji (101000, Moskwa, ul. Bolszaja Łubianka, d. 2), podając w nim swój adres pocztowy i telefon domowy.

zgodność owych materiałów z obowiązującym ustawodawstwem, gdyż wiele napisano na podstawie starszych wersji ustaw i innych aktów normatywnych.

2. Międzynarodowe stowarzyszenie „Memoriał” – <http://www.memo.ru/> łącznie z jego filiami regionalnymi (informację o nich można znaleźć na stronie <http://www.memo.ru/about/adr/index.htm>). „Memoriał” to ruch, którego podstawowym zadaniem było początkowo zachowanie pamięci o represjach politycznych w niedalekiej przeszłości Rosji, pomoc ofiarom i ich krewnym. Teraz jest to związek dziesiątek organizacji w Rosji, Kazachstanie, Łotwie, Gruzji i na Ukrainie, które prowadzą wspólne działania badawcze i edukacyjne oraz pracują na rzecz ochrony praw człowieka.

3. Oficjalna strona Prokuratury Generalnej – <http://www.genproc.gov.ru/>. Na tej stronie znajduje się rozdział „Rehabilitacja ofiar represji politycznych”, w którym zaprezentowano praktykę pracy organów prokuratury w tym zakresie. Informację o działalności regionalnych organów prokuratury można uzyskać na stronie <http://www.genproc.gov.ru/contacts/unit/>.

4. Oficjalna strona Ministerstwa Spraw Wewnętrznych FR – <http://www.mvd.ru/> przedstawia materiały związane z problematyką rehabilitacji w kompetencji organów spraw wewnętrznych. Można tu również zadawać pytania za pośrednictwem kancelarii: <http://mvd.ru/priem/>.

5. Oficjalna strona Federalnej Służby Bezpieczeństwa FR – <http://www.fsb.ru/>. Informacje o organach terytorialnych Federalnej Służby Bezpieczeństwa FR można uzyskać na stronie <http://www.fsb.ru/contact/ufsb.html>.

6. Niezbędne akty normatywne znaleźć można w rosyjskich elektronicznych bazach prawnych „Konsultant” i „Gwarant” – wersje on-line: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=home>, <http://garant.park.ru/>.

7. Komisja przy Prezydencie FR do spraw Rehabilitacji Ofiar Represji Politycznych – organ konsultacyjno-doradczy w Administracji Prezydenta FR - http://orgdiv.adm.gov.ru/konsult/konsult_1.htm.

Dokumenty normatywne regulujące kwestie związane z rehabilitacją:

UWAGA! Zaprezentowano akty normatywne najwyższych organów władzy FR, jednak należy pamiętać o tym, że w każdym regionie funkcjonuje terytorialne ustawodawstwo o rehabilitacji. Można się z nim zapoznać w odpowiednich rozdziałach wyżej wspomnianych baz prawnych.

1. Ustawa FR z 18 października 1991 r. Nr 1761-1 „O rehabilitacji ofiar represji politycznych” (tekst jedn. z 1 lipca 2005 r.);

2. Ustawa RFSRR z 26 kwietnia 1991 r. Nr 1107-1 „O rehabilitacji narodów represjonowanych” (tekst jedn. z 1 lipca 1993 r.);

3. Rozporządzenie Rządu FR z 12 sierpnia 1994 r. Nr 926 „O zatwierdzeniu przepisów o trybie zwrotu obywatelom mienia, niezgodnie z prawem skonfiskowanego, zatrzymanego lub utraconego w inny sposób w związku z represjami politycznymi, zwrotu jego wartości lub wypłaty odszkodowania pieniężnego” (tekst jedn. z 4 sierpnia 2005 r.);

4. Rozporządzenie Rządu FR z 16 marca 1992 r. Nr 160 „O trybie wypłaty odszkodowania pieniężnego i przyznawania ulg osobom zrehabilitowanym zgodnie z ustawą RFSRR «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»” (tekst jedn. z 4 sierpnia 2005 r.);

5. Rozporządzenie Rady Najwyższej FR z 16 lipca 1992 r. Nr 3321-1 „O rehabilitacji kozactwa”;

6. „Przepisy o trybie potwierdzenia stażu pracy w celu przyznania emerytur w RFSRR” (zatwierdzone w drodze zarządzenia Ministerstwa Zabezpieczenia Socjalnego RFSRR z 4 października 1991 r. Nr 190);

7. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 2 lutego 2006 r. Nr 56-O „W sprawie skargi obywatela Lapunowa Olega Innokientiewicza na naruszenie jego praw konstytucyjnych...”;

8. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 27 grudnia 2005 r. Nr 527-O „O odmowie przyjęcia do rozpatrzenia skargi obywatela Charitonowa Wadima Pietrowicza na naruszenie jego praw konstytucyjnych...”;

9. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 1 grudnia 2005 r. Nr 462-O „O odmowie przyjęcia do rozpatrzenia zapytania Sachalińskiej Dumy Obwodowej w sprawie sprawdzenia zgodności z Kon-

stytucją części pierwszej i drugiej artykułu 16 ustawy Federacji Rosyjskiej «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»;

10. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 1 grudnia 2005 r. Nr 365-O „O zapytaniu Parlamentu Republiki Osetia Północna – Alania o sprawdzeniu zgodności z Konstytucją FR przepisów artykułów 3 i 6 ustawy RFSRR «O rehabilitacji narodów represjonowanych»”;

11. Zarządzenie MSW z 17 października 2005 r. Nr 834 „O zatwierdzeniu instrukcji o trybie wykonania przez organy spraw wewnętrznych FR ustawy FR «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»”;

12. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 5 lipca 2005 r. Nr 246-O „W sprawie skargi obywatela Kuzniecowa Iwana Wasiliewicza na naruszenie jego praw konstytucyjnych w podpunkcie 5 punktu 1 załącznika 20 do ustawy federalnej «O budżecie federalnym na 2004 rok»”;

13. Dekret Prezydenta FR z 15 czerwca 1992 r. Nr 632 „O działaniach w zakresie realizacji ustawy FR «O rehabilitacji narodów represjonowanych» wobec kozactwa” (tekst jedn. z 21 marca 2005 r.);

14. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 24 lutego 2005 r. Nr 79-O „O odmowie przyjęcia do rozpatrzenia skargi obywatela Sorokina Mitrofana Stiepanowicza na naruszenie jego praw konstytucyjnych w decyzjach sądów powszechnych, organów prokuratury i urzędników państwowych organów spraw wewnętrznych”;

15. Zarządzenie Ministerstwa Finansów FR z 31 grudnia 2004 r. Nr 133H „O wprowadzeniu sprawozdawczości o wydatkowaniu środków budżetowych w celu wypłaty osobom zrehabilitowanym odszkodowań pieniężnych przewidzianych w artykułach 15 i 16.1 ustawy FR «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»” (zarejestrowano w Ministerstwie Sprawiedliwości FR w dniu 21 lutego 2005 r. Nr 6344);

16. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 21 grudnia 2004 r. Nr 432-O „O odmowie przyjęcia do rozpatrzenia skargi obywatela Kowala Konstantina Łazariewicza na naruszenie jego praw konstytucyjnych w przepisach artykułu 16.1 ustawy FR «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»”;

17. Rozporządzenie Rządu FR z 15 listopada 2004 r. Nr 635 „O zatwierdzeniu zasad finansowania zobowiązań wydatkowych Federacji Rosyjskiej w zakresie wypłaty odszkodowań pieniężnych osobom poddanym represjom w postaci pozbawienia wolności, umieszczenia na leczeniu przymusowym w szpitalach psychiatrycznych i w późniejszym czasie zrehabilitowanym, a także odszkodowań pieniężnych osobom zrehabilitowanym za mienie skonfiskowane, zatrzymane i utracone w inny sposób w związku z represjami”;

18. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 15 lipca 2004 Nr 282-O „O odmowie przyjęcia do rozpatrzenia skargi obywatela Morgaczewa Władimira Iwanowicza na naruszenie jego praw konstytucyjnych w przepisach części drugiej artykułu 16.1 ustawy FR «O rehabilitacji ofiar represji politycznych» i art. 25 pkt 3 kodeksu ziemskiego FR”;

19. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 10 lipca 2003 r. Nr 282-O „O odmowie przyjęcia do rozpatrzenia zapytania Rządu Kraju Chabarowskiego w sprawie sprawdzenia zgodności z Konstytucją akapitu trzeciego punktu 5 przepisów o trybie przyznawania ulg osobom zrehabilitowanym i osobom uznanym za poszkodowane w wyniku represji politycznych”;

20. Decyzja Sądu Najwyższego FR z 16 grudnia 2002 r. Nr ГКПИ02-1301 „O braku pozytywnego rozpatrzenia wniosku o uznanie za częściowo niezgodny z prawem punktu 8 «Przepisów o trybie przyznawania ulg osobom zrehabilitowanym i osobom uznanym za poszkodowane w wyniku represji politycznych», zatwierdzonych w drodze rozporządzenia Rządu FR z 3 marca 1994 r. Nr 419”;

21. List Prokuratury Generalnej FR z 3 sierpnia 2001 r. Nr 13p „O trybie wykonania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego FR z 18 kwietnia 2000 r. Nr 103-O” (tekst jedn. z 24 grudnia 2001 r.);

22. Decyzja Sądu Najwyższego FR z 16 października 2001 r. Nr ГКПИ2001-1312 „O odmowie pozytywnego rozpatrzenia skargi w sprawie uznania za nieważny punktu 15 «Przepisów o trybie zwrotu obywatelom mienia niezgodnie z prawem skonfiskowanego, zatrzymanego lub utraconego w inny sposób w związku z represjami politycznymi, zwrotu jego wartości lub wypłaty odszkodowania pieniężnego», zatw. w drodze rozporządzenia Rządu FR z 12 sierpnia 1994 r. Nr 926”;

23. Decyzja Sądu Najwyższego FR z 25 kwietnia 2001 r. Nr ГКПИ01-794 „O braku pozytywnego

rozpatrzenia wniosku o uznanie za niezgodny z prawem punktu 5 «Przepisów o trybie przyznawania ulg osobom zrehabilitowanym i osobom uznanym za poszkodowane w wyniku represji politycznych», zatwierdzonych w drodze rozporządzenia Rządu FR z 3 maja 1994 r. Nr 419”;

24. Orzeczenie Sądu Najwyższego FR z 29 marca 2001 r. Nr КАС01-86 „O pozostawieniu bez zmian decyzji Sądu Najwyższego FR z 2 lutego 2001 r. Nr ГКПИ2000-1511”;

25. Decyzja Sądu Najwyższego FR z 2 lutego 2001 r. Nr ГКПИ2000-1511 „O braku pozytywnego rozpatrzenia wniosku o uznanie za nieważny punktu 5 przepisów, zatwierdzonych w drodze rozporządzenia Rządu FR z 3 maja 1994 r. Nr 419”;

26. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 18 stycznia 2001 r. Nr 24-О „O odmowie przyjęcia do rozpatrzenia skargi obywateli Katajewa Mowladina Chasanowicza i Katajowej Klary Chudowny na naruszenie praw i wolności konstytucyjnych w punkcie «в» części drugiej artykułu 16 ustawy FR «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»”;

27. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego FR z 18 kwietnia 2000 r. Nr 103-О „Na podstawie skargi obywatela Pinchasika Marata Łazariewicza na naruszenie jego praw konstytucyjnych w części 1 artykułu 2.1 ustawy FR «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»”;

28. Dyrektywa Prokuratury Generalnej FR z 2 listopada 1998 r. Nr 75/13 „O trybie wykonania niektórych przepisów ustawy FR «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»”;

29. Decyzja Sądu Najwyższego FR z 30 sierpnia 1998 r. Nr ГКПИ98-358 „O braku pozytywnego rozpatrzenia wniosku o uznanie za nieważny cz. 3 punktu 2 przepisów o trybie przyznawania ulg osobom zrehabilitowanym i osobom uznanym za poszkodowane w wyniku represji politycznych”;

30. Dekret Prezydenta FR z 8 czerwca 1996 r. Nr 858 „O dodatkowych czynnościach w zakresie rehabilitacji osób represjonowanych w związku z udziałem w wydarzeniach w mieście Nowoczerkas-ku w czerwcu 1962 r.”;

31. Dekret Prezydenta FR z 23 kwietnia 1996 r. Nr 602 „O dodatkowych czynnościach w zakresie rehabilitacji ofiar represji politycznych”;

32. Dekret Prezydenta FR z 16 września 1995 r. Nr 948 „O czynnościach w zakresie rehabilitacji terytorialnej narodów represjonowanych”;

33. List Ministerstwa Finansów FR z 31 lipca 1995 r. Nr 12-07-34 „O trybie udzielania nieoprocentowanych pożyczek zrehabilitowanym ofiarom represji politycznych”;

34. Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego FR z 23 maja 1995 r. Nr 6-П „W sprawie zbadania zgodności z Konstytucją artykułów 2.1 i 16 ustawy RFSRR z 18 października 1991 roku «O rehabilitacji ofiar represji politycznych» (tekst jedn. z 3 września 1993 roku) w związku ze skargą obywatelki Z. W. Alesznikowej”;

35. Dekret Prezydenta FR z 24 stycznia 1995 r. Nr 63 „O przywróceniu słusznych praw obywatelom rosyjskim – byłym radzieckim jeńcom wojennym i osobom cywilnym, repatriowanym w okresie Wielkiej Wojny Ojczyźnianej i w okresie powojennym”;

36. Postanowienie Plenum Sądu Najwyższego FR z 21 grudnia 1993 r. Nr 12 „O podsądności w zakresie niektórych spraw o ustalenie faktów zastosowania represji”;

37. Dyrektywa Ministerstwa Ochrony Socjalnej FR z 25 czerwca 1993 r. Nr 1-34-У „O trybie przyznawania ulg emerytalnych obywatelom, stale zamieszkującym terytorium FR, represjonowanym poza jej granicami i zrehabilitowanym na podstawie aktów ustawodawstwa państw wcześniej wchodzących do składu ZSRR” (zarejestrowano w Ministerstwie Sprawiedliwości FR 28 czerwca 1993 roku Nr 287);

38. Dyrektywa Ministerstwa Ochrony Socjalnej FR z 24 marca 1993 r. Nr 1-27-У „O praktyce zastosowania ustawodawstwa w przypadku wypłaty odszkodowań pieniężnych i przyznawania ulg emerytalnych osobom bezpodstawnie represjonowanym z powodów politycznych i w późniejszym czasie zrehabilitowanym” (zarejestrowano w Ministerstwie Sprawiedliwości FR 14 kwietnia 1993 r. Nr 226);

39. Dyrektywa Ministerstwa Ochrony Socjalnej FR z 6 lipca 1992 r. Nr 1-47-У „O niektórych kwestiach związanych z przyznawaniem ulg osobom zrehabilitowanym zgodnie z ustawą RFSRR «O rehabilitacji ofiar represji politycznych»”;

40. Dekret Prezydenta FR z 14 marca 1996 r. Nr 378 „O czynnościach w zakresie rehabilitacji osób duchownych i wierzących, które stały się ofiarami bezpodstawnych represji”;
41. Dekret Prezydenta FR z 18 czerwca 1996 r. Nr 931 «O powstaniach chłopskich w latach 1918–1922”;
42. Rozporządzenie Rady Najwyższej FR z 1 kwietnia 1993 r. Nr 4721-1 „O rehabilitacji radzieckich Koreańczyków”;
43. Rozporządzenie Rady Najwyższej FR z 29 czerwca 1993 r. „O rehabilitacji radzieckich Finów”;
44. Orzeczenie Rady Najwyższej FR z 9 lipca 1999 r. o sprawie obywatela I. A. Biernakiewicza „O uznaniu faktu stosowania represji politycznych wobec dzieci rodziców represjonowanych z powodów politycznych, przemocą umieszczonych w domach dziecka”;
45. Rozporządzenie Prezydium Rady Najwyższej FR z 13 sierpnia 1997 r. o sprawie obywatela I. M. Mazinowa „O prawie obywateli deportowanych w 1944 r. z Obwodu Krymskiego RFSRR, do rehabilitacji przez organy MSW”;
46. Rozporządzenie Rządu FR z 1 czerwca 1994 r. Nr 616 „O pogrzebie osób zrehabilitowanych na koszt państwa”;
47. Dekret Prezydenta FR z 2 grudnia 1992 r. Nr 1509 „O powołaniu Komisji przy Prezydencie FR do spraw Rehabilitacji Ofiar Represji Politycznych”;
48. Przepisy o Komisji przy Prezydencie Federacji Rosyjskiej do spraw Rehabilitacji Ofiar Represji Politycznych (zatwierdzone w drodze dekretu Prezydenta FR z 2 grudnia 1992 r. Nr 1509).

MIĘDZY TRADYCJĄ A WSPÓŁCZESNOŚCIĄ

Szymon Skalski

Podstawowe założenia muzułmańskiego prawa karnego

Prawo muzułmańskie (*szari'at*) nie jest tworem jednolitym, wspólnym dla całego świata muzułmańskiego. Podstawowy podział stanowią dwie główne tradycje – sunnicka i szyicka – w ramach których istnieją zróżnicowane systemy prawne. Pierwsze spory na tle koncepcji władzy doprowadziły do różnic poglądów, których rezultatem jest dzisiejszy podział na cztery główne szkoły (arab. *mazhab*) w ramach tradycji sunnickiej. Artykuł ten omawia pokrótce wspólne dla nich podstawowe założenia prawa karnego.

Prawo muzułmańskie rozumiane jest nie tylko jako zbiór norm czy nauka, ale jako zespół wskazówek w życiu codziennym muzułmanów. Ze względu na swój objawiony charakter płynna jest granica między teologią a prawem. Podobnie jednak jak ma to miejsce z Koranem, Proroka nie uważa się za twórcę prawa, a tylko za jego przekaziciela. Zdaniem J. Daneckiego obecną formę *szari'atu* determinują trzy cechy: (1) Obejmuje wszystkie zagadnienia życia muzułmanina. Uregulowania czysto moralne stanowią jego integralną część¹. (2) Zawsze pozostawało i pozostaje w ścisłej zależności od teologii, stanowiąc część tego, co określa się mianem *szar'*². (3) Jest prawem boskim, objawionym, jest na zawsze ustalone, niezmiennie. Jedyne co może czynić człowiek – prawnik – to interpretować i objaśniać³.

Muzułmańska jurysprudencja rozwija się od czternastu wieków i jest, jak wierzą muzułmanie, kontynuacją i uwieńczeniem tradycji judeochrześcijańskiej (Mahomet był ostatnim z proroków, po Mojżeszu i Chrystusie). W ramach wielu szkół powstało wiele odłamów interpretujących *szari'at* z własnego punktu widzenia. Proces ten zaczął się już po śmierci Proroka i trwa do dnia dzisiejszego.

Początkowo prawnicy i sędziowie muzułmańscy zaczęli wyodrębniać specjalizacje, w ramach których najpierw oddzielono praktykę od teorii⁴. Nastąpiło to ok. VIII wieku, kiedy działał człowiek uznawany za twórcę *kalamu*⁵ Abu Hanifa (zm. 767). Teoretyków zaczęto

¹ J. Danecki, *Podstawowe wiadomości o islamie*, Warszawa 1998, s. 213.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Muzułmańska teologia spekulatywna.

nazywać *alimami*, którzy posiadali odpowiednią wiedzę z zakresu prawa i teologii. Z tej grupy wyodrębnili się uczeni specjalizujący się w kwestiach prawnych, których nazywa się *faghih*. Z kolei z grupy *faghihów* wyrosli *mufti*, którzy zajmowali się interpretacją prawa i udzielaniem porad.

Pierwsze szkoły prawa zaczęły powstawać przy wybitnych sędziach, których decyzje zaczęły znajdować kolejnych naśladowców. Te pierwsze szkoły określa się mianem dawnych szkół prawa⁶. Z czasem w szkołach tych ukształtowało się pojęcie stosowanych precedensów – *sunna madija*.

Przez długi czas postępowanie proroka było traktowane na równi z innymi tradycjami, aż do przełomu VIII/IX w., kiedy to Asz-Szafi' (767–820 r.), prawnik z Medyny, uznał, że działania Mahometa są najdoskonalszym wzorem do naśladowania i *sunna* (tradycja) Proroka stała się źródłem prawa muzułmańskiego. Szkoła nazwana od jego imienia szafi'icką była pierwszą szkołą personalną. Znaczy to, że w stosowaniu prawa jego kontynuatorzy opierali się na autorytecie i nauce założyciela tej szkoły, a nie jak to miało miejsce wcześniej na legendarnych autorytetach, towarzyszach Proroka.

Z późniejszych sporów wynikłych pomiędzy praktykami powstały dzisiejsze cztery główne sunnickie szkoły prawa muzułmańskiego: szkoła *hanaficka*, *malikicka*, *szafi'icka*, *hanabalicka*. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że obok wymienionych szkół sunnickich istnieją szkoły szyickie.

Koran, święta i objawiona księga, stanowi podstawę muzułmańskiego prawa. Składa się z rozdziałów (*surat*) i wersów (*ajat*). W nauce muzułmańskiej istnieje wiele uregulowań dotyczących interpretacji przepisów zawartych w Koranie. Zdaniem jednych reguł zawartych w *ajat* nie można rozpatrywać w oderwaniu od kontekstu całej *sury* itd. Nauka ta nosi nazwę *Ilm usul al-fikh*, „nauki interpretacji”⁷. Drugim najważniejszym źródłem prawa muzułmańskiego jest *sunna*, która dopełnia Koran.

Zachowanie ludzkie z punktu widzenia klasycznego prawa muzułmańskiego podzielić można na dwie podstawowe kategorie: 1) zachowania w stosunku do Boga (*ibadat*) oraz 2) zachowania w stosunku do innych ludzi (*adat*)⁸. W ramach obydwu kategorii czyni podzielone są ponadto na obowiązkowe (*wadżib*), zabronione (*haram*), dozwolone (*halal*), zalecane (*mandub*), dopuszczane przez prawo (*mubah*) i naganne (*makruh*). Podstawowym podziałem przestępstw *dżaza* w muzułmańskim prawie karnym jest podział na trzy grupy: *hadud*, *kisas* oraz *ta'zir*, u którego podstaw leży rodzaj i źródło kary. Warty zwrócenia uwagi jest tutaj fakt na znaczenie słowa *dżaza*, które występuje w założeniach określających prawo karne w krajach muzułmańskich. Otóż dosłownie oznacza ono „odpłatę”, zarówno w dobrym, jak i złym sensie tego słowa⁹.

Przestępstwa pierwszego typu karane są przez *hadd*. W tym przypadku źródłem kary jest Koran. Są to przestępstwa, których ścigania zaniechać nie można, przez co pozostają w opozycji do przestępstw z drugiej grupy określanych mianem *kisas*, których ściganie i kara-

⁶ J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964, s. 25; J. Danecki, *Podstawowe wiadomości o islamie*, Warszawa 1998, s. 219.

⁷ M. Ch. Bassiouni, *The Islamic Criminal Justice System*, New York 1982, s. XIII.

⁸ Al Ghazali, *Ihija 'ulum ad-din* („Ożywienie nauk religijnych”).

⁹ Encyclopaedia Of Islam: *Djaza'i*.

nie uzależnione jest od wniosku pokrzywdzonego lub jego rodziny¹⁰. Ostatnią grupę tworzą przestępstwa typu *ta'zir*, które typizowane są przez uczonych i praktyków.

Przestępstwa *hadd*

Przestępstwa karane przez *hadd* zajmują szczególne miejsce w systemie karnego prawa muzułmańskiego. Ich specjalna pozycja wynika z faktu, iż stypizowane zostały w świętej księdze muzułmanów – Koranie. Z tego powodu jest to jedyna grupa przestępstw jednako-wo traktowana we wszystkich szkołach prawa muzułmańskiego.

W Koranie znajdujemy siedem przestępstw należących do tej kategorii. Są to: cudzołóstwo (*zina*) (obejmuje zakresem przedmiotowym wszelkie stosunki pozamałżeńskie, także osób w stanie wolnym¹¹), niesłuszne oskarżenie o cudzołóstwo (*badhf*), kradzież (*sarigha*), napaść na drodze (*haraba*), picie wina (alkoholu) (*szorh al-hamr*), apostazja (*ridda*)¹², wystąpienie przeciwko islamowi (*baghi*)¹³.

Jak już wcześniej zazaczyłem, szczególną cechą podziału na trzy rodzaje przestępstw w klasycznym prawie muzułmańskim jest ich podział ze względu na karę i jej źródło. W przestępstwach karanych przez *hadd* wszystkie kary oznaczone zostały w Koranie. Tak więc karą za cudzołóstwo (*zina*) jest 100 batów dla osób niepozostających w związku małżeńskim oraz ukamienowanie dla tych, którzy w takim związku pozostają (Sura XXIV, 2). Fałszywe oskarżenie o cudzołóstwo również należy do przestępstw tej kategorii i karane jest chłostą (Sura XXIV, 4).

Dwa ostatnie przestępstwa należące do tej grupy (apostazja i wystąpienie przeciwko islamowi) nastroczają nieco kłopotu. Nigdzie w Koranie nie znajdujemy nakazu, by kara za nie śmiercią (wyjątkiem jest odstąpienie od wiary przez kobietę), jak jest to przyjęte we wszystkich muzułmańskich szkołach prawa.

Karanie przez *hadd* realizowane jest obecnie w niewielkiej części świata muzułmańskiego (m.in. północna Nigeria, Sudan, Arabia Saudyjska, Iran i do niedawna Afganistan)¹⁴.

Przestępstwa *kisas*

Kolejną grupą przestępstw wyszczególnioną w nauce karnego prawa muzułmańskiego jest *kisas*. Są to przestępstwa, które określone zostały w Koranie, jednak grożąca kara

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Niejednokrotnie zakres przedmiotowy obejmuje zarówno cudzołóstwo, jak i zgwałcenie, gdzie obydwie strony karane są w jednakowy sposób.

¹² Apostazja już w klasycznym prawie muzułmańskim przysparzała prawnikom wielu problemów – począwszy od samej definicji apostazji i apostaty aż po karę grożącą za popełnienie tego przestępstwa (wśród prawników brak jest zgodności co do tego, czy kara śmierci jest w tym przypadku uzasadniona). Więcej na ten temat patrz: R. Peters, G. J. J. De Vries, *Apostasy in Islam*, Die Welt des Islams, New Ser., Vol. 17, Issue 1/4 (1976-1977), s. 1–25.

¹³ A. A. Mansur, *Hudud Crimes* (w:) *The Islamic Criminal Justice System*, New York 1982, s. 195–201.

¹⁴ Więcej na temat islamizacji prawa karnego we współczesnych krajach muzułmańskich: R. Peters, *The Islamization of Criminal Law: Comparative Analyses*, Die Welt des Islams, New Ser., Vol 34, Issue 2 (Nov. 1994), s. 246–274.

jest określona mianem „wyrównanie”, „równoważność” (arab. *kisas*), jest więc to typowy przykład kary odzwierciedlającej, z zastrzeżeniem jednak, że można ją stosować jedynie w przypadku, gdy pokrzywdzony bądź jego rodzina nie zgodzi się na wypłatę odpowiedniego odszkodowania (arab. *dija*) (Sura II, 178–179).

Do tej grupy przestępstw należą zabójstwo i uszkodzenie ciała.

Zgodnie z zasadami *szari'atu*, *kisas* zadany może być jedynie w przypadku, gdy oskarżonemu udowodniona zostanie wina i gdy wyraźnie zażądamy tego krewni ofiary (arab. *wali*). W razie odstąpienia od *kisas* przez krewnych sprawca zobowiązany jest do zapłaty uzgodnionej podczas procesu sumy pieniędzy (arab. *arsz*, *dija*).

W przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do winy oskarżonego ukarany może on być jedynie zgodnie z kolejną grupą przestępstw określaną mianem *ta'zir*.

Dwa wersety Koranu (II, 178–179) stanowią nie tylko podstawę do dochodzenia *kisas*, ale również dopuszczają zapłatę *dija* lub *arsz* tzw. „ceny krwi”, którą wedle panującego zwyczaju ustalają zainteresowane strony bezpośrednio między sobą albo za pośrednictwem. W wielu przypadkach możliwe jest przyjęcie zapłaty od bogatego człowieka w imieniu mordercy, gdy ten nie ma na to środków.

Aby *kisas fi 'l-nafs* (w przypadku zabójstwa) był zgodny z zasadami *szari'atu* spełniać musi następujące warunki, wspólne dla wszystkich szkół prawnych. Po pierwsze, zamordowany musi należeć do kategorii osób w pełni chronionych przez *szari'at*¹⁵. Po drugie, nie może być zstępny mordercy, ani też zstępny żadnego ze spadkobierców zamordowanego¹⁶. Dalej, winny popełnienia tego czynu nie może być osobą małoletnią i musi być w pełni władz umysłowych podczas popełnienia czynu¹⁷.

Wykonanie zasądzonego *kisas* pozostawia się stronie poszkodowanej. Abu Hanifa stwierdza, że *wali* nie jest zobowiązany do wykonania zasądzonego wyroku śmierci. Może sam odstąpić¹⁸ od jego wykonania, powierzając wykonanie komuś innemu albo też odstąpić od wykonania w ogóle.

W przypadku uszkodzenia ciała mamy do czynienia z *kisas fi-ma dun al -nafs*. Można się go domagać jedynie, gdy napastnik dokonał uszkodzenia ciała ofiary w sposób umyślny i nielegalny (wyklucza to na przykład rany zadane napastnikowi podczas odpierania ataku). Przy domaganiu się tego rodzaju *kisasu* zachowane muszą być warunki niezbędne, aby domagać się *kisas fi 'l-nafs*, wymienione wcześniej.

Ten rodzaj talionu polega na zadaniu sprawcy przestępstwa takich samych ran, jakie on zadał ofierze. Oczywiście także i w tym wypadku ofiara może odstąpić od wykonania kary w ogóle albo żądać w zamian „ceny krwi”, która w tym wypadku nosi nazwę *arsz*.

Cena krwi, jak widzieliśmy wcześniej, może być wypłacana alternatywnie w dwóch przypadkach, jakimi są: zabójstwo i umyślne uszkodzenie ciała. Dla tych dwóch przypad-

¹⁵ Encyclopaedia Of Islam, *Kisas*. M. Ch. Bissouni, *Qesas Crimes* (w:) *The Islamic Criminal Justice System*, New York 1982, s. 208 zalicza do nich: muzułmanin, *dhimmi* (ludzie księgi, m.in. chrześcijanie i żydzi) i *musta'amin* [człowiek przebywający na Ziemiach Islamu (*dar al-islam*) na mocy traktatu międzynarodowego lub jako członek zorganizowanej grupy].

¹⁶ Encyclopedia of Islam, *Kisas*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Jeżeli do wykonania wyroku uprawnionych jest kilku *wali* i od jego wykonania odstąpi choć jeden z nich, postanowieniem tym związani są wszyscy pozostali.

ków nosi ona też odmienne nazwy. W pierwszym jest to *dija* (czasem nazywana 'akl), w drugim arsz.

Prawo muzułmańskie rozróżnia dwa rodzaje *dija*. Z nieobowiązkową formą mamy do czynienia, gdy *wali* ma prawo domagać się krwawej zemsty. Z obowiązkową natomiast – w wszystkich pozostałych¹⁹.

Przestępstwa *ta'zir*

Ostatnią, trzecią grupę przestępstw stanowią zachowania nieopisane bezpośrednio w Koranie i Sunnie, które bezpośrednio godzą w interesy społeczności muzułmańskiej²⁰. Słowo *ta'zir* dosłownie znaczy szeroko pojęte „karanie” i w legalnym sensie oznacza karę usankcjonowaną²¹. Główny trzon tej grupy stanowią przestępstwa, które ze względu na okoliczności związane ze sprawą bądź bezpośrednio z oskarżonym nie mogły być ukarane w ramach dwu wcześniejszych kategorii.

Doskonałym przykładem, jaki można tutaj przytoczyć, by zilustrować ten rodzaj przestępstw, jest dokonanie kradzieży rzeczy mniejszej wartości. Kradzież karana przez *hadd* jest tylko za przywłaszczenie mienia większej wartości²².

Stosowane są również, gdy prawo muzułmańskie w pozostałych dwu grupach nie ustanawia dokładnych sankcji.

Zgodnie z *ta'zir* karane są także takie formy stadialne przestępstw *hadd* i *kisas*, jak przygotowanie i usiłowanie, a także współsprawstwo.

Podsumowując, stwierdzić można, iż już na podstawie kilku zaledwie przedstawionych tutaj problemów widać złożoność i odmienność uregulowań karnych w prawie muzułmańskim. Niewątpliwie z „zachodniego” punktu widzenia podstawowymi problemami są kary cielesne, kara śmierci oraz sama procedura odbiegająca często od znanych nam standardów. Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż wiele uregulowań przedstawionych w tym artykule nie znajduje już miejsca w reformowanych współcześnie kodeksach karnych, które oparte są w dużej mierze na przykład na rozwiązaniach francuskich.

¹⁹ Encyclopedia of Islam, *Diya*.

²⁰ G. Benmelha, *Ta'zir Crimes* (w:) *The Islamic Criminal Justice System*, New York 1982, s. 211.

²¹ *Ibidem*, s. 212.

²² *Ibidem*, s. 214; R. Peters, *op. cit.*, s. 250.

SPOTKANIA Z FILOZOFIA

Jakub Safjański

Filozofia jako droga ku mądrości (Sokrates)

Niech ani nikt w młodym wieku nie zwleka z filozofowaniem, ani osiągnąc wiek stary, nie czuje się filozofowaniem znużony. Nikt bowiem nie jest ani nie dość dorosły, ani zbyt wiekowy, aby zajmować się zdrowiem duszy. Ktoś, kto mówi, że nie nadeszła jeszcze pora filozofowania lub że pora ta przeminęła, podobny jest temu, kto powiada, że na szczęście nie przyszedł jeszcze czas właściwy lub że czas ten już się skończył.

EPIKUR

Słowo „filozofia” jest pojęciem, któremu można przypisać różne znaczenia. Spośród nich filozofia rozumiana jako umiłowanie mądrości wydaje się najbardziej pięknym, dostojnym. Filozofia mieni się wtedy twórczą ciekawością. Odważnie stawia pytania i próbuje na nie odpowiedzieć. Czasami żąda zatrzymania się na chwilę i spojrzenia na nowo na świat oczami pełnymi zdziwienia. Prowadzi do spotkań z dorobkiem intelektualnym najwybitniejszych umysłów w historii ludzkości. Kieruje ku poznaniu korzeni cywilizacji europejskiej i pomaga w zrozumieniu jej dziejów. Uczy spokojnej, rzeczowej i logicznej argumentacji. Ma arystokratyczne rysy i szlachetne pochodzenie. Gotowa jest przysposobić każdego do uczestniczenia we wspólnocie duchowej ludzi wszystkich czasów i miejsc, którzy miłują myślenie i poszukują mądrości. Wybiega w kierunku spraw ostatecznych: Boga, duszy, nieśmiertelności. Pyta o człowieka, o jego istotę, kondycję życiową oraz bycie w świecie. Filozofia wszechogarnia kulturę ludzką.

Jest to więc ludzka, wręcz arcyludzka sprawa – myśleć. Myślenie filozoficzne skłania się ku próbom racjonalnego opisu i wyjaśniania zjawisk. Początek tego typu refleksji sięga VI wieku przed Chrystusem, kiedy Tales, szukając ostatecznej podstawy, zasady wszystkiego, stwierdził, że jest nią woda. Nie bez przyczyny myśliciel ten uchodzi za inicjatora dociekań filozoficznych, refleksji nad naturą świata, jego nieoczywistością i problematycznością.

Pierwsi „miłośnicy mądrości” pytali o *arche*, czyli przyczynę wszelkiego istnienia. Od czasów działalności Sokratesa w V wieku przed Chrystusem następuje wyraźny zwrot ku człowiekowi i sprawom etyki, przez którą rozumiano sztukę dobrego, a jednocześnie szczęśliwego życia. Ważna stała się wówczas *arete* – dzielność, doskonałość moralna.

Wybitny niemiecki filozof XX wieku Karl Jaspers uznał Sokratesa, obok Buddy, Konfucjusza

i Jezusa, za największy autorytet w historii ludzkości. Być może chciał w ten sposób podkreślić skalę jego oddziaływania, zwrócić uwagę na zakres i głębokość niesionej inspiracji. Sokratejskie umiłowanie cnoty, wierność głoszonym zasadom stały się źródłem inspiracji, punktem odniesienia dla późniejszych filozofów. Erazm z Rotterdamu w XVI wieku wołał „*Święty Sokratesie, módl się za nami!*”. Za taką postawą krył się głęboki szacunek i uznanie wobec chrześcijańskiej postawy życiowej tego „pogańskiego” myśliciela, który w opinii Erazma zasłużył w pełni na bycie świętym w niebie. To przekonanie o chrześcijańskiej cnotcie Sokratesa wyraził jeden z pierwszych myślicieli tej religii – św. Justyn Męczennik, głosząc w II wieku n.e., że to co dobre u Greków, przynależy także do chrześcijaństwa. Ziarna Bożej mądrości zostały bowiem zasiane w każdym miejscu i czasie. Nie można jednak zapomnieć, że Sokrates budził także nieufność. Św. Hieronim podejrzliwie odnosił się do faktu, że postępowaniem Sokratesa kierował „demoniczny” wewnętrzny głos. Wśród filozofów również nie zawsze spotykał się z bezkrytycznym przyjęciem. Fryderyk Nietzsche w XIX wieku zarzucał mu, że za mocno wyniósł na piedestał chłodny rozum kosztem naturalnego instynktu człowieka. W sposób sobie właściwy nie omieszkał jednak dodać, że toczy z nim nieustanną walkę właśnie dlatego, że jest mu tak bliski.

O Sokratesie niewiele możemy powiedzieć. Nie pozostawił bowiem żadnego dzieła pisanego. Jesteśmy zdani na poruszanie się w obrębie niedopowiedzeń zbudowanych na podstawie relacji uczniów, nie zawsze zgodnie ukazujących postać Mistrza.

Spróbujmy, mając te zastrzeżenia na uwadze, pokusić się o rekonstrukcję tej postaci. Otóż mędrzec ten urodził się prawdopodobnie ok. 469 roku p.n.e. w Atenach. Zmarł zaś na pewno w 399 roku p.n.e. na skutek wykonania skazującego na śmierć wyroku sądowego w procesie o bezbożność i psucie młodzieży.

W pismach Platona możemy odnaleźć interesującą charakterystykę filozofa, w której autor, aby oddać powierzchowność Sokratesa, przywołał postać sylena i satyra. Drugi z uczniów – Ksenofont dodał do tego opisu, że miał wylupiaste spojrzenie i wydatny brzuch. Wyróżniał się jednak odwagą i nieustraszenością. W relacji Platona „*bociani miał krok i toczył wkoło wzrok dumny, a gdyby którego męża zaczepił, niełatwa byłaby z nim sprawa*”. W czasie zimowej wyprawy wojennej, jako żołnierz ateński, chodził boso po skutej lodem ziemi. Choć mógł w kielichu niejednego pokonać, nikt nie widział go pijanego.

Sokrates był uwielbiany przez swoich uczniów. Platon w „*Uczcie*” słuchanie jego nauk porównał do słuchania muzyki najprzedniejszego fletnisty, podczas którego odbiorców ogarnia nieopisany zachwyty. Działo jak ukąszenie żmii w duszę młodych ludzi, po którym popadają oni w stan półobłąkania. Serce słuchaczy zaczyna bić mocniej, łzy cisną się do oczu, a spokojna dotąd dusza wyrwa się ku nieznanym podróży. Sokrates oczarowywał swoich rozmówców. Kto zaś zbliżył się także i duchem do mistrza, u tego rodziło się pragnienie przewartościowania dotychczasowego życia. W „*Uczcie*” uczeń Sokratesa, polityk Alkibiades w towarzystwie ateńskiego mędrca uświadomił sobie ubóstwo własnej duszy. Dostrzegł, że w słowach Mistrza ukryte są skarby dzielności. Czeka ją one na odkrycie przez człowieka, który dąży ku doskonałości moralnej. Alkibiades uciekał jednak, bo łatwiej mu było wybrać drogę kariery politycznej niż poddać się przemianie wewnętrznej, podjąć trud troski o własną duszę, osiągnąć etyczną dzielność.

Sokrates niewątpliwie oddziaływał całą swoją osobą. Jego dusza promieniowała tajemniczą głębią. Być może popadał w stany mistycznej kontemplacji. Pewnego razu od wieczora „*stał aż do rana, dopóki słońce nie wzeszło. Potem pomodlił się do słońca i poszedł*”. Głębi swoich przeżyć nie był jednak w stanie przekazać uczniom.

Życie Sokratesa wypełniały rozmowy prowadzone na rynku, ulicy, podczas biesiad. Roz-

mawiał z filozofami, politykami, rzemieślnikami, a szczególnie chętnie z młodymi ludźmi, wobec których – w swoim mniemaniu – miał szczególną misję do wypełnienia. Platon w dialogu „*Fajdros*” wkłada w usta Sokratesa zdanie, że pismo ma służyć tylko do przypomnienia. Uczniowi, który dużo przeczytał, może się wydawać, że wie niemało. W istocie będzie tylko mądry pozornie. W innym dialogu Platona – „*Protagorasie*” – Sokrates twierdził, że człowiek, który powtarza słowa innych, w rzeczywistości nie potrafi samodzielnie ani udzielić odpowiedzi, ani postawić pytania. Mądrość wykracza ponad erudycję, odtwarzanie cudzych myśli, zręczne cytowanie wypowiedzi autorytetów.

Mądrość Sokratesa polegała na tym, że w przeciwieństwie do swoich rozmówców był świadomy swojej niewiedzy. Tak jak położna pomaga dziecku przyjść na świat, tak i grecki myśliciel dążył do tego, aby u swojego rozmówcy wywołać myśl autentyczną i prawdziwą. Zwłaszcza chciał zanegować dotychczasowe przekonania. W tym celu Sokrates wyrażał na początku rozmowy swoją ignorancję w danej kwestii, co nazywamy dzisiaj ironią sokratejską, po czym prowokował swojego rozmówcę do zabrania głosu. Zadając różne, szczegółowe pytania, doprowadzał następnie partnera dialogu do wyrażania sprzecznych sądów. Aby zrealizować swój zamiar, stosował metodę negatywną, dekonstruując sposób rozumowania swojego rozmówcy.

Jedna dziedzina wiedzy była jednak dla Sokratesa ważniejsza niż wszystkie inne. Uwaga filozofa koncentrowała się wokół etyki i fundamentalnych pytań o dobre i sprawiedliwe życie. Mimo generalnej deklaracji w stosunku do własnej niewiedzy – *wiem, że nic nie wiem* – ateński myśliciel zakładał, że dobro, zdrowie własnej duszy to sprawa największej wagi. Zdrowa dusza pociąga za sobą zdrowie całego ludzkiego organizmu. O zdrowej duszy świadczy to, że człowiek żyje dobrze i pięknie. Sokrates pozostawił obietnicę, że mądrość wzbogaci ludzkie życie o wewnętrzny pokój i szczęście. Mimo niemożności jednoznacznego określenia natury świata wewnętrzne światło duszy miało prowadzić człowieka przez niepewne koleje indywidualnego losu. Niezależnie od tego, czy istnieje życie *post mortem*, nie ma już miejsca na obawę przed nieuchronnym kresem własnej egzystencji.

Sam grecki filozof kierowany był w swoim życiu przez tajemniczy, wewnętrzny boski głos – *daimonion*, który niczym sumienie, niekiedy zakazywał mu określonego działania. Sokrates sądził, że ten, kto osiągnął mądrość, wiedzę o tym co dobre i złe, zła czynić nie może. Wiedza o dobru prowadzi do właściwego, dobrego działania. Często sądzi się inaczej. Leszek Kołakowski w książce „*O co nas pytają wielcy filozofowie*” przytacza na tę okoliczność słowa św. Pawła – *czynimy zło, którego nie chcemy, a nie czynimy dobra, którego chcemy*. Podobną myśl znajdujemy u Owidiusza – „*widzę i pochwalam to, co lepsze, a idę za tym, co gorsze*”.

Zdawałoby się, że skazać na śmierć tak wybitnego i sprawiedliwego człowieka, jakim jawi się Sokrates, to ponury absurd, szczyt niesprawiedliwości, wystawiający złe świadectwo społeczności ateńskiej. Paradoksalność tego wyroku podkreślił Cyprian Kamil Norwid w jednym ze swoich wierszy, pytając „*Coś ty Atenom zrobił, Sokratesie, że ci ze złota statuę lud niesie, otruwszy pierwej?*”.

Przyjrzyjmy się bliżej procesowi, jego okolicznościom i przebiegowi. Pierwszy zarzut oskarżenia to nieuznawanie bogów uznawanych przez państwo i wprowadzenie kultu nowych bóstw. Drugi zarzut dotyczył psucia młodzieży.

Proces miał jednak charakter polityczny. Do uczniów Sokratesa zaliczali się zwolennicy oligarchii. W politycznie niespokojnych czasach wywoływać to musiało niepokój rządzących Atenami demokratów.

Proces miał miejsce w roku 399 p.n.e. i toczył się przed trybunałem złożonym z 501

sędziów wybranych przez losowanie. Według relacji Platona z „*Obrony Sokratesa*”, która jest raczej literacką formą niż dokładnym protokołem rozprawy, Sokrates, odpierając zarzut psucia młodzieży, sam przeszedł do ataku, wykazując, że to on jeden wychowuje uczniów na dobrych ludzi. Jego działalność to boska misja, której on nie może zaprzestać. Twierdził, że to, co czyni, jest błogosławieństwem dla miasta, które potrzebuje czasem ukąszenia żądłem, jak koń – aby szybko nie zgnuśniał. Sam Sokrates nie bał się śmierci i uważał, że jego ewentualne skazanie bardziej zaszkodziłoby jego oprawcom niż jemu samemu. Kierowała nim wiara, że dobremu, sprawiedliwemu człowiekowi nikt gorszy zaszkodzić w żaden sposób nie może, choćby go nawet na śmierć skazano i odebrano cześć.

Pierwsze głosowanie sędziów, mające przesądzić o winie oskarżonego, zakończyło się wynikiem 281 głosów na niekorzyść Sokratesa. Tylko 220 sędziów zdecydowało się uznać go za niewinnego. Oskarżony mógł następnie zaproponować rodzaj kary dla siebie.

W tej drugiej części procesu zaszła w Sokratesie metamorfoza. Twierdził, że skoro nikogo nie skrzywdził, to dlaczego miałby proponować jakąkolwiek karę dla siebie. Odrzucił więc wygnanie, bo tam także nie potrafiłby milczeć. Głosił bezkompromisowo, że „*bezmyślnym życiem żyć nie warto*”, a on dążył do wydobycia dusz ludzkich z drzemki, aby skłonić ich do refleksji i poprowadzić ku mądrości. Zamiast kary zaproponował dla siebie nagrodę w postaci wiktę na koszt państwa, tak jak zapewniano zasłużonym obywatelom ateńskim. Następnie zastąpił to karą w wysokości 1 miny, co było sumą bardzo niewielką, zwiększając ją następnie do 30 min za poręczeniem jego przyjaciół.

Być może to ironiczne i pełne dumy podejście sprawiło, że w drugim głosowaniu obrażeni sędziowie zagłosowali w liczbie 361 za karą śmierci. Skarżący chcieli zapewne doprowadzić tylko do wygnania Sokratesa, ale sam filozof swoją świadomą taktyką obrony doprowadził do skazania siebie na najwyższą karę. Odwołanie od zapadłego orzeczenia nie przysługiwało i filozof znalazł się w więzieniu, oczekując na wykonanie wyroku. Jego wpływowi uczniowie mogli mu zorganizować ucieczkę z więzienia i umożliwić życie na wygnaniu. Próbowali ze wszystkich sił go do tego namówić. Sokrates w przekonaniu, że musi pozostać wierny prawom, nawet niesprawiedliwym, nie skorzystał jednak z tej możliwości. Umarł po wypiciu kielicha z cykutą w otoczeniu zrozpaczonych przyjaciół.

Na przekór zarzutom o bezbożność Sokrates, tak jak przedstawił to Platon – pozostawił po sobie następującą modlitwę.

Panie przyjacielu nasz, i wy, którzy tu mieszkacie bogowie!

Dajcie mi to, żebym piękny był na wewnątrz.

A z wierzchu co mam, to niechaj w zgodzie żyje z tym, co w środku.

Obym zawsze wierzył, że bogatym jest tylko człowiek mądry.

A złota obym tyle miał, ile ani unieść, ani udźwignąć

nie potrafi nikt inny, tylko ten, co zna miarę we wszystkim.

Filozof ateński żył życiem mędrca i śmiercią mędrca umarł. Jak napisał o nim Plutarch w II wieku po Chrystusie: „on filozofował żartując, kiedy popadło, pijąc, wojując, chodząc z niektórymi na rynek, a w końcu wtedy, gdy wtrącony do więzienia pił truciznę. On pierwszy udowodnił, że życie w każdej chwili, części, uczuciu i działaniu, jednym słowem we wszystkim, może być wyrazem filozofii”.

DRAWA CZŁOWIEKA



Marek Antoni Nowicki

Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa

(styczeń–marzec 2007 r.)

Zakaz tortur (art. 3)

Raporty o złym traktowaniu więźniów podejrzewanych o międzynarodowy terroryzm dotyczą osób przetrzymywanych poza terytorium Stanów Zjednoczonych. Władze niemieckie uznały za wystarczające gwarancje udzielone przez USA, iż skarżący nie będzie umieszczony w żadnym takim miejscu. W postępowaniu ekstradycyjnym i jako warunek zezwolenia na ekstradycję władze niemieckie podkreśliły, iż przyjmują zapewnienie władz amerykańskich jako zobowiązanie, iż wydany nie będzie umieszczony w więzieniu poza terytorium USA. Z doświadczeń Niemiec nie wynikało, aby zapewnienia udzielone przez USA w związku z wnioskiem o ekstradycję do tego kraju nie były respektowane, albo podejrzany był następnie źle traktowany w więzieniu amerykańskim. Władze niemieckie i sądy rozważyły starannie sytuację osobistą aresztowanego w świetle bogatego materiału dotyczącego aktualnej sytuacji w USA. Gwarancje dyplomatyczne uchylały ryzyko narażenia skarżącego na metody przesłuchań sprzeczne z art. 3 Konwencji po jego ekstradycji. Skarga była oczywiście bezzasadna.

*Decyzja Al-Moayad v. Niemcy, 20.2.2007 r.,
Izba (Sekcja V), skarga nr 35865/03 – dot. ekstradycji
Jemeńczyka podejrzewanego o udział w organizacji terrorystycznej.*

Nie zawsze zakucie w kajdanki na czas zatrzymania, bez wystawienia zatrzymanego na widok publiczny i bez żadnych fizycznych obrażeń lub długotrwałych skutków dla jego psychiki, jest na tyle dolegliwe, by wchodził w grę art. 3.

*Orzeczenie Wieser v. Austria, 22.2.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 2293/03, § 37.*

Interwencja specjalnie wyposażonych, zamaskowanych policjantów jako taka nie rodzi problemu na tle art. 3 Konwencji.

*Orzeczenie Wieser v. Austria, 22.2.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 2293/03, § 37.*

Przeszukanie prowadzone w odpowiedni sposób z poszanowaniem godności człowieka i w uprawnionym celu może być zgodne z art. 3. Jeśli jednak przeszukanie wiąże się z

upodleniem, które poważnie zwiększa nieuchronny stopień poniżenia związany z taką procedurą, to art. 3 będzie wchodził w grę. Dotyczy to również sytuacji, gdy nie wiąże się ono wyraźnie z zachowaniem bezpieczeństwa w więzieniu czy zapobieganiem przestępczości lub zakłóceniem porządku.

*Orzeczenie Wieser v. Austria, 22.2.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 2293/03, § 39.*

Przeszukanie skutego kajdankami zatrzymanego po rozebraniu go do naga przez policjantów to środek tak upadający, iż może być stosowany wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach.

*Orzeczenie Wieser v. Austria, 22.2.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 2293/03, § 39.*

Uznanie za człowieka wygasa po śmierci i zakaz złego traktowania nie może być stosowany do zwłok, niezależnie od okrucieństwa aktów ich zbezczeszczenia.

*Orzeczenie Akpınar i Altun v. Turcja, 27.2.2007 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 56760/00, § 82
– dot. zbezczeszczenia zwłok przez żołnierzy.*

Narażenie rodziny na cierpienie przez pokazanie im poważnie okaleczonych zwłok osoby bliskiej jest poniżającym traktowaniem naruszającym art. 3 Konwencji.

*Orzeczenie Akpınar i Altun v. Turcja, 27.2.2007 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 56760/00, § 84.*

Określone traktowanie może wywołać u ofiary poczucie poniżenia we własnych oczach, nawet jeśli nie odbywało się publicznie. Poczucie poniżenia jest oczywiście silniejsze, gdy wszystko dzieje się na oczach innych.

*Orzeczenie Erdogan Yagiz v. Turcja, 6.3.2007 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 27473/02, § 37.*

Zwykle kajdanki nie rodzą problemów na tle art. 3 konwencji, jeśli wiążą się z legalnym zatrzymaniem lub aresztowaniem i nie oznaczają użycia siły, lub wystawienia na widok publiczny w sposób i w zakresie wykraczającym poza konieczne granice. Funkcjonariusz powinien ocenić, czy zatrzymywany może stawiać opór lub usiłować uciekać, spowodować obrażenia lub szkody albo starać się usunąć dowody.

*Orzeczenie Erdogan Yagiz v. Turcja, 6.3.2007 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 27473/02, § 42.*

Art. 3 nie wprowadza obowiązku zwalniania więźniów cierpiących na chorobę wyjątkowo trudną do leczenia, lub przeniesienia ich do szpitala cywilnego.

*Decyzja Ceku v. Niemcy, 13.3.2007 r.,
Izba (Sekcja V), skarga nr 41559/06.*

Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 ust. 1)

Konwencja nie gwarantuje prawa do zwolnienia na okres próby z odbywania kary wymierzonej przez sąd w postępowaniu karnym. Jednak, gdy prawo takie istnieje w krajowym systemie prawnym a sąd postanowił udzielić warunkowego zwolnienia, skarżący miał pra-

wo domagać się, aby ono nastąpiło. W rezultacie pozbawienie wolności po wydaniu prawomocnego postanowienia o warunkowym zwolnieniu nie może być uważane za zgodne z prawem na podstawie art. 5 ust. 1 lit. a Konwencji.

*Orzeczenie Gębura v. Polska, 6.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 63131/00, § 32.*

Pewna zwłoka w wykonaniu postanowienia o zwolnieniu więźnia jest zrozumiała i często nieuchronna ze względu na okoliczności związane z pracą sądów i przestrzeganiem określonych formalności. Władze muszą jednak starać się ograniczyć ją do minimum. Formalności administracyjne związane ze zwolnieniem nie mogą uzasadniać zwłoki dłuższej niż kilka godzin.

*Orzeczenie Gębura v. Polska, 6.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 63131/00, § 34.*

Ust. 3

W związku z kwestią sposobu liczenia okresu sześciu miesięcy na złożenie skargi w sytuacji powtarzającego się pozbawienia wolności w rozumieniu art. 5 ust. 3 Konwencji w tym samym postępowaniu, Trybunał przyznał, iż pojawiło się w orzecznictwie pewne zamieszanie. Przypomniał, iż zasada sześciu miesięcy, wyrażająca wolę państw uniemożliwienia kwestionowania w nieskończoność decyzji z przeszłości, służy interesom nie tylko rządu oskarżonego o naruszenie Konwencji, ale pewności prawnej jako wartości samej w sobie. Ustala ramy czasowe kontroli przez organy Konwencji i wskazuje jednostkom i władzom okres, po którego upływie nie jest już ona możliwa.

*Orzeczenie Solmaz v. Turcja, 16.1.2007 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 27561/02, § 32.*

Przy braku krajowych środków prawnych termin sześciu miesięcy rozpoczyna bieg od chwili nastąpienia zarzucanego aktu. Należy jednak unikać nadmiernego formalizmu i nadmiernego obciążania skarżących i mechanizmu kontrolnego Konwencji, zwłaszcza, gdy np. postępowanie karne toczy się w instancji apelacyjnej, a skarżący nadal jest pozbawiony wolności nawet, jeśli nie w rozumieniu art. 5 ust. 3, to art. 5 ust. 1 lit. a. W takiej sytuacji wielokrotne następujące po sobie okresy pozbawienia wolności należy traktować jako jedną całość, a okres sześciu miesięcy liczyć dopiero od zakończenia ostatniego okresu tymczasowego aresztowania.

*Orzeczenie Solmaz v. Turcja, 16.1.2007 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 27561/02, § 35–36.*

Jeśli uzasadnienia sądów w postanowieniach o tymczasowym aresztowaniu, albo o jego przedłużeniu ograniczają się do przytoczenia jedynie podstaw aresztowania wymienionych w kodeksie postępowania karnego bez wyjaśnienia ich znaczenia w konkretnej sprawie, nie mogą być uznane za odpowiednie i wystarczające.

*Orzeczenie Castravet v. Moldova, 13.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 23393/05, § 34.*

Ust. 4

Oskarżony tymczasowo aresztowany jest uprawniony do skutecznej pomocy adwokata. Z tego wynika duże znaczenie zachowania poufności jego kontaktów z adwokatem.

Ingerencja w uprzywilejowane relacje adwokat–klient nie musi polegać na podsłuchu. Do ograniczenia skuteczności pomocy adwokackiej, może wystarczyć szczerze przekonanie na uzasadnionych podstawach, iż rozmowa jest podsłuchiwana, bo uniemożliwia swobodną dyskusję i skutecznie ogranicza prawo więźnia do kwestionowania legalności pozbawienia wolności.

*Orzeczenie Castravet v. Moldova, 13.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 23393/05, § 50–51.*

Prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6)

Policja postanowiła zaniechać ścigania 15-letniego chłopca molestującego seksualnie dziewczętą w szkole udzielając mu ostrzeżenia. Nie było ono równoznaczne z ukaraniem w sprawie karnej. Miało w dużym stopniu cel prewencyjny, nie chodziło o odpłatę lub odstraszenie. Nie została wymierzona grzywna ani kara ograniczenia wolności. Z tego wynikało, iż ostrzeżenie skierowane do chłopca nie wiązało się z rozstrzygnięciem o oskarżeniu w sprawie karnej w rozumieniu art. 6 ust. 1. Nie wchodziła w grę żadna publiczna deklaracja o popełnieniu przestępstwa. Art. 6 ust. 1 Konwencji nie miał w tym wypadku zastosowania.

*Decyzja R. v. Wielka Brytania, 4.1.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 33506/05.*

Art. 6 ust. 1 wymaga od sądów uzasadniania wyroków, nie może być jednak rozumiany jako wymagający szczegółowej odpowiedzi na każdy argument. Zakres obowiązku uzasadnienia może różnić się w zależności od rodzaju rozstrzygnięcia. Nawet, jeśli sąd krajowy ma pewną swobodę wyboru argumentów w konkretnej sprawie i dopuszczania dowodów na poparcie twierdzeń stron, decyzje muszą być uzasadniane. Inną funkcją decyzji z uzasadnieniem jest wskazanie, iż strony zostały wysłuchane. Uzasadniona decyzja umożliwia stronom odwołanie się oraz kontrolę odwoławczą. Publiczną kontrolę wymiaru sprawiedliwości umożliwiają wyłącznie decyzje uzasadnione.

*Orzeczenie Kuznetsov i inni v. Rosja, 11.1.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 184/02, § 83.*

Wymagania rzetelnego procesu sądowego zawarte w art. 6 ust. 1 w zasadzie nie zakazują automatycznie temu samemu sędziemu wykonywania kolejno rozmaitych funkcji w tej samej sprawie cywilnej. W szczególności, nie jest niezgodna z wymaganiami tego przepisu sytuacja, w której ten sam sędzia bierze udział najpierw w wydaniu orzeczenia merytorycznego, a następnie w postępowaniu dotyczącym dopuszczalności odwołania od tego orzeczenia. Ocena, czy udział tego samego sędziego w różnych stadiach sprawy cywilnej jest zgodny z wymaganiami bezstronności zawartymi w art. 6 ust. 1 uzależniona jest w każdej sprawie od jej konkretnych okoliczności. W szczególności należy rozważyć, czy związek między kwestiami materialnymi rozstrzygniętymi w orzeczeniach dotyczących przedmiotu sprawy i dopuszczalnością odwołania był wystarczająco ścisły, aby powziąć wątpliwości co do bezstronności sędziego.

*Orzeczenie Warsicka v. Polska, 16.1.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 2065/03, § 40.*

Ogólne wymagania rzetelności wynikające z art. 6 mają zastosowanie do wszystkich postępowań karnych, niezależnie od typu naruszenia prawa. Aby ocenić, czy procedura

jako całość była rzetelna, waga interesu publicznego w ściganiu konkretnego przestępstwa oraz grożącej kary może być brana pod uwagę i rozważana na tle interesu jednostki w tym, aby dowody obciążające były uzyskane drogą legalną. Względy interesu ogólnego nie mogą usprawiedliwiać środków negujących samą istotę prawa oskarżonego do obrony, w tym prawa do wolności od samooskarżenia zagwarantowanego w art. 6 Konwencji.

*Orzeczenie Heglas v. Czechy, 1.3.2007 r.,
Izba (Sekcja V), skarga nr 5935/02, § 87.*

Przy ustalaniu, czy obawy skarżącego dotyczące bezstronności sędziego były obiektywne uzasadnione pewne znaczenie mogą mieć takie czynniki, jak zmieniająca się rola sędziego w konkretnym postępowaniu, wpływ czasu między pełnieniem poszczególnych ról oraz stopień zaangażowania danego sędziego w postępowanie.

*Orzeczenie Švarc i Kavnik v. Słowenia, 8.2.2007 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 75617/01, § 40.*

Problemy na tle bezstronności mogą pojawić się, gdy brak jest gwarancji zapewniających możliwość przypomnienia sędziom ich wcześniejszy udział w konkretnych sprawach, a kwestie takie pozostawione są własnej ocenie sędziów, którzy mogą – i tego nie da się uniknąć – nie pamiętać okoliczności swojego wcześniejszego udziału w konkretnej sprawie.

*Orzeczenie Švarc i Kavnik v. Słowenia, 8.2.2007 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 75617/01, § 41.*

Brak pomocy adwokata może prowadzić do naruszenia tego przepisu, jeśli jest ona niezbędna, by zapewnić rzeczywisty dostęp do sądu, albo z tego powodu, iż reprezentacja prawna jest obowiązkowa. Podstawą może być również skomplikowany charakter postępowania lub rodzaj sprawy.

*Orzeczenie Laskowska v. Polska, 13.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 77765/01, § 51.*

Ponieważ źródłem tej pomocy są fundusze publiczne, więc koniecznym elementem systemu wymiaru sprawiedliwości staje się procedura selekcji uprawnionych oraz sposób jej funkcjonowania w konkretnych sprawach, który nie może być arbitralny lub nieproporcjonalny ani nie może dotyczyć samej istoty prawa do sądu.

*Orzeczenie Laskowska v. Polska, 13.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 77765/01, § 52.*

Państwo nie ma obowiązku zapewnić, przy użyciu funduszy publicznych, równości osoby korzystającej z pomocy i strony przeciwnej, jeśli każda z nich uzyskała możliwość przedstawienia swojej sprawy w warunkach, które nie stawiają jej w istotnie niekorzystnej sytuacji w stosunku do adwersarza.

*Orzeczenie Laskowska v. Polska, 13.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 77765/01, § 54.*

Wymóg, aby odwołujący się był reprezentowany przez adwokata przed sądem kasacyjnym, nie jest sam w sobie sprzeczny z art. 6. Jest on wyraźnie zgodny z cechami Sądu Najwyższego jako sądu najwyższej instancji.

*Orzeczenie Laskowska v. Polska, 13.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 77765/01, § 57;
Siałkowska v. Polska, 22.3.2007 r.,
Izba (Sekcja I) skarga nr 8932/05, § 106.*

Nie można domagać się nałożenia na sądy krajowe bezwarunkowego obowiązku przyznania bezpłatnej pomocy prawnej osobie chcącej wszcząć postępowanie kasacyjne.

*Orzeczenie Laskowska v. Polska, 13.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 77765/01, § 57.*

System pomocy prawnej musi oferować osobom, które się o nią zwracają właściwe gwarancje ochrony przed arbitralnością.

*Orzeczenie Siałkowska v. Polska, 22.3.2007 r.,
Izba (Sekcja I) skarga nr 8932/05, § 107;
Staroszczyk v. Polska, 22.3.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 59519/00, § 129.*

Państwo nie może zobowiązywać adwokata do wszczęcia określonego postępowania lub wniesienia wskazanego środka prawnego wbrew jego opinii o szansach powodzenia takich działań. Z natury rzeczy takie uprawnienia państwa są szkodliwe dla niezależnej roli adwokatury (lub korporacji radcowskiej – przyp.) opartej na zaufaniu między adwokatami i ich klientami. Trybunał podkreślił, iż państwo musi zapewnić wymaganą równowagę między skutecznym dostępem do wymiaru sprawiedliwości i niezależnością adwokatury.

*Orzeczenie Siałkowska v. Polska, 22.3.2007 r.,
Izba (Sekcja I) skarga nr 8932/05, § 112;
Staroszczyk v. Polska, 22.3.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 59519/00, § 133.*

Odmowa adwokata wniesienia kasacji musi spełniać pewne wymagania jakościowe. Nie może być sformułowana w sposób niedający stronie pewności dotyczącej jej podstaw prawnych. Prawo powinno określać sposób sporządzenia opinii uzasadniającej odmowę wniesienia kasacji. Jeśli odmowa następuje w formie pisemnej wraz z uzasadnieniem, umożliwia to późniejszą obiektywną ocenę, czy nie była arbitralna. Brak odmowy w formie pisemnej powoduje, iż strona nie może zorientować się w swojej sytuacji prawnej a w szczególności szansach akceptacji jej skargi kasacyjnej przez Sąd Najwyższy. Poza tym obowiązujące przepisy powinny określać termin, w jakim strona powinna być poinformowana przez adwokata o odmowie sporządzenia kasacji.

*Orzeczenie Siałkowska v. Polska, 22.3.2007 r.,
Izba (Sekcja I) skarga nr 8932/05, § 114;
Staroszczyk v. Polska, 22.3.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 59519/00, § 135.*

W postępowaniu ekstradycyjnym nie było istotnych podstaw do uznania, iż aresztowany mógłby ucierpieć z powodu jaskrawej odmowy rzetelnego procesu sądowego z powodu braku dostępu do adwokata i amerykańskich powszechnych sądów karnych. Należało

wziąć pod uwagę zapewnienia udzielone przez władze USA oraz fakt, iż zgoda na ekstradycję została udzielona na podstawie dwustronnego traktatu między Niemcami i USA po szczegółowym zbadaniu okoliczności sprawy przez władze i sądy niemieckie oraz ich wieloletnie doświadczenie w ekstradycjach do USA oraz w szczególności fakt, iż zapewnienia udzielone im dotychczas w zasadzie były respektowane. Rząd niemiecki był uprawniony do wnioskowania z zapewnienia, iż skarżący nie będzie przeniesiony do więzienia poza terytorium USA – a więc do więzienia, w których podejrzani o terroryzm są przetrzymywani bez dostępu do adwokata i powszechnych sądów karnych. Z udzielonego zapewnienia władze niemieckie mogły w sposób uzasadniony wnioskować w toku postępowania ekstradycyjnego, iż skarżący byłby postawiony przed sądem za przestępstwa objęte ekstradycją, a więc nie byłby pozbawiony wolności przez czas nieokreślony bez możliwości bronięcia się przed sądem. Skarga była więc oczywiście bezzasadna.

*Decyzja Al-Moayad v. Niemcy, 20.2.2007 r.,
Izba (Sekcja V), skarga nr 35865/03 – dot. ekstradycji
Jemeńczyka podejrzanego o udział w organizacji terrorystycznej.*

Domniemanie niewinności (art. 6 ust. 2)

Art. 6 ust. 2 dotyczy całego postępowania karnego, a nie wyłącznie badania przedmiotu oskarżenia, prawo do korzystania z domniemania niewinności istnieje jedynie w związku z konkretnym przestępstwem zarzuconym oskarżonemu. Jeśli oskarżony został we właściwym trybie uznany za winnego, art. 6 ust. 2 nie może być stosowany w kwestiach dotyczących charakteru oskarżonego i jego zachowania, które są częścią procesu wydawania wyroku chyba, że rodzaj lub stopień tych oskarżeń powoduje, iż oznaczają one nowe „oskarżenie” w autonomicznym rozumieniu Konwencji.

*Orzeczenie Geerings v. Holandia, 1.3.2007 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 30810/03, § 43.*

Z art. 6 ust. 2 wynika ogólna zasada niepozwalająca nawet na wyrażenie wątpliwości dotyczących niewinności oskarżonego po uprawomocnieniu się wyroku uniewinniającego.

*Orzeczenie Geerings v. Holandia, 1.3.2007 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 30810/03, § 49.*

Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8)

Tajna kontrola rozmów telefonicznych objęta jest art. 8 Konwencji. Środek ten stosuje się generalnie w celu posłużenia się zarejestrowaną treścią rozmów. Wykazy chronologiczne połączeń między dwiema osobami muszą być objęte ochroną art. 8, bo informacje dotyczące dat, wybieranych numerów lub otrzymanych w ten sposób sygnałów oraz długości prowadzonych rozmów stanowią istotne dane osobowe.

*Orzeczenie Heglas v. Czechy, 1.3.2007 r.,
Izba (Sekcja V), skarga nr 5935/02, § 60.*

Ponieważ ustawodawstwo dotyczące aborcji dotyka sfery życia prywatnego, wchodzi w grę art. 8 Konwencji.

*Orzeczenie Alicja Tysiąc v. Polska, 20.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 5410/03, § 105.*

Na państwie ciąży obowiązek zapewnienia swoim obywatelom rzeczywistej ochrony prawa do życia prywatnego.

*Orzeczenie Alicja Tysiąc v. Polska, 20.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 5410/03, § 113.*

Regulacje dotyczące aborcji zawsze wymagają poszukiwania tradycyjnej równowagi między prywatnością i interesem publicznym i muszą – w przypadku aborcji ze względów terapeutycznych – być oceniane również ze względu na obowiązek państwa ochrony integralności fizycznej przyszłej matki.

*Orzeczenie Alicja Tysiąc v. Polska, 20.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 5410/03, § 107.*

Potrzeba gwarancji staje się szczególnie istotna, gdy pojawiają się spory między ciężarną i jej lekarzami, między samymi lekarzami oraz o to, czy warunki wstępne legalnej aborcji są w danej sprawie spełnione. W takich sytuacjach przepisy muszą zapewnić jasność sytuacji prawnej ciężarnej.

*Orzeczenie Alicja Tysiąc v. Polska, 20.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 5410/03, § 116.*

Prawny zakaz aborcji, połączony z ryzykiem odpowiedzialności karnej może mieć wpływ na lekarzy przy podejmowaniu decyzji, czy warunki do prawnie dozwolonej aborcji zostały w konkretnej sprawie spełnione. Przepisy muszą być sformułowane w sposób osłabiający taki negatywny efekt. Jeśli ustawodawca wyraził zgodę na aborcję, to nie może konstruować jej ram prawnych w sposób ograniczający realne możliwości jej dokonania.

*Orzeczenie Alicja Tysiąc v. Polska, 20.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 5410/03, § 116.*

Środki ograniczające podstawowe prawa człowieka muszą być w pewnych sytuacjach pod kontrolą niezależnego organu właściwego do zbadania ich zasadności i istotnych dowodów. Wymagana procedura musi zagwarantować ciężarnej przynajmniej możliwość osobistego wysłuchania i rozważenia jej stanowiska. Właściwy organ musi na piśmie uzasadnić swoją decyzję.

*Orzeczenie Alicja Tysiąc v. Polska, 20.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 5410/03, § 117.*

Same tylko środki prawne umożliwiające ustalenie odpowiedzialności personelu medycznego nie wystarczają do uznania, iż państwo wywiązało się z obowiązku ochrony prawa do poszanowania życia prywatnego w sytuacji sporu dotyczącego uprawnienia do aborcji w celach terapeutycznych.

*Orzeczenie Alicja Tysiąc v. Polska, 20.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 5410/03, § 118.*

Przy decyzjach o przerwaniu ciąży ze względu na zdrowie kobiety szczególne znaczenie ma czynnik czasu. Procedury muszą więc zapewniać, aby decyzje takie były wydawane na czas, a nie *post factum*. Brak prewencyjnych procedur w prawie krajowym może oznaczać, że państwo odmawia wypełnienia swoich obowiązków na podstawie art. 8 Konwencji.

*Orzeczenie Alicja Tysiąc v. Polska, 20.3.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 5410/03, § 118.*

Wolność myśli, sumienia i wyznania (art. 9)

Art. 9 Konwencji chroni akty kultu i nabożeństwa, które są sposobami praktykowania religii lub przekonań w ogólnie uznanej formie. Wspólne studiowanie i dyskutowanie tekstów religijnych przez członków grupy religijnej Świadków Jehowy jest uznaną formą uzewnętrzniania religii w modlitwie i nauczaniu.

*Orzeczenie Kuznetsov i inni v. Rosja, 11.1.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 184/02, § 57.*

Jednym ze środków korzystania z prawa uzewnętrzniania swojej religii, zwłaszcza przez wspólną religijną, a więc zbiorowo, jest ochrona sądowa jej samej, członków i mienia. Z tego wynika, iż art. 9 musi być rozważany nie tylko w świetle art. 11, ale również art. 6.

*Orzeczenie Biserica Adevărat Ortodoxă din Moldova
(the „True Orthodox Church in Moldova”) v. Moldova, 27.2.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 952/03, § 34.*

Prawo do wolności wypowiedzi (art. 10)

Wolne wybory i wolność wypowiedzi, a w szczególności wolność debaty politycznej, stanowią wspólnie fundament każdego systemu demokratycznego. Są ze sobą związane i wzajemnie się wzmacniają. Z tego powodu jest szczególnie ważne, aby w okresie przedwyborczym zapewnić swobodny przekaz wszelkich opinii i informacji. Zasada ta ma zastosowanie w równym stopniu do wyborów na szczeblu lokalnym i krajowym.

*Orzeczenie Kwiecień v. Polska, 9.1.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 51744/99, § 48.*

Gwarancje proceduralne przysługujące stronom, w szczególności pozwanym, w specjalnym postępowaniu mającym zapewnić właściwe prowadzenie kampanii wyborczej przez zapobieganie naruszeniom praw osobistych kandydatów negatywnie wpływającym na ich wynik, nie mogą być nadmiernie ograniczone z chęci szybkiego rozpatrzenia takich sporów.

*Orzeczenie Kwiecień v. Polska, 9.1.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 51744/99, § 55.*

Uwagi skarżącego – ojca ucznia zostały wyrażone w trakcie gorącej dyskusji między nauczycielami, uczniami i rodzicami. Ojciec ten nie zaakceptował zawartego kompromisu i zareagował mówiąc, iż nauczyciele stosowali niedopuszczalną presję na uczniów oznaczając nadużycie władzy. W ten sposób wyraził opinię o zachowaniu nauczycieli i wydał osąd, którego prawdziwości z definicji nie można udowodnić. Poza tym, duże napięcie w szkole, z powodu którego rzecznik uczniów złożył rezygnację, wskazywało, iż uwagi skarżącego były wystarczająco oparte na faktach i nie można było ich uznać za przesadne. Skarżący był wiceprzewodniczącym stowarzyszenia rodziców. W tej sytuacji ingerencja w wolność wypowiedzi, polegająca na zakazaniu mu przez sąd cywilny dalszej publicznej krytyki nauczycieli nie mogła być uznana za konieczną.

*Orzeczenie Ferihumer v. Austria, 1.2.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 30547/03, § 25–28.*

Muszą istnieć specjalne powody, aby można było uznać, iż media są zwolnione ze zwykłego obowiązku weryfikacji swoich wypowiedzi o faktach, które stawiają w złym świetle osoby prywatne.

Orzeczenie Standard Verlagsgesellschaft MBH v. Austria (nr 2), 22.2.2007 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 37464/02, § 38.

Biorąc udział w debacie publicznej w sprawach uprawnionej troski prasa może opierać się na urzędowych raportach bez konieczności własnych niezależnych ustaleń. Można jednak mieć poważne wątpliwości, czy porównywalne z takimi raportami są wypowiedzi przeciwników politycznych.

Orzeczenie Standard Verlagsgesellschaft MBH v. Austria (nr 2), 22.2.2007 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 37464/02, § 42.

Wolność zgromadzania się i stowarzyszenia się (art. 11)

Zwrotu dokumentów w celu uzupełnienia braków nie można uważać za formalną i ostateczną odmowę rejestracji stowarzyszenia w prawie krajowym, jednak postawa organu rejestrowego, który arbitralnie odwleka rejestrację stowarzyszenia jest równoznaczna z faktyczną odmową.

Orzeczenie Ramazanova i inni v. Azerbaijan, 1.2.2007 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 44363/02, § 56.

Obowiązkiem państw Konwencji jest zorganizowanie krajowego systemu urzędowej rejestracji stowarzyszeń i podejmowanie środków pozwalających właściwym władzom zachowanie prawnie określonych terminów i unikanie nieuzasadnionej zwłoki.

Orzeczenie Ramazanova i inni v. Azerbaijan, 1.2.2007 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 44363/02, § 65.

Jeśli prawo nie określa z wystarczającą precyzją, jakie są skutki niezachowania przez ministerstwo terminu ustawowego ani nie przewiduje automatycznej rejestracji osoby prawnej lub innych skutków prawnych opóźnienia podjęcia przez organ rejestrowy wymaganych działań, pozbawia ustawowe terminy proceduralne znaczenia.

Orzeczenie Ramazanova i inni v. Azerbaijan, 1.2.2007 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 44363/02, § 66.

Związki zawodowe mogą swobodnie określać warunki członkostwa, w tym wymagane formalności oraz ustalać składki oraz inne, bardziej materialne kryteria, jak zawód lub zajęcie przyszłego członka.

Orzeczenie Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) v. Wielka Brytania, 27.2.2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 11002/05, § 38.

Jeśli pracownik może swobodnie przystąpić do związku zawodowego, związek ten musi korzystać ze swobody doboru członków. Z art. 11 nie może wynikać obowiązek stowarzyszenia lub organizacji przyjęcia każdej zgłaszającej się osoby. Jeśli stowarzyszenia tworzą ludzie, którzy ze względu na określone wartości lub ideały mają zamiar realizować wspólne cele to brak kontroli członkostwa uniemożliwiłaby skuteczne korzystanie przez nich z wolności stowarzyszenia się.

Orzeczenie Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) v. Wielka Brytania, 27.2.2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 11002/05, § 39.

Prawo do członkostwa związku nie może oznaczać ogólnego prawa do przystąpienia do wybranego związku niezależnie od postanowień jego statutu. Korzystając z praw na podstawie art. 11 związki zawodowe zachowują swobodę decyzji zgodnych z ich statutami dotyczących przyjęcia lub wykluczenia ze związku.

Orzeczenie Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) v. Wielka Brytania, 27.2.2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 11002/05, § 39.

Ze względu na obowiązek zapewnienia skutecznego korzystania z prawa do przystąpienia do związku zawodowego państwo musi chronić jednostkę przez nadużywaniem przez związki zawodowe ich pozycji dominującej.

Orzeczenie Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) v. Wielka Brytania, 27.2.2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 11002/05, § 43.

Sytuacja niezgodna z prawem nie usprawiedliwia zamachu na wolność zgromadzania się.

Orzeczenie Çiloglu i inni v. Turcja, 6.3.2007 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 73333/01, § 49.

Nie jest sprzeczne z duchem art. 11 wymaganie przez państwo – ze względu na porządek publiczny i bezpieczeństwo publiczne – zezwolenia na zorganizowanie zgromadzenia albo reglamentacja działalności stowarzyszenia.

Orzeczenie Çiloglu i inni v. Turcja, 6.3.2007 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 73333/01, § 47.

Istota wolności zgromadzania się polega na tym, iż obywatel może wyrazić swoją opinię i sprzeciw, a więc kwestionować każdą decyzję władz. Nie oznacza to jednak możliwości uzyskania określonego rezultatu.

Orzeczenie Çiloglu i inni v. Turcja, 6.3.2007 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 73333/01, § 51.

Każda manifestacja w miejscu publicznym może zakłócić życie codzienne i spotkać się z wrogością. Z tego powodu stowarzyszenia i inni organizatorzy manifestacji jako aktorzy demokracji muszą podporządkowywać się jej regułom z poszanowaniem obowiązującego prawa.

Orzeczenie Çiloglu i inni v. Turcja, 6.3.2007 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 73333/01, § 48.

Ochrona własności (art. 1 Protokołu nr 1)

Dopiero po ostatecznej rejestracji znak towarowy staje się mieniem. Wcześniej wnioskodawca może mieć jedynie nadzieję na uzyskanie mienia, ale nie prawnie chronione oczekiwanie.

*Orzeczenie Anheuser-Busch Inc. v. Portugalia, 11.1.2007 r.,
Wielka Izba, skarga nr 73049/01, § 78.*

Składający wniosek o rejestrację marki handlowej korzysta z ochrony art. 1 protokołu nr 1 ze względu na wchodzące w grę interesy majątkowe, chociaż prawa wynikające z takiego wniosku są jedynie warunkowe.

*Orzeczenie Anheuser-Busch Inc. v. Portugalia, 11.1.2007 r.,
Wielka Izba, skarga nr 73049/01, § 78.*

Pojęcie „interes publiczny” jest z konieczności szerokie. W szczególności, decyzja o przyjęciu prawa prowadzącego do wywłaszczenia wymaga zwykle rozważenia kwestii politycznych, gospodarczych i społecznych. Trybunał – uznając za normalne, iż margines swobody oceny ustawodawcy przy wprowadzaniu polityk społecznych i gospodarczych musi być szeroki – szanuje ocenę ustawodawcy tego, co leży w interesie publicznym chyba, że jest ona w oczywisty sposób pozbawiona uzasadnionych podstaw. Ma to również – o ile nie w jeszcze większym stopniu – do radykalnych zmian w Europie Centralnej i Wschodniej po 1989 r.

*Orzeczenie Velikovi i inni v. Bułgaria, 15.3.2007 r.,
Izba (Sekcja V), skargi nr 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99,
53367/99, 60036/00, 73465/01 i 194/02, § 169.*

Ze względu na specyficzne okoliczności przejścia od totalitaryzmu do społeczeństwa demokratycznego oraz szeroki margines swobody państwa w sprawach, które się z nimi wiążą, przyjęcie, iż osoby wywłaszczone przez państwo bez odszkodowania mogą domagać się zwrotu majątków nie tylko od państwa, ale również od osób prywatnych, które uzyskały je na skutek nadużycia władzy lub naruszeń prawa, nie może być uważane za nieuprawnione, lub nieleżące w interesie publicznym. Osoby, które korzystały z uprzywilejowanej pozycji lub w inny sposób działały nielegalnie w celu uzyskania majątku w systemie totalitarnym oraz ich spadkobiercy nie mogą oczekiwać zachowania tych zysków w społeczeństwie rządzącym się demokratycznie zgodnie z zasadą rządów prawa.

*Orzeczenie Velikovi i inni v. Bułgaria, 15.3.2007 r.,
Izba (Sekcja V), skargi nr 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99,
53367/99, 60036/00, 73465/01 i 194/02, § 172.*

Prawo do wolnych wyborów (art. 3 Protokołu nr 1)

Państwo ma uprawniony interes w zapewnieniu, aby system instytucjonalny działał normalnie. Dotyczy to tym bardziej parlamentu krajowego, wyposażonego we władzę ustawodawczą i odgrywającego pierwszorzędną rolę w państwie demokratycznym. Wymóg przedstawienia informacji o majątku kandydata, jego zarobkach i źródłach dochodów ma pomóc wyborcom w świadomym wyborze i promowaniu uczciwości wyborów. Wymaganie od kandydatów w wyborach do parlamentu, aby ujawnili publicznie swoją sytuację finansową realizuje uprawniony cel.

*Orzeczenie Rosyjska Partia Konserwatywna Przedsiębiorców i inni
(Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others)
przeciwko Rosji, 11.1.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 55066/00, § 62.*

W systemie reprezentacji proporcjonalnej – w którym wyborca głosuje na listę określonej partii ze świadomością, iż kandydaci z wyższych miejsc mają większe szanse na uzyskanie miejsc w parlamencie – nie jest czymś zaskakującym, iż strategia kampanii partii politycznych polega na umieszczaniu większości lubianych lub charyzmatycznych postaci na początku listy. Przepisy wzmacniające powiązanie kandydatów z pierwszymi miejscami z całością listy partyjnej mają promować kształtowanie spójnej platformy politycznej, co również należy do celów uprawnionych z punktu widzenia art. 3 Protokołu nr 1.

*Orzeczenie Rosyjska Partia Konserwatywna Przedsiębiorców i inni
(Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others)
przeciwko Rosji, 11.1.2007 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 55066/00, § 63.*

Z perspektywy wyborcy, wolność głosowania obejmuje dwa aspekty: wolności formowania opinii i wolności jej wyrażania. Wolność wyborców formowania opinii instytucje Rady Europy określają przede wszystkim jako obowiązek władz zachowania neutralności, zwłaszcza, gdy wchodzi w grę posługiwanie się mediami, plakatowanie, prawo do demonstracji oraz finansowanie partii i kandydatów. Poza tym, uważa się, iż wolność ta zakłada, iż władze mają obowiązki takie, jak obowiązek przedstawienia zgłoszonych kandydatur elektoratowi i udostępnienia rzeczywistych informacji o kandydatach. Wolność wyborców wyrażania swoich preferencji należy rozumieć również jako ścisłe przestrzeganie procedury wyborczej. Wyborcy muszą mieć możliwość oddania głosów na zarejestrowane listy lub kandydatów bez wystawiania się na groźby lub przymus mogący uniemożliwić im oddanie głosu lub oddanie go zgodnie ze swoją wolą, niezależnie od tego, czy zagrożenie takie pochodzi od władz czy osób prywatnych.

*Orzeczenie Rosyjska Partia Konserwatywna Przedsiębiorców i inni
(Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others)
przeciwko Rosji, 11.1.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 55066/00, § 71.*

Nieemożność głosowania w zamierzony sposób może być podstawą dającego się uzasadnić zarzutu naruszenia prawa do głosowania. Istnieje jednak oczywisty problem ustalenia wystarczającej podstawy dowodowej wskazującej na charakter i siłę takiego zamiaru. Zamiar głosowania na konkretną partię należy w istocie do sfery wewnętrznej jednostki. Nie można go udowodnić lub odrzucić zanim nie zostanie uzewnętrzniony w drodze aktu głosowania lub złożenia czystej lub nieważnej kartki wyborczej. Poza tym preferencje wyborców nie są stałe i mogą się z biegiem czasu zmieniać pod wpływem wydarzeń politycznych i kampanii wyborczej. Niespodziewane zmiany intencji wyborców są dobrze udokumentowanym zjawiskiem politycznym i społecznym.

*Orzeczenie Rosyjska Partia Konserwatywna Przedsiębiorców i inni
(Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others)
przeciwko Rosji, 11.1.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 55066/00, § 76.*

Z zasady równości traktowania obywateli w korzystaniu z prawa do głosowania i prawa do kandydowania w wyborach nie wynika, iż wszystkie głosy mają mieć taki sam wpływ na wyniki wyborów, ani to, iż każdy kandydat ma równe szanse wygranej. W żadnym systemie nie da się uniknąć zjawiska „głosów straconych”.

*Orzeczenie Yumak i Sadak v. Turcja, 30.1.2007 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 10226/03, § 62.*

Progi wyborcze mieszczą się w granicach swobody państw korzystających w tej mierze z dużej elastyczności.

*Orzeczenie Yumak i Sadak v. Turcja, 30.1.2007 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 10226/03, § 64.*

Prawo do głosowania jest dorozumiane. Nie jest jednak absolutne i państwa Konwencji mają szeroką swobodę jego regulacji. Wymagania dotyczące zamieszkania zostały już wcześniej uznane za uzasadnione z następujących powodów: 1) obywatel, który nie mieszka na danym terenie mniej troszczy się o codzienne problemy swego kraju i mniej o nich wie; 2) kandydatom w wyborach parlamentarnych trudno prezentować rozmaite kwestie wyborcze obywatelom mieszkającym za granicą; 3) obywatele niemieszkający w kraju nie mają wpływu na selekcję kandydatów ani formułowanie ich programów wyborczych; 4) bliski związek między prawem do głosowania w wyborach i byciem bezpośrednio dotkniętym aktami wyłonionych w ich rezultacie organów politycznych; 5) uprawniona troska ustawodawcy o ograniczenie wpływu obywateli żyjących za granicą na problemy, które chociaż podstawowe, w pierwszej kolejności dotyczą osoby żyjące w kraju. Nawet, jeśli dana osoba nie rozluźniła związków z krajem pochodzenia, prawo nie zawsze może uwzględniać każdy indywidualny przypadek, ale musi określać ogólną zasadę. Skarga uznana za oczywiście bezzasadną.

*Decyzja Doyle v. Wielka Brytania, 6.2.2007 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 30158/06*

– dot. osoby mieszkającej przez ponad piętnaście lat za granicą, której odmówiono prawa do głosowania w wyborach parlamentarnych w kraju pochodzenia.

Prawo do swobodnego poruszania się (art. 2 Protokołu nr 4)

Prawo do swobody poruszania się ma zapewnić każdemu prawo do przemieszczania się na terytorium, na którym się znajduje i do jego opuszczenia. Wynika z niego prawo do udania się do wybranego kraju, który zgodzi się taką osobę przyjąć. Swoboda poruszania się wymaga zakazu wszelkich środków mogących prowadzić do pogwałcenia tego prawa lub ograniczeń korzystania z niego, jeśli nie można ich uznać za konieczne w społeczeństwie demokratycznym do realizacji uprawnionych celów wymienionych w tym artykule.

*Orzeczenie Sissanis v. Rumunia, 25.1.2007 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 23468/02, § 62.*

Odebranie dokumentu podróży, takiego jak np. paszport, należy niewątpliwie uznać za ingerencję w korzystanie ze swobody poruszania się.

*Orzeczenie Sissanis v. Rumunia, 25.1.2007 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 23468/02, § 63.*

Ingerencja w prawa jednostki musi być poddana skutecznej kontroli, którą normalnie powinna zapewniać – przynajmniej w ostatniej instancji – władza sądownicza, która oferuje

najlepsze gwarancje niezależności, bezstronności i rzetelnej procedury. Ma to zastosowanie odpowiednio również do art. 2 Protokołu nr 4.

*Orzeczenie Sissanis v. Rumunia, 25.1.2007 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 23468/02, § 70.*

Jeśli władze uważają, iż wniosek o zameldowanie (lub wydanie innej decyzji) jest niekompletny, mają obowiązek wyjaśnić wymagania prawne i jasno poinformować, w jaki sposób przygotować wymagane dokumenty.

*Orzeczenie Tatishvili v. Rosja, 22.2.2007 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 1509/02, § 52.*

Zakaz dyskryminacji (art. 14)

Obciążenia podatkowe stanowią uzasadnioną ingerencję w prawo własności. Państwa dysponują w tej dziedzinie szeroką swobodą, która jest tym bardziej usprawiedliwiona, jeśli dotyczy to delikatnej sfery stosunków między państwem i religiami, w sytuacji gdy nie istnieje na poziomie europejskim wspólny standard w dziedzinie finansowania kościołów i kultów, a kwestie te są bezpośrednio uzależnione od historii i tradycji każdego kraju.

*Decyzja Spampinato v. Włochy, 29.3.2007 r.,
Izba (Sekcja III), skarga 23123/04 – dot. zarzutu dyskryminacji
przy wyborze przez podatnika podmiotu, dla którego przeznaczona jest część podatku.*

Zakaz nadużycia praw (art. 17)

Trybunał nie miał wątpliwości dotyczących wyraźnego antysemitckiego tonu poglądów skarżącego i zgodził się z oceną sądów krajowych, iż przez swoje publikacje dążył do wywołania wrogości wobec Żydów. Tak generalny, gwałtowny atak na grupę etniczną był wymierzony w wartości leżące u podstaw Konwencji, w szczególności tolerancję, pokój społeczny i niedyskryminację. W rezultacie ze względu na treść art. 17 skarżący nie mógł korzystać z ochrony art. 10 gwarantującego prawo do wolności wypowiedzi.

*Decyzja Ivanov v. Rosja, 20.2.2007,
Izba (Sekcja I), skarga nr 35222/04.*

ADWOKATURA W EUROPIE

Karta Podstawowych Zasad Adwokatury Europejskiej

24 listopada 2006 roku na brukselskiej Sesji Plenarnej CCBE jednogłośnie przyjęto dokument o wielkim znaczeniu. Jest nim Karta Podstawowych Zasad Adwokatury Europejskiej. Podczas kolejnej, majowej sesji organizacji ma dodatkowo zostać przegłosowany tekst komentarza do Karty. Obecnie udostępniamy Czytelnikom „Palestry” brzmienie dziesięciu postulatów składających się na ten dokument:

1. Niezależność adwokata i swoboda jego decyzji w przyjmowaniu spraw,
2. Prawo i obowiązek adwokata utrzymania w sekrecie spraw klienta i dochowania tajemnicy adwokackiej,
3. Niedopuszczanie do konfliktu interesów zarówno pomiędzy poszczególnymi klientami, jak i między klientem a adwokatem,
4. Powaga i honor stanu adwokackiego, prawość i nieposzlakowana opinia adwokata,
5. Lojalność wobec klienta,
6. Uczciwość w relacjach z klientami tyjących się honorarium,
7. Zawodowe umiejętności adwokata,
8. Szacunek wobec kolegów–adwokatów,
9. Respektowanie zasady państwa prawa i praworządnego wymiaru sprawiedliwości,
10. Samorządność adwokatury.

oprac. Ewa Stawicka

Z WOKANDY LUKSEMBURGA

Tomasz Tadeusz Koncewicz, Przemysław Rybiński

PRAWO WSPÓLNOTOWE: NADCIĄGAJĄCA FAŁA, CZY NISZCZĄCY BAŁWAN MORSKI?

Uwagi na marginesie wyroku Trybunału
Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich
w sprawie C-176/03, *Commission v. Council*¹

Co do zasady ani prawo karne materialne, ani procesowe nie wchodzi w zakres kompetencji Wspólnoty. Powyższa uwaga nie wyklucza jednak, że wspólnotowy prawodawca nie może, gdy stosowanie efektywnych, proporcjonalnych i odstraszcających sankcji przez państwa członkowskie jest kluczowe dla zwalczania poważnych przestępstw wymierzonych w środowisko, przyjąć środków dotyczących prawa karnego państw członkowskich, gdy takowe są konieczne dla zapewnienia pełnej efektywności prawa wspólnotowego w zakresie ochrony środowiska².

Prawo wspólnotowe jest jak nadciągająca fala. Dociera do ujść i płynie w górę rzek. Nie można jej powstrzymać³.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości

Głosowana sprawa trafiła do Trybunału ze skargi Komisji kwestionującej podstawę prawną dla decyzji ramowej 2003/80 w sprawie ochrony środowiska za pomocą prawa karnego⁴. Decyzja ramowa określiła przestępstwa szczególnie szkodliwe dla środowiska (art. 2 i 3), zobowiązując państwa członkowskie do przyjęcia sankcji karnych, które byłyby efektywne,

¹ Wyrok z 13 września 2005 r. dostępny na www.curia.europa.eu.

² Ust. 47 *in fine* i 48 wyroku.

³ Tak lord Denning MR w sprawie *H. P. Bulmer Ltd v. J. Bollinger SA* (1974) Ch 401.

⁴ OJ 2003 L 29/55.

proporcjonalne oraz odstrasżające, w tym także pozbawienie wolności (art. 5). Zdaniem skarżącej Komisji, kompetencja do przyjęcia stosownego aktu prawnego leży po stronie Wspólnot, przy wykorzystaniu wspólnotowego aktu prawnego (dyrektywy)⁵, a nie państw członkowskich działających w kontekście Traktatu o Unii Europejskiej (TUE)⁶. Trybunał, potwierdzając opinie rzecznika generalnego⁷, uznał zasadność skargi Komisji i uchylił w całości decyzję ramową. Analizy dokonał z perspektywy art. 47 TUE, który podkreśla, że żadne z postanowień TUE nie narusza Traktatu o Wspólnocie Europejskiej (TWE). Odwołując się do art. 6 i 175 TWE podkreślił wagę ochrony środowiska jako jednego z celów Wspólnoty oraz znaczenie wyboru prawidłowej podstawy prawnej dla aktu prawnego. Uznał, że decyzja ramowa narusza art. 47 TUE. Wspólnota korzysta z kompetencji do określenia sankcji, ilekroć uważa, że wymaga tego zapewnienie pełnej efektywności w zakresie wspólnotowych przepisów dotyczących ochrony środowiska. Zdaniem Trybunału okoliczność, że co do zasady prawo karne materialne i procesowe nie wchodzi w zakres kompetencji Wspólnoty nie stoi na przeszkodzie, aby „wspólnotowy prawodawca nie mógł, gdy stosowanie efektywnych, proporcjonalnych i odstrasżających sankcji przez państwa członkowskie jest kluczowe dla zwalczania poważnych przestępstw wymierzonych w środowisko, przyjąć środków dotyczących prawa karnego państw członkowskich, gdy takowe są konieczne dla zapewnienia pełnej efektywności prawa wspólnotowego w zakresie ochrony środowiska⁸.

Ocena

Glosowany wyrok należy z pewnością do konstytucyjnych i fundamentalnych w dorobku orzeczniczym Trybunału⁹. Wagę rozstrzygnięcia widać także w fakcie udziału w postępowaniu 11 państw (co samo w sobie jest ewenementem). O ile element efektywności prawa wspólnotowego zawsze stanowił cechę rozpoznawczą jurysprudencji Trybunału¹⁰, o tyle na szczególną uwagę w tym przypadku zasługuje sposób, w jaki efektywność wpływa na przebieg linii podziału kompetencji w zakresie prawa karnego pomiędzy Wspólnotę a państwa członkowskie¹¹.

⁵ Komisja zresztą opracowała projekt dyrektywy, który odpowiadał treści zaskarżonej decyzji ramowej.

⁶ Zaskarżona decyzja ramowa została przyjęta na podstawie art. 29, 319 (e) i 34(2)(b) Traktatu o Unii.

⁷ Opinia z 26 maja 2005 r.

⁸ Ang. „*measures which relate to the criminal law of the Member States which it considers necessary in order to ensure that the rules which it lays down on environmental protection are fully effective*”, fr. „*mesures en relation avec le droit pénal des États membres*”, fr. „*des mesures en relation avec le droit penal des États membres et qu’il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu’il édicte en matière de protection de l’environnement*”.

⁹ Zob. też analiza J. Turek, M. Turek, *Kompetencja Unii Europejskiej w zakresie ustanawiania sankcji karnych za naruszanie ustawodawstwa europejskiego w dziedzinie ochrony środowiska*, „Palestra” 2007, nr 3–4, s. 194–205.

¹⁰ Szerzej T. T. Koncewicz, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Dynamiczna koncepcja wspólnotowego wymiaru sprawiedliwości*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza 2006.

¹¹ D. Pichoustre, *La compétence pénale de la Communauté. A propos de l’arrêt Commission c.*

Wśród komentarzy mowa była o obronie rządów prawa w obrębie Wspólnoty, integralności kompetencji, lojalności państw wobec celów postawionych w TWE¹² oraz zapewnienie elementu demokratycznego w procesie stanowienia prawa¹³. Nie dziwi więc poruszenie, które zostało wywołane przez wyrok¹⁴. Echa głosów krytyki, płynących nie tylko od znawców przedmiotu – prawników przeróżnych specjalności, zwłaszcza konstytucjonalistów i karnistów – słycać było nawet w publicystyce społecznej, docierającej z natury rzeczy do jak najszerszego kręgu czytelników¹⁵. Podnoszono, że dzięki kreatywności Trybunału prawo wspólnotowe nie dość, że uszczupla i tak ograniczoną suwerenność państw członkowskich, to jeszcze wdzierza się w dyscypliny sobie obce, których Autorzy Traktatu sprzed półwiecza nie planowali objąć regulacją wspólnotową¹⁶. Runął, głosząco, ostatni bastion suwerenności wewnętrznej państw członkowskich, prawo karne; odtąd nie ma już i nie będzie dziedziny wolnej od dyktatu Brukseli.

Poniżej proponujemy rozważyć, ile ziarna prawdy tkwi w dramatycznych wypowiedziach kierowanych pod adresem Trybunału w związku z tym rozstrzygnięciem?

2.1. TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WOBEC PRAWA KARNEGO PAŃSTW CZŁONKOWSKICH

Przed dokonaniem oceny konsekwencji wyroku w sprawie C-176/03 dla państw członkowskich i jego wpływu na krajowe systemy prawne, warto poświęcić kilka refleksji na temat celów prawa karnego w ogóle. Naszym zdaniem mogą one ułatwić recepcję głosowanego wyroku.

2.1.1. Prawo karne: utylitaryzm i instrumentalizm

Prawo karne materialne, takie jakim je znamy z uniwersyteckiego wykładu, jest w istocie swej prawem publicznym¹⁷, przy czym na rzecz oddzielenia prawa publicznego od pry-

Conseil, rendu le 13 septembre 2005 par la Cour de justice des Communautés européennes, Journal des tribunaux 2006, s. 10, 13. Zdaniem tego Autora, Trybunał po raz pierwszy zastosował w kontekście prawa karnego teorię kompetencji dorozumianych.

¹² Zob. komentarze S. White, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, (2006) 31 *European Law Review* 81 oraz E. Herlin-Karnell, *Commission v. Council, Reflections on Criminal Law in the First Pillar*, (2007) 13 *European Public Law* 69.

¹³ Rzecznik generalny dodawał, że zasada *nulla poena sine lege* oznacza, że obywatele mają prawo oczekiwać, że to organ wybrany w demokratycznych wyborach określa znamiona czynów zabronionych pod groźbą kary. Na ograniczony udział Parlamentu Europejskiego w procesie stanowienia prawa w kontekście TEU zwracała uwagę także rzecznik generalna J. Kokott w sprawie C-105/03, *Criminal proceedings against Maria Pupino*, ust. 31 opinii.

¹⁴ Jedna z analiz nosi znamienity tytuł *Could Brussels put Britons into prison? Arrêt Commission/Conseil (sanctions pénales en matière d'environnement)*, *Revue du droit européenne* 3/2005, s. 641.

¹⁵ Najostrzejsze bodaj słowa padły w felietonie R. Ziemkiewicza, *Ekowariaci górą*, „Rzeczpospolita” Nr 36 (7633) z 12 lutego 2007 r.

¹⁶ Argumenty za i przeciw uznaniu kompetencji Wspólnot w zakresie prawa karnego omawiają M. Wasmeier, N. Thwaites, *The „battle of the pillars”: does the European Community have the power to approximate national criminal laws?*, (2004) 29 *European Law Review* 613, s. 615 i n.

¹⁷ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 25 oraz *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 33.

watnego przemawiać mają, zgodnie z tradycyjną jurysprudencją, kryterium interesu oraz metody regulacji stosunku prawnego¹⁸.

Po pierwsze, przez prawo publiczne rozumiemy to, które służy interesom publicznym, a więc – interesom ogółu, zbiorowości, społeczeństwa widzianego *en bloc*, całego państwa¹⁹. Prawo karne bezdyskusyjnie spełnia to kryterium. Doprawdy trudno wprost o inne uzasadnienie dla karnistyki, jeśli podejmie się próbę rozważenia jej racji bytu jako gałęzi prawa. Weźmy dowolną z norm z Kodeksu karnego. Okaze się, że interesowi publicznemu służą zarówno te zakazy karne, dla których dobrem chronionym będzie dobro wspólne dla wszystkich, jak np. typy czynów z rozdziału XVII czy XXX Kodeksu karnego, jak i zakazy ustanowione na rzecz dóbr bezsprzecznie indywidualnych na przykład z rozdziału XXV czy XXXV. Aksjologiczne uzasadnienie dla normy „nie kradnij” leży w całości w sferze publicznej: nie po to ją ustanowiono, by ukaraniem sprawcy *post factum* przysporzyć jakiejś satysfakcji okradzionemu, lecz po to, ażeby częścią porządku normatywnego uczynić zakaz naruszania czyjejkolwiek własności²⁰. Rzecz zatem by można, że ów wymiar publicznoprawny widziany z perspektywy kryterium interesu sprowadza się do wskazania polityki karnej jako składowej (rzecz jasna istotnej) sfery suwerenności wewnętrznej państwa. Obrazowo rzecz ujmując, każde państwo ustala najpierw, jakie normy kształtują jego wewnętrzny ład, następnie zaś wskazuje, jakie grożą sankcje za naruszenie tego ładu. Innymi słowy, jednym z wyrazów suwerenności wewnętrznej jest zagadnienie kryminalizacji i penalizacji określonych zachowań.

Po wtóre, konsekwencją publicznoprawności jest wertykalny stosunek prawny adresata normy prawa karnego materialnego do drugiej strony tego stosunku – państwa. Powinność „nie kradnij” jest powinnością nie względem bliźniego, lecz względem właśnie państwa; pokrzywdzony ze sprawcą kradzieży wchodzić będzie z reguły w stosunki cywilnoprawne, horyzontalne, zakładające co do istoty równość uczestniczących w nim podmiotów. Okradziony będzie więc stroną stosunku prawnego opartego bądź to na prawie rzeczowym jako właściciel (windykacja), bądź to na prawie zobowiązań jako poszkodowany (delikt). Nie inaczej rzecz się ma jeśli spojrzeć na prawo karne procesowe, przynajmniej co do zasady. Proces karny z istoty swej realizuje normy materialnoprawne, to znaczy działa *ex post* poprzez zaangażowanie wymiaru sprawiedliwości w podjęcie reakcji karnej na zaistniały czyn. Państwo występuje w roli strażnika porządku przez siebie ustanowionego. Stosunek karnoprosesowy jest więc – bez względu na proporcję zasad inkwizycyjności do kontradyktoryjności w przyjętym modelu procesu – tak samo wertykalny jak stosunek karnomaterialny.

Ten klasyczny, akademicki obraz zagadnienia doznaje jednak pewnych wyłomów na rzecz dążenia do ochrony interesów jednostek w granicach prawa karnego, czy też szerzej, na rzecz myśli ukierunkowanej prakseologicznie, wolnej od uwarunkowań panującej aksjo-

¹⁸ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 371. Gwoli ścisłości należy jednak zaznaczyć, że Autorzy podają, jako trzecie kryterium, teorię ochrony, istotą której jest odróżnienie prawa prywatnego od publicznego na podstawie wskazania, z czyjej inicjatywy – jednostki czy państwa – następuje uruchomienie mechanizmów ochrony prawnej. Zasadność wprowadzenia tego rozróżnienia, przynajmniej na potrzeby i w ramach niniejszej pracy, zdaje się być jednak dyskusyjna.

¹⁹ Ulpian: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*.

²⁰ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 11 oraz s. 16–17.

logii. Każdy, kto choć raz sądził, oskarżał, bronił czy udzielał porady prawnej skłonny byłby zapewne do wyrobienia sobie empirycznego poglądu na istotę prawa karnego widzianego z perspektywy sali sądowej. Praktykom nieobca jest koncepcja karnistyki utylitarnej, swoistej prawniczej *Realpolitik*, postrzeganej z perspektywy użytkownika. Użytkownikiem tym z jednej strony będzie prokurator, adwokat czy pokrzywdzony, z drugiej – odgórnie rzecz ujmując – prawodawca i sędzia²¹. Ergo, praktyka zdaje się dowodzić trafności wywodzącego się z realistycznych koncepcji przeciwstawienia „prawa w działaniu” (*law in action*) „prawa w księgach” (*law in books*)²². W aspekcie „odgórnym” prawo karne materialne jest niczym innym jak instrumentem sterowania ludzkim zachowaniem. Suwerenowi, który ustanawia zakaz karny, nie chodzi przecież o samą tylko realizację swych uprawnień (władzy), lecz o urzeczywistnienie określonego, zamierzonego i zazwyczaj nazwanego celu. Jest tak zawsze, gdyż cel taki z istoty swojej leżeć będzie na pograniczu prawa i szeroko rozumianej polityki. O ile jednak dobór celów spośród uniwersum możliwości jest zawsze sprawą polityki, o tyle realizacja raz wskazanego celu staje się rzeczą prawodawcy, i, w dalszej kolejności, sędziego. Realizacja konkretnego celu jest przeto niczym innym jak oddziaływaniem na podmioty prawa, czy to *in abstracto* poprzez ustanowienie normy, czy to *in concreto*, poprzez jej stosowanie.

Instrumentalne podejście do prawa karnego nie mniej jaskrawo rysuje się w perspektywie „oddolnej”. Tu widzimy mechanizm prawa karnego jako element zastanej rzeczywistości, gotowe narzędzie do realizacji własnych, jednostkowych i zdecydowanie „niepublicznych” celów. Dość wskazać na art. 2 § 1 punkt 3 k.p.k. wraz z całym arsenałem instytucji procesowych i materialnoprawnych służących wprost i bezpośrednio interesowi jednostek, nie zaś interesowi państwa. Adwokat jako użytkownik prawa karnego będzie zapewne doradzał klientowi, że skuteczniej jest niekiedy złożyć doniesienie do prokuratury, jeśli jego klient podejrzewa, że kontrahent popełnia przestępstwo, niż wytaczać proces cywilny, daleko bardziej kosztowny i obciążony ryzykownymi ciężarami twierdzenia i dowodu. Jest w czym wybierać: są nawiązki, środki karne w postaci naprawienia szkody, orzekane w łączności ze środkami probacyjnymi lub samodzielnie oraz powództwa adhezyjne. Doradztwo tego rodzaju, ku któremu obeznani z rzeczywistością funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości adwokaci niekiedy się skłaniają, zorientowane jest jawnie na interes jednostki, a nie interes ogółu. Co więcej, dzieje się tak wyłącznie ze względu na grawitację płynących stąd korzyści i rzadko się zważa, czy aby nie popełnia się mimochodem przy takim doradztwie jakiegoś nadużycia racji bytu prawa.

Powstaje pytanie, w jaki sposób powyższe uwagi mogą wpłynąć na umiejscowienie konsekwencji wyroku Trybunału dla teoretycznej refleksji nad prawem karnym?

2.1.2. Trybunał Sprawiedliwości wobec prawa karnego: instrumentalizm i efektywność

Na wstępie wypada zauważyć, że ograniczenie suwerenności państw członkowskich przez samo funkcjonowanie wewnątrz ich porządków prawnych norm nie pochodzących bezpośrednio od konstytucyjnie legitymowanego suwerena jest faktem, i to faktem bezspornym. Nie chodzi tu wyłącznie o sam Traktat i pochodzący odeń porządek prawny, ale także o to, że

²¹ Por. K. Llewellyn, *The Bramble Bush*, New York, 1969, s. 12.

²² O. W. Holmes, *The Path of the Law*, (1897) 10 Harvard Law Review s. 457.

akcesja jest transakcją związaną, gdyż oznacza zgodę kraju przystępującego na to, że prawo wspólnotowe funkcjonuje jako autonomiczny porządek prawny, powodowany bodźcami, co prawda nieodległymi materialnie od zapisów traktatowych, ale z całą pewnością wolnymi od tradycyjnie pojmowanej bezpośredniej zależności od woli państw członkowskich²³. Autonomia ta jest zjawiskiem o tyle szczególnym, że Trybunał w ramach podstaw traktatowych zwykł prowadzić dynamiczną, teleologiczną wykładnię prawa wspólnotowego²⁴. Zasięg skutków tej wykładni zdaje się być na tyle szeroki, że większość europeistów trafnie uważa, że naczelne zasady prawa europejskiego, biorące swój początek z tzw. doktryn orzeczniczych Trybunału, są silniejsze pod względem mocy prawnej nawet od litery samego Traktatu, a sędziowie dzięki nim występują jako prawdziwi *spiritus movens* integracji²⁵.

Z metodologicznego punktu widzenia wyrok Trybunału w sprawie C-176/03 nie jest niczym ani nowym, ani odmiennym w stosunku do wcześniejszych, odważnych orzeczeń niegdyś poddawanych krytyce z uwagi na ich dynamiczny i prawotwórczy charakter²⁶. Naszym zdaniem uprawniona jest teza, że to co zdaje się łączyć, zarówno w aspekcie genetycznym, jak i funkcjonalnym, wcześniej wypracowane doktryny orzecznicze Trybunału z utylitar-nym, cechującym praktyków podejściem do karnistyki, to jawny instrumentalizm. Te same bowiem przesłanki, które dyktują adwokatowi treść jego porady co do wyboru wariantu optymalnego między ścieżką cywilną a karną, były zarazem racją dla rozstrzygnięcia sporu kompetencyjnego pomiędzy Komisją a Radą o przynależność karnego instrumentarium do I czy III filaru. Motywy ustanowienia określonego zakazu karnego są identyczne w przypadku ustawodawcy krajowego i wspólnotowego: efektywność i przestrzeganie norm składających się na system prawa. Ustawodawca wspólnotowy uznał, że możliwe jest w zasadzie przesądzenie o tym, że optymalnym narzędziem zapewnienia efektywności wspólnotowych norm o ochronie środowiska jest ustanowienie zakazu karnego. Dlatego nie ma kategoriałnej różnicy pomiędzy prawotwórstwem w dziedzinie karnej pochodzącym od parlamentu krajowego na szczeblu prawa państwa członkowskiego i tym pochodzącym od organów Wspólnoty: oto w obu wypadkach mamy do czynienia z wyrazem przeświadczenia, że lepszych sposobów na realizację danego celu być nie może.

²³ Tytułem przykładu wypada przywołać konstytucyjne sprawy będące źródłem orzeczniczych doktryn bezpośredniego skutku, zasady pierwszeństwa oraz odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za naruszenie prawa wspólnotowego. Odpowiednio sprawy 26/62 *Van Gend en Loos* (1963), ECR 1, sprawa 6/64 *Costa v. ENEL* (1964) ECR 585 oraz C-6 i 9/90 *Francovich*, (1991) ECR I-5357.

²⁴ Nie wchodząc głębiej w zagadnienie, poprzestaśmy na uznaniu, że przez tzw. *effet utile* rozumiemy dyrektywę interpretacyjną, w myśl której literę prawa należy tak tłumaczyć, ażeby prawo wspólnotowemu zapewnić pełną i zarazem odpowiednią dla jego celu skuteczność w praktyce. Szerzej K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, Sweet and Maxwell 2006, s. 83 i n.

²⁵ Zob. w szczególności Z. Brodecki (red.), *Europa sędziów*, LexisNexis 2007 oraz *Postscriptum. Europejskie ius commune* (w:) T. T. Koncewicz, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny/Community Procedural Code*, C.H. Beck 2007. Podobnie H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *Judicial protection in the European Union*, Kluwer Law International 2001, s. 735.

²⁶ Zob. analiza E. F. Hinton, *Strengthening the effectiveness of Community Law: direct effect, Article 5 EC and the European Court of Justice*, (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 307.

Jest jednakże i inna konsekwencja wyroku, idąca poniekąd w sukurs intuicjom zarówno argumentom państw interweniujących w sprawie, jak i publicystów-krytyków. Jeżeli zestawić następstwa tego orzeczenia z tradycyjalistycznym podejściem do karnistyki, okaże się, że Trybunał daje w istocie przyzwolenie dla tworzenia przez Wspólnotę własnej polityki karnej, jakkolwiek zawężonej do wskazanych imiennie w Traktacie celów, to jednak z całą pewnością będącej czymś więcej niż tylko własną namiastką²⁷. Rys wspólnotowej polityki karnej Trybunał kreśli poprzez dwa przenikające się układy figuratywne.

Pierwszym jest postawienie tezy o kryminalizacji i penalizacji. Otóż przesądzenie w ust. 48 wyroku, że Wspólnota władna jest zapewnić efektywność swoim własnym normom z zakresu ochrony środowiska również za pomocą środków o charakterze karnym, jest równoznaczne z wypowiedzią, że określone czyny – bez względu na to, czy wcześniej były indyferentne, czy zabronione w krajowych porządkach prawnych – odtąd będą tak samo kryminalnie bezprawne w całej Wspólnocie²⁸. Konsekwencją tego jest ujednoczenie (narzucenie z perspektywy eurosceptyka) typizacji określonych zachowań mających wywołać w państwach członkowskich reakcję karną. Co więcej, skoro Trybunał uznał za konieczne zastrzeżenie, że kary za te czyny powinny być „efektywne, proporcjonalne i odstraszające”²⁹, mamy wprost do czynienia z tezą o zakresie i jakości penalizacji. Jakkolwiek teza ta postawiona została na tyle ostrożnie by nie prowokować zarzutów o nazbyt jawne prawotwórstwo, nie sposób ukryć, że do czynienia mamy właśnie z wypowiedzią o penalizacji. Warto wskazać, że Trybunał poszedł w tym zakresie znacznie dalej niż rzecznik generalny. Rzecznik proponował, aby uznać kompetencje Wspólnoty jedynie do wyboru modelu odpowiedzialności z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego (administracyjna, karna, cywilna), wybór zaś konkretnej sankcji pozostawić państwom członkowskim. W wyroku jednak triada „efektywność – proporcjonalność – odstraszanie” oznacza, że tym razem to Wspólnota, a nie jak dotąd państwa członkowskie, dokonują wyboru sankcji spełniających te kryteria. Warunkiem jest wykazanie, że odwołanie się do sankcji karnych jest kluczowe dla zwalczania poważnych przestępstw skierowanych przeciwko środowisku.

Drugim, o daleko wszakże donioślejszych następstwach, jest wskazanie na sam dobór słów użytych w ust. 48 wyroku. Obecność w tekście wyroku trzech przytoczonych przymiotników to bowiem nic innego jak deklaracja aksjologiczna. Wiadomo, jakimi kryteriami ma się kierować Wspólnota przy redagowaniu nowego prawa, wiadomo też, jakim wartościom zakazy mają służyć. Wiadomo wreszcie, że pozycja wspólnotowych przestępstw przeciw środowisku w przekroju surowości zagrożenia wszystkich typów czynów zabronionych znanych systemom państw członkowskich nie będzie poślednią. To zaś już jest wybór, a

²⁷ Przyjmujemy, za E. Krzysmuskim, że przez politykę kryminalną rozumieć należy dyscyplinę wskazującą „(...) jaki użytek winno czynić państwo z przyznanej mu przez prawo władzy karzącej, aby zapewnić społeczeństwu możliwie najskuteczniejszą obronę przed przestępstwem” tak *Wykład prawa karnego*, Kraków 1911, s. 82, który cytujemy za J. Szumskim, *O przedmiocie i zakresie pojęcia polityki kryminalnej*, PiP 1979, z. 6, s. 94.

²⁸ B. Kotschy zwraca uwagę na praktyczną konsekwencję wyroku z perspektywy harmonizacji prawa karnego materialnego, *Could Brussels put Britons into prison? Arrêt Commission/Conseil (sanctions pénales en matière d’environnement)*, *Revue du droit européenne* 3/2005, s. 644–645.

²⁹ Ang. „effective, proportionate and dissuasive criminal penalties”, fr. „sanctions pénales effectives, proportionnées, dissuasives”.

więc akt kategoriałnie tożsamy z tym, jaki czynią krajowi legislatorzy. Jest to, *par excellence*, domena suwerenności.

Niestety wyrok pozostawia otwarte pytania o zasięg uznania, że Wspólnota może „przyjmować środki dotyczące prawa karnego państw członkowskich” oraz zakres marginesu swobody pozostawionej państwom członkowskim³⁰. Czy chodzi tylko o poważne naruszenie środowiska, jak sugeruje literalna interpretacja ust. 48? Naszym zdaniem rozumowanie Trybunału zawiera jedyną wskazówkę, która przemawia za interpretacją rozszerzającą. Trybunał podkreśla bowiem, że to zapewnienie efektywności prawa wspólnotowego może wymagać wspólnotowych sankcji karnych, a koncepcja *effet utile* w przeszłości była wielokrotnie decydującą dyrektywą interpretacyjną. W duchu efektywności wyrok jest już odczytywany przez Komisję. W swoim Komunikacie podkreśla, że każda kompetencja wspólnotowa zawiera w sobie *implicite* kompetencję w zakresie prawa karnego, a *dicta* Trybunału o konieczności sankcji efektywnej, proporcjonalnej i odstraszałającej w kontekście środowiska można odnosić także do innych sfer, w których Wspólnota korzysta z kompetencji³¹.

2.2. TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI I OBOWIĄZEK POSZANOWANIA GRANIC JURYSDYKCYJNYCH

Drugim zasługującym na uwagę aspektem głosowanego wyroku jest wzajemny stosunek pomiędzy prawem Unii a prawem wspólnotowym oraz ustalenie przebiegu granicy pomiędzy obydwojma Traktatami (TWE i TUE). Na skutek TUE funkcjonują równolegle w stosunku do siebie dwa reżimy prawne, które odzwierciedlają dwie ścieżki integracji³². Z jednej strony ścieżka integracji o charakterze ponadnarodowym wyznaczona przez TWE, a z drugiej integracja o charakterze międzyrządowym, której ramy wyznacza TUE. Odrębność tych ścieżek na poziomie instytucjonalnym nie jest na pierwszy rzut oka dostrzegalna, skoro art. 3 TUE podkreśla, że Unia opiera się na systemie instytucjonalnym Wspólnot. Instytucje jednak w ramach TUE działają na podstawie i w granicach kompetencji tego Traktatu. W ten sposób mamy do czynienia z jednolitością instytucjonalną (te same instytucje działają w obrębie Wspólnoty i Unii) różnorodnością funkcjonalną, skoro kompetencje powierzone instytucjom są wykonywane w ramach albo TWE albo TUE. Inny jest katalog źródeł prawa oraz inaczej ukształtowana rola instytucji.

2.2.1. Traktat o Unii Europejskiej w Trybunale Sprawiedliwości

Aby docenić znaczenie wyroku C-176/03 należy cofnąć się o kilka lat.

Podpisany w 1992 r. TUE może być uznany za wyraz ambiwalencji państw członkowskich pod adresem Trybunału jako zawierający sprzeczne sygnały, co do sposobu, w jaki państwa postrzegają Trybunał. Z jednej bowiem strony zmiana treści art. 230 TWE nastąpiła zgodnie z wyrokiem Trybunału w sprawie *Chernobyl*³³. Dodatkowo zaufanie państw członkowskich do Trybunału było podkreślone przez wprowadzenie nowego art. 228 TWE, który

³⁰ D. Pichoustre, *op. cit.*, s. 16.

³¹ COM 2005, 583 FIN.

³² K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet and Maxwell, 2006.

³³ Sprawa C-70/88, *Parliament v. Council* oraz szerzej T. T. Koncewicz, *Równowaga instytucjonalna. Wspólnotowy hard case w Trybunale Sprawiedliwości*, „Palestra” 2007, nr 3–4.

daje Trybunałowi kompetencje do orzekania wobec państwa okresową karę pieniężną lub ryczałt. Z drugiej jednak strony TUE zawierał także sygnały o braku zaufania państw członkowskich do Trybunału. Zgodnie bowiem z ówczesnym art. L TUE (dzisiaj art. 46) jurysdykcja Trybunału została wyłączona w sprawach wchodzących w skład filaru II i III³⁴. Jedyne art. L (c) TUE przewidywał, że postanowienia TWE w zakresie dotyczącym kompetencji Trybunału Sprawiedliwości stosuje się do art. L–S, a art. M (dzisiaj art. 47) dodawał, że żaden z zapisów tego Traktatu nie ma wpływu na Traktaty powołujące Wspólnoty Europejskie i późniejsze Traktaty, które wprowadzają zmiany do Traktatów założycielskich.

Błędem byłoby jednak przyjęcie, że TUE stanowił dla Trybunału obszar zupełnie zamknięty. Już w 1993 r. podnoszono, że Trybunał mógłby sprawować kontrolę nad Radą Europejską na podstawie art. M (art. 47) TUE³⁵. Sam natomiast Trybunał kilkakrotnie cytował wprost wybrane artykuły tego Traktatu³⁶. Bardziej zdecydowane stanowisko Trybunał zajął dopiero w tzw. „sprawie wizowej”³⁷. W tej sprawie Rada Unii Europejskiej przyjęła tzw. „wspólne działanie” na podstawie ówczesnego art. K3(2) TUE. Zdaniem jednak Komisji prawidłową podstawą prawną był art. 100c TWE, a akt prawny pozbawiony był podstawy prawnej. Trybunał więc musiał rozstrzygnąć, czy w sprawie posiada kompetencję do orzekania w przedmiocie skargi o unieważnienie skierowanej przeciwko „wspólnemu działaniu”. Według interweniującego Rządu Wielkiej Brytanii art. L TUE oznacza, że Trybunał nie posiada jurysdykcji, skoro zaskarżony akt prawny został przyjęty na podstawie art. K3(2) TUE i jako taki nie należy do kategorii aktów prawnych, które podlegają uchyleniu w oparciu o art. 230 TWE. Trybunał nie podzielił tego stanowiska i stwierdził, że „jego zadaniem jest zapewnienie, że akty prawne, które według Rady wchodzą w zakres art. K3(2) TUE nie nakładają się na kompetencje, jakie zostały powierzone na podstawie TWE (ust. 16 wyroku). W wyroku Trybunał dokonał łącznej interpretacji art. L i M TUE. Uznał, że połączona interpretacja prowadzi do wniosku, że Trybunał może korzystać ze swoich kompetencji w zakresie kontroli sądowej sprawowanej na podstawie Traktatów założycielskich w celu zapewnienia przestrzegania przepisów tych ostatnich w kontekście TUE. Taktyka Trybunału jest przemyślana. Zmierza do stworzenia podstaw dla usprawiedliwienia możliwości ingerencji w zapisy znajdujące się w TUE. W ten sposób Trybunał uzyskiwał okazję zbadania, czy przepisy zawarte w Traktacie o UE wpływają na zapisy w TWE oraz czy rozdział dwóch sfer (prawa wspólnotowego i międzyrządowego w postaci filaru II i III) jest przestrzegany. Trybunał traktuje art. M TUE jako zawierający obowiązek zapewnienia, że każdy akt prawny stanowiony przez Radę Unii Europejskiej w kontekście filaru II i III nie zagraża spójności i integralności *acquis communautaire*, którego ochrona należy do Trybunału. Dlatego, Trybunał korzysta wprawdzie z kompetencji do dokonywania interpretacji aktów prawnych przyjętych na podstawie tytułu V i VI TUE, ale jedynie w celu sprawdzenia, czy dany akt prawny nie powinien zostać uchwalony w ramach prawa wspólnotowego (TWE) ze wszystkimi wynikającymi z tego rygorami (pełna jurysdykcja TS, udział Parlamentu w procesie ustawodawczym etc.). Kontrola Trybunału ma więc charakter ściśle kierunkowy. Jej jedynym

³⁴ W. Czapliński, C. Mik, *Komentarz do Traktatu o Unii Europejskiej*, Warszawa 2005.

³⁵ D. Curtin, *The Constitutional Structure of the Union: a Europe of bits and pieces*, (1993) 30 *Common Market Law Review* 17.

³⁶ Przykładowo sprawa C-415/93, *Bosman*, (1995) ECR I-4921.

³⁷ Sprawa C-170/96, *Commission v. Council*, (1998) ECR I-2763.

celem jest sprawdzenie, czy uchwalony akt prawny respektuje kompetencje powierzone Wspólnocie. Cytując rzecznika generalnego Trybunał dokonuje badania aktów prawnych stanowiących na podstawie Traktatu o Unii „(...) jedynie w celu określenia ich związku z Traktatami wspólnotowymi, w zakresie których kompetencje Trybunału nie podlegają kwestionowaniu”. Trybunał nie może natomiast przejąć kompetencji do „bezpośredniej i materialnej interpretacji tytułu VI TUE”.

„Sprawa wizowa” stanowi istotny precedens dla zrozumienia wyroku w sprawie będącej przedmiotem glosy. Przyjęte w niej uzasadnienie jurysdykcyjne znajduje zastosowanie wprost w sprawie C-176/03.

2.2.2. Sprawa C-176/03: w kierunku zasady poszanowania granic jurysdykcyjnych?

Glosowany wyrok zawiera istotne przesłanie i uzasadnia naszym zdaniem wyodrębnienie nowej zasady, która odzwierciedlałaby relacje pomiędzy Wspólnotami a Unią. Przenosi ono ciężar z aspektu organizacyjnego na kompetencyjny (jurysdykcyjny). Argument o potrzebie przestrzegania prawa i granic jurysdykcji (sfery właściwości) Wspólnoty i Unii, także w kontekście filaru II i III, odgrywa kluczową rolę w rozumowaniu Trybunału. Państwa członkowskie reprezentowane w Radzie są zobowiązane do przestrzegania linii demarkacyjnej pomiędzy prawem wspólnotowym a unijnym. Nie mogą traktować instrumentów prawnych Unii jako podstawy do omijania lub osłabiania systemu kompetencyjnego ustanowionego w TWE. Problem nabiera szczególnego znaczenia w świetle brzmienia art. 3 TUE, który oparty jest na założeniu o jednolitości instytucjonalnej³⁸. Instytucje nie mogą „uciekać” poza zasięg obligatoryjnej jurysdykcji Trybunału. Integralnym elementem łączącym i spajającym zasadę poszanowania jurysdykcyjnego jest rola Trybunału Sprawiedliwości jako strażnika integralności prawa wspólnotowego. W obrębie Wspólnoty przejawia się to w zapewnieniu, zgodnie z zasadą równowagi instytucjonalnej, że instytucje funkcjonują w granicach kompetencji im powierzonych i respektują kompetencje pozostałych instytucji. Natomiast w zakresie relacji na linii Wspólnota – Unia, Trybunał podkreśla obowiązek instytucji funkcjonujących w obrębie TUE poszanowania systemu kompetencyjnego istniejącego w obrębie prawa wspólnotowego. W tym sensie art. 47 TUE spełnia funkcję gwarancyjną dla kompetencji wspólnotowych. Ilekroć instytucje podejmują działania na podstawie tytułu V lub tytułu VI Traktatu o UE, ich obowiązkiem jest dokonanie analizy z perspektywy systemu kompetencji w ramach Traktatu o WE (filaru I). Tylko gdy kwestia nie podlega kompetencji (jurysdykcji) Wspólnoty, dopuszczalne jest działanie w obrębie II i III filaru. Działanie jest wykluczone w przypadku ustalenia, że Wspólnota korzysta ze stosownej kompetencji. Powstaje więc pytanie, czy na podstawie glosowanego wyroku można próbować dokonać hierarchizacji pomiędzy sferą właściwości Wspólnoty z jednej, a Unii z drugiej. Odpowiedź jest twierdząca, w tym sensie, że sfera uprzywilejowana należy do Wspólnoty, skoro instytucje muszą przed podjęciem działania na podstawie TUE uprzednio wykluczyć w sposób pozytywny kompetencję Wspólnoty. Podstawa prawna zawarta w filarze drugim i trzecim ma charakter szczególny oraz subsydiarny wobec wspólnotowych podstaw prawnych. Trybunał natomiast zapewnia, że ten rysujący się podział jurysdykcyjny jest egzekwowany i przestrzegany w rzeczywistości.

³⁸ Nazywanej także spójnością instytucjonalną. Zob. M. Kenig-Witkowska, A. Łazowski, R. Ostrhansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, C. H. Beck 2006, s. 42.

Zamiast zakończenia. Powrót sędziów?

Glosowany wyrok zasługuje na uwagę jeszcze z jednego powodu. Jest kolejnym potwierdzeniem, że obecnie sędziowie Trybunału dokonują skrętu w kierunku większej aktywności i zarzucają minimalizm lat 90.³⁹ W sprawie C-176/03 mieliśmy do czynienia z niespotykaną dotąd skalą konfrontacji Trybunału z państwami członkowskimi oraz polaryzacją stanowisk. Trybunał nie orzekł jedynie wbrew państwom. Raczej, przedstawiając swoją interpretację prawa wspólnotowego, wystąpił przeciwko koalicji państw. Z przebiegu postępowania wynika, że państwa członkowskie miały diametralnie inne wyobrażenie od sędziów. Co to oznacza? Udzielając odpowiedzi, należy dostrzec moment rozstrzygnięcia sprawy, czyli już po nieudanej ratyfikacji Traktatu konstytucyjnego. Stanowisko zajęte przez Trybunał zbliża się do rozwiązań przyjętych w „zawieszonym” Traktacie konstytucyjnym, przyczyniając się do zamazania ostrości linii podziału pomiędzy I a III filarem (Traktat konstytucyjny w ogóle znosi konstrukcję filarów). Jeżeli bowiem prawdą miałyby się okazać, że oba wyroki stanowią reakcję Trybunału wobec oddalającej się perspektywy wejścia w życie Traktatu i są wyrazem jego kompensacyjnego działania wobec kulejącego procesu politycznej integracji, sygnalizowałyby to powrót do metody znanej z przeszłości, z okresu największej aktywności sędziów. Wtedy sędzia, uzupełniając i monitując wspólnotowego prawodawcę, zapewniał dynamikę procesu integracyjnego. Zdecydowanie Trybunału może sygnalizować pierwsze oznaki rodzącej się gotowości do kolejnego przewartościowania sędziowskiej funkcji w prawie wspólnotowym. Przyszłość pokaże, czy mamy do czynienia z trwałym trendem orzecznictwem, czy też jedynie z pojedynczymi przypadkami sędziowskiego aktywizmu.

Nie ma wątpliwości, że wyrok w sprawie *Commission v. Council* zawiera dalekosiężne konsekwencje. Nie wszystkie zostały jeszcze wypowiedziane w sposób jednoznaczny. Ten element suspensu wynika z właściwego dla sądu wspólnotowego „inkrementalizmu orzecznictwa”. Tak długo jak nie poznamy kolejnego wyroku, tak długo nie będziemy nigdy do końca pewni, w którą stronę pójdzie interpretacja. W przypadku Trybunału kierunek tej inkrementalizacji może być w większym stopniu przewidywalny właśnie z racji aksjologii systemu ochrony prawnej opartej na art. 220 TWE oraz konsekwentnym dążeniu do zapewnienia efektywności prawa. Te elementy są obecne także w glosowanym wyroku. Uważamy, że Trybunał po raz kolejny stanął na straży integralności prawa wspólnotowego. Podkreślił wagę związania państw członkowskich prawem wspólnotowym i ich zobowiązanie do postępowania w sposób niezagrażający jego celom. Dzisiaj prawo wspólnotowe jest nie tylko, jak wskazywał lord Denning w otwierającym przedstawioną analizę cytacie, nadszarpniętą falą. Kilka lat po tej wypowiedzi lord Denning był zmuszony do kwalifikacji, mówiąc tym razem: „prawo wspólnotowe to bałwan morski, który burzy nasze falochrony, zalewa pola i domy, ku przerażeniu wszystkich”⁴⁰. Trudno o lepsze potwierdzenie prawdziwości i aktualności tego drugiego stanowiska aniżeli glosowany wyrok.

Nam pozostaje czekać na kolejny sygnał Trybunału co do kierunku „uderzenia” wspólnotowego prawa, być najlepiej jak to możliwe nań przygotowanym, minimalizując w ten sposób element przerażenia.

³⁹ O przegrupowaniu jurysdykcyjnym mogą świadczyć także dwie inne sprawy: sprawa C-304/02 *Commission v. France* oraz C-105/03, *Maria Pupino*. Z tekstu korzystamy za www.curia.europa.eu

⁴⁰ Tak w *Introduction to the European Court of Justice: Judges or Policy Makers?*, (The Bruges Group Publication, Suite 102 Whitehall Court, Westminster, London, SW 1A, 2 EL, 1990).

Recenzje

Jarosław Groth

***Rozwój moralny a radzenie sobie ze stresem
u nieletnich przestępców***

Poznań: Bobucki Wydawnictwo Naukowe 2003, s. 257

Badania nad czynnikami i psychologicznymi mechanizmami prowadzącymi do przestępczości nieletnich koncentrują się, z jednej strony, na czynnikach ryzyka zachowania przestępczego, z drugiej, obejmują próby tworzenia modeli uwzględniających ich wzajemne relacje i funkcjonalne powiązania. O ile kwestia czynników kryminogennych tradycyjnie już jest przedmiotem badań nad przestępczością nieletnich i posiada szalenie bogatą literaturę, o tyle próby stworzenia spójnego i szerszego modelu ujmującego dynamiczne relacje i współzależności pomiędzy wspomnianymi zmiennymi nie zakończyły się spektakularnymi czy nawet tylko zadowalającymi wynikami i efektami.

W związku z powyższym problem badawczy, który podjął w swej monografii Jarosław Groth, należy uznać za trafny, a nawet nowatorski. Nie był on bowiem dotychczas szerzej analizowany zarówno w polskiej jak i światowej literaturze naukowej. Głównym i podstawowym celem badawczym, który postawił sobie Autor recenzowanej pracy, była weryfikacja psychologicznego modelu zmiennych opisujących zależności i relacje pomiędzy rozwojem moralnym nieletnich a radzeniem sobie przez nich ze stresem. Trudno przy tym przecenić poznawcze i praktyczne walory podjętych przez Autora badań. Z jednej strony poszerzają one istotnie wiedzę o psychologicznych mechanizmach przestępczości, czy jak wolą autorzy obowiązujących w Polsce regulacji ustawowych, demoralizacji nieletnich, z drugiej posiadają olbrzymią wartość dla codziennej, opiniodawczej pracy biegłego psychologa.

Stanowiąca punkt wyjścia dla sformułowania teoretycznych podstaw przyjętego przez Autora modelu badań własnych część teoretyczna pracy zawiera trzy rozdziały. Omawiają one kolejno kryminologiczne koncepcje przyczyn zachowań przestępczych, znaczenie stresu i napięcia w genezie zachowań przestępczych oraz psychologiczne koncepcje rozwoju moralnego. Dobór zagadnień w tej części pracy jest właściwy, przemyślany i uzasadniony merytorycznie. Stanowi przy tym spójną i jasną konstrukcję. Nie brak w nim odautorskich komentarzy i przemyśleń świadczących o bardzo dobrej orientacji Autora w literaturze przedmiotu i badanej problematyce. Doskonale radzi on sobie także z literaturą krymino-

logiczną, a więc prawniczą, potrafi być wobec niej, z jednej strony, krytyczny, z drugiej z olbrzymią intuicją badawczą, a nawet erudycją potrafi użyć jej w sposób nadzwyczaj trafny do tworzonego przez siebie modelu badawczego. I tak oparcie się na pracach i koncepcjach dotyczących pojęcia napięcia w teoriach kryminologicznych Mertona, Cohena, a zwłaszcza Agnew, jest bardzo udanym przedsięwzięciem badawczym, potwierdzającym sens interdyscyplinarnych (prawno-socjologiczno-psychologicznych) poszukiwań i badań w kryminologii i psychologii sądowej. Dostrzeżenie faktu, iż kryminologiczna, w swej istocie, koncepcja napięcia osiągnęła poziom umożliwiający operacjonalizację jej podstawowych pojęć, twierdzeń i mechanizmów poprzez odwołanie się do psychologicznej aparatury pojęć, budzić może jedynie pełną akceptację i potwierdza doskonałą orientację Doktora Grotha w szalenie przecież bogatej interdyscyplinarnej literaturze przedmiotu.

Był już także najwyższy czas, by w badaniach nad mechanizmami prowadzącymi do przestępczości nieletnich wykorzystać olbrzymi dorobek i metodologię tych dziedzin psychologii, które zajmują się procesami radzenia sobie ze stresem, a zwłaszcza uruchamianymi strategiami i stylami. Autor recenzowanej monografii jest pierwszym ze znanych mi badaczy, który dokonał tego w sposób konsekwentny i świadomy. Fakt, iż unikając nadmiernego eklektyzmu potrafił doprowadzić do stworzenia modelu uwzględniającego zarówno kryminologiczną koncepcję napięcia jak i psychologiczną stresu budzić może jedynie pełną akceptację i uznanie. Podobnie ocenić należy znaczenie, jakie w swych badaniach nad nieletnimi przypisał Autor roli rozwoju moralnego w genezie zachowania przestępczego u nieletnich. W dotychczasowych badaniach zaburzenia rozwoju moralnego nieletnich wiązano ściśle z zaburzonym procesem ich socjalizacji. Zależności powyższe traktowano i opisywano jednak w sposób bardzo uproszczony, niejednokrotnie prymitywny. Odwołanie się do poznawczo-rozwojowego nurtu badań nad charakterem rozumowania moralnego i potraktowanie go we własnych badaniach jako zmiennej niezależnej, jest, w świetle przedstawionego przez Autora przeglądu literatury dotyczącej psychologicznych koncepcji rozwoju moralnego, rozstrzygnięciem metodologicznym w pełni uzasadnionym i wystarczająco naukowo udowodnionym.

Podsumowując dotychczasowe uwagi należy stwierdzić, iż część teoretyczna pracy przedstawiona została w sposób interesujący, świadczący o bardzo dobrej znajomości badanej problematyki oraz umiejętnościach planowania i realizowania zadań naukowych.

Podobnie pozytywnie ocenić trzeba empiryczną część monografii. Najogólniej można także stwierdzić, iż przyjęte przez Autora założenia, cele pracy i hipotezy sformułowane zostały jasno, w sposób niebudzący wątpliwości.

Prawidłowo dokonany został dobór osób do grupy badawczej i porównawczej. Pomimo iż nie mała część osób badanych (ok. 40%), w obu porównywanych populacjach, nie mogła zostać zakwalifikowana, na skutek niewłaściwego wypełnienia kwestionariuszy, do dalszej analizy, to i tak dysponowano wynikami dotyczącymi stosunkowo licznych populacji. Ostatecznie obejmowały one 91 nieletnich i 94 uczniów gimnazjów i liceów, którzy nie weszli nigdy w konflikt z prawem. Na jednoznacznie pozytywną ocenę zasługują także zastosowane metody i techniki sposobów wyróżnienia zmiennych i ich operacjonalizacji oraz procedur statystycznej analizy uzyskanych wyników. Szczególnie pozytywnie ocenić trzeba zastosowane metody badawcze. Nadają się one doskonale do operacjonalizacji badanych zmiennych, a ich wartość i przydatność badawczą potwierdza w dużej mierze ostateczna i jednoznaczna weryfikacja przyjętego modelu współzależności pomiędzy zmiennymi. I tak w badaniach wykorzystano zestaw metod, z których dwie stanowiły gotowe metody już

stosowane bądź skonstruowane w Polsce (WZS, CISS), jedna stanowiła adaptację metody anglojęzycznej (DIT), pozostałe były metodami nowymi, opracowanymi na użytek recenzowanej pracy.

Wysoko ocenić należy przyjęte przez Autora procedury opracowania danych i statystycznej ich analizy. Są one czytelne, konsekwentne i adekwatnie dobrane do charakteru zmiennych, pozwalając w efekcie na poddanie weryfikacji przyjętych hipotez i wykorzystanie wszystkich niemal wyników.

Podejmując próbę oceny całości kształtu pracy, należy stwierdzić, iż pod względem standardów badawczych została ona zaplanowana i przeprowadzona prawidłowo, miejscami nawet perfekcyjnie. Uzyskane wyniki poszerzają istotnie wiedzę o uwarunkowaniach i mechanizmach leżących u podstaw przestępczości nieletnich. Pewien, niewielki zresztą, niedosyt budzić może dla klinicysty czy też psychologa sądowego dyskusja uzyskanych wyników. Odnosi się to do tej części analizy i interpretacji uzyskanych prawidłowości, która dotyczy relacji pomiędzy dotychczasowymi badaniami nad przestępczością nieletnich, a uzyskanymi przez Autora wynikami badań własnych. Myślę, iż warto było pogłębić nieco ten kierunek analizy. Przemawia za tym szeroka i bardzo rzetelna część teoretyczna monografii.

Reasumując, warto podkreślić, iż monografia Jarosława Grotha pt. „Rozwój moralny a radzenie sobie ze stresem u nieletnich przestępców” zasługuje na zdecydowanie pozytywną i wysoką ocenę. Dobrze się stało, iż została wydana i mogą do niej sięgnąć psychologowie sądowi i kliniczni, psychiatry oraz przedstawiciele tych zawodów, które uczestniczą aktywnie w rozwiązywaniu problemów przestępczości nieletnich.

Józef Krzysztof Gierowski

Wojciech Kotowski

Prawne problemy ruchu drogowego. Komentarz

Warszawa: C.H. Beck 2007, s. 656

Komentarz stanowi ewenement w polskiej literaturze prawniczej oraz na polskim rynku edytorskim. Jest to komentarz do zespołu aktów prawnych, stanowiący pewną tematyczną całość wysłowioną w tytule dzieła. W komentatorskim dorobku współczesnego prawa karnego bodajże nie ma tak całościowego, kompleksowego, naukowego ujęcia problematyki prawnej jednego, ale szerokiego obszaru prawa karnego.

Już zapoznanie się ze spisem treści pracy wskazuje, że mamy w istocie do czynienia ze sporą podręczną biblioteką dotyczącą szerokiego obszaru problemów prawnych ruchu drogowego.

Komentarz jest poprzedzony przytoczeniem ustaw dotyczących omawianej w nim materii, a więc ustawy – Prawo o ruchu drogowym, a następnie wyciągów odnośnych przepisów z kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń, kodeksu postępowania karnego i kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia.

Główna część pracy to właściwy komentarz dotyczący zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym z wyodrębnieniem zasady ostrożności, szczególnej ostrożności i zasady ograniczonego zaufania. Wiodącą część wywodów to komentarz do przestępstw drogowych i od-

rębnie wykroczeń drogowych. Oba te segmenty pracy zostały zbudowane według podobnego schematu: właściwy komentarz do odnośnych przepisów kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń, model postępowania w danym zakresie, studium przypadków i omówienie kasusów z odnośnego obszaru prawa drogowego.

W części komentatorskiej czytelnik otrzymuje wszechstronną analizę poszczególnych przepisów prawa materialnego w omawianych dwóch dziedzinach. Niezaprzeczalną zaletą w tej części wywodów jest udokumentowanie poglądów i ocen zapatrywaniami doktryny, a przy tym ukazanie niektórych rozbieżnych oraz kontrowersyjnych ocen. Wywody swoje autor szeroko i trafnie uzasadnia wykładnią zawartą w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Judykatura jest obecna we wszystkich najbardziej istotnych i spornych kwestiach. Wyrazem doceniania przez autora zapatrywań Sądu Najwyższego w wielu występujących w praktyce kwestiach jest fakt sięgania przez niego również do niepublikowanych orzeczeń. Ta metoda prowadzenia wywodów niezwykle wzbogaca treść pracy, a praktykowi dostarcza argumentów w celnym stosowaniu prawa. Dzięki takiej metodzie komentarz niemal nie pozostawia braków i niedomówień.

W recenzowanej pracy niezwykle cenne jest studium przypadków. Autor w każdym z nich przedstawia stan faktyczny konkretnego zdarzenia, stan prawny i konkluzję. Dobór spraw będących przedmiotem studium przypadków wskazuje na doskonałą znajomość realiów przestępstw i wykroczeń drogowych, różnorodność zdarzeń, z którymi musi się zmierzyć prokurator i sędzia, a także sprawcy (faktyczni lub błędnie uznani za winnych zdarzenia) i ich obrońcy oraz inni uczestnicy postępowania (biegłi, rzeczoznawcy). Omawiane studium przypadków w systemie prawa anglosaskiego byłoby chyba uznane jako zbiór precedensów. W naszym systemie prawnym będzie miało walor cennego materiału porównawczego przy rozstrzygnięciu zbliżonych stanów faktycznych.

W tym rzędzie należy wymienić również zbiór kasusów odnoszących się do wypadków z udziałem nietrzeźwego uczestnika ruchu drogowego, w tym bardzo przydatną odpowiedź na pytanie, czy stan nietrzeźwości może automatycznie przesądzać o winie.

Na osobną wysoką ocenę zasługuje w pracy orzecznictwo sądów. Oprócz faktu, że w części komentatorskiej autor szeroko uwzględnia poglądy judykatury, czytelnik otrzymuje odrębnie potraktowane obszerne zestawienie tez dotyczących zagadnień ogólnych, a także zagadnień szczegółowych, dotyczących przestępstw i wykroczeń.

Kolejnym świadectwem dążenia autora do tego, aby dostarczyć czytelnikowi w miarę pełne kompendium wiedzy dla zrozumienia przepisów, ale także pomocy narzędzi do posłużenia się tą wiedzą, jest fakt zamieszczenia w komentarzu także wzorów procesowych. Przy czym autor nie ograniczył się do prostego przytoczenia wzorów pism i czynności procesowych. I w tym zakresie podkreśla we wstępie wagę poszczególnych czynności prawidłowo dokumentowanych w postaci protokołu, szkicu, wniosku czy orzeczenia.

Konkludując, należy stwierdzić, że to szeroko zakreślone dzieło autor wykonał z erudycją i dokładnością cechującą również inne jego prace. Wyselekcjonował przy tym najważniejszą literaturę przedmiotu i orzecznictwo przydatne wszystkim podmiotom stosującym prawo w omawianej dziedzinie.

Przez ujawnienie różnego rodzaju błędów popełnianych w ruchu drogowym, a również sposobów ich unikania – książka wyraża niewątpliwą troskę o los człowieka, jest próbą uświadomienia – jak pisze jej autor w *przedmowie* – że ten los leży w rękach policjanta, prokuratora i sędziego, że zależy w dużej mierze od wiedzy, rzetelności i bezstronności tych organów we wszystkich fazach postępowania.

Na koniec chciałbym podkreślić nader staranne wydanie komentarza pod względem technicznym i estetycznym. Składa się na to wykaz literatury, indeks rzeczowy, żywa paginacja i numerowanie poszczególnych kwestii, co pozwoli na sprawne korzystanie z komentarza i przywoływanie poglądów autora oraz judykatury w pismach procesowych. Nadtytuł: „Krótkie komentarze Becka” tym razem nie pasuje do objętości dzieła. Czytelnik bowiem otrzymuje w tej pracy kilka komentarzy zespolonych jednak trafnym tytułem pracy.

Stanisław Paweła

Jan Malec

Przestępczość to ciekawe zjawisko – kryminologia nieelitarna

Warszawa: C.H. Beck 2006, s. 269.

Pod koniec 2006 roku wydawnictwo Beck znane z publikacji kodeksów i komentarzy wydało dość niezwykłą pozycję książkową. *Przestępczość to ciekawe zjawisko – kryminologia nieelitarna*, już sam nieco prowokacyjny tytuł wskazuje, że tym razem wydano rzecz nie tylko dla prawników, ale i dla laików. Autor książki, dr Jan Malec jest postacią równie nietuzinkową jak jego praca. Doktor prawa, znany z pracowitości, skrupulatności i zacięcia naukowego przed laty, jako prokurator był, jak wieść niesła, postrachem oskarżonych. Gdy po pracy w prokuraturze, a następnie w Instytucie Problematyki Przestępczości podjął pracę w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich, z równą dokładnością i starannością troszczył się o przestrzeganie prawa w więzieniach, kierując Zespołem Prawa Karnego Wykonawczego. Konsekwentnie, poproszony przez rzecznika, zbudował w BRPO zręby instytucjonalnej pomocy dla ofiar przestępstw, pełniąc funkcję pełnomocnika Rzecznika Praw Obywatelskich ds. Ochrony Praw Ofiar Przestępstw. Od dawna był również aktywny w Fundacji Pomocy Ofiarom Przestępstw. W 2003 roku wydał pracę badawczą pt: *Zabójstwa i związane z nimi problemy wiktymologiczne*.

Omawiana książka przeznaczona jest również dla czytelnika, który na co dzień niekoniecznie rozmyśla nad istotą prawa. Ludzie wyrabiają sobie zdanie o przestępczości i przestępstwie, czytając krzykliwe, pełne sensacji nagłówki gazet, oglądając przesyczone zbrodnią migawki telewizyjne lub filmowe dreszczowce, w których brak miejsca na analizę i refleksję. Niekiedy ci sami ludzie padają ofiarą kradzieży, pobicia lub dostają mandat. Wizyta na komisariacie rzadko należy do przyjemnych, ale już kontakt z policjantem na ulicy nie musi należeć do niemiłych, często podnosi na duchu. To wszystko jednak nie przybliży zrozumienia, czym jest przestępczość. Nie sprzyja też dojrzałemu kształtowaniu opinii na temat przestępczości, jej zapobieganiu i karaniu.

Na rynku wydawniczym nie brak książek kucharskich i poradników, jak po dwudziestce zachować urodę i figurę, ale pozycji, które podnoszą poziom kultury i wiedzy prawnej, wciąż brakuje. Jedną z przyczyn tego jest z pewnością język. Mówi o prawie w sposób jasny, prosty, zrozumiały – to już sztuka. A jeszcze pisać ciekawie tak, by czytelniczkę i czytelnika wciągała treść to dodatkowa trudność i wynikająca stąd rzadkość. Istnieje niewątpliwie potrzeba przybliżenia ludziom w przystępnej formie dorobku myśli i kultury poświęconej

prawu, przestępczości i karze od antyku po czasy współczesne. Czytając, często korciło mnie, by wzbici się na poziom dyskursu akademickiego, ale dobrze rozumiem potrzebę narracji przyjętej przez autora, która jest przystępna i zrozumiała dla wszystkich.

Książka składa się z 42 niedługich rozdziałów. W każdym spotykamy się z erudycją, odczytaniem i zamilowaniem autora do przytaczania finezyjnych aforyzmów osób różnych profesji – od pisarzy, przez filozofów, po polityków. Całość ilustrowana jest rysunkami, które z wyjątkiem tych wyraziście mizoginicznych, są zabawne i wzbogacają całość. Autor sugeruje, że książkę można czytać nie po kolei. Radziłabym jednak trzymać się założonego w pracy porządku. Nie mamy tu bowiem do czynienia z kolekcją myśli nieuczestnych. Jest to raczej podróż przez labirynt prawa, w którym zaczynając od pojęcia i zjawiska przestępczości, szybko dowiadujemy się, że sprawa nie jest wcale prosta, bo nie zawsze od czynu i jego moralnej wartości zależy czy ktoś okrzyknięty zostanie przestępcą, czy bohaterem. Nie zawsze też kara kryminalna jest wyjściem jedynym i najlepszym.

Autor sporo miejsca poświęca mediacji jako formie zmierzającej do naprawienia szkody i karze śmierci, jako metodzie od dawna próbowanej z równie złymi przez stulecia skutkami. Jej obecność obniża społeczną wrażliwość, niszczy porządek prawny i pozbawia pokrzywdzonego wynagrodzenia poniesionej szkody. Po omówieniu podstawowych terminów J. Malec zaprasza do dyskusji nad społecznymi patologiami. Mowa jest o alkoholu, braku kultury, o torturach i prostytucji. W końcowej części książki sporo miejsca poświęcone jest problematyce wykonania kary i szczególnym formom przestępstw – przestępczości zorganizowanej oraz sprawcom-psychopatom. Przystępczość zorganizowana i psychopatia to sfery, gdzie autor przyznaje, że brak nam wciąż wiedzy i doświadczenia w eliminacji i przeciwdziałaniu zjawisku. Warto więc wspomnieć, że już po ukazaniu się książki J. Malca „Znak” wydał głośną pracę Roberta D. Hare, *Psychopaci są wśród nas*. Hare podkreśla, że wyrafinowani psychopaci to równie często zimni mordercy, jak i wzięci politycy, prawnicy, skuteczni, pozbawieni skrupułów technokraci. Cechuje ich wszystkich, i tych w więzieniu, i tych, którzy będąc u władzy uwielbiają poczucie sprawowania kontroli, egocentryzm, arogancja, fanfaronada, brak wyrzutów sumienia, brak empatii, skłonność do oszukiwania i manipulacji oraz płytkość uczuć. Stąd już Kretschmer zauważał, iż „w czasach spokojnych my izolujemy i leczymy psychopatów, a w okresach burzliwych psychopaci nas izolują w więzieniach”. Leczenie psychopatów nie jest niemożliwe, ale jest trudne, a źle przeprowadzone może zaszkodzić. Oparte jest nie tyle na rozbudzeniu empatii i sumienia, co przekonania, że obecna postawa i zachowanie nie służą interesom zainteresowanego, oraz że muszą oni ponosić odpowiedzialność za własne czyny.

Autor pokrótce przedstawia, a w zasadzie nazywa jedynie różne teorie, które w różnym czasie rozwijały dogmatykę prawa karnego i kryminologię, skupiając się raczej na ilustracji i nie przeciążając treści zawłościami teoretycznych wywodów. I tak, choć nie ma tu omówienia teorii etykietowania, dostajemy wiedzę o jej istocie:

„Niejednokrotnie zwykło się uważać, że złodziej to jakby inny gatunek ludzi, margines społeczny. Tymczasem wśród osób kradnących np. w marketach spotyka się także nauczycieli, lekarzy, oficerów, dyrektorów, artystów, żony bardzo dobrze sytuowanych mężów i inne, do tej pory nieposzlakowanej opinii osoby z dobrych środowisk. Przystępczość zatem to nie tylko czyny pospolitych złodziei, włamywaczy i bandytów, ale zjawisko obejmujące o wiele szerszą grupę ludzi. Z reguły natomiast wpadają głupszy, działający prymitywnie. Zagarnianie mienia w sposób wyrafinowany niejednokrotnie pozostaje bezkarne”.

Podobnie jest z teorią „białych kołnierzyków” Sutherlanda, według której wpadają niekoniecznie głupszy, bo i mało rozgarniętych nie brak na wysokich stołkach, ale mniej usytuowani. Malec dzieli się ważną refleksją, że lansowana identyfikacja przestępców z marginesem społecznym oraz przerzucanie na tę grupę odpowiedzialności za niepowodzenia społeczne jest niczym więcej jak tylko propagandą.

Autor omawia szereg ważkich zagadnień polityki karnej. Ukazuje wady chwytnych medialnie, a szkodliwych społecznie zaleceń rygoryzmu prawnego, któremu jednocześnie towarzyszy lekceważenie takich zjawisk jak np. przemoc w rodzinie. Ujawnia typowe formy manipulacji informacją prezentowaną przez media jako głos rozsądnego, świadomego społeczeństwa. Krytykując to zjawisko, proponuje demokrację deliberatywną.

Demokracja deliberatywna to sytuacja społeczna, w której pomówienia, sensacja i półprawda zostają zastąpione rzetelną informacją o problemie. W miejsce plotek – argumenty za i przeciw rozwiązaniu, zamiast narzuconej decyzji – rzetelna debata. Autor widzi też w takim systemie rolę dla dzielnicowych, dla mediacji i działań na rzecz wynagrodzenia szkody pokrzywdzonemu. Proponuje zlikwidować straż miejską i gminną, pod czym z przyjemnością się podpisuję. Rzeczywiście niepotrzebnie obciążają budżet, szkodząc raczej niż pomagając. Obserwując działania straży miejskiej, trudno uciec od wrażenia, że podstawowe działanie sprowadza się do nakładania mandatów i gnębienia drobnych sprzedawców rzodkiewki, szczypiorku i bukietików stokrotek, a na to szkoda pieniędzy podatników.

J. Malec zamiast kar postuluje ofertę pozytywnych aktywności dla młodzieży, tak by ich nie doprowadzać do roli i etykiety chuliganów. Nic też tak dobrze nie robi jak przykład, który idzie z góry. Łatwo oburzać się na słownictwo przechodniów, ale obecność wulgaryzmów słychać w mowie polityków na najwyższych szczeblach.

Oprócz opisu ciekawych problemów książka wskazuje na kierunki ich rozwiązania. Czerpie przy tym z działań podejmowanych i przez policję, i dawne ORMO. Tyle że ORMO strzegło prawa i porządku nie na rzecz, lecz przeciwko obywatelom. Było instrumentem zastraszenia i obcości.

Autor pół żartem, pół serio wyraża sceptyczny pogląd, powątpiewając w zdolność ludzi do poprawnego urządzenia swojego życia społecznego; uważa, że lepiej w tym względzie poszło termitom, mrówkom i pszczołom. Wszystkie przywołane żyją w eucostamach. Eucostam to eusystem, w którym żyją stworzenia eusocjalne, charakteryzujące się skomplikowanym podziałem i ściśle sprecyzowanym zachowaniem i rolą społeczną. Mamy tam do czynienia ze sterylnymi kastami i jedną reprodukującą parą, gdzie podstawową rolę ze względu na reprodukcję ma królowa. Nie mam nic przeciwko matriarchatowi, ale zbyt daleko posunięta sztywność ról i zachowań nie wydaje się być dla nas wskazana. Cechą ludzi jest różnorodność, ale cechą naszych społeczeństw jest też daleko posunięta dyskryminacja kobiet ze szkodą dla całego społeczeństwa. Dyskryminacja reprodukuje się jawnie, gdy lekceważąco zaniżamy wartość ich pracy, gdy traktujemy przedmiotowo. Kolorowe bilbordy nieodmiennie sprowadzające kobietę do seksualnego przedmiotu utrwalają stereotyp i czynią kobietę odpowiedzialną za seksualne zachowania mężczyzny, których on kontrolować nie jest w stanie. Tej pułapki nie uniknął i autor omawianej tu ciekawej książki, pisząc o prostytucji.

Jan Malec zaczyna od przywołania Adama Krzyżanowskiego, profesora ekonomii, który egzaminując studentów Uniwersytetu Jagiellońskiego, pytał, „Czy prostytutka może mieć stosunek z krokodylem?”. Podobno prawidłowa była odpowiedź przecząca, bo

krokodyl nie płaci. No cóż, profesor wychodzi z tej historii i na satyra, i na niedouczzonego. prostytutka mogła w ramach promocji serwować usługi *gratis*, a nowoczesna forma barteru mogła przewidywać za świadczone usługi skórę krokodyla. Pewność z kolei Jana Malca, że młoda kobieta, wiążąc się z dużo starszym mężczyzną, leci na „kasę” też trąci niechętnym kobiecie przekonaniem sprowadzającym ją do przygłupa łasego majątku i pomija fakt, że gdy tym starym jest Ralf Modjeski, Witold Gombrowicz, Charlie Chaplin, Kirk Douglas, lub nawet Mike Douglas, Picasso, Rothschild czy Fullbright (by wymienić tylko kilku), to może i ich majątek ma znaczenie, ale z pewnością ich osobowość gra dużo większą rolę. Gdy zważy się nadto, że w dzisiejszych czasach po viagrze sięgają już bardzo młodzi, wiek panów naprawdę traci na znaczeniu. Zadziwia, że autor nie dostrzega dyskryminacji, niesprawiedliwości i zaprzeczenia państwa prawa i społeczeństwa obywatelskiego w sytuacji, w której kobieta do pozycji w swojej pracy musi się dobijać przez łóżko samca trzymającego ster, kasę i władzę – nie dlatego, że jest lepszy, ale że jest samcem właśnie. Nigdzie też nie było ani słowa o tym, że prostytutka nie byłaby możliwa bez klientów. Zamiast tego autor twierdzi, że to wynik poligamicznej natury mężczyzn. Cóż, bez względu na męskie marzenia o kobietach wiernych i niepożądliwych, między mężczyznami i kobietami nie ma tu różnicy. Proces jest ten sam – szukając najlepszych reproduktorów, kobiety nie mniej są skłonne do różnorodności niż mężczyźni. I to przecież nie jest tak, że nie można zlikwidować domów publicznych, lecz bardzo się tego nie chce. Handel kobietami, niewolnictwo kobiet przynosi wyższe zyski przestępcom i wszystkim w proceder zaangażowanym niż narkotyki i zbyt wielu z tego korzysta, by chciano to eliminować. Autor przytacza wiele ciekawych cytatów, ale zabrakło tego, który dobrze oddaje poziom społecznej nierówności, a wypowiedziany został przez Demostenesa: „Hetery mamy dla przyjemności, konkubiny dla codziennych potrzeb ciała, żony – aby mieć legalne potomstwo i zaufane strażniczki domu”... I po to ten prawnik tak zmagął się z jękaniem i nad brzegiem morza gryzł kamienie, by w efekcie ogłosić seksistowski stosunek do kobiet i przyzwolenie do zatarcia własnego udziału i odpowiedzialności za zjawisko. Trudno więc nie przyznać racji Francis Olsen, profesor, prawnicze ze Stanów Zjednoczonych, że męski dyskurs o prostytutce przepojony pogardą i potępieniem dla prostytutki bierze się stąd, iż boli ich, że muszą płacić za coś, co ich zdaniem należy im się od służki i niewolnika za darmo.

Autor dzieli się swoim doświadczeniem, poglądami i spostrzeżeniami, ale ich nie narzuca. Poprzez dobrze dobrane przykłady, cytaty i porównania skłania do samodzielnych wniosków, jak wtedy, gdy opowiadając o osobach pozbawionych wolności cytuje Zbigniewa Bożyczkę, kryminologa, który przez lata badał środowisko wrocławskich złodziei i Bertranda Russella, który sam z powodu czynnego pacyfizmu trafił do więzienia.

Bożyczko pisał, że „morale (...) «porządnych» obywateli jest często niższe niż np. włamywacza czy kieszonkowca zamkniętego w celi więziennej”, a Bertrand Russell wtórował, zauważając, że „Moi towarzysze współwięźniowie (...) nie wydawali mi się ani odrobinę moralnie gorsi od reszty ludności naszego kraju, chociaż zdaje mi się, byli na nieznacznie niższym poziomie inteligencji niż reszta narodu, czego najlepszym dowodem było to, że ich schwymano”.

Zaletą tej książki jest i to, że skłania do dalszych samodzielnych rozważań. Nie muszą być one zbieżne z poglądami autora. Autor zdaje się mieć negatywny stosunek do agresji jako takiej i wierzy, że „gdyby znacząco udało się poprawić stan moralny społeczeństwa, ogromnie straciłby na ostrości problem przestępstwa”. Trudno się z tym zgodzić. Agresja

sama w sobie nie jest zła i jest nam dana w procesie naturalnego rozwoju, po to, by się bronić. Mnie, przynaję, dziwi jej brak i odmowa skorzystania z tego daru natury, za każdym razem, gdy czytam o ludziach sparaliżowanych strachem prowadzonych na pewną rzeź, czy to w Auschwitz, czy w Srebrenicy. Świadczyłoby to jednak o tym, że raczej tracimy umiejętność właściwego korzystania z tego, co dane nam zostało przez naturę w celu przetrwania. Z kolei obserwując społeczeństwa, w których poprawia się stan moralny, widzimy, że rośnie tam liczba zachowań uznanych za przemoc, gwałt, znęcanie się, ponieważ wzrasta poziom świadomości i poprzeczka dla zachowań nietolerowanych. Wbrew pozorom, bo zdawać by się mogło, że poziom przemocy jest tam wyższy, wzrasta jedynie poziom niezgody na przemoc i wrażliwość, szybciej działa społeczny radar wyczulonego na zachowania oceniane jako przemocowe. Podobnie, gdy autor pisze o grzechach prawników, opisując dawną instytucję ośrodków przystosowania społecznego, nie sposób nie przyklasnąć mu, że czas już najwyższy, by prawnik miał dostęp do wiedzy holistycznej. Tam bowiem, gdzie decyduje się o losie człowieka, nie sposób ograniczyć się do paragrafów i pominąć wiedzę socjologiczną, psychologię, psychologię społeczną, często także psychiatrię. Jednak jest równie ważne, by się nie oszukiwać. W systemie, w którym kara ma służyć reedukacji więźnia, stworzenie ośrodków, które po odbyciu kary miały reedukować więźnia, było od początku do końca pretekstem przedłużenia izolacji ludzi niewygodnych, niechcianych na wolności i do wykorzystania w niewoli jako tania więzienna siła robocza. Nie ma co do tego mieszać innych specjalistów – potrzeba przyznać, że przyjęte rozwiązania od początku przyzwały na niezrobienie tego, czego ustawa wymagała od wykonania kary pozbawienia wolności. Ośrodki Przystosowania Społecznego (dalej: OPS) rodziły pytania, za co właściwie brali swoje pensje wszyscy – od prokuratora, przez sędziego po funkcjonariusza więziennego. Wszyscy oni byli zobowiązani do resocjalizacji skazanego, tymczasem na końcu tego łańcucha pojawiał się następny chętny do pieniędzy podatnika – pracownik i strażnik OPS. Zdecydowanie, jak widać, książka Jana Malca skłania do refleksji, pobudza do polemik i zachęca do myślenia.

Autor porusza i inne ciekawe tematy, jak przestępczość zorganizowaną, sens warunkowego zwolnienia, warunki odbywania kary i wiele innych. Polecam ich lekturę nie tylko laikom, książka ta, powiedzmy to na koniec, przyda się również prawnikom, zarówno studentom, jak i specjalistom od ścigania, wymierzania i wykonywania kar. Jej żywa treść wzbudza również żywe reakcje. Tym sposobem autor nie tylko promuje ideę demokracji deliberacyjnej, ale przyczynia się swoją pracą do jej rozwoju.

Monika Płatek

Teresa Romer, Magdalena Najda

Etyka dla sędziów. Rozważania

Warszawa: Wolters Kluwer 2006, s. 198

Czytelnikami tej ciekawie skonstruowanej książki mogą, a raczej powinni zostać nie tylko sędziowie, ale również osoby praktykujące w innych prawniczych profesjach. Nie tylko bowiem pozwala się ona przyrzeć różnym możliwym metodom podejścia do

zagadnień etyki przez osoby wymierzające sprawiedliwość i nie tylko w oczywisty sposób budzi refleksję nad celowością stosowania analogicznych miar, w szczególności, do zajęcia adwokackiego; jej najbardziej uniwersalną zaletą jest uporządkowanie wielu podstawowych pojęć z zakresu filozofii i psychologii, przydatnych w procesie stosowania prawa.

Współautorkami są: sędzia Sądu Najwyższego (obecnie w stanie spoczynku), prezes Stowarzyszenia Sędziów Polskich Iustitia, ekspert Unii Europejskiej – oraz psycholog i filozof zarazem, z doświadczeniem w pracy zarówno uniwersyteckiej jak i w zakresie szkolenia kadr wymiaru sprawiedliwości; prywatnie – matka i córka. Nowatorstwo budowy ich dzieła dałoby się ująć dwojako: po pierwsze, autorki dokonały selekcji tych prądów filozoficznych, które mogą być postrzegane jako kluczowe dla osób trudniących się aplikowaniem prawa do konkretnych przypadków; podobnie też potraktowały kilka niezbędnych dla tegoż celu terminów z nauki psychologii. Po drugie – po objaśnieniu (lub przypomnieniu) teoretycznych terminów wraz z ich genezą nakłaniają czytelnika do przeniesienia ich bezpośrednio w sferę praktyczną, demonstrując funkcjonowanie zdefiniowanych, abstrakcyjnych idei na rzeczywistych przykładach. A przytoczone egzemplifikacje są wyjątkowo plastyczne i na dodatek po części szeroko znane – wystarczy wskazać choćby orzeczenia zapadające po ogłoszeniu dekretu o stanie wojennym.

Na zwieńczenie swego opracowania autorki zdecydowały się dodać syntetyczne omówienia kilku narodowych kodeksów sędziowskich, z jednoczesnym podkreśleniem, iż wyróżniającą cechą Zbioru zasad etyki zawodowej sędziów przygotowanego w 2001 roku przez polską Krajową Radę Sądownictwa jest zakorzenienie delegacji do jego uchwalenia w ustawie. Wyjątkowo interesującym fragmentem owej ostatniej części książki wydaje się przedstawienie zasad postępowania sędziów, uchwalonych w 2001 roku w indyjskim mieście Bangalore. Ze względu na uniwersalizm przegłosowanej tam wspólnej deklaracji przyjęto niezmiernie wysoki stopień ogólności akceptowanych postulatów; specyficznym tego dowodem jest skreślenie w ostatecznej wersji pierwotnie planowanego zapisu o zakazie uczestniczenia sędziów w działalności partii politycznych. Finalnie Zbiór z Bangalore postuluje następujące podstawowe wartości konieczne do stosowania w pracy orzeczniczej: niezawisłość; bezstronność; prawość i uczciwość; stosowność postępowania; równe traktowanie; pilność i staranność.

Klamrą spinającą całość rozważań są: u początków – definicja etyki zawodowej i u końca – konstatacja, że tego typu zbiory norm, aczkolwiek niezmiernie sędziom przydatne, nie zastąpią nigdy autentycznej pracy sumienia. Aby unaocznic członkom palestry przydatność tej lektury również dla nich, przytoczmy akceptowane przez autorki (a przyjęte za Pawłem Łukowem) określenie tytułowego pojęcia: etyka zawodowa jest mianowicie zbiorem norm moralnych adresowanym do profesjonalistów, a chroniących interesy ich klientów. Etyki zawodowej wymagają te zawody, w których klient powierza profesjonalście wielkie dobro, a jednocześnie (głównie z racji braku własnej specjalistycznej wiedzy) nikłe ma możliwości kontroli nad jego działalnością.

Odwołajmy się nadto i do rozbudowanego w osobnym rozdziale omówienia, czym jest deontologia przyjmująca, że jedyną moralnie słuszną drogą jest spełnianie swoich obowiązków – by udowodnić, jak łatwo a niesłusznie dajemy się nieraz zwieść pokusie utożsamiania tego pojęcia z etyką.

Część opracowania poświęcona psychologii także zawiera szereg treści niezmiernie bliższych praktyce sądowej. By znowu ograniczyć się do pojedynczego zaledwie przykładu

– jakże wiele dowiadujemy się o tak zwanym mechanizmie rozproszonej odpowiedzialności, który dla ferujących wszelakie oceny stwarza zagrożenie, iż kolektywny sposób podejmowania decyzji uśpi w nich sporą część indywidualnej wrażliwości, kiedy liczyć będą na rozsądek i uważność pozostałych członków zespołu.

Książka nie narzuca żadnych gotowych ni „jedynych słusznych” recept dla wymiaru sprawiedliwości. Jej delikatną, ciepłą osnową jest jednak wyczuwalna na każdej karcie druku troska o to, by nigdy nie uległa zatraceniu wartość i godność pojedynczego człowieka.

Ewa Stawicka

Adam Daniel Rotfeld ***Polska w niepewnym świecie***

Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych 2006, s. 475 + 36

Prezentowana książka ukazała się w końcu roku 2006. Stanowi ona zbiór artykułów, wywiadów, esejów, wykładów oraz różnego rodzaju wystąpień w Polsce i za granicą wybitnego znawcy problematyki międzynarodowej, dyplomaty i byłego ministra spraw zagranicznych RP – prof. dr. hab. Adama Daniela Rotfelda. Wypada odnotować, że publikacja powstała w dużej mierze dzięki dyrektorowi Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych prof. dr. hab. Romanowi Kuźniarowi, który potrafił zachęcić Autora do zbiorczego wydania pokłosia ostatnich pięciu lat działalności w dyplomacji.

Na dzieło składa się wstęp, rozdział wprowadzający o tytule identycznym z tytułem całości oraz 44 teksty powstałe pomiędzy 2001 a 2006 rokiem, będące przedrukami lub niepublikowanymi wcześniej oficjalnymi wystąpieniami, często tłumaczonymi dla potrzeb wydawnictwa z języka angielskiego.

Wstęp opatrzonej jest intrygującym tytułem „Od Autora, czyli o dyplomacji inaczej”. Jest to krótki, acz nadzwyczaj interesujący tekst, w którym prof. Rotfeld przypomniał kilka zdarzeń świadczących o znaczeniu w praktyce dyplomatycznej poczucia humoru, taktu, a także spontanicznych zachowań.

Rozdział wprowadzający, będący niejako komentarzem dla całości, powstał najpóźniej, bo ukończony został we wrześniu 2006 r., a więc tuż przed skierowaniem książki do druku. Profesor przedstawia w nim sytuację Polski na mapie geopolityki światowej i wynikające stąd implikacje związane z bezpieczeństwem narodowym i międzynarodowym. Przypomina znaczenie ruchu „Solidarność” i Ojca Świętego Jana Pawła II oraz ich rola w obaleniu systemu komunistycznego, a następnie analizuje „drogę wolności” – od pozycji wyjściowych, poprzez tworzenie nowego środowiska bezpieczeństwa międzynarodowego, po nowe zadania stojące w przyszłości przed naszym państwem na arenie międzynarodowej. Zauważa, że system międzynarodowy zmienia się stopniowo i zanika granica pomiędzy polityką międzynarodową a wewnętrzną, szczególnie w UE. Na politykę zagraniczną nie można dziś patrzeć przez pryzmat „zwycięzców i przegranych”, ale dążyć do kompromisu i równowagi interesów wszystkich zainteresowanych stron.

Kolejne artykuły publikowane są według grup tematycznych.

Pierwsza z nich obejmująca sześć tekstów poświęcona jest zmianom w środowisku

naturalnym oraz kwestii bezpieczeństwa narodowego. Znajduje się tu między innymi wystąpienie wygłoszone podczas międzynarodowej konferencji „Od Solidarności do wolności” odbytej w Warszawie i Gdańsku w dniach 29–31 sierpnia 2005 r. pt. „Działać czy nie działać w obliczu zagrożeń praw człowieka?”, w którym Autor mówi o znaczeniu ochrony praw człowieka oraz przypomina, że w 1981 r. większość demokratycznych państw opowiedziała się po stronie NZSS „Solidarność” – masowego ruchu ludzi, których prawa były gwałcone. W innym wystąpieniu – „Rządy prawa i ład międzynarodowy” – wygłoszonym 20 sierpnia 2005 r. w Krakowie, jako wykład inauguracyjny 72. Konferencji Instytutu Prawa Międzynarodowego, Autor, odwołując się do podobnej argumentacji historycznej, podkreśla jak wielkie znaczenie ma prawo międzynarodowe i jego zasady dla propagowania idei rządów prawa. Wystąpienie kończy jakże prawdziwym zdaniem:

„Ludzie, którzy wierzą w rządy prawa w stosunkach międzynarodowych, są czasem wyśmiewani jako naiwni albo idealisci, którzy nie pojmują, że żyjemy w «rzeczywistym świecie». Uważam jednak, że bycie idealistą nie wyklucza realizmu. W Polsce, jak w żadnym innym kraju, wiemy, że koniec końców to idealisci okazują się najsukcesywniejszymi realistami.” (s. 78).

Kolejna grupa tekstów nosi nadtytuł „Nowe zagrożenia – nowe wyzwania. Terroryzm – rakiety – broń jądrowa”, a składają się na nią trzy wystąpienia i dwa wywiady poświęcone kwestii zbrojeń oraz zagrożeń terrorystycznych.

Trzeci dział obejmujący 8 tekstów dotyczy natomiast zagadnień związanych z instytucjami międzynarodowymi takimi jak ONZ, UE, OBWE i Rada Europy oraz ich wpływu na sytuację globalną.

Czwarty krąg tematyczny – „Świat i Polska: determinanty polityki zagranicznej” – zawiera 18 wystąpień, wywiadów i esejów prof. Rotfelda, w których omawia problemy związane z relacjami Polski do problemów regionalnych i globalnych, w tym kwestii bezpieczeństwa międzynarodowego i narodowego. Analizuje też sytuację geopolityczną Polski i wynikające stąd paradygmaty w bilateralnej polityce międzynarodowej z sąsiadami: Rosją, Niemcami czy Ukrainą. W grupie tej znajduje się wystąpienie podczas uroczystości związanej z oficjalną prezentacją w lipcu 2005 r. raportu Angielsko-Polskiej Komisji Historycznej badającej wkład polskiego wywiadu w zwycięstwo nad III Rzeszą, a także wywiad z października 2004 r. pt. „Dlaczego stawiamy na Stany Zjednoczone” oraz informacja Rządu RP na temat polskiej polityki zagranicznej pt. „Polska wobec problemów globalnych i regionalnych” przedstawiona Sejmowi RP 21 stycznia 2005 r.

Kolejnych pięć wyodrębnionych tekstów pod zbiorczym tytułem „Ludzie i polityka” poświęconych zostało wybitnym postaciom – nie tylko świata polityki. Znajduje się tu wystąpienie na cześć profesora Leszka Kołakowskiego wygłoszone 6 maja 2005 r. podczas uroczystości wręczenia mu dyplomu specjalnego Ministra Spraw Zagranicznych za wybitne zasługi dla promocji Polski w Świecie, nadzwyczaj ciekawe analityczne opracowanie na temat Michaiła Gorbaczowa i jego reform oraz artykuł pt. „Jan Paweł II: orędownik tolerancji, pokoju i moralności w polityce”. Profesor wspomina w nim, jak na początku lat dziewięćdziesiątych, gdy był dyrektorem Międzynarodowego Instytutu Badań nad Pokojem w Sztokholmie, zwrócili się do niego dziennikarze z pytaniem, kto zasługuje na przyznanie Pokojowej Nagrody Nobla. Odpowiedział, że papież Jan Paweł II, po czym w pięciu punktach uzasadnił odpowiedź. Gdy jednak dziennikarze dodali,

czy jego zdaniem Jan Paweł II otrzyma nagrodę, odpowiedział (posłużę się słowami Autora):

– „(...) z różnych powodów zapewne nie otrzyma. Gdyby jednak tak się stało, byłoby to większe wyróżnienie i większy zaszczyt dla Komitetu Nagrody Nobla niż dla Jana Pawła II. (...) nie ma dziś na świecie osoby bardziej zasłużonej dla sprawy pokoju między narodami i poszanowania praw ludzkich niż Jan Paweł II” (s. 397)¹.

Prof. Rotfeld wspomina też swoje spotkanie z Ojcem Świętym w grudniu 1999 r. i rozmowę o źródłach i przyczynach konfliktów na świecie.

W tej samej części dzieła znajduje się tekst wystąpienia Profesora Rotfelda wygłoszonego w 2005 r. podczas uroczystości nadania jednej z sal w budynku MSZ imienia Rafała Lemkina – wybitnego uczonego prawnika i adwokata polskiego okresu międzywojnia, twórcy koncepcji zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa. Warto przypomnieć, że Rafał Lemkin ukończył studia na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie, gdzie związał się z seminarium wybitnego karnisty prof. Juliusza Makarewicza. W tym okresie był jednym z autorów tłumaczenia kodeksu karnego ZSRR. Już wówczas interesował się zagadnieniami z zakresu prawa karnego międzynarodowego. Zgrozą napawały go sceny mordowania chrześcijan w „Quo vadis” Henryka Sienkiewicza. Z profesorem Makarewiczem rozprawiał o ludobójstwie dokonany na Ormianach przez Turków w 1915 r. i pytał dlaczego zbrodnia ta nie została ukarana przez społeczność międzynarodową. Profesor Makarewicz odpowiedział, że brak jest takiego prawa. Wkrótce Lemkin przeniósł się do Warszawy, gdzie od 1934 r. prowadził przy ul. Kredytowej 6 kancelarię adwokacką. Współpracował w tym czasie z prof. Waławem Makowskim – innym wybitnym polskim znawcą prawa karnego. W 1935 r. na VI Międzynarodowej Konferencji Unifikacji Prawa Karnego w Kopenhadze wygłosił referat na temat terroryzmu, który wkrótce potem ukazał się na łamach „Gazety Sądowej Warszawskiej” (1935, s. 561–564). Proponował w nim uregulowanie terroryzmu wewnętrznego i międzynarodowego oraz przedstawił projekt ustawy wraz z definicjami terroryzmów. Trzy lata później podobną rozprawę o terroryzmie opublikował w Paryżu. Podczas wojny przedostał się do USA. Wkrótce sformułował pojęcie ludobójstwa (*genocide*), które dziś znajduje się w większości regulacji na świecie. Lemkin miał też duży wpływ na powstanie zasad funkcjonowania Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze. Niestety przez wiele lat Rafał Lemkin był w Polsce postacią zapomnianą. Z przykrością odnotować trzeba, że ostatnie lata życia w USA również nie oszczędziły mu przykrości (zmarł samotny, niemal w zapomnieniu w 1959 r.). Postać ta zasługuje bez wątpienia na pamięć, w szczególności polskich adwokatów, których środowisko przez wiele lat współtworzył.

Ostatnie dwa teksty z nadtytułem „Historia a polityka zagraniczna” poświęcone są instrumentalizacji historii oraz roli, jaką może ona odgrywać w polityce zagranicznej.

Dopełnieniem tomu jest obszerna bibliografia prac prof. Adama Daniela Rotfelda, nie będąca kompletnym spisem jego opracowań, ale wyborem selektywnym obejmującym

¹ Tekst tego artykułu opublikowany został w „Palestrze” 2005, nr 9–10, s. 94–96, jako przedruk z kwartalnika „Polska w Europie” 2004, nr 1 (45), s. 163–165, na co redakcja „Palestry” uzyskała zgodę Redakcji Kwartalnika.

ponad dwieście publikacji. W książce znajduje się także kilkadziesiąt fotografii będących zobrazowaniem uroczystości, na których wygłoszono część opublikowanych tekstów.

Zbiór jest wspaniałą lekturą dla każdego interesującego się geopolityką, prawem międzynarodowym oraz praktyką dyplomatyczną. Stanowi nie tylko dawkę informacji, ale jest też strumieniem z którego ważkim, acz lekkim stylem płynie mądrość i ogromne doświadczenie dyplomatyczne Autora.

Na zakończenie warto zauważyć, że prof. Adam Daniel Rotfeld pochodzi z rodziny adwokackiej. Ojciec jego dr Leon Rothfeld był od 1921 r. adwokatem w Przemyslanach, w woj. tarnopolskim (w okręgu Lwowskiej Izby Adwokackiej). W czasie wojny ukrywał się. Wskutek ukraińskiego donosu został zamordowany wraz z żoną, a matką profesora przez Niemców na początku 1943 r. w Przemyslanach. Bratem Ojca przyszłego Profesora był znany działacz polityczny i adwokat Wilhelm Maurycy Rothfeld (w źródłach zapisywano go także jako Maurycy Rotfeld), który prowadził w latach dwudziestych kancelarię adwokacką w Łucku (przy ul. Mickiewicza 5), a od 1932 r. kancelarię w Warszawie.

Adam Redzik

Law and Popular Culture. Current Legal Issues

Volume 7, Edited by Michael Freeman, Oxford University Press 2005, ss. 696

W serii wydawniczej Oxford University Press, pod wspólnym nadtytułem *Aktualne kwestie prawne* (*Current Legal Issues*), opublikowano kolejny tom, tym razem poświęcony nadzwyczaj ciekawej poznawczo i doniosłej dla tworzenia, stosowania i nauczania prawa problematyce relacji między prawem a kulturą masową. Podobnie jak poprzednie tomy, również omawiany tutaj tom serii powstał na kanwie materiałów pochodzących z międzydyscyplinarnych kolokwii naukowych¹.

Tom jest zbiorem esejów rozważających drogi, na których prawo współdziała z kulturą masową i jest w niej reprezentowane. Rozległy krąg zagadnień został ujęty w dziewięciu częściach, poprzedzonych wprowadzeniem: Tematy wprowadzające; Prawo reprezentowane w filmie i telewizji; Prawo występujące w powieści; Prawo i muzyka; Popularne wyrazy zbrodni i kary; Prawo, seksualność i kultura masowa; Prawa człowieka i kultura masowa; Kulturowy fenomen centrum handlowego i koncesji; Praktyka prawnicza w kulturze masowej.

Michael Freeman, redaktor całego tomu, we wprowadzeniu *Prawo w kulturze masowej* (s. 1–18) wskazał ogólnie na związki prawa z literaturą, teatrem, muzyką i przede wszystkim z filmem. Nie pretendując do bardziej szczegółowych i oryginalnych dociekań, nakreślił tło problematyki podejmowanej przez innych współautorów tomu. Zauważył trafnie, że prawo zaznacza obecność w kulturze masowej od swoich prapoczątków. Nadzwyczaj doniosłe treści prawne zostały utrwalone w sakralnych dziełach literatury

¹ *Law and Popular Culture. Current Legal Issues*, Volume 7, Edited by Michael Freeman on Behalf of the Faculty of Laws University College London, Oxford University Press 2005, s. 696.

należącej do kultury masowej, zwłaszcza w *Biblii* i *Koranie*. Przenikanie treści prawnych do kultury masowej osiągnęło swoje *crescendo* w literaturze, teatrze, śpiewie i muzyce starożytnej Grecji. Liczne są związki prawa z kulturą masową w dramatach Szekspira, zwłaszcza *Król Henryk VI*, *Kupiec wenecki*, *Król Lir*. Trudno byłoby w skrócie wymienić chociażby najwybitniejszych klasyków powieści, którzy zawarli w nich wiekopomne wątki prawne, jak np. Dostojewski w *Zbrodni i karze*, a Kafka w *Procesie*. Muzyka, jako medium kultury masowej, także wielokrotnie wykorzystywała wątki prawne, np. opery Verdiego i Wagnera, musicale, słowa pieśni i piosenek. Prawo pozostaje w najściślejszych związках z fotografią i fotografią, jako formami kultury masowej, ale współcześnie głównie z dużą różnorodnością gatunków filmu.

Wprowadzający esej Freemana formułuje przynajmniej trzy tezy, rozwinięte w dalszych częściach omawianego tomu. Po pierwsze, w oparciu o wyniki badań socjologicznych twierdzi, że ludzie czerpią swoją wiedzę o prawie głównie z mediów kultury masowej, zwłaszcza filmu, telewizji i prasy, a nie samych publikowanych źródeł prawa. Po drugie, odrzuca pogląd pozytywizmu prawniczego o istnieniu autonomii prawa; przyjmuje pogląd o współzależnościach, wzajemnym przenikaniu i wzajemnym oddziaływaniu prawa i kultury masowej. Po trzecie, owe współzależności przenikania i oddziaływania najlepiej oświetla realizm prawniczy, do czego nie są zdolne, w takim stopniu, inne nurty jurysprudence. Trzeba przyznać, że tezy eseju Freemana znajdują potwierdzenie i rozwinięcie na gruncie wielu dyscyplin badających prawo, głównie jednak w badaniach współczesnych kultur prawnych².

Otwierając część I tomu *Tematy wprowadzające (Introductory Themes)* esej autorstwa Petera Robsona *Prawo i studia nad filmem: autonomia i teoria* (s. 21–46) charakteryzuje zwięźle, rozwijany od około lat 1980., w amerykańskich i angielskich szkołach prawa, nowy kierunek studiów, Prawo i studia nad filmem (Law and Film Studies). Kierunek ten bada relacje między prawem i kulturą masową w ogólności, zaś relacje między prawem i filmem w szczególności. Do pewnego stopnia korzysta z wyników wcześniejszego kierunku badań o nazwie Prawo i literatura (Law and Literature)³. Autor referuje niektóre wyniki badań z zakresu Prawo i studia nad filmem.

Robson przytacza wyniki badań socjologicznych potwierdzających, że większość adresatów prawa czerpie swoją wiedzę o prawie „z drugiej ręki” – mediów kultury masowej. Przekazywanie treści prawnych przez te media, niemal programowo, nie ma na celu odzwierciedlenia wiernego obrazu prawa. Wręcz przeciwnie – większość mediów przesyła przekazywane treści prawne różnymi ideologiami, zaś film bardziej konstruuje je, niż odtwarza. Zdeformowany przez kulturę masową obraz prawa w świadomości jego adresatów daleko odbiega od naiwnych twierdzeń pozytywistów prawnych, że „prawo jest normatywnym głosem rozumu i władzy”. Prawo, w obrębach kultury masowej, cechuje emocjonalność, cielesność, namacalność, estetyzm i spektakularność w sensie wi-

² Szerzej por. np. A. Podgórecki (ed.), *Knowledge and Opinion about Law*, London 1973; R. Sherwin, *When Law Goes Pop: The Vanishing Line Between Law and Popular Culture*, Chicago 2000; R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, wyd. VI, Warszawa – Kraków 2006, zwłaszcza rozdziały pierwszy i drugi.

³ Do ważniejszych opracowań należą m.in. M. Aristodemou, *Law and Literature*, Oxford 2001; M. Williams, *Literature and Law*, London 2002.

dowiskowości, okazałości, oglądalności. Cechy prawa w kulturze masowej mogą spełniać ważną rolę informacyjną dla tych, którzy je tworzą, udoskonalają i stosują. Mogą bowiem służyć za szczególnie barometr ujawniania zarówno dolegliwych potrzeb, nierealnych fantazji, uzasadnionych obaw, jak i wierzeń, nadziei i aspiracji funkcjonujących w społeczeństwie⁴.

Po opisie „porowatego prawa” (*porous law*), uległego kulturze masowej, Robson rozważa Prawo i studia nad filmem (Law and Film Studies) jako przedmiot akademickiej dydaktyki prawniczej i badań naukowych. Uwzględnia przy tym wyłącznie filmy prawa (*law films*), które dzieli na filmy kryminalne (*crime films*), filmy więzienne (*prison films*) i filmy procesowe (*trial films*). Podkreśla duże znaczenie tego rodzaju filmów w nauczaniu różnych gałęzi prawa, przede wszystkim jednak prawa karnego, nadto również prawa: rodzinnego, spadkowego, rozwodowego, środowiskowego, konstytucyjnego i międzynarodowego. Filmy prawne obrazują kontrastowo różne oblicza sprawiedliwości wymagające uczenia studentów krytycznej ich oceny przez profesorów prawa. Bezprawy westernów kontrastuje z filmami cywilizowanej prawości, filmy *science fiction* z filmami realistycznymi, filmy pokojowe z filmami wojennymi. Przedmiot Prawo i studia nad filmem, aspirując do kultury wyższej, mówi o wiele więcej i znacznie głębiej o relacjach prawa i filmu niż niższa swym poziomem kultura masowa. Jednakże metodyka nauczania tego przedmiotu i metodologia jego badań znajdują się dopiero na początkowych etapach rozwoju⁵.

Desmond Manderson, na wybranych przykładach z literatury dziecięcej, rozważa zagadnienie, na ile literackie wyobrażenia dzikości (*wild*) są realne (*really*) w kontekstach legalizmu, nie dając wszakże jednoznacznej odpowiedzi (s. 47–70). David M. Seymour nadał swoim dociekaniom efektowny tytuł: *Brak sprzeczności i sprzeczność braku: prawo, etyka i holocaust* (s. 71–84). Na gruncie niektórych opracowań problematyki holocaustu odsłania występujące w nich liczne sprzeczności między etyką prawniczą a pozytywizmem prawniczym, tekstem a kontekstem, estetyką a polityką, nowoczesnością a judaizmem, Żydami a judaizmem.

Część drugą tomu *Szpułowa sprawiedliwość (Reel Justice)* otwiera tekst Richarda K. Shervina *Oczarowanie prawem: kinowa jurysprudencja Krzysztofa Kieślowskiego* (s. 87–108). Tekst tego profesora New York Law School, jako wybitnego znawcy studiów prawniczych w kulturze masowej (*popular legal studies*), ukazuje wybitny wkład Krzysztofa Kieślowskiego do kinematografii światowej, nasycony wątkami prawnymi. Shervin, podkreślając ogromne znaczenie filmu dla procesów poznawania i rozumienia życia we wszelkich jego przejawach, kładzie podwaliny pod nowy nurt jurysprudencji – jurysprudencję kinową (*cinematic jurisprudence*). Według niego prawo i kino są równocześnie producentami i konsumentami kultury masowej, pozostając ze sobą w nierozłącznych związkach. Tezę tę rozwija w świetle założeń postmodernizmu, odsta-

⁴ Wcześniej podobnie twierdzili L. Friedman, *Law, Lawyers and Popular Culture*, „Yale Law Journal” 1989, no 98; D. Gunn (ed.), *The Lawyer and Popular Culture: Proceedings of a Conference*, Littleton 1993.

⁵ Wśród bardzo wielu opracowań z tego zakresu wyróżniają się m.in.: S. Greenfield, G. Osborn, P. Robson, *Film and the Law*, London 2001; P. Robson, *Courtroom Drama in Film: Subgenre on Trial*, London 2003; P. Robson, S. Machura (eds), *Law and Film Perspectives*, Oxford 2006.

niającego główne oznaki naszych czasów: człowieka w wielu sieciach różnych znaczeń, konstruktywizmu myślowego wzmacnianego technologiami symulacji i globalnej komunikacji masowej, produkcji komercyjnej pobudzanej sensacjonizmem, destabilizacji znaczeń i wartości⁶.

Francis M. Nevins opisał, jak cenzura, inspirowana Kościołem rzymskokatolickim, usiłowała zmienić „kino prawa” (*juriscinema*) Hollywoodu międzywojnia za pomocą ignorowanego przez ludzi filmu *Motion Picture Production Code*, zwróconego głównie przeciwko filmowemu celebrowaniu swobody seksualnej i gloryfikowaniu zbrodni (s. 109–129). Paul Bergman ostrzega przed potężną „siłą uderzeniową” w kulturę masową programów telewizyjnych i konieczności rozwijania specjalnych badań – *impact studies* (s. 130–147). Stefan Machura wskazuje, że słuszność i niesłuszność, sprawiedliwość i niesprawiedliwość są głównymi wątkami filmów prawa, przytacza wyniki badań dotyczące społecznych kryteriów słuszności i sprawiedliwości, zachęca do wykorzystywania ich znajomości w edukacji prawniczej (s. 148–159). Matthias Kuzina, na przykładzie filmów wojennych, zaprzecza rzetelności zawartych w nich opisów sprawiedliwości militarnej (*military justice*), podobnie jak muzycznemu charakterowi muzyki wojskowej (*military music*). Filmy wojenne wypaczają opisy rzeczywistości wojennej poprzez tendencyjne wykorzystywanie powtarzających się wątków: walki filmowego Dawida z filmowym Goliatem, oskarżenia niewinnej osoby, wątpliwej roli sądowych ekspertów – zwłaszcza psychiatrów, sztucznej fabuły z karą śmierci, ukazywania prawdy dziwniejszej niż *science fiction*, łamanie praw człowieka w słusznym procesie, karykaturalnego eksponowania patriotyzmu (s. 160–172). Lynda Nead odsłania bogactwo wizualnych i fonicznych realiów w wyobrażeniach sali sądowej, wykorzystywanych przez fotografię, rysunek, radio, telewizję i film (s. 173–182).

Na wnikliwą uwagę zasługuje esej Johna Danvira *Czego mogą nauczyć filmy studentów prawa* (s. 183–193). Zauważa, że każdego roku kolejne szkoły prawa, nie tylko już amerykańskie, dodają do swoich programów nauczania przedmiot Prawo i film (*Law and Film*)⁷. Mimo że filmy prawa nie są w stanie wiernie ukazywać studentom całego bogactwa funkcjonowania prawa, mają jednak duże znaczenie dla jego poznawania. Typowy film prawa ukazuje prawnika bohatersko broniącego niewinnego oskarżonego przed „czarnymi charakterami” w niedoskonałym systemie wymiaru sprawiedliwości, w którym pojawiają się również prawnicy łajdacy. Znaczenie filmów prawa dla studentów prawa sprowadził autor eseju do czterech punktów. Po pierwsze, niemal wszystkie filmy prawa mogą uczyć kluczowego znaczenia, umiejętności odróżniania sprawiedliwości od niesprawiedliwości. Po drugie, uczą, że etyka zawodów prawniczych odgrywa wielką rolę w codziennych wyborach prawników między walką o sprawiedliwość a uległością wobec niesprawiedliwości. Po trzecie, uczą trafnych wyborów specjalizacji prawniczej i firm, dla których pracuje prawnik. Po czwarte wreszcie, uczą pokory wobec trudności jednoznacznego oceniania, co jest dobre, sprawiedliwe, słuszne, a co złe, niesprawiedliwe i niesłuszne.

⁶ Na temat twórczości Krzysztofa Kiesłowskiego por. m. in.: D. Stok (ed.), *Kiesłowski on Kiesłowski*, London 1993; G. Andrew, *The Three Colours Trilogy*, London 1998; P. Coates, *Lucid Dreams: The Films of Krzysztof Kiesłowski*, Wilshire 1999.

⁷ Na stronach Internetu dostępne są liczne sylabusy tego przedmiotu nauczanego, jak dotychczas, głównie w amerykańskich, kanadyjskich, angielskich i australijskich szkołach prawa.

Część trzecia tomu składa się z sześciu esejów rozwijających relacje prawa i powieści w kulturze masowej. W porównaniu jednak z wynikami studiów bardzo rozwiniętego już nurtu badawczego i przedmiotu programów akademickich Prawo i literatura treści tych esejów dotyczą ledwie powierzchownie tylko niektórych jego wątków. Marlena Tromp uznała, że „sensacjonizm to najbardziej krzykliwy głos literatury naszych czasów”, szczególnie donośnie brzmiący w takich kwestiach jak seksizm, homoseksualizm, aborcja (s. 197–211). Melanie Williams rozważa sceptycznie wpływ prawa na kształtowanie obywatela, który w zwierciadle moralności często przypomina dzikusa z mas (s. 212–225). Leslie J. Moran omówiła zwięźle „diaboliczny romans jursprudencji sublimacji” z rezultatami interakcji prawa i kultury gotyku jako podstawy jursprudencji gotyckiej (*gothic jurisprudence*), opartej na paralelach między sakralnością a świeckością, rytuałami Eucharystii a rytuałami prawnymi (s. 226–242). David Ray Papke scharakteryzował opisy praktyki prawa występujące w powieściach kilku amerykańskich pisarzy XX wieku, potwierdzające legalistyczny charakter kultury amerykańskiej (s. 243–272). Adam Gearey zachęca do przemyślenia wyzwań, jakie kultura masowa rzuca symbolom, interpretacjom, wyobrażeniom i komputerowemu przetwarzaniu prawa (s. 273–290).

Wyraźnie „naciągane” są dwa eseje, tworzące część czwartą tomu, usiłujące wykazywać obecność prawa w muzyce. W istocie prawo bywa obecne jedynie w słowach pieśni, musicali, operetek i oper, ale nie w samej ich muzyce. Przeto Milner S. Ball mógł jedynie dostrzec treści prawa i bezprawia w słowach pieśni więźniów (*prisoner’s songs*) i gangsterskim rapowaniu (*gangster’s rap*), nienależących przecież do kultury masowej (s. 303–315). Podobnie Thilo Tetzlaff, rozwijając paralelę między prawem globalnym (*global law*) i muzyką globalną pop (*global music pop*), zdołał jedynie wskazać na wspólną ich cechę – globalizm, ale nie bezpośrednią obecność prawa w muzyce (s. 316–336)⁸.

Część piąta tomu, w sześciu esejach, wskazuje na przejawy zbrodni i kary w różnych formach kultury masowej, głównie jednak, znowu, w filmie. Nicole Rafter, posługując się pojęciami psychopatii, podejmuje próbę analizy za ich pomocą wybranych rodzajów filmów kryminalnych: filmów policyjnych (*cop films*), filmów sądowych (*court films*), filmów więziennych (*prison films*) (s. 339–357). Roberta M. Harding przytacza wielość filmów wyrażających zróżnicowany stosunek społeczeństwa amerykańskiego do kary śmierci (s. 358–374). Lawrence M. Fiedman bez większych trudności dowodzi, że na zbrodnie można spoglądać zarówno „publicznymi, jak i prywatnymi oczyma” (s. 375–384). Michael Robertson przekonuje, że film jest ważnym medium kultury masowej, zdolnym do neglizowania korporacyjnego nieładu kapitalizmu (s. 385–403). Stuart Wernstein w swym esejku nie ma wątpliwości, że represjonowanie seksualności dzieciństwa to trwały i znaczący element amerykańskiej kultury masowej (s. 404–424). Anne S. Y. Cheung przypomina, że kinematografia amerykańska często i chętnie podejmuje problematykę więziennictwa Hongkongu (s. 425–445).

Dwa eseje części szóstej tomu poświęcone są obecności seksualizmu w kulturze masowej. Jenni Millbank ogranicza się jednak do omówienia wcale przecież niemasowych pragnień seksualnych lesbijek w więzieniach (s. 449–469), zaś Didi Herman ogranicza się

⁸ Na ten i inne tematy szerzej por. P. Cantor, *Gilligan Unbound: Pop Culture in the Age of Globalization*, Lanham, Maryland 2001.

do wskazania na dominację seksualizmu w popularnych serialach telewizyjnych (s. 470–488).

W części siódmej tomu trzech autorów rozważa relacje praw człowieka z kulturą masową. Christian Delege analizuje znaczenie taśm filmowych jako dowodów w procesie norymberskim i późniejszej historiografii holocaustu (s. 491–503). Carolyn Patt Blum dostrzega, że większość filmów dotyczących praw człowieka nie wyjaśnia jednoznacznie, kto odpowiada za ich naruszenie (s. 504–519). Wai Chee Dimock wyraża przekonanie, że obecnie tzw. trybunały światowe – International Court of Justice w Hadze, International Criminal Court w Hadze, Court of Justice European Communities w Luksemburgu, European Court of Human Rights w Strasburgu – nie mają zasięgu światowego, toteż trybunał światowy istnieje jedynie w świecie *science fiction* (s. 520–533).

Dość trywialne są uwagi eseju Malcolma Boyce'a analizującego związki centrów handlowych z kulturą masową (s. 537–560). Natomiast interpretacja franchisingu, jako fenomenu kultury masowej i prawnej, którą przedstawił Rex J. Ahdar, wyraźnie wykracza ponad poziom świadomości przypisywany nosicielom kultury masowej (s. 560–579). Oba te eseje należą do części ósmej tomu.

Omawiany tutaj tom zamyka pięć esejów poświęconych niektórym relacjom prawa i praktyki prawniczej z kulturą masową. Carrie Menkel-Meadow rozważa miejsce negocjacji prawnych w kulturze masowej, zauważając, że konceptualizacja negocjacji jako przedmiotu studiów rozwinęła się stosunkowo niedawno (s. 583–605). Michael Asimow podjął zagadnienie znaczenia sądowego procesu spornego w amerykańskiej kulturze masowej, szczególnie filmach, w porównaniu z sądowym procesem inkwizycyjnym (s. 606–637). Steve Greenfield i Guy Osborn zdecydowali się na próbę opisu i oceny problematyki etyki zawodowej prawników w filmach (s. 638–650). Philip N. Meyer analizuje adaptację filmową narracji perswazyjnej w sprawach kary śmierci (s. 651–676). Natomiast David A. Black poświęcił swój esej postaciom filmowego sędziego (s. 677–685).

Ten starannie zredagowany i wydany tom zawiera również *Indeks nazwisk i haseł*. Ze wszech miar zasługuje na uwagę wszystkich zainteresowanych prawem, mimo zróżnicowanego poziomu jakości zawartych w nim esejów. Potwierdza wzrost znaczenia interpretacji prawa jako zjawiska kulturowego. Rozróżniając kulturę elitarną od kultury masowej, tej drugiej przypisuje większe znaczenie, nie tylko w procesach percepcji prawa, ale również jego tworzenia, stosowania i nauczania. Bez wątpienia, nauczanie prawa poprzez ukazywanie związków prawa z literaturą i filmem jest bardziej atrakcyjne dla studentów w porównaniu z tradycyjnymi metodami dydaktyki akademickiej⁹. Oczywiście, wymaga odpowiedniego przygotowania nauczających prawa, zdolnych do łączenia wiedzy o prawie z wiedzą o literaturze i filmie.

Roman Tokarczyk

⁹ Wykładając prawo amerykańskie, kilkakrotnie poprzedzałem wykłady filmami o Stanach Zjednoczonych, udostępnionymi mi przez Ambasadę Amerykańską w Warszawie. Spotykało się to z dużym zainteresowaniem studentów.

Tomasz Razowski
Formalna i merytoryczna kontrola oskarżenia
w polskim procesie karnym
Zakamycze 2005, s. 378

Praca T. Razowskiego, sędziego i autora licznych opracowań z zakresu prawa i postępowania karnego, zasługuje bez wątpienia na uwagę i zainteresowanie wszystkich, którzy na co dzień zajmują się prawem karnym procesowym i uczestniczą w wymierzaniu sprawiedliwości karnej. Autor wziął na warsztat zagadnienie sądowej (choć w tytule monografii tego nie eksponuje) kontroli oskarżenia w polskim procesie karnym, rozumiejąc przez nią zespół czynności sądu wykonywanych w postępowaniu jurysdykcyjnym, który obejmuje analizę wymogów formalnych skargi karnej, kontrolę prawnych i faktycznych podstaw oskarżenia oraz prawidłowości i zupełności czynności stadium przygotowawczego procesu karnego (s. 29). W tak ujmowanej kontroli oskarżenia T. Razowski wydzielił dwie postaci: formalną i merytoryczną. Ta pierwsza obejmuje analizę poprawności aktu oskarżenia jako szczególnego pisma procesowego, druga natomiast zawiera się w kontroli oskarżenia w fazie oddania pod sąd, w zwrocie sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego oraz w instytucji zlecenia przez sąd czynności dowodowych w toku rozprawy głównej. Oba rodzaje kontroli, choć znacznie się różnią, zmierzają według autora do realizacji tego samego celu, czyli zapewnienia sądowi możliwości prawidłowego procedowania w przedmiocie odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego (s. 30).

Prezentowany przez autora sposób metodologicznego podejścia nie wydaje się trafny, a akcentowanie prawidłowości i zupełności postępowania przygotowawczego jako przedmiotu sądowej kontroli oskarżenia jest mocno kontrowersyjne i zdaje się eksponować głównie tzw. sędziowski punkt widzenia, niemający obecnie wystarczającego uzasadnienia na tle obowiązującego kodeksu postępowania karnego. Ma oczywiście rację T. Razowski, gdy stwierdza, że zakres sądowej kontroli oskarżenia (rzecz jasna „wstępnej”, dokonywanej przez prezesa sądu w tzw. postępowaniu przejściowym, przed skierowaniem sprawy do rozpoznania na rozprawie głównej) obejmuje kontrolę wymagań formalnych aktu oskarżenia wymienionych w art. 119, 332, 333 lub 335, jak również warunków wskazanych w art. 334 (art. 337 § 1 k.p.k.). Nie budzi również żadnych wątpliwości zasadność obejmowania zakresem kontroli sądowej badania prawnych i faktycznych podstaw oskarżenia, a więc tzw. kontroli merytorycznej, która przed rozprawą (w fazie oddania pod sąd) jest realizowana przez prezesa sądu (przewodniczącego wydziału) i sąd orzekający na podstawie art. 339 k.p.k. Zakres kontroli przewidziany w art. 339 k.p.k., cele i zadania postępowania przygotowawczego wskazane w art. 297 k.p.k., nowe ukształtowanie art. 397 k.p.k. (w brzmieniu nadanym nowelą z 2003 r.) nie dają jednak wystarczających podstaw do eksponowania kwestii prawidłowości i zupełności (wszechstronności) śledztwa lub dochodzenia jako samodzielnej podstawy kontroli sądu nad postępowaniem przygotowawczym, niezależnie od fazy postępowania jurysdykcyjnego, w jakiej kontrola ta może być realizowana. Dwie kwestie wydają się tu przesądzające. Z jednej strony chodzi o wzgląd na racje merytoryczne, związane z ukształtowaniem w ustawie procesowej z 1997 r. nowego modelu postępowania przygotowawczego, a w każdym razie z przywróceniem postępowaniu sądowemu (rozprawie głównej) należnej rangi i implikacjom stąd wynikającym. Z drugiej strony – ważne

są raczej metodologiczne, nakazujące wiązanie analizy funkcji i zasięgu kontroli oskarżenia z funkcjami (zadaniami) tej fazy postępowania jurysdykcyjnego, w której kontrola ta może nastąpić.

W obowiązującej ustawie organy postępowania przygotowawczego zostały zobowiązane do realizacji głównie funkcji ścigania, a nie wszechstronnego wyjaśnienia sprawy i zbierania materiału dowodowego na użytek przyszłej rozprawy sądowej. Chodziło o to, aby ograniczyć powtarzanie i ocenę dowodów, które przeprowadziły, zgromadziły i zabezpieczyły organy prowadzące postępowanie przygotowawcze¹. Celem wstępnej, merytorycznej kontroli oskarżenia nie jest zatem obecnie sprawdzenie, czy materiały postępowania przygotowawczego świadczą o prawidłowo i wszechstronnie (kompletnie) przeprowadzonym śledztwie lub dochodzeniu, lecz zbadanie przez sąd, czy w świetle zebranych przez prokuratora dowodów uzasadnione jest postawienie podejrzanego w stan oskarżenia i skierowanie sprawy do rozpoznania na rozprawie. Kwestii prawidłowości i wszechstronności śledztwa lub dochodzenia nie należy więc rozpatrywać z punktu widzenia użyteczności stadium przygotowawczego dla sądowego rozstrzygnięcia czy też wyręczania sądu w dokonywaniu własnych ustaleń faktycznych poprzez przyjmowanie udokumentowanej (a więc wyjaśnionej wszechstronnie pod względem dowodowym) wersji prokuratorskiej, przedstawionej w akcie oskarżenia.

Co się tyczy zasięgu sądowej kontroli oskarżenia w aspekcie drogi procesu, to racjonalne ujmowanie tej kontroli nie pozwala moim zdaniem odnosić jej do innej fazy postępowania jurysdykcyjnego, jak tylko do „wstępnej kontroli oskarżenia”, poprzedzającej sądowe rozpoznanie sprawy na rozprawie głównej (rozdział 40 k.p.k.). Tak jest dlatego, że w obowiązującym k.p.k. całkowicie zrezygnowano z instytucji zwrotu sprawy przez sąd z rozprawy w celu „podmiotowego rozszerzenia oskarżenia” (art. 344 § 2 d.k.p.k.), a przepis art. 397 k.p.k. nie daje wystarczających podstaw do wiązania instytucji przerwy lub odroczenia rozprawy w celu przedstawienia przez oskarżyciela dodatkowych dowodów wprost z kontrolą zasadności oskarżenia i przebiegu postępowania przygotowawczego. Z chwilą przekazania sprawy do rozpoznania na publicznej rozprawie, a zwłaszcza odczytania przez oskarżyciela aktu oskarżenia i rozpoczęcia przewodu sądowego, na sądzie spoczywa już obowiązek dowodowego wyjaśnienia zasadności oskarżenia i rozstrzygnięcia tej kwestii w wyroku. W tym celu ustawodawca wyposaża sąd w cały szereg instytucji i urządzeń karnoprocesowych służących wydaniu trafnego orzeczenia kończącego postępowanie. Rzecz jasna, każdy wyrok uniewinniający jest wyrazem braku zasadności wniesionego oskarżenia, ale stąd nie wynika, że podstawowym celem i zasadniczą funkcją rozprawy sądowej jest skontrolowanie, czy zachodziły podstawy do wniesienia aktu oskarżenia. Ta kwestia winna być rozstrzygnięta przed rozpisaniem rozprawy, co jest zgodne z funkcją tej fazy postępowania jurysdykcyjnego, która poprzedza rozprawę główną.

T. Razowski zdaje się nie podzielać powyższego punktu widzenia. W prezentowanej rozprawie, obok statystyki i dynamiki kontroli formalnej skargi oskarżycielskiej (rozdz. II i III) oraz kontroli merytorycznej oskarżenia jako problemu oddania pod sąd (rozdz. IV), omawia

¹ Zob. A. Gaberle, *Reforma procedury karnej w Polsce w latach 1990–2002 (uwarunkowania, założenia, perspektywy)*, „Państwo i Prawo” 2002, s. 36–37. Por. także K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgrzyzek, *Proces karny*, Katowice 2003, s. 396 oraz A. Gaberle, *ju.*, s. 37.

szeroko instytucję zwrotu sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego (rozdz. V), zwrot w trybach szczególnych procesu karnego oraz w postępowaniu w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe (rozdz. VI), zlecenie czynności dowodowych przez sąd w toku rozprawy głównej, a także problematykę adresatów postępowania o zwrocie sprawy oraz decyzji sądu podjętej w trybie art. 397 § 1 k.p.k. (rozdz. VII i VIII). Jest oczywiście sprawą autora i jego wyboru struktura rozprawy, zakres podejmowanych zagadnień i poruszane problemy. Łatwo jednak zauważyć, że T. Razowski przedstawił monografię, w której omawia dwie różne w istocie kwestie (sądową kontrolę oskarżenia i zwrot sprawy prokuratorowi), z których każda może być przedmiotem odrębnych studiów i samodzielnego opracowania.

Omawiając kontrolę formalną skargi karnej, autor obejmuje zakresem swoich rozważań nie tylko akt oskarżenia, ale także wniosek o warunkowe umorzenie postępowania karnego i postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe (art. 336 § 4 i 5 k.p.k. i art. 113 § 1 k.k.s.) oraz wniosek o pociągnięcie do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego (art. 31 u.o.p.z.). Słusznie wskazuje, że celem tej kontroli jest niedopuszczenie do sytuacji, w której postępowanie karne toczyłoby się na podstawie wadliwie sporządzonej skargi karnej, której usterki mogą spowodować daleko idące komplikacje w dalszym postępowaniu (s. 73–74). Szczegółową analizę formalnych elementów skargi karnej (zwaną przez autora eufemistycznie statyką skargi) T. Razowski poprzedza postawieniem pytania, czy możliwe jest usuwanie niektórych braków formalnych skargi (aktu oskarżenia) poza trybem kontroli przewidzianym w art. 337 § 1 k.p.k. Na pytanie to słusznie udziela odpowiedzi twierdzącej, kierując się istotnym w tym przypadku pragmatyzmem (s. 74–79). Rozdział III pracy poświęcony jest zagadnieniom, które autor zalicza do tzw. dynamiki kontroli formalnej skargi karnej. Omawia tu szereg interesujących zagadnień, takich jak: kwestia podmiotu uprawnionego do dokonywania kontroli wymagań formalnych [czy ujawnienie dopiero w toku rozprawy wadliwości formalnej skargi, utrudniającej rozpoznanie sprawy uprawnia sąd (prezesa sądu) do zwrotu oskarżycielowi samej skargi w celu uzupełnienia jej braków], problem kontroli zarządzenia o zwrocie skargi w trybie art. 337 § 1 k.p.k. (skład sądu rozpoznającego zażalenie, kwestia dewolutywności zażalenia), czy sposób wykonania prawomocnego zarządzenia o zwrocie skargi karnej (problematyka związania oskarżyciela zarządzeniem prezesa sądu o usunięciu jej braków formalnych). Autor przekonywająco uzasadnia prezentowane przez siebie stanowisko, przytaczając bogatą literaturę przedmiotu.

W rozdziale IV czytelnik zostaje wprowadzony w problematykę kontroli merytorycznej oskarżenia jako problemu oddania pod sąd. Autor rozumie przez nią kontrolę oskarżenia dokonywaną na podstawie art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k., a więc kontrolę zasadności skargi, decydującą o oddaniu oskarżonego pod sąd przez sąd (tzw. oddanie pod sąd *sensu stricto*). Przyjęcie takiego założenia prowadzi T. Razowskiego do koncentracji uwagi jedynie na omówieniu zagadnienia „oczywistego braku faktycznych podstaw oskarżenia” jako podstawy odrzucenia oskarżenia już przed rozprawą i umorzenia postępowania karnego na posiedzeniu sądu w trybie art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k. Wydaje się jednak, że czytelnik ma prawo oczekiwać w tym rozdziale czegoś więcej, niż tylko rozważań dotyczących ustalenia znaczenia tego pojęcia. Jest oczywiście sprawą pewnej konwencji, co rozumie się przez „oddanie pod sąd”². W pracy poświęconej kontroli formalnej i merytorycznej aktu oskarże-

² Głównie chodzi o to, czy określenia tego używa się w znaczeniu szerszym na oznaczenie początkowej fazy postępowania jurysdykcyjnego, która polega na wstępnej merytorycznej kontroli oskar-

nia bardziej uzasadnione byłoby – jak się zdaje – takie podejście, które kontrolę tę ujmowałoby w aspekcie drogi procesu. Wspomniano o tym już wyżej. Tu wypada wyrazić jedynie niedosyt, że autor pominął zagadnienie kontroli prawnych podstaw oskarżenia (prawnych warunków dopuszczalności wszczęcia postępowania jurysdykcyjnego w związku ze skierowanym do sądu aktem oskarżenia), tym bardziej że, jak sam stwierdził, na początku rozprawy sądowa kontrola oskarżenia zorientowana jest zarówno na kontrolę faktycznych, jak i prawnych podstaw oskarżenia (s. 29).

Powyższego braku nie rekompensują interesujące rozważania zawarte w rozdziale V pracy, dotyczące zwrotu sprawy przez sąd w trybie art. 345 k.p.k. do uzupełnienia postępowania przygotowawczego. Trafnie autor zwrot sprawy w tej wstępnej fazie procesu jurysdykcyjnego traktuje jako narzędzie sądowej kontroli oskarżenia pod względem merytorycznym (s. 187) i w ślad za piszącymi te słowa pojęcie „istotnych braków” śledztwa lub dochodzenia interpretuje w ścisłym związku z zadaniami (funkcjami) tej fazy procesu (s. 194). Pozwala to relatywnie szeroko rozumieć kontrolę oskarżenia przed przekazaniem sprawy do rozpoznania na rozprawie i kwestię zasadności wniesionego oskarżenia rozpatrywać zarówno pod kątem dostatecznego uprawdopodobnienia popełnienia przez oskarżonego przestępstwa, jak i wszechstronności (obiektywizmu) śledztwa lub dochodzenia oraz jego zgodności z tymi normami procesowymi, które zabezpieczają prawa i interesy stron³.

Spśród tych fragmentów rozprawy, które dotyczą zwrotu sprawy lub instytucji historycznie ze zwrotem związanych, zwrócić należy uwagę na rozważania poświęcone problematyce art. 397 § 1 k.p.k., czyli – jak zwykło się to nazywać w doktrynie – zleceniu czynności dowodowych przez sąd w toku rozprawy. Rację ma T. Razowski, gdy wskazuje, że instytucja tzw. czynności dowodowych zleconych przez sąd w trybie art. 397 § 1 k.p.k. została wprowadzona w miejsce zwrotu sprawy z rozprawy i obecne brzmienie art. 397 § 1 k.p.k. (nadane nowelą z 2003 r.) zastąpiło zwrot sprawy uregulowany tym samym przepisem w wersji pierwotnej, przyjętej w k.p.k. z 1997 roku. Dalsze twierdzenia autora budzą już jednak wątpliwości, zarówno jeżeli chodzi o kategoryczność poglądu, że zlecenie czynności dowodowych przez sąd należy bez wątpienia traktować jako procesowy środek kontroli postępowania przygotowawczego, jak i że kontrola ta obejmuje kwestię kompletności materiału dowodowego, zgromadzonego w toku śledztwa lub dochodzenia. Moim zdaniem jest wręcz odwrotnie, to znaczy nie ma żadnych podstaw do tego, aby funkcję art. 397 § 1 k.p.k. wiązać z kontrolą przebiegu postępowania przygotowawczego w aspekcie oceny kompletności zebranego w nim materiału dowodowego. O ile ocena z tego punktu widzenia postępowania przygotowawczego zachowuje sens w fazie wstępnej kontroli oskarżenia (rzecz jasna pod kątem zasadności wniesionego oskarżenia), to traci uzasadnienie w toku

żenia, realizowanej w polskim procesie karnym w trybie i zakresie określonym w przepisie art. 339 § 2 i 3 k.p.k., czy w znaczeniu węższym – jako aktu organu procesowego (sądu) stwierdzającego dopuszczalność przeprowadzenia rozprawy po kontroli zasadności skargi, czyli zbadaniu, czy opiera się ona na wystarczających podstawach prawnych i faktycznych. W tej kwestii zob. bliżej: S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2005, s. 500; D. Osowska, *Sądowa kontrola oskarżenia w polskim procesie karnym*, „*Studia Iuridica*” Toruń 1977, t. XV, z. 1, s. 7–9; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 898 oraz podana tam literatura.

³ S. Cora, *Zwrot sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1987.

rozprawy głównej. Całkowicie opacznie zdaje się T. Razowski odczytywać wyrażone w art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. zobowiązanie organów ścigania do „zebrania, zabezpieczenia i w niezbędnym zakresie utrwalenia dowodów”, zwłaszcza gdy wywodzi, że z dyspozycji tej wynika nie tyle obowiązek przeprowadzenia tych czynności dowodowych, co uczynienie tego dla sądu. Prowadzi to jego zdaniem do wniosku, że celem postępowania przygotowawczego jest przygotowanie materiału dowodowego w taki sposób, aby materiał ten był wystarczający do wydania prawidłowego orzeczenia w przedmiocie procesu w oparciu o jego zweryfikowanie przez sąd w toku rozprawy głównej. Innymi słowy, aby materiał był ku temu wystarczający (s. 275). Nic bardziej błędnego. Zgoda, rzecz jasna, co do tego, że zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w stadium przygotowawczym następuje dla potrzeb postępowania jurysdykcyjnego. Rzecz tylko w tym, że utrwalenie dowodów w „niezbędnym zakresie” nie oznacza tutaj obowiązku utrwalenia ich w zakresie koniecznym dla wydania trafnego orzeczenia sądu w kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego, lecz ma być nieodzowne (niezbędne) dla udokumentowania zasadności wniesionego oskarżenia. Innymi słowy, zebrane w postępowaniu przygotowawczym i utrwalone w niezbędnym zakresie dowody mają *in concreto* uzasadniać realizację przez organy śledztwa i dochodzenia funkcji ścigania. Tak jest dlatego, że przepis art. 297 § 1 k.p.k. formułuje cele częściowe postępowania przygotowawczego, które składają się na rozstrzygnięcie zasadniczego pytania, czy są podstawy do wniesienia aktu oskarżenia, czy też należy zaniechać ścigania. Norma ta – co oczywiste – nie określa zadań sądu ani rozprawy głównej i nie może być poddana ocenie z punktu widzenia tego, czy materiał dowodowy zebrany przez organy śledztwa lub dochodzenia pozwala na wydanie przez sąd prawidłowego orzeczenia. Stąd bardziej właściwe wydaje się postrzeganie instytucji z art. 397 k.p.k. na tle zadań sądu w zakresie dowodowego rozpoznania sprawy i analizowanie jej głównie na tle tych urządzeń karnoprocessowych, w jakie wyposażony jest sąd orzekający, który swoje rozstrzygnięcia winien każdorazowo opierać na własnych ustaleniach faktycznych w oparciu o całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. Punkt ciężkości unormowania art. 397 k.p.k. spoczywa nie na tym, jaki jest zakres obowiązków oskarżyciela publicznego po decyzji sądu podjętej na podstawie tego przepisu, ale jaki rodzaj reakcji sądu przewidział ustawodawca po ujawnieniu w toku rozprawy istotnych braków postępowania przygotowawczego⁴. Rozwiązanie takie nie może dziwić. Z chwilą rozpoczęcia rozprawy głównej do sądu należy bowiem wszechstronne wyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy i w tym kontekście także ocena brakujących dowodów: czy ich przeprowadzenie jest konieczne dla wydania prawidłowego wyroku i czy dowody te są dla sądu dostępne. Dlatego w polskim procesie karnym sąd odgrywa aktywną rolę przy przeprowadzaniu dowodów na rozprawie głównej. Sąd posiada prawo inicjatywy dowodowej, decyduje o wprowadzeniu dowodów do procesu i przeprowadza dowody w drodze czynności podjętych przed całym składem orzekającym. Ocena brakujących dowodów przez sąd winna być zatem prowadzona na rozprawie nie z punktu widzenia tego, czy postępowanie przygotowawcze wszechstronnie wyjaśniło wszystkie okoliczności sprawy, ale czy braki dowodowe są tego rodzaju, że uniemożliwiają wydanie prawidłowego wyroku. Oznacza to, że przy ocenie brakujących dowodów i skutków prawnych z tą oceną związanych akcent powinien padać na przydat-

⁴ W tej kwestii zob. obszerniej S. Cora, *Zwrot sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego a art. 397 k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 10, s. 54.

ność tych dowodów dla rozstrzygnięcia kwestii istotnych z punktu widzenia zasadniczego przedmiotu procesu, o których sąd orzeka każdorazowo w wydanym wyroku. Innymi słowy, decydująca jest wartość (znaczenie) brakujących dowodów dla wyjaśnienia sprawy, a nie kwestia kompletności (braku) zgromadzonego przez prokuratora materiału dowodowego. Przy tym punkcie widzenia elementy kontroli postępowania przygotowawczego w stadium rozprawy schodzą zawsze na plan dalszy (a już na pewno zagadnienie wszechstronności i kompletności zebranego w nim materiału dowodowego), a sprawą zasadniczą i podstawową staje się kwestia odpowiedzialności sądu za wszechstronne, dowodowe rozpoznanie sprawy jako podstawy rozstrzygnięć, za które sąd orzekający bierze odpowiedzialność wobec uczestników procesu i społeczeństwa. Jest stąd w równym stopniu nieuzasadnione co niezrozumiałe twierdzenie T. Razowskiego, że akcentowanie w art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. sądu jako adresata zbieranych, zabezpieczanych i utrwalanych w niezbędnym zakresie dowodów oznacza obowiązek zebrania przez prokuratora kompletnego materiału dowodowego, aby sąd mógł w oparciu o jego weryfikację w toku rozprawy wydać prawidłowe rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu (s. 275). „Pół biedy”, gdyby chodziło tu tylko o źle rozłożone akcenty w tej wypowiedzi czy nieprecyzyjnie wyrażoną myśl. Można mieć jednak uzasadnione obawy, że chodzi tu zgoła o coś innego: o prezentację ciągle utrzymującego się w świadomości sędziów przyzwyczajenia ukształtowanego praktyką wieloletniego orzekania, że to postępowanie przygotowawcze ma wszechstronnie wyjaśnić wszystkie okoliczności sprawy, zebrać dowody, zabezpieczyć je i utwalić dla sądu, który zweryfikuje prokuratorskie ustalenia i jego wersję zdarzenia, głównie w oparciu o materiały śledztwa lub dochodzenia. Pobrzmiwają w tej wypowiedzi głosy części środowiska sędziowskiego z dyskusji nad uchwalonym w 1997 r. kodeksem postępowania karnego, prezentujące zachowawczy punkt widzenia, przeciwny, w istocie rzeczy, nowemu ukształtowaniu modelu postępowania przygotowawczego i jego relacji do postępowania jurysdykcyjnego, a zwłaszcza dominującej pozycji rozprawy sądowej⁵. Wydaje się, że te „sędziowskie sympatie” i taki właśnie punkt widzenia wyraźnie przeszkadzają T. Razowskiemu w obiektywnym patrzeniu na wiele zagadnień dotyczących art. 397 k.p.k. Ułatwienie pracy sądów w prowadzeniu rozprawy i prawidłowym wyrokowaniu jako motyw opcji sędziów za dalszym funkcjonowaniem instytucji zwrotu sprawy (o którym autor wspomina w oparciu o własne badania ankietowe – s. 264 i n.), choć istotny z praktycznego punktu widzenia, nie może być w żadnym razie decydujący przy rozstrzyganiu kwestii związanych z analizą normatywną zwrotu sprawy i art. 397 k.p.k. Warto o tym zawsze pamiętać, a lektura książki T. Razowskiego nie pozwala o tym zapomnieć.

Stanisław Cora

⁵ W tej kwestii zob. bliżej A. Gaberle, *iw.*, s. 37–38.

SPRAWOZDANIA



SPRAWOZDANIE Z IV EUROPEJSKIEGO FORUM PRAWNICZEGO WIEDŃ 3–5 MAJA 2007 R.

W dniach 3–5 maja 2007 roku Austria była gospodarzem obrad IV Europejskiego Forum Prawniczego, odbywającego się co dwa lata – tym razem w Wiedniu.

Habsburski pałac cesarski stał się miejscem wymiany poglądów prawników na tematy związane z rozwojem prawa europejskiego, jego źródeł, możliwych rozwiązań instytucjonalnych w krajach unijnych, a w szczególności opracowania propozycji legislacyjnych dla organów europejskich stanowiących o kształcie normatywnym przyjmowanych aktów prawnych.

Wspomnieć należy, że pierwsza tego typu konferencja zorganizowana została w Norymberdze w roku 2001 przez organizacje prawnicze Niemiec, Austrii i Szwajcarii. Kolejne spotkania odbywały się w Atenach (2003) i Genewie (2005). Były one w założeniu odpowiedzialnością świata prawniczego na gwałtowny rozwój zakresu i wagi regulacji unijnych oraz niewystarczającej w tej mierze dyskusji, jaka powinna toczyć się na szczeblu krajowych organizacji prawniczych. Miały także spełnić rolę upowszechnienia ocen prawników krajów Unii wobec przyjmowanych rozwiązań prawnych akceptowanych obecnie przede wszystkim przez organy państwowe: rządowe i parlamentarne – te ostatnie często z niewielką liczbą prawników w ich składzie. IV Forum odbyło się w szczególnym dla Republiki Austrii momencie, jakim było zakończenie i podsumowanie przewodniczenia Unii w roku 2006.

Obrady uświetnili swoją obecnością przedstawiciele najwyższych władz państwowych Austrii na czele z Prezydentem prof. dr. Heinzem Fisherem. Wystąpienia otwierające – poza wyżej wymienionym – wygłosili: przewodniczący obrad dr Nikolaus Michalek (były minister sprawiedliwości) oraz H. Berger (aktualna minister sprawiedliwości). Z uwagi na fakt rozpoczęcia prac przygotowawczych do zorganizowania Forum za czasów minister sprawiedliwości Austrii Karin Gastinger – także i ona znalazła się wśród zaproszonych gości – *nota bene* serdecznie witana przez obecną minister i to mimo odmiennych poglądów politycznych, co stwarzało atmosferę eleganckiej normalności, której brakuje w niektórych krajach. Obecny był także Franco Frattini – wiceprzewodniczący Komisji Europejskiej.

Merytoryczne obrady wypełniły trzy grupy zagadnień: migracja do i z Europy, tendencje do stworzenia europejskiego prawa karnego oraz europejskiego prawa kontraktów.

Krytycznej dyskusji poddano brak aktywnej polityki migracyjnej, wskazano na konieczność opracowania stosownej do zachowania rozwoju gospodarczego kontroli nielegalnej migracji do krajów Unii Europejskiej, a także uszanowania tradycji europejskich w zakresie stosowania azylu w oparciu o przesłanki wywodzące się z norm humanitarnych prawa międzynarodowego i praw człowieka.

Przedmiotem obrad były też pojawiające się poglądy o zasadności stopniowej harmonizacji sankcji karnych za niektóre przestępstwa, co pozwoliłoby na wykonywanie kary pozbawienia wolności w innym kraju niż kraju sądu bez istotnych różnic występujących obecnie w porządkach prawnych państw unijnych. Istotnym elementem rozważań było także wzmocnienie współpracy transgranicznej oraz narzędzi sprzyjających szybkiemu i skutecznemu realizowaniu decyzji sądowych (np. w zakresie ENA). Podkreślano, że wszelkie tego typu działania muszą spełniać standardy praw człowieka i zachowywać gwarancje jego podstawowych wolności.

Wskazywano na konieczność wzmocnienia gwarancji procesowych jednostki w obliczu skoordynowanych działań śledczych i sądowych podejmowanych w ramach trzeciego filaru Unii Europejskiej. Konstrukcje prawne tychże działań sprzyjają lub wręcz wyrażają się w ograniczaniu praw jednostek – co wymaga wprowadzenia mocnych, równoważących mechanizmów służących ich ochronie.

W zakresie harmonizacji prawa cywilnego podnoszono konieczność kontynuowania prac prowadzonych już w ramach Komisji Europejskiej, zmierzających do wyodrębnienia wspólnych zasad i regulacji prawa umów, które byłyby bazą dla międzypaństwowej działalności gospodarczej i „międzynarodowej” ochrony konsumentów. Założenia te nie mają służyć jednak związaniu sądów w ich procesie orzeczniczym czy też wytyczeniu sztywnych reguł dla podmiotów funkcjonujących na rynku usług, lecz służyć wypracowaniu standardów legislacyjnych dla Komisji Europejskiej w tworzeniu przez nią aktów prawnych. Tak sformułowany zbiór zasad i przepisów (*common frame of reference*) miałby służyć przede wszystkim harmonizowaniu, a tym samym ułatwieniu w korzystaniu ze środków ochrony praw konsumentów.

Na zakończenie obrad uczestnicy Forum wysłuchali wykładu prezesa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz deklaracji przedstawicieli delegacji prawników węgierskich o zamiarze zorganizowania V Europejskiego Forum Prawniczego na Węgrzech w roku 2009.

Joanna Agacka-Indecka

MIĘDZYNARODOWA KONFERENCJA „WOLNOŚĆ SŁOWA I ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SŁOWO. ROLA MEDIÓW” WARSZAWA, BELWEDER, 24–25 MAJA 2007 R.

Organizatorem konferencji był Rzecznik Praw Obywatelskich dr Janusz Kochanowski, we współpracy z zarządami Telewizji Polskiej, Telewizji TVN, Tygodnika „Wprost”, Ambasadą Stanów Zjednoczonych Ameryki w Polsce, Polsko-Amerykańską Fundacją Wolności oraz Stowarzyszeniem Dziennikarzy Polskich (dalej: SDP). W skład Komitetu Honorowego

Konferencji weszli: Jerzy Baczyński (redaktor naczelny „Polityki”), ks. Adam Boniecki (redaktor naczelny „Tygodnika Powszechnego”), Krzysztof Czabański (prezes zarządu Polskiego Radia), Kazimierz Gródek (prezes zarządu Radia RMF FM), Stanisław Janecki (redaktor naczelny tygodnika „Wprost”), Michał Kobosko (redaktor naczelny tygodnika „Newsweek Polska”), Paweł Lisicki (redaktor naczelny dziennika „Rzeczpospolita”), Miłosz Marczuk (dyrektor Centrum Monitoringu Wolności Prasy SDP), Krystyna Mokrosińska (prezes SDP), Zbigniew Nosowski (redaktor naczelny miesięcznika „Więź”), Piotr Piotrowicz (członek zarządu Stowarzyszenia Gazet Lokalnych), Marcin Przeworski (prezes Katolickiej Agencji Informacyjnej), Piotr Skwieciński (prezes Polskiej Agencji Prasowej), Andrzej Urbański (prezes zarządu TVP) i Piotr Walter (prezes zarządu TVN).

Słowo wstępne wygłosił dr Janusz Kochanowski, który powitał zebranych gości, w tym członków Komitetu Honorowego Konferencji, wicemarszałka Senatu RP prof. Ryszarda Legutko i innych. Wygłosił też krótkie wprowadzenie, w którym przypomniał, że od 18 lat istnieje w Polsce wolność słowa i podkreślił, iż zadaniem mediów jest kontrolować inne instytucje sfery publicznej, a także, że środki społecznego przekazu nie tylko informują, ale i w pewnym sensie tworzą świat.

Pierwszy panel dyskusyjny dotyczył zagadnienia: *Rola mediów we współczesnych demokracjach: IV władza – nieograniczona?* Obradami kierował prof. Zdzisław Krasnodębski z Uniwersytetu w Bremie, który zauważył m.in., że w Polsce istnieje ostry konflikt polityczny, w którym część mediów jest jedną ze stron. To dziennikarze często kształtują rzeczywistość polityczną, dlatego w sytuacji konfliktu media powinny zrezygnować z „iluzji obiektywizmu”, bo znacznie lepiej wprost deklarować, jakie wartości są im bliskie, niż udawać obiektywizm. Drugim referentem był prof. Roger Scruton z *Princeton University* – zasłużony dla Polski w okresie stanu wojennego, za co ostatnio został odznaczony przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego. Podkreślił on, że w Polsce istnieje wolność słowa i wierzy, że nigdy nie ulegnie to zmianie. Wspomniał też, że większość dziennikarzy na świecie jest lewicowa, skąd wypływają określone wnioski. O roli mediów mówił też trzeci referent pisarz, dziennikarz, znanca problematyki Europy środkowej i wschodniej Neal Ascherson.

Drugim panelem o nazwie: *Granice prowokacji dziennikarskiej: uwarunkowania prawne i praktyka. Dziennikarstwo śledcze* kierował red. Maciej Iłowiecki, były prezes SDP, a za stołem zasiadli ponadto i wzięli udział w dyskusji dr Marek Palczewski z Wyższej Szkoły Humanistyczno-Ekonomicznej w Łodzi, red. Jerzy Jachowicz z „Dziennika” oraz red. Tomasz Sekielski z telewizji TVN24.

Panel trzeci pt. *Prawa dziennikarza versus prawa obywatela?* poświęcony był zagadnieniom prawnym. Obradami kierował prof. Andrzej Mączyński z UJ, były wiceprezes TK, który wygłosił też bardzo interesujący referat na temat konstytucyjnych zasad wolności słowa (art. 54 ust. 1) i wolności prasy (art. 14). W panelu udział wzięli sędziowie SN Mirosława Wysocka, która mówiła o orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach, w których pojawia się element „wolności słowa i wolności prasy” oraz prof. Jacek Sobczak z UAM, który zastanawiał się nad tym czy istnieją granice wolności prasy, podkreślił przy tym, że mamy skandaliczną regulację prawa prasowego, zupełnie nieprzystającą do realiów, z wieloma relikami czasów, w których powstała. Dr Elżbieta Czarny-Drożdżejko z Instytutu Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych UJ wystąpienie swoje poświęciła analizie ustawy Prawo prasowe, zaś redaktor naczelny tygodnika „Wprost” Stanisław Janecki zgodził się z prof. Sobczakiem, że ustawa Prawo prasowe jest skandaliczna, dodając iż jest ona zupełnie niepotrzebna. Bardzo interesujące było wystąpienie znakomitego prawnika amerykańskiego

go Davida E. McCraw'a, zastępcy dyrektora Departamentu Prawnego w „The New York Times Company”. Podzielił się on swoimi spostrzeżeniami z praktyki dotyczącej sfery wolności słowa i wolności prasy w USA. Jako ostatni wystąpił ks. prof. Franciszek Longchamps de Berier z UW, który mówił o orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawach związanych z wolnością słowa, zastanawiając się przy tym nad wartościami, które amerykański Sąd Najwyższy chroni (przez tzw. ważenie wartości) oraz nad amerykańską wrażliwością społeczną.

Panel kończący pierwszy dzień konferencji dotyczył kontrowersyjnego zagadnienia relacji tzw. poprawności politycznej do wolności słowa. Przewodniczącym i pierwszym panelistą był red. Michał Szuldrzyński (redaktor naczelny czasopisma „Nowe Państwo”). Jako drugi głos zabrali dr Dariusz Gawin z Muzeum Powstania Warszawskiego, a następnie redaktor Maciej Rybiński z dziennika „Fakt”, redaktor Rafał Ziemkiewicz z „Rzeczpospolitej” oraz Tomasz Merta (podsekretarz stanu w Ministerstwie Kultury i Dziedzictwa Narodowego). Wśród panelistów istniała w zasadzie zgodna opinia na temat krytyki pojęcia.

Drugi dzień konferencji rozpoczął się panelem pt. *Niezależność dziennikarzy: zagrożenia i ochrona*. Przewodniczyła mu redaktor Krystyna Mokrosińska (prezes Zarządu Głównego SDP). Oprócz niej w panelu uczestniczyli: red. Miłosz Marczuk (dyrektor Centrum Monitoringu Wolności Prasy SDP oraz dziennikarz „Rzeczpospolitej”), red. Jerzy Jurecki („Tygodnik Podhalański”), red. Bronisław Wildstein (były prezes TVP), Elżbieta Kruk (przewodnicząca KRRiT) oraz red. Bernard Margueritte (prezes *International Communication Forum*).

Ostatni panel poświęcony był zagadnieniu: *Media i wolność słowa w ocenie społecznej*. Obradami kierował dr Tomasz Żukowski z Instytutu Polityki Społecznej UW, który wziął też udział w panelu. Oprócz niego panelistami byli dr Barbara Fedyszak-Radziejowska z Instytutu Rozwoju Wsi i Rolnictwa PAN, prof. dr hab. Mirosława Grabowska z Instytutu Socjologii UW oraz prof. dr hab. Ewa Nowińska – dyrektor Instytutu Dziennikarstwa i Komunikacji Społecznej UJ.

Zwieńczeniem obrad konferencji była sesja plenarna. Wypada zauważyć, że po każdym panelu dochodziło do dyskusji, w której głos zabierało liczne grono uczestników z sali.

Konferencja była okazją do zastanowienia się nad wolnością słowa, wolnością prasy oraz granic jakie mogą być przez państwo na te zasady nałożone. Swoistą myślą przewodnią obrad było słynne powiedzenie Thomasa Jeffersona: „Wolność słowa, to wolność, której nie można ograniczać, żeby jej nie stracić”, które stało się też treścią pierwszej poprawki do Konstytucji USA. Jak pokazuje historia, sam autor owego hasła nieco zmienił poglądy, gdy prasa ujawniła niewygodne wątki dotyczące jego syna. Nie zmienia to jednak faktu, że środki społecznego przekazu są czwartą władzą – autonomiczną i samodzielną, której ograniczenia powinny być porównywalne z ograniczeniami, jakie posiadają pozostałe trzy władze.

Podczas podsumowania Konferencji dr Janusz Kochanowski zauważył, że od czasów Jeffersona świat bardzo się zmienił. Wolność słowa znaczy dziś coś innego niż przed ponad dwustu laty. Dziś powinniśmy zastanowić się i „spróbować zinterpretować ją zgodnie z naszymi realiami. Przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie: jak określić wolność słowa, by jej nie stracić?”

Janusz Kanimir

PRAKTYCZNE ZAGADNIENIA PRAWNE

Prawo cywilne

PRZEKROCZENIE GRANIC ZASKARŻENIA PRZEZ SĄD ROZPOZNAJĄCY APELACJĘ

Stosownie do treści art. 378 § 1 k.p.c., sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. W części, w której wyrok¹ sądu pierwszej instancji nie został zaskarżony apelacją, staje się on prawomocny, chyba że część ta została objęta apelacją wniesioną przez inny podmiot, albo sąd drugiej instancji może z urzędu rozpoznać sprawę także w tej części (art. 363 § 1 i 3 k.p.c.). Wypadek, gdy sąd drugiej instancji może orzekać w odniesieniu do niezaskarżonej części wyroku, określa przepis art. 378 § 2 k.p.c., przewidujący dopuszczalność rozpoznania apelacji na rzecz współuczestników, którzy wyroku nie zaskarżyli, jeśli będące przedmiotem zaskarżenia prawa lub obowiązki są także dla nich wspólne. Powstaje pytanie, jakie skutki powoduje orzekanie przez sąd drugiej instancji w odniesieniu do niezaskarżonej części wyroku w sytuacji, w której nie jest on do tego upoważniony przez ustawę². Ponadto, kwestią jest to, w jakim zakresie powinna być ponownie rozpoznawana sprawa przez sąd pierwszej i następnie drugiej instancji, jeśli wcześniej sąd drugiej instancji, przekraczając granice apelacji, uchylił wyrok sądu pierwszej instancji także w części, w której jako niezaskarżony stał się on prawomocny.

Nie budzi wątpliwości kwestia, że wydanie przez sąd drugiej instancji orzeczenia w zakresie przekraczającym podmiotowe lub przedmiotowe granice zaskarżenia

¹ Dotyczy to odpowiednio postanowienia co do istoty sprawy wydanego w postępowaniu nieprocesowym.

² Z istoty rzeczy orzekanie w zakresie przekraczającym granice zaskarżenia apelacją wyroku sądu pierwszej instancji może wchodzić w grę tylko w wypadku uwzględnienia apelacji.

wyroku sądu pierwszej instancji stanowi naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. Naruszenie to jest z reguły uznawane za skutkujące nieważnością postępowania przed sądem drugiej instancji w części, w której brak było zaskarżenia, z powodu orzekania w sprawie, która została już prawomocnie osądzona (art. 379 pkt 3 k.p.c.). W orzecznictwie stanowisko takie znalazło odzwierciedlenie w wydanych na gruncie art. 409 pkt 4 d.k.p.c. orzeczeniach Sądu Najwyższego z 6 sierpnia 1936 r., C II 669/36³ i 18 marca 1938 r., C II 2649/37⁴. Pod rządami art. 379 pkt 3 k.p.c. zostało ono podtrzymane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 26 lutego 2006 r., I PK 67/02⁵. Omawianego uchybienia procesowego Sąd Najwyższy nie rozważał natomiast w kategoriach przyczyny nieważności postępowania w uzasadnieniu wyroku z 6 maja 2004 r., III PK 7/04⁶.

Jeśli chodzi o to, jakie znaczenie dla dalszego postępowania ma przekroczenie przez sąd drugiej instancji granic zaskarżenia apelacją wyroku sądu pierwszej instancji, to odróżnić należy wypadek, gdy sąd drugiej instancji orzekł – naruszając art. 378 § 1 k.p.c. – w sposób reformatoryjny (art. 386 § 1 k.p.c.) bądź też kasatoryjny i jednocześnie odrzucił pozew lub umorzył postępowanie (art. 386 § 3 k.p.c.), oraz wypadek, gdy chodzi o orzeczenie kasatoryjne połączone z przekazaniem sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania (art. 386 § 2 lub 4 k.p.c.). W pierwszym wypadku wchodzi w grę ewentualna dopuszczalność skargi kasacyjnej (art. 398¹ i n. k.p.c.) albo skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 424¹ i n. k.p.c.)⁷. W ramach postępowania wywołanego tymi skargami może dojść do tego, że Sąd Najwyższy, ze skutkiem właściwym dla danej skargi, uwzględni – w granicach zaskarżenia – okoliczność, iż sąd drugiej instancji przekroczył granice zaskarżenia. Trzeba jednak zaznaczyć, że nie w każdej sprawie będzie możliwe wniesienie skargi kasacyjnej bądź też skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (np. sprawa może być „niekasacyjna” albo wydanie przez sąd drugiej instancji może nie wyrządzać stronie szkody). W takiej sytuacji wadliwość orzeczenia sądu drugiej instancji, polegająca na wyrokowaniu przez ten sąd z przekroczeniem granic zaskarżenia (art. 378 § 1 k.p.c.), nie będzie mogła być usunięta, mimo że skutkuje ona nieważnością postępowania (art. 379 pkt 3 k.p.c.)⁸.

³ Zb. Orz. 1937, nr 2, poz. 73.

⁴ Zb. Orz. 1939, nr 3, poz. 119.

⁵ OSNP 2004, nr 14, poz. 240.

⁶ OSNP 2005, nr 2, poz. 21.

⁷ Należy wykluczyć możliwość wniesienia skargi o wznowienie postępowania. Wprawdzie podstawą tej skargi może być to, że sprawa została już (wcześniej) prawomocnie osądzona (art. 403 § 3 k.p.c.), ale zakłada ona istnienie więcej niż jednego prawomocnego wyroku dotyczącego tego samego stosunku prawnego. W omawianej sytuacji prawomocne rozstrzygnięcie w zakresie, w którym sąd drugiej instancji orzekł, przekraczając granice zaskarżenia, zostaje zmienione albo uchylone, a zatem już nie istnieje.

⁸ Nie wchodzi bowiem także w grę unieważnienie orzeczenia przez Sąd Najwyższy na podstawie art. 64 ustawy z 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.).

Z kolei w wypadku, gdy sąd drugiej instancji, przekraczając granice zaskarżenia, tj. także w części, w której wyrok sądu pierwszej instancji stał się prawomocny, uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania, powstaje kwestia, jakie znaczenie ma to dla sądu pierwszej instancji, który ma ponownie rozpoznać sprawę, a później także sądu drugiej instancji, który rozpoznawałby apelację od wyroku sądu pierwszej instancji wydanego po ponownym rozpoznaniu sprawy. We wcześniejszym orzecznictwie, na tle dawnej rewizji, Sąd Najwyższy miał okazję incydentalnie ustosunkować się do tej kwestii. W orzeczeniu z 16 listopada 1957 r., 4 CR 900/57⁹, Sąd Najwyższy uznał, że jeżeli sąd rewizyjny przez pomyłkę uchyla wyrok w części prawomocnej i przekazuje sprawę także w tej części do ponownego rozpoznania, to uchylenie takie jest wiążące dla sądu pierwszej instancji. W literaturze K. Piasecki¹⁰, powołując wskazane orzeczenie, stwierdził, że po uchyleniu zaskarżonego wyroku przez sąd rewizyjny ponowne rozpoznanie sprawy przez sąd pierwszej instancji następuje w zakresie oznaczonym w sentencji orzeczenia sądu rewizyjnego.

W ostatnim czasie zagadnienie przekroczenia granic zaskarżenia przez sąd drugiej instancji podjęte zostało przez Sąd Najwyższy w uchwale z 21 listopada 2006 r., III CZP 85/06¹¹, w której przyjął, że jeżeli sąd drugiej instancji, przekraczając granice apelacji, uchylił wyrok sądu pierwszej instancji także w części, w której jako niezaskarżony stał się prawomocny, to – rozpoznając sprawę ponownie na skutek apelacji – rozpoznaje ją także w zakresie, w jakim poprzednio uchylił wyrok sądu pierwszej instancji w niezaskarżonej części. W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy podzielił zapatrywanie, że orzekanie przez sąd drugiej instancji w zakresie, w którym wyrok sądu pierwszej instancji nie został zaskarżony (pod względem przedmiotowym albo przedmiotowym) i stał się prawomocny, wywołuje taki skutek jak orzekanie w sprawie prawomocnie osądzonej (art. 379 pkt 3 k.p.c.), tj. nieważność postępowania apelacyjnego. Odnosząc się w sposób szczególny do wyroku uchylającego zaskarżony wyrok i przekazującego sprawę do ponownego rozpoznania, Sąd Najwyższy wskazał, że wyrok taki jest tzw. orzeczeniem międzyinstancyjnym, imperatywnym i niewzruszalnym, prawomocnym pod względem formalnym już od chwili wydania. Kończy postępowanie przed sądem odwoławczym, ale nie kończy postępowania w sprawie, gdyż otwiera na nowo drogę do rozpoznania sprawy przez sąd pierwszej instancji. Nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej, ponieważ nie zawiera żadnego rozstrzygnięcia co do istoty spornego stosunku prawnego (art. 366 k.p.c.). Takie orzeczenie rozstrzyga jedynie o bycie zaskarżonego wyroku sądu pierwszej instancji. Jego uchylenie wywołuje ten skutek, że przestaje on istnieć w sensie prawnym i tym samym – w zakresie, w jakim doszło do uchylenia

⁹ Niepubl.

¹⁰ K. Piasecki, *Z problematyki uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania*, „Palestra” 1962, nr 9, s. 32.

¹¹ Biuletyn SN 2006, nr 11, s. 12.

– nie wywołuje już żadnych skutków prawnych. W takim wypadku powstaje stan rzeczy taki, jakby uchylone orzeczenie nie zostało wydane¹². Następuje to także wtedy, gdy sąd drugiej instancji, przekraczając granice zaskarżenia, uchyli wyrok sądu pierwszej instancji w zakresie, w którym się on uprawomocnił. Mimo że w tym zakresie wyrok kasatoryjny wydany zostaje w postępowaniu odwoławczym dotkniętym nieważnością, to jednak istnieje i jako taki wywołuje skutki prawne, które polegają na tym, że sprawa zostaje w tej części przekazana sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Interpretacja ta jest zgodna z ogólną zasadą, że orzeczenia sądowe, chociażby wadliwe, jeżeli są orzeczeniami istniejącymi, wywołują skutki prawne dopóty, dopóki nie zostaną zmienione lub uchylone przez inne orzeczenie sądowe, wydane w postępowaniu prawem przewidzianym¹³. W związku z tym, zdaniem Sądu Najwyższego, trzeba uznać, że uchylenie wyroku przez sąd drugiej instancji w części, w której ten wyrok nie został zaskarżony apelacją i uprawomocnił się, dotknięte jest wprawdzie poważną wadą, ale nie zmienia to faktu, że pomimo tego pozostaje w pełni skuteczne, a więc zaskarżony wyrok traci moc, czyli przestaje wywoływać skutki prawne w dalszym toku sprawy. Nie zmienia tego nawet skutek w postaci nieważności postępowania drugoinstancyjnego w tym zakresie (art. 379 pkt 3 k.p.c.), gdyż nieważność postępowania nie następuje z mocy prawa, lecz musi zostać stwierdzona orzeczeniem sądu. Uzasadnia jedynie zaskarżalność orzeczenia, nie pozbawia go natomiast skutków prawnych z mocy samego prawa¹⁴.

Następnie Sąd Najwyższy stwierdził, że uchylenie wyroku przez sąd drugiej instancji jest wiążące dla sądu pierwszej instancji przy ponownym rozpoznaniu także w części, w której sąd drugiej instancji przekroczył granice zaskarżenia. Przemawia za tym to, że orzeczenie uchylające i przekazujące sprawę do ponownego rozpoznania – wobec jego niezaskarżalności w jakimkolwiek trybie – jest niepodważalne i niewzruszalne. Jego skuteczność wyraża się tym, że wyrok sądu pierwszej instancji, także w części, w której się uprawomocnił, pozbawiony zostaje skutków prawnych, oraz że w tym zakresie sąd pierwszej instancji obowiązuje nakaz ponownego rozpoznania sprawy, również więc w tej części, w której sąd drugiej instancji, przekraczając granice swej kognicji, uchylił prawomocny poprzedni wyrok. Ponowne rozpoznanie sprawy nie jest dotknięte żadną wadą, a w szczególności postępowanie przed sądem pierwszej instancji nie może być uznane za dotknięte nieważnością, gdyż sąd ten nie orzeka już w sprawie prawomocnie osądzonej. Sąd Najwyższy podkreślił, że takie podejście jest rozwiązaniem chroniącym ważną dla

¹² W tym zakresie uwagi SN nawiązują do wypowiedzi polskiej doktryny, por. K. Piasecki, *Z problematyki...*, s. 26–28; S. Hanausek, *Orzeczenie sądu rewizyjnego w procesie cywilnym*, Warszawa 1966, s. 309, 325–326 i 328.

¹³ Por. w związku z tym Z. Resich (w.): J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2005, s. 279–280.

¹⁴ Zob. w tym zakresie np. W. Siedlecki, *Nieważność procesu cywilnego*, Warszawa 1965, s. 83.

prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości hierarchię między sądami różnego rzędu. W żadnym wypadku, ze względów systemowych, nie można dopuścić, aby sąd pierwszej instancji mógł kontrolować prawidłowość postępowania odwoławczego. Skoro sąd pierwszej instancji jest związany orzeczeniem sądu drugiej instancji i nie może kwestionować postępowania przed tym sądem, to tym samym nie jest uprawniony brać pod uwagę tego rodzaju zarzutów stron procesowych, których uwzględnienie prowadziłoby do zwolnienia go od tego związania, chyba że dotyczyłoby to wyjątku, przewidzianego w prawie procesowym¹⁵.

Sąd Najwyższy zaznaczył jednocześnie, że źródłem związania sądu pierwszej instancji wyrokiem sądu odwoławczego, przekazującym sprawę do ponownego rozpoznania, nie jest art. 386 § 6 k.p.c. Nie może bowiem utożsamiać związanie sądu pierwszej instancji orzeczeniem sądu drugiej instancji co do zakresu uchylenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania z zagadnieniem związania oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania. Poza tym rozstrzygnięcie, w jakim zakresie sąd drugiej instancji uchyła zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania, zawarte jest w sentencji orzeczenia sądu drugiej instancji, natomiast ocena prawna i wskazania znajdują się w uzasadnieniu tego orzeczenia. W pierwszym wypadku chodzi więc o moc wiążącą wyroku, a w drugim o skuteczność jego uzasadnienia¹⁶. Ponadto uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania jest wyrazem kontroli przez sąd drugiej instancji zaskarżonego wyroku, a więc także wyrazem oceny prawnej dokonanej przez ten sąd co do zarzutów apelacyjnych i uchybień branych pod rozwagę z urzędu. Związanie oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania zawartymi w uzasadnieniu orzeczenia sądu drugiej instancji stanowi już rezultat samego uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. W ocenie Sądu Najwyższego podstawą związania sądu pierwszej instancji wyrokiem kasatoryjnym sądu drugiej instancji jest moc wiążąca tego wyroku. Chodzi tu o skuteczność dotyczącą istnienia zaskarżonego orzeczenia i losów dalszego procesu jako całości, czyli możliwości jego kontynuowania przed sądem pierwszej instancji. Jest to skuteczność niepełna, ponieważ odnosi się do samego procesu, a nie do istoty sprawy, gdyż wynika tylko z prawomocności formalnej¹⁷.

Karol Weitz

¹⁵ Problem ten na tle dawnej rewizji rozważał W. Siedlecki, *Nieważność...*, s. 140–142.

¹⁶ Skuteczność sentencji i uzasadnienia orzeczeń uchylających zaskarżone orzeczenie i przekazujących sprawę do ponownego rozpoznania wyodrębnia S. Hanausek, *Orzeczenie...*, s. 288–289.

¹⁷ Por. w literaturze S. Hanausek, *Orzeczenie...*, s. 282 i n. oraz s. 305 i n.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA ZA NIEOSTATECZNĄ DECYZJĘ PODATKOWĄ

Konstytucjonalizacja odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej (art. 77 Konstytucji RP) i związany z nią wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r.¹, eliminujący z porządku prawnego art. 418 k.c., niewątpliwie doprowadziły do poszerzenia odpowiedzialności władzy publicznej za indywidualne rozstrzygnięcia o charakterze władczym. Granice tej odpowiedzialności nie zawsze są jednak ostre. Jeszcze przed wejściem w życie art. 417¹ k.c. powstała wątpliwość, czy odpowiedzialność ta obejmuje również szkody wyrządzone przez nieostateczne decyzje podatkowe, które uznane zostały następnie za wadliwe.

Możliwość taką akceptowano w piśmiennictwie², choć przeważnie z istotnym zastrzeżeniem, że nie każda decyzja administracyjna uchylana w toku instancji może być uznana za bezprawną i rodzącą odpowiedzialność odszkodowawczą³. Niektórzy autorzy wiązali konsekwencje odszkodowawcze jedynie z decyzjami nieostatecznymi wydanymi z rażącym naruszeniem prawa⁴.

Stanowisko Sądu Najwyższego w kwestii odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną nieostateczną decyzją podatkową przez długi czas nie było jednolite. Dominował pogląd dopuszczający odpowiedzialność Skarbu Państwa za taką decyzję (wyrok z 6 lutego 2002 r.⁵, wyrok z 18 grudnia 2003 r.⁶; zob. także postanowienie z 30 maja 2003 r.⁷, wyrok z 10 marca 2006 r.⁸, wyrok z 17 marca 2006 r.⁹), niekiedy ograniczany do przypadków, w których decyzja rażąco naruszała prawo (wyrok z 9 lipca 2003 r.¹⁰ oraz w istocie wyrok z 19 kwietnia 2006 r.¹¹).

W orzecznictwie pojawiło się jednak także stanowisko odmienne. W wyroku

¹ SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256.

² R. Mastalski, *Glosa do wyroku SN z 6 lutego 2002 r.*, V CKN 1248/00, OSP 2002, z. 10, s. 496 i n.

³ L. Bosek, *Uwagi na tle orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie skutków odszkodowawczych decyzji podatkowych uchylonych w toku instancji*, „Rejent” 2003, nr 1, s. 54. Por. także ogólnie co do decyzji administracyjnych G. Bieniek, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r.*, PS 2002, nr 4, s. 15.

⁴ L. Bosek, *Uwagi na tle orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie skutków odszkodowawczych decyzji podatkowych uchylonych w toku instancji*, „Rejent” 2003, nr 1, s. 58 i n.

⁵ V CKN 1248/00, OSP 2002, z. 10, poz. 128.

⁶ I CK 443/02, niepubl.

⁷ III CZP 34/03, LEX nr 82146.

⁸ IV CSK 109/05, LEX nr 189877.

⁹ I CSK 64/05, LEX nr 182960.

¹⁰ IV CKN 357/01, niepubl.

¹¹ V CSK 176/05, niepubl.

z 19 listopada 2004 r.¹² Sąd Najwyższy orzekł, że: „Skarb Państwa nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej w związku z wydaniem decyzji podatkowej nieostatecznej podlegającej kontroli instancyjnej”.

Rozbieżność w orzecznictwie Sądu Najwyższego doprowadziła do wydania w dniu 26 kwietnia 2006 r. uchwały w składzie 7 sędziów¹³, w której Sąd stwierdził, że „Przepis art. 417 § 1 k.c. w związku z art. 77 ust. 1 Konstytucji, mający zastosowanie do zdarzeń i stanów prawnych powstałych **przed dniem 1 września 2004 r.**, stanowi podstawę prawną odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną wydaniem i wykonaniem nieostatecznej decyzji organu podatkowego pierwszej instancji, następnie uchylonej”.

W uzasadnieniu Sąd wskazał, że w zakresie odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę spowodowaną wydaniem i wykonaniem nieostatecznej decyzji podatkowej, następnie uchylonej przez organ odwoławczy, nie ma przepisów szczególnych, o których stanowi art. 421 k.c., co prowadzi do wniosku, że jako podstawa prawna ewentualnej odpowiedzialności Skarbu Państwa może być rozważany art. 417 § 1 k.c. Ze względu na wejście w życie art. 77 Konstytucji Sąd uznał, że art. 260 Ordynacji podatkowej nie reguluje odpowiedzialności Skarbu Państwa za wadliwe decyzje podatkowe w sposób wyczerpujący, nie jest więc uzasadnione wnioskowanie *a contrario* z art. 260 § 1 Ordynacji podatkowej w odniesieniu do okresu sprzed dnia 1 września 2004 r.

Sądu nie przekonało stanowisko, że decyzja nieostateczna nie może być traktowana jako niezgodna z prawem, skoro dopiero postępowanie odwoławcze ma ostatecznie przesądzić, czy taka decyzja jest zgodna, czy sprzeczna z prawem. Sąd zauważył, że ocena bezprawności decyzji nieostatecznej może być dokonana dopiero po zakończeniu postępowania decyzją ostateczną. Dopiero wówczas będzie możliwe ustalenie, czy w wyniku wykonania decyzji nieostatecznej powstała szkoda, ustalenie jej rozmiarów przy uwzględnieniu zwrotu nadpłaty z oprocentowaniem, wreszcie – co najważniejsze – możliwa będzie ocena, czy istnieje adekwatny związek przyczynowy między szkodą a wadliwościami decyzji nieostatecznej. Z tego względu nie zachodzi niebezpieczeństwo rozbieżności między oceną organu odwoławczego a oceną sądu w odniesieniu do wadliwości decyzji nieostatecznej. Nie zachodzi obawa, że sądy powszechne będą ingerowały w kompetencje organów administracyjnych.

Sąd zwrócił uwagę, że wyłączenie odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone wydaniem i wykonaniem nieostatecznej decyzji podatkowej, następnie uchylonej, może prowadzić do swoistego paradoksu, gdyż strona, która nie wniesie odwołania od wadliwej decyzji podatkowej wydanej w pierwszej instancji (co może stanowić przyczynienie się do zwiększenia szkody), a następnie uzyska stwierdzenie jej nieważności, będzie mogła dochodzić pełnego odszkodowania

¹² V CK 250/04, OSP 2005, z. 7–8, poz. 98.

¹³ III CZP 125/05, OSNC 2006, z. 12, poz. 194.

na podstawie art. 260 Ordynacji podatkowej. Będzie więc ona w lepszej sytuacji niż strona, która takie odwołanie wniosła i doprowadziła do uchylenia wadliwej decyzji.

Równocześnie Sąd zastrzegł, że nie każda decyzja uchylona w toku instancji może być uznana za niezgodną z prawem i tym samym rodzącą odpowiedzialność odszkodowawczą. Organ odwoławczy często uchyla bowiem decyzję z powodu odmiennej oceny stanu faktycznego, odmiennej wykładni przepisów prawa materialnego, odmiennej kwalifikacji przepisów regulujących zasady postępowania lub niewyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności faktycznych itp. Samo pojęcie bezprawności nie jest jednakowe na gruncie całego systemu prawa i nie każda nieprawidłowość może być kwalifikowana jako bezprawność. W sferze odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za niezgodne z prawem działanie władzy publicznej przesłanką bezprawności oznacza naruszenie przez władzę publiczną przepisów prawa, przy czym nie każde naruszenie prawa będzie stanowiło podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej, ale jedynie takie, które stanowiło warunek konieczny do powstania szkody i którego normalnym następstwem w danych okolicznościach jest powstanie szkody. Sąd odrzucił jednakże koncepcję, która wiąże odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa z wadliwościami nieostatecznej decyzji organów podatkowych, które noszą znamiona „rażącego naruszenia prawa”, ponieważ nie znajduje ona przekonującego uzasadnienia ze względu na brak upoważnienia ustawowego, a ponadto ma charakter uznaniowy.

Istotne znaczenie dla Sądu miała natychmiastowa wykonalność nieostatecznych decyzji podatkowych. Zwrócił uwagę, że w ogólnym postępowaniu administracyjnym regułą jest, iż do momentu uzyskania przez decyzję atrybutu ostateczności nie jest ona wykonywana. Natomiast odmienne rozwiązanie przyjął ustawodawca w odniesieniu do decyzji w sprawach podatkowych (art. 224 § 1 Ordynacji podatkowej), co do których regułą jest ich natychmiastowa wykonalność, wniesienie zaś środka odwoławczego nie wstrzymuje jej wykonania. W związku z tym – zdaniem Sądu – przerzucenie na stronę postępowania podatkowego ryzyka błędów organu pierwszej instancji klóci się z poczuciem słuszności. Ryzyko to powinien ponosić podmiot, który ma największy wpływ na jego powstanie. Skoro Skarb Państwa czerpie korzyści z unormowania przyjmującego wykonalność decyzji nieostatecznych, to on powinien ponosić ryzyko negatywnych skutków tej regulacji.

Sąd zauważył, że w ustawie z 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 143, poz. 1199) nastąpiło wzmocnienie gwarancji procesowych przysługujących stronie, która chciałaby się obronić przed negatywnymi skutkami wykonania nieostatecznej decyzji, znaczenia tej zmiany nie można przeceniać, gdyż utrzymana została zasada wykonalności decyzji nieostatecznych. Z tego względu Sąd podkreślił, że nie można twierdzić, iż ze względu na wzmocnienie gwarancji procesowych strony wydanie i wykonanie wadliwej decyzji nieostatecznej nie może być uznane za działanie niezgodne z prawem (te stwierdzenia sugerują, że odpowiedzialność za nieostateczne

decyzje jest możliwa również *de lege lata*, a więc po nowelizacji k.c.). Wzmocnienie tych gwarancji sprawia jedynie, że strona ma większy niż przed dniem 1 września 2005 r. wpływ na wykonalność decyzji nieostatecznych, a więc jej działania lub zaniechania mogą być oceniane w płaszczyźnie art. 362 k.c.

Z brzmienia uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2006 r.¹⁴ wynika, że dotyczyła ona zdarzeń i stanów prawnych powstałych przed dniem 1 września 2004 r. (tak zostało sformułowane pytanie Rzecznika Praw Obywatelskich). Natomiast niektóre stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu uchwały zdają się wskazywać, że pozostaje ona aktualna również *de lege lata*.

Kwestia nie jest jednak wolna od wątpliwości. Doktryna jest w tej kwestii podzielona. Wprawdzie można odnaleźć głosy, że aktualne brzmienie art. 417¹ § 2 k.c. przesądza, iż odszkodowania można dochodzić jedynie w związku z wadliwymi decyzjami ostatecznymi (wyrokami prawomocnymi)¹⁵, jednakże także na gruncie obowiązującego stanu prawnego wypowiedane są poglądy, które w szerszym¹⁶ lub węższym zakresie¹⁷ dopuszczają możliwość dochodzenia odszkodowania za szkody związane z decyzjami nieostatecznymi¹⁸.

Negatywne stanowisko odnośnie do możliwości dochodzenia (*de lege lata*) odszkodowania za szkodę wyrządzoną decyzją nieostateczną wynika z wyroku z 18 listopada 2005 r.¹⁹, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że brak podstaw do przy-

¹⁴ III CZP 125/05, OSNC 2006, z. 12, poz. 194.

¹⁵ Zob. L. Bosek, *Glosa do postanowienia SN z 30 maja 2003 r.*, III CZP 34/03, PiP 2003, z. 12, s. 121–122. Por. także ogólnie co do nieostatecznych decyzji administracyjnych Z. Banaszczyk, (w:) *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. 1, Warszawa 2005, komentarz do art. 417¹ k.c., n.b. 9.

¹⁶ Zob. ogólnie co do nieostatecznych decyzji administracyjnych I. Karasek, *Komentarz do ustawy z 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r. Nr 162, poz. 1692)*, LEX 2005 (postać elektroniczna), komentarz do art. 417¹ k.c.

¹⁷ Zob. w odniesieniu do decyzji podatkowych R. Mastalski, *Glosa do wyroku SN z 19 listopada 2004 r.*, V CK 250/04, OSP 2005, z. 7–8, s. 429. Autor stwierdza: „W sytuacji, gdy wykonaniu podlega jedynie ostateczna decyzja administracyjna, co stanowi regułę, naprawienia szkody można żądać dopiero w przypadku decyzji ostatecznych, które ją wywołują. Inaczej jest jednak w przypadku decyzji podatkowych, które, nawet gdy służą od nich środki odwoławcze, wywołują takie skutki prawne jak decyzje ostateczne”.

¹⁸ Zob. G. Bieniek (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2005, komentarz do art. 417¹ k.c., pkt 14; M. Safjan, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez władzę publiczną*, Warszawa 2004, s. 32–33 (Autor zauważa, że problem odpowiedzialności związanej z wadliwym rozstrzygnięciem nieprawomocnym pojawia się wtedy przede wszystkim, kiedy podlega ono wykonaniu przed uprawomocnieniem. Jego zdaniem, „W odniesieniu do takich sytuacji można rozważać przyjęcie założenia, że nadanie orzeczeniu rygoru natychmiastowej wykonalności prowadzi do przesunięcia ryzyka rozstrzygnięcia wadliwego silnie w kierunku organu władzy publicznej, ergo niezgodność z prawem takiego orzeczenia będzie tworzyła — przy wystąpieniu innych przesłanek, tj. szkody oraz związku przyczynowego — podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej). Nie do końca jasne stanowisko zajmuje J. J. Skoczylas, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez władzę publiczną*, Warszawa 2005, s. 247–248.

¹⁹ IV CK 190/05, LEX nr 181418.

jęcia, iż każda decyzja administracyjna uchylona w postępowaniu odwoławczym stanowi bezprawne indywidualne rozstrzygnięcie mogące uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą. W uzasadnieniu Sąd wskazał, że art. 417¹ § 2 k.c., obowiązujący od 1 września 2004 r., objął odpowiedzialnością tylko szkody wyrządzone przez wydanie prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji i tylko po uprzednim stwierdzeniu we właściwym postępowaniu niezgodności z prawem takiego orzeczenia lub takiej decyzji. U podstaw przedstawionego rozwiązania leżało założenie, że sytuację prawną stron kształtuje dopiero orzeczenie prawomocne lub decyzja ostateczna. Zdaniem Sądu, uchylenie rozstrzygnięcia zapadłego w pierwszej instancji z powodu jego wadliwości prawnej zostało więc niejako wkalkulowane w prawną procedurę dochodzenia do prawidłowego załatwienia sprawy i dlatego takie uchylone rozstrzygnięcie nie powinno być objęte omawianą regulacją odpowiedzialności odszkodowawczej.

Trafny wydaje się jednak pogląd, że także *de lege lata* art. 417 k.c. może być podstawą odpowiedzialności za te decyzje podatkowe, uchylone w toku kontroli instancyjnej, które podlegały natychmiastowemu wykonaniu. W odniesieniu do tych decyzji aktualna pozostaje argumentacja przywołana w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2006 r.²⁰. Natychmiastowa wykonalność sprawia, że istnieje szczególne ryzyko wyrządzenia szkód, które nie powinno być przerzucone na stronę, a odpowiedzialność za tę szkodę powinna obciążać władzę publiczną. Oczywiście o obowiązku naprawienia szkody związanej z decyzją nieostateczną można będzie mówić dopiero po zakończeniu postępowania decyzją ostateczną. Dopiero wówczas będzie bowiem możliwa ocena tego, czy szkoda wystąpiła i w jakim zakresie pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z wadliwością decyzji. Samo uchylenie decyzji nie jest tu wystarczające, gdyż może być spowodowane wadami, które okażą się bez znaczenia dla ostatecznego rozstrzygnięcia. Tak długo zatem, jak nie jest znana decyzja ostateczna, nie jest możliwe ustalenie związku przyczynowego między szkodą a wadliwością decyzji ani ustalenie rozmiarów szkody. Ewentualna bierność lub nieprawidłowość działania strony może być kwalifikowana w kategorii przyczynienia się poszkodowanego.

Roman Trzaskowski

²⁰ III CZP 125/05, OSNC 2006, z. 12, poz. 194.

Prawo handlowe

OPLĄTY SĄDOWE W SPRAWACH O STWIERDZENIE NIEWAŻNOŚCI, UCHYLENIE ORAZ USTALENIE ISTNIENIA LUB NIEISTNIENIA UCHWAŁY ORGANU SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ

Powództwa kwestionujące uchwały organów spółek kapitałowych, w tym w szczególności uchwały zgromadzenia wspólników w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością oraz walnego zgromadzenia w spółce akcyjnej, były do niedawna przedmiotem wielu kontrowersji proceduralnych. Jedną z nich usuwa nowelizacja¹ do ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (dalej u.k.s.c.)², która zmienia treść art. 29 u.k.s.c. w ten sposób, że wprowadza zasadę pobierania opłaty stałej w wysokości 2000 złotych w przypadku każdego z pozwów „korporacyjnych” – o uchylenie, stwierdzenie nieważności, a także ustalenie istnienia bądź też nieistnienia uchwały.

1. W spółkach kapitałowych dopuszczalne są zasadniczo trzy rodzaje powództw kwestionujących uchwały organów tychże spółek. Po pierwsze, na podstawie art. 252 § 1 k.s.h. w związku z art. 250 k.s.h. oraz art. 425 § 1 k.s.h. w związku z art. 422 § 2 k.s.h. zarządowi, radzie nadzorczej (ewentualnie w spółce z o.o., komisji rewizyjnej) oraz poszczególnym członkom tych organów, a także, po spełnieniu określonych warunków, wspólnikom (akcjonariuszom), przysługuje prawo do wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały sprzecznej z ustawą. Po drugie, wskazanym wyżej kategoriom podmiotów przysługuje, na podstawie art. 249 § 1 k.s.h. oraz art. 422 § 1 k.s.h., prawo wniesienia pozwu o uchylenie uchwa-

¹ Ustawa z 14 grudnia 2006 r. o zmianie ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2007 r. Nr 21, poz. 123). Ustawa ta weszła w życie w dniu 10 marca 2007 r.

² Ustawa z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 167, poz. 1398 z późn. zm.).

ły, jeżeli jest ona sprzeczna z umową spółki bądź dobrymi obyczajami i godzi w interesy spółki lub ma na celu pokrzywdzenie współnika. Po trzecie, dopuszcza się wytoczenie powództwa na podstawie art. 189 k.p.c. W odniesieniu do uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych tryb ten budzi jednak w doktrynie wątpliwości, przede wszystkim z uwagi na zawarte w art. 249, 250, 422 oraz 425 k.s.h., szczególnie uregulowanie sposobu kwestionowania uchwał zgromadzeń. Kontrowersje z nim związane są fragmentem szerszego sporu dotyczącego zasadności wyróżniania tzw. uchwał nieistniejących³. Generalnie natomiast aprobuje się stosowanie powództwa o ustalenie jako środka weryfikacji uchwał rady nadzorczej⁴ i zarządu⁵, w odniesieniu do których kodeks spółek handlowych nie przewiduje specjalnego trybu zaskarżenia.

2. Artykuł 29 u.k.s.c. w pierwotnym brzmieniu stanowił, iż opłatę sądową stałą w wysokości 2000 zł pobiera się od pozwu w sprawie o rozwiązanie spółki, wyłączenie współnika oraz uchylene uchwały organu spółki. Nie uwzględniał natomiast powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały zgromadzenia współników (walnego zgromadzenia) ani też powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia uchwały. Stan ten budził praktyczną wątpliwość przede wszystkim w odniesieniu do wysokości opłat od powództw o stwierdzenie nieważności uchwały współników lub walnego zgromadzenia. Kluczowa dla praktyki stała się odpowiedź na pytanie, czy w takim przypadku powinna być pobierana, na podstawie art. 29 u.k.s.c., opłata stała w wysokości 2000 zł, czy też opłata stosunkowa, obliczona w stosunku do wartości przedmiotu sporu⁶. W literaturze przedmiotu pojawiły się przeciwstawne stanowiska. Zgodnie z pierwszym z poglądów występujące w pierwotnym brzmieniu art. 29 u.k.s.c. określenie „uchylenia uchwały organu spółki” należało interpretować szeroko, włączając do niego także skargi o stwierdzenie nieważności uchwał współników (walnego zgromadzenia)⁷. Reprezentanci odmiennego stanowiska podkreślali natomiast, iż wyliczenie zawarte w art. 29 u.k.s.c., w którym nie zamieszczono spraw o stwierdzenie nieważności uchwały współników,

³ Zob. np. S. Sołtysiński, *Rozważania o nieważnych i „nieistniejących” czynnościach prawnych ze szczególnym uwzględnieniem uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni (w:) W kierunku europeizacji prawa prywatnego, Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, pod red. A. Brzozowskiego, W. Kocota, K. Michałowskiej, Warszawa 2007, s. 305 i n.; tenże, *Czy „istnieją” uchwały „nieistniejące” zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni?*, „Przegląd Prawa Handlowego” (PPH) 2006, nr 2, s. 4 i n.; T. Szczurowski, *Nieistniejące uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej*, *Monitor Prawniczy (MoP)* 2007, nr 6, s. 303 i n.

⁴ Por. np. M. Jagielska, *Kontrola prawidłowości uchwał rady nadzorczej*, PPH 2006, nr 2, s. 21 i n.; A. Opalski, *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*, Warszawa 2006, s. 320 i n.

⁵ Zob. A. Szajkowski, A. Szumański (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych, Komentarz do artykułów 151–300*, Warszawa 2002, t. II, s. 411.

⁶ Zob. M. Domagański, *Ważniejsza opłata sądowa niż sprawiedliwość*, „Rzeczpospolita” z 13 stycznia 2007 r., dodatek „Prawo co dnia”.

⁷ Tak A. Zieliński, *Koszty sądowe w sprawach cywilnych, Komentarz*, Warszawa 2006, s. 150.

należy traktować jako enumeratywne⁸. W związku z tym, w przypadku wniesienia powództwa w trybie art. 252 § 1 k.s.h. lub 425 § 1 k.s.h., uiszczyć należy opłatę stosunkową, obliczoną od wartości przedmiotu sporu ustalonej przez powoda, o ile sprawa będzie miała charakter majątkowy, lub też opłatę stałą w wysokości 600 zł, na podstawie art. 26 u.k.s.c., jeżeli powód uzna, że wnosi powództwo o ochronę praw niemajątkowych⁹. Wskazano, iż przepisy ustawy muszą być interpretowane ściśle, przede wszystkim z uwagi na rygory związane z nieuiszczeniem opłaty stałej przez profesjonalnego pełnomocnika (art. 130² § 1 i 3 k.p.c.) lub przez przedsiębiorcę w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych (art. 130² § 4 k.p.c.)¹⁰. Zgodnie z tym poglądem nie jest możliwe przyjęcie, iż w odniesieniu do powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały lub ustalenie jej istnienia bądź też nieistnienia wystąpiła luka w ustawie upoważniająca do zastosowania analogii. W sprawie wysokości opłat od powództw „korporacyjnych”, na gruncie art. 29 u.k.s.c. w pierwotnym brzmieniu, wypowiedział się także Sąd Najwyższy w uchwale z 24 stycznia 2007 r. (III CZP 145/06)¹¹. Podzielając zasadniczo drugie z zaprezentowanych stanowisk uznał, iż do opłaty od pozwu w sprawie o stwierdzenie nieważności uchwały organu spółki nie ma zastosowania art. 29 pkt 3) u.k.s.c., ustalający opłatę stałą dla powództwa o uchylenie uchwały organu spółki. W konsekwencji przyjął, iż we wskazanej sytuacji uiszczać należy opłatę stosunkową, jeżeli powództwo ma charakter majątkowy, lub też stałą w wysokości 600 zł, o ile ma ono charakter niemajątkowy.

3. Wątpliwości w tym zakresie usunęła dopiero niedawna nowela do u.k.s.c. Przepis art. 29 u.k.s.c. w nowym brzmieniu rozstrzyga jednak tę kwestię w sposób diametralnie różny od przyjętego we wskazanej uchwale Sądu Najwyższego. Stanowi on *explicite*, iż opłatę stałą w wysokości 2000 zł uiszcza się w sprawach o wyłączenie współnika, rozwiązanie spółki, uchylenie uchwały wspólników lub uchwały walnego zgromadzenia spółki, a także stwierdzenie nieważności uchwały wspólników lub uchwały walnego zgromadzenia spółki oraz ustalenia istnienia lub nieistnienia uchwały organu spółki. Podkreślenia wymaga jednakże, iż do spraw wszczętych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej stosuje się przepisy dotychczasowe (art. 2 noweli do u.k.s.c.). Powoduje to, iż prezentowane dotychczas poglądy doktryny, a także stanowisko orzecznictwa sformułowane na gruncie pierwotnego brzmienia art. 29 u.k.s.c. zachowują, choć w ograniczonym zakresie, swoje znaczenie.

4. Wprowadzenie opłaty stałej od powództw kwestionujących uchwały or-

⁸ Zob. M. Kowalska, A. Malmuk-Cieplak, *Stosowanie ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, „Przegląd Sądowy” (PS) 2006, nr 9, s. 56.

⁹ Tak K. Gonera, *Komentarz do ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, Warszawa 2006, s. 163–164; a także M. Kowalska, A. Malmuk-Cieplak, *Stosowanie ustawy...*, s. 57.

¹⁰ Por. K. Gonera, *Komentarz do ustawy...*, s. 164.

¹¹ Uchwała SN z 24 stycznia 2007 r., III CZP 145/06, Biul. SN 2007, nr 1, s. 13; LEX nr 209051.

ganów spółek nie doprowadziło wszak do wyjaśnienia wszystkich kontrowersji związanych z ich wnoszeniem. Nadal niejasna pozostaje kwestia majątkowego lub niemajątkowego charakteru tych spraw¹². Zgodnie ze wskazaniem zawartym w postanowieniu Sądu Najwyższego z 31 maja 2006 r. (IV CZ 42/06)¹³, kryterium odróżniającym te kategorie spraw jest typowy interes jaki realizują strony żądające ochrony. Jeżeli przedmiot sprawy dotyczy bezpośrednio interesu majątkowego samej spółki oraz akcjonariuszy, to należy uznać, że sprawa ta ma charakter majątkowy¹⁴. Zarówno jednak kategoria „bezpośredniości”, a także pojęcie „interesu” spółki¹⁵ lub wspólników mogą okazać się niejasne w konkretnych okolicznościach. Tym bardziej należy odnieść się z aprobatą do ustalenia opłaty stałej od wszystkich pozwów „korporacyjnych”. W poprzednio obowiązującym systemie opłat od pozwów i środków odwoławczych nieprawidłowe ustalenie majątkowego lub niemajątkowego charakteru powództwa uruchamiało sankcję odrzucenia pozwu lub środka odwoławczego jako nienależycie opłaconego, jeżeli wnosił je pełnomocnik profesjonalny lub przedsiębiorca (art. 130² § 1, 3 i 4 k.p.c.). W obecnym stanie prawnym, nawet jeśli wnoszący pismo dokona błędnego rozstrzygnięcia w kwestii majątkowego lub niemajątkowego charakteru powództwa, to w każdym razie będzie obowiązany uiścić identyczną opłatę. Nie naraża się przez to na ryzyko odrzucenia jako sankcji niewłaściwego opłacenia pisma.

5. Do niedawna wartość przedmiotu sporu, a także majątkowy lub niemajątkowy charakter powództwa „korporacyjnego”, miały także znaczenie dla określenia właściwości rzeczowej sądu (art. 16–17 k.p.c. w dawnym brzmieniu). Niewłaściwe oznaczenie wartości przedmiotu sporu dotyczącego uchwały organu spółki kapitałowej mogło skutkować jego sprawdzeniem i przekazaniem sprawy sądowi właściwemu, w trybie art. 25 § 3 k.p.c. Ponadto, stwierdzenie niemajątkowego charakteru sporu na etapie postępowania odwoławczego mogło – jeżeli sprawa w pierwszej instancji rozpoznawana była przez sąd rejonowy – skutkować nieważnością postępowania (art. 379 pkt 6 k.p.c.). W obecnym stanie prawnym, zgodnie z art. 17 pkt 4² k.p.c.¹⁶, wszelkie sprawy o uchylenie, stwierdzenie nieważności oraz ustalenie nieistnienia uchwał organów osób prawnych, w tym zwłaszcza spół-

¹² Zob. J. Szwaia (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaia, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 301–458*, Warszawa 2003, t. III, s. 1021 i n.

¹³ Postanowienie SN z 31 maja 2006 r., I CZ 42/06, LEX nr 188389.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Co do pojęcia interesu spółki w prawie polskim por. np. K. Bilewska, *Wyłączenie prawa poboru a interes spółki, glosa do wyroku SN z 13 maja 2004 r., V CK 452/03*, OSNC 2005, z. 5, poz. 89, MoP 2006, nr 14, s. 776–777; A. Opalski, *Rada nadzorcza...*, s. 150–160; J. Okolski, D. Wajda, *Zasada rządów większości i ochrona akcjonariuszy mniejszościowych wobec pojęcia „interesu spółki akcyjnej”* (w:) *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, Wrocław 2006, s. 748–755.

¹⁶ Art. 17 pkt 4² k.p.c. został wprowadzony ustawą z 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 235, poz. 1699), która weszła w życie 20 marca 2007 r.

łek kapitałowych, należą do właściwości sądów okręgowych. Mimo zmian legislacyjnych, w sprawach dotyczących uchwał organów spółek, dystynkcja na sprawy majątkowe i niemajątkowe zachowuje jednak swoje znaczenie z uwagi na inne przepisy kodeksu postępowania cywilnego. Należą do nich przede wszystkim art. 187 § 1 k.p.c., który ustanawia obowiązek oznaczenia wartości przedmiotu sporu, o ile sprawa ma charakter majątkowy, a także art. 398² § 1 k.p.c., który uzależnia dopuszczalność wniesienia skargi kasacyjnej w sprawie o prawa majątkowe od wartości przedmiotu zaskarżenia (minimum 75 000 zł).

Katarzyna Bilewska



**PYTANIA
I ODPOWIEDZI
PRAWNE**

Ewa Stawicka

Czy możliwe do naprawienia są podstawowe błędy formalne popełnione z winy fachowego pełnomocnika przy wnoszeniu skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego?

Tytułowe pytanie zostało postawione dosyć ogólnie, bo też udzielana tutaj, negatywna na nie odpowiedź, jest oparta o trzy rozstrzygnięcia Naczelnego Sądu Administracyjnego zapadłe w rozmaitych sytuacjach. Wszystkie trzy orzeczenia są dość niedawne, bo pochodzące z ostatnich tygodni 2006 roku.

Najprawdopodobniej tryb składania skarg do NSA w nieobowiązującym już od lat stanie prawnym, w którym nie istniały jeszcze wojewódzkie sądy administracyjne – spowodował kardynalny błąd pełnomocnika strony polegający na tym, że skargę kasacyjną od wyroku WSA wniósł on nie za pośrednictwem sądu pierwszoinstancyjnego, lecz złożył ją bezpośrednio do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Pismo zostało wprawdzie bezzwłocznie przesłane przez NSA według właściwości, lecz zanim trafiło do wojewódzkiego sądu administracyjnego – zdążył niestety upłynąć ustawowy trzydziestodniowy termin przewidziany procedurą na wniesienie środka zaskarżenia i z tego powodu został on odrzucony przez Naczelnny Sąd Administracyjny. Sąd drugiej instancji jednoznacznie stwierdził, że datą wniesienia skargi kasacyjnej jest dzień, w którym przesyłkę przekazano właściwemu sądowi rangi wojewódzkiej – i nie sposób sanować uchybienia twierdzeniem, jakoby możliwe było potraktowanie nadania jej na adres NSA jako czynności dokonanej z zachowaniem terminu. Postanowienie NSA pochodzi z 20 grudnia 2006 roku, nosi sygnaturę II FSK 1718/06. I jeżeli wolno byłoby pokusić się o najprostszą z możliwych, uboczną refleksję – to brzmiałaby ona następująco: przy nadawaniu ważnej korespondencji należy czuwać nad pracą sekretariatu czy praktykanta, samemu zaś warto tak organizować pracę, aby w miarę możliwości środki zaskarżenia ekspediowane były nawet i na kilka dni przed upływem końcowego terminu.

Innego rodzaju, choć równie podstawowej natury błąd stał się kanwą orzecz-

nia sygnowanego jako I FZ 548/06 (postanowienie z 18 grudnia 2006 r.). Skarga kasacyjna (w sprawie podatkowej) złożona została wprawdzie na właściwy adres i z zachowaniem terminu, lecz widniał pod nią podpis samej strony, nie zaś doradcy podatkowego. Wojewódzki Sąd Administracyjny odrzucił skargę jako wniesioną z pogwałceniem „przymusu adwokacko-radcowskiego” (w wypadku niektórych kategorii spraw rozciągniętego na doradców podatkowych oraz rzeczników patentowych).

Zażalenie na postanowienie o odrzuceniu wywiódł doradca podatkowy. Argumentował, że to on był autorem odrzuconej skargi, a nie położył pod nią swego podpisu tylko dlatego, iż znajdował się wówczas w złym stanie emocjonalnym spowodowanym śmiercią matki, które to osobiste zdarzenie pechowo zbiegło się z datą nadania środka odwoławczego.

Naczelnny Sąd Administracyjny życzliwie rozważył nawet to, na jakim papierze niefortunna skarga kasacyjna była sporządzona – i nie był to bynajmniej papier firmowy doradcy. Choć bowiem oczywiście nie istnieje obowiązek składania pism sądowych na firmowych blankietach czy na papierze ze specjalnym nadrukiem, to jednak taka okoliczność mogłaby chociażby uwiarygodnić twierdzenia zawarte w zażaleniu. Niestety, doradca podatkowy nie mógł się posłużyć również taką nikłą szansą, ponieważ skarga spisana była na zwykłym papierze, bez pieczętki.

W konkluzji NSA podsumował, że jedynie podpis złożony pod skargą kasacyjną potwierdza, z punktu widzenia sądu oceniającego jej dopuszczalność, że przy konstruowaniu tego środka brał udział, zgodnie z obowiązkiem ustawowym, uprawniony fachowy podmiot.

Zaprawiona triumfem refleksja, że taki właśnie błąd mógł się przytrafić członkowi innej grupy zawodowej dopuszczonej przez przepisy do występowania przed sądami administracyjnymi, nie powinna mimo wszystko mieć miejsca, ponieważ częste i u adwokatów stosowanie, z różnorodnych praktycznych przyczyn, prostego wybiegu polegającego na składaniu pism z podpisem samego klienta zawsze musi być poprzedzane uważnym sprawdzeniem, czy aby w danej sytuacji procesowej jest to w ogóle dopuszczalne.

I wreszcie trzeci kasus, w którym niewłaściwe zachowanie się pełnomocnika polegało na zaniechaniu dopełnienia czynności formalnej i pociągnęło za sobą nieodwracalne skutki w sferze uprawnień klienta.

Skarżący przed WSA uzyskał, w drodze prawa pomocy, prawo do pełnomocnika z urzędu. Tak ustanowiony pełnomocnik nie stawiał się na rozprawę przed wojewódzkim sądem administracyjnym. Wyrok pierwszej instancji był niekorzystny dla strony – jej skarga została oddalona. Pełnomocnik najprawdopodobniej nie zainteresował się jednak w ogóle losem postępowania, nie złożył bowiem wniosku o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia orzeczenia. Sam skarżący poniewczasie uzyskał informację telefoniczną z sądu, że czynności tej adwokat nie dopełnił – i wówczas sam złożył wniosek o przywrócenie terminu oraz zażądał spisania i przesłania odpisu motywów. Decyzja WSA była negatywna – sąd stwier-

dził, że nienależyte wypełnianie funkcji przez fachowego pełnomocnika z urzędu nie zwalnia strony od skutków powstałych wskutek tego zaniedbania. Na postanowienie oddalające wniosek o przywrócenie terminu wpłynęło zażalenie. Naczelny Sąd Administracyjny podtrzymał jednakże stanowisko sądu pierwszoinstancyjnego. NSA poszerzył przy tym znacznie argumentację. Stwierdził mianowicie, że wskutek ustanowienia wykwalifikowanego pełnomocnika strona zostaje niejako zwolniona od osobistych starań o dopełnienie wymogów formalnych. Jeżeli więc dojdzie na przykład do bezskutecznego upływu terminu zakreślonego na czynność procesową z przyczyny choroby – to jedynie zły stan zdrowia pełnomocnika (a już nie – samej strony) stanowić będzie podstawę do rozważań, czy terminu tego nie da się przywrócić. Skoro zaś – jak w omawianej sprawie – strona nawet nie posiadała informacji, z jakiego powodu adwokat nie złożył wniosku o uzasadnienie, to ona sama nie ma żadnej możliwości przywrócenia naruszonego terminu. Przepisy prawa o adwokaturze – stwierdził dalej Naczelny Sąd Administracyjny – przewidują możliwość udzielenia substytucji wtedy, gdy ustanowiony w sprawie członek palestry doznaje przeszkody w dokonaniu jakiejś czynności. Strona zaś ponosi konsekwencje nieskorzystania przez pełnomocnika z ewentualności posłużenia się zastępcą. Natomiast odpowiedzialność pełnomocnika za brak należytej staranności w reprezentacji strony może być przedmiotem oceny w toku innych zupełnie postępowań – podsumował swe stanowisko Naczelny Sąd Administracyjny (postanowienie, o sygnaturze II OZ 1206/06, nosi datę 16 listopada 2006 r.).

Zbigniew Strus

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna

Prawo materialne

1. PRAWA AUTORSKIE I POKREWNE

W wyroku z 3 stycznia 2007 r. IV CSK 303/06, Sąd Najwyższy rozstrzygał kwestię dodatkowego wynagrodzenia dla twórców z tytułu reemisji w sieci kablowej utworów stanowiących składnik utworu audiowizualnego i sformułował następującą tezę:

„1. Art. 70 ust. 2 pkt 3 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (...) nie daje podstaw do żądania przez twórców (reprezentujących ich organizację zbiorowego zarządzania prawami autorskimi) dodatkowego wynagrodzenia za reemitowanie w sieci kablowej utworów stworzonych lub włączonych do utworu audiowizualnego na mocy umowy z producentem,

2. zakresem kognicji Komisji Prawa Autorskiego objęte są również spory dotyczące warunków umowy pomiędzy operatorem telewizji kablowej a organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi”.

Spór w tej sprawie powstał na tle wysokości wynagrodzenia a nie zasady, ponieważ pozwany operator sieci kablowej przez pewien okres płacił je według zatwierdzonych stawek. Skoro jednak pozwany wypowiedział umowę i doszło do procesu, z korzystnym wyrokiem dla powoda (organizacji zbiorowego zarządzania), w skardze kasacyjnej użyte zostały argumenty dużego kalibru, w tym niedopuszczalności (przejściowej) drogi sądowej, ze względu na kompetencje Komisji Prawa Autorskiego powołanej do rozstrzygania sporów związanych z zawarciem umowy. Sąd Najwyższy stwierdził najpierw, że ze względu na dyrektywę WE nr 93/83 z 27 września 1993 r. należy rozszerzająco wyklądać pojęcie takich sporów, rozciągając je również na treść umowy, która ma być zawarta. Po wtóre, Sąd Najwyższy zdystansował się od koncepcji przejściowej niedopuszczalności

drogi sądowej, mimo niekwestionowanej kompetencji Komisji do rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu administracyjnym. Po trzecie, z faktu nabycia przez producenta praw do utworu audiowizualnego (domniemanie w art. 70 ust. 1) wynika, że producent utworu stanowiącego część tamtej całości (tzw. utwór wkładowy) nie może tą częścią rozporządzać, a powodowa organizacja zbiorowego zarządzania nie może powoływać się na domniemanie z art. 105 pr. aut., gdyż twórców całości reprezentuje Stowarzyszenie Filmmowców Polskich. Wreszcie, reemisja nie jest obecnie nadawaniem w rozumieniu art. 70 ust. 2 pr. aut.

2. ODPOWIEDZIALNOŚĆ SKARBU PAŃSTWA ZA SZKODY WYRĄDZONE PRZEZ FUNKCJONARIUSZA

Nie ma obfitego orzecznictwa do art. 422 k.c., tym bardziej zasługuje na uwagę wyrok z 23 stycznia 2007 r., III CSK 338/06 wyrażający pogląd, że „**Art. 422 k.c. nie obejmuje osoby, która pomogła w ukryciu szkody już wyrządzonej przez sprawcę, chyba że osoba ta jeszcze przed wyrządzeniem szkody zapewniła sprawcę o gotowości udzielenia pomocy do jej ukrycia, lub świadomie skorzystała z tej szkody**”. Krótko mówiąc, według oceny składu orzekającego, poplecznictwo nie jest objęte hipotezą art. 422 k.c., natomiast jest objęte pomocnictwo. Sąd Najwyższy zastrzega jednak, że zagadnienie jest sporne i wskazuje w uzasadnieniu orzeczenia opowiadające się za jedną lub drugą ewentualnością.

3. PRAWO RZECZOWE. ROSZCZENIA MIĘDZY WŁAŚCICIELEM A POSIADACZEM NIERUCHOMOŚCI

Wyrok z 23 stycznia 2007 r., III CSK 278/06 dotyczy roszczeń b. właściciela gruntu przeciw Skarbowi Państwa o wynagrodzenie za korzystanie w przeszłości z pasa gruntu stanowiącego drogę publiczną upaństwowionego na podstawie art. 73 ust. 1 ustawy z 13 października 1998 r. – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz.U. Nr 133, poz. 872 ze zm.). W uchwale składu 7 sędziów SN, III CZP 19/05, OSNC 2006, z. 12, poz. 195, dopuszczono możliwość rozliczeń za okres wcześniejszy.

Sąd Apelacyjny rozstrzygając spór o odszkodowanie za bezumowne korzystanie z gruntu przez Skarb Państwa uwzględnił zarzut przedawnienia na podstawie art. 229 k.c., uznając że nabycie własności przez Skarb Państwa *ex lege*, z dniem 1 stycznia 1999 r., jest „zwrotem rzeczy”, o którym mowa w tym przepisie.

Sąd Najwyższy nie podzielił tej wykładni, formułując następującą tezę: „**Art. 229 k.c. nie ma zastosowania do roszczeń b. właściciela nieruchomości zajętej przez Skarb Państwa pod drogę publiczną o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy, dochodzonego po nabyciu przez dotychczasowego posiadacza własności tej nieruchomości na podstawie art. 73 ust. 1 ustawy z 13 października 1998 r. (...)**”.

4. ZOBOWIĄZANIA. ZALICZANIE SPEŁNIONEGO ŚWIADCZENIA PIENIĘŻNEGO

Wyrok z 17 stycznia 2007 r., II CSK 412/06 rozstrzyga w przedmiocie zaliczenia spełnionego świadczenia, w razie istnienia kilku długów głównych i milczenia dłużnika oraz wierzyciela: „W razie kilku długów głównych niezarachowanie świadczenia przez dłużnika i wierzyciela w sposób i w terminach określonych w art. 451 § 1 i 2 k.c. skutkuje zaliczeniem go na poczet długu najwcześniej wymagalnego”.

Prawo procesowe

1. PREKLUZJA DOWODOWA

Stosowanie surowych reguł tzw. prekluzji dowodowej, zwłaszcza w postępowaniu w sprawach gospodarczych nie należy do zadań łatwych. Kolidują dwóch dóbr: koncentracji materiału w sprawie i prawdy materialnej, jest nieunikniona, stąd pojawiające się próby wychodzenia ze zbyt ciasnego gorsetu, narzuconego nowelizacją k.p.c. w ustawie z 24 maja 2000 r.¹. Z nutą rezygnacji można stwierdzić, że życie gospodarcze (jego tempo wymuszane konkurencją) stwarza zapotrzebowanie na szybkie rozstrzygnięcia sporów poprawne formalnie, w których o wyniku w znacznej mierze decyduje już tylko biegłość pełnomocników. Z drugiej strony, ustawodawca nie usunął z kodeksu przepisów dających sądowi uprawnienia do działania z urzędu. Dochodzi zatem do wydawania kolejnych orzeczeń akcentujących rygoryzm, bądź przypominających uprawnienia sądu pozwalające pominąć jego skutki. Zbiegu art. 479¹² § 1 k.p.c. i art. 232 k.p.c. dotyczy np. wyrok z 22 lutego 2006 r., III CK 341/05 z następującą tezą: **„Nie jest wyłączone dopuszczenie przez sąd z urzędu – na podstawie art. 232 zdanie drugie k.p.c. – dowodu, który nie może być powołany przez stronę na podstawie art. 479¹² § 1 k.p.c.”**.

W uzasadnieniu, skład orzekający opowiedział się za dość istotnym rozszerzeniem kompetencji sądu w zakresie zbierania materiału dowodowego poza przyjmowaną już wcześniej triadą: koluzji, zamiaru obejścia prawa przez strony lub wyjątkowej nieporadności (tak w wyroku z 20 grudnia 2005 r., III CK 121/05 – niepubl.). W głosie do wyroku z 22 lutego 2006 r. oraz wyroku z 23 marca 2006 r. wyrażającego zapatrywanie o niedopuszczalności uwzględnienia przez sąd drugiej instancji dowodu przeprowadzonego z naruszeniem zasady prekluzji, autor² przedstawia racje usprawiedliwiające jeden albo drugi kierunek rozwiązań praktyki.

2. UZNANIE WYROKU ZAGRANICZNEGO SĄDU POLUBOWNEGO

W sprawie zakończonej postanowieniem z 18 stycznia 2007 r., I CSK 330/06 rozpoznawano skargę kasacyjną od postanowienia Sądu Apelacyjnego, wydanego na skutek apelacji wniesionych od postanowienia Sądu Okręgowego w przedmiocie uznania wyroku zagranicznego Trybunału Arbitrażowego. Jedną z apelacji była wniesiona przez interwenienta głównego. Łatwo przewidzieć, że w takim wypadku ujawniły się różnorakie zagadnienia; kwestionowano więc dopuszczalność skargi kasacyjnej, podmiotowy zakres uczestnictwa oraz ważność postępowania przed sądem pierwszej instancji – ze względu na zmianę sędziego sprawozdawcy podczas ostatniego posiedzenia, poprzedzającego wydanie postanowienia co do istoty sprawy.

Sąd Najwyższy uchylił zaskarżone postanowienie i postanowienie sądu pierwszej instancji oraz zniósł te postępowania, a sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, rozstrzygając również nasuwające się zagadnienia, w sposób następujący:

1. Skarga kasacyjna w sprawie o uznanie wyroku zagranicznego sądu polubownego jest dopuszczalna,

¹ O formalności prawa: M. Matczak, *Formalność prawa a formalizm w jego stosowaniu*, „Przegląd Sądowy” 2007, z. 4, s. 21 i n.

² A. Jakubecki, *Glosa*, OSP 2007, z. 4, s. 47–48.

2. z art. 323 k.p.c. wynika, że sędzia musi wziąć udział w całej rozprawie bezpośrednio poprzedzającej wydanie orzeczenia;

3. w postępowaniu o uznanie zagranicznego orzeczenia mają prawo wziąć udział wszystkie podmioty, które uczestniczyły w postępowaniu przed sądem zagranicznym w charakterze strony lub uczestnika postępowania, ale przepisy o interwencji nie mają zastosowania.

3. POSTĘPOWANIE W SPRAWIE O OCHRONĘ ZNAKU TOWAROWEGO

Prawo z rejestrowanego znaku towarowego może przysługiwać w razie rejestracji wspólnotowego znaku lub ochronnego prawa krajowego. Ponieważ są to tytuły autonomiczne względem siebie i chronione odrębnie, powstaje pytanie, czy w razie identyczności tych znaków i wytoczenia takiego samego roszczenia, ma zastosowanie przepis art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c.? Gdyby odpowiedź była przecząca mogłoby dojść do wydania wyroków zupełnie odmiennej treści. Trudność rozstrzygnięcia na podstawie wykładni językowej miarodajnego dla znaku wspólnotowego aktu normatywnego, tj. rozporządzenie Rady WE nr 40/94 z 20 grudnia 1993 r. w sprawie wspólnotowego znaku towarowego, powiększa tłumaczenie art. 105 ust. 3 tego rozporządzenia na język polski unikające sformułowania o „odrzuconiu pozwu”. W wersji polskiej sąd „oddala powództwo”, podczas gdy np. w jęz. angielskim użyto zwrotu „to reject”.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z 11 stycznia 2007 r., V CSK 388/06 odstąpił od wykładni językowej, wypowiadając zapatrywanie, że „**Przedmiotowa tożsamość roszczeń w rozumieniu art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. zachodzi wówczas, gdy między tymi samymi stronami, przed dwoma polskimi sądami toczą się dwa odrębne postępowania, w których powód występuje przeciw pozwanemu z identycznymi roszczeniami, z tytułu naruszenia prawa do identycznych znaków towarowych, z których jeden jest chroniony prawem z rejestracji wspólnotowego znaku towarowego, a drugi krajowym prawem ochronnym na znak towarowy**”.

4. DROGA SĄDOWA

Nie wymaga uzasadnienia teza, że rynkowy ustrój ekonomiczny nie eliminuje znaczenia środków publicznych w życiu jednostek, jak można by mniemać. W takich wypadkach rodzą się wątpliwości, na jakiej drodze należy rozstrzygać spory o zasadę lub wysokość oczekiwanej (żądaney) kwoty. Skarga kasacyjna w sprawie sygn. V CSK 388/08 rozstrzygnięta wyrokiem z 4 stycznia 2007 r. dotyczyła sporu o kwotę refundacji ceny leków sprzedawanych przez aptekę, ubezpieczanym zdrowotnie osobom. Źródłem roszczenia apteki był art. 63 ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej, finansowanych ze środków publicznych. Nawiasem mówiąc, apteka przelała tę wierzytelność na dostawcę leków w celu zwolnienia się z długu.

SN uznał, mimo publicznego charakteru unormowania dotyczącego dystrybucji środków gromadzonych z ubezpieczenia zdrowotnego, że „**droga sądowa w tego rodzaju sprawie jest dopuszczalna, a należność wobec NFZ miała charakter zbywalnej wierzytelności**”.

5. ZARZĄDCA WSPÓŁWŁASNOŚCI

Sąd Okręgowy rozpoznający zażalenie na postanowienie zobowiązujące zarządcę „masy spadkowej” do wypłacenia uczestnikom postępowania określonej kwoty nadwyżki docho-

dów, powziął wątpliwości, czy takie postanowienie wydane na podstawie art. 613 k.p.c. podlega zaskarżeniu apelacją (art. 518 zdanie 1 k.p.c.) czy zażaleniem. Zastanawiające, dlaczego masą spadkową nie zarządzał kurator (art. 667 § 2 k.p.c.), ale to pytanie, z braku danych trzeba pozostawić na uboczu i przyjąć, że w sprawie chodziło o zarząd ustanowiony na podstawie art. 203 k.c.

Uchwała z 21 listopada 2006 r., III CZP 49/06 wyjaśniła, że „**Postanowienie sądu pierwszej instancji, wydane na podstawie art. 613 k.p.c., zobowiązujące zarządcę do wypłacenia określonej kwoty tytułem nadwyżki dochodów, jest orzeczeniem co do istoty sprawy w rozumieniu art. 518 k.p.c., od którego przysługuje apelacja**”.

Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego

**Uchwała składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego
z 8 stycznia 2007 r., sygn. akt: I FPS 1/06**

Tezy:

1. Sąd administracyjny – sprawując kontrolę działalności administracji publicznej, w sprawach skarg na decyzje administracyjne, wydane na podstawie art. 14b § 5 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.) – jest obowiązany do kontroli takich decyzji również z punktu widzenia poprawności merytorycznej dokonanych w nich interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania prawa podatkowego.

2. Opłata roczna z tytułu użytkowania wieczystego gruntów, ustanowionego przed dniem 1 maja 2004 r., gdy taka czynność nie podlegała podatkowi od towarów i usług, po wejściu w życie ustawy z 11 marca 2004 r. w sprawie podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) ani nie zawiera w sobie należnego podatku, ani też nie powinna być powiększona o taki podatek na podstawie przepisów tej ustawy.

Z uzasadnienia do uchwały:

Z poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych wynika, że Starosta Powiatowy w G., zwany dalej w skrócie: „Starostą”, wnioskiem z 27 stycznia 2005 r., wystąpił do Naczelnika Urzędu Skarbowego w G. o udzielenie pisemnej interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania prawa podatkowego w sprawie indywidualnej. We wniosku Starosta podał, że w związku z wejściem w życie ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), dalej: „ustawa o VAT”, powstał ustawowy obowiązek naliczania 22 procent podatku VAT od opłat rocznych z tytułu użytkowania wieczystego gruntów Skarbu Państwa, wynikających z art. 71 ust. 1 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603 ze zm.). Starosta zwrócił się do organu podatkowego z zapytaniem, czy do ustalonej przed tą datą, na podstawie operatu szacunkowego, opłaty rocznej należy doliczyć podatek VAT, czy też naliczona opłata roczna powinna być pomniejszona o ten podatek.

Zdaniem wnioskodawcy podatek należy doliczyć do opłaty.

Naczelnik Urzędu Skarbowego uznał stanowisko wnioskodawcy za nieprawidłowe. Organ podatkowy wskazał, że od 1 maja 2004 r. ustanowienie użytkownika wieczystego stanowi świadczenie usług w rozumieniu art. 8 ust. 1 ustawy o VAT, opodatkowane według stawki określonej w art. 41 ust. 1 ustawy o VAT (22 procent).

W konkluzji Naczelnik Urzędu Skarbowego stwierdził, że ustalona kwota należności opłaty rocznej jest kwotą brutto, z której należy wyodrębnić kwotę netto i kwotę podatku VAT.

Na to postanowienie Starosta wniósł zażalenie do Dyrektora Izby Skarbowej w W. W uzasadnieniu zażalenia podniósł, że art. 72 ustawy o gospodarce nieruchomościami nie dopuszcza możliwości zmniejszenia naliczonych opłat rocznych za użytkowanie wieczyste o kwoty podatku od towarów i usług naliczone według stawki 22 procent.

Dyrektor Izby Skarbowej w W. decyzją z 16 maja 2005 r. utrzymał w mocy postanowienie Naczelnika Urzędu Skarbowego w G. Organ nie uwzględnił zażalenia Starosty, bowiem podzielił w pełni stanowisko organu I instancji.

Decyzja Dyrektora Izby Skarbowej stała się przedmiotem skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

Wojewódzki Sąd Administracyjny uchylił zaskarżoną decyzję, uznając że została wydana z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy o VAT.

Sąd podzielił stanowisko organów podatkowych, że ustanowienie prawa użytkowania wieczystego jest usługą, a opłaty z tego tytułu podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług jako kwoty należne z tytułu dostawy usług. Zakwestionował jednakże, tezę Dyrektora Izby Skarbowej o możliwości aktualizacji opłaty rocznej w ten sposób, aby obejmowała należny podatek.

W ocenie Sądu organy nie wzięły pod uwagę, że art. 29 ust. 1 ustawy o VAT realizuje na gruncie prawa polskiego zasadę konsumpcyjnego charakteru podatku od towarów i usług. Unormowanie w nim zawarte skutkuje przerzuceniem ciężaru ekonomicznego podatku na konsumenta – nabywcę, który będąc ostatnim ogniwem obrotu zapłaci cenę z zawartym w niej podatkiem.

W konkluzji Sąd przesądził, że podatek od towarów i usług, jako podatek obciążający konsumenta, powinien być doliczany do opłat za użytkowanie wieczyste, których wysokość, wynikająca z przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami, winna być traktowana jako wartość netto.

W skardze kasacyjnej Dyrektor Izby Skarbowej wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną Starosta wniósł o jej oddalenie. Wątpliwości składu orzekającego rozpoznającego skargę kasacyjną skupiły się na dwóch kwestiach.

Pierwszą z nich jest ustalenie granic kontroli sądowoadministracyjnej tych decyzji, na co wskazują rozbieżne poglądy doktryny.

W tej mierze skład orzekający, rozpoznający skargę kasacyjną, przedstawił szerzej dwie głosy do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z 28 czerwca 2005 r. – I SA/Bd 276/05 (aprobującą autorstwa B. Brzezińskiego i M. Masternaka – OSP 2006, z. 6, poz. 67, s. 314 oraz krytyczną Z. Kmiecika – Glosa 2006, nr 1, s. 125 i n.), wskazując, że zasadniczo oddają one istotę sporu w tym przedmiocie.

Według pierwszej z nich, akty wydawane przez organy podatkowe w sprawach interpretacji przepisów prawa podatkowego – mimo nadania im przez ustawę formy postanowienia oraz decyzji – nie są typowymi aktami administracyjnymi.

Przedmiotem interpretacji wydawanych przez organy podatkowe jest zakres i sposób zastosowania prawa podatkowego w sprawach indywidualnych podatników, płatników, inkasentów, następców prawnych oraz osób trzecich odpowiedzialnych za zaległości podatkowe. Polega to na wyjaśnieniu znaczenia przepisów prawnych oraz wyrażeniu stanowiska organu podatkowego co do tego, w jaki sposób należy zastosować przepisy prawa podatkowego w sprawie indywidualnej. Nie jest więc to władcze rozstrzygnięcie sprawy podatkowej i nie ma charakteru stosowania prawa, a organ podatkowy nie orzeka bezpośrednio o prawach lub obowiązkach zindywidualizowanego podmiotu w konkretnej sprawie, lecz jedynie przedstawia swój pogląd dotyczący rozumienia treści przepisów prawa podatkowego. Niczego w tej mierze nie zmienia nadanie interpretacji formy postanowienia.

Druga natomiast akcentuje, że kontrola decyzji dotyczących wiążących interpretacji prawa podatkowego stwarzałaby w istocie złudzenie ochrony prawnej. Sąd administracyjny nie może ograniczać zakresu formułowanych ocen tylko do kwestii trybu i terminu podjęcia zaskarżonego aktu. Jest obowiązany wytknąć błąd wykładni, który przecież prowadzi do zajęcia stanowiska niezgodnego z prawem. Nie przybiera ono wprawdzie postaci stosowania prawa (decyzji podatkowej), ale określa sytuację prawną podatnika, a tym samym musi być odbierane jako zapowiedź wyciągnięcia konsekwencji prawnych w razie niezastosowania się do wykładni.

W przekonaniu składu orzekającego Naczelnego Sądu Administracyjnego zarysowane w tych głosach wątpliwości oraz rozbieżne orzecznictwo wojewódzkich sądów administracyjnych w pełni uzasadniają przedstawienie składowi siedmiu sędziów do rozpoznania następującego zagadnienia prawnego:

Czy sąd administracyjny, orzekając w sprawie skargi na decyzję administracyjną, wydaną na podstawie art. 14b § 5 Ordynacji podatkowej w przedmiocie udzielenia przez organ podatkowy interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania prawa podatkowego na pisemny wniosek podatnika, płatnika lub inkasenta – jest obowiązany do kontroli poprawności wydania takiej interpretacji również w zakresie merytorycznej oceny dokonanej wykładni co do zakresu i sposobu zastosowania prawa podatkowego.

Prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o udzielenie na pierwsze pytanie odpowiedzi, że sąd administracyjny jest obowiązany do kontroli merytorycznej poprawności interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania prawa podatkowego. Natomiast drugie zagadnienie – zdaniem wspomnianego prokuratora – należy rozstrzygnąć w ten sposób, że opłata roczna z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej, ustanowionej przed dniem 1 maja 2004 r., nie obejmuje kwoty należnego podatku od towarów i usług i nie jest kwotą należną w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy o VAT, bowiem użytkowanie wieczyste ustanowione przed wejściem w życie tej ustawy nie podlegało opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług.

Rozstrzygając przedstawione zagadnienia prawne, skład siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego zważył, co następuje:

Sąd uwzględniając skargę na decyzję lub postanowienie uchyla je w całości lub części, jeżeli stwierdzi: a) naruszenie prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy, b) naruszenie prawa dające podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego, c) inne naruszenie przepisów postępowania, jeżeli mogło ono mieć wpływ na wynik sprawy.

Kontrola sądowa musi być dokonywana we wszystkich trzech wyżej wymienionych płaszczyznach. Wyeliminowanie którejkolwiek z nich czyniłoby ją ułomną i to w sposób, który godziłby w konstytucyjne prawo do sądu, określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Temu obowiązkowi nie czyniłoby zadość jedynie ustalenie, że np. interpretacja została wydana w terminie i w prawidłowej formie bez badania jej poprawności. W takiej sytuacji kontrola sądownoadministracyjna byłaby iluzoryczna, co stawiałoby pod znakiem zapytania jej sens.

W konsekwencji, pierwsze z przedstawionych przez skład orzekający zagadnień należy rozstrzygnąć w ten sposób, że sąd administracyjny jest obowiązany do kontroli takich decyzji również z punktu widzenia poprawności merytorycznej dokonanych w nich interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania prawa podatkowego.

Skład orzekający NSA, przedstawiając drugie zagadnienie do rozpatrzenia przez skład rozszerzony trafnie zauważył, że określenie podstawy opodatkowania czynności spornej w rozpoznawanej sprawie wymaga przesądzenia dwóch wstępnych zagadnień.

Po pierwsze, czy organ administracji publicznej – Starosta, który pobiera opłaty roczne z tytułu przekazania w użytkowanie wieczyste nieruchomości gruntowych należących do Skarbu Państwa można uznać za podatnika podatku od towarów i usług w świetle art. 15 ust. 6 ustawy o VAT? Przepis ten, wdrażający do systemu prawa krajowego art. 4[5] VI Dyrektywy Rady UE, stanowi bowiem, że nie uznaje się za podatnika organów władzy publicznej oraz urzędów obsługujących te organy w zakresie realizowanych zadań nałożonych odrębnymi przepisami prawa, dla realizacji których zostały one powołane, z wyłączeniem czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych.

Stanowisko składu orzekającego, że w przypadku czynności, której opodatkowanie stanowi przedmiot sporu w tej sprawie, mamy do czynienia z czynnością cywilnoprawną, poddaną reżimowi prawa prywatnego, z uwagi na regulację prawną dotyczącą instytucji użytkowania wieczystego zawartą w tytule II Księgi drugiej k.c., jak również w ustawie o gospodarce nieruchomościami, nie budzi wątpliwości.

Po drugie, należy rozważyć czy opodatkowana czynność polegająca na odpłatnym oddaniu nieruchomości Skarbu Państwa w użytkowanie wieczyste stanowi dostawę towarów, w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy o VAT, czy też świadczenie usług, o którym mowa w art. 8 ust. 1 tej ustawy.

Zdaniem Sądu, jeżeli mamy do czynienia z przeniesieniem (ustanowieniem) prawa do rozporządzania użytkowaniem wieczystym, które to prawo rzeczowe na nieruchomości w ustawie o VAT nie zostało uznane za rzecz, to ustanowienia tego prawa nie można uznać za dostawę towarów w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy o VAT, a tym samym należy je kwalifikować jako świadczenie usług.

Z tych wszystkich względów oraz na podstawie art. 15 § 1 pkt 3, art. 264 § 1 i 2 w zw. z art. 187 § 1 i 2 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi Naczelny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów powziął uchwałę o treści wskazanej na wstępie.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 11 lipca 2006 r., sygn. akt: I SA/Łd 52/06

Zagadnienie prawne:

Organy podatkowe, tak jak inne organy państwa mają obowiązek stosowania przepisów prawa, a więc również dokonywania jego wykładni (art. 7 Konstytucji RP i art. 120 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa – Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.).

Żaden przepis prawa nie uzależnia możliwości wydania decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego od wcześniejszego dokonania przez Ministra Finansów wykładni przepisów dotyczących tego zobowiązania (to do organów podatkowych

należy wydawanie decyzji w przedmiocie zobowiązania podatkowego, gdy stwierdzą nieprawidłowe jego wyliczenie przez podatnika – art. 21 § 3 Ordynacji podatkowej).

Z uzasadnienia wyroku:

Wobec niedokonania korekty zeznania w postępowaniu sprawdzającym Naczelnik Urzędu Skarbowego w K. wszczął w stosunku do małżonków Grażyna i Zenona R. postępowanie podatkowe i w dniu 29 lipca 2005 r. wydał decyzję, w której określił im wysokość zobowiązania w podatku dochodowym od osób fizycznych za rok 2004 w kwocie 1261,30 zł. Organ podatkowy ustalił, iż małżonkowie gromadzili oszczędności na rachunku oszczędnościowo-kredytowym w jednym banku, prowadzącym kasę mieszkaniową. W 2001 r. oszczędności zgromadzone na tym rachunku przenieśli na rzecz syna, a następnie w tym samym roku rozpoczęli oszczędzanie na innym rachunku. W wyniku kontroli dokonywanych z tego tytułu odliczeń od podatku za lata 2001–2003 ustalono, iż limit odliczeń został przez podatników wyczerpany w 2003 r. Za rok 2004 nie przysługiwało im zatem odliczenie w wysokości poniesionych wydatków na systematyczne gromadzenie oszczędności. Mogli w zeznaniu rocznym uwzględnić tylko tę część odliczeń za lata ubiegłe, która nie znalazła pokrycia w podatku za lata poprzednie.

W odwołaniu od tej decyzji małżonkowie Grażyna i Zenon R. zarzucili, iż zaskarżona decyzja narusza art. 27a ust. 14 w zw. z ust. 12 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2000 r. Nr 14, poz. 176 ze zm.) poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie.

W ocenie strony uznać należało, iż skoro odliczenia dokonane przez rodziców pomniejszają ulgę syna, to nie mogą jednocześnie obciążać limitów przysługujących rodzicom.

Decyzją z 25 listopada 2005 r., której adresatem byli oboje małżonkowie R. Dyrektor Izby Skarbowej w Ł. utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję wskazując, że Małżonkowie R. zawarli umowę o kredyt kontraktowy, o którym mowa w powołanym wyżej przepisie w grudniu 1998 r. w Kasie Mieszkaniowej BPH S.A. W grudniu 2001 r. przenieśli uprawnienia do tego rachunku na syna i jednocześnie w tym samym miesiącu założyli nowy rachunek, ponownie rozpoczynając oszczędzanie. W latach 1992–2003, jak wyliczył organ podatkowy I instancji w ramach tzw. dużej ulgi budowlanej podatnicy wykorzystali kwotę 35 910 zł. Wbrew informacjom zawartym w załączniku do zeznania rocznego za 2004 r. w roku tym nie przysługiwał im limit odliczeń, został on bowiem wyczerpany przez nich w 2003 r.

Dyrektor Izby Skarbowej wyjaśnił przy tym, iż ulga z tytułu systematycznego oszczędzania w kasie mieszkaniowej włączona jest w łączny limit dużej ulgi mieszkaniowej, który zgodnie z art. 27a ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych był liczony narastająco od wejścia w życie ustawy na lata 1992–2004 jako iloczyn kwoty 70 m² powierzchni użytkowej i wskaźnika przeliczeniowego 1 m² powierzchni budynku mieszkalnego, ustalonego dla celów obliczania premii gwarancyjnej od wkładów oszczędnościowych na książeczkach mieszkaniowych za III kwartał roku poprzedzającego rok podatkowy. Jeżeli więc podatnik korzystał z odliczeń z tytułu systematycznego gromadzenia oszczędności wyłącznie na jednym rachunku oszczędnościowo-kredytowym i w jednym banku prowadzącym kasę mieszkaniową, a następnie przeniósł uprawnienie do tego rachunku na rzecz dzieci własnych lub przysposobionych, to przysługujący mu limit odliczeń pomniejsza się o kwoty odliczeń dokonanych z tego tytułu. Prawidłowo zatem, wyliczając limit należny podatnikom z tytułu dużej ulgi mieszkaniowej organ I instancji uwzględnił odliczenia dokonane z tytułu oszczędzania na rachunku, z którego uprawnienia przekazali następnie synowi.

Skargę na powyższą decyzję złożył Zenon R. Zarzucił, iż decyzja ta narusza prawo materialne, w szczególności art. 2a ust. 14 w zw. z ust. 12 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

W ocenie strony skarżącej ustalenia dokonane przez organy są wzajemnie sprzeczne. Z jednej strony bowiem przyjęto, iż przekazując uprawnienia z rachunku na rzecz syna podatnik nie był zobowiązany doliczyć do podatku za rok, w którym nastąpiło to zdarzenie, dokonanych z tytułu systematycznego oszczędzania odliczeń, jednocześnie zaś winien o te kwoty zmniejszyć przysługujący mu limit.

Dyrektor Izby Skarbowej wniósł o oddalenie skargi, podtrzymując zajęte stanowisko.

Wojewódzki Sąd Administracyjny zważył, co następuje: Skarga jest zasadna, chociaż z innych przyczyn niż w niej wskazane.

Sąd administracyjny, rozpoznając sprawę jako sąd I instancji nie jest jednak związany zarzutami, wnioskami i podstawą prawną podaną w skardze. Granice kontroli legalności działań organów administracji publicznej wyznaczają jedynie granice danej sprawy oraz zakaz orzekania na niekorzyść strony wnoszącej skargę poza wypadkiem, gdy stwierdzone naruszenie skutkowałoby stwierdzeniem nieważności aktu lub czynności.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych małżonkowie podlegają odrębnemu opodatkowaniu od osiągniętych przez nich dochodów. Jeżeli istnieje między nimi wspólność majątkowa i pozostawali w związku małżeńskim przez cały rok podatkowy, mogą na wspólny wniosek, złożony we wspólnym zeznaniu podatkowym podlegać opodatkowaniu łącznie od sumy swoich dochodów.

W postępowaniu sądownoadministracyjnym wyszła na jaw okoliczność (nieznana wcześniej organom podatkowym), iż Grażyna R. zmarła w dniu 17 września 2005 r., w toku postępowania odwoławczego. Nie było zatem dopuszczalne wydanie decyzji ostatecznej przez Dyrektora Izby Skarbowej na imię obojga małżonków. Śmierć strony w toku postępowania obligowała organ odwoławczy do zawieszenia postępowania. Postępowanie w tej sprawie (zarówno w przypadku określenia zobowiązania, jak też stwierdzenia nadpłaty) nie stało się bezprzedmiotowe, winno się zaś dalej toczyć z udziałem spadkobierców Grażyny R. (art. 102 § 2 w zw. z art. 97 § 1 Ordynacji podatkowej). Dopiero po ich ustaleniu w postępowaniu spadkowym, postępowanie podatkowe mogło być kontynuowane (art. 205a § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej).

Spadkobiercy winni zostać wtedy powiadomieni przez organ o stanie sprawy, w tym o złożonym przez Grażynę R. odwołaniu (art. 103 § 1 Ordynacji podatkowej). Z tego już tylko względu – kontynuowania i zakończenia decyzją ostateczną postępowania po śmierci jednej ze stron bez udziału jej spadkobierców zasadne jest uchylene zaskarżonej decyzji na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. „b” ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

Decyzja podlega także uchyceniu z powodu błędnego ustalenia przez organy podatkowe stanu faktycznego w zakresie wysokości odliczeń, z których w ramach tzw. dużej ulgi budowlanej skorzystali małżonkowie R. w latach 1998–2004.

Wysokość odliczeń za lata 1998–2004 przyjęta przez organy podatkowe nie odpowiadała wysokości rzeczywistej, co mogło mieć wpływ na wysokość określonego przez organy podatkowe zobowiązania bądź nadpłaty. Również i z tych względów zaskarżona decyzja podlega uchyceniu na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. „c” ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

ADWOKAT W ORZECZNICTWIE SN

Zdzisław Krzemiński

Adwokat w orzecznictwie Sądu Najwyższego (Izba Cywilna 2005–2007)¹

I. Apelacja

1. „Apelacja sporządzona przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego, niespełniająca tylko wymagań szczególnych określonych w pkt 1–3 i 5 art. 368 § 1 k.p.c. podlega odrzuceniu bez wzywania do usunięcia tych braków (art. 370 k.p.c.)”.

Uchwała SN z 19 kwietnia 2006 r., II PZP 1/06 OSN, z. 17–18/06, poz. 260.

Identyczna teza głoszona jest przez orzeczenie SN z 16 stycznia 2006 r., II PZ 60/05 – OSN, z. 1–2/2007, poz. 15. To rygorystyczne stanowisko SN opiera się na kategoriycznym brzmieniu art. 368 § 1 pkt 1–3 i 5 k.p.c. Wymieniony tekst zawiera następujące wymogi:

- a) oznaczenie wyroku, od którego apelacja jest wniesiona, ze wskazaniem, czy jest ona zaskarżona w całości czy w części,
- b) zwięzłe przedstawienie zarzutów,
- c) uzasadnienie tych zarzutów,
- d) wniosek o zmianę lub uchylenie wyroku z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany lub uchylenia.

Wprowadzony do k.p.c. nowy tekst art. 370¹ stanowi ograniczenie zasięgu działania art. 130 k.p.c. Przypomina obowiązującą w czasach PRL tak zwaną instytucję „sygnalizacji”. W praktyce sądowej ta „sygnalizacja” narobiła więcej szkód niż pożytku. Szkoda, że obecnie wraca się do tamtych nieudanych pomysłów.

¹ Opracowanie to stanowi dalszy ciąg artykułów publikowanych pod tym samym tytułem w numerach „Palestry” 3/57, 11/59, 6/61, 3/63, 12/64, 5/69, 9/73, 10/75, 5–6/78, 7–9/81, 8–9/88, 7–8/92, 11–12/95, 5–6/98, 5–6/00, 9–10/01, 1–2/03, 5–6/04, 7–8/05.

Dodać do tych uwag należy i to, że ten rygor nie ma zastosowania, gdy apelacja sporządzona jest przez samą stronę lub przez innych pełnomocników niż ci, którzy zostali wymienieni w art. 370¹ k.p.c.*

Odnotujmy też rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego odnośnie do dopuszczalności zastosowania art. 370¹ do postępowania zażaleniowego. Otóż w orzeczeniu z 10 listopada 2005 r., III CZ 86/05 (niepublikowane) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że w postępowaniu zażaleniowym nie stosuje się rygorów z art. 370¹, lecz w późniejszej uchwale z 22 lutego 2006 r., III CZ 6/00 Biul. SN 2006, nr 2, s. 5 odstąpił od tego poglądu opowiadając się za stosowaniem rygorów z art. 370¹ k.p.c. do postępowania zażaleniowego.

Ta zmiana wykładni nie może zasługiwać na akceptację z uwagi na wyraźne brzmienie art. 370¹ k.p.c. Przepis ten adresowany jest wyłącznie do postępowania apelacyjnego. „Poprawianie” obowiązującego tekstu poprzez orzecznictwo jest bardzo niebezpieczne.**

Zob.:

* Z. Krzemiński, *Wnoszenie apelacji cywilnej*, Warszawa 2007, s. 40.

** J. Jankowski, *Nowelizacje k.p.c. wprowadzane w 2005 r.*, Warszawa 2005.

S. Bellitzay, *Łatwiej sądom, gorzej pełnomocnikom*, „Rzeczpospolita” 2005, nr 57, s. C4.

E. Rudkowska-Ząbczyk, *Nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego* (w:) Wrocław 2005, s. 21–22.

M. Wyrwiński, *Komentarz do ustawy z 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, Lex/el.

K. Weitz, *Odrzucenie zażalenia*, „Palestra” 2006, nr 9–10, s. 259.

E. Stawicka, *Czy do zażalenia składanego przez fachowego pełnomocnika w którymkolwiek spośród postępowań uregulowanych Kodeksem postępowania cywilnego stosuje się rygor odrzucenia bez wzywania do usunięcia braków, w wypadku gdy zażalenie to nie zawiera elementów, o których mowa w art. 394 § 3 k.p.c.*, „Palestra” 2005, nr 5–6, s. 294. Autorka krytycznie ocenia uchwałę SN.

II. Pełnomocnik z urzędu

1. „Po zwolnieniu przez radę adwokacką adwokata, ustanowionego z urzędu, od obowiązku zastępowania strony w postępowaniu sądowym (art. 119 § 2 k.p.c.), pełnomocnik ten zobowiązany jest działać za stronę jeszcze przez dwa tygodnie licząc od daty doręczenia mu decyzji «zwalniającej»”. Może on zwolnić się wcześniej z tego obowiązku, bez naruszenia interesów strony, jeżeli przekaze ustanowionemu następcy niezbędne informacje i materiały dotyczące prowadzonej sprawy”.

Postanowienie SN z 11 października 2005 r., CK 209/05, MoP 12/2000, s. 1041.

Z istoty pełnomocnictwa z urzędu wynika niedopuszczalność wypowiedzenia pełnomocnictwa przez adwokata z urzędu.

Jednakże w oparciu o brzmienie art. 119 § 2 k.p.c. adwokat z urzędu może z ważnych przyczyn wnosić o zwolnienie go od tego obowiązku przez radę adwokacką.

Ustawa nie wyjaśnia jednak, na czym polegają owe „ważne przyczyny”. Doktryna wskazuje jednak na sytuacje, w których może czy nawet powinno nastąpić zwolnienie. I tak zwolnienie adwokata z obowiązku wykonania obrony z urzędu powinno mieć miejsce, gdy:

- a) adwokat z urzędu udzielił pomocy prawnej stronie przeciwnej w tej samej sprawie lub w sprawie z nią związanej;
 - b) brał udział w tej sprawie z ramienia władzy publicznej;
 - c) osoba, przeciwko której ma występować, jest jego klientem;
 - d) adwokat będący jego współmałżonkiem prowadzi sprawę lub udzielił pomocy prawnej stronie przeciwnej w tej samej sprawie, lub w sprawie z nią związanej;
 - e) adwokat złożył w danej sprawie zeznanie w charakterze świadka.
- Są to stany faktyczne przytaczane w Zbiorze Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (§ 22 Zbioru).

Na tym nie kończy się lista przykładów. Z praktyki wiemy, że między klientem a adwokatem z urzędu może także z innych powodów powstać sytuacja, że wyłącza ona prawidłowe wykonanie czynności zawodowych przez adwokata. Do takiej sytuacji może na przykład dojść, gdy klient w sposób kategoriyczny domaga się od adwokata wykonania czynności lub składania oświadczeń, które naruszyłyby zasady etyki czy godności zawodu.

Ustawa zna jeszcze jedną sytuację, w której może nastąpić wyznaczenie innego adwokata z urzędu. Chodzi konkretnie o art. 117 § 1 k.p.c., w którym mówi się o tym, że jeżeli adwokat z urzędu ma podjąć czynności poza siedzibą sądu orzekającego, to właściwa rada adwokacka na wniosek adwokata z urzędu wyznaczy w razie potrzeby innego adwokata z innej miejscowości. Wniosek taki powinien wpłynąć do rady jak najszybciej, aby dodatkowe postępowanie nie spowodowało niepotrzebnego przedłużania się postępowania sądowego.

Stosunek między adwokatem i klientem opiera się na wzajemnym zaufaniu. Gdy to zaufanie wygaśnie, adwokat obowiązany jest wypowiedzieć pełnomocnictwo, gdy w grę wchodzi pełnomocnictwo z wyboru. Gdy mamy do czynienia z obroną z urzędu, niezbędne jest złożenie przez adwokata stosownego wniosku do rady adwokackiej.*

Zob.:

* K. Krzemiński, *Etyka Adwokacka*, Warszawa 2006, s. 180 i 100.

III. Wolność słowa

1. „Dla oceny, czy adwokat przy wykonywaniu zawodu w konkretnej sprawie przekroczył granicę wolności słowa, istotne jest to, czy jego wypowiedź wynikała z rzeczowej potrzeby uzasadnionej interesem strony”.

Orzeczenie SN z 20 kwietnia 2006 r., IV CSK 2/06, OSN 2007, poz. 30.

Adwokat występując w procesie przebiegającym często w atmosferze napięcia i świadomości ryzyka łączącego się z obroną, musi mieć pewność, że ma zagwarantowane prawo do skorzystania ze środków gwarantujących pełną i nieskrępowaną obronę.

Nie znaczy to jednak, że adwokat korzystając z tej swobody w słowie i piśmie, może naruszać zasady dyktowane dobrymi obyczajami.

Należy tu pogodzić dwie tendencje. Pierwsza z nich domaga się „zielonego światła” dla czynności wykonywanych przez adwokata reprezentującego interesy swego klienta. Druga doradza umiar w wystąpieniach. Chodzi przecież o stworzenie z jednej strony warunków ułatwiających adwokatowi nieskrępowane wykonywanie czynności zawodowych, a z drugiej wprowadzenie barier, które by uniemożliwiały nadużywanie tej swobody kosztem osób biorących udział w sprawie.

Te przesłanki zadecydowały o tym, że w prawie o adwokaturze znalazł się przepis art. 8 mówiący, że „adwokat przy wykonywaniu zawodu adwokackiego korzysta z wolności słowa i pisma w granicach określonych przez zadania adwokatury i przepisy prawa”.

Uzupełnieniem tego zapisu jest § 17 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, w którym stwierdzono, że „adwokat mając zagwarantowaną przy wykonywaniu czynności zawodowych wolność słowa, powinien zachować umiar i oględność w wypowiedziach”.

Instytucja „wolności słowa” stanowiła przedmiot wielu orzeczeń Sądu Najwyższego, oraz sądów dyscyplinarnych. Powstało też wiele publikacji zajmujących się tym zagadnieniem. W tych publikacjach zajmowano się zasięgiem i charakterem tak zwanej instytucji „immunitetu adwokackiego”. Rozważano między innymi czy w tym wypadku mamy do czynienia z immunitetem formalnym czy materialnym.*

Słusznie przyjmuje się, że wolność słowa jest najistotniejszym prawem niezawisłej adwokatury. Granice tej wolności powinny być zakreślone jak najszerszej.

Zob.:

* Z. Krzeziński, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 37 i n. W komentarzu tym umieszczone są liczne orzeczenia Sądu Najwyższego oraz Sądów Dyscyplinarnych Sądu Najwyższego oraz Sądów Dyscyplinarnych dotyczących wolności słowa (łącznie 36 pozycji, s. 40–46).

IV. Podatek VAT

„Podatek od towarów i usług (VAT) nie wchodzi w skład niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata z wyboru (art. 98 § 3 k.p.c.)”.

Uchwała SN z 25 stycznia 2007 r., III CZP 95/06, MoP 2007, Nr 5, s. 226.

Zgodnie z brzmieniem art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Są to koszty procesu. Sąd zasądza te koszty w oparciu o stawki urzędowe, a nie te, które w umowie ustaliła strona ze swym adwokatem.

Otóż z mocy cytowanej wyżej uchwały, do niezbędnych kosztów nie wlicza się podatku VAT.

Inaczej uregulowana jest ta sprawa przy obronie z urzędu. Mianowicie w sprawach, w których strona korzysta z pomocy prawnej udzielonej przez adwokata ustanowionego z urzędu, opłaty za czynności tych pełnomocników podwyższa się o stawkę podatku VAT przewidzianą w przepisach VAT, obowiązującą w dniu orzekania o tych opłatach.*

* Zob.: ustawa z 5 lipca 2001 r. Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zmianami.

V. Substytucja

1. „Aplikant radcowski nie może zastępować adwokata w postępowaniu cywilnym”.

Uchwała SN z 28 czerwca 2006 r., III CZP 27/06, MoP 2006, z. 9, s. 11.

Z treści art. 91 pkt 3 k.p.c. wynika, że pełnomocnik procesowy może udzielić dalszego pełnomocnictwa procesowego czyli substytucji adwokatowi lub radcy prawnemu. Upraw-

nienie do udzielenia substytucji istnieje z „samego prawa”, jak wynika z dyspozycji zawartej w wymienionym wyżej art. 91 pkt 3 k.p.c. Nie znaczy to jednak, że strony zawierające umowę pełnomocnictwa pozbawione są możliwości ustalenia, że prawo do substytuowania zostanie poszerzone lub ograniczone

Jeśli chodzi o poszerzenie podmiotowe to może ono być zastosowane tylko do tych podmiotów, które wymienione są przez art. 87 § 1, 465, 479, 691⁵ k.p.c. z zastrzeżeniem, że wchodzi w grę tylko te sprawy sądowe, w których dany podmiot może występować w charakterze pełnomocnika procesowego.

Przepisy kodeksu postępowania cywilnego mówiąc o adwokatach nie wymieniają aplikantów adwokackich, co stwarza konieczność sięgnięcia do przepisów prawa o adwokaturze. Z art. 77 prawa o adwokaturze wynika, że po sześciu miesiącach aplikacji adwokackiej, aplikant adwokacki może zastępować adwokata tylko przed sądem rejonowym, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami.

Po roku i sześciu miesiącach aplikacji adwokackiej, aplikant adwokacki może zastępować adwokata przed innymi sądami, z wyjątkiem Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu. Z krótszych terminów mogą jedynie korzystać ci aplikanci, którzy uprzednio odbyli aplikację sądową, prokurator-ską, notarialną lub radcowską zakończoną pozytywnie zdanym egzaminem.

Z treści art. 77 prawa o adwokaturze wynika, że prawo do zastępowania adwokata nie przysługuje aplikantom radcowskim. Redakcja tego przepisu jest jasna i kategorierna i nie powinna nasuwać zastrzeżeń. Teza zawarta w głosowanej uchwale jest prawidłowa.*

W części uzasadniającej głosowanej uchwały znalazły się jednak kontrowersyjne argumenty dotyczące odpowiedzi na pytanie, czy aplikant adwokacki występując w sprawie jest substytutem czy też jedynie zastępcą adwokata.

W uchwale reprezentowany jest pogląd, że aplikant nie jest substytutem, lecz jedynie zastępcą. Poglądu tego nie uznaję za słuszny, czemu dałem wyraz w wymienionych wyżej moich publikacjach.

Kwestia ta nie ma jednak znaczenia w zakresie oceny trafności tezy zawartej w głosowanej uchwale.

Zob.:

* Z. Krzemiński, *Pełnomocnik w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1971, s. 108.

Z. Krzemiński, *Zakres pełnomocnictwa w sądowym postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 1967, nr 8.

Z. Krzemiński, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 141 i n.

2. „Adwokat, będący pełnomocnikiem procesowym w postępowaniu cywilnym może udzielić dalszego pełnomocnictwa radcy prawnemu”.

Uchwała SN z 14 października 2005 r., III CZP 32/04, OSN 2005, z. 11, s. 10.

Teza słuszna. Wynika to w sposób oczywisty z tekstu art. 91, p. 3 i p.c.

VI. Udzielenie pełnomocnictwa

1. „Wykazanie umocowania adwokata do reprezentowania strony będącej osobą prawną następuje przez złożenie pełnomocnictwa udzielonego adwokatowi przez osoby działa-

jące w imieniu osoby prawnej oraz dokumentu świadczącego o tym, że są one uprawnione do działania jako organ osoby prawnej, dokumenty te powinny być złożone w oryginałach bądź w odpisach uwierzytelnionych przez uprawnione osoby”.*

Orzeczenie SN z 9 marca 2006 r., I CZ 8/06, OSP 2006, poz. 141.

Teza zawarta w orzeczeniu jest słuszna.

* Szerzej: Glosa sporządzona przez St. Sołtysińskiego.

2. „Udzielenie pełnomocnictwa procesowego do reprezentowania strony w określonej sprawie bez ograniczenia jego zakresu, oznacza umocowanie pełnomocnika także do sporządzenia i wniesienia skargi kasacyjnej”.

Orzeczenie SN z 17 kwietnia 2006 r., III CZP 13/06, OSN 2006, p. 176.

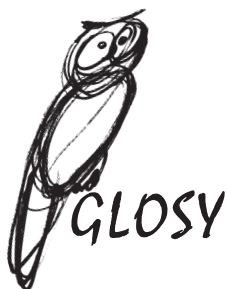
Użycie w tekście art. 91 k.p.c. zdania „wszystkich łączących się ze sprawą czynności procesowych” daje podstawę do twierdzenia, że uzyskane przez adwokata pełnomocnictwo procesowe upoważnia go do prowadzenia sprawy także w zakresie postępowania kasacyjnego.

VII. Doręczenie wyroku

„W razie zgłoszenia przez stronę wniosku o doręczenie wyroku sądu drugiej instancji z uzasadnieniem «w celu wniesienia kasacji» oraz wniosku o ustanowienie adwokata, odpis tego wyroku sąd doręcza ustanowionemu pełnomocnikowi”.

Orzeczenie SN z 11 października 2005 r., V CZ 112/05, OSN 2006, poz. 131.

Rozstrzygnięcie zasługuje na akceptację.



Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 grudnia 2006 r.

III CZP 127/06¹

Teza głosowanej uchwały brzmi:

Sąd przyznaje biegłemu będącemu podatnikiem w zakresie podatku od towaru i usług wynagrodzenie bez uwzględnienia tego podatku.

Z przyczyn poniżej opisanych z głosowaną tezą trzeba się zgodzić, zwłaszcza że zaimplikowano w niej uwarunkowanie (jeżeli biegły jest podatnikiem VAT).

Nie sposób jednak zgodzić się z argumentami uzasadniającymi stanowisko Sądu Najwyższego. Co więcej zaryzykować można pogląd głoszący, że – jak to niekiedy w logice bywa – w tu rozważanym przypadku z fałszu wynikała prawda.

W szczególności nie sposób się zgodzić z pierwszym z podstawowych założeń, jakie przyjął Sąd Najwyższy, głoszącym że czynności biegłego to wykonywanie usług. Zwłaszcza że dotąd w orzecznictwie przyjmowano, iż **w efekcie wezwania do pełnienia funkcji biegłego dochodzi do swego rodzaju zatrudnienia** (I CZ 139/71), do którego należy odpowiednio odnosić przepisy dotyczące zlecenia². Swego rodzaju, albowiem stosunek łączący organ procesowy z biegłym nie jest stosunkiem cywilnoprawnym, lecz stosunkiem procesowym, a więc publiczno-prawnym. I tylko takie stanowisko – tj. głoszące, że powołanie biegłego w sprawie jest jego doraźnym zatrudnieniem – czyni spójny całokształt uregulowań normujących przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego. **Postanowienie o powołaniu biegłego nie jest wszak ofertą, ani zamówieniem, lecz wezwaniem do spełnienia obowiązku obywatelskiego** (*munus publicum*), przez prawo nałożonego na każdego, kto posiada wiadomości specjalne (por. np. art. 195 k.p.k.). Z tego punktu

¹ Uchwała opublikowana w: Lex nr 205 404, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 9, s. 519; Biuletyn SN 2006, nr 12, poz. 11.

² Powoływane orzecznictwo pochodzi ze zbioru: *Opiniowanie psychiatryczne i psychologiczne w procesie karnym; orzecznictwo i piśmiennictwo*, (red.: L. Paprzycki), Wyd. IES, Kraków 2006.

widzenia procesowa pozycja biegłego przypomina pozycję świadka (w kwestiach osobno nieunormowanych do biegłych odnosi się uregulowania dotyczące świadków – por. np. art. 280 k.p.c. lub art. 197 § 3 k.p.k.)³. **Biegły to nie zawód**, jak notariusz, komornik, czy rzeczoznawca, **lecz rola procesowa**. Natomiast **należności biegłego to nie cena usługi, lecz wynagrodzenie za wykonaną pracę**, o którym traktują: art. 288 k.p.c., art. 9 ust. 1 *Dekretu o należnościach świadków biegłych i stron w postępowaniu sądowym* (Dz.U. z 1950 r. Nr 49, poz. 445) i § 2 *Rozporządzenia o kosztach przeprowadzania dowodu z opinii biegłych w postępowaniu sądowym* (Dz.U. z 1975 r. Nr 46, poz. 254) oraz **refundacja poniesionych wydatków** (por. art. 10 ust. 1 *Dekretu...* lub § 1 pkt 2 i 3 *Rozporządzenia o kosztach...*). W związku z tym na podobieństwo unormowań zawartych w *Kodeksie Pracy* (zob. np. art. 80 k.p., art. 82 k.p., art. 114 k.p. lub art. 120 § 2 k.p.), regulujących kwestię dyscypliny pracy, pomniejszania wynagrodzenia z powodu źle wykonanej pracy lub obciążania pracownika kosztami szkód poniesionych przez pracodawcę, w *Kodeksie postępowania cywilnego* (zob. np. art. 110 k.p.c. lub art. 287 k.p.c.) oraz w wykonawczym do *Dekretu... Rozporządzeniu o kosztach...* (por. § 11 *Rozporządzenia...*), pomieszczono ich odpowiedniki.

Nie negując faktu istnienia i usług czynionych na rzecz organów wymiaru sprawiedliwości, **przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego nie może być uznawane za usługę**, bo:

- Nie jest to czynność mogąca być przedmiotem umowy cywilnoprawnej (tu warto przypomnieć, że zgodnie z art. 6 ust. 2 *Ustawy o podatku od towarów i usług* należności z tytułu czynności niemogących być przedmiotem umowy cywilnoprawnej, w ogóle nie mogą być obłożone podatkiem VAT). W świetle uregulowań procesowych oraz zgodnego orzecznictwa nie można zawrzeć prawnie skutecznej umowy o opinię biegłego, a tak uzyskany produkt nie może zostać uznany za dowód w sprawie. Zatem umowa taka byłaby niezgodna z prawem (art. 58 § 1 k.c.), a żądanie w tym trybie opinii byłoby domaganiem się świadczenia niemożliwego (art. 378 k.c.).

- Postać stosunku łączącego biegłego z organem procesowym oraz kształtujące go uregulowania procesowe sprawiają, że wykonywanie czynności biegłego w ogóle nie jest prowadzeniem działalności gospodarczej⁴. Nie przebiega bowiem w warunkach swobody gospodarczej, zawarowanej w art. 20 Konstytucji RP. Prawo co prawda zna sytuacje, w których na mocy decyzji odpowiedniego organu dochodzi do zawiązania stosunku między podmiotami gospodarczymi (zob. np. art. 64 k.c., art. 101 k.r.o., art. 1047 k.p.c., art. 8 Prawa energetycznego, etc.), a więc ograniczenia owej swobody;

³ Stąd w wielu krajach przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego jest uznawane za szczególną postać przeprowadzania dowodu ze świadka (*expert-witness*).

⁴ Istnieją jednak kraje Unii, w których jest to działalność gospodarcza – ze wszystkimi tego konsekwencjami. Np. w RFN naboru biegłych dokonują i listy biegłych prowadzą samorządy gospodarcze landów (izby przemysłowo-handlowe).

ale i w nich ów akt władczy jedynie zastępuje oświadczenie woli jednej ze stron. Natomiast sam stosunek między podmiotami musi pozostać cywilnoprawnym – ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami (kraj dziś już nie rządzi się zasadami gospodarki nakazowej). W przeciwnym wypadku doszłoby do naruszenia art. 20 Konstytucji, który w świetle zgodnego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego (zob. np.: K 7/00, K 33/00, SK 2/02, K 33/03, SK 40/04) i sądów (zob. np. I ACa 172/05) gwarantuje swobodę kształtowania umów i doboru partnera oraz stanowi, że wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach.

Drugim stanowiskiem Sądu Najwyższego, z którym nie sposób się zgodzić, jest uznawanie, że rzekomo wobec aktualnego stanu prawnego rozwiązanie niekorzystnej dla biegłych kwestii obciążania ich podatkiem VAT wymaga zmiany tego stanu prawnego. Albowiem, jak dalej twierdzi SN w uzasadnieniu, nie można tego uczynić przez zmianę kierunku dotychczasowej wykładni sądowej, bo – zdaniem Sądu Najwyższego – byłaby to wykładnia prawotwórcza, a więc niedopuszczalna. A niezgoda ta wynika z faktu, że próby obciążania biegłych podatkiem VAT mają swą przyczynę nie w uregulowaniach ustawowych, a właśnie w wykładni.

W wykonaniu uregulowań składających się na *Szóstą Dyrektywę Rady Unii Europejskiej do Ustawy o podatku od towarów i usług* (Dz.U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535) zaimplementowano art. 4 ust. 4 owej *Dyrektywy...*, chroniący przed obciążeniem podatkiem VAT przychodów osiągniętych ze stosunku pracy lub stosunków mu podobnych – jako art. 15 ust. 3 pkt 3 *Ustawy...* Wyznaczając krąg podatników w art. 15 *Ustawy...* przewidziano, że ma on być pobierany od osób fizycznych, które prowadzą samodzielnie działalność gospodarczą. A w ust. 3 pkt 3 tegoż artykułu uznano, że nie jest takową m.in. działalność wymieniona w art. 13 pkt 2–9 *Ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych*⁵ (a więc m.in. biegłych) – gdy osoby te są związane ze zlecającym prawnymi więzami tworzącymi stosunek – co do warunków wykonywania czynności, wynagrodzenia i odpowiedzialności zlecającego wobec osób trzecich. I w pierwszym okresie obowiązywania *Ustawy...* w odniesieniu do biegłych kwestia jej rozumienia nie budziła wątpliwości; o czym świadczą interpretacje, których organy podatkowe zgodnie twierdziły, że biegli nie są podatnikami VAT. Po ok. roku Minister Finansów dokonał tzw. urzędowej interpretacji, w której wyraził odmienne stanowisko (zob.: Dz.Urz. MF 2005 Nr 6) – działając na mocy art. 14 ust. 2 *Ordynacji Podatkowej* i z pogwałceniem tamże opisanej normy. W świetle bowiem wspomnianego art. 14 ust. 2 *Ordynacji...* powinnością Interpretatora było kierować się obowiązującym prawem i orzecznictwem. Tymczasem fiskus praktycznie ograniczył się do powołania prawa odnoszącego się do rzeczoznawców majątkowych i na zasadzie analogii odniósł to do biegłych w sensie procesowym⁶. Autorytatywnie i najzupełniej dowolnie uznał, że

⁵ W wersji z 21 kwietnia 2005 r., kiedy to wyliczenie uzupełniono o zawartość punktu dziewiątego (kontrakty menadżerskie, etc.) oraz sprecyzowano kierunek odpowiedzialności (wobec osób trzecich).

⁶ Prawo wyraźnie odróżnia rzeczoznawców od biegłych (zob. np. art. 233 § 4 k.k.). Przepisy w

czynności biegłych nie spełniają wymogów opisanych w art. 15 ust. 3 pkt 3 *Ustawy...* – w tym w szczególności wymogu ponoszenia przez zleceniodawcę odpowiedzialności wobec osób trzecich. Gdyby, zamiast sięgania po uregulowania z kwestią niezwiązane, fiskus zagłębił się w uregulowania procesowe, *Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dekret o należnościach...* i wykonawcze rozporządzenia, czyli do przepisów zawierających normy tworzące i kształtujące stosunek na linii organ procesowy–biegły w kwestii warunków wykonywania czynności, wynagrodzeń i odpowiedzialności; zapewne wyrobiłby sobie diametralnie odmienny pogląd. Wykonywanie przez biegłych czynności nakazanych im przez organy procesowe spełnia bowiem wszystkie powyżej wymienione wymogi, gdyż:

1. W art. 278–291 k.p.c. i w art. 193–212 k.p.k. prawnie określono warunki wykonywania przez biegłego nakazanych mu czynności; w tym nawet czas (zob. np. art. 200 § 2 k.p.k.) i miejsce wykonywania (poddawane są kontroli organu procesowego w trybie tzw. karty pracy biegłego – zob. np. § 12 *Rozporządzenia o kosztach...*).

2. Uregulowania procesowe (zob. np. art. 288 k.p.c.), *Dekret...* (art. 9–12) i wykonawcze doń *Rozporządzenie o kosztach...* (§ 1–15 *Rozporządzenia...*) współtworzą prawo regulujące stosunek na linii organ procesowy–biegły w kwestii wynagrodzeń. Tamże pomieszczono uregulowania w kwestii refundowania biegłym ponoszonych przez nich wydatków i innych kosztów. Jeżeli dodać do tego, że w świetle ustalonej linii orzeczniczej biegłemu należy się wynagrodzenie nawet w przypadku nieuznania jego poglądu przez organ procesowy (zob. np.: II CZ 64/73), w pełni uzasadnione jest twierdzenie głoszące, że **biegły nie ponosi tzw. ryzyka ekonomicznego**.

3. Skoro do swoistego zatrudnienia, jakim jest powołanie biegłego, należy odpowiednio stosować przepisy o zleceniu, kwestię odpowiedzialności organu procesowego rozstrzyga treść art. 430 k.c., zgodnie z którym: „*kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzonej jej czynności*”. W świetle wspomnianych wcześniej uregulowań normatywnych oraz w świetle utrwalonej linii orzeczniczej w przypadku biegłych, wszystkie przesłanki wymienione w art. 430 k.c. są spełnione, albowiem:

- Powołanie biegłego do sprawy niewątpliwie jest powierzeniem mu czynności do wykonania. Istnieje nawet swoista tożsamość czynności, albowiem biegły jest narzędziem poznania dla organu procesowego (zob. np.: IV CKN 1763/00). W świetle uregulowań ustawowych i orzecznictwa biegły to pomocnik sądu⁷.

sprawie rzeczoznawstwa nie mają zastosowania do biegłych w postępowaniu sądowym (II CZ 99/86); a dopiero postanowienie o przeprowadzeniu dowodu nadaje opinii wskazanego w nim rzeczoznawcy charakter dowodu z opinii biegłego (II CR 310/88, I PKN 468/00).

⁷ W *Prawie o ustroju sądów powszechnych* kwestię biegłych pomieszczono w dziale czwartym ustawy, w części dotyczącej organów pomocniczych sądów (zob. także II 4 K 629/32, II SA 992/98 i in.).

• W świetle art. 288 k.p.c., art. 9 *Dekretu...*, a także w świetle *Rozporządzenia o kosztach... biegły działa na rachunek wymiaru sprawiedliwości*⁸.

• Doktryna i orzecznictwo są zgodne co do tego, że prawo procesowe (cywilne i karne) **poddaje biegłego kierownictwu organu procesowego i nakłada nań powinność stosowania się do wskazówek organu**⁹. W procesie kierowania biegłym doktryna wyróżnia znane teorii zarządzania cztery aspekty: inspiracyjno-dyrektwalny (postanowienie organu ustalające przedmiot i zakres ekspertyzy), kontrolny (jakości i dynamiki pracy biegłego), moderacyjny (uzupełnianie przedmiotu i zakresu ekspertyzy albo składu biegłych) oraz ocenny¹⁰.

• Do tego dodać należy, że **biegły nie może ponosić odpowiedzialności wobec osób trzecich, bo między nim a tymi osobami nie ma bezpośredniości**¹¹. Realizując czynności nakazane przez organ procesowy, biegły działa na rzecz (a niekiedy na szkodę) wymiaru sprawiedliwości i wobec niego ponosi odpowiedzialność, a nie wobec osób trzecich (w tym w szczególności stron), bo z nimi w stosunki nie wchodzi¹². To nie one postanawiają o wykonaniu ekspertyzy, wyborze biegłego, ani też nie wypłacają mu jego należności (i nie decydują o ich wielkości). Skutki procesowe, a także wobec osób trzecich rodzi nie opinia (i czynności prowadzące do jej wypracowania) ani też rachunek biegłego, lecz decyzje organów procesowych o ich uznaniu (nieuznaniu).

Wykładnia dokonana przez fiskusa jest więc z gruntu błędna. A skoro to ona, a nie stan prawny leży u podstawy obciążania należności biegłych podatkiem VAT, to właśnie drogą wykładni Sąd Najwyższy był władny przywrócić właściwe rozumienie obowiązującego prawa. Mógł i powinien był to uczynić. Nie jest przecież

⁸ W świetle orzecznictwa biegły działa na rachunek wymiaru sprawiedliwości nawet wtedy, gdy w sprawie występuje jako reprezentant instytucji – o ile do jej reprezentowania nie został służbowo wydelegowany (zob. np.: I CZ 65/88, II AKz 116/02 i in.).

⁹ O zwierzchnictwie organu procesowego nad biegłym zob. np.: M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1968, s. 362 i 370; S. Kalinowski, *Opinia biegłego w postępowaniu karnym*, Warszawa 1972, s. 38 i 210; J. Szarek, *Lekarz weterynarii jako biegły*, Olsztyn 1994, s. 28–30 i in. O skutkach tego zwierzchnictwa w postaci odpowiedzialności organu za opiniowanie i opinię zob. np.: J. Gurgul, *Powolywanie biegłych w postępowaniu przygotowawczym*, „Problemy Praworządności” 1983, nr 10, s. 160 i n.; E. Habzda-Siwiek, *Diagnoza stanu psychicznego sprawcy a rozstrzygnięcia w procesie karnym*, Kraków 2002, s. 218 i in. O zasięgu i szczególności dyspozycji wydawanych przez zleceniodawcę oraz o ich uzależnieniu od kwalifikacji zleceniodawcy, a także o granicach swobody w realizacji zlecenia zob. np.: A. Rembieliński, *Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przez podwładnego*, Warszawa 1971, s. 104 i in. O relacjach organ procesowy–biegły zob. także: K. Jaegerman, *Opiniowanie sądowo-lekarskie*, Warszawa 1991, s. 64–100.

¹⁰ Zob. np.: D. Czajka, *Teoria sądenia, cz. I, Prawda sądowa*, Warszawa 2005, s. 355 i n.

¹¹ Zob. np.: M. Siwek, *Głosa do postanowienia SN z 23 kwietnia 2002 r.*, *IKZP 10/202*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 1; zob. także IV KK 42/05.

¹² W świetle ustalonej linii orzeczniczej biegły nie jest nawet uczestnikiem postępowania, w którym występuje (zob. np. I ACz 1/91); nie może też dochodzić swych roszczeń o wynagrodzenie na drodze cywilnoprawnej (zob. np. III CZ 76/74).

tajemnicą, że w tu rozważanej kwestii, a zwłaszcza w kwestii odpowiedzialności rzekomo obciążającej biegłych, istnieje zasadnicza rozbieżność dzieląca Ministerstwo Sprawiedliwości i Ministerstwo Finansów. A do organów procesowych i do biegłych nie należy wysyłać sprzecznych sygnałów, bo taka dezorientacja grozi dysfunkcjami wymiaru sprawiedliwości. Dość wskazać na trzy problemy:

- Uznanie, że biegły działa na własną odpowiedzialność, w świetle art. 430 k.c. jest tożsame z przyznaniem, że biegły nie podlega organowi procesowemu i nie musi stosować się do jego wskazówek. *Tertium non datur*. Nie trzeba zbytnio popuszczać wodzy wyobraźni, by zdać sobie sprawę, jak pomnożyć to może trudności w kontaktach z biegłymi.

- Jest to też tożsame z przyznaniem, że niektórych czynności wykonywać biegłemu nie wolno z uwagi na unormowania zawarte w innych przepisach (np. w *Ustawie o wykonywaniu zawodu lekarza i dentysty*), a nawet by nie popełnić przestępstwa (np. zniszczenia mienia cudzego itp.). W konsekwencji zgodzić by się należało, że szeregu dotąd przeprowadzonych dowodów (np. badań krwi pobranej pod przymusem) nie można uznać za przeprowadzone legalnie. A zatem z wielu już przeprowadzonych dowodów należałoby zrezygnować, a nawet postępowania w już osądzonych sprawach należałoby wznowić (art. 540 § 1 k.p.k.). Niestety nie jest to tzw. przykład akademicki; bo toczą się już postępowania karne przeciwko lekarzom, którzy w dobrze rozumianym interesie własnym odmówili wykonania polecenia pobrania pod przymusem i przebadania krwi od nietrzeźwych. W sytuacji gdy różne organy państwa wysyłają do nich sprzeczne sygnały wybrali prawo im najbliższe: *Ustawę o wykonywaniu zawodu...*, która dopuszcza wykonywanie zabiegów tylko za zgodą pacjenta. Niewątpliwie lekarzom tym dzieje się krzywda.

- Uznanie interpretacji fiskusa za miarodajną tworzy biegłym stan nieznośnego dyskomfortu decyzyjnego, który w ostatecznym rachunku uderzy w interes wymiaru sprawiedliwości. Bo który z biegłych zdecyduje się na nonkonformizm i wyda opinię uczciwą, ale niezgodną z innymi już zaistniałymi w sprawie? Przecież w ten sposób dostarczyłby przesłanek do przypisania mu działania na szkodę strony. Można też się spodziewać, że biegli częściej niż dotąd, z uporem, przysłowiowo godnym lepszej sprawy, bronić będą swych stanowisk – nawet gdy będą świadomi ich nietrafności. W sytuacji, gdy przypisywać się im chce odpowiedzialność za działanie uderzające w interes osób trzecich, inna postawa, choć niewątpliwie uczciwa, byłaby nieroztropnością.

Pozostaje na koniec wyrazić nadzieję, że w innym orzeczeniu Sąd Najwyższy dokona odpowiedniej wykładni i w ten sposób nie tylko że przywróci właściwe rozumienie prawa, ale i przez to zminimalizuje ryzyko powyżej opisanych szkód. A na pytanie – takie jak to, które zaowocowało tu omawianą *Uchwałą* – odpowie, że **sąd przyznaje biegłemu wynagrodzenie bez uwzględnienia podatku VAT, bo należności biegłych nie są obłożone tym podatkiem.**

Tadeusz Widła

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 11 maja 2005 r.

III CZP 16/05¹

Teza głosowanej uchwały brzmi:

Stowarzyszenie ubiegające się o nadanie mu statusu organizacji pożytku publicznego winno w treści statutu zamieścić postanowienia dotyczące zakazów, o których stanowi art. 20 pkt 7 ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. Nr 96, poz. 893).

Głosowana uchwała dotyczy jednego z wymogów, jakie przed ubiegającym się o uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego podmiotem stawia wspomniana wyżej ustawa (dalej: ustawa o d.p.p.w.). Na tle zawartych tamże uregulowań powstało bowiem zagadnienie prawne, czy zakazy określone w art. 20 pkt 7 ppkt a–d ustawy o d.p.p.w. muszą być zamieszczone w statucie stowarzyszenia, czy też dla nadania stowarzyszeniu statusu organizacji pożytku publicznego (dalej: o.p.p.) wystarczające jest zamieszczenie tych zakazów w akcie wewnętrznym, jakim jest uchwała Zarządu Głównego.

Uchwała przytoczona wyżej została wyrażona przez Sąd Najwyższy na tle następującego stanu faktycznego. Polski Związek Głuchych Oddział Małopolski wniósł do Sądu Rejonowego wnioski o wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym informacji o posiadaniu przez niego statusu o.p.p. Tenże Sąd postanowieniem z 17 sierpnia 2004 r. wnioski ów oddalił, przyjmując, że nakazy określone w art. 20 pkt 7 ppkt a–d ustawy o d.p.p.w. muszą być zamieszczone w statucie stowarzyszenia, a nie w innym jego akcie wewnętrznym (tutaj: wspomnianej uchwale Zarządu Głównego). Rozpoznając apelację wnioskodawcy, Sąd Okręgowy przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości, o treści jak wyżej. W uzasadnieniu Sąd ten wskazał, że wnioskodawca jako stowarzy-

¹ Uchwała opublikowana w OSNC 2006, nr 12, poz. 197.

zenie podlega przepisom ustawy z 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855 z późn. zm.). Przepisy tej ustawy przewidują możliwość uchwalenia przez stowarzyszenie, poza statutem, innych aktów wewnętrznych dotyczących jego działalności². Zakazy, o których stanowi cytowany przepis ustawy o d.p.p.w., zostały zamieszczone w uchwale Zarządu Głównego Polskiego Związku Głuchych. Powstała zatem wątpliwość odnośnie do wykładni art. 20 pkt 7 ustawy o d.p.p.w., skoro dokonywania wymienionych w tym przepisie zakazów zabraniają „statut lub inne akty wewnętrzne”. Za możliwością ujęcia zakazów w innym akcie wewnętrznym przemawia redakcja powołanego przepisu ustawy, ujęta w postaci alternatywy zwykłej. Do odmiennego stanowiska prowadzi natomiast treść art. 35 k.c., który odwołuje się wyłącznie do statutu.

Uprzedzając z góry wyniki dalszych rozważań, uważam, że uchwała zasługuje na pełną aprobatę. Implikacje z jej uzasadnienia sięgają dalej, niż wynikałoby to z przytoczonej na początku tezy. Nie bez znaczenia bowiem pozostawała w analogicznych sprawach, do czasu wydania tejże uchwały, niejednolita praktyka sądów rejestrowych³.

Sąd Najwyższy zajął się w swych rozważaniach przede wszystkim analizą sformułowania „statut lub inne akty wewnętrzne organizacji pozarządowych”. Słusznie stwierdził, że skoro o uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego mogą ubiegać się zarówno osoby prawne (w tym stowarzyszenia i fundacje), jak i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, utworzone na podstawie przepisów ustawy, to jest oczywiste, że treść art. 20 pkt 7 ustawy o d.p.p.w. została tak sformułowana,

² Takie stwierdzenie nie jest do końca prawdziwe, albowiem wspomniana ustawa Prawo o stowarzyszeniach nie tyle przewiduje, co nie zabrania uchwalenia takich aktów wewnętrznych jak regulaminy czy uchwały.

³ Według A. Ceglarskiego (*Organizacje pożytku publicznego*, Warszawa 2005, s. 39), który orzeka jako referendarz sądowy w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy, w XIX Wydziale Gospodarczym Krajowego Rejestru Sądowego, ustawa dopuszcza, aby niektóre zapisy znalazły się w statucie wnioskodawcy, zaś pozostałe mogą zostać ujęte w innych aktach wewnętrznych. Mając na uwadze redakcję art. 20 pkt 7 ustawy o d.p.p.w., należy przyjąć, że zapisy, które mogą zostać ujęte w innych aktach wewnętrznych, to według autora, między innymi, zakazy zawarte w ppkt a–d cyt. przepisu. Podobnie N. Kowal (*Tworzenie i rejestracja organizacji pożytku publicznego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 61), sędzia sądu rejonowego, orzekający w Wydziale XII Gospodarczym Krajowego Rejestru Sądowego w Sądzie Rejonowym dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie. Z drugiej strony D. Bugajna-Sporczyk, przewodnicząca wspomnianego wyżej XIX Wydziału Gospodarczego i I. Janson, obecnie sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (poprzednio orzekająca w Wydziale XVI Gospodarczym Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy) stwierdzają, że statut organizacji pozarządowych opierających swoją działalność na statucie winien zawierać zakazy przewidziane w art. 20 pkt 7 ppkt a–d ustawy o d.p.p.w. (zob. D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005, s. 75, 222). Problem ten nie był również przedmiotem zainteresowania doktryny. Zob. J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 96. Wspomniany autor stwierdził jedynie, że odnośnie do pkt 7 art. 20 ustawy o d.p.p.w. ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż zakazy w nim ustanowione powinny zostać wprowadzone do statutu albo innego aktu wewnętrznego organizacji pozarządowej.

aby jego hipotezą objąć akty ustrojowe każdego przedmiotu. Taka geneza użytego w cytowanym przepisie sformułowania uzasadnia zdaniem Sądu wniosek, iż w przypadku podmiotu, którego aktem ustrojowo-organizacyjnym jest statut, zakazy, o których stanowi art. 20 pkt 7 ustawy o d.p.p.w. winny być zamieszczone w tym właśnie akcie wewnętrznym. Co więcej, trafność tego wniosku w odniesieniu do stowarzyszenia, według Sądu, potwierdza także charakter prawny statutu tego podmiotu. Już sama obligatoryjna treść statutu⁴ daje bowiem podstawę do stwierdzenia, że jest to akt o charakterze podstawowym jeżeli chodzi o organizację i funkcjonowanie tego podmiotu. Co więcej, w oparciu o te postanowienia sprawowane jest koncesjonowanie i nadzór nad działalnością stowarzyszenia. Przywołał także, za Sądem Okręgowym, art. 35 k.c., zgodnie z którym w wypadkach i w zakresie przewidzianych we właściwych przepisach organizację i sposób działania osoby prawnej reguluje także jej statut. Takim właściwym przepisem jest między innymi art. 20 pkt 7 ustawy o d.p.p.w. Sąd Najwyższy stwierdził również, że organ rejestracyjny w oparciu o statut podmiotu może kontrolować jego działalność oraz udzielać mu zezwoleń. Dotknął tym samym jeszcze jednego bardzo istotnego, z punktu widzenia ustawy o d.p.p.w., problemu, którym szerzej w swym uzasadnieniu zajął się orzekający w pierwszej instancji Sąd Rejonowy. Zwrócił on bowiem uwagę na to, że nie bez znaczenia dla oceny omawianej tu kwestii jest również fakt, że regulamin czy uchwała danego organu nie są to dokumenty ujawniane w jakikolwiek sposób w obrocie i w każdej chwili mogą być przez dany organ zmienione. Tak więc nietrudno wyobrazić sobie sytuację, że po dokonaniu wpisu stosownej informacji o posiadaniu przez podmiot statusu o.p.p. organ, który wydał uchwałę czy regulamin, zmieni ją w ten sposób, że wykreśli z niej zapisy, o których mowa w art. 20 pkt 7 ppkt a–d ustawy o d.p.p.w. Nadal jednak będzie posiadał ten status wobec braku stosownej informacji przez sąd rejestrowy⁵. Stworzenie takiego stanu rzeczy nie było na pewno intencją ustawodawcy, który szczegółowo określił wymogi stawiane podmiotom ubiegającym się o nadanie statusu o.p.p., a ocenę, czy dany podmiot spełnia te wymogi, czy też nie, oddał pod kontrolę sądu (art. 22 ustawy o d.p.p.w.)⁶. Sąd ten w przypadku stwierdzenia, że posiadający status o.p.p. podmiot przestał spełniać chociażby jeden z wymogów o których mowa w art. 20 ustawy o d.p.p.w., może na zasadzie art. 12 ust. 3 ustawy o KRS wykreślić z urzędu informację o posiadaniu przez ów podmiot tego statusu⁷.

⁴ Zob. art. 10 ustawy Prawo o stowarzyszeniach.

⁵ Zob. też postanowienie SA w Katowicach z 9 czerwca 2000 r., I Aca 319/00, OSA 2001, nr 7–8, s. 70, 71. W cytowanym orzeczeniu Sąd Apelacyjny zakwestionował zmianę statutu, wprowadzającą możliwość utworzenia jednostki organizacyjnej stowarzyszenia, której zasady i tryb wyboru władz określać miał regulamin uchwalony przez zarząd krajowy stowarzyszenia. Uznał on bowiem, że w istocie prowadziłyby to do utworzenia w ramach istniejącego stowarzyszenia organizacji, której zasady działania miałyby określać niepodlegający rejestracji regulamin. Organizacja taka nie podlegałaby bowiem nadzorowi i kontroli przewidzianym w ustawie Prawo o stowarzyszeniach.

⁶ Zob. N. Kował, *op. cit.*, s. 64; A. Ceglarski, *op. cit.*, s. 80.

⁷ Zob. A. Ceglarski, *op. cit.*, s. 82.

Mając powyższe na uwadze, należy postawić jeszcze jedno pytanie. Mianowicie, w jaki sposób sąd rejestrowy może badać, czy zakazy, o których mowa w art. 20 pkt 7 ustawy o d.p.p.w., a które zostały zawarte w uchwale czy regulaminie podmiotu wpisanego do Rejestru na zasadzie art. 49a ust. 1 ustawy o KRS, niedziałającego w oparciu o statut, nie zostały następnie z niego usunięte (wskutek stosownej zmiany regulaminu, albo uchylecia odnośnej uchwały). W takim bowiem przypadku organizacja pożytku publicznego, o której mowa wyżej, jest przez sąd rejestrowy wykreślana z rejestru z urzędu na zasadzie art. 49a ust. 3 ustawy o KRS. Wydaje się, że z braku przepisów regulujących tę materię, jedynym rozwiązaniem będzie odbieranie stosownych oświadczeń od organu zarządzającego danym podmiotem, przy okazji składania przez niego corocznych sprawozdań z merytorycznej działalności⁸.

Na zakończenie należy stwierdzić, że komentowana uchwała znajdzie również zastosowanie w przypadku wszystkich innych niż stowarzyszenia organizacji pozarządowych, które ubiegają się o status o.p.p., a które działają na podstawie statutu. Takimi będą przede wszystkim fundacje. Natomiast, jeżeli przyjmie się za częścią doktryny⁹, że również i spółki kapitałowe niedziałające w celu osiągnięcia zysku mogą ubiegać się o status o.p.p., to pod pojęciem „statut” należy także rozumieć umowę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością¹⁰.

Tomasz Palmirski

⁸ Co prawda w art. 23 ust. 1 ustawy o d.p.p.w. mówi się jedynie ogólnie o obowiązku podania sprawozdania merytorycznego z działalności podmiotu do publicznej wiadomości w sposób umożliwiający zapoznanie się z tym sprawozdaniem przez zainteresowane podmioty, to jednak, moim zdaniem, obowiązek złożenia go również do sądu rejestrowego wynika z brzmienia art. 52 ust. 5 ustawy o KRS i § 119 pkt 1d rozp. Ministra Sprawiedliwości z 21 grudnia 2000 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach (Dz.U. Nr 117, poz. 1237 z późn. zm.). Tak też A. Ceglarski, *op. cit.*, s. 68 i D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *op. cit.*, s. 236. Natomiast według J. Kopyry (*op. cit.*, s.107) i N. Kowala (*op. cit.*, s. 79) organizacje pożytku publicznego powinny złożyć sprawozdanie merytoryczne wyłącznie ministrowi właściwemu do spraw zabezpieczenia społecznego, o którym mowa w art. 23 ust. 4 ustawy o d.p.p.w. Z poglądem tym, mając na uwadze cytowane wyżej przepisy ustawy o KRS i wydane na jej podstawie rozporządzenia, nie sposób się jednak zgodzić.

⁹ Dotychczas w literaturze przedmiotu stanowisko odmawiające spółkom kapitałowym niedziałającym w celu osiągnięcia zysku statusu o.p.p. zajęli, między innymi, H. Izdebski (*Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 20–24, 31), D. Bugajna-Sporczyk (*Organizacje pożytku publicznego a przedsiębiorcy*, „Prawo Przedsiębiorcy” 2004, nr 10, s. 31) oraz A. Gnys (*Spółka to nie organizacja pożytku publicznego*, „Rzeczpospolita” z 20 grudnia 2004 r., nr 297, s. C4). Przeciwnie stanowisko prezentują A. Ceglarski (*op. cit.*, s. 27 i n.), N. Kowal (*op. cit.*, s. 24), J. Kopyra (*op. cit.*, s. 37 i n.). Zob. też A. Ceglarski, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako organizacja pożytku publicznego*, „Rejent” 2006, nr 6, s. 32 i n.; J. Kopyra, *Spółki kapitałowe niedziałające w celu osiągnięcia zysku jako organizacje pozarządowe – status, działalność oraz treść umowy spółki*, „Rejent” 2006, nr 6, s. 53 i n.

¹⁰ Zob. J. Kopyra, *Spółki kapitałowe*, s. 68.

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 29 września 2005 r.

I ACa 236/05¹

Tezy glosowanego wyroku brzmią:

1. Zakres udzielanych pacjentowi informacji musi być uzależniony od rodzaju wykonywanego zabiegu, przy czym zakres ten najdalej sięga w przypadku zabiegów, za którymi nie przemawiają bezwzględne wskazania, a są przeprowadzane głównie dla celów estetycznych. Wymaganie zgody pacjenta na podjęcie zabiegu głównie dla celów estetycznych jest zachowane wtedy, gdy został on uprzednio dostatecznie poinformowany także o szczególnych – czyli wszelkich mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia skutkach zabiegu. Podkreślić więc trzeba, że lekarz odpowiada nie tylko za winę w samym procesie leczenia, lecz także za każdą winę nie dotyczącą techniki medycznej, a więc i za niedoinformowanie pacjenta o ryzyku i skutkach zabiegu. Samo zaś uzyskanie formalnej zgody pacjenta bez poinformowania go o ryzyku i skutkach zabiegu powoduje, że jest to zgoda „nieobjaśniona” i jako taka jest wadliwa, wskutek czego lekarz działa bez zgody i naraża się na odpowiedzialność cywilną za szkodę wyrządzoną pacjentowi, nawet gdy postępuje zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej.

2. Pacjent musi znać przedmiot zgody, musi wie-

¹ Wyrok opublikowany w LEX nr 175206.

dzień o proponowanej metodzie leczenia, ryzyku zabiegu i jego następstwach. Zakres obowiązku informacji nie zależy od tego, co lekarz sądzi, ile pacjent powinien wiedzieć, lecz od tego, co rozsądna osoba będąca w sytuacji pacjenta obiektywnie potrzebuje usłyszeć od lekarza, aby podjąć „poinformowaną” i inteligentną decyzję wobec proponowanego zabiegu.

W głosowanym wyroku Sąd Apelacyjny (dalej jako SA) w Poznaniu dotknął problematyki prawa pacjenta do informacji w związku z podejmowaną wobec niego czynnością lekarską. W szczególności zaś, podjął próbę określenia zakresu udzielanego pacjentowi objaśnienia, który jest konieczny, aby uznać, że udzielona w oparciu o nie zgoda na czynność lekarską jest prawnie skuteczna. Warto przy tym podkreślić, że przedmiotowe orzeczenie zapadło w sprawie, w której pacjentka została poddana nie czynności leczniczej, lecz nieterapeutycznej czynności lekarskiej (wszczepienie implantów zębowych), co ma szczególne znaczenie dla ustalenia zakresu przysługującej jej informacji.

Przed wszystkim SA w Poznaniu wywiódł, iż zakres udzielanej pacjentowi informacji jest uzależniony od rodzaju wykonywanego zabiegu i najdalej sięga przy zabiegach o względnych wskazaniach do ich wykonania, przeprowadzanych głównie dla celów estetycznych. Stanowisko to jest o tyle wątpliwe, że nie wynika z niego dokładnie co ma stanowić kryterium różnicowania zakresu udzielanej pacjentowi informacji. Czy mają to być wskazania (względne lub bezwzględne) do wykonania danego zabiegu, czy też realizowany poprzez ten zabieg cel, który może być leczniczy lub nieterapeutyczny (np. estetyczny)². Rozróżnienie to jest o tyle istotne, że – wbrew temu, co zdaje się wynikać ze stanowiska SA w Poznaniu – kryteria te nie są tożsame. Wynika to już chociażby z tego, że kryterium względnych wskazań do wykonania zabiegu dotyczy nie tylko nieterapeutycznych czynności lekarskich,

² W oparciu o kryterium celu leczniczego czynności lekarskie można podzielić na lecznicze i nieterapeutyczne. Czynności lecznicze to takie, poprzez które realizowany jest cel leczniczy. Realizacja tego celu następuje w sytuacji, gdy czynność lekarska skierowana jest na chorobę w sensie biologiczno-medycznym i zmierza do jej profilaktyki, diagnozy, terapii, bądź do rehabilitacji osoby dotkniętej jej skutkami. Czynności lecznicze mogą być skierowane zarówno na przyczyny choroby (tzw. leczenie przyczynowe), jak też mogą polegać na usuwaniu lub zmniejszaniu objawów choroby, co może mieć postać łagodzenia cierpień fizycznych i psychicznych z nią związanych (tzw. leczenie objawowe). Konsekwentnie do powyższego, za nieterapeutyczną (nieleczniczą) czynność lekarską należy uznać taką czynność lekarza, która nie jest skierowana na chorobę w sensie biologiczno-medycznym, bądź co prawda jest na nią skierowana, lecz nie zmierza do jej profilaktyki, diagnozy, terapii lub rehabilitacji osoby dotkniętej jej skutkami, zarówno w sensie leczenia przyczynowego, jak i objawowego. Zob. P. Daniluk, *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 46–47; tenże, *Pozastawowe nieterapeutyczne (nielecznicze) czynności lekarskie*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 1, s. 67.

lecz także czynności leczniczych, wśród których występują także i takie, których wykonanie nie jest bezwzględnie konieczne.

Jeżeli chodzi o wpływ wskazań do wykonania zabiegu na zakres udzielanej pacjentowi informacji, to godzi się wskazać, że stanowisko dopuszczające takie relacje jest prezentowane w orzecznictwie i doktrynie. W wyroku z 11 stycznia 1974 r.³ SN stwierdził, że obowiązek lekarza uprzedzenia chorego o możliwych komplikacjach zamierzonej operacji inaczej przedstawia się w sytuacji, gdy chodzi o operację mającą na celu tylko poprawę stanu zdrowia, a inaczej, gdy operacja jest niezbędna dla ratowania życia chorego. W tym drugim wypadku lekarz nie może udzielać pacjentowi tego rodzaju informacji o możliwych powikłaniach operacyjnych, które mogłyby wpłynąć ujemnie na psychikę chorego, a tym samym zwiększyć ryzyko operacji. Z aprobatą do tego stanowiska podszedł M. Nesterowicz⁴, podnosząc, że daje ono właściwe poszanowanie woli pacjenta przy uwzględnieniu sytuacji szczególnego rodzaju, jaką jest konieczność ratowania jego życia, a z drugiej strony, nie nakłada na lekarza niemożliwych do wypełnienia w praktyce obowiązków. Także w nowszych opracowaniach autor podtrzymuje ten pogląd, formułując przy tym ogólną regułę, że inaczej lekarz będzie informował pacjenta o zabiegu operacyjnym, inaczej o lekkim zabiegu innego rodzaju, a inaczej, gdy nie istnieje bezwzględna konieczność operacji⁵. Nie wskazuje on jednak przy tym, na czym ta różnica w informowaniu miałaby dokładnie polegać. Także T. Brzeziński⁶ uważa, iż w przypadku zabiegów ratujących życie zakres udzielanej informacji będzie najmniejszy. Wydaje się, że w podobnym tonie wypowiada się także SN w wyrokach z 29 grudnia 1969 r.⁷ i 14 listopada 1972 r.⁸, gdzie jako okoliczność szczególnie przemawiającą za należyтым poinformowaniem wskazuje się względne wskazania do dokonania zabiegu. Oznaczać to może, że w przypadku wskazań bezwzględnych, czyli konieczności przeprowadzenia zabiegu, można odstąpić od należytego objaśnienia, kierując się dobrem chorego.

Powyższe stanowisko dopuszczające różnicowanie zakresu informacji w zależności od znaczenia danej czynności lekarskiej dla życia i zdrowia pacjenta (wskazań do jej wykonania) nie wydaje się właściwe. Jest ono oparte na przesłankach paternalistycznych i dopuszcza ograniczenie informacji w imię swoiście rozumianego dobra pacjenta. Zgodnie z takim podejściem do objaśniania, lekarz nie tylko nie musi, ale także nie może przekazać choremu pełnej informacji, gdyby miało to wpłynąć ujemnie na jego psychikę i w konsekwencji na decyzję o poddaniu się

³ II CR 732/73, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1975, nr 1, poz. 6.

⁴ M. Nesterowicz, *Podstawy prawne zabiegów lekarskich w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Palestra” 1976, nr 1, s. 30.

⁵ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 106–109.

⁶ T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2002, s. 105.

⁷ II CR 564/69, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1970, nr 10, poz. 202.

⁸ I CR 463/72, „Nowe Prawo” 1975, nr 4, s. 585–587.

koniecznej operacji. Jest to podejście zbyt daleko idące, uzależniające w sposób nieuprawniony zakres informacji od wagi danej interwencji medycznej. Należy jednak przy tym pamiętać, że w sytuacjach nietypowych, w których występują jakieś wyjątkowe przeciwwskazania do pełnego poinformowania, możliwe jest jego ograniczenie w ramach „przywileju terapeutycznego”, uregulowanego w art. 31 ust. 4 Ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁹ (dalej jako ust. o zaw. lek.)¹⁰.

Przyjąć natomiast należy, że podstawą do różnicowania zakresu udzielanej pacjentowi informacji jest cel towarzyszący danej czynności lekarskiej, który – jak już wskazałem – może być terapeutyczny lub nieterapeutyczny. W tym zakresie SA w Poznaniu słusznie wywodzi, że wymaganie zgody pacjenta na podjęcie zabiegu głównie dla celów estetycznych (a więc nieterapeutycznych) jest zachowane wtedy, gdy został on uprzednio dostatecznie poinformowany także o szczególnych – czyli wszystkich mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia skutkach zabiegu. Niemal identyczne stanowisko wyrażone zostało przez SN w wyroku z 5 września 1980 r.¹¹. Uzasadniając je, SN podkreślił, iż ogólne uprzedzenie o normalnych (typowych) następstwach zabiegów danego rodzaju może legalizować tylko te zabiegi, które mają na celu ulżenie stanowi zdrowia pacjenta zgodnie ze wskazaniami wiedzy lekarskiej (tj. zabiegi lecznicze)¹². Wynika to z tego, że udzielenie w tej sytuacji informacji o wszelkich możliwych powikłaniach pooperacyjnych mogłoby ujemnie wpłynąć na psychikę chorego i przez to zwiększyć ryzyko celowej operacji

Nie powinno również budzić wątpliwości, że o ile w przypadku czynności leczniczych, w ściśle określonych okolicznościach, możliwe jest ograniczenie udziela-

⁹ Tekst jednolity, Dz.U. z 2002 r. Nr 21, poz. 204 ze zm.

¹⁰ P. Daniluk, *Obowiązek lekarza udzielenia pacjentowi informacji w związku z podejmowanymi czynnościami leczniczymi*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 3, s. 80–81.

¹¹ II CR 280/80, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1981, nr 10, poz. 170. Teza tego orzeczenia brzmi: „Wymaganie zgody pacjenta na podjęcie zabiegu operacyjnego wyłącznie dla celów estetycznych (polepszenia wyglądu zewnętrznego) jest zachowane tylko wtedy, gdy zostanie on uprzednio dostatecznie poinformowany także o szczególnych – czyli wszelkich mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia – skutkach interwencji, niestwarzającej dla niego ryzyka wyższego od przeciętnego”.

¹² Jeżeli chodzi o czynności lecznicze (terapeutyczne), to raczej nie budzi wątpliwości, iż informacja o ich następstwach powinna być ograniczona do następstw typowych. W doktrynie stanowisko takie wyrazili m.in. D. Dziubina, *Prawny charakter zgody pacjenta na zabieg leczniczy w świetle art. 192 kodeksu karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, z. 2, s. 40; R. Kędziora, *Problematyka zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 7–8, s. 57–58; B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, *Uwagi o zawodowym obowiązku udzielenia informacji*, „Studia Iuridica” 1994, nr XXI, s. 49. Ograniczenie informacji do następstw typowych znalazło także szeroką akceptację w orzecznictwie SN – zob. np. wyrok z 28 sierpnia 1972 r., II CR 296/72, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1973, nr 5, poz. 86; wyrok z 20 listopada 1979 r., IV CR 389/79, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1980, nr 4, poz. 81.

nej przez lekarza informacji¹³, o tyle przy czynnościach nieleczniczych jest to bezwzględnie zabronione. Brak jest tu bowiem, uzasadnionej tylko wobec zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta, obawy, że nadmiar informacji może zaszkodzić terapii. A ponadto, biorąc pod uwagę to, że czynności nieterapeutyczne nie są konieczne dla ratowania życia lub zdrowia, pacjent powinien podjąć w pełni świadomą i przemyślaną decyzję, czy warto poświęcać bądź narażać na niebezpieczeństwo swoje dobra prawne dla osiągnięcia celów pozaleczniczych¹⁴. Jak słusznie zauważa M. Sośniak¹⁵, brak jest jakichkolwiek powodów, które przemawiałyby za „oszczędzaniem” osoby mającej poddać się takim zabiegom. W związku z powyższym, w przypadkach podejmowania czynności nieterapeutycznej winno się informować w całej rozciągłości o jej istocie, przebiegu, znaczeniu i skutkach. Przy czym zakresu informacji o skutkach nie powinno się ograniczać do skutków typowych, lecz obejmować nim także skutki nietypowe, w tym także te występujące szczególnie rzadko. Należy podkreślić, że wskazane w powyższym kształcie objaśnienie winno być udzielane pacjentowi nawet bez pytania z jego strony¹⁶.

Jeżeli chodzi o skutki uchybienia przez lekarza obowiązkowi należytego poinformowania pacjenta, to SA w Poznaniu słusznie wywodzi, że samo uzyskanie formalnej zgody pacjenta bez poinformowania go o ryzyku i skutkach zabiegu powoduje, iż jest to zgoda „nieobjaśniona” i jako taka jest wadliwa, wskutek czego lekarz działa bez zgody. Współcześnie nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że jeżeli wobec pacjenta nie dopełniono obowiązku należytego objaśnienia, wówczas wyrażona przez niego zgoda na czynność lekarską obarczona jest istotną wadą prawną. Nieudzielenie informacji, udzielenie jej w sposób nieprzystępny bądź podanie informacji nieprawdziwej powoduje, że chory udziela zgody w sposób nieświadomy, nie wie bowiem dokładnie lub w ogóle na co się godzi. W tej sytuacji należy uznać, że zgoda ta jest bezskuteczna, a w związku z tym daną czynność lekarską trzeba traktować jako podjętą bez zezwolenia¹⁷.

W swoich wywodach SA w Poznaniu wskazuje na poszczególne elementy udzielanej pacjentowi informacji, podając, że musi on znać przedmiot zgody, musi wiedzieć o proponowanej metodzie leczenia, ryzyku zabiegu i jego następstwach. Jest

¹³ Ma to miejsce w wyjątkowych sytuacjach, gdy rokowanie jest niepomyślne dla pacjenta, a lekarz uzna, że za ograniczeniem informacji przemawia dobro chorego – tzw. przywilej terapeutyczny (art. 31 ust. 4 ust. o zaw. lek.). Ograniczenie informacji możliwe jest także na żądanie samego pacjenta (art. 31 ust. 3 ust. o zaw. lek.). Należy również wskazać, iż na gruncie doktryny i orzecnictwa podnosi się jeszcze inne możliwości ograniczania udzielanej pacjentowi informacji. Zob. P. Daniluk, *Obowiązek lekarza...*, s. 80–82.

¹⁴ K. Rozental, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 5 września 1980 r. (II CR 280/80)*, „Orzecnictwo Sądów Polskich” 1981, nr 10, poz. 170, s. 432.

¹⁵ M. Sośniak, *Obowiązek powiadomienia o skutkach zabiegu leczniczego*, „Państwo i Prawo” 1958, nr 7, s. 119–120.

¹⁶ M. Sośniak, *Obowiązek powiadomienia...*, s. 119–120.

¹⁷ P. Daniluk, *Obowiązek lekarza...*, s. 84.

to jednak katalog niekompletny, gdyż – jak wynika *expressis verbis* z art. 31 ust. 1 ust. o zaw. lek. – lekarz ma obowiązek udzielenia pacjentowi informacji o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, a także o dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu.

Należy zgodzić się co do zasady z wyrażonym przez SA w Poznaniu stanowiskiem, że zakres poinformowania pacjenta zależy od tego „co rozsądna osoba będąca w sytuacji pacjenta obiektywnie potrzebuje usłyszeć od lekarza”. Trzeba jednak pamiętać, że o ile zakres udzielanej pacjentowi informacji powinien być ustalany w sposób obiektywny (wynika on przede wszystkim z art. 31 ust. 1 ust. o zaw. lek.), o tyle sposób jej przekazania musi być dostosowany do konkretnej sytuacji. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ust. o zaw. lek. informacja powinna być przedstawiona pacjentowi w sposób przystępny, co powinno być oceniane w sposób indywidualny, oparty o aktualne możliwości intelektualne pacjenta¹⁸. Nie jest bowiem możliwe stworzenie jakiegoś wzorca czy standardu objaśniania, którego spełnienie zagwarantuje, że zawsze będzie można mówić o zrealizowaniu warunku przystępności. Należy przy tym zauważyć, że informacja udzielona w sposób nieprzystępny będzie się równała brakowi informacji w ogóle, co oznacza, że zgoda na dany zabieg udzielona w takich warunkach będzie prawnie nieskuteczna¹⁹.

Paweł Daniluk

¹⁸ Trzeba mieć na uwadze, że na aktualne możliwości percepcyjne pacjenta wpływa wiele czynników. Wynikają one przede wszystkim z posiadanego wykształcenia i wiedzy, inteligencji, oddziaływania choroby czy stresu, któremu poddany jest człowiek przebywający w warunkach ambulatoryjnych.

¹⁹ P. Daniluk, *Obowiązek lekarza...*, s. 83.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 28 października 2004 r.

III CK 461/03¹

Teza głosowanego orzeczenia ma następujące brzmienie:

„Roszczenie z tytułu zapisu – w razie nieokreślenia przez spadkodawcę terminu jego wykonania – staje się wymagalne niezwłocznie po ogłoszeniu testamentu (art. 981 k.c.)”.

Istota orzeczenia SN i niniejszej glosy dotyczy kwestii początku biegu terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu (art. 981 k.c.). Zagadnienie to wymagałoby odrębnego obszernego opracowania, co daleko przekracza ramy tej z natury rzeczy krótkiej glosy. Zostaną poruszone tylko niektóre zagadnienia. Możliwe są w szczególności trzy zasadnicze koncepcje w tym zakresie (1, 2, 3a), czwarta (3b) jest modyfikacją trzeciej (3a).

Teza 1 – Bieg terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu rozpoczyna się od dnia, w którym zapisobiorca dowiedział się o ogłoszeniu testamentu oraz dowiedział się o treści zapisu na jego rzecz uczynionego (art. 981, 970 zd. 1, 120 § 1 k.c.) (*a tempore scientiae*)².

Teza 2 – Bieg terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu rozpoczyna się niezwłocznie po ogłoszeniu testamentu (*a tempore facti*)³.

¹ Wyrok opublikowany w OSNC 2005, z. 11, poz. 193.

² Tak wyraźnie orzeczenie SN z 15 lutego 2001 r., II CKN 390/00, OSP 2001, z. 10, poz. 140, z aprobowanymi głosami M. Niedośpiała, PIP 2002, z. 9, s. 112–116 i E. Niezbeckiej, OSP 2001, z. 10, poz. 140 (co do tej autorki por. jednak przypisy 3 i 4); jak się wydaje J. Ignaczewski, *Prawo spadkowe. Art. 922–1088 k.c. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 185.

³ Tak wyraźnie orzeczenie SN z 28 października 2004 r., III CK 461/03, OSNC 2005, z. 11, poz. 193; P. Książak, *Początek biegu terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu*, PS 2005, z. 1, s. 71–86; M. Sychowicz, *Kodeks cywilny, t. II, art. 353–1088, Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, Warszawa 2005, s. 871, 876, 877; jak się wydaje: E. Niezbecka, *Wymagalność roszczeń z tytułu zapisu*

Teza 3a – Bieg terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu rozpoczyna się od chwili wezwania przez wierzyciela (zapisobiorcę) dłużnika do spełnienia świadczenia (wykonania zapisu) („teoria wezwania”).

Teza 3b – Bieg terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu rozpoczyna się od chwili dowiedzenia się przez zapisobiorcę o treści zapisu (*a tempore scientiae*) („teoria dowiedzenia się o treści zapisu”).⁴

Za i przeciwko tym trzem teoriom przemawiają oznaczone argumenty. Te trzy modele zostaną w skrócie przedstawione.

W większości autorzy nie zajmują jasnego stanowiska w tej mierze, co powoduje, że wstrzymują się z oceną ich stanowisk (1–2–3a, b)⁵.

Ad. 1) Tezę pierwszą, którą reprezentuję m.in. ja, uzasadniłem w mojej glosie (przypis 2), do której odsyłam, które to wywody w pełni podtrzymuję.

W tezie pierwszej występuje koniunkcja („oraz”) dwóch przesłanek tam wymienionych, które zatem muszą być spełnione łącznie.

W tezie 1. i 2. oraz – jak o tym będzie mowa – w prawdziwej interpretacji przy tezie 3. (a, b) bieg terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu nie może rozpocząć się nigdy przed ogłoszeniem testamentu, czyli biegnie dopiero od ogłoszenia testamentu.

Teza 1. chroni interesy wierzyciela (zapisobiorcy), teza 2. chroni interesy dłużnika (obciążonego zapisem) kosztem wierzyciela.

W tezie 1. istotne jest dowiedzenie się o ogłoszeniu testamentu i treści zapisu przez zapisobiorcę, nie decyduje tu data wezwania dłużnika przez wierzyciela (zapisobiorcę) do wykonania zapisu.

Otrzymanie przez zapisobiorcę testamentu przed ogłoszeniem testamentu, a po lub przed otwarciem spadku nie jest otwarciem i ogłoszeniem testamentu, którego dokonuje tylko sąd (art. 646–654 k.p.c.).

Jest rzeczą oczywistą, że zapisobiorca może wezwać do spełnienia świadczenia dopiero po dowiedzeniu się o ogłoszeniu testamentu i po dowiedzeniu się o treści

oraz kilka uwag o wykonaniu dalszego zapisu, NP 1986, z. 3, s. 36–38; teźże, *Przedawnienie roszczeń z tytułu zapisu*, NP 1986, z. 4–5, s. 70; teźże, *Zapis*, Lublin 1990, s. 88–90, 150; teźże, *Prawo spadkowe w zarysie*, Lublin 1998, s. 91, 92 (zob. jednak przypisy 2 i 4 co do tej autorki); J. Kramis, w: *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 335–1088*, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2004, s. 897, 889.

⁴ Tezę 3b przyjmuje E. Niezbecka, *Głosa...*, jw., *in fine* (2 ostatnie akapity) (zob. jednak przypisy 2 i 3 co do tej autorki).

⁵ Dotyczy to J. Gwiazdomorskiego, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1972, s. 267, 268, 270; S. Wójcika, w: *System prawa cywilnego, t. IV, Prawo spadkowe*, pod red. J. St. Piątowskiego, Ossolineum 1980, s. 236, 258; F. Błahuty, w: *Kodeks cywilny – komentarz, t. 3*, Warszawa 1972, s. 1896, 1902; J. St. Piątowskiego, *Prawo spadkowe – zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 134, 135, wyd. V zaktualizowane i uzupełnione przez B. Kordasiewicza; M. Pazdana, w: *Kodeks cywilny – komentarz, t. II* (pod red. K. Pietrzykowskiego), Warszawa 1998, s. 816, 817, 825, 826; Z. Skowrońskiej-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 1999, s. 140, 141, 147, 148; teźże, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2003, s. 112, J. Stockiego, w: *Kodeks cywilny z komentarzem, t. II*, Warszawa 1989, s. 860, 865.

zapisu (testamentu), tj. osoby zapisobiorcy obciążonego i treści zapisu. Dopóki spadkodawca nie wie o tym, dopóty nie biegnie termin przedawnienia (art. 981, 970 zd. 1, art. 120 § 1 k.c.). W tym stanie faktycznym orzeczenia SN były dwa prawomocne postanowienia o stwierdzeniu nabyciu spadku opiewające na inne osoby. Przy tezie 1. nie ma potrzeby odwoływania się do zawieszenia lub przerwy biegu terminu przedawnienia (art. 121, 123 k.c.), wystarczy przyjąć, że zapisobiorca nie wiedział, kto jest zobowiązany do wykonania zapisu (obciążony zapisem, dłużnikiem). A skoro tak, to dopóki były dwa prawomocne postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, to nie rozpoczął się w ogóle bieg przedawnienia (z art. 981 k.c.), a zatem powództwo o wykonanie zapisu w tym stanie faktycznym orzeczenia SN powinno być uwzględnione. Ale i przy tezie 1. celowe jest wytaczanie powództwa o wykonanie zapisu i zawieszenie tego postępowania (art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c.) do chwili prawomocnego zakończenia postępowania o stwierdzenie nabycia spadku lub o zmianę (art. 679 k.p.c.) postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, choćby z ostrożności procesowej. Zapisobiorca często nie wie, kto jest spadkobiercą ustawowym lub testamentowym obciążonym zapisem (np. art. 928–930, 1020, 1048–1050, dawny art. 1059–1065 k.c., testament negatywny). Poza tym zwracam uwagę na treść art. 1027 k.c.

W tezie 1. termin przedawnienia nie biegnie *a tempore facti* (od dnia ogłoszenia testamentu), lecz *a tempore scientiae* (koniunkcja dwóch przesłanek).

Zapisobiorca może być zainteresowany prawnie (nierozpoznanie biegu terminu przedawnienia) i ekonomicznie w nieotwarciu i nieogłaszaniu testamentu, gdyż wymaga to przygotowania odpowiednich środków finansowych, np. na koszty sądowe i procesowe wykonania zapisu, zapłacenia podatku od spadku z tytułu zapisu (krótkie terminy).

Za stanowiskiem 1. przemawiają także względy etyczne.

Trafne jest stanowisko 1.

Ad 2) W tezie 2. początek biegu terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu rozpoczyna się *a tempore facti* (niezwłocznie po ogłoszeniu testamentu). Nie jest istotne – przy tezie 2. – czy zapisobiorca wiedział o ogłoszeniu testamentu i czy wiedział on o treści zapisu. Teza 2. jest także niezależna od wezwania dłużnika przez wierzyciela do spełnienia świadczenia. Przy tezie 2. istnieje poważne niebezpieczeństwo przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu, mimo że wierzyciel nie będzie wiedział o ogłoszeniu testamentu i treści zapisu. Można to łagodzić poprzez konstrukcję nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.), w przypadku gdy dłużnik podniesie zarzut (prawokształtujący) przedawnienia roszczenia, ale nie zawsze będzie to możliwe.

Rozróżnienie na subiektywną i obiektywną możliwość żądania wykonania zapisu jest dotknięte logiczną (wewnętrzną) sprzecznością (*contradictio in adiecto*).

W pewnych wypadkach, np. w razie świadomego wprowadzenia w błąd sądu przez dłużnika i niezawiadomienia przez sąd wskutek tego wierzyciela (zapisobiorcy) o ogłoszeniu testamentu i treści zapisu może dojść do zbiegu odpowiedzialno-

ści odszkodowawczej kontraktowej (art. 471 i n. k.c.) z tytułu zapisu i deliktowej (art. 415 k.c./art. 443 k.c.) po stronie dłużnika (spadkobiercy). Uciekanie się do art. 445 k.c. z tego tytułu nie będzie w zasadzie potrzebne przy tezie 1.

Interpretacja 2. nie chroni – odmiennie niż wykładnia 1. – należycie interesów Skarbu Państwa, który może być narażony na odpowiedzialność odszkodowawczą w razie niezawiadomienia (art. 652 k.p.c.) zapisobiorców o ogłoszeniu testamentu i treści zapisu (art. 417 k.c., odpowiedzialność obiektywna, niezależna od winy).

Teza 2. jest sprzeczna z teorią woli, która tkwi u podstaw testamentu. Jest z nią zgodna teza 1.

Nietrafny jest pogląd SN wyprowadzony z art. 442 § 2 k.c., że termin *a tempore scientiae* jest zawsze ograniczony terminem *a tempore facti*. Prawo cywilne zna terminy biegnące tylko *a tempore scientiae*.

Nietrafny jest pogląd, że bieg terminu przedawnienia może jednostronnie przedłużać wierzyciel (zapisobiorca), nie wzywając dłużnika do spełnienia świadczenia (nawet przez wiele lat). Jest to zarzut przeciwko tezie 3. (a, b), ale nie przeciwko tezie 1. Poza tym SN wyolbrzymia problem. Także przy tezie 2. (jak i 1.) istnieje możliwość odroczenia w czasie początku biegu terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu przez nieotwieranie i nieogłaszanie testamentu, co jest prawnie dozwolone i często jest uzasadnione prawnie i ekonomicznie, jak o tym była uprzednio mowa. Także spadkodawca może pośrednio wydłużyć termin przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu poprzez wydłużenie terminu spełnienia świadczeń z tytułu zapisu (art. 970 zd. 1 *in principio* k.c.), co jest prawnie dozwolone. Jeśli np. spadkodawca zastrzegł, że świadczenie z tytułu zapisu ma być spełnione po upływie 5 lat od ogłoszenia testamentu, które nastąpiło 1 kwietnia 2000 r., to bieg terminu przedawnienia skończy się 2 kwietnia 2010 r., a nie 2 kwietnia 2005 r.

Testament nie jest papierem wartościowym.

Głosowane orzeczenie SN w poważnej mierze oparte jest na artykule P. Księżaka (przypis 3).

Stanowisko drugie nie jest trafne.

Ad 3a) „Teoria wezwania” może mieć 2 zasadnicze warianty (A i B). W pierwszym wariantcie (3aA) decyduje faktyczne wezwanie do spełnienia świadczenia (czyli nie stosuje się do wezwania art. 120 § 1 zd. 2 k.c.). W drugim wariantcie (3aB) decyduje nie faktyczna, nie rzeczywista chwila wezwania do spełnienia świadczenia, lecz możliwość wezwania do spełnienia świadczenia (czyli stosuje się do wezwania art. 120 § 1 zd. 2 k.c.). Każdy z tych dwóch zasadniczych wariantów (3aA–3aB) może mieć trzy podwarianty – chodzi o faktyczne wezwanie (A) lub możliwość wezwania (B):

- przed ogłoszeniem testamentu (3aA₁, 3aB₁), a z natury rzeczy po otwarciu spadku,
- po ogłoszeniu testamentu (3aA₂, 3aB₂),
- przed ogłoszeniem testamentu (a z natury rzeczy po otwarciu spadku) i po ogłoszeniu testamentu (3aA₃, 3aB₃).

Teza 3aA₁ i 3aB₁ jest bezprawna. Nie można bowiem żądać wykonania zapisu po otwarciu spadku (wtedy tylko powstaje roszczenie o wykonanie zapisu), a przed ogłoszeniem testamentu. Wynika to wyraźnie z art. 970 zd. 1, art. 981, 120 § 1 k.c., z których to przepisów wypływa wniosek, że wykonania zapisu najwcześniej można żądać od chwili ogłoszenia testamentu. Przed tą chwilą nie można żądać wykonania zapisu. Nie istnieje zatem ani faktyczna (3aA₁), ani prawna możliwość (3aB₁) żądania wykonania zapisu w tym czasie.

Ta „teoria wezwania” (3aA₂, 3aB₂) możliwa byłaby prawnie tylko w okresie po ogłoszeniu testamentu. Ale i w tym okresie (podobnie jak uprzednim) nie można jej przyjąć (3aA₂), bo nie można uzależnić początku biegu terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu od „wezwania” do wykonania zapisu dłużnika (obciążonego zapisem) przez wierzyciela (zapisobiorcę). Mogłoby to bowiem prowadzić do jednostronnego znacznego wydłużenia terminu przedawnienia przez wierzyciela (zapisobiorcę), np. do kilkudziesięciu lat. A nie taki jest sens instytucji przedawnienia, która ma likwidować stare stany prawne i faktyczne. Wprawdzie w drugim wariantcie (3aB₂) ta teoria nie miałaby tej wady, bo bieg terminu przedawnienia rozpoczynałby się od chwili ogłoszenia testamentu (art. 981, 970 zd. 1, 120 § 1 zd. 2 k.c.), gdyż wtedy najwcześniej można wezwać dłużnika do spełnienia świadczenia z tytułu zapisu, ale z kolei wymienione przepisy k.c. nie uzależniają początku biegu terminu przedawnienia roszczenia o wykonanie zapisu od wezwania dłużnika do spełnienia świadczenia przez wierzyciela (zapisobiorcę) (por. tezy 1. i 2.)

Teza kumulująca te obie teorie (3aA₃, 3aB₃), że wykonania zapisu można dochodzić przed ogłoszeniem testamentu lub po ogłoszeniu testamentu (w obu wypadkach z oczywistym zastrzeżeniem, że po chwili otwarcia spadku) łączyłaby wady obu teorii (3aA₁–3aB₁, 3aA₂–3aB₂), argumenty, które przemawiają przeciwko teorii pierwszej (3aA₁–3aB₁) i przeciwko teorii drugiej (3aA₂–3aB₂) przemawiają jednocześnie przeciwko teorii trzeciej (3aA₃–3aB₃) kumulującej, koniunkcyjnej.

Teorię wezwania (3a) we wszystkich jej trzech wariantach należy zatem *a limine* odrzucić. Takie też jest stanowisko SN (2001, 2004) – jak należy sądzić – prawie całej doktryny.

Ad 3b) Argumenty przytoczone przeciwko teorii 3a (teorii wezwania) mają odpowiednie zastosowanie przeciwko tezie 3b (dowiedzenia się o treści zapisu). Konstrukcja tezy 3a ma odpowiednie zastosowanie do konstrukcji tezy 3b. Z tych samych przyczyn, z których niedopuszczalna jest teza 3a, niedopuszczalna jest teza 3b. Obie tezy podlegają z tych samych przyczyn odrzuceniu *a limine*. Takie też jest stanowisko SN (2001 i 2004) i prawie całej doktryny.

4. Konkludując, trafna jest teza 1. Nietrafne są tezy 2. i 3. (a, b). *A limine* należy odrzucić tezę 3. (a, b). Gdyby nie podzielić tezy 1., to należałoby przyjąć tezę 2. Tylko taka jest alternatywa. Innej nie ma.

Orzeczenie SN nie jest zatem trafne.

Michał Niedośpiął

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 kwietnia 2006 r.

IV KK 12/06¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

Jeśli istota przestępstwa sprowadza się do tego, że współuczestnicy określonego zdarzenia przestępnego, będący współsprawcami przestępstwa, którego znamiona ich zachowanie w tym zdarzeniu wypełnia, są jednocześnie pokrzywdzonymi działaniami innych jego współuczestników (np. w bójce), to w razie wydzielenia do odrębnego postępowania sprawy jednego z nich pozostałych, których dobro prawne zostało naruszone lub zagrożone przez zachowania przestępne tego oskarżonego, którego dotyczy wydzielone postępowanie, mogą w tym postępowaniu wykonywać uprawnienia pokrzywdzonego, w tym przewidziane w art. 387 § 2 *in fine* k.p.k.

Głosowany wyrok zapadł na gruncie następującego układu faktycznego:

Marian P. został wspólnie z Krzysztofem S. i Andrzejem B. oskarżony o to, że działając wspólnie i w porozumieniu także z czwartym uczestnikiem zdarzenia, będącym osobą nieletnią, wziął udział w bójce polegającej na wzajemnym zadawaniu sobie ciosów rękami i kopnięć, w wyniku czego on sam oraz dwaj uczestnicy odnieśli obrażenia ciała powodujące naruszenie czynności narządu ciała na okres poniżej 7 dni, tj. o czyn z art. 158 § 1 k.k. Na rozprawie w dniu 10 czerwca 2005 r. Sąd Rejonowy w R. wyłączył do odrębnego rozpoznania sprawę Mariana P., który wystąpił z wnioskiem o skazanie bez dalszego postępowania dowodowego i rozpoznał tę sprawę, a uwzględniając wniosek wyrokiem z 10 czerwca 2005

¹ Wyrok opublikowany w OSNKW 2006, z. 6, poz. 61.

r. Sąd skazał oskarżonego. Wyrok uprawomocnił się 30 sierpnia 2005 r., kiedy to Sąd Okręgowy w R. wydał postanowienie zmieniające (ale tylko co do podstawy prawnej) zarządzenie sędziego Sądu Rejonowego w R. odmawiające jednemu ze współoskarżonych o udział w bójce doręczenia odpisu owego wyroku wraz z uzasadnieniem w celu jego zaskarżenia.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu Rejonowego wywiódł na niekorzyść skazanego Prokurator Generalny, podnosząc zarzut obrazy art. 387 § 2 k.p.k. polegającej na rozpoznaniu sprawy i wydaniu wyroku mimo braku przesłanek określonych w tym przepisie, jako że okoliczności popełnienia czynu budziły wg skarżącego wątpliwości, a pokrzywdzony nie został pouczony o możliwości i warunkach zgłoszenia sprzeciwu wobec wniosku oskarżonego o skazanie w trybie art. 387 k.p.k.

Sąd Najwyższy w dniu 6 kwietnia 2006 r. uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Rejonowemu w R. do ponownego rozpoznania, a fragment uzasadnienia został wyeksponowany w przedstawionej wyżej tezie.

Teza ta jest słuszna. Lektura uzasadnienia głosowanego wyroku skłania jednak do polemiki z poglądami tam wyrażonymi.

W uzasadnieniu decyzji zawarł Sąd Najwyższy interesującą, nowatorską, jednak nieznajującą żadnego oparcia w przepisach k.p.k. i przez to w sposób oczywisty niezaskługującą na akceptację definicję pokrzywdzonego.

Stwierdził mianowicie, że pokrzywdzonym jest każda osoba, *której dobro prawne zostało naruszone lub zagrożone przez przestępstwo², kwestia odpowiedzialności za który to czyn jest przedmiotem danego postępowania (art. 49 k.p.k.), w którym osoba pokrzywdzona sama nie jest jednocześnie oskarżonym* (pokreśl. – M. Ś.).

I właśnie ta druga część definicji oderwana jest od obowiązujących przepisów i w sposób nieuprawniony oraz całkowicie dowolny zawęża zakres desygnatów słowa „pokrzywdzony”.

Zagadnienie, kto jest pokrzywdzonym w świetle przepisów k.p.k., było przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego i doktryny procesu karnego. Zgodnie z art. 49 § 1 k.p.k. pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Przepis ten, oprócz wskazania podmiotu, statuuje tylko dwie przesłanki powodujące przyznanie owemu podmiotowi statusu pokrzywdzonego. Są nimi naruszenie lub zagrożenie tym czynem dobra prawnego tej osoby i bezpośredniość owego naruszenia. Po spełnieniu tych przesłanek przez daną osobę uzyskuje ona z mocy prawa status pokrzywdzonego, a do jego uzyskania **nie jest konieczna żadna decyzja procesowa**.

Sąd Najwyższy w uchwale z 15 września 1999 r.³ stwierdził, że krąg pokrzyw-

² Ta część definicji nie budziłaby wątpliwości, gdyby niezrozumiałe pominięcie przez Sąd słowa „bezpośrednio”.

³ I KZP 26/99, OSNKW 1999, z. 11–12, poz. 69.

dzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych. Taki sam pogląd wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z 21 grudnia 1999 r.⁴. Opowiedział się zatem za materialną definicją pokrzywdzonego, która dominuje w literaturze⁵.

Wskazał SN, że art. 49 § 1 k.p.k. należy interpretować wąsko, relatywizując pojęcie pokrzywdzonego jedynie do zespołu znamion przestępstwa będącego przedmiotem postępowania, przy czym nie ma decydującego znaczenia to, czy fakt pokrzywdzenia konkretnej osoby fizycznej lub prawnej został uzewnętrzniony w opisie czynu zarzucanego sprawcy, a niekiedy nawet w przyjętej kwalifikacji prawnej. Nie jest, zdaniem SN, pokrzywdzonym w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. ten, czyje dobro prawem chronione zostało naruszone lub zagrożone przez czyn, który jest przestępstwem, co jednak nie należy do jego ustawowych znamion.

Od poglądów wyrażonych we wskazanych uchwałach odstąpił SN w postanowieniu z 23 kwietnia 2002 r., co zaowocowało słuszną krytyką⁶. Natomiast powrócił do nich w uchwale z 21 października 2003 r.⁷, co spotkało się z pozytywnym przyjęciem⁸.

Dodać też należy, że zawarte w art. 49 § 1 k.p.k. sformułowanie „dobro prawne (...)” rozumieć należy jako dobro stanowiące tzw. przedmiot ochrony indywidualnej normy prawa karnego materialnego, który naruszony został w wyniku przestępstwa, a nie wszelkie dobra prawne określonej osoby i chronione innymi, pozakarnymi normami prawa (np. prawa cywilnego czy administracyjnego)⁹.

⁴ IKZP 43/99.

⁵ Zob. przykładowo W. Posnow, *Sytuacja pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w polskim procesie karnym*, Wrocław 1991, s. 18; Z. Gostyński (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1998, s. 278; T. Grzegorzczak (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1998, s. 156; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, Warszawa 1999, s. 259; R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1999 r.*, WPP2/2000, s. 88–91; K. T. Boratyńska (w:) *KPK Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, ub. 10 do art. 49; J. Zagrodnik, *Instytucja skargi subsydiarnej w procesie karnym*, Warszawa 2005, s. 65–76; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. VII, Warszawa 2003, s. 181; M. Siwek, *Głosa do postanowienia SN z 23 kwietnia 2002 r.*, Prok. i Pr. 3/2004, s. 113 i n.; S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Objaśnienia dla studentów*, t. 1, pod red. Jana Grajewskiego, Zakamycze 2005, t. 2 do art. 49; S. Zabłocki, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karnej*, „Palestra” 1999–12/2000–1, s. 165–166; K. Dudka, *Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych*, Lublin 2006, s. 19 i n.; inaczej jednak W. Sych, *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006, s. 43–44.

⁶ Zob. M. Siwek, *Głosa...*; R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2002 r.*, WPP 2/2003, s. 108–110.

⁷ IKZP 29/03.

⁸ R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2003 r.*, WPP 2/2004, s. 87–92.

⁹ M. Filar, *Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym*, Czasopismo

Niezależnie od powyższego, warunkiem uznania za pokrzywdzonego jest także bezpośrednio zagrożenia lub naruszenia dobra prawnego przestępstwem.

Naruszenie lub zagrożenie (np. przez uśiłowanie popełnienia przestępstwa) musi być „bezpośrednie”, co oznacza, że czyn przestępny był skierowany wprost przeciwko dobrom prawnym danej osoby lub instytucji (między czynem a osobą nie było żadnego „łącznika” czy też „ogniwa pośredniego”); bezpośrednio naruszenia lub zagrożenia odróżnia pokrzywdzonego w postępowaniu karnym od poszkodowanego w postępowaniu cywilnym, którym zostaje się także w wyniku pośredniego naruszenia (zagrożenia) dóbr prawnych¹⁰.

Uwagi te przytoczono, by podkreślić, że uzyskanie statusu pokrzywdzonego następuje automatycznie, po spełnieniu warunków zawartych w art. 49 k.p.k., a omówionych wyżej, i nie zależy od żadnej decyzji jakiegokolwiek organu. Tymczasem Sąd Najwyższy stwierdził, że posiadanie statusu pokrzywdzonego uzależnione jest od tego, czy osoba pokrzywdzona jest w „danej sprawie” jednocześnie oskarżonym (statusy te się wykluczają) a więc – *de facto* – od „technicznej” decyzji organu procesowego o łącznym bądź rozłącznym prowadzeniu sprawy tej osoby z inną osobą oskarżoną o udział w przestępstwie, którego *istota sprowadza się do tego, że współuczestnicy zdarzenia przestępnego są jednocześnie współsprawcami przestępstwa, którego znamiona ich zachowanie w tym zdarzeniu wypełnia, są jednocześnie „pokrzywdzonymi” działaniami innych jego współuczestników (np. w bójce).*

Dalej Sąd Najwyższy wspiera swą argumentację, odwołując się do art. 50 k.p.k., twierdząc, że *jedynie „w tej samej sprawie” wyłączona jest przez art. 50 k.p.k. możliwość łączenia roli oskarżonego i pokrzywdzonego, ale po wyłączeniu sprawy o dany czyn danego oskarżonego do odrębnego postępowania jest to już odrębna sprawa.*

Jednakże z art. 50 k.p.k. wynika zakaz kumulacji ról procesowych oskarżyciela posiłkowego i powoda cywilnego z rolą oskarżonego¹¹ (pomijam końcową część przepisu, gdyż nie ma znaczenia dla dalszych rozważań), natomiast nijak nie wynika, że oskarżony nie może być w tej samej sprawie jednocześnie pokrzywdzonym. Wykładnia językowa tego przepisu prowadzi do wniosku, że tak może się stać, natomiast osoba taka nie może w postępowaniu sądowym korzystać z upraw-

Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2/2002, s. 30; K. Dudka, *Skuteczność...*, s. 22; zob. jednak W. Sych, *op. cit.*

¹⁰ A. Gaberle, *Leksykon polskiej procedury karnej*, Gdańsk 2004, s. 173; zob. też R. A. Stefański, WPP 2/2003, s. 108; tenże WPP 2/2004, s. 92; K. Dudka, *Skuteczność...*, s. 24; C. Kulesza, *Rola pokrzywdzonego w procesie karnym*, Białystok 1995, s. 19; zob. też Postanowienie SN z 17 listopada 2005 r., II KK 108/05, Biuletyn SN 11/05

¹¹ Przykładowo: S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2003, s. 199–202; S. Steinborn (w:) *Kodeks postępowania karnego. Objaśnienia dla studentów*, Zakamycze 2005, t. 1 do art. 50; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, t. 1 do art. 50; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2004, t. 2 do art. 50.

nień pokrzywdzonego, ale tylko tych określonych w art. 53 i 62 k.p.k., zatem nie może działać jako oskarżyciel posiłkowy ani powód cywilny. Natomiast oskarżony, będący jednocześnie pokrzywdzonym, który to status – powtórzyć należy – jest skutkiem zaistnienia określonych faktów, a nie decyzji procesowej, może korzystać z innych uprawnień pokrzywdzonego, a więc przykładowo zgłosić wnioski, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k., czy też skorzystać z prawa przewidzianego w art. 387 § 2 k.p.k. Czym innym jest bowiem bycie pokrzywdzonym (posiadanie statusu pokrzywdzonego), a czym innym korzystanie z uprawnień pokrzywdzonego, co Sąd Najwyższy błędnie utożsamia.

Innymi słowy, wbrew rozpowszechnionym w literaturze poglądom, art. 50 k.p.k. wcale nie wprowadza zakazu łączenia ról pokrzywdzonego i oskarżonego w postępowaniu sądowym w tej samej sprawie. Co więcej, właśnie możliwość zaistnienia sytuacji, w których do takiego połączenia dojdzie przewiduje (i słusznie – czego dowodem jest sprawa tocząca się przez Sądem Rejonowym w R.) i wprowadza zakaz dla podmiotu będącego jednocześnie (w tej samej sprawie) pokrzywdzonym i oskarżonym korzystania z enumeratywnie wskazanych uprawnień przysługujących pokrzywdzonemu.

Tak więc w sprawie o udział w bójce, w sytuacji kiedy jeden z oskarżonych chce skorzystać z instytucji opisanej w art. 387 § 1 k.p.k., to pozostali oskarżeni, będący jednocześnie pokrzywdzonymi, mogą wykonać uprawnienie przewidziane przez art. 387 § 2 k.p.k. niezależnie od tego czy sprawę tego jednego oskarżonego wyłączono¹² do odrębnego rozpoznania, czy też nie. Natomiast rację ma Sąd Najwyższy, że po wyłączeniu do odrębnego rozpoznania sprawy jednego (lub więcej) z oskarżonych pozostali mogą w „jego sprawie” skorzystać z uprawnień określonych w art. 53 i 62 k.p.k. W wypadku połączenia uprzednio „rozłączonych spraw” sądowi nie pozostaje nic innego, jak wydanie decyzji na podstawie art. 56 § 2 k.p.k. lub art. 65 § 1 pkt 3 bądź § 2 k.p.k.

Powyższe uwagi krytyczne nie podważają oczywiście słuszności samej tezy.

Jeszcze jedno zagadnienie, tym razem poruszone przez Sąd Najwyższy niejako mimochodem, wywołuje wątpliwości. Otóż zapewne słusznie krytykuje organ ten postąpienie Sądu Rejonowego, który uznał, że okoliczności sprawy nie budzą wątpliwości¹³. Stwierdził Sąd Najwyższy, że taka decyzja była niewłaściwa, tym bardziej że oskarżony ograniczył się na rozprawie do oświadczenia, iż przyznaje się do winy i korzysta z prawa do odmowy składania wyjaśnień¹⁴. I dalej twierdzi: *nota bene nie odnotowano w protokole w związku z tą odmową ujawnienia wyjaśnień*

¹² Zwraca uwagę, że Sąd Najwyższy nie wiezieć czemu używa zarówno w tezie, jak i w uzasadnieniu określenia „wydzielenie do odrębnego postępowania” zamiast „wyłączenia do odrębnego rozpoznania” (art. 34 § 3 k.p.k.).

¹³ Trudno twierdzić inaczej bez znajomości akt sprawy.

¹⁴ Na temat przyznania się oskarżonego i złożenia wyjaśnień w kontekście tej instytucji pisałem w innym miejscu – *Głosa do wyroku SN z 30 marca 2005 r.*, „Palestra” 2005, nr 11–12, s. 270–274.

oskarżonego z postępowania przygotowawczego, ograniczając się do odnotowania ujawnienia dowodów „wymienionych w akcie oskarżenia do przeprowadzenia na rozprawie”.

Wniosek wydaje się oczywisty: zdaniem Sądu Najwyższego w sytuacji kiedy oskarżony odmówi złożenia wyjaśnień przed sądem orzekającym w trybie art. 387 k.p.k., należy odczytać jego wyjaśnienia z postępowania przygotowawczego, zatem zastosować art. 389 k.p.k.¹⁵.

Pogląd ten uważam za błędny. Istota kontrowersji sprowadza się bowiem do odpowiedzi na pytanie, co oznacza stwierdzenie „bez przeprowadzania postępowania dowodowego” i czy odczytywanie wyjaśnień w trybie art. 389 k.p.k. jest przeprowadzaniem tegoż. Skazanie oskarżonego w trybie art. 387 k.p.k. ma odbywać się bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, co wynika *expressis verbis* z art. 387 § 1 k.p.k. Dowodami są m.in. zeznania świadków, dokumenty i, co – jako że wynika wprost z Działu V, Rozdziału 20 k.p.k. – wątpliwości przecież nie budzi, wyjaśnienia oskarżonego. Składanie przez oskarżonego wyjaśnień to wstępny etap postępowania dowodowego. Prowadzeniem postępowania dowodowego jest też, co także jest jasne – odczytywanie wyjaśnień oskarżonego w trybie art. 389 k.p.k. Jeśli więc zwrot „bez przeprowadzenia postępowania dowodowego”¹⁶ traktować poważnie, a nie jako nic nieznaczący ozdobnik, to złożenie przez oskarżonego stosownego wniosku uniemożliwia prowadzenie postępowania dowodowego¹⁷ (ściślej – postępowania dowodowego opartego na dowodach ścisłych¹⁸), a więc także odczytanie wyjaśnień w trybie art. 389 k.p.k.¹⁹. Złożenie wniosku przez oskarżonego jest faktem procesowym uniemożliwiającym prowadzenie postępowania dowodowego. Sąd po złożeniu wniosku przez oskarżonego ma do dyspozycji (w aspekcie art. 410 k.p.k.) jedynie wyjaśnienia oskarżonego złożone na rozprawie do chwili złożenia wniosku oraz uznane za ujawnione dowody wymienione w akcie oskarżenia lub dokumenty przedłożone przez stronę (art. 387 § 4 k.p.k.)²⁰. Oczywiście jest jednak, że stosowny wniosek może zostać złożony przez oskarżonego

¹⁵ Tak też postępuje część praktyki.

¹⁶ Właściwsze byłoby określenie „bez dalszego postępowania dowodowego” – tak, zasadnie, H. Paluszkiwicz, S. Stachowiak, *Rozwiązania konsensualne wprowadzone do polskiego procesu karnego a wykrycie prawdy* (w:) *Zasada prawdy materialnej*, Zakamycze 2006, pod red. Z. Sobolewskiego i G. Artymiak, przypis 31 na s. 103.

¹⁷ Nie dotyczy to oczywiste sytuacji, kiedy wniosek nie zostanie uwzględniony.

¹⁸ Tak S. Steinborn, *Porozumienia w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2005, s. 291–294.

¹⁹ Na temat dowodów ścisłych (formalnych) i uznania odczytania zeznań świadka w trybie art. 391 k.p.k. (analogicznie – wyjaśnień oskarżonego) za przeprowadzenie dowodu formalnego zob. R. Kmiecik (w:) *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, pod red. R. Kmiecika, Zakamycze 2005, s. 145–147.

²⁰ M. Zbrojewska w monografii *Dobrowolne poddanie się karze w kodeksie postępowania karnego*, Białystok 2002 pisze, że podstawę wyroku wydanego w trybie art. 387 k.p.k. będą stanowiły złożone przed sądem (pokręśl. – M. Ś.) wyjaśnienia oskarżonego, ujawnione przez sąd dowody wymienione w akcie oskarżenia, jak i dokumenty przedłożone przez stronę.

jeszcze przed rozpoczęciem przewodu sądowego, a nawet przed rozpoczęciem rozprawy²¹. Wniosek taki może jednak zostać rozpoznany dopiero po rozpoczęciu przewodu sądowego i po złożeniu przez oskarżonego wyjaśnień w trybie art. 386 k.p.k. Za możliwością rozpoznania wniosku dopiero po rozpoczęciu przewodu sądowego przemawia m.in. umiejscowienie art. 387 w Rozdziale 45 k.p.k.²², a za koniecznością uprzedniego przesłuchania oskarżonego na rozprawie sekwencja przepisów, jako że o przesłuchaniu oskarżonego mowa jest w art. 386 k.p.k.²³. Owo przesłuchanie nie może jednak łączyć się z odczytaniem wyjaśnień oskarżonego w trybie art. 389 k.p.k. Jeśli bowiem konsekwentnie i serio traktować wnioski wyprowadzone z układu artykułów kodeksu względem siebie, to przecież art. 389 następuje po przepisie zakazującym prowadzenia postępowania dowodowego w razie zgłoszenia przez oskarżonego wniosku w trybie art. 387 § 1 k.p.k.

Zatem, jeśli oskarżony oświadczy, jak w sprawie będącej kanwą powyższych rozważań, że przyznaje się do winy, korzysta z prawa do odmowy składania wyjaśnień i składa wniosek, o którym mowa w art. 387 § 1 k.p.k., to brak jest podstaw prawnych, wbrew twierdzeniu SN, do zastosowania art. 389 k.p.k.

Analogicznie, jeśli oskarżony złoży taki wniosek przed rozpoczęciem przewodu sądowego (czy też przed rozprawą), to należy rozpocząć przewód sądowy (art. 385 k.p.k.), przesłuchać oskarżonego (art. 386 k.p.k.) i procedować w przedmiocie wniosku (art. 387 k.p.k.). I w tym wypadku brak jest podstaw do odczytania wyjaśnień oskarżonego na podstawie art. 389 k.p.k.²⁴.

Natomiast wyeksponowane wątpliwości nie odnoszą się do układu procesowego, w którym oskarżony składa wniosek o skazanie bez przeprowadzenia postępowania dowodowego po odczytaniu wyjaśnień w trybie art. 389 k.p.k.²⁵.

Marcin Świerk

²¹ Pomijam tutaj – jako nieistotną dla dalszych rozważań, jako że nieopartą na realiach sprawy – problematykę art. 474a k.p.k.

²² Tak słusznie R. A. Stefański (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 688–689; L. K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Plachta, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, t. I, Zakamycze 2003, t. 2 do art. 387; A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2005, t. 10 do art. 387; tak też SN w wyroku z 7 września 1999 r., WKN 32/99, OSNKW 1999, z. 11–12, poz. 77.

²³ R. A. Stefański, *op. cit.*; L. K. Paprzycki, *op. cit.*; A. Ważny, *op. cit.*; powołane w poprzednim przypisie orzeczenie SN.

²⁴ Podobnie problematyka ta kształtuje się w sprawach z udziałem więcej niż jednego oskarżonego, jednak omówienie jej wykracza poza ramy glosy.

²⁵ Już zupełnie marginalnie zwrócić należy uwagę na pojawiające się we wzorach protokołów, a i wcale często w praktyce, zdanie: „Przewodniczący zarządził postępowanie dowodowe”, które umieszczane jest po przesłuchaniu oskarżonego. Po pierwsze, żaden z przepisów k.p.k. nie zawiera podstawy takiego zarządzenia, a po wtóre, gdyby traktować je poważnie, to należałoby dojść do paradoksalnego wniosku, że wyjaśnienia oskarżonego nie są dowodem.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2005 r.

V KK 309/04¹

Tezy głosowanego wyroku brzmią

1. Przewidziana w art. 439 § 1 pkt 10 zd. 2 k.p.k. bezwzględna przyczyna odwoławcza zachodzi, gdy obrońca nie bierze udziału w rozprawie apelacyjnej, na którą nie został sprowadzony oskarżony pozbawiony wolności, mimo zgłoszenia takiego wniosku w trybie art. 451 k.p.k.

2. Przepis art. 77 k.p.k. nie uzależnia liczby obrońców od sposobu powstania stosunku obrończego.

I. Orzeczenie Sądu Najwyższego jest warte skomentowania, a zwłaszcza jego druga teza, ze względu na (co rzecz oczywista) prawidłową praktykę stosowania prawa, jak i, niestety, błędność poglądu Sądu Najwyższego. Przy okazji należy też zauważyć, że orzeczenie to nie było – pomimo upływu czasu – głosowane, choć nie zostało ono niezauważone².

II. W pierwszej kolejności należy się więc odnieść do błędnego poglądu zaprezentowanego przez Sąd Najwyższy w tezie drugiej głosowanego wyroku. Zdaniem Sądu Najwyższego przepis art. 77 k.p.k. nie uzależnia liczby obrońców od sposobu powstania stosunku obrończego³. W związku z tym oskarżony nieposiadający obrońcy z wyboru może posiadać nawet trzech obrońców z urzędu.

Zdaniem Sądu Najwyższego w tej konkretnej sprawie, w postępowaniu ape-

¹ Wyrok opublikowany w OSNKW 2005, z. 2, poz. 19.

² Zob. A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r., V KK 309/04*, cz. I oraz II, „Palestra” 2006, nr 1 i 3. Wprawdzie Autor ten wskazał (w części I opracowania, s. 67), że „formuła klasycznej glosy byłaby tu wysoce nieadekwatna”, wydaje się jednak, że tradycyjna glosa jest jak najlepszym sposobem skomentowania stanowiska SN – chociażby ze względu na powszechnie pożądaną zwięzłość prezentowanych poglądów.

³ Zob. też A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r.*

lacyjnym, doszło do naruszenia prawa do obrony oskarżonego m.in. poprzez przeprowadzenie rozprawy z udziałem tylko jednego obrońcy, chociaż oskarżony miał prawo do korzystania z pomocy dwóch obrońców z urzędu. Zdaniem Sądu Najwyższego nastąpiła tutaj obraza art. 77 k.p.k., bowiem przepis ten nie uzależnia liczby obrońców od sposobu powstania stosunku obrończego. Sąd Najwyższy argumentuje, że wprawdzie w art. 78–81 k.p.k., jak i w wielu innych przepisach, mówi się o obrońcy w liczbie pojedynczej, oczywiste jednak jest, że chodzi w nich o określenie minimalnych gwarancji procesowych dla oskarżonego w zakresie jego formalnego prawa do obrony. W dalszej części swych rozważań Sąd Najwyższy wskazał, że oskarżony może korzystać jednocześnie z trzech obrońców z urzędu, z tym tylko zastrzeżeniem wynikającym z art. 81 § 1 k.p.k., że warunkiem ich wyznaczenia jest nieposiadanie przez tego oskarżonego obrońcy z wyboru. Sąd Najwyższy zauważył, że „wysoki stopień zawichości sprawy zwłaszcza w powiązaniu z jej obszernością” będzie niekiedy uzasadniał wyznaczenie dodatkowego obrońcy z urzędu, bądź na wniosek oskarżonego, bądź wcześniej wyznaczonego obrońcy lub nawet z własnej inicjatywy prezesa sądu. Jak więc widać, argumentacja Sądu Najwyższego (co do tezy drugiej) została ograniczona tylko do kwestii zawichości sprawy lub jej obszerności.

W związku z powyższym wypada przypomnieć, że obrońca jest procesowym przedstawicielem oskarżonego⁴. Posiadanie obrońcy jest prawem oskarżonego, więc – co oczywiste – pierwszeństwo ma zawsze obrońca z wyboru. Obrońca z urzędu jest przewidziany, gdy z uwagi na niezamożność oskarżony nie może pokryć kosztów występowania adwokata i wnosi o ustanowienie mu obrońcy (art. 78 k.p.k.) oraz gdy w wypadku obrony obowiązkowej oskarżony nie posiada obrońcy (art. 79, 80, 451, 671 k.p.k.). Ustanowienie obrońcy z urzędu poza przypadkiem niezamożności nie zwalnia przy tym (co do zasady) oskarżonego od obowiązku uregulowania kosztów adwokackich obrońcy, chyba że sąd zwolni go z tego (art. 624 § 1 k.p.k.)⁵.

Z kolei przepis art. 77 k.p.k. (zgodnie z którym oskarżony może mieć jednocześnie nie więcej niż trzech obrońców) funkcjonuje tradycyjnie w polskim systemie, już od okresu przed II wojną światową⁶. Ograniczenie to wprowadzono ze względów praktycznych, aby wyeliminować powoływanie wielu obrońców przez tego

V KK 309/04, cz. II, „Palestra” 2006, nr 3, s. 82 i n. oraz wskazane tam orzecznictwo oraz literaturę przedmiotu.

⁴ Zob. T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. V, Warszawa 2005, s. 331.

⁵ T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. V, Warszawa 2005, s. 339–340; T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, wyd. IV, Kraków 2005, s. 1528–1529.

⁶ Por. A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r.*, V KK 309/04, cz. II, „Palestra” 2006, nr 3, s. 84; T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, wyd. IV, Kraków 2005, s. 263–264; T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. V, Warszawa 2005, s. 329–344.

samego oskarżonego, co utrudniałoby normalny tok postępowania. Należy przy tym podkreślić, że regulacja ta nie narusza prawa do obrony wg EKPC⁷.

Jak wskazano powyżej, posiadanie obrońcy przez oskarżonego jest jego prawem. Z kolei obrońca obowiązkowy jest przewidziany po to, aby zabezpieczyć interesy oskarżonego w pewnych szczególnych sytuacjach, gdy ustawodawca z góry zakłada, że równość stron (w przypadku braku obrońcy) byłaby naruszona. Ograniczono jednak – jak powyżej wskazano – możliwość ustanowienia więcej niż trzech obrońców z uwagi na niebezpieczeństwo obstrukcji procesu; jednakże przepis art. 77 k.p.k. dotyczy tylko obrońcy z wyboru – nigdy z urzędu.

Po pierwsze, zgodnie z wykładnią językową przepisu art. 78 § 1 k.p.k. (i przyznaje to Sąd Najwyższy) należy przyjąć, że chodzi tutaj tylko o jednego obrońcę z urzędu⁸. Po wtóre, wykładnia funkcjonalna (ale już wbrew stanowisku Sądu Najwyższego) także wskazuje, że ma to być jeden obrońca. Wprawdzie Sąd Najwyższy podniósł argument dotyczący sytuacji, gdy proces jest „skomplikowany” lub „obszerny” („wysoki stopień zawilości sprawy zwłaszcza w powiązaniu z jej obszernością”), to jednak wydaje się, że argumentacja taka po prostu podważa profesjonalizm adwokatów, którzy w pewnych sytuacjach jakoby nie mogliby sobie poradzić w obronie interesów oskarżonych⁹. W istocie obrońca (jeden) z urzędu jest wystarczającym gwarantem zachowania prawa do obrony, a wszelkie argumenty co do obszerności sprawy czy też jej skomplikowania nie tylko są nadinterpretacją prawa, ale w rzeczywistości negują – jak powyżej wskazano – kompetencje adwokatów, zakładając ich niemożność w ogarnięciu „skomplikowanej” sprawy¹⁰. Więcej – nie ma przecież żadnej podobnej instytucji odnośnie do sędziów; są wprawdzie w polskim procesie karnym tzw. sędziowie i ławnicy dodatkowi, ale instytucja ta jest przewidziana tylko ze względu na niebezpieczeństwo powtórzenia procesu (ze względu na zasadę niezmienności składu sądu) – nigdy zaś ze względu na „niemożność ogarnięcia sprawy” przez sędziów. Poza tym należy postawić pytanie: co to znaczy „obszerna” czy też „skomplikowana” sprawa? Kiedy będzie miejsce w danym procesie dla dwóch obrońców z urzędu, a kiedy już dla trzech? Przykładowo – dlaczego nie w sytuacji, gdy w tej samej sprawie inny oskarżony posiada aż trzech obrońców z wyboru, a sprawa wcale nie wydaje się skomplikowana? Ponadto nie należy zapominać i o tym, kto opłaca w istocie obrońcę z urzędu – w praktyce nie oskarżony, lecz podatnicy (nie jest to oczywiście argument

⁷ Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, wyd. IV, Kraków 2005, s. 263–264.

⁸ Podobnie zresztą stanowi art. 42 ust. 2 Konstytucji RP – jest tam mowa o „korzystaniu z obrońcy z urzędu”.

⁹ Podobnie A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r., V KK 309/04, cz. II, „Palestra” 2006, nr 3, s. 83.*

¹⁰ Rozdział 9. Kodeksu postępowania karnego otwiera przepis art. 82 k.p.k., zgodnie z którym obrońcą może być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury. Bez wątplenia ustawodawcy chodzi tutaj zarówno o rangę spraw karnych, jak i profesjonalizm obrońców.

najważniejszy, ale nie jest też on błahy). Poza tym nie oznacza to także nierówności oskarżonych, którzy posiadają obrońcę z wyboru oraz z urzędu. Prawo do obrony formalnej jest wystarczająco realizowane poprzez zapewnienie udziału w procesie fachowca w osobie adwokata. Chodzi tutaj tylko o zapewnienie praw oskarżonego, o zapewnienie mu realnej obrony¹¹, a nie „uzbrajanie” go w dwóch lub nawet trzech obrońców z urzędu¹².

Reasumując należy więc podkreślić, że prawo do obrony, jak i w tym prawo do korzystania z obrońcy jest prawem fundamentalnym. Jednak ograniczenie liczby obrońców z wyboru do maksimum trzech nie narusza żadnych norm ani międzynarodowych, ani kodeksowych, ani też moralnych. Jeżeli oskarżony jest w stanie posiadać kilku obrońców z wyboru, to jest jego własna (i prywatna) decyzja (lecz nigdy kosztem sprawności procesu) – i to jest właśnie *ratio legis* art. 77 k.p.k. Tym bardziej niczym nieuzasadnione jest rozciąganie interpretacji art. 77 k.p.k. na obrońcę z urzędu. Występowanie jednego obrońcy w procesie czyni w pełni zadość prawu do obrony i zasadzie równości stron. Więcej, przecież jeden obrońca może bronić nawet kilku oskarżonych, jeżeli ich interesy nie pozostają w sprzeczności (art. 85 § 1 k.p.k.)¹³. A niemożność opanowania akt sprawy, czy też zupełnie inne kwestie pozaprawne, takie jak np. nadmiar obowiązków danego adwokata, nie może nigdy znajdować przełożenia w procesie wykładni prawa.

III. Celem niniejszej glosy jest przede wszystkim zwrócenie uwagi na błędny pogląd wyrażony w tezie drugiej komentowanego orzeczenia. Jednakże należy także odnieść się zarówno do tezy pierwszej, jak i do uwag zaprezentowanych w literaturze odnośnie do jej treści¹⁴.

Sąd Najwyższy wskazał tutaj, że przewidziana w art. 439 § 1 pkt 10 zd. 2 k.p.k. bezwzględna przyczyna odwoławcza zachodzi, gdy obrońca nie bierze udziału w rozprawie apelacyjnej, na którą nie został sprowadzony oskarżony pozbawiony wolności, mimo zgłoszenia takiego wniosku w trybie art. 451 k.p.k.

Przepis art. 439 k.p.k. i wszystkie przesłanki bezwzględnego uchylenia orzeczenia są bogato opisane w literaturze i orzecznictwie¹⁵. W tym przypadku Sąd Najwyższy wskazał m.in., że jeżeli w rozprawie nie bierze udziału oskarżony, to

¹¹ A. Bojańczyk słusznie wskazuje tutaj na zapewnienie obrony rzeczywistej i że jeden obrońca może to uczynić (*Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r.*, V KK 309/04, cz. II, „Palestra” 2006, nr 3, s. 86).

¹² Przy okazji warto zwrócić uwagę na to, kiedy w praktyce występuje aż trzech obrońców z wyboru. Z reguły są to medialne, bardzo charakterystyczne sprawy karne, przeciwko nieraz znanym (i zamożnym) oskarżonym, którzy gdyby nie treść art. 77 k.p.k., korzystaliby być może nawet z większej liczby adwokatów.

¹³ Kilku, tzn. 3–9. Jak widać ustawodawca w pełni wierzy w profesjonalizm obrońców.

¹⁴ Zob. A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r.*, V KK 309/04, cz. I oraz II, „Palestra” 2006, nr 1 i 3.

¹⁵ Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, wyd. IV, Kraków 2005, s.1087–1106.

nie może, nawet milcząco, potwierdzić faktu udzielenia przez upoważnionego albo wyznaczonego obrońcę pełnomocnictwa substytucyjnego innemu adwokatowi (inaczej w razie uczestnictwa w niej oskarżonego)¹⁶. Do tej sytuacji ma odpowiednie zastosowanie zdanie pierwsze art. 83 § 2 k.p.k., ponieważ obrońca nie udzielił substytucji przez złożenie oświadczenia do protokołu organu prowadzącego postępowanie karne. Zdaniem Sądu Najwyższego niezbędny jest więc dokument stwierdzający udzielenie pełnomocnictwa substytucyjnego, który powinien zawierać – oprócz podania osoby, od której pochodzi – upoważnienie obrończe substytucyjne, a także sprawy, w której to nastąpiło oraz ewentualnie określenie zakresu umocowania – również wskazanie osoby substytutu i datę tej czynności. Brak w przedłożonym dokumencie dwóch ostatnich elementów nie jest jednak równoznaczny z nieistnieniem obrońcy substytucyjnego, elementy te nie konstytuują substytucyjnego stosunku obrończego. W sytuacji procesowej powstałej w tej sprawie substytut obowiązany był tylko dołączyć do akt pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy (lub uwierzytelniony odpis pełnomocnictwa). Zdaniem Sądu Najwyższego złożenie przez określoną osobę na rozprawie pełnomocnictwa substytucyjnego indywidualizuje (personifikuje) substytutu i określa datę jego udzielenia (w dniu rozprawy). Dalej w swym uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdza, że brak wskazanej dbałości procesowej w sporządzeniu złożonego dokumentu nie miał więc wpływu na skuteczność ucieleśnionej nim czynności, zaś wyżej wymienione braki w tym dokumencie zostały konwalidowane przez wykonane czynności substytutu. Tym samym nie doszło do naruszenia art. 451 k.p.k. na skutek niebrania przez obrońcę udziału w rozprawie, na którą nie został doprowadzony oskarżony pozbawiony wolności, mimo zgłoszenia takiego wniosku.

W literaturze wskazano, że do naruszenia art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. dochodzi nie tylko wtedy, gdy obrońcy nie było fizycznie na rozprawie odwoławczej, ale także, gdy obrońca był na rozprawie, ale wykonywana przez niego pomoc obrończa była fikcyjna. Dodaje się, że „z różnych przyczyn”, co przekreśla cel art. 451 k.p.k.¹⁷. Owszem, należy się zgodzić z takim poglądem. Obrońca musi być obecny na sprawie nie tylko „fizycznie”, ale i „intelektualnie” i musi, co oczywiste, być do niej przygotowany. Naturalnie udział obrońcy i w rozprawie apelacyjnej musi czynić zadość także wymogom zapewnienia przez obrońcę oskarżonego obrony rzeczywistej. Jednak ten sam Autor zauważa, że jest już problematyczne, jak określić kryteria, kiedy obrona była rzeczywista albo jedynie formalna¹⁸.

¹⁶ Sąd Najwyższy przywołał tutaj stanowisko wyrażone w postanowieniu SN z 9 grudnia 2003 r., III KK 65/03, OSNKW 2004, z. 1, poz. 12.

¹⁷ A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r.*, V KK 309/04, cz. I, „Palestra” 2006, nr 1, s. 70–71. Autor odwołał się też do judykatury i doktryny, jak i art. 6 u. 3 EKPC.

¹⁸ A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r.*, V KK 309/04, cz. I, „Palestra” 2006, nr 1, s. 72–73.

Zdaniem cytowanego Autora¹⁹, niekiedy tylko sama zmiana obrońcy z urzędu powoduje, że obrona przekształca się z obrony realnej w obronę pozorną, co w efekcie prowadzi do wniosku, że oskarżony nie miał obrońcy lub nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy (art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.). Następnie wskazano na przykład, gdy jest pięciu obrońców i uczestniczą oni w różnych fazach postępowania karnego, że obecni są przy zeznaniach różnych świadków. Jest to zdaniem Autora tzw. „obrona mozaikowa”, a nie rzeczywista, choć sam zauważa, że problem w tym, że nie ma tutaj żadnego kodeksowego kryterium poza art. 85 § 1 i 86 § 1 k.p.k. – dlatego też wg Autora należy się odnieść do treści art. 6 k.p.k. (prawo do obrony materialnej i formalnej). Odnosząc się do przedstawionego stanowiska należy zauważyć, że w każdej konkretnej sprawie winno być to zawsze oceniane indywidualnie. I tak jak argumentacja Sądu Najwyższego, „że brak wskazanej dbałości procesowej w sporządzeniu złożonego dokumentu nie miał wpływu na skuteczność ucieleśnionej nim czynności, zaś braki w tym dokumencie zostały konwalidowane przez wykonane czynności substytutu”, tak i argumenty cytowanego Autora wydają się zbyt jednostronne²⁰.

Oczywiście zasadą jest, że jeden i ten sam obrońca z urzędu ma w sposób ciągły reprezentować oskarżonego aż do prawomocnego zakończenia postępowania. Wyjątkiem od tej zasady jest zastąpienie obrońcy „zamiejscowego” przez miejscowego adwokata (art. 84 § 2 zd. 2 k.p.k.). W przepisie art. 84 § 2 k.p.k. określono zakres czasowy działania obrońcy z urzędu. Jest to moment prawomocnego zakończenia procesu. Założeniem jest tutaj, żeby obrońca z urzędu działał w toku całego procesu, co zapewni ciągłość obrony. Tylko więc wyjątkowo przy czynnościach procesowych poza siedzibą lub miejscem zamieszkania obrońcy z urzędu możliwe jest wyznaczenie do danej czynności, na jego wniosek, innego obrońcy spośród miejscowych adwokatów (w wyniku nowelizacji z 2003 roku dodano słowo: „uzasadniony”, więc dotychczasowy obrońca z urzędu powinien to przekonująco umotywować)²¹.

Odnosnie do samej instytucji substytucji należy zauważyć, że ustanowienie obrońcy z wyboru łączy się z zaufaniem do konkretnego adwokata, dlatego moż-

¹⁹ A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r.*, V KK 309/04, cz. I, „Palestra” 2006, nr 1, s. 75.

²⁰ A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r.*, V KK 309/04, cz. I, „Palestra” 2006, nr 1, s. 77. W dalszej części swych rozważań A. Bojańczyk (*Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r.*, V KK 309/04, cz. II, „Palestra” 2006, nr 3, s. 75–76 oraz 78) wskazuje, że w tej sprawie obrona nie była rzeczywista; choć niestety nie sposób tutaj polemizować z argumentacją Autora (m.in. wskazuje kategorycznie, że nowy adwokat został „umówiony”, a nie upoważniony do obrony, bo posiadał blankiet substytucji bez nazwiska i to „pewno na korytarzu sądowym”, „że nowy obrońca nie znał akt sprawy, bo przyszedł z korytarza”, oraz inne tego typu argumenty, czy raczej wnioski).

²¹ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. V, Warszawa 2005, s. 341; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, wyd. IV, Kraków 2005, s. 285–286.

liwe jest wyłączenie jej (substytucji) w upoważnieniu. Jednakże w przypadku wyznaczenia obrońcy z urzędu – słusznie wskazuje się w doktrynie, że chodzi tutaj o zaufanie organu procesowego do instytucji adwokata jako takiej, dlatego organ ten nie może wyłączyć pełnomocnictwa dalszego²². Jednak w tej konkretnej sprawie nie chodziło tylko o prawidłowość substytucji, ale i o zasadniczą kwestię wyznaczenia obrońcy z urzędu. Wyznaczenie takiego obrońcy zastępczego jest możliwe tylko, gdy sprawa toczy się poza siedzibą dotychczasowego obrońcy i tylko na jego wniosek (art. 84 § 2 k.p.k.), więc – zdaniem cytowanego Autora – nie może taki adwokat udzielić substytucji; inaczej przepis art. 84 § 2 k.p.k. będzie iluzoryczny²³.

Trudno się zgodzić w pełni z taką argumentacją (nie z samym poglądem o naruszeniu prawa do obrony), bowiem w tej konkretnej sprawie – jak powyżej wskazano – pojawiła się zarówno kwestia substytucji, jak i kwestia „wyznaczenia innego obrońcy spośród miejscowych adwokatów” (art. 84 § 2 *in fine* k.p.k.). Jeżeli chodzi o pierwszą kwestię (substytucji), to należy podkreślić, że jest oczywiste, iż czynnościami niekorzystnymi dla oskarżonego są również zaniechania jego obrońcy²⁴. Wydaje się, że ten problem należy oceniać poprzez treść art. 86 § 1 k.p.k., zgodnie z którym obrońca może przedsięwziąć czynności procesowe jedynie na korzyść oskarżonego – więc i substytucja (legitymowanego obrońcy z urzędu) nie jest tutaj generalnie wyłączona, pod warunkiem wszak, że oskarżony jest broniony „realnie”, tzn. nie chodzi tutaj tylko o „zamanifestowanie” samej obecności obrońcy. Z kolei kwestia druga (art. 84 § 2 *in fine* k.p.k.) z pewnością wpłynęła na naruszenie prawa do obrony oskarżonego w tej sprawie, bowiem arbitralne wyznaczanie nowego adwokata „miejscowego” nastąpiło nie tylko bez wniosku dotychczasowego obrońcy, ale i nawet bez jego wiedzy. Można wręcz stwierdzić, że w tym konkretnym przypadku obrona formalna miała jak najbardziej „formalny” (pozorny) charakter. Oskarżony ów miał bowiem obrońcę, lecz nie był to „jego” obrońca – był to raczej obrońca „obowiązkowy” i jak najbardziej w dosłownym tego słowa znaczeniu, bo akurat wymagał tego od sądu przepis art. 451 k.p.k. Można nawet powiedzieć, że był to niejako „obrońca sądu”. Od dawna przecież w doktrynie słusznie wskazuje się, że „obrona nie może się sprowadzać do jedynie formalnego zapewnienia sobie przez sąd obecności adwokata na rozprawie”²⁵. Zresztą i sam przepis art. 451 zd. III k.p.k. stanowi wyraźnie, że „jeżeli sąd nie zarządza sprawdzenia oskarżonego, który nie ma obrońcy, wyznacza obrońcę z urzędu”. Jak widać

²² T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. V, Warszawa 2005, s. 341.

²³ Problem więc w istocie sprowadza się do tego, że zdaniem Sądu Najwyższego oskarżony formalnie posiadał obrońcę w tej konkretnej sprawie, a więc nie naruszono reguł prawidłowego procedowania. Z kolei wg A. Bojańczyka naruszono te reguły, bowiem nie była to obrona rzeczywista (choć sam Autor podaje, że tutaj „domniemuje”). Zob. A. Bojańczyk, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku SN z 14 stycznia 2005 r., V KK 309/04*, cz. II, „Palestra” 2006, nr 3, s. 76–78.

²⁴ Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, wyd. IV, Kraków 2005, s. 292.

²⁵ Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, wyd. IV, Kraków 2005, s. 1134.

przepis ten nie uprawnia sądu do „usprawniania” czy „ulepszania sobie” procedury wbrew treści Kodeksu postępowania karnego.

Na zakończenie niniejszych uwag (i to zupełnie na marginesie) należy zauważyć, że przepis art. 451 k.p.k. stanowi, że o sprowadzeniu oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę oraz o wyznaczeniu obrońcy z urzędu decyduje sąd odwoławczy, a nie prezes sądu, co nie jest chyba najbardziej praktycznym rozwiązaniem – ale wciąż jest regulacją obowiązującego Kodeksu postępowania karnego.

Jacek Izydorczyk

PRZEGLĄD GŁOS

Anna Błachnio-Parzych, Hanna Kuczyńska, Sławomir Żółtek

PRZEGLĄD GŁOS KRYTYCZNYCH DO ORZECZEŃ IZBY KARNEJ I IZBY WOJSKOWEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO Z ZAKRESU PRAWA KARNEGO MATERIALNEGO, OPUBLIKOWANYCH W OKRESIE OD KWIETNIA 2005 R. DO MARCA 2006 R.

WPROWADZENIE

Przeгляд stanowi omówienie wybranych krytycznych glos do orzeczeń i uchwał Izby Karnej i Izby Wojskowej Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego, które opublikowane zostały w okresie od kwietnia 2005 roku do marca 2006 roku. Wyróżnienie przedmiotowe dokonane zostało przez autorów ze względu na charakter zagadnień, które w analizowanych glosach dominują lub stanowią o istocie problemu w nich poruszanego.

Przedmiot zainteresowania stanowiły jedynie glosy zawierające uwagi krytyczne. Nie oznacza to bynajmniej, że w glosach nie było aprobaty dla zajętego przez najwyższą instancję sądową stanowiska. Niniejszy Przegład stanowi nie tyle przedstawienie argumentów zaprezentowanych w glosach, co próbę ich samodzielnej oceny. Punktem odniesienia były więc glosy, a nie orzeczenia i uchwały Sądu Najwyższego. Jeżeli zatem glosator nie odniósł się do określonych zagadnień, nie były one przedmiotem analizy, o ile nie miało to znaczenia dla głównego problemu prawnego, któremu poświęcona została glosa.

MAŁY ŚWIADEK KORONNY (ART. 60 § 3 K.K.)

Skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego w uchwale z 29 października 2004 r., I KZP 24/04¹, sformułował tezę, że „*Użyty w art. 60 § 3 k.k. termin «ujawni» oznacza przekazanie przez sprawcę organowi powołanemu do ścigania przestępstw określonych tym przepisem wiadomości dotyczących temu organowi nieznanymi lub takich, które – według wiedzy sprawcy – są temu organowi nieznanymi*”.

¹ OSNKW 2004, z. 10, poz. 92.

M. Zalewski, autor krytycznej glosy do tej uchwały², zarzucił poglądomi w niej wyrażonemu wewnętrzną sprzeczność.

W orzecznictwie oraz doktrynie odwoływano się do trzech różnych sposobów wykładni terminu „ujawnia”. Po pierwsze, interpretowany był jako przekazanie przez sprawcę organowi ścigania istotnych informacji, niezależnie od tego, czy były one temu organowi uprzednio znane³. Po drugie, przyjmowano, że ujawnienie może dotyczyć tylko takich informacji, które według wiedzy informującego nie były dotychczas znane organom ścigania. Stanowi to subiektywizację tego zwrotu, uzależniając zastosowanie art. 60 § 3 k.k. od świadomości i wiedzy sprawcy⁴. Wreszcie, ostatnia wykładnia prowadziła do wniosku, że ujawnienie dotyczy tylko informacji dotychczas nieznanych organom ścigania, prowadząc tym samym do obiektywizacji znaczenia terminu „ujawnia”⁵.

Autor zauważył, że Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu podjął próbę stworzenia wspólnego mianownika pomiędzy przeciwstawnymi znaczeniami pojęcia „ujawnić” wypracowanymi w orzecznictwie i doktrynie, starając się znaleźć formułę, która łączyłaby sens § 3 z § 4 art. 60 k.k. Tym samym odwołał się zarówno do podejścia subiektywnego, jak i obiektywnego. Wynikało to, jak argumentował Sąd Najwyższy, z potrzeby przyjęcia założenia spójnego systemu norm zawartych w przepisach tego samego artykułu. Co więcej, „w prawoznawstwie przyjmuje się jako zasadę łączną analizę przepisów merytorycznie powiązanych”⁶.

W. Zalewski krytycznie odniósł się do wykładni zastosowanej przez Sąd Najwyższy. Wskazał na wynikające z niej dwa zasadnicze problemy. Przede wszystkim subiektywne rozumienie obejmuje także sytuacje obiektywnego ujawnienia (tj. sprawca jest przekonany, że ujawnia informacje nieznanе organowi i w istocie są one mu nieznanе). Także poważnym problemem będzie zawsze udowodnienie na gruncie postępowania dowodowego, czy rzeczywiście sprawca wierzył, że organowi dane informacje są nieznanе. W rezultacie, jak zasadnie stwierdził autor glosy, przyjęcie jako równouprawnionych obydwu rezultatów wykładni, zasadniczo ze sobą sprzecznych, nie może zostać zaakceptowane.

Glosator zwrócił uwagę, że niesłusznie Sąd Najwyższy ograniczył się jedynie do przeprowadzenia wykładni językowej interpretowanych przepisów. W wypadku gdy wykładnia językowa prowadzi do rażąco niesprawiedliwych i irracjonalnych konsekwencji, uzasadnione jest przejście na grunt wykładni celowościowej i systemowej. Nie można zignorować faktu, że użycie sformułowania „ujawnił (...) nieznanе” w art. 60 § 4 k.k. mija się z językowym

² „Mały świadek koronny” – problemy z konstrukcją instytucji, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 1–2, s. 165.

³ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 20 lutego 2003 r., II KK 113/02, OSNKW 2003, z. 5–6, poz. 52.

⁴ Zwolennikami stanowiska subiektywistycznego są m.in.: A. Zoll (w:) A. Zoll (red.), *op. cit.*, s. 295; K. Buchała (w:) A. Zoll, K. Buchała, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1998, s. 444; podobnie również: uchwała Sądu Najwyższego z 16 marca 1999 r., I KZP 2/99, WPP 2000, nr 1, s. 68.

⁵ Na tym stanowisku stanął m.in. A. Marek (w:) A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 181; J. Wojciechowski (w:) M. Flemming, A. Wąsek, B. Michalski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 130; O. Górniok (w:) O. Górniok, S.Hoc, M. Kalitowski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 217; por. również: postanowienie Sądu Najwyższego z 20 lutego 2003 r., II KK 113/02, OSNKW 2003, z. 5–6, poz. 52.

⁶ OSNKW 2004, z. 10, poz. 92.

znaczeniem pojęcia „ujawnia” i w sposób nieuprawniony posługuje się słowem „nieznane” – gdyż nie można ujawnić faktów już znanych. Takie sformułowanie stanowi niedoprecyzowanie ustawodawcy, które orzecznictwo próbuje „naprawić” w drodze wykładni. To natomiast skłania do przyjęcia, że *„daleko idąca premia w postaci obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary musi mieć znaczące uzasadnienie właśnie w postaci uzyskania nieznannej wiedzy o sprawcach przestępstwa i jego okolicznościach”*⁷. Dlatego też podejście obiektywistyczne odpowiada celowi wprowadzonych przez ustawodawcę przepisów o *„małym świadku koronnym”* i jako takie powinno być zostać zaakcentowane w głosowanej uchwałę Sądu Najwyższego.

ŁĄCZENIE KARY ORZECZONEJ Z WARUNKOWYM ZAWIESZENIEM JEJ WYKONANIA ORAZ KARY ORZECZONEJ BEZ WARUNKOWEGO ZAWIESZENIA JEJ WYKONANIA (ART. 69, ART. 89 § 1 K.K.)

W wyroku z 5 października 2004 r., V KK 224/04⁸, Sąd Najwyższy stwierdził, że: *„Nie ma podstaw do wymierzenia kary łącznej, w sytuacji gdy za dwa zbiegające się przestępstwa wymierzono karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania oraz karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a nie są spełnione przesłanki określone w art. 69 k.k.”*.

M. Górtowski w krytycznej glosie⁹ do tego orzeczenia stwierdził na wstępie, że podstawą przyjętego przez Sąd Najwyższy stanowiska była teza, jakoby w postępowaniu w przedmiocie wydania wyroku łącznego obowiązywał zakaz orzekania na niekorzyść skazanego. To z kolei miało doprowadzić Sąd Najwyższy do twierdzenia o braku możliwości orzeczenia kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, gdy łączeniu podlegają kary z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania. W innym zaś fragmencie glosy autor ocenił jako zbyt pochopne przyjęcie przez Sąd Najwyższy, że orzeczenie w takim wypadku kary bezwzględnej zawsze oznacza pogorszenie sytuacji skazanego¹⁰.

Tymczasem lektura uzasadnienia głosowanego wyroku prowadzi do wniosku, że podstawę dla stanowiska zaprezentowanego w jego tezie stanowiła wykładnia przepisu art. 89 § 1 k.k. Jedynie jako argument wspierający zostało wskazane, że wymierzenie kary bez warunkowego zawieszenia jej wykonania może prowadzić do pogorszenia sytuacji skazanego. Sąd Najwyższy nie tylko nie stwierdził, że *„pogarsza”* to sytuację skazanego, ale dodatkowo w nawiasie zawarł stwierdzenie, iż *„in concreto wcale nie musi”*. Tym samym podkreślił, że pomimo tego, iż możliwe są sytuacje, w których bezwzględna kara pozbawienia wolności byłaby dla skazanego korzystniejsza, przepis art. 89 § 1 k.k. nie stanowi podstawy do wymierzenia takiej kary łącznej. Glosator zatem w sposób nie dość precyzyjny odczytał w tym zakresie intencję Sądu Najwyższego.

Odnosząc się natomiast do twierdzenia autora glosy, jakoby żaden przepis rozdziału IX

⁷ Mały..., *op. cit.*, s. 171.

⁸ OSNKW 2004, z. 10, poz. 98.

⁹ Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 1–2, s. 173–176.

¹⁰ *Ibidem*, s. 176.

Kodeksu karnego nie wykluczał możliwości łączenia kar bezwzględnie orzeczonych z karami, których wykonanie warunkowo zawieszono, należy odwrócić ten tok rozumowania i wskazać, że żaden przepis tego rozdziału, oprócz art. 89 § 1 k.k., nie daje ku temu podstaw¹¹. Takiego wniosku nie można jednak oprzeć na założeniu, że kara orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz kara bezwzględna nie są karami tego samego rodzaju. Słusznie P. Kardas podważył w tym zakresie pogląd wyrażony w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 21 listopada 2001 r., I KZP 14/01¹². O jednorodności kar orzeczonych z warunkowym zawieszeniem ich wykonania przesądza przepis art. 32 k.k., który nie różnicuje poszczególnych rodzajów kar z tej perspektywy¹³. Nie można jednak nie zauważyć, że gdyby kary bezwzględne i warunkowo zawieszane były traktowane w sposób jednolity na gruncie przepisów dotyczących kary łącznej, przepis art. 89 § 1 k.k. byłby zbędny, gdyż podstawę do łączenia takich kar stanowiłby art. 85 k.k. Wprowadzenie art. 89 § 1 k.k. wiązało się zatem z koniecznością uregulowania sposobu łączenia takich kar¹⁴.

Przepis art. 89 § 1 k.k. stanowi, że łączenie kar bezwzględnych i orzeczonych z warunkowym zawieszeniem ich wykonania możliwe jest, jeżeli spełnione zostaną przesłanki określone w art. 69 k.k. i w jego wyniku może zostać orzeczona jedynie kara z warunkowym zawieszeniem. Odwołując się do uchwały z 27 marca 2001 r., I KZP 2/01 powtórzyć należy za Sądem Najwyższym, że gdyby ustawodawca dopuszczał w takiej sytuacji orzeczenie kary bezwzględnej, to przepis art. 89 § 1 k.k. miałby następującą treść: „sąd może orzec karę łączną bez warunkowego zawieszenia, albo zawiesić jej wykonanie, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 69”¹⁵.

Krytyczne uwagi glosatora nie zasługują zatem na aprobatę.

WYDANIE WYROKU ŁĄCZNEGO – WYBÓR MIĘDZY TZW. KONFIGURACYJNĄ A RESTRYKTYWNA WYKŁADNIĄ PRZEPISÓW (ART. 85 K.K.)

Przedmiotem krytyki J. Raglewskiego¹⁶ stała się uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, z 25 lutego 2005 r., I KZP 36/04¹⁷, zgodnie, z którą: „**I. Zawarty w art. 85 k.k. zwrot: «zanim zapadł pierwszy wyrok» odnosi się do pierwszego chronologicznie**

¹¹ Podobne rozumowanie na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. przeprowadził J. Makarewicz, który, wobec braku w tej ustawie przepisu o treści analogicznej do art. 89 § 1 k.k., wykluczał możliwość łączenia kar bezwzględnych z warunkowo zawieszonymi. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 147.

¹² OSNKW 2002, z. 1–2, poz. 1, s. 15–16.

¹³ P. Kardas (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Kraków 2004, s. 1180.

¹⁴ Stanowisko doktryny w odniesieniu do tego problemu jest podzielone. Zwolenników znalazł zarówno pogląd prezentowany w glosowanym orzeczeniu (P. Zwolak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 25 października 2000 r., I KZP 28/00*, PS 2002, nr 4, s. 116), jak i pogląd przeciwny (K. Grzegorzczak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 27 marca 2001 r., I KZP 2/01*, WPP 2001, nr 2, s. 112; J. Raglewski, *Kontrowersje związane z orzekaniem kary łącznej na tle kodeksu karnego*, PiP 2003, z. 5, s. 92).

¹⁵ OSNKW 2001, z. 5–6, poz. 41, s. 7.

¹⁶ OSP 2005, z. 12, poz. 149, s. 678–681.

¹⁷ OSNKW 2005, z. 2, poz. 13.

wyroku, który zapadł przed popełnieniem przez sprawcę kolejnego (kolejnych) przestępstwa. II (...)". Uchwale tej nadana została moc zasady prawnej.

Glosator podniósł przede wszystkim, że zawarte w przepisie art. 85 k.k. sformułowanie „pierwszy wyrok” nie dotyczy pierwszego chronologicznie wyroku, ale chodzi „o pierwszy wyrok zapadły wobec jakiegokolwiek z przestępstw pozostających w zbiegu realnym, za który orzekana jest kara łączna”¹⁸. Zdaniem J. Raglewskiego taki pogląd jest zgodny z wykładnią językową przepisu art. 85 k.k. Dodać należy, że autor tym samym nie odnosi liczebnika „pierwszy” do tego etapu rozstrzygnięcia o wyroku łącznym, na którym sąd dokonuje wyboru podlegających łączeniu kar orzeczonych w poszczególnych wyrokach. Zastosowanie ma on znaleźć dopiero wówczas, gdy sąd, wobec zaistnienia tzw. krzyżujących się zbiegów przestępstw, dokonał wyboru określonej ich konfiguracji.

Odnosząc się do stanowiska glosatora podkreślić należy, że zgodnie z jedną z dyrektyw wykładni językowej żaden zwrot użyty w ustawie nie może zostać uznany za zbędny¹⁹. Zasada ta koresponduje z założeniem racjonalności ustawodawcy. Tymczasem proponowane przez J. Raglewskiego rozumienie użytego przez ustawodawcę liczebnika „pierwszy” czyni go niepotrzebnym elementem treści normy wyinterpretowanej z przepisu art. 85 k.k. Po dokonaniu przez sąd, wbrew zasadzie chronologii, wyborze podlegających łączeniu kar orzeczonych w poszczególnych wyrokach, odnoszenie określenia „pierwszy” do któregośkolwiek z wyroków pozbawia go znaczenia. Podkreślić należy, że użycie przez ustawodawcę liczebnika „pierwszy” zakłada, że istnieje pewien punkt odniesienia, od którego możemy rozpocząć nadawanie kolejnym wyrokom numeracji. Punktem tym musi być brak prawomocnego wyroku odnoszącego się do najwcześniejszego popełnionego przez sprawcę przestępstwa.

Poza tym J. Raglewski podważył znaczenie koncepcji tzw. pierwszego ostrzeżenia, do której odwołał się Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale. Podkreślając jej słabość, dostrzeżoną przez Sąd Najwyższy w sytuacji, w której mamy do czynienia z kilkoma zbiegami przestępstw, glosator przywołał stanowisko W. Woltera. Autor ten stwierdził, że w wypadku popełnienia kolejnych przestępstw po wydaniu wyroku skazującego instytucja zbiegu przestępstw nie powinna znaleźć zastosowania do czasu odbycia orzeczonej tym wyrokiem kary²⁰. Cytując W. Woltera, glosator zdaje się nie dostrzegać tego, że jego rozważania, które mogą mieć jedynie znaczenie *de lege ferenda*, godzą w większym stopniu w słuszność jego stanowiska, a nie zaprezentowanego przez Sąd Najwyższy. Rozważania W. Woltera prowadzą wręcz do afirmacji koncepcji tzw. pierwszego ostrzeżenia. W tym kontekście stanowisko Sądu Najwyższego określić należy jako akceptujące jej znaczenie, natomiast poglądy glosatora za jej zaprzeczenie.

NAUCZYCIEL AKADEMICKI A KRYTERIUM PEŁNIENIA FUNKCJI PUBLICZNEJ (ART. 115 § 19 K.K.)

W postanowieniu z 25 czerwca 2004 r., V KK 74/04²¹, Sąd Najwyższy przyjął, że „**Zachowanie nauczyciela akademickiego, związane z wykonywaniem przez niego obowiązków,**

¹⁸ *Ibidem*, s. 680.

¹⁹ Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2002, s. 239.

²⁰ W. Wolter, *O warunkach orzeczenia kary łącznej*, NP 1962, nr 1, s. 19.

²¹ OSNKW 2004, z. 7–8, poz. 79.

o jakich mowa w art. 99 ustawy z 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 65, poz. 385 ze zm.), stanowi realizację jednego z konstytucyjnych zadań państwa (art. 70 ust. 1 Konstytucji RP) i spełnia kryterium funkcji publicznej”.

Orzeczenie to zostało poddane częściowej krytyce w głosie W. Cieślaka i M. Górtowskiego²².

Glosatorzy, w pierwszej kolejności, zarzucili Sądowi Najwyższemu, że ten, dokonując analizy znaczeniowej pojęcia „pełnienia funkcji publicznej”, w ogóle nie odniósł się do art. 115 § 19 k.k., w którym zamieszczona jest definicja „osoby pełniącej funkcję publiczną”. Uwaga glosatorów jest zasadna. Mianowicie, pomimo tego, że czynny przypisane oskarżonemu zostały przez niego popełnione w latach 1993–1994, a więc w dacie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r., a sąd rejonowy orzekł w 2001 r., a więc pod rządami Kodeksu karnego z 1997 r., ale przed jego nowelizacją z 13 czerwca 2003 r. ustawą o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²³, to orzeczenie sądu odwoławczego zapadło w dniu 16 października 2003 r., czyli w czasie, w którym art. 115 § 19 k.k. obowiązywał już w obecnym brzmieniu. Sąd okręgowy musiał więc rozważyć, w jakim stosunku znaczeniowym pozostają zakresy pojęć „pełnienia funkcji publicznej” – konkretyzowanego przez doktrynę i orzecznictwo, oraz „osoby pełniącej funkcję publiczną” – mającego podstawę normatywną. Jak słusznie wykazali glosatorzy, definicja legalna zawarta w art. 115 § 19 k.k. jest szersza (a więc bardziej rygorystyczna) od definicji doktrynalnej. Co się z tym wiąże, jeżeli sąd odwoławczy doszedłby do wniosku, że sprawca spełnia wymogi doktrynalnej definicji „pełnienia funkcji publicznej” (przypomnieć należy, że są to wymogi określone koniunkcyjnie), a nie spełnia wymogów normatywnych, czyli nie jest „osobą pełniącą funkcję publiczną” (definicja ta jest określana alternatywnie), to powinien go uniewinnić. Jak się wydaje, w omawianej sprawie kwestia ta nie stanowiła problemu, ponieważ sprawca realizował przesłanki obydwu definicji. Jednakże skoro orzeczenie sądu II instancji zapadło w nowym stanie prawnym, to Sąd Najwyższy jako sąd kasacyjny nie powinien był swoich rozważań opierać jedynie na wcześniejszych orzeczeniach, wobec istnienia definicji legalnej.

Kolejny zarzut podnoszony przez glosatorów dotyczy stwierdzenia Sądu Najwyższego, że „znaczną część dotychczasowych rozważań (...) będzie miała zastosowanie do nauczycieli akademickich wyższych uczelni niemających statusu uczelni państwowych”. Autorzy polemizują z tym poglądem, wskazując na jego niezasadność. Niezależnie od oceny podnoszonych przez glosatorów argumentów, wskazać trzeba na ich nierzetelność. Mianowicie Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, że zwrot oceniany przez autorów jako „druga myśl, (która – przyp. autorzy) nie doczekała się publikacji”²⁴, jest jedynie hipotezą, a „rozstrzygnięcie tego zagadnienia będzie mogło nastąpić dopiero na gruncie konkretnej sprawy”²⁵.

Nie wzbudza wątpliwości twierdzenie autorów wskazujące, że uczelnie niepubliczne nie są finansowane ze środków publicznych, w wypadku, gdy utrzymywane są z chesnego wnoszonego przez studentów. Zastanawia jednak pogląd, że otrzymywanie dotacji państwowych nie powoduje, iż niepubliczna wyższa uczelnia „dysponuje środkami publicznymi”.

²² „Palestra” 2006, nr 1–2, s. 252–258.

²³ Dz.U. Nr 111, poz. 1061.

²⁴ W. Cieślak, M. Górtowski, *op. cit.*, s. 252.

²⁵ R-OSNKW 2004, poz. 1191, s. 605.

Wydaje się, że należałoby tu oprzeć się, zamiast na kryterium jakościowym zastosowanym przez glosatorów²⁶, na kryterium ilościowym odwołującym się do wielkości (w skali ogólnego budżetu uczelni) ewentualnych dotacji lub subwencji²⁷.

Zastanawiające jest także spostrzeżenie glosatorów, że ustawowe obowiązki nałożone na nauczyciela akademickiego, tj. prowadzenie badań naukowych, kształcenie studentów i uczestniczenie w pracach organizacyjnych uczelni nie zaliczają się do działalności publicznej. Autorzy nie uzasadnili swojego stanowiska, ograniczając się tylko do ogólnikowego stwierdzenia, że „żaden z tych obowiązków nie wpływa na sferę publiczną”. Przytoczona uwaga intryguje tym bardziej, gdy zestawia się ją z uzasadnieniem omawianego orzeczenia, w którym Sąd Najwyższy jednoznacznie stwierdza, że „każde z tych działań jest ściśle powiązane z działalnością uczelni, a w wyniku ich realizacji dochodzi do podjęcia takich decyzji lub rozstrzygnięć, które są następnie honorowane w sferze publicznej”. Mianem przykładu podać można przeprowadzanie egzaminów, które stwierdzają, że student opanował wiedzę z danej dziedziny, co znowu jest nieodłączną przesłanką otrzymania dyplomu potwierdzającego posiadanie wyższego wykształcenia.

Wydaje się zatem, że uprawnienia i obowiązki nauczyciela akademickiego, wprost wskazane w ustawie, są dowodem na pełnienie przez niego „funkcji publicznej”. Przenikają się one bowiem z uprawnieniami i obowiązkami wyższej uczelni, stanowiąc nierozzerwalną całość.

GRANICE WOLNOŚCI EKSPRESJI A ZNIESŁAWIENIE (ART. 31 UST. 3 KONSTYTUCJI RP, ART. 10 UST. 2 EUROPEJSKIEJ KONWENCJI O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI, ART. 212 § 2 K.K.)

W glosie²⁸ do postanowienia Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2004 r., V KK 70/04²⁹, J. Potulski, uznając jego „istotę i skutek” za słuszne, krytycznie odniósł się do niektórych argumentów przytoczonych w uzasadnieniu orzeczenia oraz do części jego tezy, zgodnie z którą „**Zniesławienie dokonane ze świadomością nieprawdziwości informacji i ocen o postępowaniu oraz właściwościach innej osoby (art. 212 § 1 i 2 k.k.) nigdy nie służy obronie społecznie uzasadnionego interesu (art. 213 § 2 k.k.). Zachowanie takie nie korzysta z ochrony udzielanej wolności wypowiedzi i prawa do krytyki przez art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej ani art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności**”.

Zgodzić należy się z autorem glosy, że wbrew stanowisku zaprezentowanemu w skardze kasacyjnej Rzecznika Praw Obywatelskich, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) dotyczące granic krytyki polityków³⁰ nie powinno mieć dla roz-

²⁶ Glosatorzy wskazują tylko na określone podmioty wymienione w ustawie o finansach publicznych.

²⁷ Można bowiem wyobrazić sobie niepubliczne wyższe szkoły, które prowadzą istotne, z punktu widzenia interesu publicznego, badania naukowe, które są w pełni dotowane przez państwo.

²⁸ Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 1–2, s. 193–199.

²⁹ OSNKW 2004, z. 9, poz. 86.

³⁰ Wyrok z 8 lipca 1986 r. w sprawie Lingens przeciwko Austrii, nr sprawy 9815/82.

strzygnięcia sprawy zasadniczego znaczenia. Zarzuty oskarżonego o zniesławienie dziennikarza dotyczyły bowiem osoby będącej urzędnikiem. Zagadnienie granic krytyki odnoszącej się do zachowań urzędników i krytyki poczynań polityków było już przedmiotem analizy Trybunału. Na dowód tego J. Potulski trafnie przytoczył wyrok ETPCz z 19 czerwca 2003 r. w sprawie Pedersen i Baadsgaard przeciwko Danii³¹, w którym wskazano, że urzędnicy nie powinni być w tym zakresie traktowani tak jak politycy, choć zakres kontroli przez prasę ich poczynań może być szerszy, niż w stosunku do osób prywatnych.

Sąd Najwyższy nie dostrzegł wprawdzie wynikającej z orzecznictwa ETPCz różnicy w przestrzeganiu zakresu swobody wypowiedzi skierowanej przeciwko politykom, i tej dotyczącej urzędników, nie zaważyło to jednak na trafności rozstrzygnięcia kasacji wniesionej w niniejszej sprawie. Zgodnie bowiem z zaaprobowanym przez glosatora stanowiskiem Sądu Najwyższego, nawet gdy krytykowany jest polityk, granice wolności ekspresji zostają przekroczone przez świadome podniesienie przeciwko niemu nieprawdziwych zarzutów.

Glosator zarzucił Sądowi Najwyższemu, że odnosząc tezę postanowienia nie tylko do świadomości nieprawdziwości informacji, ale także ocen o postępowaniu oraz właściwościach innej osoby, wymaga on udowodnienia prawdziwości poglądu ocennego³². Zgodzić należy się z tym, że poglądy o charakterze czysto ocennym nie mogą być poddane testowi prawdziwości. Niestety, w wielu wypadkach dokonanie dystynkcji między twierdzeniami o faktach a poglądami jest bardzo trudne.

W literaturze podnosi się, że oprócz informacji i poglądów w czystej postaci, istnieją komunikaty o charakterze mieszanym³³. Są to przekazy zabarwione subiektywnym stosunkiem nadawcy, który przekazując tego typu treści, dąży do ukształtowania u odbiorców określonego stanowiska. Pomimo owego nastawienia emocjonalnego nadawcy przekazu, które znajduje odzwierciedlenie w jego treści, informacje tego typu można poddać testowi prawdziwości.

Zwrócić należy również uwagę na treść znamion strony przedmiotowej typu przestępstwa zniesławienia (art. 212 § 1 k.k.). Dotyczy ono nie tylko pomówienia innej osoby o określone postępowanie, ale również o określone właściwości. Te ostatnie odnoszą się do cech danej osoby, a zatem swoim charakterem bliższe są przekazom stanowiącym poglądy ocenne. Opowiedzieć należy się jednak za wykładnią znamienia właściwości dokonaną jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. przez W. Makowskiego, który stwierdził, że zarzut uwłaczający nie może być jedynie ujemnym sądem o osobie i kryminalizowane działanie sprawcy powinno polegać na przypisaniu pokrzywdzonemu określonej czynności lub okoliczności możliwej do ustalenia i sprawdzenia³⁴.

Podkreślić należy, że w uzasadnieniu swego postanowienia Sąd Najwyższy wskazał jednak, iż oceny wypowiedziane przez skazanego pozostawały w ścisłym związku z faktami

³¹ Nr sprawy 49017/99.

³² Tego rodzaju wymóg uznany został za sprzeczny z art. 10 Europejskiej Konwencji m.in. w orzeczeniu z 8 lipca 1986 r. w sprawie Lingens przeciwko Austrii, nr sprawy 9815/82 oraz w orzeczeniu z 23 maja 1991 r. w sprawie Oberschlick przeciwko Austrii, nr sprawy 11662/85.

³³ Zob. np. S. Rudnicki, *Odpowiedzialność cywilna za zniesławienie w audycji telewizyjnej. Komentarz do wyroku Trybunału Federalnego RFN*, MP 1997, nr 5, s. 217.

³⁴ W. Makowski, *Kodeks karny 1932. Komentarz*, Warszawa 1933, s. 573–574.

mającymi je uzasadniać, co do których sprawca miał świadomość ich nieprawdziwości³⁵. Takie twierdzenie usprawiedliwia stanowisko Sądu Najwyższego, że można poddać te treści testowi prawdziwości. Glosator nie mógłby jednak postawić zasadnie zarzutu, gdyby Sąd Najwyższy, posługując się terminem „ocena”, w sposób wyraźny zaznaczył, że przedmiotem analizy nie są wypowiedzi o charakterze czysto ocennym, ale mieszanym, czyli takie, które mają odniesienie do faktów. Tymczasem w uzasadnieniu jego postanowienia znaleźć można także stwierdzenie, jakoby mimo tego, że sądy wartościujące nie mogą być poddane weryfikacji ich zgodności z prawdą, to nie oznacza to, iż „w wypadku znieślawiających ocen potrzeba prawnej ochrony godności osoby nie może być realizowana”³⁶. Takie stanowisko nie tylko usprawiedliwia w tym zakresie krytykę glosatora, ale także wskazuje, że Sąd Najwyższy przedmiotem ochrony przy przestępstwie znieślawienia uczynił nie tylko cześć, czyli dobre imię jednostki, ale również jej godność, która stanowi przedmiot ochrony przestępstwa zniewagi (art. 216 § 1 k.k.).

Ponadto warto zauważyć, że autor głosy nietrafnie wskazał, iż za dozwoloną realizację swobody wypowiedzi, mimo sprzeczności z zakazem karnym określonym w art. 212 § 1 k.k., mogą być uznane jedynie zachowania wynikające z aktów rangi ponadustawowej. Wręcz przeciwnie, klauzula ograniczająca konstytucyjne prawa i wolności zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności najczęściej znajduje swą konkretyzację w przepisach rangi ustawowej, które stanowią o podstawach wyrażania o innej osobie twierdzeń, które mogą np. narazić tę osobę na utratę zaufania. Przykładem mogą być orzeczenia wydawane w postępowaniu dyscyplinarnym, ujemne oceny wydawane przez organy nadzorcze w ramach ich obowiązków czy opinie o pracowniku.

Na marginesie swoich rozważań glosator stwierdził, jakoby nietrafne było przeświadczenie Sądu Najwyższego o tym, że krytyka dokonana ze świadomością nieprawdziwości informacji i ocen nigdy nie może służyć ochronie społecznie uzasadnionego interesu. Przykładem uzasadniającym tego rodzaju twierdzenia glosatora ma być krytyka osoby, która podejmuje niekompetentne decyzje, działa na szkodę społeczną. Należy jednak zauważyć, że jeżeli osoba publiczna rzeczywiście podejmuje takie decyzje, to nic nie stoi na przeszkodzie, by krytykujący podniósł publicznie prawdziwe okoliczności związane z tymi decyzjami czy też owym działaniem na szkodę. Słusznie tak ogromną rolę przyznaje się publicznej debacie, w trakcie której krytyce mogą być poddani ludzie władzy³⁷. Przeciwnie myślenie, wynikające z przeświadczenia osoby krytykującej o swojej nieomyślności, jest antidemokratyczne i nie dostrzega ogromnego znaczenia *consensusu* społecznego w demokratycznym państwie, w którym jednocześnie przestrzegane winny być prawa i wolności człowieka, nawet niezależnie od woli większości.

³⁵ OSNKW 2004, z. 9, s. 24.

³⁶ OSNKW 2004, z. 9, s. 37.

³⁷ Jeżeli tylko ich zachowania nie stanowią naruszenia prawa, to do ich oceny jako korzystne czy niekorzystne odnieść winna się np. większość parlamentarna, gdy chodzi o członków rządu (np. przez wyrażenie braku zaufania), czy też społeczeństwo w kolejnych wyborach. Tego prawa poddania czyjś zachowania uczciwej, rzetelnej krytyce nie może odebrać społeczeństwu dziennikarz czy też inna osoba, przedstawiająca świadomie nieprawdziwe informacje o poczynaniach osoby publicznej.

GRANICE PRAWA OSKARŻONEGO DO OBRONY (ART. 234 K.K. I ART. 6 K.P.K.)

A. Sakowicz³⁸ krytycznie odniósł się do wyroku z 9 lutego 2004 r., V KK 194/03³⁹, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że: „**Prawo do obrony, o którym stanowi art. 6 k.p.k., zapewniające oskarżonemu (podejrzanemu) swobodę wypowiedzi co do zarzucanego mu czynu zabronionego, chroniące zarazem przed poniesieniem odpowiedzialności karnej z powodu ich treści, nie legalizuje innych zachowań oskarżonego o znamionach czynu zabronionego, choćby zmierzały one do uniknięcia bądź złagodzenia odpowiedzialności za czyn zarzucony**”.

Zdaniem glosatora stanowisko takie jest zbyt daleko idące. W jego ocenie nie ma podstaw do przyjęcia, że oskarżony nie odpowiada za czyn zabroniony powstały przez złożenie fałszywych wyjaśnień.

Na wstępie należy zauważyć, że autor w swoich wywodach niesłusznie zasadę prawdy materialnej postawił w opozycji do zasady prawa do obrony⁴⁰. Tymczasem równie zasadnie można stwierdzić, że prawo do obrony sprzyja dążeniu organów procesowych do poznania prawdy obiektywnej. Wydaje się, że relacja pomiędzy zasadą prawa do obrony a zasadą prawdy materialnej ma charakter złożony i zdarzają się sytuacje procesowe, w których zasady te są w opozycji, jak i sytuacje, w których realizacja prawa oskarżonego do obrony sprzyja poznaniu przez organy procesowe prawdy materialnej.

Poza tym można zauważyć pewną sprzeczność w wywodach autora. Z jednej strony, odnosząc się do głosowanego wyroku, stwierdził on, że normy prawa procesowego statuujące prawo do obrony nie uzyskują przewagi nad regulacjami należącymi do prawa karnego materialnego. Konsekwencją tego ma być karalność zachowań oskarżonego wypełniających znamiona typów przestępstw określonych w kodeksie karnym („oskarżony nie może się bronić za pomocą przestępstwa”⁴¹). Z drugiej jednak strony autor stwierdził, że „oskarżony nie korzysta z bezkarności, jeśli działa poza granicami prawa do obrony i nie ma na celu ochrony własnych interesów w toczącym się przeciwko niemu postępowaniu”⁴². Wynika z tego, że autor dopuścił jednak, aby prawo do obrony wyznaczało zakres legalności zachowań oskarżonego. Z jego rozważań wynika, że nie tyle zakwestionował on prawo do obrony oskarżonego jako podstawę braku odpowiedzialności oskarżonego za wyjaśnienia, co ograniczył zakres tego prawa do zachowań sprowadzających się do odwołania wyjaśnień, zaprzeczenia popełnienia zarzucanego czynu, złożenia wyjaśnień niezgodnych z prawdą⁴³. Nie można podzielić takiego stanowiska glosatora. Odwołując się do uchwały Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2006 r., I KZP 49/05⁴⁴, wskazać należy, że realizacji prawa do obrony służą wypowiedzi oskarżonego, którymi dąży on do uniknięcia odpowiedzialności za zarzucany czyn, złagodzenia odpowiedzialności, podważenia

³⁸ PS 2005, nr 9, s. 141–149.

³⁹ OSNKW 2004, z. 4, poz. 42.

⁴⁰ PS 2005, nr 9, s. 142.

⁴¹ *Ibidem*, s. 144.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, s. 146–147. Autor powołał się przy tym na stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w wyroku z 29 czerwca 1979 r., III KR 169/79, niepublikowane.

⁴⁴ OSNKW 2006, z. 2, poz. 12.

wiarygodności dowodu obciążającego oraz wyeliminowania dowodu z materiału dowodowego.

Odnosząc się do stanowiska glosatora, stwierdzić należy poza tym, że Sąd Najwyższy wyraził w głosowanym wyroku pogląd, iż normy prawa procesowego nie konstytuują w tym zakresie immunitetu dla oskarżonego, co autor przyznał ostatecznie w pkt 5 glosy. Poza tym, źródłem prawa do obrony jest nie tylko art. 6 k.p.k., ale przede wszystkim art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, na który powołał się Sąd Najwyższy. Lektura uzasadnienia głosowanego wyroku prowadzi do wniosku, że brak odpowiedzialności za zachowanie sprowadzające się do określonych wypowiedzi oskarżonego wynika również z tego, iż oskarżony nie odpowiada za fałszywe oświadczenia dowodowe (art. 233 § 1 k.k. a *contrario*).

WYŁUDZENIE NIENALEŻNEGO ZWROTU PODATKU VAT (ART. 286 K.K., ART. 76 K.K.S.)

W postanowieniu z 1 marca 2004 r., V KK 248/03⁴⁵, Sąd Najwyższy stwierdził, że **„W wypadku gdy czynności wykonawcze sprawcy wyłudającego nienależny zwrot podatku VAT, w myśl ustawy z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz 50 ze zm.), nie sprowadzają się do zaniechania rzetelnego zgłoszenia przedmiotu opodatkowania, prowadzącego do uniknięcia wydatku z własnego mienia kosztem uszczuplenia spodziewanego dochodu finansowego Skarbu Państwa, lecz polegają na działaniu fingującym istnienie obowiązku podatkowego – wyłącznie w celu osiągnięcia z tego tytułu korzyści z majątku Skarbu Państwa – przez upozorowanie przed organem skarbowym (za pomocą fikcyjnych dokumentów, lub przez podjęcie innych jeszcze czynności) przeprowadzenia realnej transakcji, w tym dotyczącej rzeczywiście istniejącego towaru, a nie jego substytutu, to działanie takie stanowi przestępstwo określone w przepisach kodeksu karnego, nie zaś przestępstwo skarbowe”**.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało poddane krytyce w głosie A. Bartosiewicza⁴⁶. Autor, akceptując, co do zasady, pogląd Sądu Najwyższego, wyraził zastrzeżenia odnośnie do uzasadnienia orzeczenia.

Pierwszy z podniesionych przez niego zarzutów dotyczy błędów terminologicznych orzeczenia, wyrażających się w nieprawidłowym posługiwaniu się przez Sąd Najwyższy terminem „uszczuplenie (...) podatku naliczonego”⁴⁷. Rzeczywiście, zgodnie z twierdzeniem glosatora, podatek naliczony⁴⁸ to podatek, który występuje „u nabywcy towarów i usług i jest (...) «lustrzanym» odbiciem podatku należnego, który występował u sprzedawcy tych towarów i usług”⁴⁹ i jako niewpłacany do budżetu, nie może zostać uszczuplony. Trafnie wskazał glosator, że uchylenie się od zadeklarowania podatku naliczonego przez nabywcę, paradoksalnie, wywoła odmienną sytuację od przyjętej przez Sąd – spowoduje

⁴⁵ OSNKW 2004, z. 5, poz. 51.

⁴⁶ „Glosa” 2005, nr 4, s. 98–106.

⁴⁷ OSNKW 2004, z. 5, poz. 51, s. 35.

⁴⁸ Ciekawe rozważania w zakresie podatku należnego zawarte zostały w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 kwietnia 2005 r., FSK 1437/04, Orzecznictwo NSA i WSA 2006, nr 1, poz. 34.

⁴⁹ „Glosa”, op. cit., s. 99–100.

bowiem większy wpływ podatku do Skarbu Państwa, ponieważ nie ulegnie zmniejszeniu kwota podatku należnego. Jak wynika z uzasadnienia orzeczenia, Sąd Najwyższy analizując konstrukcję strony przedmiotowej czynu skryminalizowanego w art. 76 kodeksu karnego skarbowego, przez wskazanie na należności publicznoprawne „w postaci podatku naliczonego”, miał na myśli właśnie „podatek należny”, czyli podatek, który pochodzi z mienia sprawcy⁵⁰.

Kolejny zarzut glosatora dotyczył niepełnego ujęcia, w tezie postanowienia, zakresu możliwych sytuacji, odnoszących się do narażenia na bezpodstawny zwrot podatkowej należności publicznoprawnej. Sąd posłużył się bowiem zwrotem „zaniechania rzetelnego zgłoszenia przedmiotu opodatkowania”, który w ocenie glosatora oznacza tylko jedną z możliwych sytuacji, tj. prawidłowego wskazania podatku naliczonego i zaniżenia podatku należnego.

Wydaje się jednak, że spostrzeżenie glosatora nie jest zasadne, gdyż Sąd Najwyższy posłużył się zwrotem niedookreślonym, w którym mieści się także drugi wskazany przez autora przypadek, tj. prawidłowego zdeklarowania podatku należnego, a wadliwego określenia podatku naliczonego. Ze względu jednak na przejrzystość wyводу, uwagi glosatora należy uznać za cenne, gdyż czynią one orzeczenie bardziej klarownym.

Ostatni z podnoszonych zarzutów dotyczy, rzekomo, mylnego użycia przez Sąd Najwyższy wyrażenia „obowiązek podatkowy” na określenie rodzajowego dobra ochrony dla przepisów zamieszczonych w rozdziale 6 Kodeksu karnego skarbowego. Zasadnie „obowiązek podatkowy” zgodnie z art. 53 § 30 k.k.s. należy rozumieć przez odwołanie się do art. 4 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa⁵¹, tj. jako wynikającą z ustaw „nieskonkretyzowaną powinność poniesienia przymusowego świadczenia pieniężnego w związku z zaistnieniem zdarzenia określonego w tych ustawach”, czyli tzw. „indywidualizowany obowiązek podatkowy”⁵². Jak słusznie wywodzi glosator, jest on czymś jakościowo odmiennym od tzw. „obowiązków podatkowych”, ponieważ te oznaczają „obowiązki o charakterze formalnym, instrumentalnym, pomocniczym”, występujące obok „głównego materialnego stosunku prawnopodatkowego”⁵³. Pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy jest więc błędny, gdyż Rozdział 6 Kodeksu karnego skarbowego nosi tytuł: „Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe **przeciwno obowiązkowi podatkowemu** (...)”. Zatem niesłuszne jest ich ograniczenie przez Sąd do **obowiązku podatkowego**, ponieważ, jak wskazano, skutkowałoby to znacznym zawężeniem rodzajowego przedmiotu ochrony (w efekcie trudno byłoby wytłumaczyć istnienie przepisów kryminalizujących czyny polegające np.: na wadliwym prowadzeniu księgi czy braku aktualizacji NIP).

Trzeba jednak stwierdzić, że koncepcja polegająca na dychotomicznym rozróżnieniu dwóch omawianych pojęć również nie jest wolna od wad. Mianowicie, jeżeliby ją przy-

⁵⁰ Glosator przedstawia odmienną koncepcję, wskazującą na to, że Sąd Najwyższy chciał odnieść się do zachowania „poprzedzającego samą czynność wykonawczą przyłudzenia zwrotu podatku VAT”, relatywizując je do działań sprzedawcy. Niezależnie jednak od przyjętej teorii, posłużenie się przez Sąd Najwyższy terminem „uszcziplenie (...) należności publicznoprawnej w postaci podatku naliczonego” jest błędne.

⁵¹ Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60.

⁵² Por. B. Brzeziński, *Podstawowe pojęcia ordynacji podatkowej* (w:) B. Brzeziński, C. Kosilkowski (red.), *Studia nad ordynacją podatkową*, Łódź/Toruń 1999, s. 73 i n.

⁵³ „Glosa”, *op. cit.*, s. 106.

jąc, to okaże się, że w Rozdziale 6 k.k.s. nie zostały uregulowane zachowania polegające na naruszeniu „zasadniczego materialnego stosunku prawnopodatkowego”, co w sposób oczywisty jest nieprawdą.

Jak się wydaje, ustawodawca przy określaniu nazwy dla Rozdziału 6 k.k.s. posłużył się swoistym skrótom myślowym, zawierając w nim w pierwszej kolejności dobro prawne w postaci „indywidualizowanego obowiązku podatkowego”, jak również dobro prawne „innych stosunków prawnopodatkowych”.

ZACHOWANIE OSOBY GODNEJ ZAUFANIA, KTÓREJ ODDANO
NA PRZECHOWANIE PRZEDMIOTY W TRYBIE ART. 228 § 1 ALBO § 2 K.P.K.
A ZNAMIONA PRZESTĘPSTWA OKREŚLONEGO W ART. 300 § 2 K.K.

Sąd Najwyższy w wyroku z 15 czerwca 2004 r., II KK 38/03⁵⁴, stwierdził, że: „**Oddanie przedmiotów na przechowanie osobie godnej zaufania, w trybie określonym w art. 228 § 1 albo § 2 k.p.k., powoduje powstanie stosunku zobowiązaniowego przechowania (art. 835 k.c.), w którym organ wydający co do tej kwestii postanowienie jest wierzycielem, a osoba godna zaufania, której oddane zostały przedmioty na przechowanie – dłużnikiem. Natomiast zachowanie osoby godnej zaufania, polegające na usunięciu, ukryciu, zbyciu, darowaniu, niszczeniu, obciążaniu albo uszkodzaniu zajętych przedmiotów, o ile zostały spełnione pozostałe przesłanki odpowiedzialności karnej, wypełnia znamiona przestępstwa określonego w art. 300 § 2 k.k.**”

Orzeczenie to spotkało się z dwiema glosami krytycznymi: T. Razowskiego⁵⁵ i M. Lemkowskiego⁵⁶.

Głosę T. Razowskiego określić należy jako częściowo krytyczną. Autor stwierdził w niej, że Sąd Najwyższy, przez pominięcie w swych rozważaniach zagadnienia zbiegu w kwalifikacji prawnej przepisów art. 300 § 2 k.k. i art. 239 § 1 k.k., przyjął, iż pierwszy z wymienionych przepisów w sposób kompletny oddaje zawartość kryminalnoprawnego bezprawia zachowania oskarżonego. Cytując glosatora: „naczelny organ sądowy przyjął, iż przepis art. 239 § 1 k.k. zawiera się w przepisie art. 300 § 2 k.k.”⁵⁷.

Z taką oceną glosatora nie można się zgodzić. Zadaniem Sądu Najwyższego nie było rozważanie wszystkich możliwych do wystąpienia zbiegów przepisów ustawy z przepisem art. 300 § 2 k.k. Zgodnie z art. 536 k.p.k. Sąd Najwyższy rozpoznaje kasację w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, a w szerszym zakresie m.in. w wypadku określonym w art. 455 k.k. Przepis ten uprawnia do dokonania korekty błędnej kwalifikacji prawnej czynu zarzuconego oskarżonemu, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, wówczas gdy Sąd ten nie dokonuje zmiany ustaleń faktycznych. Natomiast Sąd Najwyższy ma możliwość poprawienia kwalifikacji prawnej tylko wówczas, gdy pozwala na to ocena prawna stanu faktycznego ustalonego przez sądy niższej instancji. Podniesione przez glosatora krytyczne uwagi miałyby zatem uzasadnienie jedynie wówczas, gdyby stan faktyczny

⁵⁴ OSNKW 2004, z. 7–8, poz. 76.

⁵⁵ Prok. i Pr. 2005, nr 12, s. 111–117.

⁵⁶ PiP 2005, z. 11, s. 125–129.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 113.

sprawy wskazywał na wypełnienie przez oskarżonego swym zachowaniem również znamion typu czynu zabronionego określonego w art. 239 § 1 k.k.

Tymczasem z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego wynika, że zachowanie oskarżonego polegało na tym, iż po otrzymaniu na przechowanie, w trybie art. 228 § 1 k.p.k., bel i desek modrzewiowych zbył je nieznanym osobom. Tym samym udaremnił wykonanie postanowienia prokuratora, ich zwrot innej osobie oraz zaspokojenie swego wierzyciela, którym w ocenie Sądu Najwyższego jest organ procesowy. W sprawie nie dokonano zatem ustaleń wskazujących na to, że sprawca tego przestępstwa swoim zachowaniem działał w celu pomocy sprawcy innego przestępstwa w uniknięciu odpowiedzialności karnej albo przewidując taką możliwość, godził się na to. Nie sugeruje tego również charakter zabezpieczonych przedmiotów, które przed oddaniem na przechowanie zostały zapewne, zgodnie z dyspozycją art. 228 § 1 k.p.k., poddane oględzinom, sporządzono ich spis i opis. Oczywiście, hipotetycznie można sobie wyobrazić sytuację, w której owe bele i deski zawierały niedostrzeżone przez osoby dokonujące oględzin ślady przestępstwa i pomimo dokonania wymienionych czynności, osoba zbywająca te przedmioty działała w celu zatarcia śladów przestępstwa, albo godziła się z taką możliwością. Zaznaczyć jednak należy, że snucie tego rodzaju rozważań odnośnie do kwalifikacji prawnej czynu miałoby znaczenie, gdyby pozwalały na to ustalenia faktyczne dokonane przez sądy niższej instancji.

Podsumowując, nie ma podstaw do uznania, że Sąd Najwyższy, pomijając w uzasadnieniu swego wyroku kwestie zbiegu przepisów art. 300 § 2 k.k. i art. 239 § 1 k.k., przyjął jednocześnie, iż znamiona określone w pierwszym z nich pochłaniają sytuacje przewidziane przez znamiona określone w drugim z wymienionych przepisów.

Natomiast M. Lemkowski w swoich rozważaniach położył nacisk na zasadność przykładania do stosunku prawnego, jaki powstaje na mocy art. 228 k.p.k. (tj. oddania na przechowanie osobie godnej zaufania przedmiotów wydanych lub znalezionych w czasie przeszukania), konstrukcji zobowiązaniowej przechowania, określonej w art. 835–845 Kodeksu cywilnego⁵⁸.

Uwagi przez niego poczynione zasługują na refleksję. Po pierwsze, wskazał on, że skoro przechowanie określone w art. 228 § 1 k.p.k. ma mieć charakter *stricte* cywilnoprawny, to jego powstanie dokonuje się przez zawarcie umowy pomiędzy uprawnionym a osobą godną zaufania (jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, umowa taka może zostać zawarta w sposób dorozumiały). Jednak w każdej sytuacji, co podkreślił glosator, organ wydający rzeczy na przechowanie działa w sferze *dominium*. Jest to oczywiście, zważywszy na to, że zawiązanie stosunku cywilnoprawnego o charakterze umownym wymaga w pierwszej kolejności równości podmiotów, które w sposób dobrowolny wyrażają wolę jego powstania⁵⁹. Reasumując powyższe uwagi, należy zgodzić się z glosatorem, że do kreacji stosunku przechowania opartego na art. 228 § 1 k.p.k. i art. 835 k.c. wymagana jest także **zgoda przyjmującego**, wyrażona przynajmniej w sposób dorozumiały⁶⁰.

⁵⁸ Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁵⁹ Jak słusznie podał glosator, odwołując się do doktryny, powołane jako przykład przez Sąd Najwyższy orzeczenie komornika również nie tworzy stosunku cywilnoprawnego, ponieważ „postanowienie komornika o oddaniu rzeczy pod dozór nie wystarcza dla nawiązania stosunku przechowania”, gdyż osoba przyjmująca dozór musi wyrazić zgodę na jego pełnienie.

⁶⁰ Często decydować tu będzie kontekst sytuacyjny, wskazujący na zgodną wolę stron zawarcia umowy przechowania (przykładowo w momencie odzyskania skradzionego samochodu i oddania go

Glosator zwrócił także uwagę na fakt, że stosunek przechowania jest umową dwustronnie zobowiązującą, wobec czego każda z występujących w nim stron jest zarazem dłużnikiem i wierzycielem. Obserwacja ta, choć trafna, nie może być oceniana jako zarzut pod adresem Sądu Najwyższego, gdyż ten, nazywając organ wydający postanowienie wierzycielem, a osobę godną zaufania – dłużnikiem, odnosił się do stanu faktycznego opisywanej sprawy, tzn. do zbycia mienia przez dłużnika. Podobnie należy się odnieść do dalszych konsekwencji stwierdzenia autora, mianowicie do obowiązku „uiszczenia przez składającego wynagrodzenia za przechowanie przyjętego w danych stosunkach, chyba że przechowawca zobowiązał się przechować rzeczy nieodpłatnie”⁶¹. Istotnie, art. 836 k.c. wyraźnie stanowi, że „Jeżeli wysokość wynagrodzenia za przechowanie nie jest określona w umowie albo w taryfie, przechowawcy należy się wynagrodzenie w danych stosunkach przyjęte, chyba że z umowy lub z okoliczności wynika, iż zobowiązał się przechować rzecz bez wynagrodzenia”. Zbyt daleko jest jednak posunięty wymóg glosatora, wskazujący na to, że przechowawca ma w sposób „niebudzący wątpliwości” wyrazić zgodę na darmowe przechowanie. Ustawodawca, posługując się bowiem zwrotem „z okoliczności wynika”, stanowi wyraźnie, że jest możliwe ustalenie nieodpłatności przechowania w sposób dorozumiały⁶².

Jako istotne należy ocenić rozważanie glosatora dotyczące ograniczeń, jakich doznaje umowa przechowania przez zastosowanie do niej art. 228 k.p.k. Prawdą jest, że przechowawcy stawiane są wysokie wymagania, ponieważ musi on być „osobą godną zaufania”, jak również, że oddający w przechowanie ma dodatkowe uprawnienie w postaci możliwości żądania w każdym czasie „przedstawienia rzeczy”. Jednakże powyższe modyfikacje mieszczą się w wyrażonej w art. 353 k.c. zasadzie swobody umów, gdyż strony mają możliwość ułożenia stosunku prawnego według swego uznania i nie wpływają na zasadność przyjętej przez Sąd Najwyższy konstrukcji prawnej.

Reasumując, głosę M. Lemkowskiego uznać należy za interesującą i częściowo zasadną. Największego jej znaczenia należy jednak upatrywać w analizie stosunku przechowania wynikającego z art. 228 § 1 k.p.k. pod kątem regulacji cywilnoprawnych.

Na zakończenie trzeba zwrócić uwagę na kwestię, która nie została poruszona, a uchodzić może za skomplikowaną tak prawnie, jak i faktycznie. Jak bowiem należy ocenić sytuację, w której przechowawca będzie chciał skorzystać z uprawnienia wyrażonego w art. 461 k.c., czyli tzw. *ius retentionis*. Jeżeli przyjął on bowiem rzecz na przechowanie i np. poniósł na nią nakłady, to przysługuje mu prawo jej zatrzymania aż do chwili zaspokojenia lub zabezpieczenia przysługujących mu z tego tytułu roszczeń. Trudno skorelować taką sytuację przykładowo z decyzją organu procesowego nakazującą niezwłoczne wydanie rzeczy.

na przechowanie jego prawowitemu właścicielowi), por. Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczególna*, Warszawa 2001, s. 144.

⁶¹ PiP 2005, *op. cit.*, s. 127.

⁶² Por. Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *op. cit.*, s. 143; J. Gudowski (w.): G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. II, Warszawa 2005, s. 605–624.

KRONIKA ADWOKATURY



POSIEDZENIE NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ

16 czerwca 2007 r. w Grzegorzewicach odbyło się posiedzenie Naczelnej Rady Adwokackiej. Wzięła w nim udział sędzia Henryka Lewandowska-Kuraszkiewicz, Naczelnik Wydziału Adwokatury, Radców Prawnych i Biegłych Sądowych w Ministerstwie Sprawiedliwości. W trakcie burzliwej dyskusji poruszono najważniejsze sprawy związane z adwokaturą, m.in. kwestię tzw. stawek maksymalnych za czynności adwokackie. Podniesiono także sprawę projektowanej ustawy o doradcach prawnych. Pod adresem przedstawicielki Ministra Sprawiedliwości skierowano wiele krytycznych uwag w związku ze stosunkiem Ministerstwa do organów adwokatury.

W związku z rezygnacją adw. Piotra Sendeckiego z funkcji wiceprezesa NRA (został wybrany dziekanem ORA w Lublinie) przeprowadzono wybory na stanowisko wiceprezesa NRA. Został nim adw. **Andrzej Siemiński** (dotychczasowy sekretarz NRA). Funkcję sekretarza NRA powierzono adw. **Ewie Krasowskiej** z Izby białostockiej. Serdecznie gratulujemy!

Szczegółowe sprawozdanie z posiedzenia opublikujemy w następnym numerze „Palestry”.

Poniżej publikujemy uchwałę podjętą przez NRA.

UCHWAŁA NR 59/2007 NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 16 CZERWCA 2007 R.

Prawo o adwokaturze określa w art. 1 cele i zadania adwokatury. Daje to uprawnienie do zabierania głosu także w sprawach *pro publico bono*. Prawa tego jesteśmy obowiązani strzec, mając w pamięci naszych poprzedników.

I. Naczelna Rada Adwokacka stwierdza, że cały czas trwa proces umniejszania uprawnień niezależnych od Państwa organizacji samorządowych. Odbywa się to przez działania faktyczne jak i poprzez zmiany ustawowe dotyczące różnych środowisk. Ostatnia nowelizacja Prawa o adwokaturze wprowadza nowe formy i zasady sprawowania nadzoru Państwa nad samorządem adwokackim. Jest to powrót do metod znanych z poprzedniej epoki. Nowy nadzór wpisuje się w złą tradycję kontaktów Państwa z organizacjami społecznymi. Samorząd adwokacki zawsze zmierzał do jasnych, klarownych reguł oddzielenia sfery władztwa Państwa od sfery uprawnień samorządowych. Nowy nadzór dotyczy spraw, w które władza wykonawcza nie może ingerować. Dokonane zmiany ustawowe prowadzą do stopniowej eliminacji samorządowych form organizacji społeczeństwa i zawłaszczenia przez władzę wykonawczą dotychczasowych kompetencji samorządowych.

II. Dlatego Naczelna Rada Adwokacka upoważnia Prezydium NRA do złożenia wniosku o zbadanie zgodności z Konstytucją RP w szczególności art. 3 ust. 2, 13a oraz 90 ust. 2 ustawy Prawo o adwokaturze w brzmieniu nadanym ustawą z 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 80, poz. 540).

III. Kolejny projekt Ministra Sprawiedliwości zmiany ustawy Prawo o adwokaturze wraz z projektem rozporządzenia w sprawie wynagrodzeń adwokackich ograniczający możliwość wolnego ustalania wynagrodzeń przez dwie grupy zawodowe tj. adwokatów i radców prawnych, narusza konstytucyjną zasadę równych praw, zasadę pełnej wolności gospodarczej i stanowi przejaw dyskryminacji tych zawodów. Taka regulacja jest ponadto sprzeczna z przepisami dotyczącymi wolności świadczenia usług oraz regułami wolnej konkurencji zagwarantowanymi przez przepisy Unii Europejskiej.

IV. Dyskusja na temat połączenia zawodów adwokatów i radców prawnych wskazuje na istnienie zasadniczych trudności i przeszkód formalnych w zakresie możliwości połączenia tych zawodów. Dlatego Naczelna Rada Adwokacka wskazuje, iż zgodnie z ustawą Prawo o adwokaturze istnieje możliwość przyjmowania radców prawnych do adwokatury.

V. W związku z występującymi roszczeniami o zwrot majątków m.in. na Warmii i Mazurach, Naczelna Rada Adwokacka apeluje do wszystkich adwokatów o udzielanie społecznie wszelkiej pomocy prawnej osobom poszkodowanym tymi działaniami. Naczelna Rada Adwokacka już w 2003 r. dostrzegła możliwość wystąpienia tych problemów i skierowała do Premiera Rządu RP stosowną uchwałę. Nasza inicjatywa pozostała jednak bez odzewu.

Z PRAC PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ

I. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 20 MARCA 2007 R.

Na początku posiedzenia członkowie Prezydium NRA omówili sprawy dotyczące poszczególnych ORA, egzaminów adwokackich i projektowanych zgromadzeń izb adwokackich. Adw. Zbigniew Dyka, konsultant Prezydium, przedstawił wątpliwości wynikające z ustawy lustracyjnej w części dotyczącej adwokatury.

Wiceprezes adw. Joanna Agacka-Indecka zreferowała przebieg dyskusji z 14 marca 2007 r. w Senacie dotyczącej zmian w projekcie p.o a. Jak widać toczą się w Parlamencie prace legislacyjne dotyczące naszej ustawy ustrojowej. Podobnie jest z poprawkami do k.p.k. w komisji parlamentarnej. Zmieniają się jak w kalejdoskopie poglądy na temat karania adwokatów (ew. Dziekanów) za uchybienia w pracy przed sądami (referował adw. A. Siemiński, Sekretarz NRA).

Napływają informacje o stosowaniu w praktyce postępowania przyspieszonego. Kłopoty z dyżurami mają adwokaci w miejscowościach, gdzie pracuje ich niewielu. Na ogół postępowania przyspieszone nie nastroczają jednak większych trudności, choć budzą zrozumiałe kontrowersje.

II. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA W DNIU 3 KWIETNIA 2007 R.

Rozważano problem opłacania podatku VAT od „urzędówek”. Trwają starania adwokatury, aby adwokatów zwolnić od tego podatku w zakresie obron z urzędu.

Adw. Marek Mazurkiewicz, Rzecznik Dyscyplinarny NRA, jako opiekun Izby sędzielskiej z ramienia Prezydium, zreferował projekty Izby dotyczące szkolenia aplikantów I i II roku. Omówiono przebieg egzaminów adwokackich m.in. w Izbie warszawskiej, ostatnich dokonywanych przez samorząd adwokacki. Oceniono je pozytywnie.

Prezes NRA, adw. Stanisław Rymar, Wiceprezes adw. Joanna Agacka-Indecka wypowiedzieli się w przedmiocie poparcia Krajowej Rady Sądownictwa broniącej niezawisłości sędziowskiej. Prezydium zleciło OBA opracowanie koncepcji wniosku w przedmiocie postępowań przyspieszonych w aspekcie prawa do obrony oskarżonych w tych postępowaniach.

W związku z wizytą grupy młodych adwokatów z Gruzji przygotowano dla nich program spotkań z czołowymi postaciami warszawskich sfer prawniczych m.in. z Prezesem Trybunału Konstytucyjnego prof. Jerzym Stępnem i Dziekanem Wydziału Prawa UW Prof. Tadeuszem Tomaszewskim.

Prezes S. Rymar poinformował o dorocznym Zgromadzeniu Ogólnym Sędziów

Trybunału Konstytucyjnego, na którym Prezes Trybunału bardzo pozytywnie ocenił prace samorządu adwokackiego w ciągu ostatnich 80 lat jego istnienia, podkreślił prawo samorządu do przeprowadzania egzaminów adwokackich.

Wiceprezes NRA adw. Piotr Sendeki Przewodniczący Komisji Praw Człowieka przy NRA omówił przebieg posiedzenia tej Komisji z udziałem gości prof. Legutko, Wicemarszałka Senatu, red. Terlikowskiego z „Rzeczypospolitej” i Sędziego Teresy Romer. Przyznać trzeba, że działalność tej Komisji w obecnej kadencji NRA jest szczególnie widoczna i przynosząca adwokaturze wymierne korzyści w kontaktach z instytucjami UE takimi jak choćby Trybunał w Strassburgu.

III. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA W DNIU 5 KWIETNIA 2007 R.

Zwołane zostało w celu rozważenia udzielenia poręczenia dla adwokata – członka NRA. Poręczenie w trybie art. 271 § 1 i 3 k.p.k. zostało udzielone.

IV. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA W DNIU 17 KWIETNIA 2007 R.

Przyjęto stanowisko Prezydium wobec projektu zmian do ustawy o ustroju sądów powszechnych.

Wiceprezes adw. Joanna Agacka-Indecka poinformowała o uczestniczeniu w dniu 12 kwietnia 2007 r. w debacie dotyczącej projektu ustawy o świadczeniach prawniczych i wprowadzeniu tzw. licencji prawniczych. Debata odbyła się na Uniwersytecie Warszawskim. Zainteresowanie studentów było nikłe. Jedni z nich wyrażali poparcie dla walki z samorządami prawniczymi, inni żądali współpracy Ministerstwa Sprawiedliwości z samorządami.

Członkowie Prezydium już wstępnie przygotowują program Zjazdu Adwokatury zarówno w płaszczyźnie merytorycznej jak i organizacyjnej. W polu widzenia uczestników posiedzenia Prezydium stanęły też zagadnienia związane z siedzibą dla OBA, nowej platformy internetowej adwokatury jako dobrego narzędzia komunikacji ze społeczeństwem i środowiskiem adwokackim. Rozważano podjęcie badań sondażowych, socjologicznych dotyczących wizerunku adwokatury. Odbyła się szeroka dyskusja na temat powyższych kwestii, w której wzięli udział prawie wszyscy członkowie Prezydium.

Przyjęto stanowisko wobec projektu zmian do ustawy o ustroju sądów powszechnych, które publikujemy na s. 363.

V. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA W DNIU 8 MAJA 2007 R.

Uczestniczący w egzaminach adwokackich w Izbach Adwokackich: łódzkiej, lubelskiej i radomskiej adwokaci: Joanna Agacka-Indecka, Piotr Sendeki, Marek

Mazurkiewicz, Andrzej Bąkowski, Joanna Kaczorowska, Sławomir Ciemny, Dariusz Wojnar złożyli sprawozdania ze swojego uczestnictwa we wspomnianych egzaminach.

Prezes S. Rymar uczestniczył wraz z adw. adw. J. Agacką-Indecką, A. Siemińskim i P. Sendeckim w uroczystościach państwowych z okazji Konstytucji 3 Maja, zaproszony przez Prezydenta RP Lecha Kaczyńskiego.

Andrzej Bąkowski

STANOWISKO PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 17 KWIETNIA 2007 R. WOBEC PROJEKTU ZMIAN DO USTAWY O USTROJU SĄDÓW POWSZECHNYCH

Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z niepokojem obserwuje przebieg prac legislacyjnych nad projektowanymi zmianami ustawy o ustroju sądów powszechnych zawartymi w druku sejmowym nr 1603.

Projekt, przewidując rozszerzenie pola ingerencji władzy wykonawczej w działania i strukturę polskiego sądownictwa, stwarza potencjalne niebezpieczeństwo zachwiania równowagą systemu i zasadą podziału władz, która stanowiła i stanowi fundament funkcjonowania praworządnego, demokratycznego państwa, wyrażony w art. 10 Konstytucji RP.

Obawę budzi w szczególności inicjatywa zmierzająca do wprowadzenia 24-godzinnego trybu decydowania o uchyleniu immunitetu sędziowskiego oraz udzielaniu zgody na zatrzymanie sędziego. Orzekanie w oparciu o wnioski prokuratora oraz udostępnione przez organy ścigania materiały dowodowe, których zakres ujawnienia zależy w istocie od ich uznania, może stworzyć niebezpieczeństwo podejmowania pochopnych decyzji.

Czas 24 godzin, przewidziany do zapoznania się z aktami i orzeczenia o uchyleniu immunitetu, jest nierealnym wymaganiem w stosunku do spraw skomplikowanych i wielotomowych, stwarzając wysokie ryzyko błędu narażającego autorytet władzy sądowniczej.

Zmiany przewidujące :

- przenoszenie stanowisk sędziowskich i ich znoszenie decyzją Ministra Sprawiedliwości;
- wyznaczanie sędziego do pełnienia funkcji prezesa sądu decyzją Ministra Sprawiedliwości;
- sformalizowanie kryteriów awansu sędziego i ograniczenie znaczenia Krajowej Rady Sądownictwa;
- delegowanie sędziego bez jego zgody przez Ministra Sprawiedliwości do dowolnego miejsca w Polsce (w tym także do pracy w Ministerstwie) na okres do 6 miesięcy;

– prawo zawieszenia sędziego w czynnościach zawodowych przez Ministra Sprawiedliwości – to zmiany, które wskazują na możliwość naruszenia przez ustawodawcę gwarantowanych przez Konstytucję RP zasad niezawisłości i nieprzenoszalności sędziów.

Prezydium NRA zwraca się z apelem do projektodawców i ustawodawców o tworzenie prawa, które będzie służyć zachowaniu konstytucyjnych gwarancji niezawisłości sędziów oraz umocnieniu autorytetu przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości.

NAJNOWSZE ZMIANY W USTAWIE PRAWO O ADWOKATURZE – KRÓTKI KOMENTARZ

Ustawą z 29 marca 2007 roku dokonano nowelizacji ustawy Prawo o adwokaturze (Dz.U. Nr 80, poz. 540) – zwanym dalej p. o a. Datą wejścia w życie nowych przepisów jest dzień 9 czerwca 2007 roku. W pracach parlamentarnych nad projektem rządowym (druk sejmowy nr 884) uczestniczyli przedstawiciele adwokatury, przedkładając stosowne wnioski bądź zgłaszając veto do rozwiązań ograniczających uprawnienia samorządu i nadających wiele uprawnień nadzorczych Ministrowi Sprawiedliwości.

Do najistotniejszych zmian należy zaliczyć dodanie ustępu 2 w art. 3 p. o a. o treści przewidującej, że minister sprawiedliwości sprawować będzie nadzór nad działalnością samorządu w zakresie i formach określonych ustawą, a także dodanie art. 13a, mocą którego organy adwokatury i organy Izby Adwokackiej przesyłają ministrowi odpis każdej uchwały w terminie 21 dni od daty jej podjęcia. Z przepisem tym koresponduje nadanie innej treści art. 14 ust. 1 i 2 p. o a.

Oceniając te przepisy, należy przypomnieć, że organami adwokatury z mocy przepisu art. 11 zmienianej ustawy są: Krajowy Zjazd Adwokatury, Naczelna Rada Adwokacka, Wyższy Sąd Dyscyplinarny i Wyższa Komisja Rewizyjna, zaś organami Izby z mocy przepisu art. 39 p. o a. są: zgromadzenie izby składające się z adwokatów wykonujących zawód i delegatów pozostałych adwokatów, okręgowe rady adwokackie, sądy dyscyplinarne i komisje rewizyjne.

Wszystkie te organy z mocy wskazanego przepisu zobowiązane zostały do przesyłania podejmowanych uchwał w terminie 21 dni Ministrowi Sprawiedliwości. Uczestniczący w pracach przedstawiciele adwokatury zwracali uwagę na bezsensowność takiego rozwiązania, albowiem uchwały rad adwokackich sprzeczne z prawem są i będą uchylane według trybu dotychczas obowiązującego przez Prezydium NRA, działającego na mocy przepisu art. 60 w zw. z art. 59 ust. 3 p. o a. Niestety, te czysto praktyczne argumenty, jak również przedkładanie danych uwidaczniających to, że wiele uchwał podejmowanych przez rady okręgowe dotyczy sfery gospodarczej izb, w tym zarządzania majątkiem trwałym bądź zatrudnieniem pracowników, nie zo-

stały uwzględnione. Przedstawiciele adwokatury podnosili też, że wszelkie wpływy samorządowe pochodzą ze składek adwokatów, a nie z dotacji państwowych – dlatego też nie powinny być kontrolowane przez władze administracyjne, stanowiąc niezgodną z art. 17 Konstytucji RP i nieuzasadnioną ingerencję władzy publicznej w niezależność organizacji zawodowej adwokatów. Wbrew temu, reprezentowany przez wnioskujący rząd pogląd znalazł odbicie w uchwalonej noweli.

Inne z przyjętych przepisów, dokonane w powołanej ustawie zmieniającej, dotyczą nadania nowej treści art. 46, uchylenia art. 47 ust. 2, a także zmian w art. 68. Wszystkie te zmiany dotyczą uregulowania toku postępowania związanego z podejmowaniem uchwał w sprawach indywidualnych w odpowiedzi na wniosek o wpis na listę adwokatów bądź aplikantów adwokackich.

Punkt 7 ustawy nowelizacyjnej precyzuje art. 71b dotyczącej siedziby adwokata, uzupełniając istniejący przepis o określenie, że adwokat może posiadać jedną siedzibę na terenie RP, jednakże z uwzględnieniem sytuacji, gdy kończy sprawę z urzędu w siedzibie uprzedniej.

Istotne zmiany zostały dokonane w przepisach działu VIII p. o a. o odpowiedzialności dyscyplinarnej.

W art. 81 dodano ust. 6 upoważniający sąd dyscyplinarny do podania treści orzeczenia do publicznej wiadomości poprzez jego opublikowanie w czasopiśmie, którego wydawcą jest organ adwokatury.

W art. 83 po ust. 2 dodano ust. 3 regulujący prawo ponownego wpisu na listę aplikantów adwokackich, którzy zostali w wyniku orzeczenia skreśleni z listy aplikantów adwokackich.

Po art. 88 dodano nowy przepis art. 88a dookreślający prawo odwołania stron i ministra sprawiedliwości od orzeczeń i postanowień kończących postępowanie w terminie 14 dni od otrzymania orzeczenia wraz z uzasadnieniem i pouczeniem o terminie do wniesienia odwołania.

Bardzo istotną i niekorzystną zmianę wprowadzono w treści dotychczasowej ust. 2 art. 90 p. o a., bowiem minister sprawiedliwości – poza dotychczasowym uprawnieniem polecenia wszczęcia postępowania dyscyplinarnego – uzyskał wręcz uprawnienie polecenia wszczęcia postępowania bezpośrednio przed sądem dyscyplinarnym przeciwko adwokatowi lub aplikantowi adwokackiemu.

Należy podnieść, iż przedstawiciele samorządu adwokackiego biorący udział w pracach parlamentarnych zgłaszali sprzeciw do powyższego zapisu, ale nie został on uwzględniony. Podnoszono argument o niekonstytucyjności tego rozwiązania – w tym naruszenia prawa do obrony poprzez eliminację fazy wyjaśniającej i umożliwienie adwokatowi złożenia wyjaśnień przed wniesieniem aktu oskarżenia, co przekonało część posłów nawet z PiS, jednakże efekty głosowania i stanowisko komisji senackiej przesądziło o jego akceptacji.

Art. 91 w znowelizowanej wersji precyzował właściwość i składy sądów dyscyplinarnych i Wyższego Sądu Dyscyplinarnego.

Skreślenie art. 91e zostało uzasadnione wprowadzeniem nowego przepisu art.

95n określającego, iż w sprawach nieuregulowanych w niniejszej ustawie stosuje się przepisy kodeksu postępowania karnego, co wyeliminowało wiele niepewności i wątpliwości interpretacyjnych.

Dodany art. 93a zawiera zobowiązanie rzecznika dyscyplinarnego do doręczenia ministrowi sprawiedliwości odpisów wszelkich postanowień przez niego podjętych, łącznie z wnioskiem skierowanym do dziekana okręgowej rady adwokackiej o ukaranie członka samorządu.

Art. 94 zakreśla, iż obrońcą w tym postępowaniu może być wyłącznie adwokat, w przeciwieństwie do zmian w ustawie o radcach prawnych, gdzie obrońcą może być nie tylko radca, ale i adwokat. W tym zakresie przedstawiciele samorządu radcowskiego wnioskowali o przyjęcie regulacji odpowiadającej adwokackiej, aby obrońcą w postępowaniu dyscyplinarnym adwokackim mógł być też radca, ale przedstawiciele adwokatury nie uznali tej możliwości zarówno w świetle p. o a. jak i k.p.k. – tym samym zmiana w p. o a. nie została przyjęta.

Art. 95 wprowadza zasadę jawności rozprawy przed sądem dyscyplinarnym, ograniczoną zagrożeniem ujawnienia tajemnicy adwokackiej, bądź gdy zachodzą inne przyczyny wyłączenia jawności przewidziane przepisami.

Inne zmiany przewidziano w art. 95c określającym zakres postępowania dyscyplinarnego z wyłączeniem postępowania opisanego w art. 90 ust. 2, tj. wszczętego na polecenie ministra sprawiedliwości; w art. 95e uchylono ust. 1 w związku z treścią powołanego wyżej art. 95n; skreślono art. 95f jako konsekwencję rozwiązania zawartego w nowo wprowadzonym art. 88a.

W art. 95j po ust. 1 dodano ust. 1a, mocą którego wprowadzono obowiązek tymczasowego zawieszenia w czynnościach zawodowych adwokata lub aplikanta adwokackiego, w stosunku do którego w postępowaniu karnym zastosowano tymczasowe aresztowanie, w terminie 14 dni od daty powzięcia wiadomości o tymczasowym aresztowaniu.

Art. 95l został zmieniony w całości i zawiera on przepisy o wykonaniu orzeczeń o ukaraniu dyscyplinarnym bądź tymczasowym zawieszeniu w czynnościach zawodowych, a także o okresie usunięcia wzmianek o ukaraniu (zatarcie skazania).

W pkt 23 ustawy nowelizującej skreślono art. 95m jako konsekwencja zmienionych i wyżej opisanych przepisów.

Ostatni przepis 95n odsyła sprawy nieuregulowane w niniejszej ustawie do przepisów kodeksu postępowania karnego, co wykazano wyżej.

Przyjęta przez Parlament i podpisana nowelizacja w części była uzgadniana z przedstawicielami samorządu i zawiera zmiany przewidziane w projekcie postępowania dyscyplinarnego opracowanego przez Ośrodek Badawczy Adwokatury przy NRA i przyjęte przez Naczelną Radę Adwokacką. W tej mierze nowelizacja – wprowadzając zmiany adwokackie – spełnia standardy opisane w orzecznictwie Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu i unowocześnia przebieg postępowania.

Zmiany rządowe – w dużej części pozbawione praktycyzmu lub niekonstytucyjne – zmierzają przede wszystkim do zwiększenia nadzoru nad samorządami

adwokackim, radcowskim i notarialnym (nowelizacja objęła wszystkie te zawody) i w tej części nie zasługują na pozytywną ocenę.

Andrzej Siemiński

„AKCJA APLIKACJA”, ŁÓDŹ 24–25 MARCA 2007

W dniach 24–25 marca 2007 roku Uniwersytet Łódzki wespół z Fundacją im. Leonarda da Vinci zorganizował szkolenie informacyjne dla studentów i absolwentów prawa pt. „Akcja Aplikacja”.

Przez dwa dni studenci ostatnich lat Uniwersytetu Łódzkiego wysłuchali łącznie 5 prezentacji na temat aplikacji prawniczych. O aplikacji notarialnej opowiedziała pani rejent Teresa Kurzyca – Sekretarz Krajowej Rady Notarialnej; o aplikacji prokuratorskiej – prokurator Cezary Kiszka – Sekretarz Zarządu Głównego Stowarzyszenia Prokuratorów RP. Z kolei o aplikacji radcowskiej opowiedziała radca prawny Czesława Kołuda – wicedziekan Okręgowej Izby Radców Prawnych w Łodzi. Na temat aplikacji sądowej wypowiadała się p. sędzia Wiesława Kuberska – sędzia Sądu Apelacyjnego w Łodzi, zarazem wiceprezes ds. szkoleń Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”.

W imieniu prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej sprawy związane z omówieniem aplikacji adwokackiej i zawodu adwokata reprezentował adv. Bartosz Grohman, kierownik szkolenia aplikantów adwokackich w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie, a zarazem Sekretarz Komisji Kształcenia Aplikantów przy NRA.

Dla prezentacji przyjęto bardzo praktyczną formułę – otóż same aplikacje referowali ww. prelegenci, a niejako ich uzupełnieniem były wystąpienia poszczególnych aplikantów. Na wykład nt. aplikacji adwokackiej organizatorzy zaprosili aplikantkę adwokacką Martę Piróg z Izby Łódzkiej.

Adwokat Bartosz Grohman zaproponował podział prezentacji na część formalną – przedstawienie przepisów i regulacji korporacyjnych oraz na część nieformalną, składającą się z przedstawienia aspektów praktycznych aplikacji oraz zasad wykonywania zawodu adwokata.

Prezentacja części formalnej odbyła się bardzo sprawnie. Studenci notowali informacje na temat zasad naboru, liczby potrzebnych punktów, zakresu materiału itd. O wiele ciekawsza była druga część prezentacji. Adwokat Bartosz Grohman opisał swoje doświadczenia z aplikacji oraz wykonywania zawodu adwokata. Aplikantka Marta Piróg bardzo plastycznie opisała swoje doświadczenia i spostrzeżenia z aplikacji adwokackiej. Założeniem prelegentów było jak najwierniejsze oddanie realiów wykonywania zawodu i przedstawienie procesu szkolenia aplikantów z uwzględnieniem zalet i wad.

W szczególności padały stwierdzenia o odpowiedzialności zawodowej, zakresie obowiązków i organizacji dnia pracy. Prezentacja była konieczna, albowiem powszechny obraz pracy adwokata jest wyraźnie wypaczony przez przekazy medialne (np. seriale TV). Studenci z zacięciem słuchali o zastępstwach proce-

sowych, kolokwiach, praktykach. Padały pytania o aspekty finansowe bycia aplikantem, i tu wyraźne wypowiedzi kol. Marty Piróg ostudziły wybujałe oczekiwania studentów co do wysokości spodziewanych wynagrodzeń.

W pewnym momencie prezentacja nabrała wymiaru ciekawej rozmowy ze studentami. Zresztą sam fakt, iż prezentacja zakończyła się o 19.30 w sobotę, a sala nadal była pełna, świadczy o sporym zainteresowaniu studentów tematyką aplikacji adwokackiej.

W relacji na temat spraw bieżących dotyczących aplikacji i adwokatury nie obyło się bez polityki. Adwokat Grohman wyraził swoje krytyczne zdanie na temat jakości stanowienia prawa i ogromnych trudności jego implementacji, podpierając swoją wypowiedź licznymi przykładami.

Z relacji organizatorów wynikało, iż prezentacja na temat aplikacji adwokackiej cieszyła się największym powodzeniem (około 200 obecnych osób).

„Akcja–Aplikacja” pokazała jak istotne jest przybliżanie studentom wiedzy na temat poszczególnych aplikacji. Należy mieć nadzieję, że popularyzacja zagadnień związanych z aplikacjami wpłynie na studentów i absolwentów prawa i pomoże im w dokonaniu właściwego wyboru ich drogi zawodowej.

Bartosz Grohman

„WYBRANE ZAGADNIENIA USTROJU ADWOKATUR W KRAJACH UNII EUROPEJSKIEJ – PRZEGLĄD PORÓWNAWCZY” – NAJNOWSZA PUBLIKACJA OŚRODKA BADAWCZEGO ADWOKATURY

Od dłuższego czasu w środowisku adwokackim, a także w środowiskach politycznych trwają dyskusje na temat zmian w ustawie – Prawo o adwokaturze. Dostęp do zawodu adwokata, czy też szerzej ujmując, do zawodów prawniczych, był do niedawna jednym z najczęściej poruszanych zagadnień. Ostatnio również kwestia samego modelu wykonywania zawodu adwokata, czy bardziej szczegółowe: sądownictwa dyscyplinarnego i dalszego szkolenia zawodowego, nabierają na znaczeniu.

Potrzeba dyskusji nad kształtem adwokatury wielokrotnie sygnalizowana była przez samorząd adwokacki. Przyszłość adwokatury polskiej w obliczu zmieniającej się rzeczywistości winna być postrzegana również przy uwzględnieniu konieczności dostosowania jej do standardów europejskich, przy zachowaniu jednakże odrębności wynikających ze specyfiki polskich unormowań i tradycji.

Świadomość ta przyświecała Komisji Współpracy z Zagranicą Naczelnej Rady Adwokackiej, która przyjęła sobie za cel przedstawienie szerszemu kręgowi zainteresowanych wybranych zagadnień systemów adwokatury w poszczególnych krajach Unii Europejskiej.

W kwietniu 2006 roku członkowie Komisji podjęli decyzję o stworzeniu opracowania, obejmującego swoim zakresem państwa o największej liczbie ludności, najbardziej reprezentatywne dla różnych części Europy i systemów prawa członków Unii Europejskiej należących do tzw. „Starej Piętnastki”, a więc Wielką Brytanię (na przykładzie Anglii i Walii), Irlandię, Francję, Niemcy, Włochy, Szwecję, Holandię, Hiszpanię, Portugalię i Grecję, a także przedstawicieli „Nowej Dziesiątki” Unii Europejskiej, a więc Czechy, Słowację i Węgry¹. Tworzeniem publikacji zajęli się adwokaci – członkowie Komisji Współpracy z Zagranicą Naczelnej Rady Adwokackiej: Małgorzata Derezińska, Magdalena Dębska, Bogna Krysińska, Małgorzata Supera, Sawa Zarębińska, Andrzej Zwara i aplikanci adwokaccy: Agnieszka Czachowska, Łukasz Supera i Kasandra Rymśza.

Metodyka opracowania polegała na omówieniu konkretnych zagadnień związanych z adwokatami krajów Unii Europejskiej i usystematyzowaniu go w spójną liczbę rozdziałów. Każdy z powstałych esejów zawiera informacje na temat modelu wykonywania zawodu adwokata w danym kraju, dostępu do zawodu adwokata, przebiegu szkolenia aplikantów adwokackich, przeprowadzania egzaminu adwokackiego, szkoleń po uzyskaniu uprawnień adwokackich oraz sądownictwa dyscyplinarnego. W miarę dostępności informacji niektóre eseje wzbogacone są o rozdział zawierający informacje dodatkowe, np. krótkie informacje o innych zawodach prawniczych w danym kraju, literaturze prawniczej etc. Ramy niniejszej publikacji nie pozwoliły na przedstawienie wielu innych, równie interesujących kwestii. Być może staną się one tematem kolejnych artykułów.

Opracowanie pt. „Wybrane zagadnienia ustroju adwokatów w krajach Unii Europejskiej – przegląd porównawczy”, pod redakcją adw. Andrzeja Zwary i adw. Bogny Krysińskiej, ukazało się nakładem Ośrodka Badawczego Adwokatury w styczniu 2007 roku. Publikacja ta jest bezpłatna i rozesłana już została do Okręgowych Rad Adwokackich.

Celem publikacji było przedstawienie ewentualnych różnic i zbieżności unormowań europejskich z regulacją adwokatury w Polsce.

Służyć może ono również jako drogowskaz dla środowisk politycznych, zwłaszcza w dobie trwającej debaty nad zmianą ustroju adwokatury w Polsce. Lektura poniższego materiału pozwala stwierdzić, iż nasz model adwokatury w pełni wpisuje się w europejską tradycję i w żaden sposób nie odbiega od unormowań europejskich. Jakkolwiek rewolucyjna zmiana w tym zakresie byłaby tu więc niewskazana, a wręcz szkodliwa. Ewentualne zaś modyfikacje, dostosowujące adwokatów RP do bieżących realiów, winny być prowadzone metodą dialogu zainteresowanych gremiów, tak ażeby zachować jak najwyższy poziom usług tego zawodu zaufania publicznego i niezależność adwokatury.

¹ Publikacja tworzona była w momencie, gdy Rumunia i Bułgaria nie były jeszcze członkami Unii Europejskiej i nie obejmuje swoim zakresem tych dwóch państw.

Autorzy postawili sobie zadanie omówienia charakterystycznych tendencji w uregulowaniach konkretnych krajów. Analiza przedmiotowego materiału niesie za sobą wiele interesujących spostrzeżeń, począwszy od stwierdzenia, iż w regulacjach poszczególnych państw Unii Europejskiej nie obserwuje się skrajnych tendencji w zakresie legislacji dotyczącej adwokatury. Samorząd adwokacki posiada swoistą autonomię. Zauważalna jest równowaga między państwem a korporacją w powyższym względzie. Nie obserwuje się również dominujących działań o charakterze centralistycznym w tym zakresie.

Tendencja ta wpisuje się w szerszą europejską ideę subsydiarności, zgodnie z którą władza państwowa winna działać dopiero wtedy, gdy nie można sprawnie rozwiązać danych zagadnień na szczeblu niższym. Decyzje zaś winny być podejmowane na szczeblu jak najbliższym obywateli, a kompetencja państwa, czy też Unii Europejskiej, ogranicza się do tego, co niezbędne. Również wobec brzmienia art. 17 ust. 1 Konstytucji RP jawi się konstatacja, iż to właśnie samorząd adwokacki uprawniony jest do należytego sprawowania pieczy nad wykonywaniem zawodu adwokata. Samorząd adwokacki winien nie tylko czuwać nad należyтым wykonywaniem przez adwokatów ciężących na nich obowiązków zawodowych i przestrzeganiem przez nich zasad etyki zawodowej, lecz podejmować nowe kierunki rozwoju adwokatury i współdziałać w procesie kształtowania i stosowania prawa.

Ponadto, analizując uregulowania poszczególnych krajów Unii Europejskiej, można zauważyć, iż polskie Prawo o adwokaturze, obowiązujące jeszcze przed wejściem w życie ustawy z 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, wcale nie odbiegało od innych systemów europejskich. Polska adwokatura wniosła duży wkład w rozwój adwokatury europejskiej i jej instytucji. I tak, warto zaznaczyć, iż organ w postaci Naczelnej Rady Adwokackiej powstał najpierw w naszym kraju, a obecnie jest on zjawiskiem powszechnym.

Zwrócić należy uwagę, iż Polska, w zestawieniu z badanymi w niniejszym opracowaniu krajami, po dokonaniu nowelizacji ustawy Prawo o adwokaturze z 30 czerwca 2005 roku jest w zasadzie jedynym krajem, z wyjątkiem Szwecji (gdzie przewiduje się jednakże pewną liczbę kursów przygotowujących organizowanych przez samorząd) i przez pewien jeszcze czas Hiszpanii, w którym prawo do wykonywania zawodu adwokata mogą uzyskać osoby, które nie odbyły odpowiedniego szkolenia (aplikacji, różnie nazywanej w innych systemach prawa). Warty podkreślenia jest przypadek Hiszpanii, w której co prawda obowiązuje jeszcze zasada, zgodnie z którą zawód adwokata może być wykonywany bez właściwego szkolenia, jednakże z uwagi na m.in. negatywny wpływ tego unormowania na jakość świadczonych usług, a także duże bezrobocie w kręgach adwokackich, ustawodawca hiszpański ustawą opublikowaną 31 października 2006 roku postanowił zmienić tę regulację i wprowadzić obowiązkową aplikację. Ustawa ta wejdzie w życie w ciągu pięciu lat od dnia jej publikacji. Pozostałe kraje przewidują zaś złożony system szkolenia aplikantów, uwzględniający najczęściej konieczność

odbywania specjalistycznych wykładów, staży pod nadzorem adwokatów czy też u przedstawicieli innych zawodów prawniczych i instytucji. Program szkolenia uwarunkowany jest tradycją regulacji poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej.

Istotnym elementem rzetelnego wykonywania zawodu adwokata w badanych krajach jest zapewnienie wysokiego poziomu systemu szkoleń, umożliwiającego dopuszczenie do zawodu adwokata osób prezentujących doskonałą znajomość prawa, przygotowanych do rzetelnego wykonywania swojej profesji, w oparciu o zasady etyki zawodowej.

Większość omawianych w publikacji krajów przewiduje po ukończeniu szkolenia dla aplikantów przeprowadzenie egzaminu adwokackiego. Wyjątek stanowią kraje o tradycji anglosaskiej, a więc Anglia, Walia i Irlandia, w których aplikanci jednakże po ukończeniu aplikacji, w zależności od tego, czy aplikują do wykonywania zawodu „*barristers*”, czy „*solicitors*” odbywają dodatkowe praktyki w kancelarii. Pozostałe kraje, przy uwzględnieniu wspomnianego powyżej pięcioletniego okresu *vacatio legis* w Hiszpanii, przewidują przeprowadzenie egzaminu adwokackiego, który warunkuje wykonywanie zawodu adwokata.

Dalsze doskonalenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień adwokata przewidziane jest we wszystkich przedstawianych w opracowaniu krajach. Różnie unormowana jest jedynie kwestia, czy szkolenie to ma charakter obowiązkowy, czy też fakultatywny. W prezentowanych w publikacji krajach zauważyć można przedstawicieli zarówno pierwszej, jak i drugiej opcji. Zauważyć jednak należy, iż ustawodawcy w omawianych krajach skłaniają się w kierunku obowiązkowego doskonalenia zawodowego. W czasie opracowania publikacji obligatoryjny program szkoleń przewidywały: Anglia i Walia, Francja, Holandia, Irlandia, częściowo RFN i Szwecja. W niektórych innych omawianych krajach, np. w Czechach trwały prace nad poprawką do obowiązującego prawa, w przedmiocie wprowadzenia obowiązkowego doskonalenia zawodowego. Obligatoryjne doskonalenie zawodowe najczęściej unormowane jest w ten sposób, iż adwokat zobowiązany jest do odbycia określonej liczby godzin szkoleń w ciągu jednego roku.

Ponadto, w przedstawionych państwach Unii Europejskiej można zauważyć istnienie wewnętrznego adwokackiego sądownictwa dyscyplinarnego, co wskazuje na szerokie ukształtowanie autonomii tego zawodu. Rozbudowane samorządowe sądownictwo z uwzględnieniem różnic unormowań dla „*barristers*” i „*solicitors*” przewiduje system anglosaski – Anglia i Walia, Irlandia. Również system kontynentalny, zarówno wśród reprezentantów „Starej Piętnastki” – np. Francji, Grecji, Hiszpanii, Holandii, Portugalii czy Włoch, jak i państw Europy Środkowo-Wschodniej, na przykładzie Czech, Słowacji i Węgier, uwzględnia uprawnienia samorządu adwokackiego w zakresie sądownictwa dyscyplinarnego.

Pewne odrębności wykazuje tu federalistyczny system niemiecki, uwarunkowany podziałem kompetencji pomiędzy Federację (Bund) a poszczególne Kraje

Federalne (Bundesländer), a także zupełnie innym, historycznie uwarunkowanym, charakterem aplikacji, której odbycie, zakończone egzaminem, uprawnia do wykonywania wszystkich zawodów prawniczych, w tym także do zawodu sędziego.

Przenosząc zaś poczynione spostrzeżenia na polskie realia, stwierdzić należy, iż w przypadku, gdyby ostatecznie pomysły Ministerstwa Sprawiedliwości co do przekazania sądownictwa dyscyplinarnego do odpowiednich wydziałów sądów powszechnych zostały wcielone w życie, Polska byłaby w tym zakresie ewenementem na skalę europejską.

Analiza ustroju adwokatur w wybranych krajach Unii Europejskiej nasuwa stwierdzenie, iż członkowie adwokatur najlepiej znają specyfikę wykonywanego zawodu oraz posiadają wiedzę i doświadczenie, pozwalające na należytą ocenę działań innych adwokatów. Ewentualne zmiany w ustawie – Prawo o adwokaturze winny zaś dostosować adwokaturę RP do standardów europejskich i wymogów nowoczesnej gospodarki rynkowej.

Mamy nadzieję, iż opracowanie to przybliży specyfikę, różnice i podobieństwa w sposobie wykonywania zawodu adwokata w poszczególnych krajach europejskich, wpisując się tym samym w europejską maksymę „*United in diversity – Zjednoczeni w różnorodności*”.

Bogna Krysińska, Andrzej Zwara

KORESPONDENCJA MIĘDZY PREZESEM KRRP A PREZESEM NRA

Do Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Stanisława Rymara wpłynęła korespondencja skierowana przez Prezesa Krajowej Rady Radców Prawnych Zenona Klatkę. Poniżej publikujemy tę korespondencję wraz odpowiedzią udzieloną przez Prezesa NRA w dniu 17 maja 2007 r.

Warszawa, 25 kwietnia 2007 r.

*Szanowny Pan
Stanisław Rymar
Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej*

Szanowny Panie Prezesie,

W załączeniu przesyłam uprzejmie uchwałę nr 540/VI/2007 Krajowej Rady Radców Prawnych podjętą na posiedzeniu w dniu 21 kwietnia br.

Krajowa Rada Radców Prawnych przyjmując, iż w sprawie połączenia zawodów adwokata i radcy prawnego wypowiedzą się niewątpliwie krajowe zjazdy w listopadzie br., uznając za pożądane, by zaproponowane zjazdom projekty uchwał w tym przedmiocie poprzedzone zostały merytoryczną dyskusją nad konkretnymi problemami związanymi z połączeniem.

Pozostaję w przekonaniu, że inicjatywa podjęcia rozmów nad takimi problemami zostanie przyjęta ze zrozumieniem.

Z wyrazami szacunku

*Prezes Krajowej Rady Radców Prawnych
Zenon Klatka*

Załącznik 1.

Uchwała Nr 540/VI/2007

Krajowej Rady Radców Prawnych z 21 kwietnia 2007 r.

Krajowa Rada Radców Prawnych, działając na podstawie art. 41 pkt 1 do 3 i art. 60 pkt 1 i 2 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2002 r., Nr 123, poz. 1059 z późn. zm.) w związku z przedstawionymi publicznie inicjatywami dotyczącymi połączenia zawodów radcy prawnego i adwokata, oraz prezentowanymi ostatnio opiniami środowisk radców prawnych i adwokatów, a także uwzględniając swoją Uchwałę Nr 531/VI/2007 z 3 marca 2007 roku stwierdza, co następuje:

I.

1. Połączenie zawodów radcy prawnego i adwokata może okazać się w najbliższym czasie nieuniknione i to niezależnie od opinii prezentowanych obecnie w tej sprawie przez samorzady obu zawodów.

2. W pracach legislacyjnych nad projektem takiej ustawy stanowiska samorządów radców prawnych i adwokatów mogą zostać nieuwzględnione. Tym niemniej, powinny one odegrać istotną rolę w procesie konsultacji i w pracach nad takim projektem ustawy. Konieczne wydaje się więc wcześniejsze wypracowanie tych stanowisk przez obie korporacje. Ostateczne ich przedstawienie należy do najwyższych organów samorządów, to jest Krajowych Zjazdów obu korporacji.

3. Przewidziane na listopad bieżącego roku, w nieodległych od siebie terminach, obrady Krajowego Zjazdu Radców Prawnych i Krajowego Zjazdu Adwokatury sprzyjają jednoczesnemu wypowiedzeniu się przez obie korporacje w sprawie połączenia obu zawodów i ich samorządów.

II.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Rada Radców Prawnych uważa za uzasadnione pilne podjęcie przez oba samorzady rozmów, których celem byłoby ustalenie podstawowych problemów, które powinny zostać rozstrzygnięte w toku prac nad projektem ustawy.

Krajowa Rada Radców Prawnych zwraca się do Naczelnej Rady Adwokackiej z propozycją podjęcia takich rozmów.

Krajowa Rada Radców Prawnych uważa również, iż problemy będące przedmiotem rozmów powinny stać się tematem dyskusji środowiskowych w obu samorządach, do czego okazją są zebrania odbywające się w okresie przedzjazdowym.

III.

Krajowa Rada Radców Prawnych wskazuje na niektóre obszary tematyczne tych rozmów:

1. Wspólny tytuł zawodowy – adwokat – jako odróżniający od innych zawodów prawnych funkcjonujących w sferze usług prawnych.

W zależności od przyjętego rozwiązania dotyczącego uprawnień do obron w sprawach o przestępstwa należałoby wprowadzić uregulowanie, które jednoznacznie wskaże, którzy adwokaci są uprawnieni do takich obron.

2. Formy wykonywania zawodu:

Katalog ustawowych form wykonania przyszłego zawodu adwokata powinien obejmować wszystkie dotychczasowe formy wykonywania obu zawodów i nie powinien wykluczać wykonywania zawodu w formie umowy o pracę.

3. Zakres świadczonej pomocy prawnej:

Ustawa powinna jednoznacznie wskazywać zakres usług prawnych, które jako świadczenie pomocy prawnej mogą być wykonywane wyłącznie przez przyszłego adwokata. Zakres taki powinien objąć zastępstwa prawne przed organami wymiaru sprawiedliwości i Trybunałami, a także szeroko rozumiane poradnictwo prawne w sprawach niemających charakteru spraw drobnych. Zakreślenie takiej granicy może nastąpić poprzez np. wskazanie kategorii spraw bądź ich wartości. Uzgodnione stanowiska w tym zakresie powinny być prezentowane już w toku prac nad projektem ustawy o licencjach prawnych.

4. Aplikacja:

Podstawową obecnie drogą uzyskania uprawnień do wykonywania zawodu winna być aplikacja zakończona egzaminem zawodowym (adwokackim) o charakterze wyłącznie lub przeważająco korporacyjnym. Inne drogi dojścia do zawodu powinny być oparte na złożonym uprzednio innym egzaminie prawniczym lub stosownej praktyce, oraz na złożeniu całościowego lub częściowego egzaminu zawodowego (adwokackiego).

5. Doskonalenie zawodowe:

Krajowa Rada Radców Prawnych pozytywnie odnosi się do wprowadzonych w adwokaturze rozwiązań służących wypełnianiu obowiązku stałego doskonalenia wiedzy prawnej przez osoby wykonujące zawód. Obowiązek taki zostanie zaproponowany Krajowemu Zjazdowi Radców Prawnych.

Ponadto konieczne wydaje się uregulowanie trybu uzyskiwania specjalizacji zawodowych, a tym samym stworzenie możliwości legalnego powoływania się na posiadane specjalizacje.

6. Struktura terytorialna połączonych dotychczasowych izb adwokackich i radcowskich.

7. Sposób powoływania krajowego organu wykonawczego połączonego samorządu zawodowego (Naczelnej/Krajowej Rady) z uwzględnieniem struktury terytorialnej izb oraz niepołączalności niektórych funkcji w organach.

8. Zasady etyki zawodowej:

Rozmowy powinny dotyczyć w szczególności informacji i marketingu, konfliktu interesów, postępowania w przypadku różnicy zdań pomiędzy klientem a pełnomocnikiem, lojalnego zachowania wobec pełnomocnika już lub dotąd reprezentującego klienta.

9. Rozwiązania intertemporalne:

Powinny uwzględniać aktualną sytuację obu samorządów, a także konieczne *vacatio legis*. Należy więc uregulować w okresie przejściowym uzgodnioną reprezentację dotychczasowych członków obu samorządów w organach izbowych i krajowych. Na podobnych zasadach należy uregulować zarząd majątkiem wspólnym.

IV.

Krajowa Rada Radców Prawnych zobowiązuje jej Prezydium do przekazania niniejszej uchwały Naczelnej Radzie Adwokackiej, a w stosownym czasie również opinii publicznej i Parlamentowi.

Krajowa Rada Radców Prawnych zobowiązuje jej Prezydium do bieżącego informowania o stanowisku zajęтым przez Naczelną Radę Adwokacką i przebiegu ewentualnych rozmów.

Sekretarz Krajowej Rady Radców Prawnych
Władysław Lewandowski

Prezes Krajowej Rady Radców Prawnych
Zenon Klatka



Warszawa, 25 kwietnia 2007 r.

Szanowny Pan
Stanisław Rymar
Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej

Szanowny Panie Prezesie,

W uchwalonej w dniu 29 marca 2007 r. ustawie o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw, pomimo naszego wspólnego sprzeciwu i starań podejmowanych w toku prac legislacyjnych, znalazły się uregulowania naruszające samorządność obu naszych zawodów – zdefiniowaną w art. 17 Konstytucji.

Odnosi się to naszym zdaniem do:

– upoważnienia Ministra Sprawiedliwości do polecania samorządowemu rzecznikowi dyscyplinarnemu wszczynania postępowania przed sądem dyscyplinarnym (art. 90 ust. 2 Prawa o adwokaturze oraz art. 68¹ ust. 1a Ustawy o radcach prawnych w związku z art. 67¹ pkt 2 Ustawy o radcach prawnych);

– objęcia nadzorem Ministra Sprawiedliwości również uchwał o charakterze „wewnętrzny” (organizacyjnych, finansowych itp.);

– dopuszczalności określania granic nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad działalnością samorządu nie tylko w ustawach o ustroju obu zawodów, lecz i w innych ustawach (dodany art. 3 ust. 2 Prawa o adwokaturze oraz zmieniony istotnie art. 5 ust. 3 Ustawy o radcach prawnych).

Uzasadnione wydaje się więc wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego.

Biorąc to pod uwagę, proponuję łączne wystąpienie obu samorządów zawodowych z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego.

Z uwagi na niewątpliwe, merytoryczne przygotowania adwokatury do oceny kwestionowanego rozwiązania dotyczącego postępowania dyscyplinarnego również z punktu widzenia przepisów k.p.k. – uprzejmie wnoszę o rozważenie propozycji

opracowania takiego wniosku przez adwokatę przy udziale naszego samorządu zarówno w pokrycie kosztów przygotowania wniosku, jak i w wystąpieniu przed Trybunałem Konstytucyjnym.

Deklarujemy również ewentualne uzyskanie przez nas ekspertyzy profesorskiej w uzgodnionym zakresie.

Z wyrazami szacunku

Prezes Krajowej Rady Radców Prawnych
Zenon Klatka



Warszawa, dnia 26 kwietnia 2007 r.

Trybunał Konstytucyjny w Warszawie
Sygn. akt: K 2/07

W nawiązaniu do pisma z 23 kwietnia 2007 r. Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych przedstawia uprzejmie następujące stanowisko co do niektórych kwestii zawartych we wnioskach Grupy Posłów oraz Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej i przepisów ustawy z 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organom bezpieczeństwa Państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 63, poz. 425):

1. Nie kwestionując potrzeby przeprowadzenia lustracji, nie widzimy uzasadnienia dla uznania za „osoby pełniące funkcje publicznie” również osób wykonujących zawody niezwiązane z wykonywaniem władzy publicznej. Zawodami takimi są niewątpliwie zawody prawnicze – adwokata i radcy prawnego (art. 4 pkt 47 ustawy lustracyjnej w brzmieniu nadanym ustawą nowelizacyjną z 14 lutego 2007 r.).

Objęcie takich zawodów ustawą lustracyjną wymagałoby odrębnej normy prawnej.

W tym więc zakresie stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich zawarte w pkt 1 jego wniosku jest uzasadnione.

2. Nie do przyjęcia jest stanowisko Grupy Posłów zawarte w pkt 10 pisma procesowego z 28 marca 2007 r.

Nie ma bowiem podstaw do odmiennego potraktowania w ustawie lustracyjnej adwokatów oraz radców prawnych. Zawody radcy prawnego i adwokata są zawodami o prawie identycznym zakresie świadczenia pomocy prawnej oraz prawie identycznych warunkach ich wykonywania. Służą one ochronie tych samych praw i wolności.

Podstawą różnego ich potraktowania w żadnych przypadku nie może być, wyrażona wiele lat temu, wola organów adwokatury.

Nieuzasadnione jest więc również zróżnicowanie sytuacji obu tych zawodów wprowadzone przez art. 46 ustawy lustracyjnej do art. 37 ust. 1 pkt 4) ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

3. Zastrzeżenia musi budzić niewspółmierność, przewidzianych w art. 57 ust. 1 i 2 ustawy lustracyjnej w brzmieniu nadanym ustawą nowelizacyjną z 14 lutego 2007 r., sankcji za niezłożenie w terminie oświadczenia lustracyjnego. Ponadto ustawa nie reguluje w takim przypadku trybu postępowania organów samorządu zawodowego radców prawnych w przeciwieństwie do uregulowania takiego trybu w razie złożenia oświadczenia lustracyjnego niezgodnego z prawdą – w art. 29 pkt 5a ustawy o radcach prawnych przewidującym postępowanie o skreślenie z listy radców prawnych (art. 31 ustawy lustracyjnej w brzmieniu nadanym ustawą nowelizacyjną z 14 lutego 2007 r.).

Ustawa lustracyjna nie wskazuje też organu samorządu zawodowego radców prawnych, któremu składane są oświadczenia lustracyjne i który zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania (art. 8 pkt 44a ustawy lustracyjnej w brzmieniu nadanym ustawą nowelizacyjną z 14 lutego 2007 r.).

4. Uzasadnione są zarzuty zawarte w pkt 4) pisma procesowego Grupy Posłów odnoszące się do art. 2 pkt 2) ustawy nowelizacyjnej z 14 lutego 2007 r., a wskazujące na niedookreśloność przepisów prawnych o kategoriach tajnych współpracowników.

Prezes Krajowej Rady Radców Prawnych
Zenon Klatka



Warszawa, dnia 17 maja 2007 r.

Pan Zenon Klatka
Prezes Krajowej Rady
Radców Prawnych

Dziękuję za przesłanie uchwały Krajowej Rady Radców Prawnych nr 540/VI/2007 z 21 kwietnia 2007 r. Zapewniam, że Prezydium NRA oraz członkowie Naczelnej Rady Adwokackiej szczegółowo się z nią zapoznali. Uchwała została także przekazana do okręgowych rad adwokackich oraz opublikowana w biuletynie informacyjnym NRA. Zagadnienie, którego uchwała dotyczy, budzi jednak silne emocje w obu środowiskach i jest tak ważne, że o jego rozstrzygnięciu powinny zadecydować najwyższe władze obu samorządów – Krajowy Zjazd Adwokatury oraz Krajowy Zjazd Radców Prawnych. Do tego czasu w adwokaturze temat będzie dyskutowany, a pracująca nad przygotowaniem programu Zjazdu komisja zajmie się nim ze szczególną troską. Do czasu Krajowego Zjazdu Adwokatury wszelkie działania, które przedwczesnymi uchwałami miałyby zastąpić merytoryczną dyskusję, będą traktowane raczej jako niechęć do rzeczywistego rozpoznania problemów niż sprzyjanie poszukiwaniu dobrego rozwiązania.

Istnienie samorządów zawodowych adwokatów i radców prawnych – złasz-

cza w obecnej rzeczywistości publicznej – wymaga wymiany informacji i współdziałania w wielu istotnych dla obu środowisk sprawach. Przykładem takiego zachowania powinna być akcja zmierzająca do wykazania niekonstytucyjności ostatnich zmian obu ustaw korporacyjnych. Adwokatura docenia propozycję wspólnego wystąpienia w tej sprawie do Trybunału Konstytucyjnego. Uważa tę propozycję za wyraz uznania dla aktywności w zaskarżaniu poprzednich zmian, kiedy to wniosek NRA utorował drogę do rozstrzygnięć korzystnych także dla radców prawnych. Prezydium NRA uważa jednak, że tak jak w poprzednim wypadku, tak i teraz zarówno NRA jak i KRRP powinny złożyć odrębne wnioski. Nie wyklucza to oczywiście ich wzajemnego skonsultowania.

Dobre relacje pomiędzy samorządami adwokatów i radców prawnych mogą być podstawą dobrej przyszłości prawników w Polsce. Te pozytywne relacje są faktem. Nie zmienia tej oceny to, że Prezydium NRA nie może podzielić poglądu Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych zawartego w piśmie z 26 kwietnia 2007 r., które zostało skierowane wyłącznie do Trybunału Konstytucyjnego i nie zostało przesłane do wiadomości NRA, że nie ma uzasadnienia dla objęcia adwokatów obowiązkiem składania oświadczeń lustracyjnych. Wiele lat temu adwokatura dobrowolnie poddała się lustracji, uznając, że jest to niezbędne dla prawidłowego wykonywania zawodu adwokata jako zawodu zaufania publicznego. Adwokatura nadal uznaje ten fakt za wystarczający, aby adwokaci byli objęci obowiązkiem składania oświadczeń lustracyjnych.

Prezydium NRA uważa, że w sprawach dotyczących adwokatów organy adwokatury są jedynymi uprawnionymi do wypowiedzania opinii.

Z wyrazami szacunku,

*Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej
adv. Stanisław Rymar*

PISMO DO DYREKTORA I PROGRAMU POLSKIEGO RADIA W SPRAWIE WYPOWIEDZI RED. JERZEGO JACHOWICZA

W związku z wypowiedzią redaktora Jerzego Jachowicza na temat Naczelnej Rady Adwokackiej rzecznik prasowy NRA wystosowała do Dyrektora Programu I PR następujące pismo:

Warszawa, dnia 30 kwietnia 2007 r.

Szanowny Pan Jacek Sobala
Dyrektor Programu I Polskiego Radia

W programie pt. „Z kraju i ze świata” emitowanym na antenie Programu 1. Polskiego Radia 25 kwietnia 2007 roku red. Jerzy Jachowicz skomentował oświadczenie

Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej, wydane tuż po informacji o samobójczej śmierci Barbary Blidy, wyrażając pogląd, jakoby samorząd adwokacki nie zajmował do tej pory stanowiska w ważnych społecznie sprawach. Jest to informacja całkowicie nieprawdziwa, ponieważ NRA wielokrotnie w ostatnich latach wypowiadała się w sprawach budzących społeczne zainteresowanie, m.in. publikując uchwały, oświadczenia i stanowiska.

W pełni zdaję sobie sprawę, że red. Jachowicz był gościem audycji i nie jest dziennikarzem Polskiego Radia, tym niemniej nie mogę pozostawić bez reakcji faktu, że na tak ważnej i szeroko odbieranej antenie, którą jest Program 1. padły słowa, rażąco odbiegające od prawdy. W tej sytuacji byłabym wdzięczna, gdyby Pan Dyrektor rozważył i przyjął jedną z dwóch propozycji: odczytanie na antenie w audycji „Z kraju i ze świata” oświadczenia Naczelnej Rady Adwokackiej odnośnie do zaistniałej sytuacji lub zaproszenia do wspomnianej audycji przedstawiciela NRA i przeprowadzenia z nim rozmowy w przedmiotowej kwestii.

Jednocześnie zapewniam, że Naczelna Rada Adwokacka zdecydowanie oddziela wypowiedź red. Jachowicza jako jednorazowy – miejmy nadzieję – incydent, na który nie mieli Państwo wpływu – od całokształtu współpracy z Polskim Radiem, która w naszej ocenie przebiega bez zarzutu.

W załączeniu przesyłam wybór uchwał i stanowisk NRA dotyczących zawodów zaufania publicznego, wymiaru sprawiedliwości, a także wydarzeń społecznych i gospodarczych – z ostatnich trzech lat.

Rzecznik Prasowy NRA
adw. Agnieszka Metelska

STANOWISKO „KONFERENCJI KIEROWNIKÓW SZKOLEŃ APLIKANTÓW ADWOKACKICH” WOBEC INICJATYWY KRRP DOTYCZĄCE POŁĄCZENIA ZAWODÓW RADCY PRAWNEGO I ADWOKATA

W dniach 18–20 maja 2007 r. odbyła się w Kazimierzu nad Wisłą „Konferencja Kierowników Szkoleń Aplikantów Adwokackich”. Na posiedzeniu postanowiono zająć stanowisko wobec inicjatywy Krajowej Rady Radców Prawnych wyrażonej w Uchwale nr 540/VI/2007 z 21 kwietnia 2007 r. zmierzającej do połączenia obu zawodów.

Konferencja zdecydowanie opowiada się przeciwko tej inicjatywie mając na uwadze to, że:

- brak jest rzeczywistych przesłanek do likwidacji odrębności zawodu adwokata i radcy prawnego;
- geneza powstania i prawne uwarunkowania podstaw działania dla obu zawodów są historycznie odmienne;

- brak jest ustawowo uregulowanej definicji zawodu zaufania publicznego;
- istotą zawodu adwokata, jako zawodu wolnego, jest w przeciwieństwie do zawodu radcy prawnego, zakaz jego wykonywania na podstawie umowy o pracę;
- dotychczasowe doświadczenia zawodowe wskazują, że obie korporacje mogą dobrze funkcjonować równoległe obok siebie, a przepisy prawne pozwalają na swobodny przepływ prawników pomiędzy tymi zawodami;
- istnieją różnice w podejściu do zagadnień etyki wykonywania zawodu, takie chociażby jak zakaz reklamy w adwokaturze i liberalne podejście do tej kwestii przez radców prawnych, czy też relacje klient–adwokat;
- sprawdzoną drogą do zawodu adwokata jest odbycie aplikacji adwokackiej w systemie patronatu, który w tej formie nie występuje w kształceniu radcy prawnego;
- stanowisko zaprezentowane w uchwale Krajowej Rady Radców Prawnych przemilcza fundamentalne różnice ustrojowo-majątkowe w obu zawodach prawniczych.

Uchwała podjęta została jednogłośnie.

Sprawozdanie z Konferencji opublikujemy w następnym numerze „Palestry”.

Z ŻYCIA IZB ADWOKACKICH

IZBA KOSZALIŃSKA

SPRAWOZDANIE Z PRZEBIEGU ELIMINACYJNEGO KRASOMÓWCZEGO KONKURSU ŚRODOWISKOWEGO (KOSZALIN, 13, 14 KWIETNIA 2007 R.)

Organizatorem tegorocznej edycji środowiskowego konkursu krasomówczego gdańskiej grupy terenowej (w skład grupy wchodzi aplikanci izb: bydgoskiej, gdańskiej, koszalińskiej, olsztyńskiej i toruńskiej) była Okręgowa Rada Adwokacka w Koszalinie. Konkurs odbył się w dniach 13, 14 kwietnia 2007 r.

Wzorem lat ubiegłych, kiedy organizatorami konkursu były Okręgowe Rady Adwokackie w Gdańsku i Toruniu, konkursowi nadano stosowną rangę i oprawę.

W przededniu zmagających konkursowych odbyło się losowanie kasusów i chociaż odbyło się ono w przysłowiowy piątek 13 (kwietnia) nikt z aplikantów nie odczuł negatywnego wpływu tego dnia, który uznawany jest za pechowy. Wszyscy przybyli punktualnie do Kancelarii Dziekana ORA w Koszalinie, adwokata Ryszarda Bochni. Po wylosowaniu kasusów aplikanci udali się do miejsca zakwaterowania, by w ciszy i spokoju przygotować się do wystąpienia.

W dniu 14 kwietnia 2007 r. o godzinie 11.00 w jednej z największych sal rozpraw w siedzibie Sądu Okręgowego w Koszalinie aplikanci rozpoczęli zmagania konkursowe. Komisji przewodniczył Dziekan ORA w Koszalinie adw. Ryszard Bochnia. W skład Komisji weszli adwokaci: Maria Orfin (Toruń), Danuta Wronka (Olsztyn), Marek Kaczmarzyk (Gdańsk) oraz Elżbieta Nowak (Koszalin).

Komisja wysoko oceniła poziom wystąpień zarówno pod względem merytorycznym, jak i oratorskim, jednakże niekwestionowanym liderem okazał się aplikant adwokacki Janusz Stankowski z Izby gdańskiej. Występował on jako pełnomocnik pozwanych w sprawie cywilnej dotyczącej wadliwego wykonania umowy o roboty budowlane. W sprawie, która pozornie mogła wydawać się nużąca, aplikant zastosował nieco niekonwencjonalny sposób reprezentacji klientów wykorzystując nieobecność strony powodowej na sali rozpraw. W sposób bardzo elokwentny, z lekką dozą aktorstwa, aczkolwiek niezwykle taktownie, odniósł się do argumentacji strony przeciwnej przechodząc na środek sali rozpraw, apelując o rozważenie argumentów przedstawionych przez obie strony procesu, ale z uwzględnieniem tych, które zostały przez niego przedstawione w mowie końcowej jako niekwestionowane.

Poziom merytoryczny wystąpienia oceniony został równie wysoko, jak przedstawiona sztuka oratorska.

Inny charakter miało wystąpienie aplikanta adwokackiego Marcina Wielca z Izby toruńskiej, który zajął drugie miejsce. Aplikant wystąpił w roli pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego w sprawie karnej dotyczącej wypadku drogowego. Jego przemówienie cechowało się niezwykłą ekspresją, rzeczowością i wręcz wzorową (aczkolwiek nie lakoniczną) kondensacją argumentów.

Trzecim laureatem Konkursu został aplikant adwokacki Krzysztof Kaszubski z Izby koszalińskiej. Jego przemówienie zwróciło uwagę Komisji ze względu na precyzyjny język prawniczy, którym posługiwał się reprezentując wnioskodawcę w sprawie o podział majątku dorobkowego.

Trzej laureaci otrzymali nagrody rzeczowe i dyplomy, a pozostali uczestnicy dyplomy pamiątkowe.

Po zakończeniu części oficjalnej Konkursu członkowie Komisji oraz jego uczestnicy w miłych nastrojach opuścili gmach Sądu Okręgowego i udali się na obiad przygotowany przez organizatorów.

Wszystkim grupom terenowym utworzonym dla środowiskowych konkursów krasomówczych możemy polecić praktykę stosowaną przez gdańską grupę terenową, w której organizację konkursów przejmują kolejno poszczególne okręgowe rady adwokackie, co powoduje, że ciężar organizacji rozkłada się na poszczególne izby, a sam konkurs jest urozmaicony, chociażby przez coroczną zmianę jego miejsca i otoczenia.

Mając te praktykę na uwadze, gospodarzem przyszłorocznej edycji konkursu naszej grupy terenowej będzie zapewne Izba bydgoska.

Elżbieta Nowak

IZBA WARSZAWSKA

EGZAMIN ADWOKACKI W IZBIE WARSZAWSKIEJ

(20 MARCA–21 KWIETNIA 2007 R.)

Do tegorocznego egzaminu adwokackiego w Izbie Warszawskiej przystąpiło 99 aplikantów. Z uwagi na znaczną liczbę zdających utworzono 5 Komisji Egzaminacyjnych, a sam egzamin podzielono na 2 tury.

I grupa zdawała egzamin pisemny w dniach: 20, 21, 22 marca 2007 r. oraz egzamin ustny: 30, 31 marca 2007 r., natomiast II grupa przystąpiła do egzaminu pisemnego w dniach: 11, 12 i 13 kwietnia 2007 r., egzamin ustny dla tej grupy odbył się w dniach 20 i 21 kwietnia 2007 r.

Komisje Egzaminacyjne powołano w następującym składzie:

KOMISJA I

Przewodniczący: adw. Jacek Trela

adw. dr Zdzisław Krzemiński, adw. Andrzej Orliński, adw. Andrzej Kacprzycki,

adw. Bartosz Grohman, adw. Krzysztof Boszko

KOMISJA II

Przewodniczący: adw. Ziemisław Gintowt

adw. Andrzej Rościszewski, adv. Tadeusz Wolfowicz, adv. Jan Sajdak, adv. Stanisław Piwnik, adv. Antoni Łepkowski

KOMISJA III

Przewodniczący: adv. Józef Kuczyński

adv. Henryk Romańczuk, adv. Marek Kotarski (marzec 2007 r.), adv. Andrzej Tomaszewski (kwiecień 2007 r.), adv. Włodzimierz Barański, adv. Krzysztof Komorowski, adv. Andrzej Tomaszek

KOMISJA IV

Przewodniczący: adv. Krzysztof Stępiński

adv. Andrzej Lagut, adv. prof. Piotr Kruszyński, adv. Stefan Bułaciński, adv. Jakub Jacyna, adv. dr Marcin Radwan Röhrenscheff

KOMISJA V (marzec 2007 r.)

Przewodniczący: adv. Stanisław Mikke

adv. Leszek Frączak, adv. Andrzej Szczerbiński, adv. Andrzej Michałowski, adv. Bartłomiej Raczkowski, adv. Olga Szejnert

KOMISJA V (kwiecień 2007 r.)

Przewodniczący: adv. Jacek Kulisiewicz

adv. Leszek Frączak, adv. Andrzej Szczerbiński, adv. Andrzej Warfołomiejew, adv. Bartłomiej Raczkowski, adv. Olga Szejnert

Spośród 99 zdających aplikantów wszyscy złożyli egzamin z wynikiem pozytywnym, choć w niektórych przypadkach egzaminatorzy poświęcili zdecydowanie więcej czasu na weryfikację stanu wiedzy poszczególnych aplikantów.

Wyróżnić należy następujących aplikantów:

Ocenę **celującą** uzyskali:

apl. **Magdalena Węglarz**, apl. **Katarzyna Domańska-Mołodawa**, apl. **Adam Imielowski**, apl. **Michał Pratkowski**

Ocenę **bardzo dobrą** uzyskali:

apl. Piotr Aksanowski, apl. Daniel Białoszyński, apl. Katarzyna Cur-Szymańska, apl. Krzysztof Dmowski, apl. Mariusz Dzikowski, apl. Paulina Gasińska, apl. Dominika Gładki, apl. Izabela Gneciecka, apl. Łukasz Hejmej, apl. Dorota Hellmann, apl. Anna Ignatiuk-Urbaneck, apl. Jacek Jastrzębski, apl. Marek Kijowski, apl. Tomasz Manicki, apl. Katarzyna Michno-Nasierowska, apl. Joanna Czerwińska, apl. Agnieszka Gołaszewska, apl. Daniel Klementewicz, apl. Hubert Makosz, apl. Rafał Morek, apl. Małgorzata Nowotnik, apl. Jacek Oleszczyk, apl. Anna Rotko, apl. Marta Rozwadowska, apl. Aleksandra Sandomierska-Mikucka, apl. Aleksandra Skurowska, apl. Elżbieta Solska, apl. Halina Strupczewska, apl. Paweł Sulowski, apl. Maria Szczygielska, apl. Ewa Szlachetka, apl. Joanna Świostek, apl. Janusz Tomczak, apl. Emilia Waszkiewicz, apl. Janusz Woźnicki, apl. Dorota Załuska, apl. Adam Zwierzynski, apl. Bogumił Zygmunt, apl. Tomasz Żabczyński

Wszystko wskazuje na to, że tegoroczny egzamin był ostatnim egzaminem adwokackim w Warszawie zorganizowanym na tzw. „starych zasadach samorządowych”.

Młodsze grupy aplikantów (nabór z grudnia 2005 r. oraz z lipca 2006 r.) będą już zdawały egzamin adwokacki według nowych zasad (choć warto w tym miejscu zauważyć, iż zasady te nie zostały jeszcze uchwalone).

Poziom egzaminu adwokackiego był zróżnicowany. Widać było wszakże, iż zdający go aplikanci potrafili nadrabiać ewentualne braki w wiedzy swoim doświadczeniem, co pozwala przyjąć tezę, iż aplikacja adwokacka stanowić powinna podstawową drogę przygotowania zawodowego. Przydatność aplikacji i nabytych w jej toku doświadczeń z pewnością zresztą potwierdzą aplikanci, którzy zdawali egzamin.

Liczba komisji niezbędnych do zorganizowania tegorocznego egzaminu oraz ilość zdających go aplikantów w Izbie Warszawskiej pozwala zobrazować skalę organizacyjną przedsięwzięcia. Wystarczy wspomnieć, iż liczbie aplikantów, którzy zdawali egzamin w Warszawie odpowiada liczba wszystkich adwokatów w takich izbach jak np. radomska, wałbrzyska, czy białostocka.

Pomimo jednak tak dużej liczby aplikantów egzamin został przeprowadzony sprawnie. Pracownicy biura Okręgowej Rady Adwokackiej pod kierownictwem Pani Dyrektora Bożeny Łagowskiej sprościli trudnemu zadaniu organizacji egzaminu i utwierdzili członków Izby w przekonaniu, iż brak jest jakichkolwiek przeszkód organizacyjnych ze strony Okręgowej Rady Adwokackiej do organizacji najważniejszych i najtrudniejszych przedsięwzięć w Izbie.

Bartosz Grohman

„SPOTKANIE PRZEDSTAWICIELI ORA W WARSZAWIE
ZE STUDENTAMI PRAWA UNIWERSYTETU WARSZAWSKIEGO
10 MAJA 2007 R.”

Ze wspólnej inicjatywy Dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie adw. Jacka Treli oraz Kierownika Szkolenia Aplikantów adw. Bartosza Grohmana Okręgowa Rada Adwokacka w Warszawie zorganizowała 10 maja br. spotkanie ze studentami prawa Uniwersytetu Warszawskiego. Jego celem było przedstawienie studentom wydziału prawa UW aplikacji adwokackiej, udzielenie odpowiedzi na szereg pytań i zbieranie podań o dopuszczenie do konkursu na aplikację.

W porozumieniu z Dziekanem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego prof. Tadeuszem Tomaszewskim spotkanie zostało zorganizowane w jednej z sal wykładowych UW. W imieniu Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie w spotkaniu udział wzięli adw. Bartosz Grohman oraz p. Kamila Siedlecka – pracownik działu szkolenia aplikantów ORA w Warszawie.

Na spotkanie przybyło kilkadziesiąt osób.

Pierwszym punktem spotkania była prezentacja aplikacji. Kilkadziesiąt przygotowanych slajdów opisywało m.in. wymogi formalne do starania się o dopuszczenie

do konkursu na aplikację, przebieg szkolenia i praktyk w sądach oraz prezentowało kolokwia częściowe i roczne, a także opisywało instytucje patronatu.

Następnie adw. Bartosz Grohman przedstawił uwagi praktyczne nt. samej aplikacji i obowiązujących przepisów prawa. Prezentacja miała charakter rozmowy ze studentami, co od razu zachęciło studentów do zadawania licznych pytań. Ich treść pozwala wysnuć twierdzenie, iż studenci WPIA UW doskonale są zorientowani w tematyce aplikacyjnej, a samo spotkanie było dla nich okazją do zadawania wielu pytań natury praktycznej.

W dalszej części spotkania p. Kamila Siedlecka przedstawiła aplikantom wymogi formalne wniosków. Odpowiadała na liczne pytania dotyczące poszczególnych załączników i zaświadczeń.

Spotkanie zakończyło się w miłej atmosferze, studenci podchodzili do katedry i pytali o mniej formalne zagadnienia (np. jak znaleźć patrona, jak wygląda możliwość zatrudnienia w kancelariach, jak trudne są pytania egzaminacyjne itd.). Zebraliśmy nawet kilka wniosków.

Spotkanie okazało się doskonałym pomysłem. Po raz pierwszy aplikanci mieli możliwość formalnego spotkania z przedstawicielami ORA. Jesteśmy przekonani, że w następnych latach będziemy kontynuowali współpracę z Uniwersytetem i organizacja takich spotkań będzie dorocznym elementem poprzedzającym nabór na aplikację adwokacką.

Bartosz Grohman

VARIA

„Biuletyn Arbitrażowy” – nowe czasopismo – nie tylko dla arbitrów

Arbitraż staje się coraz bardziej popularny. Prawnicy coraz częściej doceniają jego zalety i chcą się w nim specjalizować. Z uwagą należy dlatego odnotować pojawienie się „Biuletynu Arbitrażowego”, pierwszego polskiego czasopisma poświęconego sądownictwu polubowemu i alternatywnym metodom rozwiązywania sporów.

Jak napisał w inauguracyjnym wydaniu Biuletynu jego pomysłodawca i inicjator, Prezes Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, adw. Piotr Nowaczyk: „Arbitraż to nie tylko teoria i piękne idee rozwiązywania polubownego sporów, ale przede wszystkim to praktyka uprawiana przez wąskie grono specjalistów. To specyficzny styl procedowania, ocierającego się o biznes, handel zagraniczny, czasem o wielki świat, czasem o politykę. Poufność, dyskrecja i elitarność tej kariery stanowią o jej niepowtarzalnym klimacie i atrakcyjności. Czas otworzyć forum, zebrać najlepsze pióra i stworzyć pismo, które zbierze rozproszoną dotąd tematykę arbitrażową i ofiaruje ją Czytelnikowi, tak w wersji praktycznej, jak i teoretycznej.”

Potrzeba stworzenia specjalistycznego czasopisma dotyczącego tej, z wielu względów pociągającej, a jednocześnie wymagającej dziedziny stała się szczególnie aktualna wobec nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego w 2005 roku. Regulacji arbitrażu ustawodawca nadał wówczas rangę odrębnej, piątej części k.p.c. W Kodeksie znalazła się również zupełnie nowa instytucja – nieodległa arbitrażowi – mediacja.

W tym samym czasie dokonała się reforma Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej, od lat największego stałego sądu polubownego w Polsce. „Biuletyn Arbitrażowy” jest jedną z inicjatyw jego nowego kierownictwa. Redaktorem Naczelnym Biuletynu został Andrzej Kąkolecki, dyplomata, radca prawny i pierwszy w historii przedstawiciel Polski w Międzynarodowym Sądzie Arbitrażowym przy Międzynarodowej Izbie Handlowej (ICC) w Paryżu, największej i najważniejszej instytucji arbitrażowej na świecie. Mając na uwadze, że obecnie – drugim w historii ICC – przedstawicielem Polski w tym prestiżowym gremium jest adw. Piotr Nowaczyk, nie powinno dziwić, że działalność paryskiego sądu jest dla władz Sądu Arbitrażowego przy KIG – tak jak zresztą dla wielu instytucji arbitrażowych na świecie – wzorcem i oczywistym punktem odniesienia, „Biuletyn Arbitrażowy” przypomina zaś nieco „ICC International Court of Arbitration Bulletin”.

Takich punktów odniesienia dla Biuletynu można znaleźć więcej. Dołączył on bowiem do dość już licznego, wielojęzycznego grona specjalistycznych czasopism poświęconych

podobnej problematyce, takich jak: „American Review of International Arbitration”, „Arbitration International”, „ASA Bulletin”, „Journal of International Arbitration”, „Revue d'arbitrage” czy „Zeitschrift für Schiedsverfahren”.

Programowa „międzynarodowość” jest jedną z wyróżniających się cech Biuletynu. Na jego łamach publikowane są artykuły i materiały nie tylko w języku polskim, ale również angielskim i innych. Chociaż dominują teksty napisane po polsku, Redakcja dba o to, aby zagraniczny czytelnik mógł zapoznać się przynajmniej z ich angielskimi streszczeniami. Międzynarodowy charakter Biuletynu znajduje jednak wyraz przede wszystkim w doborze prezentowanej w nim tematyki.

Szczególłą uwagę warto w tym kontekście zwrócić na „Wielojęzyczny Słownik Arbitrażu i ADR”, opublikowany w numerze drugim (listopad–grudzień 2006). Słownik powstał dzięki współpracy ze Szwajcarskim Stowarzyszeniem Arbitrażowym ASA. Honorowy Prezes Stowarzyszenia, Pierre Karrer, to – jak bez przesady ocenia adv. Piotr Nowaczyk – „prawdziwy gigant międzynarodowego arbitrażu”, a jednocześnie autor słynnego „Glossary of Arbitration and ADR”, będącego pierwowzorem Słownika.

Nie jest to zresztą zwykły słownik, lecz „książka-łamiągówka, trochę rebus, trochę podręcznik i zbiór bezcennych wskazówek, jak rozumieć arbitraż i jego język. Znajdziecie tu klasyczną łacinę i prawniczy slang. Rozszyfrujecie tajemnicze skróty i znajdziecie wyjaśnienie pojęć, których nie ma w żadnym innym słowniku” – zachęcają autorzy.

Dotrzymują słowa. Słownik od początku stał się przedmiotem entuzjastycznych wręcz opinii. Młodzi adepci międzynarodowego arbitrażu handlowego skłonni są twierdzić, że wystarczy go uważnie trzy razy przeczytać „od deski do deski”, aby posiąść w tej dziedzinie wiedzę bez mała ekspercką. Również tłumacze i lingwiści przyznają Słownikowi najwyższe noty wśród licznych tematycznych glosariuszy dostępnych na naszym rynku wydawniczym.

Pod pewnymi względami Słownik ma jednak charakter całkowicie nowatorski. Łączy doskonałą warsztat i naukową precyzję z językową swadą oraz „życiowym”, na wskroś funkcjonalnym podejściem. Zasluguje, by znaleźć się w księgozbiórce każdego sympatyka arbitrażu i alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Warto też dodać, że polska inicjatywa znalazła już naśladowców. Wzorem polskiego słownika powstają podobne publikacje w Czechach, Chorwacji oraz Rosji.

Praktyczne podejście do nierzadko skomplikowanych zagadnień teoretycznych ma też cechować „Biuletyn Arbitrażowy”. Ma być przydatny w rozwiązywaniu konkretnych problemów i dylematów. Ma służyć popularyzowaniu i promowaniu arbitrażu w Polsce, potrzebom praktyki, wymianie myśli i doświadczeń. Redaktorzy Biuletynu adresują go do „arbitrów, adwokatów i radców prawnych, sędziów, pracowników handlu zagranicznego, polityków i dyplomatów, praktyków i teoretyków arbitrażu i mediacji”. Nawet jednak przygodny czytelnik nie powinien czuć się zawiedziony.

Rafał Morek

SZPALTY PAMIĘCI

W piątą rocznicę śmierci adw. Edwarda Wende (1936–2002)



Trudno sprostać słowom emocji wspomnień piątej rocznicy odejścia Edka.

Pięć lat, a tak jakby wczoraj spotkaliśmy się przed moim domem, na krótko przed Jego i mojej Ukochanej Żony odchodzeniem.

Był smutny i mówił pełen żalu, że tacy ludzie jak Krysia i On, wspomniat także swoją Kochaną Ewę – muszą odchodzić. Miał pełną świadomość sytuacji.

Łzy były ostatnim pożegnaniem.

Piąta rocznica odejścia Edka – smutna i mnie osobiście także obejmująca, a jak bliska – wcale nie mniej bolesna jak tamte dni.

W moim sercu Edward był Przyjacielem, ma swoje w nim miejsce. Miał On wielki dar dzielenia swojej życzliwości.

Edward życiem swoim, postawą bezkompromisowej uczciwości zyskał szacunek, miano Patrioty i Zaczego Człowieka.

Edward miał przed sobą wiele do uczynienia dla Polski, takie miał zamiary, chciał i mógł.

Pan Bóg realizował inny plan.

Nam jednak pozostał żal, który ze wspomnień nie znika i wzmaga się.

Jedyna nadzieja w spotkaniu.

Jan Cieciewicz

Adw. Stanisław Synowiec (1921–2006)

Adwokat Stanisław Synowiec urodził się 19 stycznia 1921 r. w Krakowie, w znanej i poważanej rodzinie mieszczańskiej – i z Krakowem była związana jego młodość i całe życie zawodowe. Był maturzystą z roku 1939, w czasie okupacji odbywał studia prawnicze na Uniwersytecie Jagiellońskim w ramach tajnego nauczania i w tym czasie działał w zarządzie Bratniej Pomocy Studentów UJ.

Od roku 1946 odbywał aplikację sądową, a w roku 1948 zdał egzamin sędziowski. W roku następnym przeniósł się z Sądu do Prokuraturii Generalnej RP, gdzie w Oddziale krakowskim zdał egzamin tzw. referendarski. Po rozwiązaniu Prokuraturii Generalnej, w latach od 1951 do 1954 r., był – jak i inni prawnicy Prokuraturii – rzecznikiem prawnym Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Krakowie.

W końcu na listę adwokatów wpisano go w roku 1955 – podkreślam, że rekomendacji udzielili mu wówczas profesorowie Uniwersytetu Jan Gwiżdżomorski i Adam Szpunar – zwracając uwagę na jego bardzo wysoki poziom etyczny.

I tak przez długi okres lat 1955–1990 pracował jako adwokat w Zespole Adwokackim nr 8 w Krakowie, starannie i fachowo wykonując zawód. Głównie jednak dał się poznać w swej pracy w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Krakowie, jako sekretarz i kierownik biura. Był bowiem niezmiernie pracowitym i dokładnym, doskonałym organizatorem, w pełni oddanym sprawom Adwokatury krakowskiej. Pod maską powagi, z twarzą zawsze pozbawioną uśmiechu, kryła się zawsze ogromna życzliwość i chęć pomocy. Wielu kolegów i koleżanek bardzo dużo mu zawdzięcza, zwłaszcza przy zawodowym starcie. Kolejni dziekani i kolejne Okręgowe Rady w pełni korzystały z jego wielkich doświadczeń, taktu i rad. Z latami stał się niejako symbolem adwokatury krakowskiej, której poświęcał swój czas, nawet z uszczerbkiem pracy w Zespole.

Niestety postępująca choroba przerwała w końcu pracę w Radzie i spowodowała nieczynność zawodową oraz wyjazd do rodziny do Warszawy.

Był wielokrotnie odznaczany, a w roku 2005 Konwent Seniorów Rady Krakowskiej świętował 50-lecie jego wpisu na listę adwokatów. Poza adwokaturą, czynnie działał w Towarzystwie Miłośników Historii i Zabytków Krakowa, gdzie został członkiem honorowym Zarządu, oraz w organizacjach śpiewaczych.

Zmarł 26 stycznia 2006 r. w Warszawie.

Jego pogrzeb na cmentarzu Rakowickim w Krakowie zgromadził bardzo wielu przyjaciół, w tym ks. kardynała Franciszka Macharskiego, który pogrzeb prowadził.

Stefan Płazek (senior)



O pamięć dla adwokata Stanisława Kalinowskiego

Ośmielam się napisać do Pana, choć nie jestem prawnikiem, wobec czego mój kontakt z „Palestrą” był dość sporadyczny. Był, bo ostatnimi czasy – z okazji pracy nad książką o mym dziadku Stanisławie Kalinowskim, adwokacie z Lublina, wieloletnim dziekanem tamtejszej Izby – kontakt ten zrobił się o wiele częstszy.

Osoba mego dziadka była swego czasu niezwykle skutecznie wymazana z pamięci publicznej (najpierw wyrzucono go z mieszkania w Lublinie, a następnie odebrano prawo do wykonywania zawodu, po śmierci w 1954 r. zabroniono wywieszać klepsydry na mieście), tak skutecznie, że czasem zastanawiam się, czy przypadkiem stalinowskie służby specjalne nie zaprzęgły do swych usług sił Zła, które w tajemny sposób działają do dziś. Nie dalej jak dwa lata temu, po 48 latach istnienia, proboszcz bazyliki wyrzucił z portyku lubelskiej katedry płytę poświęconą pamięci mego dziadka, nie wiedząc, kto ów Stanisław, a ja dziś znajduję kolejne gorzkie owoce Złego w Pańskim szanownym czasopiśmie. Rzecz dotyczy artykułu sprzed czterech lat, jak mi się wydaje z przypadkową, mechaniczną pomyłką do dziś niesprostowaną, ale, znając nasze nadwiślańskie realia, a rzecz dotyczy tekstu monograficznego, śmiem przypuszczać, że omyłka ta może być powtarzana przez lata bez końca.

Otóż (...) w artykule pt. „Zarys ustroju i dziejów adwokatury polskiej” („Palestra” 2003, nr 11–12), w części pt. „Adwokatura polska podczas II wojny światowej” Autor M. Zaborski pisze tak: „Poza Tajną NRA istniały (...) Tajna Rada Adwokacka we Lwowie (dopiero po zajęciu Lwowa przez Niemców, z dziekanem adw. Marianem Szpilą) oraz dwa Komitety Adwokackie w Lublinie [pierwszy z adw. adw. Stanisławem Grymińskim (w rzeczywistości chodzi o Stefana Grymińskiego – RK) i Lucjanem Mikettą oraz drugi z adw. adw. Tytusem Bortnowskim-Daszkiwiczem oraz Otmarem Poźniakiem].”

Artykuł pozbawiony jest warsztatu naukowego, ale akurat przy swych poszuki-

waniach tekstów o mym dziadku natrafiłem na artykuł, z którego prawdopodobnie korzystał Autor artykułu przy swych ustaleniach. Chodzi o artykuł adw. Witolda Bayera pt. „Samorząd adwokacki w dobie walki z okupacją hitlerowską” („Palestra” 1970, nr 5). Tamże adw. Witold Bayer, zgodnie z faktami, pisze w rozdziale pt. „Izba adwokacka w Lublinie”, na stronie 6, tak: „W 1940 roku powstały dwa konspiracyjnie działające zespoły adwokatów. Pierwszy zespół, zwany «Komitetem», kierował tajnie ruchem oporu adwokatury lubelskiej przeciwko hitlerowskiemu okupantom. Pod przewodnictwem **Stanisława Kalinowskiego** (podkreślenie R. K.) zbierali się uczestnicy prac Komitetu, a m.in. adwokaci Stefan Grymiński i Lucjan Miketta, aby podejmować decyzje dotyczące postawy polskiej adwokatury oraz wyrażać opinie w zakresie spraw powierzonych komisarycznym władzom Izby. Drugi zespół, kierowany również przez **Stanisława Kalinowskiego** przy współudziale adwokatów Tytusa Bortnowskiego-Daszkiewicza i Otmara Poźniaka, rozważał zagadnienia ustawodawcze i naukowo-prawnicze, związane w szczególności z zawodem adwokata.”

Jestem przekonany, że błąd, przeoczenie, może po prostu chochlik komputerowy, który sprawił, że nazwisko najważniejszej osoby w tajnych działaniach lubelskiej Izby umknęło autorowi tekstu opublikowanego w „Palestrze” w 2003 r., da się naprawić umieszczając to sprostowanie w druku.

Rafał Kalinowski

TABLE OF CONTENTS

Wojciech Robaczyński , Ph. D., Łódź University (Łódź) Controversies about the notion of vehicle motion (art. 436 c.c.)	9
Witold Borysiak , Department of Studies and Analyses, General Public Prosecution's Office of State Treasury (Warszawa) Reservation of stipulated penalty vs. compensation of non-financial creditor's damage	17
Andrzej Tusiński , advocate, postgraduate student for Ph. D. at the UWM (Olsztyn) The act – international private law in the light of judicial decisions of the European Court of Justice. Selected issues of citizenship and law applicable in the rela- tionship of obligations	28
Paweł Wiliński , Ph. D., UAM (Poznań) Constitutional limits of law applicable for defense in criminal proceedings	40
Michał Lipiński , Ph. D., UMK (Toruń) Regulations by law referred to cloning in Polish law <i>de lege lata</i> and in the context of European standards	53
Maciej Siwicki , postgraduate student for Ph. D. at UMK (Toruń) Punishability if speech of hatred is disclosed at Internet – aspects of legal compa- risons.	61
Karolina Polit-Langierowicz , postgraduate student for Ph. D., UMK (Toruń) Securing the claims referred to indemnity, penalties affecting property and penal- ty measures in criminal proceeding	77
POLEMICS	
Romuald Kmiecik , prof., Ph. D. habilitated, UMCS (Lublin) About the accountability of the accused “at the time of proceedings” – polemically . .	92
THE BAR TODAY AND TOMORROW	
Piotr Senddecki , advocate, the District Bar Dean in Lublin (Lublin) On the independence of law professions	97
Andrzej Zwara , advocate (Sopot) The initiative to join professions together is aimless	105
IMPORTANT FOR JURISPRUDENCE	
Dariusz Stachurski , postgraduate student for Ph. D., the UJ (Kraków) Does the obligatory assistance of advocate or law adviser infringes will of parties in the criminal proceedings?	109
Andrzej Zwara , advocate (Sopot) The act on legal licenses	125
Damian Szczepański , Ph. D., advocate (Warszawa) Amendments of the act – Law on Public Orders.	133
WITH NO GOWN	
Stanisław Mikke , advocate (Warszawa) To become a dominant	144

WHAT SQUEAKS IN THE LEGISLATION	
Marian Filar , Prof., Ph. D. habilitated, the UMK (Toruń) Spring squeaks.	148
AFTER READING	
Andrzej Bąkowski , advocate (Warszawa). On the way to something different.	150
ARTISTS' TRIALS	
Marek Soltysik (Kraków) Przybyszewski's photo as if it were moved over (Part 6). No peace to the very end	155
CARDS OF HISTORY	
Ferdynand Rymarz , The Constitutional Court retired judge, Chairman of the State Electoral Commission (Lublin) The Lublin advocates at the time of martial law, Part 1	162
Michajło Petriw , advocate (Kołomyja-Kijów, the Ukraine) Some words on the history of the Ukraine's Bar in Poland, Part 1.	169
NOT ONLY BEFORE THE COURT	
Stanisław Milewski (Warszawa) Advocate Kamiński's zoological garden	174
HISTORY OF LEGAL PERIODICAL PRESS	
Adam Redzik, Ph. D. (Warszawa) Legal periodicals in the interwar Poland (1)	181
"PALESTRA" YEARS AGO	
"Palestra" 1965, No. 7–8, Witold Dąbrowski, Advocate – legal advisor (excerpt); Mieczysław Szerer, The Supreme Court on hooliganism	183
LAW ABROAD	
Olga Sałamatowa , lawyer, lecturer at the Krasnojarsk State University in Russia, trainee at the Helsinki Foundation of Human Rights in Warszawa Rehabilitation of political repression victims in Russia.	189
BETWEEN TRADITION AND THE PRESENT TIME	
Szymon Skalski , postgraduate student for Ph. D. at the UW, prosecutor's trainee (Warszawa) Basic assumptions of the Muslim penalty law	208
MEETINGS WITH PHILOSOPHY	
Jakub Safjański , prosecutor's trainee (Warszawa) Philosophy as the way to wisdom (Socrates).	213
HUMAN RIGHTS	
Marek Antoni Nowicki , advocate (Warszawa), President of the Helsinki Foundation of Human Rights	

The European Court of Human Rights – Survey of jurisdiction (January – March 2007)	217
THE BAR IN EUROPE	
Charter of the European Bar’s Basic Principles Elaborated by Ewa Stawicka , advocate (Warszawa)	232
FROM CAUSE-LIST OF LUXEMBURG	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , advocate, Ph. D. lecturer at the Center of European Law, the Gdańsk University (Wrocław – Gdańsk), Przemysław Rybiński , advocate (Sopot) EU Law: approaching wave or the destructive sea breaker? Remarks on the margin of the European Court of Justice’s judgment, case C-176/03, Commission vs. Council	233
REVIEWS	
Jarosław Groth, <i>Moral development vs. how to cope with stress of juvenile offenders</i> Elaborated by Józef Krzysztof Gierowski , prof., Ph.D., habilitated, the C.M. Jagiellonian University (Kraków)	244
Wojciech Kotowski, <i>Legal issues of road traffic. Commentary.</i> Elaborated by Stanisław Paweła , Prof. Ph. D. habilitated, WSHiP named after R. Łazarski (Warszawa).	246
Jan Malec, <i>Crime is an interesting phenomenon – non-élite criminology</i> Elaborated by Monika Płatek , Ph. D., lecturer at the Warszawa University (Warszawa)	248
Teresa Romer, Magdalena Najda, <i>Ethics for judges. Considerations</i> Elaborated by Ewa Stawicka , advocate (Warszawa)	252
Adam Daniel Rotfeld, <i>Poland in the uncertain world</i> Elaborated by Adam Redzik , Ph. D. (Warszawa)	254
<i>Law and Popular Culture. Current legal Issues, Volume 7</i> Elaborated by Roman Tokarczyk , Prof., Ph. D., habilitated, UMCS (Lublin)	257
Tomasz Razowski, <i>Formal and essential inspection of accusation in the Polish criminal proceedings,</i> Elaborated by Stanisław Cora , Ph. D., the Gdańsk University (Gdańsk)	263
REPORTS	
Report on IV th European Forum of Lawyers, Vienna, May 3–5, 2007 Elaborated by Joanna Agacka-Indecka , advocate, Vice-President of the Polish Bar (Łódź–Warszawa).	269
International Conference: “Freedom of speech and responsibility for the speech. The role of mass media”. Warszawa, Belweder, May 24–25, 2007. Elaborated by Janusz Kanimir (Warszawa)	270
ISSUES AT JURISPRUDENCE	
THE CIVIL LAW	
Transgression of the appeal limits by the court that examines the appeal	

Elaborated by Karol Weitz , Ph. D. habilitated, lecturer at the Warszawa University, Office for Studies and Analyses of the Supreme Court (Warszawa)	273
Liability for damages referred to non-ultimate tax decision Elaborated by Roman Trzaskowski , Ph. D., Office of Studies and Analyses at the Supreme Court (Warszawa)	278
THE COMMERCIAL LAW	
Court fees referred to ascertainment of invalidity, abatement and establishment of existence or non-existence of resolution made up by an association-of-capital body Elaborated by Katarzyna Bilewska , advocate, Ph. D., lecturer at the Warszawa University (Warszawa)	283
LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS	
Can the basic formal errors committed through fault of professional proxy holder at the lodging of cassation with the Supreme Administrative Court be corrected? Elaborated by Ewa Stawicka , advocate (Warszawa)	288
RECENT JURISDICTION	
Zbigniew Strus , the Supreme Court judge (Warszawa). Review of the Supreme Court Jurisdiction – Civil Chamber	291
Zbigniew Szonert , Ph. D., (retired) judge of the Supreme Administrative Court (Warszawa) Review of the Supreme Administrative Court jurisdiction	296
ADVOCATE IN THE SUPREME COURT JURISDICTION	
Advocate in the Supreme Court jurisdiction (Civil Chamber, 2005 – 2007) Elaborated by Zdzisław Krzemiński , Ph. D., advocate (Warszawa)	302
GLOSSES	
Gloss to resolution of the Supreme Court dated December 21, 2006, III CZP 127/06 Elaborated by Tadeusz Widła , prof. Ph. D. habilitated, the Silesian University (Katowice)	308
Gloss to decision of the Supreme Court dated May 11, 2005, III CZP 16/05 Elaborated by Tomasz Palmirski , Ph. D., the Jagiellonian University (Kraków) . .	314
Gloss to judgment of the Administrative Court in Poznań dated September 29, 2005, 1Aca 236/05 Elaborated by Paweł Daniluk , Ph. D., the University in Białystok (Białystok) . . .	318
Gloss to judgment of the Supreme Court dated October 28, 2004, III CK 461/03 Elaborated by Michał Niedośpiał , Ph. D. (Kraków)	324
Gloss to judgment of the Supreme Court dated April 6, 2006, IV KK 12/06 Elaborated by Marcin Świerk , District Court judge (Dębica)	329
Gloss to judgment of the Supreme Court dated January 14, 2005, V KK 309/04 Elaborated by Jacek Izydorczyk , Ph. D., lecturer at the Łódź University (Łódź) . .	336

REVIEW OF GLOSSES	
Review of glosses referred to verdicts of Penal and Military Chamber of the Supreme Court in the scope of substantive criminal law published from April 2005 to March 2006 Elaborated by Anna Błachnio-Parzych , advocate, assistant at INP PAN (Warszawa), Hanna Kuczyńska , Ph. D., lecturer, IPN PAN (Warszawa), Sławomir Żółtek , post-graduate student for Ph. D. at the Warszawa University (Warszawa)	344
THE BAR CHRONICLE	
The Polish Bar council session	358
Resolution No. 59/2007 of the Polish Bar Council dated June 16, 2007	358
From the work of the Polish Bar Council Presidium	361
Attitude of Polish Bar Council Presidium from April 17, 2007 on the draft bill referred to structural changes of common courts of law.	363
Recent modifications in the Bar Law act – concise commentary Elaborated by Andrzej Siemiński , vice-president of the Polish Bar Council (Warszawa–Płock)	364
Action: Legal Training, Łódź, March 24–25, 2007 Elaborated by Bartosz Grohman , advocate (Warszawa)	367
Selected issues of the Bar organizational structure in EU countries – comparative review. New publication of the Bar Research Center named after Witold Bayer, advocate Elaborated by Bogna Krysińska , advocate (Gdańsk), Andrzej Zwara , advocate (Gdańsk)	368
Correspondence of President of the Country-wide Council of Legal Advisors and Resident of the Polish Bar Assotiation.	372
Letter to Director of the Polish Radio Program 1 on Mr. Jerzy Jachowicz (Editor)’s statement	378
“The Conference of managers for training courses of advocate’s trainees”: opinion on KRRP initiative to join together the two professions of legal advisor and advocate	379
FROM LIFE OF THE BAR CHAMBERS	
KOSZALIN BAR CHAMBER	
Report on the course of environmental oratorical elimination competition, Koszalin, April 13–14, 2007 Elaborated by Elżbieta Nowak (Koszalin)	381
WARSZAWA BAR CHAMBER	
Advocate’s exam at the Warszawa Bar Chamber (March 20 – April 21, 2007) Elaborated by Bartosz Grohman , advocate (Warszawa)	382
Meeting of District Bar Councils’ representatives in Warszawa with the Warszawa University students of law on May 10, 2007. Elaborated by Bartosz Grohman , advocate (Warszawa)	384
VARIA	
“Arbitration Bulletin” – new periodical – not for arbitrators only Elaborated by Rafał Morek , advocate’s trainee, postgraduate student for Ph. D.	

at the Warszawa University (Warszawa), the Center of Mediation and Permanent Arbitration Court at the Polish Bar Foundation	386
COLUMNS OF MEMORY	
On 5 th anniversary of Mr. Edward Wende 's death (1936–2002) Elaborated by <i>Jan Ciećwierz</i> , advocate (Warszawa)	388
Mr. Stanisław Synowiec , advocate (1921–2006) Elaborated by <i>Stefan Płażek</i> , advocate (Kraków)	389
LETTERS TO EDITOR	
For the memory of Mr. Stanisław Kalinowski, advocate. Elaborated by <i>Rafał Kalinowski</i> (Warszawa)	390
Table of contents	392
Table des matières	397
Inhaltsverzeichnis	403

TABLE DES MATIERES

Wojciech Robaczyński , docteur Université de Łódź (Łódź) Controverses concernant la notion du véhicule en circulation (article 436 code civil)	9
Witold Borysiak , Département des Études et Analyses, Trésorerie Générale de l'État (Warszawa) Clause sur la sanction conventionnelle et compensation des préjudices incorporels du créancier	17
Andrzej Tusiński , avocat, aux études de doctorat Université WM (Olsztyn) Loi – droit privé international dans la juridiction de la Cour Européenne de la Justice. Problèmes choisis concernant la nationalité et le droit en matière des relations d'engagement.	28
Paweł Wiliński , docteur Université Adam Mickiewicz (Poznań) Limites constitutionnelles du droit à la défense dans le procès pénal	40
Michał Lipiński , aux études de doctorat Université Nicolas Copernic (Toruń) Régulations légales concernant le clonage dans le droit polonais <i>de lege lata</i> comparées aux normes européennes	53
Maciej Siwicki , aux études de doctorat Université Nicolas Copernic (Toruń) Pénalité du discours haineux dans l'internet – aspects juridiques-comparaison.	61
Karolina Polit-Langierowicz , aux études de doctorat Université Nicolas Copernic (Toruń) Conservation des prétentions d'indemnité, peines financières et moyens panales à la procédure pénale	77

POLÉMIQUES	
Romuald Kmiecik , professeur, docteur habilité Université Marie Curie Skłodowski (Lublin) À propos de l'imputabilité de l'accusé „au cours de la procédure” – polémique	92
LE BARREAU AUJOURD'HUI ET DEMAIN	
Piotr Sendeki , avocat, doyen du Conseil Régional des Barreaux à Lublin (Lublin) Sur l'indépendance des professions juridiques	97
Andrzej Zwara , avocat (Sopot) L'initiative inutile de grouper les professions.	105
IMPORTANT POUR LA PRATIQUE	
Dariusz Stachurski , aux études de doctorat Université Jagellonne (Kraków) Est-ce que la représentation obligatoire par l'avocat-conseiller viole la volonté des parties dans un procès pénal?	109
Andrzej Zwara , avocat (Sopot) La loi concernant les brevets des juristes	125
Damian Szczepański , docteur, avocat (Warszawa) Modification de la loi - Droit des commandes de l'État	133
SANS TOGE	
Stanisław Mikke , avocat (Warszawa) Être dominant	144
QU'EST QU'IL Y A DE NOUVEAU DANS LE DROIT?	
Marian Filar , professeur docteur habilité, Université Nicolas Copernic (Toruń) Les piaulements de printemps	148
APRÈS LA LECTURE	
Andrzej Bąkowski , avocat (Warszawa) En route vers l'Autre	150
LES PROCÈS ARTISTIQUES	
Marek Sołtysik , (Kraków) Une photographie indistincte de Przybyszewski (6 ^e partie). Il n'y a pas de paix jusqu'à la fin	155
LES PAGES DE L'HISTOIRE	
Ferdynand Rymarz , ancien juge du Tribunal Constitutionnel; président de la Commission de Scrutin de l'État (Lublin) Les avocats de Lublin à l'époque de l'état de siège, partie I	162
Mychajło Petriw , avocat (Kołomyja-Kiev; Ukraine) De l'histoire du barreau ukrainien en Pologne, partie I	169

PAS SEULEMENT DEVANT LE TRIBUNAL	
Stanisław Milewski (Warszawa)	
Le jardin zoologique de l'avocat Kamiński	174
HISTOIRE DES HEBDOMADAIRES JURIDIQUES	
Adam Redzik , docteur (Warszawa)	
Les hebdomadaires juridiques en Pologne entre les deux guerres (1)	181
„PALESTRA” IL Y A DES ANNÉES	
„Le Barreau” 1965, numéros 7–8, Witold Dąbrowski, Avocat – conseiller juridique (fragment); Mieczysław Szerer, La Cour Suprême sur le hooliganisme.	183
LE DROIT À L'ÉTRANGER	
Ołga Sałamatowa , juriste, enseignant à l'Université Publique de Krasnoïarsk en Russie, stagiaire à Varsovie auprès de la Fondation des Droits de l'Homme de Helsinki	
Réhabilitation des victimes des mesures répressives politiques en Russie	189
ENTRE LA TRADITION ET LE MONDE CONTEMPORAIN	
Szymon Skalski , aux études de doctorat Université de Varsovie, procureur stagiaire (Warszawa)	
Principes de base du droit pénal musulman	208
RENCONTRES AVEC LA PHILOSOPHIE	
Jakub Safjański , avocat stagiaire (Warszawa)	
Philosophie en tant que voie vers la sagesse (Socrate).	213
DROITS DE L'HOMME	
Marek Antoni Nowicki , avocat (Warszawa), Président de la Fondation des Droits de l'Homme à Helsinki	
Tribunal Européen des Droits de l'Homme – revue de la jurisprudence (janvier–mars 2007)	217
LE BARREAU EN EUROPE	
La Charte des Principes Fondamentaux du Barreau Européen	
par Ewa Stawicka , avocat (Warszawa)	232
DEVANT LES TRIBUNAUX DU LUXEMBOURG	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , avocat, docteur adjoint du Centre du Droit Européen, Université de Gdańsk (Wrocław–Gdańsk), Przemysław Rybiński , avocat (Sopot)	
Droit communautaire: une vague qui vient ou une mer orageuse destructive? Observations en marge du jugement du Tribunal de la Justice des Communautés Européennes dans l'affaire C-176/03, <i>Commission v. Council</i>	233
CRITIQUES	
Jarosław Groth, <i>Évolution morale et fait de se débrouiller dans des situations de stress</i> – cas des délinquants juvéniles	

Par Józef Krzysztof Gierowski , professeur docteur habilité C.M. Université Jagellonne (Kraków)	244
Wojciech Kotowski, <i>Problèmes juridiques du trafic routier. Commentaire</i> Par Stanisław Paweła , professeur docteur habilité, École Supérieure de Commerce et de Droit R.Łazarski (Warszawa)	246
Jan Malec, <i>Criminalité en tant que phénomène intéressant – criminologie non d'élite</i> Par Monika Płatek , docteur, adjoint Université de Varsovie (Warszawa)	248
Teresa Romer, Magdalena Najda, <i>Éthique pour les juges. Réflexions</i> Par Ewa Stawicka , avocat (Warszawa)	252
Adam Daniel Rotfeld, <i>La Pologne dans un monde incertain</i> Par Adam Redzik , docteur (Warszawa)	254
<i>Law and Popular Culture. Current Legal Issues, Volume 7</i> Par Roman Tokarczyk , professeur docteur habilité Université Marie Curie Skłodowska (Lublin)	257
Tomasz Razowski, <i>Contrôle formelle et de fond de l'accusation au procès pénal polonais</i> Par Stanisław Cora , docteur Université de Gdańsk (Gdańsk)	263
COMPTES RENDUS	
Compte-rendu du IVe Forum Européen des Juristes, Vienne 3–5 mai 2007 Par Joanna Agacka-Indecka , avocat, vice-président du Conseil Régional des Barreaux (Łódź–Warszawa)	269
Conférence Internationale „Liberté de la parole et la responsabilité pour la parole. Rôle des médias” Varsovie, Belweder, 24–25 mai 2007 Par Janusz Kanimir , (Warszawa)	270
QUESTIONS JURIDIQUES PRATIQUES	
DROIT CIVIL	
Les frontières du recours franchies par le tribunal examinant un appel Par Karol Weitz , docteur habilité, adjoint à l'Université de Varsovie, Bureau des Etudes et des Analyses près la Cour Suprême (Warszawa)	273
Responsabilité indemnitaire pour une décision fiscale non définitive Par Roman Trzaskowski , docteur Bureau des Etudes et des Analyses près la Cour Suprême (Warszawa)	278
DROIT COMMERCIAL	
Frais judiciaires dans des affaires pour constater la nullité, l'abrogation et définir l'existence ou la non existence d'une résolution de l'organe de la société de capitaux Par Katarzyna Bilewska , avocat, docteur, adjoint Université de Varsovie (Warszawa)	283
QUESTIONS ET REPONSES JURIDIQUES	
Est-ce possible de réparer les vices formels fondamentaux commis par la faute d'un représentant professionnel au moment de porter l'action en cassation auprès de la Cour Suprême d'Administration? Par Ewa Stawicka , avocat (Warszawa)	288

LA PLUS RÉCENTE JURISPRUDENCE	
Zbigniew Strus , juge de la Cour Suprême (Warszawa) Revue de la jurisprudence de la Cour Suprême – Chambre Civile	291
Zbigniew Szonert , docteur, ancien juge de la Cour d’Administration (Warszawa) Revue de la jurisprudence de la Cour Suprême d’Administration	296
AVOCAT À LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME	
Avocat à la jurisprudence de la Cour Suprême (Chambre Civile 2005–2007) Par Zdzisław Krzemiński , docteur, avocat (Warszawa)	302
GLOSES	
Glose à la décision de la Cour Suprême du 21 décembre 2006, III CZP 127/06 Par Tadeusz Widła , professeur docteur habilité, Université de la Silésie (Katowice)	308
Glose à la décision de la Cour Suprême du 11 mai 2005, III CZP 16/05 Par Tomasz Palmirski , docteur Université Jagellonne (Kraków)	314
Glose à la décision de la Cour d’Administration de Poznań du 29 septembre 2005, I Aca 236/05 Par Paweł Daniluk , docteur, Université de Białystok (Białystok)	318
Glose à la décision de la Cour Suprême du 28 octobre 2004, III CK 461/03 Par Michał Niedośpał , docteur (Kraków)	324
Glose à la décision de la Cour Suprême du 6 avril 2006, IV KK 12/06 Par Marcin Świerk , juge SR (Dębica)	329
Glose à la décision de la Cour Suprême du 14 janvier 2005, V KK 309/04 Par Jacek Izydorczyk , docteur, adjoint Université de Łódź (Łódź)	336
REVUE DES GLOSES	
Revue des gloses critiques à la jurisprudence de la Chambre Pénale et de la Chambre Militaire de la Cour Suprême du domaine du droit pénal matériel, publiés entre le mois d’avril 2005 et le mois de mars 2006. Par Anna Błachnio-Parzych , avocat, assistant à l’Institut des Sciences Juridiques de l’Académie Polonaise des Sciences (Warszawa), Hanna Kuczyńska , docteur adjoint, Institut des Sciences Juridiques de l’Académie Polonaise des Sciences (Warszawa), Sławomir Żółtek , aux études de doctorat Université de Varsovie (Warszawa)	344
CHRONIQUE DU BARREAU	
Séance du Conseil National des Barreaux	358
Décision numéro 59/2007 du Conseil National des Barreaux du 16 juin 2007	358
Des travaux du Praesidium du Conseil National des Barreaux	361
Opinion du Praesidium du Conseil National des Barreaux du 17 avril 2007 concernant le projet de la modification de la loi sur l’organisation des tribunaux de droit commun	363
Les plus récentes modifications de la loi Droit du barreau – bref commentaire Par Andrzej Siemiński , vice-président du Conseil National des Barreaux (Warszawa–Płock)	364
Action stage d’avocat, Łódź 24–25 mars 2007 Par Bartosz Grohman , avocat (Warszawa)	367

Problèmes choisis de l'organisation des barreaux dans des pays de l'Union Européenne – revue comparative. Nouvelle publication du Centre de Recherches du Barreau avocat Witold Bayer Par Bogna Krysińska , avocat (Gdańsk), Andrzej Zwara , avocat (Gdańsk)	368
Correspondance avec le président du Conseil National des Conseillers Juridiques .	372
Lettre au Directeur du Programme de la Radio Polonaise I concernant l'énonciation du rédacteur Jerzy Jachowicz.	378
Opinion de la „Conférence des Chefs de la Formation des Avocats Stagiaires” à propos de l'initiative du Conseil National des Conseillers Juridiques concernant le groupement des professions de conseiller juridique et d'avocat	379
 DE LA VIE DE L'ORDRE DES AVOCATS	
ORDRE DE KOSZALIN	
Compte rendu du concours oratoire – éliminations dans le milieu, Koszalin 13–14 avril 2007 Par Elżbieta Nowak , (Koszalin)	381
 ORDRE DE VARSOVIE	
Examen d'avocat à l'Ordre de Varsovie (20 mars–21 avril 2007) Par Bartosz Grohman , avocat (Warszawa)	382
Rencontre des représentants du Conseil Régional des Barreaux de Varsovie avec les étudiants en droit de l'Université de Varsovie, 10 mai 2007 Par Bartosz Grohman , avocat (Warszawa)	384
 VARIA	
„Bulletin d'Arbitrage” – nouvel hebdomadaire – non seulement pour les arbitres Rafał Morek , avocat stagiaire, aux études de doctorat à l'Université de Varsovie (Warszawa) Centre de Médiation et Cour Permanente d'Arbitrage auprès de la Fondation du Barreau Polonais	386
 COLONNES DE COMMEMORATION	
Au cinquième anniversaire de la mort de l'avocat Edward Wende (1936–2002) par Jan Ciećwierz , avocat (Warszawa)	388
Avocat Stanisław Synowiec (1921–2006) par Stefan Płazek , avocat (Kraków)	389
 LETTRES À LA RÉDACTION	
Garder la mémoire de l'avocat Stanisław Kalinowski Rafał Kalinowski (Warszawa)	390
Table of contents	392
Table des matières	397
Inhaltsverzeichnis	403

INHALTSVERZEICHNIS

Wojciech Robaczyński , Dr., Lodzer Universität (Łódź) Kontroverse bezüglich des Begriffes des Fahrzeugverkehrs (Art. 436 BGB)	9
Witold Borysiak , Departement für Studien und Analysen der Generalprokuratur des Staatsschatzes (Warszawa) Vorbehaltene Vertragsstrafe und Ausgleich der Nachteile des Gläubigers, die keinen Vermögenscharakter haben	17
Andrzej Tusiński , Rechtsanwalt, Doktorand von Ermland- und Masurenuniversität (Olsztyn) Gesetz über internationales Privatrecht im Lichte des Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes. Ausgewählte Probleme der Staatsangehörigkeit und des Rechts, das für Verpflichtungsverhältnisse zuständig ist	28
Paweł Wiliński , Dr., Adam-Mickiewicz-Universität (Poznań) Verfassungsgrenzen des Rechts auf die Verteidigung bei einem Strafprozess . . .	40
Michał Lipiński , Doktorand, Nicolaus-Copernicus-Universität (Toruń) Rechtsregelungen über Klonen im polnischen recht <i>de lege lata</i> im Vergleich zu den europäischen Regelungen	53
Maciej Siwicki , Doktorand, Nicolaus-Copernicus-Universität (Toruń) Strafbarkeit der Hasssprache im Internet – rechtsvergleichende Aspekte.	61
Karolina Polit-Langierowicz , Doktorandin, Nicolaus-Copernicus-Universität (Toruń) Sicherstellung der Entschädigungsansprüche, Vermögensstrafen und Strafmittel im Strafverfahren	77
 POLEMIK	
Romuald Kmiecik , Prof. Dr. hab., Maria-Curie-Skłodowska-Universität (Lublin) Über Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten „während des Verfahrens“ – polemische Bemerkungen	92
 RECHTSANWALTSCHAFT HEUTE UND MORGEN	
Piotr Senddecki , Rechtsanwalt, Dekan des Obersten Rechtsanwaltsrates in Lublin (Lublin) Über Unabhängigkeit der Rechtsberufe	97
Andrzej Zwara , Rechtsanwalt (Sopot) Die Initiative der Vereinigung der Berufe ist nicht zweckmäßig.	105
 WICHTIG FÜR PRAXIS	
Dariusz Stachurski , Doktorand, Jagellonen Universität (Kraków) Verletzt der Rechtsanwalts- und Rechtsberaterzwang den Willen der Parteien eines Strafprozesses?.	109
Andrzej Zwara , Rechtsanwalt (Sopot) Gesetz über Lizenzen für Juristen.	125
Damian Szczepański , Dr., Rechtsanwalt (Warszawa) Novellierung des Gesetzes über das Recht über die öffentlichen Aufträge	133

<i>OHNE ROBE</i>	
Stanisław Mikke , Rechtsanwalt (Warszawa)	
Wie fühlt sich eine dominierende Persönlichkeit?	144
 <i>WAS GIBT ES NEUES IM RECHT</i>	
Marian Filar , Prof. Dr. hab., Nicolaus-Copernicus-Universität (Toruń)	
Frühlingsgequieke	148
 <i>NACH LEKTÜRE</i>	
Andrzej Bąkowski , Rechtsanwalt (Warszawa)	
Auf dem Weg zum Anderen	150
 <i>KÜNSTLERISCHE PROZESSE</i>	
Marek Softysik , (Kraków)	
Bewegte Aufnahme von Przybyszewski (Teil 6). Bis Ende keine Ruhe	155
 <i>GESCHICHTSBLÄTTER</i>	
Ferdynand Rymarz , Richter des Verfassungsgerichtes im Ruhestand, Vorsitzender der Staatlichen Wahlkommission (Lublin)	
Rechtsanwälte von Lublin während des Kriegszustandes, Teil I	162
Mychajlo Petriw , Rechtsanwalt, (Kolomea-Kiev, Ukraina)	
Über Geschichte der ukrainischen Anwaltschaft in Polen, Teil I	169
 <i>NICHT NUR VOR DEM GERICHT</i>	
Stanisław Milewski , (Warszawa)	
Tiergarten des Rechtsanwalts Kamiński.	174
 <i>GESCHICHTE DES JURISTISCHEN ZEITSCHRIFTENWESEN</i>	
Adam Redzik , Dr., (Warszawa)	
Rechtszeitschriften in Polen zwischen den Kriegen (1)	181
 <i>„DALESTRA“ VOR JAHREN</i>	
Jahr 1965, Nr. 7–8. Witold Dąbrowski, Rechtsanwalt – Rechtsberater (Fragment); Mieczysław Scherer, Oberstes Gericht über Rowdytum	183
 <i>RECHT IM AUSLAND</i>	
Olga Sałamatowa , Jurist, Dozent der Staatlichen Universität von Krasnojarsk in Russland, Stagiaire von Helsinker Stiftung für Menschenrechte in Warszawa	
Rehabilitierung der Opfer der politischen Repressalien in Russland	189
 <i>ZWISCHEN TRADITION UND GEGENWART</i>	
Szymon Skalski , Doktorand, Warschauer Universität, Staatsanwaltsreferendar (Warszawa)	
Wichtigste Annahmen des moslemischen Strafrechts	208

TREFFEN MIT PHILOSOPHIE	
Jakub Safjański , Rechtsanwaltsreferendar (Warszawa) Philosophie ist Weg zur Weisheit (Socrates)	213
MENSCHENRECHTE	
Marek Antoni Nowicki , Rechtsanwalt (Warszawa), Präsident der Helsinker Stiftung für Menschenrechte Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte – Durchsicht der Rechtsprechung (Januar–März 2007)	217
RECHTSANWALTSCHAFT IN EUROPA	
Karte der Grundrechte der Europäischen Rechtsanwaltschaft Erstellt durch Ewa Stawicka , Rechtsanwalt (Warszawa).	232
AUS DER TERMINLISTE VON LUXEMBURG	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , Rechtsanwalt, Dr., promovierter Hochschullehrer von Zentrum des Europäischen Rechts an der Universität von Gdańsk (Wrocław– Gdańsk), Przemysław Rybiński , Rechtsanwalt (Sopot) Gemeinschaftliches Recht: kommende Woge oder vernichtende Seewelle? Be- merkungen am Rande des Urteils des Europäischen Gerichtshofes in der Sache C-176/03, <i>Commission v. Council</i>	233
REZENSIONEN	
Jaroslav Groth, <i>Moralische Entwicklung und Bewältigung von Stress bei den minder- jährigen Verbrechern</i> Erstellt durch Józef Krzysztof Gierowski , Prof. Dr. hab. Jagellonen Universität (Kraków)	244
Wojciech Kotowski, <i>Rechtsprobleme des Straßenverkehrs. Kommentar</i> Erstellt durch Stanisław Paweła , Prof. Dr. hab., Hochschule für Handel und Recht namens Łazarski (Warszawa).	246
Jan Malec, <i>Verbrechertum als eine interessante Erscheinung – keine elitäre Kriminologie</i> Erstellt durch Monika Płatek , Dr., promovierte Hochschullehrerin, Warschauer Universität (Warszawa).	248
Teresa Romer, Magdalena Najda, <i>Ethik für Richter, Überlegungen</i> Erstellt durch Ewa Stawicka , Rechtsanwalt (Warszawa).	252
Adam Daniel Rotfeld, <i>Polen in einer unsicheren Welt</i> Erstellt durch Adam Redzik , Dr., (Warszawa)	254
<i>Law and Popular Culture. Current Legal Issues, Volume 7</i> Erstellt durch Roman Tokarczyk , Prof. Dr. hab., Maria-Curie-Skłodowska-Uni- versität (Lublin)	257
Tomasz Razowski, Formelle und inhaltliche Kontrolle der Anklage im polnischen Strafprozess Erstellt durch Stanisław Cora , Dr., Danziger Universität (Gdańsk)	263
BERICHTE	
Bericht aus dem IV. Europäischen Rechtsforum, Wien, 3.–5. Mai 2007	

Erstellt durch Joanna Agacka-Indecka , Rechtsanwältin, Stellvertreterin des Präsidenten des Obersten Rechtsanwaltsrates (Łódź–Warszawa)	269
Internationale Konferenz „Redefreiheit und Verantwortlichkeit für Rede. Rolle der Medien“, Warszawa, Belweder, 24.–25. Mai 2007	
Erstellt durch Janusz Kanimir , (Warszawa)	270

PRAKTISCHE RECHTSFRAGEN

BÜRGERLICHES RECHT

Überschreitung der Anfechtungsgrenzen durch das Gereicht, das eine Appellation prüft	
Erstellt durch Karol Weitz , Dr. hab., promovierter Hochschullehrer, Warschauer Universität, Büro für Studien und Analysen des Obersten Gerichtes (Warszawa).	273
Entschädigungsverantwortlichkeit für ein nicht endgültiger Steuerbescheid	
Erstellt durch Roman Trzaskowski , Dr., promovierter Hochschullehrer, UKSW, Büro für Studien und Analysen des Obersten Gerichtes (Warszawa)	278

HANDELSRECHT

Gerichtsgebühren in Sachen bezüglich der Feststellung der Ungültigkeit, Aufhebung und Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beschlusses von Organ der Kapitalgesellschaft	
Erstellt durch Katarzyna Bilewska , Rechtsanwältin, Dr., promovierter Hochschullehrer, Warschauer Universität (Warszawa)	283

JURISTISCHE FRAGEN UND ANTWORTEN

Können die grundlegenden formelle Fehler, die durch Verschulden eines fachlichen Bevollmächtigten begangen wurden, bei der Einreichung der Kassationsklage beim Obersten Verwaltungsgericht korrigiert werden?	
Erstellt durch Ewa Stawicka , Rechtsanwältin (Warszawa)	288

NEUESTE RECHTSSPRECHUNG

Zbigniew Strus , Richter des Obersten Gerichtes (Warszawa)	
Durchsicht der Rechtssprechung des Obersten Gerichtes – Zivilkammer	291
Zbigniew Szonert , Richter des Obersten Gerichtes (Warszawa)	
Durchsicht der Rechtssprechung des Obersten Verwaltungsgerichtes	296

RECHTSANWALT IN DER RECHTSSPRECHUNG DES OBERSTEN GERICHTES

Rechtsanwalt in der Rechtssprechung des Obersten Gerichtes (Zivilkammer 2005–2007)	
Erstellt durch Zdzisław Krzemiński , Dr., Rechtsanwalt (Warszawa)	302

GLOSSEN

Glosse zum Beschluss des Obersten Gerichtes vom 21. Dezember 2006, III CZP 127/06	
Erstellt durch Tadeusz Widła , Prof. Dr. hab., Schlesier Universität (Katowice)	308
Glosse zum Beschluss des Obersten Gerichtes vom 11. Mai 2005, III CZP 16/05	
Erstellt durch Tomasz Palmirski , Dr., Jagellonen Universität (Kraków)	314

Glosse zum Urteil des Verwaltungsgerichtes in Poznań vom 29. September 2005, I Aca 236/05 Erstellt durch Paweł Daniluk , Dr., Bialostocker Universität (Białystok)	318
Glosse zum Urteil des Obersten Gerichtes vom 28. Oktober 2004, III CK 461/03 Erstellt durch Michał Niedośpiał , Dr., (Kraków)	324
Glosse zum Urteil des Obersten Gerichtes vom 6. April 2006, IV KK 12/06 Erstellt durch Marcin Świerk , Richter des Amtsgerichtes (Dębica)	329
Glosse zum Urteil des Obersten Gerichtes vom 14. Januar 2005, V KK 309/04 Erstellt durch Jacek Izydorczyk , Dr., promovierter Hochschullehrer, Lodzer Uni- versität (Łódź)	336

DURCHSICHT DER GLOSSEN

Durchsicht der kritischen Glossen zu den Urteilen der Straf- und Militärkammer des Obersten Gerichtes auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts, die in der Zeit vom April 2005 bis März 2006 veröffentlicht wurden Erstellt durch Anna Błachnio-Parzych , Rechtsanwältin, Assistentin im Institut für Rechtswissenschaften der Polnischen Akademie der Wissenschaften (Warszawa), Hanna Kuczyńska , Dr., promovierte Hochschullehrerin, Institut für Rechtswissens- chaften der Polnischen Akademie der Wissenschaften (Warszawa), Sławomir Żółtek , Doktorand, Warschauer Universität (Warszawa)	344
--	-----

CHRONIK DER RECHTSANWALTSCHAFT

Sitzung des Obersten Rechtsanwaltsrates	358
Beschluss Nr. 59/2007 des Obersten Rechtsanwaltsrates vom 16. Juni 2007	358
Aus Arbeiten des Präsidiums des Obersten Rechtsanwaltsrates	361
Stellungnahme des Präsidiums des Obersten Rechtsanwaltsrates vom 17. April 2007 zum Projekt der Änderung des Gesetzes über System der allgemeine Gerichte. . .	363
Neueste Änderungen im Gesetz über Recht über Rechtsanwaltschaft – kurzer Kom- mentar Erstellt durch Andrzej Siemiński , Stellvertreter des Präsidenten des Obersten Rechtsanwaltsrates (Warszawa–Płock)	364
Aktion Referendariat, Łódź, 24.–25. März 2007 Erstellt durch Bartosz Grohmann , Rechtsanwalt (Warszawa)	367
Ausgewählte Probleme des Systems der Rechtsanwaltschaften in den Ländern der Europäischen Union – vergleichende Durchsicht. Neuen Veröffentlichung des Forschungszentrums der Rechtsanwaltschaft namens RA Witold Bayer Erstellt durch Bogna Krysińska , Rechtsanwältin (Gdańsk), Andrzej Zawara , Rechtsan- walt (Gdańsk)	368
Korrespondenz mit dem Präsidenten der Landeskammer der Rechtsberater	372
Schreiben an den Direktor des I. Programms des Polnischen Rundfunks bezüglich der Äußerung von Red. Jerzy Jachowicz.	378
Stellungnahme von „Konferenz der Leiter der Schulungsprogramme für Rechtsan- waltsreferendare“ zur Initiative der Landeskammer der Rechtsberater bezüglich der Vereinigung der Berufe des Rechtsberaters und des Rechtsanwalts	379

<i>AUS DEM LEBEN DER RECHTSANWALTSKAMMER</i>	
KAMMER VON KOSZALIN	
Bericht über Verlauf der Ausscheidung zum Rhetorikwettbewerb des Milieus, Koszalin, 13.–14. April 2007	
Erstellt durch Elżbieta Nowak , (Koszalin)	381
KAMMER VON WARSZAWA	
Rechtanwaltsprüfung in Warschauer Kammer (20. März – 21. April 2007)	
Erstellt durch Bartosz Grohman , Rechtsanwalt (Warszawa).	382
Treffen der Vertreter der Bezirksrechtsanwaltskammer in Warszawa mit den Jurastudenten von Warschauer Universität, 10. Mai 2007	
Erstellt durch Bartosz Grohman , Rechtsanwalt (Warszawa).	384
<i>VARIA</i>	
„Schiedsgerichtsbulletin“ – neue Zeitschrift nicht nur für Schiedsrichter	
Rafał Morek , Rechtsanwaltsreferendar, Doktorand der Warschauer Universität (Warszawa) Ständiges Schiedsgericht bei der Stiftung der Polnischen Rechtsanwaltschaft	386
<i>GEDÄCHTNISBLÄTTER</i>	
Zum fünften Jubiläum des Todes des RA Edward Wende (1936–2002)	
Erstellt durch Jan Ciećwierz , Rechtsanwalt (Warszawa)	388
Rechtsanwalt Stanisław Synowiec (1921–2006)	
Erstellt durch Stefan Płażek , Rechtsanwalt (Kraków)	389
<i>BRIEFE AN DIE REDAKTION</i>	
Zum Andenken an RA Stanisław Kalinowski	
Rafał Kalinowski , (Warszawa)	390
Table of contents	392
Table des matières	397
Inhaltsverzeichnis	403

W tym numerze między innymi:

PIOTR SENDECKI

O niezależność zawodów prawniczych

ANDRZEJ ZWARA

Inicjatywa połączenia zawodów niecelowa

WOJCIECH ROBACZYŃSKI

Kontrowersje wokół pojęcia ruchu pojazdu (art. 436 k.c.)

WITOLD BORYSIAK

Zastrzeżenie kary umownej
a kompensacja niemajątkowych uszczerbków wierzyciela

ANDRZEJ TUSIŃSKI

Ustawa prawo prywatne międzynarodowe
w świetle orzecznictwa ETS

PAWEŁ WILIŃSKI

Konstytucyjne granice prawa do obrony w procesie karnym

MICHAŁ LIPIŃSKI

Regulacje prawne dotyczące klonowania w prawie polskim
de lege lata na tle unormowań europejskich

MACIEJ SIWICKI

Karalność mowy nienawiści w Internecie
– aspekty prawnoporównawcze

DARIUSZ STACHURSKI

Czy przymus adwokacko-radcowski
narusza wolę stron procesu karnego?