



styczeń-luty

1-2/2007

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





styczeń–luty

1–2/2007

PALESTRA

P i s m o A d w o k a t u r y P o l s k i e j

Rok LII nr 589–590

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-Bernaszk

Na okładce:
Fragment strony tytułowej
Przywilejów i Konstytucji
Sejmu walnego z 1588 r.
(Kraków: Drukarnia Łazarzowa 1588)
Oryginał w Bibliotece Sejmowej

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.: 29,8. Papier: III Offset, 80 gr.
Nakład: 7000 egz.

ISSN 0031-0344
indeks 36851

SPIS TREŚCI



500-LECIE STATUTU ŁASKIEGO – PIERWSZEGO KODEKSU PRAWA POLSKIEGO 9

Szymon Byczko , adwokat, dr, adiunkt UŁ (Łódź) Przyczynienie się do powstania szkody poszkodowanego, któremu nie można przypisać winy. Kilka uwag.	11
Monika Strus-Wołos , adwokat (Grójec) Granice zasady swobody umów. Rozważania na kanwie umów o świadczenie usług prawnych narzucanych przez niektóre banki przyszłym kredytobiorcom.	26
Marcin A. Quoos , adwokat, doktorant, Uniwersytet Wrocławski (Wrocław) Ograniczenia dotyczące powoływania twierdzeń, zarzutów i dowodów na gruncie systemu prekluzji w procesie cywilnym (cz. 2)	44
Wacław Mendys , adwokat, dr, adiunkt, Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie (Rzeszów) Między kreatywnością a kontrydiktoryjnością	52
Andrzej Ziębiński , sędzia SO (Gliwice) Wybrane kontrowersje wokół obrony obligatoryjnej (cz. 1)	60
Wiesław Koziulewicz , sędzia SN (Warszawa–Lublin) Pojęcie niepoczytalności w doktrynie prawa karnego i orzecznictwie SN	76
Aleksander Kappes , adwokat, dr, adiunkt UŁ (Łódź), Andrzej Wosiński , adwokat (Łódź) W sprawie prawa górskiego. Głos w dyskusji	86

POLEMIKA

Maciej Gutowski , adwokat, dr (Poznań) Kilka uwag, dlaczego opcja nie jest umową warunkową	93
--	----

PUNKTY WIDZENIA

Andrzej Malicki , adwokat (Wrocław) Adwokatura też pod ochroną.	101
Roman Nowosielski , adwokat (Gdańsk), Michał Sowiński , apl. adw. (Gdańsk) A dobro dziecka... Ochrona praw dzieci w mediach.	110

ADWOKATURA DZIŚ I JUTRO

Sebastian Samol , adwokat, dr, adiunkt UAM (Poznań) Warunki informowania o usługach adwokackich na podstawie nowych przepisów Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeksu Etyki Adwokackiej).	116
---	-----

WAŻNE DLA PRAKTYKI

- Roman Nowosielski**, adwokat (Gdańsk), **Michał Sowiński**, apl. adw. (Gdańsk),
Maciej Śledź, apl. adw. (Gdańsk)
 Nowa ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – nowe rozwiązania,
 nowe problemy. 128
- Andrzej Bąk**, adwokat (Łódź)
 Patologia procesowa i propagowanie szarej steryf usług prawniczych jako
 konsekwencja nowej regulacji kosztów postępowania w sprawach cywil-
 nych 138

BEZ TOGI

- Stanisław Mikke**, adwokat (Warszawa)
 „Psychopaci są wśród nas” 142

CO PISZCZY W PRAWIE

- Marian Filar**, prof. dr hab., UMK (Toruń)
 Bilans roczny 146

DO LEKTURZE

- Andrzej Bąkowski**, adwokat (Warszawa)
 „Wywiad – rzeka”. Władysław Bartoszewski na celowniku Michała Komara . . 148

U ŹRÓDEŁ PRAWA EUROPY

- Witold Wołodkiewicz**, adwokat, prof. dr hab., UW (Warszawa)
 Mit omnipotencji prawa stanowionego. Uwagi na marginesie edyktu Diokle-
 cjana o cenach. 154

PROCESY ARTYSTYCZNE

- Marek Sołtysik**, (Kraków)
 Poruszone zdjęcie Przybyszewskiego (cz. 4). Znużony satanista 164

KARTY HISTORII

- Wojciech Szafrąński**, dr, UAM (Poznań)
 „Prawniczy świątek” w osiemnastowiecznej Polsce. 171

HISTORIA CZASOPISMIENICTWA PRAWNICZEGO

- Stanisław Milewski**, (Warszawa)
 „Gazeta Sądowa Warszawska” 176

LITERATURA I PRAWO

- Jerzy Stefan Langrod**, prof. dr UJ (Kraków)
 Goethe jako adwokat (cz. 2) 180

DRAWO – KULTURA – NAUKA	
Tadeusz Biliński , (Warszawa) Tragiczne zapętlenie Birmy	185
SYLWETKI WYBITNYCH ADWOKATÓW	
Piotr Sendeki , adwokat, wiceprezes NRA (Warszawa–Lublin) Adwokat Adam Jurkiewicz (1910–2006)	190
„PALESTRA” PRZED LATY	
Rok 1965, nr 1 i 2. Orzecznictwo SN w sprawach adwokackich; Zdzisław Papierkowski, Sumienie świata wobec przedawnienia zbrodni hitlerowskich ..	200
DRAWO ZA GRANICĄ	
Sandra Krajcer , studentka, Uniwersytet w Innsbrucku (Austria) Odpowiedzialność za wypadki narciarskie, porównanie z rozwiązaniami austriackimi	210
MIEDZY TRADYCJĄ A WSPÓŁCZESNOŚCIĄ	
Tadeusz Biliński , (Warszawa) Ostatni wolni ludzie (Afganistan)	218
DRAWA CZŁOWIEKA	
Marek Antoni Nowicki , adwokat (Warszawa), prezes Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (VII–IX 2006 r.)	223
Z WOKANDY LUKSEMBURGA	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , adwokat, dr, adiunkt Centrum Prawa Europejskiego Uniwersytetu Gdańskiego (Wrocław–Gdańsk) „Sędziowski aktywizm” czyli wspólnotowe czynienie sprawiedliwości	230
RECENZJE	
Andrzej Stempniak, <i>Postępowanie o dział spadku</i> oprac. Kazimierz Lubiński , prof. dr hab. UMK (Toruń)	241
Tomasz Spyra, <i>Granice wykładni prawa</i> oprac. Sławomir Lewandowski , adwokat, dr, adiunkt UW (Warszawa)	246
Wojciech Kotowski, <i>Przestępstwa drogowe. Komentarz</i> oprac. Andrzej Baładynowicz , prof. dr hab. UW (Warszawa)	248
Adam Lityński, <i>Historia prawa Polski Ludowej</i> oprac. Adam Redzik , dr (Warszawa)	249

NOWE KSIĄŻKI

Oprac. **Agnieszka Metelska**, adwokat (Warszawa) 251

SYMPOZJA, KONFERENCJE

Zjazd Katedr Prawa Karnego, Gniezno 26–29 września 2006 r.

oprac. **Joanna Buczkowska-Prajs**, dr UAM (Poznań) 257

Konferencja Instytutu Praw Człowieka Adwokatów Europejskich, Bordeaux 13–14 października 2006 r.

oprac. **Zbigniew Cichoń**, adwokat (Kraków) 258

Konferencja Senatu RP pt. „Język polskiej legislacji, czyli zrozumiałość przekazu a stosowanie prawa, Warszawa, 7 grudnia 2006 r.

oprac. **Anna Frąckiewicz**, asystent, KUL (Lublin) 259

SPRAWOZDANIA

50. Kongres UIA, Salvador (Brazylia), 31 października–4 listopada 2006 r.

oprac. **Sławomir Ciemny**, adwokat (Warszawa) 264

Konferencja CCBE, Rzym, 10–11 listopada 2006 r.

oprac. **Andrzej Zwara**, adwokat (Gdańsk) 266

Sesja CCBE, Bruksela 23–25 listopada 2006 r.

oprac. **Mariusz Woliński**, adwokat (Warszawa) 268

PRAKTYCZNE ZAGADNIENIA PRAWNE

PRAWO CYWILNE

Skutki naruszenia właściwości sądu do wznowienia postępowania

oprac. **Karol Weitz**, dr hab., adiunkt UW, Biuro Studiów i Analiz SN (Warszawa) 270

Wpływ zmian podatku VAT na treść stosunku zobowiązaniowego

oprac. **Roman Trzaskowski**, dr, adiunkt UKSW, Biuro Studiów i Analiz SN (Warszawa) 275

PRAWO HANDLOWE

Udzielenie pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki z o.o.

oprac. **Katarzyna Bilewska**, adwokat, dr, adiunkt UW (Warszawa) 279

PYTANIA I ODPowiedzi PRAWNE

Czy brak należytego pouczenia w treści powiadomienia o terminie rozprawy strony niezobowiązanej do osobistego stawiennictwa o trybie zaskarżenia wyroku, jaki może zapaść pod jej nieobecność, może spowodować niekorzystne dla strony skutki?

oprac. **Ewa Stawicka**, adwokat (Warszawa) 284

Z DYLEMATÓW TRANSLATORÓW PRAWA

Maciej T. Sawicki, solicitor i barrister (Sydney), aplikant radcowski (Warszawa)

Podstawowe pojęcia z zakresu prawa spółek 287

NAJNOWSZE ORZECZNICTWO

- Zbigniew Strus**, sędzia SN (Warszawa)
Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna 289
- Zbigniew Szonert**, dr, sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa)
Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego. 293

GŁOSY

- Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1 lutego 2006 r. V KK 238/05
oprac. **Marek Derlatka**, adwokat, doktorant UAM (Poznań) 298
- Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 9 czerwca 2006 r., I KZP 14/06
oprac. **Marcin Pawełek**, asystent sędziego SN (Warszawa) 302
- Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 stycznia 2005 r. V KK 292/04
oprac. **Katarzyna Sychta**, dr, adiunkt, Uniwersytet Śląski (Katowice) 314
- Glosa do wyroku SN z 17 grudnia 2004 r., II CK 300/04
oprac. **Katarzyna Warzecha**, doktorantka UW (Warszawa) 324
- Glosa do wyroku Sądu Pierwszej Instancji z 14 grudnia 2005 r. w sprawie T-69/00 FIAMM
oprac. **Marcin Górski**, asystent, UŁ (Łódź) 334

KRONIKA ADWOKATURY

- Posiedzenie Plenarne NRA. 347
- Z prac Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej 350

ADWOKATURA W PRACACH LEGISLACYJNYCH

- Sprawozdanie z zakończenia prac Sejmowej Podkomisji ds. zmian ustawy Prawo o adwokaturze (druk sejmowy nr 884)
Joanna Agacka-Indecka, adwokat, wiceprezes NRA (Warszawa-Łódź) 353
- Stanowisko Prezydium NRA z 23 stycznia 2007 r. wobec projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw 356

Z ŻYCIA IZB ADWOKACKICH

- IZBA GDAŃSKA
Protokół z posiedzenia ORA z 17 X 2006 r. Wniosek o zwołanie Nadzwyczajnego Zjazdu Adwokatury. 359
- IZBA KOSZALIŃSKA
Sprawozdanie z przebiegu Zgromadzenia ORA w Koszalinie 14 X 2006 r.
oprac. **Stefania Płocica**, adwokat (Koszalin) 364
- Ogólnopolskie seminarium Aplikantów Adwokackich, Darłówko 2006
oprac. **Jakub Rogólski**, adwokat (Koszalin) 366
- IZBA WARSZAWSKA
Spotkanie opłatkowe aplikantów w Warszawskiej Izbie Adwokackiej – 7 XII 2006 r.
oprac. **Bartosz Grohman**, adwokat (Warszawa) 367

VARIA

Nagroda „Jerrold Scoutt” Fundacji Rady Adwokackiej D.C. Columbia dla adwokata Anny Sykes-Strzemiecznej	370
„Złote Wagi” – nagrody Naczelnej Rady Adwokackiej oprac. Maria Sankowska , aplikantka sędziowska (Warszawa).	371
Podziękowania dla prof. dr. hab. Marka Safjana i Wiesława Johanna	372
Odnaczenia dla adwokatów – obrońców w procesach „Poznańskiego czerwca 1956”	373

SZPALTY DAMIĘCI

Adwokat Andrzej Grabiński (1922–2006) oprac. <i>Andrzej Bąkowski</i> , adwokat (Warszawa).	375
Adwokat Jan Ratajski (1919–2006) oprac. <i>Andrzej Marcinkowski</i> , adwokat (Poznań)	380
Profesor dr hab. Alicja Kędzierska-Cieślak (1929–2006) oprac. <i>Andrzej Burzak, Jerzy Ciszewski, Adam Jedliński, Krystyna Smolarczyk-Stępnia</i> k, adwokaci (Sopot)	382
Adwokat Wincenty Julian Broniwój-Orliński (1913–2006) oprac. <i>Cezary Nowakowski</i> , adwokat (Ostrów Wielkopolski)	384
Adwokat Edmund Mazur (1924–2006) oprac. <i>Janusz A. Mika, Wojciech Toczyski</i> , adwokaci (Warszawa).	388

LISTY DO REDAKCJI

Byłem lwowskim kadetem. Pokłosie „lwowskiego” numeru „Palestry” Lesław Myczkowski , adwokat (Warszawa)	390
Zaproszenie do współpracy adwokatów z organizacjami pozarządowymi Filip Czernicki , prezes Zarządu Fundacji Uniwersyteckich Poradni Prawnych (Warszawa)	393
Internauci o adwokaturze Zdzisław Burlewicz , adwokat (Kwidzyń)	395

SPROSTOWANIE 396

Table of contents	397
Table des matières	403
Inhaltsverzeichnis	409

500-LECIE STATUTU ŁASKIEGO – PIERWSZEGO KODEKSU PRAWA POLSKIEGO



Jan Łaski wręcza królowi Aleksandrowi Jagiellończykowi akt konfirmacyjny Statutu do podpisu

Rok 2006, mocą uchwały Sejmu RP z 16 grudnia 2005 r. (M.P., Nr 83, poz. 166), ogłoszony był Rokiem Jana Łaskiego (1456–1531) – znakomitego kodyfikatora i jednego z twórców fundamentów prawnych Pierwszej Rzeczypospolitej, sekretarza królewskiego, kanclerza wielkiego koronnego, arcybiskupa gnieźnieńskiego i prymasa Polski. W ciągu roku miały miejsce inicjatywy służące upamiętnienia postaci i dzieła tego wybitnego męża stanu, a 25 stycznia 2007 r. w siedzibie Trybunału Konstytucyjnego, w obecności Prezydenta

RP, Marszałka Sejmu RP, Marszałka Senatu RP, prezesa Rady Ministrów, prezesa Trybunału Konstytucyjnego, prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego, prezesa Sądu Najwyższego oraz wielu innych distinguished gości, odbyła się uroczystość zamknięcia Roku Jana Łaskiego, podczas której podpisano deklarację *Pro memoria*. Podkreślono w niej, że publikacja *Statutu Łaskiego* w 1506 r. zapoczątkowała tradycję urzędowego ogłaszania obowiązującego prawa, jako gwarancji rządów prawa i jego skutecznej egzekucji, a wprowadzone w tym czasie zasady *lex est rex* i *lex est anima rei publicae* stanowią dziś część kanonu europejskiej kultury prawnej.

Statut Łaskiego był konsekwencją podjętego na Sejmie w Radomiu w 1505 r. dzieła porządkowania prawa w Rzeczypospolitej. Opracowany został na zlecenie króla Aleksandra Jagiellończyka i Sejmu. W *Statucie*, którego tytuł brzmiał: *Commune incliti Regni Poloniae privilegium constitutionum et indultum publicitus decretorum approbatorumque* (Przesławnego Królestwa Polskiego przywileje, konstytucje i zezwolenia urzędowe oraz uznane dekryty), przygotowanym i ogłoszonym w 1506 r. w drukarni Jana Hallera w Krakowie w 162 egzemplarzach znalazła się, na 357 kartach, w zasadzie, całość obowiązujących w Koronie praw pisanych. Statut podzielony był na dwie części. Pierwsza zawierała „konstytucje i indulty publicznie dekretowane i zatwierdzone” (statuty i dekryty królewskie, konstytucje sejmowe, przywileje generalne dla szlachty, traktaty międzynarodowe i inne), zaś druga „niektóre prawa boskie i ludzkie *motu proprio* króla do przywileju dołączone”, a w tej grupie dwa spisy prawa zwyczajowego ziemi krakowskiej, przywileje dla Żydów, źródła prawa kościelnego i źródła prawa miejskiego (Zwierciadło Saskie, Prawo miejskie magdeburskie). Do całości dołączono romanistyczny traktat prawniczy Rajmunda Partenopejczyka pt. *Summa legis levis, brevis et utilis*, będący swego rodzaju podręcznikiem prawa.



Król Aleksander Jagiellończyk i Jan Łaski na Sejmie w Radomiu w 1505 r.

Można przyjąć, że *Statut Łaskiego* to pierwszy kodeks prawa polskiego – *Corpus iuris Regni Poloniae*, pierwszy drukowany urzędowy zbiór polskiego prawa powszechnego, ustanowiony, „aby prawo stało się powszechnie znane”. Kanclerz Jan Łaski przygotował go z myślą o budowie Rzeczypospolitej praworządnej, „w której rozumne prawo spełnia rolę fundamentu ładu i sprawiedliwości (...)”. Dzieło Łaskiego przy-

czyniło się do tego, że ideał rządów prawa stopniowo zyskiwał w Polsce powszechne uznanie. Było też krokiem w kierunku unifikacji państwa.

Jednym z aktów ogłoszonych w *Statucie Łaskiego* jest przyjęta na Sejmie Radomskim 1505 r. słynna Konstytucja *Nihil novi*. Innym niezwykle ważnym, uchwalona na tym samym Sejmie, konstytucja „O nowych ustawach wprowadzanych w życie przez urzędowe ogłoszenie” (*De constitutionibus novis per proclamationis publicandis*). Wprowadzała ona niezwykle ważną zasadę promulgacji prawa: *żeby nikt nie był zobowiązany do przestrzegania nowej ustawy publicznej, jeśli uprzednio nie zostanie ona urzędowo ogłoszona* (tłum. M. Janickiego).

Statut Łaskiego, który nie tylko złożony został w Skarbcu Koronnym, ale wkrótce po publikacji rozesłany do starostw i kościołów większych, przyczynił się do ujednoczenia systemu prawnego i zwiększenia centralizacji państwowej, a także upowszechnienia znajomości prawa. Stał się też podstawowym źródłem prawa polskiego aż do upadku Rzeczypospolitej.

oprac. Adam Redzik

Szerzej na temat *Statutu Łaskiego* i jego znaczenia zob.: Jan Łaski (1456–1531). Kanclerz Wielki Koronny. Prymas Polski, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe 2006, ss. 22 (nienumerowane); W. Uruszczak, *Znaczenie Statutu Jana Łaskiego z 1506 r. w rozwoju prawa dawnej Polski*, *ibidem*; idem, *Commune incliti Poloniae Regni privilegium constitutionum ed indultuum*. O tytule i mocy prawnej Statutu Łaskiego z 1506 roku, *Prace poświęcone pamięci Adama Uruszczaka*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelktualnej UJ” 2006, z. 96, Kraków 2006, s. 115–135; idem; „Sejm walny wszystkich państw naszych”. Konstytucja *Nihil novi* i sejm w Radomiu w 1505 roku, Radom: Radomska Oficyna Naukowa, ss. 8 (nienumerowane); Z. Kaczmarczyk, *O kanclerzu Janie Łaskim* Warszawa 1955; B. Miodońska, *Przedstawienie państwa polskiego w Statucie Łaskiego z 1506 r.*, (w:) *Folia Historiae Artium*, t. V, Kraków 1981, s. 19–68; F. Papée, *Aleksander Jagiellończyk*, Kraków 1949; S. Kutrzeba, *Źródła Statutu Jana Łaskiego*, Kraków 1911; *Historia Sejmu Polskiego*, t. I – *Do schyłku epoki szlacheckiej Rzeczypospolitej*, pod red. J. Michalskiego, Warszawa 1984.

Ryciny pochodzą ze *Statutu Łaskiego* (Kraków 1506), AGAD, Zbiór Dokumentów Pergaminowych, sygn. 5632.

PRZYCZYNIENIE SIĘ DO POWSTANIA SZKODY POSZKODOWANEGO, KTÓREMU NIE MOŻNA PRZYPISAĆ WINY

Kilka uwag

Wykładnia art. 362 k.c. jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień na gruncie prawa cywilnego. Świadczy o tym nie tylko ilość wypowiedzi na ten temat, ale także ich niejednokrotnie gorący ton. Mimo że od opublikowania przez A. Szpunara monografii poświęconej winie poszkodowanego w prawie cywilnym¹ upłynęło ponad 30 lat, spory wokół tej instytucji nie milkną do dnia dzisiejszego. Powodem do napisania niniejszego artykułu były nie tylko kolejne wypowiedzi dotyczące omawianej kwestii², ale stwierdzenie, że podstawowym i chyba nadal nierozwiązanym problemem jest mechanizm przyczynienia w sytuacji, gdy poszkodowanemu nie można przypisać winy z powodu wieku albo stanu psychicznego, szczególnie w sytuacji odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Zdaniem A. Szpunara, właśnie ta kwestia stanowi probierz dla każdego, kto zajmuje się problematyką przyczynienia poszkodowanego³. Z tego powodu w niniejszej pracy zajmę się przyczynieniem poszkodowanego w tej wąskiej sytuacji – gdy nie można przypisać mu winy, a dodatkowo odpowiedzialny za szkodę odpowiada na zasadzie ryzyka.

Rozwój poglądów doktryny w zakresie wykładni art. 362 k.c. był wielokrotnie prezentowany i jest doskonale znany, dlatego pozwolę sobie przytoczyć te kwestie w ogromnym skrócie. Pierwotna koncepcja, powstała jeszcze na gruncie Kodeksu zobowiązań, została przedstawiona przez R. Longchamps de Bérier⁴. Autor ten, co było do pewnego stopnia uzasadnione brzmieniem art. 158 k.z., ujmował zagad-

¹ A. Szpunar, *Wina poszkodowanego w prawie cywilnym*, Warszawa 1970.

² Na przykład: T. Pajor, *Uwagi o przyczynieniu się poszkodowanego do powstania szkody* (w:) *Odpowiedzialność cywilna, Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004; A. Szpunar, *Przyczynienie do powstania szkody w wypadku komunikacyjnym*, „Rejent” 2001, nr 6; P. Granecki, *W sprawie wykładni art. 362 kodeksu cywilnego*, PiP 2003, nr 1; oba artykuły zresztą związane z orzeczeniem SN z 15 kwietnia 1999 r. i glosą Z. Banaszczyka do niego, OSP 2001, poz. 2.

³ A. Szpunar, *Przyczynienie...*, s. 26.

⁴ R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Poznań 1999 (reprint z 1939 r.), s. 287–288.

nienie wyłącznie w płaszczyźnie kauzalnej. Jego zdaniem przyczynienie poszkodowanego zachodziło zawsze, gdy można było wykazać związek przyczynowy pomiędzy jego zachowaniem a szkodą. Istotą zapatrywania było to, że: „każdy działa na własne ryzyko i powinien ponosić skutki przypadków, które jego osoby lub majątku dotyczą”.

Temu pogładowi stawiano jednak poważne zarzuty, w szczególności twierdzono, że rozwiązanie takie jest bardzo surowe dla poszkodowanego: praktycznie zawsze jego zachowanie pozostaje w związku przyczynowym ze szkodą, a ponadto jest on stawiany w gorszej sytuacji od sprawcy, ponieważ na zmniejszenie należnego odszkodowania wpłynie każde, nawet niezawinione zachowanie poszkodowanego.

Te dwa zarzuty stały się podstawą do uzupełnienia kauzalnej konstrukcji przyczynienia o dwa elementy: adekwatny związek przyczynowy i ocenę zachowania poszkodowanego.

Uznano, że dla wykazania przyczynienia poszkodowanego nie wystarcza aby jego zachowanie pozostawało w związku ze szkodą jedynie na zasadzie *conditio sine qua non*. Konieczne jest, aby zachowanie poszkodowanego pozostawało w adekwatnym związku przyczynowym ze szkodą, w ujęciu art. 361 k.c., który ma zastosowanie dla wszelkich powiązań kauzalnych na gruncie prawa cywilnego. Artykuł 362 k.c. nie daje żadnych wskazówek, które upoważniałyby do odejścia od tej powszechnie przyjętej konstrukcji przyczynowości.

Ponadto część autorów postulowała, aby zachowanie poszkodowanego miało, ogólnie rzecz ujmując, „nieprawidłowy” charakter. Kwestia tej nieprawidłowości była traktowana różnie. Na przykład, A. Ohanowicz⁵ przedstawił pogląd, zgodnie z którym do uznania przyczynienia poszkodowanego konieczne jest ustalenie istnienia związku przyczynowego pomiędzy zawinionym zachowaniem poszkodowanego a szkodą. Z kolei T. Dybowski⁶ uznawał, że o przyczynieniu można mówić już wtedy, gdy zachowanie poszkodowanego, pozostające w związku przyczynowym ze szkodą, jest obiektywnie nieprawidłowe.

Pewnego rodzaju podsumowaniem dyskusji stała się wspomniana monografia A. Szpunara poświęcona winie poszkodowanego w prawie cywilnym. W pracy tej autor zaproponował rozwiązanie mieszane, zgodnie z którym w przypadku odpowiedzialności na zasadzie winy przyczynienie poszkodowanego ocenia się przy ustaleniu jego zawinionego postępowania i przy porównaniu stopnia winy każdej ze stron. Z kolei, w przypadku odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, dla ustalenia przyczynienia wystarcza ustalenie obiektywnie nieprawidłowego zachowania poszkodowanego, a zmniejszenie odszkodowania nastąpi w wyniku porównania stopnia naganności tego postępowania z niebezpieczeństwem, jakie wprowadza do obrotu „czynnik szkodzący”, uzasadniający wprowadzenie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. W obu przypadkach działanie poszkodowanego musi oczywi-

⁵ A. Ohanowicz, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1958, s. 47.

⁶ T. Dybowski, *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, s. 299 i n.

ście wpływać, na zasadzie adekwatnego związku przyczynowego, na powstanie lub rozmiar szkody.

Ostatecznie, po licznych dalszych wypowiedziach, w doktrynie ukształtowały się dwa główne nurty. Jeden, opowiadający się za mieszanym rozwiązaniem A. Szpunara⁷ i drugi, reprezentowany głównie przez T. Dybowskiego⁸, a ostatnio Z. Banaszczyka⁹ czy J. Strzępkę¹⁰, który opiera się na kauzalnym ujęciu problematyki przyczynienia. Kwestia ewentualnej nieprawidłowości zachowania poszkodowanego jest tu przesunięta na płaszczyznę oceny stopnia zmniejszenia odszkodowania.

Odosobniony pogląd prezentuje P. Granecki¹¹, który uważa, że problematyka przyczynienia winna być oceniana na gruncie miarkowania odszkodowania.

Jak zgodnie podkreśla się w literaturze, orzecznictwo Sądu Najwyższego, mimo generalnego oparcia konstrukcji przyczynienia na zasadach powiązań kauzalnych, zajmuje stanowisko dość niejednoznaczne, wymagając generalnie, aby poza powiązaniem przyczynowym występowała obiektywna nieprawidłowość zachowania poszkodowanego¹². Poglądy orzecznictwa będą jeszcze prezentowane.

Zastanówmy się teraz nad konsekwencjami przyjęcia wspomnianych powyżej stanowisk w sytuacji przyczynienia poszkodowanego, któremu winy przypisać nie można, w sytuacji gdy odpowiedzialny za szkodę odpowiada na zasadzie ryzyka lub słuszności.

Przyjęcie rozwiązania proponowanego przez A. Szpunara oznacza, że ocena przyczynienia do powstania szkody w przypadku osób, którym winy przypisać nie można, będzie różna w zależności od tego, na jakiej podstawie odpowiada odpowiedzialny za szkodę. W przypadku odpowiedzialności opartej na zasadzie winy, o przyczynieniu poszkodowanego można mówić tylko wtedy, gdy jego działanie jest zawinione. W związku z tym, osoby, którym winy przypisać nie można, nie poniosą negatywnych konsekwencji swego nieprawidłowego zachowania na mocy art. 362 k.c. Trzeba tu jednak zaznaczyć, że poglądy autora zmieniły się nieco pod wpływem orzecznictwa. Ostatecznie uznał on, że także i w opisywanej sytuacji

⁷ Do tego poglądu przychylają się, na przykład: B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, A. Rembieliński, Z. Radwański, T. Pajor, podobnie T. Wiśniewski (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego, księga trzecia, zobowiązania*, Warszawa 1996, s. 59–60. Trzeba jednak zauważyć, że poglądy wielu autorów są trudne do określenia i ulegają zmianom. Niekiedy uwagi ograniczają się do prezentacji rozbieżnych stanowisk, por. np. W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa 1994, s. 203–205.

⁸ Por. np. T. Dybowski, *W sprawie przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody*, NP 1977, nr 6, s. 820.

⁹ *Kodeks cywilny. Komentarz* pod red. K. Pietrzykowskiego, t. 1, Warszawa 2002, s. 730–732.

¹⁰ J. Strzępka, *Umowy w zakresie inwestycji budowlanych* (w:) *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 937–938.

¹¹ P. Granecki, *W sprawie wykładni...*, s. 70; tenże, *Wybrane zagadnienia wykładni art. 362 k.c. – na marginesie wypowiedzi profesora Tomasza Pajora*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 103 i n.

¹² Ta ogólna zasada została ustalona w uchwale składu 7 sędziów SN z 20 września 1975 r., III CZP 8/75, OSNCP 1976, poz. 151.

naganne postępowanie małoletniego, któremu winy przypisać nie można, może niekiedy uzasadniać zmniejszenie należnego mu odszkodowania¹³.

W ramach omawianej koncepcji przyczynienia, w przypadku odpowiedzialności na zasadzie ryzyka lub słuszności, nie dokonujemy oceny winy żadnej ze stron. Zamiast oceny zawinienia poszkodowanego oceniamy, czy jego zachowanie było obiektywnie prawidłowe. Jeśli nie – to fakt ten daje podstawę do uznania przyczynienia poszkodowanego¹⁴.

W praktyce, dokonując oceny przyczynienia poszkodowanego, dokonujemy następujących działań. Po pierwsze, oceniamy, czy zachowanie poszkodowanego odpowiada wzorcowi „obiektywnej poprawności” w danej sytuacji. Jakikolwiek dalsze rozważania dotyczące przyczynienia mogą mieć miejsce tylko wtedy, gdy ustalimy, że poszkodowany zachował się w sposób obiektywnie nieprawidłowy. W tym miejscu nasuwa się oczywiście dość wyraźne zastrzeżenie – co w praktyce ma oznaczać „obiektywnie prawidłowe zachowanie”, jeżeli oceniamy działania małoletniego albo osoby niepoczytalnej. A. Szpunar, dostrzegając to zagadnienie, uzasadniał poprawność swojej koncepcji obiektywnym charakterem odpowiedzialności, pozbawionej elementów subiektywnych, co winno prowadzić do odrzucenia oceny tych elementów – po obu stronach. Zdaniem tego autora: „Ze względu na szczególny charakter odpowiedzialności na zasadzie ryzyka możemy przecież przyjąć całkowicie obiektywne kryteria. Obowiązują bowiem zasady rządzące postępowaniem ludzi normalnych i z nimi musimy porównać zachowanie się poszkodowanego, chociaż byłby dzieckiem lub osobą niepoczytalną¹⁵”.

Po ustaleniu, że zachowanie poszkodowanego jest obiektywnie nieprawidłowe, badamy, czy miało ono wpływ na powstanie lub zwiększenie szkody. Ocena jest dokonywana w ramach powiązań przyczynowych adekwatnych i dotyczy oczywiście nie całości zachowania, ale tego fragmentu, który jest w danej sytuacji istotny, to znaczy mógł mieć wpływ na powstanie lub rozmiar szkody. To zastrzeżenie jest konieczne, ponieważ w większości opracowań dotyczących omawianego problemu autorzy mają tendencje do wpadania w pewną skrajność, uznając, że prawie zawsze zachowanie poszkodowanego pozostaje w normalnym związku ze szkodą. Trzeba podkreślić, że w praktyce nie interesują nas wszelkie zachowania poszkodowanego – ale jedynie te, które mogły wpłynąć na szkodę.

Omawiane rozwiązanie ma swoje zasadnicze zalety w przypadku, gdy poszkodowanym jest osoba, której można przypisać zarzut niedołożenia należytej sta-

¹³ Por. A. Szpunar, *Glosa do orzeczenia SN z 1 marca 1985 r.*, OSP 1989, nr 5, poz. 115, s. 259.

¹⁴ Ostatecznie, klasyczne ujęcie koncepcji przyczynienia zaproponowanej przez A. Szpunara znalazło pełną aprobatę w orzeczeniu SN z 13 października 1998 r., II UKN 259/98, OSNP 1999, poz. 698, gdzie Sąd Najwyższy uznał, że nie można dokonać oceny przyczynienia poszkodowanego, jeżeli najpierw nie zostanie ustalona zasada odpowiedzialności sprawcy, ponieważ mechanizm przyczynienia jest odmienny przy odpowiedzialności na zasadzie ryzyka i winy.

¹⁵ A. Szpunar, *Wynagrodzenie szkody wynikłej z wypadku komunikacyjnego*, Warszawa 1976, s. 254.

ranności w dbałości o swoje sprawy¹⁶. W takiej sytuacji dokonujemy oceny zachowania tej osoby w kontekście wzorca należytego postępowania w danej sytuacji (na przykład przechodzenia przez jezdnię, używania maszyny, posługiwania się materiałami niebezpiecznymi¹⁷) i w zależności od zgodności z tym wzorcem lub jej braku uznajemy możliwość zastosowania art. 362 k.c. lub nie. Nasuwa się tu jednak oczywista uwaga, że takie podejście w praktyce nie będzie różniło się od wcześniejszego rozwiązania A. Ohanowicza.

W przypadku gdy poszkodowanym jest osoba, której winy przypisać nie można, sytuacja się komplikuje. Dopasowywanie do takiego poszkodowanego wzorca „obiektywnie należytego postępowania” może niejednokrotnie sprawiać wrażenie kompletnego nieporozumienia. Jaki sens ma ocena „obiektywnej prawidłowości” zachowania, na przykład, trzyletniego dziecka? Już w swojej pracy z 1971 r. A. Szpunar zauważał pewien paradoks związany z przykładaniem takiego wzorca do zachowania osoby nieletniej lub chorej umysłowo¹⁸. Na wadliwość takiego zabiegu stanowczo wskazywał M. Nesterowicz¹⁹, a także P. Granecki²⁰. T. Pajor słusznie zauważa, że efektem takiego ujęcia przyczynienia poszkodowanego jest złagodzenie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka – wbrew motywom ustawodawcy²¹. W końcu, wprowadzając odpowiedzialność oderwaną od winy, ustawodawca dążył do zaostrenia odpowiedzialności pewnego kręgu podmiotów, a nie do tego, aby podmioty te mogły przerzucić część odpowiedzialności na poszkodowanych w ramach konstrukcji zobiektywizowanego przyczynienia.

Skutki rozbicia przyczynienia na dwa systemy w zależności od podstawy odpowiedzialności może zilustrować następujący przykład. Nieprawidłowo jadący rowerzysta wjeżdża w pieszego, przechodzącego w miejscu niewyznaczonym dla przekraczania jezdni. Jeżeli pieszy jest osobą, której winy nie można przypisać, na przykład ze względu na chorobę psychiczną, jego zachowanie nie może być uwzględnione w ramach konstrukcji przyczynienia – ponieważ rowerzysta odpowiada na zasadzie winy. Jeżeli jednak, w tym przykładowym stanie faktycznym, zastąpimy rowerzystę motorowerzystą, to zachowanie pieszego zawsze może być

¹⁶ Takie opisowe ujęcie winy poszkodowanego chyba najlepiej oddaje istotę rzeczy: W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa 1994, s. 204.

¹⁷ Licznych przykładów, nie zawsze akceptowanych, dostarcza tu orzecznictwo SN co do przechodzenia przez przejście dla pieszych, tory kolejowe, co do wysiadania z tramwaju, obsługiwanie maszyn, por. np wyrok z 14 lutego 2001 r. w sprawie I PKN 248/00, OSNP 2002, poz. 522; wyrok z 9 marca 2005 r., w sprawie II CK 484/04, LEX 149591; wyrok z 22 czerwca 2005 r. w sprawie I PK 253/04, OSNP 2006, poz. 73.

¹⁸ A. Szpunar, *Wina poszkodowanego...*, s. 157–158.

¹⁹ M. Nesterowicz, *Przyczynienie się poszkodowanego do wypadków komunikacyjnych*, Acta Universitatis Lodzianis, Folia Iuridica 1990, nr 44, s. 96, 100.

²⁰ P. Granecki, *W sprawie wykładni...*, s. 73–74.

²¹ T. Pajor, *Uwagi o przyczynieniu się poszkodowanego do powstania szkody (w:) Odpowiedzialność cywilna, Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 163.

badane w kontekście przyczynienia, ponieważ posiadacz motoroweru odpowiada na zasadzie ryzyka. Ostatecznie, odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń, w którym posiadał ubezpieczenie OC posiadacz motoroweru, będzie ograniczona w stosunku do odpowiedzialności rowerzysty, który wyrządził taką samą szkodę w takim samym stanie faktycznym. Wydaje się to całkowicie sprzeczne z motywami, które kierowały ustawodawcą wprowadzającym odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, dodatkowo wspartą systemem ubezpieczeń obowiązkowych.

W moim przekonaniu stosowanie miernika „obiektywnie nieprawidłowego zachowania” w omawianych sytuacjach prowadzi w istocie do stawiania okreśną drogą zarzutu winy osobom, którym prawo cywilne nie pozwala stawiać takiego zarzutu. Wina w prawie cywilnym jest wszakże kategorią zdecydowanie zobiektywizowaną: dla postawienia zarzutu winy konieczne jest stworzenie abstrakcyjnego wzorca zachowania w danej sytuacji oraz porównanie go z ocenianym zachowaniem sprawcy szkody (tu: poszkodowanego). Jeżeli z zasady odrzucamy elementy subiektywne w postaci poczucia winy, to w moim przekonaniu proponowana ocena zachowania poszkodowanego nie różni się w praktyce od przedstawienia mu zarzutu winy.

Ale to nie koniec problemów. Przy rozbiciu zasad przyczynienia w zależności od podstawy odpowiedzialności powstaje i inne pytanie: jak należy postąpić w sytuacji, gdy odpowiedzialny za szkodę może odpowiadać zarówno na zasadzie winy jak i ryzyka – co wcale nie jest przecież rzadkie. Dobrego przykładu dostarcza orzeczenie SN z 1 marca 1985 r., które dotyczyło następującego stanu faktycznego. Podczas zabawy dziecko zauważyło zabawkę, znajdującą się na terenie stacji transformatorowej (zawieszoną na przewodzie elektrycznym). Próba dotarcia do zabawki zakończyła się tragicznie – dziecko dotknęło przewodu elektrycznego i doznało bardzo ciężkich obrażeń, skutkujących trwałym kalectwem. Postępowanie dowodowe wykazało, że stacja transformatorowa była nienależycie zabezpieczona. Pozwala to na przyjęcie odpowiedzialności pozwanego zarówno na zasadzie ryzyka, na podstawie art. 435 k.c., jako prowadzącego przedsiębiorstwo wprawiane w ruch za pomocą sił przyrody, jak i na zasadzie winy, w oparciu o art. 415 k.c., z racji nienależytego zabezpieczenia wstępu na teren stacji transformatorowej. Wybór podstawy zależy od poszkodowanego. Sąd Najwyższy uznał, że przyczynienie poszkodowanego (powód miał w chwili wypadku 10 lat) wynika z tego, że dziecko w takim wieku powinno zdawać sobie sprawę z niebezpieczeństw związanych z elektrycznością, rozumie ostrzeżenia i znaki zakazu wstępu. Uznano, że powód przyczynił się do szkody w 1/3. Jak się wydaje, istotą orzeczenia jest ustalenie, że w przypadku każdej odpowiedzialności – także na zasadzie winy – do uznania przyczynienia wystarczy obiektywnie nieprawidłowe, „zarzuczalne”, zachowanie poszkodowanego²².

²² Podobne wnioski można wysnuć z orzeczenia SN z 7 marca 1974 r., I CR 7/74, OSP 1975, poz. 103, którego teza brzmi: „Wiek poszkodowanego wyłącza możliwość przypisania mu winy wyrządzenia szkody (art. 426 k.c.) nie wyłącza możliwości uwzględnienia – na podstawie art. 362 k.c.

Orzeczenie to spotkało się z aprobatą glosatora. A. Szpunar zaakceptował uzasadnienie Sądu Najwyższego, podkreślając zwłaszcza to, że odszedł on od czysto kauzalnego traktowania przyczynienia. Z glosy wynika jednak i to, że autor dopuszczał zastosowanie art. 362 k.c. w zasadzie w sposób jednolity: zarówno w przypadku odpowiedzialności opartej na zasadzie winy, jak i odpowiedzialności na zasadzie ryzyka do zmniejszenia odszkodowania wystarczy obiektywnie nieprawidłowe zachowanie poszkodowanego, pozostające w związku przyczynowym ze szkodą.

Widać tu istotną modyfikację pierwotnych poglądów A. Szpunara. W pierwotnej wersji jego koncepcji doszłoby do nierozwiązywalnego dylematu: jak w takiej sytuacji, jak opisana powyżej²³, traktować przyczynienie? Kto ma dokonać wyboru między metodą stosowania art. 362 k.c., różną dla obu zasad odpowiedzialności możliwych do przyjęcia w powyższym przykładzie?

Z kolei, przyjrzyjmy się koncepcji o kauzalnej istocie przyczynienia. Współcześnie przedstawiciele tej koncepcji przyjmują, iż kwestia przyczynienia ma charakter obiektywny i niejako wstępny dla ewentualnego obniżenia odszkodowania w ramach stosowania art. 362 k.c. Jak to ujmuje Z. Banaszczyk: „przyczynienie się poszkodowanego jest – jako kategoria kauzalna – jedynie warunkiem miarkowania odszkodowania i nie prowadzi do niego automatycznie, a jego konsekwencją jest powinność badania przez sędziego okoliczności decydujących o tym, czy zmniejszenie odszkodowania powinno w ogóle nastąpić”²⁴. J. Strzępka²⁵ podkreśla, że przyczynienie poszkodowanego musi odpowiadać zasadzie adekwatności – w przeciwnym razie należałoby przyjąć, że poszkodowany zawsze przyczynia się do powstania szkody. Wyraźnie wskazuje też, że istnienie adekwatnego związku przyczynowego jest przesłanką do ewentualnego miarkowania odszkodowania.

W interesującym nas zakresie kauzalna koncepcja przyczynienia wymaga następującego postępowania. Najpierw badamy, czy pomiędzy zachowaniem poszkodowanego a szkodą, w każdym wypadku i bez różnic w poszczególnych zasadach odpowiedzialności, istnieje normalny związek przyczynowy. Następnie, jeżeli istnieje ten związek, to badamy „wszelkie okoliczności sprawy”, co ma nas doprowadzić do decyzji: czy w sprawie należy dokonać miarkowania odszkodowania, czy też nie. Kwestia możliwości przypisania winy poszkodowanemu zosta-

– jego przyczynienia się do powstania szkody, zwłaszcza gdy nie można wykluczyć u poszkodowanego określonego stopnia świadomości zachowania się nagannego”.

²³ Jeszcze innym przykładem może być sytuacja, gdy wobec osoby niepoczytalnej za szkodę wyrządzoną przez ruch przedsiębiorstwa odpowiedzialny jest zarówno prowadzący to przedsiębiorstwo, jak i inna osoba – na zasadzie winy. Prowadzący przedsiębiorstwo będzie mógł podnieść zarzut przyczynienia, natomiast bezpośrednio winny – już nie, mimo że z założenia odpowiedzialność prowadzącego przedsiębiorstwo powinna być surowsza.

²⁴ Z. Banaszczyk, *Komentarz...*, s. 732–733, podobnie w glosie do orzeczenia SN z 15 kwietnia 1999 r., OSP 2001, poz. 2.

²⁵ J. Strzępka, *op. cit.*

je przesunięta do drugiego etapu, staje się instrumentem służącym miarkowaniu odszkodowania. Ocena stopnia przyczynienia jest dokonywana zależnie od okoliczności sprawy, ma tu znaczenie także zasada odpowiedzialności. Na przykład, P. Granecki²⁶ uznaje, że miarkowanie, w przypadku gdy dotyczy przyczynienia poszkodowanego, któremu winy przypisać nie można, może nastąpić tylko wtedy, gdy nie sprzeciwia się to zasadom współżycia społecznego.

W pełni podzielam humanitarne motywy przytoczone przez wspomnianego powyżej autora, odnoszące się do absurdalności stawiania zarzutu przyczynienia wobec pięcioletniego dziecka czy osoby niepełnoletniej wskutek ciężkiej choroby psychicznej. Problem polega na tym, że opisana powyżej koncepcja posiada szereg słabych punktów.

W pierwszej kolejności należy zadać sobie pytanie, do czego odnosi się „kausalność” w proponowanym rozwiązaniu? Związek przyczynowy wiąże przyczynę ze skutkiem, a zatem: co jest przyczyną w prezentowanej koncepcji? Skutkiem jest szkoda, natomiast przyczyną, oprócz zdarzenia, z którym prawo wiąże odpowiedzialność, jest zachowanie poszkodowanego. Ale jest oczywiste, że bierzemy pod uwagę nie każde zachowanie poszkodowanego, nie będziemy się przecież zastanawiali nad kwestią przyczynienia małoletniego dziecka, w sytuacji gdy zostało potrącone na przejściu dla pieszych, podczas prawidłowego przechodzenia przez jezdnię, przez kierowcę, który wymusił na nim pierwszeństwo. W takiej sytuacji w ogóle nie ma przyczynienia poszkodowanego i nie ma sensu ustalanie najpierw, że dziecko przechodziło przez jezdnię (przyczyniając się do powstania szkody), a następnie uznawanie, że obniżenie odszkodowania, po rozważeniu okoliczności sprawy, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Kauzalna koncepcja przyczynienia cierpi więc na podstawowy błąd: nie określa tego, jakie zachowanie poszkodowanego należy łączyć ze szkodą lub jej wysokością. Podstawą do ustalenia przyczynienia jest każde zachowanie poszkodowanego, pozostające w adekwatnym związku przyczynowym ze szkodą. To, jakie zachowanie poszkodowanego doprowadzi do zmniejszenia odszkodowania, zostaje określone dopiero na etapie badania „okoliczności sprawy” – i tu chyba tkwi istota zarzutu o preparowaniu związku przyczynowego, stawianego zwolennikom kausalnej koncepcji przyczynienia poszkodowanego przez A. Szpunara²⁷: przyczynę uzasadniającą istnienie przyczynienia poszkodowanego określa się na etapie analizy jego konsekwencji. Jeżeli wymagamy, aby zachowanie poszkodowanego łączył adekwatny związek przyczynowy ze szkodą, to najpierw musimy ustalić, o jakie konkretnie zachowanie chodzi – i w ten sposób powstaje błędne koło.

Kolejny zarzut dotyczy metody zmniejszania odszkodowania, określanego przez zwolenników prezentowanego poglądu jako jego miarkowanie. Przyjęcie, że każdy poszkodowany, którego zachowanie pozostaje w normalnym związku przyczyno-

²⁶ P. Granecki, *W sprawie wykładni...*, s. 77.

²⁷ A. Szpunar, *Wina poszkodowanego...*, s. 89.

wym ze szkodą, przyczynił się do jej powstania, powoduje, że następnym krokiem jest ustalenie zasad zmniejszenia odszkodowania należnego. W przypadku osób, którym winy przypisać nie można, proponuje się dokonywanie oceny co do tego zmniejszenia w oparciu o całokształt okoliczności sprawy²⁸ albo zasady współżycia społecznego²⁹. Tego typu wykładnia czyni z art. 362 k.c. w gruncie rzeczy odpowiednik art. 440 k.c., dotyczącego miarkowania odszkodowania: ocenę stopnia przyczynienia pozostawia się w całości sądowi orzekającemu, pozbawiając go na dodatek precyzyjnych wskazówek co do zasad dokonywania zmniejszenia odszkodowania. Wskazywanie jako narzędzia do dokonywania ocen konsekwencji przyczynienia art. 5 k.c. uważam w ogóle za nieporozumienie, ponieważ ten przepis dotyczy nadużycia prawa podmiotowego, a nie zasad ustalania wysokości odszkodowania.

Podzielam ponadto pogląd prezentowany przez A. Szpunara³⁰ i ostatnio T. Pajora³¹, że art. 362 k.c. w ogóle nie mówi o miarkowaniu odszkodowania i nie stanowi odejścia od zasady pełnego odszkodowania. Wynika to wprost z treści przepisu, który mówi, iż w przypadku przyczynienia ulega zmniejszeniu „obowiązek naprawienia szkody” – a nie należne odszkodowanie. Istotą stosowania tego przepisu jest to, aby odpowiedzialny odpowiadał w granicach normalnego związku przyczynowego tylko za tę część szkody, która jego obciąża³². Istnienie przyczynienia wpływa na ograniczenie rozmiaru odpowiedzialności sprawcy. Odpowiedzialny ponosi jednak pełny ciężar szkody w ramach adekwatnego związku przyczynowego i nie ma tu mowy o zmniejszaniu należnego odszkodowania.

Obrazem niebezpieczeństw, do jakich prowadzą obie prezentowane tu koncepcje przyczynienia, jest szeroko komentowane orzeczenie Sądu Najwyższego z 15 kwietnia 1999 r.³³. Stan faktyczny tej sprawy był dość typowy dla spraw dotyczących odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Powódka, starsza kobieta o ograniczonej sprawności i zdolności do postrzegania, została potrącona przez tramwaj. Rozważania sądu są skoncentrowane na analizie okoliczności sprawy, a w szczególności na ocenie zachowania powódki. Ostatecznie uznano, że powódka przyczyniła się do szkody w ten sposób, że wykazała „nadmierne zaufanie do możliwości postrzegania oraz do pewności opartej na doświadczeniu w przechodzeniu przez to skrzyżowanie” oraz „zaniechała możliwości wykorzystania bezpośredniej obecności innych przechodzących z nią osób, aby upewnić się co do możliwości

²⁸ T. Dybowski, *W sprawie przyczynienia...*, s. 833.

²⁹ P. Granecki, *W sprawie wykładni...*, s. 77.

³⁰ A. Szpunar, *Przyczynienie się...*, s. 21.

³¹ T. Pajor, *Uwagi o przyczynieniu...*, s. 160.

³² Pogląd ten krytykuje P. Granecki, *Wybrane zagadnienia...*, s. 107–108, nie zauważając jednakże, że art. 361 § 1 nie dotyczy sytuacji gdy mamy do czynienia z wieloma przyczynami wystąpienia szkody.

³³ Wyrok SN z 15 kwietnia 1999 r., OSP 2001, nr 1 poz. 2, z glosą Z. Banaszczyka.

bezpiecznego przejścia przez tory tramwajowe”. Ostatecznie uznano za prawidłowe ustalenie przyczynienia powódki do szkody w 1/3.

Orzeczenie prezentuje swoistą mieszaninę obu koncepcji, z jednej strony sąd jedynie rozważa zmniejszenie wysokości odszkodowania stosownie do okoliczności sprawy, z drugiej odrywa przyczynienie poszkodowanej od możliwości postawienia jej zarzutu winy, ograniczając się do oceny jej obiektywnie nieprawidłowego zachowania. Efekt tych działań jest dość trudny do zaakceptowania. Uznaje się *a priori*, że zachowanie starszej kobiety przechodzącej przez tory tramwajowe w miejscu do tego przeznaczonym stanowi o przyczynieniu – zgodnie z wymaganiami koncepcji o kauzalnej istocie przyczynienia jest to w pełni możliwe. Następnie określa się, że jej zachowanie było obiektywnie nieprawidłowe – co uzasadnia zmniejszenie odszkodowania. Z uzasadnienia wyroku wynika, że sąd wcale nie przesądza tego, czy zachowanie powódki było zawinione. W treści uzasadnienia widać skoncentrowanie się nie na kwestii podstawowej – czyli odpowiedzialności na zasadzie ryzyka – ale na sprawie dokonywania skomplikowanych ocen „obiektywnie nieprawidłowego zachowania” poszkodowanego, traktowanego jak „drugi sprawca szkody”.

Jak powyżej wykazałem, oba przyjęte obecnie na gruncie prawa polskiego rozwiązania dotyczące wykładni art. 362 k.c. cierpią na poważne wady. Czy istnieje więc możliwość pogodzenia dwóch, uznawanych za dość oczywiste, postulatów: nieobciążania osób niepoczytalnych odpowiedzialnością za szkodę z zasadą, że naganne postępowanie poszkodowanego powinno jednak wpływać na obowiązek odszkodowawczy osoby odpowiedzialnej? Przy odpowiedzi na te pytania chciałbym sięgnąć do analizy orzecznictwa Sądu Najwyższego, które niekiedy: „kieruje się mglistym poczuciem słuszności oraz względami zdrowego rozsądku³⁴” – co wcale nie musi prowadzić do błędnych rozwiązań w konkretnych stanach faktycznych. Problemem jest raczej ogólne uzasadnienie takich rozwiązań.

Za pewien punkt zwrotny w orzecznictwie sądowym dotyczącym art. 362 k.c. uznaje się uchwałę Sądu Najwyższego z 20 września 1975 r.³⁵. Skierowane do Sądu Najwyższego pytanie prawne dotyczyło dopuszczalności przyjęcia przyczynienia poszkodowanego, dziecka w wieku trzech lat. Generalna odpowiedź na pytanie, czy zachowanie małoletniego poszkodowanego może stanowić podstawę do zmniejszenia odszkodowania w oparciu o art. 362 k.c. w stosunku do odpowiedzialnych na podstawie art. 436 k.c., była dość ogólna: może. Uzasadnienie tej odpowiedzi było następujące. Surowość odpowiedzialności na zasadzie ryzyka nie uzasadnia wniosku, że posiadacz samochodu ma ponosić w całości skutki niezawinionego zachowania poszkodowanego. Zachowanie małoletniego (czy innej osoby, której winy nie można przypisać) musi pozostawać w normalnym związku

³⁴ A. Szpunar, *Głosa do orzeczenia SN z 1 marca 1985 r.*, OSP 1989, nr 5, poz. 115, s. 259.

³⁵ Uchwała 7 sędziów z 20 września 1975 r., III CZP 8/75, OSNC 1976, z. 7–8, poz. 151.

przyczynowym ze szkodą w rozumieniu art. 361 § 1 k.c., a ponadto musi być objęte „jakąś obiektywną nieprawidłowością, czy niezgodnością z powszechnie przyjętymi normami postępowania”. Takie sformułowanie omawianego orzeczenia dało podstawę do uznania przez Z. Radwańskiego, że Sąd Najwyższy przyjął koncepcję przyczynienia, która wymaga, by zachowanie poszkodowanego było powiązane przyczynowo ze szkodą, a ponadto obiektywnie nieprawidłowe³⁶.

W moim przekonaniu, odpowiedź Sądu Najwyższego jest bardzo enigmatyczna i niewiele posuwa sprawę do przodu – jak się bowiem powszechnie zauważa – nie zawiera ona żadnych precyzyjnych wskazówek co do dokonywania oceny zachowania poszkodowanego. Jej ogólnikowość powoduje, że jest ona wykorzystywana na poparcie głoszonych tez przez autorów prezentujących bardzo odmienne zapatrywania na kwestię przyczynienia.

Pewne kryteria co do zasad ustalania stopnia przyczynienia mogą wynikać z innych orzeczeń z tego okresu. We wspomnianym wcześniej orzeczeniu z 7 marca 1974 r. Sąd Najwyższy połączył kwestię przyczynienia – ze stopniem rozeznania poszkodowanego co do zasad należytego postępowania. Podobne motywy wpłynęły na stopień ograniczenia należnego odszkodowania w sprawie zakończonej wyrokiem z 15 marca 1976 r.³⁷. Orzeczenie to dotyczy wprawdzie odpowiedzialności na zasadzie winy, ale rozważane jest w nim zagadnienie przyczynienia małoletniego poniżej lat 13. Sprawa ta dotyczyła skomplikowanego stanu faktycznego, w którym doszło do wypadku podczas zajęć z modelem armaty, przygotowanym przez emerytowanego nauczyciela – instruktora harcerskiego. Małoletni powód, wykorzystując nieobecność instruktora, spowodował eksplozję materiału wybuchowego – w wyniku czego został dotkliwie poszkodowany. Sąd Najwyższy, przy analizowaniu kwestii przyczynienia, odwołuje się do możliwości rozeznania niebezpieczeństwa przez dwunastoletniego powoda. W obu wskazanych wyżej orzeczeniach ocena zachowania poszkodowanego jest relatywizowana do pewnego wzorca postępowania – ale przy uwzględnieniu wieku poszkodowanych i ich możliwości poznawczych.

Dalszym etapem poszukiwań może być analiza, wspomnianego już wcześniej orzeczenia z 1 marca 1985 r., dotycząca wypadku na terenie stacji transformatorowej. W moim przekonaniu w uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Najwyższy w ogóle niepotrzebnie zajmował się kwestią podstawy odpowiedzialności. Pozwany odpowiadał za szkodę wyrządzoną przez ruch przedsiębiorstwa wprawianego w ruch za pomocą sił przyrody, na zasadzie ryzyka, w oparciu o art. 435 k.c., i to w zasadzie wyczerpuje problem. Poszukiwanie winy (i to w postaci winy anonimowej) tylko komplikowało problem. Inną sprawą jest ocena zachowania powo-

³⁶ Z. Radwański, *Zobowiązania, część ogólna*, Warszawa 1995, s. 104. Ogólnikowość uzasadnienia spowodowała zresztą, że większość autorów, prezentujących różne poglądy w sprawie przyczynienia, chętnie się na nie powołuje.

³⁷ Wyrok SN z 15 marca 1976 r., IV CR 68/76, OSNC 1977, poz. 12.

da. Powód miał, w chwili wypadku, 10 lat, a więc nie można mu przypisać winy, ze względu na treść art 426 k.c.³⁸. Niemniej, uznano, że dziecko dziesięcioletnie może w sposób w miarę dokładny rozpoznać zagrożenia związane z urządzeniami takimi jak stacja transformatorowa, może przeczytać stosowne ostrzeżenia czy zrozumieć znaki ostrzegawcze. Inna sprawa, czy może ocenić następstwa naruszenia zasad właściwego postępowania. Szczegółowa analiza postępowania małoletniego poszkodowanego i możliwości oceny zaistniałej sytuacji może być kluczem do rozwiązania problemu.

Dostosowanie art. 362 k.c. do sytuacji przyczynienia osób, którym winy przypisać nie można, jest możliwe przy dokonaniu pewnej modyfikacji miernika „obiektywnej prawidłowości postępowania”, tak by uniknąć sytuacji, w której do zachowania dwuletniego dziecka na drodze przykładamy miernik staranności dorosłego. Wystarczy postawić dodatkowy warunek: miernik powinien być zindywidualizowany do osoby poszkodowanego – w gruncie rzeczy tak jak w omawianych powyżej orzeczeniach – z których ostatnie spotkało się z aprobatą A. Szpunara, także co do uzasadnienia stanowiska przyjętego przez Sąd. Można więc uznać, że przyczynienie będzie miało miejsce wtedy, gdy poszkodowany zachowa się w sposób obiektywnie nieprawidłowy dla osoby w jego wieku lub stanie psychicznym, czyli zachowa się w sposób, jakiego można oczekiwać w obrocie ze strony takiej właśnie osoby.

Wbrew pozorom, zachowanie osób objętych dyspozycją art. 425 lub 426 k.c. nie wymyka się obiektywnym ocenom. Oceny takie są przecież w praktyce dokonywane na gruncie art. 426 k.c. Przykładem może być orzeczenie Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2001 r.³⁹, w którym dokonano szeregu ocen dotyczących winy chłopca, który wyrządził szkodę mając 13 lat i 6 dni w chwili zdarzenia. Pozwany poważnie ranił swoją koleżankę podczas nieostrożnej zabawy petardami, celowo i z rozmysłem odpalając je w kierunku poszkodowanej. W sprawie tej, dla oceny rozeznania, z jakim działał sprawca, powołano dowód z opinii biegłego, który szczegółowo ocenił możliwości poznawcze i intelektualne badanego. Wynika z tego, że można ustalić, niejednokrotnie w oparciu o zwykłe zasady doświadczenia życiowego, na ile osoba, której przypisujemy odpowiedzialność, może ocenić niebezpieczeństwo związane ze swoim zachowaniem, a także jakie może podjąć działania w celu ochrony własnych interesów.

Dla przykładu, można stwierdzić, że w przypadku dzieci poniżej lat 13 współczesna psychologia pozwala na dokonanie dość precyzyjnych ocen co do ich moż-

³⁸ Nie wdając się w szersze rozważania, uważam, że do winy poszkodowanego należy stosować przepisy odnoszące się do sytuacji wyrządzenia szkody i odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną. Wynika to z braku odmiennej szczególnej regulacji k.c. dotyczącej konsekwencji zawinionego zachowania poszkodowanego.

³⁹ Wyrok SN z 11 stycznia 2001 r., OSNC 2001, z. 9, poz. 129; glosy: Z. Banaszczyk, OSP 2002, nr 1, poz. 2; A. Szpunar, OSP 2002, nr 6, poz. 81; B. Janiszewska, PS 2003, nr 6, poz. 148.

liwości oceny sytuacji drogowej⁴⁰. W odpowiednich przedziałach wiekowych ocena ta waha się od kompletnego braku świadomości co do tego, jakie są możliwe zagrożenia i rozwój sytuacji, do dość „dorosłej” oceny. Dla dzieci w przedziale wiekowym 3–7 lat charakterystyczny jest synkretyzm, polegający na tym, że dziecko nie potrafi przeprowadzić analizy obiektu czy sytuacji, w której się znajduje. Spostrzeżenia są chaotyczne i nieuporządkowane, a ponadto dziecko obserwuje pewne zjawiska w sposób subiektywny, wychwytyjąc przede wszystkim te szczegóły, które wywołują określone przeżycia emocjonalne. Efektem są niewłaściwe, błędne i niecelowe działania. Wbrew pozorom dzieci w młodszym wieku szkolnym (7–10 lat) także mają jeszcze problemy z obserwacją otaczającego je świata i wyciąganiem właściwych wniosków. Uważa się, że dzieci w tym wieku mają trudności ze spostrzeżeniem wszystkich istotnych elementów tak złożonej sytuacji, jak ruch drogowy na ulicy. Dlatego mogą podejmować błędne decyzje i zachowywać się w sposób zagrażający ich bezpieczeństwu. Dzieci w starszym wieku w zasadzie powinny postępować w sytuacji drogowej w sposób poprawny, odpowiadający zachowaniu dorosłego.

Podobnie, niektóre zaburzenia psychiczne z natury rzeczy wyłączają prawidłowe i racjonalne zachowanie na drodze – a inne w ogóle nie wpływają na takie oceny.

Prawo cywilne chroni osoby, które ze względu na wiek lub chorobę umysłową nie są w stanie pokierować swoim zachowaniem. Do kręgu tych osób trzeba zaliczyć: na podstawie art. 425 osoby znajdujące się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli, na podstawie art. 426 małoletnich, którzy nie ukończyli lat trzynastu. Oba te przepisy stanowią, iż osoby te nie ponoszą odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę. W przypadku wywołania szkody przez taką osobę ciężar szkody jest przerzucany na inne podmioty: na przykład na osoby zobowiązane do nadzoru, na podstawie art. 427 k.c., niekiedy zaś poszkodowany w ogóle nie będzie mógł otrzymać należnego odszkodowania. W takiej sytuacji, gdy brak jest zobowiązanego do naprawienia szkody i nie ma przesłanek do zastosowania art. 428 k.c., konflikt interesów zostaje przez ustawodawcę rozstrzygnięty na korzyść osoby upośledzonej, a ciężar szkody pozostaje na poszkodowanym, bez możliwości przerzucenia na sprawcę.

Jeżeli uznamy, że Kodeks cywilny wprowadza zasadę ochrony nieletnich i nieopocztałnych w przypadku wyrządzenia przez nich szkody innym⁴¹, to należałoby

⁴⁰ Poniższe uwagi, z konieczności bardzo ogólne, są oparte o: E. B. Hurlock, *Rozwój dziecka*, Warszawa 1985; Z. Włodarski, A. Matczak, *Wprowadzenie do psychologii*, Warszawa 1987; M. Żebrowska, *Psychologia rozwojowa dzieci i młodzieży*, Warszawa 1976. Jak się wydaje, odpowiadają one przeciętnym, potocznym obserwacjom i mieszczą się w pojęciu doświadczenia życiowego.

⁴¹ Istnienie takiej zasady przyznaje się dość powszechnie, por. np. A. Szpunar, *Wynagrodzenie szkody...*, s. 242; P. Granecki, *W sprawie wykładni...*, s. 74 i powołana tam literatura. Inaczej np.: T. Dybowski, *W sprawie przyczynienia...*, s. 835.

zastanowić się, czy istnieje powód do wyłączenia tej zasady z mechanizmu przy czynienia opisanego w art. 362 k.c., skoro przepis ten przecież także dotyczy sytuacji wyrządzenia szkody – ale samemu sobie. Takiej podstawy prawnej nie ma, a więc należy uznać, że niepoczytalny, w zasadzie, nie odpowiada za szkodę, w tym także za szkodę wyrządzoną samemu sobie. Zasada ta nie powinna ulegać osłabieniu w przypadku odpowiedzialności zaostrożonej – czyli odpowiedzialności na zasadzie ryzyka – ponieważ nie można odnaleźć uzasadnienia dla złagodzenia tej odpowiedzialności wobec tych podmiotów, które podlegają zasadniczo wzmożonej ochronie prawnej. Podobnie jak w przypadku odpowiedzialności na zasadzie winy można będzie mówić o przyczynieniu poszkodowanego tylko wtedy, gdy zachowa się on w sposób obiektywnie nieprawidłowy w sensie wyżej przedstawionym. Mechanizm ten jest spotykany w przedstawionym w tej pracy orzecznictwie SN dotyczącym odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez małoletnich⁴².

Trzeba w tym miejscu stanowczo podkreślić, że w wielu przypadkach, na przykład osób ciężko upośledzonych umysłowo albo małych dzieci, nie istnieją żadne przeciętne normy „obiektywnie prawidłowego postępowania” i dlatego nie sposób będzie ustalić w razie szkód wyrządzonych takim osobom jakiegokolwiek przyczynienia.

Proponowane rozwiązanie odpowiada, jak się wydaje, postulatowi sprawiedliwości i jest racjonalne. Zasadne jest to, aby każdy odpowiadał za swoje naganne zachowanie, ale takie, które można mu zarzucić. P. Granecki trafnie podnosi⁴³, że prawo nie może stawiać wymagań ponad miarę, niemożliwych do spełnienia, a z taką sytuacją mamy do czynienia gdy narzucimy w ocenie postępowania osoby niepoczytalnej wzorzec obiektywnie prawidłowego postępowania osoby normalnej. To, czy mamy do czynienia z takim nagannym zachowaniem w przypadku osoby niepoczytalnej, można w większości wypadków przeanalizować, dość jednoznacznych odpowiedzi udziela współczesna psychologia, a czasem wystarczy po prostu odwołać się do doświadczenia życiowego.

Przy zastosowaniu proponowanego rozwiązania można dokonać oceny obiektywnej wadliwości postępowania w odniesieniu do każdej grupy osób. W wielu wypadkach dojdziemy do wniosku, że poszkodowany nie ma pojęcia o jakimkolwiek prawidłowym postępowaniu w obliczu zdarzenia powodującego szkodę – niezasadne jest więc budowanie jakiegokolwiek mechanizmu przyczynienia⁴⁴. W wielu innych przypadkach uznamy, że ewentualne zaburzenia psychiczne czy ograniczenia wynikające z wieku wcale nie utrudniały prawidłowego zachowania i zasadne będzie uwzględnienie przyczynienia poszkodowanego. Stopień przy-

⁴² Dobrym przykładem są orzeczenia wskazane w niniejszej pracy, gdzie wyraźnie widać tego typu rodzaj rozumowania.

⁴³ P. Granecki, *W sprawie wykładni...*, s. 74.

⁴⁴ W takiej sytuacji może niekiedy zachodzić sytuacja odpowiedzialności osoby zobowiązanej do nadzoru.

czynienia może być w takiej sytuacji ustalany podobnie, jak w przypadku osoby, która działała w sposób zawiniony: należy porównać (co oczywiście nie jest łatwe) stopień naganności postępowania poszkodowanego z wagą czynnika szkodzącego, którego występowanie spowodowało wprowadzenie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Orzecznictwo Sądu Najwyższego zawiera w tym względzie szereg przykładów, które nadają się doskonale do zastosowania.

Podsumowując, proponuję rozwiązanie kwestii przyczynienia w sytuacji, gdy poszkodowanemu winy przypisać nie można, w sposób następujący. Zachowanie poszkodowanego musi być zachowaniem obiektywnie nieprawidłowym, odbiegającym od przeciętnego, normalnego zachowania osoby w jego stanie psychicznym czy fizycznym. Dla ustalenia przyczynienia konieczne jest stwierdzenie, że pomiędzy takim zachowaniem a szkodą (lub jej rozmiarem) występuje adekwatny związek przyczynowy. Kryteria zmniejszenia odszkodowania powinny być takie, jak w przypadku osoby, której winę przypisać można: o zmniejszeniu odszkodowania będzie decydował stopień nieprawidłowości lub naganności zachowania poszkodowanego.

GRANICE ZASADY SWOBODY UMÓW Rozważania na kanwie umów o świadczenie usług prawnych narzucanych przez niektóre banki przyszłym kredytobiorcom

W praktyce bankowej ostatnich lat rozpowszechniło się narzucanie przez banki przyszłym kredytobiorcom obowiązku zawarcia umowy o sfinansowanie przez potencjalnego kredytobiorcę usług prawniczych świadczonych na rzecz banku przy obsłudze danej transakcji przez zewnętrzne kancelarie prawnicze. Dotyczy to tzw. wielkich kredytów inwestycyjnych, sięgających kilkunastu lub kilkudziesięciu milionów dolarów. Ponieważ w praktyce na rynku inwestycyjnym tylko nieliczne banki są w stanie udzielić tak dużych kredytów, nietrudno zgadnąć, że wszystkie przyjęły jednolite stanowisko w tej kwestii. W rezultacie potencjalnym kredytobiorcom trudno nawet przystąpić do negocjacji wstępnych warunków kredytu, jeżeli nie zobowiążą się do zapłaty za pracę kancelarii prawniczych doradzających bankom, niezależnie od tego, czy umowa kredytowa zostanie ostatecznie zawarta. Trzeba dodać, że w takim wypadku banki nie rezygnują z prowizji przygotowawczej, której celem jest przecież pokrycie kosztów bankowych przygotowania transakcji.

Przed przystąpieniem do rozważań prawnych opiszę pewną sytuację, na przykładzie której będę prowadzić analizę zagadnienia. Spółka X jako potencjalny kredytobiorca wystąpiła do banku Y o udzielenie długoterminowego kredytu związanego z inwestycją budowlaną. Bank wyraził zainteresowanie finansowaniem projektu, jednak jako warunek wstępny rozpoczęcia negocjacji postawił konieczność zawarcia przez spółkę, bank i pewną firmę prawniczą (zwaną dalej kancelarią) „trójstronnej umowy o świadczenie usług”. Kancelaria w umowie tej zobowiązała się do oceny stanu prawnego spółki, przygotowania projektów umowy kredytowej i towarzyszących umów zabezpieczenia oraz negocjowania w imieniu banku tych umów ze spółką. Spółka zobowiązana była natomiast zapłacić kancelarii określone wynagrodzenie za te czynności, niezależnie od tego, czy umowa kredytowa zostanie zawarta. W umowie znalazły się następujące zastrzeżenia: „Zleceniobiorca (Kancelaria) będzie traktować Zleceniodawcę (Bank) jako swojego wyłącznego klienta i będzie uprawniony do przyjmowania zleceń wyłącznie od Zleceniodawcy”. „Spółka jako Kredytobiorca przyjmuje do wiadomości, że Zleceniobiorca nie może,

działając na rzecz Zleceniodawcy, przyjmować jednocześnie jakichkolwiek zleceń lub instrukcji od Kredytobiorcy, czego nie zmienia okoliczność, że Kredytobiorca zobowiązany jest do uiszczenia kwot wynagrodzenia Zleceniobiorcy określonych w tej umowie”. „Zleceniobiorca nie będzie świadczył doradztwa prawnego bezpośrednio na rzecz Kredytobiorcy”. Umowa określała terminy do wykonania poszczególnych czynności przez kancelarię, nie zostały one jednak dotrzymane.

W toku badania stanu prawnego spółki okazało się, że jest ona stroną pozwaną w procesie, co może stanowić ryzyko z punktu widzenia banku. Wobec tego bank i kancelaria poinformowały, że warunkiem udzielenia kredytu będzie uzyskanie opinii kancelarii co do „szans procesowych roszczenia powoda”, „trybu i okresu czasu, w którym takie roszczenia mogą być rozstrzygnięte” oraz sposobu obrony pozwanego (reprezentowanego w procesie przez zawodowych pełnomocników). Ponieważ opinia taka wykraczała, zdaniem banku i kancelarii, poza zakres pierwszej umowy, spółka została zmuszona do zawarcia drugiej umowy dotyczącej opisanej opinii, za odrębnym wynagrodzeniem dla kancelarii.

Kancelaria w umowie tej zobowiązana była do sporządzenia dla banku opinii w ciągu 14 dni od daty podpisania umowy, jednak trwało to niemal trzy miesiące. Obszerna opinia – jak nietrudno się domyślać – nie zawierała konkretnych wniosków co do szans procesowych. Mówiąc kolokwialnie, można ją było streścić w zdaniu, że wynik sprawy zależy od oceny sądu. Rezultatem opinii było natomiast dodanie przez kancelarię do projektu umowy kredytowej postanowienia, na mocy którego spółka miała w ocenianym procesie (procesie z osobą trzecią) kierować się zaleceniami kancelarii, wydawanymi w formie oddzielnych opinii. Zapis ten powstał, mimo iż kancelaria wiedziała, że spółka była w tym procesie reprezentowana przez profesjonalnych pełnomocników. Jeśli spółka nie zgadzałaby się z daną opinią, miały być zamawiane wówczas dwie kolejne opinie w innych wskazanych przez bank kancelariach prawniczych, oczywiście na koszt spółki. Opinie te miały być dla spółki wiążące.

Mimo upływu sześciu miesięcy od zawarcia pierwszej „umowy trójstronnej”, ani umowa kredytowa, ani pozostałe dokumenty nie były w dalszym ciągu gotowe. Tymczasem spółka coraz wyraźniej dawała do zrozumienia, że pewna data jest dla niej datą graniczną transakcji z uwagi na nadchodzące terminy płatności wobec kontrahentów spółki. Zaczęła też gorączkowo poszukiwać finansowania w innym banku. Wiedząc o tym, kilka dni przed tą datą kancelaria złożyła spółce propozycję, że jeżeli spółka zapłaci kancelarii dodatkowe wynagrodzenie w wysokości 2/3 pierwotnego wynagrodzenia, to otrzyma dokumenty w przeddzień daty granicznej, tak aby zawarcie umowy w dacie granicznej było możliwe. Zwrócić należy uwagę również na to, że całość dokumentacji liczyła ponad 100 stron, więc spółka nie miałaby w praktyce żadnych szans na przedstawienie swoich uwag ani na negocjowanie treści umów. Spółka nigdy nie otrzymała bowiem dokumentów w wersji nadającej się do podpisania – były to jedynie schematyczne projekty z licznymi pustymi miejscami do uzupełnienia w drodze negocjacji.

W tym czasie spółka otrzymała promesę niezwłocznego kredytowania z innego banku. Wobec opóźnienia kancelarii oraz prób wymuszenia przez nią dodatkowego wynagrodzenia, spółka zrezygnowała z finansowania przez pierwszy bank i wybrała tę nową ofertę. Gdy poinformowała o tym bank, kancelaria wystawiła faktury na kwoty określone w obu umowach. Spółka podniosła zarzut, że przyczyną niedojścia całej transakcji do skutku było kilkumiesięczne opóźnienie kancelarii, jednak w odpowiedzi otrzymała wspólne stanowisko banku i kancelarii, że skoro według „umowy trójstronnej” wyłącznym klientem i zleceniodawcą kancelarii był bank, który nie zgłosił zastrzeżeń co do przekroczenia terminu przez kancelarię, to spółka nie może się na to powoływać, gdyż jest – jak to określono – tylko „płatnikiem”.

Na tle opisanego przypadku warto przeanalizować dwa zagadnienia: czy właściwość (natura) stosunku prawnego umowy o świadczenie usług prawnych może wyznaczać granicę zasady swobody umów wyznaczonych przez art. 353¹ k.c. oraz jaki jest wpływ naruszeń zasad etyki zawodu prawniczego na swobodę kontraktowania.

Jak wiadomo, wyrażona w art. 353¹ k.c. zasada swobody umów nie jest nieograniczona. Przepis wymaga, aby treść lub cel umowy nie sprzeciwiały się naturze stosunku zobowiązaniowego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. O ile nie nastręcza w praktyce większych trudności wykładnia przesłanki sprzeczności z ustawą, o tyle pojęcia natury zobowiązania i zasady współżycia społecznego są niedookreślone i ocenne.

Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca nie ograniczył zakazu sprzeczności do samej treści umowy, ale rozszerzył go również na pojęcie celu umowy, które jest szersze i z reguły wymagać będzie sięgania do metod wykładni oświadczenia woli ustanowionych w art. 65 § 1 i 2 k.c. (który zresztą także zawiera odniesienie do celu umowy). Na temat wykładni oświadczeń woli na podstawie art. 65 k.c. oraz pojęcia celu umowy na tle art. 58 § 1 k.c. dostępna jest bogata literatura i orzecznictwo, nie będą zatem szerzej rozwijać tego wątku.

Ustawowy termin „właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego” jest niełatwy do zdefiniowania. W doktrynie nie ma pełnej zgodności co do tego kryterium. Poglądy przedstawiane w literaturze są najczęściej próbą ogólnego przybliżenia pojęcia, jednakże w wypadku konieczności rozstrzygnięcia *in casu*, czym jest natura konkretnego zobowiązania, definicja zbiorcza jest mało przydatna¹. Trzeba pamiętać, że bogactwo stosunków zobowiązaniowych utrudnia skonstruowanie jasnych definicji natury zobowiązania dla poszczególnych grup stosunków zobowiązaniowych. Niemniej jednak punktem wyjścia musi być próba ogólnego przy-

¹ Najszersze opracowanie tego tematu oparte na przykładach praktycznych zawiera monografia R. Trzaskowskiego, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Zakamycze 2005.

bliżenia danego pojęcia, a dopiero później poddanie go analizie przez pryzmat konkretnego stanu faktycznego.

W doktrynie można spotkać dwojakie rozumienie terminu „natura stosunku prawnego”². W ujęciu węższym jest to nakaz respektowania określonych specyficznych właściwości danego typu umów. Inaczej mówiąc, kształtując treść zobowiązania, strony nie mogą przekraczać ram normatywnych charakterystycznych dla danego rodzaju zobowiązania, tak aby nie dochodziło do zniekształcania modelu określonego typu zobowiązania. W szerszym natomiast rozumieniu tego terminu oprócz konieczności respektowania właściwości danego typu zobowiązania należy nadto uwzględniać także charakter stosunków obligacyjnych jako takich³. Należy zatem brać pod uwagę nie tylko przepisy dotyczące konkretnej umowy, ale również przepisy ogólne zawarte choćby w tytułach I–X księgi trzeciej k.c., a także klauzule generalne i zasady prawa cywilnego. Przykładem może być wola ustawodawcy, aby każda umowa jako stosunek prawny dwustronny miała nieodzowną cechę w postaci wierzytelności z jednej strony, a długu z drugiej strony⁴. E. Traple wśród podstaw oceny natury zobowiązania wymienia obok podstawowych zasad wyprowadzanych z całości porządku prawnego również prawo zwyczajowe⁵.

Pogląd o potrzebie szerszego rozumienia pojęcia natury stosunku zobowiązaniowego jest obecnie przeważający. Przykładem jest choćby znane orzeczenie Sądu Najwyższego wydane w składzie 7 sędziów SN, zakazujące bankom jednostronnej zmiany regulaminów i umów⁶. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron. Sąd uznał za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej (a zatem: nie tylko umowy o prowadzenie rachunku bankowego) pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Sąd Najwyższy odwołał się do ogólnej zasady słuszności kontraktowej, niezezwalającej na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałyby się interesy jednej, z uszczerbkiem interesów drugiej strony umowy – gdyż byłoby to sprzeczne z zasadami współzycia społecznego.

² Por. M. Safjan, *Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, PiP 1993, nr 4, s. 15–17; M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 3, Warszawa 2004, s. 756–757; R. Trzaskowski, *Właściwość (natura) zobowiązaniowego stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody kształtowania treści umów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, nr 2, s. 337 i n.; M. Szczygieł, *Właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego jako ograniczenie zasady swobody umów*, „Palestra” 1997, nr 7–8, s. 17–18; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 281–295; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Wyd. CH Beck 2005, s. 314–318.

³ M. Safjan (w:) *Komentarz...*, s. 756.

⁴ M. Szczygieł, *op. cit.*, s. 18.

⁵ E. Traple, *Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1997, z. 2, s. 234.

⁶ Uchwała 7 sędziów SN z 22 maja 1991 r., III CZP 15/91, OSNCP 1992, z. 1, poz. 1.

Zauważyć również należy, że Sąd Najwyższy wydał szereg orzeczeń, u podstaw których leżało naruszenie zasady swobody umów z powodu sprzeczności z naturą zobowiązania rozumianego w węższy sposób. Najbardziej znanym przykładem są orzeczenia kwestionujące dopuszczalność rozwiązania umów najmu albo dzierżawy zawartych na czas oznaczony⁷. Nie oznacza to jednak, że Sąd negował tym samym szersze znaczenie tego pojęcia. Po prostu w danym stanie faktycznym naruszenia cech typowych dla danego rodzaju umowy nazwanej były tak znaczące, że nie było potrzeby analizowania, czy nie doszło do naruszenia również cech generalnych stosunków zobowiązaniowych.

Co ważne, w literaturze zgodnie podkreśla się, że pojęcie natury stosunku zobowiązaniowego w istocie sprowadzić można przede wszystkim do modelu sprawiedliwego rozłożenia praw i obowiązków w danym stosunku prawnym⁸. Natura stosunku łączy się zatem ściśle z zasadą słuszności kontraktowej, co często z kolei będzie tożsame z zasadami współżycia społecznego. Oznacza to, że zakres pojęć natury i zasad współżycia społecznego będą się niekiedy przenikać, mimo że w art. 353¹ k.c. wymieniono je jako oddzielne ograniczenia swobody kontraktowej. Także treść ustawy, szczególnie w odniesieniu do oceny natury typowych umów nazwanych, może decydować o tym, że postanowienia umowy naruszają również właściwości zobowiązania. Wypływa z tego wniosek, że wszystkie trzy ograniczenia zasady swobody umów są ze sobą ściśle związane i niekiedy nie będzie możliwe nawet wyznaczenie granicy przebiegającej między tymi pojęciami⁹. Jest to w mojej ocenie kolejny argument za szerokim rozumieniem terminu *natura (właściwość) stosunku zobowiązaniowego*.

Ograniczanie zakresu stosowania kryterium natury stosunku (jako jednej z granic zasady swobody umów) tylko do umów nazwanych nie znajduje dostatecznego usprawiedliwienia ani w treści samej normy z art. 353¹ k.c., ani w praktyce, skoro rozwój gospodarczy po roku 1990 przyniósł dziesiątki nowych rodzajów umów (np. franchising, factoring, konsorcjum bankowe), z których nieliczne wprowadzane są następnie przez ustawodawcę do kodeksu jako umowy nazwane (np. leasing), i to ze zrozumiałym opóźnieniem. Większość autorów dopuszcza stosowanie pojęcia natury zobowiązania do wszelkich umów nienazwanych. E. Traple¹⁰ powołując się na doktrynę niemiecką podkreśla, że „podstawowe, charakterystyczne dla stosunku prawnego prawa i obowiązki dają się zawsze wyprowadzić z istniejącego porządku prawnego, w zależności od specyfiki czynności prawnej”. Zwolennikami

⁷ Por. np. uchwała SN z 15 lutego 1996 r., III CZP 5/96, OSN 1996, z. 5, poz. 69; uchwała SN z 3 marca 1997 r., III CZP 3/97, OSN 1997, z. 6–7, poz. 71; uchwała SN z 27 października 1997 r., III CZP 49/97, OSN 1998, z. 3, poz. 36 i inne.

⁸ R. Trzaskowski, *Właściwość...*, s. 338 (Autor powołuje się również na E. Traple).

⁹ P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 330–350.

¹⁰ E. Traple, *op. cit.*, s. 235.

stosowania kryterium natury do umów nienazwanych są również J. Guść¹¹ oraz R. Trzaskowski, który w swojej pracy podaje przykłady postanowień umownych naruszających naturę zobowiązania w umowach nienazwanych typu *know-how* i leasingu finansowego¹². Jedynie M. Safjan jako dyskusyjną ocenia możliwość operowania kryterium natury zobowiązania umów nienazwanych, w odniesieniu do cech szczególnych tych umów¹³. Jednakże i ten Autor nie kwestionuje możliwości oceny natury stosunku przez pryzmat cech ogólnych stosunków zobowiązaniowych.

Przechodząc do analizy właściwości (natury) umowy o świadczenie usług prawnych, należy na wstępie zauważyć, że jest to umowa najbliższa umowie zlecenia. Można nawet mówić, że mamy do czynienia z odmianą tej umowy. Zwykle w sprawach nieuregulowanych w umowie między adwokatem lub radcą prawnym a klientem stosuje się, najczęściej odpowiednio, przepisy art. 734–751 k.c. Sądy również klasyfikowały takie umowy jako zlecenie¹⁴. Za pewną odrębnością od „czystego” zlecenia przemawiają jednak w mojej ocenie specyficzne cechy stosunku klient–adwokat¹⁵, oparte na szczególnym zaufaniu oraz systemie zasad etyki i godności wykonywania zawodu. Zatem do oceny umowy o świadczenie usług prawnych przez adwokata lub radcę prawnego należy zastosować dwustopniową ocenę natury zobowiązania: najpierw przez pryzmat kodeksowych przepisów o zleceniu (art. 734 i n. k.c.), a po wtóre – z uwzględnieniem przepisów Prawo o adwokaturze (P. o a.) lub ustawy o radcach prawnych, zasad etyki i godności wykonywania obu zawodów oraz ustalonych zwyczajów. Nie ma potrzeby omawiania szczególnych obowiązków i uprawnień adwokatów, które wynikają z przepisów P. o a. (i analogicznie – radców prawnych na podstawie ustawy o radcach prawnych), gdyż są one znane Czytelnikom. Do najważniejszych należą niezależność adwokata, który przy wykonywaniu swoich obowiązków podlega tylko ustawom, obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, obowiązek ochrony praw i wolności obywatelskich, wolność słowa i chroniący ją immunitet, obowiązek ubezpieczenia. Zgodnie z art. 80 P. o a. adwokat podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godności zawodu i za naruszanie obowiązków zawodowych, a ustawowym obowiązkiem samorządu zawodowego jest nadzór nad przestrzeganiem przepisów o wykonywaniu zawodu. Te elementy przesądzają, że wykonywanie zawodu adwokata jako zawodu zaufania publicznego podlega innemu (zastrzonemu) reżimowi oceny w porównaniu ze

¹¹ J. Guść, *O właściwości (naturze) stosunku prawnego*, PiP 1997, nr 4, s. 21.

¹² R. Trzaskowski, *Właściwość...*, s. 390–392.

¹³ M. Safjan (w:) *Komentarz...*, s. 758.

¹⁴ Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 lipca 2005 r., VI ACa 222/2005.

¹⁵ W omawianym stanie faktycznym oprócz modelowego stosunku klient–adwokat pojawia się spółka jako trzecia strona umowy, dlatego badanie właściwości tej konkretnej umowy będzie jeszcze bardziej skomplikowane.

„zwykłym” zleceniem. Na pewno podwyższony jest miernik należytej staranności przy wykonywaniu zlecenia przez adwokata. Dawały temu wyraz sądy w swoim orzecznictwie¹⁶, odwołując się zresztą niekiedy do obowiązku przestrzegania nie tylko ustawy, ale również zasad etyki i godności wykonywania zawodu wypracowanych przez samorządy. Także ustawodawca nakłada, na przykład w procesie cywilnym, na profesjonalnego pełnomocnika cały szereg dodatkowych obowiązków, jak choćby uiszczania opłat bez wezwania sądu, złożenia pełnomocnictwa przy pierwszej czynności, obowiązek działania również po wypowiedzeniu pełnomocnictwa, czy możliwość zobowiązania przez sąd do złożenia pisma przygotowawczego lub załącznika do protokołu.

To wszystko moim zdaniem przemawia za tym, że badanie właściwości stosunku zobowiązaniowego zlecenia, którego stroną jest adwokat, wymaga wspomnianego działania dwustopniowego – a więc również zbadania umowy pod kątem specyfiki zawodu wykonywanego przez zleceniobiorcę.

W omawianym wypadku należy wpieryw odnieść się do tego, czy omówiona na wstępie „trójstronna umowa” nie przekraczała granic swobody stosunku umownego, gdyby była tylko „zwykłym” zleceniem. O ile nie ma większych wątpliwości, że elementy relacji między bankiem a kancelarią, jako klientem a prawnikiem, można zakwalifikować jako zlecenie, o tyle umiejscowienie w tej umowie spółki nasuwa pytanie o charakter zobowiązań stron wobec spółki i spółki wobec pozostałych stron. Na pierwszy rzut oka widać, że spółka nie była stroną stosunku zlecenia (o czym zresztą świadczyłby cytowany na wstępie fragment umowy). „Trójstronna umowa” była zatem zobowiązaniem mieszanym: umową zlecenia (w relacji bank–kancelaria) i innym stosunkiem (pomiędzy spółką a pozostałymi stronami umowy).

Aby zakwalifikować ów inny stosunek, trzeba przede wszystkim zwrócić uwagę na sposób, w jaki rozłożone zostały uprawnienia i obowiązki każdej z trzech stron tej umowy. Bank był wierzycielem kancelarii z tytułu usług prawnych, a kancelaria była wierzycielem spółki z tytułu zapłaty. Spółka była dłużnikiem kancelarii, a kancelaria była dłużnikiem wobec banku. Zatem w omawianej „umowie trójstronnej” spółka była tylko dłużnikiem, a nie była niczym wierzycielem, natomiast bank był tylko wierzycielem, nie będąc niczym dłużnikiem. Spółka nie była ani zleceniodawcą, ani zleceniobiorcą. Przedstawiając graficznie kierunek obowiązku świadczenia, wyglądało to tak:

spółka → kancelaria → bank

Brak było zatem jakiegokolwiek ekwiwalentności świadczeń, gdyż spółka w zamian za cenę płaconą kancelarii nie otrzymywała nic. Nie można mówić, że odno-

¹⁶ Por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z 14 sierpnia 1997 r., II CZ 88/97 (OSNC 1998, z. 3, poz. 40); cały szereg znanych orzeczeń dotyczących wymogów formalnych kasacji lub wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 grudnia 1989 r., IV SA 861/89 (niepubl.).

siała korzyść w postaci przygotowania przez kancelarię umów, które w przyszłości miałyby zaowocować udzieleniem na jej rzecz kredytu. Za dobro ekonomiczno-prawne w postaci kredytu spółka przecież zapłaciłaby oddzielnie: raz w postaci prowizji przygotowawczej (co w zwyczaju bankowym oraz zgodnie z wykładnią językową ma rekompensować bankowi koszty przygotowania kredytu, w tym negocjacji), a drugi raz – w postaci wszelkiego rodzaju odsetek kredytowych, marż banku i innych prowizji. Dlatego nie można uznać, że spółka w wyniku „trójstronnej umowy” otrzymałaby jakąś korzyść. Brak istnienia świadczenia ekwiwalentnego w „trójstronnej umowie” powoduje, że stosunek prawny stron w odniesieniu do spółki byłby umową jednostronnie zobowiązującą¹⁷. Należy jednak pamiętać, że w doktrynie prawa cywilnego obowiązuje utrwalona zasada kauzalności¹⁸. Mówiono nawet o zasadzie *numerus clausus* czynności abstrakcyjnych¹⁹, a nieliczne wyjątki wynikające z przepisów²⁰ lub orzecznictwa nie zdołały przełamać tej zasady. Przykładowo w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995, III CZP 166/94²¹, SN wywiódł prawo kreowania abstrakcyjnych czynności prawnych z art. 353¹ k.c. Następnie jednak Prawo bankowe z 1997 r. wprowadziło w art. 80–83 bardziej szczegółowe unormowanie instytucji gwarancji bankowej w stosunku do regulacji wynikającej z d. art. 40 Pr. bank. z 1989 r. Oznacza to w moim przekonaniu, że ustawodawca potwierdził tym samym zasadę, iż w stosunkach cywilnoprawnych regułą jest kauzalność²², a abstrakcyjność powinna wynikać z ustawy²³. Dlatego art. 353¹ k.c. jako samoistna podstawa prawna kreowania abstrakcyjnych czynności musi być stosowany bardzo ostrożnie, a badanie zawartych w tym przepisie ograniczeń swobody umów winno być przeprowadzane szczególnie wnikliwie. Zasada kauzalności może być bowiem w razie wątpliwości argumentem przesądzającym *in casu* o przekroczeniu granic tej swobody z uwagi na sprzeczność z naturą zobowiązania²⁴. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na jedno z orzeczeń Sądu Najwyższego, w którym postanowienie uprawniające biorców franchisingu po wygaśnięciu umowy do żądania zwrotu opłat wpłaconych franchisingodawcy (czyli prowadzące w rezultacie do przekształcenia umowy wzajemnej w jednostronną) jest niezgodne z naturą zobowiązania franchisingu²⁵.

¹⁷ Typowe przykłady takich umów to darowizna i zrzeczenie się zobowiązania (W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, PWN Warszawa 1995, s. 104).

¹⁸ *Ibidem*, s. 106.

¹⁹ A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, PWN Warszawa 1986, s. 292.

²⁰ Np. ustawa Prawo wekslowe lub art. 524 § 2 k.c. Również przekaz (art. 921² k.c.), choć było to na początku lat 90. dyskusyjne.

²¹ OSNC 1995, z. 10, poz. 135.

²² Z. Radwański (w:) *System prawa cywilnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego. Wyd. CH Beck, INP PAN, Warszawa 2002, s. 198.

²³ A. Wolter, *Ibidem*, s. 292.

²⁴ Tak również R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 360–362.

²⁵ Wyrok SN z 23 czerwca 2005 r., II CK 749/2004, niepubl.

Dodać trzeba, że mimo iż Sąd Najwyższy we wspomnianej uchwale pełnego składu Izby dopuszcza art. 353¹ k.c. jako podstawę prawną dla tworzenia abstrakcyjnych czynności prawnych, to w praktyce orzecznictwo idące w tym kierunku dotyczy jedynie sektora bankowego – i to tylko w wypadku, gdy bank jest zobowiązany, a nie uprawniony z takiej czynności. Koreluje to z utrwaloną linią orzecznictwa SN sytuującą banki na szczególnej pozycji nawet wśród profesjonalistów. Bezsporne jest, że miarę podwyższonej należytej staranności podniesiono jeszcze bardziej w stosunku do banków jako szczególnych uczestników obrotu prawnego, z uwagi na to, że obracają one pieniędzmi powierzonymi im przez deponentów działających w zaufaniu do instytucji bankowych²⁶. Przyznanie więc bankom prawa dokonywania abstrakcyjnych czynności prawnych w postaci gwarancji bankowej i akredytywy wynika zatem po pierwsze z faktu, że jako szczególnie profesjonalista mają one pełne rozeznanie i świadomość skutków tej czynności oraz samodzielność przy podejmowaniu decyzji²⁷, a po wtóre, że zapewne pod wpływem powołanego orzecznictwa SN ustawodawca zdecydował się doregulować podstawę prawną tych czynności w ustawie Prawo bankowe z 1997 r.

Należy jeszcze zastanowić się, czy nie mamy do czynienia z instytucją przekazu, uregulowaną w art. 921¹ i n. k.c. Przekaz jest także jednostronną abstrakcyjną czynnością prawną. Zresztą częściej spotykana w praktyce, a wspomniana wyżej akredytywa bankowa jest szczególną, wyspecjalizowaną formą przekazu²⁸. O ile jednak samo zobowiązanie pomiędzy przekazującym a odbiorcą przekazu jest czynnością abstrakcyjną, to jednak muszą istnieć w tym stosunku również dwa inne zobowiązania kauzalne: stosunek między przekazującym a przekazanym, zwany stosunkiem pokrycia, oraz stosunek między przekazującym a odbiorcą przekazu – stosunek waluty. Natomiast abstrakcyjność dotyczy jedynie relacji przekazany–odbiorca przekazu. Tu przekazującym byłby bank, przekazanym spółka, a odbiorcą byłaby kancelaria. Brak jest zaś w „trójstronnej umowie” (lub oddzielnej czynności prawnej zawartej przez bank ze spółką) jakiegokolwiek zobowiązania stanowiącego stosunek pokrycia, który jest niezbędny dla istnienia ważnego przekazu. Z tego samego względu nie wchodzi w rachubę uznanie, że „trójstronna umowa”

²⁶ Por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z 5 maja 1993 r., III CZP 52/93 (OSNCP 1993, z. 12, poz. 218) i wyrok SN z 12 grudnia 1997 r., II CKN 509/97 (OSNC 1998, z. 6, poz. 104), w uzasadnieniu którego SN napisał, że działania banku „powinny być oceniane z uwzględnieniem staranności i ostrożności, wymaganych od instytucji bankowych”. Patrz także wywód R. Trzaskowskiego (*Granice...*, s. 375), który słusznie zauważa, że podwyższony standard staranności banków wypływa wprost z art. 49 ust. 3 Pr. bank.

²⁷ Mam tu na myśli powszechnie znany fakt, że o ile banki mają pełną swobodę, także ekonomiczną, w dokonywaniu swoich czynności, o tyle kredytobiorcy pozornie zachowując swobodę umów, działają niekiedy w ekonomicznym przymusie zaciągnięcia kredytu na każdych warunkach zaferowanych przez bank (o czym więcej w dalszej części artykułu).

²⁸ M. Olechowski (w.): *System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, pod red. J. Panowicz-Lipskiej, Wyd. CH Beck, INP PAN, Warszawa 2004, s. 551.

mogła stanowić *pactum in favorem tertii*, lub umowy o świadczenie przez osobę trzecią, w których powiązanie wszystkich trzech stosunków jest jeszcze bardziej ściśle. W doktrynie podkreśla się, że nadanie abstrakcyjnego charakteru umowie o świadczenie na rzecz osoby trzeciej opartej na podstawie art. 393 § 3 k.c. byłoby zabiegiem sztucznym, zwłaszcza od czasu przywrócenia instytucji przekazu w kodeksie²⁹. Z kolei należy również odrzucić ewentualność, że była to umowa o świadczenie przez osobę trzecią, gdyż umowa taka ma ze swojej istoty charakter odszkodowawczy³⁰.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że trudno byłoby przyjąć, aby zobowiązanie spółki w omawianym przykładzie mogło być czynnością abstrakcyjną. Skoro tak, musimy zastanowić się nad definicją *causae*. Pojęcie to funkcjonuje albo w ujęciu subiektywnym, rozumiane jako wyobrażony cel gospodarczy przysporzenia stanowiący motyw sprawczy osoby dokonującej przysporzenia, albo w ujęciu obiektywnym jako podstawa prawna przysporzenia³¹. Dla jego oceny (zwłaszcza w znaczeniu subiektywnym) może być też przydatna klauzula rozsądku³², coraz powszechniej zresztą pojawiająca się w nauce prawa zobowiązań pod wpływem doktryny anglosaskiej. Oprócz tradycyjnego trójpodziału (*causa solvendi*, *c. obligandi vel acquirendi*, *c. donandi*) wyróżnia się niekiedy również kauzę zabezpieczającą (*c. cavendi*) i kauzę ustalającą³³. W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że jedyną kauzą, która nie ma związku z jakimś ekwiwalentnym świadczeniem, jest *c. donandi*. Jest ona podstawą przysporzenia na rzecz innej osoby bez żadnego ekwiwalentu. Klasycznymi przykładami takich czynności są darowizna i użyczenie. Wynikają one zazwyczaj z pozaprawnych więzów (rodziny, przyjaźni) lub – w odniesieniu do podmiotów gospodarczych – z celów marketingowo-reklamowych.

Czy jednak kauza ta może być podstawą czynności dokonanej w omawianym przykładzie między podmiotami profesjonalnymi, wśród których jest również bank? Odpowiedź musi być negatywna. Nawet abstrakcyjna gwarancja bankowa udzielona przez szczególnego profesjonalistę ma przecież swoją podstawę ekonomiczną, gdyż na ogół bank pobiera od tej czynności prowizję. Także przepisy prawa podatkowego sprzeciwiałyby się temu³⁴.

Kolejną kwestią, którą należy przy ocenie „trójstronnej umowy” wziąć pod uwagę, jest fakt, że spółce odmówiono prawa do podnoszenia zarzutów odnoszących się do jakości i terminowości usług świadczonych przez kancelarię na rzecz banku – nawet gdy w rezultacie stało się to bezpośrednią przyczyną niezawarcia umowy

²⁹ *Ibidem*, s. 549.

³⁰ *Ibidem*, s. 551.

³¹ Z. Radwański, *op. cit.*, s. 190–193.

³² A. Wolter, *op. cit.*, s. 289.

³³ Z. Radwański, *op. cit.*, s. 193 i powołana tam literatura.

³⁴ Przekracza to ramy niniejszego artykułu, należy jednak wskazać, że w omawianym przykładzie spółka nie mogłaby zapłacić na rzecz kancelarii za usługi prawne świadczone przez kancelarię bankowi zaliczyć do swoich kosztów uzyskania przychodu.

kredytowej. Sąd Najwyższy konsekwentnie uznaje za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej pozostawienie możliwości dowolnej zmiany warunków tylko w rękę jednej strony³⁵. Analogicznie, należy uznać za niedopuszczalne pozostawienie wyłączenie bankowi możliwości dokonania oceny prawidłowości wykonywania świadczenia (tu: usług prawniczych), za które dłużnik miałby płacić, choćby formalnie adresatem tego świadczenia był inny podmiot. Taka konstrukcja występuje tylko w abstrakcyjnych czynnościach bankowych, a i to przecież odpowiedzialność banku-gwaranta lub banku udzielającego akredytywy nie jest absolutna, gdyż w każdym wypadku może on podnieść skutecznie zarzut nadużycia prawa przez beneficjenta oraz niektóre inne zarzuty. Jest to niekwestionowane zarówno w literaturze³⁶, jak i w orzecznictwie³⁷. Raz jeszcze trzeba tu przypomnieć, że bank jako szczególnie profesjonalista na rynku finansowym może dokonywać takich czynności właśnie dlatego, że jest w stanie rozeznaczyć ryzyko daleko bardziej wnikliwie, niż inni uczestnicy rynku. Ponadto szczególne przywileje przyznane bankom w ustawie³⁸ dodatkowo chronią ich interesy oraz zmniejszają ryzyko. To wszystko przemawia za tym, że słusznie Sąd Najwyższy wyznacza bankom podwyższony miernik należytej staranności nawet pośród profesjonalistów.

Tym bardziej więc znaczenie dla oceny omawianego stanu faktycznego winien mieć coraz powszechniejszy postulat ochrony również podmiotów prowadzących

³⁵ Por. powołaną w przyp. 5 uchwałę składu 7 sędziów SN III CZP 15/91 oraz uchwałę składu 7 sędziów SN z 6 marca 1992 r. III CZP 141/91 (OSNCP 1992, z. 6, poz. 90), a także uchwałę SN z 6 marca 1992 r., III CZP 141/91 (OSN 1992, z. 6, poz. 90), uchwałę SN z 19 maja 1992 r., III CZP 50/92 (OSP 1993, z. 6, poz. 119), wyrok SN z 5 kwietnia 2002 r., II CKN 933/99, niepubl. *Nota bene* wszystkie te orzeczenia zostały wydane na tle praktyk banków, które Sąd Najwyższy uznał za niedopuszczalne.

³⁶ M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, Z. Ofiarski, J. Pisuliński i W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, wyd. 2 poszerzone, Wyd. Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2002, s. 289–290.

³⁷ Patrz: wyrok SN z 22 kwietnia 1999 r., II CKN 204/98 (OSNC 2000, z. 1, poz. 4) i fragment uzasadnienia: „*Mimo powszechnej w skali międzynarodowej akceptacji rozwiązania wyłączającego możliwość podnoszenia przez bank względem beneficjenta zarzutów ze stosunku pokrycia i stosunku waluty, równie powszechnie przyjmuje się, że bank może odmówić wykonania zobowiązania wynikającego z otwarcia akredytywy, jeżeli żądanie beneficjenta wykonania tego zobowiązania przedstawia się z punktu widzenia stosunku waluty jako nadużycie prawa. Innymi słowy, niemożność podnoszenia przez bank zarzutów ze stosunku pokrycia i stosunku waluty uznaje się tylko w granicach, wynikających z zakazu działań stanowiących nadużycie prawa. Jest to przejaw ogólniejszej myśli, dotyczącej wszelkich zobowiązań, co do których zakres dopuszczalnych zarzutów kształtuje się podobnie, jak w wypadku otwarcia akredytywy. Wychodzi się tu z założenia, że niemożność podnoszenia zarzutów z innych stosunków ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa obrotu, wobec czego niemożność ta traci rację bytu w stosunku do nierzetelnego uczestnika obrotu. Myśl ta jest aprobowana także przez polskie piśmiennictwo i orzecznictwo (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. III CRN 70/94, OSNC 1995, z. 5, poz. 86; uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. III CZP 166/94, OSNC 1995, z. 10, poz. 135, pkt 9 uzasadnienia). Jej szczególnym normatywnym wyrazem jest między innymi art. 17 ustawy z 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe, Dz.U. z 1936 r. Nr 37, poz. 282 (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 21 października 1998 r. II CKN 10/98, OSNC 1999, z. 5, poz. 93)”.*

³⁸ Por. rozdział 8 ustawy Prawo bankowe – szczególne obowiązki i przywileje banków.

działalność gospodarczą (tzw. podmiotów profesjonalnych) z uwagi na zasadę słuszności kontraktowej. Zasada ta jest częściej odnoszona do zasad współżycia społecznego, niż do natury stosunku zobowiązaniowego jako granicy swobody umów. Jak jednak zauważono wyżej, zakres trzech pojęć z art. 353¹ k.c. ograniczających tę swobodę często przenika się wzajemnie.

O ile bezspornie uznaje się potrzebę takiej ochrony dla konsumentów, o tyle przyznanie ochrony profesjonalistom niekiedy budzi opór sądów. Słusznie zauważono w literaturze, że „zbyt łatwo zakłada się, że w stosunkach profesjonalnych słuszność kontraktowa nie powinna odgrywać istotnej roli. Ustawodawca nie akceptuje takiego punktu widzenia, czego dowodem może być najeżona ochronnymi przepisami imperatywnymi i semiimperatywnymi kodeksowa regulacja stosunku agencji, a więc stosunku obustronnie profesjonalnego (np. art. 761⁴, 761⁵, 761⁷ § 2, 764⁶ § 1 i 2 k.c.). Stanowisko polskiego ustawodawcy nie jest odosobnione. Jest ono wyrazem coraz silniejszego nurtu współczesnej cywilistyki, która dostrzega istotne zagrożenia dla słuszności kontraktowej także w stosunkach profesjonalnych”³⁹. W tym kierunku słusznie poszedł także Sąd Najwyższy w wyroku z 8 stycznia 2003 r., II CKN 1097/00⁴⁰, uznając za nieważne z powodu naruszenia granic swobody umów z art. 353¹ k.c. zastrzeżenie rażąco wygórowanych odsetek w umowie między dwoma profesjonalistami. Podkreślić także trzeba, że bank w stosunkach z innymi podmiotami profesjonalnymi jest zawsze podmiotem silniejszym, choćby z uwagi na przyznane mu w ustawie przywileje w zakresie dochodzenia należności na podstawie bankowego tytułu egzekucyjnego, lub prawa potrącania w określonych wypadkach wierzytelności niewymagalnych. Można więc zaryzykować twierdzenie, że stosunek szczególnego profesjonalisty, jakim jest bank wobec kredytobiorcy (nawet profesjonalnego), ma się tak, jak stosunek podmiotu profesjonalnego względem konsumenta. Warto też zauważyć, że w dzisiejszym życiu gospodarczym trudno wyobrazić sobie funkcjonowanie większości podmiotów bez kredytowania. Niekiedy zaciągnięcie kredytu jest koniecznością, jeżeli dany podmiot ma przetrwać na rynku. Wprawdzie zbyt daleko idąca byłaby teza, że kredytobiorcy działają w przymusowej sytuacji, która uzasadniałaby odwołanie się do wyzysku, to jednak trzeba przy ocenie całokształtu stosunków zawsze mieć na względzie, że kredytobiorca w pewnym stopniu działa często pod przymusem ekonomicznym.

Pewne znaczenie może mieć także fakt, że rynek bankowy jest rynkiem hermetycznym i ograniczonym, zwłaszcza w odniesieniu do tzw. wielkich kredytów. Skoro w podobnym czasie w praktyce wielu banków jako warunek rozpoczęcia

³⁹ R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 442 i s. 459 oraz cytowana tam literatura. Autor podaje także przykład analogicznych regulacji w Zasadach Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT, które z definicji dotyczą podmiotów profesjonalnych i to działających na rynku międzynarodowym.

⁴⁰ OSNC 2004, z. 4, poz. 55. Glosa aprobująca (z pewnymi zastrzeżeniami): T. Justyński, OSP z 2004, z. 4, s. 223.

negocjacji takiego kredytu pojawił się wymóg płacenia przez potencjalnego kredytobiorcę zewnętrznej kancelarii prawnej obsługującej bank przy tych negocjacjach, to można zastanawiać się, czy nie doszło między bankami do porozumienia zabronionego przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów⁴¹. Art. 5 ust. 1 pkt 5 tej ustawy mówi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy. Ustawa nadaje takim porozumieniom przymiot nieważności. Pewne wskazówki możemy czerpać z orzecznictwa, które jednak nie jest zbyt bogate. Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał za praktykę niedozwoloną uzależnianie przez ZAiKS zawarcia umowy licencyjnej od partycypowania w kosztach produkcji hologramów⁴², mimo iż wydawałoby się, że miało to ekonomiczne uzasadnienie. Z kolei Sąd Najwyższy uznał za praktykę ograniczającą konkurencję uzależnienie wynajęcia kupcom boksów na giełdzie rolno-ogrodniczej od wykupienia przez nich akcji firmy organizującej tę giełdę⁴³. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, taką praktyką jest również ustalanie cen minimalnych za usługi danego rodzaju⁴⁴. W omawianym stanie faktycznym warto zwrócić uwagę na aktywną rolę banku w narzuceniu spółce konieczności zawarcia obu „umów trójstronnych”, mimo że do nielegalnego porozumienia ograniczającego konkurencję może dojść także w rezultacie milczącej zgody jednej ze stron⁴⁵. Można także zastanawiać się, czy pod ustawowym pojęciem *rynku właściwego* w odniesieniu do usług bankowych kryje się całość usług bankowych, czy też można wyodrębnić jako rynek właściwy sektor tzw. wielkich kredytów inwestycyjnych. Z uwagi na to, że kredyty o wartości dziesiątków milionów dolarów są w stanie udzielić jedynie nieliczne banki, porozumienie kilku z nich może wyczerpywać także znamiona nadużywania pozycji dominującej z art. 8 ustawy. Wreszcie można także zadać sobie pytanie, czy wobec spółki nie dokonano czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴⁶, którym jest działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszenie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Szczegółowa analiza tego zagadnienia wykracza poza ramy artykułu, natomiast moim celem jest zwró-

⁴¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080.

⁴² VI ACa 117/2005, „Gazeta Prawna” 2005/134, s. 16.

⁴³ Wyrok z 7 kwietnia 2004 r., III SK 29/04, „Rzeczpospolita” 2004/85, s. C3.

⁴⁴ Wyrok z 1 października 2003 r., XVII Ama 84/02, „Gazeta Prawna” 2003/193, s. 6.

⁴⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, XVII Ama 26/04, „Rzeczpospolita” 2005/265, s. C2.

⁴⁶ Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503.

cenie uwagi, że przy badaniu, czy konkretna umowa nie przekracza granic swobody umów, można posiłkowo odwoływać się do dorobku orzecznictwa w sprawach ochrony konkurencji, nawet gdyby w danym wypadku trudno było wykazać wprost naruszenie przepisów regulujących tę dziedzinę.

I wreszcie ostatnia kwestia: istotnym składnikiem zasady swobody umów jest wolność negocjowania rozumiana jako wolność nawiązywania, prowadzenia i zrywania negocjacji⁴⁷, aż do granic wyznaczonych przez art. 72 § 2 k.c. oraz orzecznictwo wypracowane na tle pojęcia *culpa in contrahendo*. Niekwestionowanym zwyczajem handlowym było też, że każdy ponosił własne koszty negocjacji i przygotowania kontraktu, przy czym banki pobierały za to po zawarciu umowy kredytowej prowizję przygotowawczą, co dało się uzasadniać w odniesieniu do kredytów zarówno wyższymi niż przeciętne kosztami zebrania informacji prawnych i ekonomicznych o kontrahencie, jak i koniecznością przygotowania pod koniec negocjacji odpowiednich środków na wypłatę kredytu. Przerzucanie zaś na potencjalnego kredytobiorcę (i to jako warunek wstępny przystąpienia do negocjacji!) wszelkich kosztów poniesionych również przez bank już na etapie negocjacji, z jednoczesnym odebraniem mu uprawnienia do jakiegokolwiek wpływu na wysokość tych kosztów, podmiot wykonujący usługi, czy wreszcie jakość i terminowość tych usług, jest wyraźnym ograniczeniem swobody negocjacji. W mojej ocenie praktyka taka narusza w sposób oczywisty zasadę swobody umów.

Uwzględniając zatem wszystkie powyższe argumenty, trudno byłoby chyba obronić pogląd, że umowa gospodarcza narzucająca jednej ze stron same tylko obowiązki, bez świadczenia ekwiwalentnego, oraz odbierająca tej stronie jakikolwiek wpływ na wykonanie przez pozostałe strony świadczenia (za które ma ona zapłacić, mimo że nie osiąga z tego świadczenia korzyści gospodarczej), nie narusza swobody umów, nawet uwzględniając charakter profesjonalny stron. Trzeba tu odnieść się również do celu „trójstronnej umowy”, jako kryterium zawartego w treści art. 353¹ k.c. W umowie tej chodziło przecież w istocie o to, aby ukryć część kosztów ponoszonych przez bank podczas negocjacji, przerzucając je z góry na kredytobiorcę. Cała umowa sprowadzała się w gruncie rzeczy do pobrania przez bank od kontrahenta opłaty wstępnej za przystąpienie do negocjacji, która miała pokryć wydatki banku na rzecz swojego doradcy prawnego. Gdyby bank otwarcie wprowadził taką opłatę, to naraziłby się na zarzut naruszania zasady swobody negocjacji oraz na zarzut praktyk monopolistycznych, nie mówiąc już o tym, że po prostu stałby się niekonkurencyjny. Przystąpienie zaś kontrahentów do negocjacji mimo takiego warunku uznalibyśmy natomiast za dowód, że mamy do czynienia z wypadkiem znaczącego ograniczenia konkurencji. Rezultatem opisanej umowy było też zapewne sztuczne obniżenie prowizji przygotowawczej (czy innych opłat) banku. Bank mógł bowiem zaproponować warunki kredytowania atrakcyjniejsze

⁴⁷ P. Sobolewski, *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, Referat wygłoszony na II Ogólnopolskim Zjeździe Cywilistów, Wisła 28–30 września 2006 r.

niż inni, skoro nie ponosił żadnych kosztów przygotowania umowy, obciążając nimi przyszłego klienta. Bezpośrednim celem umowy było więc sztuczne zwiększenie konkurencyjności banku przez przerzucenie na spółkę kosztów ponoszonych zwyczajowo przez banki.

Należy zatem w konkluzji stwierdzić, że „trójstronna umowa” w części, w której nakładała na spółkę nieekwiwalentny obowiązek zapłaty za usługi świadczone przez kancelarię na rzecz banku, jest sprzeczna z naturą stosunku zobowiązaniowego oraz również z zasadami współżycia społecznego rozumianymi w tym wypadku jako słuszność kontraktowa.

Przechodząc teraz do oceny „trójstronnej umowy” przez pryzmat zasad etyki i godności zawodów prawniczych (adwokata i radcy prawnego), należy na wstępie zauważyć, że choć nie stanowią one źródła prawa powszechnie obowiązującego, to stanowią element mogący być podstawą wyrokowania także w sprawie cywilnej poprzez pojęcie zasad współżycia społecznego, których elementem są niewątpliwie zasady etyki zawodowej. Wynika to wprost z § 1 ust. 1 Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu⁴⁸ (zwanego dalej k.e.a.) oraz analogicznie z art. 1 ust. 1 Zasad etyki radcy prawnego⁴⁹ (z.e.r.p.), gdyż obydwie regulacje odwołują się do ogólnych norm etycznych. Również kodeks etyczny dla prawników UE opracowany przez CCBE⁵⁰ już w preambule stwierdza, że wykonywanie zawodu nakłada na prawnika szereg obowiązków moralnych. Kodeks CCBE mówi też, że choć zasady etyki poszczególnych adwokatów europejskich wypływają z ich własnej tradycji, to są przecież oparte na tych samych wartościach. Kodeks ten stanowi pewne ramowe minimum wymagane od prawników działających na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego. I choć w razie sprzeczności między jego postanowieniami a przepisami krajowymi w zakresie deontologii pierwszeństwo przyznaje się tym drugim, to jednocześnie Kodeks CCBE zawiera zalecenie, aby wykładni obowiązujących przepisów krajowych oraz przyszłych zmian dokonywać w zgodzie z jego postanowieniami. Dodać trzeba, że obowiązkiem jest nie tylko przestrzeganie zasad etyki i godności zawodu przez prawnika, ale także egzekwowanie tego przez samorządy zawodowe⁵¹.

Moim zdaniem regulacje zawarte kodeksie etycznym mogą przesądzać w pewnych wypadkach o tym, czy nie doszło do naruszenia natury zobowiązania. Warto przy tym zwrócić uwagę, że obok obowiązku przestrzegania norm etycznych wyróżnia się ponadto obowiązek przestrzegania godności zawodu, który jest częściowo-

⁴⁸ Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks 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.

⁴⁹ Zasady Etyki Radcy Prawnego obowiązujące od 1 stycznia 2000 r. na mocy uchwały VII Krajowego Zjazdu Radców Prawnych.

⁵⁰ Kodeks Etyczny dla Prawników w Unii Europejskiej opracowany przez Radę Adwokatów i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej (CCBE) przyjęty na sesji plenarnej CCBE w dniu 28 października 1988 r., z późn. zm. (źródło: www.ccbe.org).

⁵¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 grudnia 1989 r., IV SA 861/89.

wo odrębnym i samodzielnym pojęciem, wiążanym z zaufaniem opinii publicznej do zawodu adwokackiego⁵².

Kardynalną zasadą etyki zawodowej adwokata lub radcy prawnego jest działanie z należytą starannością na rzecz danego klienta i ściśle związane z tym obowiązkiem unikania sytuacji prowadzących do konfliktu interesów. Warto przytoczyć tu w całości postanowienia odnoszące się do tej kwestii. I tak, art. 3.2. Kodeksu CCBE stanowi:

3.2.1. Prawnik nie może doradzać, reprezentować lub występować w imieniu dwóch lub większej liczby klientów, jeżeli występuje sprzeczność lub znaczące ryzyko sprzeczności pomiędzy interesami tych klientów.

3.2.2. Prawnik musi zaprzestać występowania w imieniu obu klientów, jeżeli występuje sprzeczność pomiędzy interesami tych klientów, a także, jeżeli występuje ryzyko naruszenia poufności lub ograniczenia niezawisłości prawnika.

Z kolei § 46 k.e.a. mówi:

Adwokat nie może reprezentować klientów, których interesy są sprzeczne, chociażby ci klienci na to się godzili.

W razie ujawnienia się sprzeczności w toku postępowania, adwokat obowiązany jest wypowiedzieć pełnomocnictwo tym klientom, których interesy są sprzeczne.

Natomiast art. 14 z.e.r.p. (bardziej szczegółowo regulujący materię niż przytoczony § 46 k.e.a.) zawiera jedno istotne wyłączenie. Otóż zgoda klientów radcy prawnego na reprezentację w razie sprzeczności interesów uchyla zakaz reprezentacji takich klientów. Kwestię tę pozostawiam jednak poza zakresem niniejszego artykułu, gdyż wymagałaby oddzielnej analizy.

Powracając kolejny raz do opisanego na wstępie przykładu, na pierwszy rzut oka widać, że wskutek „trójstronnej umowy” kancelaria pobierała wynagrodzenie od podmiotu (spółki), przeciwko interesom której w pewnym sensie działała⁵³. Nie ulega bowiem żadnej wątpliwości, że pomiędzy bankiem a spółką w toku negocjacji istniał konflikt interesów. Interesy te zbieżne były bowiem tylko co do ogólnego celu transakcji: udzielenia kredytu. Natomiast w miarę uszczegółowienia warunków transakcji były one coraz bardziej przeciwstawne, nawet w zakresie *essentialiae negotii*. Spółce zależało przecież m.in. na jak najniższym oprocentowaniu kredytu, najniższych marżach i prowizjach oraz możliwie najmniej uciążliwych

⁵² Z. Krzeмиński, *Kodeks etyki adwokackiej. Komentarz*, Wyd. Kamino, Warszawa 1994, s. 10; tak również Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z 22 listopada 2002 r., III DS. 12/2002, OSNP 2003, z. 24, poz. 607.

⁵³ Warto przytoczyć tu art. 11.3. ogólnokrajowych zasad wykonywania zawodu adwokata we Francji, który stanowi: „Adwokat może otrzymywać honorarium wyłącznie od klienta lub jego przedstawiciela” (cytuje za: *Uchwała o charakterze normatywnym nr 2005–003 ustanawiająca ogólnokrajowe zasady wykonywania zawodu adwokata we Francji*” w przekładzie A. Czachowskiej, „Palestra” 2006, nr 9–10, s. 205). Zasady te są zapewne odzwierciedleniem powszechnie akceptowanego kierunku rozwoju deontologii zawodów prawniczych w państwach członkowskich UE.

zabezpieczeniach. W interesie zaś banku leżały przeciwnie – najwyższe możliwe marże i oprocentowania oraz wielość i wysoka wartość zabezpieczeń⁵⁴.

Czy można zatem rozsądnie przyjąć, że nie było konfliktu interesów nawet mimo zapisu „umowy trójstronnej”, że wyłącznym zleceniodawcą kancelarii jest bank i tylko jego wskazówki mogą być uwzględniane przy wykonywaniu zlecenia? Jest to przecież co najmniej ograniczenie niezawisłości prawnika, którą podkreślają zarówno Kodeks CCBE, jak i zasady obydwu korporacji krajowych. Warto też przez analogię *iuris* sięgnąć do wykładni pojęcia bezstronności sędziego. Trybunał Konstytucyjny nakazał rozszerzające stosowanie tego pojęcia przez usuwanie nawet potencjalnych lub pozornych wątpliwości co do bezstronności⁵⁵. Także ugruntowana linia orzecznicza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu przyjęła rozumienie bezstronności sędziego przez pryzmat wymogu oceny zewnętrznej i wymóg unikania choćby pozoru stronniczości⁵⁶. Jestem zdania, że owe kryteria zewnętrzne podkreślane przez obydwie Trybunały powinny *mutatis mutandis* odnosić się także do wymogu zakazu działania prawnika w wypadku konfliktu interesów rzeczywistego lub nawet potencjalnego. Wynika to nawet z treści samych przepisów („ryzyko sprzeczności” – Kodeks CCBE, „przypuszczenie kolizji interesów” – art. 14 ust. 1 z.e.r.p.) i ich wykładni przez sądy dyscyplinarne. Na przykładzie orzeczeń dyscyplinarnych w adwokaturze uznawano za niedopuszczalne reprezentowanie kilku osób m.in. w wypadkach, gdy istniała „sama możliwość powstania sprzeczności interesów procesowych”⁵⁷, gdy porady stronie przeciwnej udzielono tylko grzecznościowo⁵⁸, gdy stwarzano choćby „nawet pozory podwójnego zastępstwa np. przez odbywanie konferencji z obu stronami wiodącymi spory (...) choćby nawet czynności takie nie odnosiły się bezpośrednio do spraw już imieniem jednej ze stron prowadzonych”⁵⁹, nawet jeżeli strony godziły się na tzw. podwójne zastępstwo⁶⁰.

Na szczególną uwagę zasługuje orzeczenie dyscyplinarne adwokackiego WKD z 1959 r. mówiące, że „adwokat, który będąc pełnomocnikiem jednej ze stron w po-

⁵⁴ Znana jest powszechnie tendencja banków do nadzabezpieczania udzielanych kredytów.

⁵⁵ Wyrok TK z 20 lipca 2004 r., sygn. SK 19/2002 (publ. OTK ZU 2004 nr 7A, poz. 67). Trybunał odwołał się w uzasadnieniu do odczucia społecznego, a zatem w pewien sposób – do ogólnie obowiązujących norm etycznych.

⁵⁶ *Academy Trading Ltd. v. Grecja*, 30342/96 i *McConnel v. W. Brytania*, 28488/95, *Sander v. W. Brytania*, 34129/96, *Sigurdsson v. Islandia*, 39731/98. W jednym z orzeczeń padło nawet znamienne stwierdzenie: „Wymiar sprawiedliwości nie tylko należy sprawować, ale jeszcze ponadto pokazywać, że się tak właśnie czyni” (*Delcourt v. Belgia*, A 53).

⁵⁷ Orzeczenie WKD z 22 lutego 1958, WKD 74/57, „Palestra” 1958, nr 7–8, s. 113–116 (to i wszystkie cytowane niżej orzeczenia dyscyplinarne podaję za: Z. Krzemiński, *op. cit.*, s. 58–61 i 82–83).

⁵⁸ Orzeczenie WKD z 9 stycznia 1960, WKD 96/59, „Palestra” 1960, nr 3, s. 90 oraz orz. WKD z 19 grudnia 1937, D 167/37, „Palestra” 1938, s. 231.

⁵⁹ Orzeczenie Sądu Dyscyplinarnego we Lwowie z 6 czerwca 1931, Rd 138/27, Sprawozdanie Izby Adwokackiej we Lwowie za rok 1931, s. 74.

⁶⁰ Orzeczenie Sądu Dyscyplinarnego we Lwowie z 22 września 1928, Rd 51/28; Sprawozdanie Izby Adwokackiej we Lwowie za rok 1928, s. 41.

stępowaniu sądowym lub administracyjnym udziela pomocy prawnej drugiej stronie w toku tego postępowania, nie tylko narusza formalny zakaz (...), ale postępuje w sposób sprzeczny z naturą pracy zawodowej adwokatury i naraża na możliwość utraty zaufania obu stron”⁶¹. Odwołuje się ono wprost do pojęcia natury pracy adwokackiej. Po pierwsze, przesądza ono, że naruszenie zasad etyki zawodowej może być jednocześnie naruszeniem natury zawodu (czyli – zobowiązaniowego stosunku prawnego łączącego adwokata ze stroną). Po wtóre, łączy pojęcia natury pracy zawodowej adwokata z elementem zaufania jako szczególną cechą tego zawodu, zawodu zaufania publicznego.

W literaturze podawano przykłady, kiedy naruszenie jakiejś doniosłej zasady deontologii zawodowej stałoby w sprzeczności nie tylko z wymogami kwalifikowanej staranności zawodowej, ale naruszałoby równocześnie naturę danego zobowiązania – a przez to także i zasadę swobody umów⁶².

Podsumowując tę część wywodów, należy uznać, że choć w omawianej sprawie klientem kancelarii formalnie był tylko bank, to fakt pobierania wynagrodzenia przez kancelarię od drugiej strony tego klienta jawi się jako oczywiste i rażące naruszenie zasady unikania konfliktu interesów. O ocenie decydują bowiem obiektywne, zewnętrzne kryteria, a nie zaś to, który z tych podmiotów jest nazywany przez prawnika klientem w umowie.

Można również zasadnie zastanawiać się, czy przedstawiona „trójstronna umowa” nie jest przykładem zabronionych praktyk tzw. naganiactwa. W § 23 k.e.a. istnieje generalny zakaz pozyskiwania klientów w sposób sprzeczny z godnością zawodu, a § 23b ust. 5 przykładowo wymienia zakaz zlecenia osobom trzecim rozpowszechniania informacji o adwokacie. Podobną regulację zawiera art. 35 z.e.r.p., który zakazuje m.in. korzystania z usług pośredników oraz narzucania komukolwiek swoich usług. I znów w drodze analogii trzeba dojść do konkluzji, że tym bardziej sprzeczne z zasadami etyki – a przez to i z zasadami współżycia społecznego – byłoby narzucanie danemu podmiotowi obowiązku zapłaty za usługi świadczone na rzecz strony przeciwnej.

Powyższe rozważania prowadzą do ogólnego wniosku, że opisana praktyka banków polegająca na sztucznym zwiększaniu konkurencyjności przez nieuzasadnione przerzucanie kosztów na przyszłego kredytobiorcę nie zasługuje na akceptację. Z kolei adwokat lub radca układając treść umowy o świadczenie usług prawnych winien szczególnie starannie ważyć, czy nie przekracza granic swobody kontraktowania zawartych w art. 353¹ k.c. Musi brać przy tym pod uwagę także zasady etyki obowiązujące w jego zawodzie oraz utarte zwyczaje panujące w tym środowisku. Za złamanie tych zasad może bowiem zapłacić nie tylko poniesieniem odpowiedzialności dyscyplinarnej, ale również bezwzględną nieważnością umowy, nie wspominając o utracie renomy w takim wypadku.

⁶¹ Orzeczenie WKD z 16 maja 1959, WKD 103/58, „Palestra” 1959, nr 10, s. 111–112.

⁶² M. Szczygieł, *op. cit.*, s. 18.

OGRANICZENIA DOTYCZĄCE POWOŁYWANIA TWIERDZEŃ, ZARZUTÓW I DOWODÓW NA GRUNCIE SYSTEMU PREKLUZJI W PROCESIE CYWILNYM (cz. 2)

Prześledźmy pokrótce przepisy, które stanowią źródło prekluzji w powoływaniu twierdzeń, zarzutów lub dowodów, zarazem uprzedzając, że przez wzgląd na ograniczone ramy niniejszego opracowania pominięte będą zagadnienia związane z prekluzją zarzutów ściśle procesowych, tj. takich jak zarzut błędnego oznaczenia wartości przedmiotu sporu (art. 25 § 2 k.p.c.), zarzut zapisu na sąd polubowny, zarzut niewłaściwości sądu dającej się usunąć za pomocą umowy (art. 202 k.p.c.), zarzut poddania sporu jurysdykcji sądu obcego bądź zarzut umowy o zagraniczny sąd polubowny (art. 1105 § 3 k.p.c.) etc. Otóż według art. 207 § 3 k.p.c. przewodniczący może zobowiązać stronę reprezentowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa do złożenia pisma przygotowawczego, w którym strona ta powoła wszystkie twierdzenia, zarzuty i dowody pod rygorem utraty prawa do powoływania ich w toku dalszego postępowania. Przepis ten znaleźć może zastosowanie na każdym etapie sprawy, także wówczas, gdy postępowanie ma charakter odrębny. Osobliwość niniejszego uregulowania na tym się zasadza, że na pierwszy rzut oka może wydawać się, jak gdyby bardziej należało ono do systemu dyskrecjonalnej władzy sędziego aniżeli prekluzji. O zaliczeniu art. 207 § 3 k.p.c. do przepisów prekluzyjnych rozstrzyga jednakże ta jego właściwość, o której była mowa wyżej i która stanowi o istocie prekluzji: mianowicie zastrzeżenie przez prawodawcę sankcji, polegającej na wygaśnięciu prawa (tu sc. prawa do powoływania twierdzeń, zarzutów i dowodów). W konsekwencji, gdy raz termin wyznaczony przez sąd upłynie, dowód *ex lege* (a nie *ex mente iudicis*) stanie się niedopuszczalny. Z drugiej strony, omawiany przepis, choć służy niewątpliwie systemowi prekluzji, nie jest wolny od elementów dyskrecjonalnych. Po pierwsze, o tyle tylko znajdzie zastosowanie, o ile przewodniczący – wedle swego uznania – zobowiąże stronę do złożenia pisma przygotowawczego. Po drugie, nawet sam termin, którego upływ odbiera stronie prawo do powoływania twierdzeń dowodów i zarzutów, zupełnie inaczej niż w pozostałych przypadkach prekluzji, nie jest terminem ustawowym, ale sądowym i jako taki podlega przedłużeniu w myśl art. 166 k.p.c. Po trzecie, zarządzenie przez przewodniczącego złożenia pism przygotowawczych może być uchylone lub zmienione na

podstawie art. 359 § 1 k.p.c. w zw. z art. 362 k.p.c., z tym jednak ograniczeniem, że uchylenie lub zmiana dopuszczalne są tak długo, póki wyznaczony termin nie zakończy swego biegu. Skoro raz bowiem prawo do powoływania twierdzeń, dowodów i zarzutów wygaśnie, płynące stąd skutki prawne nie powinny być niweczone stosowaniem art. 359 § 1 k.p.c., gdyż godziłoby to w sam cel prekluzji oraz w leżącą u podstaw art. 207 § 3 k.p.c. *rationem legis*.

Najsłuszniejsze oparcie aksjologiczne dla systemu prekluzji znajdujemy w postępowaniu gospodarczym, albowiem od osób prowadzących działalność profesjonalną większej można żądać staranności procesowej i w ogóle większejfrasobliwości w dziedzinie prawa, niż jest to w zwyczaju w przypadku innych uczestników obrotu prawnego. W dziale o postępowaniu w sprawach gospodarczych zamieścił ustawodawca trzy przepisy o charakterze prekluzyjnym. Art. 479¹² § 1 k.p.c. zobowiązuje powoda do podania w pozwie wszystkich twierdzeń oraz dowodów pod rygorem utraty prawa do ich powoływania, chyba że wykaże on, iż powołanie ich w pozwie nie było możliwe, albo że potrzeba powołania wynikła później. Podobnie w myśl art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. pozwany, który składa odpowiedź na pozew (co zgodnie z art. 479¹⁴ § 1 k.p.c. uczynić należy w terminie dwutygodniowym od otrzymania pozwu), powinien zawrzeć w niej pod tym samym rygorem wszystkie swoje twierdzenia, zarzuty oraz dowody. I znów, od obowiązku tego może uwolnić się tylko wówczas, jeśli zdoła wykazać, że powołanie twierdzeń, zarzutów i dowodów w czasie właściwym nie było możliwe, albo jeżeli potrzeba ich powołania wynikła później. Wreszcie, identyczne wymagania stawia art. 479¹⁸ § 3 k.p.c. pozwanemu, który wnosi sprzeciw od wyroku zaocznego, nakazując w tym zakresie stosować art. 479¹⁴ § 2 k.p.c.

W postępowaniu nakazowym prekluzja przewidziana została w art. 495 § 3 k.p.c., a mianowicie, po pierwsze – w odniesieniu do faktów oraz dowodów przytaczanych w pozwie, po drugie – w odniesieniu do faktów, dowodów i zarzutów przytaczanych w piśmie pozwanego obejmującym zarzuty od nakazu zapłaty, i po trzecie – w odniesieniu do twierdzeń i dowodów, zgłaszanych przez powoda w odpowiedzi na to pismo. W ostatnim wypadku termin prekluzyjny wynosi tydzień od dnia doręczenia powodowi pisma z zarzutami. Oczywiście nie znaczy to, żeby powód otrzymywał jakieś dodatkowe prawo do przytoczenia w niniejszym terminie faktów lub dowodów, które powinien był podać już na etapie wnoszenia pozwu. Jeśli na przykład zaniedbałbym złożyć wraz z pozwem umowę, z której wywodzę swoje roszczenie, a pozwany następnie w piśmie zawierającym zarzuty od nakazu zapłaty zaprzeczył, by taką umowę zawierał, to choćbym ostatecznie przedstawił ją w terminie tygodniowym od doręczenia mi zarzutów, dowód taki należy uznać w świetle art. 495 § 3 k.p.c. za spóźniony. Ale inaczej będzie, gdy powód już w pozwie wnieśli o przeprowadzenie dowodu z umowy, pozwany z kolei w zarzutach poda, że – dajmy na to – umowa nie wiąże go, ponieważ uchylił się od skutków prawnych swego oświadczenia woli jako złożonego pod wpływem błędu; w takim wypadku powód będzie mógł w terminie tygodnia od doręczenia

mu zarzutów powołać nowe dowody, na przykład dla wykazania, iż naprawdę błąd pozwanego nie był istotny.

Nie ma natomiast prekluzji wśród przepisów o postępowaniu upominawczym. Co prawda pozwany jest obowiązany zgodnie z art. 503 § 1 k.p.c. przedstawić w swym sprzeciwie od nakazu zapłaty „zarzuty, które pod rygorem ich utraty należy zgłosić przed wdaniem się w spór, a także pozostałe zarzuty przeciwko żądaniu pozwu oraz wszystkie okoliczności faktyczne i dowody na ich potwierdzenie”, zarazem jednak nie znajdujemy żadnej sankcji na wypadek, gdyby wbrew powyższemu przepisowi zarzuty, okoliczności faktyczne oraz dowody zostały powołane nie w sprzeciwie, tylko w dalszym toku postępowania. Owszem, poprzestając na przesłankach czysto gramatycznych, z określenia „wszystkie okoliczności i dowody” można by *a contrario* wnosić (choć i tak cokolwiek na wyrost), że po złożeniu sprzeciwu na żadne nowości nie ma już miejsca, mimo to każda próba podobnej wykładni upada, przede wszystkim w obliczu racji teleologicznych, ale także przy porównaniu omawianego uregulowania z tym, które przewidują przepisy o postępowaniu nakazowym. Otóż celem art. 503 § 1 k.p.c. jest po prostu określić konieczną treść sprzeciwu, tak jak na przykład art. 187 § 1 k.p.c. określa konieczną treść pozwu. W sytuacji, gdy sprawa podlega rozpoznaniu jednocześnie według przepisów o postępowaniu upominawczym i postępowaniu w sprawach gospodarczych, nie ma też żadnych podstaw, by do sprzeciwu od nakazu zapłaty stosować przez analogię art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., nie jest bowiem sprzeciw w sprawie gospodarczej żadną szczególną formą odpowiedzi na pozew, co dobrze wyłożył Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 3 grudnia 2003 r.¹. Wprawdzie niektórzy widzą tu niebezpieczeństwo naruszenia zasady równości stron, wywodząc, że skoro powód podlega ograniczeniom na gruncie prekluzji, to takim samym ograniczeniom musi podlegać pozwany², jednakże gdyby tak było, właściwie wszystkie przepisy prekluzyjne trzeba by uznać za naruszające tę zasadę, albowiem niemal zawsze w toku postępowania dochodzi do sytuacji, w której jedna ze stron pozostaje związana prekluzją, druga natomiast może powoływać dalsze twierdzenia bądź dowody bez przeszkód. Jeśli na przykład pozwany w trybie art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. przedstawia dowód, że roszczenie wygasło na skutek potrącenia, wówczas powoda nie ogranicza już żaden termin prekluzyjny, w wykazaniu, iż potrącenie było z jakichś względów bezskuteczne, dlatego będzie mógł owej bezskuteczności swobodnie dowodzić aż do zamknięcia rozprawy.

W postępowaniu uproszczonym zgodnie z art. 505⁵ k.p.c. prekluzją objęte zostały okoliczności faktyczne, zarzuty i wnioski dowodowe, zgłaszane w pozwie,

¹ Orzeczenie SN z 3 grudnia 2003 r., OSP 2004, z. 11, poz. 142; podobnie w orzeczeniu SN z 23 lutego 2005 r., LEX nr 150574.

² M. Pełczyński, *Prekluzja w zgłaszaniu twierdzeń i dowodów w I instancji w postępowaniu zwykłym, w sprawach gospodarczych, nakazowym, upominawczym i uproszczonym*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 7, s. 338.

odpowiedzi na pozew, na pierwszej rozprawie, w sprzeciwie od wyroku zaocznego. Ponadto powód może przytaczać nowe okoliczności faktyczne i wnioski dowodowe nie później niż w terminie tygodnia od doręczenia mu pism wyżej wymienionych, czyli odpowiedzi na pozew lub sprzeciwu od wyroku zaocznego.

Na koniec wspomnieć trzeba również o przepisie art. 843 § 3 k.p.c., wedle którego ten, kto wytacza powództwo przeciwegzekucyjne, powinien już w pozwie podać „wszystkie zarzuty, jakie w tym czasie mógł zgłosić”, pod rygorem utraty prawa do korzystania z nich w dalszym postępowaniu. Choć uregulowanie niniejsze, co osobliwe, nie wspomina wyraźnie o dowodach, mimo to, wzięwszy pod rozwagę cel normowanej instytucji, wypada przyjąć, że i one zostały prekluzji poddane. Brak też w art. 843 § 3 k.p.c. zastrzeżenia, iż powód nie traci prawa do powoływania zarzutów, gdy potrzeba takiego powołania wynika później (tzn. po złożeniu pozwu), jednakże również tym razem względ na wykładnię teleologiczną każe uwzględnić powyższe zastrzeżenie, nawet jeśli nie zostało w przepisie wprost wyartykułowane.

Ujemne skutki związane z upływem prekluzji tego dotyczą, kto w czasie właściwym nie wystąpił z twierdzeniami ani dowodami bądź też nie posłużył się zarzutami, które powinien był powołać. Owszem, ale jakie twierdzenia, dowody lub zarzuty powinien powołać? O tym rozstrzygają najpierw przepisy prawa materialnego – które mianowicie, to już jest kwestią konkretnych okoliczności – a następnie również zasady rządzące rozkładem ciężaru dowodowego, czyli te, płynące z art. 6 k.c., a w sferze wyłącznie procesowej – także z art. 232 k.p.c. Nie od rzeczy byłoby w tym miejscu przypomnieć tradycyjny trójpodział faktów na prawotwórcze, niweczące i tamujące. Prawotwórcze (np. czyn niedozwolony) sprawiają, że na gruncie prawa materialnego powstaje jakieś roszczenie; niweczące (np. zwrot pożyczki) znoszą roszczenie; tamujące natomiast (np. niezachowanie formy aktu notarialnego dla sprzedaży nieruchomości) przeszkadzają już w samym powstaniu roszczenia. Jak ciężar dowiedzenia faktów prawotwórczych spoczywa w ogólności na powodzie, i jak faktów tamujących oraz niweczących powinien dowieść przeciwnik tego, kto występuje z roszczeniem (więc z zasady pozwany), tak samo układają się obowiązki stron dotyczące przytaczania twierdzeń, faktów i zarzutów w ramach systemu prekluzji: powód zatem musi przed jej upływem powołać twierdzenia i dowody co do faktów prawotwórczych, a pozwany – co do pozostałych.

Różne problemy uboczne, w tym odstępstwa od powyższej reguły, wypada tu jednak pominąć, miejsce bowiem wydaje się nie tyle stosowne, by rzecz roztrząsać w szczegółach, zwłaszcza że chodzi przecież o kwestię szeroko omawianą w wypowiedziach doktryny i Sądu Najwyższego³, ile raczej, aby postawić sobie pytanie, czy o rodzaju twierdzeń, dowodów i zarzutów, które powinny być przytoczone w terminach prekluzyjnych, powinniśmy wnioskować jeszcze z jakichś innych aniżeli prawo

³ Z wypowiedzi judykatury ob. w tej np. mierze: orzeczenie SN z 9 stycznia 2001 r. (II CKN 1194/00), LEX nr 52375.

materialne przesłanek. Niekiedy zdarza się na przykład, iż uznając pewne fakty za bezsporne, strona postanawia nie składać dowodów dla ich wykazania, szczególnie jeśli przeciwnik fakty te przyznaje już przed wszczęciem procesu. Otóż należy uznać, że za każdym razem, gdy powód powołuje mniej dowodów, niż wymaga tego materialnoprawna podstawa jego roszczenia, czyni tak na własne ryzyko i nie może następnie przed skutkami prekluzji zasłaniać się zarzutem, iż wcześniej był przekonany o bezsporności określonych faktów. Owszem, fakty przyznane nie wymagają dowodu, ale tylko wówczas, gdy do przyznania doszło już w toku postępowania (art. 229 k.p.c.), a nie przed jego wszczęciem. Wszystko, o czym tu mówimy, stosuje się w równej mierze do pism i oświadczeń składanych przez strony w celu wyjaśnienia okoliczności spornych przed wytoczeniem powództwa w sprawie gospodarczej (art. 479¹² § 2 k.p.c.). Także w tym wypadku uprzednie zachowanie się stron w zasadzie nie wywiera wpływu na *onus proferendi* ani *onus probandi* i nie uchyla obowiązku przytoczenia w pozwie wszystkich twierdzeń oraz dowodów potrzebnych do wykazania zgłaszanych roszczeń. Z drugiej strony, nie zobowiązuje też do przytaczania niczego ponad konieczność, tzn. jakichś dalszych jeszcze faktów czy dowodów, np. w przewidywaniu zarzutów, które może podnieść pozwany.

Streszczając: samo przeświadczenie, że pewien fakt może okazać się bezsporny, nie zwalnia powoda od powołania w terminie prekluzyjnym wszystkich twierdzeń i dowodów, które dotyczą faktów prawotwórczych, ani nie zwalnia pozwanego od powołania wszystkich twierdzeń, dowodów oraz zarzutów co do faktów tamujących i niweczających. Pogląd odmienny, choć znajduje obrońców⁴, jest nie do utrzymania, uzależnia bowiem rygor prekluzji od prognoz i wyobrażeń o tym, jak przeciwnik procesowy zachowa się w przyszłości, a więc od czynników niemających na gruncie prawnym żadnego trwałego oparcia. Jedynym kryterium dla oceny, jakie twierdzenia, dowody i zarzuty ma strona obowiązek powołać, powinno pozostać zatem prawo materialne, jest to bowiem zawsze kryterium najpewniejsze, a przynajmniej tak dalece pewne, jak pewne może być prawo materialne w ogóle. *In summa*, nie ma powód żadnego więcej obowiązku nad ten, aby powołać w pozwie tyle twierdzeń oraz dowodów, ile trzeba dla wykazania zgodnie z wymaganiami art. 6 k.c., że w świetle prawa materialnego służy mu dochodzone przed sądem roszczenie. I podobnie, gdy pozwany następnie udziela powodowi odpowiedzi bądź wnosi zarzuty od nakazu zapłaty, nie musi przy tym przedstawiać żadnych innych twierdzeń bądź dowodów oprócz tych tylko, które są z punktu widzenia prawa materialnego dostateczne, by wniesionemu roszczeniu dać odpór. Zarazem trzeba mieć jednak na uwadze, że obowiązek przytaczania zarzutów i twierdzeń rozciąga się w systemie prekluzji na wszystkie możliwe zarzuty i twierdzenia, a więc również na twierdzenia i zarzuty ewentualne⁵, co z kolei może wymagać ich stopniowania, na przykład według następującego schematu: „pozwany nie zawierał z

⁴ M. Pełczyński, *Prekluzja w zgłaszaniu...*, s. 340.

⁵ H. Mądrzak, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2003, s. 64.

powodem żadnej umowy, ale jeżeli zawierał, jest ona nieważna; z kolei jeśli nawet jest ważna, powodowi nie służy roszczenie, bo zobowiązanie wygasło; gdyby natomiast nie wygasło, to i tak uległo przedawnieniu” etc.

Skoro zostało już przedstawione, które z przepisów leżą u podstaw systemu prekluzji w postępowaniu cywilnym oraz co stanowi właściwy przedmiot prekluzji, teraz wypada nam zbadać bliżej, jakie skutki prawne niesie z sobą upływ terminów prekluzyjnych. Jak wyjaśniliśmy wcześniej, natura systemu prekluzji, jeśli rozważać go będziemy na gruncie zasady koncentracji materiału procesowego, w tym się wyraża, że strona traci bezpowrotnie prawo do powoływania faktów bądź dowodów, albowiem wygasa ono *ex lege* (tj. bezpośrednio mocą art. 207 § 3 k.p.c., art. 479¹² § 1 k.p.c., art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. etc.), zatem inaczej niż w systemie dyskrejonalnej władzy sędziego, w którym twierdzenie lub dowód stają się niedopuszczalne wyłącznie *ex mente iudicis*. Co prawda rozróżnienie niniejsze, przynajmniej przy pierwszym oglądzie, ma jedną istotną ułomność – tę mianowicie, iż również w odniesieniu do drugiego systemu można poniekąd mówić o wygaśnięciu prawa *ex lege*, ponieważ badanie przez sędziego, czy fakt lub dowód jest spóźniony, także tutaj nie odbywa się w próżni, ale bierze za podstawę kryteria, choć nieostre, określone jednak przepisami procesowymi; i na odwrót, w ramach systemu prekluzji pewne jej przesłanki na tyle dalekie są od precyzji, że stosowanie ich z konieczności musi się odbywać, przynajmniej w pewnej mierze, podług uznania sędziego (np. gdy przychodzi ocenić, jakie fakty w konkretnym przypadku powinny posłużyć do wykazania materialnoprawnej podstawy roszczenia) – mimo to w systemie prekluzji przesłanki, od których zależy dopuszczenie bądź niedopuszczenie dowodu, są bez wątpienia dalece ściślejsze aniżeli na gruncie systemu władzy dyskrejonalnej. Ostatecznie trudno o dowolność czy swobodę ocen przy ustalaniu, że określony termin po prostu upłynął. Jakże jednak konkretnie skutki łączą się z upływem prekluzji – oczywiście poza tym pierwszorzędnym, jakim jest utrata prawa do powoływania faktów i dowodów?

Najlepiej będzie rzecz prześledzić, próbując odpowiedzieć sobie na pytanie, co dzieje się, gdy strona na przekór prekluzji tego rodzaju fakty bądź dowody zgłasza. Brzmienie ustawy żadnej wyraźnej odpowiedzi w tej mierze nie udziela, choć na przykład skoro art. 495 § 3 k.p.c. czy art. 505⁵ § 1 k.p.c. stanowi, że fakty, zarzuty, dowody mogą być rozpoznawane tylko wówczas, gdy przytoczono je w czasie właściwym, znaczy to *a contrario*, iż jeśli są spóźnione, rozpoznane być nie mogą. Rozsądek skłania, by przyjąć, że we wszystkich podobnych wypadkach właściwym rygorem jest pominięcie faktów i dowodów, a zatem może sąd przejść nad nimi do porządku, tak jak gdyby nigdy nie zostały powołane, stąd nawet postanowienie o oddaleniu dowodu nie jest wówczas konieczne⁶. Jeżeli zaś sąd postąpi wbrew przepisom o prekluzji, a w szcze-

⁶ Natomiast w powołanej wyżej uchwale Sądu Najwyższego z 17 lutego 2004 r. (cf. przypis 1) czytamy, że „sąd pomija, a więc traktuje je (spóźnione twierdzenia), jakby nie zostały zgłoszone, natomiast zarzuty i dowody oddala”.

gólności jeżeli spóźniony dowód dopuści, naruszy tym samym przepisy postępowania, z czego strona ma prawo uczynić zarzut apelacji – a nawet, gdy dowód dopuścił sąd II instancji, podstawę skargi kasacyjnej; to ostatnie oczywiście przy założeniu, że dopuszczenie dowodu mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), a od razu dodajmy, iż będzie miało wpływ istotny, o ile bez przeprowadzenia spóźnionego dowodu sąd musiałby wydać odmienne rozstrzygnięcie. W ostatecznym rozrachunku, ilekroć doszłoby do naruszenia przez sąd rygoru prekluzji, dokonać należy ponownej oceny materiału procesowego, z wyłączeniem wszystkich tych faktów, które ustalone zostały w oparciu o dowód sprekludowany. Nasuwa się przy tym uderzająca analogia do orzeczenia Sądu Najwyższego z 8 maja 2001 r.⁷, gdzie znajdujemy, że przy rozpoznawaniu apelacji pomija się dowód przeprowadzony z naruszeniem art. 74 k.c. Tylko w jednym, zresztą nadzwyczaj rzadkim, wypadku dopuszczenie przez sąd dowodu po upływie prekluzji nie pociąga za sobą błędu w procedowaniu, mianowicie wówczas, gdy wyjątkowo w danej sprawie istniały podstawy do przeprowadzenia dowodu z urzędu.

Skutki prekluzji nie następują, ilekroć zajdzie któraś z dwóch przesłanek negatywnych, otwierających drogę do powoływania faktów lub dowodów także po upływie terminu prekluzyjnego: stanie się tak, po pierwsze, jeśli wcześniejsze przytoczenie faktów lub dowodów nie było możliwe, po wtóre, jeśli potrzeba ich przytoczenia powstała później.

Wcześniejsze przytoczenie dowodu nie jest możliwe albo z tego względu, że dowód uprzednio w ogóle nie istniał, albo że strona o nim nie wiedziała, albo też wówczas, gdy z uwagi na szczególną zawilość sprawy nie da się należycie przygotować obrony przed twierdzeniami przeciwnika w czasie zakreślonym prekluzją⁸. Z kolei potrzeba powołania nowych faktów lub dowodów po upływie zastrzeżonego ustawą terminu jest w istocie następstwem rozwoju sytuacji procesowej, dlatego z potrzebą tą spotykamy się przede wszystkim wtedy, gdy zachodzi konieczność obalenia twierdzeń lub dowodów nowo przedstawionych przez drugą stronę. Jeśli jednak druga strona również związana jest terminem prekluzyjnym i jeśli swoje twierdzenia lub dowody przytacza po czasie, wtedy, zgodnie z tym, co powiedzieliśmy wyżej, należy tak je potraktować, jak gdyby w ogóle nie zostały zgłoszone, ponieważ w sferze procesowej owe spóźnione twierdzenia lub dowody nie istnieją, a co za tym idzie, przeciwnik nie ma obowiązku zbijać ich zarzutami czy przeciwdowodami, ani w jakikolwiek sposób się do nich ustosunkowywać. W tego rodzaju okolicznościach nawet proste zaprzeczenie (*negatio sine positione alterius*) byłoby zbyt ciężkie, skoro bowiem spóźnionych faktów i dowodów w ogóle nie bierze się w rachubę, to choćby przeciwnik pominął je milczeniem, żadną miarą nie narazi się na żadne ujemne skutki (np. z art. 230 k.p.c.). Zauważmy ponadto, że skoro raz powstanie potrzeba późniejszego powołania twierdzeń i dowodów, strona będzie

⁷ Orzeczenie. SN z 16 maja 2001 r., OSNC 2002, z. 1, poz. 9.

⁸ Podobnie: M. Pełczyński, *Prekluzja w zgłaszaniu...*, s. 338.

mogła zgłaszać nowe twierdzenia i dowody bez skrępowania jakimikolwiek dodatkowymi terminami, a więc zwykle aż do zamknięcia rozprawy.

Omawiając potrzebę późniejszego powołania faktów i dowodów, wypada wspomnieć pokrótce o wyroku Sądu Najwyższego z 16 lipca 2004 r.⁹. Czytamy tu, że pozwany, który w terminie z art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. ograniczył się wyłącznie do zarzutu niewłaściwości sądu, nie traci prawa do przytaczania twierdzeń i dowodów merytorycznych, albowiem potrzeba ich powołania powstaje dopiero później, mianowicie po przekazaniu sprawy sądowi właściwemu. „Zważywszy, że strona pozwana zasadnie zarzuciła niewłaściwość miejscową”, argumentuje Sąd Najwyższy, „można przyjąć, iż ograniczenie do obrony formalnej nie było działaniem jedynie dla zwłoki”. Ale przecież potrzeba późniejszego powołania dowodu nie ma nic wspólnego z działaniem jedynie dla zwłoki bądź z brakiem takiego działania. Jak się zdaje, Sąd Najwyższy sięgnął tu niepotrzebnie po kryterium zawarte w art. 217 § 2 k.p.c. Ogólnie rzecz ujmując, trudno zgodzić się, by wytoczenie powództwa przed sąd miejscowo niewłaściwy uchylało rygor prekluzji przewidziany w art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., albowiem w takim wypadku pozwany miałby prawo przytaczać twierdzenia i dowody zwrócone przeciwko żądaniu pozwu w dowolnym czasie, aż do zamknięcia rozprawy, co z kolei zupełnie niweczyłoby cel powyższego przepisu, i to bez żadnej rozsądnej przyczyny, zwłaszcza iż udzielenie merytorycznej odpowiedzi na pozew ani nie jest wówczas uciążliwsze, niż gdyby sprawa toczyła się przed właściwym sądem, ani nie naraża pozwanego na jakiegokolwiek ujemne skutki, ponieważ czynności dokonane przed sądem niewłaściwym pozostają w mocy (art. 200 § 3 k.p.c.). W gruncie rzeczy potrzeba powołania twierdzeń oraz dowodów nie zależy w omawianej sytuacji od tego, czy sprawa znajduje się w sądzie właściwym, czy też niewłaściwym, ale bierze się po prostu stąd, że wytoczone zostało powództwo i że pozwany na twierdzenia powoda ma obowiązek udzielić odpowiedzi, a zgodnie z art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. – jak wyżej podnieśliśmy – odpowiedź taka powinna obejmować wszystkie te zarzuty i dowody, które w świetle przepisów prawa materialnego konieczne są dla odparcia roszczeń zgłoszonych pozwem, nawet zarzuty ewentualne.

Na koniec dodajmy jeszcze, że myliłby się ten, kto potrzebę późniejszego powołania twierdzeń lub dowodów chciałby łączyć z przypadkami, gdy sąd wbrew przepisom uwzględniła spóźnione (sprekludowane) twierdzenia lub dowody jednej ze stron, i wywodzić, że w takim razie należy pozwolić drugiej stronie, aby i ona nowe twierdzenia bądź dowody powołała. Żadna tego rodzaju potrzeba tutaj nie powstaje. Jeśli bowiem sąd pomylił się, dopuszczając dowód, którego nie powinien był dopuścić, drugiej stronie służy po prostu zarzut apelacyjny. Naruszenie prekluzji przez sąd nie rodzi potrzeby powoływania dalszych dowodów, ale wymaga ponownego przeprowadzenia subsumcji przy jednoczesnym pominięciu faktów spóźnionych.

⁹ Orzeczenie SN z 16 lipca 2004 r., OSNC 2005, z. 7, poz. 136.

MIĘDZY KREATYWNOŚCIĄ A KONTRADYKTORYJNOŚCIĄ

I

Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPCz) podkreśla znaczenie kontradykcyjności postępowania i powiązanej z nią zasady równości broni dla prawa oskarżonego do rzetelnego procesu. Znajduje to swój wyraz między innymi w wyroku z 22 lipca 2003 r.¹: *Podstawowym aspektem prawa do rzetelnego procesu w postępowaniu karnym, włączywszy w to elementy proceduralne postępowania, powinna być jego kontradykcyjność oraz równość broni pomiędzy oskarżeniem a obroną. Prawo do kontradykcyjnego procesu oznacza, w sprawach karnych, że zarówno oskarżenie, jak i obrona mają możliwość powzięcia wiedzy i ustosunkowania się do twierdzeń oraz dowodów przedstawionych przez drugą stronę. Ponadto art. 6 ust. 1 Konwencji wymaga, by organy prokuratury wyjawily także cały materiał dowodowy zgromadzony przeciwko podejrzanemu, który znajduje się w posiadaniu tych organów.*

Wyrok z 25 lipca 2000 r.² przedstawia te wymagania dokładniej:

1. Art. 6 ust. 3 Konwencji wskazuje potrzebę zwrócenia szczególnej uwagi na zapoznanie oskarżonego z „oskarżeniem”; szczegóły zarzucanego mu przestępstwa grają podstawową rolę w postępowaniu karnym, od momentu stwierdzenia, że podejrzanym jest oficjalnie poinformowany o faktycznych i prawnych podstawach postawionych mu zarzutów. Oskarżony musi być poinformowany „szybko” i „szczegółowo” o przyczynie oskarżenia, czyli o okolicznościach faktycznych przemawiających przeciwko niemu i będących podstawą oskarżenia, oraz o istocie oskarżenia, czyli o kwalifikacji prawnej tychże okoliczności faktycznych. W sprawach karnych zagwarantowanie pełnej, szczegółowej informacji dotyczącej zarzutów postawionych oskarżonemu jest zasadniczym warunkiem przedwstępnym zapewniającym rzetelność postępowania.

¹ Wyrok ETPCz 39647/98 z 22 lipca 1998 r. *Edwards i Levis v. Wielka Brytania*, LEX nr 80327, podobnie w wyroku z 21 lutego 2002 r., J 49093/99, *Sipavi ius v. Litwa*, LEX nr 75821.

² Wyrok ETPCz z 25 lipca 2000 r. w sprawie *Mattoccia v. Włochy* J 23969/94 (LEX nr 76748), omówienie: M. A. Nowicki, „Rzeczpospolita” z 14 września 2000 r.

2. Podczas gdy zakres „szczegółowej” informacji o oskarżeniu będzie się różnił w zależności od konkretnych okoliczności danej sprawy, oskarżony musi mieć w każdym przypadku zapewnione wystarczające informacje do pełnego zrozumienia zakresu postawionych mu zarzutów, tak aby mógł przygotować stosowną obronę.

W tej mierze okoliczność, czy przekazana informacja była odpowiednia, musi zostać oceniona w stosunku do art. 6 ust. 3 lit. b, który daje każdemu prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości przygotowania obrony, oraz w stosunku do bardziej ogólnego prawa do rzetelnego rozpatrzenia sprawy odzwierciedlonego w art. 6 ust. 1 Konwencji.

3. W odniesieniu do zmiany podstaw oskarżenia, włącznie ze zmianami w „przyczynie” oskarżenia, oskarżony musi być należycie i w pełni o nich poinformowany, tak, aby miał zapewnioną wystarczającą ilość czasu i możliwości ustosunkowania się do tych zmian i przygotowania swojej obrony w stosunku do nowych informacji i zarzutów.

W polskiej literaturze zasadę kontradiktoryjności przedstawia się jako dyrektywę, w myśl której strony mają prawo do walki o korzystne dla siebie rozstrzygnięcie przed nieuwikłanym w spór sądem³. Powołany wyrok ETPCz zasługuje na uwagę, gdyż zwraca uwagę na implikacje aktywizmu sądu i jego wpływ na możliwość podejmowania realnej obrony przez oskarżonego.

Kontradiktoryjność postępowania (*zasada kontradiktoryjności in abstracto*) może być realizowana na wiele sposobów (*zasada kontradiktoryjności in concreto*)⁴. Zależnie od stopnia domieszki elementów inkwizycyjnych można tu wskazać co najmniej trzy podstawowe modele.

Otóż rezultaty procesowej walki stron mogą stanowić wyłączną podstawę sądowego rozstrzygnięcia (dla potrzeb niniejszego opracowania nazywam to *kontradiktoryjnością mocną*). W takim przypadku sąd nie wykazuje inicjatywy procesowej i pozostaje pasywny, aż do momentu rozstrzygnięcia. Jego aktywność ogranicza się do dbałości o porządek rozprawy. Powoływanie i przeprowadzenie dowodów jest wyłącznym prawem stron. Jest to model występujący w systemach prawnych *common law*.

Spotykane są również inne rozwiązania; procesowa walka stron jest wprawdzie istotnym elementem postępowania, ale nie zwalnia sądu od obowiązku podejmowania z urzędu starań o wszechstronne wyjaśnienie sprawy. Ten wariant może występować w dwóch odmianach: w pierwszym – obowiązek wyjaśnienia sprawy spoczywa w zasadzie na sędzię, a działania stron mają charakter pomocniczy (*kontradiktoryjność słaba*), w drugim rozkład obowiązków i ciężarów jest odwrotny – to przede wszystkim strony obciąża powinność dowodzenia faktów, a działania

³ Np. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa PWN 1973, s. 287; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 259.

⁴ W kwestii pojęć zasad *in abstracto* oraz *in concreto* patrz S. Waltoś, *op. cit.*, s. 197 i n.

sądu mają charakter uzupełniający (*model pośredni*). Takie rozwiązanie przyjęto w procedurze polskiej.

Przy okazji warto zwrócić uwagę, że w miarę przechodzenia od modelu kontradiktoryjności słabej do mocnej wzrasta odpowiedzialność stron za treść wyroku; w przypadku kontradiktoryjności słabej, lub w modelu pośrednim, można liczyć na „pomoc” sądu w wyjaśnianiu sprawy, w systemie kontradiktoryjności mocnej nie wchodzi to w grę.

Kontradiktoryjność może być realizowana przy użyciu różnych środków procesowych. Najważniejsze to: odpowiedź na akt oskarżenia, wyjaśnienia oskarżonego, oświadczenia stron, powoływanie i przeprowadzanie dowodów, przemówienia stron.

Przyjęty w ustawie z 1997 r. porządek zadawania pytań na rozprawie głównej (art. 370 § 1 k.p.k.) oznacza – w stosunku do wcześniejszych regulacji – pewien zwrot od kontradiktoryjności słabej do modelu pośredniego. Obecnie pierwszeństwo zadawania pytań, przynajmniej teoretycznie, przysługuje stronom, członkowie składu orzekającego mają zadawać pytania ostatni.

Obserwacje wykazują jednak, że nie wszystkie regulacje prawne dotyczące porządku rozprawy przyjmują się w praktyce. Nadal, i to wbrew wyraźnym przepisom, aktywność wykazują przede wszystkim przewodniczący składów sądzących, którzy nie pozostawiają wiele wolnego pola stronom. Nie znaleziono też sposobu, jak zmienić ten obyczaj i spowodować, aby rozprawy miały przebieg rzeczywiście kontradiktoryjny⁵.

II

Badania wykazują, że sądy nie ograniczają się do ścisłego rozstrzygnięcia sporu, ale przyjmują „kreatywną” postawę wobec aktów oskarżeń oraz przepisów prawa. Polega to na dokonywaniu zmian opisu zarzucanego czynu, jego kwalifikacji prawnej oraz stosowaniu „kreatywnej” wykładni prawa.

Zgodnie z zasadą skargowości sąd jest związany granicami oskarżenia. Wyjątki od tej reguły są ściśle wskazane w ustawie. Nie oznacza to jednak bezwzględnego związania opisem czynu, zawartym w akcie oskarżenia. Dopuszczalna jest jego modyfikacja, jeżeli uzasadnia to wynik postępowania dowodowego. Modyfikacja może polegać na zmianie niektórych elementów opisu (np. wysokości szkody), dodaniu nowych, obrazujących osądzany czyn bardziej szczegółowo, lub pominięciu

⁵ Wynika to z wypowiedzi na konferencji w Popowie, w dniach 21 i 22 października 1999 r. Jej przebieg w interesującym nas zakresie został przedstawiony przez A. Barczak, A. Jaskułę i P. Pojnara, *Konstytucyjne podstawy prawa karnego w świetle nowych kodyfikacji karnych*. Opracowanie zostało zamieszczone (w:) A. Zoll (red.) *Racjonalna reforma prawa karnego*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2001, s. 190–192.

fragmentów uznanych za zbędne. Warunkiem dopuszczalności takiego zabiegu jest jednakowoż przestrzeganie tożsamości czynu opisanego w akcie oskarżenia⁶.

Jednakże zmiana opisu czynu, nawet w granicach aktu oskarżenia, może mieć wpływ na skuteczność obrony oskarżonego. Stwierdził to Sąd Najwyższy w wyroku z 19 czerwca 2001 r. – II KKN 506/98⁷. Teza tego wyroku, w interesującej⁸ nas części, brzmi następująco: *Opis przypisanego czynu musi być tak sformułowany, aby sposób i okoliczności jego popełnienia odpowiadały wymogom przewidzianym w art. 295 § 1 k.p.k. (obecnie art. 332 § 1 k.p.k.). Wymóg ten dotyczy nie tylko aktu oskarżenia, ale i czynu przypisanego w wyroku przez Sąd.*

Zmiana opisu czynu w trakcie postępowania nie może być dowolna, ponieważ może prowadzić do sytuacji procesowej, w której zmieniony opis czynu pozbawił praktycznie oskarżonego prawa do obrony.

W głosie do powyższego wyroku, M. Skwarcow⁹ spostrzega, że taka sytuacja występuje, gdy oskarżony wykazuje alibi co do czasu lub miejsca popełnienia objętego oskarżeniem czynu, a sąd dokonuje zmiany opisu poprzez odmienne ustalenie czasu lub miejsca popełnienia przestępstwa. Zmiana tych elementów dokonana w sposób uniemożliwiający podjęcie przez oskarżonego jakiegokolwiek aktywności pozbawia go możliwości obrony.

Podobne stanowisko zajął ETPCz w przedstawianej już sprawie Matocchia v. Włochy¹⁰: *W odniesieniu do zmiany podstaw oskarżenia, włącznie ze zmianami w „przyczynie” oskarżenia, oskarżony musi być należycie i w pełni o nich poinformowany, tak, aby miał zapewnioną wystarczającą ilość czasu i możliwości ustosunkowania się do tych zmian i przygotowania swojej obrony w stosunku do nowych informacji i zarzutów.*

Na skłonność sądów, zwłaszcza najwyższych instancji, do „poprawiania” prawa zwraca uwagę współczesna filozofia¹¹. W Polsce potwierdzają to wyniki badań orzecznictwa Sądu Najwyższego¹².

Otóż zdarza się, że sądy, pod pozorem dokonywania wykładni, tworzą nowe

⁶ W kwestii znaczenia zasady skargowości por. S. Waltoś, *Proces karny*, s. 252 i n.

⁷ „Prokuratura i Prawo” 2002, z. 1, poz. 9.

⁸ Dalsza część wyroku dotyczy kwestii przekroczenia granic oskarżenia, a więc nie pozostaje w związku z naszymi rozważaniami.

⁹ M. Skwarcow, *Głosa do wyroku SN z 19 czerwca 2001 r. – II KKN 506/98*, „Palestra” 2005, Nr 5–6, s. 289.

¹⁰ Oskarżony o gwałt na upośledzonej uczennicy przedstawił dowody wykazujące alibi dotyczące miejsca popełnienia zarzucanego przestępstwa. Sąd krajowy stwierdził, że szczegółowa lokalizacja tego miejsca nie ma znaczenia, usunął z opisu czynu odpowiedni fragment i skazał oskarżonego na karę wieloletniego pozbawienia wolności. Trybunał uznał to za niedopuszczalne, gdyż zmieniając opis czynu i nie uprzedzając o tym oskarżonego, sądy krajowe uniemożliwiły mu podjęcie obrony.

¹¹ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze PWN 1999, s. 197 i n.

¹² Sz. Majcher, *W kwestii tzw. prawotwórstwa sądowego (na przykładzie orzecznictwa SN w sprawach karnych)*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 2, s. 69 i n.

normy prawne¹³. Ma to miejsce w tzw. trudnych przypadkach, gdy przepisy obowiązującego prawa okazują się niedopracowane, obciążone błędami i ich stosowanie kłóciłoby się z poczuciem słuszności. W takim przypadku sądy wykazują skłonność do „poprawiania” przepisów, polegającego na uzupełnianiu luk i niespójności, doprecyzowywaniu wyrażeń ustawowych, a nawet dokonywaniu wykładni *contra legem*¹⁴. Dotyczy to zarówno prawa materialnego, jak i procesowego. Przeprowadzone w Polsce badania wykazują, że nie są to przypadki liczne; około dziesięciu w ciągu roku¹⁵. Orzecznictwo Sądu Najwyższego pełni jednak rolę „wzorca” dla sądów niższych instancji; wypracowane przezeń koncepcje są chętnie przyjmowane przez inne sądy¹⁶. W ten sposób efekty „prawotwórczej” działalności ulegają rozpowszechnieniu.

Kreatywna wykładnia prawa może zmierzać do zachowania kwalifikacji przyjętej w akcie oskarżenia lub do jej zmiany. Kwalifikacja prawna zarzucanego czynu wskazuje na podmiotowe i przedmiotowe znamiona przestępstwa. Zakres tych znamion zależy od interpretacji określających je pojęć. Istotnym elementem obrony jest możliwość podważania okoliczności faktycznych związanych z określonym rozumieniem znamion przestępstwa; obrona powinna być do tego adekwatna. Zmiana zakresu znamion może łamać ten stosunek odpowiedniości, a jeżeli oskarżony dowie się o tym dopiero z wyroku, to nie ma nawet szans na dostosowanie do nowej sytuacji. To samo można odnieść do oskarżyciela, tyle że z innymi skutkami. Stosowanie przez sąd „kreatywnej” wykładni prawa może więc także utrudniać obronę lub oskarżenie.

Nie wdając się w kwestię podstaw formalnoprawnych takich operacji, poprzestańmy na uwadze, że ustawa przewiduje obowiązek poinformowania stron tylko o zamierzonej zmianie kwalifikacji prawnej czynu (art. 399 § 1 k.p.k.); nie dotyczy to ani zmiany jego opisu, ani zastosowania „kreatywnej” wykładni prawa, która nie prowadzi do zmiany kwalifikacji.

III

Na tle przedstawionych uwag nasuwa się pytanie, w jakim stopniu można akceptować ukształtowany pod wpływem prawniczego pozytywizmu wizerunek sędziego, który „przed rozpoczęciem procesu powinien nabrać do ust święconej wody, a wypuścić ją dopiero przy ogłaszaniu wyroku”¹⁷.

Przedstawianie kontradiktoryjnego postępowania jako sytuacji, w której stro-

¹³ *Ibidem*, s. 69.

¹⁴ *Ibidem*, s. 71 i n.

¹⁵ *Ibidem*, s. 80.

¹⁶ *Ibidem*, s. 80.

¹⁷ Cytuję za L. Morawskim, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1999, s. 216–217.

ny prowadzą procesowy spór (walkę) przed niewykłanym w ten spór sądem, ma charakter schematyczny. W każdym procesie strony i sąd tworzą pewien zespół, który ma określone zadanie, tj. rozstrzygnąć spór (konflikt). Mimo różnicy interesów, która występuje między stronami (oskarżycielem i oskarżonym), obiektywnym celem każdego postępowania sądowego jest doprowadzenie do „sprawiedliwego osądzenia sprawy”. Tak, ogólnie rzecz biorąc, określa to 2 § 1 pkt 1 k.p.k.

W ramach zespołowej interakcji możliwe są zwłaszcza dwa rodzaje aktywności: rywalizacja i kooperacja. Rywalizacja zmierza do eliminacji lub podporządkowania członka grupy, narzucenia mu woli przez innych. Kooperacja polega na łączeniu wysiłków i wspólnym dążeniu do celu (w naszym przypadku: rozwiązania konfliktu). Postępowanie mediacyjne, dobrowolne poddanie się karze, zawarcie ugody mają cechy kooperacji. Bardziej złożona jest sytuacja w przypadku klasycznego procesu, kończącego się wyrokiem. Względnie klarowne są wówczas relacje między stronami; zazwyczaj przeważa tu rywalizacja. Układ między stronami i sądem jest już bardziej skomplikowany. Mówienie o „pokonaniu” przeciwnika procesowego na rozprawie jest pewnym uproszczeniem. W gruncie rzeczy chodzi przecież o przekonywanie sądu do swoich racji. Na tym polega walka z przeciwnikiem. Nie zapewnią sukcesu argumenty, których sąd nie zechce uznać. Strony muszą więc starać się przekonać przede wszystkim sąd, a nie przeciwnika, do swoich racji. Temu powinna służyć rozprawa. Taką szansę powinien mieć zwłaszcza oskarżony. Jak pisze L. Morawski¹⁸: *„W społeczeństwach demokratycznych decyzje organów państwa nie mogą być prezentowane jako jednostronne i autorytatywne akty władzy zwierzchniej, wobec której obywatel jest zobowiązany jedynie do posłuszeństwa, ale muszą być przedstawiane jako rezultat jawnego i otwartego procesu wymiany argumentów (...)”*.

Warunkiem skutecznego przekonywania jest istnienie odpowiedniej wspólnoty komunikacyjnej. W relacji strony–sąd powinno więc przeważać nastawienie kooperacyjne, a nie rywalizacja, co wcale nie musi oznaczać rezygnacji z organizacji procesu w duchu kontrydiktoryjności. Przeciwnie, dopiero dzięki takiemu nastawieniu prowadzona przez strony procesowa walka może mieć sens. Jakież bowiem mogą odnieść skutek nawet najbardziej celne argumenty, jeżeli sąd nie chce ich wysłuchać lub ich nie rozumie?

W świetle psychologii komunikacji¹⁹ postępowanie przed sądem można rozpatrywać jako odmianę dyskursu, tj. sekwencję powiązanych ze sobą wypowiedzi²⁰.

¹⁸ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 162.

¹⁹ Odwołanie do psychologii jest próbą zareagowania na zarzuty wysuwane przez filozofię przeciwko dominującej w praktyce, pozytywistycznej koncepcji stosowania prawa, która izoluje prawo od innych nauk społecznych (L. Morawski, *op. cit.*, s. 23).

²⁰ I. Kurcz, *Psychologia języka i komunikacji*, Warszawa, Wydawnictwo Naukowe Scholar 2000, s. 147. Zob. również A. Grabowski, *Dyskurs prawniczy jako przypadek szczególny ogólnego dyskursu praktycznego* (w:) J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa – S2*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2003, s. 65 i n.

Według H. H. Clarka²¹ podstawą efektywnego dyskursu powinien być tzw. *wspólny grunt*. Jest to wspólnie podzielana wiedza na temat zamierzonych wspólnych działań; suma przekonań, opinii, supozycji. Chodzi tu jednak tylko o wzajemną znajomość poglądów, a nie o ich akceptowanie. Zdania możemy mieć różne, ale powinniśmy je wzajemnie znać. Wspólny grunt umożliwi realizację tzw. kontraktu *stare-nowe*; do wspólnie podzielanej wiedzy (stare) każdy dodaje to, co jest „nowe”, lub w pytaniach poszukuje „nowego” u innych. Wymaga to od uczestników dyskursu pewnego wysiłku, ale pozwala na koordynację działań. Dzięki temu powstają warunki do wyłonienia nowej jakości, która nie jest tylko prostą sumą wkładów poszczególnych uczestników dyskursu²².

Dlatego w relacjach między stronami i sądem powinna przeważać nie rywalizacja, ale postawa kooperacyjna, a do tego „nić porozumienia” jest niezbędna. Inna już sprawa, że nie zawsze strony z takich możliwości będą chciały korzystać. Chodzi jednak o to, aby takich szans z góry nie przekreślać przez niewłaściwą organizację procesu.

IV

System kontradiktoryjny, uważany za najlepszy do poszukiwania prawdy²³, ma też liczne wady; proces jest kosztowny, długotrwały, niepotrzebnie antagonizuje strony. Stąd poszukiwania różnych form zastępczych, jak mediacja, dobrowolne poddanie się karze czy ugoda sądowa²⁴.

Nasuwa się także pytanie, czy kontradiktoryjna rozprawa musi być zdominowana przez walkę, być „odbiciem społecznego konfliktu, który znajduje się u podstaw każdego przestępstwa”²⁵, czy też nie należy rozprawy zorganizować tak, aby już na tym etapie powstawały warunki do wygaszenia konfliktu. Wszak wiele spraw kończy się wyrokami uniewinniającymi, nie zawsze oskarżeni dążą do uniewinnienia za wszelką cenę – czasami kwestionują tylko okoliczności, które co najwyżej mogą mieć wpływ na kwalifikację prawną lub sam wymiar kary. Co więcej, zdarza się, że obie strony stają w opozycji wobec sądu i z powołaniem na takie same podstawy, wyrok kwestionuje zarówno oskarżyciel, jak i oskarżony.

Zalecenia formułowane przez dziedziny inne niż nauka prawa nie zawsze mogą być w całości implementowane do procedur sądowych, które muszą uwzględniać różne interesy i niekiedy są skazane na rozwiązania kompromisowe. Koncepcja

²¹ Podaję za I. Kurcz, *op. cit.*, s. 136 i n.

²² I. Kurcz, *Psychologia języka*, s. 143.

²³ S. Waltoś, *Proces karny*.

²⁴ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 151 i n.

²⁵ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1973, s. 287.

„wspólnego gruntu” (lub inna, o podobnym przeznaczeniu) może kolidować z zasadą bezstronności sądu i wypływającym z niej postulatem, aby sąd nie uzewnętrzniał przedwcześnie swego stanowiska, gdyż może to być odbierane jako przejaw stronniczości.

Wydaje się jednak, że w wydaniu procesowym budowanie przez sąd „wspólnego gruntu” mogłoby polegać nie na ujawnianiu własnych zapatrywań, ale na wytyczaniu kierunków, w których strony powinny koncentrować swoje wysiłki.

Punktem wyjścia mógłby być art. 386 k.p.k. nakazujący sądowi dbałość o wszechstronne wyjaśnienie sprawy. Nie przesądzając ostatecznych rozwiązań, chodziłoby o to, aby **obie** strony miały możliwość ustosunkowania się nie tylko do kwestii podnoszonych przez procesowego przeciwnika, ale również do zamierzeń sądu. Kontrydktoryjność zyskałaby wtedy nową twarz, dzięki której może lepiej będzie spełniać swe zadania.

WYBRANE KONTROWERSJE WOKÓŁ OBRONY OBLIGATORYJNEJ (cz. 1)

Dokonana ustawą z 10 stycznia 2003 r.¹ nowelizacja kodeksu postępowania karnego wprowadziła szereg istotnych zmian dotyczących instytucji obrony obligatoryjnej, które z jednej strony przecinają dyskusje wokół wielu dotychczas spornych kwestii, z drugiej zaś strony powodują konieczność zweryfikowania utartych już stanowisk oraz stwarzają nowe problemy interpretacyjne. Przedmiotem niniejszego opracowania jest ustosunkowanie się do kontrowersji pojawiających się na tle nowych regulacji.

I. Kontrowersje wokół nowego brzmienia art. 79 § 4²

1. Najistotniejszą zmianą wprowadzoną ustawą styczniową do regulacji obrony obligatoryjnej było nadanie nowego brzmienia art. 79 § 4, w następstwie czego zasada trwania obrony obligatoryjnej tylko w okresie występowania okoliczności, które obronę taką uzasadniają, nie doznaje obecnie żadnych wyjątków. Zasadę tę można by określić regułą przemijalności obrony obligatoryjnej (wraz z ustaniem uzasadniającej ją przesłanki), której przeciwieństwem byłaby reguła trwałości tejże obrony (niezależnie od ustania przesłanki, jak stanowił art. 79 § 4 w poprzednim brzmieniu).

Nowa treść tego przepisu stanowi zerwanie z wieloletnią praktyką ukształtowaną pod wpływem orzecznictwa Sądu Najwyższego, a usankcjonowaną przez poprzednie brzmienie art. 79 § 4, iż obrona obligatoryjna powstała na skutek pojawienia się uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego trwa do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Do zmiany tej regulacji wzywali przede wszystkim praktycy, ale też niektórzy, pozostający raczej w mniejszości, przedstawiciele doktryny³. Oceniona została bardzo różnie – od akceptacji

¹ Dz.U. Nr 17, poz. 155.

² Przepisy powoływane bez bliższego oznaczenia odnoszą się do artykułów kodeksu postępowania karnego.

³ Zob. S. Waltoś, *Pragmatyzm i antypragmatyzm w procedurze karnej (w:) Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci Prof. Wiesława Daszkiewicza*, pod. red. T. Nowaka, Poznań

(wskazano na względy systemowe, związane z potrzebą przyjęcia jednolitości kryteriów uzasadniających ustanie obrony niezbędnej⁴, czy też na nieuzasadnione dotychczas faworyzowanie oskarżonych we wszystkich tych sprawach, w których zdecydowano się sięgnąć po dowód z opinii psychiatrycznej⁵), po krytykę⁶, moim zdaniem nieuzasadnioną⁷.

Na tle nowej regulacji pojawia się szereg poważnych kontrowersji, które dotyczą procesowego rozumienia pojęcia poczytalności, treści opinii biegłych lekarzy psychiatrów, skutkującej ustaniem obligatoryjności obrony, oraz momentu ustania obrony niezbędnej. Kwestie te pozostają ze sobą w ścisłym związku.

2. Zastrzeżenia wzbudziło odniesienie w znowelizowanym art. 79 § 4 k.p.k. pojęcia poczytalności nie tylko do czasu popełnienia czynu zabronionego, ale też do czasu postępowania. Spotkało się to z niezrozumieniem biegłych psychiatrów, protestujących przeciwko rozszerzaniu definicji poczytalności na stan psychiczny niezwiązany z czynem przestępnym. Formułowane przez organy procesowe pytania o poczytalność w czasie postępowania pojmują jako zmierzające do uzyskania opinii abstrakcyjnej, dotyczącej poczytalności oskarżonego w sytuacji, gdyby dokonał czynu zabronionego „w chwili obecnej”. Nie rozumiejąc potrzeby oceniania poczytalności oskarżonego w czasie procesu, skoro jego udział w postępowaniu nie jest przestępstwem, wysunięto sugestię, że słowa „jak i w czasie postępowania nie budzi wątpliwości” znalazły się w przepisie w wyniku pomyłki⁸.

Także w piśmiennictwie pojawił się zarzut, że użycie pojęcia poczytalności odnośnie do czasu postępowania jest błędem techniczno-legislacyjnym, może być ono bowiem odniesione tylko do czasu popełnienia czynu zabronionego, a na czas

1999, s. 66–67; R. Jamróży, *Obrona obligatoryjna w procesie karnym* (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. VI, Wrocław 2000, s. 136.

⁴ Z. Gostyński, S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, wyd. II, Warszawa 2003, s. 546.

⁵ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, wyd. II, t. I, Warszawa 2004, s. 403.

⁶ J. Witkowska, *Obrona obligatoryjna w przypadku istnienia uzasadnionych wątpliwości co do poczytalności oskarżonego* (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XI, Wrocław 2002, s. 286–287 (jeszcze w fazie projektowania zmiany); A. Murzynowski, *Glosa*, OSP 2005, nr 10, s. 529.

⁷ Pożądana byłaby wręcz daleko głębsza zmiana spojrzenia na kwestię obrony obligatoryjnej uzasadnionej defektami psychiki oskarżonego. Należy odejść od zakorzenionego w polskiej procedurze karnej łączenia obrony niezbędnej już z pojawieniem się uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego i łączyć ją dopiero ze stwierdzeniem przez biegłych psychiatrów ograniczeniem lub zniesieniem poczytalności. *Ratio legis* obrony niezbędnej jest w omawianym przypadku potrzeba zapewnienia obrońcy oskarżonemu, któremu defekty psychiki utrudniają samodzielną obronę. Defekty te winny być zatem stwierdzone, a nie jedynie podejrzewane.

⁸ Zob. list Konsultanta Krajowego w dziedzinie Psychiatrii S. Pużyńskiego, skierowany wraz z pismem D. Hajdukiewicz, emerytowanego Kierownika Kliniki Psychiatrii Sądowej IPiN, do Prezesa Izby Karnej Sądu Najwyższego, www.psychiatria.org.pl/arch/6595,dyskusja,sprawie,definicji.html.

toczącego się postępowania karnego chodzi o stan zdrowia psychicznego oskarżonego. Pojęcie poczytalności określone jest tylko w przepisach art. 31 § 1 i 2 k.k. Nie ma i nie może być innej ustawowej definicji poczytalności dla potrzeb procedury karnej, zwłaszcza że jest to pojęcie wyłącznie prawne (nie posiada definicji medycznej)⁹.

Kontrowersje dotyczą zatem rozumienia pojęcia poczytalności na gruncie przepisów procesowych, a więc tego, czy poczytalność należy rozumieć wąsko (wyłącznie jako jeden z warunków odpowiedzialności), czy też szeroko (również jako stan psychiczny oskarżonego w trakcie postępowania). W mojej ocenie, dochodzi tu do nieporozumień terminologicznych. Zagadnienie ma w istocie charakter nie tyle merytoryczny, co właściwie czysto semantyczny. Skoro bowiem poczytalność jest pojęciem wyłącznie prawnym, ustawodawca nie jest przy nadawaniu mu znaczenia na gruncie poszczególnych przepisów skrępowany jego pozaprawnym (medycznym) rozumieniem (bo takie nie istnieje), a zatem dla właściwego odczytania tego pojęcia decydująca jest wyłącznie analiza treści przepisów. Nie ma zarazem racji przemawiających za tym, by rozumienie tego pojęcia zawsze wywodzić wyłącznie z treści art. 31 § 1 i 2 k.k.

Kodeks karny nie tylko nie definiuje poczytalności, ale w ogóle nie mówi o poczytalności (niepoczytalności, poczytalności ograniczonej) jako takiej, ale o „niepoczytalności określonej w art. 31 § 1” (art. 94 § 1 k.k.) i o „ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2” (art. 95 § 1 k.k.). Takie zaś sformułowania mogą sugerować (choć istotnie tego nie przesądzają), że kodeks ten dopuszcza inne (niż określone w art. 31 § 1 i 2) desygnaty tych pojęć na tle innych (także poza tym kodeksem stanowionych) przepisów. Zauważyć warto również, że kodeks karny poczytalność wiąże nie tylko ze stanem psychicznym oskarżonego w chwili czynu, ale niekiedy także ze stanem psychicznym pokrzywdzonego (art. 198 k.k.), odchodząc od tradycyjnego w prawie materialnym uznawania tego pojęcia za jeden z warunków odpowiedzialności. Analiza zatem norm zawartych w ustawie karnej materialnej wcale nie dostarcza jednoznacznej odpowiedzi w kwestii rozumienia pojęcia poczytalności. Również to, że k.p.k. pojęciem poczytalności posługuje się niekiedy wyłącznie w karnomaterialnym znaczeniu (art. 324 i 354), nie musi oznaczać, że także w tym tylko znaczeniu posłużył się nim w art. 79 § 1 pkt 3 i § 4.

Prawo karne (tak materialne, jak i formalne), posługując się pojęciem poczytalności, nie formułuje (i nigdy zresztą tego nie czyniło) jego legalnej definicji. Pojęcie to, początkowo pochodzące z języka prawniczego, pojawiło się w języku prawnym najpierw w ustawie karnej procesowej (art. 88 § 1 lit. c. k.p.k. z 1928 r.; w brzmieniu z okresu od 1950 r., czyli po zmianie numeracji, był to art. 79 § 1 lit. c k.p.k. o tej samej treści), a nie w ustawie karnej materialnej (nie występowało w k.k. z 1932 r., który posługiwał się pojęciem „nieodpowiedzialności”, a pojawiło się dopiero w

⁹ R. Paprzycki, *Glosa do wyroku SN z 15 marca 2005 r., II KK 404/04*, „Palestra” 2005, nr 9–10, s. 247 i 252; podobnie R. Kmiecik, *Glosa*, OSP 2006, nr 4, s. 191.

k.k. z 1969 r.). Pojęcie poczytalności ma zatem swoje źródło nie tylko w prawie karnym materialnym, a jego rozumienie w tym dziale prawa nie musi wyczerpywać całego jego zakresu znaczeniowego. Znamienne, że na gruncie k.p.k. z 1928 r. pojawiały się głosy, że poczytalność w ujęciu wspomnianego przepisu odnosi się przede wszystkim (jeśli nie wyłącznie) do stanu psychicznego oskarżonego w toku procesu, a nie *tempore delicti*¹⁰. Kwestia ta pozostawała dyskusyjna także na gruncie k.p.k. z 1969 r., a spór zakończył Sąd Najwyższy, który w uchwale 7 sędziów z 21 stycznia 1970 r., VI KZP 23/69¹¹, stwierdził, iż obronę obligatoryjną i potrzebę wydania przez biegłych lekarzy opinii o stanie psychicznym oskarżonego powoduje istnienie „uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia przestępstwa (ograniczenie zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem), albo w czasie postępowania karnego (ograniczenie możliwości skutecznej obrony)”. Sąd Najwyższy opowiedział się zatem jednoznacznie za szerokim rozumieniem pojęcia poczytalności.

Takie pojmowanie tego pojęcia ma zatem wieloletnią tradycję w polskiej procedurze karnej. Z czasem od niego odstąpiono z przyczyn, jak się wydaje, terminologicznych.

Znaczenie stanu psychicznego oskarżonego w procesie karnym należy rozważać w dwóch aspektach – materialnym (jako warunek odpowiedzialności) i formalnym (jako zdolność do bronięcia się w procesie, której ograniczenie powoduje konieczność zapewnienia obrońcy, a wyłączenie może powodować zawieszenie postępowania). Ocena stanu psychicznego oskarżonego w każdym z tych aspektów wymaga opinii biegłych lekarzy psychiatrów. Rzecz jednak w tym, że przesłanka powołania biegłych określona jest odmiennie niż przesłanka obligatoryjnej obrony. Wydaje się, że właśnie w tej odmienności terminologicznej tkwi źródło nieporozumień, rzutujące na spory w zakresie ujmowania poczytalności. Podstawą powołania biegłych psychiatrów jest bowiem potrzeba zbadania stanu psychicznego oskarżonego (art. 117 § 1 k.p.k. z 1928 r., art. 183 k.p.k. z 1969 r. i art. 202 § 1), podczas gdy podstawą powstania obrony niezbędnej jest „uzasadniona wątpliwość co do poczytalności oskarżonego” (art. 88 § 1 lit. c. k.p.k. z 1928 r., art. 70 § 1 pkt 2 k.p.k. z 1969 r. i art. 79 § 1 pkt 3). Ta właśnie rozbieżność spowodowała częste odejście tak w literaturze, jak i w orzecznictwie od posługiwania się pojęciem poczytalności w ujęciu szerokim (w konsekwencji utożsamienie poczytalności wyłącznie z pojęciem karnomaterialnym) i równo-

¹⁰ S. Śliwiński twierdził, że „obrona niezbędna nie zachodzi, gdy w czasie postępowania nie wywołują się wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, chociażby było wątpliwe, czy oskarżony w chwili czynu był poczytalny” (*Proces karny – Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 380; tenże, *Polski proces karny przed sądem powszechnym – Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 195). Na takim stanowisku stanął również SN, przyjmując w uchwale z 12 czerwca 1968 r., VI KZP 28/68, że pojęcie „uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności odnosi się tylko do stanu psychicznego oskarżonego w toku postępowania karnego, a w szczególności w czasie rozprawy”.

¹¹ OSNKW 1970, z. 2-3, poz.15.

ległe używanie pojęcia „stan psychiczny oskarżonego w czasie postępowania”. Rozróżnienie poczytalności (rozumianej jako stan psychiczny w chwili popełnienia czynu) od zdolności oskarżonego do udziału w postępowaniu dodatkowo utrwaliło się w świetle regulacji art. 202 § 4, w którym posłużono się odrębnie pojęciem „poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia czynu” i odrębnie pojęciem jego „zdolności do udziału w postępowaniu”.

Takie różnicowanie tych pojęć (a w konsekwencji wąskie rozumienie poczytalności) jest o tyle niekonsekwentne, że zarazem niemal powszechnie aprobowane, jest wyrażone we wpisanej do księgi zasad prawnych uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 16 czerwca 1977 r., VII KZP 11/77¹², stanowisko, iż dopuszczenie dowodu z opinii biegłych lekarzy psychiatrów o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego jest równoznaczne z istnieniem uzasadnionej wątpliwości co do jego poczytalności i powoduje obligatoryjną obronę¹³. Tymczasem aprobata dla tego stanowiska oznaczać musi zarazem, bez ryzyka popadnięcia w sprzeczność¹⁴, akceptację leżącego u jego podłoża założenia, że pojęcie poczytalności w prawie procesowym ma znaczenie daleko szersze od karnomaterialnego. Tylko wówczas potrzeba zbadania stanu psychicznego oskarżonego (przecież nie tylko w chwili popełnienia czynu, ale też – a czasem wyłącznie – w czasie postępowania) może być utożsamiana z wystąpieniem uzasadnionych wątpliwości co do poczytalności oskarżonego.

Wskazane utożsamienie podstaw powołania biegłych psychiatrów i obrony obligatoryjnej jest nadal słuszne¹⁵, choć oczywiście, dla uzyskania spójności przepisów i ujednoczenia terminologii kodeksowej, pożądane byłoby ujęcie w art. 202 § 1 warunku uzasadnionych wątpliwości co do poczytalności oskarżonego¹⁶.

Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że poczytalność na gruncie przepisów k.p.k. występuje w szerokim ujęciu. Przekonuje o tym ostatecznie brzmienie art. 79 § 4, który wcale nie na skutek błędu pojęciem tym posługuje się zarówno w

¹² OSNKW 1977, z. 7–8, poz. 68.

¹³ Zob. literaturę i orzecznictwo cyt. przez H. Gajewską, *Uzasadnione wątpliwości co do poczytalności oskarżonego jako przesłanka obrony niezbędnej*, „Nowe Prawo” 1980, nr 3, s. 42–43.

¹⁴ Przykładowo, H. Gajewska (*op. cit.*, s. 44) krytycznie oceniając tezę, iż podstawa powołania biegłych psychiatrów jest tożsama z podstawą obligatoryjnej obrony, gdyż ta pierwsza jest, jej zdaniem, szersza, zarazem zaakceptowała praktykę każdorazowego zapewnienia oskarżonemu obrońcy w razie zarządzenia takiej ekspertyzy, uzasadniając ją „rozszerzającą” interpretacją art. 70 § 1 pkt 2 d.k.p.k.

¹⁵ Odmienne J. Grajewski, stwierdzając, że po nowelizacji art. 79 § 4 nie ma już podstaw ustawowych pogląd, że dopuszczenie dowodu z opinii biegłych psychiatrów o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego jest równoznaczne z istnieniem „uzasadnionej wątpliwości” co do jego poczytalności i powoduje obligatoryjną obronę [J. Grajewski (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, t. I, s. 269]. Na poparcie tej tezy autor nie powołuje żadnych argumentów, co uniemożliwia podjęcie polemiki.

¹⁶ Tak też S. Waltoś, *op. cit.*, s. 66. Odmienne postulat, choć także motywowany potrzebą ujednoczenia terminologii kodeksowej, zgłosiła H. Gajewska (*op. cit.*, s. 41) proponując, by podstawą obrony obligatoryjnej była uzasadniona wątpliwość co do prawidłowości stanu psychicznego oskarżonego.

odniesieniu do chwili popełnienia czynu, jak i do czasu postępowania. Przytoczone zastrzeżenia biegłych psychiatrów są efektem nieporozumienia. Organ procesowy zwracając się o stwierdzenie poczytalności oskarżonego w czasie postępowania, oczywiście nie dąży do ustalenia jej „na wypadek” popełnienia przez niego czynu zabronionego w trakcie postępowania, lecz do ustalenia zdolności oskarżonego do brania udziału w postępowaniu. Do wypowiedzenia się co do tej okoliczności obligował biegłych już wcześniej art. 202 § 4¹⁷, który pozostaje w ścisłej relacji z treścią art. 79 § 4, aczkolwiek, jak wspomniano, posługuje się inną terminologią¹⁸.

Szerokie rozumienie pojęcia poczytalności wcale nie jest żadnym *novum* w polskiej procedurze karnej. Aktualne brzmienie art. 79 § 4 niczego nowego do rozumienia tego terminu nie wprowadza, także bowiem przed nowelizacją styczniową pojęcie to należało rozumieć szeroko. Nie nakłada też na biegłych lekarzy psychiatrów nowych wymagań co do treści sporządzanych przez nich opinii, nie wymusza bowiem, wbrew temu, co podniesiono w doktrynie i orzecnictwie¹⁹, odmiennego niż dotąd formułowania przedmiotu i zakresu ekspertyzy oraz pytań pod adresem biegłych lekarzy psychiatrów. Dotychczasowe uwagi pozwalają natomiast na podjęcie próby zdefiniowania pojęcia poczytalności.

W moim przekonaniu poczytalność jest to relewantny z punktu widzenia norm prawa karnego (materialnego lub formalnego) stan psychiczny uczestnika postępowania karnego. Przykładowo, stan psychiczny pokrzywdzonego jest relewantny w świetle art. 198 k.k., świadka w świetle art. 192 § 2 k.p.k., oskarżonego w świetle art. 31, art. 93 i n. k.k., art. 22 § 1, art. 79 § 1 pkt 3 i § 4 k.p.k., a skazanego w świetle art. 15 § 2, art. 150 § 1 k.k.w. Zasadniczo stan psychiczny uczestnika postępowania karnego pozbawiony jest znaczenia. Uzyskuje je tylko w świetle konkretnego przepisu ustawy i tylko w granicach przez ten przepis zakreślonych. Wówczas można i należy posługiwać się pojęciem poczytalności.

Stan psychiczny oskarżonego jest zatem istotny tylko wówczas, gdy powoduje ograniczenie lub wyłączenie jego odpowiedzialności bądź wpływa na jego zdolność do bronięcia się. Sama choroba psychiczna oskarżonego lub inne zakłócenie jego czynności psychicznych, o ile nie wpływa na jego poczytalność (w szerokim znaczeniu), nie ma żadnego znaczenia prawnego. Założenie, że każdy defekt psychiczny oskarżonego powinien mieć znaczenie w procesie, wykracza w nieuprawniony sposób ponad ustawowe rozumienie pojęcia poczytalności, stanowi

¹⁷ Na potrzebę wypowiedzenia się przez biegłych lekarzy psychiatrów w przedmiocie zdolności oskarżonego do udziału w postępowaniu zwracał zresztą uwagę SN jeszcze na gruncie k.p.k. z 1969 r. (zob. wyrok z 21 stycznia 1983 r., Rw 1222/82, OSNKW 1983, z. 7-8, poz. 60).

¹⁸ Tym samym, wbrew zgłaszanym zastrzeżeniom (R. Kmiecik, *op. cit.*, s. 191), zamienne używanie pojęć „poczytalność w czasie postępowania” i „stan zdrowia psychicznego oskarżonego w czasie postępowania” (oceniający pod kątem zdolności do brania w nim udziału) jest uprawnione.

¹⁹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *op. cit.*, s. 403, których pogląd przywołał SN w wyroku z 15 marca 2005 r., II KK 404/04, OSP 2005, nr 10, poz. 118.

interpretację *contra legem*²⁰, a w praktyce oznaczałoby utrzymywanie obrony obligatoryjnej mimo stwierdzenia przez biegłych, że rozpoznany przez nich defekt pozostaje bez wpływu na kwestię odpowiedzialności oskarżonego i jego zdolność bronięcia się.

3. Art. 79 § 4 dla ustania obrony obligatoryjnej wymaga, by biegli lekarze psychiatrzy stwierdzili, że poczytalność oskarżonego „nie budzi wątpliwości”. Jak zatem winna brzmieć konkluzja opinii biegłych psychiatrów uprawniająca do cofnięcia wyznaczenia obrońcy z urzędu? Możliwe są tu trzy stanowiska:

a) wystarczające jest stwierdzenie przez biegłych, że poczytalność oskarżonego zarówno *tempore criminis*, jak i *tempore procedendi* nie była w znacznym stopniu ograniczona,

b) niezbędne jest wskazanie, że poczytalność oskarżonego nie była i nie jest ograniczona w żadnym stopniu, a nadto niestwierdzenie u oskarżonego żadnego (zwłaszcza trwałego) defektu psychicznego,

c) niezbędne, ale i wystarczające jest stwierdzenie, że poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości.

Na wstępie rozważań należy zauważyć, że użyte w art. 79 § 4 sformułowanie „poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości” nie jest nowe. Takie samo zawierał ten przepis przed nowelizacją. Co więcej, chodzi tu o przeciwieństwo stanu, w jakim występuje wątpliwość co do poczytalności oskarżonego, a pojęcie takiej wątpliwości od dawna występuje w procedurze karnej. Pozwala to na odwołanie się do wieloletniego, bogatego dorobku doktryny i judykatury.

Jeszcze przed nowelizacją styczniową wyłoniły się w tej kwestii trzy grupy poglądów. W myśl pierwszego, relewantne z punktu widzenia sformułowania ustawowego, że poczytalność oskarżonego „budzi wątpliwości”, jest jedynie bądź to stwierdzenie przez biegłych psychiatrów niepoczytalności oskarżonego, bądź to co najmniej stwierdzenie przez nich takiego stanu psychicznego, który uzasadnia diagnozowanie poczytalności ograniczonej w stopniu znacznym²¹. W myśl drugiego, natężenie ułomności psychicznej oskarżonego skutkujące obronę niezbędną nie jest zbieżne z pojęciem ograniczenia poczytalności w stopniu znacznym lub zniesienia poczytalności w rozumieniu art. 25 § 1 i 2 k.k. (obecnie art. 31 § 1 i 2), w procesie karnym bowiem każdy defekt psychiczny oskarżonego, choćby nawet nie powodował on osłabienia poczytalności, powinien mieć znaczenie, jako że może rzutować na prowadzoną przez niego obronę²². W myśl trzeciego, uzasadnione

²⁰ Dostrzegła to sama autorka omawianego poglądu, mimo to, ze względów gwarancyjnych, opowiedziała się za zasadnością odrywania kwestii obrony obligatoryjnej od kwestii poczytalności – H. Gajewska, *op. cit.*, s. 41.

²¹ Zob. Z. Gostyński, S. Zabłocki, *op. cit.*, s. 555.

²² H. Gajewska, *op. cit.*, s. 40–41. Pogląd ten zaakceptowali J. Witkowska, *op. cit.*, s. 277 i D. Kala, *Obrońca w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego*, „Palestra” 2003, nr 7–8, s. 73. Zob. też F. Prusak, *Wątpliwości co do poczytalności oskarżonego jako podstawa obligatoryjnego udziału obrońcy w postępowaniu karnym*, „Palestra” 1969, nr 1, s. 44.

wątpliwości co do poczytalności zachodzą wtedy, gdy zostanie uprawdopodobnione jakiekolwiek ograniczenie poczytalności, a nie tylko takie, które ma znaczenie pod kątem przepisów kodeksu karnego²³. Poglądy te w pełni korelują z przedstawionymi na wstępie trzema możliwymi interpretacjami art. 79 § 4.

Pierwsze stanowisko także po nowelizacji styczniowej dominuje w doktrynie²⁴, z tym że niektórzy autorzy uzupełnili je o kwestię ograniczenia poczytalności *tempore procedendi*²⁵. Na jego poparcie podniesiono, że kodeks postępowania karnego służy realizacji kodeksu karnego, który skutki materialnoprawne łączy jedynie ze zniesieniem lub znacznym ograniczeniem poczytalności, inne jej ograniczenie jest rozważane tylko jako okoliczność łagodząca w ramach ogólnych dyrektyw wymiaru kary. Zasadność wątpliwości może być zatem utożsamiana jedynie z określeniami pochodzącymi z art. 31 § 1 i 2 k.k. Jeżeli zatem biegli wykluczą istnienie okoliczności w tych przepisach opisanych, organ procesowy nie ma podstaw do czerpania dalszych uzasadnionych wątpliwości co do poczytalności, które musiałyby mieć źródło w innych przesłankach, nieokreślonych przez prawo karne materialne ani procesowe²⁶.

Pogląd ten jest niesłuszny z tego względu, że błędnie zawęża procesowe znaczenie ograniczenia poczytalności w rozumieniu karnomaterialnym do znaczenia, jakie nadaje temu ograniczeniu kodeks karny. Tymczasem takie zawężenie nie znajduje żadnego uzasadnienia. Art. 31 § 1 i 2 k.k. oraz art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. dotyczą ochrony odmiennych wartości prawnych i dlatego zawarte w nich sformułowania dotyczące charakteru i stopnia wyłączenia poczytalności nie mogą być identycznie traktowane²⁷. Ponadto wskazuje na to literalne brzmienie art. 79 § 1 pkt 3, w którym mowa jest nie o poczytalności zniesionej lub ograniczonej w określonym stopniu, lecz o uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego²⁸. Poglądu tego nie da się obronić po nowelizacji styczniowej, która pojęcie poczytalności *expressis verbis* łączy także z czasem postępowania, tym samym wyraźnie odrywa je

²³ Zob. postanowienie SN z 10 października 1979 r., V KRN 226/79, OSNPG 1980, z. 3, poz. 38, w którym stwierdzono, że „oskarżony musi mieć obrońcę, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności w ogóle, a nie tylko wówczas, gdy ma on ograniczoną poczytalność w znacznym stopniu”. Pogląd ten, z pewnymi zastrzeżeniami, zaaprobowali M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (lata 1980–1983)*, „Palestra” 1984, nr 10, s. 4. Zob. też Z. Doda, A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995, s. 131; Z. Doda, *Dowód z opinii biegłych psychiatrów w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 6, s. 26.

²⁴ Z. Gostyński, S. Zabłocki, *op. cit.*, s. 555; R. Paprzycki, *op. cit.*, s. 251.

²⁵ T. Grzegorzyc, *Kodeks postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, wyd. III, Kraków 2003, s. 280; R. A. Stefański, *Postępowanie nakazowe w znolizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 7–8, s. 16; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 404.

²⁶ R. Paprzycki, *op. cit.*, s. 247–249.

²⁷ A. Murzynowski, *op. cit.*, s. 528.

²⁸ Zob. uchwałę SN z 26 czerwca 1997 r., I KZP 11/97, OSNKW 1997, z. 9–10, poz. 74.

od karnomaterialnego rozumienia, a próba tłumaczenia tego rozwiązania błędem technicznym ustawodawcy jest nietrafna.

Stanowisko opisane jako drugie pozostaje w sprzeczności z treścią ustawy łączącą obronę obligatoryjną nie z defektami psychiki oskarżonego, lecz z wątpliwościami co do jego poczytalności. Kwestii tej poświęcony był poprzedni punkt opracowania.

Trafny jest pogląd ostatni (przy założeniu, że ograniczenie poczytalności będzie odnoszone nie tylko do chwili czynu, ale też do czasu postępowania²⁹). Był on zasadny przed nowelizacją i pozostaje aktualny także obecnie. O ile po nowelizacji styczniowej w doktrynie prezentowany jest rzadko³⁰, o tyle opowiedział się za nim Sąd Najwyższy w cytowanym już wyroku z 15 marca 2005 r., II KK 404/04, a następnie w postanowieniu z 20 lipca 2005 r., I KZP 25/05³¹ i w wyroku z 1 lutego 2006 r., II KK 340/05³².

W pierwszym z tych orzeczeń stwierdził, że za przyjęciem takiego stanowiska przemawia wykładnia językowa art. 79 § 4 oraz funkcja gwarancyjna i zasada rozstrzygania wszelkich wątpliwości na korzyść oskarżonego. Skoro bowiem rozmiar ograniczenia poczytalności (a nawet jej „znaczność”) jest stopniowalny, obowiązkiem sądu w wypadku podejrzenia ograniczeń poczytalności jest poczynienie w tym kierunku dokładnych ustaleń za pomocą dowodu z opinii biegłych psychiatrów. Stwierdzenie przez nich, że poczytalność nie była ograniczona w stopniu

²⁹ Odmienne stanowisko prowadziłyby zresztą do absurdu. W sytuacji, gdy oskarżony w chwili czynu miał ograniczoną poczytalność, lecz w czasie postępowania jego stan psychiczny nie ogranicza jego możliwości prowadzenia obrony, przysługiwałaby mu obrona obligatoryjna, w sytuacji natomiast, gdy jego poczytalność w chwili czynu była nieograniczona, a później zapadł na chorobę ograniczającą jego zdolność bronięcia się, obrona obligatoryjna by mu nie przysługiwała (w obu sytuacjach wbrew *ratio legis* tej instytucji).

³⁰ W Grzeszczyk, *Główne kierunki zmian kodeksu postępowania karnego (cz. I)*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 5, s. 10; A. Murzynowski, *op. cit.*, s. 528 i n.

³¹ „Monitor Prawniczy” 2005, nr 16, s. 778. W orzeczeniu tym zawarto wszakże koncesję na rzecz drugiego stanowiska, podnosząc, że defekty psychiki oskarżonego, mające charakter trwałe, są tego rodzaju, że ustanie obrony obligatoryjnej z przyczyn określonych w art. 79 § 4 nie wchodzi w rachubę. SN postawił się w roli biegłych lekarzy psychiatrów, oceniając, że określone defekty psychiczne przekreślają możliwość cofnięcia wyznaczenia obrońcy, co przecież oznacza tyle, że wykluczają możliwość uznania, że poczytalność nie budzi wątpliwości. Ocena taka należy wyłącznie do biegłych, gdyż tylko oni dysponują wiedzą specjalną, pozwalającą na określenie wpływu defektu na poczytalność oskarżonego. Organ procesowy nie może tego przesądzać i decydować (w oparciu o nieznane przesłanki), czy stwierdzony stan psychiczny oskarżonego pozostaje w związku ze zdolnością oskarżonego do obrony. Nie można też odrywać kwestii obrony obligatoryjnej od kwestii poczytalności. Inna rzecz, że jest dyskusyjne, czy stwierdzone w tej sprawie defekty psychiczne oskarżonego (zaburzenia osobowości o charakterze dysocjalnym i chwiejności afektywnej) do tak dalekich wniosków uprawniały (w innym orzeczeniu stwierdzono, że zaburzenie osobowości typu schizoidalnego ze skłonnościami depresyjnymi nie jest chorobą psychiczną i wręcz nie uzasadnia wątpliwości co do poczytalności – postanowienie SN z 16 czerwca 2005 r., II KK 476/04, niepublikowane).

³² Niepublikowany.

znacznym, nie oznacza, że poczytalność ta nie budzi wątpliwości, tym samym nie może stanowić wystarczającej podstawy do cofnięcia wyznaczenia obrońcy z urzędu. Poczytalność oskarżonego zatem wtedy tylko nie budzi wątpliwości, gdy lekarze psychiatrzy nie stwierdzą jakiegokolwiek jej ograniczenia, a to w praktyce oznacza pozytywne ustalenie braku tych wątpliwości.

Przeciwko temu stanowisku podniesiono, że psychiatria w ogóle nie określa normy zdrowia psychicznego i jeśli przyjąć, że osób o niezakłóconej psychice w zasadzie nie ma, to w stosunku do każdego oskarżonego sąd powinien mieć nieusuwalne wątpliwości co do jego poczytalności. Przyjmując konieczność rozstrzygnięcia w tych okolicznościach wątpliwości na korzyść oskarżonego, można dojść do wniosku, że każdy oskarżony nie jest idealnie zdrowy psychicznie i tę wątpliwość rozstrzygnąć na jego korzyść, ustanawiając i utrzymując obrońcę z urzędu w każdej sprawie do końca postępowania. Gdyby natomiast sąd bezzasadnie dopuścił dowód z opinii biegłych psychiatrów i opinia ta nie zawierałaby stwierdzenia, że „poczytalność nie budzi wątpliwości”, to należałoby takie wątpliwości uznać za nadal istniejące, pozostawiając oskarżonemu obrońcę z urzędu. Inna od krytykowanej interpretacja nie prowadzi do naruszenia gwarancyjnej funkcji profesjonalnej obrony w sytuacji poczytalności ograniczonej w stopniu mniejszym niż znaczny, istnieją bowiem możliwości pełnego zabezpieczenia praw gwarantowanych oskarżonemu z wykorzystaniem unormowań art. 79 § 2 i 4³³.

Zarzut, jakoby omawiane stanowisko sprzeczne było z nauką psychiatrii, która nie określa normy zdrowia psychicznego, jest nietrafny z tego względu, że biegli do takiej normy nie mają potrzeby się odnosić. Ich rolą jest zdiagnozowanie stanu psychicznego nie w kontekście nieistniejących norm, ale w aspekcie poczytalności oskarżonego w podanym wcześniej znaczeniu. Nie jest zatem na pewno tak, że wątpliwości organu procesowego co do poczytalności oskarżonego są nieusuwalne. Usuwa je opinia biegłych stwierdzająca nieograniczoną w żadnym stopniu poczytalność, choćby, co jest w praktyce nader częste, zarazem stwierdzono w niej jakikolwiek defekt psychiczny oskarżonego, pozostający wszakże bez wpływu na poczytalność³⁴. Nie jest też tak, że biegli nie mogą wychodzić poza stany opisane w art. 31 § 1 i 2 k.k. Wszak by stwierdzić, czy poczytalność jest ograniczona w stopniu znacznym, najpierw trzeba stwierdzić jej ograniczenie, a później miarkować stopień tego ograniczenia.

Reasumując należy podzielić stanowisko, że opinia biegłych skutkująca ustanowieniem obrony obligatoryjnej winna zawierać stwierdzenie, że poczytalność oskarżonego (w szerokim rozumieniu tego pojęcia) nie budzi wątpliwości. Nie budzi ich zaś wówczas, gdy nie jest ograniczona w jakimkolwiek stopniu. Dla trwania obrony obligatoryjnej bez znaczenia jest stopień ograniczenia poczytalności zarówno w

³³ R. Paprzycki, *op. cit.*, s. 248–251.

³⁴ Najczęściej chodzi tu o psychopatie, co do których zresztą wątpliwe jest, czy stanowią ułomność psychiczną.

czasie postępowania³⁵, jak i w chwili czynu (nie ustaje zatem również w razie zniesienia lub znacznego ograniczenia poczytalności, choćby nie miało to wpływu na kwestię odpowiedzialności stosownie do art. 31 § 3 k.k.).

4. Kolejną kontrowersję na tle art. 79 § 4 budzi ustalenie momentu, w którym ustaje obligatoryjność obrony. Problem ten był przedmiotem sprzecznych wypowiedzi Sądu Najwyższego. Także poglądy doktryny są tu niejednolite.

Wyodrębnić można trzy grupy poglądów:

1) obligatoryjność obrony ustaje *ex lege* z chwilą stwierdzenia przez biegłych lekarzy psychiatrów, że poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości,

2) samo stwierdzenie przez biegłych, że poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości, nie powoduje *ex lege* ustania obligatoryjności obrony, a dopiero przekonanie organu procesowego o braku wątpliwości co do poczytalności,

3) po ustaleniu przez biegłych, że poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości, uchylene obrony obligatoryjnej z urzędu nie następuje *ex lege*, kwestię dalszego jej trwania pozostawiono do uznania sądu.

Pierwsze stanowisko zostało wyrażone przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 27 października 2005 r., I KZP 30/05³⁶, w którym stwierdził, że sformułowanie zawarte w art. 79 § 4, iż „udział obrońcy w dalszym postępowaniu nie jest obowiązkowy”, przesądza, że obrona ta *ex lege* traci swój obligatoryjny charakter z chwilą ustania tej przesłanki, to jest z chwilą stwierdzenia przez biegłych lekarzy psychiatrów, że poczytalność oskarżonego w chwili popełnienia przestępstwa oraz stan zdrowia psychicznego w czasie postępowania nie budzą wątpliwości. Możliwość cofnięcia wyznaczenia obrońcy z urzędu, wobec ustania obrony obligatoryjnej, jest równoznaczna z przyznaniem organom procesowym upoważnienia do podjęcia takiej decyzji, w następstwie której ustaje stosunek obrony z urzędu, a dalsze postępowanie toczy się bez udziału obrońcy. Brak decyzji uprawnionych organów procesowych powoduje, że trwa stosunek obrończy, a obrońca z urzędu jest zobowiązany do podejmowania czynności procesowych do prawomocnego zakończenia postępowania (art. 84 § 2).

Drugie stanowisko znalazło odzwierciedlenie w cytowanym wyżej wyroku z 1 lutego 2006 r., II KK 340/05, w którym wyrażono pogląd, że samo stwierdzenie zawarte w opinii biegłych nie wywołuje jeszcze skutku, o jakim mowa w art. 79 § 4. Skoro to wątpliwości organu procesowego co do poczytalności oskarżonego powodują powstanie obrony obligatoryjnej, to również dopiero stan braku wątpliwości u tego organu rodzi konsekwencje wynikające z ustawy. Jedynie takie też przekonanie może być przesłanką do uznania, że obrona obligatoryjna ustała, a w dalszej konsekwencji – do ewentualnej decyzji o pozbawieniu oskarżonego obrońcy z urzędu. Rozstrzygnięcie w tym ostatnim zakresie zawsze pozostaje jednak decyzją fakultatywną, gdyż ustanie obrony obligatoryjnej następuje z mocy samego prawa,

³⁵ Tak też P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 404.

³⁶ OSNKW 2005, z. 11, poz. 107.

ale wcale nie jest równoznaczne z koniecznością uchylenia orzeczenia o wyznaczeniu obrońcy z urzędu.

Taki też pogląd przeważa w doktrynie. Podniesiono, że jeżeli biegli psychiatrzy stwierdzą, że poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości, udział obrońcy w dalszym postępowaniu nie jest już *ex lege* obligatoryjny, z tym zastrzeżeniem, że chodzi tylko o taką opinię, która nie budzi zastrzeżeń co do jej kompletności, jasności i niesprzeczności, ani też nie podniesiono wątpliwości co do wiedzy, bezstronności albo samodzielności biegłych. W razie potrzeby przesłuchania biegłych dla wyjaśnienia wątpliwości, lub żądania od nich dodatkowej opinii, albo powoływania nowych biegłych, wątpliwości co do poczytalności oskarżonego istnieją nadal i obrona obowiązkowa trwa³⁷. Uchylenie obligatoryjnego charakteru obrony nie zależy od „stwierdzenia biegłych lekarzy psychiatrów” (a więc od samej opinii), lecz od faktu, że poczytalność oskarżonego w chwili popełnienia zarzucanego czynu, jak i stan zdrowia psychicznego w czasie postępowania nie budzą wątpliwości. Nie wydaje się bowiem możliwe, aby skutki procesowe, i to z mocy prawa, wywierały same oświadczenia wiedzy, jakimi są opinie biegłych, niezależnie i w oderwaniu od oceny ich wartości dowodowej. Biegli nie są organami procesowymi i o niczym nie rozstrzygają, lecz opiniują. Ich stwierdzenia są tylko środkami dowodowymi, a jeśli są sprzeczne ze sobą, bezpodstawne lub świadomie fałszywe, nie zmieniają w niczym, zwłaszcza z mocy prawa, sytuacji oskarżonego w zakresie obligatoryjnej obrony formalnej. Dopóki zatem organ procesowy nie uzewnętrznili swojej oceny dotyczącej stwierdzenia biegłych, obrona formalna ma charakter obligatoryjny. Ustalenie przez organ procesowy, że spełniony jest warunek ustanienia obrony obligatoryjnej, może uzewnętrznic się w sposób wyraźny (np. w drodze decyzji o cofnięciu wyznaczenia obrońcy) albo dorozumiany (np. poprzez przeprowadzenie rozprawy bez udziału obrońcy)³⁸.

Trzecie z kolei stanowisko zostało zaprezentowane w również cytowanym już wyroku Sądu Najwyższego z 15 marca 2005 r., II KK 404/04 i w postanowieniu z 18 maja 2005 r., WZ 5/05³⁹. Stwierdzono w nich, że nawet po zmianie redakcji art. 79 § 4 i ustaleniu przez biegłych, że poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości, uchylenie obrony obligatoryjnej z urzędu nie następuje *ex lege*. Kwestię dalszego jej trwania, gdy poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości, pozostawiono do uznania sądu.

³⁷ T. Grzegorzczak, *Wybrane zagadnienia najnowszej nowelizacji procedury karnej*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 8, s. 9; tenże, *Kodeks...*, s. 279–280.

³⁸ R. Kmieciak, *op. cit.*, s. 191. Zbliżone stanowisko zdają się zajmować P. Hofmański, E. Sadzik i K. Zgrzyzek (*op. cit.*, s. 403–404), stwierdzając, że obligatoryjna obrona spowodowana istnieniem wątpliwości co do poczytalności ustaje z chwilą, gdy ustaną owe wątpliwości, przy czym to organ procesowy musi być wolny od tych wątpliwości. Zarazem jednak podnoszą, że sąd jest w zakresie oceny istnienia bądź nieistnienia wątpliwości „związany” opinią biegłych psychiatrów, a związane to działa w granicach *rebus sic stantibus*.

³⁹ Niepublikowane.

Sądę, że pomimo wskazanych rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie, podzielić wypada stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w powołanym postanowieniu z 27 października 2005 r., że przepis art. 79 § 4 (w omawianym tu aspekcie) sformułowany jest jasno. Brzmi on na tyle jednoznacznie, że nie pozostawia pola do „korygowania” w drodze interpretacji jego kategorię brzmienia. Przepis *expressis verbis* uzależnia ustanie obligatoryjności obrony tylko od stwierdzenia przez biegłych psychiatrów, że poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości. Nie mamy tu do czynienia wcale z błędem redakcyjnym, upoważniającym do dokonywania wykładni sprowadzającej się w istocie do nadania jego treści innego sensu normatywnego. Można co najwyżej oceniać prawidłowość takiego rozwiązania. Zresztą, w mojej ocenie, przyjęta regulacja jest prawidłowa.

Nie sposób negować stwierdzenia, że opinia biegłych jest oświadczeniem wiedzy, z którym ustawa dotychczas nie wiązała skutków procesowych. Nie oznacza to jednakże, że ustawodawca jest w tym zakresie ograniczony i nie może w szczególnej sytuacji wiązać takich skutków z oświadczeniami wiedzy, przydając im wyjątkowy walor.

Odmienne stanowisko, w myśl którego o ustaniu obrony obligatoryjnej ma decydować ocena organu procesowego, rodzi przy tym ważne, a trudne do zaakceptowania konsekwencje. Kryje się tu mianowicie niebezpieczeństwo związane z trudnościami precyzyjnego ustalenia momentu ustania obligatoryjności obrony. Kwestia ma poważny praktyczny aspekt – przedwczesne cofnięcie wyznaczenia obrońcy lub przeprowadzenie rozprawy pod nieobecność obrońcy w następstwie błędnego uznania, że obrona obligatoryjna ustała, skutkuje wszakże powstaniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 79 § 4 decydujące znaczenie miałby łatwy do ustalenia moment wystawienia opinii przez biegłych lekarzy psychiatrów. W myśl koncepcji przeciwnej, kwestia staje się dyskusyjna – znaczenie miałby trudny do ustalenia moment zaakceptowania jej treści przez organ procesowy. Powstaje przy tym wątpliwość – czy decydowałby moment zapoznania się z treścią opinii przez prezesa sądu (upoważnionego sędziego), czy dopiero przez sąd, a w ostatnim wypadku, czy chodzi o zapoznanie się z opinią przez członków składu orzekającego przed rozprawą, czy dopiero decyduje chwila ujawnienia opinii na rozprawie. Jak postąpić w sytuacji, gdy prezes sądu, po uznaniu opinii za pełną i jasną, cofnie wyznaczenia obrońcy, po czym sąd nie podzieli tej oceny prezesa? Zapewne powinien zwrócić się do niego o zmianę decyzji i przywrócenie obrońcy, lecz nawet w razie ponownego jego wyznaczenia fakt nieposiadania go przez oskarżonego przez pewien czas może być oceniany jako bezwzględny powód odwoławczy, chyba że należałoby przyjąć, że obligatoryjność obrony najpierw ustała (na skutek oceny jednego organu), po czym powstała ponownie (na skutek odmiennej oceny innego organu). Może być wreszcie i tak, że treść opinii nie wzbudzi zastrzeżeń organów procesowych, a jedynie stron. Pod ich wpływem sąd może zmienić swą poprzednią ocenę, albo nawet, nie dzieląc zastrzeżeń stron, zarządzić przesłuchanie

biegłych na rozprawie. Jak rozdzielić te sytuacje (wszak zastrzeżenia stron, a nie organu procesowego, są dla ustania obligatoryjności obrony irrelewantne). Nie zawsze da się ustalić motyw zarządzenia przesłuchania biegłych na rozprawie, skoro nie musi być ono w ogóle warunkowane zastrzeżeniami co do treści opinii, ale stanowić realizację zasad bezpośredniości i kontrydiktoryjności procesu. Jak zatem w takich sytuacjach ustalić moment ustania obligatoryjności obrony? Czy następuje on z chwilą zakończenia przesłuchania biegłych? I czy w sytuacji, gdy prezes sądu cofnął już wyznaczenie obrońcy, podjęcie decyzji o przesłuchaniu biegłych na rozprawie powoduje konieczność ponownego wyznaczenia obrońcy?

Twierdzenie, że dopóki organ procesowy nie uzewnętrznili swojej oceny stwierdzenia biegłych, dopóty obrona ma charakter obligatoryjny, nie rozstrzyga problemu. „Uzewnętrznienie” oceny nastąpi właściwie w jednym tylko przypadku, a mianowicie w razie cofnięcia wyznaczenia obrońcy. Nie „uzewnętrznili się” natomiast w żaden sposób w pozostałych przypadkach, a zatem w razie utrzymania obrony z urzędu lub gdy obrońca został ustanowiony przez oskarżonego. O ile przeprowadzenie rozprawy pod nieobecność obrońcy może (lecz nie musi – nie można wykluczyć błędu sądu) oznaczać, że obrona ma już w ocenie sądu charakter fakultatywny⁴⁰, o tyle przeprowadzenie jej z jego udziałem (co będzie regułą) nie pozwoli nawet w sposób dorozumiany ustalić, czy w ocenie sądu spełniony został warunek ustania obligatoryjności obrony.

Nie można też oprzeć się wrażeniu, że przywoływane argumenty przeciwko literalnemu odczytywaniu treści art. 79 § 4 stanowią echo argumentów powoływanych przeciwko koncepcji ustania obrony obligatoryjnej. Podkreślano wówczas, że uzasadniona wątpliwość co do poczytalności oskarżonego nie odpada wskutek opinii biegłych, w której stwierdzili oni poczytalność oskarżonego, właśnie ze względu na fakt, iż taka opinia nie jest orzeczeniem, a będąc dowodem w sprawie, podlega ocenie sądu, może być kwestionowana przez strony i podważana przez inne opinie⁴¹. W mojej ocenie argumenty te, sformułowane na tle odmiennej regulacji, straciły na aktualności i nie da się ich pogodzić z nowym brzmieniem art. 79 § 4. Celem nowelizacji tego przepisu było odejście od trwałości obrony obligatoryjnej opartej na pojawieniu się uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego i przyjęcie jej ustania z momentem stwierdzenia przez biegłych, że wątpliwości te nie występują.

Sądzę, że pewnej wskazówki dla rozstrzygnięcia omawianej kontrowersji dostarcza ostatnie zdanie art. 79 § 4, mówiące o możliwości cofnięcia wyznaczenia

⁴⁰ Zauważyć należy, iż z kolei SN w cyt. postanowieniu z 18 maja 2005 r., WZ 5/05, stwierdził, że w razie niewydania decyzji o cofnięciu wyznaczenia obrońcy, przeprowadzenie rozprawy pod nieobecność zawiadomionego obrońcy stanowi obrazę przepisów postępowania.

⁴¹ Zob. cyt. wcześniej uchwały SN z 21 stycznia 1970 r., VI KZP 23/69 i z 26 czerwca 1997 r., I KZP 11/97, a także A. Zielińska, *Wybrane zagadnienia obrony niezbędnej w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Palestra” 1999, nr 5–6, s. 41 i J. Witkowska, *op. cit.*, s. 285.

obrońcy po stwierdzeniu przez biegłych, że poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości. Ustawodawca nie wskazuje żadnych kryteriów, jakimi powinien kierować się przy podejmowaniu decyzji organ procesowy. Nie sformułowano ich także w doktrynie ani w orzecznictwie. Trafnie natomiast wskazano, że możliwość ta stanowi wyjątek od reguły cofania wyznaczenia obrońcy wraz z ustaniem przesłanki obrony niezbędnej⁴². Sądzę, że przyjmując w tym wypadku fakultatywność takiej decyzji, ustawodawca miał na uwadze właśnie fakt, że opinia, która spowodowała skutek w postaci ustania obligatoryjności obrony, może wzbudzić zastrzeżenia stron lub organu procesowego. Z tego właśnie względu pozostawiono możliwość utrzymania obrońcy (już jednak fakultatywnego), by w razie potrzeby zapewnić weryfikację opinii przy udziale obrońcy oskarżonego. Wydaje się zatem, że cofnięcie wyznaczenia obrońcy w sytuacji, gdy zgłosił on (lub oskarżony) zastrzeżenia do ekspertyzy psychiatrycznej, może być przedmiotem skutecznego zarzutu odwoławczego opartego na art. 438 pkt 2 k.p.k. W sytuacji zaś, w której po cofnięciu wyznaczenia obrońcy, w toku dalszego postępowania opinia zostanie skutecznie podważona, obrona obligatoryjna ponownie powstanie. Uważam zatem, że przyjęcie, iż to opinia psychiatryczna, a nie dopiero jej ocena dokonana przez organ procesowy, skutkuje ustaniem obligatoryjności obrony, nie narusza gwarancji procesowych oskarżonego ani zasad rzetelnego procesu.

Ostatni opisany wyżej pogląd jest niewątpliwie błędny. Nie da się obronić tezy, że po stwierdzeniu przez biegłych, że poczytalność oskarżonego nie budzi wątpliwości, „obrona obligatoryjna z urzędu” trwa nadal. Rzecz jasna, po wydaniu przez biegłych takiej opinii, *ex lege* nie ustaje obrona z urzędu, ustaje natomiast jej obligatoryjność (trwa zatem nadal nieobligatoryjna obrona z urzędu). Decyzją organu procesowego uchylona zostaje nie obrona obligatoryjna, lecz obrona z urzędu, mająca już charakter fakultatywny. Odmienne stanowisko pozostaje w jawnej sprzeczności z dyspozycją art. 79 § 4.

5. Na tle regulacji art. 79 § 4 dopuszczającej cofnięcie wyznaczenia obrońcy warto jeszcze podkreślić, że w razie podjęcia takiej decyzji należy umożliwić oskarżonemu rozważenie, czy w ramach prawa do skorzystania z pomocy obrońcy nie ustanowi on obrońcy z wyboru bądź nie wystąpi o wyznaczenie obrońcy z urzędu na podstawie art. 78 § 1. Nie umożliwiając zaś oskarżonemu skorzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu (dla ubogich), sąd dopuści się obrazy art. 6⁴³. Z tego względu pożądane jest podjęcie decyzji o cofnięciu wyznaczenia obrońcy z takim wyprzedzeniem, by oskarżony zapoznał się z jej treścią jeszcze przed rozprawą, dysponując czasem do ustanowienia obrońcy z wyboru lub wystąpienia z wnioskiem o przyznanie obrońcy z urzędu.

Nie oznacza to, że decyzja o cofnięciu wyznaczenia obrońcy nie może zostać wydana na początku rozprawy lub bezpośrednio przed nią, pod warunkiem wszak-

⁴² P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 404.

⁴³ Por. cyt. postanowienie SN z 18 maja 2005 r., WZ 5/05.

że, że w rozprawie weźmie udział sam oskarżony, który zostanie zapoznany z treścią decyzji. Wprawdzie podjęta na tym etapie decyzja powoduje nieoczekiwaną przez oskarżonego zmianę jego sytuacji, lecz wynikające z tego zaskoczenie nie stanowi przecież żadnej przeszkody do złożenia przez niego wniosku o wyznaczenie obrońcy z urzędu bądź o odroczenie rozprawy w celu ustanowienia obrońcy z wyboru⁴⁴.

Rzecz jasna, nie ma żadnych przeszkód, by decyzja zapadła pod koniec rozprawy, która zostanie następnie przerwana lub odroczone.

⁴⁴ Zob. postanowienie SN z 2 lutego 2005 r., II KK 205/04, LEX nr 146264.

POJĘCIE NIEPOCZYTAŁNOŚCI W DOKTRYNIE PRAWA KARNEGO I ORZECZNICTWIE SĄDU NAJWYŻSZEGO¹

We współczesnej doktrynie prawa karnego podkreśla się, że przypisanie sprawcy winy może nastąpić jedynie wówczas, gdy sprawca jest zdalny do przypisania mu winy. Zdany sprawcy warunkowana jest jego dojrzałością (art. 10 k.k.) i poczytalnością, przynajmniej ograniczoną (art. 31 k.k.)².

W piśmiennictwie prawniczym XIX w. zdolność człowieka do ponoszenia odpowiedzialności za przestępstwo określano terminem *poczytności sprawcy*, a stosunek pozwalający mu korzystać z tej zdolności w odniesieniu do konkretnego popełnionego przez niego czynu – *poczytalnością*. Problematyka niemożności poczytania znalazła pogłębienie i rozwinięcie w dziełach heglistów. Sam G. W. Hegel wskazywał, że istnieją pewne stany, które u działającego człowieka „znoszą to, co stanowi charakterystyczną cechę myślenia i wolności woli”. Bez tych ostatnich nie mogło być w jego przekonaniu mowy o poczytaniu (jako przykłady takich stanów wskazywał: wiek dziecięcy, idiotyzm i chorobę umysłową)³. Następnie, to właśnie *poczytalnością* zaczęto określać zdolność człowieka do stawiania się „przyczyną moralną czynów, zabronionych przez prawo pod groźbą kary”, a możliwość „korzystania z tej zdolności w odniesieniu do konkretnego przestępstwa, które ma być mu poczytane za winę” zaczęto nazywać *przypisalnością czynu*⁴. Profesor Edmund Krzymuski wskazywał, że *poczytalność kryminalna* człowieka składa się z dwóch elementów („dwóch władz”): 1) świadomości – zdawanie sobie sprawy ze stosunku, jaki zachodzi między jego postępowaniem a obowiązkami nałożonymi przez

¹ Niniejszy tekst to przygotowany do druku referat wygłoszony na XXIV Międzynarodowej Konferencji Naukowo-Szkoleniowej „Aktualne problemy i szkolenie w psychiatrii sądowej w Polsce. Psychofarmakologia sądowa”, Szczyrk 11–15 października 2006 r., zorganizowanej przez Naukową Sekcję Psychiatrii Sądowej Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego.

² A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Kraków 2004, s. 41; L. Wilk, *Wina i strona podmiotowa w prawie karnym skarbowym*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 4, s. 49–50.

³ E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego*, Kraków 1885, s. 379–385; A. Bojarski, *Nauka o poczytaniu*, Kraków 1872, s. 38; D. Janicka, *Nauka o winie i karze w dziejach klasycznej szkoły prawa karnego w Niemczech w pierwszej połowie XIX wieku*, Toruń 1998, s. 167.

⁴ E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego*, Kraków 1901, s. 291–292.

prawo, 2) autonomii woli, która pozwala człowiekowi rządzić się samodzielnie. Jak stwierdza, i jedną, i drugą władzę posiadać może tylko człowiek dojrzały i zdrow na umyśle⁵. Podkreślał, że „rozbiór chorób umysłowych, jako okoliczności wykluczających poczytalność kryminalną należy do psychiatrii sądowej. Prawo karne stawia tylko zasadę, że nie może odpowiadać kryminalnie osoba, która w chwili, gdy spełniła przestępstwo, dotknięta była takim zboczeniem umysłowym, że nie leżało w jej mocy stawać się świadomą i dobrowolną przyczyną swego postępowania”⁶. W porządku prawnym obowiązującym w Polsce przed dniem 1 września 1932 r. (data wejścia w życie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. Kodeks karny, Dz.U. Nr 60, poz. 571, dalej powoływany jako k.k. z 1932 r.) *niepoczytalność* określano jako: „*stan chorobowy zaburzenia czynności umysłu, który wykluczał wolną wolę sprawcy*” (§ 51 ustawy karnej Rzeszy Niemieckiej z 15 maja 1871 r.), *niemożność „rozumienia natury i znaczenia tego, co czyniła, lub kierować swoimi postępkami wskutek chorobliwego rozstroju czynności duchowych, albo nieprzytomności, albo też niedorozwoju umysłowego, pochodzącego z wady cielesnej lub choroby*” (art. 39 rosyjskiego kodeksu karnego z 1903 r.), „*jeżeli sprawca używania rozumu zupełnie jest pozbawiony; jeżeli czyn popełniony został albo w stanie przemijającego chwilami pomieszania zmysłów w czasie, gdy pomieszanie trwało; albo w stanie zupełnego pijaństwa, spowodowanego bez zamiaru popełnienia zbrodni, albo w innym stanie zwichniętego umysłu, w którym sprawca nie wiedział co czyni*” (§ 2 lit. a, b, c austriackiej ustawy karnej o zbrodniach, występkach i przekroczeniach z 27 maja 1852 r.).

W dniu 10 maja 1921 r., podczas XXIV posiedzenia Sekcji Prawa Karnego Materialnego Komisji Kodyfikacyjnej RP, profesor Jan Piltz⁷ zaproponował następującą definicję *pojęcia niepoczytalności*: „Niepoczytalnym był sprawca, jeżeli w chwili spełnienia czynu znajdował się z powodu choroby psychicznej lub zakłócenia czynności psychicznych w takim stanie psychicznym, który nie pozwalał mu rozpoznać bezprawności swego postępowania, lub stosownie do tego rozpoznania pokierować wolą”⁸. W dyskusji prof. Juliusz Makarewicz wskazywał, że w kodyfikacjach nowożytnych przy określaniu anormalności duchowej sprawcy przeważa oparcie *pojęcia niepoczytalności* na metodzie mieszanej, która polega na wyliczeniu zarówno źródeł niepoczytalności, jak i jej następstw. Z kolei tzw. metoda psychiatryczna (biologiczna) ogranicza się jedynie do ustalenia stanów psychicznych sprawcy i „przerzuca do pewnego stopnia obowiązek rozstrzygnięcia o odpowiedzialności na znawcę, ponadto skutkiem używania zwrotów, które z biegiem czasu

⁵ E. Krzymuski, *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce. Część ogólna*, Kraków 1921, s. 105.

⁶ E. Krzymuski, *System...*, s. 125.

⁷ Jan Piltz (1879–1930) profesor neurologii i psychiatrii UJ; biogram (w:) *Polski słownik biograficzny*, Wrocław 1981, t. XXVI/2, s. 299–301.

⁸ *Komisja Kodyfikacyjna RP. Wydział Karny. Sekcja Prawa Karnego*, t. I, z. 3, s. 7.

przestają odpowiadać rozwojowi psychiatrii, doprowadza do poważnych trudności w praktyce⁹. Opowiedział się za wprowadzeniem czystej metody psychologicznej, opartej na określeniach analizujących nastroj duchowy, wykluczający poczytalność sprawcy. Według prof. Juliusza Makarewicza „sformułowanie psychologiczne ma tę wyższość nad czysto psychiatrycznym, że podkreśla w sposób niedwuznaczny rolę sędziego, jako tego czynnika, który ma rozstrzygać o odpowiedzialności sprawcy, nakłada na niego obowiązek zastanowienia się, czy stan psychiki sprawcy odpowiada tym wymogom, które stawia nowożytna nauka, by uznać sprawcę za odpowiedzialnego”¹⁰. Współcześnie słusznie podkreśla się jednak, że metoda psychologiczna, która pomija źródła niepoczytalności, a ogranicza się do określenia jej następstw, tzn. braku możliwości rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, cechuje się daleko posuniętą arbitralnością ocen¹¹. W głosowaniu za wyborem metody psychologicznej opowiedziało się dwóch członków Komisji Kodyfikacyjnej (prof. J. Makarewicz, prof. J. Makowski), a przeciw trzech (F. Nowodworski, prof. W. Miklaszewski, prof. E. Rappaport). Jak wynika z protokołu XXIV posiedzenia Sekcji: „myśl zawartą w sformułowaniu prof. Jana Piltza przyjęto czterema głosami przeciwko głosowi W. Miklaszewskiego”¹². Po kilku głosowaniach nad formułą prof. Jana Piltza przyjęto ją w następującym brzmieniu: „Nie będzie poczytany czyn, jeżeli w chwili jego spełnienia sprawca znajdował się z powodu choroby psychicznej, lub innego zakłócenia czynności psychicznych w takim stanie psychicznym, który nie pozwalał mu rozpoznać znaczenia czynu lub stosownie do tego rozpoznania pokierować jego działaniem”¹³. Ostatecznie, w art. 17 § 1 k.k. z 1932 r. zdefiniowano, że „nie podlega karze, kto w chwili czynu, z powodu niedorozwoju psychicznego, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznej, nie mógł rozpoznać znaczenia czynu lub pokierować swem postępowaniem”. Kodeks karny z 1932 r. używał terminu *choroba psychiczna* jako pojęcia najogólniejszego na określenie trwałego, patologicznego stanu sprawcy, unikając przez to wyliczenia różnych postaci chorób psychicznych. Wymienione w definicji niepoczytalności *inne zakłócenia czynności psychicznej* obejmowały „wszelkie wypadki chwilowego zaburzenia funkcji psychicznej, a zatem zatrucie toksynami i to równie dobrze tymi, które pozbawiają świadomości, jak i tymi, które przy zachowaniu świadomości paraliżują wolę”¹⁴. W wyroku z 6 lutego 1935 r., 1 K. 1075/34, Sąd Najwyższy stwierdził, że w art. 17 k.k. z 1932 r. przeciwstawia się stany chorobowe innym zakłóceniom czynności psychicznych, których źródłem mogą być przyczyny niemające nic wspólnego z chorobą psychiczną, jak

⁹ Patrz: przyp. 8, s. 7–8.

¹⁰ *Ibidem*, s. 7.

¹¹ A. Zoll (red.) *Kodeks karny...*, s. 55.

¹² Patrz: przyp. 8..., s. 15.

¹³ *Ibidem*, s. 17.

¹⁴ L. Peiper, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach*, Kraków 1936, s. 64.

intoksykacja, okres dojrzewania płciowego, brzemiennosc, a także wzruszenie steniczne i asteniczne, jak gniew, przerazenie itp., oczywiście pod warunkiem, by były tak silne, że powodowały bądź zupełny zanik, bądź też ograniczenie w znacznym stopniu działania intelektu lub woli, tj. możliwość rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem¹⁵. Wcześniej, w wyroku z 27 marca 1933 r. 3 K. 111/33, Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 17 k.k. z 1932 r. nie wyłącza możliwości uznania silnego wzruszenia za przyczynę niepoczytalności, o ile następstwem jego była niemożność rozpoznania czynu lub pokierowania swoim postępowaniem¹⁶. Zaś w wyroku z 24 kwietnia 1957 r. 2 K 122/57 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że według art. 17 § 1 k.k. z 1932 r. oskarżony nie odpowiada nie tylko wówczas, jeżeli poczytalność jego jest wyłączona z powodu niedorozwoju psychicznego lub choroby psychicznej, lecz także wtedy, gdy przyczyną niemożności rozpoznania czynu lub pokierowania swym postępowaniem było inne zakłócenie czynności psychicznej, spowodowane np. upojeniem alkoholowym wysokiego stopnia, jak i każdą inną intoksykacją, stan anormalności psychicznej wywołany gorączką itp.¹⁷. Należy jednak podkreślić, że art. 17 § 2 k.k. z 1932 r. stanowił, że przepisu art. 17 § 1 tego k.k. nie stosuje się do wypadku, gdy sprawca wprawił się umyślnie w stan zakłócenia czynności psychicznej po to, by dokonać przestępstwa. W przepisie tym wprowadzono więc odpowiedzialność za tzw. *actio libera in causa*. Instytucja ta sprowadza się do tego, że umyślne wprawienie się w stan niepoczytalności w celu popełnienia przestępstwa anuluje brak winy i pozostaje bez wpływu na odpowiedzialność karną za przestępstwo, które leżało w sferze zamysłów sprawcy i które zostało popełnione. Kto wprawił się w stan nieprzytomności, aby np. zabić człowieka, odpowiada karnie za zabójstwo, tak jakby zostało ono popełnione w stanie pełnej trzeźwości umysłu¹⁸. W doktrynie wskazywano, że konstrukcja z art. 17 § 2 k.k. z 1932 r. zawiera błąd, gdyż zakłada, że sprawca, znajdując się w stanie niepoczytalności, będzie mógł pamiętać jeszcze o tym, co obejmował swoim wcześniejszym zamiarem, i realizować to, co zamierzał w okresie swojej trzeźwości umysłu. Nadto wyłączała spod odpowiedzialności karnej te wszystkie czyny karygodne, które dopiero wtedy zostają popełnione, gdy sprawca znajduje się poza progiem możliwości sterowania swoim zachowaniem¹⁹.

Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94, dalej powoływany jako k.k. z 1969 r.) wprowadziła termin *niepoczytalność* do języka prawne-

¹⁵ Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej. Rok 1935, zeszyt XI, poz. 441, s. 2–3.

¹⁶ Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej. Rok 1933, zeszyt V, poz. 102, s. 188–189.

¹⁷ Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 1963, z. 11, s. 639.

¹⁸ Z. Papierkowski, *Projekt kodeksu karnego – actio libera in causa*, „Palestra” 1963, nr 6, s. 17–18.

¹⁹ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1966, s. 183; T. Karczmarek, *Spory wokół charakteru odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw popełnionych w warunkach zawinionej niepoczytalności*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1, s. 40.

go, tj. języka, którym posługuje się ustawa. Do tej pory termin ten był wyrażeniem z języka prawniczego, którym posługuje się doktryna i praktyka prawa karnego²⁰. Przepis art. 25 § 1 k.k. z 1969 r. stanowił: „Nie popełnia przestępstwa, kto z powodu niedorozwoju umysłowego, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie mógł w chwili czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swym postępowaniem”. Porównując to unormowanie z definicją z art. 17 § 1 k.k. z 1932 r., dostrzegamy dwie istotne zmiany. Wprowadzając bowiem sformułowanie *nie popełnia przestępstwa*, ustawodawca wskazuje, że taki sprawca popełnia czyn zabroniony. K.k. z 1932 r. stanowił, że taki sprawca *nie podlega karze*, a więc popełniony przez niego czyn nie przestawał być przestępstwem, chociaż sprawcy nie można było przypisać winy. Tę antynomię k.k. z 1969 r. zlikwidował²¹. Oprócz tego, w miejsce terminu *nedorozwój psychiczny* wprowadzono pojęcie *nedorozwój umysłowy*. Przez *nedorozwój umysłowy* rozumiano wrodzone lub nabyte upośledzenie funkcji psychicznych, które dzieli się, w zależności od jego stopnia, na: idiotyzm, głuptactwo, kretynizm oraz ograniczenie umysłu²². W doktrynie prawa karnego nie budziło też wątpliwości, że niepoczytalność zdefiniowana w art. 25 § 1 k.k. z 1969 r. została ujęta według metody mieszanej. W przepisie tym jest człon psychiatryczny (biologiczny) – niedorozwój umysłowy, choroba psychiczna, inne zakłócenia czynności psychicznych, jak i człon psychologiczny – niemożność rozpoznania przez sprawcę znaczenia czynu lub pokierowania swym postępowaniem²³. Nie podzielał tego stanowiska prof. Maciej Tarnawski, głosząc tezę, że niepoczytalność powinna być określona za pomocą elementów psychologicznych. Jego zdaniem, niepoczytalność to taki stan psychiczny w czasie popełnienia czynu zabronionego, który charakteryzuje się tym, że jego sprawca w chwili swego czynu nie miał zdolności do rozpoznania lub pokierowania swym postępowaniem. Przy takim założeniu zadaniem biegłych psychiatrów byłoby ustalenie związku przyczynowego między niedorozwojem umysłowym, chorobą psychiczną czy innym zakłóceniem czynności psychicznych a brakiem zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem²⁴. W orzecznictwie Sądu Najwyższego na gruncie k.k. z 1969 r. pojawiała się rozbieżność co do tego, czy *inne zakłócenie*

²⁰ M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 21.

²¹ *Ibidem*, s. 22.

²² K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 202; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 121; M. Marek (red.), *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, s. 103.

²³ W. Wolter, *Wykład prawa karnego. Część I*, z. 1 *Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Kraków 1970, s. 193; L. Lernell, *Wykład prawa karnego. Część ogólna*, t. I, Warszawa 1969, s. 263; W. Świada, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1970, s. 211.

²⁴ M. Tarnawski, *Niepoczytalność i poczytalność zmniejszona – de lege lata i de lege ferenda* (w:) R. Rutkowski, Z. Majchrzyk (red.), *Materiały VII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP „Teoria i praktyka oceny poczytalności”*, Warszawa 1988, s. 27–40.

czynności psychicznych może być zakłóceniem tylko patologicznym, czy też także niekiedy fizjologicznym. W wyroku z 11 lipca 1973 r. II KR 52/73 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że stany określone w art. 25 § 1 i 2 k.k. są stanami patologicznymi²⁵. Odmienne rozstrzygnięto w wyroku z 7 kwietnia 1978 r. V KR 47/78, stwierdzając, że skoro art. 25 k.k. z 1969 r. wymienia obok niedorozwoju umysłowego i choroby psychicznej również *inne zakłócenia czynności psychicznych*, to każe przyjąć, iż przyczyną zniesienia (względnie ograniczenia w znacznym stopniu) poczytalności sprawcy czynu mogą być zakłócenia nie tylko o charakterze patologicznym. Uzasadniałoby to zastosowanie art. 25 k.k. z 1969 r. np. do sprawcy zabójstwa dokonanego pod wpływem silnego wzburzenia, nieusprawiedliwionego wprawdzie okolicznościami i nieuzasadniającego z tego powodu uprzywilejowanej kwalifikacji z art. 148 § 2 k.k. z 1969 r., występującego jednakże w takim stopniu natężenia, że miało to istotny wpływ na zdolność sprawcy do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy podzielił pogląd wyrażony odnośnie do tej kwestii w wyroku Sądu Najwyższego w sprawie V K 423/62²⁶. W art. 25 § 3 k.k. z 1969 r. wyłączono stosowanie przepisu art. 25 § 1 k.k. z 1969 r., gdy sprawca wprawił się w stan odurzenia powodujący wyłączenie poczytalności, które przewidywał lub mógł przewidzieć. W doktrynie prawa karnego wyrażono pogląd, że sformułowanie art. 25 § 3 k.k. statuuje zasadę odpowiedzialności obiektywnej²⁷. Przepis ten stosowany był w wypadku tzw. upojenia zwykłego (fizjologicznego)²⁸. Powszechnie przyjmowano, że upojenie patologiczne nie jest objęte zakresem art. 25 § 3 k.k. z 1969 r.²⁹. Sąd Najwyższy w wielu orzeczeniach podkreślał, że jeżeli czyn sprawcy znajduje się w bezpośrednim związku z jego stanem patologicznym, zaostrozonym jedynie przez użycie albo nadużycie alkoholu, to stan ten nie został wywołany tylko przez wprowadzenie się w stan nietrzeźwości i w takim wypadku art. 25 § 3 k.k. z 1969 r. nie ma zastosowania³⁰.

W czasie dyskusji nad propozycjami zmian k.k. z 1969 r. Polskie Towarzystwo Psychiatryczne zgłosiło postulat znowelizowania art. 25 tego kodeksu. Proponowano następującą treść art. 25 § 1 k.k. z 1969 r.: „Nie popełnia przestępstwa, kto z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innych zaburzeń

²⁵ Zam. OSNKW 1974, z. 1, poz. 8; głośa K. Daszkiewicz, *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 1974*, z. 7–8, s. 359–361.

²⁶ Zam. OSNKW 1963, z. 11, poz. 193.

²⁷ W. Wolter, *Wykład...*, s. 196.

²⁸ M. Tarnawski, *Problem winy niepoczytalnego i o poczytalności zmniejszonej, odurzonych alkoholem lub innymi środkami odurzającymi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, Warszawa – Poznań 1975, z. 2, s. 37–38.

²⁹ K. Buchała, Z. Cwiągalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 211–212.

³⁰ Por. np. OSNKW 1973, z. 12, poz. 158; OSNKW 1976, z. 12, poz. 144; OSNKW 1980, z. 7, poz. 88.

psychicznych nie mógł w chwili czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swym postępowaniem”³¹.

Definicja niepoczytalności przyjęta w k.k. z 1997 r. nie różni się jednak praktycznie niczym od regulacji z art. 25 § 1 k.k. z 1969 r.³². Art. 31 § 1 k.k. głosi bowiem: „Nie popełnia przestępstwa, kto z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem”. Ustawodawca nie zdecydował się więc na nowe opisanie niepoczytalności. Zmiana wiąże się wyłącznie z dostosowaniem terminologii do tej, jaką posługuje się ustawa z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. Nr 111, poz. 535 ze zm.), która w art. 3 pkt 1 stanowi, że osoba z zaburzeniami psychicznymi to osoba chora psychicznie, upośledzona umysłowo lub wykazująca inne zakłócenia czynności psychicznych³³. Potwierdza to spostrzeżenie odnoszący się do art. 31 k.k. fragment z uzasadnienia projektu tej ustawy: „W kodeksie z 1997 r. pozostawia się niezmiennym w zasadzie określenie niepoczytalności. Jedynie pojęcie niedorozwoju umysłowego zastąpiono na wniosek psychiatrów pojęciem upośledzenia umysłowego. Niedorozwój umysłowy nie obejmuje bowiem takich stanów, w których np. na skutek urazu doszło do zaniku niektórych funkcji mózgu. Te sytuacje wyłączające możliwość rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swym postępowaniem są objęte pojęciem upośledzenia umysłowego”³⁴.

W toku prac nad projektem k.k. z 1997 r. próbowano znaleźć lepsze rozwiązanie kwestii odpowiedzialności karnej osób, które w czasie popełnienia czynu zabronionego były niepoczytalne wskutek użycia alkoholu lub narkotyku³⁵. Zamierzano wrócić (nawet po jej zmodyfikowaniu) do znanej k.k. z 1932 r. konstrukcji *actio libera in causa*. Projekt kodeksu z 1990 r. w tej mierze stanowił: „Przepisów § 1 i 2 nie stosuje się, gdy sprawca wprawił się w stan odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, chyba że nie mógł przewidzieć, iż w tym stanie popełni czyn zabroniony”³⁶. Propozycja ta spotkała się ze zdecydowaną krytyką praktyków wymiaru sprawiedliwości³⁷. Dobrze więc stało się, że przepis

³¹ R. Rutkowski, Z. Majchrzyk (red.), *Materiały...*, s. 296.

³² J. K. Gierowski, A. Szymusik, *Reforma prawa karnego z perspektywy psychiatrii i psychologii sądowej*, „Palestra” 1996, nr 3–4, s. 33–48.

³³ L. Paprzycki, *Problematyka psychiatryczna w nowych kodeksach karnych (w:) Postępy psychiatrii i neurologii 1998*, t. 7, supl. 3(8), s. 16.

³⁴ *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, Warszawa 1994, s. 20.

³⁵ K. Buchała, *Zawinienie na przedpolu czynu zabronionego. Wybrane problemy*, „Przegląd Prawa Karnego” 1995, nr 12, s. 8–10; R. Stefański, *Odpowiedzialność sprawcy „odurzonego alkoholem” w projekcie zmian kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 10–12, s. 66–72.

³⁶ O. Górnioł, St. Hoc, M. Kalitowski, St. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002, s. 393.

³⁷ P. Kardas, M. Rodzyńkiewicz, *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sędziów i prokuratorów (część druga – wyłączenie odpowiedzialności karnej)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, nr 3–4, s. 41–43.

art. 31 § 3 k.k. utrzymał rozwiązanie zawarte w art. 25 § 3 k.k. z 1969 r. To rozwiązanie jest też zgodne z poczuciem sprawiedliwości społeczeństwa, które nie jest skłonne zaakceptować bezkarności niepoczytalnego sprawcy, jeżeli ta niepoczytalność ma swe źródło w nadużyciu alkoholu lub zażyciu narkotyku³⁸.

Przepis art. 31 § 3 k.k. stanowi zatem podstawę do wydania wyroku skazującego, mimo że w chwili czynu sprawca był niepoczytalny, a więc zachodziła okoliczność wyłączająca jego winę. Jest to odpowiedzialność bez winy. Ma ona charakter w pełni obiektywny. W doktrynie proponuje się, aby w takiej sytuacji umyślność lub nieumyślność przypisywać nietrzeźwemu sprawcy na podstawie całokształtu okoliczności konkretnego wypadku, zwłaszcza biorąc pod uwagę ewentualny stosunek psychiczny sprawcy do czynu przed wprawieniem się w stan odurzenia oraz zewnętrzne zachowanie się sprawcy³⁹. Zdaniem Jerzego Lachowskiego, jeżeli jednak sąd ustaliłby w wyroku skazującym, że niepoczytalny sprawca ponosi odpowiedzialność karną za umyślne lub nieumyślne przestępstwo w zw. z art. 31 § 3 k.k., to dokonałby rozstrzygnięcia wewnątrznie niespójnego. Proponuje, aby w wypadku, gdy przypisany takiemu oskarżonemu czyn ma swą odmianę umyślną i nieumyślną, w podstawie skazania powołać przepis określający przestępstwo nieumyślne. Skoro bowiem ustawodawca nie uregulował tego zagadnienia, należy przyjąć interpretację najkorzystniejszą dla oskarżonego⁴⁰. W doktrynie podkreśla się, że następstwo źródeł niepoczytalności zostało ujęte w formie alternatywy zwykłej. To oznacza, że do jej zaistnienia wystarczy spełnienie tylko jednego członu. Ta alternatywa jest jednak o tyle nietypowa, że brak możliwości rozpoznania znaczenia czynu pociągając za sobą będzie zawsze brak możliwości pokierowania swoim postępowaniem (ale nie odwrotnie)⁴¹. Niemożność rozpoznania znaczenia czynu to nierozpoznawalność przez sprawcę sfery faktycznej zdarzenia lub sfery społeczno-moralnej czynu⁴². Niemożność pokierowania swoim postępowaniem ma miejsce wtedy, gdy sprawca ma możliwość rozpoznania znaczenia czynu, i to zarówno w warstwie ontologicznej, jak i społeczno-moralnej, a obejmuje ona niemożność takiego pokierowania przez sprawcę swoim postępowaniem, które byłoby adekwatne do rozpoznanego znaczenia czynu⁴³.

Jak wyżej podniesiono, niepoczytalność jest okolicznością wyłączającą winę, a tym samym wyłączającą odpowiedzialność karną⁴⁴. Stwierdzenie niepoczytalności

³⁸ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 133–134.

³⁹ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1973, s. 205.

⁴⁰ J. Lachowski, *Przejawy obiektywnej odpowiedzialności karnej w k.k. z 1997 r.*, „Studia Prawnicze” 2006, z. 1, s. 131–136.

⁴¹ A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Kraków 2004, s. 558.

⁴² M. Filar, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 18, Warszawa 1998, s. 52–54.

⁴³ A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 559.

⁴⁴ A. Zoll, *Strona podmiotowa i wina w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji (w:) Prawo i Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Ku-*

skutkuje, zgodnie z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 414 § 1 k.p.k., umorzeniem postępowania. To rozwiązanie ustawodawcy słusznie krytykował prof. Andrzej Wąsek, podnosząc, że nie widać racji, dlaczego ta okoliczność wyłączająca winę uległa na gruncie art. 414 § 1 k.p.k. swoistej deklasacji. W naturze rzeczy rozstrzygnięcia sądu, że sprawca nie ponosi winy (z powodu niepoczytalności) zarzuconego mu czynu leży to, iż adekwatną prawnie i społecznie formą wyroku (jeżeli ma dojść do jego wydania) jest wyrok uniewinniający, a nie umarzający postępowanie karne. Tak kwestia ta była ujmowana w art. 330 k.p.k. z 1928 r. oraz w art. 361 § 2 w zw. z art. 11 § 1 k.p.k. z 1969⁴⁵.

Wobec niepoczytalnego sprawcy czynu zabronionego mogą być stosowane środki zabezpieczające lecznicze (art. 93 i 94 k.k.) i nielecznicze (art. 99 k.k.). Rozpoznając wniosek prokuratora, o którym mowa w art. 324 k.p.k., sąd nie jest związany zawartym w nim żądaniem co do rodzaju środka zabezpieczającego i może orzec każdy inny niż wnioskowany przez prokuratora środek, w tym także przepadek przedmiotów, nawet gdyby miał to być jedyny środek zabezpieczający (zob. uchwała Sądu Najwyższego z 26 września 2002 r., I KZP 13/02, OSNKW 2002, z. 11–12, poz. 88). Przesłanką orzeczenia o umieszczeniu niepoczytalnego sprawcy w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym jest popełnienie przez niego czynu zabronionego o znacznej szkodliwości społecznej oraz wysokie prawdopodobieństwo ponownego popełnienia takiego czynu. Podstawową przesłanką dopuszczalności orzeczenia środka zabezpieczającego jest ustalenie sprawstwa osoby, wobec której środek taki ma być następnie zastosowany. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 3 listopada 1999 r. V KKN 421/99 podkreślił, że pozbawienie człowieka wolności przez umieszczenie go w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym na leczenie winno być zawsze poprzedzone dogłębną analizą okoliczności uzasadniających konieczność sięgania po ten środek zabezpieczający i przede wszystkim ustaleń wskazujących na niezbędność tego środka⁴⁶. Z uwagi na specjalistyczny charakter przesłanek decydujących o umieszczeniu w zakładzie zamkniętym przepis art. 93 k.k. wymaga, aby przed orzeczeniem środka sąd wysłuchał lekarzy psychiatrów i psychologa⁴⁷. Należy przy tym podkreślić, że konieczność wysłuchania psychologa przez sąd zachodzi niezależnie od tego, czy na wniosek psychiatrów złożony w trybie art. 202 § 2 k.p.k., lub wskutek decyzji prokuratora, brał on udział w wydaniu opinii sądowno-psychiatrycznej w toku postępowania przygotowawczego⁴⁸. W

bickiemu, Warszawa 2003, s. 407–420; A. Barczak-Oplustil, *Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, z. 2, s. 79–96; A. Wilkowska-Płóciennik, *Niepoczytalność i ograniczenie poczytalności jako okoliczności wpływające na stopniowanie winy*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006, nr 2, s. 3–18.

⁴⁵ A. Wąsek, *O niektórych niespójnościach unormowania kodeksu postępowania karnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2003, Tom XI, s. 54–56.

⁴⁶ „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 2, poz. 4.

⁴⁷ „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 9, poz. 6.

⁴⁸ A. Cader, *Umorzenie postępowania przygotowawczego z powodu niepoczytalności sprawcy i*

piśmiennictwie zauważa się, że przy orzekaniu w trybie art. 94 k.k. konieczne jest sformułowanie prognozy co do zachowania się niepoczytalnego sprawcy, w oparciu o ustalenia dotyczące postawionego mu zarzutu, jak też dotyczące jego stanu psychicznego. Część prognozy co do popełnienia czynu zabronionego wynika ze specjalistycznej wiedzy biegłych psychiatrów. Wobec tego biegły nie będzie mógł się uchylić od odpowiedzi na pytanie sądu dotyczące tej kwestii⁴⁹.

zastosowanie środków zabezpieczających w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego (w:) L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XVI, Wrocław 2004, s. 72–73; L. Paprzycki, *Udział biegłego psychologa w polskim procesie karnym*, „Palestra” 1998, nr 11–12, s. 65–67.

⁴⁹ L. Paprzycki, *Problematyka psychiatryczna w nowej kodyfikacji karnej*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 11, s. 129.

W SPRAWIE PRAWA GÓRSKIEGO Głos w dyskusji

Od wielu lat, z reguły u progu sezonu narciarskiego, gdy pojawiają się konflikty związane z uruchamianiem wyciągów narciarskich pojawiają się postulaty uchwalenia prawa górskiego, ba, słyży się nawet o gotowych projektach¹. Wypowiedzi w tej sprawie publikowane były na łamach prasy codziennej. Polska, w odróżnieniu od niektórych krajów alpejskich, nie doczekała się dotąd takiej regulacji. W niniejszym artykule pomijamy wiele istotnych kwestii, które powinno uregulować przyszłe prawo górskie. W szczególności nie odnosimy się do zagadnień definicji obszaru górskiego, planowania przestrzennego na obszarach górskich, ochrony środowiska i wspomagania rozwoju regionalnego obszarów górskich.

Nie ulega wątpliwości, że jednym z *ratio legis* dla przyszłej ustawy jest rozwiązanie kwestii przymusowego wyegzekwowania od właściciela gruntu, stanowiącego fragment stoku narciarskiego, odpłatnego udostępnienia tego stoku w okresie sezonu narciarskiego na cele eksploatacji sportowo-turystycznej. Nie ulega też wątpliwości, że rozwiązanie takie, stanowiące niewątpliwie ingerencję w prawo własności, może mieć wyłącznie charakter subsydiarny. Nie może ono zastępować dobrowolnego udostępniania gruntu przez właściciela na podstawie umowy najmu czy dzierżawy. Z pewnością rozwiązanie to musi poprzedzać obligatoryjne przeprowadzenie negocjacji w celu zawarcia stosownej umowy. Jest ono jednak konieczne, gdyż oczywiste jest, że postawa „nie, bo nie” lub stawianie nierealnych żądań finansowych przez właściciela może się niekiedy pojawiać i, jak wskazuje praktyka, pojawia się każdego roku. Zachowania takie stanowią nadużycie prawa własności i przynoszą szkodę nie tylko narciarzom (tu można mówić jedynie o szkodzie w potocznym znaczeniu), jak i przedsiębiorcy – organizatorowi stoku, wreszcie – większości pozostałych właścicieli gruntów na stoku, którzy dobrowolnie oddają swoje grunty do eksploatacji narciarskiej i na skutek negatywnego nastą-

¹ W pierwszej połowie lat 90. powstał projekt przygotowany przez Związek Podhalań a „pilotowany” w Sejmie przez p. Andrzeja Gąsiennicę Makowskiego. Nie zyskał on jednak dostatecznego poparcia i nie stanął nigdy w porządku obrad. Projekty przygotowywane w ostatnich latach przez różne organizacje, m.in. przez LPR, Polskie Koleje Linowe oraz środowisko związane z Niezależnym Testem Narciarskim, o ile nam wiadomo, nigdy nie osiągnęły nawet statusu druku sejmowego.

wienia któregoś z sąsiadów nie osiągają należnych im korzyści w postaci czynszu. Chodzi więc o swoisty „wentyl bezpieczeństwa”.

Wątpliwości może natomiast wzbudzać sam sposób, w jaki ma nastąpić ingerencja we własność właściciela gruntu. Podstawowym dylematem, jaki należy rozwiązać, jest, czy należy korzystać tu z instytucji prawa cywilnego, w szczególności z instytucji służebności, czy też obciążenie ma mieć charakter administracyjnoprawny (wywłaszczenie). Z zagadnieniem tym wiąże się ściśle kolejne: czy obciążenie gruntu winno nastąpić w trybie sądowym, czy też administracyjnym.

Korzystanie z instytucji służebności z pewnością wymagałoby wprowadzenia do prawa polskiego nowej, szczególnej służebności, nieznananej obecnie kodeksowi cywilnemu. Przypomnijmy. Służebności dzielimy na gruntowe i osobiste. Gdy chodzi o te pierwsze, zgodnie z art. 285 § 1 k.c. nieruchomość można obciążyć na rzecz właściciela innej nieruchomości prawem, którego treść polega bądź na tym, że właściciel nieruchomości władnącej może korzystać w oznaczonym zakresie z nieruchomości obciążonej, a właściciel tej ostatniej nie może dokonywać określonych działań i określonych uprawnień przysługujących mu jako właścicielowi. Służebność może jedynie zwiększać użyteczność nieruchomości władnącej.

W omawianym przypadku nie mogłoby następować żadne obciążenie nieruchomości obciążonej na rzecz właściciela nieruchomości władnącej, gdyż mielibyśmy do czynienia wyłącznie z nieruchomościami obciążonymi. Nie byłoby natomiast nieruchomości władnącej. Ponadto, ustanowienie służebności powinno zwiększać wartość nieruchomości władnącej. W tym przypadku służebność sama w sobie nie zwiększy użyteczności innej, np. sąsiedniej nieruchomości. Dopiero powodzenie całego przedsięwzięcia (uruchomienie narciarskiej eksploatacji) zwiększy użyteczność całości. O nieprzydatności konstrukcji służebności gruntowej do rozwiązania interesującego nas zagadnienia stanowi jednak także tradycyjna funkcja służebności, sprowadzająca się do tego, że bez jej ustanowienia nieruchomość władająca nie może być wykorzystywana zgodnie z jej celem społeczno-gospodarczym. Np. działka zabudowana domem mieszkalnym nie może być wykorzystywana prawidłowo bez dostępu do drogi publicznej. Tymczasem w przypadku narciarskiej eksploatacji stoku chodzi o coś innego: o czerpanie przez organizatora stoku i właścicieli gruntów wspólnych korzyści ze sportowej i rekreacyjnej eksploatacji stoku. Grunt, z którym nie wiąże się taka służebność, nie staje się *per se* niemożliwy do prawidłowego wykorzystania, np. jako pastwisko.

Trudno również stosować w interesującym nas przypadku konstrukcję służebności osobistej (art. 296 k.c.), już choćby dlatego, że treść i konstrukcja prawna takiej służebności jest oparta na służebności gruntowej.

Istotnym problemem praktycznym, jaki wiązałby się z oparciem rozwiązania problemu o konstrukcję służebności, byłby tryb jej przymusowego ustanowienia. Jak dotąd, służebności ustanawia się w postępowaniu cywilnym. Oznacza to, że ustanowienie służebności mogłoby wiązać się z wieloletnim procesem sądowym lub nawet wieloma takimi procesami. Aż do prawomocnego rozstrzygnięcia stok byłby wyłączony ze sportowej eksploatacji. Czy organizator stoku byłby dostatecz-

nie zdeterminowany do prowadzenia działalności, której rozpoczęcie może się odwlec nie wiadomo na jak długo? Oczywiście do rozważenia byłby pomysł wprowadzania nowej służebności w trybie administracyjnym.

Jak widać, skorzystanie z konstrukcji służebności wymagałoby zmiany samej definicji służebności, a także jej konstrukcji, które przecież są utrwalone od wielu wieków. Cel, jaki miałyby być osiągnięty, odbiega wyraźnie od tradycyjnego celu służebności. Można by rozważyć co najwyżej wprowadzenie nowej, szczególnej instytucji prawa rzeczowego, która wykorzystywałaby pewne elementy konstrukcji służebności. Obciążenie gruntu taką *quasi*-służebnością musiałoby następować na rzecz organizatora stoku. W grę wchodziłaby raczej *quasi*-służebność osobista.

Druga możliwość polega na skorzystaniu z instytucji wywłaszczenia. Jak wiadomo, wywłaszczenie polegać może nie tylko na pozbawieniu właściciela prawa własności, ale także na ograniczeniu go w tym prawie. Podstawowym problemem, jaki pojawia się przy rozważaniu posłużenia się wywłaszczeniem, jest kwestia celu wywłaszczenia. Obecnie, zgodnie z ustawą o gospodarce nieruchomościami, może ono bowiem nastąpić jedynie w celu publicznym. Jeżeli spojrzeć na problem przez pryzmat interesów organizatora stoku, mamy do czynienia niewątpliwie z jego indywidualnym celem zarobkowym, gdyż jego działalność jest z całą pewnością działalnością gospodarczą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Jest to więc interes *stricte* prywatnoprawny. Jeśli spojrzeć na to z punktu widzenia społeczności lokalnej, niewątpliwie korzyści wynikające z narciarskiej eksploatacji stoku odczuje korzystnie wielu członków społeczności lokalnej: właściciele hoteli, kwatery, parkingów, sklepów, restauracji, wypożyczalni nart etc. Także sami właściciele gruntów położonych na stoku. Przede wszystkim jednak na omawiany problem należy spojrzeć z uwzględnieniem interesów osób uprawiających narciarstwo, a tych jest w naszym kraju podobno już ok. 3 mln. Wywłaszczenie umożliwi im w szerszym niż dotąd wymiarze realizację ich prawa do wypoczynku. Biorąc to wszystko pod uwagę, należy rozważyć, czy wywłaszczenie nieruchomości polegające na nakazaniu właścicielowi gruntu znoszenia przez kilka miesięcy w roku narciarskiej eksploatacji stoku następuje w interesie publicznym. Wobec mogących pojawić się wątpliwości organ administracji lub sąd administracyjny, inaczej pojmując ów interes, zakwestionowałyby zasadność wywłaszczenia. Dlatego, uznając, że wywłaszczenie stanowi właściwy sposób umożliwienia narciarskiej eksploatacji stoku, należałoby w ustawie – Prawo górskie wprowadzić przepis zawierający szczególną przesłankę wywłaszczenia w celu umożliwienia takiej eksploatacji.

Istotną zaletą wywłaszczenia jest także tryb, w jakim się ono dokonuje. Tryb ten ma charakter administracyjny. Ustawa wymaga każdorazowo przeprowadzenia rozprawy administracyjnej, co ma istotne znaczenie dla ochrony interesów wywłaszczanego. Tryb ten jest jednak znacznie szybszy od sądowego. W tym ostatnim przypadku proces może przecież trwać latami w jednej instancji. Sądowa kontrola decyzji wywłaszczeniowej nie niweczy możliwości eksploatacji spornego fragmentu stoku na podstawie wykonanej decyzji administracyjnej, jako że wykonywanie tej decyzji nie wywiera skutków nieodwracalnych.

Wywłaszczenie następowaloby na rzecz gminy. Ta z kolei zawierałaby odpowiednią umowę z organizatorem stoku. Umowa ta m.in. określałaby wysokość opłaty ponoszonej przez niego za korzystanie z cudzej własności. Środki te gmina przeznaczałaby na odszkodowania dla właścicieli wywłaszczanych gruntów.

Z pozostałych kwestii, które winny się znaleźć w przyszłym „prawie górskim”, a które dzisiaj nie są uregulowane lub też są uregulowane w sposób niedostateczny, pragniemy się skoncentrować na odpowiedzialności odszkodowawczej za wypadki narciarskie.

Dla każdego, kto kiedykolwiek uprawiał narciarstwo alpejskie jest oczywiste, że sport ten, w każdej swojej odmianie, nawet uprawiane w najbardziej rekreacyjny sposób, stwarza zagrożenie dla zdrowia a w skrajnych przypadkach nawet niebezpiecznym dla życia. Co roku na polskich stokach mamy do czynienia z kilkoma wypadkami śmiertelnymi. Według danych GOPR w ubiegłym sezonie na polskich stokach miało miejsce ok. 5800 wypadków narciarskich (10 lat temu było ich w sezonie ok. 2400). Kontuzje w nich doznane wymagają często długotrwałego i kosztownego leczenia. Jeszcze bardziej skomplikowane są majątkowe następstwa śmierci na stoku. Mimo że należy przyjąć założenie, że osoba decydująca się na uprawianie narciarstwa powinna sobie zdawać sprawę z zagrożenia, jakiemu sama podlega, a także jakie stwarza dla innych narciarzy, nie sposób uznać, że każdy narciarz zakłada narty wyłącznie na własne ryzyko. Dodajmy, że w ostatnich latach mamy do czynienia z bogactwem form sportowej i rekreacyjnej eksploatacji stoków górskich. Obok narciarstwa tradycyjnego pojawił się snowboard, obserwujemy też eksplozję popularności narciarstwa carvingowego. Pojawiły się bądź odrodziły inne jeszcze sporty śnieżne, jak narty typu big foot, rakiety czy telemark. Każda z tych form oznacza odmienny sposób jazdy czy poruszania się i odmienną trasę zjazdu. Stok narciarski pokrywają zatem serpentyny bardzo różnych torów jazdy, wzajemnie się przecinających. By wskazać, jak duże jest ryzyko wypadku wystarczy nałożyć na siebie tor jazdy narciarza zjeżdżającego z dużą prędkością „na krechę” z torem jazdy typowym dla carvingu, o bardzo szerokim skręcie, od jednej krawędzi stoku do drugiej.

Należy odróżnić dwie sytuacje. W pierwszej, szkoda jest następstwem wyłącznej winy poszkodowanego lub jest następstwem nieszczęśliwego wypadku, za który nikt nie ponosi odpowiedzialności (np. szkoda wywołana upadkiem, do którego doszło wyłącznie na skutek nadmiernej prędkości, bez udziału osób trzecich i nie na skutek błędów w organizacji stoku). Wówczas nikt nie ponosi odpowiedzialności za szkodę. Jedynym sposobem jej naprawienia jest wcześniejsze ubezpieczenie się przez narciarza od następstw wypadku, a zwłaszcza od pokrycia kosztów leczenia. W drugiej sytuacji, w praktyce znacznie częstszej, mamy do czynienia z udziałem czynnika zewnętrznego. Szkoda zostaje wyrządzona przez innego narciarza (np. przez najechanie) lub osobę niebędącą narciarzem, a obecną na stoku (pieszy, obsługa, np. kierowca ratraka). Szkoda może być też następstwem niewłaściwej organizacji stoku (np. wypadek na skutek najechania na niezabezpieczoną przeszkodę na trasie czy wypadnięcie z trasy wobec niezabezpieczenia jej stromej

krawędzi). Należy mieć na uwadze, że w wielu przypadkach szkoda będzie wypadkową wielu czynników, np. brawury samego poszkodowanego jak i działania osoby trzeciej (np. zderzenie na skutek zbyt szybkiej jazdy w wąskim fragmencie stoku, ale i „zajechaniem drogi” przez równie nieostrożnego narciarza).

Niekiedy szkoda jest następstwem wadliwej organizacji stoku. Wówczas nie ulega wątpliwości, że odpowiedzialność za nią ponosi organizator stoku (art. 415 k.c.). Rozważać można również poszukiwanie podstaw odpowiedzialności organizatora stoku w art. 471 k.c. Należy bowiem uznać, że nabywając karnet narciarski, zawieramy umowę z organizatorem stoku, na podstawie której nabywamy prawo do korzystania z tras narciarskich, wyciągów, kolei etc. Organizator stoku wywiąże się należycie ze swojego zobowiązania wyłącznie wtedy, gdy zapewni bezpieczne korzystanie ze stoku. Można także upatrywać podstaw odpowiedzialności w art. 435 k.c. (np. awaria kolei linowej), lub 436 k.c. (np. potrącenie przez skuter śnieżny).

W naszym odczuciu najważniejszym problemem odpowiedzialności za szkody narciarskie jest wypadek, którego przyczyną lub współprzyczyną jest zachowanie innego narciarza. Zasady tego zachowania uregulowane są przez kodeks narciarski FIS oraz regulaminy korzystania z tras i wyciągów, zwyczajowo eksponowane w widocznych miejscach w okolicach kas. Niestety, reguły te są powszechnie lekceważone, a wielu narciarzy zasad tych po prostu nie zna. Rozwijanie nadmiernej prędkości, zwłaszcza przez początkujących narciarzy, czy nadużywanie alkoholu na stoku zdarzają się niestety często. Należy uświadomić sobie, że szkoda, jaką może wyrządzić nierozważny narciarz jest porównywalna ze szkodą komunikacyjną. Ponadto, sprawca wypadku, o ile sam nie doznał uszczerbku, często nie zatrzymuje się i oddala z miejsca zdarzenia. Jego odnalezienie czy ustalenie personaliów bywa niemożliwe dla ofiary wypadku. Wobec powyższego należy rozważyć wzmocnienie ochrony osoby, która doznała szkody na skutek takiego wypadku.

Możliwym sposobem wzmocnienia ochrony ofiary wypadku jest rozszerzenie odpowiedzialności odszkodowawczej, ponoszonej co do zasady przez sprawcę wypadku, na organizatora stoku. Pierwszy argument to ten, że organizator stoku prowadzi swoją działalność jako działalność gospodarczą, a więc czerpie zyski z tej działalności. Przede wszystkim jednak wydaje się, że odpowiedzialność organizatora stoku uzasadnia to, że wyłącznie on „organizuje stok”, a więc wyznacza trasy, zabezpiecza je i przygotowuje. Należy także uznać, że obciąża go także obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa obecnym na stoku narciarzom. Obowiązek ten rozciąga się nie tylko na odpowiednie oznakowanie i zabezpieczenie tras, ale także na ochronę przed innymi osobami, które stwarzają zagrożenie wypadku. Oznacza to eliminowanie ze stoku osób jeżdżących niebezpiecznie. Oznacza to zresztą „tylko” zapewnienie przestrzegania zasad FIS i regulaminu stoku, a więc nadanie i egzekwowanie sankcji tych ważnych norm. Inaczej będą one nadal powszechnie lekceważone. Wprowadzenie takich obowiązków *expressis verbis* wymaga wyraźnego przepisu ustawy. Organizator stoku przestanie być tym, od którego oczekuje się jedynie należytego przygotowania stoku do jazdy (wyznaczenia trasy, dośnieżania i „ratrakowania”).

Środowiska prawnicze, zwłaszcza adwokatura, nie powinny unikać dyskusji nad wprowadzeniem odpowiedzialności organizatora stoku za szkodę poniesioną przez narciarza a wyrządzoną przez inną osobę korzystającą ze stoku. Odpowiedzialność ta powinna być oparta na zasadzie winy (domniemanej), subsydiarna w stosunku do sprawcy szkody. Organizator może uwolnić się od odpowiedzialności nie tylko wówczas, gdy udowodni, że szkoda powstała wskutek siły wyższej, lub z wyłącznej winy poszkodowanego. Uwolni się także wykazując, że sprawuje należyte staranne nadzór nad sytuacją na stoku. Wydaje się więc, że jeżeli na stoku działa sprawny i obejmujący całość tras system monitoringu, a w razie potrzeby będzie interweniować ochrona stoku lub policja, organizator przeprowadzi dowód braku winy. Pod tym wszakże warunkiem, że sprawca szkody jeszcze przed jej wyrządzeniem nie zdradzał objawów, że jest osobą niebezpieczną, gdyż wówczas organizator powinien wcześniej „zdzjąć” go ze stoku. Można sobie bowiem wyobrazić, że system monitoringu działa sprawnie, ale organizator stoku z niego nie korzysta. Staranny monitoring stoku to regularne utrwalenie wydarzeń na stoku. Funkcją takiego systemu byłaby bowiem nie tylko eliminacja niebezpiecznie jeżdżących, a więc działania prewencyjne, ale także pomoc ofiarom wypadków w identyfikacji sprawcy. Ponieważ ma być to odpowiedzialność subsydiarna, jej przesłanką będzie niezidentyfikowanie sprawcy lub bezskuteczność egzekucji prowadzonej wobec tego ostatniego. Do rozważenia pozostaje także, czy z odpowiedzialności organizator stoku może zwolnić się, wskazując osobę sprawcy.

Wydaje się, że w praktyce, w zdecydowanej większości przypadków, poszkodowani będą adresować swoje roszczenia przeciwko organizatorowi stoku, choćby z tego powodu, że jest podmiotem identyfikowalnym i dysponującym majątkiem pozwalającym na zaspokojenie wierzyciela. Oczywiście, organizatorowi stoku służyć będzie regres do sprawcy wypadku. Organizator ma znacznie większe możliwości identyfikacji takiej osoby niż poszkodowany, o ile oczywiście podejmie odpowiednie działania, które to zapewnią.

Wskazane rozwiązanie ma także funkcję dyscyplinującą i prewencyjną. Można oczekiwać bowiem, że organizator stoku zacznie rzeczywiście interesować się tym, co dzieje się na trasach. Być może więc obok rzadkich jeszcze patroli policji na nartach zobaczymy także „ochronę stoku”.

Wydaje się, że przedstawione wyżej rozwiązanie wzmacnia pozycję ofiary wypadku, jednak uwzględnia także interes organizatora stoku. Ponieważ nie ponosiłby on odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, może poprzez wskazany **dowód braku winy w nadzorze** zwolnić się z odpowiedzialności. Przy należyтым wykonywaniu nadzoru skuteczne przeprowadzenie takiego dowodu wydaje się realne.

Wprowadzenie odpowiedzialności solidarnej organizatora stoku ze sprawcą wypadku wymaga nałożenia obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Zdarza się bowiem, że organizatorami nie są duże organizacje gospodarcze, ale mali przedsiębiorcy, często osoby fizyczne. Biorąc pod uwagę znaczny rozmiar szkody i odszkodowania (np. w związku z wypadkiem śmiertel-

nym), nie dysponując znacznym majątkiem, organizator nie ma często możliwości by zaspokoić roszczenia poszkodowanego. Ubezpieczenie chroniłoby zatem zarówno organizatora jak i użytkownika stoku.

Rozważyć można także alternatywne rozwiązanie. Byłoby nim wprowadzenie obowiązkowego, powszechnego ubezpieczenia OC dla użytkowników stoku. Składkę może zawierać cena karnetu. W ten sposób ubezpieczenie byłoby automatycznie wykupywane. Gwarantowałoby to jego powszechność. Rozwiązanie to nie nakładałoby na organizatora stoku odpowiedzialności za osoby trzecie. Wprowadzenie takiego ubezpieczenia byłoby dość skomplikowane, ale możliwe. Należałoby zwłaszcza rozważyć sposób ponoszenia składki w zależności od rodzaju karnetów (terminowe, punktowe) i zwolnień ze składki dla osób, które udają się w góry w innym celu niż uprawianie sportów śnieżnych. Większe obawy budzi skuteczność takiego rozwiązania. Po pierwsze, sam fakt ubezpieczenia OC nie chroni ofiary wypadku w sytuacji, gdy sprawca, nawet ubezpieczony, nie zostałby zidentyfikowany. Sam fakt posiadania ubezpieczenia nie spowoduje przecież automatycznie zmiany postawy wszystkich uprawiających narciarstwo czy snowboarding, w szczególności nie sprawi, że po spowodowaniu wypadku zatrzymają się i pozwolą ustalić swoje personalia. Po drugie, nie wszystkie osoby obecne na stoku – a więc potencjalni sprawcy szkód – muszą mieć wykupiony karnet. Dotyczy to np. turystów pieszych czy uprawiających ski-touring. W efekcie uznać należy, że rozwiązanie to jest wątpliwe a jego skutki finansowe porównywalne.

Trzeba wspomnieć, że obowiązkowe ubezpieczenie OC i to zarówno narciarzy jak i organizatora stoku nie są pomysłem nowym. Rozwiązania powyżej rozważane nie są więc aż tak „rewolucyjne” przynajmniej w tym zakresie².

Zdajemy sobie sprawę, że wprowadzenie zaprezentowanej odpowiedzialności organizatora stoku, a także wprowadzenie powszechnego ubezpieczenia OC dla narciarzy i innych użytkowników stoków, oznacza niewątpliwie podniesienie cen karnetów. Konsekwencje wzmocnienia pozycji prawnej ofiary wypadku obciążą zatem wszystkich narciarzy i snowboardzistów. Należy zatem rozważyć, w jaki sposób wzrost cen karnetów spowodowany wprowadzeniem rozważanych przez nas rozwiązań wpłynie na rozwój narciarstwa i innych sportów śnieżnych w Polsce, a w szczególności, czy nie ograniczy i tak niezbyt wielkiej woli dokonywania inwestycji i remontów infrastruktury narciarskiej w Polsce.

Niniejsza wypowiedź nie ma charakteru kategorycznego. Jej celem jest przede wszystkim ożywienie dyskusji w środowiskach prawniczych nad sprawą, co do której jesteśmy głęboko przekonani, że jest tego warta. Akurat obecnie, przy okazji prac ustawodawczych nad prawem górskim (które, mamy nadzieję, rzeczywiście się rozpoczną) należy także załatwić sprawę bezpieczeństwa na stoku i ochrony ofiar wypadków narciarskich.

² Por. przygotowywany przez Magazyn NTN projekt ustawy prawo górskie (RzP z 11 stycznia 2006 r.

POLEMIKA

Maciej Gutowski

KILKA UWAG, DLACZEGO OPCJA NIE JEST UMOWĄ WARUNKOWĄ

W „Palestrze” nr 7–8 z 2006 r. ukazał się artykuł M. J. Goleckiego, w którym autor szeroko omawia problematykę charakteru prawnego opcji, proponując kwalifikację opcji jako umowy warunkowej¹. Artykuł ten zawiera, obok dogłębnej analizy, wiele cennych uwag natury teoretycznej. Ponieważ jednak trudno mi się zgodzić z zasadniczym wnioskiem autora w przedmiocie charakterystyki prawnej, a także z kilkoma pomniejszymi tezami, zatem dostrzegam potrzebę napisania kilku słów polemiki.

Argumentów przeciwko kwalifikacji opcji jako umowy warunkowej jest kilka. Ich przedstawienie powinna jedna poprzedzać krótka prezentacja instytucji opcji, w zakresie niezbędnym do poddania jej kwalifikacji prawnej. Sama istota opcji polega na porozumieniu, na mocy którego jedna ze stron uzyskuje prawo do nabycia lub zbycia określonego przedmiotu w określonym terminie za określoną cenę lub do zawarcia innej umowy, przy czym zwykle za uzyskanie tego uprawnienia strona płaci premię opcyjną. Najistotniejszym elementem opcji jest upoważnienie (stosunek podległości kompetencji) – związane z przyznaniem opcjodawcy nieodwołalnego prawa kształtującego do zmiany – przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli o wykonaniu opcji – istniejącego stosunku opcji w inny umowny stosunek obligacyjny, wynikający z zawarcia określonej umowy (umowy głównej). Wspomniana premia to „cena” prawa opcji, tj. wspomnianego upoważnienia kreującego możliwość doprowadzenia do zawarcia umowy głównej przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli. Trzecim wreszcie elementem opcji jest obowiązek opcjodawcy zaniechania podejmowania wszelkich czynności, które mogłyby prowadzić do zniweczenia lub udaremnienia wykonania przyznanego opcjodawcy uprawnienia kształtującego oraz ewentualnego podjęcia działania niezbędnego

¹ M. J. Golecki, *Charakter prawny opcji w polskim prawie cywilnym. Uwagi na tle nowelizacji przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących ofertowego trybu zawierania umów*, „Palestra” 2006, nr 7–8, s. 9–20.

do umożliwienia wykonania prawa opcji. Jeżeli występuje w opcji wspomniany wcześniej element odpłatności, który wyraża się w obowiązku zapłaty przez opcjodawcę premii opcyjnej, to w tych wypadkach opcja jest stosunkiem prawnym wynikającym z umowy wzajemnej.

Reprezentowaną przez M. J. Goleckiego koncepcję kwalifikacji opcji jako umowy warunkowej, której skutki zależą od warunku zawieszającego, konstrukcyjnie należałoby opisać w sposób następujący. Strony zawierają umowę główną w momencie zawarcia umowy opcji, a tylko skuteczność tej umowy jest uzależniona od spełnienia się zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest złożenie przez opcjodawcę jednostronnego oświadczenia woli o wykonaniu opcji. Skutki prawne umowy powstawałyby zatem dopiero w razie ziszczenia się warunku, a do chwili wykonania opcji istniałby swoisty stan niepewności stron co do skuteczności umowy. Możliwość ziszczenia się warunku, tj. wykonania opcji, byłaby ograniczona w czasie terminem opcyjnym, a zatem istniałoby swoiste powiązanie warunku z terminem i w tych kategoriach należałoby dokonywać oceny prawnej omawianej instytucji. Z chwilą upływu terminu opcyjnego, w połączeniu z zaniechaniem wykonania opcji przez opcjodawcę, umowa stawałaby się trwale bezskuteczna. Złożenie natomiast w terminie opcyjnym jednostronnego oświadczenia woli o wykonaniu opcji byłoby równoznaczne ze ziszczeniem się warunku i nadawałoby umowie trwałą i nieodwracalną skuteczność. Wskazać można nadto, że choć koncepcja kwalifikacji opcji jako umowy warunkowej powstała wskutek inspiracji myślą dawniejszej literatury niemieckiej, której przedstawiciele przedstawiali opcję jako warunkową umowę sprzedaży², to jednak dominuje, szczególnie w nowszym piśmiennictwie niemieckim, stanowisko krytyczne wobec rozważanej koncepcji, zarzucające jej praktyczną nieprzydatność³, lub nawet prawną niedopuszczalność⁴.

Podstawowy argument przeciwko kwalifikacji opcji jako umowy warunkowej opiera się na tym, iż kontryfaktycznie zakłada ona istnienie jednego tylko stosunku prawnego, podczas gdy w rzeczywistości istnieją dwa odrębne stosunki. Wadliwym założeniem rozważanej koncepcji jest to, że już w chwili ustanowienia opcji dochodzić miałyby do zawarcia umowy głównej (bo umowa opcji byłaby już umową główną), a zróżnicowanie jej treści wynikałoby jedynie z odgraniczenia czasu uwarunkowania umowy oraz czasu po ziszczeniu lub nieziszczeniu się warunku. Wadliwość tego założenia dostrzeżono już zresztą w doktrynie. L. Stecki broniąc tezy, że opcja nie jest umową warunkową, odwołał się do faktu kreowania przez opcję „stanu potencjalnego”, który nie może żadną miarą być uznany za równoznaczny z

² Por. H. v. Einem, *Die Rechtsnatur der Option*, Berlin 1974, s. 82 i n.

³ W. Krüger, *Optionsrecht und Optionsverträge*, Göttingen 1928, s. 9.

⁴ D. Henrich, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag – Eine dogmatische-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluß*, Berlin 1965, s. 235.

zawarciem umowy sprzedaży rzeczy⁵. M. Romanowski zaakcentował ponadto odmiennność celu gospodarczego opcji i umowy sprzedaży, wskazując, że w stosunku opcji nie dochodzi do wymiany „dobro za pieniądze”, a nieziszczenie warunku w umowie warunkowej przesądza o niezrealizowaniu celu gospodarczego umowy. W przypadku umowy opcji natomiast cel gospodarczy zostaje zrealizowany niezależnie od tego, czy opcja została wykonana, czy też nie⁶. Koncepcja opcji jako umowy warunkowej, przyjmując, że strony już w momencie zawierania umowy opcji zawierają jednocześnie umowę główną, nietrafnie te dwie umowy utożsamia. Kwalifikacja taka za cenę wątpliwej przejrzystości prawnej odrywa się od rzeczywistej woli stron, która jest skierowana na kreowanie uprawnienia do zawarcia określonej umowy, a nie na jej definitywne (choć uwarunkowane) zawarcie.

Drugim argumentem przeciwko utożsamianiu opcji z umową warunkową zawartą pod warunkiem zawieszającym jest charakter premii opcyjnej. Chodzi tu o brak obowiązku zwrotu premii w razie niedojścia umowy sprzedaży do skutku, a także o trudności z wyróżnieniem ceny sprzedaży⁷. Wskazuje się w doktrynie, że: „Przeciw koncepcji umowy sprzedaży przemawia jednak przede wszystkim analiza treści kontraktu opcyjnego, nabywca bowiem płaci zbywcy wynagrodzenie za jego zobowiązanie się do ewentualnego zawarcia kontraktu. Wynagrodzenie to nie jest traktowane przez żadną ze stron jako cena bądź jej część”⁸. Wprawdzie próbuje się nakreślony wyżej problem rozwiązać przyjmując, iż „premia opcyjna stanowiłaby wynagrodzenie za «wpisanie» do treści umowy warunku zawieszającego (typowego warunku potestatywnego)”⁹, to jednak takie ujęcie nie tylko razi sztucznością, lecz również podważa samą kwalifikację, której teoretycznie miałoby za zadanie bronić. Jeśliby bowiem premia była „wynagrodzeniem za uwarunkowanie umowy”, to umowa traciłaby charakter umowy warunkowej, gdyż część skutków prawnych umowy istniałaby jeszcze przed terminem ziszczenia się lub nieziszczenia warunku, a nadto ta sama część skutków prawnych pozostawałaby w mocy pomimo ewentualnego nieziszczenia się warunku zawieszającego, co jest nie do pogodzenia z unormowaniem instytucji warunku. Innymi słowy, w zakresie premii opcyjnej umowa nie byłaby umową warunkową, a konstrukcja umowy uwarunkowanej częściowo, z uwagi na niejednorodny charakter prawny, jest mało pomocna w praktyce i sztuczna.

Trzeci, najpoważniejszy argument odnosi się do najobszerniej uzasadnionej myśli M. J. Goleckiego, uznającej złożenie przez opcjobjorcę oświadczenia woli

⁵ L. Stecki, *Leasing*, Toruń 1999, s. 136.

⁶ Por. M. Romanowski, *Charakter prawny kontraktu opcyjnego*, PPH 1999, nr 5, s. 31; podobnie: G. Wiaderek, *Umowa opcyjna – konstrukcja prawna*, Głosa 1999, nr 3, s. 12.

⁷ Por. M. Romanowski, *iw.*, s. 31; podobnie: G. Wiaderek, *iw.*, s. 12.

⁸ A. Chłopecki, *Opcje i transakcje terminowe w prawie polskim*, Głosa 1996, nr 6, s. 2.

⁹ L. Sobolewski, *Umowy opcji zbycia lub nabycia instrumentów finansowych*, PUG 1998, nr 1, s. 7.

o wykonaniu prawa opcji za potestatywny warunek zawieszający¹⁰. Autor polemizuje z zawartą w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z 5 marca 1999 r. wykładnią terminu „warunek”¹¹, choć niestety polemika ta rozpoczyna się od zakwestionowania niesłusznie przypisanego SN poglądu. M. J. Golecki przypisuje SN „stanowisko, zgodnie z którym warunek potestatywny nie ma w rzeczywistości w ogóle charakteru warunku w rozumieniu art. 89 k.c.”¹². W istocie SN takiej myśli nie wyraził. W omawianym postanowieniu SN wskazał wprost: *„Przez warunek rozumie się zawarte w treści czynności prawnej zastrzeżenie, które uzależnia powstanie lub ustanie skutku prawnego od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Jeżeli ziszczenie się zdarzenia przyszłego zależy od woli stron, mówi się o warunku potestatywnym. Taki warunek jest w ogóle dopuszczalny, np. gdy od decyzji jednej lub obu stron zależy ziszczenie się warunku (zawarcie związku małżeńskiego, wybór zawodu, itp.). Należy wszakże warunek potestatywny odróżnić od zastrzeżenia, które uzależnia skutek czynności prawnej od tego, czy strona skorzysta z uprawnienia lub zechce zobowiązanie wykonać”*. W analizowanym przypadku Sąd Najwyższy doszedł do przekonania, że skutek w postaci ustania wiążącego stosunku umownego uzależniony jest wyłącznie od woli stron w przedmiocie skorzystania z umownie kreowanego uprawnienia, a oznacza to, że owo zastrzeżenie jest elementem składowym treści umowy (w tym przypadku najmu), a nie warunkiem. Posługując się terminologią M. J. Goleckiego, w istocie SN dokonał rozróżnienia pomiędzy dwoma rodzajami „warunków” potestatywnych (według wspomnianej terminologii: „*sensu stricto*” i „*si voluero*”), tyle że tym ostatnim słusznie odmówił kwalifikacji jako warunkom w rozumieniu art. 89 k.c. Zakwestionowanie tego poglądu SN M. J. Golecki opiera na analizie instytucji „warunku *si voluero*” pod kątem jego ważności w świetle przepisów k.c.

M. J. Golecki w omawianej części obszernych wywodów polemizuje z poglądem SN określającym warunek jako zdarzenie zewnętrzne, przyszłe i niepewne, stojąc na stanowisku, że art. 89 k.c. nie rozróżnia zewnętrznego czy wewnętrznego charakteru warunku¹³. Dalej, w oparciu o pogląd Woltera, uznający za zbyt radykalne twierdzenie o nieważności zobowiązania zależnego wyłącznie od woli dłużnika, M. J. Golecki uznaje, że zastrzeżenie warunku potestatywnego *si voluero* nie powoduje nieważności zobowiązania. W ocenie tegoż autora powiązanie warunku potestatywnego *si voluero* z terminem powoduje, iż taki warunek nie jest sprzeczny z naturą stosunku prawnego w rozumieniu art. 353¹ k.c., a zatem ważny. Podkreślić w tym miejscu warto, że choć przekonuje wiele ogólnych wniosków autora dotyczących problematyki ważności zastrzeżeń poszczególnych rodzajów

¹⁰ Por. M. J. Golecki, *iw.*, s. 14–20.

¹¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 5 marca 1999 r., I CKN 1069/98, OSNC 1999, z. 9, poz. 160.

¹² M. J. Golecki, *iw.*, s. 13.

¹³ Tamże, s. 16.

warunków, to trudno zgodzić się na ich wykorzystanie w odniesieniu do charakterystyki prawnej opcji. Ta argumentacja nie jest bowiem właściwie skonstruowana, gdyż analizowany problem dotyczy problematyki kwalifikacji prawnej, nie zaś nieważności. Nie chodzi tu o dopuszczalność umownego kreowania prawa opcji, lecz o jego kwalifikację prawną, a problematykę ważności od problematyki kwalifikacji należy starannie oddzielić. Stosunku opcji nie można uznać za stosunek prawny wynikający z zawarcia umowy warunkowej nie dlatego, że ważność prawa opcji jest kwestionowana, lecz dlatego, że złożenie przez opcjodawcę oświadczenia woli o wykonaniu opcji nie jest warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c. Wniosek ten jest niezależny od problemu ważności czy nieważności warunków potestatywnych w ogólności.

Przede wszystkim dostrzec należy, że na podstawie samej umowy opcji opcjodawca uzyskuje kompetencję do powołania do życia umownego, wiążącego obie strony umowy stosunku prawnego, przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli o wykonaniu opcji. Opcjodawca zaś związany jest w tym sensie, iż nie może spowodować w drodze zastosowania środków prawnych, aby opcjodawca powstrzymał się od tego działania. Opcja jest zatem czynnością upoważniającą, czyli czynnością prowadzącą do powstania stosunku prawnego, w którym „sytuację prawną podmiotu upoważniającego A i podmiotu upoważnionego B można objaśnić za pomocą dwóch korelatywnych pojęć: „kompetencja” – „związanie”. Osobie B przysługuje „kompetencja” do określonego działania we własnym lub cudzym A imieniu i interesie, a jej korelatem po stronie osoby A jest stan „związania”: osoba A nie może spowodować w drodze zastosowania środków prawnych, aby osoba B powstrzymała się od działania należącego do jej kompetencji¹⁴. Choć wskazano w doktrynie, że przy upoważnieniu nie należy posługiwać się pojęciem stosunku prawnego¹⁵, to jednak pogląd ten jest tylko o tyle trafny, że czynność upoważniająca nie kreuje obligacyjnego stosunku prawnego. Kreuje ona jednak stosunek podległości kompetencji (co do istnienia kompetencji jako skutku czynności upoważniającej nie ma w doktrynie wątpliwości¹⁶). W teorii prawa przyjmuje się zaś, że stosunek podległości kompetencji jest stosunkiem prawnym¹⁷. Polega on na tym, że jeden z podmiotów uzyskuje kompetencję do dokonywania czynności konwencjonalnej, która aktualizuje dla innego podmiotu czy podmiotów obowiązki określonych zachowań¹⁸. W najprostszej postaci opcji przynajmniej istnieje po stronie oblata upoważnienie, oparte na konstrukcji prostej normy kompetencyjnej.

¹⁴ Por. B. Gawlik, *Umowa know-how. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 1974, s. 96, 97; por. również: tenże (w.): *System prawa cywilnego, część ogólna, tom I*, Wrocław 1985, s. 748; S. Rzonca, *Instytucja zarządu w prawie cywilnym a zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, Studia Cywilistyczne, T. XXXI, Warszawa 1981, s. 119 i n.; A. Szpunar, *Udzielenie pełnomocnictwa*, PS 1993/9, s. 20 i 24.

¹⁵ A. Szpunar, *Przekaz według kodeksu zobowiązań*, Kraków 1937, s. 91; S. Rzonca, *iw.*, s. 121.

¹⁶ Por. B. Gawlik, *Umowa know-how...*, *iw.*, s. 96, 97; S. Rzonca, *iw.*, s. 121.

¹⁷ Por. S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 56.

¹⁸ S. Wronkowska (w.): *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 117.

Opcjodawca jest umocowany do dokonania czynności, która aktualizuje dla innego podmiotu (opcjodawcy) lub podmiotów (opcjodawcy i opcjodawcy) wynikające z umowy głównej obowiązki określonych zachowań¹⁹. W tym przypadku upoważnienie (stosunek podległości kompetencji) polega na kreowaniu, na podstawie samej umowy opcji, dla opcjodawcy nieodwołalnego prawa kształtującego. Upoważnienie owo istnieje na mocy samej umowy, jako wyrażony w treści czynności prawnej element stosunku prawnego przez tę czynność kreowany (art. 56 k.c.). Jak trafnie wskazuje Z. Radwański, warunkami nie są postanowienia czynności prawnej, które nie uzależniają jej skuteczności od zdarzenia przyszłego i niepewnego, lecz z tymi faktami wiążą inne określone bliżej następstwa prawne. Autor ten wskazał również, iż w niektórych przypadkach postanowienia takie mogą być nawet uznane za *essentiale negotii*²⁰. Oczywiście w przypadku opcji nie można w ogóle mówić o elementach przedmiotowo istotnych, a jedynie o podmiotowo istotnych elementach charakterystycznych, albowiem stosunek ten nie należy do nazwanych stosunków zobowiązaniowych. Niemniej ustanowienie w drodze czynności prawnej uprawnienia kształtującego na rzecz opcjodawcy winno być postrzegane jako element charakterystyczny tego stosunku, nie zaś jako warunek potestatywny. Traktowanie wykonania opcji jako zdarzenia, które warunkuje skuteczność czynności prawnej (tj. umowy sprzedaży, najmu, licencji etc.), kontrfaktycznie przypisywałoby stronom stosunku opcji wolę zawarcia tej czynności prawnej już w momencie kreowania stosunku opcji. Tak przecież nie jest. Zobowiązanie opcjodawcy wynikające z umowy głównej powstaje dopiero z momentem, w którym zechce on ze swojego uprawnienia skorzystać. Jest on niezwiązany, ale jedynie uprawniony, i to niezależnie od tego, jakiej umowy opcja dotyczy. Nie można twierdzić, iż zobowiązania z umowy głównej powstają w chwili kreowania stosunku opcji, nawet w postaci potencjalnej czy uwarunkowanej. Do chwili wykonania opcji bowiem obowiązki wynikające z umowy głównej nie istnieją, a w razie upływu terminu opcyjnego nie powstaną w ogóle. Celem bowiem stosunku opcji jest właśnie przyznanie opcjodawcy prawa kształtującego do powołania do życia określonego stosunku prawnego (prawa opcji), a nie zawarcie tegoż stosunku.

Przedstawione wyżej argumenty jednoznacznie przemawiają za koniecznością odrzucenia koncepcji kwalifikacji stosunku opcji jako stosunku prawnego wynikającego z zawarcia umowy warunkowej. Koncepcja ta okazuje się być nie tylko nieprzydatna w praktyce, ale również prawnie niedopuszczalna. Po pierwsze ignoruje ona rzeczywisty cel umowy opcji, jakim jest kreowanie prawa opcji, a nie zawarcie umowy głównej. Po wtóre, kontrfaktycznie zakłada ona istnienie jednego tylko stosunku prawnego, podczas gdy w rzeczywistości istnieją dwa odrębne stosunki. Po trzecie, niepotrzebnie komplikuje ona kwalifikację premii opcyjnej. Po czwarte wreszcie, „rozdyma” ona pojęcie warunku do olbrzymich rozmiarów,

¹⁹ Por. S. Wronkowska, *Analiza...*, jw., s. 56.

²⁰ Por. Z. Radwański, *System...*, jw., s. 538.

trudnych do umieszczenia w ramach art. 89 k.c., uznając, że „zdarzeniem” może być skorzystanie z uprawnienia kreowanego samą czynnością prawną (która ma być uwarunkowana). Tak szerokie ujęcie warunku powodowałoby, że w zasadzie każda sytuacja, w której strona posiada uprawnienie, z którego może skorzystać w ramach stosunku obligacyjnego, byłaby kwalifikowana jako warunek w rozumieniu art. 89 k.c., a to nie wydaje się w polskim prawie możliwe.

Kwestia szczegółowego omówienia charakteru prawnego opcji przekraczałaby ramy artykułu polemicznego, a została ona przeze mnie szczegółowo omówiona w innym miejscu²¹. W podsumowaniu rozważań wskazać jednak wypada, że nieuchronny dziś wydaje się wniosek, iż stosunek opcji jest nienazwanym stosunkiem obligacyjnym, kreowanym w oparciu o zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c.). Kwalifikacja jednostkowej umowy opcji powinna być dokonywana wedle wskazanych w teorii prawa cywilnego zasad, odnoszących się do kontraktów nienazwanych. Do stosunku opcji stosować należy przede wszystkim przepisy o czynnościach prawnych (z I księgi k.c.), przy czym nie wydają się uzasadnione obawy M. J. Goleckiego dotyczące zlikwidowania analogii pomiędzy sytuacją prawną opcjodawcy a oblata, w następstwie nowelizacji kodeksu cywilnego w zakresie unormowania instytucji oferty²², która – w ocenie autora – prowadzi do utraty atrakcyjności propozycji stosowania do opcji przepisów o ofercie. Z samej istoty opcji wynika bowiem, że analogia mogłaby dotyczyć wyłącznie oferty nieodwołalnej, więc tylko te przepisy mogłyby być stosowane, i to z uwzględnieniem odrębności wynikających m.in. z odmienności celu gospodarczego opcji i oferty oraz tego, że opcja – w odróżnieniu od oferty – zawsze powstaje w drodze umowy. Przepisy o wiążącej ofercie i jej przyjęciu (art. 66–70 k.c.) mogą być stosowane jedynie odpowiednio, tj. np. z wyłączeniem tzw. „modyfikującego przyjęcia oferty” (art. 68¹ k.c.). Ponadto do opcji znajdują zastosowanie ogólne przepisy o zobowiązaniach umownych (art. 384–396 k.c.), w tym rozwiązania wykształcone na gruncie umowy przedwstępnej w zakresie jej minimalnej treści. Do opcji znajdują zastosowanie również przepisy o wykonaniu i skutkach niewykonania zobowiązań (art. 450–486 k.c.), a w przypadku gdy możliwe jest wyróżnienie świadczenia wzajemnego opcjodawcy – również przepisy o zobowiązaniach wynikających z umów wzajemnych (487–497 k.c.). W razie zbycia przez opcjodawcę rzeczy oznaczonej co do tożsamości będącej przedmiotem opcji kupna – możliwe jest analogiczne stosowanie do opcji przepisu art. 59 k.c., jako podstawy wystąpienia przez opcjodawcę z roszczeniem o uznanie zawartej przez opcjodawcę z osobą trzecią umowy za bezskuteczną w stosunku do niego. Natomiast naruszenie wynikających z umowy opcji obowiązków prowadzi do powstania odpowiedzialności kontraktowej, opartej na zasadach ogólnych (art. 471 k.c. i n.), a gdy opcjodawca już złoży

²¹ Por. M. Gutowski, *Umowa opcji*, Kraków 2003.

²² Ustawa z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408).

oświadczenie o wykonaniu opcji i umowa główna zostanie zawarta, odpowiedzialność kształtować się będzie na zasadach właściwych dla wiążącego strony stosunku umownego, wynikającego z umowy głównej²³.

Przedstawiony wyżej reżim prawny najlepiej przystaje do istoty opcji, a jednocześnie zapewnia wystarczającą ochronę normatywną dla zapewnienia realizacji praw i obowiązków stron stosunku opcji. Pozwala ona nadto uniknąć poważnych wątpliwości prawnych, które są nie do uniknięcia na gruncie kwalifikacji opcji jako umowy warunkowej.

²³ Bliżej na ten temat: M. Gutowski, *iw.*, s. 100–222.

PUNKTY WIDZENIA

Andrzej Malicki

ADWOKATURA TEŻ POD OCHRONĄ

Każdy człowiek wykonujący zawód zaufania publicznego chce się cieszyć wysokim prestiżem¹, zaufaniem społecznym. Do takich zawodów zawsze należał zawód prawnika, zwłaszcza adwokata i sędziego, a także lekarza, nauczyciela, wykładowcy uniwersytetu.

Dokonyjące się po 1989 r. przeobrażenia, szczególnie w ostatnich latach, podają w wątpliwość zasługi wielu grup zawodowych, w tym najogólniej rzecz biorąc – inteligencji. Pociągnęło to za sobą upadek wielu autorytetów. Było to następstwem nie tylko rzeczowej oceny grup społecznych, lecz jak się okazuje, wynika także z potrzeby kreowania nowych postaci. A najprościej osiągnąć to można metodą deptania dorobku poprzedników.

Zgodnie z art. 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483; sprost. Dz.U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319) każdy ma prawo do ochrony dobrego imienia. Takie prawo przysługuje też adwokatom, tak jak każdemu. Prawo to wynika również z ich udziału w życiu publicznym i znajduje swój wyraz źródłowy w art. 17 Konstytucji, a także w przepisach prawa o adwokaturze oraz ustawach ustrojowych dotyczących sądownictwa. Adwokaci w swej większości w historii Polski z pewnością na taki prestiż zasłużyli, co nie może oczywiście uwalniać naszego środowiska od rzeczowej krytyki naszej pracy przez klientów, środowiska nauki, organów wymiaru sprawiedliwości, prasy.

Krytyka taka wynika z prawa wolności słowa jako zasady fundamentalnej. Nie powinno się jednak utracić niezbędnego umiaru w realizacji prawa do krytyki. Ostatnio Trybunał Konstytucyjny zajmuje się problemem ochrony dobrego imienia jako uzasadnienia uznania znieśławienia za przestępstwo i karania za zarzuty dziennikarskie, nawet za te, wówczas, gdy są prawdziwe. W tej kwestii toczy się dyskusja, w ramach której wielu prawników twierdzi, że przepisy artykułów 212, 213 k.k. są niekonstytu-

¹ W tej mierze szerzej: A. Podgórecki, *Prestiż prawa*, Wyd. Książka i Wiedza, Warszawa 1966, *passim*, a szczególnie strony 134–138.

cyjne. Z drugiej strony inni prawnicy, pozostając w opozycji do tego poglądu, uważają, że cześć, honor to też dobra chronione i bezcenne (Janusz Kochanowski, Rzecznik Praw Obywatelskich, Jacek Sobczak – sędzia Sądu Najwyższego)².

Pewne podobieństwo do postaw dziennikarzy zachodzi także w zachowaniach niektórych, na szczęście nielicznych sędziów, polemizujących z obrońcami i pełnomocnikami. W pewnych wyjątkowych sytuacjach można odnieść wrażenie, że w przypadku konfliktów na salach sądowych pomiędzy sędziami i adwokatami mamy do czynienia z niepokornymi uczniami, którymi są adwokaci, i władczymi nauczycielami, czasami nieprzebiegającymi w słowach, którymi okazują się być sędziowie. Z pewnością zasłon wybaczenia, miłosierdzia, a wcześniej krytyki wymaga nierzetelność adwokacka wyrażająca się w lekceważeniu obowiązków zawodowych. Często nasze wnioski, jako obrońców i pełnomocników, są niesłuszne, bezpodstawne i mogą spotykać się z krytycznymi uwagami ze strony Sądu, ale powinny być to uwagi rzeczowe, zaś stanowisko Sądu winno się wyrażać przede wszystkim w rozstrzygnięciu kwestii, a nie prowadzeniu polemik ubocznych z prawnikami zawodowo uczestniczącymi w postępowaniu. W okresie II Rzeczypospolitej, kiedy sędzia kończył pracę i przechodził w stan spoczynku, to bardzo często odbywały się spotkania towarzyskie, a w przypadku jego godziwej i dobrej pracy, środowisko prawnicze, a więc sędziowie, adwokaci, prokuratorzy, urzędnicy, profesorowie dziękowali mu za prawość, sumienność, uczciwość oraz wzgląd na człowieka w osądzaniu spraw.

Dzisiaj żyjemy w czasach izolacji i atomizacji środowiska prawniczego oraz niepotrzebnej walki prawników zajmujących różne stanowiska i pozycje społeczne. I tak, adwokaci zazdroszą sędziom stałej pensji, wygody pracy, pozycji władczej, nie widząc często tomów akt, obowiązku sporządzania uzasadnień, prowadzenia narad i debat, konieczności stałego podnoszenia kwalifikacji. Sędziowie często uważają, że adwokaci mają lekką pracę, za dużo zarabiają i ich życie zawodowe jest wygodne, choć wbrew tym stereotypowym osądom niewielu jednak sędziów z własnej woli przechodzi do naszej grupy zawodowej. Kiedy nawet wszechstronnie prawniczo przygotowany adwokat zechciałby przejść do Sądu, to z reguły spotka się z niechęcią środowiska sędziowskiego. Powstaną w tej mierze zarzuty, że adwokat przechodzi do sądownictwa nie dla spełnienia się zawodowego – a jedynie dla emerytury i wygodnej posady. Z przykrością należy jednak odnotować, że poza polem rozważań pozostaje kwestia najważniejsza – czy w takim przypadku sądownictwo nie zyskałoby dobrego sędziego w osobie byłego adwokata.

Przegrywamy często sprawy w sądzie, bo wszystkich się wygrać nie da, i jest to naturalne. Trudno jednak pogodzić się z przegraniem szansy uzyskania godności sędziego z uzasadnieniem, że sądownictwo ma własnych wychowanków, absolwentów aplikacji sądowej, którzy z pewnością są lepsi niż adwokat po aplikacji są-

² M. Domagalski, *Media. Ochrona godności nie może ograniczać swobody wypowiedzi – czy należy karać za zniesławienie*, „Rzeczpospolita”, *Prawo co dnia* z 20 października 2006 r.

dowej i adwokackiej, często pracy dydaktycznej, z 30-letnim stażem. Takie poglądy same w sobie bronić się nie mogą, o ile neguje się wartość prawnika z wieloletnim doświadczeniem zawodowym i umniejsza się jego szanse w stosunku do świeżo upieczonych absolwentów aplikacji sędziowskiej.

Nasza szara codzienność społeczno-polityczna charakteryzuje się też „poklaskiem” prasy i niektórych polityków dla takich sędziów, którzy pokrzykują na adwokatów na sali, odmawiają im prawa zabrania głosu, nie chcą ich słuchać, lekceważą prawa stron. Na szczęście dzieje się tak bardzo rzadko. Sędziowie strofujący ponad rzeczową potrzebę adwokatów, używający określeń naruszających ich cześć, zapominają chyba o obowiązującym w końcu art. 7 ust. 1 prawa o adwokaturze, zgodnie z którym adwokat podczas i w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych korzysta z ochrony prawnej podobnie jak sędzia i prokurator. My, adwokaci, uczymy aplikantów, a nasi mistrzowie uczyli nas, że adwokat, odnosząc się do sądu, musi zawsze zachować takt i umiar, nawet w sytuacji, kiedy jest znieważany. Zgodnie z paragrafem 27 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu adwokat obowiązany jest zachować umiar i takt wobec sądów, urzędów i instytucji, przed którymi występuje. Ustęp drugi powołanego paragrafu stanowi, że adwokat nawet w razie niewłaściwego zachowania się osób biorących udział w postępowaniach sądowych powinien wykazać się taktem i umiarem. (Obwieszczenie Prezydium NRA w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu – Kodeks Etyki Adwokackiej). Zasada takiego postępowania wynika z szacunku do Państwa i jego organów.

W czasach minionej formacji społeczno-ekonomicznej było tak, że bardzo często właśnie sąd był jednym z nielicznych wówczas miejsc publicznej debaty, dyskusji i polemiki, prowadzonej w atmosferze rzeczowości i wzajemnego szacunku. Jako adwokaci musimy przyjąć możliwość odmówienia racji naszym poglądom, ale nie oznacza to zgody i akceptacji dla zniesławienia. W tej sprawie adwokatura wielokrotnie wypowiadała się krytycznie. W trakcie Krajowego Zjazdu Adwokatury we Wrocławiu w dniach 24–25 listopada 2001 r. podjęto m.in. uchwałę nr 7, w której Adwokatura stwierdziła, że „nie podziela orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz sądów niższych instancji, w świetle których ocenia się profesjonalizm adwokatów, często naruszając ich dobra osobiste ponad rzeczową potrzebę w sprawie. Niedopuszczalne jest także pozbawianie prawa do wynagrodzenia tych adwokatów, którzy sporządzili, zdaniem sądu, wadliwe środki odwoławcze, kasacje i w ten sposób nie udzielili pomocy prawnej. Przyjmowanie takiego stanowiska jest przekroczeniem kognicji sądów, które mogą sygnalizować radom adwokackim niesumienne prowadzenie spraw, przejawiające się w niewłaściwym sporządzaniu środków odwoławczych”³. Z drugiej strony trzeba uczciwie przyznać, że zdarza się, iż nasze apelacje, kasacje i zażalenia urągają elementarnym wymogom procesowym i wskazaniom

³ Zob. „Palestra” 2002, nr 1, s. 16.

wiedzy prawniczej. Z tej też przyczyny postawa adwokatów lekceważących swoje obowiązki zawodowe musi spotykać się z dezaprobatą ze strony sądu i opinii publicznej i winna być także surowo oceniona przez środowisko adwokackie.

Trzeba sobie zdawać sprawę, że każdy prawnik może być narażony na krytykę poziomu podjętych działań. Z tym że, jak słusznie podkreślił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z 24 maja 2005 r., w sprawie sygn. akt I KZP 15/05, OSNKW 2005, z. 7–8, poz. 60, krytyka poziomu podjętych przez obrońcę czynności może i powinna przejawiać się w rozstrzygnięciach sądowych, tj. w treści wyroku, postanowień, a nawet zarządzeń. W skrajnych przypadkach może ona nawet przybrać postać zawiadomienia o uchybieniu. Na marginesie tego poglądu należy jednak zauważyć, że krytyka złej pracy adwokata, choć oczywiście dozwolona, nie może przekraczać rzeczowej potrzeby ponad rozstrzygnięcie zawisłe przed sądem sprawy. O naganności pracy adwokata powinien się wypowiadać sąd dyscyplinarny bądź też sąd powszechny w sprawie o odszkodowanie, chyba że zaangażowanie sądu stwierdzającego uchybienie będzie tak duże, że pochłonie przedmiot rozstrzygnięcia danej sprawy i w końcu usprawiedliwić może wniosek o wyłączenie sędziego.

Uprawnienia dla sędziów, dotyczące oceny profesjonalizmu adwokatów, nie w sprawach przeciwko adwokatom, ale z ich zawodowym udziałem, stwarzają sytuację konfliktową poza sporem głównym, będącym przedmiotem sprawy.

W prawie amerykańskim (które znajduje sobie ostatnio upodobanie) – droga do objęcia urzędu (godności) sędziego wiedzie przede wszystkim przez adwokaturę. Tacy sędziowie nie zawsze zwracają publicznie uwagi adwokatom, a jedynie – zarządzają przerwę, w trakcie której zapraszają adwokatów do swoich gabinetów i udzielają im repymendy. Sędziowie też się mylą i nie są profesjonalni – także w Polsce. Przykładem tego niech będzie choćby sprawa doręczenia wniosku o sporządzenie uzasadnienia w sprawach gospodarczych stronie przeciwnej⁴. W wielu uzasadnieniach postanowień odrzucających apelację kwestionowano profesjonalizm adwokatów – pełnomocników. I to właśnie ci adwokaci, nie zgadzając się ze stanowiskiem Sądów, wywołali uchwałę

⁴ Patrz w tej mierze szerzej A. Malicki, *O niebezpieczeństwie dla adwokata wynikającym z możliwości zwrotu jego wniosku o uzasadnienie wyroku w sprawie gospodarczej*, „Palestra” 2004, nr 5–6, s. 242 i n. oraz M. Wojtyczek, *Zakres obowiązku bezpośredniego doręczania pism procesowych przeciwnikowi w sprawach gospodarczych po nowelizacji k.p.c.*, „Palestra” 2005, nr 9–10, s. 70 i n. Nie można jednak wyłączyć niebezpieczeństwa wynikającego z praktyki sądowej, w świetle której obowiązek doręczenia wniosku o uzasadnienie pełnomocnikowi jest aktualny. Za stanowiskiem wyrażonym w uchwale SN z 27 października 2005 roku optuje również K. Weitz, ale mimo wielu przytoczonych przez niego argumentów, wskazujących na słuszność podjętej uchwały, niebezpieczeństwo wynikające z niedoręczenia odpisu wniosku o uzasadnienie wyroku istnieje nadal (K. Weitz, *Wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku w sprawie gospodarczej*, „Palestra” 2005, nr 11–12, s. 240).

Por. uchwała SN z 27 października 2005 roku, III CZP 65/05 oraz jej omówienie (w): „Rzeczpospolita”, *Prawo co dnia* z 3 listopada 2005 roku.

Sądu Najwyższego z 27 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 65/05)⁵, wg której taka praktyka była błędna, niecelowa i nie mieściła się w zakresie zastosowania przepisu art. 479⁹ § 1 k.p.c. W naszych zażaleniach, apelacjach i kasacjach nie zarzucamy sądom braku profesjonalizmu, choć krytykujemy rozstrzygnięcia. Czy można więc procedować bez zniesławień wywołujących szkody materialne i naruszających w końcu dobre imię adwokata? Oczywiście, że można i wiele spraw się tak odbywa – tego również nie można nie zauważać. Słusznie pisze H. Pietrkowski, twierdząc, że o tym, czy rozprawa przebiegać będzie w atmosferze powagi i zapewnienia stronom gwarancji procesowych, decyduje nie tylko profesjonalizm sędziego przewodniczącego, ale także jego osobista kultura oraz takie cechy osobowe jak spokój, cierpliwość, opanowanie i stanowczość. Zdaniem powołanego Autora niedopuszczalne jest zwracanie się do stron oraz innych osób uczestniczących w rozprawie podniesionym głosem, okazywanie zniecierpliwienia czy też wręcz ich lekceważenie.

Być może rzadko, ale adwokaci są jednak świadkami tak prowadzonych rozpraw⁶. Podobnie o sposobie prowadzenia spraw karnych wypowiedział się E. Samborski stwierdzając, że „nastrój powagi, wynikający z charakteru i roli sali sądowej, podkreślony urzędowym strojem sędziów, prokuratorów i adwokatów, powinien znaleźć odzwierciedlenie przede wszystkim w poszanowaniu godności osób uczestniczących w czynności”⁷.

Zapadło wiele orzeczeń dotyczących odmowy zasądzenia kosztów od Skarbu Państwa w przypadku tylko udzielonej pomocy prawnej, a więc w momencie rozpoczęcia wykonywania przez adwokata czynności związanych bezpośrednio z udzieleniem pomocy stronie (postanowienie SN z 24 maja 2005 r., w sprawie sygn. akt I KZP 15/05, OSNKW 2005, z. 7–8, poz. 60). Zdaniem Sądu Najwyższego czynności adwokata ustanowionego z urzędu, które są sprzeczne z zasadami profesjonalizmu, nie uzasadniają przyznania mu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej (post. SN z 20 lutego 1999 r., w sprawie sygn. akt II CKN 341/98, OSNC 1999, z. 6, poz. 123). Odnosząc się do tej kwestii i nie odbierając stanowisku Sądu Najwyższego racji w części dotyczącej pozbawienia adwokata prawa do wynagrodzenia w sprawie z urzędu, nie można nie dostrzec pewnej asymetryczności pozycji zawodowej sędziego popełniającego błąd w wyroku czy naruszającego zasady procesowania, co nie skutkuje utratą prawa do wynagrodzenia. Przedstawiony pogląd Sądu Najwyższego spotkał się z zasadną krytyką A. Zielińskiego⁸.

Sądy powszechne, bez określonej skargi klienta danego adwokata, nie są jesz-

⁵ Por. uchwała SN z 27 października 2005 roku, III CZP 65/05 oraz jej omówienie (w:) „Rzeczpospolita”, *Prawo co dnia* z 3 listopada 2005 roku.

⁶ Por. H. Pietrkowski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2005, s. 263.

⁷ Por. E. Samborski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2002, s. 32.

⁸ Zob. „Palestra” 2000, nr 1, s. 174.

cze powołane do orzekania o ocenie pracy adwokata na płaszczyźnie zasad zawodowych. Do tego powołane jest jedynie sądownictwo dyscyplinarne, choć *de lege ferenda* występują postulaty odebrania adwokaturze sądownictwa dyscyplinarnego i przekazania tych uprawnień organom powszechnego wymiaru sprawiedliwości. Żadna ustawa jak dotąd nie przyznała jeszcze sądom powszechnym uprawnienia do karania adwokatów za brak profesjonalizmu. Podobnie jak nie można karać sędziego za wydanie błędnego orzeczenia, bo prowadziłoby to w prosty sposób do ograniczenia niezawisłości sędziowskiej. Słusznie w tej mierze wywodzi Zdzisław Krzemiński, że także przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 12 grudnia 1997 roku, zajmując się kosztami adwokackim w sprawach z urzędu, nie uzależniły możliwości ich przyznania od poziomu wystąpienia adwokata⁹. Obowiązujący art. 109 § 2 k.p.c. stanowi, że przy ustalaniu wysokości kosztów poniesionych przez stronę reprezentowaną przez pełnomocnika będącego adwokatem, radcą prawnym lub rzecznikiem patentowym, Sąd bierze pod uwagę niezbędny nakład pracy pełnomocnika, czynności podjęte przez niego w sprawie, a także charakter sprawy i wkład pełnomocnika w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia. Trafnie dostrzega się w literaturze przedmiotu, że sformułowanie § 2 jest przykładem ingerencji w swobodę umów. Komentatorzy wskazują, że przepis ten powinien być stosowany wyjątkowo i wykładany ścieśniająco. Przepis ten w konsekwencji przecina obowiązującą w przeszłości zasadę związania Sądu spisem kosztów, ale nie może pozbawiać pełnomocnika prawa do wynagrodzenia za prowadzenie procesu i reprezentowanie klienta przed Sądem¹⁰. Dość odległe kryterium oceny pracy adwokata zawarte jest w § 2 art. 109 k.p.c., który w ostatnim zdaniu stanowi, że wkład pełnomocnika w przyczynienie się do wyjaśnienia i rozstrzygnięcia stanowi kryterium oceny jego pracy, co może świadczyć o oderwaniu pracy pełnomocnika od reprezentowania interesów strony, a bardziej o traktowaniu go jako pomocnika Sądu. Takie sformułowanie może prowadzić do różnych interpretacji roli pełnomocnika, nawet sprzecznych z interesami klienta, czego zaakceptować nie można.

Adwokaci spotykają się z zarzutami, że próbują wykonywać swoje obowiązki w ramach prawa, ale ich celem jest zrywanie procesu. Zdarzały się procesy, w których obrońcy byli oceniani negatywnie, a ich wnioski o odroczenie rozpraw traktowano jako nadużycie prawa do obrony, nieudolne próby zerwania procesu, który może być przecież opóźniany częściej przez sądy, prokuratorów i wpływających na władzę polityków¹¹.

⁹ Patrz w tej mierze Z. Krzemiński, *Adwokat w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Palestra” 2001, nr 9–10, s. 169.

¹⁰ J. Gudowski (w:) T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część I. Postępowanie rozpoznawcze. Część II. Postępowanie zabezpieczające*, t. I, Wyd. Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2006, s. 313, tezy 11–15.

¹¹ Patrz szerzej: artykuł pt. „Nieposłuszeństwo adwokackie. Polemika” adwokatów R. Baszuka, J. Dubois, K. Jełowickiego, A. Pocięja i R. Smoktunowicza wraz z odpowiedzią J. Kochanowskiego, „Wprost” z 20 marca 2005 roku. Warto zauważyć, że zapatrzenie się na zachodnie rozwiązania, w tym

Rzeczą oczywistą jest, że adwokaci nie mogą nadużywać praw przysługujących tak obrońcom, jak i oskarżonym. W tej mierze musi decydować zobiektywizowana ocena, a nie jednostronna, często arbitralna opinia sędziów. Sąd zawsze dokonuje oceny powodów uzasadniających zmianę obrońcy – przy respektowaniu tajemnicy obrończej¹². Rozpowszechniony pogląd, jakoby adwokaci byli przyczyną przewlekłości postępowań sądowych, nie jest uprawniony, albowiem są one długotrwałe nadzwyczaj często z przyczyn niezależnych od adwokatów. Nie może też ustawodawca dokonywać zmian prawa na podstawie doświadczeń z jednego procesu.

Wielokrotnie sprawy odraczane są z powodu nieobecności sędziów, ławników, braku sal sądowych, błędnych wezwań stron i świadków, niewykonania zarządzeń sądu, jak również nieobecności biegłych. Zdarza się także, że nie przychodzą prokuratorzy. Ale to nie oni mają być karani kosztami procesu wynikającymi z niestawiennictwa na rozprawę. Proponowane przez resort kary porządkowe, m.in. dla adwokatów, biegłych, świadków – niewątpliwie wywołają strach przed sądem. Dotychczasowe środki nie zawsze są prawidłowo stosowane. Adwokatura nie może też godzić się na kneblowanie ust swoim członkom w trakcie procesu, bo tylko tak należy oceniać proponowane kary porządkowe w wysokości do 20 000, 30 000 a nawet 60 000 złotych¹³.

Słusznie zauważa w tej mierze adw. A. Michałowski, członek prezydium NRA, że w Polsce podstawowym zagrożeniem dla obywatela było przede wszystkim wszechmocne państwo i dlatego obywatel czy podmiot gospodarczy potrzebował

amerykańskie, wymiaru sprawiedliwości doprowadziło do preferowania uprawnień sędziów kosztem praw stron, choć w krajach, z których mamy przejmować wzory, godność sędziego jest ukoronowaniem kariery zawodowej i sędziowie mają autorytet, nie z powodu lęku, że zastosują kary porządkowe, a przede wszystkim dzięki ich wiedzy, dorobkowi zawodowemu i uznaniu w świecie prawniczym. Patrz także: Sz. Majcher i D. Stachurski, *Korzystanie z pomocy obrońcy a obstrukcja procesowa*, „Palestra” 2006, z. 7–8, s. 114 i n.

¹² Patrz w tej mierze: B. Czechowicz, *Zmiana obrońcy w toku procesu w przypadku obrony obligatoryjnej (uwagi do art. 378 k.p.k.)*, „Palestra” 2001, nr 7–8. Podkreśla się słusznie także granice dla decyzji sądowych w realizacji uprawnienia oceny uzasadnienia zmiany obrońcy.

¹³ Patrz w tej mierze: M. Domagalski, *Rewolucja na sali rozpraw. Minister Ziobro obiecuje informatyzację rozpraw i dyscyplinowanie adwokatów*, „Rzeczpospolita”, *Prawo co dnia* z 30 stycznia 2006 r.; M. Jałoszewski, *Surowe kary dla adwokatów. Minister Ziobro chce zdyscyplinować sądy*, „Gazeta Wyborcza” z 30 stycznia 2006 r.

W toczącej się dyskusji wielu praktyków, a zarazem przedstawicieli nauki dostrzega niebezpieczeństwo paraliżowania pracy adwokata przez możliwość orzekania drakońskich kar (adw. prof. P. Kruszyński, prezes NRA mec. S. Rymar, który stanowczo wypowiedział się, że adwokaci nie mogą się bać – bo niezależny obrońca jest gwarantem rzetelnego procesu. Warto też odnotować, że P. Górecki, rzecznik Krajowej Rady Sądownictwa wyraził obawę, że przyspieszenie procesów nie może odbyć się kosztem gwarancji prawa do obrony). Nikt z adwokatów nie pozbawia sądów prawa orzekania – uwzględniania czy też nieuwzględniania składanych wniosków. Nie jest więc potrzebne wprowadzanie w stosunku do obrońców i pełnomocników drakońskich kar, jako dla niepoprawnych, źle wykształconych i z gruntu niegodziwych uczestników procesu. Takie poglądy wypaczają ideę państwa prawa i należy uznać je za skrajne.

ochrony. Dlatego nie można ograniczać praw i swobód obywatelskich poprzez ograniczanie praw samorządów zawodowych i wprowadzanie kar porządkowych w stosunku do adwokatów, co, zdaniem funkcjonariuszy resortu sprawiedliwości ma być remedium na polepszenie pracy wymiaru sprawiedliwości¹⁴.

Wszyscy prawnicy, jak ludzie, są omylni i dlatego nie można preferować jednej grupy zawodowej prawników kosztem innej. Nie jest też trafne stosowanie kar porządkowych tylko do adwokatów i radców prawnych, albowiem może to ograniczać prawa strony. Proponowany system myślenia o sądzie i stylu sądenia będzie daleki od dyskusji o prawie i okolicznościach faktycznych, a będzie zbliżony do bezwzględego stylu sądenia opartego na ślepych posłuszeństwie wobec sędziów i lęku adwokatów o własne prawa – nie bacząc na prawa reprezentowanej strony¹⁵.

Stworzenie ostatnio przez Ministra Sprawiedliwości – Krajowego Centrum Szkolenia Kadr Sądów Powszechnych i Prokuratury¹⁶, z jednej strony może budzić nadzieje na podwyższenie poziomu kształcenia i jego ujednoczenie, ale eliminacja z udziału w pracach tego Centrum adwokatów, radców prawnych i notariuszy budzi moją obawę. Obawa ta wynika z braku dostatecznej obecnie współpracy środowisk prawniczych oraz proponowanych zasad działalności Krajowego Centrum Szkolenia Kadr Sądów Powszechnych i Prokuratury. Ograniczenie dostępności dla młodych prawników aplikacji sędziowskiej, prokuratorskiej, snucie mirażu o łatwości zdobycia zawodu adwokata i jego wykonywania, może w konsekwencji prowadzić do upadku tak wartości prawa, jak i jego jakości. Dziś chodzi więc o paradygmat: albo prawa i wolności obywatelskie – albo jedynie silne państwo, które często może naruszać te prawa. W Polsce toczy się debata polityczna, w której nie ma adwokatury jako jej uczestnika, choć jest ona potrzebna dla akcentowania pośrednio własnych interesów poprzez ochronę interesu obywatelskiego. Żadna ekipa polityczna nie może traktować instrumentalnie prawa karnego i dokonywać spektakularnych zatrzymań i aresztowań, które okazują się później bezpodstawny-

¹⁴ A. Michałowski, *Dyskusja o przyszłym wymiarze sprawiedliwości, drobne korekty czy zasadnicza zmiana systemu*, „Rzeczpospolita”, *Prawo co dnia*, 5 kwietnia 2006 r.

¹⁵ O ile można się zgodzić z Wiceministrem Sprawiedliwości Andrzejem Kryżem, że sędziom potrzebna jest pomoc asystentów i sekretarzy dla zintensyfikowania ich pracy, o tyle nie można się zgodzić z antyadwokacką krucjatą, która poniża zawód zaufania publicznego, nad wykonywaniem którego powierzono pieczę samorządom zawodowym. Słusznie w tej mierze wypowiedziała się adwokat Joanna Agacka-Indecka, Wiceprezes NRA, iż zmiany proponowane przez ministerstwo sprawiedliwości mogą zagrozić niezależności adwokatów i narazić ich na niesłuszne kary („Rzeczpospolita”, *Prawo co dnia*, 19 lipca 2006 r.). O problematyce likwidacji samorządu adwokackiego pisała m.in. adw. Joanna Agacka-Indecka, Wiceprezes NRA, w artykule pt.: „Zawody zaufania publicznego w niełasce rządzących. Samorząd adwokacki powoli przestaje istnieć” („Rzeczpospolita”, *Prawo co dnia* z 10 kwietnia 2006 r.).

¹⁶ Powołanie Centrum zostało przewidziane ustawą o powołaniu Centrum Szkolenia Kadr Sądów Powszechnych i Prokuratury, przy czym ustawa ta weszła w życie ostatecznie 1 września 2006 roku (Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1410 oraz Nr 264, poz. 2204).

mi. Adwokaci jako obrońcy są powołani przede wszystkim do wskazywania w tej mierze uchybień organom ścigania oraz sądom powszechnym.

Powaga sądu wymaga nie tylko szacunku dla sądu ze strony adwokatów, ale również rzeczowego i taktownego odnoszenia się do nich przez Sąd. Tylko wówczas będziemy mogli mówić o prawidłowym obrazie wymiaru sprawiedliwości i jego znaczeniu w Państwie. Ustawodawca nie bez przyczyny ustanowił zasadę ochrony adwokata, podobnie jak sędziego i prokuratora.

Prawnicy sądowi, a więc sędziowie, adwokaci, prokuratorzy, radcowie prawni powinni wzajemnie darzyć się szacunkiem, albowiem z istoty zawodu prawnika wynika szacunek przede wszystkim dla Sądu – i Sądu dla stron i pozostałych uczestników procesu. W atmosferze szacunku, powagi może być sprawowany wymiar sprawiedliwości w interesie Państwa i obywateli. Z tej też przyczyny należy się przeciwstawiać tendencjom dzielącym środowisko prawnicze i stawiającym jednych prawników przeciwko drugim. Takiego ukształtowania pracy prawników, bez atmosfery wzajemnych podejrzeń i pomówień, wymaga realizacja prawa do sądu, który ma być sprawiedliwy, jawny, niezależny, bezstronny i niezawisły. To są wymagania Konstytucji RP – art. 45 – odpowiadające współczesnym standardom prawa.

A DOBRO DZIECKA...

OCHRONA PRAW DZIECI W MEDIACH

W Gazecie Wyborczej z 4 grudnia 2006 r. DF (Duży Format) ukazał się artykuł pod tytułem „Praca za seks w Samoobronie” rozpoczynający medialny serial poświęcony molestowaniu seksualnemu kobiet w tej partii. Waga stawianych zarzutów (według opisu dziennikarzy – mających znamiona przestępstwa) jest niewątpliwa, bo dotyczy problemu rzeczywistego, ukazuje przemilczane patologie życia partyjnego, i interes publiczny w pełni uzasadniał podjęcie przez dziennikarzy tematu. Nie można niczego zarzucić zarówno konstrukcji, jak i warsztatowi dziennikarskiemu autorów tekstu. Kolejny artykuł, z 5 grudnia 2006 r., zatytułowany: „Łyżwiński ojcem?”, zaburza klarowną ocenę pierwszego tekstu i nakazuje postawienie pytania o dochowanie przez dziennikarzy zasad szczególnej staranności i rzetelności, a nade wszystko pytań o granice ingerencji mediów w sferę życia prywatnego (intymnego) przedstawianych osób. Wątpliwości dotyczą nie tyle dorosłych bohaterów dramatu, którzy mogą zabrać głos, media chętnie publikują wypowiedzi wszystkich, którzy chcą cokolwiek w sprawie powiedzieć, przedstawiają swoje stanowisko, broniąc się przed osądem publicznym, ile osoby małoletniej, która bez swej woli stała się „najsławniejszym dzieckiem IV RP” (W. Dębski, „Rzeczpospolita” z 15 grudnia 2006 r.).

Od pewnego momentu w środkach masowego przekazu na plan dalszy zeszedł kwestie zasadnicze (molestowanie seksualne kobiet), a media koncentrują się na sprawie ojcostwa trzyletniej córki Anety K. Gwoli prawdy trzeba przypomnieć, że w artykule „Łyżwiński ojcem?” przytoczono publiczną wypowiedź Anety K. z poprzedniego dnia, iż właśnie ten poseł ma być ojcem jej córki i że wystąpiła na drogę sądową z powództwem o ustalenie ojcostwa i alimenty. Opinia publiczna jest bombardowana rewelacjami o kolejnych domniemanych ojcach dziecka ujawnianych najpierw przez Anetę K. (poseł łyżwiński), a potem przez inne osoby, których wiarygodności dziennikarze nie weryfikują. W efekcie dowiadujemy się, że ojcem małoletniej na pewno nie jest były mąż Anety K. („Rzeczpospolita” z 15

grudnia 2006 r.) ani St. Łyżwiński (negatywny wynik badań DNA), a „podejrzany o ojcostwo” stają się inne osoby, co skutkuje skierowaniem spraw sądowych przeciwko autorom pomówień.

Trzeba wyraźnie postawić pytania, czy dla osiągnięcia celu publikacji (napiętowanie molestowania seksualnego kobiet w Samoobronie i doprowadzenie do poniesienia przez winnych odpowiedzialności przed prawem) było konieczne ujawnianie sprawy ojcostwa małoletniej córki Anety K., czy dopuszczalne było podejmowanie przez media tak drażliwej kwestii jak pochodzenie dziecka, czy dziecko winno podlegać szczególnej ochronie prawnej w zakresie sfery życia prywatnego, kto i w jaki sposób mógł zezwolić mediom na ujawnienie faktów ze sfery życia prywatnego małoletniej, jak powinni zachować się dziennikarze w sytuacji ujawniania przez matkę dziecka kwestii jego ojcostwa, czy przedstawicielstwo ustawowe matki upoważnia do informowania mediów o kwestiach pochodzenia dziecka w sytuacji, gdy wszelkie postępowania dotyczące stosunku między rodzicami a dziećmi toczą się z wyłączeniem jawności, wreszcie czy i jakie organy państwowe powinny podjąć interwencję w obronie naruszonych praw dziecka w związku z publikacjami, które miały miejsce w tej sprawie.

Odpowiedź na te wszystkie pytania ma znaczenie dla oceny zachowania się mediów i powołanych do ochrony praw dziecka organów państwowych nie tylko w tej konkretnej sprawie, ale innych, gdy przedmiotem publicznego zainteresowania staną się małoletnie dzieci. Winna też stanowić próbę wypracowania modelu ochrony praw dzieci w mediach.

Na pierwsze z tak postawionych pytań należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Media powinny podjąć temat i poinformować opinię publiczną o sprawie molestowania seksualnego kobiet, bez konieczności podnoszenia kwestii ojcostwa córki Anety K. Nie ma znaczenia dla wagi problemu, czy efektem molestowania seksualnego było poczęcie i urodzenie dziecka. Wystarczył sam fakt zmuszania kobiet do współżycia w zamian za zatrudnienie, wybór do organów przedstawicielskich i tym podobne. To, że urodziło się dziecko, nie zmienia negatywnej oceny przedstawionych praktyk. Kwestia dziecka jest bardzo ważna i powinna być przedmiotem zainteresowania organów prokuratury, sądów, ale nie powinna być roztrząsana w publicznej dyskusji, gdyż nie służy to bezpośrednio realizacji celu, dla którego powołana jest prasa, a więc rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej, jednak przy zachowaniu kardynalnych zasad ochrony dóbr osobistych przedstawianych osób, zasady szczególnej staranności i rzetelności oraz wyjątkowej ochrony sfery życia prywatnego (intymnego).

Żadne względy natury aksjologicznej i prawnej nie uzasadniają publicznego roztrząsania kwestii skutków przymuszania do współżycia w postaci poczęcia i urodzenia dziecka. Prawo rodzinne tak dalece chroni sferę relacji rodzice – dzieci, że wyłącza nawet jawność postępowań sądowych w tych sprawach. Już ten fakt powinien stanowić wystarczający sygnał nakazujący wyjątkową wstrzemięźliwość w rozgłaszaniu faktów dotyczących pochodzenia dziecka.

W opisanej sytuacji media sprowadziły dziecko z roli podmiotu do roli przedmiotu. Takie działanie jest niewątpliwie działaniem nierzetelnym i z tego względu, że osiągnięcie celów publikacji nie łączyło się z koniecznością ujawnienia ojcostwa dziecka. Nie zwalnia mediów z odpowiedzialności okoliczność, iż o domniemanym ojcostwie dziecka poinformowała jego matka Aneta K. Nie zwalnia mediów także i powołanie się na wcześniejszą publikację w innym publikatorze, ponieważ znane orzecznictwo Sądu Najwyższego nakazuje zastosowanie przez dziennikarzy do cytowanych artykułów zasad szczególnej staranności i rzetelności. Tymczasem media udostępniły licznym osobom, niezwiązanym bezpośrednio ze sprawą, szpalty gazet, mikrofony radiowe czy przekaz telewizyjny, nie tylko zwielokrotniając bezprawne zachowania tych osób, ale samemu dodatkowo nagłaśniając opisywane zdarzenia.

Odpowiadając na kolejne z pytań, trzeba jasno stwierdzić, że media nie powinny w tej sprawie podejmować kwestii ojcostwa dziecka Anety K., nawet w przypadku, gdy pierwsze informacje pochodziły od samej Anety K. Z art. 14 ust. 6 prawa prasowego wynika, iż bez zgody osoby zainteresowanej nie wolno publikować informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia, chyba że wiąże się bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby. W omawianej sprawie mamy do czynienia z problemem sprowadzającym się do tego, iż kwestia ojcostwa dziecka Anety K. należy bez wątplenia do informacji z prywatnej sfery życia co najmniej trzech osób: Anety K. jako matki, domniemanego ojca oraz samego dziecka Anety K. O ile Aneta K. oraz pozostałe dorosłe osoby mogą samodzielnie udzielić takiej zgody, o tyle małoletnia córka Anety K. zgody takiej samodzielnie udzielić nie może. Przyjąć należy przy tym, iż jeżeli jedna informacja dotyczy sfery życia prywatnego kilku osób, to jej publikacja jest możliwa dopiero po uzyskaniu zgody wszystkich tych osób. Tylko wówczas można bowiem mówić, iż istnieje zgoda na publikację informacji. Dopuszczalnym rozwiązaniem byłoby ewentualnie w takim wypadku również takie opublikowanie informacji, aby nie dotykała ona w ogóle sfery życia prywatnego osoby, która zgody nie wyraziła, o ile jest to w danych warunkach możliwe.

Powstaje zatem pytanie, czy matka dziecka, jako jego przedstawiciel ustawowy, jest uprawniona do wyrażenia zgody na publikację informacji wkraczającej w sferę życia prywatnego jej dziecka. Teoretycznie jest to możliwe, jednakże należy mieć na uwadze, iż zarówno uprawnienia, jak i obowiązki rodzicielskie są o tyle specyficzne, iż przy ich wykonywaniu, w pierwszej kolejności, należy mieć na uwadze zawsze dobro dziecka. Znajduje to odzwierciedlenie wprost w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (k.r.o.). Przepis art. 92 k.r.o. stanowi wprawdzie, iż rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską, a każde z nich może działać samodzielnie jako przedstawiciel ustawowy dziecka. Jednakże przepis ten nie może być interpretowany w oderwaniu od pozostałych regulacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. W szczególności chodzi tutaj o przepis art. 92 k.r.o. w zw. z art. 95 k.r.o. oraz art. 96 k.r.o. Zgodnie

z tymi przepisami dziecko aż do osiągnięcia pełnoletności pozostaje pod władzą rodzicielską (art. 92 k.r.o.). Władza rodzicielska obejmuje zaś w szczególności obowiązki i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka. Władza rodzicielska powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny (art. 95 k.r.o.). Ponadto rodzice wychowują dziecko pozostające pod ich władzą rodzicielską i kierują nim oraz obowiązani są troszczyć się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka i przygotowywać je należycie do pracy dla dobra społeczeństwa odpowiednio do jego uzdolnień (art. 96 k.r.o.). Z powyższych regulacji wynika bezwzględny obowiązek rodziców do pieczy nad osobą dziecka oraz do jego wychowywania w trosce o dobro dziecka oraz jego fizyczny i duchowy rozwój w sposób, który przygotowuje dziecko do funkcjonowania w społeczeństwie.

W świetle powyższego, jak się wydaje, zgoda matki udzielona w imieniu dziecka na publikację informacji dotyczących ściśle sfery życia prywatnego dziecka (o ile zgoda taka została w ogóle wyrażona) stoi w rażącej sprzeczności z obowiązkiem wychowywania dziecka i sprawowania należytej pieczy nad jego osobą. Nie trzeba bowiem nikogo przekonywać, iż upublicznienie tego typu informacji naraża dziecko na liczne niepotrzebne stresy związane z szyderstwami, wykpiwaniem czy choćby nieprzyjawnymi lub zaciekawionymi spojrzeciami ze strony przede wszystkim rówieśników, ale również dorosłych.

Należałoby więc dojść do, skądinąd zdroworozsądkowego, wniosku, iż matka dziecka nie jest uprawniona do dokonywania w jego imieniu czynności, które byłyby sprzeczne z dobrem dziecka, albowiem stoi temu na przeszkodzie obowiązek wychowywania dziecka i sprawowania nad jego osobą należytej pieczy. Zgoda taka, wyrażona przez matkę, byłaby zatem nieważna z uwagi na jej sprzeczność z prawem, a z całą pewnością z zasadami współżycia społecznego (art. 58 k.c.).

Zastanowić należałoby się zatem nad zachowaniem dziennikarzy. Jeżeli nie uzyskali oni zgody Anety K. wyrażonej w imieniu dziecka na publikację informacji ze sfery jego życia prywatnego, to doszło do naruszenia wspomnianego wyżej art. 14 ust. 6 prawa prasowego.

Co więcej jednak, również taka zgoda matki, jako nieważna (ze wspomnianych wyżej przyczyn), nie upoważniałaby do publikacji informacji o dziecku. Nieważność bowiem rozciąga się *erga omnes* i oznacza, że czynność jest nieważna już od chwili jej dokonania.

Zgoda matki nie może zostać uwzględniona również i z tego powodu, iż pomiędzy nią a dzieckiem występuje ewidentny konflikt interesów. O ile bowiem matka może być zainteresowana w upublicznieniu informacji o domniemanym ojcu jej dziecka, o tyle informacje te zawsze będą szkodzić dziecku. W takiej sytuacji wyrażając rzekomo zgodę za dziecko, matka działać będzie *de facto* we własnym interesie, nie zaś w interesie i na rzecz swojego dziecka.

W orzecznictwie sądów powszechnych ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym na opublikowanie informacji, chociażby obiektywnie prawdziwych, dotyczą-

cych sfery życia prywatnego niezbędne jest uzyskanie wprost zgody zainteresowanej osoby. W jej braku zachowanie dziennikarza nie spełnia wymogu szczególnej staranności zawodowej. Ta wymagana staranność obejmuje nie tylko powinność uzyskania zgody dotyczącej publikacji faktów ze strony sfery życia prywatnego, ale także potrzebę rozważenia celowości ujawnienia informacji o bardzo znacznym ciężarze gatunkowym w sposób umożliwiający identyfikację danej osoby oraz uwzględnienia niekorzystnych jej skutków (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie I ACa 148/97). Brak wyrażonej wprost zgody osoby zainteresowanej, jak i celowości ujawnienia informacji, został już wyżej omówiony.

Pozostają więc do przedstawienia niekorzystne dla dziecka skutki wynikające z publikacji. Mowa o nich szeroko w prasie i innych środkach masowego przekazu, jak chociażby określenie małoletniej najślawniejszym dzieckiem IV RP, wykorzystanie sytuacji do zawierania zakładów, kto jest ojcem małoletniej („Rzeczpospolita” z 14 grudnia 2006 r.). Nie mówiąc już o jej napiętnowaniu w środowisku lokalnym. Do dziecka przyłgnie bowiem na trwałe informacja o nieślubnym pochodzeniu, co samo w sobie jest naruszeniem dóbr osobistych (J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*. Warszawa 1999, s. 170), o tym że jego matka w czasie koncepcyjnym posiadała co najmniej dwóch partnerów oraz że ojcostwo dziecka przypisuje się wielu różnym osobom. Takie napiętnowanie niestety wywoła niewątpliwie trwałe skutki w psychice dziecka, narażając je na drwiny i szykany oraz ograniczając szanse życiowe na przyszłość.

Dziecko nie jest podmiotem prawa drugiej kategorii, korzysta od chwili poczęcia z takiej samej ochrony prawnej jak osoby dorosłe. W tym z ochrony swej sfery życia prywatnego (intymnego), przez którą należy rozumieć te informacje, jakich dana osoba nie chce nikomu ujawnić, zachowując je wyłącznie dla siebie.

Działanie dziennikarzy jest więc bezprawne w przypadku publikowania faktów związanych z pochodzeniem dziecka, gdyż można im postawić zarzut zachowania niezgodnego z prawem. Nie są tu istotne pobudki działania dziennikarzy czy też inne czynniki charakteryzujące stronę podmiotową ich zachowania się (I. Dobosz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego IV CKN 925/00*). Oczywiście, zachowanie dziennikarzy jest też sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nie zwalnia dziennikarzy od odpowiedzialności druga z przesłanek wymienionych w art. 14 ust. 6 prawa prasowego, ponieważ małoletnia córka Anety K. nie prowadziła jakiegokolwiek działalności publicznej, a względ na prawo do informacji społeczeństwa nie uprawniał do upubliczniania faktów ze sfery jej życia prywatnego (intymnego).

Wyłączenie bezprawności naruszenia dóbr osobistych w obrębie prawa prasowego zachodzi jedynie w przypadku ujawnienia informacji lub danych z zakresu sfery życia prywatnego, jeżeli wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby (M. Kowalski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego V CKN 440/00*). Podobne stanowisko zajmuje J. Sieńczyło-Chlabicz w artykule: „Prawo do ochrony życia prywatnego osób publicznych w świetle polskiej doktryny i orzecznictwa”

PUG 2005/2/6 – t. 7: „Wydaje się, że jako wyjątek od zasady ochrony sfery życia prywatnego wymóg ten powinien być interpretowany stosownie do jego literalnego brzmienia i nie można tu stosować wykładni rozszerzającej. W konsekwencji dla wyłączenia bezprawności działania naruszającego prywatną sferę życia konieczny jest ścisły i funkcjonalny związek pomiędzy działalnością publiczną i życiem prywatnym jednostki”. W omawianej sytuacji taki związek oczywiście nie zachodzi. Podsumowując ten wątek rozważań warto przywołać pogląd J. Serdy z glosy do wyroku Sądu Najwyższego I CR 575/90: „Przy publikacji faktów z zakresu cudzej sfery prywatności nie chodzi o wykonywanie prawa do wolności słowa i druku (art. 1 pr. pr.), ale o naruszenie cudzego dobra osobistego o szczególnej doniosłości. Naruszenie tego dobra mogłoby być pozbawione elementu bezprawności jedynie wyjątkowo przy spełnieniu przesłanek z art. 14 ust. 6 pr. pr.”.

Skoro uznajemy, że w omawianej sytuacji doszło do naruszenia prawa dziecka do ochrony jego sfery życia prywatnego, do spokoju, nieskrępowanego rozwoju i wychowania, to rodzą się pytania o pożądane, adekwatne reakcje organów państwa powołanych do ochrony praw dziecka, w szczególności sądu opiekuńczego, Rzecznika Praw Dziecka, Prokuratury. O takich reakcjach brak jakiegokolwiek informacji, co budzić musi zdecydowany niepokój.

Na końcu wypada zauważyć, iż niniejszy artykuł należy taktować nie tyle jako udzielający odpowiedzi na poruszony w nim problem, co stawiający pytania, od których rozstrzygnięcia zależy dobro dzieci w obliczu działalności mediów, na którym to dobru powinno zależeć i bez wątpienia zależeć wszystkim.

ADWOKATURA DZIŚ I JUTRO

Sebastian Samol

Warunki informowania o usługach adwokackich na podstawie nowych przepisów Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeksu Etyki Adwokackiej)

Uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 32/2005¹ dokonano zmiany Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu². Uchwała nr 32/2005 została podjęta w dniu 19 listopada 2005 r. i weszła w życie z chwilą ogłoszenia w Piśmie Adwokatury Polskiej „Palestra”, numer 11–12 z 2005 r., tj. z dniem 31 grudnia 2005 r. W ramach nowelizacji do Zbioru Zasad Etyki dodano przepisy dotyczące stosunku wobec adwokatów wykonujących praktykę w innym państwie oraz zasady obliczania honorarium za pomoc prawną udzieloną przez adwokata. Jednak najszerze i najistotniejsze zmiany zostały dokonane w przepisach rozdziału II Zbioru Zasad Etyki zatytułowanego „Wykonywanie zawodu” w zakresie dopuszczalności informowania o działalności zawodowej adwokata. Istotnym uzupełnieniem zmian dokonanych uchwałą 32/2005 jest wydana na podstawie § 23a ust. 2 pkt *c in fine* Zbioru Zasad Etyki Uchwała nr 48/2006 Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

¹ Uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej nr 32/2005 z 19 listopada 2005 r., cytowana dalej jako: uchwała nr 32/2005.

² Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką w dniu 10 października 1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98), cytowany dalej jako: Zbiór Zasad Etyki.

z 7 marca 2006 r., w której zostały określone zasady zamieszczania informacji prasowych związanych z pomocą prawną świadczoną przez adwokata³.

W uzasadnieniu projektu nowelizacji Zbioru Zasad Etyki wskazano, że wprowadzeniu zmian dotyczących zasad informowania przez adwokatów o prowadzonej działalności przyświecało dostosowanie obowiązujących przepisów do zmian związanych z upowszechnieniem się nowych środków masowego przekazu, w tym w szczególności internetu. Nadto zamysłem autorów nowelizacji była zmiana Zbioru Zasad Etyki w odniesieniu do nowych warunków i wyzwań wiążących się z wykonywaniem zawodu adwokata, w szczególności powstawaniem coraz większej liczby nowych dziedzin prawa, które wymuszają specjalizacje wśród adwokatów i w następstwie konieczność informowania o szczególnych polach zainteresowań członków palestry. W opinii autora nie można też nie uwzględnić okoliczności, że liberalizacja zasad przedstawiania przez adwokatów informacji o świadczonych usługach wiązała się z podnoszonym w środowisku adwokatury postulatem uwzględnienia nowych wymogów rynku usług prawniczych, który charakteryzuje się coraz większą konkurencją nie tylko między przedstawicielami poszczególnych korporacji prawniczych, ale także osobami świadczącymi pomoc prawną w ramach prowadzonej działalności gospodarczej⁴. Obecnie adwokat rozpoczynając praktykę staje się jednym z uczestników rynku świadczeń z zakresu pomocy prawnej. W związku z tym adwokat może i powinien podejmować takie czynności, które umożliwią mu odniesienie sukcesu materialnego. Poczynania adwokatów na rynku usług prawniczych nie mogą jednak prowadzić do całkowitej komercjalizacji zasad rozpowszechniania informacji na temat świadczonych usług.

W przepisie § 23 znowelizowanego Zbioru Zasad Etyki utrzymana została zasada, iż adwokata obowiązuje zakaz korzystania z reklamy, jak również zakaz pozyskiwania sobie klientów w sposób sprzeczny z godnością zawodu. Ten zapis stanowi kontynuację regulacji zawartych w poprzednich zbiorach zasad etyki adwokackiej⁵, a także przedwojennych uchwał władz samorządu adwokackiego⁶ oraz orzeczeń dyscyplinarnych, które ustalały generalny zakaz stosowania jakiegokolwiek reklamy przez adwokatów⁷. Na podstawie art. 23b ust. 1 znowelizowanego Zbioru

³ Uchwała nr 48/2006 Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 7 marca 2006 r., w sprawie zasad zamieszczania informacji prasowych związanych z pomocą prawną świadczoną przez adwokata, cytowana dalej jako: uchwała nr 48/2006.

⁴ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 listopada 2003 r. (sygn. akt: SK 22/02), OTK seria A, 2003, nr 9, poz. 97.

⁵ W okresie powojennym Naczelna Rada Adwokacka uchwaliła Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu w dniach 6 i 7 maja 1961 r. Przed uchwaleniem obecnie obowiązującego Zbioru Zasad Etyki obowiązywał Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką w dniu 26 września 1993 r.

⁶ Na temat zasad etyki adwokackiej w okresie międzywojennym i w czasie okupacji por.: A. Kiszka, Z. Krzemiński, R. Łyczywek, *Historia adwokatury polskiej*, Warszawa 1995, s. 159–161.

⁷ Por. Z. Krzemiński, *Etyka adwokacka. Teksty, orzecznictwo, komentarze*, Kraków 2003, cytowany

Zasad Etyki adwokaci uzyskali jednak uprawnienie do przedstawiania informacji o swojej działalności pod warunkiem, że informacja i jej forma jest zgodna z obowiązującymi przepisami, zwłaszcza dotyczącymi ochrony konsumentów i zwalczania nieuczciwej konkurencji, dokładna i niewprowadzająca w błąd, przekazywana z poszanowaniem tajemnicy zawodowej, nieukierunkowana na udzielenie adwokatowi konkretnego zlecenia. Zasady przedstawiania przez adwokatów informacji o prowadzonej działalności w dziennikach i czasopismach zostały szczegółowo określone w uchwale nr 32/2005.

Adwokat zamierzający przedstawić informacje o prowadzonej działalności zawodowej jest obowiązany przestrzegać nie tylko postanowień Zbioru Zasad Etyki oraz uchwały nr 32/2005, ale również innych przepisów regulujących warunki informowania o prowadzonej działalności, m.in. ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁸, ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁹. Ewentualne naruszenie przepisów Zbioru Zasad Etyki może zostać uznane także za czyn nieuczciwej konkurencji, naruszenie interesów konsumentów bądź naruszenie zasad świadczenia usług drogą elektroniczną¹⁰.

Poszerzenie zakresu możliwych do opublikowania informacji o działalności prowadzonej przez adwokatów sprawiło, że polskie regulacje dotyczące tej materii stały się porównywalne z przepisami obowiązującymi w niektórych innych państwach Europy oraz spowodowało dopasowanie polskich przepisów do norm ustalonych dla adwokatów z państw Unii Europejskiej zrzeszonych w Radzie Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej¹¹. Zawarte w Zbiorze Zasad Etyki zasady dotyczące informowania przez adwokatów o prowadzonej działalności są zbieżne z postanowieniami Kodeksu Etyki Adwokatów Unii Europejskiej, który w art. 2 ust. 6 stanowi, że adwokat jest uprawniony do informowania społeczeństwa o swych usługach – przy założeniu, że informacja taka jest dokładna i niewprowadzająca w błąd – z poszanowaniem tajemnicy zawodowej oraz innych podstawowych wartości.

Przy omawianiu przepisów Zbioru Zasad Etyki dotyczących informowania o działalności adwokata należy zauważyć, że uchwała nr 32/2005 nie wprowadziła regulacji pozwalających jednoznacznie odróżnić zakazaną reklamę od dopuszczalnego informowania o prowadzonej działalności zawodowej. Odróżnienia reklamy od dopuszczalnych informacji o usługach adwokata nie ułatwiają też przepisy

dalej jako: Krzemiński, *Etyka adwokacka*, s. 111 i n.

⁸ Tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., cytowana dalej jako: ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm., cytowana dalej jako: ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹⁰ Por. ustawę z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.).

¹¹ Council of the Bars and Law Societies of the European Union, Conseil des Barreaux de l'Union européenne (CCBE), dalej jako: Rada Adwokatur Unii Europejskiej.

ustawy z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji¹². Zgodnie z art. 4 pkt 6 tej ustawy reklamą jest każdy przekaz, nie pochodzący od nadawcy, zmierzający do promocji sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw lub idei albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia. Odróżnienie reklamy od informacji na temat działalności adwokata jest utrudnione także z tej przyczyny, że reklama w wielu przypadkach może być utożsamiana z informowaniem o określonych usługach bądź towarach¹³. Należy więc stwierdzić, że wobec istniejącej na podstawie obowiązujących przepisów możliwości utożsamiania informowania o działalności zawodowej adwokata z reklamą istotne znaczenie będzie miało orzecznictwo sądów dyscyplinarnych. Od zastosowanych przez sądy dyscyplinarne reguł wykładni przepisów Zbioru Zasad Etyki zależeć będzie w dużej mierze, jakie czynności mogą podejmować adwokaci zamierzający prezentować informacje o prowadzonej działalności.

W przepisie § 23a ust. 2 znowelizowanego Zbioru Zasad Etyki zostały ustalone formy przedstawiania przez adwokata informacji o świadczonej pomocy prawnej. Informacje te mogą być publikowane w szczególności poprzez umieszczenie na dokumentach firmowych, składanie ofert w postępowaniu o charakterze przetargu lub konkursu oraz składanie ofert na wyraźne życzenie potencjalnego klienta. Nadto nowelizacja Zbioru Zasad Etyki zniosła zakaz zamieszczania informacji o działalności adwokata w środkach masowego przekazu¹⁴. Zgodnie z § 23a ust. 2 Zbioru Zasad Etyki adwokat może zamieszczać informacje prasowe bezpośrednio związane z pomocą prawną według zasad opracowanych przez Naczelną Radę Adwokacką, zamieszczać wpisy w książkach adresowych i telefonicznych, przysyłać informacje za pomocą elektronicznych środków komunikacji na wyraźne życzenie potencjalnego klienta, umieszczać informacje na stronach internetowych oraz umieszczać dane o tej stronie w katalogach i wyszukiwarkach, stosownie oznaczać siedzibę kancelarii, wydawać broszury lub informatory¹⁵. Godzi się zauważyć, że wprowadzenie w § 23a ust. 3 Zbioru Zasad Etyki dopuszczalności publikowania

¹² Tekst jedn.: Dz.U. z 2004 r. Nr 253, poz. 2531 ze zm. Nadto na podstawie art. 2 lit. f europejskiej konwencji o telewizji ponadgranicznej z 9 lipca 1990 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 32, poz. 160) reklama oznacza wszelkie publiczne obwieszczenia mające na celu popieranie sprzedaży, zakupu lub wynajmu produktu lub usługi, promocję idei czy sprawy lub spowodowanie innego skutku pożądanego przez reklamującego, dla których to celów udzielono reklamującemu czasu transmisyjnego na zasadach odpłatności lub za inne podobne wynagrodzenie.

¹³ Por. J. Sobczak, *Ustawa prawo prasowe – Komentarz*, Warszawa 1999, cytowany dalej jako: Sobczak, *Komentarz*, s. 193–195; M. Gajlewicz, *Reklama, czy powinno istnieć dobro chronione*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, R. XLVI, 1993 r., z. 4, s. 2.

¹⁴ Por. § 23 ust. 5 *in fine* Zbioru Zasad Etyki sprzed nowelizacji dokonanej uchwałą nr 32/2005.

¹⁵ Również z § 6 i § 7 Niemieckiego Kodeksu Adwokatury wynika możliwość reklamy polegającej m.in. na publikowaniu przez adwokatów ogłoszeń w prasie i informatorach, wydawaniu broszur i pism zawierających informacje o zakresie świadczonych usług prawnych.

przez adwokatów informacji o prowadzonej działalności usankcjonowało coraz liczniejsze w ostatnich latach praktyki polegające na umieszczaniu przez adwokatów informacji na dokumentach firmowych, przedstawianiu informacji o kancelariach adwokackich w książkach adresowych i katalogach informacyjnych, a także w internecie, mimo iż możliwość ich publikowania nie wynikała ze Zbioru Zasad Etyki.

Dopuszczenie w § 23a ust. 2 pkt c Zbioru Zasad Etyki możliwości zamieszczania w prasie lub książkach adresowych informacji bezpośrednio związanych ze świadczoną pomocą prawną stanowi istotne złagodzenie zasad informowania o działalności prowadzonej przez adwokata. Dotychczas adwokat mógł tylko jednorazowo zamieścić informację w prasie o rozpoczęciu działalności i zmianie adresu, nazwiska lub nazwy¹⁶. Ogólnie wyznaczona w Zbiorze Zasad Etyki zasada dopuszczalności zamieszczania informacji prasowych została skonkretyzowana w uchwale nr 48/2006 Naczelnej Rady Adwokackiej w sprawie zasady zamieszczania przez adwokatów informacji prasowych bezpośrednio związanych ze świadczoną pomocą prawną. W szczególności na podstawie pkt I uchwały nr 48/2006 adwokat jest uprawniony do zamieszczania informacji prasowych bezpośrednio związanych ze świadczoną przez niego pomocą prawną, zawierających dane wymienione w ust. 3 lit. od „a” do „i” Zbioru Zasad Etyki, w formie ogłoszenia o rozmiarach nie większych niż 1/10 strony dziennika lub czasopisma z wyłączeniem stron od 1 do 3 oraz okładek, nie częściej niż raz w miesiącu w danym dzienniku lub czasopiśmie i nie więcej niż w trzech tytułach prasowych w miesiącu. W punkcie II uchwały nr 48/2006 Naczelna Rada Adwokacka zaleciła zamieszczanie w ogłoszeniu znaku Adwokatury Polskiej dostępnego nieodpłatnie w formie elektronicznej w Naczelnej Radzie Adwokackiej¹⁷. Określenie w § 23a ust. 2 lit. c Zbioru Zasad Etyki oraz w uchwale nr 48/2006, iż adwokat jest uprawniony do zamieszczania „informacji prasowych” mogłoby wskazywać, iż Naczelna Rada Adwokacka dopuściła możliwość publikowania przez adwokatów ogłoszeń we wszelkich publikacjach zaliczanych zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo prasowe¹⁸ do prasy, jak np. dzienniki i czasopisma, serwisy agencyjne, stałe przekazy tekstowe, biuletyny, programy radiowe i telewizyjne. Jednakże ogłoszenia adwokatów mogą być publikowane

¹⁶ Por § 23 ust. 5 Zbioru Zasad Etyki w brzmieniu nadanym mu uchwałą NRA z 10 października 1998 r.

¹⁷ Zamieszczanie w ogłoszeniu znaku Adwokatury Polskiej ma na celu odróżnienie ogłoszeń adwokatów o świadczonej pomocy prawnej od ogłoszeń publikowanych przez inne podmioty. Należy zwrócić uwagę, iż nie zobowiązuje on kategorycznie adwokatów do każdorazowego publikowania znaku Adwokatury Polskiej. Użyte sformułowanie „zalecane jest” wskazuje, że ewentualne pominięcie znaku Adwokatury Polskiej, np. w razie braku możliwości jego publikacji ze względu na ograniczone warunki techniczne dziennika bądź czasopisma, nie będzie stanowić bezwzględnej podstawy do pociągnięcia do odpowiedzialności dyscyplinarnej publikującego ogłoszenie adwokata.

¹⁸ Ustawa z 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. Nr 5, poz. 24 ze zm.), cytowana dalej jako: ustawa Prawo prasowe.

tylko w dziennikach i czasopismach, a nie pozostałych publikatorach zaliczanych do prasy, co wynika z doprecyzowania dokonanego w pkt 1 pkt 1 i 2 uchwały nr 48/2006 i określającego warunki publikowania ogłoszeń tylko w dziennikach i czasopismach¹⁹. Należy też zauważyć, że zakres przedmiotowy definicji czasopismo i dziennik nie obejmuje nośników elektronicznych takich jak np. telegazeta²⁰.

Nadto zgodnie z art. 36 ust. 2 ustawy Prawo prasowe wszelkie ogłoszenia, w tym ogłoszenia zamieszczane przez adwokatów, nie mogą być sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego. Publikowane przez adwokatów ogłoszenia mogą podlegać stosownej weryfikacji przez redakcję dziennika bądź czasopisma. Redakcja ma nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek odmówić opublikowania ogłoszenia sprzecznego z prawem lub zasadami współżycia społecznego²¹. Dodatkowo wydawca i redaktor mają prawo odmówić zamieszczenia ogłoszenia, jeżeli jego treść jest sprzeczna z linią programową bądź charakterem publikacji²².

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że zgodnie z § 23b ust. 6 Zbioru Zasad Etyki za publikowanie informacji adwokat nie może płacić żadnego wynagrodzenia z wyjątkiem rozsądnych kosztów publikacji. Nadto z przepisów Zbioru Zasad Etyki nie wynika, aby możliwość publikowania informacji o usługach świadczonych przez adwokata ograniczała się tylko do obszaru Polski. W opinii autora Zbiór Zasad Etyki nie wyłącza możliwości umieszczania przez polskich adwokatów ogłoszeń prasowych i komunikatów o prowadzonej działalności w zagranicznych książkach adresowych bądź wydawania broszur w innych krajach. W takim przypadku polski adwokat powinien stosować się do przepisów Zbioru Zasad Etyki, a nadto, na podstawie art. 2 ust. 4 Kodeksu Etyki Adwokatów Unii Europejskiej, powinien przestrzegać zasad etyki wykonywania zawodu obowiązujących w państwie goszczącym (nawet gdy nie przebywa na terenie innego państwa), a zatem również do obowiązujących w danym kraju zasad dotyczących publikowania informacji o prowadzonej działalności, jeśli zostały one określone w krajowym zbiorze zasad wykonywania zawodu bądź w ewentualnych innych przepisach dotyczących reklamy adwokatów.

Prócz warunków dotyczących zamieszczania informacji prasowych i wpisów w książkach adresowych w Zbiorze Zasad Etyki uregulowane zostały warunki udzielania przez adwokatów wypowiedzi dla środków masowego przekazu. W szczegól-

¹⁹ Na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo prasowe pod pojęciem dziennika należy rozumieć ogólnoinformacyjny druk periodyczny lub przekaz za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu, ukazujący się częściej niż raz w tygodniu. Czasopismem jest zaś zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo prasowe druk periodyczny ukazujący się nie częściej niż raz w tygodniu, a nie rzadziej niż raz w roku.

²⁰ Telegazeta emitowana przez Telewizję Polską S.A. nie jest dziennikiem w rozumieniu art. 7 ust. 1 pkt 2 prawa prasowego, lecz przekazem tekstowym w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy o radiofonii i telewizji; por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 11 października 1998 r. (I Aca 601/98), OSA w Warszawie z 1999 r., z. 3, poz. 26.

²¹ Sobczak, *Komentarz*, s. 345–346.

²² Por. art. 36 ust. 4 prawa prasowego.

ności na podstawie § 23b ust. 3 Zbioru Zasad Etyki niedopuszczalne jest odpłatne inspirowanie artykułów prasowych lub audycji, które pod pretekstem obiektywnej informacji mają służyć promocji adwokata, jego kancelarii lub spółki. Adwokat nie może więc publikować tzw. artykułów sponsorowanych bądź tekstów reklamowych, które będą jedynie pozorować obiektywny przekaz, a w rzeczywistości stanowić reklamę. Nie ma natomiast przeszkód, aby adwokat udzielał wypowiedzi dla mediów na temat prowadzonych przez siebie spraw. Udzielanie takich wypowiedzi nie może jednak naruszyć tajemnicy adwokackiej i powinno odbywać się przy poszanowaniu zasad wynikających ze Zbioru Zasad Etyki. Odnośnie do warunków wypowiedzi dla prasy zachowała aktualność zasada, na którą wskazał J. Ruff²³, że adwokat może współdziałać przy ogłoszeniu w prasie codziennej sprawozdań z procesów tylko o tyle, o ile wymagają tego względy rzeczowe, przy czym dbać powinien o to, żeby sprawozdanie ogłoszone było w formie wykluczającej nawet wrażenie reklamy.

Nowelizacja Zbioru Zasad Etyki istotnie poszerzyła zakres dopuszczalnych do opublikowania informacji o adwokacie i jego kancelarii²⁴. Przed nowelizacją Zbioru Zasad Etyki adwokat mógł publikować imię i nazwisko, tytuł naukowy, dane dotyczące zawodu, preferencji zawodowych, możliwości świadczenia pomocy prawnej w obcych językach, adresy i numery środków łączności. Po nowelizacji Zbioru Zasad Etyki do wyżej wymienionych informacji dołączono dodatkowo możliwość opublikowania znaku towarowego lub graficznego kancelarii lub spółki, nazwy i adresu kancelarii, adresu e-mail oraz nazwy strony internetowej, listy wspólników spółki, w której adwokat jest wspólnikiem wraz ze wskazaniem, który ze wspólników jest adwokatem, a jeśli w spółce powołane są osoby zarządzające – ich nazwisk wraz ze wskazaniem pełnionych funkcji, listy osób stale współpracujących z kancelarią lub spółką, tytułu lub stopnia naukowego adwokata, danych na temat rodzaju i zakresu świadczonej przez adwokata pomocy prawnej, ze wskazaniem preferowanych dziedzin prawa oraz współpracy z kancelariami zagranicznymi, podanie roku założenia kancelarii lub spółki oraz daty rozpoczęcia działalności, przynależność do określonej izby adwokackiej, wykaz publikacji adwokata, zamieszczenie informacji o posiadanych kwalifikacjach innych niż prawnicze, wizerunku adwokata. Ponadto, wyłącznie na życzenie klienta lub w ofercie skierowanej do potencjalnego klienta²⁵ adwokat może przedstawić oświadczenie na temat stawek wynagrodzeń i metod ich obliczania oraz wysokość ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Komentując przepisy dotyczące możliwości publikowania informacji bezpośrednio związanych ze świadczoną pomocą prawną należy zwrócić uwagę, że Zbiór

²³ Por. J. Ruff, *Dyscyplina adwokacka*, Warszawa 1939, cytowane dalej jako: Ruff, *Dyscyplina adwokacka*, s. 42.

²⁴ Por. art. 23a ust. 3 Zbioru Zasad Etyki.

²⁵ Por. § 23a ust. 3 pkt m–n Zbioru Zasad Etyki.

Zasad Etyki określa w § 23a ust. 2 oraz w § 23b zakres środków, którymi adwokat może posługiwać się przy informowaniu o świadczonych usługach. Nie może być dopuszczalne przekazywanie przez adwokata informacji o świadczonej pomocy w innej formie niż określona w przepisach Zbioru Zasad Etyki, np. na plakatach²⁶, ulotkach, bilbordach²⁷, wkładkach reklamowych, drukach bezadresowych dostarczanych przez pocztę bądź firmy kurierskie nieoznaczonym podmiotom, pojazdach komunikacji miejskiej²⁸, jak również w filmach reklamowych bądź radiowych audycjach reklamowych²⁹ itp.

Adwokat w upubliczniętych informacjach dotyczących jego osoby może podać prócz imienia i nazwiska oraz tytułu zawodowego adwokata dodatkowo posiadany tytuł lub stopień naukowy³⁰. W przepisie § 23a ust. 3 lit. k Zbioru Zasad Etyki wprowadzono też możliwości zamieszczenia przez adwokata dodatkowej informacji o posiadanych kwalifikacjach innych niż prawnicze. Należy zwrócić uwagę, iż podanie przez adwokata wzmianki o posiadanych kwalifikacjach innych niż prawnicze nie może naruszać przepisu § 23a ust. 1 pkt c Zbioru Zasad Etyki, który stanowi, że informacje przedstawiane przez adwokata powinny być dokładne i nie mogą wprowadzać w błąd. Dane o dodatkowych kwalifikacjach adwokata nie mogą stwarzać nieuzasadnionego oczekiwania co do wyników pracy adwokata. Możliwość upublicznienia informacji o kwalifikacjach innych niż prawnicze nie może też być interpretowana w taki sposób, że adwokat będzie mógł posługiwać się uzyskanymi przez niego bądź przez jego kancelarię znakami jakości³¹ w zakresie świadczonej pomocy prawnej. Należy też nadmienić, że orzecznictwo przedwojenne³² nie dopuszczało, aby obok tytułu adwokata używać w sprawach

²⁶ W okresie przedwojennym Izba Adwokacka we Lwowie uznała, że narusza zasady etyki adwokata, który rozpowszechnia wiadomości o otwarciu kancelarii poprzez rozlepianie w mieście, które obrał za swą siedzibę, różnobarwnych kolorowych afiszów (sygn. akt 22/26), por. Ruff, *Dyscyplina adwokacka*, s. 39.

²⁷ Zbiór Reguł Etyki Zawodowej i Reklamy Adwokatów Republiki Czeskiej w wersji z 8 listopada 1999 r. w art. 26 ust. 1 wprost zakazuje adwokatowi informowania o świadczonych usługach na bilbordach bądź plakatach.

²⁸ Podobnie w Niemczech niedopuszczalne jest umieszczenie informacji o kancelarii adwokackiej na taksówce; por. orzeczenie Landesgericht Nürnberg-Fürth z 20 maja 1998 r., sygn. akt 3 O 269/98, NJW z 1999 r., z. 9.

²⁹ Francuski Kodeks Etyki Adwokackiej w art. 10 ust. 2 wprost zabrania informowania przez adwokatów o świadczonych usługach za pośrednictwem reklam telewizyjnych bądź radiowych.

³⁰ Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz.U. Nr 65, poz. 595 ze zm.) stopniami naukowymi są stopnie doktora i doktora habilitowanego określonej dziedziny nauki w zakresie danej dyscypliny naukowej. Na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy o stopniach naukowych... tytułem naukowym jest tytuł profesora określonej dziedziny nauki.

³¹ Np. ISO 9000, Wielkopolska Jakość itp.

³² Orzeczenie Sądu Dyscyplinarnego z 9 listopada 1935 r., nr sprawy: 1745/D, „Palestra” 1936, s. 204, poz. 17.

i stosunkach zawodowych jakiegokolwiek innego tytułu, mogłoby to bowiem wywołać podejrzenie, że jest czynione w celu zdobycia klienteli. Nadto za zasadne należy uznać stanowisko wyrażone w uchwale Naczelnej Rady Adwokackiej z 27 kwietnia 1934 r.³³ dotyczącej zakazu wskazywania przez adwokatów, obok tytułu adwokata, zajmowanego poprzednio stanowiska w sądownictwie, prokuraturze bądź administracji.

Wśród wymienionych w § 23a ust. 3 Zbioru Zasad Etyki dopuszczalnych informacji dotyczących adwokata znajdują się dane na temat rodzaju i zakresu świadczonych pomocy prawnej, ze wskazaniem preferowanych dziedzin prawa. Godzi się zauważyć, że przepisy Zbioru Zasad Etyki, jak również ustawy Prawo o adwokaturze, nie ustalają zasad ewentualnej weryfikacji danych dotyczących preferencji zawodowych w zakresie rzeczywistego przygotowania adwokata do podejmowania spraw ze wskazanych jako preferowane dziedzin prawa³⁴. Wobec tego wskazanie informacji o preferowanych dziedzinach prawa winno być dokonywane przez adwokata z odpowiednią rozważą, aby nie mogło wprowadzać w błąd potencjalnych klientów co do posiadanych przez niego kompetencji. Nadto należy odróżnić podanie informacji o preferowanych dziedzinach prawa od obwieszczenia o specjalności adwokata. Adwokat nie może bowiem przypisać sobie znajomości specjalnej dziedziny i kwalifikować siebie samego jako specjalisty³⁵. Rozpowszechnianie takich informacji wykracza poza zakres prawnie dopuszczonych do opublikowania danych i ponadto może stanowić dla potencjalnych klientów adwokata sugestię co do możliwości osiągnięcia końcowego sukcesu w zleconej do prowadzenia sprawie³⁶. Z tych samych przyczyn publikowane informacje nie powinny zawierać wskazań co do jakości pracy świadczonej przez adwokata bądź merytorycznej oceny jego pracy³⁷.

³³ Uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej z 27 kwietnia 1934 r., „Palestra” 1935, s. 602.

³⁴ Ewentualna możliwość kontrolowania przedstawianych przez adwokatów informacji na temat preferowanych dziedzin prawa może zostać ustalona w przygotowywanej ustawie o sprawowaniu przez samorządy zawodowe pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodów zaufania publicznego oraz o nadzorze nad działalnością samorządów zawodowych (roboczy projekt ustawy – druk sejmowy z 27 września 2002 r.).

³⁵ Por. „Palestra” 1935, s. 601, poz. 70.

³⁶ Podobne stanowisko wyraził w Niemczech Landgericht Berlin w wyroku z 7 marca 2000 r. (sygn. akt 15 O 496/99), stwierdzając, iż niedopuszczalne jest wskazywanie na stronie internetowej kancelarii adwokackiej takich cech adwokatów jak: praca *fair*, niezawodność, najwyższa jakość (Fairneß, Zuverlässigkeit und Spitzenqualität).

³⁷ Wyrok Bundesgerichtshof z 27 stycznia 2005 r. (sygn. akt I ZR 202/02), Wettbewerb in Recht und Praxis 2005, z. 6, s. 738. W opinii niemieckiego Sądu Najwyższego pojęcie „optymalne reprezentowanie Państwa interesów” może dotyczyć wyposażenia biblioteki kancelarii, bogatych zbiorów orzecznictwa, liczby adwokatów, którzy mogą rozpoznawać sprawę. Zastosowane w informacji o kancelarii określenie „optymalne reprezentowanie” nie może jednak sugerować, że dotyczy ono jakości merytorycznej obsługi przez adwokata.

Wymienione w Zbiorze Zasad Etyki warunki i rygory dotyczące publikowania przez adwokata informacji o świadczonych usługach dotyczą także ogłoszeń elektronicznych przyjmujących charakter stron internetowych kancelarii adwokackich. Na internetowej stronie kancelarii nie można publikować informacji innych niż określone w przepisach § 23a oraz 23b ust. 2 Zbioru Zasad Etyki. W opinii autora ograniczenie to należy odnosić do wszelkich metod udostępniania danych za pośrednictwem internetu. Nie jest więc możliwe obejście przepisów Zbioru Zasad Etyki poprzez umieszczenie dodatkowych, niedopuszczalnych informacji o adwokacie bądź jego kancelarii na serwerze znajdującym się za granicą lub za pośrednictwem wykupionej zagranicznej domeny. Ponadto naruszenie przepisów Zbioru Zasad Etyki może stanowić zachowanie polegające na instalowaniu na stronach kancelarii adwokackich tzw. otwartych ksiąg gości, w których internauci mogliby prezentować m.in. swoje opinie o adwokacie i jego kancelarii. Zainstalowanie księgi gości może bowiem spowodować, że osoby będące klientami bądź podające się za klientów będą przedstawiać takie informacje o kancelarii i świadczonych przez nią usługach, które u osób odwiedzających tę stronę mogą stwarzać prawdopodobieństwo wywołania nieuzasadnionego oczekiwania co do wyników pracy adwokata, zawierać bezpośrednie porównania w zakresie jakości z innymi możliwymi do identyfikacji adwokatami i członkami innych korporacji prawniczych lub ich krytykę bądź zawierać elementy ocenne. Tym samym przedstawione w księdze gości informacje będą mogły stanowić naruszenie § 23b ust. 2 Zbioru Zasad Etyki.

Na podstawie § 23b ust. 2 Zbioru Zasad Etyki pisma adresowane do klientów adwokata bądź do osób, które wyraziły życzenie uzyskania informacji o adwokacie, nie mogą stwarzać prawdopodobieństwa wywołania nieuzasadnionego oczekiwania co do wyników pracy adwokata, powoływać się na osobistą znajomość sędziów, prokuratorów i urzędników, zawierać bezpośrednich porównań w zakresie jakości z innymi możliwymi do identyfikacji adwokatami i członkami innych korporacji prawniczych lub ich krytyki, posługiwać się niestosowną lub natarczywą formą, zawierać jakichkolwiek elementów ocennych. Dodatkowo zgodnie z § 23b ust. 4 Zbioru Zasad Etyki niedopuszczalne jest zwracanie się przez adwokata do potencjalnych klientów w celu przekazywania im informacji o swojej działalności, również podczas nieproszonych wizyt, rozmów telefonicznych i w korespondencji do osób niezwracających się do adwokata o pomoc prawną. Do niedozwolonych przypadków zwracania się do potencjalnych klientów wymienionych w § 23b ust. 4 Zbioru Zasad Etyki nie można jednak zaliczyć wystąpień adwokata na konferencjach i sympozjach, prezentowania fachowych wykładów bądź organizowania seminariów tematycznych. Te formy działalności adwokata nie są przejawem bezpośredniego zwracania się do potencjalnych klientów w celu przedstawienia im informacji o prowadzonej działalności, nie można więc uznać, że naruszają zasady określone w § 23b ust. 4 Zbioru Zasad Etyki.

Zgodnie z przepisem § 23b ust. 5 Zbioru Zasad Etyki niedopuszczalne jest zleca-

nie osobom trzecim rozpowszechniania informacji o adwokacie³⁸. Do tych zachowań można zaliczyć nie tylko przypadki opłacania osób bezpośrednio wyszukujących dla adwokata potencjalnych klientów, ale także wszelkie formy korzystania z usług podmiotów zajmujących się marketingiem za pośrednictwem elektronicznych środków przekazu, jak np. firm teleinformacyjnych prowadzących marketing poprzez telefonowanie bądź wizyty w domach potencjalnych klientów itp. Jako naruszenie zakazu tkwiącego w § 23b ust. 5 Zbioru Zasad Etyki może zostać uznane korzystanie przez adwokata z usług osoby trzeciej, nawet gdy działa ona pod tytułem darmowym albo wynagrodzenie za udzieloną pomoc uzyskuje od pozyskanych dla adwokata klientów. W opinii autora nie można natomiast uznać za naruszenie § 23b ust. 5 Zbioru Zasad Etyki publikowania w niektórych periodykach list 100 czy 500 największych w kraju kancelarii. Przekazywanie redakcjom danych dotyczących struktury i wielkości kancelarii nie powinno zostać uznane za przejaw zlecenia rozpowszechniania informacji o adwokacie, a opublikowanie tych danych, o ile ich zakres nie wykracza poza limit określony w § 23a ust. 3 lit. od „a” do „i”, można uznać za zamieszczanie informacji prasowych, dopuszczalnych na podstawie § 23a ust. 2 lit. c Zbioru Zasad Etyki.

W przepisie art. 23a ust. 3 pkt m Zbioru Zasad Etyki została usankcjonowana możliwość umieszczania w informacjach dotyczących adwokata oświadczenia na temat stosowanych przez niego stawek wynagrodzeń i metod ich obliczania. Przedstawienie tych danych może nastąpić wyłącznie na życzenie klienta lub w ofercie skierowanej do potencjalnego klienta. Zgodnie z art. 23a ust. 4 Zbioru Zasad Etyki każda informacja dotycząca wynagrodzenia lub sposobu jego obliczania musi być sformułowana jednoznacznie. Adwokat powinien w niej wyraźnie określić, czy wynagrodzenie obejmuje ponoszone wydatki oraz podatki i inne opłaty. Nie jest zatem dopuszczalne umieszczanie danych dotyczących stawek wynagrodzenia w pismach skierowanych do nieograniczonej liczby osób bez określenia, jakich spraw bądź porad dotyczą; mogą one bowiem być mylące i ze względu na niekompletność wprowadzać w błąd potencjalnych klientów³⁹.

³⁸ Zgodnie z orzeczeniem Sądu Dyscyplinarnego we Lwowie z 7 maja 1935 r. niegodnymi środkami stara się uzyskać klientów adwokat, który swoim uwikłanym w śledztwo karne i przebywającym w areszcie śledczym klientom bądź osobiście, bądź przez członków ich rodzin wręcza kartki ze swoim adresem z prośbą o polecenie go jako obrońcy towarzyszom z celi więziennej; por. J. Baseches, J. Koris, *Ustrój adwokatury oraz zasady etyki adwokackiej*, Lwów 1938, s. 369.

³⁹ Na marginesie warto wskazać, że przedstawianie informacji o stawkach za świadczone usługi w pismach kierowanych *ad incertis personas* nie musi wpływać skutecznie na przyciągnięcie nowych klientów. Badania przeprowadzone w roku 2001 wśród adwokatów w Niemczech wykazały, że 73% adwokatów udziela informacji na temat wysokości honorarium dopiero po zapytaniu przez klienta. Tylko 7% kancelarii przedstawiało w internecie informacje dotyczące wysokości opłat za usługi adwokackie i wskazało, że mogą one skutecznie przyciągnąć nowych mandantów; por. K. Krämer, *Zur Zukunft der anwaltlichen Honorargestaltung – neue empirische Ergebnisse zur Nutzung unterschiedlicher Honorarmodelle durch Anwälte*, *Anwaltsblatt* 2002, s. 264.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy stwierdzić, że wprowadzenie nowych przepisów dotyczących informowania o świadczonych usługach umożliwiło adwokatom w większym zakresie niż poprzednio przedstawianie informacji o prowadzonej działalności, jak również znacznie ułatwiło realizowanie przez społeczeństwo prawa do informacji. Należy wyrazić nadzieję, że zmiana Zbioru Zasad Etyki w zakresie warunków informowania przez adwokatów o pomocy prawnej usprawni przekazywanie przez adwokatów obiektywnej, rzeczowej i wiarygodnej informacji oraz spowoduje prowadzenie uczciwej konkurencji między prawnikami przy zachowaniu dbałości o prestiż i godność zawodu, tak, by rynku usług prawnych nie zdominowali najbardziej bezwzględni, dysponujący największymi nakładami na promocję. Należy też zwrócić uwagę, że choć nowelizacja Zbioru Zasad Etyki wprowadziła znacznie bardziej szczegółowe regulacje dotyczące przedstawiania przez adwokatów informacji o prowadzonej działalności, to nowe przepisy

WAŻNE DLA PRAKTYKI

Roman Nowosielski, Michał Sowiński, Maciej Śledź

Nowa ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – nowe rozwiązania, nowe problemy

Wejście w życie nowej ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2005 r. Nr 167, poz. 1398) wywołało niemały popłoch wśród profesjonalnych pełnomocników. Ustawa ta wprowadziła rewolucyjne zmiany tak w sposobie obliczania, uiszczania opłat sądowych, jak i w skutkach procesowych uiszczenia opłaty w niewłaściwej wysokości, czy też w przypadku nieuiszczenia opłaty. Czy jednak zmiany te można uznać za przemyślane? Z całą pewnością nie. Posłużmy się przykładem: Pełnomocnik profesjonalny składa apelację podlegającą opłacie stosunkowej, jednakże wskutek pomyłki uiszcza opłatę w zbyt małej wysokości. Co wówczas powinien zrobić Sąd? Postaramy się na to pytanie odpowiedzieć.

Art. 130² § 3 k.p.c. stanowi, że:

„Sąd odrzuca bez wezwania o uiszczenie opłaty pismo wniesione przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego, środki odwoławcze lub środki zaskarżenia (apelację, zażalenie, skargę kasacyjną, skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, sprzeciw od wyroku zaocznego, zarzuty od nakazu zapłaty, skargę na orzeczenie referendarza sądowego) podlegające opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu zaskarżenia”.

Uważna lektura art. 130² § 3 k.p.c. pozwala stwierdzić, że przepis ten nie wskazuje, w jakim wypadku Sąd odrzuca środek odwoławczy wniesiony przez adwokata lub innego pełnomocnika profesjonalnego. Nie można bowiem przyjąć, zgodnie z literalnym brzmieniem powyższego przepisu, iż dzieje się tak w każdym wypadku, gdy pełnomocnik profesjonalny wnosi środek odwoławczy lub inne pismo „podlegające opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu zaskarżenia”.

Dla wskazania podstawy prawnej ewentualnego odrzucenia apelacji wniesionej

przez pełnomocnika zawodowego konieczne jest zatem sięgnięcie do art. 370 k.p.c., który stanowi, iż:

„Sąd pierwszej instancji odrzuci na posiedzeniu niejawnym apelację wniesioną po upływie przepisanego terminu, nieopłaconą lub z innych przyczyn niedopuszczalną, jak również apelację, której braków strona nie uzupełniła w wyznaczonym terminie”.

Z treści art. 130² § 3 w zw. z art. 370 k.p.c. wynika, że apelacja wniesiona przez pełnomocnika profesjonalnego podlega odrzuceniu tylko wtedy, gdy:

1. podlega opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu zaskarżenia,
2. jest apelacją nieopłaconą – nie została w ogóle opłacona przy wniesieniu jej do Sądu.

Tylko w wypadku jednoczesnego spełnienia obu powyższych warunków istnieją podstawy do odrzucenia apelacji z powodu uchybienia dotyczącego opłaty od tejże apelacji, którego dopuścił się pełnomocnik zawodowy. Ze względu na doniosłe konsekwencje wynikające z przedstawionej powyżej normy należy wskazać, że interpretacja powyższych przepisów powinna być dokonywana w sposób ścisły. Z kolei taka właśnie wykładnia tych przepisów nakazuje stosować je zgodnie z ich literalnym brzmieniem i tylko w przypadkach tam wymienionych.

Co jednak w przypadku, gdy uiszcimy opłatę w niewłaściwej wysokości? Czy wówczas również znajdują zastosowanie art. 130² § 3 k.p.c. w zw. z art. 370 k.p.c. i apelacja opłacona, lecz w niewłaściwej wysokości, również zostanie odrzucona? Poniżej przedstawiona wykładnia przepisów wskazuje jednoznacznie, że nie. Zdaniem autorów niniejszego artykułu, w takim przypadku zajdzie konieczność wydania przez Przewodniczącego zarządzenia o zwrocie apelacji. W takiej sytuacji pełnomocnik będzie uprawniony do uiszczenia brakującej opłaty w terminie tygodniowym od dnia doręczenia zarządzenia o zwrocie pisma, co sprawi, że w przypadku wniesienia tejże opłaty w terminie i we właściwej wysokości pismo (apelacja) wywoła skutek od daty pierwotnego wniesienia.

Powyżej przedstawione stanowisko potwierdzają poniżej przedstawione argumenty.

Po pierwsze, aby uporządkować dalsze wywody, ustalić należy zakres obowiązywania art. 130² § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 130² § 3 w zw. z art. 370 k.p.c.

I tak, zgodnie z art. 130² § 1 k.p.c.:

„pismo wniesione przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego, które nie zostało należycie opłacone, przewodniczący zwraca bez wezwania o uiszczenie opłaty, jeżeli pismo podlega opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu sporu”.

Art. 130² § 1 k.p.c. dotyczy więc:

1) pism, a więc wszelkich pism procesowych: pozwów, wniosków w postępowaniu nieprocesowym, środków odwoławczych, tak zwyczajnych, jak i nadzwyczajnych, etc.,

2) wniesionych przez pełnomocników profesjonalnych,

3) podlegających opłacie stałej lub stosunkowej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu sporu,

4) **nienależycie opłaconych, a więc pism, od których została wniesiona opłata, lecz nie w takiej wysokości, w jakiej przewidują to obowiązujące przepisy określające wysokość opłaty.**

W takim przypadku art. 130² § 1 k.p.c. nakazuje pismo zwrócić, a z kolei art. 130² § 2 k.p.c. procedurę „sanacyjną”, która zgodnie z treścią art. 130² § 2 k.p.c. polega na tym, że:

„W terminie tygodniowym od dnia doręczenia zarządzenia o zwrocie pisma z przyczyn określonych w § 1 strona może uiścić brakującą opłatę. Jeżeli opłata została wniesiona we właściwej wysokości, pismo wywołuje skutek od daty pierwotnego wniesienia. Skutek taki nie następuje w razie kolejnego zwrotu pisma z tej samej przyczyny”.

Z kolei przepis art. 130² § 3 k.p.c. stanowi, że:

„Sąd odrzuca bez wezwania o uiszczenie opłaty pismo wniesione przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego środki odwoławcze lub środki zaskarżenia (apelację, zażalenie, skargę kasacyjną, skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, sprzeciw od wyroku zaocznego, zarzuty od nakazu zapłaty, skargę na orzeczenie referendarza sądowego) podlegające opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu zaskarżenia”.

Zgodnie zaś z art. 370 k.p.c.:

„Sąd pierwszej instancji odrzuci na posiedzeniu niejawnym apelację wniesioną po upływie przepisanego terminu, nieopłaconą lub z innych przyczyn niedopuszczalną, jak również apelację, której braków strona nie uzupełniła w wyznaczonym terminie”.

Tak więc z normy art. 130² § 3 k.p.c. w zw. z art. 370 k.p.c. wynika, że podlegają odrzuceniu:

1) środki odwoławcze lub środki zaskarżenia (apelacja, zażalenie, skarga kasacyjna, skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, sprzeciw od wyroku zaocznego, zarzuty od nakazu zapłaty, skarga na orzeczenie referendarza sądowego),

2) podlegające opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu zaskarżenia,

3) wniesione przez pełnomocnika profesjonalnego,

4) **nieopłacone, a więc takie, które w ogóle nie zostały opłacone pomimo tego, że obowiązujące przepisy o kosztach sądowych nakazują uiszczenie stosownej opłaty.**

Po drugie, określić należy wzajemny stosunek ww. norm, a więc art. 130² § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 130² § 3 w zw. z art. 370 k.p.c.

Na pierwszy rzut oka wydaje się, że w omawianej sytuacji powinien mieć zastosowanie art. 130² § 3 w zw. z art. 370 k.p.c. Jednakże uważna wykładnia nakazuje

przyznać prymat art. 130² § 1 i 2 k.p.c., co wynika z poniżej przedstawionych argumentów.

Analizując przesłanki zwrotu pisma (art. 130² § 1 i 2 k.p.c.) oraz odrzucenia apelacji (art. 130² § 3 w zw. z art. 370 k.p.c.), należy stwierdzić, że obie te normy dotyczą sytuacji wniesienia pisma podlegającego opłacie stałej lub stosunkowej od podanej przez stronę wartości przedmiotu sporu przez pełnomocnika profesjonalnego (adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego). Jest to bezsporne na gruncie ww. przepisów.

Zauważyć przy tym należy, że art. 130² § 3 k.p.c. w zw. z art. 370 k.p.c. dotyczy apelacji nieopłaconej, to znaczy takiej, która w ogóle nie została opłacona, pomimo tego że przepisy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych nakazują taką opłatę uiścić. Z kolei przepisy art. 130² § 1 i 2 k.p.c. dotyczą pism w ogólności (nie ulega przy tym wątpliwości, że także apelacji), które zostały nienależycie opłacone, a więc takich, które zostały opłacone, lecz nie w takiej wysokości, jaka wynika z obowiązujących w tej mierze przepisów (tak w przypadku wniesienia opłaty w zbyt małej wysokości, jak i w zbyt dużej wysokości).

Tak więc pomiędzy art. 130² § 3 w zw. z art. 370 k.p.c. a art. 130² § 1 i 2 k.p.c. nie zachodzi stosunek szczególności w tym znaczeniu, że art. 130² § 3 w zw. z art. 370 k.p.c. miałby stanowić *lex specialis* w stosunku do art. 130² § 1 i 2 k.p.c. Fakt, iż art. 130² § 3 w zw. z art. 370 k.p.c. dotyczy apelacji, nie ma przy tym decydującego znaczenia, albowiem art. 130² § 3 również stanowi, że dotyczy pisma: „Sąd odrzuca bez wezwania o uiszczenie opłaty **pismo** wniesione przez...”. Tak więc zarówno § 3, jak i § 1 i § 2 art. 130² k.p.c. dotyczą pism procesowych, które jak wiadomo są kategorią szeroką i obejmują także środki zaskarżenia, w tym apelację. Na tym polu nie można zatem mówić o stosunku ogólności – szczególności pomiędzy tymi przepisami. Ponadto, w odniesieniu do apelacji, jak już wykazywano wcześniej, art. 130² § 3 w zw. z art. 370 k.p.c. dotyczą **apelacji nieopłaconej**, zaś art. 130² § 1 i 2 k.p.c. **apelacji nienależycie opłaconej**. Także i w tym względzie nie ma więc mowy o stosunku ogólności – szczególności pomiędzy omawianymi przepisami. Dotyczą one bowiem dwóch różnych kategorii apelacji (nieopłaconej, nienależycie opłaconej). Przepisy te mają zatem **charakter rozłączny**, tzn. ich hipotezy nie pozostają ze sobą w stosunku krzyżowania (nie nakładają się na siebie), a tylko w takim wypadku można by ewentualnie mówić o stosunku ogólności – szczególności.

Ze względu na wyżej przedstawione argumenty uznać należy, że w przypadku wniesienia przez pełnomocnika procesowego apelacji podlegającej opłacie stosunkowej i uiszczenia przez tegoż pełnomocnika opłaty w wysokości niewłaściwej, a więc innej niż przewidziana przepisami o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Przewodniczący powinien zarządzić zwrot apelacji. W takiej sytuacji pełnomocnik procesowy w terminie tygodniowym od dnia doręczenia zarządzenia o zwrocie pisma (apelacji) ma możliwość uiszczenia brakującej opłaty. Konsekwentnie w takim przypadku, wniesione pismo wywołuje skutek od daty pierwotnego wniesienia.

Przeciwna wykładnia ww. przepisów byłaby nieuzasadniona, głównie ze wzglę-

du na przedstawioną powyżej gramatyczną ich wykładnię. Zauważyć należy, że Kodeks postępowania cywilnego posługuje się dwoma terminami:

- 1) pismo, które **nie zostało należycie opłacone**,
- 2) pismo, które **nie zostało opłacone**.

Jest przy tym niewątpliwe, zgodnie z zasadą racjonalnego ustawodawcy, że skoro posługuje się on dwoma różnymi terminami, to uznać należy, że pojęcia te odpowiadają dwóm różnym desygnatom. Lektura kodeksu postępowania cywilnego pozwala uznać, że pismo, które **nie zostało należycie opłacone**, to pismo podlegające opłacie stałej lub stosunkowej, które zostało wprawdzie opłacone, lecz wysokość tejże opłaty nie odpowiada jej rzeczywistej, obliczonej zgodnie z przepisami wysokości. Z kolei **pismo nieopłacone** to takie pismo, które pomimo tego, że podlega opłacie, nie zostało w ogóle opłacone. Co do tego nie ma żadnych wątpliwości.

W stosunku do każdego z ww. pojęć ustawodawca zastosował różny tryb:

- 1) w stosunku do pism **nienależycie opłaconych** – zwrot pisma dokonywany przez Przewodniczącego,
- 2) w stosunku do środków zaskarżenia oraz środków odwoławczych **nieopłaconych** – odrzucenie tych środków postanowieniem Sądu.

Zaznaczyć przy tym należy, że nie sposób dokonywać takiej interpretacji, zgodnie z którą środek odwoławczy nieopłacony oznaczał będzie także środek odwoławczy, który został nienależycie opłacony. Taka interpretacja byłaby sprzeczna z gramatyczną wykładnią opisanych pojęć.

Powyższe sprowadza się do konstatacji, że apelacja podlegająca opłacie stosunkowej od podanej przez stronę wartości, która została opłacona, lecz w niewłaściwej wysokości, powinna zostać zwrócona przez Przewodniczącego zgodnie z art. 130² § 1 k.p.c.

Zaznaczyć należy, że taka właśnie, przedstawiona powyżej interpretacja przepisów art. 130² § 1 i 2 k.p.c. oraz 130² § 3 k.p.c. w zw. z art. 370 k.p.c. jest nie tylko zgodna z ich literalnym brzmieniem, lecz także z *ratio legis* nowych przepisów dotyczących opłat sądowych. Przeciwnie stanowisko Sądu powodowałoby bowiem istotne ograniczenie prawa stron do rozpatrzenia sprawy przez sąd. Z kolei przedstawiona wyżej wykładnia ww. przepisów pozwala uniknąć zbyt pochopnych decyzji o odrzuceniu apelacji i rozwiązuje problem, który dostrzegł w swym artykule Dariusz Jan Babski („Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Pomyłka kosztuje”, „Rzeczpospolita” nr 54 z 4 marca 2006 r.). Jak już autorzy podkreślali, zamiarem ustawodawcy, który wprowadzał reformę uregulowań dotyczących kosztów sądowych w sprawach cywilnych, było uproszczenie sposobu uiszczania opłat w sprawach cywilnych. Zbyt restrykcyjne, nieuzasadnione stosowanie art. 130² § 3 k.p.c. w zw. z art. 370 k.p.c. celu tego nie tylko nie realizuje, co więcej, jest z nim wyraźnie sprzeczne, powodując dodatkowe utrudnienia dla stron w obliczaniu i uiszczaniu opłat sądowych (w stosunku do dotychczasowej regulacji tych kwestii). Jednak przede wszystkim interpretacja taka prowadzi do daleko

zbyt restrykcyjnego traktowania omyłek przy uiszczaniu opłat sądowych. W konsekwencji stosowania takiej interpretacji następuje zaś znaczne zawężenie prawa strony do sądu, działające na zasadzie: *jeżeli strona popełni błąd w obliczeniach opłaty sądowej, zostaje pozbawiona drogi do sądu*. Tymczasem nawet gramatyczna wykładnia przepisów dotyczących uiszczania opłat sądowych od środków zaskarżenia, co wykazano wyżej, sprowadza się do rozumowania: *jeżeli strona nie uiści opłaty w ogóle (apelacja nieopłacona), zamyka sobie drogę do sądu* – interpretacja taka stosowana była także na gruncie dotychczasowej regulacji dotyczącej kosztów sądowych w sprawach cywilnych.

Równie ciekawą kwestią, jak powyżej przedstawiona, są skutki niedokonania przez pełnomocnika profesjonalnego zaokrąglenia opłaty stosunkowej stosownie do treści art. 21 ustawy o kosztach cywilnych. Wspomnieć tu należy, że w związku z wejściem w życie nowej ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych pojawił się problem zaokrąglenia opłat stosunkowych uiszczanych od środków odwoławczych, w tym oczywiście również od apelacji wnoszonej przez zawodowego pełnomocnika. Ścisłej rzecz ujmując, chodzi o kwestię, czy uiszczenie opłaty sądowej od apelacji bez jej należytego zaokrąglenia skutkować winno odrzuceniem tej apelacji.

Problem nie jest wbrew pozorom błahy i dostrzeżony został przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, który postanowieniem z 20 lipca 2006 r., w sprawie toczącej się pod sygnaturą akt: I Acz 938/06, przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne: „Czy sankcja procesowa ustanowiona w art. 130² § 3 k.p.c. odnosi się także do sytuacji, w której opłata stosunkowa została obliczona i opłacona przez adwokata bez zaokrąglenia końcówki do pełnego złotego”.

Sprawa jest obecnie zarejestrowana w Sądzie Najwyższym pod sygnaturą akt: III CZP 83/06.

Nowa ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych przewiduje bowiem w art. 21, iż końcówkę opłaty zaokrągla się w górę do pełnego złotego, zgodnie zaś z poprzednią regulacją zaokrąglenie następowało w górę do pełnej dziesiątki groszy – art. 26 ustawy z 13 czerwca 1967 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jednolity Dz.U. z 2002 r. Nr 9, poz. 88). Na tym tle, wobec wykształconego przez wiele lat przyzwyczajenia, dochodzić może do licznych błędów i pomyłek. Posługując się przykładem: uiszczona zostaje opłata w wysokości 500 złotych i 50 groszy, zaś zgodnie z art. 21 nowej ustawy o kosztach sądowych, uiszczona winna być opłata w wysokości 501 zł (po zaokrągleniu kwoty 500 zł i 50 gr do pełnego złotego).

Przed wszystkim autorzy niniejszego tekstu stoją na stanowisku, iż brak zaokrąglenia z pewnością nie powoduje, że apelacja jest nieopłacona. Co najwyżej można by uznać, iż została ona opłacona nienależycie. Brak zaokrąglenia należy bowiem rozpatrywać odrębnie, jako nieskorzystanie przez stronę z pewnego uproszczenia, ułatwienia przewidzianego przez ustawodawcę.

Za powyższym stanowiskiem przemawiają liczne argumenty.

W pierwszej kolejności należy mieć na uwadze *ratio legis* przepisu art. 21 ustawy. Przy czym już w tym miejscu należy wskazać, iż w uzasadnieniu postanowienia **Sądu Najwyższego z 5 sierpnia 2005 r., wydanego w sprawie toczącej się pod sygn. akt: II CZ 68/05**, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż w przypadku wykładni przepisów dotyczących odrzucenia środków zaskarżenia należy mieć w szczególnym stopniu na względzie *ratio legis* tychże przepisów, z uwagi na niebezpieczeństwo odebrania stronie prawa do sądu przy interpretacji niewłaściwej. Ponadto Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż racjonalny ustawodawca tworzy przepisy, by ułatwiać stronom i sądowi doprowadzenie do rozstrzygnięcia sprawy, a nie po to, by merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy utrudnić.

W uzasadnieniu powyższego postanowienia Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, iż:

*„W sytuacji gdy wnoszący apelację zaskarży w całości wyrok, a nadto dodatkowo wskazuje, że wnosi o zmianę tego wyroku i oddalenie powództwa, to nie ulega wątpliwości, jaki jest zakres jego żądania. Nawet więc bez użycia słowa, że wyrok, od którego wnoszona jest apelacja, ma być zmieniony lub uchylony w całości, nie budzi wątpliwości. W tej sytuacji przywiązywanie do braku tego słowa tak daleko idących skutków, jak uczynił to Sąd Apelacyjny, nie pozostaje w zgodzie z ideą **racjonalnego ustawodawcy, który tworzy przepisy postępowania po to, aby ułatwić stronom i sądowi rozpoznającemu sprawę jej rozstrzygnięcie, a nie po to, aby przy pomocy tych przepisów pozbawić stronę jednego z najważniejszych jej uprawnień, jakim jest możliwość skorzystania z kontroli instancyjnej, poprzez wykładnię ściśle literalną tych przepisów, oderwaną od celu, jakiemu mają one służyć**”.*

Zatem Sąd Najwyższy jest przeciwny ściśle literalnej wykładni przepisów dotyczących odrzucenia środków zaskarżenia, dokonywanej w oderwaniu od celu, jakiemu przepisy te służą. Uzasadnione jest to w ocenie Sądu Najwyższego groźbą pozbawienia strony prawa do sądu.

Wracając do art. 21 ustawy – jest on typowym przepisem techniczno-organizacyjnym. Nie ma wątpliwości, iż przepis dotyczący zaokrąglenia w górę do pełnego złotego obliczonej opłaty sądowej **nie ma na celu zwiększenia dochodów budżetu państwa czy też dodatkowego dookreślenia wysokości opłat sądowych w sprawach cywilnych**. Wysokość opłat wynika bowiem wprost z przepisów ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, w tym z art. 13 ustawy, zgodnie z którym: *„Opłatę stosunkową pobiera się w sprawach o prawa majątkowe; wynosi ona 5% wartości przedmiotu sporu lub przedmiotu zaskarżenia, jednak nie mniej niż 30 złotych i nie więcej niż 100 000 złotych”.*

Należy zatem przyjąć, iż bez wątplenia jedynym celem, któremu służy art. 21 ustawy, jest uproszczenie wnoszenia opłat sądowych – ułatwienie wnoszenia tychże opłat.

Za takim rozumieniem przepisu art. 21 ustawy przemawia zarówno jego brzmienie, jak i ogólne cele ustawy wskazane w uzasadnieniu projektu tejże ustawy.

Z samego określenia „zaokrąglić” wynika, iż chodzi o pewne uproszczenie – rezygnację z dokładnego podania, określenia sumy uzyskanej w wyniku jakiegoś działania, na rzecz sumy uzyskanej w wyniku zastosowanego uproszczenia.

Ponadto należy mieć na uwadze sformułowanie art. 21 ustawy. Przepis ten stanowi, iż:

„Końcówkę opłaty zaokrągliła się w górę do pełnego złotego”.

Należy zwrócić uwagę, iż powyższy przepis nie stanowi, że po dokonaniu zaokrąglenia uzyskuje się opłatę w prawidłowej wysokości – w takim wypadku brzmiałby on w ten sposób:

„Końcówkę kwoty stanowiącej 5% wartości przedmiotu zaskarżenia zaokrągliła się do pełnego złotego. Tak obliczona kwota stanowi opłatę, którą strona obowiązana jest uiścić”, lub w sposób analogiczny.

Tymczasem brzmienie przepisu art. 21 ustawy jest całkowicie odmienne. Wynika z niego, iż najpierw, poprzez dokonanie stosownego działania matematycznego, oblicza się kwotę opłaty stosunkowej, a potem tak uzyskaną opłatę zaokrągliła się w określony sposób.

Przepis art. 21 ustawy wyraźnie stanowi więc nie o wysokości opłaty sądowej, a o pewnym uproszczeniu przy uiszczaniu tejże opłaty.

Również z uzasadnienia projektu ustawy wynika, iż jej nadrzędnym celem było uproszczenie postępowania dotyczącego uiszczania opłat sądowych – druk sejmowy nr 2582 z 2 lutego 2004 r., s. 60–63.

Ze wskazanych w powyższym uzasadnieniu celów wprowadzenia nowej regulacji kosztów sądowych, jednym z głównych jest uproszczenie i usprawnienie mechanizmu uiszczania opłat sądowych. Nie ma wątpliwości, że celowi temu, i tylko temu, służy zaokrąglenie kwot opłat sądowych obliczanych w wyniku wprowadzenia 5% z wartości przedmiotu zaskarżenia (czy też sporu w przypadku pozwu).

Ponadto, podnieść należy, iż uproszczenie, o którym mowa wyżej, w przypadku art. 21 ustawy polegało nie tylko na wprowadzeniu zaokrąglenia opłat, ale również na zmianie dotychczasowego zakresu zaokrąglenia. Przypomnieć bowiem należy, iż dotychczas końcówki opłat zaokrągliła się wwyż do pełnej dziesiątki groszy. Wprowadzenie innego poziomu zaokrąglenia – z dziesiątek groszy na pełne złote, z całą pewnością stanowi istotny krok w kierunku ułatwienia uiszczania opłat sądowych. Zabieg taki był tym bardziej racjonalny, iż dotychczas to sądy dokonywały obliczenia opłat stosunkowych i wzywały do ich uiszczenia, zaś obowiązek samoistnego uiszczania opłat sądowych dotyczył jedynie wpisów stałych, które w zasadzie nie wymagały zaokrąglenia. Zgodnie z nową regulacją, obowiązek obliczania opłat stosunkowych został w znacznej części przeniesiony na strony, które są reprezentowane przez zawodowego pełnomocnika. Stąd ustawodawca uznał, iż zasadne jest dalsze uproszczenie dotyczące dokonywania zaokrąglenia.

Nie bez znaczenia jest również fakt, iż niedokonanie zaokrąglenia w górę do pełnego złotego prowadzi do uiszczenia kwoty niższej, aniżeli kwota uzyskana po

takim zaokrągleniu, o od 1 grosza do maksymalnie 99 groszy. Nieuiszczenie kwoty maksymalnie 99 groszy, a minimalnie 1 grosza nie może prowadzić do odrzucenia apelacji, nawet wówczas gdy uiszczona została kwota stanowiąca 5% wartości przedmiotu zaskarżenia.

Jeżeli zatem uiszczona opłata od apelacji została obliczona zgodnie z art. 13 nowej ustawy i stanowi 5% wartości przedmiotu zaskarżenia, jednakże nie dokonano zaokrąglenia opłaty do pełnego złotego, to, w ocenie autorów niniejszego artykułu, nie może być mowy o nieopłaceniu apelacji. Mając bowiem na uwadze wcześniejsze rozważania, biorąc pod uwagę cel art. 21 ustawy – ułatwienie, uproszczenie dokonywania wpisu, niezasadne byłoby odrzucenie apelacji jedynie z powodu niezastosowania przez pełnomocnika strony tego ułatwienia, uproszczenia, w sytuacji, w której wpis od apelacji został uiszczony w prawidłowej wysokości – 5% wartości przedmiotu zaskarżenia. Interpretację art. 21 ustawy pozwalającą na odrzucenie apelacji z powodu niedokonania zaokrąglenia opłaty od tejże apelacji należy uznać za zdecydowanie zbyt restrykcyjną, zamykającą stronie drogę do sądu, a więc pozbawiającą ją prawa do sądu.

Można by co najwyżej uznać, iż w omawianym wypadku apelacja została nienależycie opłacona, chociaż i to jest wątpliwe w sytuacji, w której uiszczono prawidłowo opłatę równą 5% wartości przedmiotu zaskarżenia. Jednakże nawet gdyby uznać, iż apelacja została opłacona nienależycie, nie rodziłoby to skutku w postaci odrzucenia apelacji – o czym mowa była w pierwszej części artykułu.

Podsumowując, wejście w życie nowej ustawy z uwagi na treść jej przepisów, a zwłaszcza na sformułowanie zmian wprowadzonych do Kodeksu postępowania cywilnego, rodzi liczne problemy. W szczególności sformułowanie art. 130² k.p.c. należy ocenić jako wyjątkowo niedbałe i nieprzemyślane, zaś § 3 tegoż artykułu powinien stanowić wręcz przykład, jak nigdy nie należy formułować przepisów prawa. To bowiem ze sformułowania tego przepisu wynikają wszystkie komplikacje i problemy poruszone w powyższym artykule. Treść powyższego przepisu nie pozwala nawet na stwierdzenie, czy intencją ustawodawcy było, aby również i nienależycie opłacona apelacja podlegała odrzuceniu; jeżeli tak, to koncepcji takiej należy stanowczo się sprzeciwić. Należy bowiem umożliwić stronom, również tym reprezentowanym przez zawodowych pełnomocników, możliwość naprawy ewentualnych błędów rachunkowych. Możliwość taką ma nawet sąd orzekający w sprawie, zgodnie z art. 350 k.p.c., w zakresie błędów rachunkowych, które popełnione zostały w wyroku. Ponadto trudno byłoby zgodzić się z poglądem, iż szybkość postępowania jest w każdym przypadku wartością ważniejszą, aniżeli prawo strony do rozpoznania sprawy przez Sąd. W ocenie autorów niniejszego artykułu szybkość postępowania jest wartością istotną, ale nie bezwzględna i nie można jej w każdym przypadku dawać pierwszeństwa przed innymi wartościami związanymi z postępowaniem cywilnym. Pamiętać bowiem należy, iż w gruncie rzeczy

postępowanie sądowe służyć ma pewnemu nadrzędnemu celowi – umożliwieniu stronie dochodzenia jej praw przed bezstronnym i niezawisłym sądem.

Mając powyższe na uwadze, autorzy niniejszego artykułu w całej rozciągłości nie podzielają „zachwytu” nad nową ustawą wyrażonego w opinii Biura Ekspertyz i Analiz z 18 maja 2004 r. Trudno bowiem byłoby zgodzić się z poglądem, iż: *„Opiniowany projekt ustawy wyróżnia się starannym przygotowaniem, co przejawia się między innymi w przemyślanym kształcie normatywnym nowej ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, w proponowanych zmianach kodeksu postępowania cywilnego oraz obszernym uzasadnieniu zarówno celowości i koncepcji przedłożonych propozycji, jak również poszczególnych rozwiązań”...*

Na zakończenie wypada zauważyć, iż w uchwale z 22 listopada 2006 r. (sygn. akt III CZP83/06) Sąd Najwyższy przyjął odmienne, od prezentowanego w niniejszym artykule, stanowisko, a mianowicie, iż: *„apelacja wniesiona przez adwokata, bez spełnienia obowiązku zaokrąglenia w górę końcówki uiszczonyj opłaty stosunkowej do pełnego złotego, podlega odrzuceniu”.*

Powyższe orzeczenie oraz zawarta w jego uzasadnieniu argumentacja powinny zostać poddane gruntownej analizie i komentarzowi, albowiem jak wskazano w artykule, szereg ważkich argumentów przemawia za uznaniem poglądu Sądu Najwyższego za pogląd chybiony.

Patologia procesowa i propagowanie szarej strefy usług prawniczych jako konsekwencja nowej regulacji kosztów postępowania w sprawach cywilnych

W ustawie z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 167, poz. 1398) ustawodawca wprowadził szereg nowatorskich, odmiennych od dotychczasowego stanu prawnego i praktyki rozwiązań dotyczących pobierania (uiszczania) opłat sądowych w sprawach cywilnych.

W przepisach przejściowych ustawodawca wprowadza przepis art. 149 ust. 1 o brzmieniu: **„w sprawach wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się, do czasu zakończenia postępowania w danej instancji, dotychczasowe przepisy o kosztach sądowych”**.

Ustawodawca nie podaje, jak należy rozumieć określenie „czas zakończenia postępowania” ani też towarzyszące mu określenie „dana instancja” użyte w art. 149 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 167, poz. 1398).

W istocie nie jest zatem wiadomo, czy chodzi o datę zamknięcia rozprawy przed wydaniem choćby nieprawomocnego orzeczenia co do istoty sprawy, czy chodzi o datę ogłoszenia orzeczenia prawomocnego bądź nieprawomocnego rozstrzygającego co do istoty sprawy, czy chodzi o datę zamknięcia rozprawy lub ogłoszenia orzeczenia kończących sprawę co do istoty w sposób ostateczny na etapie postępowania w tej instancji, w której sprawa ulega ostatecznemu zakończeniu, czy o datę doręczenia odpisu orzeczenia wraz z uzasadnieniem stronie, która o to wystąpiła, **czy wreszcie o datę zakończenia postępowania w przedmiocie formalnego badania wniesionego środka prawnego, w tym pobrania opłat przez sąd tej instancji, do której złożony został środek prawny.**

W przypadku sądu I instancji postępowanie przed tym sądem zostaje defini-

tywnie zakończone przedstawieniem akt sądowi drugiej instancji po uprzednim doręczeniu apelacji stronie przeciwnej – stosownie do dyspozycji art. 371 k.p.c.

Należy także mieć na względzie, że do obowiązków sądu I instancji należy także sporządzenie uzasadnienia i doręczenie wyroku z uzasadnieniem (art. 329 k.p.c., art. 331 k.p.c. – w praktyce zdarzają się sytuacje, że sąd doręcza wyrok z uzasadnieniem po wejściu w życie omawianej ustawy, a wyrok wydał nawet na rok przed wejściem w życie ustawy – sprostowanie i uzupełnienie wyroku oraz jego wykładnia (art. 350 k.p.c., art. 352 k.p.c.).

Za takim znaczeniem terminu prawnego „czas zakończenia postępowania w danej instancji” użytego w art. 149 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 167, poz. 1398) przemawia konstytucyjna zasada państwa prawnego.

Z zasady, że prawo nie działa wstecz, wynika, że zachowania objęte dyspozycjami art. 18 nowej ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z 28 lipca 2005 r., oraz art. 130² § 3 k.p.c. ze skutkami tam przewidzianymi, które weszły w życie od dnia 2 marca 2006 r., nie wchodzą w zakres pełnomocnictw procesowych udzielonych profesjonalnym pełnomocnikom stosownie do art. 91 k.p.c. przed dniem 2 marca 2006 r.

Zatem, przepis ten nie znajduje zastosowania do sytuacji procesowej stron reprezentowanych przez profesjonalnych pełnomocników działających w granicach pełnomocnictw udzielonych przed dniem 2 marca 2006 r. w stosunku do spraw wniesionych przed dniem 2 marca 2006 r.

W sytuacji, gdy przepis ustawy zmienia sytuację procesową strony, zmieniając jej obowiązki procesowe w toku postępowania sądowego, winien być zredagowany w sposób niebudzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych lub też winien zostać ustawowo opisany przez określenie znaczeniowych granic ustawowych dla używanych w nim sformułowań mających znaczenie prawne – w omawianym przypadku brak wykładni autentycznej.

Powołany przepis, ani też ustawa, w której został zamieszczony, tego konstytucyjnego wymogu nie spełnia.

Zakres znaczeniowy art. 149 ust. 1 nowej ustawy o kosztach sądowych nie powinien być ustalany w drodze wykładni sądowej, lecz w konstytucyjnej drodze ustawowej, a jeżeli już jego znaczenie ma być ustalone przez sądy, to nie powinien być interpretowany w sposób zawężający, jedynie w oparciu o wykładnię gramatyczną, lecz przede wszystkim w oparciu o wykładnię systemową.

Praktyka sądowa niestety zmierza w innym kierunku. Sądy postrzegają i stosują rozwiązania ustawowe jako wygodne narzędzie do uniknięcia kontroli merytorycznej skarżonych przez profesjonalnych pełnomocników orzeczeń, przyjmując, że w art. 149 ust. 1 powołanej ustawy chodzi o datę ogłoszenia orzeczenia nieprawomocnego rozstrzygającego co do istoty sprawy i posługując się wprowadzonym tą ustawą art. 130² § 3 k.p.c. odrzucają środki zaskarżenia wnoszone przez profesjonalnych pełnomocników, choć opłaty sądowe od tych środków prawnych

– w świetle tego, co wyżej zostało podniesione – winny być pobrane na zasadach obowiązujących przed wejściem w życie omawianej ustawy – a więc po uprzednim wezwaniu strony przez sąd do opłaty wyznaczonej przez sąd.

Adwokat nie jest przecież umocowany przez sąd do obliczania i pobierania opłat sądowych, gdyż pobieranie opłat należy do sądu, a od tego, czy stronę reprezentuje adwokat, czy też nie, nie może być uzależnione, z jaką chwilą, na jakich zasadach i pod jakimi skutkami procesowymi od strony ma być pobrana opłata sądowa.

Także obowiązek uiszczania opłat sądowych przy wnoszeniu pism procesowych spoczywa na stronie, a nie na reprezentującym stronę pełnomocniku, sprawa podlegająca opłacie nie jest bowiem sprawą pełnomocnika, lecz strony, którą on reprezentuje.

Niezależnie od tego, nałożenie na stronę reprezentowaną przez adwokata lub radcę prawnego obowiązku uiszczania opłat sądowych już przy wniesieniu pism procesowych do sądu przez pełnomocników ze skutkiem powodującym ich zwrot, a w przypadku środków zaskarżenia odrzucenie, w przypadku ich nieopłacenia w chwili wniesienia, z jednoczesnym pozostawieniem dotychczasowego sposobu pobierania opłat sądowych od pozostałych stron – nie reprezentowanych przez adwokatów lub radców prawnych – różnicuje sytuację procesową stron w sposób nieuzasadniony, naruszając zasadę konstytucyjną wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że wszyscy są wobec prawa równi.

Wprowadzona od dnia 2 marca 2006 r. regulacja jest z przytoczonych wyżej względów niekonstytucyjna, nadto propaguje patologię procesową, skłaniając strony procesowe reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników do firmowania pism procesowych redagowanych przez pełnomocników, po to tylko, by swój status procesowy w zakresie pobierania opłat sądowych wyrównać ze statusem tych stron, które nie są w taki sposób reprezentowane.

Ustawa propaguje także szarą strefę usług prawniczych, funkcjonującą poza legalnym obrotem prawnym, sporządzanie pism procesowych podlegających opłacie przez prawników i firmowanie ich przez stronę procesową, tym samym świadczenie „swoistego rodzaju” usług prawniczych z pominięciem obowiązków podatkowych wobec państwa.

Dalej, w art. 105 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 r. stanowi się, że wniosek o przyznanie zwolnienia od opłat sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy. Z kolei z art. 14 ust. 1 i 3 te same ustawy wynika, że strona ubiegająca się o przyznanie takiego zwolnienia winna uiścić opłatę podstawową w kwocie 30 zł od pisma podlegającego opłacie.

Stosownie do art. 14 ust. 1 opłatę podstawową pobiera się w sprawach, w których przepisy nie przewidują opłaty stałej, stosunkowej lub tymczasowej.

Ustawodawca nie wyjaśnia przy tym, czy użytym w tym przepisie pojęciem „sprawa” objęte są wnioski o przyznanie zwolnienia od opłat sądowych. W ust. 3 tegoż przepisu wprowadza jednakże obowiązek uiszczania opłaty podstawowej od pisma podlegającego opłacie.

Jeśli wnioski o przyznanie zwolnienia od opłat zaliczyć do pism podlegających obowiązkowi opłaty podstawowej, przyjmując, że na skutek takiego wniosku wszczyną się postępowanie w sprawie w rozumieniu art. 14 ust. 1, to opłaceniu podlegają tylko wnioski wniesione na piśmie, a opłacie nie podlegają wnioski zgłoszone ustnie do protokołu, gdyż dla wniosków zgłoszonych w ten sposób ustawa nie przewiduje obowiązku uiszczenia opłaty.

W art. 14 ust. 2 z kolei ustawa przewiduje, że opłatę podstawową pobiera się także od pism wnoszonych przez stronę zwolnioną przez sąd od kosztów sądowych, chyba że ustawa stanowi inaczej – ustawodawca nie wyjaśnia przy tym, o jakie wyłączenia tu chodzi, z treści art. 94, art. 95 oraz art. 96 nie wynika bowiem, by podmioty lub wnioski wymienione w tych przepisach były zwolnione od pobrania opłaty podstawowej.

Nałożenie na stronę zwolnioną od obowiązku uiszczenia opłaty sądowej przez sąd obowiązku uiszczenia opłaty podstawowej, która też jest przecież opłatą sądową, jest sprzecznością wewnętrzną ustawy i prowadzi do naruszenia art. 77 ust. 2 Konstytucji RP w zw. z art. 2 Konstytucji RP.

W art. 41 ust. 1 ustawa wprowadza opłatę stałą w kwocie 1000,00 zł pobieraną od wniosku o zniesienie współwłasności.

Konsekwencją takiego rozwiązania jest to, że w postępowaniu apelacyjnym strona skarżąca orzeczenie co do zasady, jak i w całości co do wysokości, np. przy wartości przedmiotu zaskarżenia określonej na 10 milionów złotych, ponosi opłatę w takiej samej wysokości, jak inny uczestnik tego samego postępowania, który ma interes w zaskarżeniu orzeczenia co do wysokości, w granicach np. kwoty 2000,00 zł.

Takie rozwiązanie musi wywoływać sprzeciw co do słuszności społecznej oraz powodować wątpliwości konstytucyjne co do równości stron wobec prawa.

Podniesione w niniejszym artykule problemy, wyłaniające się na gruncie stosowania omówionych wyżej, niektórych przecież tylko, przepisów ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z 28 lipca 2005 r. oraz wprowadzonego tą ustawą art. 130² § 3 k.p.c., są – moim zdaniem – na tyle istotne, że wymagają niezwłocznej interwencji Naczelnej Rady Adwokackiej oraz konstytucyjnych organów państwa czuwających nad przestrzeganiem Konstytucji, w celu uchronienia obywateli przed niekonstytucyjnymi i wywołującymi sprzeczności interpretacyjne regulacjami powołanej ustawy, oraz wprowadzenia takich rozwiązań, które zapewnią funkcjonowanie ustawy w zgodności z wymogami porządku konstytucyjnego.

BEZ TOGI



Stanisław Mikke

„Psychopaci są wśród nas”

Świat zwariował – mawiają niektórzy. Ostatnio chyba zdecydowanie częściej niż kiedyś. Świat zwariował – powtórzył znany z powściągliwości wybitny pisarz, goszczący na łamach „Palestry”, po tym, jak dowiedział się o laureatce prestiżowej literackiej nagrody w ubiegłym roku, a które to wyróżnienie odbiło się, delikatnie mówiąc, kontrowersyjnym echem. I podsunął mi notatkę, jaka ukazała się w sierpniu 1912 roku w krakowskim „Czasie”. Otóż napisano tam, że niejaki „dr Winslow opierając się na kombinacjach statystycznych doszedł do wniosku, że w 2212 roku całą ludzkość ogarnie szal. (...) Obserwując wzrastające z roku na rok rozmiary szaleństwa przytacza dane statystyczne: w roku 1859 zanotowano 36 762 umysłowo chorych. W roku 1911 było ich już 135 000”. „Czas” dodawał, iż wiele czasopism europejskich odniosło się sceptycznie do rewelacji dr. Winslowa. Zauważono m.in.: „Chorzy umysłowo w takim razie obejmą rządy, a zdrowych będą zamykać pod klucz”!

Rok 2212 to dość odległa perspektywa, ale ktoś powie, że w dziewięćset dwunastym nie znano teorii przyśpieszenia, może więc i w dziedzinie szaleństwa mamy do czynienia już nie z postępem geometrycznym, lecz eksponencjalnym, albo jeszcze większym, w matematyce dotąd nie nazwanym. Czyżby stąd obserwowane i odczuwane aberracje wokół?

W aurze coraz bardziej powszechnych pytań o zdrowie psychiczne jak nie zwrócić uwagi na książkę z bijącym w oczy tytułem: „Psychopaci są wśród nas”.

„Psychopatia – pisze w pierwszym zdaniu Robert D. Hare profesor Uniwersytetu w Kolumbii Brytyjskiej w Kanadzie – to zaburzenie osobowości cechujące się pewnym zespołem zachowań i domniemyanych cech charakteru, w większości uznawanych przez społeczeństwo za niepożądane”.

Kim są ludzie obdarzeni, jak to określono, „mroczną stroną charyzmy”? To spo-

łeczni drapieżcy, którzy oczarowują, manipulują i bezwzględnie torują sobie drogę. Bez lub ze szczątkowym sumieniem, bez wrażliwości. Bezwzględni egocentrycy, pozbawieni empatii. Spełniają dzisiejsze (!) kryteria zdrowia psychicznego. Są więc świadomi swojego postępowania oraz motywów, ale jednocześnie charakteryzuje ich brak zahamowań i skrupułów. Mają spryt i lotność umysłu. Bywając zajmującymi rozmówcami, potrafią roztaczać osobliwy urok i przekonująco ukazywać interesujące perspektywy i plany. Są zdolni do błyskawicznej riposty. Pragną żyć „na krawędzi”, w centrum akcji. Takie życie wiąże się z łamaniem zasad. Zobowiązania i przyrzeczenia nic dla nich nie znaczą. Swobodnie posługują się kłamstwem. Skutecznie kształtują swój wizerunek, wzbudzają zatem zaufanie. Mogą „uwieść” wielu, także przytomnych i wykształconych.

Psychopaci i psychopatki „odczuwają głęboką potrzebę psychicznej i fizycznej kontroli nad otoczeniem. Pragną mieć przewagę i są gotowi posłużyć się urokiem osobistym, groźbami i przemocą dla zapewnienia sobie posłuchu. W walce nastawiają się zwykle na wygraną”.

Mamy teraz jakieś konkretne skojarzenia? No tak. Ileż to razy, ot choćby oglądając telewizję ten i ów miota w kierunku kogoś (*nomina sunt odiosa*) ten psychiatryczno-psychologiczny epitet.

Ostrożnie z tymi zauważeniami! Ostrożnie, bo.... jak już Lew Tołstoj, bodaj w „Sonacie Kreutzerowskiej” przestrzegał, że najbardziej szaleni są ci, którzy wokół siebie samych szaleńców widzą. W książce też coś na ten temat, ale o tym nieco później. Czyta się ją dobrze, autor ilustruje swoje wywody licznymi przykładami kryminalnych przypadków. Coraz też przywołuje obrazy filmowe oraz powieści lub fabularyzowane reportaże, przede wszystkim te, które zyskały światowy rozgłos. A lżejszy ton osiąga także przez cytaty powiedzeń, np. hebrajskiego: „Kiedy całuje cię łajdak, przelicz sobie zęby”.

Ale prócz tej ubarwiającej warstwy, praca jest próbą opisaną w przystępnym języku zjawiska, któremu na imię psychopatia. To próba odnalezienia genezy, pokazania, jakie pojawiają się trudności diagnostyczne, a w końcu odpowiedzi na pytanie o środki zaradcze w związku z „dramatycznym wzrostem zagrożenia, jakim dla społeczeństwa są machinacje i spustoszenia dokonywane przez psychopatów”.

Skąd zatem bierze się psychopata? „Mechanizmy współtworzące psychopatyczną osobowość wciąż pozostają zagadkowe” – czytamy w podrozdziale pt.: „Źródła”. Obok tezy, że zaburzenie to jest głównie rezultatem czynników genetycznych i biologicznych (natura) funkcjonuje inna: psychopatia kształtuje się wyłącznie pod wpływem niekorzystnego środowiska społecznego we wczesnym okresie życia (wychowanie). Choć autor pisze, że psychopatyczne postawy i zachowania wynikają zapewne z połączenia czynników biologicznych i środowiskowych, to lektura całości przemawia za tym, że profesor skłania się ku biologicznemu podłożu. Przedstawia dowody, jak twierdzi, że psychopaci „mają inaczej zorganizowany mózg i inaczej działające połączenia między emocjami i słowami”. Czyli „znają słowa, nie znają melodii”.

Książka kierowana jest do szerokiego odbiorcy, ma na celu ostrzeżenie przed psychopatami. Zawiera w rozdziale „Kurs przetrwania” również poradnikowe wręcz wskazówki. Zwracać uwagę na gestykulację, na frazeologię wypowiedzi itp. Ale autor daje wyraźnie do zrozumienia, że to może nie na wiele się zdać. Przykład? On sam. On, który całe życie poświęcił na zgłębianiu istoty tych zaburzeń padł ofiarą psychopaty, który zorganizował konferencję naukową w Kalifornii na temat przestępczości. Obiecując honorarium, którego później nie wypłacił ani jemu, ani innym prelegentom, zaprosił profesora, aby wygłosił referat na temat... badań nad psychopatami. „Spędziłem z tym człowiekiem – pisze – trochę czasu przed wystąpieniem, a później w barze i nie zauważyłem niczego niezwykłego ani podejrzanego; moje czujniki nie zadziałały w jego obecności. Czy byłbym gotowy pożyczyć mu pieniądze? Możliwe. Jak sobie przypominam, nalegałem, że sam ureguluję nasz rachunek w barze. Mój towarzysz niewątpliwie nie nosił na szyi dzwonka.” Aresztowany, po zwolnieniu ulotnił się.

Zamiarem autora było również, należy przypuszczać, przybliżenie zagadnienia psychopatii prawnikom, którzy nie zgłębiają fachowej literatury. Myślę, że lektura nie zaszkodziłaby też na pewno niektórym psychiatrom, których znamy z ich sądowych opiniopodobnych produktów. Jak to możliwe, że działają przez lata? Że toleruje się nadal tzw. badania ambulatoryjne, odbywające się w przypadkowym jakimś sądowym pokoju. Bywa, że podczas kilku godzin dwaj biegli „obrabiają” (to autentyczny żargon) po kilkunastu, a bywa, że i więcej tych, co do których ujawniły się uzasadnione wątpliwości.

I później z trudem odczytujemy nabazgrolone w nadzwyczajnym jakimś pośpiechu zdania o nieprawidłowej osobowości, i inne znane formułki, za którymi nie stoi nic, prócz rachunku. Jakie szkody indywidualne i społeczne przynoszą takie, na odczepnego, opinie? Niepoliczalne, na pewno niewymierne.

Autor książki bezlitośnie piętnuje błędy, jakich w opiniowaniu dopuszczali się biegli na amerykańskich kontynentach. Błędy, których konsekwencjami było popełnienie później i najcięższych przestępstw przez tych, o których wydano opinię z pozytywną prognozą, dzięki czemu groźni psychopaci odzyskiwali wolność. Wobec nich bowiem działania resocjalizacyjne nie są skuteczne. Potrafią udolnie mistyfikować własną osobowość, czyli udawać poprawę na użytek decydentów o ich losie. Dlatego niezwykle istotne jest prawidłowo ich identyfikować. Robert D. Hare stworzył ku temu narzędzie w postaci *Skali Obserwacyjnej Skłonności Psychopatycznych*. To jego zdaniem dokładny opis przesłanek rozpoznawania psychopatii, który daje podstawę do rzetelnej diagnozy po prostu niezbędnej dla systemu sądownictwa.

Nie jest to jednak praca wpisująca się w antyresocjalizacyjny, modny ostatnio nurt. Nie wszyscy bowiem przestępcy są psychopatami. Stanowią oni 20% przebywających w więzieniach i są odpowiedzialni „tylko” za ponad 50% najcięższych przestępstw.

Z drugiej strony nie wszyscy psychopaci stają się przestępcami, chociaż profesor wyraża pogląd, że „psychopata naturalnie wchodzi w rolę kryminalisty”. To z nich

rekrutują się oszuści, od matrymonialnych do giełdowych, „rozbójnicy”, gwałciciele i mordercy, wśród nich seryjni.

Wielu psychopatów „w garniturach” nie trafia jednak nigdy do zakładów karnych lub psychiatrycznych. Wykonują szacowne zawody: prawnika, lekarza, żołnierza, biznesmena, inni są pisarzami i artystami (autor tylko raz wspomina o politykach). Wydaje się, że funkcjonują niezłe, bez naruszania prawa, a przynajmniej bez zwracania uwagi policji i prokuratury. Kanadyjski profesor ma o nich swój ostry pogląd. Mówi, że okreśłani przez niektórych psychopatami, „którzy odnieśli sukces” są równie egocentryczni, wyrachowani i skłonni do manipulacji jak przeciętny psychopatyczny kryminalista, ale dzięki swojej inteligencji, pochodzeniu, obyciu towarzyskiemu i okolicznościom mogą zbudować fasadę normalności i zdobywać to, czego pragną, prawie bezkarnie.

Pojawia się argument – kontynuuje uczony – że tego rodzaju ludzie przynoszą pożytek społeczeństwu; inteligentni psychopaci lekceważą zasady społeczne, ale równocześnie dzięki tym samym cechom są zdolni do przekraczania granic konwencjonalnego myślenia i mogą mieć, przydatny w różnych dziedzinach, zwłaszcza artystycznych, twórczy potencjał. Zdaniem Roberta D. Hare korzyści te, jakkolwiek znaczne, nikną w porównaniu ze szkodami wynikającymi z bezlitosnego dążenia do „wyrażenia własnego ja”. Nazywa takich ludzi „psychopatami parakryminalnymi”, ich czyny z formalnego punktu widzenia nie są nielegalne, ale na ogół naruszają konwencjonalne normy etyczne i mogą oni łatwo ześlizgnąć się w bezprawie.

Znów zaczynamy rozglądać się wokoło?

No to przypomnijmy sobie to, co rzekł był sto lat temu Lew Tołstoj. I dodajmy, czym pokarmił nas emerytowany kanadyjski profesor: „Powszechna fascynacja elokwentnym oszustem i bezwzględny mordercą, których nie krępują nakazy społeczeństwa i sumienia nigdy dotąd nie zaznaczała się tak mocno.(...) Pytanie brzmi: dlaczego? Czym wytłumaczyć ów straszliwy wpływ, jaka osobowość bez sumienia wywiera na nasza zbiorową wyobraźnię”? Autor przytacza słowa psychiatry sądowego Ronalda Markmana: „Psychopaci mają w sobie coś, co tkwi również w nas i interesujemy się nimi, pragnąc odkryć, czym to jest”. Po tych słowach *pointa* nie powinna już zaskakiwać: „W głębi wszyscy jesteście psychopatami”.

Nie sposób tak wieńczyć felieton. W końcu też trzeba się bronić przed tego rodzaju „złotymi myślami” i przyjmowaniem ich do jakiegokolwiek wiadomości. Na szczęście piszę ten felieton w Światowy Dzień Kota. I przypomniałem sobie reportaż sprzed lat, w którym znany wówczas publicysta opisywał zwalczające się frakcje, unieważniane wybory, dwuwładzę i inne gabinetowe groteskowe skandale i perypetie w Polskim Związku Hodowców Kotów, którego zarząd zdominowany był tamtymi czasy, jeśli dobrze pamiętam, przez wdowy i żony wyższych oficerów „ludowych” różnych służb.(!) Były i tam. Tekst kończył się mniej więcej takim *passusem*: Na koniec żaden z członków związku nic już nie wiedział, prócz tego, że wszyscy mają kota.

Nie dajmy się zwariować. Nawet z okazji Światowego Dnia nie wszyscy dostaliśmy kota.



Marian Filar

Bilans roczny

No i mamy już Nowy Rok. Wprawdzie to tylko data w kalendarzu i żadnej magicznej wagi nie ma sensu do niej przywiązywać, ale zawsze to Nowy Rok, a więc dobra pora na podsumowanie tego, który odszedł.

Niedawno zadzwonił do mnie z taką prośbą jeden z redaktorów pewnej centralnej gazety, relatywizując ją do zagadnień mej zawodowej specjalności. Prawo karne – hmm... prawo karne, co „w tym temacie” (jak by to niezbyt po polsku powiedzieli niektórzy) wydarzyło się w minionym 2006 roku?

Myśle i myślę i jakoś nic do głowy przyjść mi nie chce. No bo co, poza często zwoływanymi konferencjami prasowymi Pana Ministra, wydarzyło się naprawdę? I to coś takiego, o czym warto byłoby pisać, źle czy dobrze, ale pisać. Ano niewiele. A już z pewnością nic naprawdę nowego, co odróżniałoby się od tego, co działo się w nim dotychczas. Projekt całościowej rekodyfikacji (tak, tak, bo to żadna nowelizacja, tylko rekodyfikacja!) utknął gdzieś w sejmowo-komisyjnych zakamarkach i utracił swój dynamizm. Czyżby na poły tajna speckomisja do tego zadania straciła nieco wiarę w sens tego przedsięwzięcia? Nie dziwiłbym się temu nadmiernie, jako że polityczni promotorzy tego pomysłu zamiast drogi kompleksowej rekodyfikacji w myśl idei „raz a dobrze” (słowo „dobrze” użyte zostało raczej jako retoryczna figura) kontynuują ulubioną swą metodę „na salami”, polegającą na odkrajaniu z projektu jakiegoś bardziej smakowitego kawałka i na kolejnej konferencji prasowej w świetle jupiterów i fotograficznych fleszy prezentowaniu go publice, jako projekt ustawy nowelizującej kodeks w jakimś wąskim zakresie. Tak było ze sławetną „chuliganką” i jeszcze bardziej sławetnymi sądami 24-godzinnymi, które rodzą się w bólach i paroksyzmach i poza wprowadzeniem sporego zamieszania do działalności wymiaru sprawiedliwości niczego naprawdę ważnego nie załatwią.

Kolejnym hitem na ministerialne konferencje miała być rozbudowana o kolejny „supereksces” stara, poczciwa konstrukcja obrony koniecznej, która też żadnych szczególnych rewelacji nie przyniesie (no, poza utwaleniem u niezorientowanych przekonania, że ministerstwo pracuje w trosce o obywatela pełną parą).

Za ciekawy sygnał uznałbym natomiast zdynamizowanie prac nad „elektronicznymi smyczkami”, zakładanymi na to czy tamto, tym i tamtym. Widać bohaterowie prasowych konferencji zorientowali się wreszcie, że nie da się bez końca ładować ludzi do kryminalów, bo te (zwłaszcza w Polsce) z gumy nie są i powoli ich przeludnienie przekroczyć może masę krytyczną. No i szukają sposobu na to, by i zamknąć, i nie zamknąć jednocześnie. Bo nigdy nie mogłem zrozumieć, jaki sens ma skazywanie kogoś na karę pozbawienia wolności po to następnie, by z jakimś elektronicznym gadżetem na ręce czy nodze puścić go na wolność. To swoiste „dwoje w jednym” – więzień i niewięzień – jawi mi się jako pomysł żywcem wzięty z Nikodema Dyzmy. Oczywiście, w niektórych krajach owe elektroniczne smycze, czy jak kto woli obroże, odgrywają pewną rolę jako rozwiązania wspomagające warunkowe zwolnienia czy przepustki, ale nigdzie nie zastępują kary pozbawienia wolności!

No a poza tym „stara bieda”, znów odżywają pomysły spacyfikowania środowisk adwokackich poprzez „upaństwowienie” dyscyplinarnego postępowania korporacyjnego, ale to już było! No i cóż tu odpowiedzieć dziennikarzowi na pytanie, jak oceniam zmiany w prawie karnym w roku, który właśnie niedawno minął? A jak tu można je oceniać? Chyba tylko cytując Papkina z Fredrowskiej „Zemsty” – cienkusz, istna lura, Panie Bracie!



Andrzej Bąkowski

„Wywiad – rzeka”. Władysław Bartoszewski na celowniku Michała Komara

W czasie ostatnich Świąt Bożego Narodzenia przeczytałem wywiad – rzekę wydany niedawno przez Oficynę „Świat Książki” (2006). To zapis rozmowy z Władysławem Bartoszewskim przeprowadzony przez znanego publicystę, pisarza i krytyka literackiego Michała Komara.

Dlaczego odkładałem nieco lekturę tej ważnej książki?

Otóż zastanawiałem się, czego jeszcze więcej mogę się dowiedzieć o tej niezwyklej postaci, jaką jest niewątpliwie Władysław Bartoszewski.

Mam przecież na swoich domowych półkach bibliotecznych szereg jego publikacji: „Warszawski pierścień śmierci 1939–1945”, „1859 dni Warszawy”, „Polacy – z pomocą Żydom 1939–1945”; książka napisana wspólnie z Zofią Lewinówną i szczególnie przeze mnie ceniona pozycja „Warto być przyzwoitym”, *nota bene* przełożona z języka niemieckiego. Bartoszewski to postać medialna, jedna z najbardziej rozpoznawalnych twarzy w Polsce. Więzień Auschwitz, żołnierz konspiracji akowskiej (Krzyż Walecznych za Powstanie); pracował w „Żegocie”, agencji Delegatury Rządu, był więziony przez „ludowy” wymiar sprawiedliwości i UB – organy szczególnie zasłużone dla tłumienia dążeń niepodległościowych Polaków. Tyle wiedziałem. Potem zasłużył się niezwykle po II wojnie światowej dla zbliżenia polsko-niemieckiego, polsko-izraelskiego. W suwerennej Polsce był ambasadorem RP w Austrii i dwukrotnie Ministrem Spraw Zagranicznych.

Ale naprawdę dopiero po przeczytaniu, z niekłamanym podziwem dla mistrzowskiej konstrukcji *Wywiadu*, tekstu obszernego opowiadania Bartoszewskiego; dopiero po tej bardzo osobistej, bardzo szczegółowej i szczególnej lekturze,

czasami wręcz intymnej autobiografii, doszedłem do wniosku, że zetknąłem się z osobowością klasy samej dla siebie.

Opowieść Bartoszewskiego o własnym życiu to w istocie lustro uchwyconej na gorąco całej ogromnej epoki, od lat dwudziestych ubiegłego wieku do dnia dzisiejszego. Zaprezentowana pięknym, barwnym językiem, nasycona erudycją, z setkami nie do końca znanych dotąd sytuacji, opisami sylwetek ludzi epoki (przede wszystkim Polaków, ale nie tylko), ich działań celowych, a czasami zrodzonych z przypadku w toczącej się walko wokół rzeczywistości. Bodajby to była chociaż trochę rzeczywistość wirtualna, ale niestety, była realna i brutalna do granic ludzkiej wytrzymałości. Myślę tu szczególnie o okresie zniewolenia Polski, a był on tragicznie długi, z ogromnymi konsekwencjami dla psychiki i mentalności narodowej. Z tym fatalnym okresem naszych dziejów przyjdzie nam jeszcze długo i boleśnie się zmagać.

Bartoszewski, gdy mówi o szkołach, które w dwudziestoleciu ubiegłego wieku kończył, czy do których uczęszczał, katolickich, patriotycznych, to niezmiennie podkreśla, że jest patriotą (jakież to słowo teraz niemodne!); podkreśla, że jest szczególnie patriotą walczącym zawsze o coś, a nie przeciw czemuś, że te szkoły go ukształtowały na całe życie. Wspomina o wspaniałych nauczycielach, którzy go uczyli przedmiotów szkolnych, ale przede wszystkim standardów uczciwego, przyzwoitego życia i postępowania.

Znalazłem w *Wywiadzie* znakomity zapis pierwszych miesięcy funkcjonowania Auschwitz, kiedy jeszcze nie dymiły krematoria.

Na przełomie 1940/1941 r. katowany, jak wszyscy zresztą więźniowie Konzentrationlager Auschwitz, wówczas wyłącznie Polacy, chrześcijanie, morderczą pracą pozbawioną sensu, aby zabić (noszenie biegiem, koniecznie biegiem, kamieni lub cegieł wśród ryku SS-manów), spotkał Bartoszewski najzupełniej przypadkowo swego szkolnego profesora matematyki Witolda Sosnowskiego. Obaj śmiertelnie zmęczeni, zziębnięci, przeraźliwie głodni, półtrupcy i Sosnowski, który niebawem umarł w obozie, nagle zapytał swego ucznia: „Powiedz, czy ty nie mogłeś się tej matematyki nauczyć, czy nie chciałeś? Pedagog, który stojąc na krawędzi życia, śmiertelnie zagrożony, myśli z troską o swoim uczniu! Tak, ja moim szkołom zawdzięczam bardzo dużo”. Miałem szczęście podczas okupacji niemieckiej uczyć się w podobnej szkole. Myślę o swoich gimnazjalnych nauczycielach z najwyższą wdzięcznością, przywołuję często jak mantrę, aby nie zapomnieć, powtarzam ich nazwiska, czasem w towarzystwie „niedobitków” mojego pokolenia, które niewiele było młodsze, o kilka lat, od pokolenia Bartoszewskiego.

O Auschwitz z tego pierwszego okresu więcej się dowiedziałem niż z wszystkich innych lektur, też przecież znakomitych, różnych „Dymów nad Birkenau”. Teraz mam prawie pewność, jak tam zginął mój bardzo bliski kuzyn Zbyszek Czulak, złapany w lipcowej łapance w Warszawie w 1940 r., po którego urnę z prochami telegraficznie zalecili przyjąć gestapowcy z Alei Szucha rodzinie już w grudniu 1940 r. Zbyszek, 18-letni uczeń Liceum Zamoyskiego, który wedle telegramu „umarł na

zapalenie płuc”, miał mniej szczęścia niż młody Bartoszewski. Temu, zagłodzone-
mu i na pół żywemu, gdy stracił przytomność, udzielili pomocy w obozowej izbie
medycznej polscy lekarze, też więźniowie. A potem dzięki szczególnie szczęśli-
wemu zbiegowi okoliczności, ponieważ posiadał legitymację pracownika PCK,
„wyciągnięty” został z Auschwitz przez aparat administracyjny tej organizacji. Z
Czerwonym Krzyżem Niemcy jakoś przez całą wojnę trochę się liczyli.

Michał Komar nazwał Bartoszewskiego „dzieckiem szczęścia”, bowiem istotnie
wychodził obronną ręką, nie ze wszystkich wprawdzie, ale z większości dramatycz-
nych przygód okupacyjnych i powojennego okresu terroryzmu komunistycznego.

W 1942 r. został zaprzysiężony jako żołnierz AK, pracował w BIP-ie. Odno-
tujmy, że przedtem już działał we Froncie Odrodzenia Polski. Wszędzie spotykał
ludzi z najwyższych kręgów polskiej inteligencji. Trudno byłoby tu wymieniać ich
nazwiska, jest ich setki z wszystkich dziedzin nauki, sztuki, literatury, wojska. To
wówczas zapoznał się i zaprzyjaźnił na całe życie z dr. Kazimierzem Ostrowskim,
znakomitym adwokatem krakowskim, który po „wsypie” w rodzinnym Krakowie
znalazł się w warszawskiej konspiracji. W Powstaniu razem pracowali w radiosta-
cji nadawczej przy ul. Marszałkowskiej. Dwa lata temu adwokatura ufundowała
tablicę pamiątkową na domu, w którym mieściła się radiostacja, upamiętniającą
adwokatów, którzy w niej działali. Przemawiał jak zwykle wspaniale nie kto inny,
jak właśnie Władysław Bartoszewski.

Działalność w „Żegocie” to zupełnie specyficzna kompleksowa forma pomocy
Żydom. Nie trzeba chyba przypominać, jak niebezpieczna dla jej uczestników.
Sprawadzała się do sporządzania tysięcy fałszywych dokumentów, metryk, kenn-
kart, lokowania ratowanych w miarę bezpiecznym środowisku. Pracowali w tej
organizacji ludzie wszystkich orientacji politycznych, chadecy, socjaliści, ludowcy,
często żarliwi katolicy.

Działalność ta objęła z czasem całe Generalne Gubernatorstwo. Zaowocowała
po wojnie przyznaniem kilku tysiącom Polaków miana Sprawiedliwych Wśród Na-
rodów Świata, a „Żegocie” dzięki osobistym zabiegom Bartoszewskiego zasadzo-
no w *Yad Vashem* osobne drzewko. Ratowali więc ludzie „Żegoty” tysiące istnień
współobywateli, ale, niestety, nie zawsze ich mogli uratować. Bartoszewski radzi
rozdzielić te pojęcia.

Kolaboranci byli i żyli w polskim społeczeństwie, ale było ich znacznie mniej w
naszym kraju niż w jakimkolwiek innym okupowanym przez Niemców. A Barto-
szewski wie, co mówi, bo jak niewielu innych zgłębił ten wstydlivy rozdział dzie-
jów okupowanej Europy. I nigdzie jak w Polsce podziemne sądownictwo nie trak-
towało tak restryktywnie problemu kolaboracji.

Niezmiernie smutnym i tragicznym epizodem było morderstwo dokonane na
małżeństwie Makowskich, Ludwiku Widerschalu, wydanie w ręce gestapo Mar-
celego Handelsmana i Haliny Kraheleskiej, pracowników BIP-u schyłku wojny w
Warszawie, przez skrajne bojówki prawicowe. Tu Bartoszewski opiera się na śledz-
twie przeprowadzonym przez Kazimierza Moczarskiego z ramienia Kierownictwa

Walki Cywilnej i BIP-u. Cała historia w wyrazistym skrócie została w *Wywiadzie* przedstawiona.

Pytanie o sens Powstania zadaje sobie Bartoszewski przez całe życie, ale będzie ono stawiane i będą padały różne odpowiedzi przez wiele następnych pokoleń. Paradoksalnie zadawali mu je również w więzieniu na Rakowieckiej oficerowie gestapo i wyżsi urzędnicy administracji niemieckiej siedzący z nim nieraz w jednej celi. „Panie Bartoszewski, jak to jest? Bo, że my siedzimy, to rozumiało, ale pan przecież z nami walczył... – Walczyłem. – Więc nie powinien pan siedzieć! – Ale siedzę!”

Bartoszewski wie jedno. Rosjanie stali po drugiej stronie Wisły i czekali. Mówił o tym Jan Nowak-Jeziorański w Londynie. Był pierwszym uczestnikiem Powstania, który mówił o tym w Anglii w oczy sojusznikom zachodnim. Powstanie, nawet gdyby nie rozkaz naszego dowództwa i tak by się dokonało. A nawet gdyby nie wybuchło, to Stalin i tak dokonałby deportacji, na zatracenie, tysięcy żołnierzy Warszawskiego Korpusu AK. Tak uczynił z kresową AK, która nawet Czerwonej Armii pomagała na tamtych terenach bić wycofujący się Wehrmacht. Zdaniem Bartoszewskiego, Powstanie w tym samym stopniu było antysowieckie, w jakim Stalin zagrażał polskiej suwerenności. A czy los Polaków nie był po II wojnie światowej lepszy niż los Bałtów (Litwinów, Łotyszy, Estończyków)? Czy nie stało się to przypadkiem dzięki determinacji wykazanej przez Polaków właśnie w Powstaniu? Oto są pytania! I kończy ten wywód: „Nie wiem, co by było, gdyby Powstanie nie wybuchło. Nikt nie wie. Jałowe rozważania! Wiem co było!”. Podzielam ten pogląd Autora.

Nowy okres w życiu Bartoszewskiego, niezwykle trudny, najeżony pułapkami zachęt do działalności politycznej, np. do grupy Piaseckiego, późniejszego nieco PAX-u. Zachęty odrzucał zgodnie z dewizą: żyć z godnością, kierować się poczuciem przyzwoitości. Mamy tu mnóstwo ciekawych rozważań, ocen, komentarzy cudzych i własnych. Początki Polski Ludowej! Moje pokolenie to z całą ostrością pamięta. Same fałsze, robienie ludziom złudzeń, a potem stale eskalujący terror polityczny. Ileż tu opowiadań o łamaniu charakterów przy pomocy szykan politycznych, zastraszania, bezprawnych zatrzymań, aresztowań przed tzw. referendum w 1946 r., przed tzw. wyborami, które to niby miały być wolne w myśl obietnic jałtańskich, a stały się jednym wielkim oszustwem w 1947 r. Przyjaciele Bartoszewskiego z okresu BIP-u ostrzegali go: „Panie Władysławie, pan ich nie zna... To nie jest gestapo ani Abwehra. Ale dużo gorzej. Jeśli pan nie będzie tego świadom, zniszczą pana”.

Święte słowa. Więc Bartoszewski nie wierzył, unikał pułapek. Zdemobilizował się, ujawnił, jak to się wówczas mówiło. Dobrze zrobił, to mu się przydało przy wszystkich następnych „przygodach” z UB. Ale nie uniknął, niestety, ciągłych wezwań, przesłuchań. Istne piekło. Kto tych pierwszych lat istnienia Polski Ludowej nie doświadczył osobiście, wygrał los na życiowej loterii. Bartoszewski musiał jednak pracować, by żyć. Został jednym z dziennikarzy *Gazety Ludowej*, organu mikołajczykowskiego PSL. Za to nie uniknął więzienia, półtorarocznego, bez sądu. Puś-

cili go bez informacji, za co aresztowali. To był tzw. areszt wewnętrzny Ministerstwa Bezpieczeństwa Publicznego. Od samej tej nazwy ludziom przechodziły dreszcze po plecach. Komendantem był wówczas typ o nazwisku Zając, towarzysz kapitan Zając, którego, jak pisze Bartoszewski, nie obowiązywała znajomość literackiej polszczyzny, ponieważ pochodził z żydowskiego plebsu. Ów Zając był wyjątkowym łajdakiem. Poskromił go dopiero inteligent polski żydowskiego pochodzenia, siedzący za działalność w Joint, organizacji charytatywnej amerykańsko-żydowskiej. Zrugął Zająca i przeklął go jakąś straszliwą klątwą żydowską, zapewniając przy tym, że klątwa z pewnością się spełni. Zając przestraszył się niebywale, zbladł jak chusta i chyba na długo się uspokoił. Opowiada dalej Bartoszewski, że z towarzyszem więziennej przygody spotkał się po latach i w telawiwskiej kawiarni wspominali wspólny pobyt w piwnicy MBP Bartoszewskiego, jak widać, nie opuszcza specyficzne poczucie humoru i wyczulenie na sytuacje z pogranicza tragedii i groteski.

Z powodu wybornej niemczyzny, wyniesionej z polskiej szkoły (o dobre wykształcenie syna dbał bardzo ojciec, urzędnik Banku Polskiego), Bartoszewski nie unikał rozmów z siedzącymi w polskich więzieniach Niemcami. Jeden z nich, SS Hauptsturmführer Erich Engels z Sicherheidstienst (SD), skazany przez polski sąd na karę śmierci za udział w holokauście, płakał słuchając dobiegającej gdzieś z głębi gmachu więziennego radiowej muzyki Bacha. Nie wiedział, oczywiście, że jest przypadkiem obserwowany. Zapytany raz: „panie Engels, pan nosi historyczne nazwisko... Engels wyprostował się dumnie: *meine Herren*, Engels w przeciwieństwie do Marksa nie był Żydem...”. Od takich to historyjek, prawdziwych, aż się roi w *Wywiadzie*, nadając mu szczególnego smaku epickiego. Można odnieść często wrażenie, że Bartoszewski swoje kolejne więzienia traktował jak swoiste studia psychologiczne i historyczne, bo też ta wiedza wyniesiona właśnie z kaźni komunistycznych ułatwiła mu później tworzenie wartościowej publicystyki i literatury. Dodać można w tym miejscu, że owa wyborna niemczyzna zyskała mu u kalifaktorów, niemieckich więźniów do posług (przynoszenie jedzenia, wynoszenie zwłok pomordowanych) miano „*maschinengewehr*”, karabinu maszynowego. To z powodu szybkiej wymowy. Dzięki kalifaktorom Niemcom uzyskiwał informacje, czasami arcyważne, o losie niektórych uwięzionych.

Drugie „siedzenie” Bartoszewskiego w polskich więzieniach to już była poważna sprawa o szpiegostwo, sfingowana od początku do końca na podstawie fałszywych zeznań. Dostał 8 lat więzienia z 10 żądanych przez prokuratora. Ten wyrok skomentował w rozmowie z M. Komarem w sposób następujący: „Wie pan, to dla mnie było i jest pouczające, że trzech sędziowie, prawdziwi, rdzenni Polacy, pszenno-buraczani, dali mi długoletni wyrok za urojone szpiegostwo, a bronił mnie odważnie mecenas Zygmunt Gross, Polak średnio-prawdziwy, bo przedstawiciel polskich elit inteligenckich pochodzenia żydowskiego”. Proces odbywał się w świetlicy przy ul. Koszykowej (siedziba bezpieki), nie trwał dłużej niż godzinę. Z braku miejsca dla nazbyt panoramicznego przedstawienia tej postaci, powiem, że sporo zawdzięcza on adwokatom. Bartoszewski to podkreśla. 2 marca 1955 r.

Kolegium Sądu Najwyższego uznało, że został bezpodstawnie aresztowany i skazany i sprawę umorzyło. Trzeba zauważyć, że wówczas w Polsce już była zaawansowana odwilż polityczna. Bronił go z talentem i ogromnym zaangażowaniem adw. Jerzy Mering. Bartoszewski siedział „tylko” 5 lat.

Podczas internowania w stanie wojennym w ośrodku w Jaworzu obchodził 60. urodziny. To już był rok 1982, wyraźny świt wolności, choć nie wszyscy w Polsce tak myśleli.

W laudacji, podczas naprędce zorganizowanej uroczystości nazwano Bartoszewskiego „Walcącym chrześcijaninem, ciągle w biegu...”

„On przecież na szczęście dla Polski i dla nas nigdy nie stanie... Kiedyś, za wiele lat, gdy nas już nie będzie, stanie na pomniku. Będzie to pomnik walczącego chrześcijanina, prawego człowieka, dobrego Polaka, który kochał świat. Daj ci Boże długie życie pośród dobrych ludzi w wolnej Polsce”. Jak dotąd wszystko z tej laudacji spełnia się szczęśliwie.

W dniu 7 października 2006 adwokatura polska miała przyjemność gościć Profesora Bartoszewskiego jako Honorowego Przewodniczącego Jury Ogólnopolskiego Konkursu Krasomówczego dla aplikantów adwokackich w Łodzi. Podczas wręczenia Profesorowi odznaki „Zasłużonego dla Adwokatury” Prezes NRA, adwokat Stanisław Rymar powiedział m.in.: „Jedna z najbardziej rozpoznawalnych osób publicznych w Polsce. Jedna z najwybitniejszych polskich osobistości nie tylko w Europie, ale i na świecie: Władysław Bartoszewski. Jest przykładem, jak należy pojmować braterstwo, solidarność w obliczu śmiertelnego zagrożenia”. Prezes wymienił wszystkie zasługi Bartoszewskiego dla Polski i Polaków. Podziękował za przyjęcie najwyższego odznaczenia, jakim dysponuje adwokatura. Podobne odebrał w swoim czasie niezapomniany nasz i Bartoszewskiego przyjaciel – Jan Nowak-Jeziorański.

Z kolei Redaktor Naczelny „Palestry” adwokat Stanisław Mikke, przewodniczący Jury Konkursu Krasomówczego w swoim wystąpieniu stwierdził: „My, dziś Panie Profesorze, kłaniamy się Panu w poczuciu więzi z poprzednimi pokoleniami. Kłaniamy się dziękując za to, co uczynił Pan dla nas i dla Polski”. Parafrazując to, co wiemy o wiecznym biegu Profesora, adw. Stanisław Mikke powiedział: „Pan Profesor przez całe długie i bogate życie biegnie... Dlatego ze szczególną wdzięcznością przyjmujemy to, że zatrzymał się Pan w Łodzi. Dla nas, dla Polskiej Adwokatury, dla tych młodych ludzi, którzy wkraczą do zawodu” (Cytaty z dwu przemówień zaczerpnięte ze świetnie redagowanej „Kroniki”, pisma Izby Adwokackiej w Łodzi, nr 35 z października 2006 r.).

W lutym 2007 r. Profesor Władysław Bartoszewski obchodzi 85. urodziny. *Ad multos annos*, Panie Profesorze.



U ŹRÓDEŁ PRAWA EUROPY

Witold Wołodkiewicz

Mit omnipotencji prawa stanowionego Uwagi na marginesie edyktu Dioklecjana o cenach

Świat współczesny żyje zalewem przepisów prawnych. Ilustracją tego zjawiska, w naszym kraju może być objętość Dziennika Ustaw, która w ciągu ostatnich lat powiększa się z szybkością lawiny¹. Ustawy zmieniają się często: są zastępowane przez nowe lub też wielokrotnie nowelizowane. W polskiej praktyce ustawodawczej zdarza się często, że zanim ustawa lub jej nowelizacja wejdzie w życie, jest poddawana kolejnemu procesowi legislacyjnemu.

Ogromna ilość aktów ustawodawczych wynika częściowo z konieczności przystosowania prawa krajowego do systemu Unii Europejskiej. Przyczyna tego zjawiska jest jednak znacznie poważniejsza. Żyjemy dziś mitologią omnipotencji prawa

¹ Dla ilustracji podaję tabelkę dotyczącą objętości Dziennika Ustaw z kilku wybranych lat:

Rocznik Dz.U.	Liczba numerów Dz.U.	Liczba pozycji	Liczba stron
1937	90	649	1648
1947	76	491	1306
1957	62	342	668
1967	47	247	478
1977	39	178	408
1987	42	250	596
1997	162	1136	5670
2005	267	2260	17610

stanowionego; wszystkie problemy życia społecznego i moralnego zdają się możliwe do rozwiązania przez stworzenie odpowiedniej normy prawnej i wprowadzenie stosownej sankcji.

Zupełnie inne było poczucie prawne w Rzymie republikańskim i w okresie wczesnego pryncypatu. O ile w zakresie tworzenia rzymskiego prawa publicznego podstawową rolę odgrywały normy prawa stanowionego (*leges rogatae, leges datae, plebiscita, senatus consulta* oraz *leges – constitutiones principum*), o tyle dla rozwoju prawa prywatnego miały one znaczenie znikome. Podstawowy zrąb archaicznego prawa prywatnego stanowiło dawne prawo zwyczajowe (*mos maiorum*), skodyfikowane w ustawie XII tablic. Ustawa ta, wydana w połowie V wieku p.n.e., miała, w zamierzeniu jej twórców, regulować całość porządku prawnego małego państwa-miasta, jakim był Rzym wczesnej republiki. Ustawa ta została formalnie abrogowana dopiero w połowie VI wieku n.e. przez Justyniana, który wszelkie dotychczasowe źródła prawa zastąpił swą kompilacją (kodyfikacją), składającą się z Digestów, Instytucji i Kodeksu.

Rozwój rzymskiego *ius civile* w tak zwanym „okresie klasycznym” rzadko był wynikiem działalności ustawodawczej. Rzymskie prawo prywatne rozwijało się dwoma torami: pierwszy z nich to stworzona – obok *ius civile* – warstwa zwana *ius honorarium* lub *ius praetorium*. Stanowiła ona owoc działalności urzędników jurysdykcyjnych (pretorów i edylów kurulnych), którzy udzielając ochrony prawnej (procesowej lub pozaprocessowej) mogli w odpowiedni sposób dostosowywać normy *ius civile* do potrzeb praktyki. Mogli też wychodzić poza zakres przewidzianej w ustawie ochrony, opierając się na prawie, „które przyrodzony rozsądek ustanowił pomiędzy wszystkimi ludźmi, które jest przestrzegane przez wszystkie narody i jest nazywane prawem ludów (*ius gentium*), jak gdyby stąd, że prawem tym posługują się wszystkie ludy”².

Drugi tor rozwoju rzymskiego prawa prywatnego to twórcza interpretacja, dokonywana przez biegłych w prawie (*iurisprudentes*). Interpretacja ta, której podstawą było archaiczne *mos maiorum*, ustawy (głównie ustawa XII tablic) oraz edykty pretorów, była głównym źródłem rozwoju prawa rzymskiego w tzw. okresie klasycznym. Prawo rzymskie od końca II wieku p.n.e. do III wieku n.e. stworzyło model „prawa prawniczego”, tj. takiego, w którym grupa zawodowa prawników spełniała ogromną rolę w tworzeniu prawa³.

Pomponius (D.1.2.2.12) wyjaśnia, że istota rzymskiego *ius civile* opiera się na in-

² Gai 1.1: ...*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

³ Por. A. Schiavone, *Prawnik (w:) Człowiek Rzymu*, pod red. A. Giardina, tłum. polskie, Warszawa 1997, s.107 i n. Można tu porównać doktrynę anglosaskiego realizmu prawniczego, który posługiwał się wyrażeniem „sądy tworzą prawo” („courts make law”), z opartą na prawie rzymskim tradycją Europy kontynentalnej, podkreślającą znaczenie tradycji naukowej (por. G. P. Fletcher, *Na cześć „Ius et lex”*. *Kilka refleksji nad pojęciem prawa, „Ius et lex”* 2002, nr 1, s. 15 i n.).

terpretacji uczonych prawników⁴. To stwierdzenie potwierdza również inny przekaz tego samego jurysty (D.1.2.2.5), w którym – po przedstawieniu w poprzednim paragrafie historii powstania ustawy XII tablic – pisze on, iż ustawa ta wymagała dyskusji i interpretacji biegłych w prawie. Z tych dyskusji powstało prawo niepisane, które nazywano wspólną nazwą *ius civile*⁵. Ten sam jurysta podkreśla w sposób jednoznaczny udział jurystów w tworzeniu i ciągłym ulepszaniu prawa. Pisze on wręcz (D.1.2.2.13), że „nie może istnieć prawo (*ius*) bez udziału biegłego w prawie jurysty, dzięki czemu prawo ulepsza się z dnia na dzień”⁶. Do procesu ulepszania prawa udział jurysty, tłumaczącego i wyrażającego rzeczywiste znaczenie prawa stanowionego i zwyczajowego, wydaje się niezbędny. Rolą jurysty jest pośredniczenie pomiędzy prawem i obywatelami.

O wysokiej jakości prawa (*ius*) decydują źródła, na których opiera się porządek prawny (*leges et mores*) oraz odpowiednie ich przetworzenie i przygotowanie przez jurystę. Wykorzystując polisemiczność terminu „*ius*”, który miał w języku łacińskim dwa znaczenia: 1° „prawo” oraz 2° „wywar”, „sos”, „zupa”, „rosół”⁷, Lzydor z Sewilli przeprowadza zabawną analogię pomiędzy produktem mistrza kuchni a tym, co stanowi efekt działalności jurysty. Pisze on, że „sos mistrza kuchni (*ius*) jest nazywany podobnie jak prawo (*ius*), gdyż ustawa jest składnikiem prawa”⁸. Zarówno *ius* – zupa, sos, jak i *ius* – prawo, są owocem zabiegu technicznego dokonywanego przez znawcę określonej techniki: kucharza lub prawnika. Ten zabieg techniczny pozwala znawcy z należycie potraktowanych składników (dla znawcy kuchni są to dobre gatunki mięsa, warzyw i przypraw; dla znawcy prawa – dobre ustawy i zwyczaje) osiągnąć odpowiedni rezultat: ugotować dobrą zupę, czy też stosować prawo w należyty sposób. W obu przypadkach o jakości końcowego produktu decyduje w równym stopniu jakość użytych składników, co umiejętności wytwórcy, odpowiednio mistrza kuchni lub jurysty.

⁴ D.1.2.2.12 (Pomponius, *lib. sing. enchiridion*): ...est proprium *ius civile*, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit...

⁵ D.1.2.2.5 (Pomponius, *lib. sing. enchiridion*): His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc *ius*, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur *ius civile*. [„Po uchwaleniu tych ustaw stała się niezbędna dyskusja na forum na ich temat. Jest oczywiste, że ich interpretacja powinna opierać się na autorytecie znawców. Ta dyskusja na forum i to prawo, które bez formy pisanej zostało ułożone przez znawców, nie ma własnej nazwy, jak to jest w przypadku innych gałęzi prawa, lecz nazywane jest wspólną nazwą prawa obywatelskiego (*ius civile*)”].

⁶ D.1.2.2.13 (Pomponius, *lib. sing. enchiridion*): (...) constare non potest *ius*, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.

⁷ Zob. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 541–548: 1° „prawo”; 2° „zupa, polewka, ciecz, sos, wywar”.

⁸ Isidorus Hispalensis, *Etym.* 20.2.32: *lus coquinae magistri a iure nuncupaverunt, quia [ea] est lex condimenti eius. Hanc Graeci 'zémam' vocant.*

W kontekście tych rozważań należy widzieć słynną definicję prawa pochodzącą od Celsusa (przekazaną przez Ulpiana i zawartą na początku Digestów justyniańskich), że prawo jest umiejętnością stosowania tego, co dobre i słuszne (*ius est ars boni et aequi*). Jurysta jawi się w niej jako mistrz, który przez swe umiejętności (*ars*) rozwija prawo. Rozwijając normę prawną, winien on stosować kryterium słuszności, mieszczące się jednak w pozytywnym porządku prawnym⁹.

W okresie pryncypatu zwiększa się rola prawa stanowionego. Na miejsce uchwał zgromadzeń ludowych pojawiają się wiążące uchwały senatu (*senatus consulta*). W okresie tym senat – politycznie w pełni zależny od cesarza – był wygodniejszym forum dla realizowania polityki władcy, niż dawne zgromadzenia ludowe. Były jednak wciąż zachowywane pozory tradycji republikańskiej. Przyznanie mocy obowiązującej uchwałom Senatu dawało cesarzowi wygodny instrument do realizowania swych zamierzeń legislacyjnych. *Oratio principis* wygłaszana na posiedzeniu Senatu i entuzjastycznie przyjmowana przez aklamację stawała się obowiązującym prawem.

W okresie pryncypatu pojawia się również zupełnie nowa forma prawa stanowionego, traktowana na równi z *lex* (a później wręcz określana tym terminem). Były to konstytucje cesarskie o różnym znaczeniu i formie (*decreta, edicta, epistulae, mandata, rescripta*). Uznanie przynajmniej niektórych z nich za źródło prawa równoważne ustawie nie budziło wątpliwości już dla jurystów wczesnego pryncypatu. Pomponiusz (D.1.2.2.12) wymieniając wśród źródeł prawa konstytucje cesarskie, zauważa, że są one równoważne ustawie (*quod ipse princeps constituit pro lege servetur*). Jeszcze dalej w uznaniu mocy obowiązującej konstytucji cesarskich idzie Gaius (G.1.5), który, wymieniając wśród źródeł prawa stanowionego konstytucje cesarskie, stwierdza wyraźnie, że mają one moc ustawy (*quin id legis vicem optineat*) i że nie budziło to nigdy wątpliwości. Uzasadnieniem takiego stanowiska miało być to, że sam cesarz otrzymał władzę z mocy ustawy. Gaius – piszący podobnie jak Pomponiusz w pierwszej połowie II w. n.e. – wyrażał jedynie istniejącą zasadę zrównania konstytucji cesarskich z *leges*, starając się jednocześnie podać motywy takiego rozwiązania.

Pomimo zwiększania władzy cesarzy, jursprudencki model tworzenia prawa został utrzymany niemal przez cały okres pryncypatu: cesarze – nawet ci najbardziej autorytarni – nie zerwali z republikańską tradycją rozwijania prawa poprzez *interpretatio prudentium*. Została ona jednak włączona w system tworzenia prawa przez cesarzy, którzy stworzyli określone reguły uznawania opinii jurystów za wiążące dla sądów. Pisze o tym Gaius (G.1.7): „Odpowiedzi znawców prawa są (to) zdania i poglądy tych (prawników), którym pozwolono tworzyć prawa. Jeżeli

⁹ Por.: W. Wołodkiewicz, *Ius et lex w rzymskiej tradycji prawnej* (w:) *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Zakamycze 2003, s. 231 i n.; A. Kacprzak, J. Krzynówek, W. Wołodkiewicz, *Regulae iuris*. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego RP, pod redakcją W. Wołodkiewicza, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 74 i n.

do jednego sprowadzają się ich wszystkie zdania, to, co w jaki sposób myślą, zachowuje moc ustawy, jeżeli są natomiast sprzeczne między sobą, sędziemu wolno pójść, za którym chce zdaniem. I to się oznajmia w pisemnej odpowiedzi boskiego Hadriana”¹⁰.

W okresie późnego pryncypatu zaczyna się jednak kształtować stopniowo zasada pełnej suwerenności władzy ustawodawczej cesarza. Zmienia się też status rzymskich jurystów: z niezależnych *iurisprudentes*, reprezentujących arystokratyczne podejście do wykonywanej przez nich funkcji, stają się oni (w końcu II w. n.e.) zależnymi od władców „prawnikami biurokratami”. Dla Ulpiana, jurysty z przełomu II i III wieku, pełniącego wysokie funkcje w strukturze władzy cesarskiej, zasada, w myśl której cesarz ma nieograniczoną możliwość stanowienia prawa, jest już oczywista. Zwrotem *princeps legibus solutus est*, wyraża on, w sposób bezwarunkowy, brak związania cesarza obowiązującym prawem.

Trwający pół wieku (235–284) kryzys polityczny rzymskiego cesarstwa doprowadził do załamania ekonomicznego i finansowego państwa. Dioklecjan, obejmując władzę w roku 284, stworzył nowy typ ustroju o charakterze totalnym, zwany dominatem. Stworzenie systemu politycznego tetrarchii miało usprawnić zarządzanie coraz to bardziej skomplikowanym terytorialnie i organizacyjnie państwem. Innym sposobem naprawienia kryzysu władzy państwowej miało stać się nowe podejście do tworzenia prawa.

Totalny władca uważa się za ojca swych poddanych. Ten nowy styl działania władzy wyraża przekonanie o możliwości rozwiązania wszelkich skomplikowanych problemów życia społecznego i ekonomicznego przez działalność ustawodawczą. Stanowi to zasadnicze odstępstwo od dotychczasowej koncepcji prawa rozwijanego głównie przez twórczą interpretację. W okresie tym zanika zresztą twórcza działalność prawników.

Zmienia się również styl ustaw. Jak pisał wybitny romanista włoski Eduardo Volterra: „w starożytności, podobnie jak ma to miejsce nierzadko w czasach współczesnych, można zauważyć wyraźną różnicę stylu ustawodawczego w ustrojach demokratycznych i totalitarnych. (...) W ustrojach demokratycznych tekst ustawy jest sformułowany w sposób zwięzły, posługujący się językiem ściśle technicznym. (...) W późnym cesarstwie rzymskim, gdy w jego koncepcji ustrojowej i prawnej wysuwa się absolutna władza cesarza, forma ustawy podlega zasadniczej zmianie: staje się ona rozwlekła, nawiązująca do opiekuńczej i wszechogarniającej roli cesarza”¹¹.

Doskonałym przykładem takiego nowego podejścia do roli władcy i tworzonego przezeń prawa może być edykt Dioklecjana o cenach maksymalnych (*edictum*

¹⁰ G.1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi. Idque rescripto divi Hadriani significatur.*

¹¹ E. Volterra, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, Firenze 1971, s. 833 i 845.

Diocletiani de pretiis rerum venalium), wydany w roku 301 n.e. pomiędzy 20 listopada a 10 grudnia.

Nie miejsce tu na omawianie historii odkrycia tekstu edyktu Dioclecjana i jego trzech współwładców. Wzmianki dotyczące odkrycia samego tekstu edyktu sięgają początków XVIII wieku. Mimo iż dzięki licznym odkryciom epigraficznym oraz żmudnym badaniom znamy dziś prawie cały tekst edyktu o cenach maksymalnych, wciąż jest on wielką zagadką. Wywołuje dyskusje zagadnienie, czy edykt obowiązywał w całym imperium, czy też jego działanie było ograniczone do części wschodniej. Przeważa pogląd, że edykt miał zasięg ogólnopaństwowy.

Edykt Dioklecjana o cenach jest tekstem o wyjątkowym znaczeniu dla badaczy historii ekonomicznej późnego cesarstwa. Niezależnie od tego, czy edykt Dioklecjana o cenach wyrażał rzeczywistą wartość poszczególnych towarów i usług, stanowi bezcenne źródło do badania proporcji wartości różnych towarów i usług. Tekst edyktu umożliwia również poznanie towarów występujących na rynkach cesarstwa rzymskiego początku IV wieku n.e.¹².

Nic więc dziwnego, że edykt Dioklecjana stał się ważnym źródłem dla historyków późnego cesarstwa rzymskiego. Natomiast fakt, że edykt był w swym zamierzeniu od samego początku nierealny i że został uchylony w cztery lata po jego uchwaleniu (w roku 305, po abdykacji Dioklecjana), powoduje relatywnie mniejsze zainteresowanie nim badaczy prawa rzymskiego. Nie może on stanowić argumentu w dyskusjach nad zagadnieniem *pretium iustum*, gdyż ustalone w edyktie ceny nie stanowią odbicia cen realnych, lecz stanowią jedynie przejaw dążności władzy do osiągnięcia stabilizacji monetarnej i przeciwdziałania niezadowoleniu wciąż ubożejącej ludności.

¹² W 37 rozdziałach edyktu są pogrupowane różne towary i usługi, wraz z podaniem maksymalnych cen, które mogą być za nie pobierane. Oto przykładowo niektóre z określonych w edyktie rodzajów produktów i usług: rozdz. 1 – zboża i rośliny strączkowe (35 pozycji); rozdz. 2 – wina i piwa (19 gatunków tych wyrobów, w cenie od 30 do 2 denarów); rozdz. 3 – oliwa i miód (12 pozycji); rozdz. 4 – mięso i produkty zwierzęce (50 pozycji tych wyrobów); rozdz. 5 – ryby (12 pozycji); rozdz. 6 – warzywa i owoce (96 pozycji); rozdz. 7 – wynagrodzenia pracowników i rzemieślników (76 pozycji). Są to różne rodzaje prac fizycznych i intelektualnych: od robotnika wiejskiego poczynając – 25 denarów za dzień pracy nauczycieli – od 50 do 250 denarów za miesiąc od dziecka; adwokatów – 250 denarów za wniesienie sprawy; 1000 denarów za prowadzenie sprawy sądowej); rozdz. 8 – ceny skór (43 pozycje, np. 16 denarów za skórę kozłącą wyprawioną; 1250 denarów za skórę z lamparta wyprawioną); rozdz. 9 – kopyta szewskie i obuwie (25 pozycji); rozdz. 10 i 11 – o wyrobach skórzanych i jukach (27 pozycji, np. 2 denary za bat dla woźnicy; 800 denarów siodła na muła z batem); rozdz. 12 – o drewnie i wyrobach z drewna (42 pozycje); rozdz. 17 – ceny opłat za przewóz lądowy; rozdz. 19 – ceny ubrań (73 pozycje, np. 200 denarów za dalmatykę damską z grubej wełny; 50 000 denarów za dalmatykę męską jedwabną); rozdz. 22 – o usługach pralniczych; rozdz. 23–29 – ceny różnych materiałów i odzieży; rozdz. 30 – ceny złota i wyrobów ze złota; rozdz. 31 – ceny niewolników; rozdz. 32 – ceny zwierząt pociągowych; rozdz. 33 – ceny marmurów; rozdz. 34 – ceny zwierząt libijskich (np.: 150 000 denarów lew pierwszej jakości; 125 000 denarów lew drugiej jakości); rozdz. 37 – tabele opłat za przewóz statkami morskimi i rzecznyymi (75 pozycji na różnych trasach).

Dla badań nad tworzeniem prawa w Rzymie największe znaczenie może mieć część wstępna edyktu, stanowiąca swoistą preambułę. Ilustruje ona zmianę sposobu podejścia do tworzenia prawa stanowionego. Pokazuje też mitologię władzy totalitarnej co do możliwości tworzenia rzeczywistości prawnej poprzez działania ustawodawcze absolutnego władcy. Edykt jest przykładem nowego stylu działania władcy, przekonanego o możliwości rozwiązania – przez tworzenie ustaw – wszelkich skomplikowanych problemów życia społecznego i ekonomicznego. Stanowi też przykład odejścia od dotychczasowej koncepcji tworzenia prawa, w której tak wielką rolę odgrywała interpretacja prawnicza, dokonywana przez znawców prawa.

Wstęp do edyktu Dioklecjana o cenach stanowi przykład nowego języka konstytucji cesarskich okresu dominatu: cesarz przedstawia się jako ten, który – po szczęśliwym zakończeniu wojen – może zapewnić również szczęśliwość i dobrodziejstwo w czasie pokoju. Do tego niezbędna jest walka ze złymi ludźmi, którzy przez swą chciwość (*avaritia*) chcą doprowadzić państwo do upadku. Dotychczasowe środki zaradcze, oparte jedynie na zaufaniu do poczucia ludzi (*humanitas*), stały się – wedle cesarza – niewystarczające. W liczącym ponad 100 wierszy tekstu wstępie do edyktu (według wydania Lauffera), wyraz *humanitas* jest użyty 6 razy, wyraz *avaritia* 8 razy. Ten pierwszy termin odnosi się do samego cesarza, którego działalności – wynikającej z *humanitas* – przeciwstawia się chciwość złych ludzi (*avaritia*).

Walka z wrogiem (niekiedy stwarzanym przez samą władzę) jest typowym przykładem zachowań władzy totalnej. Władca pragnie okazać się w oczach swych poddanych jedynym ich obrońcą przed wrogami. Wrogiem tym jest – dla Dioklecjana – nieumiarkowana chciwość (*avaritia*) ludzi bezbożnych, która zagraża pomyślności ogółu. Żli ludzie, powodowani zachłannością, chcą udaremnić podejmowane środki naprawcze. Autorzy konstytucji podkreślają, iż cesarze, jako ojcowie rodzaju ludzkiego, mogą podejmować odpowiednie środki zaradcze przeciwko tym wynaturzeniom:

§ 7. „Ale ponieważ jedynym pragnieniem chciwości nieumiarkowanej jest nie mieć żadnego względu na potrzeby powszechne, a przez ludzi bezbożnych i nieumiarkowanych jak jakaś religia jest traktowane (to samo pragnienie) chciwości wzrastającej i gwałtownymi płomieniami palącej, które powstrzymuje się od niszczenia pomyślności wszystkich z konieczności raczej niż z własnej woli, ponieważ z drugiej zaś strony żyć nie mogą ci, których nieszczęścia przywiodły do poznania najbardziej żalostnego stanu nędzy, gdy to ujrzeliśmy my, którzy jesteśmy ojcami rodzaju ludzkiego, postanowiliśmy, że aby Sprawiedliwość stała się arbitrem w tych sprawach – skoro wyodrębniona przez długi czas *Humanitas* sama nie była w stanie przeciwstawiać się temu – został ustanowiony dla wszystkich ludzi powszechny umiar środkami leczniczymi troskliwości naszej”¹³.

¹³ Tłumaczenie polskie, według niewydanego jeszcze przekładu Edyktu cesarza Dioklecjana o cenach towarów wystawionych na sprzedaż (*De pretiis rerum venalium*), przekład i opracowanie Agnieszka

Cesarz, nawiązując do praw natury, wyraża pogląd, że sama *humanitas* i dana ludziom swoboda postępowania powinny doprowadzić do naprawy bez uciekania się do ciężkich kar. Pierwszym sposobem uleczenia społeczeństwa winna być *humanitas*. Gdy jednak zaślepienie umysłów szkodzi zarówno pojedynczemu człowiekowi, jak i wszystkim ludziom, konieczne jest zastosowanie środków leczniczych w postaci surowych kar dla tych, którzy nie mają poczucia człowieczeństwa:

§ 8. „...z tą nadzieją ważymy postanowienia czy też powstrzymujemy wymyślone środki lecznicze, iż – co za sprawą praw natury powinno się stać – człowieczeństwo przyłapane na najcięższych zbrodniach samo się uleczy, znacznie bardziej ceniąc usunięcie hańby nieznośnego rabowania przez powszechne opinie, odczucia i swobodę postępowania, niż przez nałożenie ciężkiej kary na tych, którzy z dnia na dzień doprowadzają do nieszczęść i z jakimś zaślepieniem umysłów skłaniają się do powszechnego bezprawia, szkodliwi dla pojedynczego człowieka i dla wszystkich, winni najokrutniejszego braku człowieczeństwa”.

§ 9. „Dlatego z powodu tej sytuacji uciekamy się do środków leczniczych już od dawna koniecznych i jesteśmy wolni od wszelkiej wątpliwości, czy aby wprowadzenie naszej kuracji nie zostanie uznane za spóźnione lub zbyt późne, albo też za mniej ważne czy mniej warte przez niegodziwych, którzy nie chcieli spostrzec, że tyle lat naszego milczenia powinno być jednak dla nich nauczycielką umiarkowania”.

Wprowadzając sankcje za nieprzestrzeganie edyktu o cenach maksymalnych, cesarze zajmują się również filozofią karania. Ponieważ ludzie bardzo rzadko przyjmują z własnej woli udzielone im dobrodziejstwo (a takim ma być wprowadzona ustawa o cenach maksymalnych), to najlepszym nauczycielem i przewodnikiem w obowiązkach jest strach przed karą. Przewidziana w edyktach kara śmierci nie powinna być traktowana jako okrucieństwo, ponieważ obawiający się kary mogli zachować umiar:

§ 18. „Ponieważ zaś wiadomo, że i u przodków naszych istniał zwyczaj uchwalania prawa, aby zuchwałość była trzymana w ryzach strachem przed przepisem prawnym – dlatego, że bardzo rzadko rodzaj ludzki przyjmuje dobrodziejstwo z własnej woli i zawsze okazuje się, że strach jest najlepszym nauczycielem i przewodnikiem w obowiązkach – postanawiamy, ażeby, jeśli będzie jakieś wystąpienie przeciw regule statutu tego, zuchwałość została ujarzmiona śmiercią. I niech nikt nie traktuje rozporządzenia tego jako okrucieństwa, ponieważ w gotowości jest schronienie dla uciekających przed niebezpieczeństwem w poszanowaniu umiaru”.

Edykt wprowadza również odpowiedzialność w postaci kary śmierci za przestępstwo polegające na gromadzeniu towarów i wycofywaniu ich z obrotu. To przestępstwo spotykane i w czasach współczesnych, w okresach wojen czy przemian

rewolucyjnych, jest określane mianem spekulacji¹⁴. Motywem ustanowienia przez Dioklecjana surowej odpowiedzialności za to przestępstwo jest, że kara powinna być dolegliwa dla tworzących niedostatek:

§ 19. *„Temu samemu rygorowi zostanie poddany również ten, kto z żądz zarabiania, dręczony chciwością, będzie knuł spisek przeciw rozporządzeniom. Od tego rodzaju kary nie będzie wolny tak samo ten, kto mając towary służące do pożywienia oraz rzeczy konieczne do życia, uzna po tym dla niego ograniczeniu, że wycofa je (z rynku), ponieważ kara powinna być nawet cięższa dla sprawiających niedostatek, niż dla knujących przeciw postanowieniom”.*

W zakończeniu wstępu do edyktu powraca motyw cesarza ustanawiającego prawo dla pożytku publicznego w walce z ludźmi, którzy występują przeciwko dobru publicznemu:

§ 20. *„Zachęcamy zatem wszystkich do posłuszeństwa, ażeby rzeczy ustanowione dla pożytku publicznego zostały przyjęte z życzliwą uległością i należnym poszanowaniem, zwłaszcza że wydaje się, iż tego rodzaju postanowieniem przychodzimy z pomocą nie miastom pojedynczym, ludom czy prowincjom, ale całemu światu, uznając, że na jego zgubę sroży się tylko garstka ludzi, których chciwości załagodzić albo nasycić nie były w stanie ani pomyślność czasów, ani bogactwa, o które widzimy, jak usilnie zabiegają”.*

Edykt Dioklecjana o cenach stanowi nie tylko bezcenny dokument badania relacji cenowych i obrotu towarowego okresu początków Dominatu. Jest on również ważnym – choć nie zawsze docenianym – źródłem dotyczącym zmiany koncepcji stanowienia prawa oraz filozofii karania jako sposobu rozwiązywania problemów społecznych.

O ile w prawie klasycznym norma prawa stanowionego stanowiła jedynie wytyczną do twórczej interpretacji dokonywanej przez znawców prawa, to w edyktie Dioklecjana pojawia się idea, że za pomocą szczegółowej normy prawnej można rozwiązać wszelkie problemy społeczne i gospodarcze. Wynika to z wiary władcy absolutnego, że jego sprawcza wola może rozwiązać pomyślnie skomplikowane problemy prawne, które tradycyjnie były traktowane jako domena interpretacji i rozsądnej praktyki prawnej. Podobną mentalność prawną można spotkać również i dziś, i to nie tylko w państwach totalitarnych.

Wreszcie w edyktie Dioklecjana pojawia się idea kary jako środka odstraszającego, za pomocą którego można narzucić pożądane zachowanie tym ludziom, do których nie przemówiły zasady *humanitas*. Kara śmierci będzie, według twórców edyktu, najlepszym środkiem odstrasżającym tych, którzy nie dbając o dobro

¹⁴ Por.: dekret PKWN z 25 października 1944 r. o zwalczaniu spekulacji wojennej; dekret z 4 marca 1953 r. o ochronie interesów nabywców w obrocie handlowym; ustawa z 13 lipca 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym; art. 221 kodeksu karnego z 1969 r.

ogólne, nie potrafią powstrzymać swej chciwości. Ten problem i dziś jest często podnoszony przez zwolenników kary śmierci.

Edykt Dioklecjana o cenach stanowi w historii prawa rzymskiego istotny przejaw zmiany nastawienia nowej władzy totalnej do tworzenia prawa i do sprawczej jego roli. Edykt, jak zwykle gdy przy tworzeniu prawa przeważają względy polityczne nad podejściem realistycznym, okazał się nieporozumieniem i rychło przestał być stosowany.

Wydaje się, że sięgnięcie do historii może stanowić pomoc w wyjaśnieniu zjawisk życia współczesnego.

PROCESY ARTYSTYCZNE

Marek Sołtysik

PORUSZONE ZDJĘCIE PRZYBYSZEWSKIEGO (cz. 4)

Znużony satanista

Można powiedzieć, że resztę życia urządziła Przybyszewskiemu Jadwiga z Gąsowskich *primo voto* Kasprowiczowa (złośliwi utrzymywali, że go urządziła na resztę życia), wciąż jednak związana ślubem kościelnym z Janem Kasprowiczem. Z wdowcem od połowy roku 1901 Stanisławem Przybyszewskim dopiero jednak w kwietniu 1905 wzięła ślub cywilny w Poznaniu. W swej niełatwej, niewygodnej sytuacji mogłaby zmienić wyznanie i połączyć się z mężem w kościele ewangelicko-augsburskim, co będąc w podobnym położeniu uczyniło wiele inteligentnych par – ale nie chciała tego. Kościół pochwalił się jej wiary, kiedy po ćwierćwieczu od tragedii tyfliskiej przystąpiła ona (już jako wdowa po zmarłym 1 sierpnia 1926 r. Kasprowiczu) do spowiedzi przedślubnej. Inicjatorem połączenia w duchu katolickim tak długo trwającego związku był sam Przybyszewski, który pojednał się z Kościołem w obecności księdza jezuitę Jana Pawelskiego w przededniu cichego ślubu – nazajutrz po spowiedzi, w katedrze św. Jana w Warszawie 21 października 1926 r.

Jan Kasprowicz, od którego żona uciekła (napisała doń po paru latach list prze-sycony poczuciem winy, pewna, że nic nie wróci jej szczęścia), od roku 1911 był ożeniony z młodziutką Marią Bunin, córką generała carskiego i Szwedki. Przy trzeciej żonie (pierwsze, epizodyczne małżeństwo z Teodozją Szymańską zakończyło się fiaskiem) Kasprowicz odnalazł pogodę ducha, w osobie pani Marusi zyskał powierniczkę, sekretarkę, wychowawczynię córek i w końcu osobistą pielęgniarkę, a że była to ponadto osoba pełna temperamentu i, jak by to rzec, niezależna, mąż zyskiwał nowe impulsy do pracy twórczej. Z wiadomych względów i to małżeństwo nie mogło być uznawane przez Kościół.

Kiedy Jadwiga Kasproviczowa, już Przybyszewska, walczyła z alkoholizmem męża, robiąc wszystko, aby nie dopuścić do nawrotów rozwiązłości, Przybyszewski w listach do przyjaciół także biadał nad swoim zmarnowanym życiem i koniecznością znoszenia bezwzględnej jędry podcinającej mu skrzydła, a swój krok z roku 1899 tłumaczył dwoma tygodniami potwornego pijaństwa, któremu się oddawszy, dał porwać się namiętności do nieciekawej mieszczyki, ach!, żony swego krajana i przyjaciela! Błędne koło.

Wzajemne torturowanie się współmałżonków wspomina Jan Lorentowicz („Walka z cieniem”, Warszawa 1935):

„Pewnego razu Przybyszewski, leżąc na kanapie, rzucił w ożywionej dyskusji z żoną zdanie: «moja matka jest święta». Gdy to powtórzył kilkakrotnie z uporem maniaka, pani Jadwiga zagroziła, że jeżeli nie zaprzestanie natychmiast, to ona wyskoczy przez balkon. Przybyszewski powtarzał wciąż swoje: «moja matka jest święta». Pani Jadwiga wybiegła na balkon i – groźbę swą spełniła. Na szczęście zaczepiła się suknią i – przerażona służąca przeniosła ją do łóżka. A Przybyszewski wciąż powtarzał: «moja matka jest święta!...»”

Według niedawno udostępnionych najintymniejszych fragmentów pamiętników pani Marusi Kasproviczowej, muzy wielu artystów, malarz Władysław Jarocki, wrogo do niej nastawiony zięć Kasprovicza, rozpowszechnił informację, jakoby poeta na łożu śmierci wyrzekł się jej – swej od piętnastu lat towarzyszką życia. Na dowód Jarocki, profesor krakowskiej ASP, poważna figura w świecie sztuki, pokazywał papiery o charakterze ściśle poufnych, które, choć to był odpis, raczej nie powinny się być znaleźć w rękach prywatnych. „O tym dokumencie wiedziałam od dawna – pisze Maria Kasproviczowa („Spadające księżycy”, wybór M. Szyszkowska, Warszawa 2001) – zwykła, podpisana przez niego formułka, świadcząca o jego powrocie na łono Kościoła katolickiego, z przepisowymi wyrazami skruchy: cząstka jego ostatniej spowiedzi, po pierwszym ataku (...) Kasprovicz mimo pozytywnego stosunku do Kościoła nie był człowiekiem praktykującym”.

Podczas ciężkiej choroby poety odwiedził go ksiądz kanonik Humpoła i udzielił twórcy przesyczonej mistycyzmem „Księgi ubogich” sakramentów Świętych, co znalazło potwierdzenie w dokumencie podpisanym przez samego poetę, księdza spowiednika i doktora Teodora Białyńskiego-Birulę (przyjaciela Witkacego, współorganizatora orgii narkotycznych autora „Nienasycenia”!). Nie ma tam mowy o wyrzeczeniu się towarzyszką życia i opiekunki. Ostatnie zdanie testamentu Jana Kasprovicza brzmi: „Byłbym wdzięczny mojej żonie Marii, jeżeli zechce kazać się pochować przy moim boku”.

Trudno powiedzieć, która z pań Kasproviczowych miała większe kłopoty. Jadwiga, już *secundo voto* Przybyszewska, napisała po ślubie kościelnym: „To robimy dla zgody z Kościołem, bo dla ludzi to i tak nic nie pomoże. Robię to także dla córek”.

U boku tego, którego porzuciła, miałyby spokój. Kasprovicz, znakomity, znany w Polsce poeta (do jego odkrycia dla Młodej Polski przyczynił się Przybyszewski) robił niebywałą karierę we Lwowie. Redaktor „Słowa Polskiego” Zygmunt Wa-

silewski przeciągnął go, byłego więźnia za działalność socjalistyczną, wprost do Narodowej Demokracji, ażeby wzmocnić szeregi sympatyków i członków. Nie przebijając w środkach, w błyskawicznym tempie umożliwił poecie dokończenie na Uniwersytecie Jana Kazimierza we Lwowie rozpoczętych w Niemczech studiów filozoficznych, nakłonił profesorów... i stało się – poeta i tłumacz obronił doktorat na podstawie rozprawki o Lenartowiczu, potem habilitacja, szybko kolejne szczeble kariery naukowej. Kasprowicz zostanie nawet obrany rektorem. Wygoda, dobrobyt, na każdym kroku wyrazy uznania.

A z Przybyszewskim poniewierka, w dodatku z piętnem kobiety, która porzuciła męża dla opilca i znudzonego już czarownicami satanisty. Będąc na mieście przykładem kobiety upadłej, próbowała z bagna niemoralności wydobyć towarzysza życia. Jako osoba wykształcona (skończyła wyższe kursy dla kobiet) w Warszawie próbowała utrzymać stadło z tłumaczeń, stenografowania, pracy biurowej (anatemą rzucona na nią zataczała szerokie kręgi i zakres zamówień szybko się zmniejszał), wyprowadziła pisarza ze służbowego lokalu „Chimery” do przytulnego mieszkanka w kamienicy przy Nowowiejskiej, ale w Polsce po skandalach tyfliskich i lwowskich niewiele dało się zrobić, żeby nie uschnąć. Nie było wyjścia. On przecież nie przestał się uważać za pisarza polskiego i niemieckiego. I jego nie przestano uważać. Po kuracji antyalkoholowej (cóż, tylko *pro forma*) w Zakopanem, przenieśli się do Torunia dla kontynuacji tejże. Tam zapadła decyzja o wyjeździe do Niemiec. Osiedli w Monachium. Tu dla związku życiowych rozbitków rysowały się szanse i na stabilizację.

Tak się też stało. W miarę utrwalania sławy i dopływu honorariów odpływały w niepamięć gorsze, mniejsze, wynajmowane mieszkania. To najnowsze w Monachium, przy Ruffinstraße 12, pełne obrazów w wysokich pokojach – i z widokiem na park – było wyposażone w fortepian.

Korespondował dużo nie tylko z wydawcami i dyrektorami teatrów w interesach literackich. Chyłkiem wysyłał listy do Anieli Pająkównej w Paryżu (matki swej bardzo zdolnej Stasi), która nie dość że nie zaniedbywała twórczości malarskiej, to sama uczyła Stasię, a ta znakomicie zdawała egzaminy eksternistyczne. „Jestem *garde-malade* przy zupełnie obłąkanej kobiecie – żalił się człowiek, który właśnie pod kuratelą tej, którą określał jako „kompletną histeryczkę” i „wampira”, Jadwigi, żony nieodstępującej go nawet podczas odczytów, zdołał w Monachium w latach 1909–1914 napisać siedem powieści, wydawanych na bieżąco u „Gebethnera i Wolffa”. W korespondencji nie zostawiał na Jadwidze suchej nitki (także z żalu, że poddał się jej naciskom i oficjalnie wykreślał nie tylko ślady dobrej pamięci o Dagny w swoim życiu, ale nawet jako autorytet wymazywał jej utwory z historii literatury, te same, które przed laty promował!); do tego stopnia, że dobra, osłabiona chorobą Aniela Pająkówna, napisze w czerwcu 1909 do znajomego z nutą nadziei: „Czyżby to była prawda, że ta osoba (Jadwiga) zgodziłaby się go opuścić?”. Działo się to w czasie, kiedy Przybyszewski, jak zwykle nierzetelny, obiecywał, że zalegitymuje Stasię jako córkę. Aniela Pająkówna nie doczekała tego (co w końcu

nastąpiło pod naciskiem powinowatych, którym zależało na losie dziecka), zmarła w Paryżu 24 kwietnia 1912 roku na zapalenie płuc, niby po kilku dniach choroby, ale... o kilkanaście miesięcy wcześniej wspominała w listach Przybyszewskiemu o swoich poważnych dolegliwościach, o uporczywym kaszlu. „Twoje płucie krwią zupełnie mnie nie przeraża – potrafił odpisać, pocieszając, że to skutek... pęknięcia naczyń krwionośnych w krtani, i dalej szepcząc po swojemu, bałamutnie, choć tylko skrzypiącym piórem: „O jakiejś piersiowej chorobie nie ma u Ciebie mowy. Takich pięknych piersi nie ma żadna kobieta skłonna do chorób płucnych. Och, pamiętam je, pamiętam i widzę nieustannie przez oczami”.

W roku śmierci pani Anieli, w listopadzie, miała miejsce przykra sprawa honorowa na tle urażonej czci Jadwigi Przybyszewskiej – i nie nabrałaby ona tak szerokiego rozgłosu, gdyby jej rozpowszechnianiem nie zajął się sam Przybyszewski (przebieg sprawy, w formie litograficznych ulotek i odpisów trafił także do Tomasza Manna, który pisząc „Czarodziejską Górę” piórem ironisty potraktował fanaberie rozkapryszonych Polaków, przeciwstawiając je dramatom ciężko chorych ludzi.

Od lat znajomy Przybyszewskiego, młody, uprzejmy, towarzyski, uzdolniony literacko Michał Asanka-Japołł miał się ubliżająco wyrazić o pani Jadwidze i o domu Przybyszewskich. „Życzliwi” podali tę wiadomość Przybyszewskiemu dopiero w marcu 1913. Radzili wytoczyć skargę o oszczerstwo. Przybyszewski, naradziwszy się z żoną i z innymi, szczególnie z także obrażonym Kazimierzem Łodygowskim (który, tak jak Asanka-Japołł, przybywał z Galicji i wiedział o jakimś nieobyčajnym czynie, który miał Asankę-Japołła wyrzucić poza krąg ludzi honoru), 2 kwietnia 1913 r., z celowo dobranym towarzystwem poszedł do restauracji z barem „Rosenheimergarten” przy Schwefelstraße i po godzinie 19 spoliczkował kilkakrotnie Japołła. Następnie Japołła spoliczkował Łodygowski. Spoliczkował także towarzyszącego Japołłowi Teofila Lenarta. Protokół jednostronny o zajściu wciągnięto do księgi „Spraw honorowych Polaków monachijskich”.

Tomasz Mann, który tasując imiona i nazwiska bohaterów (Przybyszewski jest nie do wymówienia, autor przemianował go na Żuławskiego, z czcionką „Ż” i „ł” nawet niemiecki zecer miał problemy, toteż w drukarni Żuławski zamienił się w Żuławskiego), pomieścił sprawę w przedostatnim rozdziale powieści „Czarodziejska Góra”, uwieńczonej nagrodą Nobla – fragment w przekładzie Juliusza Feldhorna, jednego z czterech tłumaczy polskiego wydania czterotomowej książki, błyskawicznie, w kilka miesięcy po Noblu trafiającego do księgarń, („Rój”, Warszawa 1930):

„Otóż pewnego dnia zbiegły się tłumy ludzi do leżalni, bowiem Wiedemann (antysemita) i Sonnenschein (były kupiec; obaj współpacjenci sanatorium Berghof) rzucili się na siebie i jęli się okładać pięściami z rozpasaną i zwierzęcą pasją.

Był to widok straszliwy i żałosny. Tłukli się wzajem jak mali chłopcy, ale z rozpaczą ludzi dorosłych, którym jest już wszystko jedno”.

Po bardzo dramatycznym opisie krwawej walki – której widzem był główny bohater powieści Hans Castorp – dowiadujemy się że „świadkowie tej sceny drze-

li jeszcze godzinami pod wpływem straszliwego widoku. W porównaniu z ową ohydą ulgę nam przyniesie sprawozdanie z pewnej sprawy honorowej, która (...) oddziałać może raczej rozśmieszająco ze względu na formalistyczną powagę, z jaką się odbyła”.

Dokumenty, oświadczenia i protokoły, opublikowane w formie odpisów i druków ulotnych, trafiły do publiczności „nie tylko w kantonie i kraju, ale za granicą, a nawet w Ameryce”.

(O rozgłos sprawy zadbał sam Przybyszewski!)

„Było to zawichrzenie honorowe, powstałe w łonie kolonii polskiej (...). Towarzystwo to odznaczało się taką elegancją i rycerskością, że spotykało się z ogólnym podziwem. Składało się z jakiejś pary małżeńskiej, jednej panny i kilku młodych kawalerów; panna zaprzyjaźniła się wkrótce z jednym z panów. Nazywali się: Żuławski, Cieszyński, Rosiński, Michał Łodygowski, Leon Asarapetian i tak dalej. Otóż pewnego razu niejaki Japołł wyraził się przy szampanie, w restauracji zakładowej, wobec dwu innych panów, w sposób nienadający się do powtórzenia o małżonce pana Żuławskiego oraz o panie Kryłow, narzeczonej pana Łodygowskiego. Z tego wynikły kroki, postanowienia i formalności, stanowiące treść rozdawanych i rozsyłanych odpisów. Hans Castorp czytał: «Oświadczenie, tłumaczone z oryginału polskiego. – Dnia 27 marca 19... zwrócił się pan Stanisław Żuławski z prośbą do panów dra Antoniego Cieszyńskiego i Stefana Rosińskiego, aby udali się w jego imieniu do pana Kazimierza Japołła i zażądali od niego na drodze zgodnej z przepisami kodeksu honorowego satysfakcji za ciężką obrazę i oszczerstwo, jakiego dopuścił się pan Kazimierz Japołł w stosunku do małżonki tegoż, pani Jadwigi Żuławskiej, a to w rozmowie z panami Januszem Teofilem Lenartem i Leonem Asarapetianem.

Kiedy pan Żuławski dowiedział się przed paru dniami za pośrednictwem osób trzech o wyż. wspomnianej rozmowie, która miała miejsca z końcem listopada (!), poczynił natychmiast odpowiednie kroki celem upewnienia się co do prawdziwego przebiegu rzeczy i istoty doznanej obrazy. Dnia wczorajszego, tj. 27 marca 19... stwierdzono oszczerstwo i obrazę na podstawie słów pana Leona Asarapetiana, świadka bezpośredniego wymienionej rozmowy, w której przebiegu padły obraźliwe słowa i insynuacje. Na skutek tego czuł się pan Stanisław Żuławski zmuszony do zwrócenia się do podpisanych i złożenia w ich ręce pełnomocnictwa celem wszczęcia sprawy honorowej przeciw panu Kazimierzowi Japołłowi.

Podpisani składają następujące oświadczenie:

1. Na podstawie jednostronnego protokołu, spisane go dnia 9 kwietnia 19... we Lwowie przez panów Zdzisława Zygułskiego i Tadeusza Kadyja, zastępców pana Władysława Godulecznego w sprawie honorowej przeciw panu Kazimierzowi Japołłowi – oraz na podstawie wyroku sądu honorowego, wydanego w tejże sprawie we Lwowie dnia 18 czerwca r. 19..., które to akta orzekają zgodnie, że *postępowanie p. Kazimierza Japołła jest niezgodne z zasadami honoru, za co uznaje się go za honorowo zdyskwalifikowanego* –

2. wyciągają podpisani następujące pełne konsekwencje:

3. Ustalają, że p. Kazimierz Japołł nie jest absolutnie zdalny do udzielenia jakiegokolwiek satysfakcji na drodze honorowej.

4. Składają udzielone im pełnomocnictwo z uzasadnieniem, że godności ich ubliżałoby prowadzenie sprawy honorowej, względnie zastępowanie kogokolwiek w sprawie przeciw osobie towarzysko zdyskwalifikowanej.

W związku z powyższym stanem rzeczy zwracają podpisani uwagę panu Stanisławowi Żuławskiemu, że nie jest wskazane dochodzić praw swoich na panu Kazimierzem Japołłem na drodze honorowej i radzą mu, aby zwrócił się na drogę prawną, aby uniknąć dalszych zaczepki ze strony osoby stojącej poza nawiasem stosunków towarzyskich i niemogącej dać mu w żaden sposób satysfakcji. – (Data i podpis:) Dr Antoni Cieszyński, Stefan Rosiński».

Hans Castorp czytał dalej:

«Protokół świadków zajścia między panem Stanisławem Żuławskim i panem Michałem Łodygowskim a panami Kazimierzem Japołłem i Januszem Teofilem Lenartem – które miało miejsce w barze zakładu klimatycznego D. dnia 2 kwietnia 19... między godziną 7½ a 7¾ wieczorem.

Na podstawie oświadczenia swych pełnomocników, panów dra Antoniego Cieszyńskiego i Stefana Rosińskiego, doszedł pan Stanisław Żuławski po dojrzałej rozwadze do przekonania, że poleczone mu zwrócenie się na drogę prawną w sprawie *obrazy i oszczerstwa* jego małżonki Jadwigi ze strony pana Kazimierza Japołła nie prowadzi do celu, a to z następujących powodów:

1. Pan Kazimierz Japołł nie stawiałby się według wszelkiego prawdopodobieństwa na rozprawę sądową, a pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej byłoby utrudnione, a nawet uniemożliwione na skutek okoliczności, że jest on poddanym austriacko-węgierskim.

2. Kara sądowa, wymierzona panu Kazimierzowi Japołłowi, nie jest w stanie zmasać obrazy, jakiej dopuścił się wobec nazwiska i domu pana Stanisława Żuławskiego, usiłując w oszczerczy sposób okryć hańbą jego samego i żonę jego Jadwigę.

Pan Stanisław Żuławski wybrał tedy drogę najkrótszą i zdaniem jego, zważywszy okoliczności i warunki, najbardziej celową. Dowiedziawszy się drogą pośrednią, że pan Kazimierz Japołł ma zamiar dnia następnego wyjechać, wypoliczkował pana Kazimierza Japołła w barze tutejszego zakładu klimatycznego dnia 2 kwietnia 19... między godziną 7½ a 7¾ wieczorem w obecności swej małżonki Jadwigi oraz panów Michała Łodygowskiego i Ignacego Mellina, podczas gdy ten raczył się przy stoliku napojami wyskokowymi w towarzystwie pana Janusza Teofila Lenarta i dwu nieznanych bliżej dam.

Bezpośrednio potem wypoliczkował pan Michał Łodygowski pana Kazimierza Japołła, podając za przyczynę swego postępowania obrazę, jakiej dopuścił się pan Japołł wobec panny Kryłow.

Następnie wypoliczkował pan Michał Łodygowski pana Janusza Teofila Lenarta za zakwalifikować się niedającą krzywdę, wyrządzoną panu i pani Żuławskim, a

wreszcie – pan Stanisław Żuławski wypoliczkował bez chwili namysłu pana Janusza Teofila Lenarta za oszczercze podanie w osławę imienia małżonki i panny Kryłow.

Panowie Kazimierz Japołł i Janusz Teofil Lenart zachowali się podczas całego zajścia zupełnie pasywnie. (Data i podpis:) Michał Łodygowski, Ignacy Mellin»”.

Tyle wielki Noblista. Godzi się dodać, że pan Michał Asanka-Japołł ze swej strony napisał sprostowanie. Wynikało z niego, że jednak był do dyspozycji jako człowiek honoru, mógł stanąć do pojedynku, a tylko czyjaś plotka sprawiła, że się stało inaczej. Asanka-Japołł jednak, który był tylko suplentem (zastępcą profesora gimnazjum), nie dysponował takimi środkami jak Przybyszewski, toteż jego sprostowanie pojawiło się w kilku zaledwie kopiach maszynopisu i znikło w mrokach historii.

A Tomasz Mann...? Zaskoczony, na własne oczy zobaczy Przybyszewskiego dopiero po latach, w Warszawie – i zatrwoży go dzieło zniszczenia.

KARTY HISTORII



Wojciech Szafrński

„Prawniczy światek” w osiemnastowiecznej Polsce

Pytając studentów o dzisiejszy „prawniczy światek”, z reguły otrzymuję odpowiedzi, iż nie skupia on adeptów uniwersyteckich studiów prawniczych, lecz obejmuje osoby, które wykonują jeden z zawodów prawniczych, np. sędziego czy prokuratora. Znaczna część osób „prawniczy światek” kojarzy z systemem korporacyjnym charakterystycznym dla zastępców procesowych. Jednocześnie słyszę przymiotniki „zepsuty” czy „hermetyczny”. Z czasem studenci prawa sami stają się częścią współczesnego „światka” i proces ten jest niezmienny od wielu lat, podobnie jak zła ocena działalności prawników. W niniejszym artykule substrat osobowy „prawniczego światka” ograniczony został do światka adwokatów w XVIII wieku.

Tytuł mecenasa, który współcześnie przysługuje zastępcom procesowym jako tytuł zawodowy i honorowy, pojawił się w tekstach konstytucji sejmowych dopiero w XVIII w. Wcześniej używano terminów *procurator*, *advocatus*, *factor*, *pierca*, *jurysta* czy *palestrant*¹. Wielkie musi być rozczarowanie dzisiejszej adwokatury polskiej, gdyż określenie „mecenas” nie wywodzi się od owego osławionego mecenasa, potomka etruskich królów i protektora Horacego. Określenie to powstało bowiem w wyniku ewolucji terminu *procurator mercenarius* oznaczającego adwokatów, którzy *zapłatą przywieźdzeni dbają o sprawy ludzi przed sądem*². Pod koniec XVII w. nastąpiło terminologiczne uproszczenie i operowanie samym pojęciem *mercenarius*. Po swobodnym spolszczeniu, w potocznej mowie powstało określenie *mecenas*, które z czasem przeniknęło do konstytucji sejmowych. Jednocześnie na przełomie XVII i XVIII w. wchodzi w użycie nazwa *palestra*, zarówno na oznaczenie patronów zgrupowanych przy danym sądzie, jak i ogólnie dla określenia zawodu obrończego³.

¹ Za interesujące należy uznać rozważania w tej materii A. Zajdy, *Studia z historii polskiego słownictwa prawniczego i frazeologii*, Kraków 2001, s. 13–28.

² K. Orzechowski, „Mecenas” – dzieje pojęcia i kilka refleksji o adwokaturze Szlacheckiej Rzeczypospolitej, „Palestra” 1996, nr 3–4, s. 74–76.

³ J. Łosowski, *Kancelaria grodzka chełmska od XV do XVIII wieku. Studium o urzędzie, dokumentacji, jej formach i roli w życiu społeczeństwa staropolskiego*, Lublin 2004, s. 137.

Palestrę stanowili więc w pierwszym rzędzie patroni oraz aplikująca w ich kancelariach młodzież, nazywana agentami i dependentami palestranckimi⁴. Dependent otrzymywał tytuł agenta dopiero, gdy posiadał dostateczny zasób wiadomości i mógł na mocy upoważnienia swego patrona zastępować go w czynnościach obrończych. Agenci nazywani byli pogardliwie torbiferami, ponieważ *dokumenta i księgi prawne za swymi pryncypałami nosili na sądy w torbach płóciennych*⁵. Zadania agentów polegały m.in. na pisaniu sumariuszy, przepisywaniu i przeglądaniu rejestrów. Dependenci natomiast wykonywali wszelkie prace *Imci Pana Patrona i Imci pani Patronowej czasem nawet po pietruszkę na rynek albo do szewca po trzewiki*⁶. Takie zadania zlecał patron tylko nowicuszom oraz tym, którzy mieli *stancję i stół od pryncypała... którzy zaś edukowali się swoim kosztem, albo mieli po sobie młodszych pilnowali tylko pióra i rzeczy sądowych*⁷. Ta druga grupa była bardzo liczna, ponieważ szlachta wysoko ceniła sobie praktyczną znajomość prawa nabywaną w toku nauk u patrona. Stąd wysyłała swoich synów na praktyki, co miało im zapewnić nie tylko znajomość obowiązującego prawa i reguł procesowych, ale często stanowiło krok do kariery urzędniczej⁸. Miało także znaczenie dla swoiście wtedy pojmowanego wyrobienia politycznego. Podkreślić należy, iż pod skrzydła patronów trafiali także synowie pochodzenia mieszczańskiego, którzy w myśl konstytucji grodzieńskiej z 1726 r., choć nie mogli zostać patronami w sądach trybunalskich, grodzkich i ziemskich, to jednak mogli ubiegać się o inne urzędy sądowe, które nie były zastrzeżone wyłącznie dla szlachty, np. regensa.

Patron był zobowiązany do przedstawienia w sądzie rejestru swoich dependentów, odpowiadał za ich złe postępowanie, zarówno w sądzie jak i poza nim⁹. Co nie było wcale martwym postanowieniem konstytucji sejmowych. Bijatyki, zranienia (także urzędników sądowych), wybijanie szyb w oknach kancelarii sądowych, a nawet rzucanie się z szablą w rękę na zwierzchników to bardzo częste praktyki palestranckie w XVIII w.¹⁰. Nieraz nawet palestranci dzielili się na dwa wrogie obozy i toczyli nieustanne boje. Jak wskazuje Z. Mayer, *dla zabawy więc i ćwiczenia palestranci złączyli się w szablisty cech*. Nie dziwi więc, iż sami mecenas potrafilo nie tylko mówić, ale i świetnie się pojedynkować. Przykładem może być adwokat Franciszek Dmochowski, który (jak notują źródła) *pałaszem wywijać umiał niby językiem*¹¹. Często tłumaczono takie zachowania młodzieży palestranckiej tym, iż *kipiła w nich krew gorąca i rozpięrała pewność siebie szlachecka*¹². Oczywiście rejestr dependentów miał jeszcze jeden cel, dzięki wpisowi mieli oni zagwarantowane pewne prawa w sądzie, np. wolny dostęp do wypisywania sobie wokand.

Obowiązki patronów nie kończyły się wyłącznie na odpowiedzialności za czyny dependentów, mieli bowiem oni dbać także o ich wykształcenie. Wobec braku ówczesnie wymogu ukończenia prawniczych studiów uniwersyteckich, większość dependentów spotykała

⁴ S. Janczewski, *Dzieje adwokatury w dawnej Polsce*, „Palestra” 1970, nr 12 (dodatek), s. 35–43.

⁵ I. Lewin, *Palestra w dawnej Polsce*, Lwów 1936, s. 20.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Z. Mayer, *Wizerunek Trybunału Koronnego. Studium prawno-obyczajowe*, Lwów 1929, s. 47–48.

⁹ Z. Mayer, *op. cit.*, s. 49.

¹⁰ P. Dąbkowski, *Palestra i księgi sądowe ziemskie i grodzkie w dawnej Polsce*, Lwów 1926, s. 21.

¹¹ J. Ochocki, *Pamiętniki*, t. II, Warszawa, s. 67.

¹² P. Dąbkowski, *op. cit.*, s. 21.

się z przepisami prawnymi dopiero w trakcie praktyki kancelaryjnej. Taki stan był niekorzystny z punktu widzenia ogólnego wykształcenia przyszłego patrona. Młodemu dependentowi brak było bowiem ogólnej refleksji prawnej i systematycznego wykładu. Próbowano temu zaradzić w *Zbiorze Prawa* Andrzeja Zamoyskiego, który wskazywał na konieczność ukończenia studiów prawniczych, by móc zostać przyjętym do palestry¹³. Oczywiście było to możliwe dopiero po przeprowadzeniu reformy Akademii Krakowskiej i wprowadzeniu przez Hugona Kołłątaja, obok nauczania prawa rzymskiego i prawa narodów, także prawa krajowego. Warto zauważyć, iż nawet tak praktycznie wykształcony agent – przyszły mecenas często górował znacznie wiedzą nad sędziami ziemskimi czy trybunalskimi. Wybór do trybunałów odbywał się bowiem pośród braci szlacheckiej, nie w oparciu o umiejętności prawnicze, lecz w oparciu o lokalne kamaryle. Sprawowanie urzędu sędziowskiego traktowane było jako służba publiczna, a nie działalność zawodowa, i dzielona między *pomoc krajowi* a czynności gospodarcze szlachty. Praktyka u patrona także prowadziła do różnych wyników, część mecenasów uczyła wyłącznie reguł procesowych, indukt, replik i innych kruczków postępowania sądowego, które *dependent* w trakcie praktyki powtarzał jak mała, nic nie rozumiejąc. Zdarzali się jednak patroni wysokiej klasy, jak Józef Brzozowki czy Jan Grabowski.

Ogół powinności dependentów wobec pryncypałów można powtórzyć za ordynacją sądu ziemskiego sanockiego z 1765 r. i sprowadzić do trzech punktów, których z pewnością nie spełniają wszyscy dzisiejsi aplikanci, tj. *umiarkowanie na duchu, spokój w języku i wstydlivość na twarzy*¹⁴.

Czas aplikacji nie był ściśle określony i trwał od 2 do 4 lat, a w niektórych przypadkach nawet dłużej. Patron zobowiązany był do wydania świadectwa, a skład palestry był uzupełniany spośród wyróżniających się agentów¹⁵. Nowy kandydat wpisywany był na listę patronów i składał przysięgę według określonej roty. Treść jednej z nich warto zacytować: *Ja NN Przysięgam Panu Bogu Wszchemogącemu w Trójcy Św. Jedynemu, iż stronę, która mię do sprawy swojej wokować będzie, wiernie służyć będę, zbytecznego salarium (honorarium – W. Sz.) po niej wyciągać nie będę, wzięwszy salarium, od sprawy nie odstąpię, ani rady na zwłokę świętej sprawiedliwości y przeciwko prawu na wyniszczenie stron pozywających się, pryncypałom moim dawać nie będę. Dokumentów, które mi do sprawy powierzone będą, na uniknienie sprawiedliwości taić nie będę. Tak mi Panie Boże dopomóż*¹⁶.

Po 1726 r., w Koronie, jednym z wymogów uzyskania stanowiska patrona było pocho-

¹³ Odnośnie do reformy palestry w *Zbiorze Praw* i podejmowanych w czasie Sejmu Czteroletniego patrz: D. Anc, *Kilka słów o adwokaturze i aplikacji sądowej w dawnej Polsce*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1894, nr 14, s. 211–213; T. Woner, *Próby reformy ustroju polskiej palestry w okresie Sejmu Czteroletniego*, Biuletyn NRA, Warszawa 1956, z. 3, s. 66–77; J. Sobczak, *Zastępcy procesowi stron w projektach reform organizacji sądownictwa ziemskiego po Konstytucji 3 Maja oraz w praktyce sądów ziemiańskich* (w: *Szkice z dziejów adwokatury polskiej*, red. R. Łyczywek, Warszawa 1978, ser. 2, s. 44–55; A. Abramski, J. Konieczny, *Adwokatura w projekcie „Zbioru Praw Sądowych” Andrzeja Zamoyskiego z 1778 roku*, „Palestra” 1984, nr 1, s. 48–55; E. Borkowska-Bagińska, *O patronach albo adwokatach – tekst z 9 lutego 1777 r. nieznanego autora*, „Palestra” 1986, nr 4, s. 60–65; W. Szafranski, „Mecenas i czyli adwokaci” w projekcie z 1792 r., „Palestra” 2002, nr 3–4, s. 125–133.

¹⁴ I. Lewin, *op. cit.*, s. 23.

¹⁵ S. Car, *Zarys historii adwokatury w Polsce*, „Palestra” 1924, nr 8–9, s. 385.

¹⁶ *Volumina Legum* VI, 433.

dzenie szlacheckie i osiadłość. Powodowało to wzburzenie patronów pochodzących ze stanu mieszczańskiego, w konsekwencji czego konstytucja z 1768 r. doprowadziła w praktyce do powstania palestry szlacheckiej i palestry plebejuszy, odpowiednio dla sądownictwa szlacheckiego i mieszczańskiego. Dopiero w 1791 r. mieszczenie zostali zrównani ze szlachtą i uzyskali możliwość patronizowania we wszystkich sądach. Wspomniany warunek osiadłości miał na celu zabezpieczenie praw stron w stosunku do plenipotentów.

Charakterystyczną cechą osiemnastowiecznej palestry polskiej było jej umiejscowienie i *numerus clausus*. Praktyka opierała się na umiejscowieniu przez sądy swojej palestry. Skutek był taki, że jedynie patroni wciągnięci do specjalnego spisu – *feryarza* danego sądu – dopuszczeni byli do zastępstwa stron przed tym sądem. Przykład poszedł z góry – zasadę taką wprowadził w 1768 r. Trybunał Koronny, później podobne przepisy odnaleźć można w ordynacjach innych sądów. Pośrednim sposobem umiejscowienia palestry było ograniczenie liczby patronów w sądach do 12–15, a w Trybunale Koronnym do 30. W momencie, gdy któryś z patronów ustępował, mógł być wpisany na listę inny. Wprowadzenie powyższych zasad mogło doprowadzić do zgola dziwnych sytuacji. W historii prawa znany jest przykład niejakiego Jajkowskiego, który swego czasu w sądzie konsystorskim był jedynym wpisanym patronem i to on stawał w imieniu obu stron: *Co przywodził na poparcie jednej strony, to znowu zbijał stawając od drugiej*¹⁷. Sytuacja taka nie była możliwa w Sądzie Referendarskim, w którym rozpatrywane były sprawy włościan. Funkcjonowało w nim obok 12 patronów, 5 nadliczbowych, którzy w momencie wyboru składali przysięgę i dopuszczani byli do listy patronów w przypadku wakatu¹⁸.

Specyfiką „prawniczego światka” w Polsce XVIII wieku były bunt palestry. Polegały one na zbiorowym opuszczeniu sądu czy trybunału przez patronów¹⁹. Jak była przyczyna? Najczęściej obraźliwe dla patronów zachowanie się sędziów podczas rozpraw. Ponieważ stanowiska sędziowskie były zasadniczo obsadzone w drodze wyborów dokonywanych przez sejm lub sejmik, i to na krótkie kadencje, to często znajomość prawa wśród tak powołanych sędziów nie mogła być gruntowna. Patron, w przeciwieństwie do sędziów, zdobywał pewną znajomość prawa przez stałe prowadzenie spraw sądowych. Owe bunt palestry miały więc swoją przyczynę także w kiepskiej „działalności procesowej” sędziów²⁰. Bunt palestry powodowały niemożność wydania wyroku, dlatego też karane były surowo – w myśl konstytucji sejmowej z 1726 r. osadzeniem w wieży na okres 12 tygodni. Od 1769 r. dodatkową karą dla uczestników buntu palestry było wymazanie z *feryarza* – skreślenie z listy adwokatów.

W osiemnastowiecznej Polsce adwokaci to przede wszystkim mówcy sądowi. Ich przemowy były koszmarnie długie²¹. Mimo iż ówczesnie funkcjonowały dwa modele mów – attycki (zwięzłość, prostota, zwartość logiczna) i cyceroński (kwiecistość, odwoływanie się do uczuć), to zdecydowanie przeważał ten drugi. W płomiennych przemówieniach adwokatów polskich nie brak było opisów wszelkich cnót i dokonań nie tylko reprezentowanych

¹⁷ Cyt. za I. Lewin, *op. cit.*, s. 41.

¹⁸ J. Rafacz, *Sąd Referendarski Koronny. Z dziejów obrony prawnej chłopów w dawnej Polsce*, Poznań 1948, s. 97.

¹⁹ A. Kisza, *Tradycje adwokatury polskiej do czasu rozbiorów*, „Palestra” 1971, nr 9, s. 23.

²⁰ T. Woner, „Bunt palestry w dobie upadku saskiego”, „Palestra” 1959, nr 5, s. 52–58.

²¹ Por. W. Zarzycki, *Trybunalska palestra i jej oratorstwo*, „Palestra” 1978, nr 10, s. 28–37.

stron i ich przodków, ale także sędziów i ich przodków (!). Pomimo iż konstytucja z 1726 r. zabroniła patronom długich przemów, to w praktyce przepis ten pozostawał martwy²².

W Polsce w owym czasie, jak i w innych krajach europejskich, istniał problem przewlekłości postępowań sądowych, a tym samym znacznych kosztów procesu. W powszechnym przekonaniu winę za taki stan rzeczy ponosili zastępcy procesowi, co rzutowało na fatalną ocenę społeczną prawników. Jako przykład może posłużyć pewna anegdota: *Angielski lord Coleridge wsiadł do dorożki i kazał się wieźć do Pałacu Sprawiedliwości. Dorożkarz ze zdziwieniem pyta, gdzie jest ten pałac mieści. Lord oburza się: Jest pan londyńskim dorożkarzem, a nie wie pan, gdzie jest gmach sądowy? Na co dorożkarz odrzekł: Ach, gmach sądowy, a pan przedtem powiedział Pałac Sprawiedliwości*²³.

Spółeczna ocena prawników w porównaniu do osiemnastego wieku trochę się zmieniła. W epoce oświecenia przeważał pogląd, iż *adwokaci są niechybnie jedną z najmniej zalecających się klas społeczeństwa polskiego (...), jest tak zepsuta, iż jedyna pochwała, na jaką wyjątkowo pojedynczy członkowie zasługują, da się wyrazić chyba tym, iż mniej są od drugich zepsuci*²⁴. Krytyka taka wynikała nie tyle z działalności adwokatów, co ze złej opinii o funkcjonowaniu całości sądownictwa, czego przykładem może być dezaprobatą wobec ciągnących się procesów. Często i wtedy, i teraz zapomina się, że za przewlekłości postępowań sądowych nie ponoszą z reguły odpowiedzialności adwokaci czy sędziowie, lecz ustawodawca konstruujący hybrydy prawa procesowego.

²² W. Zarzycki, *Temida sejmowa. Z dziejów Sądu Sejmowego w Polsce przedrozbiorowej*, Warszawa 2000, s. 37–40.

²³ L. H., *Powolność postępowania w angielskich sądach*, „Palestra” 1932, s. 181–182.

²⁴ F. Schulz, *Podróż Infantczyka z Rygi do Warszawy i po Polsce w latach 1791–1793*, Warszawa 1958, s. 237. Patrz także – A. Kisza, Z. Krzemiński, R. Łyczywek, *Historia adwokatury polskiej*, Warszawa 1995, s. 59–62.

HISTORIA CZASOPISMIENICTWA PRAWNICZEGO

Stanisław Milewski

„Gazeta Sądowa Warszawska”

Warszawskie środowisko prawnicze, zasilone przez wychowanków Szkoły Głównej, o czym dużo pisano już w poprzednich odcinkach, stało się na tyle prężne, że zaczęło odczuwać potrzebę wydawania periodyku już innego typu: skupiającego wokół siebie prawników-praktyków, głównie adwokatów, a przeznaczonego dla wszystkich czytelników związanych z wymiarem sprawiedliwości.

1. „Gazeta Sądowa Warszawska” – bo taki właśnie tytuł otrzymał nowy tygodnik dla zaakcentowania jego gazetowego charakteru, ów właśnie charakter podkreślała innymi elementami: formatem (przez pierwszą dekadę był on rzeczywiście gazetowy; dopiero potem go zmniejszono), sposobem łamania, preferowaniem krótszych form dziennikarskich. To zresztą stwarzało największe kłopoty, bo trudno było przełamać autorskie przyzwyczajenia do obszernych rozpraw naszpikowanych erudycyjnym, rzadko usprawiedliwionym balastem. Często więc drukowano tzw. odcinki; dysertacje po prostu dzielono jak leci na kilka kolejnych numerów.

Zakładając czasopismo o nowoczesnej formule, sięgnięto do najlepszych zagranicznych wzorów. Jednym z najwcześniejszych periodyków prawniczych, który od gazet ogólnych przyswoił sobie nazwę, format, zewnętrzną formę i okres wychodzenia, była „Allgemeine Oesterreichische Gerichtszeitung” („Ogólna Austriacka Gazeta Sądowa”). Gazeta ta, ukazująca się od 1850 roku, dotrwała aż do 1931 roku.

W trzy lata później podobną gazetę uruchomiono w Niemczech: była to „Berliner Gerichtszeitung”. Niebawem, bo w 1859 roku wychodzić też zaczęła „Preussische Gerichtszeitung”, od 1861 roku – w związku z tendencjami zjednoczeniowymi – jako „Deutsche Gerichtszeitung” stała się organem prawników niemieckich.

Kilku założycieli „Gazety Sądowej Warszawskiej” doktoryzowało się w Niemczech, znali więc dobrze owe „gazety sądowe” i taka też im się zamarzyła. Podobną gazetę – jeśli chodzi o tytuł i formę – też wydawano już jakiś czas w Petersburgu, spotkali się więc ze zrozumieniem, gdy wystąpili o koncesję.

Uzyskał ją – o wiele zresztą łatwiej niż się spodziewał – od głównego zarządu do spraw prasowych w Petersburgu współredaktor „Przeglądu Sądowego”, pomocnik naczelnego prokuratora IX Departamentu Senatu (najwyższej ówczesnie instancji są-

dowej) – Wincenty Prokopowicz. Stało się to na początku sierpnia 1872 roku, a w kilka miesięcy później odstąpił swe prawa Feliksowi Flammowi (1828–1895), świeżo mianowanemu obrońcy przy Senacie, co było ówczasem szczytem kariery adwokackiej, doskonałemu znawcy prawa cywilnego, zwłaszcza handlowego, swemu koledze z „Przeglądu Sądowego”.

Był to chyba wybieg taktyczny, jako że Prokopowiczowi łatwiej było dostać koncesję, gdyż często jeździł służbowo do Petersburga i miał tam liczne znajomości. W grudniu Flamm zatwierdzony został jako wydawca „Gazety Sądowej Warszawskiej” i w takim charakterze ją podpisywał, a jako redaktor widniał Prokopowicz. Tak było aż do roku 1881, gdy na funkcji redaktora główny zarząd prasy zatwierdził Feliksa Jeziorańskiego, a pieczę nad kierunkiem pisma powierzono prof. Walentemu Miklaszewskiemu, który też kierował merytorycznie redakcją i zarządzał administracją tygodnika.

W 1889 roku obydwaj te jego obowiązki przejął Stanisław Libicki, prawnik, publicysta i działacz społeczny. Nie tylko uratował on pismo przed finansowym upadkiem, ale je znacznie ożywił. Swą funkcję pełnił aż do 1896 roku, gdy stał się redaktorem, a następnie właścicielem „Kuriera Codziennego”. Po nim redaktorem „Gazety Sądowej Warszawskiej” został adwokat Henryk Konic i był nim aż do śmierci w 1934 roku.

2. To było już dużo później, bo wtedy, w 1873 roku, zaraz 2 stycznia, mecenas Feliks Flamm zwołał zebranie prawników, „którzy przyrzekli czynną swą pomoc w doprowadzeniu do skutku wydawnictwa i dalsze swe współpracownictwo”. Odbyli oni jeszcze kilka spotkań, na których przyjęto regulamin i rozdzielono pracę między poszczególnych członków przyszłej redakcji; 25 stycznia ustalili się jej ostateczny kształt.

Redakcja podzielona została wówczas na dwa działy: cywilny i karny. Pierwszy objął znakomity cywilista, znawca prawa hipotecznego – Feliks Jeziorański, drugi – podwójny doktor prawa (Heidelberg i Szkoła Główna), prof. Walenty Miklaszewski. Tylko oni pobierali pensje (300 rubli srebrem rocznie), reszta pracowała społecznie. Taki podział redakcji utrzymywał się aż do 1889 roku, gdy uznano go za nieodpowiedni i „zjednoczone działy” przejął Miklaszewski.

W skład pierwszej redakcji – prócz Prokopowicza, Flamma, Jeziorańskiego oraz Miklaszewskiego – weszli nadto: Aleksander Kraushar – adwokat i historyk, Konrad Machczyński – referent Senatu, Leopold Mikulski – asesor sądu poprawczego, Aleksander Moldenhawer – podprokurator przy sądzie apelacyjnym, Antoni Okolski – profesor prawa administracyjnego i obrońca przy Senacie, Wiktor Piątkowski – podprokurator sądu kryminalnego oraz Roman Wierchlejski – obrońca przy Senacie.

3. Prospekt przedstawiający i reklamujący nowe pismo dla prawników ukazał się na początku marca 1873 roku. Pierwszy numer wydano z datą 24 marca (5 kwietnia). Aż do pierwszej wojny podawano datę według dwu kalendarzy: gregoriańskiego i juliańskiego; nie był to bynajmniej wyraz lojalności wobec zaborcy, ale oporu przeciwko jego rusefikacyjnej, integrującej z Cesarstwem polityce. Rosjanie, zwłaszcza po reformie sądowej w 1876 roku, usilnie zabiegali, by we wszystkich pismach urzędowych była podawana data tylko według „starego stylu”, z czym „Gazeta Sądowa Warszawska” konsekwentnie walczyła, powołując się na dawne przepisy i tradycję.

Wydając tak skwapliwie koncesję „Gazecie Sądowej Warszawskiej”, żywiono widocznie w Petersburgu nadzieję, że czasopismo to stanie się instrumentem rusefikacji polskiego wymiaru sprawiedliwości. Czyniono już wówczas przygotowania do wspomnianej reformy, która ten proces zapoczątkowała na dobre.

„Koncesja – wspominał już w wolnej Polsce Walenty Miklaszewski – była bardzo ciasna, wolno było bowiem tylko podawać rozporządzenia rządowe i orzeczenia sądowe, opatrując je uwagami rzeczowymi, a wreszcie omawiać rzeczowo wątpliwości prawne; prócz tego zobowiązano do drukowania gazety w dwóch językach: rosyjskim i polskim”.

„Gazeta Sądowa Warszawska” od początku wyszła poza ramy koncesji, nie zhańbiła się też – poza kilkoma ogłoszeniami – grażdanką. Jak pisze ów najbardziej kompetentny znawca tematu – władze „przy każdym nieporozumieniu stale żądania ponawiały w tym zwłaszcza kierunku”.

Lokal redakcji mieścił się początkowo przy ul. Miodowej 40, najdłużej jednak, jako że były duże problemy z czynszem, w mieszkaniu Walentego Miklaszewskiego, gdzie – jak wspominał profesor – „odbywały się wszystkie posiedzenia redakcyjne”. Gazetę tłoczono najpierw w drukarni „Wieku” J. Noskowskiego; jeden numer kosztował 15 kop., a więc tyle, ile bilet tramwaju konnego.

4. W pierwszym numerze zabrakło artykułu programowego; rolę tę pełniły dwie publikacje: „O władzy sądu w tłumaczeniu prawa” oraz „Kilka słów o znaczeniu prawa w społeczeństwie”. Jak z tego wynika, powtórzmy – redakcja od razu wyszła poza granice koncesji, bo oprócz orzecznictwa cywilnego i karnego, a także „rozbioru pytań” z tego zakresu, od początku drukowano reportaże z głośnych procesów sądowych karnych i cywilnych, bardzo zresztą fachowe i stojące na wysokim poziomie merytorycznym. Zainaugurował je nie byle kto, bo sam mecenas Aleksander Kraushar (Al. K.), pisząc o głośniejszym w mieście „Sprawie Piotra i Adriana Wasilewskich obwinionych o zamordowanie małżonków Gąsowskich” (nr 1 i 2).

Od początku też nie unikano rozpraw o charakterze naukowym, przejmując pałeczkę po upadłym „Przeglądzie Sądowym”. Publikowali tu profesorowie uniwersytetu carskiego: np. Antoni Okolski pisał „O kierunku naukowym naszych prac prawniczych”, Józef Kasznica omówił „Pisma filozoficzno-prawne wydane w ostatnich latach”, zaś Roman Buczyński omówił „Sentymentalizm w prawie karnym”. Wszystko to były artykuły wieloodcinkowe, ciągnące się przez kilka, a nawet niekiedy kilkanaście numerów. Niezwykle aktualny okazał się artykuł, także paroodcinkowy, prof. Stanisława Budzińskiego „Zasady postępowania w sprawach o opuszczenie kraju bez pozwolenia”.

Walka o tradycję prawnictwa polskiego, o zachowanie Kodeksu Napoleona, by przynajmniej na gruncie prawa cywilnego nie dać się zintegrować z Cesarstwem, wreszcie na każdym kroku o język polski w sądownictwie – oto codzienność „Gazety Sądowej Warszawskiej”. Walka ta nasiliła się mocno w dobie rewolucji 1905 roku, gdy środowisko prawnicze, a zwłaszcza adwokaci walczyli o swój samorząd i w ogóle o możliwość zrzeszania się prawników.

Wtedy też tygodnik był najbardziej czytany i osiągnął dość spory nakład. Od początku bowiem musiał walczyć o stałych prenumeratorów, bo ci byli podstawą pisma. „Kurier Warszawski” w 1890 roku (nr 109) „Gazetę Sądową Warszawską” zaliczył „do rzędu wydawnictw, które z największym wysiłkiem wywalczą sobie egzystencję”. Odnotowano tam „dziwną apatię do drukowanego słowa u prawników praktyków”. Tylko adwokatura wylamuje się z tego, ale i ją „ogarnęła powszechnie zupełna nieczułość na tzw. kwestie i poglądy teoretyczne”. Autor – Emil Weidel, prawdopodobnie sam adwokat – zauważył jednak, że w ostatnim czasie tygodnik znacznie podniósł swój poziom. Widocznie redakcja „sprężyła się”, gdyż na początku roku, podsumowując poprzedni, pisano o spadku liczby „przedpłacicieli”.

To było stałą troską redakcji, bo pismo musiało zarabiać na siebie, a niski nakład tego nie gwarantował. Cytowany już tu Walenty Miklaszewski wspominał po latach: „Jedynie w pierwszym kwartale wydawnictwa nakład dochodził do 1000 egzemplarzy, a następnie rzadko osiągał 500 prenumeratorów płatnych (...). Tylko ofiarnością autorów i pracowników można było utrzymać gazetę”.

Musiła być ona rzeczywiście duża, skoro „Gazeta Sądowa Warszawska” – z niewielką przerwą na pierwszą wojnę światową – przetrwała aż do 1939 roku. Ale lata międzywojnia to już osobny rozdział jej historii.

LITERATURA I PRAWO

Jerzy Stefan Langrod

Goethe jako adwokat¹ (cz. 2)

Przede wszystkim uderza tu fakt, że bezpośrednio z ławy uniwersyteckiej przechodzi Goethe bez żadnego przygotowania praktycznego wprost do zawodu adwokackiego. W dzisiejszych czasach, kiedy u nas wymaga się od czasu ukończenia uniwersytetu wieloletniej praktyki adwokackiej i sądowej, aby uzyskać wpis na listę adwokatów, jest to rzecz trudno zrozumiała. Ale w XVIII wieku nie było jeszcze praktyki adwokackiej, ani obowiązkowej praktyki sądowej, ani nawet egzaminów rządowych na wydziałach prawa. Po ukończeniu studiów prawnych młody licencjat albo poddawał się nietrudnemu egzaminowi doktorskiemu, albo też wprost starał się o dopuszczenie do adwokatury lub jakiegoś państwowego urzędu. Kwestja ewentualnej praktyki uprzedniej była – jak informuje Wieruszowski – rzeczą czysto subiektywną, zależną od większej lub mniejszej chęci zawodowego kształcenia się. W każdym razie praktykę tę, czy to w sądzie, czy też u jakiegoś adwokata, można było odbyć tak przed rozpoczęciem wykonywania adwokatury jak i w czasie wykonywania zawodu, które się na ten wypadek na czas jakiś przerywało celem odbycia praktyki. Tak też uczynił Goethe idąc w rok później, w r. 1772 na blisko 5-miesięczną praktykę sądową do sądu w Wetzlar, o czym później. Już z tego jednak widzimy, że praktyka adwokacka Goethego dzieli się na dwa okresy: jednoroczny od r. 1771 do 1772 tj. aż do praktyki sądowej w Wetzlar i następnie drugi od września 1772 tj. od powrotu z Wetzlar do Frankfurtu.

W tem jednak podaniu Goethego o dopuszczenie do adwokatury uderza wiele innych momentów. Najpierw moment formalny: że o dopuszczeniu do adwokatury rozstrzygały wtenczas sądy, a o właściwym samorządzie zawodowym w Niemczech, w przeciwstawieniu do pięknej samorządowej tradycji francuskiego *barreau*, nie było nawet mowy. A dalej arcyciekawy i wiele mówiący pogląd Goethego na adwokaturę samą i swoją rolę w tym zawodzie: Goethe uważa zawód adwokacki jako pracę nie dla siebie a dla Ojczyzny, dający możliwość skutecznego użytkowania dla dobra obywateli zdobytych wiadomości ogólnych i umiejętności z dziedziny prawa, a to przez niesienie im pomocy i porady w ich prawnych czynnościach. Ale nadto Goethe uważa zawód ten jako stopień przejściowy w służbie publicznej do zajmowania się – jak powiada – „ważniejszymi sprawami” (*wichtigere Geschäfte*), powierzonymi przez najwyższą władzę suwerenną. Nie można przez ważniejsze sprawy rozumieć nic innego jak urząd publiczny; na to dobitnie wskazuje sam życiorys Goethego i co jest zresztą zgodne z poglądem podówczas rozpowszechnionym.

¹ Przedruk z „Głosu Prawa” 1927, s. 231–236.

Traktował więc Goethe adwokatwę jako etap w służbie publicznej kraju. W tej opinii Goethego widzimy dwa pierwiastki: jeden stałej i absolutnej bezinteresowności objawiającej się w podkreśleniu społecznego charakteru zawodu, drugi – który nazwałbym niedoocenieniem zawodu adwokackiego i niezrozumieniem pomimo wszystko faktu, że jest ona w służbie kraju nie tylko środkiem do celu, ale celem sama w sobie. Te pierwiastki charakteryzujące nam Adwokata Goethego, do którego kancelarii w Frankfurcie udajemy się teraz, wyjaśnią nam szereg ważnych szczegółów.

Wiemy, że Goethe zabrał się do adwokatwy z zapałem i ochotą. W zupełnej harmonii z ojcem, który szczęśliwy z osiągniętego celu, nie szczędził synowi moralnej i materialnej pomocy, w zupełnym zadowoleniu ze stosunków, w których mu pracować przyszło, a które pod wpływem powiewów humanizmu zmierzały ku najszerszemu liberalizmowi, poprawie więzień, łagodzeniu kar, ułatwianiu legitymacji dzieci nieślubnych i powodowaniu się przy wyrokowaniu względami słuszności – objawiał Goethe, jak czytamy u Wieruszowskiego, wiele zawodowego zadowolenia. Wiadomo zaś, że w wykonaniu każdego zawodu wogóle, a adwokatwy w szczególności, zadowolenie zawodowe jest podstawowym warunkiem moralnego dobrobytu. Przytem stosunki faktyczne układały się dla młodej kancelarii Adwokata Goethego wielce pomyślnie. Jak już wspomnieliśmy, wuj jego Textor wszedł do rady, powierzając mu wiele spraw mniejszej wagi, a nadto późniejszy szwagier Goethego Jan Jerzy Schlosser, który wraz ze swym bratem od 1769 roku prowadził w Frankfurcie wziętą kancelarię adwokacką, powierzali mu również sprawy do prowadzenia i służyli mu zawsze radą i pomocą. Tak też nic dziwnego, że agendy Adwokata Goethego od pierwszej chwili nie były małe i rosły stale. Z jego własnych ust wiemy, że w rządzie coraz to rosnących agend jego kancelarii były prócz spraw natury czysto prawniczej, także najróżniejsze zlecenia, zamówienia i przekazy wzgl. przesyłki (Speditionen). Widzimy więc, że z a k r e s ó w c z e s n e j adwokatwy u z m i e r z c h u XVIII stulecia był o wiele szerszy niż o b e c n i e i obszerniejszy, niż naszym dzisiejszym zdaniem być powinien. Widzimy też, że Adwokat Goethe nie ograniczał swego zakresu działania do pracy czysto prawniczej, ale obejmował nim wszystko, co wtenczas wchodziło w zakres agend adwokata. Mamy też pozytywne wiadomości, że nie pracował on bez powodzenia; wiemy, że wygrał szereg procesów, nawet uciążliwych. Z wtenczas powstającego właśnie „Götza” (w szczególności z żalów Oleariusa) wiemy, z jakim zaufaniem odnosił się Goethe do sędziów z rodzinnego miasta, jak niezachwianie wierzył w sprawiedliwy wymiar sprawiedliwości, w bezstronność, kwalifikacje i bystrość umysłu sędziów. W swoich pismach dążył niezachwianie do oczyszczenia języka z ciężkości, napuszyszystości i urzędowości stylu, w s z ę d z i e z a ś wykazywał wiele stanowczości, bezwzględności i rzeczmożna – b o j o w o ś c i, co zresztą było także cechą charakterystyczną jego ojca jako adwokata. Wiadomo także, że Goethe nie zaniedbywał wtedy działalności literackiej, a nawet nie traktował jej jako czegoś mniejszej wagi od adwokatwy, lecz znajdując zawsze w życiu czas na wszystko i wtenczas tworzył, czego dowodem jest „Wether” i „Götz”, które ukazały się z początkiem 1775 roku.

Dochodowość kancelarii nie była nigdy celem Adwokata Goethego. Przeciwnie, mamy dowody, że nie była ona nigdy wielka i że Goethe natrafiał na trudności w inkasowaniu zaliczek i honorarjów. Mieszkał Goethe w domu rodziców, otrzymując od ojca 6 guldenów na miesiąc regularnie przez cały czas adwokatwy. Nie była to kwota wielka, jeśli się zważy, że 3-letni pobyt Goethego w Lipsku (1765–1767) kosztował jego ojca 3600 guldenów, a 16-miesięczny pobyt w Strassburgu (1765–1768) kosztował 1449 guldenów; oczywiście więc

jest, że Goethe musiał mieć także i dochody z kancelarii, gdyż owe 6 guldenów na miesiąc nie mogłyby mu wystarczyć na codzienne potrzeby mimo mieszkania w domu rodzicielskim. Miał jednak Goethe sporo materialnych kłopotów; informuje nas Wieruszowski, że wydanie „Wahrheit und Dichtung” pochłonęło cały ówczesny zarobek adwokacki autora, a na pokrycie druku „Göetza”, który ukazał się w jego własnym nakładzie, musiał on zużyć całe honorarium autorskie za „Werthera” i z zapłatą tak długo zwlekał, aż to honorarium wreszcie od wydawcy uzyskał. Wszystko to ilustruje nam, jak dalece względy dochodowe mimo potrzeb były intencją Adwokata Goethego dalekie; raczej chyba starał się o to jego *alter ego* kancelarii, niejaki Liebhold, będący kierownikiem jego kancelarii. W „Wahrheit und Dichtung” buduje Goethe pisarzowi swemu trwały pomnik, a wiadomo, że nie miał on słów na chwalenie jego punktualności, wiedzy, zdolności i oddania.

Pierwszy okres adwokatury Goethego z takim zadowoleniem rozpoczętej i wykonywanej – dobiegał końca. I oto po tak krótkim czasie, bo zaledwie w ciągu roku, widzimy stosunkowo nagłą a zasadniczą zmianę ustosunkowania się jego do wykonywania zawodu. W listach napotyamy *u t y s k i w a n i e n a p r z e w l e k ł e p r o c e s y*, żal, że musi tkwić tak głęboko w praktyce codziennej i zajmować się z wytężeniem obcemi, obojętnymi sprawami. Zamiłowanie do adwokatury znikło nieomal bez śladu, wiadomo zaś, że już w tym okresie ojciec jego był rodzajem „tajnego aplikanta” („geheimer Referendar” powiada Wieruszowski), który niejednokrotnie syna w pracy biurowej wyręczał. Przyczyny tej nagłej zmiany są zbyt ciekawe, by przejść nad nimi do porządku.

Już sama twórczość literacka musiała z natury rzeczy odwozić Goethego od codziennych zajęć adwokackich, gdyż nawet Goethe nie mógł już sprostać tym obu, coraz to większym i obszerniejszym dziedzinom pracy. Nie wolno nam zapomnieć, że przecież właśnie wtedy, w zimie roku 1771 na 1772 powstawał pierwszy wielki dramat Goethego „Götz von Berlichingen”, który wydany w rok później miał autorowi wyrobić od jednego razu opinię literackiej sławy. W dramat ten włożył Goethe wiele energii i inicjatywy twórczej, mistrzowsko kreśląc konflikt indywidualnego poczucia wolności i prawa z powszechnością, na tle autobiografii szlacheckiego rycerza z epoki „Faustrechtu” i budując równocześnie po raz pierwszy podwójną postać Götz-Weislingen, która i w dalszych jego utworach tak wiele razy (*vide* Tasso – Antonio, Faust – Mefisto, Clavigo – Carlos itp.) miała odzwierciedlać dwoistość samego twórcy. Trudno się więc dziwić osłabianiu się jego zapału w kierunku adwokatury, której – o czym zapomnieć nie wolno – miał się przecież jedynie ulegając woli ojcowskiej. Ale nie to przeważało szalę.

Niejaki Heckel, szklarz, po owdowieniu w roku 1761 zawarł ze synem swoim Janem Fryderykiem formalną umowę tej treści, iż przyjął go w charakterze spółnika do prowadzonej fabryki wyrobu porcelany, a równocześnie na wypadek swojej śmierci przeznaczył mu całe to wspólne przedsiębiorstwo na jego wyłączną własność, wyznaczając równocześnie dla reszty rodzeństwa, tj. dla 2 córek odpowiednią odprawę. Harmonja rodzinna nie przetrwała jednak nawet lat dziesięciu. W r. 1771 zaczął ojciec obwiniać syna o wyłudzenie od niego wspomnianej umowy, zarzucał mu ustawicznie zaniedbywanie i lekkomyślne prowadzenie przedsiębiorstwa, w końcu umowę zerwał i uwiadamiając o tem syna, domagał się zwrotu oryginalnego kontraktu z przed 10 laty. Syn temu żądaniu odmówił i twierdził, że już po tej umowie ojciec jego w dniu jego zaręczyn dał mu całe przedsiębiorstwo dotąd wspólnie prowadzone na wyłączną własność za obowiązek dożywotniego utrzymywania go; wobec tego syn włożył w swoje już przedsiębiorstwo cały posag żony i uważał się za wyłącznego właściciela, ojciec zaś przez szereg lat nie podnosił przeciw temu stanowi rzeczy żadnych

zarzutów. Wobec bezskuteczności prób ugodowych sprawa sporna znalazła się w sądzie na skutek skargi wniesionej przez ojca, którego zastępował kolega Goethego, Adwokat Dr. Mors. Jan Fryderyk Heckel oddał zastępstwo swoich zagrożonych interesów w ręce Adwokata Goethego. Nie trzeba dowodzić, dlaczego ten ostatni przejął się nim ogromnie i ogrom swego temperamentu i dobrej woli rzucił na szalę dla obrony swego klienta.

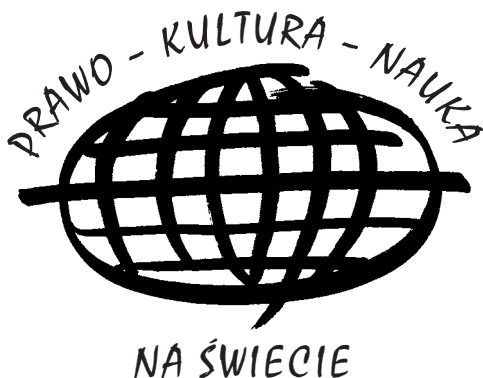
Chodziło tu przecież nietyle o suche i uczone wywody prawnicze, ile raczej o czysto psychologiczne podłoże sporu. Krzywda wyrządzona synowi przez ojca, mimo iż syn do śladu winy się nie poczuwał, była zbyt rażąca, aby jej nie odczuła tak subtelna dusza jego adwokata. Dla wyświetlenia stanu faktycznego, decydującego dla istoty sporu, dopuścił sąd na wniosek Goethego świadków na okoliczność twierdzonego przez syna odstąpienia mu całego przedsiębiorstwa na własność z okazji jego zaręczyn. Wykazanie prawdziwości tej okoliczności, jak niemniej przekonanie sędziów o całkowitej moralnej i faktycznej słuszności stanowiska pozwanego syna było zadaniem Goethego.

Dla zrozumienia trudności, na jakie natrafić musiało wykonanie tego zadania, musimy włączyć się w arkana ówczesnych ustaw procesowych. Niemieckie prawo formalne zasady ustności w ogóle wówczas nie znało. Podstawą procesu była wymiana niekończących się pism, replik, duplik, tryplik, kwadruplik itd. itd. Ten stan rzeczy oczywiście wywoływał szereg nieuniknionych, a dla stron i procesu zgubnych, konsekwencji; przewlekłość sporów, ogromną rozwlekłość pism, które dochodziły do rozmiaru dużych tomów nawet w najbardziej obojętnych i małoważnych sprawach, w końcu zanik wszelkiej litości dla podstawowych zasad stylu. Nie wiadomo zaprawdę, która z tych przywar była gorsza; może Goethego najbardziej raziła ta ostatnia. Boleć bowiem musiał mistrz pisanego słowa nad koniecznością zachowywania barbarzyńskich okresów stylu sądowego, nad nieodzownością dostosowania się do uświęconych lokalnych reguł językowych, uroczyości stylistycznych i barbaryzmów gramatyczno-ortograficznych. Mieliliśmy zaś już raz sposobność zaznaczyć, że adwokat Goethe po ojcu swoim odziedziczył skłonność do stanowczości i bojowości w zastępstwie interesów mu powierzonych, a w ogóle zaznaczać nie trzeba, że z jednej strony zależało mu wiele na purym językiem i reformie stylu sądowego – a z drugiej, że wrodzony genjusz literacki i skłonność do obrazowego przedstawiania sprawy kazała mu nawet w pismach sądowych używać form, okresów, wyrażeń, porównań i przerośniętych ze zgoła innego świata a dla nas z perspektywy czasu nawet dziwnych. W stosunku jednak do ówczesnych pojęć procesowych pisma Goethego były zwięzłe, stylistycznie o całe niebo wyższe od zwyczajnych, a nadto treściwe i przekonujące; można je nazwać dziś literaturą, ale pamiętać należy zawsze, że autorem ich był Goethe. Trudno zaś nie docenić błysków literackiego genjuszu lśniących w każdym niemal okresie, nawet w doborze słów, choćby najostrzejszych i najbezwzględniejszych, których Adwokat Goethe przeciwnikowi nie szczędził. Język i styl są tu tego rodzaju, iż nie chcę się nawet kusić o ich przekład na język polski; nie wątpię bowiem, że niełatwo by było oddać poprawnie i ściśle to, co wielki poeta usiłował wtłoczyć w ramy odpowiedzi na skargę...

Mówi tu Goethe zgodnie z powszechnym ówczesnym zwyczajem sądowym stale w pierwszej osobie, oddając głos stronie samej; jedynie dopisek „concepit J. W. Goethe, Lizenziat” wskazuje autora. Zaczyna on od razu pociskiem dużego kalibru: „Wenn grosssprecherischer Eigendünkel das Urteil eines weisen Richters bestimmen, und die gehässigste Grobheit eine wohlbegründete Wahrheit umstossen könnte, so würde durch die letzte gegen mich eingereichte Schrift meine Sache unwiederbringlich vernichtet worden sein”. Skargę

określa Goethe jako „ein Papier, das unverschämteste Unwahrheit, aufgebrachtster Hass, ausgelassenste Schmähsucht um die Welte zur abscheulichsten Missgeburt gebildet haben“; wyszydza ją jako „mit einem Nasenrumpf abgeferligt“ i zarzuca dalej, że „ihre beglaubte tiefe Rechtsgelehrsamkeit nur grossprecherische, flache, kompendiarische Schulweisheit ist; wenn statt dem praktischen Gei, der in ihr herrschen sollte, die gemeinsten Grundsätze einer unverdauten Prozesslehre hier und da aufgeflucht erscheinen. Nachdem die verhüllte tiefe Rechtsgelehrsamkeit sich lange Zeit in Geburtsschmerzen gekrümmt, springen ein Paar lächerliche Mäuse von Kompendien, Definitionen hervor und zeugen von ihrer Mutter. Sie mögen laufen“. I na tej podstawie opiera Goethe konkluzję, charakteryzującą go jako twórcę w ogóle: „Es bleibt eine praktische begründete Wahrheit, dass die Handlungen der Menschen sich nicht nach steifen Definitionen und Distinktionen fügen“.

cdn.



Tadeusz Biliński

Tragiczne zapętlenie Birmy

Socjalizm jest właściwie wszędzie jednakowo ponury i mało twórczy. Birma nie jest wyjątkiem. Ma, oczywiście, swoje cechy wyjątkowe, które można by zdefiniować, wykorzystując chińskie sformułowanie, odnoszące się do ChRL, jako „socjalizm z birmańskimi cechami szczególnymi”. Niemniej, takie elementy jak nieudolność, korupcja, centralne planowanie, kult przywódcy, polityka ekshortacyjna oraz dominacja rozwiązań siłowych w polityce są w Birmie szczególnie widoczne.

Weźmy rządowy dziennik „The New Light of Myanmar” – Nowe Światło Myanmaru, jak kilka lat temu nazwano Birmę, i nagłówki najważniejszych artykułów. Oto: „Naczelny Dowódca przeprowadza inspekcję upiększeń w parku Kandawgyi”, „Minister Zdrowia podejmuje działania mające na celu podniesienie standardów zdrowia całego narodu i osiągnięcia jak najwyższego poziomu zdrowia społeczeństwa”. Na stronie redakcyjnej każdego numeru przedstawiono wykaz życzeń rządzących, które mają być, rzecz jasna, „życzeniami narodu”. Ujęte hasłowo, wyglądają następująco:

- sprzeciwiajcie się tym wszystkim, którzy opierają się na zagranicznych elementach, stając się ich pomocnikami i głosząc negatywne punkty widzenia,
- sprzeciwiajcie się tym, którzy dążą do podważenia stabilności państwa i postępu narodu,
- sprzeciwiajcie się obcemu mieszaniu się w wewnętrzne sprawy państwa,
- zniszczcie wszystkie wewnętrzne i zewnętrzne elementy destruktywne jako wspólnego wroga.

Te cztery podstawowe hasła rozwieszono także na ulicach Ranguny na ogromnych billboardach, gdzie sąsiadują z reklamą kawy Nescafé.

W prasie znajdziemy instrukcje, w jaki sposób należy oszczędzać dla dobra państwa i narodu. Zgodnie z koncepcją władz metoda jest prosta:

– oszczędzenie jednego galona benzyny miesięcznie w każdym samochodzie spowoduje oszczędność jednego amerykańskiego dolara,
– a więc, biorąc pod uwagę, że w Myanmarze jeżdżą 455 822 samochody, uzyskamy oszczędność rzędu 5,5 mln dolarów rocznie,
– taka suma pozwoli na wybudowanie dużego mostu przez rzekę Ayeyawaddy.

Przejechałem po Birmie kilka tysięcy kilometrów i nie zauważyłem, żeby społeczeństwo przyjmowało zalecenia władz, te i wiele innych, szczególnie poważnie. Wręcz przeciwnie, handel paliwem, za które można by wybudować most, miał swoje szczególne cechy charakterystyczne, których, prawdę mówiąc, nie spotkałem wcześniej w żadnym innym socjalistycznym państwie. Benzyna na państwowych stacjach jest racjonowana i sprzedawana po 118 kyatów za galon, ale istnieją również stacje prywatne, gdzie kosztuje pięć razy więcej. Sam proces tankowania był interesujący. Na każdej odwiedzonej przez nas stacji benzynowej okazywało się, że żaden dystrybutor nie działa i paliwo trzeba było odmierzać i wlewać do baku z kubła. Na pierwszej nie zwróciłem na to większej uwagi – ostatecznie wszędzie może zdarzyć się awaria, ale tak powszechnie występujące awarie nie mogły przecież być przypadkowe. Zapytałem kierowcę, sympatycznego Birmańczyka imieniem Phi, co się dzieje. Phi potwierdził, chociaż niezbyt chętnie, że rzeczywiście, dystrybutory są wszędzie nieczynne. „Ale dlaczego?” nie dawałem za wygraną. Odeszliśmy kilka kroków dalej od obsługujących stację pracowników i dopiero wtedy cicho przyznał: „bo nalewanie z wiadra jest gorsze dla nas. Gdyby dali dystrybutora, to dokładnie wiedzielibyśmy, ile benzyny wpłynęło do baku, a z wiadra nie wiemy”.

„Kradną benzynę?”

„Tak, kradną”.

„I co z nią potem robią?”

Phi wskazał głową na prymitywną, pozbawioną dystrybutorów, prywatną stację benzynową znajdującą się po drugiej stronie szosy. Składała się z bambusowego stołu, skleconych naprędce z drewna półek, na których stały butelki z olejem samochodowym, pozbawione jakichkolwiek znaków identyfikujących producenta, i krzesła z drzemającym w cieniu rozłożystego drzewa właścicielem. „Nasza benzyna trafia do nich, a potem możemy ją sobie kupić za pięciokrotnie wyższą cenę bez żadnych ograniczeń”. W Birmie racjonuje się benzynę, na każdy samochód przypada 150 litrów miesięcznie.

„Co na to władze? Przecież to kradzież w biały dzień” – zauważyłem. Ale Phi tylko uśmiechnął się, pocierając palcami o kciuk w międzynarodowym geście oznaczającym korupcję. „Tak się to załatwia z ludźmi z rządu” – powiedział. „Wszystko u nas załatwia się właśnie w taki sposób”.

Ograniczenia paliwowe i wysoka cena czarnorynkowa były dla Phi niemałym problemem. Jego dwudziestoletnia Toyota Grande Mark II z sześciocylindrowym silnikiem paliła piętnaście litrów na sto kilometrów. I tak byłem pełen uznania, że doskonale radziła sobie w kraju, gdzie paliwo zapewne w dużej proporcji składa się z wody, a do miski olejowej trafia nie wiadomo co.

Ruch samochodowy w Birmie to rzecz interesująca sama w sobie. W jakimś sensie stanowi kwintesencję tego, czym jest ten kraj, albo raczej czym sam się zrobił, jak bardzo sam się zapętlił. Za czasów brytyjskich, jak w każdej innej kolonii, obowiązywał tu ruch lewostronny. Po zajęciu kraju w trakcie drugiej wojny światowej Japończycy musieli czuć się jak u siebie w domu, ponieważ u nich samochody również poruszają się lewą stroną drogi. Ale po uzyskaniu niepodległości władze, prawdopodobnie kierowane chęcią odciążenia się od ko-

lonialnej spuścizny, postanowiły przenieść ruch na prawą stronę. Dzisiaj samochody jeżdżą prawą stroną. Problem w tym, że prawie wszystkie, łącznie z ciężarówkami i autobusami, mają kierownicę przystosowaną do ruchu lewostronnego, znajdującą się po prawej stronie samochodu. Importuje się je najczęściej z sąsiedniej Tajlandii, a tam, jak w Anglii i Japonii, obowiązuje ruch lewostronny.

Jest to dla wszystkich bardzo niewygodne i niebezpieczne. Kierowca wyprzedzającego autobusu nie widzi samochodu albo wozu zaprzęzonego w woły jadącego z przeciwnej strony. Dlatego w przednich, otwartych drzwiach stoi konduktor, który gestami i krzykiem informuje kierowcę, czy droga jest wolna i czy może już zacząć wyprzedzanie. Nie czułem się w takim autobusie zbyt bezpiecznie, szczególnie, kiedy siedziałem na przednim siedzeniu koło kierowcy. W gruncie rzeczy, gdyby chcieć doprowadzić ruch kołowy w tym kraju do jakiegoś elementarnego porządku, należałoby w pierwszym rządzie zmienić ruch drogowy z powrotem na lewostronny. To byłoby nawet stosunkowo łatwe. Jednak elementarna naprawa Birmy może się okazać znacznie bardziej skomplikowana niż zwykła zmiana kodeksu drogowego.

W czasach panowania brytyjskiego Birmańczycy, poza mającymi specjalny status plemionami górskimi, nigdy nie zaakceptowali kolonialnego porządku. Kraj został włączony do Indii Brytyjskich i wraz z nową kolonialną administracją w Birmie pojawili się Indusi, którzy bardzo szybko skolonizowali południową, żyzną część kraju. Pojawili się indyjscy kupcy, lepiej od miejscowych rozumiejący zasady biznesu, stanowiąc niechcianą konkurencję. W latach 1930. w stolicy kraju, Rangunie, większość ludności stanowili już napływowi Indusi i Chińczycy, których migrację również popierali kolonizatorzy. Wszystko to powodowało, całkiem zrozumiałą, niechęć etnicznych Birmańczyków.

Birmą nie rządziło się Anglikom łatwo. Ruch narodowy miał poparcie ze strony stowarzyszeń buddyjskich, a mnisi odgrywali nierzadko główną rolę w organizowanych demonstracjach antyrządowych. Najbardziej znany z nich, U Ottama, był wielokrotnie aresztowany i ostatecznie zmarł w więzieniu w 1939 roku. Jego następca, U Wizaya zmarł po 163 dniach strajku głodowego przeciwko zakazowi noszenia w więzieniu żółtych szat mnicha. W kraju działały nielegalne partie polityczne, w tym również Komunistyczna Partia Birmy, do której należał Bogyoke Aung San, powszechnie znany jako „ojciec niepodległej Birmy”, a mniej jako biologiczny ojciec pani Aung San Suu Kyi – „matki birmańskiej demokracji”, więzionej obecnie przez wojskową juntę. Działalność polityczna to w wielu krajach Azji zajęcie rodzinne i dziedziczne.

Aung San miał ciekawe, chociaż krótkie życie. W 1942 roku Japończycy, którzy zaatakowali Birmę, skorzystali z pomocy Birmańskiej Armii Niepodległościowej. Anglicy wraz ze wspierającymi ich chińskimi wojskami generała Czang Kaj-szeka bardzo szybko opuścili kraj, któremu zwycięska Japonia nadała formalnie niepodległość. Aung San uzyskał od nich zgodę na utworzenie Birmańskiej Armii Narodowej, która ściśle współpracowała z Japończykami, ale tylko do czasu. Japońska obecność i aroganckie rządy cesarskiej armii w formalnie podległym państwie powodowały narastające niezadowolenie Birmańczyków. Sam Aung San, który występował publicznie w mundurze japońskiego generała, i tak jest dzisiaj przedstawiany na licznych poświęconych mu pomnikach, mówił: „przyłączyłem się do Japończyków, żebyśmy mogli wreszcie zrzucić z siebie pozycję woła roboczego Anglików. Ale teraz traktuje się nas jak psy. Daleko nam nie tylko do poziomu ludzi, ale nawet do powrotu do poprzedniego statusu woła roboczego”. Kiedy okazało się, że zwycięstwo w wojnie w birmańskiej dżungli przechyla się z biegiem czasu na stronę brytyjską, Birmańska Armia Narodowa zmieniła sojusznika przechodząc na stronę aliantów.

Po zakończeniu wojny Aung San porozumiał się z Brytyjczykami w kwestii niepodległości i przyszłości kraju. W 1947 roku odbyły się pierwsze w historii kraju wybory powszechne, w których zwyciężyła kierowana przez niego Ludowa Wolnościowa Liga Antyfaszystowska, zdobywając większość miejsc w parlamencie.

Aung San był zwolennikiem demokracji, ale, na co wskazuje jego pragmatyczny stosunek do zawierania sojuszy, był jednocześnie realistą dostrzegającym w działalności politycznej zasadniczą różnicę między celami i środkami. Miał też chyba zdolności profetyczne. Mówił: „Musimy stworzyć z demokracji najbardziej popularną ideologię... Jeśli tego nie uczynimy, to świat będzie nami pogardzał, tak jak niegdyś pogardzał Niemcami i Japonią”. I następna, tragicznie prawdziwa przepowiednia: „Jak długo żyją bohaterowie narodowi? W tym kraju niezbyt długo. Nie daję sobie więcej niż jeszcze osiemnaście miesięcy życia”.

Dokładnie osiemnaście miesięcy później, w lipcu 1947 roku trzydziestodwuletni wówczas Aung San wraz z sześcioma najbliższymi współpracownikami został zamordowany w trakcie narady. Kto stał za tym zamachem? Nie wiadomo. Wysuwano różne hipotezy, wskazując między innymi na generała Ne Wina (Ne Win znaczy – Jasny jak Słońce), byłego szefa sztabu Birmańskiej Armii Narodowej, bliskiego towarzysza Aung Sana. Miały ich poróżnić plany związane z przyszłością Birmy, w szczególności rolą mniejszości narodowych, którym Aung San chciał dać dużą autonomię, a czemu sprzeciwiał się Ne Win i związana z nim grupa birmańskich nacjonalistów.

W 1948 roku Birma otrzymała niepodległość, ale nie uzyskała pokoju ani stabilizacji. W kraju zapanował chaos. Wszyscy walczyli ze wszystkimi. Przeciwko dominującej pozycji najliczniejszej grupy etnicznej Bamar wystąpiły górskie plemiona Mon i Shan, zbuntowali się Karenowie i ludność muzułmańska. Antyrządowe ugrupowania zbrojne założyli birmańscy komuniści, po broń sięgnęły różne, istniejące jeszcze pod japońską okupacją grupy powstańcze. Swojego obszaru wpływów zaciekle broniły chińskie oddziały Kuomintangu, które wyparte z Chin przez komunistów, schroniły się w górach i dżunglach północnej części kraju. Rząd nie potrafił poradzić sobie w sytuacji, która go ewidentnie przerosła.

W 1958 roku premier U Nu przekazał władzę generałowi Ne Win. Rozpoczęło to w historii niepodległej Birmy rządy wojskowych, trwające z krótkimi przerwami do dzisiejszego dnia. Nie były to jednak rządy całkowicie nieskuteczne. Ne Winowi udało się, chociaż w mało demokratyczny sposób, zaprowadzić trochę porządku i ograniczyć działalność różnych grup powstańczych oraz zwykłych bandytów. W 1960 roku przeprowadzono wybory powszechne, które wygrał ponownie U Nu, ale już dwa lata później Ne Win dokonał zamachu stanu, usunął rząd i zastąpił go przez Komitet Rewolucyjny, który miał podążać „birmańską drogą do socjalizmu”. Najpierw przeprowadzono nacjonalizację, która doprowadziła do krachu ekonomicznego. Kraj, który do 1939 roku był największym na świecie eksporterem ryżu, musiał rozpocząć jego import. Wypędzono wszystkich Indusów i Chińczyków. Ich firmy skonfiskowano bez odszkodowania. Birma wkroczyła w okres politycznej i gospodarczej stagnacji, trwający do dzisiaj. W latach 1980. zmęczeni socjalizmem Birmańczycy wyszli na ulice, ale armia nie zamierzała oddawać władzy. Co najmniej trzy tysiące demonstrantów zostało zabitych w starciach z władzami w całym kraju. Wojsko utrzymało się u władzy, ale zrezygnowano z promowania socjalizmu, ogłaszając powrót do gospodarki kapitalistycznej.

W 1990 roku władze, pewne społecznego poparcia, przeprowadziły pierwsze od 30 lat wybory powszechne. Zdecydowane zwycięstwo nad popieraną przez armię partią polityczną odniosła opozycyjna Narodowa Liga na rzecz Demokracji kierowana przez Aung

San Suu Kyi. Wyniki wyborów rozczarowały armię, która zaaresztowała działaczy Ligi i jej wybranych przedstawicieli. Córkę Ojca Birmy, gen. Aung Sana umieszczono w areszcie domowym, w którym przebywa do dnia dzisiejszego. Pozostali, mniej znani działacze wyładowali w więzieniach.

Tak skończyło się marzenie o birmańskiej demokracji.

Wojsko pokochało władzę, której nie zamierza oddać. Natomiast świat cywilizowany postanowił, że w imię politycznej poprawności ukarze ten niewielki i biedny kraj sankcjami ekonomicznymi i bojkotem politycznym. Jest to polityka pełna hipokryzji. Wokoło jest wiele innych państw, których zachowanie w zakresie praw człowieka i niszczenia demokratycznych norm nie jest lepsze, a często gorsze niż w Birmy, ale które stanowią obiekt wyjątkowych gospodarczych i politycznych zabiegów przywódców najbardziej etycznych państw świata. Ale cóż, można westchnąć, taka jest realna polityka, z którą musimy się pogodzić. Problem w tym, że jest to również polityka nieskuteczna, propagandowa raczej niż nastawiona na uzyskanie rezultatów, może niedoskonałych, może tylko częściowych, ale które w sumie znacznie polepszyłyby życie przeciętnych Birmańczyków, na czym, podobno, najbardziej wszystkim zależy. Zasadniczy problem polega na tym, że rządząca krajem junta wojskowa doskonale daje sobie radę bez pomocy czy akceptacji zachodnich demokracji. Birmańscy wojskowi utrzymują doskonałe stosunki z Chinami i Rosją. Od Rosji kupują uzbrojenie, od Chin całą resztę, wszystko, czego potrzebują.

Im dłużej trwa bojkot, tym bardziej Birma uzależnia się od tych dwóch państw. Tym mniejszą szansę ma pani Aun San Suu Kyi na wyjście z aresztu domowego, a jej współpracownicy z więzień. Nie przyspiesza to powrotu do demokracji, wręcz przeciwnie.

SYLWETKI WYBITNYCH ADWOKATÓW



Piotr Sendecki

Adwokat Adam Jurkiewicz (1910–2006)

Z wielu rozmów prowadzonych w środowisku adwokackim wynika, że często towarzyszy nam pewien stan niepokoju czy obawy o właściwe i terminowe wypełnianie przyjętych zadań. Czasami wyraża się to w swoistym poczuciu wyrzutów czy ciężaru spoczywającego na sumieniu. Wydaje się, że jest to zjawisko występujące przede wszystkim u przedstawicieli wolnych zawodów, świadomych z reguły tego, że w swej pracy obdarzani są szczególnym zaufaniem przez klientów, a co więcej, że istotą ich aktywności zawodowej jest wykonywanie powierzonych czynności w doniosłych i często niepowtarzalnych dla mocodawców sprawach. Nierzadko owe stany niepokoju, obawy, obciążeń czy wyrzutów sumienia obejmują także inne – poza zawodowymi – sfery życia, odnosząc się do relacji z ludźmi niezwiązanymi z wykonywaniem wobec nich obowiązków zawodowych. Często zaś pojawiają się w porze, gdy uczciwy człowiek zwykł spać snem sprawiedliwego. Zjawiają się zatem bezlitośnie w bezsennej noc, gdy usiłujemy zasnąć lub przerywają sen jak koszmary, które znajdują ukojenie dopiero o poranku, gdy zdamy sobie sprawę, że istotne czynności zostały wykonane bez zwłoki, pismo zostało nadane o czasie, wnioski złożone zgodnie z zarządzeniem i wymiarem stosownych opłat, zaś ludzkie sprawy załatwione należycie, zgodnie z umową, stosownie do obyczaju, czy po prostu z poczucia ludzkiej powinności, że tak właśnie należy uczynić.

Wśród takich obciążeń sumienia od dawna znajduje się potrzeba napisania o śp. Mecenasiu **Adamie Jurkiewiczu**. Winien jestem to wspomnienie wspaniałemu człowiekowi, wybitnemu adwokatowi lubelskiemu, zmarłemu w sierpniu 2006 r., a także Jego Małżonce Pani Irenie Jurkiewiczowej, Córkom Ewie i Barbarze oraz Synowi adw. Mieczysławowi Jurkiewiczowi – przez ponad ćwierć wieku oddanemu pracy samorządowej, na różnych stanowiskach w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Lublinie. Przede wszystkim jednak przedstawienie sylwetki śp. Adama Jurkiewicza zaadresowane jest do młodszych pokoleń, a w szczególności do adwokatów, którzy nie mieli możliwości poznać Pana Mecenas, uczyć się od Niego i czerpać doświadczenia z obserwacji wykonywanej przez Niego pracy, nacechowanej skrupulatnym przestrzeganiem zasad etycznych i najwyższym profesjonalizmem. Znamienne było także dla Mecenas Jurkiewicza traktowanie działalności samorządowej jako powinności wobec adwokatury, w sposób bezinteresowny i niezorientowany na pełnienie funkcji czy korzystanie z zaszczytów. Innym formom aktywności społecznej poświę-

cał się również z pełnym bezinteresowności zapalem, a w czasach komunizmu niejednokrotnie swą postawą dawał wyraz odwagi, niezależności i bezkompromisowości. Odwaga cywilna i wierność wyznawanym przez całe życie wartościom do końca, do schyłku życia, także wtedy gdy był już starym i żyjącym jakby na uboczu człowiekiem, były szczególnymi rysami Jego osobowości. Przywiązanie do wyznawanych zasad, wyrażające się w potrzebie dawania świadectwa prawdzie, towarzyszyło śp. Adamowi Jurkiewiczowi przez całe życie. Było tak do końca, także wtedy gdy na półtora roku przed śmiercią w wieku 94 lat odniósł się do niepokojących zjawisk, występujących w ruchu katolicko-społecznym, który współtworzył od wczesnej młodości, jeszcze jako student od końca lat dwudziestych XX wieku, aż w czasach powojennych przez niemal 30 ostatnich lat życia.

Mecenas Adam Jurkiewicz był człowiekiem bezgranicznej uczciwości, wzorem solidności i fachowości adwokackiej. Wyrazem najwyższego profesjonalizmu było poświęcenie się w pracy adwokata w zasadzie wyłącznie problematyce cywilistycznej, jeśli pominąć, niedające się odseparować od praktyki cywilistycznej, niektóre aspekty prawa administracyjnego. To konsekwentne poświęcenie się jednej w zasadzie specjalizacji zawodowej, samoograniczenie się w świadczeniu pomocy prawnej, poprzez nieprzyjmowanie innego rodzaju spraw, wynikało właśnie z profesjonalizmu Mecenas Jurkiewicza, z głęboko uświadomianej odpowiedzialności zawodowej, która nie pozwalała przyjmować spraw niemieszczących się w osobistej sferze profesjonalnych kompetencji.

Taka postawa zawodowa Mecenas miał miejsce w czasach, w których powszechnie nie dostrzegano niczego ryzykownego w podejmowaniu się przez adwokata – działającego przy tym z reguły w pojedynkę, chociaż przymusowo od lat 50. w ramach zespołu – prowadzenia wszelkiego rodzaju spraw, od karnych począwszy, poprzez rodzinne, administracyjne, a na klasycznej cywilistyce kończąc, bez jakiegokolwiek przy tym ubezpieczenia się na wypadek błędu. Dodać w tym miejscu należy, że ówczesne procedury sądowe, zwalniały w pewnym stopniu z odpowiedzialności za sposób prowadzenia sprawy przez strony, w tym także działające przez pełnomocnika, nakładając na sądy obowiązek działania z urzędu, w celu wykrycia owej zdobyczy marksistowskiej nauki prawa, przeniesionej do uregulowań kodeksowych, jaką była zasada prawdy obiektywnej (materialnej), dającej się – zdaniem jej apologetów – zawsze wykryć (zgodnie z naiwną tezą że świat realny jest zawsze poznawalny).

Dla adwokatów takie ustawienie procedury dawało pewną wygodę, by nie rzec pozycję komfortową, umożliwiając, nawet przy braku aktywności w sprawie, postawienie w ostateczności – w rewizji od orzeczenia – zarzutu niewyjaśnienia istotnych okoliczności faktycznych lub podniesienie takich uchybień proceduralnych, które z reguły stwarzały możliwość uzyskania orzeczenia kasatoryjnego, w postaci uchylecia orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Podobnie było ze wskazywaniem podstaw prawnych żądań, odnośnie do których nie uznawano potrzeby ich formułowania. Pamiętam radę starszego adwokata, który do mnie początkującego aplikanta mówił „jak cię sąd zapyta o podstawę prawną, to odpowiedz *curia novit iuria*, niech się sąd martwi o podstawy prawne”. Taka postawa nie mieściła się jednak w mentalności Mecenas Jurkiewicza. Dla Niego powinnością adwokata było formułowanie podstaw prawnych żądań, precyzyjne podawanie uzasadnień faktycznych i prawnych zgłaszanych żądań i stanowisk, wspieranie ich właściwą inicjatywą dowodową. Podstawą relacji z klientem było zaś szczególnie rozumienie odpowiedzialności zawodowej, pojmowane szeroko, a obejmujące także odpowiedzialność za sprawę, której się podejmował, jeśli mieściła się w ramach rygorystycznie traktowanego zakresu kompetencji zawodowych.

Niestety, podejście wyrażające się w „braniu” każdej sprawy zdarza się często w obecnych

czasach. Dzieje się tak pomimo zmienionej procedury, która wprowadzając pełną w zasadzie kontradyktoryjność spowodowała obciążenie odpowiedzialnością za wynik procesu samej strony, a stronie działającej przez profesjonalnego pełnomocnika stawia się jeszcze większe wymagania. Co więcej, owa niefrasobliwość wyrażająca się w braku selekcji spraw, niepodjęmowaniu się takich, w których brak doświadczenia, występuje nadal, i to pomimo ogromnego pogłębiania się procesu jurydyzacji coraz to szerszych sfer życia. Proces ten powoduje, że potrzeba specjalizacji zawodowej jest coraz większa, zaś możliwość sumiennego i profesjonalnego prowadzenia szerokiego spectrum spraw – obejmującego różne gałęzie prawa – coraz bardziej ograniczona, by nie rzec niebezpieczna, i to nie tylko dla adwokatów, ale przede wszystkim dla ich mocodawców. Zdarzająca się, niestety często, wiara w możliwość zajmowania się wszystkim, stanowi wyraz postawy ocierającej się o brak odpowiedzialności.

Mecenas Adam Jurkiewicz już przed kilkudziesięciu laty przyjmował – tak oczywiście – przeświadczenie, że nie można się znać na wszystkim. Przekonanie o konieczności samoo graniczenia się, w zakresie swojej kompetencji zawodowej – w przypadku Mecenas Jurkiewicza – było wyrazem zrozumienia różnych aspektów odpowiedzialności zawodowej. W pierwszym rzędzie – odpowiedzialności za sposób wykonywania zawodu adwokata w ogólności, widzianego przez pryzmat kształtowania wizerunku adwokata w społeczeństwie, a także przez media, wpływające na opinie społeczne. Po drugie – odpowiedzialności rozumianej jako codzienne formowanie, w toku wykonywania zawodu, wizerunku danego adwokata w oczach sądu i innych organów stosujących prawo, w konkretnej sprawie. Waga tego aspektu odpowiedzialności zawodowej wyrasta z przekonania, że występujący w sprawie adwokat poprzez profesjonalne – i w oparciu o standardy etyczne – wykonywanie swojej roli, może wpłynąć na ocenę wiarygodności swojego klienta i jego sprawy, przyczyniając się do doprowadzenia jej do pożądanego zakończenia. Po trzecie wreszcie – *last but not least* – odpowiedzialności w aspekcie relacji z klientem, który powierzając swoje ważne sprawy osobiste czy majątkowe, nie jest w stanie ocenić, przynajmniej do zakończenia sprawy – czy dokonany przez niego wybór adwokata był trafny, czy wybrał profesjonalistę w danej sprawie, czy tylko dyletanta bądź nawet hochsztaplera.

Znaczenie odpowiedzialności zawodowej w pracy adwokata podkreślił Mecenas Jurkiewicz, z oczywistą jednak w tym wypadku przesadą, gdy będąc jeszcze w pełni sił postanowił zakończyć czynne uprawianie zawodu, poświęcając się całkowicie działalności społecznej i edukacji aplikantów. Przez kolejne kilkanaście lat był wykładowcą i egzaminatorem ubiegających się o dostęp do zawodu adwokata. W tym też okresie, po śmierci niemniej zasłużonego dla adwokatury lubelskiej śp. Mecenas Jerzego Szwarca, przejął prowadzenie biblioteki rady adwokackiej.

Poczuciem odpowiedzialności, kierował się Mecenas Jurkiewicz także wtedy, gdy w listopadzie 2000 r., mając 90 lat, na pięć lat przed śmiercią, będąc w pełni sił umysłowych, po kilkunastu latach pracy w bibliotece rady adwokackiej, zwrócił się do Dziekana ORA – „z prośbą o natychmiastowe zwolnienie z obowiązku, któremu – jak podał – obecnie nie jestem w stanie podołać”. W piśmie skierowanym do rady adwokackiej, z właściwą sobie pedanterią i sumiennością, Mecenas Jurkiewicz zreferował stan biblioteki, którą – pisał – „przy pomocy mojej córki udało się uporządkować w trzech działach tematycznych.....”. Wskazał na niezbędną zakupu nowych regałów i „konieczność przeniesienia czasopism blokujących regały na książki do innego pomieszczenia....”. Przypominał, że „przy końcu każdego roku zamawiane są periodyki na rok następny ...” i „w tym celu – poinformował – pozostawię notatkę dla następcy oraz informację co do planowanego uporządkowania biblioteki”.

Kończąc, we właściwej dla siebie formie podziękował „Szanownemu Panu Dziekanowi i całej Okręgowej Radzie Adwokackiej za wieloletnie zatrudnienie mnie w pracy biblioteczej, stanowiącej dla mnie pożyteczne zajęcie”.

Nie sposób powstrzymać się od refleksji, że o formacie człowieka mówi także to, w jaki sposób załatwia swoje sprawy osobiste, zawodowe, jak kończy swoją pracę, jak żegna się ze współpracownikami, jak – odchodząc – myśli o ciągłości instytucji i sumiennym przekazaniu choćby najmniejszego odcinka pracy. Jak skromnie brzmią słowa o „pożytecznym dla mnie zajęciu”, zajęciu – w rzeczywistości pożytecznym przede wszystkim dla adwokatury lubelskiej, dla aspirujących do zawodu aplikantów i początkujących adwokatów, którzy w dobie, gdy nie istniały „lexy” i serwisy informatyczne *on line*, mieli – dzięki fachowo prowadzonej bibliotece – stały i pełny dostęp do orzecznictwa i literatury fachowej, odpowiednio uporządkowanej. Co więcej, do ich dyspozycji była możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia Mecenas Jurkiewicza, zawsze chętnego do rozmowy o problemach cywilistycznych oraz służącego radą. Od Niego uczyliśmy się procedury cywilnej, ale także porządku dziedziczenia czy prawa rzeczowego według Kodeksu Napoleona, za jego pośrednictwem poznawaliśmy regulacje Kodeksu Cywilnego Królestwa Polskiego, BGB, ABGB, prawa wekslowego czy kodeksu handlowego, i to w czasach gdy nie uczono tych dziedzin prawa na uniwersytetach.

Pamiętam Mecenas Adama Jurkiewicza jako starszego już pana, zawsze nienagannie ubranego, stosownie do klasycznych reguł dyskretnej elegancji. W Jego sposobie mówienia i zachowania było coś dystygowanego, pełnego umiaru i dystansu. Swoją postawą sprawiał, że nikt nie ośmieliłby zwrócić się do Niego w sposób poufały, nie mówiąc nawet o potraktowaniu noszącym choćby cień protekcyjnalizmu. Brak było jednocześnie w Jego stosunku do otoczenia jakiegokolwiek wyniosłości. W odbiorze innych uosabiał koherentną osobowość, w której swoje miejsce miały takie wartości jak sumiennosc, rzetelnosc i dociekliwosc zawodowa, pełne szacunku traktowanie otoczenia, honor i bezwzględna uczciwosc, umiarkowanie i dystans do zjawisk swiata zewnetrznego, ciepło i serdecznosc wobec bliskich, kierowanie się w osobistym i zawodowym zyciu przyjetą aksjologią, wierność dokonanym wyborom zyciowym – osobistym, ideowym i duchowym. Skąd brały się te wartości – jaka była droga zyciowa Mecenas?

Adam Zdzisław Jurkiewicz urodził się 4 grudnia 1910 r. w Krasiczynie, leżącym wówczas w powiecie przemyskim, województwie lwowskim. Po ukończeniu gimnazjum klasycznego w Przemyslu, w 1928 r. rozpoczął studia na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, uwieńczzone egzaminem dyplomowym w dniu 20 lutego 1934 r. W 1935 r. ożenił się z Ireną z Pomorskich, z którą spędził kolejne, aż do swej śmierci, ponad 70 lat przykładnego życia małżeńskiego, zaś w ciągu kolejnych lat przyszło na świat troje dzieci – Anna, Mieczysław i najmłodsza – urodzona po wojnie Barbara.

Akta adwokackie, założone w mrocznych latach powojennego stalinizmu, gdy do wielu spraw nie można się było przyznawać, nie dostarczają dużo wiedzy na temat przedwojennego okresu, który wydaje się najistotniejszy dla formacji młodego Adama Jurkiewicza. Trzeba w tym miejscu wspomnieć, opierając się na innych źródłach, że w czasie studiów na KUL Adam Jurkiewicz włączył się aktywnie w działalność Stowarzyszenia Katolickiej Młodzieży Akademickiej „Odrodzenie”, którego był wiceprezesem. Jak pisał w gazetce lubelskiego Klubu Inteligencji Katolickiej: *zainteresowanie ruchem katolicko-społecznym zrodziło się w efekcie przynależności (od 1929 r.) do „Odrodzenia”. Atmosfera otwarcia i serdeczności panująca w „Odrodzeniu”, osoba jej ideowego przywódcy ks. prof. Antoniego Szymańskiego, rektora KUL, stwarzały sprzyjające warunki zaznajomienia się z ideami organizacji, w której ważne miejsce zajmowała działalność katolicko-społeczna.*

Zważywszy na lata studiów w KUL, zauważyć należy, że Adam Jurkiewicz formował swój umysł i osobowość w pełnej intelektualnego fermentu atmosferze, zrodzonej encykliki Piusa XI „*Quadragesimo Anno*”, nawiązującej bezpośrednio do przełomowej w dziejach Kościoła Katolickiego encykliki Leona XIII „*Rerum novarum*”. Jak pamiętamy, obie te encykliki stanowiły istotną zmianę w podejściu Kościoła Katolickiego do spraw społecznych, do roli laikatu w życiu kościoła, traktowanego jako wspólnota wiernych, nie zaś jedynie jako instytucja. Odmiennie, od dotychczasowych przyzwyczajzeń i standardów myślenia w kościele, zaczęto patrzeć na zmieniające się życie społeczne, na wyzwania nowych czasów w sferze publicznej, gospodarczej, obyczajowej, a także na funkcję katolików świeckich w życiu społecznym. Nie bez znaczenia były pojawiające się nowe prądy filozoficzne, które zapoczątkowały dzieła rewidującego twórczo tomizmu Jacquesa Maritaina, a następnie pogłębiającego te myśli i wiążącego je z zagadnieniami społecznymi Emmanuela Mouniera, twórców nurtu personalistycznego, aż do czasów współczesnych wpływającego ożywczo na kształtowanie umysłów i postaw katolików. Atmosfera dyskusji w środowiskach intelektualistów katolickich tamtych czasów tworzyła głębię, na której rozwijało się młode pokolenie studiujące na uczelniach katolickich, zaangażowane w problemy współczesności, pierwsze przy tym pokolenie wzrastające w Polsce niepodległej. Należał do nich Adam Jurkiewicz.

W tym miejscu przywołać wypada ową organizację studencką, jaką było Stowarzyszenie Katolickiej Młodzieży Akademickiej „*Odrodzenie*”, której znaczenia dla formowania umysłowości oraz postaw istotnej grupy inteligencji katolickiej okresu międzywojnia, nie sposób przecenić. „*Odrodzenie*” działało jako organizacja ogólnopolska na uniwersytetach w Krakowie, Wilnie, Lwowie, Warszawie, Poznaniu i Lublinie. Początkowo związane z chrześcijańską demokracją, pod koniec lat dwudziestych wyraźnie się zróżnicowało. W Wilnie – stało się znaczącą organizacją studencką o profilu katolickim, jednakże w sposób programowy wolną od nastawienia nacjonalistycznego, a wręcz sprzeciwiającą się stanowczo skrajnym tendencjom narodowo-katolickim.

Oddajmy głos prof. Stanisławowi Stomma – na przełomie lat 20. i 30. XX wieku prezesowi „*Odrodzenia*” w Wilnie i powojennemu działaczowi niezależnych ruchów katolickich, współzałożycielowi Koła Poselskiego ZNAK po październiku 1956 i jedynemu posłowi w Sejmie, który wstrzymał się od głosu przy uchwalaniu w 1976 r. zmian w konstytucji PRL, wprowadzających do niej postanowienia o przodującej roli PZPR oraz o wasalskim stosunku wobec ZSRR. W swych wspomnieniach (St. Stomma, *Trudne lekcje historii, Znak* 1998) pisał: *„Odrodzenie” w innych uniwersyteckich środowiskach (poza Wilnem) zachowało dawną chadecką postawę, przychylną endeckiej prawicy... Lwów bardzo mocno podkreślał swoją niezależność, w Wilnie zaś coraz wyraźniej zarysowywały się inklinacje demokratyczne i sympatie do rządzącego obozu piłsudczyków, którzy cenili wielonarodowe tradycje ziem byłego Wielkiego Księstwa Litewskiego. nie chcieliśmy osłabiać związków ze środowiskami „odrodzeniowymi” na innych uczelniach. Zaczęły się dyskusje międzyśrodowiskowe..”,* które nabierały temperatury, grożąc nawet rozłamem w „*Odrodzeniu*”. Próbowali temu przeciwdziałać – jak wspomina Stomma – Stefan Swierzawski z KUL i Jerzy Turowicz. Takie dyskusje toczyły się w na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim, na którym studiował wówczas prawo, podobnie jak St. Stomma w USB w Wilnie, Adam Jurkiewicz, członek „*Odrodzenia*” od 1929 roku i jego wiceprezes. Dyskusje te przybrały charakter cyklicznych corocznych spotkań na KUL pod nazwą „*Tygodni Społecznych*”, organizowanych zresztą do dzisiaj. Wspominał też o nich Czesław Miłosz, dla którego z „*Odrodzeniem*”, a równocześnie z KUL-em, związane były takie postacie jak prof. Irena Sławińska, prof. Henryk Dembiński

(rekomendujący A. Jurkiewicza do adwokatury, którego nie należy mylić z inną osobą o tym samym imieniu i nazwisku, o wielce kontrowersyjnej acz i znaczącej pozycji w środowisku wileńskiego „Odrodzenia”), prof. Czesław Zgorzelski czy prof. Czesław Strzeszewski (pierwszy i długoletni prezes lubelskiego KIK-u).

Patrzę na zdjęcie zamieszczone we wspomnieniach St. Stommy, przedstawiające grupę studentów otaczających ks. prof. Antoniego Szymańskiego, rektora KUL w latach 30. XX w., na tle starego frontonu KUL. Jeszcze z dzieciństwa, z odbywających się także w Lublinie obchodów 1000-lecia chrztu Polski, pamiętam ten fronton, obrośnięty dzikim winem, podobnie jak i postać wychodzącego przezeń ks. prymasa Stefana kardynała Wyszyńskiego, częstego gościa Uniwersytetu. Podpis pod zdjęciem informuje: *Tydzień Społeczny „Odrodzenia” na KUL-u w Lublinie... Siedzą od lewej Jerzy Turowicz i Stanisława Stomma. Wśród kilkudziesięciu innych postaci młodych ludzi, na niezbyt ostrym zdjęciu, staram się rozpoznać Adama Jurkiewicza. Zapewne uczestniczył w Tygodniu Społecznym KUL, który był stałym spotkaniem „odrodzeniowców”. Tak o tygodniach społecznych wspominał inny wybitny członek „Odrodzenia”, jego prezes we Lwowie, wielka postać polskiej kultury i walki o niezależność myśli, redaktor Tygodnika Powszechnego, wskazany na zdjęciu Jerzy Turowicz, którego relację zapisał Robert Jarocki (Czterdzieści pięć lat w opozycji, WL 1990): *Odrodzenie odbywało swoje zjazdy, zapoczątkowane przez tradycję dorocznych „tygodni społecznych” na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim w Lublinie. Tam latem 1932 r., lub najpóźniej 1933 roku, Turowicz poznał Stommę i Gofubiewa osobiście ... Odbywały się dyskusje, snuto różne projekty. Życie intelektualne pulsujące w tych kontaktach miało dla Turowicza i jego przyjaciół smak przygody, uskrzydlającej w młodości każde ideowe działanie... Problem: jednostka a osoba według Maritainowskiego personalizmu, wywoływał gorące spory, zwłaszcza na spotkaniach w Katolickim Uniwersytecie Lubelskim”* (s. 18–19).*

Środowisko „Odrodzenia”, pomimo ewidentnych związków z katolicką myślą filozoficzną i silnymi więzami z Kościołem, bywało obiektem ataków ze strony skrajnie prawicowych organizacji, zarzucających lewicowe sympatie, które w istocie były zniekształconą interpretacją prospołecznych zainteresowań „odrodzeniowców”, wyrażanych później w społecznej nauce kościoła. Otwartość środowiska na problemy społeczne, kontakty i dyskusje z przedstawicielami innych zapatrywań, w tym lewicowych, podejście akcentujące tolerancję i zrozumienie dla pluralizmu poglądów, stanowiły także przyczynę ataków, formułowanych zwłaszcza przez publicystów dopatrujących się wszędzie wpływów masonowskich czy ogarniętych obsesją antysemitką. Widać to na przykładzie nacjonalistycznej publicystyki Jędrzeja Giertycha, zawartej w książce „Tragizm losów Polski”, gdzie czytamy: *Porozumienie komunistyczno-masonowskie widoczne jest w całym świecie... (...) Organizacje młodzieży akademickiej najrozmaitszych wrogich obozowi narodowemu kierunków (wśród nich nawet niektóre ośrodki katolickiej, ale wrogiej obozowi narodowemu i być może opanowanej tu i ówdzie przez masonerię organizacji „Odrodzenie”) produkują nie socjalistów, sanatorów, masonów, ale – komunistów.* Zbędny wydaje się komentarz, wskazujący na populizm, nierzetelność i złą wolę tego typu publicystyki, obecnej zresztą również dzisiaj na łamach różnych wydawnictw i w wystąpieniach publicznych, niestety także w organizacjach noszących nazwę „katolicki”, a zatem powszechny.

Już w tym miejscu antycypować wypada, że wiele dekad później, u kresu życia, Mecenasowi Jurkiewiczowi, ukształtowanemu przez personalistycznie i prospołecznie nastawione „Odrodzenie”, przyjdzie się zderzyć z reaktywowanymi po latach – jakby wyciągniętymi po półwieczu z zamrażarki, epigońskimi z istoty – poglądami osób, posługujących się ar-

gumentami analogicznymi do cytowanych powyżej. Wśród nich będą też tacy, dla których bezwzględnym celem jest rząd dusz, sam w sobie dający się pozytywnie uzasadnić, gdyby nie charakter działań, wyrastających z wszechobecnej podejrzliwości, zabarwionej spiskową teorią dziejów.

Wbrew nierzetelnym zarzutom „Odrodzenie” skupiało ludzi o szerokich i otwartych horyzontach myślowych, nastawionych patriotycznie oraz związanych z Kościołem Katolickim. Przedstawiciele tego środowiska, w tym wymienione powyżej wybitne postaci, które zapiszą się w powojennej historii Polski, podkreślali nastawienie społeczne, wywodzące się z kształtującej się społecznej nauki kościoła katolickiego, a w warstwie filozoficznej utożsamiające się z ówczesnie nowatorskimi poglądami twórcy humanizmu integralnego J. Maritaina oraz pogłębiającego nurt personalistyczny E. Mouniera. Na tym gruncie, w latach powojennych, rozwinię się szeroki nurt w myśli katolickiej, traktujący wartość godności ludzkiej jako założenie podstawowe, także jako fundament praw człowieka, który z perspektywy filozofii personalizmu właśnie, wprowadzi do myśli Kościoła, znaną wcześniej jedynie nurtem liberalnym, koncepcję ochrony praw człowieka.

Mecenas Jurkiewicz tak dalej wspominał swoją działalność w Odrodzeniu: *Praca w Odrodzeniu była prowadzona w sekcjach: filozoficzno-religijnej, narodowo-państwowej i społeczno-ekonomicznej. Ta ostatnia zajmowała się zagadnieniami katolickiej nauki społecznej. Problematyka obejmowała systemy ustrojowe w relacji do nauki kościoła, stosunek pracy do kapitału, prawo własności, współczesny kryzys gospodarczy, przebudowę społeczeństwa.... Dawła dobre przygotowanie do uczestnictwa w ruchu katolicko-społecznym. Jako senior Odrodzenia kontynuowałem swoje zainteresowania w Związku Polskiej Inteligencji Katolickiej, której Zarząd Główny mieścił się w Lublinie, następnie zaś po przeniesieniu się do Warszawy, w latach 1938 i 1939 w kontaktach ze środowiskiem warszawskim Odrodzenia.*

Dodać należy, że prezesem Związku Inteligencji Katolickiej był wspomniany ks. rektor KUL Antoni Szymański. Związek ten szybko rozwinął się, otwierając swoje oddziały w różnych miastach Polski. Stanowił on punkt odniesienia i swoisty wzorzec dla tworzonych po wojnie, w okresie odwilży w PRL, klubów inteligencji katolickiej.

Działalność społeczna Adama Jurkiewicza, podobnie jak i proces kształcenia, zmierzający docelowo do uzyskania wpisu na listę adwokatów, przerwała wojna. A. Jurkiewicz kontynuował rozpoczętą jeszcze w czasie studiów pracę jako urzędnik w Powszechnym Zakładzie Ubezpieczeń Wzajemnych w Lublinie, a następnie jako młodszy asystent przy Katedrze Polityki Społecznej KUL. W latach 1933–1941 zatrudniony był w Państwowym Banku Rolnym – w Oddziale w Lublinie, przez pewien czas w Centrali tegoż Banku w Warszawie oraz ponownie w oddziale w Lublinie – aż do czasu porzucenia pracy z uwagi na ukrywanie się przed poszukującym go Gestapo.

Konieczność ukrywania się w podlubelskiej wsi spowodowała, że jakkolwiek dopuszczony został, decyzją kierownika Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 3 września 1941, do odbywania aplikacji sądowej, to jednak rozpoczął ową aplikację dopiero w 1944 r., by w grudniu 1945 r. zakończyć ją egzaminem sędziowskim z wynikiem celującym. Z akt osobowych Adama Jurkiewicza wynika, że prezes Sądu Apelacyjnego, a następnie Minister Sprawiedliwości decyzją z lipca 1945 „zaliczył – Adamowi Jurkiewiczowi – do okresu aplikacji sądowej dwa lata referendarskiej służby administracyjnej w Państwowym Banku Rolnym w Warszawie za jeden rok aplikacji”. Analiza tych akt daje też obraz ówczesnego procedowania w przypadku złożenia podania o wpis na listę aplikantów adwokackich, co w przypadku Adama Jurkiewicza nastąpiło w dniu 15 stycznia 1945 roku. Praktyka pozyskiwania rekomendacji

dla starającego się o wpis polegała na tym, że ubiegający się podawał osoby mogące udzielić referencji, a następnie Dziekan zwracał się osobiście do wskazanych osób o: *udzielenie wyczerpujących i ściśle poufnych wiadomości o kwalifikacjach zawodowych i etycznych... ubiegającego się o wpis na listę aplikantów adwokackich pod patronatem adwokata.*”. O osobie Adama Jurkiewicza wypowiedzieli się pozytywnie prominentni przedwojenni sędziowie z Lublina – były Prezes Sądu Apelacyjnego Tadeusz Walewski, którego imię nosi reprezentacyjna sala Sądu Okręgowego w Lublinie oraz Ignacy Bęski, a nadto prof. dr Henryk Dembiński z KUL, dziś już zapomniani, wówczas znaczące postaci.

Pasja społeczna oraz wola działania politycznego odżyła zaraz po zakończeniu okupacji niemieckiej. Wówczas to mec. Jurkiewicz podjął, z perspektywy czasowej widać naiwną, choć typową dla wielu osób jego pokolenia, próbę włączenia się w działalność społeczno-polityczną. Tak o tym pisał w swym wspomnieniu: *Po latach okupacji niemieckiej, podobnie jak wielu Polaków, uległem iluzji, że będzie można praktycznie realizować zasady katolickiej nauki społecznej w życiu politycznym, w Stronnictwie Pracy. Przy udziale powojennych „Odrodzeniowców” powstał w Lublinie Zarząd Wojewódzki Stronnictwa, którego prezesem został senior „Odrodzenia” prof. Henryk Dembiński, sekretarzem Adam Jurkiewicz... Działalność SP trwała tylko jeden rok, gdyż wskutek prowokacji politycznej ze strony wprowadzonej do Stronnictwa przez PPR frakcji komunistycznej i niemożności działania zgodnego ze statutem i założeniami deklaracji, w lipcu 1946 roku zmuszone ono było zawiesić swoją działalność. Nastąpiły aresztowania..., wysokie wyroki oraz represje.... Ominęły one na szczęście A. Jurkiewicza.*

W dniu 2 marca 1946 r. przed Stanisławem Kalinowskim, wielce zasłużonym Dziekanem Rady Adwokackiej w Lublinie, Adam Jurkiewicz – przyjęty uchwałą Rady w poczet aplikantów adwokackich – złożył ślubowanie wg roty, której brzmienie stosownie do Prawa o ustroju adwokatury z 4 maja 1938 r. było następujące: *Pomny dobra Państwa Polskiego oraz godności stanu adwokackiego, przyrzekam uroczyście, że obowiązki aplikanta adwokackiego spełniać będę zgodnie z prawem i słusnością, poświęcając się im z całą sumiennością i gorliwością, władzom i patronowi swemu okazywać będę poszanowanie, a w postępowaniu swym kierować się będę zasadami honoru i uczciwości.* Aplikacja odbywana pod patronatem wybitnych adwokatów Kazimierza Miernowskiego i Dziekana Stefana Grymińskiego, uwieńczona została egzaminem adwokackim, zdany z wynikiem dobrym w czerwcu 1948 r. W składzie Komisji Egzaminacyjnej, której przewodniczył Dziekan Władysław Korciak, zasiadał delegat Ministerstwa Sprawiedliwości, a także sędzia Sądu Apelacyjnego. Wśród pozostałych czterech członków Komisji Egzaminacyjnej, będących adwokatami, zwraca uwagę obecność adw. Otmaro Poźniaka, który ledwo co – po przeszło trzech latach niewoli – powrócił z obozów sowieckich w Riazaniu i Czerepewcu. Ten hallerczyk, patriota oraz wybitny adwokat, został tam internowany w sierpniu 1944 roku, gdy jako zastępca Delegata Rządu na województwo lubelskie, wraz z Delegatem Władysławem Cholewą, ujawnił się władzom sowieckim. Dodać należy, że powrót na wolność okazał się jedynie krótkim epizodem, rychło bowiem Mecenas Poźniak trafia z powrotem – tym razem do polskiego – więzienia, gdzie spędza kolejne lata. Zrehabilitowany wychodzi na wolność w 1956 r. i postanawia przenieść się do Elbląga, gdzie do śmierci wykonuje zawód adwokata.

Mecenas Jurkiewicz rozpoczął karierę adwokacką w Lublinie, poświęcając się ulubionej cywilistyce, współpracując ze swym byłym patronem Mec. Grymińskim. W tym czasie A. Jurkiewicz był też radcą prawnym przedsiębiorstw. Jako stały zastępca sądowy Prokuraturii Generalnej RP, prowadził przed sądami lubelskimi sprawy Skarbu Państwa. W 1952 r. został

członkiem Zespołu Adwokackiego Nr 4 w Lublinie, w którym wykonywał zawód aż do przejścia na emeryturę.

W aktach osobowych zwraca uwagę, stanowiące *signum temporis*, odręcznie sporządzone w lipcu 1952 r. pismo adw. A. Jurkiewicza do Wojewódzkiej Rady Adwokackiej w Lublinie, a właściwie do Komisji Obrony Pokoju – jak się wydaje – działającej przy Radzie. Z pisma, stanowiącego sprawozdanie z delegowania adw. Jurkiewicza na odczyt „Korea niezłomna”, odbywający się w Lubelskiej Fabryce Maszyn Rolniczych, wynika precyzyjne i rzeczowe przedstawienie porządku spotkania, obejmującego: 1) zagajenie przewodniczącego rady zakładowej, 2) referat „Korea niezłomna” – na podstawie broszury – adw. Wierluński, 3) wypowiedzi zebranych, 4) powzięcie i odczytanie rezolucji, 5) wyświetlenie filmu okolicznościowego o Korei. Co godne odnotowania, sprawozdanie pozbawione było jakiegokolwiek komentarza, kończy je zaś zdanie: *Frekwencja na masówce około 120 osób*.

W ramach działalności samorządowej mec. Jurkiewicz uczestniczył w licznych komisjach Wojewódzkiej Rady Adwokackiej w Lublinie, w latach zaś 1956–1959 był skarbnikiem – członkiem Prezydium WRA, delegatem na Zjazdy Adwokatury, sędzią Sądu Dyscyplinarnego.

Poza adwokaturą Mecenasa Jurkiewicza, wierny ideałom młodości, uczestniczył w działalności Towarzystwa Przyjaciół KUL, w którego Zarządzie Głównym w latach 1960–1990 był wiceprezesem. Tak o tym wspominał po latach: *Kontakty z Katolickim Uniwersytetem Lubelskim za rektora ks. prof. A. Słomkowskiego i ks. prof. M. Rechowicza, (...) a także praca w Towarzystwie Przyjaciół KUL utrzymywały mnie w znajomości problematyki katolickiej, jednak bez warunków do bliższego zaangażowania się w ruch katolicko-społeczny*.

Warunki takie pojawiły się w 1976 r., kiedy – cytując dalej A. Jurkiewicza – z inicjatywy prof. Czesława Strzeszewskiego, również seniora „Odrodzenia”, powstał zamiysł założenia w Lublinie Klubu Inteligencji Katolickiej. Pierwsze spotkania w domu profesora zgromadziły członków przedwojennego „Odrodzenia” (K. Turowski, A. Dzyr, T. Halliop, A. Jurkiewicz), którzy razem z grupą naukowców z KUL-u i innych działaczy katolickich powołali do życia KIK w Lublinie. Wśród 17 założycieli Klubu wymienić należy dwóch adwokatów (A. Jurkiewicz i T. Halliop), znanego notariusza (A. Dzyra), księży związanych z KUL i świeckich pracowników naukowych KUL (wśród nich m.in. ks. prof. W. Piwowski, ks. doc. dr J. Kondziela, doc. dr J. Ozdowski, doc. E. Wiśniowski, dr K. Turowski, doc. R. Bender) i lekarza (znany z działalności opozycyjnej w PRL oraz „solidarnościowiec” dr A. Niezgoda). Jak dalej pisał A. Jurkiewicz, *„Kierunek działalności Klubu został określony przez statut, w którym jako główny cel przyjęto kształtowanie światopoglądu zgodnie z nauką kościoła katolickiego, ze szczególnym uwzględnieniem jej roli społecznej. Taki kierunek pracy, będący specyfiką lubelskiego KIK-u, utrzymywał się tak za kadencji prezesa prof. Cz. Strzeszewskiego w latach 1976–1983, jak i obecnie*.

Cytowane fragmenty wspomnień mec. Jurkiewicza, zamieszczone w jednodniówce KIK z 15 maja 1993 r. zawierają szereg postulatów, odnoszących się do działalności Klubu w przyszłości, w których między wierszami odczytać można krytyczny stosunek do ówczesnej działalności Klubu, kierowanego od 1983 r. przez prof. R. Bendera, osobę zajmującą po 1976 r. fotel posła, opróżniony przez niepokornego Stanisława Stommę, jedyne – przypomnijmy – zdolnego zaprotestować przeciwko upokarzającym i wasalskim zmianom w konstytucji PRL w 1976 r. Dodać należy, że konkluzja cytowanych wspomnień zawiera czytelne intencje Mec. Jurkiewicza, który w tej formie chciał dać wyraz swojej oceny kontrowersyjnego, ze względu na skrajność i temperaturę wypowiedzi, prezesa KIK-u, będącego jednocześnie politykiem, usytuowanym na prawicowej krawędzi sceny politycznej. Czytamy więc dalej: *Klub jako całość winien być apolityczny i nie angażować się w żadne grupy*

polityczne, nawet te deklarujące się jako „katolickie” czy „chrześcijańskie”. Nie wyklucza to możliwości przynależności partyjnej poszczególnych członków Klubu pragnących realizować swoje przekonania polityczne, lecz czynić to mogą tylko we własnym imieniu. Członkowie Klubu winni bowiem mieć prawo do politycznego nieangażowania się i swobodnego wyboru działalności politycznej, oczywiście w ramach katolickiego światopoglądu.

Tak mec. Jurkiewicz komentował, wywołujące liczne sprzeciwy, działania prezesa lubelskiego KIK-u, wśród których miały miejsce m.in. publiczne wypowiedzi odczytywane jako antysemickie, jako kwestionujące charakter ludobójczy obozu w Auschwitzu, a w odniesieniu do pewnych osób (prof. Bartoszewski) szczególnie niesprawiedliwe i nierzetelne. Dodać wypada – „odrodzeniowcem”, wiernym wyznawcą zasad i wartości stowarzyszenia, pozostał Mecenasa do końca. Postawie tej da jeszcze raz wybitny wyraz po kolejnych 12 latach, gdy stopień napięć wywołanych wystąpieniami prezesa R. Bendera, będzie już dla niego, 94-letniego człowieka, nie do wytrzymania. Wówczas to, na przełomie grudnia 2004 i stycznia 2005, postanowił wystąpić z Klubu. Decyzja Mecenasas zbiegła się z wydanym przez Metropolitę Lubelskiego abp Józefa Życińskiego dekretem, w którym po wielu wcześniejszych próbach działań koncyliacyjnych, zmuszony był sprzeciwić się dalszemu używaniu przez lubelski KIK przymiotnika „katolicki” w nazwie stowarzyszenia, pozbawiając w istocie KIK prawa posługiwania się ową nazwą. *Nota bene*, decyzja Arcybiskupa Lubelskiego nie została przyjęta do wiadomości przez jej adresatów.

Mecenasa Jurkiewicz tak uzasadnił swoją decyzję w liście przesłanym do Zarządu Klubu: „Czynię to w proteście przeciwko postępowaniu władz Klubu i jego Prezesa Profesora Ryszarda Bendera, które nie zastosowały się do słusznych zaleceń i wskazówek Kościoła co do prowadzenia działalności Klubu w sposób zgodny z jego nauką. ... Pogląd ten (o apolityczności klubu) podzielało wielu członków, w tym też mający udział we władzach założyciele Klubu, podobnie jak ja, wywodzący się z przedwojennego ruchu katolickiego „Odrodzenie”. Do niego należał też Profesor Czesław Strzeszewski, pierwszy i długoletni prezes Klubu, pod którego wezwaniem działa Klub. Bronilem postulatu apolityczności na zebraniach ogólnych, w osobistych spotkaniach i na zebraniach zarządu ... Stanowisko swoje przedstawiłem również w artykule zamieszczonym w *Jenodniówce Klubu* z 15 maja 1993. Już w tym 1993 roku wycofałem się z uczestniczenia we władzach Klubu, na znak mojej dezaprobaty na podejmowane próby wciągnięcia go jako organizacji w osobistą działalność polityczną Prof. R. Bendera. Wobec utrzymywania się nadal tego typu tendencji, a nawet ich pogłębiania, trzy lata później zerwałem wszystkie kontakty z Klubem...”.

Mec. Jurkiewicz nie byłby sobą – sumiennym i skrupulatnym prawnikiem, osobą łańtawiającą do końca swoje sprawy, a zarazem prawym i honorowym człowiekiem, gdyby nie dodał jeszcze jednego fragmentu: *Zaprzestałem też płacenia składek przez okresy, które upoważniały Zarząd do skreślenia mnie z listy członków. Ponieważ nadal otrzymywałem listownie programy spotkań, na co Klub wykladał pieniądze, ex post zacząłem opłacać składki za długie okresy. Moją ostatnią czynność w zakładanym także przeze mnie Klubie, polegającą na zapłaceniu składek za cały 2004 rok, dokonuję jednocześnie. Lublin, dnia 12 stycznia 2005 r. Adam Z. Jurkiewicz.*

Niech ostatnim akcentem tych refleksji nad drogą życiową Mecenasas Adama Jurkiewicza, zakończoną w dniu 21 sierpnia 2006 roku, będzie fragment listu rzecznika Metropolity Lubelskiego, w którym pisze, że abp Józef Życiński: *prosił, abym przekazał wyrazy uznania za Pańską postawę w kwestii lubelskiego KIK-u, co niniejszym czynię. Ważne to były słowa dla Adama Jurkiewicza, ale*

PALESTRA

PRZED LATY

Rok 1965 (nr 1 i 2)

Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach adwokackich

WYROK

Z DNIA 10 MARCA 1964 R. (I K 295/83)

Przeprowadzenie rozprawy mimo niezawiadomienia i nieobecności na niej jednego z obrońców, których oskarżony sobie wybrał, stanowi uchybienie mogące mieć wpływ na treść wyroku. Milczenia oskarżonego w tej kwestii nie można brać za jego zgodę.

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu sprawy H. J. osk. z art. 140 § 1 k.k., z powodu rewizji oskarżonego, na podstawie art. 375, 383 pkt 3 i 388 § 1 k.p.k.

u c h y l i ł zaskarżony wyrok i sprawę p r z e k a z a ł Sądowi Wojewódzkiemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Wojewódzki skazał między innymi H. J. na podstawie art. 140 § 1 k.k. na 6 miesięcy aresztu z warunkowym zawieszeniem wykonania tej kary na 2 lata za to, że 10 lipca 1961 r., będąc przesłuchany w charakterze świadka i uprzedzony o odpowiedzialności za fałszywe zeznania, zeznał, jakoby nie był w dniu 11 lipca 1961 r. w mieszkaniu K. U., gdy tymczasem w rzeczywistości był tam w tym czasie.

Rewizja oskarżonego zarzuciła:

1) obrazę art. 76, 254 i 258 k.p.k. wynikającą z niezawiadomienia obrońcy oskarżonego, adw. K. B., o rozprawie i z niesprawdzenia tego faktu w toku całego procesu, co stanowi ograniczenie konstytucyjnego prawa oskarżonego do obrony; (...)

W uzasadnieniu swego wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, co następuje:

Jak wynika z akt sprawy, zarządzeniem z dn. 2.V.1963 r. termin rozprawy wyznaczonej przeciwko osk. H. J. i in. został wyznaczony na dni 6–10 sierpnia 1963 r. Na odwrocie tegoż zarządzenia napisano, że o terminie rozprawy należy zawiadomić obrońców oskarżonego H. J.: adw. N. i adw. W., a nadto, już innym charakterem pisma i innym atramentem, „adw. K. B.”. Adwokat K. B. pismem z dnia 20.VI.1963 r., które wpłynęło do Sądu Wojewódzkiego dn. 20.VI.1963 r., zgłosił się jako obrońca osk. H. J. i załączył pełnomocnictwo oskarżonego. W aktach sprawy brak dowodu zawiadomienia adw. K. B. o terminie rozprawy, a z protokołu sprawy z dn. 6.VIII.1963 r. wynika, że nie brał on udziału w rozprawie jako obrońca osk. H. J. ani tego dnia, ani w dniach następnych. Stwierdza to również postanowienie Sądu Wojewódzkiego z dn. 6.IV.1963 r., który przywrócił adw. K. B. termin do żądania sporządzenia odpisu uzasadnionego wyroku.

Słusznie więc rewizja podnosi zarzut obrazy przepisów art. 76 i 254 k.p.k., bo oskarżony ma konstytucyjnie zagwarantowane prawo do obrony. Ma on prawo korzystać z pomocy obrońcy i może mieć nawet trzech obrońców, sąd zaś ma bezwzględny obowiązek zawiadomić każdego obrońcę o terminie rozprawy, co jednak w danej sprawie – z naruszeniem art. 254 k.p.k. – nie zostało uczynione, gdyż mimo zgłoszenia obrony przez adw. K. B. na 47 dni przed terminem rozprawy nie został on o terminie powiadomiony.

Nie może mieć decydującego znaczenia okoliczność, że oskarżony korzystał na rozprawie z pomocy jednego obrońcy, adw. N. (inny obrońca, adw. W., zrzekł się obrony pismem z dn. 24.VII.1963 r.), skoro obronę oskarżonego zgłosił jeszcze drugi obrońca, oskarżony więc zgodnie z art. 76 k.p.k. miał prawo korzystać również z pomocy tego obrońcy.

Trafnie podnosi rewizja, że nie można wysnuwać wniosku, iż oskarżony, nie domagając się z tego powodu odroczenia rozprawy, wyraził jak gdyby milcząco zgodę na powyższe uchybienie, bo z protokołu rozprawy wcale nie wynika, żeby był on poinformowany przez przewodniczącego o braku omawianego zawiadomienia oraz żeby był zapytany, czy odwołuje pełnomocnictwo dane adw. B. bądź też czy wyraża zgodę na prowadzenie rozprawy bez udziału drugiego obrońcy, zasada zaś *qui tectet consentire videtur* nie ma zastosowania w procesie karnym.

Nie można też z góry przesądzać, że udział drugiego obrońcy w procesie nie mógł w żadnym razie zaważyć na wyniku sprawy. Pogląd taki jest błędny, gdyż ustawodawca, wprowadzając obowiązkowo udział obrońcy w postępowaniu przed sądem wojewódzkim jako pierwszą instancją (art. 79 § 2 k.p.k.), stwierdza tym samym, że udział ten jest niezbędnie potrzebny dla prawidłowego wymiaru sprawiedliwości i wykrycia prawdy obiektywnej. Skoro więc art. 76 § 2 k.p.k. przewiduje, że oskarżony może mieć trzech obrońców, to wychodzi z założenia, że czynności każdego z nich mogą mieć wpływ na wynik sprawy. Każdy bowiem obrońca ma samodzielne stanowisko w procesie, każdy z nich może występować z wnioskami dowodowymi zarówno przed rozprawą (art. 258 k.p.k.), jak i w toku rozprawy (art. 292 k.p.k.), nie można zaś zakładać, że wnioski takie nic by do sprawy nie wniosły. Wreszcie obrońca przez krytyczną analizę zebranych dowodów i ocenę pozostających do rozstrzygnięcia zagadnień prawnych może wpłynąć na takie czy inne przekonanie sądu.

W świetle powyższego należy zatem przyjąć, że omówione wyżej uchybienia procesowe, jako mogące mieć wpływ na treść wyroku, powodują konieczność jego uchylenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

W tym stanie rzeczy rozpoznanie dalszych zarzutów rewizji Sąd Najwyższy uznał za zbędne i orzekł jak w sentencji.



Zdzisław Papierkowski

SUMIENIE ŚWIATA WOBEC PRZEDAWNIENTA ZBRODNI HITLEROWSKICH

I

1. Prawie cały świat, a w każdym razie ta jego część, która dnia 1 września 1939 r. i w latach następnych została napadnięta *cum furore teutonico* przez żołdactwo oraz innych zbirów hitlerowskich „tysiącletniej” Rzeszy Niemieckiej, a następnie została zamieniona

przez nich w *eine kulturelle Wüste* (Tacyt: *ubi solitudinem faciunt, pacem appellant*) – zdecydowanie i mniej lub więcej gwałtownie protestuje przeciwko przedawnieniu ścigania zbrodni hitlerowskich. Protestują instytucje o charakterze międzynarodowym, protestują rządy i parlamenty, protestują wszelkiego rodzaju stowarzyszenia, zrzeszenia i zgromadzenia milionów obywateli wielu krajów. Tu i ówdzie zdarzają się takie sprzeciwy również w Niemieckiej Republice Federalnej.

Przedawnienie to miałyby nastąpić dnia 9 maja 1965 r. Począwszy od tej daty żaden niemiecki zbrodniarz hitlerowski znajdujący się na terytorium Niemieckiej Republiki Federalnej nie mógłby być pociągnięty do odpowiedzialności karnej przez zachodnio-niemieckie władze wymiaru sprawiedliwości za zbrodnie popełnione podczas drugiej wojny światowej. Dotyczyłoby to zarówno tych przebywających przez cały czas od zakończenia wojny w Niemczech Zachodnich, którzy biorą tam wcale nie najskromniejszy udział w życiu publicznym, jak i tych „ukrywających się” w różnych krajach zachodnich wraz z obiema Amerykami, które nie mogły czy też nie chciały zdemaskować ich i wydać zainteresowanym państwom w celu ukarania. Wszyscy oni mogliby już oficjalnie i bezkarnie wyjść na ulice czy inne publiczne miejsca zachodnio-niemieckich miast i wsi i ostentacyjnie (np. przy pomocy odpowiednio spreparowanych transparentów) chwalić się swoimi „bohaterskimi” wyczynami w obozach koncentracyjnych, więzieniach, komorach gazowych lub na innych polach swojej zbrodniczej działalności.

Na temat tego przedawnienia ścigania niemieckich zbrodni hitlerowskich zapadły już dotychczas pewne postanowienia rządowe i parlamentarne NRF, lecz ostateczna decyzja parlamentu związkowego (*Bundestag*) ma być powzięta na początku marca br. W tej chwili nie można z całą pewnością powiedzieć, jaka ona będzie. Opierając się jednak na dotychczasowym nie tylko biernym, lecz nawet opornym zachowaniu się władz państwowych NRF, a zwłaszcza władz wymiaru sprawiedliwości, w sprawie pociągania zbrodniarzy hitlerowskich do odpowiedzialności karnej u siebie w kraju i wydawania ich (ekstradycja) państwom *delicti commissi* w celu ukarania, opierając się ponadto na negatywnej, a często wręcz wrogiej reakcji pewnej części opinii publicznej społeczeństwa zachodnio-niemieckiego na toczące się tu i ówdzie procesy karne przeciwko takim zbrodniarzom (np. we Frankfurcie nad Menem proces przeciwko rycerzom komór gazowych w Oświęcimiu), wreszcie mając żywo przed oczyma pojawiające się w ostatnich czasach coraz częściej oficjalne wypowiedzi kompetentnych czynników zachodnio-niemieckich *in favorem* zakończenia okresu ścigania zbrodniarzy hitlerowskich – można wyrazić pogląd, że sfery rządowe NRF, a także pewne kręgi jego społeczeństwa oczekują, iż będzie to decyzja otwierająca szerokie wrota oczekiwanemu i upragnionemu przedawnieniu nie tyle prawa karnia, co raczej niepokojenja zbrodniarzy hitlerowskich jakimiś zarzutami i jakąś wymyśloną odpowiedzialnością karną za zbrodnie, których oni przede wszystkim nie pamiętają, a jeśli nawet coś takiego popełnili, to działali na rozkaz coraz to wyższych przełożonych aż do *Führera* włącznie, wobec czego jak można tu mówić o winie i przestępstwie oraz traktować ich jak rzeczywistych zbrodniarzy. Nie wyłączając zatem możliwości zajęcia przez zachodnio-niemiecki *Bundestag* takiego właśnie skandalicznego rozgrzeszającego i usprawiedliwiającego zbrodnie hitlerowskie stanowiska, świat, o którym wspominałem na początku tego artykułu, jest zaniepokojony, burzy się i protestuje.

2. Psychologiczną, moralną i prawną podstawą tej światowej negatywnej reakcji na ewentualną bezkarność dziesiątków tysięcy niemieckich zbrodniarzy hitlerowskich jest niespotykane dotychczas w historii ludzkości bestialstwo, szczególnie okrucieństwo, akty

zdziczenia i potworności w czasie rozpętanej przez nich drugiej wojny światowej na okupowanych terenach podbitych krajów.

Jeśli chodzi o analizę pojęcia zbrodni hitlerowskich, rozumie się przez nie – zgodnie z nomenklaturą Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, opartego na porozumieniu czterech głównych mocarstw z dnia 8 sierpnia 1945 r. i zatwierdzonego przez Organizację Narodów Zjednoczonych – zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości.

Zbrodnie przeciwko pokojowi to szereg aktów polityki najwyższych władz Trzeciej Rzeszy Niemieckiej, aktów prowadzących bezpośrednio do wybuchu drugiej wojny światowej. Między innymi za te właśnie zbrodnie zostali skazani przez Międzynarodowy Trybunał Norymberski główni niemieccy przestępcy wojenni; ponadto wyrok tego Trybunału uznał za zbrodnicze w tym sensie niektóre instytucje przedwojennego państwa niemieckiego (np. rząd, partia NSDAP).

Zbrodnie wojenne *sensu stricto* są to niezgodne z prawem wojennym, uregulowanym przez odpowiednie konwencje międzynarodowe, sposoby prowadzenia wojny (np. nie usprawiedliwione względami strategicznymi lub taktycznymi równanie z ziemią lub inne niszczenie całych połąci kraju, palenie miast i innych osiedli ludzkich, maltretowanie jeńców wojennych).

Zbrodnie przeciwko ludzkości wyraziły się głównie w eksterminacyjnym ludobójstwie, tj. masowym mordowaniu ludzi z powodu ich cech rasowych, przynależności narodowej i społecznej, wyznania religijnego, przekonań politycznych, światopoglądu itp. Bardzo adekwatnym wyrazem ustawowym pojęcia ludobójstwa jest przepis art. 1 dekretu z dnia 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hiliterowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego. W stosunku do sprawców najcięższych zbrodni hitlerowskich popełnionych w okresie drugiej wojny światowej, a określonych w przepisie art. 1 ust. 1 tegoż dekretu wstrzymała bieg przedawnienia ustawa z dnia 22 kwietnia 1964 r.

Przypominam te pojęcia nie dla teoretycznego (zresztą bardzo pobieżnego i uproszczonego) wykładu ich treści, sensu i znaczenia, lecz po to, by unaocnić zawarty w nich potężny ładunek i ciężar gatunkowy grozy i nieszczęść, jakie niosły ze sobą w skali światowej „bohaterskie” wyczyny zwane niemieckimi zbrodniami hitlerowskimi. Chodzi mi o konfrontację barbarzyństwa, brutalności tych potwornych i okrutnych zbrodni przekraczających granice nawet najdzikszej fantazji – z ideologią przedawnienia w prawie karnym, a więc z rezygnacją z *ius puniendi*, opartą na pewnego rodzaju puszczeniu w niepamięć i przebaczeniu winy sprawców tych zbrodni.

II

1. Czy przedawnienie jest uzasadnioną instytucją prawa karnego? Czy z punktu widzenia moralnego i opartego na nim stanowiska prawnego sam upływ czasu może usprawiedliwiać wygaśnięcie prawa karania, znajdujące wyraz w niemożności wszczęcia postępowania karnego, wydania wyroku skazującego oraz wykonania prawomocnie orzeczonej kary?

Jakkolwiek mocno i zdecydowanie stałoby się na stanowisku kategorię imperatywu karnego wyrażającego się zasadą *pereat mundus, fiat iustitia*, to jednak po rozważeniu wszystkich *pro* i *contra* w stosunku do tego zagadnienia trzeba dojść do wniosku, że przedawnienie w prawie karnym jest uzasadnione.

Z jednej strony usprawiedliwia je psychika społeczna. O ile bowiem bezpośrednio po popełnieniu przestępstwa psychika ta zdradza bardzo wyraźne tendencje do wywarcia na jego sprawcy zemsty społecznej, ulegającej z biegiem wieków pewnej sublimacji i racjonalizacji w postaci odwetu (*ius talionis*), a następnie już beznamiętnej i formalnej odpłaty za czyn społecznie szkodliwy (*malum passionis propter malum actionis*), o tyle po upływie pewnego, a zwłaszcza długiego okresu goją się rany moralne zadane przestępstwem, maleje, a następnie całkiem zanika chęć i odczucie potrzeby „przysporzenia” sprawcy tego czynu tkwiącej w karze dolegliwości. Przy tej sposobności należy zauważyć, że istnieje ścisła korelacja między przedawnieniem w prawie karnym a tymi teoriami karnymi, które upatrują istotę kary nie w jej jakimś idealnym celu (tzn. żeby nie popełniano przestępstwa w przyszłości), lecz w odpłacie za to, że je popełniono w przeszłości. Przedawnienie z powodów społeczno-psychologicznych jest bardzo wyraźnym argumentem na rzecz słuszności i trafności teorii karnych absolutnych, czyli odwetowych.

Z drugiej strony przedawnienie w prawie karnym jest podyktowane czynnikami natury procesowo-technicznej. Upływ czasu (zwłaszcza kilkunastu, a tym bardziej kilkudziesięciu lat) niszczy środki dowodowe (świadczenie wymierają, dokumenty lub inne rzeczy giną), zaciera ślady przestępstwa i bardzo utrudnia, a czasem wręcz uniemożliwia należyte przeprowadzenie procesu karnego i wydanie sprawiedliwego wyroku. Jeżeli przedawnienie w prawie karnym miałoby się uważać za zło, to z punktu widzenia wspomnianych czynników natury procesowo-technicznej jest to *malum necessarium*.

Należy jednak jak najsilniej podkreślić, że to, co powiedziałem i co można by jeszcze więcej powiedzieć na temat uzasadnienia przedawnienia w prawie karnym, mieści się jedynie w granicach przeciętnej ludzkiej mentalności i normalnej, choćby bardzo ciężkiej przestępczości (np. zbrodnie stanu, zabójstwo, zamachy na własność społeczną itp.). Toteż nie może być bezwarunkowo mowy o przedawnieniu zbrodni hitlerowskich popełnionych w czasie drugiej wojny światowej, jako czynów brutalnie i haniebnie godzących w moralność i sprawiedliwość ogólnoludzką. Ujmując tę sprawę syntetycznie, trzeba stwierdzić, że te zbrodnie są zjawiskiem do tego stopnia niezwykłym i makabrycznym, iż w stosunku do nich normalne instytucje prawne są absolutnie nieadekwatne. A jeśli chodzi o dowody, zostały one przygotowane.

2. Nie tylko ludzkie prawo naturalne, dyktujące chęć i potrzebę sprawiedliwego odwetu, nie pozwala na przedawnienie ścigania niemieckich zbrodni hitlerowskich. Wobec uznania tych przestępstw za *delicta iuris gentium* jest to niemożliwe również z punktu widzenia publicznego prawa narodów, a w szczególności: międzynarodowego prawa karnego. Na treść norm tego prawa składa się szereg umów międzynarodowych zapowiadających pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za niemieckie zbrodnie wojenne. W szczególności należy tu zacytować następujące akty prawa międzynar. regulujące tę odpowiedzialność:

a) Deklaracja moskiewska z dnia 30 października 1943 r. Dzieli ona zbrodniarzy wojennych na głównych zbrodniarzy, których przestępstwa nie są związane z jakimś geograficznie oznaczonym miejscem, oraz na zbrodniarzy, którzy popełnili przestępstwa w ściśle oznaczonych krajach i miejscowościach. Pierwsi mają być sądzeni i karani na podstawie specjalnego porozumienia głównych mocarstw, a drudzy mają być wydani (ekstradycja) władzom kraju *delicti commissi* w celu ukarania.

b) Umowa londyńska z dnia 8 sierpnia 1945 r. Jest to porozumienie czterech głównych mocarstw co do ścigania i karania głównych przestępców wojennych. Częścią składową tego porozumienia jest wspomniany już wyżej Statut Międzynarodowego Trybunału Wojskowego.

c) Układ poczdamski z dnia 2 sierpnia 1945 r., odnoszący się głównie do takich zbrodniarzy wojennych, których przestępstwa nie zostały popełnione w geograficznie oznaczonym miejscu. Układ ten wyraża postulat rychłego zajęcia się tymi zbrodniarzami przez powołane do tego władze wymiaru sprawiedliwości.

d) Traktaty pokojowe, zawarte po drugiej wojnie światowej, w częściach dotyczących karania zbrodniarzy wojennych. Chodzi tu o zawarte w 1947 r. traktaty pokojowe z Bułgarią, Rumunią, Węgrami i Włochami.

Należy z całym naciskiem podkreślić, że ani wymienione akty prawa międzynarodowego, ani żaden inny akt tegoż prawa nie przewidują instytucji przedawnienia. Jest więc rzeczą oczywistą, że z punktu widzenia prawa międzynarodowego nie może być mowy o przedawnieniu ścigania niemieckich zbrodniarzy hitlerowskich. Jest to ogólna zasada prawa narodów. Okazuje się, że to negatywne stanowisko prawa międzynarodowego *in puncto* tego przedawnienia zbieżne jest z niedopuszczalnością takiego przedawnienia z powodu, o którym była mowa poprzednio. Koincydencja ta jest zjawiskiem zupełnie zrozumiałym, gdyż na ogół źródłem i podstawą norm międzynarodowego prawa publicznego (a więc i prawa karnego) są płynące z natury ludzkiej postulaty rozumu (*dictatum rectae rationis*) i oparte na nich nakazy i zakazy powszechnej, ogólnoludzkiej moralności.

3. Okoliczność, że prawo międzynarodowe nie dopuszcza przedawnienia ścigania niemieckich zbrodni hitlerowskich, nie musiałaby sama przez się wywierać wpływu na losy tego przedawnienia w świetle wewnętrznego ustawodawstwa karnego Niemieckiej Republiki Federalnej. Istnieje jednak w konstytucji tego państwa przepis, który przesądza tę sprawę w sensie negatywnym, tzn. w sensie zakazu wprowadzenia takiego przedawnienia. Jest to przepis art. 25 tej konstytucji stanowiący, że ogólne zasady prawa narodów są częścią składową prawa związkowego (a więc także wewnętrznego prawa karnego). Mają one pierwszeństwo przed ustawami i rodzą prawa i obowiązki bezpośrednio dla mieszkańców obszaru związkowego.

Ponieważ sprawa przedawnienia ścigania niemieckich zbrodniarzy hitlerowskich jest ogólną zasadą prawa narodów, przeto trudno o bardziej oczywisty wniosek płynący z przepisu art. 25 konstytucji NRF jak stwierdzenie niedopuszczalności takiego przedawnienia. Decyzja wprowadzająca takie przedawnienie byłaby zatem sprzeczna z tym przepisem konstytucji, byłaby aktem nielegalnym. Ponadto godziłaby ona również w usankcjonowaną zasadę prawa międzynarodowego. Jeżeli uwzględnimy jeszcze fakt, że Niemiecka Republika Federalna podpisała konwencję o ściganiu zbrodni ludobójstwa, to należy stwierdzić, że tym bardziej nie wolno jej dopuścić do przedawnienia ścigania tej zbrodni oraz innych niemieckich zbrodni hitlerowskich popełnionych w okresie drugiej wojny światowej.

Poza nielegalnością, przedawnienie ścigania zbrodniarzy hitlerowskich z dniem 9 maja 1965 r. byłoby aktem wyszukanej perfidii. Wiadomo bowiem, że ściganie tych zbrodniarzy na terenie Niemieckiej Republiki Federalnej nie zaczęło się zaraz po kapitulacji III Rzeszy Niemieckiej, tj. po dniu 8 maja 1945 r. Zachodnio-niemieckie sądy zaczęły rozpoznawać te sprawy karne, *notabene* w tempie znacznie powolniejszym niż zółwi krok, w różnych terminach w miarę wyposażania ich w prawo sądenia tych zbrodniarzy przez władze okupacyjne. I tak w strefie brytyjskiej nastąpiło to dnia 4 sierpnia 1946 r., w strefie amerykańskiej nie było takiego generalnego upoważnienia do prowadzenia tych spraw, na całym zaś obszarze NRF miało się to zacząć dnia 30 marca 1955 r.

Praktycznie rzecz biorąc, można powiedzieć, że jakie takie pociąganie niemieckich zbrodniarzy hitlerowskich do odpowiedzialności karnej zaczęło się w NRF dopiero w dru-

giej połowie 1955 r., a więc po upływie 10 lat od daty zakończenia wojny z Niemcami, czyli po upływie połowy okresu przedawnienia, który lansują obecnie oficjalne czynniki zachodnio-niemieckie. W ciągu tych 10 lat przedawnienie spoczywało, upływ czasu nie mógł więc działać na korzyść przestępców. Wprawdzie przepis § 69 niemieckiego kodeksu karnego uważa za podstawę spoczywania przedawnienia tylko przepis ustawy, jednakże warunek ten należy traktować na równi z aktami władz okupacyjnych wyposażającymi sądy zachodnio-niemieckie w prawo sądenia zbrodniarzy hitlerowskich. Dopóki te akty nie nastąpiły i nie było tych sądów, dopóty nie było ustawowej możliwości rozpoznawania spraw o te zbrodnie. *Ergo* – nie mógł się rozpocząć bieg przedawnienia ich ścigania.

III

1. Niemieccy zbrodniarze hitlerowscy, doprowadziwszy do wybuchu drugiej wojny światowej, wymordowali w czasie jej trwania i w związku z nią miliony bezbronnych i nie biorących w niej militarnego udziału ludzi, dokonali gigantycznych rozmiarów szkód i zniszczeń natury majątkowej. Poczucie ogólnoludzkiej moralności i sprawiedliwości miało więc uzasadnioną podstawę do oczekiwania ekspiacji ze strony narodu niemieckiego oraz oficjalnych czynników społecznych i państwowych obydwu republik niemieckich, jako powojennych następców hitlerowskiej Rzeszy Niemieckiej. Jak więc wyglądają symptomy przyznania się do winy za rozpętanie wojny i związane z nią okrucieństwa oraz oznaki wyciągnięcia z tego wszystkiego właściwego wniosku w formie stosunku do ścigania hitlerowskich zbrodniarzy wojennych?

Izba Ludowa Niemieckiej Republiki Demokratycznej, której konstytucja (art. 5 ust. 1) również wyposaża powszechnie uznane zasady prawa międzynarodowego w moc wiążącą w stosunku do władzy państwowej i każdego obywatela, uchwaliła dnia 1 września 1964 r. ustawę o nieprzedawnieniu zbrodni nazistowskich i wojennych. Ustawa ta składa się z trzech artykułów. Art. 1 stwierdza, że osoby, które w okresie od dnia 30 stycznia 1933 r. do dnia 8 maja 1945 r. popełniły zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości albo zbrodnie wojenne, wydawały rozkazy albo też przyczyniały się do popełnienia tych zbrodni, będą ścigane i karane zgodnie z zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego. Postanowienia o przedawnieniu czynów przestępnych o charakterze przestępstw pospolitych (chodzi tu o przepisy niemieckiego kodeksu karnego regulujące przedawnienie) nie odnoszą się do niemieckich zbrodni hitlerowskich. Przepis art. 2 tej ustawy nakazuje udzielenie pomocy prawnej innym państwom przy ściganiu zbrodni przeciwko pokojowi, ludzkości i zbrodni wojennych. Najbardziej efektywną formą tej pomocy prawnej jest ekstradycja, czyli wydanie przestępcy krajowi, w którym ze względu na miejsce popełnienia przestępstwa ma być sądzony i karany (właśnie z powodu złego funkcjonowania tej ekstradycji i całkowitego jej odmawiania w ostatnich latach dziesiątki tysięcy niemieckich zbrodniarzy hitlerowskich korzystają w swojej ojczyźnie z wolności i pełni praw obywatelskich). Wreszcie według przepisu art. 3 omawianej ustawy wchodzi ona w życie z dniem ogłoszenia.

Właściwe przepisy tej ustawy są poprzedzone wstępem, w którym stwierdza się, że w Niemieckiej Republice Demokratycznej zostały konsekwentnie wykonane zobowiązania wynikające z aktów prawa międzynarodowego, na których się ta ustawa opiera. Natomiast Niemieckiej Republice Federalnej zarzuca się w tym wstępie, że w niej zbrodniarze nazistowscy i wojenni nie tylko nie zostali pociągnięci do odpowiedzialności w dostatecznym stopniu, lecz zajmują tam eksponowane stanowiska w aparacie państwowym i w gospodar-

ce. Twierdzi się dalej, że Niemiecka Republika Demokratyczna, świadoma odpowiedzialności wobec narodu i działająca w zgodzie z żywotnymi interesami narodu niemieckiego, zapewnia, iż zajmując nadal dotychczasową postawę, przyczyni się do tego, żeby w całych Niemczech zrealizować postulat prawa międzynarodowego w sprawie ukarania zbrodni przeciwko pokojowi, przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych.

2. W Niemieckiej Republice Federalnej, już od początku jej istnienia, sprawa pociągania hitlerowskich zbrodniarzy wojennych do odpowiedzialności karnej wykazywała cechy postawy rozgrzeszająco-rehabilitującej, graniczącej wręcz ze sprzyjaniem w stosunku do tych zbrodniarzy. Oczywiście pierwsze skrzypce grały tu zachodnio-niemieckie władze państwowe, zwłaszcza władze wymiaru sprawiedliwości, a także pewna część społeczeństwa tego kraju. Nie można tu jednak wyłączyć również akompaniamentu alianckich władz okupacyjnych.

Zaczął się od zniesienia kary śmierci (art. 102 konstytucji NRF). Nikt chyba nie ludził się wówczas (1949 r.) ani nie ma wątpliwości obecnie co do *ratio legis* tego przepisu. Na pewno nie został on podyktowany tzw. abolicjonizmem, tj. poglądem filozoficzno-moralno-religijnym zwalczającym karę śmierci ze względów zasadniczych jako środka karnego nie do przyjęcia w świetle humanistycznego i humanitarnego stosunku do człowieka, choćby człowieka-przestępcy. Na pewno twórcy konstytucji NRF, a w szczególności przepisu art. 102, nie rozumowali w ten sposób, że żadna władza ludzka nie ma prawa pozbawiania życia człowieka, ponieważ ona mu tego życia nie dała. Na pewno też nie kierowano się obawą przed pomyłkami sądowymi (*Justizirrtum*), które w razie wydania mylnego wyroku orzekającego karę śmierci są szczególnie przykre, ponieważ ścięte głowy mają tę właściwość, że nie odrastają. Tego rodzaju subtelnościami i nadwrażliwościami nie zaprzętała sobie głowy leżąca u podłoża normy konstytucyjnej znoszącej karę śmierci niemiecka mentalność prawnicza, która na terenie prawa karnego wyhodowała taką np. koncepcję, jak obiektywne warunki karygodności (bądź wyższej karygodności zależnie od dalszych następstw czynu). Jest to neglizująca subiektywny element winy karalność nie tylko za nie zamierzone, lecz nawet nie przewidziane skutki wynikające z przestępnego działania (jest to bezpośrednie czerpanie natchnienia z takiego źródła jak XII-wieczna zasada prawa kanonicznego wyrażająca się słowami: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae ex delicto sequuntur*). Sądząc natomiast, że znosząc karę śmierci, uświadamiano sobie dokładnie, iż jest to pociągnięcie ustrojowo-prawne mające na celu uchronienie dziesiątków tysięcy niemieckich zbrodniarzy hitlerowskich, którzy na tę karę zasłużyli i którzy przy normalnym funkcjonowaniu zachodnio-niemieckich władz wymiaru sprawiedliwości powinni byli ją ponieść.

Innym przejawem postawy NRF *in favorem* tych zbrodniarzy było skandaliczne funkcjonowanie zachodnio-niemieckich prokuratur i sądów w wypadku sądenia tych zbrodniarzy u siebie w kraju, jako też stosunku władz państwowych do obowiązku udzielania pomocy prawnej przy wydawaniu tych zbrodniarzy krajom *delicti commissi*. Od rozpoczęcia prowadzenia spraw karnych przeciwko tym zbrodniarzom (o tych terminach była już mowa poprzednio) do stycznia 1964 r. sądy zachodnio-niemieckie rozpoznały według informacji Ministerstwa Sprawiedliwości NRF sprawy około 12 500 osób, z czego skazano zaledwie 5200 osób. A zatem skazano tylko około 42% oskarżonych (około 58% oskarżonych uniewinniono bądź umorzono w stosunku do nich postępowanie karne), przy czym wśród wyroków skazujących było tylko kilkadziesiąt orzekających dożywotnie więzienie, a w większości wypadków wymierzono bardzo łagodne kary pozbawienia wolności.

Na podstawie choćby tylko tych danych liczbowych widać, jak dalekowzroczni byli

twórcy konstytucji NRF, znosząc karę śmierci. Ponieważ niemal każdy niemiecki zbrodniarz wojenny na tę karę zasłużył, przeto widzimy, jak wielki jest czysty zysk stanowiska neohitlerowskiego klimatu społecznego i politycznego w stosunku do tych zbrodniarzy.

Jeśli chodzi o wydawanie hitlerowskich zbrodniarzy krajom, w których popełnili oni zarzucone im przestępstwa, to sama tylko Polska ustaliła ok. 12 000 nazwisk zbrodniarzy hitlerowskich, a zdołała wpisać na międzynarodową listę zbrodniarzy wojennych i zebrać materiały wstępne do ekstradycji przeciwko przeszło 7000 podejrzanym. W odpowiedzi na to państwa okupujące terytorium Niemiec wydały zaledwie około 1800 hitlerowskich zbrodniarzy wojennych.

Widzimy więc, ilu zbrodniarzy przebywa na terytorium Niemiec Zachodnich, czyhając na datę 9 maja 1965 r. jako koniec okresu ścigania ich za te zbrodnie przez zachodnio-niemieckie władze wymiaru sprawiedliwości. Również te liczby ilustrują dokładnie atmosferę moralną i prawną, w jakiej niemieccy zbrodniarze hitlerowscy pokutują za swoje grzechy wojenne.

W grudniu 1958 r. powstała w Niemczech Zachodnich Centrala Dokumentacji Zbrodni Hitlerowskich w Ludwigsburgu jako instytucja powołana do zbierania materiałów dowodowych przeciwko zbrodniarzom hitlerowskim i przekazywania tych dowodów prokuraturom w celu wszczęcia postępowania karnego. Nie wiadomo, co ta instytucja robiła do roku 1960. Dopiero bowiem w ciągu tegoż roku weszła ona w kontakt z polskimi władzami i z Główną Komisją Badania Zbrodni Hitlerowskich w Polsce. Niestety, nie chciała ona przyjmować bezpośrednio od polskich czynników kopii dokumentów znajdujących się w polskich archiwach. Trzeba było dopiero pośrednictwa Misji Wojskowej PRL w Berlinie Zachodnim, gdzie udostępniono delegatom Centrali Ludwigsburskiej przywiezione z Polski oryginały dokumentów.

Wymieniona Centrala uaktywnia się pozornie w ostatnich tygodniach, mając polecenie zgromadzenia maksimum materiału dowodowego obciążającego zbrodniarzy hitlerowskich do dnia 1 marca br. (*sic!*). Materiał ten ma stanowić podstawę do sprawozdania rządu NRF, a z kolei sprawozdanie to ma być podstawą dyskusji i ostatecznej decyzji Bundestagu w sprawie przedawnienia ścigania niemieckich zbrodniarzy wojennych. Wszystkie te pośpieszne starania i zabiegi kierowane pod adresem Polski i innych krajów, które szczególnie ucierpiały z powodu niemieckich zbrodni hitlerowskich, zmierzające do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej przed dniem 9 maja 1965 r. jak najwięcej tych zbrodniarzy, wyglądają na gorliwość bardzo podejrzaną, a nadto przypominają diabła, który ubrawszy się w ornat, dzwoni ogonem i wzywa na mszę do kościoła.

Wobec tego, że w całym niemal świecie szumi, huczy i kotłuje się od oburzenia z powodu zamierzonej decyzji Bundestagu NRF w sprawie przedawnienia ścigania niemieckich zbrodniarzy hitlerowskich z dniem 9 maja 1965 r., różne miarodajne czynniki oficjalne zabierają publicznie głos na ten temat również w Niemczech Zachodnich.

Między innymi przemawiał też zachodnio-niemiecki minister sprawiedliwości. Jego prowokacyjne i mniej lub więcej bezczelne enuncjacje dadzą się sprowadzić do następujących wypowiedzi. Uważa on zagadnienie tego przedawnienia za wyłącznie wewnętrzną sprawę NRF, do której zagranica nie ma prawa się wtrącać. Jego zdaniem, Niemiecka Republika Federalna nie może naśladować III Rzeszy hitlerowskiej w wydawaniu ustaw specjalnych, a właśnie taką ustawą musiałoby być uregulowanie wstrzymania biegu przedawnienia zbrodni hitlerowskich z dniem 9 maja 1965 r. W innej znów wypowiedzi, dowodząc niemożliwości przedłużenia okresu ścigania zbrodniarzy hitlerowskich poza tę datę, a zarazem nie

chcąc, aby całe odium z tego powodu spadło na NRF, oskarża on zachodnich aliantów o to, że po wojnie zamiast ścigać zasługujących na karę dygnitarzy faszystowskich na podstawie przepisów prawa karnego, uprawiali „bezsens denazyfikacji” i każdego drobnego kierownika komórki nękali pytaniami o jego poglądy polityczne. A już chyba szczytem cynizmu jest oświadczenie tego kierownika władz wymiaru sprawiedliwości Niemieckiej Republiki Federalnej, że społeczeństwo zachodnio-niemieckie musi się pogodzić z myślą, iż ewentualnie przyjdzie mu współżyć z niektórymi zbrodniarzami.

Jak widać, minister sprawiedliwości NRF dopuszcza tę bardzo przykrą myśl i przygotowuje na nią swoich ziomków, że niektórzy zbrodniarze hitlerowscy unikną kary. Sądzę, że mówiąc to, orientował się dokładnie, iż tych „niektórych zbrodniarzy”, którzy jej unikną i którzy będą zatruwać życie publiczne NRF, jest kilkadziesiąt tysięcy, a w każdym razie znacznie więcej, niż wynosi liczba pociągniętych przez sądy zachodnio-niemieckie do odpowiedzialności karnej.

Zacytowałem kilka wypowiedzi ministra sprawiedliwości Niemieckiej Republiki Federalnej nie po to, by podziwiać jego elokwencję, ani też nie dlatego, jakoby były one do tego stopnia ważne, iż od ich treści zależy „być albo nie być” przedawnienia ścigania niemieckich zbrodniarzy hitlerowskich. Zademonstrowałem te oświadczenia jako ilustrację nastrojów psychicznych oraz poglądów moralnych i prawnych przedstawicieli rządu zachodnio-niemieckiego, co umożliwiło zbrodniarzom hitlerowskim przeżyć spokojnie okres 20 lat od ukończenia drugiej wojny światowej, w czasie której uprawiali swą zbrodniczą działalność, i to przeżyć w sposób daleki od poczucia winy i podejmowania pewnych prób i wysiłków ekspiacyjnych.

Ta atmosfera, która wytworzyła się w Niemieckiej Republice Federalnej dookoła wojennych zbrodniarzy hitlerowskich, ma swoją ocenę etyczną, jak również stanowi treść konkretnego pojęcia prawnego (*terminus technicus*). Mianowicie starożytne prawo karne rzymskie miało dla osoby, udzielającej pomocy sprawcy przestępstwa po jego dokonaniu i bez uprzedniego porozumienia się z nim co do popełnienia tego przestępstwa, nazwę *fautor* lub *receptor*. Można tu zacytować *mutatis mutandis* znaną zasadę tegoż prawa wyrażającą się w słowach: *nam pessimus est genus receptorum, sine quibus fur diu lateri non posset*. W naszym prawie karnym nazywa się takie udzielanie pomocy do uniknięcia odpowiedzialności karnej poplecznictwem, którego *species delicti* określa przepis art. 148 § 1 k.k. W niemieckim prawie karnym, obowiązującym w obydwu państwach niemieckich, jest to *Begünstigung*, którą to postać przestępną określa przepis § 257 niemieckiego kodeksu karnego, a która również polega na udzielaniu pomocy sprawcy lub uczestnikowi przestępstwa po jego popełnieniu, do uniknięcia odpowiedzialności karnej. Obawiam się, że przepis ten został naruszony w Niemieckiej Republice Federalnej ze względu na hitlerowskich zbrodniarzy wojennych w ciągu ostatnich 20 lat niezliczoną ilość razy. Gdyby w zachodnio-niemieckich sądach rozpatrzono tyle spraw karnych *wegen Begünstigung* w stosunku do niemieckich zbrodniarzy hitlerowskich, ile razy przepis ten został ze względu na nich naruszony, można by było powiedzieć, że zrobił on chyba największą karierę spośród wszystkich przepisów niemieckiego kodeksu karnego.

DRAWO ZA GRANICĄ

Sandra Krajcer

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA WYPADKI NARCIARSKIE, PORÓWNANIE Z ROZWIĄZANAMI AUSTRIACKIMI

Wiele ostatnio dyskutuje się na temat ustanowienia regulacji w zakresie prawa górskiego. Nagłaśniany jest głównie temat stosunków własnościowych na terenach górskich i możliwości pozyskiwania ich w celu tworzenia tras narciarskich i budowy wyciągów, który znalazł swój wyraz w kilku projektach ustaw. Mówi się jednak też o pewnych zmianach dotyczących podstaw prawnych odpowiedzialności za wypadki na stokach i ich organizacji. Chciałabym odnieść się zwłaszcza do tej kwestii, w szczególności zaś do artykułu adwokatów Aleksandra Kapessa i Andrzeja Wosińskiego zamieszczonego w niniejszym numerze „Palestry”, którzy proponują wprowadzenie szeregu znaczących zmian w organizacji stoku narciarskiego, co poniżej bliżej omówię.

Wydaje się, iż próby wprowadzenia zmian mają wspólne cele i założenia. Proponowane są środki, które mają doprowadzić do upowszechniania narciarstwa i innych sportów zimowych, rozwoju turystyki, większego dostępu do gór, naturalnie ze współmierną ochroną innych interesów, takich jak ochrona środowiska. Jednym słowem do lepszego wykorzystania potencjału polskich gór w celach rekreacyjnych i oczywiście ekonomicznych, bo jak wiadomo turystyka i sport to biznes. Celem ich jest też doprowadzenie do tego, że uprawianie tych sportów będzie bardziej bezpieczne. Założenia są jak najbardziej słuszne, pytanie tylko, czy proponowane metody są właściwe i doprowadzą do ich realizacji. Pozwolę sobie powołać się na propozycje zawarte we wspomnianym artykule i przytoczyć kilka przykładów proponowanych zmian, porównując je z sytuacją i uregulowaniami w Austrii.

Ustawodawstwo i orzecznictwo austriackie, z kilkudziesięcioletnią tradycją w tej dzied-

dzinie, zasłużyły sobie jeśli nie na miano autorytetu, to przynajmniej na uznanie ich za godny uwagi przykład. Austria to kraj żyjący w dużej mierze z turystyki i narciarstwa nie od dziś, a od dobrych kilkudziesięciu lat. Naturalnie znaczenie i ranga sportów zimowych w Austrii i w Polsce jest nieporównywalna, lecz problemy z tym związane, choć u nas na dużo mniejszą skalę, są bardzo podobne. W Austrii poświęca się im więcej uwagi i stanowi to moim zdaniem argument za tym, by z doświadczenia Austriaków korzystać, a przynajmniej wziąć ich rozwiązania pod uwagę. W moim wywodzie chcę się skupić na problematyce zakresu odpowiedzialności cywilnej organizatora stoku i dążeniu do umocnienia sytuacji narciarza/snowboardzisty w przypadku poniesienia szkody osobistej i proponowanych rozwiązaniach.

Niepodważalnym faktem jest duża urazowość narciarstwa i podobnych sportów zimowych. Jak wynika między innymi ze statystyk GOPR-u, w Polsce dochodzi rocznie do 5800 wypadków narciarskich, w Austrii ta liczba sięga 90 000, z czego 67 000 to poważne urazy. Liczby mówią same za siebie. Polskie trasy narciarskie są szczególnie niebezpieczne, ponieważ są często wąskie, krótkie i bardzo zatłoczone, a poziom umiejętności jazdy osób z nich korzystających nie zawsze najwyższy. Gór i ośrodków narciarskich jest w stosunku do wielkości naszego kraju i liczby mieszkańców niewiele, a chętnych do uprawiania sportów zimowych coraz więcej, co wynika ze zwiększającej się w ostatnich latach świadomości sportowo-rekreacyjnej Polaków. Troską polskiego ustawodawcy powinno być, aby tendencje te aktywnie wspomagać, tak jak dzieje się to w innych krajach, i nie pozostawać w tyle, bo konkurencja nie śpi.

Przykładem rejonu, który z jednego z najbiedniejszych w Europie w ciągu stosunkowo krótkiego czasu dzięki świetnemu wykorzystaniu swojego potencjału geograficznego oraz turystyce i narciarstwu przekształcił się w jeden z najbogatszych w Europie, jest Tyrol. Stamtąd też pochodzi większość orzecznictwa austriackiego mającego wpływ na doktrynę i część ustawodawstwa.

Narciarstwo to biznes, ale odgrywa ono także rolę socjalną, rekreacyjną i sportową. Przykładowo, Tyrol jako kraj związkowy jak najbardziej uwzględnia w swym budżecie rozwój tego masowego sportu, dofinansowując, wręcz utrzymując ośrodki narciarskie, imprezy sportowe, kursy narciarskie dla dzieci i młodzieży, darmowe kluby narciarskie, a głównym założeniem jest ogólny, jak najtańszy dostęp do tego sportu dla każdego. Efekty widać nie tylko w poziomie wyczynów sportowców na olimpiadach zimowych, lecz także w wyjątkowo zintegrowanej i dobrze zorganizowanej strukturze socjalnej Tyrolczyków, których życie towarzyskie i rodzinne często skupia się (to nie tylko stereotyp!) właśnie wokół tego sportu. Oczywiście jak już mówiłam, nie możemy naszych gór porównywać do Alp (choć Tatry, Beskidy czy Karkonosze też mają ogromny potencjał, jak na razie nie do końca wykorzystany) ani naszego budżetu do austriackiego, możemy natomiast spróbować zastanowić się nad ich rozwiązaniami w dyskusji nad nowym prawem.

Wspomniani autorzy proponują pozycję korzystającego ze stoku narciarza/snowboardzisty poszkodowanego wzmocnić, gdyż w sytuacji gdy dojdzie do kolizji z innym uczestnikiem ruchu na stoku, z którego winy doszło do kolizji, czyli ze sprawcą szkody, czasami ucieka on z miejsca wypadku. Jak najbardziej się z tym zgadzam, poszkodowany często nie jest w stanie sam złapać uciekającego, a w ogólnym chaosie na stoku mało kto może rozpoznać sytuację lub też, jak to w tłumie bywa, nikt nie przejawia inicjatywy pogoni. Narciarze nie mają tablic rejestracyjnych, więc nie sposób ustalić ich danych. Jeśli poszkodowany sam nie był ubezpieczony od nieszczęśliwych wypadków narciarskich, nikt mu za poniesione

szkody nie wypłaci odszkodowania. Czy powinniśmy obowiązkiem wyrównania szkody obciążyć organizatora stoku? Przecież to on jako jedyny ma „jakąś” kontrolę nad tym, co się dzieje na stoku, oraz czerpie zyski ze swojej działalności gospodarczej, często kosztem bezpieczeństwa z powodu zbyt dużego ruchu na stoku.

Przeanalizujmy, jak regulują to zagadnienie Austriacy. Dodajmy, iż w Austrii rocznie ze stoków narciarskich korzysta 8 milionów ludzi.

W Austrii w latach 60., podobnie jak w innych krajach alpejskich, rozwinęło się na podstawie orzecznictwa i reguł stworzonych przez związki narciarskie tzw. prawo narciarskie (Skirecht). Skirecht to termin określający w niemieckojęzycznych państwach zespół reguł opartych na ogólnych zasadach prawa cywilnego, karnego i administracyjnego, dotyczących zagadnień związanych z narciarstwem. Nie jest to skodyfikowane prawo. Duże znaczenie ma w Austrii bogate orzecznictwo i literatura. Prawo narciarskie to przykład „żywego prawa”, ciągle się rozwijającego, którego celem jest nie tyle represja, co prewencja, np. w zakresie wypadków. Poprzez ciągłą analizę z jednej strony praktycznego rozwoju sportów zimowych, a z drugiej orzecznictwa i uregulowań prawnych oraz ich skutków, dąży się do osiągnięcia kompromisu między ingerencją prawodawcy a wolnością w uprawianiu sportu i korzystaniu z gór. Dużą rolę odgrywają także próby podnoszenia poziomu świadomości społeczeństwa w związku z działaniem na własne ryzyko podczas rekreacji w górach.

Odpowiedzialność organizatora stoku

Odpowiedzialność cywilna w Austrii, podobnie jak w Polsce, opiera się na podstawie kontraktowej lub deliktowej.

Różnią się one od siebie przede wszystkim odmienną pozycją poszkodowanego w stosunku do sprawy szkody, którego sytuacja jest w pierwszym przypadku bardziej korzystna, w drugim mniej.

Gdy dłużnik nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z umowy lub wykonał je nienależycie, powodując tym szkodę u swego wierzyciela, ten ostatni postawiony jest w bardziej uprzywilejowanej sytuacji, niż gdyby dłużnik umową nie był związany. Jest tak dlatego, że po pierwsze sprawca szkody odpowiada za winę wszystkich swoich pomocników jak za swoją własną, a nie tylko tych, o których wiedział, że są „niebezpieczni”, oraz po drugie, to właśnie sprawca musi udowodnić, że nie ponosi winy za wypadek, a to wielkie ułatwienie dla poszkodowanego. Przykładowo, narciarz zawiera umowę z organizatorem wyciągu, kupując karnet. Jeśli ulegnie wypadkowi na stoku, wjeżdżając na pozostawioną przez pracownika organizatora na trasie łąpatę, organizator odpowiada za winę swojego pomocnika, niezależnie od tego, czy był on lekkomyślny, niebezpieczny, czy dotychczas był wzorowym pracownikiem, natomiast jeśli chce uwolnić się od odpowiedzialności, musi udowodnić, że w tym przypadku pozostawienie łąpaty nie stanowi nietypowej przeszkody na trasie i niedopełnienia swoich obowiązków (co w tej sytuacji nie jest możliwe). Gdy nie doszło do zawarcia umowy, np. gdy snowboardzista wchodzący pod górę w raketach poboczem trasy zostanie potracony przez wjeżdżającego na skuterze pracownika organizatora stoku, wiozącego części do naprawy wyciągu, to jeśli poszkodowany chce pociągnąć do odpowiedzialności organizatora wyciągu, będzie musiał udowodnić winę sprawcy oraz dodatkowo udowodnić, iż jego pracownik był „niebezpieczny”, o czym było zatrudniającemu go wiadomo. Przykładowo, właściciel

wyciągu wiedział o brawurowym sposobie zachowania swojego pracownika i wcześniej do podobnych niebezpiecznych sytuacji już dochodziło.

Istnieje jeszcze inna konstrukcja jako podstawa odpowiedzialności. Mam tu na myśli szczególny § 1319a ABGB, regulujący odpowiedzialność zarządcy dróg. Przepis ten jest rodzajem pewnego kompromisu między odpowiedzialnością deliktową i umowną. To podstawa deliktowa, jednakże szczególna. Zawiera ona pewien przywilej dla poszkodowanego oraz dla równowagi ogranicza stopień winy organizatora dróg. Przywilej poszkodowanego polega na tym, iż organizator drogi ponosi odpowiedzialność za winę wszystkich swoich „ludzi”, jednakże dopiero za winę od drugiego stopnia, czyli rażące niedbalstwo (große Fahrlässigkeit) oraz zamiar (Vorsatz), a nie tak jak na zasadach ogólnych za lekkomyślność (leichte F.). Według doktryny i orzecznictwa trasy narciarskie to drogi, dlatego ma to pewne znaczenie dla omawianej odpowiedzialności, jednak nie aż tak duże, gdyż w większości przypadków narciarze są stroną umowy przewozu, jak w opisanym pierwszym przykładzie. Przepis § 1319a ma znaczenie przede wszystkim wtedy, gdy wchodzący na górę narciarze na nartach touringowych, zjeżdżając trasą narciarską ulegają wypadkowi z winy organizatora stoku.

Kolejną podstawą odpowiedzialności, szczególną do zasad ABGB, jest odpowiedzialność cywilna z tytułu zagrożenia, niezależna od zawinienia, oparta na szczególnej ustawie EKHG (Eisenbahn-und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz), która reguluje i zastrzega odpowiedzialność posiadacza samoistnego urządzenia niebezpiecznego i pojazdu. Do urządzeń podlegających pod ustawę zaliczają się między innymi wszystkie rodzaje wyciągów narciarskich i kolei linowych. Posiadacz samoistny tych urządzeń jest zobowiązany do naprawienia szkody powstałej przy prowadzeniu takiego pojazdu czy urządzenia, niezależnie od jego winy. Ma ona znaczenie wtedy, gdy np. dojdzie do wypadku z powodu awarii czy zerwania liny wyciągu itp.

Należy tu wyjaśnić, co oznacza właściwie zawinienie organizatora stoku. Jak wspomniałam, w austriackim prawie cywilnym rozróżnia się 3 stopnie winy: lekkomyślność, rażące niedbalstwo oraz winę umyślną. Lekkomyślnie postępuje ten, czyje zachowanie jest niedbałe, jednak może ono zdarzyć się w podobnej sytuacji starannemu człowiekowi. Rażące niedbalstwo natomiast starannemu człowiekowi w danych okolicznościach się nie zdarza. Podział ten ma decydujące znaczenie dla rodzaju i wielkości odszkodowania, ale także w szczególnym przypadku § 1319a, czyli odpowiedzialności organizatora dróg, który to odpowiada jedynie za rażące niedbalstwo oraz winę umyślną.

Ważną podstawą odpowiedzialności jest ta, która wynika z umowy. Jak zostało powiedziane, każdy korzystający odpłatnie z wyciągu jest stroną umowy przewozu. Jego dłużnikiem jest posiadacz samoistny wyciągu, który prócz obowiązku wwiezienia narciarza na górę ma też obowiązek uchronienia go przed niebezpieczeństwami wynikającymi z usługi (w skład której wchodzi także umożliwienie zjazdu). Jest on zatem zobowiązany nie tylko do zapewnienia bezpiecznego wjazdu, lecz także zapewnienia warunków umożliwiających bezpieczny zjazd po trasie, oczywiście w granicach „możliwości wykonania” (Zumutbarkeit). Generalna zasada mówi o tym, iż usunięte z trasy muszą być wszelkie nietypowe niebezpieczeństwa. To takie, które, biorąc pod uwagę wygląd i stopień trudności trasy, są dla odpowiedzialnego narciarza zaskakujące i trudne do ominięcia. Po pierwsze to sztuczne przeszkody, takie jak wystające spod śniegu betonowe cokoły, części już nieistniejących wyciągów, metalowe druty, śruby, liny, części armatek śnieżnych, leżące w śniegu liny wyciągowe, przykryte śniegiem płoty, przewrócone tyczki. Zabezpieczone muszą być podpory

wyciągu, przepaście, strumienie, strome brzegi trasy. Oznaczone natomiast powinny być skrzyżowania z innymi trasami, wyciągami czy nagłe spady i przepaście. Krawędzie trasy powinny być wyraźnie oznaczone, tak by było wiadomo, gdzie się ona kończy. W razie nieoznaczenia krawędzi oraz wtedy, gdy organizator stoku akceptuje jazdę poza trasą, musi też odpowiadać za stan poboczy. Poza stromą krawędzią trasy obowiązek zabezpieczenia według orzecznictwa sięga odległości na długość nart. Co się tyczy niebezpieczeństw naturalnych, to również wiele z nich musi być usuniętych. Należą do nich drzewa, korzenie itp., jednakże tylko na terenach w niższej położonych partiach gór, czyli jest to zależne głównie od charakteru trasy.

Na podstawie *culpa in contrahendo*, odpowiedzialność obejmuje także potencjalnych klientów lub tych, którzy jeszcze nie zakupili biletu, np. przy wypadkach w drodze z parkingu do wyciągu.

Organizator stoku ma za zadanie oznakować trasy i opisać ich stopień trudności, ma to funkcję orientacyjną i zapewniającą bezpieczeństwo. Trasy muszą być też zabezpieczone w miarę możliwości przed schodzeniem lawin, a w razie niebezpieczeństwa zamykane. Przeszkody wynikające z ukształtowania terenu, takie jak muldy, ograniczające widoczność wzniesienia, szybko zmieniające się warunki śniegowe i atmosferyczne nie obciążają organizatora stoku, natomiast stanowią ryzyko narciarza.

Rozszerzenie odpowiedzialności

Jak wynika z powyższego, rozszczenia potencjalnego poszkodowanego na stoku narciarskim są na różne sposoby zabezpieczone, jednak nie w sposób wyczerpujący. Bez pokrycia szkody musi obejść się nieubezpieczona od wypadków narciarskich ofiara kolizji pomiędzy dwoma narciarzami wtedy, gdy sprawca ucieknie i nie zostanie zatrzymany. Wprowadzenie subsydiarnej solidarnej odpowiedzialności organizatora stoku w stosunku do sprawcy szkody mogłoby, według autorów wspomnianego artykułu, wypełnić tę lukę. Można by to porównać z sytuacją, w której to zarządca płatnej autostrady zobowiązany byłby do wypłacenia odszkodowania za poniesione szkody, niewynikające z jego zaniedbań, uszkodzowanemu w kolizji drogowej spowodowanej przez jednego z uczestników ruchu, np. niewynikające ze złego stanu technicznego drogi. Taki stan rzeczy nie wydaje się być realny.

Organizator stoku mógłby uwolnić się od odpowiedzialności, udowadniając, iż prowadzony przez niego nadzór stoku jest prawidłowo zorganizowany. Byłby on obciążony więc winą domniemaną. Organizator stoku musiałby zatrudnić osoby kontrolujące sytuację na stoku i nadzorować ich pracę. Osoby te byłyby uprawnione do eliminowania ze stoku narciarzy/snowboardzistów jeżdżących niebezpiecznie.

Pierwsze pytanie, jakie mi się nasuwa, to to, na podstawie jakich kryteriów rozróżniałoby się takie jeżdżące niebezpiecznie osoby. W odróżnieniu od ruchu drogowego, który uregulowany jest w ustawie, obowiązującej wszystkich jego uczestników i możliwej do egzekwowania i sankcjonowania, zasady poruszania się po stoku, czyli np. reguły FIS w Austrii nie uprawniają do ich egzekwowania. Nie są one podstawą prawną do nakładania sankcji, jakimi niewątpliwie byłaby eliminacja ze stoku. W Austrii jedynie w pojedynczych państwach związkowych podniesione one zostały do rangi przepisów administracyjnych. Reguły FIS to zasady zachowania się podczas jazdy na nartach po trasach narciarskich, mające cele prewencyjne, a ich centralnym zadaniem jest przeciwdziałanie wypadkom

i narażaniu na niebezpieczeństwo innych, a w efekcie też siebie samego. Wykształcili się one z orzecznictwa oraz na podstawie ogólnych zasad prawa cywilnego, przede wszystkim zasady *neminem laedere*. Reguły FIS to niezaprzeczalnie zasady bardzo ważne dla utrzymania bezpieczeństwa na stokach, lecz nie są one wiążącymi normami prawnymi uchwalonymi przez kompetentnego prawodawcę. Nie posiadają one jakości aktu normatywnego. Nie są też ani prawem zwyczajowym, ani regułami sportowymi, takimi jak reguły gry w piłkę nożną. Interpretują one i konkretyzują ogólne zasady staranności, a łamanie ich ma jedynie wpływ na ocenę stopnia winy sprawcy wypadku lub samego poszkodowanego. Niemożliwością poza tym byłoby obiektywne ocenianie, nawet posługując się regułami FIS, stopnia zagrożenia, jakie stwarzają poszczególni narciarze. Tego, czy jeżdżą oni z dostosowaną do swoich umiejętności prędkością, tego, czy kontrolują swój tor jazdy, czy mają dobrą widoczność itd. Myślę, że takie próby interpretacji prowadziłyby do nadużyć, szyskan, stresu, jednym słowem zniszczenia idei rekreacji. W Polsce dzięki wprowadzeniu § 9 ust. 1 Załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z 6 maja 1997 roku (poz. 358) Załącznik nr 1 – Szczegółowe warunki bezpieczeństwa tras i urządzeń służących uprawianiu w okresie zimowym sportów oraz rekreacji ruchowej w górach (Dz.U. z 1997 r. Nr 57, poz. 358): „Użytkowników narciarskich tras zjazdowych popularnych i wyczynowych obowiązują zasady regulacji ruchu narciarskiego, zgodne z regułami Międzynarodowej Federacji Narciarstwa (FIS) i przyjęte przez Polski Związek Narciarski, GOPR i TOPR oraz Polskie Towarzystwo Turystyczno-Krajoznawcze, w formie kodeksu narciarskiego” stały się reguły FIS częścią prawa pozytywnego (porządku prawnego). Należy sobie jednak postawić pytanie, czy w obliczu wyżej wymienionych deficytów słuszne jest równorzędne traktowanie ich z innymi „pełnowartościowymi” ustawami uchwalonymi przez kompetentnego prawodawcę.

Naturalnie, pewnego rodzaju kontrola byłaby wskazana i możliwe by było usuwanie osób ze stoku w sytuacjach ekstremalnych, np. nietrzeźwych, narażających na niebezpieczeństwo innych. Wskazane by też było, by np. GOPR-owcy, TOPR-owcy lub inne wykwalifikowane osoby były uprawnione do zwracania uwagi zachowującym się w sposób rażąco nieodpowiedzialny. W takich sytuacjach pożądana byłaby interwencja np. zorganizowanych grup osób prywatnych, które zatrzymywałyby sprawcę wypadku lub podejrzanego czy narażającego innych na niebezpieczeństwo na zasadach samopomocy. Ich obecność na stoku miałyby na pewno też znaczenie prewencyjne. Gdyby tak było, to szanse na to, iż poszkodowany pozostanie bez odszkodowania, zapewne by zmalały.

Nie widzę potrzeby sztucznego tworzenia nowej podstawy prawnej w celu rozszerzenia odpowiedzialności cywilnej organizatora stoku. Nie uważam, iż organizator stoku ma obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa ze strony innych narciarzy. Rozwiązanie to obciążałoby go niewspółmiernie do celu, jaki się chce osiągnąć, oraz nie działałoby prewencyjnie. Wystarczy tylko pomyśleć o konsekwencjach takiej formy odpowiedzialności. Mowa była o tym, iż polskie stoki są niebezpieczne, bo jest ich zbyt mało i są zatłoczone, a to jest przyczyną wielu wypadków. Sądzę, że nie jest dobrą i skuteczną metodą dodatkowe finansowe obciążanie właścicieli wyciągów oraz zniechęcające potencjalnych inwestorów. Ktoś przecież musiałby wykształcić „ochroniarzy”, którzy musieliby mieć odpowiednie kompetencje, jest to finansowo i praktycznie niewykonalne. Ktoś także by ich musiał nadzorować, a w przypadkach nadużyć z ich strony ponosić konsekwencje finansowe. Oznaczałoby to obowiązkowe ubezpieczenie takiego właściciela wyciągu, które w związku z dużym ryzykiem i obciążeniami oraz możliwie wzrastającą liczbą poszkodowanych pewnie nie byłoby tanie. Koszty ponosiłby naturalnie nie tylko właściciel wyciągu, ale przede wszystkim sami

narciarze, płacąc za drogie karnety. Nie sądzę, by był to sposób na upowszechnienie tego już teraz dość drogiego sportu.

Dobrym rozwiązaniem byłoby natomiast wprowadzenie obowiązkowego ubezpieczenia od wypadków narciarskich dla narciarzy/snowboardzistów. Składka mogłaby być w cenie karnetu, co nie powinno jej drastycznie podwyższyć (ubezpieczenie zbiorowe). Korzystający z trasy bez karnetu czyli np. skitourowcy działaliby na własne ryzyko, powinni mieć jednak możliwość wykupienia ubezpieczenia.

Idea narciarstwa

Istotnym aspektem narciarstwa jest świadomość własnej odpowiedzialności narciarza i działania na własne ryzyko. Ma ona znaczenie w każdym sporcie, a szczególnie w sportach uprawianych w górach. Narciarstwo alpejskie nie jest tak ryzykownym sportem jak np. wspinaczka wysokogórska lub skitouring, w których to świadomość działania na własne ryzyko i poziom umiejętności i doświadczenia powinny być wysokie. Aktywność ta jednak jest sportem wymagającym pewnych umiejętności, kondycji fizycznej i świadomości zagrożeń wynikających z jego uprawiania. Dzisiejsze ośrodki narciarskie z zabezpieczonymi trasami oraz opisanymi stopniami ich trudności, pełną infrastrukturą, barami i parkingami wywołują mylne, zbyt daleko idące zaufanie u narciarza, któremu wydaje się, iż wraz z karnetem kupuje swoje pełne bezpieczeństwo na stoku. Tak nie jest i nie będzie. Będąc w górach i uprawiając sport, nawet jeśli tylko rekreacyjnie, powinniśmy mieć świadomość pewnych zagrożeń. Taka świadomość jest środkiem profilaktycznym, ograniczającym źródła niebezpieczeństw, a nie tylko ich skutki. W Austrii w latach 70. stwierdzono rodzaj fenomenu wynikającego z tego nadmiernego zaufania w bezpieczeństwo tras. Przeanalizowano sposób zachowania się na stokach narciarzy i wynikające z niego rodzaj i częstotliwość wypadków. Porównano sytuację przed i po wprowadzeniu wymienionych środków bezpieczeństwa. Stwierdzono, iż zabezpieczenia mają też swoje negatywne skutki, oddziałując na psychikę narciarza, wzmacniając jego pewność siebie, wręcz prowokując do ryzyka. Oczywiście to nie główna przyczyna zwiększenia się ilości wypadków, ale nawet jeśli jedna z wielu, to i tak ma znaczenie. Podobną sytuację zaobserwowano w wyniku upowszechnienia się specjalnych plecaków z systemem ABS, czyli specjalną poduszką powietrzną aktywującą się w przypadku zasypania turysty przez lawinę i wynoszącą go na powierzchnię śniegu. Statystyki i tu wykazały wzrost ryzykownych zachowań wynikających z posiadania ratującego życie urządzenia i obniżenia świadomości zagrożenia. Sport w górach wiąże się z ryzykiem, z którego powinniśmy sobie zdawać sprawę. Nigdy nie będziemy w stanie rozciągnąć czyjejkolwiek odpowiedzialności na tyle, by czuć się w górach w stu procentach bezpiecznie. Szczególnie biorąc pod uwagę dynamiczny rozwój nowych „ekstremalnych” rodzajów rekreacji. Dzisiejszy, coraz bardziej wygodny i bezpieczny styl życia wzmaga naturalną potrzebę ryzyka, zmienia nasz sposób na spędzanie wolnego czasu na bardziej aktywny i niebezpieczny. A im niebezpieczeństwo większe, tym świadomość działania na własne ryzyko powinna być wyższa. Moim zdaniem tendencja powinna iść nie w tym kierunku. Nie w stronę amerykańskiej prawa, czyli przysłowiowego rozszerzenia odpowiedzialności wytwórcy kubka za oblanie się gorącą kawą. Zadaniem ustawodawcy powinno być podwyższanie świadomości społeczeństwa, pewne „wychowywanie” go, szczególnie w dziedzinach szybko się rozwijających. Pamiętajmy też, że przejście odpowiedzialności za własne czyny służy ochronie

wolności, w tym przypadku przy uprawianiu sportu, chroni przed nadmierną ingerencją ustawodawcy i spełnia zadanie prewencyjne.

Korzystajmy z doświadczenia tych, którzy problemy te analizują od lat. W Austrii nie ma takiej konstrukcji jak subsydiarna odpowiedzialność solidarna organizatora stoku.

Są pewne pomysły wprowadzania tego typu odpowiedzialności dla organizatora hal wspinaczkowych. Miałby on być zobowiązany do monitoringu hali, kontrolując zachowanie wspinających się, np. sposób asekuracji. Odpowiadałby on za niedopilnowanie podstawowych zasad bezpieczeństwa, czyli ponosiłby winę w nadzorze. Sytuacji tych jednak nie możemy porównywać, między innymi ze względu na różnice w obiektywnej ocenie niebezpieczeństwa, jakie istnieje w przypadku np. nieprawidłowej asekuracji.

Na pewno ważna dla prewencji wypadków narciarskich jest większa popularyzacja tego sportu, nagłaśnianie reguł FIS oraz inwestycje w umiejętności i świadomość polskiego narciarza.

MIĘDZY TRADYCJĄ A WSPÓŁCZESNOŚCIĄ

Tadeusz Biliński

Ostatni wolni ludzie (Afganistan)

W połowie lat 70. jechałem autobusem z Kabulu do Peszawaru. Droga prowadziła przez Jalalabad, a później przez Przełęcz Khyber, jedną z dwóch przełęczy łączących Afganistan z Niziną Indyjską. Wyjechaliśmy wczesnym, chłodnym rankiem, ruch był niewielki, jechaliśmy szybko, chociaż na dziurawych drogach strasznie trzęsło. Po godzinie, dwóch, autobus dotarł do wioski, w której odbywał się właśnie targ. Okoliczni wieśniacy sprzedawali tam swoje wyroby mleczne. Wzdłuż drogi, na niewielkich stolikach świeże mleko, jogurty i sery. Grupki mężczyzn owiniętych od chłodu szalami i kilku chłopców odprowadzały wzrokiem przejeżdżający autobus, chyba jedyne wydarzenie tego dnia, w którym zapewne nie zdarzy się już nic ciekawego. Uderzający był zupełny brak kobiet oraz to, że każdy z obecnych tu Pasztunów był uzbrojony. Był to okres jeszcze sprzed sowieckiej inwazji, która zapoczątkowała w Afganistanie erę kałasznikowa, kiedy najpopularniejszą bronią był wciąż stary angielski Lee Enfield 303. Każdy mężczyzna miał na ramieniu taki karabin, u jednego zauważyłem nawet wiszącego pod pachą stena. Jeden z chłopców w wieku może ośmiu, dziesięciu lat również był uzbrojony – opierał się o karabin wyższy niż on sam.

Zjechaliśmy wąskimi serpentynami Khyber Pass na wschód i dotarliśmy do pakistańskiego posterunku granicznego. Celnicy wdrapali się na dach autobusu i wzięli się do sprawdzania różnych koszy, toreb, pakunków oraz mojego plecaka pokrytego grubą warstwą brązowego pyłu. Wtedy zwróciłem uwagę na dużą karawanę ciężko objuczonych koni, przechodzącą kilkadziesiąt metrów dalej dnem wyschniętego potoku, której towarzyszyli uzbrojeni Pasztunowie. Trochę poirytowany długim postojem i grzebaniem w moim plecaku, zapytałem Afgańczyka, który podróżował razem ze mną z Kabulu, dlaczego celnicy poświęcają nam tyle uwagi, zamiast zainteresować się karawaną, której objuczone konie przewożą przez granicę znacznie większy ładunek niż my. Afgańczyk tylko się roześmiał. „Niechby tylko spróbowali. Przecież oni od razu zaczną strzelać!” A po chwili dodał: „To Pasztunowie, tak jak ja. Ostatni wolni ludzie na świecie”.

Pasztunowie (zwani również Pathanami) to górski naród liczący z górą czterdzieści milionów, podzielony na kilkanaście plemion zamieszkujących pogranicze Afganistanu i Pakistanu. Ich obszary po pakistańskiej stronie granicy tworzą „terytoria plemienne”, które, wchodząc formalnie w skład Pakistanu, rządzą się same w oparciu o tradycję i swoje własne

plemienne prawo – *pasztunwali*. Pasztunowie z obydwu państw są ze sobą spokrewnieni, przechodzą z jednego kraju do drugiego wedle życzenia. Lokalne zgromadzenia plemienne – *jirgi*, zwołuje się, nie bacząc na granicę państwową i inne ograniczenia formalnoprawnej natury. Te nowoczesne wymysły Zachodu Pasztunów nie interesują. Nie lubią, kiedy ktoś nimi rządzi, kiedy im cokolwiek narzuca. Są gościnni dla obcych, ale nie ścierpią okupanta. Będą z nim walczyć bez końca, jeśli trzeba przez dziesięciolecia, do jego, albo ich własnej, ostatecznej klęski. Tak wojowali z Mongołami, Sikhami, Brytyjczykami, Sowiekami. Anglicy w Indiach zwalczali Pasztunów przez dziesięciolecia. Uważali ich za ludzi podstępnych i groźnych, nawet okrutnych – rannym żołnierzom wroga znalezionym na polu bitwy lubili wypruwać flaki – ale jednocześnie byli zafascynowani ich odwagą, gościnnością, dumą, honorem i bitością. Byli kwintesencją plemiennego wojownika. „Times of India” z 15 sierpnia 1878 roku napisał o Pasztunach: „Lubimy walkę, powiedział kiedyś stary Afgańczyk, lubimy nagle wyprawy i przelew krwi, ale nigdy, przenigdy nie pogodzimy się z narzuconym panem”.

Większość Talibów to Pasztunowie. Są wojowniczy, a dziś również dobrze uzbrojeni. Kiedy trafią do Afganistanu, polskim żołnierzom przyjdzie właśnie z nimi walczyć. Nie będzie to łatwe zadanie. Obcy przychodzą i odchodzą, a Pasztunowie jak byli, tak są i będą.

Prawo Pasztuna

Kluczem *pasztunwali* jest *nang* – honor. Człowiek bez honoru jest nic niewart, dlatego *pasztunwali* precyzyjnie określa, co może spowodować utratę honoru i jak można go odzyskać. *Pasztunwali* nie jest suchym, nudnym kodeksem prawa podlegającym periodycznym zmianom zgodnie z zapotrzebowaniem społecznym. Jest z całkiem innej bajki. Nie pochodzi z nadania jednego władcy, choćby najświatlejszego, ale z całej historii tego górskiego narodu. Jest jego zwornikiem. Jest mistyką, poezją, duchem świata Pasztuna, bez którego cała jego egzystencja nie miałaby żadnego sensu. Khusal Khan Khattak, siedemnastowieczny pasztuński poeta napisał, nie kryjąc religijnego nieomalże uniesienia: „Gardzę człowiekiem, którego życiem nie kieruje *nang*. Mógłbym oszaleć na sam dźwięk tego słowa!”

Kiedy Pasztun utraci honor i nie uczyni nic, aby go odzyskać, wypada poza nawias społeczności. Sąsiedzi przestają się z nim witać, nie wezmą udziału w uroczystościach organizowanych przez rodzinę, do której należy. Nikt nie przyjdzie na jego pogrzeb ani nie ożeni się z jego córką. Taka hańba przechodzi z pokolenia na pokolenie i trwa wiecznie.

Jedynym sposobem odbudowania nadszarpniętego honoru jest zemsta, czyli *badal*, dosłownie „krew za krew”. W pułkach armii brytyjskiej w Indiach nieraz zdarzało się, że służący w nich Pasztunowie zgłaszali się do oficera z prośbą o pilne udzielenie urlopu i pozwolenie zabrania służbowej broni. Na pytanie o powód mówili „sprawa honoru”, albo „problem rodzinny niecierpiący zwłoki” i od razu było jasne, o co chodzi. Zgodę otrzymywali zawsze, bo Brytyjczycy wiedzieli, że w razie odmowy żołnierz zdezerteruje, nie licząc się z utratą żołdu, karami, a nawet możliwym wydaleniem z armii. *Badal* stał ponad wszystkim.

Kiedy jedzie się przez pasztuńskie terytoria plemienne, nie spotyka się wiosek, tylko forteczki budowane z suszonej gliny, w których mieszkają poszczególne klany. Wewnątrz otoczonych murami obronnymi glinianych domów toczy się normalne i bezpieczne życie. Natomiast świat na zewnątrz może grozić gwałtowną śmiercią. Zdarza się, że w wyniku wieloletniego konfliktu i wiszącej nad rodem zemsty sąsiada nawet prosta czynność wyjścia

na pole może skończyć się celnym strzałem. Bywało, że zagrożona rodzina kopała okopy prowadzące w bezpieczne miejsce poza murami (nie znano przecież toalet), którymi osoby w potrzebie poruszały się w towarzystwie uzbrojonej ochrony. Ale czy tak bardzo inaczej było na Sycylii, na Korsyce czy w Albanii, gdzie lokalny kodeks *kanun*, którego nieodłączną częścią jest krwawa zemsta, wciąż obowiązuje?

Pasztuna nietrudno urazić. Jest to szczególnie łatwe dla Europejczyka albo Amerykanina, który nie zna lokalnych norm postępowania, a nawet jeśli zna, to nie traktuje poważnie z powodu ich „dziwności”. Jak napisał kiedyś Winston Churchill: „Ich system etyki traktujący podstęp i przemoc jako cnoty raczej niż występki stworzył kodeks honoru tak dziwaczny i niekonsekwentny, że kompletnie niezrozumiały dla logicznego umysłu”.

Obrazić Pasztuna można na tysiąc różnych sposobów, ale podstawowe trzy mają związek z *zar*, *zan* i *zamin*, czyli złotem, kobietami i ziemią. Przeszukanie domu przez obce wojsko jest powodem utraty honoru. Żołnierze chodzą po domu w butach, które miejscowi zdejmują, bo taki jest obyczaj, grzebią w osobistych rzeczach gospodarzy, a nawet wchodzą do części zarezerwowanej dla kobiet. Afgańska armia rządowa i policja nierzadko takie domy również plądruje. Wielu rządowych żołnierzy to Tadźycy, Uzbegy albo Hazarowie, którymi Pasztunowie zawsze pogardzali, a którzy teraz panoszą się w ich domach jakby byli u siebie. Bywa, że zabierają gospodarza w kajdankach na przesłuchanie, co jest szczególnie obraźliwe. Trudno wyobrazić sobie Pasztuna, który byłby gotów zaakceptować takie poniżenie bez myśli o rewanzu.

Obce samoloty bombardują pasztuńskie wioski, w których zatrzymują się Talibowie, i jak zawsze w takim przypadku nie obywa się bez ofiar wśród ludności cywilnej. Czy Pasztun, który straci członka rodziny albo krewnego, któremu bomba rozwali dom, pozabija krowy i konie, nie pomyśli przede wszystkim o naoliwieniu swojego kałasznikowa i przyłączeniu się do Talibów? W tym właśnie kryje się prawdziwy dylemat sił NATO w Afganistanie: jak postępować, jak działać, żeby być skutecznym, ale jednocześnie nie zrazić sobie miejscowej ludności. Bo czy da się skutecznie walczyć, z czterdziestomilionowym narodem pałającym żądzą zemsty?

Grób świętego

Pasztunwali jest kodeksem stworzonym przez mężczyzn dla mężczyzn. Kobieta jest w nim traktowana przedmiotowo i jej zachowanie, świadome lub nie, może stać się przyczyną poważnej obrazy. Na przykład małżeństwo z niewłaściwą osobą, albo zdrada, albo ucieczka z kochankiem musi zakończyć się wydobyciem broni ze skrzyni i nierzadko wieloletnim pościgiem. Ojciec, brat czy kuzyn będą ich szukać po całym kraju, dopóki kobieta i jej mężczyna nie zginą. Dopiero wtedy honor jest odzyskany, a z nim spokój rodziny i jej godne miejsce w lokalnej społeczności. Pościg, poszukiwanie, podchody i zasadzki mogą trwać nawet dziesięciolecia i upływ czasu nic tu nie zmienia. Jak mówi pasztuńskie przysłowie: „Pasztun czekał sto lat na zemstę. Załatwił sprawę szybko”. Obowiązek zemsty przechodzi oczywiście z pokolenia na pokolenia, aż się dopełni.

Ale kodeks Pasztuna ma także inną twarz. Zawiera w sobie na przykład nakaz udzielenia gościny – *malmastai* oraz schronienia i ochrony – *nanawatai*. Oba są przestrzegane rygorystycznie. Nawet wróg, który zapuka do drzwi i poprosi o ochronę, musi ją dostać. Jeśli Pasztun odmówi – utraci twarz. Jest wiele opowieści o ludziach poszukujących schronienia,

najczęściej przez pomyłkę, w domach swoich ofiar. Powiada się jednak, że osoba taka, bezpieczna w domu ofiary, niekoniecznie musi pozostać bezpieczną po przekroczeniu progu z powrotem na ulicę...

Sprawy sądowe w pasztuńskiej społeczności, podobnie jak większość innych ważnych kwestii, prowadzi *jirgi*, zgromadzenia starszyny. *Jirga* jest jednocześnie ciałem ustawodawczym i sądowym. Ocenia się, że na pakistańskich terytoriach plemiennych i w Afganistanie mniej więcej 95 procent wszystkich spornych spraw, cywilnych i karnych, załatwiana jest na posiedzeniu *jirgi* w oparciu o prawo plemienne, a zaledwie kilka procent trafia przed sądy państwowe. Nie powinno to dziwić. W społeczeństwach w większości niepiśmiennych poziom zrozumienia pisanego prawa opartego na zachodnich wzorach jest niewielki, w odróżnieniu od niepisanego prawa tradycyjnego, rozumianego i przekazywanego z pokolenia na pokolenie. Inne niż na Zachodzie jest też samo pojęcie sprawiedliwości, bliższe raczej Starożytności niż Nowego Testamentu.

Dotyczy to wszystkiego – od drobnych kradzieży po gwałty i morderstwa. *Jirga* stara się doprowadzić do porozumienia stron, co jest możliwe, jeśli oskarżony zgodzi się zapłacić wysokie odszkodowanie i uzyska przebaczenie ofiary i jej rodziny. Ale odszkodowanie za gwałt może wynieść nawet kilkanaście tysięcy dolarów, co dla większości Pasztunów jest sumą nieosiągalną. W tej sytuacji winny musi liczyć się z przykrą perspektywą, że rodzina ofiary sięgnie do skrzyni i zechce pomścić krzywdę w sposób powszechnie akceptowany.

Pasztunowie wyznają sunnicką odmianę islamu. Nie są szczególnie fundamentalystycznie nastawieni ani bigoteryjni, z wyjątkiem tych momentów w swojej historii, kiedy czują zagrożenie dla swojej tożsamości etnicznej i religijnej oraz dla swojej pozycji w państwie. Wtedy najczęściej – a z taką sytuacją, ze względu na wiele różnych czynników mamy do czynienia obecnie – dochodziły do głosu jednostki religijnie skrajne. W chwili zagrożenia Pasztun okopuje się w pozycji Pasztuna-muzułmanina.

Islam Pasztuna zawiera w sobie wiele elementów związanych z *sufizmem*, mistyczną odmianą tej wiary. Jednym z nich jest kult *pirów*, świętych mężów, szczególnie duchowo zasłużonych. W wielu miejscowościach zamieszkałych przez Afgańczyków znajdują się groby świętych, do których odbywają się pielgrzymki i których dusze, odpowiednio poproszone, potrafią czynić cuda. Tradycyjny stosunek Pasztuna do religii ilustruje taka opowieść, być może prawdziwa. Pewnego razu w pasztuńskiej miejscowości pojawił się święty mąż, który podczas kazania w meczecie zganiał mieszkańców za brak religijnego entuzjazmu. „Co z was za mużulmanie” – wykrzyczał w uniesieniu – „jakże słaba musi być wasza wiara! Zastanówcie się nad sobą! Przecież w waszej wsi nie ma nawet grobu świętego! Popatrzcie na sąsiadów i uczcie się od nich!” Lokalna starszyna poważnie wzięła sobie do serca te uwagi i już najbliższej nocy święty mąż został uduszony. W ten sposób wieś zyskała grób świętego.

Sowiecka inwazja, wobec której sprzeciw był w bardzo dużym stopniu motywowany w sposób religijny jako walka wiary z ateizmem, i późniejszy czas wielkiego chaosu, kiedy ścierały się ze sobą różne ugrupowania partyzanckie, wypromowały nowego Pasztuna – Talibę, religijnego fanatyka i ksenofoba. Początkowo Pasztunowie przychylnie przyjęli oddziały Talibów, którzy do zdobytych miejscowości wkraczali w tradycyjnie pokojowy sposób z Koranem na głowie, sygnalizując w ten sposób swoje uczciwe, oparte na wierze intencje. Talibowie wypędzili byłych powstańców, zlikwidowali bandytyzm, uprawę maku i wyrób narkotyków, co ludzie przyjmowali z ulgą. Ale później zaczęli na poważnie wprowadzać swoją własną odmianę ortodoksyjnego islamu rodem z Arabii Saudyjskiej, a plemienne *pasztunwali* zastępowali islamskim prawem, *szariatem*. Talibowie wymordowali wielu tra-

dycyjnych wodzów plemiennych i w niektórych regionach lokalnymi przywódcami stali się młodzi, fanatyczni mułłowie. Miejscowa ludność zaczęła ich mieć dość i z ulgą przyjęła amerykańskie naloty zakończone lądową ofensywą, która usunęła Talibów. Niestety, ani Zachód, ani nowa afgańska administracja nie potrafili wykorzystać tych pokładów dobrej woli. Afgańska policja jest wyjątkowo skorumpowana i brutalna. Naloty samolotów NATO na wioski, w których ukrywają się Talibowie, i łączące się z tym ofiary wśród cywilnej ludności spowodowały narastanie wrogości. Kiedy pojawili się nowi Talibowie, lokalna starszyzna udzieliła im swojego poparcia i sytuacja wróciła do punktu wyjścia. Zachód rozpoczął nową wojnę z Talibami, w której aktywny udział wezmą teraz Polacy. Warto jednak pamiętać, że niewiele narodów na świecie ma takie doświadczenie w wojowaniu na swoim terenie jak Pasztunowie. Niewielu jest tak zdeterminowanych, bitnych, dla niewielu wojna jest, tak jak dla Pasztunów, powołaniem raczej niż smutną koniecznością.

I nie zapominajmy nigdy słów Kiplinga, który w swojej powieści „Kim” włożył w usta Mahbub Ali, Afgańczyka i Pasztuna, takie ostrzeżenie dla Kima: „Bardziej ufaj żmii niż ladacznicy, a ladacznicy bardziej niż Pathanowi”.

DRAWA CZŁOWIEKA



Marek Antoni Nowicki

Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa

(lipiec–wrzesień 2006 r.)

Prawo do życia (art. 2)

Jeśli zatrzymany był zabrany do aresztu policyjnego w dobrym stanie zdrowia, a przy zwolnieniu miał obrażenia, do państwa należy przedstawienie przekonujących wyjaśnień dotyczących okoliczności, w jakich do nich doszło. Odpowiedzialność władz za traktowanie aresztowanego jest szczególnie rygorystyczna, gdy aresztowany następnie zmarł lub zaginął.

*Orzeczenie Bazorkina v. Rosja, 27.7.2006 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 69481/01, § 104.*

Jeśli o wydarzeniach, których dotyczą zarzuty, wiedzą wyłącznie w całości lub w znacznej części władze – jak w przypadku osób pozostających pod ich kontrolą w areszcie – istnieją poważne domniemania dotyczące obrażeń i śmierci, jeśli doszło do niej w tym okresie. Władze muszą wtedy przedstawić zadowalające i przekonujące wyjaśnienia.

*Orzeczenie Bazorkina v. Rosja, 27.7.2006 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 69481/01, § 105.*

Im dłużej nie ma wieści o aresztowanym, tym większe prawdopodobieństwo jego śmierci. Przy ocenie istnienia domniemania śmierci upływ czasu może w pewnym stopniu wpływać na znaczenie dowodów z okoliczności. Wchodzi tu w grę nie tylko nielegalne aresztowanie z naruszeniem art. 5. Interpretacja jest wymagana ze względu na obowiązek skutecznej ochrony prawa do życia wynikający z art. 2.

*Orzeczenie Bazorkina v. Rosja, 27.7.2006 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 69481/01, § 109.*

Zakaz tortur (art. 3)

Każda przymusowa interwencja medyczna w celu uzyskania dowodu przestępstwa musi być przekonująco uzasadniona. Tym bardziej, jeśli procedura ma doprowadzić do wydoby-

cia takiego dowodu z ciała podejrzanego. Ze względu na szczególnie inwazyjny charakter takiego aktu wymagana jest ścisła kontrola wszystkich towarzyszących okoliczności. Z tego powodu musi być odpowiednio uwzględniony ciężar gatunkowy przestępstwa wchodzącego w grę. Władze muszą również wykazać, iż rozważały inne metody uzyskania dowodu.

*Orzeczenie Jalloh v. Niemcy, 11.7.2006 r.,
Wielka Izba, skarga nr 54810/00, § 71.*

Stan więźnia cierpiącego na poważne problemy psychiczne połączone z ryzykiem prób samobójczych – nawet jeśli dotychczas nie zostały zrealizowane – wymaga podjęcia środków specjalnie dostosowanych do tej sytuacji i zapewniających ludzkie traktowanie, niezależnie od wagi przestępstw, za które był skazany.

*Orzeczenie Riviere v. Francja, 11.7.2006 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 33834/03, § 75.*

Sytuacja, w której dochodzi do samobójstwa lub śmierci więźnia, może stanowić naruszenie przez państwo art. 3 Konwencji.

*Orzeczenie Riviere v. Francja, 11.7.2006 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 33834/03, § 73.*

Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5)

Niepotwierdzone oficjalnie aresztowanie jest absolutnym zaprzeczeniem gwarancji wolności osobistej i najpoważniejszym możliwym naruszeniem art. 5.

*Orzeczenie Bazorkina v. Rosja, 27.7.2006 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 69481/01, § 146.*

Ze względu na procedurę przekazania do innego kraju w celu odbycia reszty kary istniało prawdopodobieństwo dłuższego o ponad rok pobytu w więzieniu. Powodem była zmiana daty możliwego warunkowego zwolnienia. Sama taka możliwość nie powoduje jednak, iż pozbawienie wolności staje się arbitralne, jeśli całkowity okres pozbawienia wolności nie przekroczy długości kary więzienia wymierzonej w procesie karnym. Faktyczny okres pozbawienia wolności jaskrawo dłuższy od przewidywanego może jednak rodzić problem na tle art. 5.

*Decyzja Szabo v. Szwecja, 27.6.2006 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 28578/03*

Prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6)

Wolę oskarżonego, który postanowił milczeć, należy uszanować. Nie odnosi się to do użycia jako dowodu materiału możliwego do uzyskania od oskarżonego w drodze przymusu, ale istniejącego niezależnie od jego woli, np. dokumentów, próbki krwi lub moczu.

*Orzeczenie Jalloh v. Niemcy, 11.7.2006 r.,
Wielka Izba, skarga nr 54810/00, § 102.*

Przekazanie więźnia jest środkiem wykonania wyroku, a dodatkowy okres pozbawienia wolności w rezultacie takiego przekazania nie może być uznany za ponowne wymierzenie kary w nowym postępowaniu karnym lub dyscyplinarnym. Art. 6 Konwencji nie ma więc w tym zakresie zastosowania.

*Decyzja Szabo v. Szwecja, 27.6.2006 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 28578/03*

Różnica wagi czynu między przestępstwem uśiłowania gwałtu i gwałtem ma wpływ na ocenę faktów i wymiar kary przez ławę przysięgłych. Tym bardziej że przysięgli są generalnie wyjątkowo wrażliwi na sytuację ofiar, zwłaszcza w wypadku przestępstw o charakterze seksualnym. Nawet jeśli sprawcy uśiłowania grozi maksymalna kara pozbawienia wolności identyczna do możliwej do wymierzenia sprawcy gwałtu, nie można wykluczyć uwzględnienia przez sąd przysięgłych przy ustalaniu wysokości kary różnicy między uśiłowaniem i dokonaniem przestępstwa. Można więc w sposób uzasadniony twierdzić, iż zmiana kwalifikacji przed sądem przysięgłych mogła doprowadzić do wymierzenia ostrzejszej kary, w sytuacji, gdy oskarżony nie mógł przygotować ani przedstawić swoich argumentów obrony dotyczących nowej kwalifikacji i jej skutków, w tym związanych z grożącą karą. W tej sytuacji doszło do zamachu na prawo skarżącego do szczegółowej informacji o naturze i powodach oskarżenia oraz prawo do dysponowania czasem i możliwościami koniecznymi do przygotowania obrony.

*Orzeczenie Miraux v. Francja, 26.9.2006 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 73529/01, § 35–37.*

Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8)

Brak złego zamiaru po stronie policji nie jest rozstrzygający na podstawie Konwencji, która chroni przed nadużyciami niezależnie od przyczyn i motywów. Ograniczenie możliwości domagania się odszkodowania jedynie w razie udowodnienia złego zamiaru nie jest konieczne dla ochrony policji w jej funkcji ścigania przestępstw.

*Orzeczenie Keegan v. Wielka Brytania, 18.7.2006 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga 28867/03, § 34.*

Korzystanie z uprawnienia do ingerencji w dom i życie prywatne musi być ograniczone do rozsądnych granic, aby wpływ na sferę osobistą jednostki, chronioną w art. 8, był ograniczony wyłącznie do sytuacji istotnych ze względu na bezpieczeństwo i dobro ogólne.

*Orzeczenie Keegan v. Wielka Brytania, 18.7.2006 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga 28867/03, § 34.*

Bezowocne przeszukanie nie spełnia kryterium proporcjonalności ingerencji jedynie przy braku rozsądnych i dostępnych środków ostrożności.

*Orzeczenie Keegan v. Wielka Brytania, 18.7.2006 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga 28867/03, § 32.*

Obowiązki i odpowiedzialność mediów mają tym większe znaczenie, im bardziej w grę wchodzi kwestia ataku na dobre imię określonej osoby lub naruszenia praw innych osób. Wtedy muszą istnieć szczególne względy, które umożliwiłyby zwolnienie z obowiązku weryfikacji oświadczeń dotyczących faktów zniesławiających osoby prywatne. Uzależnione są one w szczególności od charakteru i stopnia zniesławienia oraz zakresu, w jakim media mogą rozsądnie uważać, iż ich źródła były w konkretnym wypadku wiarygodne.

*Orzeczenie White v. Szwecja, 19.9.2006 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 42435/02, § 21.*

Wybór środków gwarantujących przestrzeganie art. 8 Konwencji w stosunkach między jednostkami uzależniony jest od swobodnej oceny państwa. Zakres tej swobody zależy nie tylko od konkretnych praw, ale również ich natury.

*Orzeczenie Jäggi v. Szwajcaria, 13.7.2006 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 58757/00, § 36.*

Prawo do tożsamości, którego częścią jest prawo do poznania przodków, jest integralną częścią pojęcia „życie prywatne”.

*Orzeczenie Jäggi v. Szwajcaria, 13.7.2006 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 58757/00, § 37.*

Osoby starające się ustalić swoich przodków mają istotny interes chroniony przez konwencję, aby uzyskać informacje nieodzowne do ujawnienia prawdy o ważnym aspekcie ich tożsamości. Równocześnie potrzeba ochrony innych osób może uniemożliwiać zmuszenie ich do poddania się analizom medycznym, zwłaszcza testom DNA. Trybunał musi zatem ustalić, czy przy godzeniu konkurujących ze sobą interesów została zachowana równowaga. W sprawach tego rodzaju z jednej strony wchodzi w grę prawo skarżącego do poznania swego przodka, z drugiej – prawo innych osób do nienaruszalności zwłok i poszanowania spokoju zmarłych oraz interes publiczny w ochronie bezpieczeństwa prawnego.

*Orzeczenie Jäggi v. Szwajcaria, 13.7.2006 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 58757/00, § 38–39.*

Wzgląd wyłącznie na ochronę bezpieczeństwa prawnego nie wystarcza do odebrania prawa do poznania swoich przodków.

*Orzeczenie Jäggi v. Szwajcaria, 13.7.2006 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 58757/00, § 43.*

Bardzo inwazyjna i potencjalnie poniżająca procedura rewizji osobistej z rozebraniem do naga osób niebędących więźniami i niepodejrzanych o popełnienie przestępstwa musi odbywać w sposób rygorystyczny i z właściwym poszanowaniem godności ludzkiej.

*Orzeczenie Wainwright v. Wielka Brytania, 26.9.2006 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 12350/04, § 44.*

W razie istnienia właściwej procedury rewizji osobistej osób spoza więzienia, które nie dopuściły się żadnego naruszenia prawa, do władz więziennych należy ściśle jej przestrzeganie oraz – z zastosowaniem rygorystycznych zabezpieczeń – ochrona godności takich osób przed nadmierną ingerencją w ich prawa.

*Orzeczenie Wainwright v. Wielka Brytania, 26.9.2006 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 12350/04, § 48.*

Prawo do wolności wypowiedzi (art. 10)

Poszukiwanie prawdy historycznej stanowi integralną część wolności wypowiedzi.

*Orzeczenie Monnat v. Szwajcaria, 21.9.2006 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 73604/01, § 57.*

Niezadowolenie lub zaskoczenie emisją niektórych widzów nie może stanowić wystarczającego usprawiedliwienia podjęcia przez władze ingerencji. Tym bardziej, gdy chodzi o debatę historyczną w dziedzinach, w których pewność jest niemożliwa i które są nadal przedmiotem dociekań historyków. Pewne wypowiedzi zawsze mogą wywoływać kontrowersje. Upływ czasu powoduje jednak, iż do wydarzeń historycznych sprzed 50 lat nie należy się odnosić z taką samą surowością, jak do tych sprzed 10 lub 20 lat. Tego rodzaju wysiłek powinien podjąć każdy kraj, by móc otwarć i szczerze dyskutować o własnej przeszłości.

*Orzeczenie Monnat v. Szwajcaria, 21.9.2006 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 73604/01, § 63.*

Efekt działania mediów audiowizualnych jest znacznie szybszy i silniejszy niż prasy drukowanej. W wypadku reportażu telewizyjnego władze krajowe mają więc *a priori* większą swobodę reakcji.

*Orzeczenie Monnat v. Szwajcaria, 21.9.2006 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 73604/01, § 68.*

Ochrona mienia (art. 1 Protokołu nr 1)

W postępowaniu dotyczącym dużej liczby osób, zwłaszcza prowadzonym przed sądem konstytucyjnym, w którym kwestionowane jest ustawodawstwo, nie zawsze jest wymagane lub możliwe wysłuchanie każdej osoby zainteresowanej.

*Decyzja Gavella v. Chorwacja, 11.7.2006 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 33244/02.*

Prawo do nauki (art. 2 Protokołu nr 1)

Rodzice nie mogą ze względu na swoje przekonania odmówić edukacji dziecka. Natura prawa do nauki wymaga regulacji przez państwo korzystające z pewnej swobody oceny przy tworzeniu i interpretacji zasad systemu edukacyjnego. Nie ma zgody wśród państw Konwencji dotyczącej edukacji w domu oraz przymusu uczęszczania do szkoły podstawowej. Nie można było uznać za błędne założenia, iż celów integracji społecznej i nabycia doświadczenia społecznego nie można osiągnąć tak samo dobrze w drodze edukacji domowej, jak uczęszczając do szkoły podstawowej. Taki wniosek sądów niemieckich mieścił się w granicach swobody oceny państwa i był zgodny z orzecznictwem Trybunału dotyczącym znaczenia pluralizmu dla demokracji. Poza tym nie nastąpiło nieproporcjonalne ograniczenie prawa rodziców do edukacji ich dzieci zgodnie z ich przekonaniami religijnymi.

*Decyzja Konrad v. Niemcy, 11.9.2006 r.,
Izba (Sekcja V), skarga nr 35504/03
– dot. sprawy, w której rodzice należący do wspólnoty chrześcijańskiej
odmówili posłania dzieci do szkół prywatnych lub państwowych ze względu
m.in. na edukację seksualną oraz rosnącą przemoc wśród uczniów.
Uczą dzieci w domu zgodnie z programem wyspecjalizowanej instytucji,
której państwo nie uznaje jednak za szkołę prywatną.*

Skargi indywidualne (art. 34)

Status pokrzywdzonego w rozumieniu art. 34 uzależniony jest od tego, czy władze krajowe przyznały, wyraźnie lub w sposób dorozumiany, iż doszło do zarzuconego na-

ruszenia Konwencji oraz czy w razie konieczności zapewniły odpowiednie jego naprawienie. Trybunał Konstytucyjny spełnił pierwszy warunek. Zadośćuczynienie przyznane skarżącemu było niższe od sum przyznawanych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w związku z porównywalnymi opóźnieniami. Ocena, czy przyznane zadośćuczynienie może być uznane za rozsądne, musi być uzależniona od wszystkich okoliczności sprawy i obejmuje nie tylko długość konkretnego postępowania, ale również wartość zadośćuczynienia ocenianą w świetle standardu życia w danym państwie oraz fakt, iż w systemie krajowym odszkodowanie byłoby przyznane i wypłacone znacznie szybciej niż w Strasburgu. W tym wypadku suma przyznana skarżącemu mogła być uznana za wystarczającą, a decyzja Trybunału Konstytucyjnego była zgodna z orzecznictwem Trybunału Europejskiego. Skarżący nie mógł więc nadal uważać się za pokrzywdzonego w rozumieniu art. 34 naruszeniem prawa do rozprawy w rozsądnym terminie. Skarga była w tej sytuacji oczywiście bezzasadna.

*Decyzja Kalajzic v. Chorwacja, 8.9.2006 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 15382/04.*

W związku z zarzutem skarżącego, dotyczącym braku zezwolenia na pobyt czasowy, pojawiła się kwestia zachowania przez niego statusu pokrzywdzonego w rozumieniu art. 34 Konwencji. Zgodnie z treścią ugody zawartej przed sądem administracyjnym skarżący zobowiązał się do dobrowolnego opuszczenia terytorium kraju oraz zapłaty kosztów związanych z wydaleniem. Przez zaakceptowanie tej ugody zrezygnował z odwołania się do organów administracyjnych ze swoimi zarzutami i w ten sposób nie spełnił warunku wykorzystania krajowych środków prawnych istniejących w prawie niemieckim.

*Decyzja Agbovi v. Niemcy, 25.9.2006 r.,
Izba (Sekcja V), skarga nr 71759/01.*

Wymogi dopuszczalności (art. 35)

Termin sześciu miesięcy rozpoczyna bieg od dnia doręczenia adwokatowi skarżącego ostatecznego wyroku wraz z uzasadnieniem, nawet jeśli skarżący własną kopię tego wyroku otrzymał później.

*Decyzja Andorka i Vavra v. Węgry, 12.9.2006 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 25694/03 & 28338/03.*

Słuszne zadośćuczynienie (art. 41)

Niezwykłość sytuacji w tej sprawie polegała na tym, że skarżący domagał się od sądu przyznania zadośćuczynienia w związku z krzywdą moralną poniesioną z powodu naruszenia Konwencji jeszcze przed i niezależnie od wydania wyroku przez Trybunał. W sferze roszczeń odszkodowawczych wynikających z naruszenia Konwencji Trybunał nie może pozwolić, aby równocześnie toczyło się postępowanie w Strasburgu oraz postępowanie przed sądem krajowym. Nie ma znaczenia fakt, iż w chwili wniesienia skargi postępowanie krajowe było w toku (wtedy skarga jest niedopuszczalna na podstawie art. 35 ust. 1 Konwencji) czy też, że jego wszczęcie nastąpiło już po złożeniu skargi do Trybunału. Konwencja nie zawiera żadnego innego przepisu podobnego do art. 35 ust. 1, który dotyczyłby drugiej z tych ewentualności. Tym bardziej że zasady obowiązku uprzedniego wykorzystania środków krajowych nie stosuje się do roszczeń o słuszne zadośćuczynienie na podstawie art. 41 Konwencji. Rozstrzygając w tej sytuacji, Trybunał wziął pod uwagę przedmiot i cel

Konwencji zawarte w preambule oraz jego własne zadania określone w art. 19 Konwencji. Jeśli prawo wewnętrzne państwa uniemożliwia pełne naprawienie szkody, Trybunał może w razie potrzeby przyznać pokrzywdzonemu słuszne zadośćuczynienie. Może ono mieć duże znaczenie, ale nie należy do głównych obowiązków Trybunału. Odgrywa rolę jedynie incydentalną, bo głównie chodzi o zapewnienie, aby państwa przestrzegały obowiązków na podstawie Konwencji. Z tej perspektywy art. 46 jest ważniejszy niż art. 41 Konwencji. Na podstawie art. 46 państwa mają obowiązek w każdej sprawie podporządkowania się ostatecznym wyrokom Trybunału. Wykonanie wyroków nadzoruje Komitet Ministrów. Państwo zachowuje swobodę – pod nadzorem Komitetu Ministrów – wyboru środków wywiązania się z tego obowiązku. Muszą one jednak być zgodne z wnioskami wyroku Trybunału. W razie stwierdzenia przez Trybunał naruszenia Konwencji państwo ma obowiązek nie tylko zapłaty zasądzonych sum z tytułu słusznego zadośćuczynienia, ale również wyboru pod nadzorem Komitetu Ministrów ogólnych i odpowiednich środków indywidualnych mających prowadzić do uchylenia stanu naruszenia i naprawienia w miarę możliwości jego skutków. W sprawach indywidualnych oraz w razie konieczności podjęcia środków o charakterze ogólnym państwa mają w zasadzie swobodę ich wyboru. Jeśli możliwe jest przywrócenie stanu poprzedniego, należy to do obowiązków państwa. Trybunał lub Komitet Ministrów nie są ani do tego uprawnieni, ani nie mają praktycznej możliwości, aby tego dokonać. Jeśli jednak prawo krajowe nie pozwala – lub pozwala tylko częściowo – naprawić skutki naruszenia, Trybunał na podstawie art. 41 Konwencji może przyznać poszkodowanemu zadośćuczynienie uważane za słuszne ze względu na stwierdzone naruszenia. Jeśli konieczne środki: ogólne i indywidualne, zostały podjęte w celu usunięcia naruszenia i naprawienia jego skutków – każde dodatkowe zadośćuczynienie – poza przyznanym przez Trybunał – zależy od swobodnego uznania właściwych władz krajowych. Takie dobrowolne dodatkowe odszkodowanie nie ma jednak podstawy w art. 41 lub 46 ani w żadnym innym przepisie Konwencji lub jej Protokołów.

*Orzeczenie Salah v. Holandia, 6.7.2006 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 8196/02, § 65–82.*

Z WOKANDY LUKSEMBURGA

Tomasz Tadeusz Koncewicz

„SĘDZIOWSKI AKTYWIZM” CZYLI WSPÓLNOTOWE CZYNIENIE SPRAWIEDLIWOŚCI

Wprawdzie świadom jestem istnienia granicy pomiędzy rozwijaniem prawa w drodze wykładni a ustawodawstwem, to nigdy dokładnie nie wiem, gdzie jej szukać¹.

Krytycy Trybunału wyrażają obawę o istnienie „sędziowskiego rządu”. Jednak w rzeczywistości Trybunał nigdy nie wyszedł poza powierzoną mu funkcję, a obawy wywołane jego orzecznictwem pochodzą tak naprawdę od tych, którzy zapominają lub odmawiają przyznania, że Wspólnota (...) opiera się także na założeniu o „wspólnocie prawa”².

Każde orzeczenie sądu konstytucyjnego wpisuje się już w jakiś wcześniej ukształtowany nurt, tradycję czy kierunek interpretacyjny. Nie jest więc wynikiem arbitralnego wyboru dokonywanego przez sędziów wedle subiektywnych preferencji, ale kolejnym elementem wznoszonej od dawna budowli³.

Wybór tematu poniższej analizy nie jest przypadkowy. Ostatnio bowiem często w ogniu krytyki znajdował się Trybunał Konstytucyjny. Pojawiały się zarzuty o grupę mędrców, przed nikim nieodpowiedzialnych, o sędziowski „impossibilizm” i sędziowską obstrukcję

¹ Lord Goff (w:) *Woolwich Building Society v. IRC* (1992) 3 ALLER 737, s. 760–761.

² D. Berlin, *Interactions between the lawmaker and the judiciary within the EC* (1992) *Legal Issues of European Integration* 17, s. 36.

³ M. Safjan, *Misternie wznoszona budowla*, „Tygodnik Powszechny” z 19 listopada 2006 r., nr 47, s. 5.

działań ustawodawczych. Dystansując się wobec tych krytycznych, lecz niewiele w istocie tłumaczących zastrzeżeń, proponuję spojrzenie z perspektywy wspólnotowej – Trybunału Sprawiedliwości. Uważam, że metoda przyjęta dla analizy orzecznictwa wspólnotowego sądu, jakże przecież często ostro krytykowanego ze wszystkich stron, może stanowić koncepcyjną alternatywę dla sposobu postrzegania i obrony także Trybunału Konstytucyjnego⁴.

Trybunałowi Sprawiedliwości zarzuca się, że stale rozszerza swoją jurysdykcję, dąży do zdobycia „pozycji sądu omnipotentnego, który władny jest dokonywać interpretacji, unieważniać lub zapewniać przestrzeganie wszystkich norm prawa, które w opinii Trybunału stanowią część wspólnotowego systemu prawnego”⁵, który nie przestrzega literalnego brzmienia interpretowanych przepisów, miast tego narzucając państwom członkowskim swoje własne wyobrażenie o integracji i prawie wspólnotowym. Analizując bliżej krytyczne wypowiedzi pod adresem Trybunału, można wskazać, że ich Autorzy bazują na wspólnym mianowniku, a różnią się jedynie co do szczegółowego uzasadnienia swojego stanowiska. Podstawowy zarzut jest zawsze następujący: Trybunał nie wypełnia jedynie luk, co, jak potwierdzają nawet najwięksi krytycy Trybunału, jest normalną rzeczą sądów⁶, ale idzie znacznie dalej i orzeka *contra legem*. Kontynuują, nie stosuje jedynie prawa, ale raczej przechodzi ze świata prawa do świata polityki, daje pierwszeństwo wartościom innym niż prawne, takim jak np. dążenie do wzmocnienia procesu integracyjnego wbrew woli państw. Jest sądem motywowanym politycznie, który w istocie rządzi Europą.

Mocne słowa, ale ile w nich rzeczowej krytyki, a ile emocji? Uważam, że orzecznictwo Trybunału podawane jako przykład sędziowskiego aktywizmu może zostać wyjaśnione za pomocą kryteriów znajdujących się wewnątrz wspólnotowego porządku prawnego. Razem tworzy „wspólnotową powieść” połączoną wspólną ideą spajającą, która racjonalizuje i uzasadnia wybory sędziowskie. Swoje stanowisko chciałbym wyjaśnić na podstawie orzeczniczego łańcucha, w skład którego zaliczyłem sprawy „parlamentarne” (wyroki *Les Verts* oraz *Chernobyl*) oraz orzecznictwa, w którym Trybunał uznał istnienie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za szkodę wyrządzoną naruszeniem prawa wspólnotowego (sprawy *Francovich* oraz *Brasserie du Pêcheur*). Wybór nie jest przypadkowy, ponieważ wskazane sprawy zajmują prominentne miejsce na liście każdego krytyka Trybunału. Udzielając odpowiedzi na pytanie, czy istotnie mamy do czynienia z orzeczeniami aktywistycznymi, proponuję najpierw dokonać suchej analizy orzecznictwa (część I), następnie ocenić je z perspektywy zarzutu, że Trybunał przekracza granice swojej jurysdykcji (część II), dalej skonstruować pożądany model dla oceny Trybunału, który nie tylko broni Trybunał przed atakami, ale pomaga także uniknąć pułapki sloganu „sędziowskiego aktywizmu” (część III), aby w końcu podzielić się kilkoma ogólniejszymi refleksjami na temat roli sędziego (część IV).

⁴ Przedstawiana analiza nawiązuje do (oraz kontynuuje) wątków poruszonych we wcześniejszych tekstach, a w szczególności: *Wspólnotowa chain novel: sędzia jako twórca, krytyk i kontynuator tradycji orzeczniczej*, „Palestra” 2005, nr 5–6, oraz *Sędzia i prawodawca we wspólnotowym systemie prawnym*, „Palestra” 2005, nr 9–10.

⁵ Tak (w:): *The European Court of Justice: a case study of judicial activism*, European Policy Forum, London, sierpień 1995, s. 27 i n.

⁶ H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Kluwer, 1986.

I. Odpowiedzialność odszkodowawcza

Istnienie zasady odpowiedzialności odszkodowawczej we *Francovich*⁷ oraz *Brasserie du Pêcheur*⁸ zostało wywiedzione na podstawie połączenia zasad już odnalezionych przez orzecznictwo w systemie prawa wspólnotowego z celowościową interpretacją Traktatu. W sprawie *Francovich* odpowiedzialność odszkodowawcza została uzasadniona poprzez dążenie do zapewnienia efektywności prawa wspólnotowego. W przypadku naruszenia prawa istnieć musi efektywny środek ochrony prawnej. Rzecznik generalny Mischo podkreślił wprost, że właściwy środek ochrony prawnej musi zostać stworzony, jeżeli takowy jeszcze nie istnieje. Efektywność prawa wspólnotowego zostałaby podana w wątpliwość, gdyby jednostki nie mogły dochodzić odszkodowania w przypadku naruszenia przez państwo członkowskie przysługujących im praw. Trybunał dalej wywiódł z art. 10 Traktatu obowiązek państw członkowskich usunięcia wszelkich bezprawnych konsekwencji naruszenia prawa wspólnotowego oraz naprawienia wynikającej z takiego naruszenia szkody. Odwołanie się przez Trybunał w sprawie *Francovich* do dwóch wyżej wskazanych podstaw było uznane za wystarczające do udzielenia sądowi włoskiemu odpowiedzi pozytywnej na zadane pytanie w przedmiocie istnienia w prawie wspólnotowym zasady odpowiedzialności odszkodowawczej. Dalsza konkretyzacja miała miejsce w sprawie *Brasserie du Pêcheur* (dalej jako „*Brasserie*”), w której Trybunał został niejako zmuszony do mocniejszego uzasadnienia swojej jurysdykcji w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej. Już we *Francovich* rząd brytyjski kwestionował bowiem jurysdykcję Trybunału, wskazując, że „w prawie wspólnotowym brak jest podstawy dla uznania, że jednostce przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania od państwa członkowskiego za szkodę wynikłą z niewypełnienia przez państwo swoich zobowiązań”. Argument ten został powtórzony przez rząd niemiecki w sprawie *Brasserie*. Rząd niemiecki zarzucił, że Trybunał nie jest właściwym forum dla wypowiedzania się w przedmiocie sankcji za naruszenie prawa wspólnotowego (zasady odpowiedzialności odszkodowawczej). Zgodnie z tą argumentacją sądy w ogóle nie mogą tworzyć sankcji, gdy takowych brak w prawie państwowym. Jeżeli zasada odpowiedzialności odszkodowawczej miałaby zostać dodana do prawa wspólnotowego, musiałoby to nastąpić na podstawie formalnej procedury zmiany Traktatów. Rozciągnięcie zakresu prawa wspólnotowego w drodze zasady prawa sędziowskiego byłoby niezgodne z zasadami podziału władzy i równowagi instytucjonalnej: rozszczenie odszkodowawcze jednostki może być stworzone tylko i wyłącznie przez prawodawcę, a nie sędziów. Argumenty te były mocne i poważne i takiej też odpowiedzi wymagały.

W opinii w sprawie *Brasserie* rzecznik generalny Tesaro uznał, że pozytywne rozstrzygnięcie o istnieniu zasady odpowiedzialności odszkodowawczej znajduje pełne uzasadnienie. Dla niego odpowiedź taka wynika z konieczności zapewnienia systemowi prawa wspólnotowego pełnej efektywności. W żadnym razie natomiast nie oznacza, że Trybunał uzupełnia, lub tym bardziej zastępuje prawodawcę.

W wyroku Trybunał podkreślił, że pytanie o istnienie i zakres odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę wynikłą z naruszenia przez państwo swoich zobowiązań wspólnotowych jest związane z interpretacją Traktatu i jako takie należy do jurysdykcji Trybunału

⁷ Sprawa C-6/90 *Francovich and others v. Italy*, [1991] ECR I-5357.

⁸ Sprawy połączone C-46/93 i 48/93 *Brasserie du Pêcheur S. A. v. Germany, R v. Secretary of State ex parte Factortame*, (1996) ECR I-1029.

Sprawiedliwości. Kluczowy jest ust. 27 wyroku, w którym czytamy: „Skoro *Traktaty nie zawierają przepisów regulujących wprost i w sposób szczegółowy konsekwencje naruszenia prawa wspólnotowego przez państwa członkowskie, rzeczą Trybunału jest, realizując zadanie mu powierzone przez art. 164 polegające na zapewnieniu przestrzegania prawa w trakcie interpretacji i stosowania Traktatów, kwestię tę rozstrzygnąć*” (podkr. T. T. K.). W ten sposób Trybunał przyznał brak w Traktatach szczegółowego przepisu, który mówiłby o istnieniu odpowiedzialności odszkodowawczej. Dla Trybunału jednak sam fakt braku takiego przepisu nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że wspólnotowa odpowiedzialność państwa za szkodę w ogóle nie istnieje. Trybunał bowiem kontynuuje i wskazuje, na jakiej podstawie rozstrzyga o istnieniu odpowiedzialności odszkodowawczej. Nastąpi to w oparciu o „(...) powszechnie zaakceptowane metody interpretacji, w szczególności poprzez odwołanie się do fundamentalnych zasad wspólnotowego porządku prawnego i, jeżeli to konieczne, do zasad ogólnych wspólnych systemom prawnym państw członkowskich”.

II. Wspólnotowa zasada odpowiedzialności państwa za szkodę: sędziowski aktywizm?

Widzimy więc, że brak przepisu określającego konsekwencje z tytułu naruszenia przez państwo członkowskie prawa wspólnotowego był faktycznym i dostrzeżonym przez Trybunał ograniczeniem jurysdykcji. Dlatego podstawa prawna dla ingerencji Trybunału była poszukiwana i odnaleziona w systemie Traktatu oraz w pewnym wyobrażeniu o idealnym porządku prawa wspólnotowego, do osiągnięcia którego państwa członkowskie winny dążyć. Nieodzownym elementem takiego porządku prawnego musi być uznanie, że każde naruszenie określonego zobowiązania pociąga za sobą obowiązek naprawienia wynikłej stąd szkody i że gdy określone prawo zostaje nadane, jego beneficjent może liczyć na jego skuteczną ochronę. W sprawach *Francovich* i *Brasserie* Trybunał zawarł jasne przesłanie co do swojej funkcji w ramach wspólnotowego systemu prawa, podkreślając, że mogą do niego trafiać sprawy, których rozwiązanie nie jest możliwe jedynie w drodze literalnego odczytywania przepisów regulujących jurysdykcję. Wówczas uzasadnieniem dla jurysdykcji i rozstrzygnięcia sprawy jest traktatowy nakaz zapewnienia, że w procesie interpretacji i stosowania Traktatów prawo jest przestrzegane. W obu sprawach analiza musiała mieć charakter systemowy i brać pod uwagę nie tylko poszczególne przepisy definiujące jurysdykcję Trybunału, ale także funkcję, jakiej służy jurysdykcja Trybunału, którą jest stałe gwarantowanie efektywnej ochrony sądowej oraz skuteczności praw podmiotowych przyznawanych przez prawo wspólnotowe. Taka interpretacja oznaczała, że, w przeciwieństwie do wcześniejszego orzecnictwa, tym razem Trybunał musiał wskazać konkretne rozwiązanie gwarantujące *effet utile* prawa wspólnotowego w braku właściwych przepisów wspólnotowych.

Czy postępując w ten sposób Trybunał ingeruje w sferę prawodawcy? Nie, jeżeli pamiętamy, że Wspólnota jest „wspólnotą prawa” i prawo wyznacza granice postępowania zarówno instytucji, jak i państw. Sędzia występuje w funkcji komplementarnej wobec prawodawcy. Zaniechanie po stronie politycznych instytucji oznacza, że kwestia odszkodowania za szkodę „winna” zostać rozstrzygnięta przez Trybunał⁹, sama zaś odpowiedzialność

⁹ A. Ward, *Judicial Review and the Rights of Private Parties*, Oxford University Press, 2000, s. 96 (podkr. w oryginale).

odszkodowawcza stanowi prostą i logiczną konsekwencję dążenia do zapewnienia efektywności prawa wspólnotowego. Uznanie przez Trybunał odpowiedzialności odszkodowawczej nastąpiło na podstawie „ducha Traktatu” wyrażonego w art. 220 Traktatu oraz systemu Traktatu, który każe uznać, że wyrządzenie szkody musi spotkać się z sankcją¹⁰. *Dicta* Trybunału należy odczytywać w świetle „*une certaine idée de l'Europe*”, której elementem składowym jest system prawny obowiązujący we Wspólnotach. Wspólnoty są oparte na rządach prawa i spajane powagą prawa, którego przestrzeganie zapewnia Trybunał¹¹. Prawo w rozumieniu art. 220 Traktatu to coś więcej niż tylko prawo pisane, ale „ponad nim jest także Prawo przez duże P, prawo niepisane, idea prawa i zapewnienie przestrzegania tego prawa jest obowiązkiem Trybunału, jego ultimatywnym *telos*, który winien wskazywać drogę Trybunałowi”¹². Jak słusznie wskazuje Keeling: „umieszczenie w Traktacie art. 220 nastąpiło przypuszczalnie w jakimś celu (...) zamiarem twórców Traktatu mogło być nadanie pewnego znaczenia przepisom tej części Traktatu, w której znajduje się art. 220”¹³. Prawo nie byłoby przestrzegane, gdyby państwa członkowskie nie musiały naprawiać szkody wyrządzonej naruszeniem prawa wspólnotowego. Trybunał wybrał interpretację, która dawała pierwszeństwo art. 220 Traktatu. Kryteria, według których Trybunał uznał istnienie odpowiedzialności odszkodowawczej, miały charakter prawny, a nie polityczny, tak jak sugerują to zwolennicy tezy, że Trybunał uprawia „*judicial activism*”. Dla rozstrzygnięcia tej sprawy oraz sformułowania wystarczającego dlań uzasadnienia potrzebne było coś więcej aniżeli oparcie się na interpretacji literalnej jednego artykułu w ramach niezwykle rozbudowanego Traktatu. Dokonując interpretacji, Trybunał analizował więc tekst Traktatu w sposób globalny, przypominający interpretację krajowej konstytucji. Poszukując zasad strukturalnych systemu, występował jako wspólnotowy sąd konstytucyjny.

III. „*Les Verts – Chernobyl – Francovich – Brasserie*”: orzecznicy łańcuch i odkrywanie wspólnotowych „zasad nadrzędnych”

Aby w pełni zrozumieć motywy uznania istnienia odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w braku wyraźnego przepisu Traktatu, należy przypomnieć „orzecznictwo parlamentarne”, w którym Trybunał zaakceptował bierną i czynną legitymację Parlamentu Europejskiego, mimo że art. 230 Traktatu (skarga o unieważnienie) milczał w tym zakresie¹⁴. „W

¹⁰ P. Pescatore, *The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law* (1983) *European Law Review* 155, s. 157.

¹¹ H. Schepel, E. Blankenburg, *Mobilizing the European Court of Justice* (w:) G. de Burca, J. H. H. Weiler, *The European Court of Justice, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, 2001, s. 10.

¹² C. N. Kakouris, *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle: Trois observations* (w:) O. Due, M. Lutter, J. Schwarze, *Festschrift für Ulrich Everling*, Nomos, 1995, 629, s. 634.

¹³ D.T. Keeling, *In praise of judicial activism. But what does it mean? And has the European Court of Justice ever practised it?* (w:) C. Gialdino, *Scritti in Onore di G. Federico Mancini*, Giuffrè, 1998, s. 521.

¹⁴ Na ten temat tekst *Wspólnotowa chain novel: sędzia jako twórca, krytyk i kontynuator tradycji orzeczniczej*, powołany w przypisie 4 powyżej.

orzeczeniach parlamentarnych” dostrzec można budowaną przez Trybunał hierarchię pomiędzy zasadami i wartościami nadrzędnymi Traktatu rzymskiego, a innymi przepisami Traktatu¹⁵. Zasady nadrzędne w ostatecznym rozrachunku nie tylko pozwalają znaleźć rozstrzygnięcie dla konkretnej sprawy, ale determinują także w sposób szczegółowy kierunek uzasadnienia rozstrzygnięcia. Traktat, podobnie jak krajowe konstytucje, jest sformułowany w sposób bardzo ogólny, pozostawiając pole manewru interpretacyjnego dla sędziów. Konstytucje krajowe, mimo swojej ogólności, zawierają pewne podstawowe rozstrzygnięcia ustrojowe, zasady które w swym całościowym wyrażają tożsamość ustrojową danego systemu konstytucyjnego¹⁶. Te zasady konstytucyjne mają charakter normatywny, ponieważ płynię z nich obowiązek przestrzegania i realizowania¹⁷. Analogia z konstytucją jest niezwykle pomocna w przypadku analizy orzecznictwa wyżej wskazanego, gdzie Trybunał właśnie poszukiwał tych kluczowych dla aksjologii i tożsamości systemu zasad.

Broniąc wyroków Trybunału, pozostajemy cały czas wewnątrz systemu i tam poszukujemy argumentów oraz kryteriów dla rozstrzygnięcia spraw. U podstaw niezrozumienia i krytyki przez osoby zarzucające Trybunałowi uprawianie sądowej legislacji” leżą różne perspektywy analizy orzecznictwa. Trybunał nie wychodził „poza tekst Traktatu”. Jeżeli sędziowie przekraczali jakąś granicę, to była nią granica wyznaczona przez tekst art. 230 Traktatu interpretowanego w izolacji, tak jak gdyby był jedynym przepisem Traktatu. Nie każde jednak odejście od sensu językowego przepisu musi być od razu uważane za wykładnię niezgodną z prawem. Interpretator musi zapewnić minimum racjonalności wykładni¹⁸. W tym celu jest uprawniony do przekroczenia (przełamania) granicy wykładni wyznaczonej przez językowe znaczenie tekstu¹⁹, gdy uważa, że interpretacja językowa prowadzi do wyników niedorzecznych²⁰, absurdalnych lub rażąco niesprawiedliwych. Przełamanie granicy wyznaczonej językowym brzmieniem tekstu może znajdować uzasadnienie w dążeniu do zapewnienia zgodności wykładni z aktem prawnym wyższego rzędu (konstytucją, traktatem etc.). Warto przypomnieć tutaj stanowisko polskiego Trybunału Konstytucyjnego, które można nazwać kompromisowym. Z jednej strony bowiem podkreśla, że w państwie prawnym interpretator musi zawsze w pierwszym rzędzie brać pod uwagę językowe znaczenie tekstu prawnego, które stanowi granicę wykładni w tym sensie, że nie jest dopuszczalne przyjęcie swoistych wyników wykładni funkcjonalnej, jeżeli wykładnia językowa prowadzi do jednoznaczności tekstu prawnego. Z drugiej jednak strony potwierdza, że nie może to oznaczać, że granica wykładni w postaci językowego znaczenia tekstu jest granicą bezwzględna i nieprzekraczalną. Raczej „oznacza to, że do przekroczenia tej granicy nie-

¹⁵ „Superior principles” wyróżnione przez V. Constantinesco, *The ECJ as a law-maker: PRAETER AUT CONTRA LEGEM?* (w:) *Liber Amicorum Lord Slynn*, Kluwer Law International, 2000, s. 79. K. Lenaerts w kontekście wyroku w sprawie *Les Verts* posługuje się terminem „fundamental principle”, *Some thoughts about the Interaction Between Judges and Politicians* (1992) *Yearbook of European Law* 1, s. 17.

¹⁶ M. Safjan posługuje się terminami „*acquis constitutionnel*” i „doświadczenie konstytucyjne”, *op. cit.*, s. 5.

¹⁷ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Wydawnictwo Liber, Warszawa, 2001, s. 42.

¹⁸ Lord Reid pisze o „zdrowym rozsądku”, *Judge as law maker* (1972–1973) 12 *SPTL* 1, s. 26.

¹⁹ Z terminu „reguły preferencyjne przełamania” korzystam za M. Zielińskim, *Wyznaczniki Reguł Wykładni Prawa*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny* 1998, nr 3–4, s. 14.

²⁰ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa, 1972, s. 124.

zbędne jest silne uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych²¹.

Przywołany pogląd Trybunału Konstytucyjnego dotyczył wprawdzie Konstytucji oraz wartości konstytucyjnych, ale można odnieść go *per analogiam* do Traktatu, który w opinii Trybunału jest „podstawową kartą konstytucyjną” Wspólnoty, oraz zawartych w nim zasad i wartości. W sprawach *Les Verts*, *Chernobyl* i *Francovich/Brasserie* odejście od tekstu Traktatu podyktowane było istnieniem zasady (wartości), która spełniała dwie podstawowe funkcje: stanowiła przeciwwagę dla tekstu interpretowanego literalnie oraz wytłumaczenie dla wyboru innego niż ten, który podyktowany był właśnie dosłowną wykładnią tekstu. W sprawie *Les Verts* Trybunał opierał się na zasadzie sądowej ochrony obowiązującej w ramach Wspólnoty rządzonej przez prawo, w sytuacji gdy jedna z instytucji wydaje akt prawny wywołujący skutki prawne. Trybunał starał się dostosować zasadę nadrzędną sądowej ochrony do stale ewoluującego usytuowania instytucjonalnego Parlamentu Europejskiego oraz wzrostu jego kompetencji. Skoro Traktat zezwala Parlamentowi na stanowienie aktów prawnych wiążących dla osób trzecich, muszą one być w stanie kwestionować ich legalność. W świetle takiej interpretacji istniała sprzeczność pomiędzy jasnym zapisem w Traktacie (a ściślej brakiem określonego zapisu, zgodnie z którym Europejski Parlament miałby legitymację bierną) a zasadą nadrzędną w postaci efektywnej ochrony sądowej.

Odnajdując zasadę ochrony sądowej w systemie Traktatu Trybunał działa, podobnie jak we *Francovich/Brasserie*, w charakterze sądu konstytucyjnego. Jak dworkinowski sędzia Herkules dokonuje „pełnej interpretacji” materiału normatywnego, ponieważ to interpretacja systemowa, a nie literalna art. 230 Traktatu, prowadziła do wniosku, że Traktat zamierzał stworzyć możliwość zaskarżania każdego aktu prawnego wywołującego skutki prawne. W ten sposób wykładnia art. 230 Traktatu przebiega w kierunku zapewnienia zgodności tego przepisu z zasadą nadrzędną. Postępując w ten sposób, Trybunał mocno „zaczepia” swoje rozstrzygnięcia w zasadach nadrzędnych mających źródło w karcie konstytucyjnej Wspólnoty. Z podobnym odkodowaniem zasady nadrzędnej w obrębie wspólnotowej karty konstytucyjnej mieliśmy do czynienia w sprawie *Chernobyl*. Równowaga instytucjonalna musi być przestrzegana w każdych okolicznościach i poddana sądowej kontroli, nawet gdyby oznaczało to kreatywne odczytanie przepisu jurysdykcyjnego. Jest tak, ponieważ przepis musi być zgodny z zasadą nadrzędną. Wbrew jednak krytykom Trybunału, zasada równowagi instytucjonalnej nie została stworzona przez Trybunał, ale odnaleziona w systemie Traktatu.

Elementem łączącym cztery rozpatrywane sprawy jest odrzucenie argumentu, że skoro Traktat (tekst pisany) nie mówi wprost o określonych zasadach, to takowe nie istnieją. Ten argument negatywny nie miał dla Trybunału charakteru decydującego. Jego przyjęcie byłoby sprzeczne z cechą Wspólnoty jako „wspólnoty opartej na prawie”. Przedstawiony łańcuch orzeczeń potwierdza, że prawa nie mogą istnieć bez środków ochrony prawnej²². We Wspólnotcie opartej na prawie każdy nosiciel prawa musi mieć możliwość ochrony swoich praw, bez konieczności oczekiwania na inicjatywę osoby (instytucji) trzeciej. Efek-

²¹ Wyrok z 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK 2000, z. 5, nr 141.

²² Charakterystyczne, że właśnie od przypomnienia paremii „*Ubi ius ibi remedium*” zaczyna swoje „Słowo wstępne” Profesor K. Lenaerts (w.): T. T. Koncewicz, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny/Community Procedural Code*, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa, 2007.

tywność ochrony praw wspólnotowych jest podstawowym elementem „wspólnoty prawa”: w sprawach parlamentarnych została ona potwierdzona na poziomie instytucjonalnym, we *Francovich-Brasserie* na poziomie podmiotów prywatnych.

Dlatego procedowanie Trybunału nie ma charakteru arbitralnego i nieprzewidywalnego. Jest mocno zakorzenione w wartościach i zasadach, które Trybunał odnajduje w systemie prawa wspólnotowego i które są wspólne dla państw członkowskich. W tym sensie Trybunał nie narzuca „aksjologii obcej”, ale buduje aksjologię, która znajduje się w Traktacie i której źródła poszukujemy we wspólnej decyzji państw o procesie integracji. Orzecznicze wybory Trybunału prowadzą do wewnętrznej hierarchizacji Traktatu. W jej skład wchodzi, obok przepisów oraz norm na jej podstawie skonstruowanych, także nadrzędne zasady konstytucyjne. Pomiedzy grupą pierwszą a drugą istnieje hierarchia, skoro w razie sprzeczności, oraz a *fortiori* niejasności, zasady nadrzędne mają pierwszeństwo oraz wyznaczają pożądany sposób i kierunek wykładni przepisów oraz norm. Ilekroć pojawia się sprzeczność pomiędzy np. rozszerzonymi kompetencjami Parlamentu a zawężającą określoną skargą o unieważnienie wykluczającą udział Parlamentu w postępowaniu sądowym, czy też pomiędzy tekstem Traktatu a efektywną ochroną sądową, Trybunał orzeka i dokonuje wyborów, mając na uwadze idee skutecznej ochrony sądowej oraz prawny wymiar integracji, których wyrazem jest art. 220 Traktatu. Artykuł ten jest wykorzystany jako podstawa prawna sędziowskiej kreatywności i odkrywania oraz rozwijania nadrzędnych zasad płynących z Traktatu. Akt balansowania pomiędzy z jednej strony ideami, wartościami i zasadami nadrzędnymi, a z drugiej brzmieniem ogólnych (i dodajmy często niedoskonałych i niejasnych²³) przepisów, stanowi codzienny aspekt funkcjonowania Trybunału. Trybunał, opierając się na art. 220 Traktatu, poszukuje tych idei, wartości i zasad, jednocześnie wzmacniając legitymację swojego orzecznictwa. W tym miejscu dochodzimy do sytuacji konfliktu pomiędzy z jednej strony celem prawa a jego niedoskonałościami: dążenie do odnalezienia prawdziwego *telos* Traktatu w procesie jego interpretacji jest instrumentem, za pomocą którego następuje wypełnienie przestrzeni, która powstaje, gdy porównujemy cele, które prawo realizuje, do których dąży, a jego tekstualnymi ograniczeniami²⁴. Pozostaje jedynie decyzja, czy odkryta przestrzeń (luka) winna być „zagospodarowana” w drodze interpretacji, czy też w drodze wspólnotowego precedensu. W tym procesie nie ma żadnego automatyzmu. Konsekwentne odczytywanie Traktatu jako karty konstytucyjnej, przejrzyste dyrektywy interpretacji, zachowanie jednolitości i spójności orzecznictwa, powodują, że znakomita większość wyroków Trybunału oparta jest na kryteriach obiektywnych i racjonalnych, wsparta rzetelnym uzasadnieniem, a wynik spraw przewidywalny²⁵. Z tej właśnie perspektywy kluczowego i spajającego znaczenia nabiera art. 220 Traktatu rzymskiego, często opisywany jako zagadkowy²⁶. Jednak jedno jest pewne: jego *ratio legis* nigdy nie sprowadzało się do proste-

²³ J. Waldron, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues* (1994) 82 California Law Review 509.

²⁴ C. J. Mann, *The Function of Judicial Decision in European Economic Integration*, Nijhoff, 1972, s. 121.

²⁵ Na ten temat zob. więcej J. R. Bengoetxea, *The Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Clarendon, 1993 oraz T. Tridimas, *The Court of Justice and Judicial Activism* (1996) 21 European Law Review 199.

²⁶ T. Koopmans pisał, że art. 220 Traktatu to „quizzical kind of rule”, *The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions* (1991) 39 American Journal of Comparative Law 493, s. 495.

go stosowania i interpretowania przepisów Traktatu, raczej polegało przede wszystkim na uzasadnieniu procesu inkrementalnego rozwijania prawa²⁷ i dążenia do ideału „czynienia sprawiedliwości”²⁸, w taki sposób, aby Wspólnota oparte były na solidnej podstawie prawnej²⁹ i aby „zapewnić realizację tych wymogów sprawiedliwości materialnej, które nadają legitymizację organizacji regulującej aktywność ludzi, takiej jak Wspólnota, która w wyniku swojej ewolucji stała się czymś więcej niż stowarzyszeniem państw”³⁰. Umieszczając art. 220 Traktatu państwa członkowskie stworzyły fundamenty kreatywnej postawy przyjętej przez Trybunał w procesie interpretacji nie tylko przepisów definiujących jego jurysdykcję, ale także prawa wspólnotowego *sensu largo*. Przytoczony fragment wyroku Trybunału Konstytucyjnego można odczytywać jako zachętę do podejścia elastycznego, z jednoczesnym zachowaniem równowagi pomiędzy regułą (wykładnia literalna) a wyjątkiem (wykładnia celowościowa).

IV. Patrząc w oczy sędziom i sędziowie patrzący nam w oczy

Odkrywanie prawa przez Trybunał nie jest dzisiaj czymś nadzwyczajnym, co mogłaby sugerować pryncypialna krytyka weń wymierzona. Raczej wpisuje się w „ewolucję systemów sądowych od doktryny sądowego pasywizmu, w myśl której sądy są jedynie instytucjami stosującymi prawo, do doktryny sądowego aktywizmu, która każe widzieć w najwyższych instancjach sądowych również instytucje współtworzące ogólne zasady i reguły”³¹. Zapewnienie przestrzegania prawa wspólnotowego to coś więcej niż mechaniczne stosowanie przepisów prawa. To także poszukiwanie innych elementów, które składają się na pojęcie „prawo”, wartości i zasad nadrzędnych, które razem tworzą wspólnotowe *acquis jurisprudentiel*. Poszukiwanie rozwiązań zakorzenionych w aksjologicznych podstawach systemu, branie pod uwagę celów prawa oraz słusznych oczekiwań stron formułujących roszczenia na podstawie obowiązujących przepisów i oczekujących od sądów sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporów, to coś zgoła innego aniżeli wkraczanie przez Trybunał w sferę kompetencji polityków. Manifest Trybunału w tym zakresie najlepiej oddają słowa byłego sędziego Pescatore. Podkreślał, że ilekroć tekst przepisu nie zawiera kryteriów niezbędnych

²⁷ Sędzia Trybunału C. N. Kakouris idzie nawet dalej, gdy pisze: „(...) les limites de sa (Trybunału – T. T. K.) propre compétence qui est pourtant définie de façon tellement large! *En réalité l'article 164 est une invitation de la Cour à l'activisme*” (podkr. T. T. K.) w *La Mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'ethos du juge* (w:) (1994) 1 *Revue des affaires européennes*, s. 36.

²⁸ Z określenia korzystam za profesor E. Łętowską, która mówi o „kulturze sądenia” i podkreśla, że „(...) wyrok jest – a przynajmniej powinien być – czynieniem sprawiedliwości, a nie tylko stosowaniem przepisów prawa”, *Prawo dla gawiedzi*, „Gazeta Wyborcza” z 23 września 2004 r.

²⁹ J. Gibson, G. Caldeira, *The European Court of Justice: a Question of Legitimacy* (1993) 14 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 204.

³⁰ Tak były sędzia Trybunału Sprawiedliwości U. Everling (w:) *The Court of Justice as a decision making authority* (w:) *The art of governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein*, Nomos, Baden–Baden, 1986, s. 156.

³¹ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa, 2000, s. 198 i n., który w sposób wszechstronny i przekonujący obala mit, że sądy jedynie stosują prawo.

do rozstrzygnięcia sprawy, Trybunał musi zwrócić się ku elementom systemowym i zasadom strukturalnym, które w sposób inherentny związane są z prawem wspólnotowym. W przeciwnym razie sędziowie dopuściliby się naruszenia fundamentalnej zasady etycznej swego zawodu: zakazu odmowy dania sprawiedliwości (*deni de justice*)³².

Oskarżając Trybunał o nieposkromiony aktywizm, krytycy Trybunału nie dostrzegają, że w wyniku ważenia różnych interesów i wartości wydane orzeczenie nie zawsze ignoruje literalne brzmienie przepisów i musi być korzystne dla zasady nadrzędnej (sądowej ochrony, kompletności wspólnotowego systemu ochrony prawnej etc.). Trybunał w konkretnym przypadku nie zadecyduje o potrzebie dostosowania brzmienia przepisu do treści zasady. Interpretacja artykułu 230 akapit 4 Traktatu stanowi w tym kontekście klasyczny przykład sytuacji, gdy zasada nadrzędna nie oznaczała, zdaniem Trybunału, konieczności modyfikacji przełamania brzmienia przepisu Traktatu³³. Dlatego w opisywanym procesie nie ma miejsca na jakikolwiek automatyzm.

W tym też sensie należy więc dokonać ścisłego odróżnienia orzekania przez Trybunał w celu ochrony nadrzędnych zasad od orzekania i kierowania się względami politycznymi, co stanowi podstawowy element zarzutu o „*judicial activism*” Trybunału. Zadaniem sędziów Trybunału jest zapewnienie koherencji pomiędzy przepisami i zasadami konstytucyjnymi oraz, gdy to konieczne, dokonanie wyboru i podkreślenie wyższości zasad w ramach wspólnotowego systemu prawnego³⁴. Orzecznictwo ma zapewnić, że elementy wchodzące w skład wewnętrznej hierarchii Traktatu pozostają wobec siebie w stosunku komplementarności, a nie sprzeczności. Obowiązkiem więc Trybunału jest zapewnienie, że orzecznictwo odwołujące się do zasad nadrzędnych i stopniowo tworzące taką hierarchię, jest przewidywalne i przekonujące swoją argumentacją³⁵. Trybunał zdaje sobie sprawę, że w państwach demokratycznych instytucje państwowe budują swoją legitymizację w pierwszym rzędzie z mandatu pochodzącego z wyborów powszechnych. W przypadku Trybunału ten związek jest słaby, skoro sędziowie wybrani są przez przedstawicieli państw członkowskich. Dlatego też próby tworzenia prawa przez Trybunał nie znajdują podstawy demokratycznej. Przekonanie do wyroków oraz stopniowe budowanie swojej legitymizacji przez Trybunał

³² P. Pescatore, *La carence du législateur communautaire et le Devoir du juge* (w:) *Rechtsvergleichung, Europarecht, Staatsintegration – Gedächtnisschrift für L. J. Constantinesco*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1983, s. 576–577.

³³ O tym wstrzemięźliwym aspekcie orzecznictwa zob. T. T. Koncewicz, *Czy jesteśmy świadkami majowej rewolucji w Luksemburgu?* (w:) „Palestra” 2003, nr 3–4.

³⁴ Por. też Z. Brodecki, *Prawo integracji w Europie*, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 87.

³⁵ D. Edward pisze „The test of judicial decision is whether it is legally and intellectually credible as an answer to the problem the judge has been called upon to resolve. For the judge *not* to take a decision is both legally and intellectually indefensible, since it is a denial of its judicial function”, *Judicial Activism—Myth or Reality? Van Gend en Loos, Costa v. Enel and the Van Duyn family revisited* (w:) Campbell, A. I. L., Voyatzki, I. M. (red.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law, Essays in Honour of Lord Mackenzie Stuart*, London, 1996, s. 35 (podkr. w oryginale). Na warstwę argumentacyjną orzeczeń Trybunału zwraca także uwagę K. Lenaerts w kontekście orzeczeń wstępnych. Jego zdaniem: „In answering those requests (o wydanie orzeczeń wstępnych) the Court was bound to come up with a judicially workable interpretation of the directly effective Community law provision”, *Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians in the European Community* (1992) *Yearbook of European Law* 1, s. 12 (dopisek i podkr. T. T. K.).

musi przyjść „z wewnątrz”, od samego Trybunału, i płynąć z jakości wydawanych orzeczeń, które podobne sprawy rozstrzygają w sposób podobny i spójny, które są uzasadniane w sposób przejrzysty i racjonalny³⁶.

Czy krytycy Trybunału z równą gotowością i ochotą przekonywaliby poszkodowanych pracowników w sprawie *Francovich*, że państwo nie powinno odpowiadać za wyrządzoną im szkodę, bo stosowny przepis nie został uregulowany w Traktacie, czy też tych wszystkich pokrzywdzonych przez akty prawne Parlamentu Europejskiego, których nikt nie mógłby kwestionować, bo Traktat w tym zakresie milczał? Jestem przekonany, że właśnie na tym poziomie widać, jak wątle są zarzuty o „sędziowski rząd”, „aktywizm” czy Europę „rządzoną przez sędziów”. To co tak naprawdę się liczy i ma znaczenie, to sposób, w jaki sędziowie są w stanie przekonać świat zewnętrzny do swoich rozstrzygnięć i wizji prawa europejskiego. To właśnie krytyka podyktowana niezrozumieniem motywów rozstrzygnięcia, ich arbitralnością i nieprzewidywalnością, jest tą, której sędziowie powinni obawiać się najbardziej. Żaden bowiem sąd nie może uznawać się za bezbłędny i wolny od krytycznej oceny swoich audytoriów prawniczych. Jest tak, gdyż każdy akt sądenia przez sędziów jest jednocześnie poddaniem tych samych sędziów pod osąd świata zewnętrznego³⁷. Nie mam żadnych wątpliwości, że sędziowie Trybunału Sprawiedliwości zdają sobie sprawę, że stale są poddawani temu testowi i ocenie. Co więcej, jestem przekonany, że zapominając o pewnych orzeczniczych potknięciach i niejasnościach, globalna ocena orzecznictwa Trybunału, w tym orzeczniczego łańcucha „*Les Verts – Chernobyl – Francovich – Brasserie*”, wypada zdecydowanie pozytywnie i zasługuje na szacunek. „Aktywistyczni” sędziowie je wydając mogliby z podniesioną głową spojrzeć w oczy Panu *Francovich*, wiedząc, że zrobili wszystko, co było w ich mocy, aby zapewnić faktyczne przestrzeganie prawa. Czyż na tym nie powinno w ostateczności polegać „wspólnotowe czynienie sprawiedliwości” i dokonywanie oceny Trybunału Sprawiedliwości, a szerzej – także każdego sądu?

³⁶ J. Habermas, *Between Facts and Norms* (1996), s. 198, który na te właśnie czynniki wskazuje jako podstawę dla społecznego odbioru sądów oraz ich legitymizacji. Cytuję za A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 1999, s. 563. W podobnym duchu Trybunał Konstytucyjny, który mówi o „legitymizacji przez przejrzystość” (sygn. SK 30/05).

³⁷ Nawiązuję w ten sposób do słów prezesa izraelskiego Sądu Najwyższego, który o sobie mówił „*As I sit at trial I stand on trial*”, A. Barak, *The nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice* (w:) O. Wiklund (red.), *Judicial discretion in European Perspective*, Norstedts Juridik, Kluwer Law International, 2003, s. 14.

Recenzje

Andrzej Stempniak ***Postępowanie o dział spadku***

Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2006, s. 458

Autor recenzowanej pracy podjął trudne zadanie kompleksowego opracowania problematyki postępowania o dział spadku. Kwestia ta należy niewątpliwie do istotnych zagadnień nie tylko dla praktyki, ale i nauki postępowania cywilnego. Autor swoje rozważania procesowe prowadzi w uwzględnieniu w niezbędnym zakresie prawa materialnego oraz kontekstu historycznoprawnego i porównawczego. Właściwie eksponuje też w pracy cele i funkcje postępowania o dział spadku oraz wnikliwie analizuje cały szereg problemów wynikających ze złożonego sposobu regulacji prawnej tego postępowania.

Wszystko to sprawia, że praca ma charakter interdyscyplinarny, a jej tematyka odpowiada aktualnym potrzebom nauki i praktyki, tym bardziej że objęte zakresem pracy zagadnienia nie były do tej pory w literaturze polskiej przedmiotem właściwego i systematycznego opracowania w uwzględnieniu aktualnego stanu prawnego. Monografia bowiem R. Mozyńskiego, J. Policzkiewiczza (*Działy spadkowe*, Warszawa 1961) stanowiła przede wszystkim opracowanie na potrzeby praktyki problematyki działowej na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów prawa. Z tego względu kompleksowe i monograficzne opracowanie postępowania o dział spadku w uwzględnieniu obecnie obowiązujących przepisów prawa uznać należy za ze wszech miar celowe i potrzebne. Ustalenia Autora mają przy tym istotne znaczenie nie tylko dla wykładni i stosowania obowiązujących przepisów prawa, ale i tworzenia prawa.

Podkreślenia wymaga też znaczny stopień trudności związany z należyтым opracowaniem problematyki objętej tytułem pracy. Dotyczy ona przede wszystkim postępowania o dział spadku, prowadzonego przez sąd w trybie postępowania nieprocesowego, i wynika głównie ze zróżnicowanego przedmiotu, kształtu legislacyjnego oraz przyjętego przez ustawodawcę wielostopniowego sposobu regulacji tego postępowania. Utrudnia to wypracowanie pewnych ogólnych prawidłowości tak głęboko zróżnicowanego układu kompleksowego, jakim jest postępowanie nieprocesowe o dział spadku. Z tym większym uznaniem należy odnieść się do wysiłku Autora włożonego w opracowanie tematu rozprawy.

Na akceptację zasługuje zasadniczo zakres analizowanych w pracy zagadnień. Autor trafnie przy tym swoje wnikliwe rozważania analityczne koncentruje przede wszystkim na sądo-

wym dziale spadku w trybie postępowania nieprocesowego. Rozważania Autora na ten temat ukazują całą skalę skomplikowania jurydycznego analizowanych w pracy zagadnień.

Autor poddaje w swej pracy analizie problemy o różnej randze i znaczeniu, w związku z czym sposób ich analizy i oświetlenia jest zróżnicowany. Na tle szczegółowej analizy podstawowych problemów postępowania o dział spadku zachodzi niejednokrotnie potrzeba sprecyzowania przez Autora na użytek jego rozważań stanowiska w najistotniejszych kwestiach teoretycznych dotyczących całego postępowania nieprocesowego. Natomiast rozwiązując podstawowe problemy postępowania działowego, Autor dokonuje też analizy i wykładni konkretnych przepisów k.p.c. z zakresu tego postępowania, w związku z czym obok głównej i dominującej warstwy teoretycznej opracowania wyróżnić można warstwę interpretacyjną.

W rozważaniach swych Autor posługuje się metodą formalno-dogmatyczną, ogólnie przyjmowaną w tego typu opracowaniach. Wykazuje przy tym dobrą znajomość literatury polskiej oraz orzecznictwa sądowego, jak i wybranych pozycji literatury niemieckiej, austriackiej i francuskiej.

Jeśli chodzi o konstrukcję pracy, to całość materiału rozprawy podzielona została na dwie części. Część pierwsza obejmuje siedem rozdziałów, które Autor kolejno zatytułował:

1. Zagadnienia wstępne
2. Podmioty postępowania o dział spadku
3. Wszczęcie postępowania
4. Zakres kognicji sądu pierwszej instancji
5. Podział spadku
6. Rodzaje postanowień co do istoty sprawy w postępowaniu o dział spadku
7. Zagadnienia szczególne postępowania o dział spadku.

Natomiast część druga zawiera projekt wniosku o dział spadku.

Konstrukcja części pierwszej pracy umożliwia Autorowi zasadniczo wnikliwą analizę zagadnień objętych tematem pracy.

Z uwagi jednak na fakt, że recenzowana praca zasługuje na kolejne wydanie, sugeruję Autorowi rozważenie wprowadzenia pewnych zmian w rozdziałach I i VII oraz dodanie do pracy wniosków końcowych.

Rozdział I pracy, obok wprowadzenia, zawiera stosunkowo obszerne rozważania Autora na temat trybów działu spadku, zagadnień ogólnych postępowania o dział spadku, całkowitego albo częściowego działu spadku. Zamykają ten rozdział uwagi historyczne i prawno-porównawcze Autora.

W mojej ocenie rozważania Autora zyskałyby na przejrzystości w wyniku wyodrębnienia z tego rozdziału, poza wstępem do całej pracy, rozdziału zawierającego krótki rys historyczny, oraz uwag prawno-porównawczych, a następnie rozdziału materialnoprawnego zatytułowanego np. Spadek a majątek spadkowy oraz rozdziału o trybach postępowania w sprawach działu spadku. Do wyodrębnienia w osobny rozdział kwalifikują się też rozważania Autora o sposobie regulacji prawnej postępowania o dział spadku i jego zakresie.

Z kolei rozdział VII pracy, wbrew jego tytułowi, zawiera ogólniejsze rozważania Autora o postępowaniu apelacyjnym, kasacyjnym, wznowieniu postępowania oraz skardze o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Problematyka ta wymagałaby wyodrębnienia w osobny rozdział, zatytułowany np. Środki zaskarżania orzeczeń sądu w postępowaniu o dział spadku. Wyodrębnienia w osobny rozdział wymagałyby też rozważania Autora o kosztach postępowania.

Brakuje również wniosków końcowych pracy, w których Autor podjąłby próbę podsumowania swoich szczegółowych rozważań i sformułowania pewnej ogólniejszej oceny przyjętej przez ustawodawcę *de lege lata* regulacji prawnej postępowania o dział spadku.

Przechodząc do oceny merytorycznej pracy, to zgadzam się ze zdecydowaną większością dobrze umotywowanych i udokumentowanych poglądów Autora. Cenne są jego rozważania o podmiotach postępowania o dział spadku, zakresie kognicji sądu pierwszej instancji, o podziale spadku oraz o rodzajach orzeczeń merytorycznych sądu w sprawach o dział spadku. Z dużym wyczuwaniem potrzeb praktyki prowadzone są rozważania Autora w trudnych i wymagających interdyscyplinarnego spojrzenia kwestiach dotyczących ustalenia przez sąd składu i wartości spadku, sporów rozstrzyganych na podstawie art. 685 k.p.c., roszczeń ubocznych (art. 686 k.p.c.) oraz rozstrzygania o żądaniach wynikających z kodeksu cywilnego. Ocena ta dotyczy również rozważań Autora o sposobach podziału spadku, okolicznościach mających wpływ na ustalenia sched spadkowych oraz orzekanych przez sąd splatach i dopłatach na rzecz spadkobierców. Autor wykazuje się przy tym ogólną wiedzą nie tylko z zakresu prawa cywilnego procesowego, ale i materialnego.

W tej sytuacji zrezygnuję w tym punkcie recenzji z bliższego omówienia głównych wątków tematycznych pracy, a ograniczę się tylko do najważniejszych moich uwag polemicznych.

Otóż na stronie 3 i n. pracy Autor formułuje pogląd, że nie została właściwie ujęta przez ustawodawcę złożoność postępowania nieprocesowego w sprawach o dział spadku. Ustawodawca bowiem poświęca regulacji tego postępowania zaledwie kilka szczególnych przepisów (art. 680–689 k.p.c.), przy czym zabiegu tego nie usprawiedliwia regulacja zawarta w art. 688 k.p.c., w świetle którego do działu spadku stosować odpowiednio należy przepisy dotyczące zniesienia współwłasności. Takie odesłanie byłoby zdaniem Autora uzasadnione wtedy, gdy w skład majątku spadkowego wchodziłyby tylko rzeczy. Natomiast tak nie jest, skoro w skład majątku mogą wchodzić także prawa. W rezultacie Autor podziela pogląd J. Gwiazdomorskiego, że zamiast ujęcia przepisów regulujących całość postępowania o dział spadku, przyjęto rozwiązanie nieprecyzyjne oraz niewolne od luk. Zachodzą bowiem wątpliwości, które z przepisów o zniesieniu współwłasności należy stosować wprost, a które po uprzedniej modyfikacji obowiązującej normy prawnej.

Argumentacja ta nie powinna jednak, moim zdaniem, prowadzić Autora do wniosku o potrzebie całościowego uregulowania odmienności postępowania w sprawach o dział spadku na mocy przepisów szczególnych, ale dodatkowego uregulowania w tym postępowaniu na mocy takich przepisów tylko tych odrębności tego postępowania, których nie da się uwzględnić w drodze odpowiedniego stosowania przepisów k.p.c. dotyczących zniesienia współwłasności. To właśnie dlatego, że w skład majątku spadkowego wchodzi nie tylko rzeczy, ale i prawa, przepisy k.p.c. dotyczące zniesienia współwłasności stosuje się odpowiednio w postępowaniu w sprawach o dział spadku, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Przepis art. 688 k.p.c. spełnia zatem funkcję klauzuli generalnej, harmonizującej oba postępowania działowe. Tak więc rolą sądu w świetle tego przepisu jest usuwanie wątpliwości, które z przepisów o zniesieniu współwłasności należy stosować wprost, a które po uprzedniej modyfikacji obowiązującej normy prawnej w postępowaniu o dział spadku.

Ponadto regulacja z art. 688 k.p.c. jest zharmonizowana z regulacją zawartą w art. 1035 k.c. i 1070 k.c., według których, jeżeli spadek przypada kilku spadkobiercom, do działu spadku stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych oraz przepisy o podziale gospodarstw rolnych.

W nowoczesnej kodyfikacji postępowania cywilnego ustawodawca nie może też, abstrahując od procesu, zrezygnować z wielostopniowego systemu regulacji prawnej postępowania w poszczególnych kategoriach spraw objętych zakresem postępowania nieprocesowego czy innych rodzajów postępowania. Nie przypadkiem więc ustawodawca ze względów techniczno-legislacyjnych reguluje w k.p.c. w sposób całościowy i samowystarczający wyłącznie proces, a inne postępowania tylko w zakresie ich odrębności. Wynika to jednoznacznie z normy art. 13 § 2 k.p.c., w świetle którego przepisy o procesie stosuje się odpowiednio do innych rodzajów postępowań uregulowanych w kodeksie, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Oznacza to również w tym wypadku przerzucenie przez ustawodawcę ciężaru ustalenia potrzebnej reguły zachowania się na sąd jako organ stosujący prawo, poprzez konieczność dokonania niezbędnej oceny norm prawnych, prowadzącej do niezbędnej m.in. modyfikacji dyspozycji niektórych odpowiednio stosowanych w tym postępowaniu przepisów o procesie.

W sumie postulując zmiany w wielostopniowym systemie regulacji prawnej nawet w postępowaniu nieprocesowym w sprawach o dział spadku, pamiętać należy o ogólniejszej kwestii, że już obecnie k.p.c. jest najobszerniejszą ustawą obowiązującą w Polsce, a intensywne poszerzanie zakresu regulacji tego kodeksu wraz z rezygnacją przez ustawodawcę chociażby z niektórych elementów odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących jednego modelowego postępowania do innych postępowań uregulowanych w kodeksie skutkowałoby przekształceniem tego kodeksu w megakodyfikację postępowania cywilnego.

Przechodząc do innej kwestii, to Autor jest zwolennikiem poglądu o dopuszczalności działu spadku również przez sąd polubowny. Za trafnością tego poglądu przemawiają wyniki w tym zakresie wykładni funkcjonalnej przepisów k.p.c. oraz istota i charakter spraw o dział spadku, w których to w szeregu wypadkach występują spory o prawo majątkowe, jak i sama treść przepisów k.p.c. o zapisie na sąd polubowny. Natomiast wątpliwości co do trafności tego poglądu wynikają przede wszystkim z treści art. 1037 § 1 k.c. oraz pozycji ustrojowej sądu polubownego. W świetle tego przepisu dział spadku może nastąpić bądź na mocy umowy między wszystkimi spadkobiercami, bądź na mocy orzeczenia sądu na żądanie któregośkolwiek ze spadkobierców. Nie ulega przy tym wątpliwości, że przepis ten w zakresie sądowego działu spadku odsyła, co przyznaje zresztą sam Autor na stronie 3 pracy, do prowadzonego w trybie nieprocesowym postępowania o dział spadku (art. 680–689 k.p.c.). W tym bowiem tylko trybie orzeczenie sądu może być wydane na żądanie któregośkolwiek ze spadkobierców. Natomiast orzekać mogą w tym postępowaniu tylko sądy państwowe. Tymczasem sąd polubowny jest sądem niepaństwowym powołanym zgodną wolą stron stosunku prawnego do rozstrzygnięcia między nimi określonego sporu o prawo. Sąd ten nie może wydać orzeczenia na żądanie któregośkolwiek ze spadkobierców, ale może orzekać na podstawie zgodnej woli spadkobierców wyrażonej w formie zapisu na sąd polubowny. Pozycji ustrojowej sądu polubownego nie zmienia sprawowany przez sąd państwowy nadzór nad orzecznictwem sądu polubownego. Ostatecznie więc wyrok sądu polubownego nie spełnia wymogu orzeczenia sądu, o którym mowa w art. 1037 § 1 k.c.

Z kolei na stronie 10 i n. pracy Autor podziela trafny pogląd, że postępowanie pojednawcze może objąć również sprawy o dział spadku, przytaczając w tym celu wiele przekonujących argumentów. Z rozważań Autora nie wynika jednak jasno, czy w tych sprawach postępowanie prowadzić należy w trybie procesu, czy postępowania nieprocesowego. Przepisy art. 184–186 k.p.c. o postępowaniu pojednawczym zawarte są w księdze pierwszej kodeksu, zatytułowanej Proces, mimo że postępowanie pojednawcze przeprowadzane jest

przed wniesieniem pozwu. Struktura tego postępowania jest dwustronna, wymaga bowiem istnienia wzywającego oraz jego przeciwnika. W niektórych jednak sprawach o dział spadku nie da się wyróżnić dwóch przeciwstawnych sobie stron stosunku prawnego, gdyż zaistniała sytuacja konfliktowa charakteryzuje się nie przeciwstawnością, ale sprzecznością interesów stron stosunku prawnego. W tych sprawach spór o prawo nie układa się na zasadzie dwustronności (bliżej K. Lubiński, *Istota i charakter prawny działalności sądu w postępowaniu nieprocesowym*, Toruń 1985, s. 253 i n.). Wymaga to odpowiedniego stosowania art. 184 i n. k.p.c. o postępowaniu pojednawczym w sprawach objętych zakresem postępowania nieprocesowego. Z tego powodu postępowanie pojednawcze prowadzić należy, moim zdaniem, w trybie postępowania nieprocesowego. Dopiero wówczas wchodzić może w grę odpowiednie stosowanie art. 184 i n. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w postępowaniu pojednawczym prowadzonym w trybie postępowania nieprocesowego. Przepis bowiem art. 13 § 2 k.p.c. nie pozwala na odpowiednie stosowanie przepisów o postępowaniu nieprocesowym na potrzeby prowadzonego w trybie procesu postępowania pojednawczego. W ten sposób w postępowaniu pojednawczym w sprawach o dział spadku trzeba będzie z jednej strony odpowiednio zastosować w uwzględnieniu specyfiki tych spraw przepisy k.p.c. o formie wniosku o zawezwaniu do próby ugodowej, z drugiej zaś o dołączeniu do tego wniosku postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku oraz odpowiednich dokumentów wskazujących przynależność do spadkodawcy określonych praw majątkowych. Natomiast zastosowanie art. 510 k.p.c. pozwoli sądowi na ostateczne ustalenie, czy w postępowaniu pojednawczym biorą udział wszyscy spadkobiercy, a w wypadku zbycia przez spadkobiercę przypadającego mu udziału, lub jego części, nabywcy tego udziału lub jego części. Ugoda nieodpowiadająca tym wymogom dotknięta byłaby sankcją nieważności (art. 58 w zw. z art. 1037 § 1 k.c.).

Z kolei przy omawianiu skutków prawomocności materialnej orzeczeń merytorycznych sądu w sprawach o dział spadku na stronie 360 i n. pracy, Autor trafnie przyznaje tym orzeczeniom skutek negatywny tej prawomocności w postaci powagi rzeczy osądzonej. Warto jednak krótko zasygnalizować Czytelnikowi pracy istnienie głębokich różnic doktrynalnych w ocenie prawomocności materialnej orzeczeń w postępowaniu nieprocesowym nie tylko na gruncie różnych w Europie krajowych systemów prawa procesowego, ale niejednokrotnie tego samego systemu prawa procesowego, np. we Francji czy w Niemczech. W nauce tych państw przeważa pogląd, że orzeczenia nieprocesowe nie korzystają z prawomocności materialnej. W wielu też innych krajach europejskich odmawia się powagi rzeczy osądzonej wydanym przez sądy orzeczeniom w sprawach z zakresu opieki prawnej, ale nie ma wątpliwości, że skutek ten jest właściwy dla orzeczeń sądu, którymi rozstrzyga spory o prawo. Natomiast prawomocność materialną orzeczeń w postępowaniu nieprocesowym uznaje się zasadniczo w systemach prawnych państw, w których istnieją ku temu odpowiednie podstawy prawne (Austria, Szwajcaria, Czechy, Polska), mimo że w ustawodawstwie tych państw przewidziane są wypadki transformacji prawomocnych orzeczeń (bliżej K. Lubiński, *Prawomocność materialna orzeczeń w postępowaniu nieprocesowym*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 11, s. 43 i n.). Krótkie uwagi na ten temat wydają się uzasadnione tym bardziej, że na stronie 437 pracy Autor rozważa zagadnienie zmiany prawomocnego postanowienia oddalającego wniosek o dział spadku, gdy po wydaniu tego orzeczenia nastąpi zmiana okoliczności faktycznych, które stały na przeszkodzie w uwzględnieniu wniosku.

Sformułowane przeze mnie uwagi dotyczące struktury pracy, jak i niektórych problemów merytorycznych, mają zasadniczo charakter polemiczny. Zgadzam się natomiast ze

zdecydowaną większością dobrze umotywowanych poglądów Autora, sformułowanych po gruntownym i rzetelnym przeanalizowaniu zagadnień objętych tematem pracy.

W sumie praca ta stanowić może nieocenioną pomoc także dla praktyki w rozwiązywaniu trudnych niejednokrotnie problemów postępowania o dział spadku, tym bardziej że napisana jest z dużym wyczuciem jej potrzeb.

Kazimierz Lubiński

Tomasz Spyra

Granice wykładni prawa

Kraków: Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, 2006, s. 282

Książka „Granice wykładni prawa” jest, co zaznacza sam autor, zmienioną w niewielkim stopniu wersją jego pracy doktorskiej zatytułowanej „Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni”. Publikacja opatrzona jest zresztą podtytułem będącym powtórzeniem tytułu dysertacji. Wskazuje to w pewnym stopniu na tok i ramy prowadzonych rozważań.

T. Spyra dokładnej analizie poddał samo pojęcie granicy wykładni, ze szczególnym uwzględnieniem granicy językowej. Opis ten prowadzony jest głównie poprzez odwoływanie się do niemieckiej i polskiej doktryny i judykatury. Szkoda może trochę, że poza drobną wzmianką dotyczącą Francji, Wielkiej Brytanii i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości pominięto myśl prawniczą innych krajów. Opierając się na bogatym materiale źródłowym autor wykazuje, że w Niemczech dominuje koncepcja granicy możliwego znaczenia językowego. Najogólniej rzecz biorąc, koncepcja ta zakłada możliwość wykorzystywania w procesie wykładni całego potencjału znaczeniowego związanego ze słowami występującymi w akcie normatywnym. Dodaje się przy tym, że przekroczenie tak określonej granicy jest równocześnie przekroczeniem wykładni *sensu stricto*.

Granica możliwego znaczenia językowego zaczyna zdobywać też coraz mocniejszą pozycję w Polsce, choć przewaga tych tendencji jest u nas zjawiskiem stosunkowo nowym. Przez wiele lat widoczny był znaczący wpływ zasady *clara non sunt interpretanda*. W ujęciu zwolenników klaryfikacyjnej koncepcji wykładni zasada ta kwestionowała w ogóle potrzebę dokonywania wykładni w sytuacji, gdy dany tekst prawny był jasny i powszechnie zrozumiały. Z kolei mająca chyba szersze wpływy derywacyjna koncepcja wykładni zakłada, że wykładnia ma miejsce zawsze, niezależnie od stopnia prostoty i zrozumiałości tekstu prawnego. Wykładnia jest tu bowiem rozumiana jako wyinterpretowywanie (dekodowanie) normy prawnej z przepisów prawnych. Koncepcja derywacyjna przyjmuje, że podstawowym rodzajem wykładni stosowanym w pierwszej kolejności jest wykładnia językowa, ale należy odwoływać się też do dyrektyw pozajęzykowych (systemowych i funkcjonalnych), chociażby w celu potwierdzenia rezultatów wykładni językowej. Samo powiązanie rodzajów wykładni z granicą wykładni pojawiło się w naszej literaturze wprawdzie dopiero niedawno, lecz staje się zagadnieniem coraz bardziej popularnym.

W dalszej części książki T. Spyra przedstawił związki koncepcji językowej granicy wykładni z podstawowymi tezami teorii wykładni. Autor ukazał różnice w wąskim i szerokim rozumieniu wykładni, a także przedstawił językową granicę wykładni na tle różnych modeli

stosowania prawa. Nie zabrakło też miejsca dla analizy filozoficzno-językowych założeń konstrukcji tej granicy.

Badając związki językowej granicy wykładni z ważnymi dla prawa wartościami autor doszedł do konkluzji, że „jedynie zasada pewności prawa rozumiana jako ochrona zaufania jest w stanie w pełni uzasadnić granicę językową”. Inne wartości (np. podział władz, demokracja, związanie sędziego ustawą) wymagają oczywiście istnienia granic wykładni, nie ma jednak w tych przypadkach konieczności precyzowania charakteru tych granic.

W końcowej części pracy autor opierając się na wcześniej przedstawionych analizach konstruuje własną koncepcję językowej granicy wykładni. Koncepcję tę umiejscawia w ramach teorii argumentacji prawniczej i określa mianem argumentacyjnego ważenia wartości. Wyróżnia przy tym następujące najważniejsze, jego zdaniem, wartości dla wykładni prawa: wartość ochrony zaufania, wartości systemowe, wartość celowości, wartość sprawiedliwości proceduralnej i wartości pozaprawne (w szczególności wartość ekonomicznej efektywności). Na tym tle definiuje granicę językową jako „minimalny poziom realizacji wartości ochrony zaufania dopuszczalny w danym przypadku”, przy czym poziom ten wyznacza się poprzez ważenie wartości ochrony zaufania z wszystkimi pozostałymi wartościami.

„Granice wykładni prawa” są książką opartą na bogatym materiale źródłowym, wykorzystywanym nie tylko w charakterze dokumentacyjnym, lecz także jako bodziec do twórczych rozważań. Uznanie budzi zamieszczenie w bibliografii ponad 200 pozycji, w większości niemieckojęzycznych. W znacznie mniejszym stopniu wykorzystana została literatura angielska czy amerykańska, niekiedy zresztą przybierało to formę pośrednią, czyli powoływanie się na dzieła angielskojęzyczne następowo na podstawie ich opisów prezentowanych przez autorów niemieckich. Trzeba jednak przyznać, że niemieckie analizy problematyki wykładni wydają się być bliższe polskiemu systemowi prawnemu, niż prace z tego zakresu wywodzące się z kręgu kultury *common law*.

Autor zadbał również o to, by w sposób klarowny ukazać założenia metodologiczne pracy. Podkreśla przyjęcie perspektywy opisowo-normatywnej, co oznacza, że nie poprzestaje na zaprezentowaniu opisu, w jaki sposób jest dokonywana wykładnia, lecz przedstawia także zalecenia mówiące, jak należy prowadzić wykładnię. Analiza ta jest prowadzona z perspektywy wewnętrznej czyli, jak to określa sam autor, z perspektywy „uczestnika i współtwórcy społecznego fenomenu wykładni”. Akcent położony został przy tym na kontekst uzasadnienia, a nie kontekst odkrycia. Słusznie więc większą wagę w książce przykładła się do uzasadniania określonych tez niż do wyjaśniania, w jaki sposób doszło do ich sformułowania.

T. Spyra podkreśla swoją afilozoficzną postawę rozumianą jako niepowoływanie się wprost na żaden zespół tez filozoficznych. To w pewnej mierze izolowanie się od filozoficzno-prawnych kontrowersji wiąże się z dążeniem autora do umiejscowienia pracy w obrębie „praktycznej teorii prawa”. „Granice wykładni prawa” są bez wątpienia opracowaniem teoretycznoprawnym, ale doceniającym praktyczny aspekt zagadnienia.

Samo określenie „teoria prawa” nie powinno zresztą w najmniejszym stopniu odstraszać prawników-praktyków. Teoria prawa jako odrębna dyscyplina naukowa powstała na przełomie XIX i XX wieku i do dzisiaj jest na dobre zadomowiona w europejskiej myśli prawniczej. Niestety, przez lata peerelowskiej rzeczywistości pojęcie to zostało wyparte przez termin „teoria państwa i prawa”, co miało służyć utwierdzeniu marksistowskiej tezy, podniesionej do rangi dogmatu, o nierozdzielnych związkach państwa i prawa.

Na szczęście obecnie w Polsce teoria prawa wróciła do swoich korzeni i jest swego ro-

dzaju ogólną nauką o prawie. W jej ramach, na co zwraca uwagę literatura przedmiotu, podejmowane są próby tworzenia systemu twierdzeń o prawie, mających walor uniwersalny. Teoria prawa poprzez swój ogólny (ale nie ogólnikowy) charakter doprowadza do wzajemnego powiązania szczegółowych nauk prawnych, korzystając przy tym z osiągnięć innych nauk, w szczególności tzw. pomocniczych nauk prawoznawstwa, czyli np. logiki, socjologii czy lingwistyki. W ramach tak rozumianej i obarczanej takimi zadaniami teorii prawa daje się wyróżnić szereg pojedynczych problemów. Przykładem typowego zagadnienia z tego zakresu jest właśnie przedstawiana w pracy Tomasza Spyry kwestia granic wykładni prawa.

Jak już jednak wcześniej sygnalizowałem, autor, podejmując ten trudny i złożony temat, nie pozostał w kręgu „czystej teorii prawa”, lecz odniósł się także do praktycznej strony zagadnienia, o czym świadczy chociażby niejednokrotne odwoływanie się do orzecznictwa i powoływanie się na zasady rządzące praktycznym dyskursem prawniczym. „Granice wykładni prawa” mogą więc okazać się lekturą, która wzbudzi zainteresowanie wykraczające poza szeregi teoretyków prawa.

Sławomir Lewandowski

Wojciech Kotowski

Przestępstwa drogowe. Komentarz

Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2006, ss. 264

Problematyka bezpieczeństwa w ruchu drogowym jest od wielu lat przedmiotem zainteresowania rządów wielu państw (niezależnie od ich ustroju) i szerokich kręgów społecznych: jest ona także tematem licznych rozważań publicystycznych i naukowych w kraju i za granicą.

Specyfika czasów, w których żyjemy, to specyfika przyspieszonego tempa przemian, nie zawsze harmonijnych. Gdyby porównać strukturę kultur ustabilizowanych, dziś nazywanych historycznymi, do czasów współczesnych, trzeba by przede wszystkim stwierdzić, że ta tradycyjna struktura charakteryzowała się pewną trafnością form stosunków społecznych, co czyniło prawodawstwo dziedziną regulacji – jeżeli nie zawsze sprawiedliwej, to w każdym razie odpowiadającej idei naczelnej danego systemu. Nie można tego powiedzieć o czasach współczesnych, i oczywiście dotyczy to nie tylko Polski, lecz w zasadzie wszystkich krajów, a w szczególności tych, które są na drodze wprowadzania zmian jakościowych w systemach społeczno-gospodarczych.

Mamy do czynienia z trudnymi do pogodzenia dwiema prawdami. Pierwsza z nich to prawda o powstających nieomal na co dzień nowych normach współżycia społecznego. Druga – to prawda o tym, że norma prawna, która ma być odzwierciedleniem stosunków społecznych, byłaby bezwartościowa, gdyby nie miała gwarancji na tyle trwałych w czasie, aby możliwa była w pełni świadoma społeczna percepcja jej części. Zbyt częste zmiany przepisów prawnych powodują, jak każda zbyt częsta zmiana, iż jednostka przyzwyczaja się raczej do względności prawa, co nie służy jego przestrzeganiu. Dodatkowym utrudnieniem jest w tej sytuacji fakt, że kultura prawna społeczeństwa polskiego, dotycząca zdarzeń drogowych i reakcji karnych jako odpowiedzi na ich popełnienie, jak wykazują liczne badania – nie osiągnęła należytego poziomu.

Innym rodzajem niewłaściwej relacji między wymogami życia społecznego a normą prawną jest nieadekwatne obejmowanie tą formą nowych zjawisk społeczno-ekonomicznych wymagających regulacji prawnej. W ostatnich dziesięcioleciach najbardziej spektakularnym przykładem jest polityka kryminalna dotycząca stosowania zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym czy, szerzej, polityka zapewnienia obywatelom niezbędnej i należytej ochrony prawnej w przestrzeni publicznej z punktu widzenia istoty bezpieczeństwa w ruchu drogowym.

Pan Wojciech Kotowski przedstawia problemy bardzo aktualne. Dywagacje Autora dotyczące szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach, mogą okazać się bardzo pomocne w poszukiwaniu nowych form kontroli i zapobieganiu przestępczości komunikacyjnej w Polsce. Cytowane badania, literatura, orzecznictwo i prezentowany system normatywny w tym przedmiocie wskazują na konieczność upowszechnienia w kraju niezbędnej wiedzy i przyczyniają się do kreowania edukacyjnej funkcji prawa w stosunku do użytkowników dróg.

Należy podkreślić, iż Autor Wojciech Kotowski wykazuje wybitną znajomość tematu. Wszystkie prezentowane zagadnienia obejmują: zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym, przestępczość drogową, reakcje karnoprawne za naruszenie chociażby nieumyślne zasad bezpieczeństwa w ruchu oraz najistotniejszą analizę z punktu widzenia praktyki rozstrzygnięć wypracowanych na kanwie zdarzeń drogowych.

Te wszystkie zagadnienia Autor interpretuje interdyscyplinarnie, co dodatkowo podnosi walor recenzowanej książki. Takie podejście do prezentowanej problematyki należy jeszcze w polskiej literaturze do rzadkości. Przeważają bowiem prace o charakterze kompilacyjnym, pozbawione elementów nowatorskich.

Opublikowanie tej pracy ma nie tylko duże znaczenie poznawcze, ale także aplikacyjne. Wiele przedstawionych w niej problemów może stać się przedmiotem analiz dla praktyków – użytkowników pojazdów, a także dla organów instytucjonalnej kontroli i zapobiegania przestępczości komunikacyjnej, pod kątem wykorzystania różnych metod zapobiegania błędowi, których należy się wystrzegać we wszystkich fazach postępowania w sprawach o naruszenie reguł bezpieczeństwa w ruchu drogowym.

Nieocenionym walorem publikacji jest fakt, iż prezentowana problematyka ma na celu ukształtowanie reguł obiektywnych, niezależnych, mających charakter wartościowania pierwotnego, które podnoszą świadomość prawną, wiedzę i kreują odpowiedzialnie umiejętności praktyczne w obszarze profilaktyki prekryminalnej, kryminalnej i postpenalnej przestępczości komunikacyjnej.

Andrzej Bałandynowicz

Adam Lityński

Historia prawa Polski Ludowej

wyd. 2, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2007, ss. 297

W 2005 r. po raz pierwszy ukazał się podręcznik poświęcony wyłącznie dziejom prawa w Polsce okresu powojennego, nazywanego w literaturze „Polską Ludową” lub „Pe-

erelem” pióra wybitnego historyka prawa, profesora Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach Adama Lityńskiego¹. Obecnie na półkach księgarskich pojawiło się drugie wydanie tego znakomitego dzieła².

Książka składa się z czterech rozdziałów. W pierwszym omówiono organa ochrony państwowej. Rozpoczęto go od punktu, którego nie było w pierwszym wydaniu podręcznika, a poświęconego sądownictwu na ziemiach polskich z okresu „zanim powstała Polska Ludowa”. Przybliżono w nim wymiar sprawiedliwości Polski Podziemnej 1939–1945, sądownictwo polskie w Generalnym Gubernatorstwie oraz kwestię mocy prawnej orzeczeń wydanych przez sądy Drugiej Rzeczypospolitej. Punkt ten nieco wykracza poza tematykę podręcznika, ale jak zauważa Autor (s. 9), nie tylko fakt, że wymiar sprawiedliwości Polskiego Państwa Podziemnego istniał niejako równoległe do podobnych instytucji tworzącej się „Polski Ludowej”, ale i względy patriotyczne – wynikające stąd, że studenci problematykę tę na ogół znają bardzo słabo – przemawiały za umieszczeniem go w podręczniku.

W kolejnych punktach rozdziału pierwszego przedstawiono sądownictwo powszechne i wojskowe w Polsce po 1943/44 r., pozasądowe instytucje orzekające, prokuraturę, „krwiopijczy” resort bezpieczeństwa publicznego, kontrwywiad wojskowy, więziennictwo, adwokatwę, notariat oraz obsługę prawną „jednostek gospodarki uspołecznionej”. Chronologicznie rozdział zamyka się okresem przemian po 1989 r., a w kilku przypadkach, np. informacja o likwidacji Wojskowych Służb Informacyjnych, doprowadzono go nawet do października 2006 r. (s. 97). Obszerny rozdział drugi poświęcony jest prawu karnemu poczynszy od roku 1943, a skończywszy na latach dziewięćdziesiątych. Rozdział trzeci dotyczy prawa cywilnego, a skromny rozdział czwarty prawa pracy i ubezpieczeń społecznych – czyli gałęzi prawa niezwykle ważnej w PRL-u ze względów politycznych. Całość uzupełniona jest wykazem wybranej literatury oraz indeksem osób.

Dzieło profesora Lityńskiego stanowi pierwsze tak szczegółowe opracowanie historii prawa Polski Ludowej. Jak informuje notka na czwartej stronie okładki, może stanowić dopełnienie cenionego i znanego od lat podręcznika Juliusza Bardacha, Bogusława Leśnodorskiego i Michała Pietrzaka pt. „Historia ustroju i prawa polskiego” (wyd. 5, Warszawa: LexisNexis 2002, ss. 668). Cechą opracowania jest znakomita narracja oraz liczne odwołania do literatury przedmiotu, obszerniejszej niż w wydaniu pierwszym. Fakty te skłaniają do polecenia opracowania wszystkim prawnikom, studentom prawa oraz kandydatom na studia prawnicze. Lekturę zalecić wypada również praktykom – zarówno tym, którzy pamiętają miniony ustrój, przez co będą w stanie skonfrontować treści z własnymi doświadczeniami, jak i nowej generacji jurystów, znających go jedynie z literatury, bo znajomość prawa i realiów „peerelowskich” ciągle przydaje się, także na salach sądowych.

Adam Redzik

¹ A. Lityński, *Historia prawa Polski Ludowej*, Warszawa: LexisNexis 2005, ss. 284. Dwa lata wcześniej ukazał się podręcznik napisany przez prof. Lityńskiego w kooperacji z prof. Marianem Kallasem pt. *Historia ustroju i prawa Polski Ludowej*, Warszawa: LexisNexis 2003, ss. 484.

² Podręcznik zawiera informację wydawniczą o roku wydania 2007, choć w rzeczywistości wydrukowany został późną jesienią 2006 r.



Komentarz do kodeksu cywilnego
praca zbiorowa

Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2006

Tytułowy „Komentarz do kodeksu cywilnego” jest czteroczęściową edycją (odpowiadającą czterem księgom kodeksu) ukazującą się na rynku wydawniczym od 1995 r. i doczekał się obecnie siódmego wydania. Księga pierwsza – część ogólna, cieszy się od lat dużym zainteresowaniem czytelników. W komentarzu uwzględnione zostały wszelkie zmiany, które ustawodawca wprowadzał do 6 maja 2006 r., oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego. Książka stanowi odrębną całość w zakresie poruszanej tematyki i nie wymaga sięgania do innej części Komentarza. Zaopatrzona jest w samodzielny skorowidz przedmiotowy. Księga druga – własność i inne prawa rzeczowe, zawiera szczegółowy przegląd komentarzy do poszczególnych artykułów. Wprowadzono zmiany merytoryczne oraz uzupełnienia, których potrzeba powstała w wyniku nowelizacji licznych przepisów cytowanych lub powoływanych w tekście, konieczności uwzględnienia znaczących pozycji piśmiennictwa, orzecznictwa sądowego oraz ewolucji poglądów judykatury. Księga trzecia – zobowiązania, jest najobszerniejsza i składa się z dwóch tomów. W tomie pierwszym skomentowano przepisy tworzące ogólne instytucje prawa obligacyjnego, tzn. art. 353–534. Opracowanie zostało zaktualizowane wg obowiązującego stanu prawnego: uwzględnia najnowszy dorobek piśmiennictwa oraz najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Tom drugi „Zobowiązań” omawia przepisy kodeksu regulujące szczególne instytucje prawa obligacyjnego – przede wszystkim umowy nazwane. Są to art. 535–921, zawarte w tytułach od XI do XXXVII księgi trzeciej. Komentarz został zaktualizowany wg obowiązującego stanu prawnego. Zawiera najnowsze orzecznictwo sądowe, a także ostatni dorobek piśmiennictwa z tego zakresu.

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz
praca zbiorowa

Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2006

Opracowanie nawiązuje do pięciu poprzednich wydań komentarza, które ukazywały się w ciągu ostatnich lat. W nowej edycji numerację wydań rozpoczęto od nowa. Powodem tej

decyzji była przede wszystkim zmiana struktury samego kodeksu postępowania cywilnego – wynikająca z fundamentalnych zmian ustawowych, uchwalonych głównie w 2004 i 2005 roku. Zmiany te są kolejnym etapem reformy prawa postępowania cywilnego i dotyczą wielu obszarów kodeksu: począwszy od postępowania rozpoznawczego, środków zaskarżenia, a na postępowaniu egzekucyjnym i mediacyjnym kończąc.

Obecne trzy tomy obejmują komentarz do dwóch części kodeksu: Część pierwsza – Postępowanie rozpoznawcze, Część druga – Postępowanie zabezpieczające.

Oddzielnie ukazały się: Część trzecia – Postępowanie egzekucyjne oraz Część czwarta – Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego wraz z Częścią piątą – Sąd polubowny (arbitrażowy).

Prawo zobowiązań – część ogólna. Tom 5
pod redakcją prof. Ewy Łętowskiej

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Opracowanie jest dziełem wybitnych autorów z Instytutu Nauk Prawnych PAN oraz krajowych uniwersytetów. W piątym tomie omówiono m.in. zobowiązania w systemie prawa cywilnego, strukturę zobowiązania, świadczenie, wielość dłużników i wierzycieli.

Ważną część książki stanowią zagadnienia dotyczące problematyki umów. Omówiono tu zagadnienia ogólne: funkcje, swobodę umów, treść umowy, wzorce umów, a także zagadnienia szczególnie związane z zawarciem i przygotowaniem umowy, umowy odnoszące się do osób trzecich, dodatkowe zastrzeżenia umowne.

Jacek Chaciński
Ochrona praw lokatorów. Komentarz

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Komentarz omawia ustawę z 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 31, poz. 266 ze zm.), regulującą zasady i formy ochrony praw lokatorów oraz zasady gospodarowania mieszkaniowym zasobem gminy.

Autor uwzględnia orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego oraz ostatnie zmiany legislacyjne. Książka zawiera przepisy związane i wzory pozwów pomocne w całościowym ujęciu problematyki.

Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o.
praca zbiorowa

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Opracowanie zawiera kompleksową analizę problematyki odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Autorzy skupiają się na odpowiedzialności za należyte wykonanie obowiązków obciążających członków zarządu spółki z o.o. w następujących obszarach prawa: prawie handlowym, prawie podatkowym i określonych w

nim zasadach mających zastosowanie do innych dziedzin prawa publicznego, rachunkowości, w prawie karnym i prawie pracy.

W publikacji przedstawiono także ogólne informacje dotyczące zasad odpowiedzialności prawnej oraz omówiono charakter prawny spółki z o.o. i jego wpływ na zasady odpowiedzialności samej spółki i członków zarządu spółki za jej zobowiązania.

Anna Portalska-Brzózka, Roman Portalski

Prawo pracy procesowe

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Drugie wydanie niniejszego opracowania zawiera 160 wzorów pism procesowych stron, umów i skarg procesowych z zakresu procesowego prawa pracy, skonstruowanych według następującego schematu: wiadomości ogólne, pisma przygotowawcze wnoszone przed wszczęciem procesu, pozwy i pisma w toku procesu wnoszone przez pracowników i pracodawców, pisma służące zaskarżeniu orzeczeń sądowych (apelacja, skarga kasacyjna i nowe skargi procesowe), pisma wnoszone w postępowaniu zabezpieczającym.

Wzory te mogą być odpowiednio wykorzystane w innych sprawach cywilnych. Dodatkowym atutem książki są objaśnienia zamieszczone pod każdym wzorem, ułatwiające ich właściwe zastosowanie oraz aktualne orzecznictwo Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego.

Autorzy książki – łącząc teorię z praktyką – polecają tę publikację głównie pracodawcom i pracownikom oraz ich pełnomocnikom procesowym, tj. adwokatom i radcom prawnym, jak również przedstawicielom związków zawodowych.

Prawo budowlane. Komentarz

pod redakcją prof. Zygmunta Niewiadomskiego

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Komentarz do ustawy Prawo budowlane stanowi praktyczny przewodnik po polskim prawie budowlanym i inwestycyjnym. Uwzględni orzecznictwo i dorobek doktryny, omawia tematykę prawa budowlanego na tle innych przepisów, dzięki czemu czytelnik znajdzie tu rozwiązania wielu zagadnień prawnych z tej dziedziny.

W komentarzu przytoczono orzecznictwo i dorobek doktryny oraz uwzględniono ostatnie zmiany Prawa budowlanego z 28 lipca 2005 r.

Adam Doliwa

Prawo mieszkaniowe. Komentarz

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Autor szczegółowo omawia kwestie budzące wątpliwości w praktyce stosowania poszczególnych przepisów, odwołuje się szeroko do orzecznictwa Sądu Najwyższego, Sądów Apelacyjnych oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, a także przytacza najważniejsze pozycje literatury.

***Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz
pod redakcją Doroty Zienkiewicz***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Komentarz zawiera rzetelne wyjaśnienie poszczególnych zagadnień, w tym nowych w polskim systemie prawnym instytucji, takich jak postępowanie naprawcze, oddłużeniowe i międzynarodowe postępowanie upadłościowe. Ponadto opracowanie zawiera odniesienia do literatury przedmiotu, bogate orzecznictwo powstałe jeszcze na bazie poprzednio obowiązujących przepisów oraz postulaty *de lege ferenda*.

Drugie wydanie komentarza uwzględnia ostatnie zmiany do ustawy, wynikające m.in. z ustawy z dnia 23 czerwca 2006 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej.

Krystyna Gromek***Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Drugie wydanie komentarza zawiera zarówno autorski komentarz do przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, jak i szeroki wybór orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych, wykształconego na tle stosowania prawa. Publikacja napisana jest językiem zrozumiałym nie tylko dla prawników, ale również dla przedstawicieli innych zawodów i osób z pozaprawnym przygotowaniem zawodowym.

Drugie wydanie zostało uzupełnione i poprawione; obecnie ukazuje się w serii Komentarze Becka (poprzednie wydane zostało w serii Krótkie Komentarze Becka).

Gerard Bieniek, Zenon Marmaj***Własność lokali. Komentarz***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Prezentowany komentarz do ustawy o własności lokali kompleksowo przedstawia problematykę związaną z przedmiotem odrębnej własności lokalu oraz sposobu jej ustanawiania, a także zarządu nieruchomością wspólną. Komentarz zawiera ponadto szczegółowe i wyczerpujące omówienie praw i obowiązków właścicieli lokali stanowiących odrębną własność.

Szóste wydanie komentarza uwzględnia najnowsze orzecznictwo i literaturę przedmiotu. Opracowanie stanowi cenną pomoc zarówno dla notariuszy, członków wspólnot mieszkaniowych, zarządców nieruchomości, jak i wszystkich osób zainteresowanych tematyką związaną z przedmiotem odrębnej własności lokali.

Wiktor Cajselski***Ustawa o sporcie kwalifikowanym. Komentarz***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Ustawa o sporcie kwalifikowanym z dnia 29 lipca 2005 r. wprowadza nowe regulacje, mające na celu dokonanie gruntownych zmian struktur organizacyjnych podmiotów zarzą-

dzających polskim sportem. Niniejszy komentarz do ustawy o sporcie kwalifikowanym jest pierwszym opracowaniem zawierającym wykładnię przepisów tej ustawy.

Autor książki, dr Wiktor Cajselski, jest specjalistą z zakresu prawa pracy oraz prawa sportowego, członkiem Polskiego Towarzystwa Prawa Sportowego z siedzibą w Poznaniu oraz *European College of Sport Science* z siedzibą w Cologne. Napisał liczne prace naukowe z dziedziny prawa pracy, prawa spółek, prawa cywilnego oraz procedury cywilnej.

Omawiany Komentarz uwzględnia w szerokim zakresie przepisy wewnętrzne polskich związków sportowych, takich jak Polski Związek Piłki Nożnej, Polski Związek Koszykówki, Polski Związek Motorowy oraz Polski Związek Hokeja na Lodzie. W jego treści zasygnalizowane zostały również projektowane zmiany.

Iwona Kienzler

***Pisma i umowy w firmie. Wzory pism, umów i dokumentów
w języku polskim, angielskim i niemieckim***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Publikacja może ułatwić pracę firmom, ich działom handlowym i prawnym, okazać się pomocna w pracy tłumaczy oraz będzie przydatna wszystkim, którzy uczą się lub studiuja języki obce i korespondencję handlową. Skorzystać z książki mogą również nauczyciele w pracy dydaktycznej zajmujący się biurowością i korespondencją handlową w językach obcych.

Przydatność tej książki uzasadnia pojawianie się w Polsce stale nowych możliwości dla inwestorów zagranicznych, co wynika również z faktu obecności naszego kraju w strukturach Unii Europejskiej. Obserwujemy gwałtowny wzrost zapotrzebowania na wszelkiego rodzaju opracowania mające na celu ułatwienie korespondencji oraz przygotowanie dokumentacji w języku polskim i w językach obcych. Opracowanie będzie więc przydatne zarówno dla przedsiębiorców zagranicznych, jak i dla wszystkich prowadzących interesy z podmiotami zagranicznymi.

Małgorzata Łączkowska

***Stosunki majątkowe między przedsiębiorcą i jego małżonkiem
w świetle ustroju wspólności ustawowej***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006

Opracowanie zawiera analizę nowych przepisów regulujących ustawowy ustrój wspólności majątkowej. Autorka – adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych PAN – analizuje sytuację, gdy przynajmniej jeden z małżonków jest przedsiębiorcą, a zatem gdy występuje w obrocie gospodarczym indywidualnie oraz gdy dla wspólnego prowadzenia działalności z innymi podmiotami zawiera umowę spółki cywilnej.

W pierwszej części opracowania omówione zostały: instytucja ustroju ustawowego oraz pojęcie przedsiębiorcy i pojęcie działalności gospodarczej.

Następnie dokonano analizy znowelizowanych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego pod kątem zapewnienia małżonkom swobody prowadzenia działalności gospodarczej z uwzględnieniem konieczności ochrony współmałżonka i dobra rodziny oraz zabezpieczenia interesów wierzycieli małżonków.

Edward Samborski

Pisma procesowe w sprawach karnych. Wzory i objaśnienia

Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2006

Jest to praca o charakterze użytkowym, do praktycznego wykorzystania przez strony i innych uczestników postępowania karnego – w przypadku konieczności opracowania i wniesienia pisma procesowego. Wykorzystując konkretny wzór i objaśnienie, można m.in. tworzyć własne, autorskie pisma na potrzeby konkretnej sprawy.

W zbiorze nie zostały przedstawione te pisma procesowe stron, które mają wzory urzędowe i organy procesowe są zobowiązane do ich używania. W książce nie ma wszystkich – bez wyjątku – pism procesowych, które przewidziane są w postępowaniu karnym. Zamieszczono najczęściej stosowane wzory oraz te wnoszone rzadko, z którymi łączą się określone problemy przy ich redagowaniu.

Systematyka przyjęta w tej pracy pokrywa się w dużej mierze z systematyką kodeksu postępowania karnego. Pisma procesowe (i ich wzory) odzwierciedlają aktualny stan prawny i orzecznictwo Sądu Najwyższego. Niektóre zagadnienia, które mogą występować na wszystkich etapach postępowania, zostały wyodrębnione i pogrupowane – np. wnioski dowodowe.

Oprac. *Agnieszka Metelska*

SYMPOZJA, KONFERENCJE

Zjazd Katedr Prawa Karnego Gniezno, 26–29 września 2006 r.

W dniach 26–29 września 2006 r. w Gnieźnie w Collegium Europaeum Gnesnense im. Jana Pawła II odbył się Zjazd Katedr Prawa Karnego. Organizatorem Zjazdu była Katedra Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Zjazd Katedr Prawa Karnego w Gnieźnie spotkał się z dużym zainteresowaniem. W zjeździe wzięło udział ponad 130 uczestników, wśród których byli przedstawiciele 33 wydziałów prawa karnego w Polsce, przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości oraz dziennikarze i pracownicy wydawnictw prawniczych.

Tematem dyskusji naukowej toczącej się podczas Zjazdu Katedr Prawa Karnego były dwa niezwykle aktualne problemy prawa karnego: „Represyjność polskiego prawa karnego” oraz „Prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania”.

Pierwszemu z nich poświęcone zostały obrady zjazdu w dniu 27 września 2006 r. Jego wybór był podyktowany potrzebą zajęcia przez środowisko naukowe stanowiska wobec projektowanych zmian kodeksu karnego zmierzających przede wszystkim do zaostrzenia odpowiedzialności karnej. W części przedpołudniowej pierwszego dnia obrad, której przewodniczyła prof. dr hab. Teresa Dukiet-Nagórska z Uniwersytetu Śląskiego, przedstawione zostały trzy referaty: „Spór o «dostateczny poziom represyjności» w perspektywie zmian legislacyjnych w polskim prawie karnym” dr. hab. Włodzimierza Wróbla z Uniwersytetu Jagiellońskiego, „Orzecznictwo sądów na tle obrazu przestępczości” prof. dr. hab. Teodora Szymanowskiego z Uniwersytetu Warszawskiego oraz „Aktualne problemy i kierunki polityki penalizacyjnej w Polsce” prof. dr. hab. Leona Tyszkiewicza z Uniwersytetu Śląskiego. Część popołudniowa obrad poświęcona została natomiast dyskusji nad problemami poruszonymi w zaprezentowanych referatach. Moderatorem dyskusji był prof. dr hab. Andrzej Marek z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, a uczestnikami panelu dyskusyjnego obok referentów byli prof. dr hab. Tomasz Kaczmarek z Uniwersytetu Wrocławskiego, prof. dr hab. Mirosława Melezini z Uniwersytetu w Białymstoku oraz prof. dr hab. Andrzej Zoll z Uniwersytetu Jagiellońskiego. W dyskusji wzięli udział także inni uczestnicy zjazdu. Prawie wszyscy opowiedzieli się zdecydowanie przeciwko zwiększaniu represyjności prawa karnego. Prof. dr hab. Tomasz Kaczmarek podsumowując dyskusję zauważył, iż w kwestiach priorytetowych środowisko prawnicze powinno mówić jednym głosem, a taką kwestią jest przeciwstawienie się „psuciu prawa” przez władzę, które obecnie obserwujemy.

W drugim dniu tematem zjazdu były prawnokarne granice dopuszczalnego pomawiania.

Również ten temat został uznany przez organizatorów Zjazdu Katedr Prawa Karnego za niezwykle aktualny. Potrzeba zajęcia się granicami dopuszczalnego pomawiania podyktowana była w szczególności wzrastającą liczbą procesów, zarówno karnych, jak i cywilnych, w których dziennikarze odpowiadają za zniesławienie lub zniewagę. W konsekwencji do dyskusji zaproszeni zostali nie tylko karniści, ale również cywiliści i dziennikarze. W części przedpołudniowej obrad, której przewodniczył prof. dr hab. Tadeusz Bojarski z Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, wygłoszone zostały trzy referaty: „Odpowiedzialność karna za zniesławienie i zniewagę” prof. dr. hab. Witolda Kuleszy z Uniwersytetu Łódzkiego, „Pomawianie a cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych” prof. dr hab. Aurelii Nowickiej z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz „Pomawianie i swoboda dziennikarska” Macieja Iłowieckiego z Rady Etyki Mediów. Popołudniowa część obrad poświęcona została dyskusji nad problemami zasygnalizowanymi przez referentów. Moderatorem dyskusji był prof. dr hab. Leszek Kubicki z Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Zarządzania im. Leona Koźmińskiego w Warszawie, a w panelu dyskusyjnym uczestniczyli obok referentów także prof. dr hab. Andrzej Gaberle z Uniwersytetu Jagiellońskiego, sędzia SN prof. dr hab. Jacek Sobczak z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz redaktor Edward Bendyk z „Polityki”. W dyskusji wzięło udział wielu dalszych uczestników zjazdu. Zarówno przedstawiciele środowiska naukowego, jak i dziennikarze zgodzili się z tezą postawioną przez prof. dr. hab. Jacka Sobczaka, iż wolność słowa nie oznacza dowolności, a wolność prasy nie jest wartością samą w sobie. Podsumowania dyskusji dokonał prof. dr hab. Andrzej Gaberle, który opowiedział się za koniecznością utrzymania odpowiedzialności karnej za zniesławienie, wyrażając w ten sposób pogląd większości dyskutantów.

Dalszej wymianie poglądów na tematy będące przedmiotem dyskusji podczas Zjazdu Katedr Prawa Karnego w Gnieźnie służyć będzie publikacja zawierająca materiały zjazdu, tym bardziej iż wielu jego uczestników wyraziło wolę uzupełnienia na piśmie swoich wypowiedzi sformułowanych w czasie obrad.

Joanna Buczkowska-Prajs

Konferencja Instytutu Praw Człowieka Adwokatów Europejskich, Bordeaux, 13–14 października 2006 r.

W dniach 13–14 października 2006 r. w Bordeaux, w siedzibie Krajowej Szkoły Sędziów odbyła się konferencja zorganizowana przez Instytut Praw Człowieka Adwokatów Europejskich na temat „Adwokat w prawie europejskim”, połączona z wręczeniem nagrody im. Ludovica Trarieux adwokatowi Pavrezovi IMROZ z Indii.

W czasie konferencji wygłoszono 18 wykładów dotyczących swobody świadczenia usług adwokackich w Unii Europejskiej, praw i obowiązków adwokata – w tym tajemnicy zawodowej, wolności słowa, tajemnicy korespondencji, postępowań dyscyplinarnych, roli adwokata występującego przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu i Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości w Luksemburgu.

Przy prezentacji tematu tajemnicy zawodowej i regulacji dotyczących prania brudnych pieniędzy, wprowadzających wobec adwokatów obowiązek denuncjacji klientów, uzyskaliśmy krzepiącą informację, iż adwokatura belgijska zaskarżyła dyrektywę, burzącą fun-

damentalne relacje adwokata z klientem, do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu.

Wykłady wygłosili profesorowie z uniwersytetów z Paryża, Brukseli, Bordeaux, Catani (Włochy), Limoges La Rochelle oraz adwokaci – głównie z Francji i Belgii, oraz niżej podpisany – z Krakowa.

Rozległość poruszanej tematyki, ilustrowanej obficie orzecznictwem Trybunałów strasburskiego i luksemburskiego, uczyniły konferencję bardzo interesującą i pożyteczną dla praktyków. Generalnie uczestnicy wykazali zainteresowanie o zachowanie standardów przestępczości zorganizowanej i walki z terroryzmem, a także wskutek jednostronnie ekonomicznego podejścia do spraw organizacji życia społecznego doświadczającego osłabienia.

Konferencja była znakomicie zorganizowana, głównie dzięki adwokatowi Bertrandowi FAVREAU, Prezydentowi Instytutu Praw Człowieka Adwokatów Europejskich, byłemu dziekanowi Izby Adwokackiej w Bordeaux, który okazał się nie tylko znakomitym organizatorem, ale i gospodarzem w czasie towarzyskich spotkań.

W pierwszym dniu konferencji została wręczona nagroda im. Ludovica Trarieux indyjskiemu adwokatowi Pavrezowi IMROZ. Nagrodę odebrała jego żona. Wyróżnienie to jest przyznawane od 1985 r.; zainicjowane przez ówczesnego dziekana Izby w Bordeaux adw. Bertranda Favreau dla najbardziej zasłużonego adwokata w obronie praw człowieka. Nagroda ta nosi imię adwokata Ludovica Trarieux (1840–1904), Dziekana Izby Adwokackiej w latach 1877–1878, senatora i późniejszego ministra sprawiedliwości, a także twórcy w 1898 roku Ligi Francuskiej dla obrony praw człowieka i obywatela. W 1985 roku pierwszą nagrodę otrzymał Nelson Mandela.

W tym roku przyznano ją Pavrezowi IMROZ, który zapłacił utratą wolności za swą niezłomność adwokata, obrońcy praw człowieka w Indiach. Obecnie, choć już wolny, nie uzyskał paszportu od władz Indii na przyjazd do Bordeaux, a zatem nagrodę odebrała jego żona. Dzięki obecnej technice obejrzelśmy film z nagraniem wystąpienia adw. IMROZA dziękującego za nagrodę i przedstawiającego sytuację łamania praw człowieka w Indiach. Prezydent Instytutu adw. Bertrand Favreau i Wiceprezydent adw. Wojciech Hermeliński przedstawili sylwetkę nagrodzonego i wręczyli nagrodę oraz złożyli gratulacje żonie adwokata IMROZ. Uroczystość miała niezwykle podniosły charakter i stanowiła piękny gest solidarności adwokackiej.

Zbigniew Cichoń

Konferencja Senatu RP pt. „Język polskiej legislacji, czyli zrozumiałość przekazu a stosowanie prawa”, Warszawa, 7 grudnia 2006 r.

Z okazji obchodów Roku Języka Polskiego w dniu 7 grudnia 2006 roku odbyła się w Senacie Rzeczypospolitej Polskiej konferencja naukowa pt. *Język polskiej legislacji, czyli zrozumiałość przekazu a stosowanie prawa*. Przedsięwzięcie zostało zorganizowane przez Komisję Kultury i Środków Przekazu oraz Komisję Ustawodawczą Senatu RP. Zaproponowany

przez organizatorów temat to jednak nie tylko konsekwencja obchodów, ale – jak można sądzić na podstawie burzliwych dyskusji, które rozgorzały w trakcie konferencji wśród przedstawicieli nauk prawnych i polonistów – również wynik doniosłości i wagi podjętych zagadnień. Warto przy okazji poruszenia tak istotnych kwestii dla polskiej legislacji przypomnieć filozoficzne ustalenia dotyczące istoty samego języka.

Zanim jednak przystąpimy do krótkich rozważań filozoficznych, przedstawmy szczegółowo zawartość merytoryczną wspomnianej konferencji. Jako pierwsza głos zabrała prof. dr hab. Sławomira Wronkowska z Katedry Teorii i Filozofii Prawa UAM w Poznaniu. W referacie zatytułowanym „O cnotach języka tekstów prawnych” przybliżyła wymagania, jakie stawia się językowi tekstów prawnych. Wśród nich wymieniła m.in.: adekwatność, jednoznaczność i komunikatywność przy jednoczesnym postulacie zwięzłości aktów normatywnych. Z kolei prof. dr hab. Maciej Zieliński z USz swoje rozważania koncentrował wokół analizy rzeczywistego stanu polskiego ustawodawstwa, broniąc tezy sformułowanej w tytule wystąpienia „Wiedza o tekstach prawnych jako warunek ich rozumienia”. Kwestię już *stricto* orzeczniczą, jednak w kontekście ogólnych rozważań nad postulatami poprawności języka prawnego, podjął przedstawiciel Polskiego Towarzystwa Legislacji Michał Jerzy Pruszyński w referacie „Jasność, zrozumiałość i językowa poprawność jako warunek jego zgodności z Konstytucją”. Perspektywę bardziej lingwistyczną – jako reprezentant Wydziału Polonistyki – przedstawił dr hab. Radosław Pawelec (UW) w wystąpieniu „O poprawności językowej i zrozumiałości tekstów prawnych i prawniczych”. Natomiast kwestie pragmatyczne języka prawnego rozważał przedstawiciel polskiej palestry – adw. Czesław Jaworski w wystąpieniu pt. „Język prawa i jego rozumienie w relacjach obywatel – adwokat – wymiar sprawiedliwości”. Referat podsumowujący pt. „Kto czyta – błędzi, czyli polskie patenty na odnajdywanie drogi do celu”, zaprezentował psycholog dr hab. Janusz Czapiński, forsując popartą badaniami socjologicznymi tezę, iż Polak pomimo braku zrozumienia tego, co czyta, z materią legislacyjną zawsze sobie poradzi.

Konferencję należy zaliczyć do udanych i to nie tylko ze względu na wysoką jakość zaprezentowanych wystąpień, ale również ze względu na kontrowersyjność przedmiotowego zagadnienia, które dało asumpt do burzliwych dyskusji wśród wybitnych gości. Głos bowiem oprócz prelegentów zabierali m.in.: prof. K. Michalewski (UŁ), M. Graniecki (Trybunał Konstytucyjny, Polskie Towarzystwo Legislacyjne), J. Warchała (UŚ), prof. J. Błęszyński (UW), J. Stępień (Prezes Trybunału Konstytucyjnego), P. Andrzejewski (Przewodniczący Komisji Regulaminowej Etyki i Spraw Senatorskich).

Oczywiście wymiana poglądów przebiegała w atmosferze próby odnalezienia życzliwego porozumienia, jednak jeżeli mowa o sporze, to – radykalizując prezentowane na konferencji stanowiska – należy wskazać, że główna linia napięcia przebiegała pomiędzy dwoma stanowiskami. Z jednej strony swoje poglądy prezentowali zwolennicy tezy głoszącej, iż język prawny powinien dążyć do tego, aby być językiem jasnym i zrozumiałym dla wszystkich adresatów normy prawnej. Natomiast po przeciwnej stronie można umieścić tych, którzy taki postulat uznają za niemożliwy do realizacji. To ostatnie twierdzenie implikuje tezę, iż język prawny pozostanie językiem zrozumiałym tylko dla wąskiego grona prawników rozumiejących znaczenie specyficznej dla niego terminologii i znających *arcana* jego interpretacji (wykładni *sensu largo*). Zgoda na którąkolwiek z opcji jest kwestią przyjętych założeń i w oparciu o nie konsekwentnie wyznawanych poglądów. Kwestia założeń sprowadza się natomiast do koncepcji języka i zbudowanej w oparciu o nią koncepcji rozumienia i znaczenia. Dlatego warto w tym miejscu sięgnąć do ustaleń filozofów języka, którzy roz-

ważaniom semiologicznym poświęcili większość XX wieku, a z których dorobku skorzystali również wybitni filozofowie i teoretycy prawa. Bowiem ten sam problem, który rozważali uczestnicy konferencji, u początku ubiegłego wieku stanowił podstawowy przedmiot badań filozoficznych. Zastanawiano się, czy język filozofii ma być jasnym i zrozumiałym, czy specjalistycznym, ograniczonym tylko do rozważań filozoficznych.

Szczegółowe badania nad językiem zostały zainicjowane w ramach tzw. brytyjskiej szkoły analitycznej, jako wynik reakcji na ówczesny kryzys filozofii w ogóle. Za twórców szkoły brytyjskiej należy uznać George'a Edwarda Moorea, Bertranda Russella oraz Ludwiga Wittgensteina. Podczas gdy Moore stworzył podwaliny pod tzw. analizę lingwistyczną, sięgającą do analizy języka potocznego, dwaj pozostali w pierwotnym okresie swojej działalności, ugruntowali fundamenty analizy logicznej języka¹, nacechowanej przede wszystkim próbami tworzenia doskonałych języków sztucznych. I właśnie ten podział wyznaczył rozwój filozofii dla całego XX wieku. Poglądy Moore'a z Wielkiej Brytanii przeniosły się do Stanów Zjednoczonych, by tam znaleźć licznych kontynuatorów. Natomiast początkowe ustalenia Russella i Wittgensteina znalazły popularyzatorów przede wszystkim wśród neopozytywistów, tworzących w ramach tzw. Koła Wiedeńskiego.

Mowa tu o początkowych ustaleniach Russella i Wittgensteina, gdyż zwłaszcza ten ostatni od swoich pierwotnych twierdzeń zdecydowanie odszedł². I właśnie te późniejsze ustalenia Wittgensteina zaowocowały znamiennej dla całej filozofii języka, jak również dla filozofii i teorii prawa, tzw. koncepcją gier językowych³. Jej znajomość i rozumienie mogą się okazać znaczące również dla zrozumienia istoty języka prawnego. Nowy kierunek badań nad znaczeniem zapoczątkował Wittgenstein hasłem: „nie pytajcie o znaczenie, pytajcie o użycie”⁴, a koncepcja wyrosła w oparciu o to hasło nosi miano koncepcji operacjonistycznej lub instrumentalnej. Według jej podstawowych założeń, znaczenia nie należy utożsamiać z żadnym obiektem. Nie jest bowiem ważne, do jakiej dziedziny przedmiotów należy znaczenie, ale ważne jest, by znając znaczenie posiadać praktyczną zdolność posługiwania się danym wyrażeniem. Według Wittgensteina znaczenie wyrażenia stanowi bowiem sposób poprawnego (adekwatnego) użycia danego wyrażenia. Inaczej rzecz ujmując, poznanie znaczenia wyrażenia utożsamione w niej zostało z wyuczeniem się posługiwania (inaczej operowania) tym wyrażeniem w rozmaitych sytuacjach czy kontekstach językowych⁵. Bo-

¹ Sam Russell wskazuje na szerokie podłoże matematyczne tej szkoły, podkreślając silne oddziaływanie na nią takich twórców z pogranicza matematyki i logiki, jak Kantor, Frege czy też Whitehead. Patrz więcej, B. Russell, *Dzieje filozofii zachodu*, Warszawa 2000, s. 927–934. Szerzej na temat matematycznych implikacji dla filozofii języka patrz np.: J. Mączka, *Od matematyki do filozofii. Twórca droga A. N. Whiteheada*, Tarnów 1998.

² Dlatego powszechne jest przy odnoszeniu się do jego twierdzeń zaznaczanie, czy chodzi o tzw. „wczesnego” czy „późnego” Wittgensteina. Można nawet pokusić się o tezę, iż właśnie ewolucja poglądów Wittgensteina zawiera główne ustalenia odnośnie do języka, do których odnosiła się większość filozofów języka. Główne założenia swoich „wczesnych” poglądów sformułował (w:) L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, tłum. i wstęp B. Wolniewicz, Warszawa 2000.

³ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, tłum. i wstęp B. Wolniewicz, Warszawa 2000.

⁴ W. Sady wskazuje w swojej pracy o Wittgensteinie, że wypowiedział on to słynne zdanie podczas dyskusji w Cambridge w 1946 r. Por. W. Sady, *Wittgenstein. Życie i twórczość*, Lublin 1993, s. 124.

⁵ Czyli w tzw. grach: ktoś rzucił piłkę; inna osoba nie wie, czy powinna ją odrzucić, czy podać trzeciej, czy pozwolić jej leżeć, czy podnieść i włożyć do kieszeni itd.

wiem również samo posługiwanie się językiem jest traktowane przez Wittgensteina jako gra wymagająca potrzebnych umiejętności. Tak jak sam język, tak i elementy języka – głównie zdania – mają charakter narzędzia. Zdania są narzędziami, które w określonych sytuacjach stosuje się w określonym celu. Jednak użycie wyrażen jest determinowane nie tylko językowo przez określone reguły języka, ale także uwarunkowane jest kontekstem pozajęzykowym i dlatego pojęcia gry językowej nie należy ograniczać do samego języka, w którym ona zachodzi, ale rozszerzyć je, przez uwzględnienie kontekstu pozajęzykowego, tj. układu rzeczy otaczających użytkownika języka oraz rozmaite sytuacje. Badanie zatem znaczenia wyrażenia polega na badaniu sposobu funkcjonowania danego wyrażenia w różnych językach-grach. Według Wittgensteina dopiero rezultat takiego badania poprzez wyznaczenie określonego obszaru funkcjonowania danego wyrażenia, tj. rodziny użycia, wyczerpuje aktualne znaczenie danego wyrażenia⁶. Zatem „rozumieć coś” dla Wittgensteina to nie tylko uczestniczyć w grze językowej, to przede wszystkim wiedzieć, jak postąpić w danym momencie gry językowej.

Recepcji tej koncepcji na grunt nauk prawnych dokonał H. L. A. Hart. Podjął się on budowy analitycznej filozofii prawa w oparciu o teorię gier językowych, odrzucając dotychczasową próbę budowania takiej filozofii prawa, która usiłowała definiować pojęcia prawne niezależnie od sposobów ich użycia w określonym kontekście⁷. Konsekwentnie zatem podkreślał fakt, iż znaczenie pojęć prawnych ulega pewnym modyfikacjom w zależności od sytuacji ich użycia i nie istnieją żadne powody, aby pomijać którekolwiek z napotkanych w praktyce językowej znaczeń.

Wracając do rozważań przeprowadzonych w trakcie konferencji, oczywiście należy się zgodzić z podnoszonym często stwierdzeniem, iż nie do przyjęcia jest swoistego rodzaju patologia legislacyjna, polegająca na występowaniu w tekstach aktów prawnych licznych błędów syntaktycznych. Jednak postulat powszechnej zrozumiałości tekstu prawnego – na gruncie koncepcji gier językowych – jest nie do przyjęcia. Otóż Wittgenstein porzucił myślenie o istnieniu jednego precyzyjnego języka, który ma wspólną formę ze światem, na rzecz twierdzenia o istnieniu w zasadzie niezliczonej ilości wzajemnie się przenikających języków – gier językowych. I tak jak w sferze formalnej język etniczny pozostaje nośnikiem

⁶ Wittgenstein zwracał również uwagę na fakt, iż w sposobie użycia wyrażen mamy przypadki „normalne” (*to jest pies* – wskazując na psa) oraz „anormalne” (*pies ogrodnika* – mówiąc z ładunkiem pejoratywnym o konkretnej osobie). Jednak dopiero późniejsi filozofowie rozwinęli badania nad anormalnymi sposobami posługiwania się wyrażeniami. Badania te doprowadziły do powstania koncepcji znaczenia sytuacyjnego, bowiem liczące się dzisiaj podejścia do problematyki znaczenia nawiązują w różny sposób do Wittgensteina i mówią o znaczeniu wypowiedzi użytej w jakimś kontekście sytuacyjnym. O znaczeniu wypowiedzi decyduje wówczas przede wszystkim intencja, z jaką nadawca coś wyraża. W kontekstach sytuacyjnych zmienia się często sens dosłowny wyrażen. To znaczenie uzyskane przez kogoś w określonej sytuacji jest znaczeniem sytuacyjnym. Różne wersje sytuacyjnej koncepcji znaczenia budzą jednak wiele kontrowersji. Implikują pytanie, czy odbiorca zawsze w sposób właściwy potrafi rozpoznać wypowiedź nadawcy? Mimo otwartości tego rodzaju kwestii sytuacyjna teoria znaczenia, w której ważną rolę przypisuje się przede wszystkim intencji, z jaką ktoś coś wypowiada: posiada wielu zwolenników. Jak wskazuje U. Żegleń, są to m.in.: Austin, McDowell, Davidson; patrz: U. Żegleń, *Wprowadzenie do semiotyki teoretycznej i semiotyki kultury*, Toruń 2000, s. 143–145.

⁷ Patrz np.: H. L. A. Hart, *Definicja i teoria w prawoznawstwie*, s. 21–49 (w:) H. L. A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001, tłum., wstęp J. Woleński.

komunikatu, tak w sferze materialnej wypełnia go kontekst komunikacyjny danej gry językowej. Implikuje to dla rozważań prawnych wnioszek, iż rzeczywiście językiem aktów normatywnych zawsze pozostanie język polski, jako język etniczny, którego wymogów składniowych dla poprawności zawsze należy przestrzegać. Jednak znaczenie terminologii, którą ów język się posługuje, wyznacza ich używanie przez poszczególnych aktorów poszczególnych gier, w ramach szeroko pojmowanej komunikacji prawnej i prawniczej. Jak wskazywała prof. Wronkowska, nie sposób przecież pominąć (w tych grach) roli prawnika, którą odgrywa jako pośrednik pomiędzy legislatorem a adresatem normy prawnej. Oczywiście koncepcja Wittgensteina pozostawia otwartą kwestię rodzajów gier językowych, które można by wyróżnić, jako występujące w ramach prawa, oraz określenia każdorazowo ich poszczególnych „graczy”. Jednak tylko w ramach w ten sposób wyznaczonych kręgów komunikacyjnych można by domagać się postulatu zrozumiałości przekazu. Bowiem próba dążenia do postulatu powszechnej zrozumiałości tekstu prawnego prowadziłaby do paradoksalnego, niekończącego się ciągu definicji. Oczywiście zasadności istnienia definicji legalnych nikt nie kwestionuje, jednak znaczenie większości pojęć, którymi operuje język prawny, pozostaje kwestią ich użycia w trakcie gry pomiędzy legislatorem, prawnikami a organami stosującymi prawo.

Oczywiście w ramach niniejszych rozważań tylko zasygnalizowano problematykę poruszaną podczas omawianej konferencji. Organizatorzy jednak zapowiedzieli publikację, w której znajdują się teksty wszystkich wystąpień. Niewątpliwie warto po nią sięgnąć, aby zapoznać się z innymi poruszonymi kwestiami, niezmiernie istotnymi dla jakości języka prawnego.

Anna Frąckiewicz

SPRAWOZDANIA



50. KONGRES UIA, SALVADOR (BRAZYLIA), 31 PAŹDZIERNIKA–4 LISTOPADA 2006 R.

W dniach od 31 października do 4 listopada 2006 r. w miejscowości Salvador w Brazylii odbył się jubileuszowy 50. Kongres Międzynarodowej Organizacji Adwokatów Union Internationale de Avocats (UIA). Tegoroczny kongres miał, tak jak zazwyczaj, trzy zasadnicze tematy o charakterze uniwersalnym:

1. Rola adwokata w aspekcie prawa ochrony środowiska i stałego rozwoju cywilizacyjnego.
2. Umiejdzynarodowienie przedsiębiorstw w ekonomii globalnej. Strategia handlowa i rozwiązania prawne przy wprowadzaniu nowego rynku za granicę.
3. Główne zasady ochrony praw człowieka w kontekście praktyki zawodowej. To, co adwokat powinien znać w tym zakresie.

Poza posiedzeniami plenarnymi, gdzie debatowano na tematy zasadnicze w ramach programu naukowego kongresu funkcjonowało także 30 komisji i grup roboczych gdzie w formie wykładów oraz zajęć praktycznych wymieniano doświadczenia na tematy interesujące adwokatów.

W kongresie wzięło udział ponad 1000 adwokatów z co najmniej 60 krajów świata. Uczestnikami kongresu byli przedstawiciele środowisk adwokackich wszystkich kontynentów.

Jak w każdym kraju, w którym odbywa się coroczny kongres UIA, tak i ten był ważnym wydarzeniem dla całego środowiska prawniczego Brazylii. Kongres otworzył i zaszczycił swoją obecnością Minister Sprawiedliwości Brazylii, przekazując uczestnikom pozdrowienia od wybranego na drugą kadencję Prezydenta Brazylii, Pana Luiza Inacio da Silva Lula.

Podczas zgromadzenia generalnego UIA, tak jak przewiduje to statut organizacji, potwierdzono wybór nowego Prezesa UIA. Został nim mec. Paulo Lins E. Silva z Brazylii.

Serdecznie podziękowano dotychczasowemu Prezesowi, amerykańskiemu adwokatowi, Panu mec. Delosowi N. Luttonowi, który w tym roku podczas seminarium organizowanego pod auspicjami UIA miał okazję być w Warszawie i którego miała zaszczyt i przyjemność gościć podczas pobytu w naszym kraju Polska Adwokatura.

Podczas kongresu miało miejsce także specjalne posiedzenie Międzynarodowego Senatu Adwokatów zrzeszonych w UIA, które to posiedzenie stanowiło kontynuację tegorocznego posiedzenia Senatu w Hadze. Podczas posiedzenia Senatu kontynuowano dyskusję na dwa zasadnicze tematy, tj.:

- Służba adwokatów *pro publico bono* i organizacja adwokatów oraz
- Studia nad głównymi wyzwaniami dla zawodu adwokata.

Warto podkreślić, że w posiedzeniach Senatu udział wzięli wysocy rangą przedstawiciele kilkudziesięciu organizacji, stowarzyszeń i korporacji adwokackich z całego świata.

Kongres, z uwagi na przebogaty materiał, liczbę prelegentów i uczestników, był ogromnym i przeprowadzonym z dużym rozmachem przedsięwzięciem.

Warto przy tym wspomnieć, że miasto Salvador, gdzie miał miejsce kongres, to aktualnie 2,6-milionowa aglomeracja, a swego czasu, od roku 1549, pierwsza stolica Brazylii. Pięknie położony nad zatoką Baia de Todos os Santos (Zatoka Wszystkich Świętych), posiadający 356 kościołów Salvador to stolica regionu Nordeste i stanu Bahia. W Salvadorze zachowały się liczne wspaniałe obiekty portugalskiej architektury kolonialnej. Sama starówka w Salvadorze zwana *Perlorinho* wpisana jest na listę światowego dziedzictwa UNESCO jako najcenniejsze na kontynencie świadectwo kultury kolonialnej z XVII i XVIII wieku. Nie ma wątpliwości, że Brazylia jako taka jest swoistym melanżem wielu kultur i narodów. Natomiast stan Bahia to nawet jak na warunki brazylijskie specyficzny tygiel społeczny i kulturowy, w którym najbardziej dominujący jest wpływ kultury afrykańskiej. To głównie na terenie stanu Bahia nadal kultywowane są wierzenia *condomble*, będące swoistą religią powstałą z połączenia chrześcijaństwa z wierzeniami afrykańskimi. To tutaj w czasach niewolnictwa powstała *capoeira*, tak modna dzisiaj na całym świecie groźna sztuka walki, która ma formę tańca. Bahia to specyficzne potrawy będące połączeniem kuchni brazylijskiej z kuchnią afrykańską. To także karnawał, którego nie było mi dane zobaczyć, a który swą intensywnością dorównuje podobno karnawałowi w Rio, a jest przy tym znacznie mniej skomercjalizowany.

Sama organizacja UIA to bodaj najstarsza z istniejących do dzisiaj międzynarodowych organizacji adwokatów. Utworzona w 1927, początkowo grupująca europejskich adwokatów frankofońskich, współcześnie otwarta na adwokatów z całego świata.

O randze i rozmiarach UIA jako organizacji świadczy fakt, że aktualnie skupia ona ponad 200 adwokatów, federacji, korporacji i stowarzyszeń adwokackich z całego świata, które reprezentują około 2 000 000 adwokatów. Członkami UIA są także adwokaci indywidualni z ponad 110 krajów świata. Językami oficjalnymi UIA są francuski, angielski, hiszpański, włoski, arabski, i portugalski. Językami corocznie organizowanego kongresu i licznych seminariów są języki francuski, angielski i hiszpański.

Nadrzędnymi celami działalności UIA są:

- szeroko pojęta ochrona zawodu adwokata,
- promowanie i rozpropagowywanie naczelných zasad zawodu adwokata,
- udział w rozwoju nauki prawa na niwie międzynarodowej,
- współpraca z innymi organizacjami pozarządowymi,
- ustanawianie i utrwalanie w zakresie międzynarodowym powiązań i relacji pomiędzy adwokatami, stowarzyszeniami adwokackimi i prawniczymi i ich członkami,
- praca nad formacją adwokatów i kształtowaniem rozwoju adwokatów poprzez organizowanie kongresów i seminariów.

Ze swej strony zachęcam do zapisywania się do UIA. Informacje na temat UIA można uzyskać na stronach internetowych organizacji: www.uanet.org;
e-mail: uiacentre@uanet.org.
Następny kongres UIA odbędzie się przyszłym roku we Francji.

Sławomir Ciemny

KONFERENCJA CCBE RZYM, 10–11 LISTOPADA 2006 R.

W dniach 10–11 listopada 2006 roku w Rzymie odbyła się konferencja zorganizowana przez Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) – organizację zrzeszającą prawników europejskich. Przedmiotem konferencji była kwestia zasadności tworzenia jednolitego dla wszystkich krajów UE prawa cywilnego, przede wszystkim w zakresie tzw. „prawa kontraktów”.

Z uwagi na fakt, iż jako reprezentant Naczelnej Rady Adwokackiej byłem obecny na przedmiotowej konferencji, chciałbym przedstawić opinie delegacji wybranych krajów, dotyczące kwestii związanych z harmonizacją prawa krajów europejskich:

I. Stanowisko delegacji francuskiej reprezentowanej przez Marca Frileta

Delegacja francuska podziela stanowisko, iż niezbędne jest dokonanie zmian mających na celu ujednoczenie tzw. prawa kontraktów w Europie.

Różnorodność regulacji w poszczególnych państwach wspólnoty znacznie utrudnia obrot gospodarczy. Wobec powyższego, przedmiotowa regulacja wpłynie korzystnie, między innymi, na jakość tworzonego prawa i ułatwi prowadzenie działalności gospodarczej na rynku europejskim.

Należałoby stworzyć „Common Frame of Reference” (dalej „CFR”) – akt zawierający główne zasady i terminologię prawa kontraktów dla przyszłej legislacji. CFR powinien zawierać kompilację reguł oraz przykładowych klauzul mogących mieć zastosowanie przy różnego rodzaju transakcjach. Ułatwianie procesu związanego z negocjowaniem i tworzeniem umów powinno stanowić główny cel istnienia CFR. Przedmiotowa kompilacja powinna stanowić syntezę najkorzystniejszych rozwiązań stosowanych podczas negocjacji oraz przy zawieraniu konkretnych umów. CFR mógłby również stanowić pewien swoisty przewodnik, który byłby pomocny w procesie zawierania umów. Stworzenie regulacji dla typowych sytuacji występujących w obrocie gospodarczym może wpłynąć pozytywnie na rozwój rynku europejskiego

Ze względu na brak wspólnych regulacji odnoszących się do prawa, większość umów opiera się na standardowych wzorcach opartych i wyprowadzonych przez organizacje specjalizujące się w poszczególnych rynkach albo głównych uczestników przedmiotowych rynków lub międzynarodowe firmy prawnicze. Ponieważ przedsiębiorcy nie dążą do zmiany

wskazanego stanu, ani też nie posiadają odpowiednich kwalifikacji do dokonania wskazanych zmian, tym bardziej zastosowanie CFR jest jak najbardziej uzasadnione. Wobec powyższego dokonanie zmian i stworzenie wspólnych wzorców jest jak najbardziej uzasadnione, ponieważ ułatwi proces negocjacji i tworzenia umów, przy czym jednocześnie będzie skutkowało obniżeniem kosztów i ułatwi współpracę międzynarodową.

II. Stanowisko delegacji angielskiej

STANOWISKO HUGH BEALE'A:

CFR powinno zawierać wspólne dla państw członkowskich zasady prawa kontraktowego, a także wskazywać, kiedy zastosowanie przedmiotowych zasad będzie uzasadnione.

CFR powinno w szczególności zawierać wspólne dla państw członkowskich definicje legalne, które niewątpliwie ułatwiłyby interpretacje umów. Byłoby wskazane, aby w ustalaniu powyższych reguł zachować pluralizm. Jest to dość istotny aspekt tworzenia wspólnych reguł, gdyż wielokrotnie można spotkać się z regulacjami zawartymi w umowach, które odnoszą się do prawnych instytucji nieistniejących w systemach innych państw. Ponadto należy zwiększyć współpracę, mającą na celu ustalenie podobieństw oraz najkorzystniejszych rozwiązań stosowanych w poszczególnych systemach, tak aby CFR mógł stanowić kompilację jak najlepiej dobranych rozwiązań prawnych.

CFR powinna obejmować jak najszerszej zagadnienia związane z prawem kontraktów, zawierając również regulacje odnoszące się do takich kwestii jak odpowiedzialność, czy ubezpieczenia.

STANOWISKO MICHAELA PATCHETT-JOYCE'A:

Według Michaela Patchett-Joyce'a, CFR stanowi najmniej korzystną opcję mającą na celu zharmonizowanie prawa kontraktów. Ze względu na fakt, iż prace nad stworzeniem CFR nie są satysfakcjonujące, dalsze prace nad CFR nie są dostatecznie uzasadnione. Już sam proces tworzenia CFR opiera się na niesprecyzowanych zasadach, co w konsekwencji skutkuje brakiem klarownej systematyki CFR. Sposób stosowania oraz selekcja zagadnień, które CFR powinien zawierać, również nie zostały jasno określone, co dodatkowo wpływa na brak zasadności dalszego tworzenia przedmiotowej instytucji.

III. Stanowisko delegacji włoskiej reprezentowanej przez Guido Alpa

Harmonizacja regulacji odnoszących się do międzynarodowej współpracy opartej na prawie kontraktów jest niezbędna, co w przyszłości zdecydowanie ułatwi międzynarodowy obrót gospodarczy. Wobec powyższego należy podkreślić, iż harmonizacja powinna dotyczyć całego prawa zobowiązań.

„Manifesto” przygotowany przez włoskich prawników wskazuje na istotny problem, jaki stanowi brak systematyki i równowagi dobieganych rozwiązań prawnych z poszczególnych systemów prawnych przy tworzeniu prawa kontraktów.

Ewentualny kodeks stanowiłby efekt wspólnych doświadczeń opartych na różnorodności kulturowej oraz różnej sytuacji ekonomicznej poszczególnych państw. Kodeks usyste-

matyzowałby reguły, które charakteryzowałyby się możliwością modyfikacji oraz łatwością stosowania.

Odnośnie do CFR przedstawiono pogląd, iż stworzenie wspólnych dla wszystkich państw członkowskich definicji legalnych nie rozwiąże problemu dotyczącego, między innymi, sposobu interpretacji umów.

Andrzej Zwara

SESJA CCBE, BRUKSELA 23–25 LISTOPADA 2006 R.

W Brukseli w dniach 23–25 listopada 2006 roku odbyły się prace Komisji CCBE: Human Rights – Droits de l’homme, Moldova Twinning Group, PECO, Cooperation in disciplinary matters – Cooperation en matiere disciplinaire oraz sesja plenarna (Plenary Session).

1. Human Rights – Droits de l’homme

Komisja Praw Człowieka koncentrowała się na problemach związanych ze skutecznością i wydolnością organizacyjną Trybunału Praw Człowieka i w związku z tym kwestią przygotowania odpowiednich kadr dla obsługi spraw dotyczących tej problematyki, w pierwszym rzędzie na poziomie państw członkowskich. Komisja została poinformowana przez naszą delegację o wstępnych projektach stworzenia rodzaju biura obsługi tychże spraw w Polsce przez Radę Europy. Komisja z uznaniem przyjęła takie inicjatywy. Jednocześnie komisja wyraziła dodatkowo własną inicjatywę, aby poszczególne członkowskie rady adwokackie zachęcały uczelnie uniwersyteckie do kształcenia studentów w zakresie praw człowieka, takie szkolenie kontynuowały w ramach aplikacji, a niezależnie od tego stwarzały możliwości do wyłonienia niezależnych od inicjatyw organów europejskich, niezależnych reprezentacji adwokatów w tych sprawach w ramach struktur krajów członkowskich na poziomie krajowym. Podkreślono trudną sytuację Trybunału Sprawiedliwości w związku z rosnącym wpływem skarg.

2. Moldova Twinning Group

Obrady dotyczyły kontaktów z adwokaturną moldawską. Z uwagi na niepodjęcie oferty CCBE w zakresie dostarczenia własnych ekspertów do Mołdawii, a jednocześnie wskazanie jedynie na potrzeby materialne, program ten został „zamrożony” na razie i została zaoferowana pomoc w zakresie sprzętu komputerowego i oprogramowania. Jednocześnie została przedstawiona bardzo trudna sytuacja adwokatury moldawskiej, zarówno organizacyjna jak i finansowa.

3. PECO

Komisja dotycząca spraw „byłych państw komunistycznych”.

Prezentowano bardzo obszernie sytuacje adwokatur białoruskiej i ukraińskiej, w tym tej ostatniej ze szczegółowym komentarzem adw. Zukowskiej z Ukrainy.

O ile sytuacja adwokatury białoruskiej jest zdeterminowana sytuacją polityczną w tym kraju, o tyle w przypadku Ukrainy wchodzi w grę dodatkowo czynnik korporacyjny i

ambicjonalny (sytuacja niestabilna, rozbieżności). Prace dotyczące adwokatury ukraińskiej (współpraca, pomoc) będą prowadzone z udziałem CCBE nawet na miejscu, na Ukrainie.

4. Co-operation in disciplinary matters – Cooperation en matiere disciplinaire

Prace komisji były prowadzone pod przewodnictwem Jonathana Goldsmitha (nowy przewodniczący komisji zostanie wybrany niebawem). Omawiany na komisji „First draft of the core principles of disciplinary proceedings” to dokument, który jest pierwszą próbą przygotowania kodeksu zasad etycznych zawodowych dla prawników krajów zrzeszonych w CCBE. Obecnie istnieje konieczność prowadzenia dalszych prac nad propozycjami zapisów do tego wstępnego projektu i udziału środowisk adwokatów, radców prawnych oraz pozostałych środowisk prawniczych.

5. Plenary Session

Podczas obrad sesji plenarnej CCBE pod adresem mec. Wojciecha Hermelińskiego padło wiele słów uznania dla jego działalności merytorycznej w CCBE. Kandydat zaproponowany przez NRA na przewodniczącego CCBE był popierany na sesji przez reprezentanta KRRP. W kolejnych głosowaniach spośród dwóch kandydatów: p. Jose Maria Davo Fernandez z Hiszpanii oraz Anne Birgitte Gammeljord z Danii. W wyniku kolejnego głosowania kandydatka z Danii została wybrana na II Wiceprzewodniczącą CCBE. Funkcję I Wiceprzewodniczącego CCBE objął dotychczasowy II Wiceprzewodniczący Peter Komes. Colin Tyre objął funkcję Przewodniczącego CCBE.

Na sesji plenarnej poruszano dodatkowo zagadnienia stworzenia odznaczenia dla wybitnego prawnika, sygnalizowano prace nad dokumentami z zakresu prawa konkurencji oraz finalizację prac nad projektem zmian rozporządzenia Rady Europy nr 2201/2003 dotyczącego uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i odpowiedzialności rodzicielskiej. Przedstawiono również stanowisko adwokatury francuskiej sprzeciwiające się zapisom ustawy o „praniu brudnych pieniędzy” dotyczącym prawników. Trwają też prace nad stanowiskiem dotyczącym prawa właściwego dla wykonywania zobowiązań umownych (Rome I).

W ramach przeprowadzonych głosowań na członka CCBE została przyjęta Szwajcaria po uprzednim przegłosowaniu modyfikacji statutu organizacji. Ponadto status obserwatora uzyskały Serbia i Czarnogóra.

Zapowiedziano na 15 lutego 2007 roku w Wiedniu zjazd CCBE grupujący Przewodniczących wszystkich korporacji prawniczych, z intencją zacieśnienia współpracy z American Bar Association, UIA i innymi organizacjami prawniczymi.

Mariusz Woliński

PRAKTYCZNE ZAGADNIENIA PRAWNE

Prawo cywilne

SKUTKI NARUSZENIA WŁAŚCIWOŚCI SĄDU DO WZNOWIENIA POSTĘPOWANIA

Zgodnie z treścią postanowienia art. 405 k.p.c., do wznowienia postępowania z przyczyn nieważności oraz na podstawie określonej w art. 401¹ k.p.c. właściwy jest sąd, który wydał zaskarżone orzeczenie, a jeżeli zaskarżono orzeczenia sądów różnych instancji, właściwy jest sąd wyższej instancji, natomiast do wznowienia postępowania na innej podstawie właściwy jest sąd, który ostatnio orzekał co do istoty sprawy. Przepisy dotyczące wznowienia postępowania (art. 399 i n. k.p.c.) nie określają, jakie są skutki naruszenia przez sąd właściwości określonej w art. 405 k.p.c. Naturalnie, można ogólnie stwierdzić, że naruszenie takie jest uchybieniem procesowym sądu, jednak nie wyjaśnia to postawionego zagadnienia. Do rozstrzygnięcia powstaje w szczególności kwestia, jakie konsekwencje pociąga za sobą naruszenie art. 405 k.p.c. w sytuacji, w której według tego przepisu do wznowienia właściwy był np. sąd okręgowy, a zamiast tego sądu o skardze o wznowienie postępowania orzekł formalnie (odrzućcie skargi) bądź też merytorycznie (oddalenie albo uwzględnienie skargi) sąd rejonowy. Powstaje pytanie, czy w sytuacji takiej można mówić o nieważności postępowania (art. 379 pkt 6 k.p.c.).

Przepisy o właściwości sądu do wznowienia postępowania (art. 447 d.k.p.c.¹ i art. 405 k.p.c.²) były przedmiotem licznych wypowiedzi zarówno orzecznictwa, jak

¹ Przepis art. 447 d.k.p.c., podobnie jak obecnie art. 405 k.p.c., odmiennie regulował właściwość sądu do wznowienia z przyczyn nieważności i do wznowienia z przyczyn restytucyjnych. Z chwilą wejścia w życie ustawy z 20 lipca 1950 r. o zmianie przepisów postępowania w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 38, poz. 349 ze zm.) art. 447 d.k.p.c. uzyskał oznaczenie jako art. 405 d.k.p.c.

² Przepis art. 405 k.p.c. pierwotnie przewidywał jednolitą regulację właściwości sądu do wznowienia postępowania bez względu na przyczynę wznowienia. Zróżnicowanie właściwości, analogiczne do wynikającego wcześniej z art. 447 d.k.p.c., wprowadzone zostało ustawą z 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe

i doktryny. Analizowane były jednak głównie z punktu widzenia sposobu ustalania właściwości sądu do wznowienia postępowania³. Brak natomiast poważniejszych wypowiedzi w kwestii skutków naruszenia przepisów regulujących właściwość sądu do wznowienia postępowania. W orzecznictwie⁴ wyrażono jedynie pogląd, popierany zdecydowanie przez całą doktrynę⁵, że właściwość sądu do wznowienia postępowania uregulowana w art. 405 k.p.c. (art. 447 d.k.p.c.) ma charakter wyłączny i nie może być zmieniona przez strony w drodze umowy. Przyjęto ponadto, że w wypadku wniesienia skargi o wznowienie postępowania do sądu niewłaściwego powinna być ona z urzędu przekazana do sądu właściwego (art. 200 § 1 zd. pierwsze k.p.c. w zw. z art. 406 k.p.c.)⁶.

W uchwale z 2 sierpnia 2006 r., III CZP 46/06⁷, Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że nieważność postępowania przewidziana w art. 379 pkt 6 k.p.c. zachodzi także wtedy, gdy sąd rejonowy orzekł o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania wniesionej na podstawie art. 403 § 1 pkt 1 k.p.c. w sprawie, w której sąd okręgowy oddalił apelację. Uzasadniając to stanowisko, Sąd Najwyższy podkreślił, że nieważność postępowania jest najdalej idącą sankcją naruszenia przepisów prawa procesowego w toku rozpoznawania sprawy. Wagę zawartych

i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 43, poz. 189 ze zm.).

³ Por. w okresie prac nad d.k.p.c. M. Allerhand, *Wznowienie procesu cywilnego według projektu polskiej procedury cywilnej (dokończenie)*, „Głos Prawa” 1927, nr 10–11, s. 357 i n.; S. Gołąb, *Wznowienie postępowania według projektu kodeksu procedury cywilnej*, „Głos Prawa” 1929, nr 5–6, s. 169 i n.; na tle art. 447 d.k.p.c. m.in. W. Korczemny, *Właściwość sądu do wznowienia postępowania z przyczyn nieważności*, „Nowa Palestra” 1937, nr 12, s. 535 i n.; W. A. Bartz, *Właściwość sądów do wznowienia postępowania na podstawie art. 445 k.p.c.*, „Głos Prawa” 1938, nr 1–2, s. 77 i n.; J. Tauber, *Kilka uwag na temat wznowienia postępowania z art. 445 k.p.c.*, „Głos Prawa” 1938, nr 9–10, s. 609 i n. Na tle art. 405 k.p.c. w jego obecnym brzmieniu por. K. Weitz, *W kwestii właściwości sądu drugiej instancji do wznowienia postępowania z przyczyn restytucyjnych*, „Palestra” 2005, nr 7–8, s. 223 i n.; M. Jędrzejewska (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga. Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, t. 2, Warszawa 2006, art. 405, uw. 1–8, s. 287–288.

⁴ Zob. wydane na gruncie art. 447 d.k.p.c. orzeczenie SN z 31 października 1935 r., C. II. 1710/35, OSP 1936, poz. 542.

⁵ Por. np. Z. Wusatowski, *Wznowienie postępowania w kodeksie postępowania cywilnego*, „Głos Prawa” 1932, nr 4–5, s. 177; W. Broniewicz, *Wznowienie postępowania cywilnego (dokończenie)*, „Palestra” 1968, nr 1, s. 51; M. Sawczuk, *Wznowienie postępowania cywilnego*, Warszawa 1970, s. 129; M. P. Wójcik (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz*, red. A. Jakubecki, Zakamycze 2005, art. 405, uw. 1, s. 582; G. Bieniek (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Piasecki, t. 2, Warszawa 2006, art. 405, nb. 1, s. 1550.

⁶ Por. orzeczenie SN z 15 października 1958, 1 CO 12/58, RPEiS 1959, nr 4, s. 270 oraz postanowienia SN, z 8 czerwca 2000 r., I CO 17/00, niepubl.; z 31 lipca 2000 r., I CO 1/00, niepubl.; z 8 sierpnia 2000 r., III CO 7/00, niepubl.; z 9 października 2001 r., I CO 17/01, niepubl.; z 14 lutego 2005 r., I PO 3/04, niepubl. W literaturze zob. np. W. Broniewicz, *Wznowienie...*, s. 51; M. Manowska, *Etapy badania skargi o wznowienie postępowania (wybrane zagadnienia)*, PS 2004, nr 11–12, s. 61.

⁷ Biul. SN 2006, nr 8, s. 10.

w kodeksie postępowania cywilnego unormowań związanych z nieważnością postępowania wzmacnia okoliczność, że jej przyczyny nie tylko wiążą się z gwarancjami procesowymi stron, lecz także kształtują podstawowe standardy należytego postępowania. Prawidłowa wykładnia art. 379 k.p.c. ma więc dla praktyki niebagatelne znaczenie. Formuła art. 405 k.p.c. wskazuje na przyjęcie takiej konstrukcji określania podstaw właściwości sądu do wznowienia postępowania, która polega na funkcjonalnym połączeniu tej właściwości z orzekaniem przez sąd w prawomocnie zakończonym postępowaniu. W ramach tej konstrukcji właściwość sądu do wznowienia postępowania z przyczyn nieważności i z przyczyny wskazanej w art. 401¹ k.p.c. została uzależniona od tego, który sąd wydał zaskarżone orzeczenie lub też – w wypadku zaskarżenia orzeczeń sądów różnych instancji – który sąd orzekał w instancji wyższej, natomiast właściwość sądu do wznowienia postępowania z przyczyn restytucyjnych od tego, który sąd ostatnio orzekał co do istoty sprawy. Takie określenie podstaw właściwości do wznowienia postępowania nie zmienia jednak faktu, że także w tych wypadkach miarodajne jest przyjęte w kodeksie postępowania cywilnego rozróżnienie właściwości rzeczowej (art. 16 i n. k.p.c.) i właściwości miejscowej (art. 27 i n. k.p.c.). Ustalenie na podstawie przepisu art. 405 k.p.c. sądu właściwego do wznowienia postępowania oznacza ustalenie sądu, który jest właściwy do wznowienia postępowania zarówno w aspekcie właściwości miejscowej, jak i rzeczowej. Inną kwestią jest, że art. 405 k.p.c. określa metodę ustalania sądu właściwego do wznowienia postępowania w taki sposób, że jednocześnie ustalona zostaje właściwość miejscowa sądu, jak i właściwość rzeczowa. Treść tego artykułu daje też asumpt do zajęcia stanowiska, że pozwala on, przy zastosowaniu przewidzianych w nim kryteriów funkcjonalnego powiązania z orzekaniem w prawomocnie zakończonej sprawie, określić, w każdej konkretnej sprawie, którego rzędu sąd (pierwszej lub drugiej instancji czy też Sąd Najwyższy) jest rzeczowo właściwy do wznowienia postępowania oraz który sąd jest w tym zakresie właściwy miejscowo.

Powstaje problem, jakie są następstwa procesowe naruszenia właściwości w zakresie orzekania co do skargi o wznowienie postępowania. W związku z tym Sąd Najwyższy zauważył, że na gruncie procesu nieważność może dotknąć postępowania przed sądem pierwszej instancji, sądem drugiej instancji, Sądem Najwyższym, a także postępowania wywołane wniesieniem nadzwyczajnych środków zaskarżenia, w tym skargi o wznowienie postępowania. W odniesieniu do każdego ze wskazanych postępowań przesłanki nieważności wymienia enumeratywnie art. 379 k.p.c. Takie stanowisko jest ogólnie przyjmowane, chociaż faktem jest, że poza postępowaniem przed sądem pierwszej instancji nieważność postępowania w pozostałych wypadkach nie została przez ustawodawcę wypowiedziana wprost. Mimo wszystko nie powinno być w tym zakresie żadnych wątpliwości, albowiem możliwość nieważności innych postępowań, chociażby przykładowo postępowania apelacyjnego, wynika ze sformułowań innych przepisów kodeksu postępowania cywilnego dotyczących problemu nieważności

postępowania. Wskazać można np. art. 398¹³ § 1 k.p.c., który nakazuje Sądowi Najwyższemu w związku z rozpoznawaniem skargi kasacyjnej branie z urzędu pod rozwagę nieważności postępowania. Jak zaś wiadomo, z utrwalonego w tym względzie orzecnictwa Sądu Najwyższego wynika, że przepis ten dotyczy wypadku nieważności postępowania przed sądem drugiej instancji⁸. Wprawdzie w piśmiennictwie wyrażane bywa także przekonanie, że powyższy przepis ma zastosowanie również co do nieważności postępowania przed sądem pierwszej instancji⁹, niemniej jednak kwestia ta w tym kontekście jest bez znaczenia. Z omawianego punktu widzenia charakterystyczna jest także treść przepisu art. 405 k.p.c., według którego, do wznowienia postępowania z przyczyn nieważności właściwy jest sąd, który wydał zaskarżone orzeczenie. I w tym więc wypadku ustawodawca pośrednio dopuszcza zaistnienie nieważności postępowania nie tylko przed sądem pierwszej instancji, ale też przed sądem drugiej instancji, a nawet przed Sądem Najwyższym.

W ocenie Sądu Najwyższego analiza regulacji kodeksowych dotyczących nieważności postępowania wskazuje, że treść normatywna art. 379 k.p.c. ma walor uniwersalny i w żadnym razie nie odnosi się tylko do postępowania przed sądem pierwszej instancji. Przepis ten odnosi się także do sytuacji, w której dojdzie do odrzucenia skargi o wznowienie postępowania przez sąd rejonowy, mimo że sądem właściwym rzeczowo do orzekania w tym przedmiocie miałby być – zgodnie z art. 405 zd. 2 k.p.c. – sąd okręgowy. Zakładając, że sąd rejonowy działałby w takiej sytuacji jako sąd pierwszej instancji, dopuszczalne byłoby zażalenie na jego postanowienie o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania (art. 394 § 1 k.p.c.) i w toku postępowania zażaleniowego nie można wyłączyć możliwości zastosowania art. 379 pkt 6 w zw. z art. 397 § 2 zd. pierwsze k.p.c. Przepis art. 379 pkt 6 k.p.c. stanowi, że nieważność postępowania zachodzi, jeżeli sąd rejonowy orzekł w sprawie, w której sąd okręgowy był właściwy bez względu na wartość przedmiotu sporu. Powołany przepis powinien być wprawdzie interpretowany ściśle, jednakże jego zastosowanie do postępowania wywołanego skargą o wznowienie wymaga uwzględnienia specyfiki tego postępowania. W postępowaniu tym podstawę ustalenia właściwości sądu wyznacza art. 405 k.p.c. Przepis ten określa w sposób wyłączny właściwość miejscową i rzeczową przy zastosowaniu kryterium funkcjonalnego powiązania tej właściwości z orzekaniem przez sąd w prawomocnie zakończonym postępowaniu. Właściwość sądu do wznowienia postępowania określana jest zatem bez względu na wartość przedmiotu sporu (lub zaskarżenia), gdyż kryterium odwołujące się do tej wartości nie znajduje w tym wypadku w ogóle

⁸ Sąd Najwyższy powołał się w tym kontekście na swój wyrok z 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81.

⁹ Por. w tej kwestii M. Łochowski, *Uchybienia w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji stanowiące przyczyny nieważności jako podstawy uwzględnienia kasacji*, PS 1999, nr 10, s. 96 i n.

zastosowania. W efekcie należy uznać, że jeżeli sąd rejonowy orzeknie (formalnie lub merytorycznie) w sprawie zainicjowanej skargą o wznowienie postępowania, do rozpoznania której właściwy jest sąd okręgowy, postępowanie przed sądem rejonowym dotknięte będzie nieważnością.

Pogląd przedstawiony przez Sąd Najwyższy w przywołanej uchwale z 2 sierpnia 2006 r. zasługuje na akceptację. Zgodzić się należy przede wszystkim z konstatacją, że przepis art. 405 k.p.c. stanowi – w postępowaniu ze skargi o wznowienie postępowania – jednocześnie podstawę dla ustalenia właściwości miejscowej i rzeczowej sądu¹⁰. Podstawę określenia tej właściwości stanowi funkcjonalne powiązanie z orzekaniem w prawomocnie zakończonym postępowaniu, co przesądza, że ustalenie właściwości sądu następuje bez odwołania do kategorii wartości przedmiotu sporu (zaskarżenia). Jak najbardziej prawidłowe jest także założenie Sądu Najwyższego, że kategoria nieważności postępowania, o której stanowi art. 379 k.p.c., jest aktualna nie tylko w wypadku wadliwości postępowania przed sądem pierwszej instancji, ale także w postępowaniu apelacyjnym, kasacyjnym, a także w ramach postępowania wywołanego wznowieniem postępowania¹¹. Dotyczy to każdej z przyczyn nieważności wskazanych w art. 379 k.p.c., a więc także przyczyny polegającej na tym, że sąd rejonowy orzekł w sprawie, w której sąd okręgowy był właściwy bez względu na wartość przedmiotu sporu. Rzecz jasna, stosowanie tej podstawy nieważności postępowania w ramach postępowania apelacyjnego, kasacyjnego czy wznowieniowego wymaga za każdym razem uwzględnienia specyfiki danego postępowania.

Wypada także zaznaczyć, że teza uchwały dotyczy wprost jedynie właściwości sądu do wznowienia postępowania określonej w art. 405 zd. 2 k.p.c., a więc wznowienia z tzw. przyczyn restytucyjnych. Należy jednak uznać, że analogicznie ocenić należałoby skutki naruszenia reguły ustalania właściwości sądu wskazanej w art. 405 zd. 1 k.p.c., czyli w razie wznowienia z przyczyn nieważności i na podstawie określonej w art. 401¹ k.p.c.

Karol Weitz

¹⁰ Analogicznie oceniana jest regulacja właściwości do wznowienia postępowania na tle § 532 austr. ZPO, por. D.-A. Simotta (w:) W. H. Rechberger, D.-A. Simotta, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Wien 2003, nb. 891, s. 500.

¹¹ Zob. w związku z tym np. W. Siedlecki, *Nieważność procesu cywilnego*, Warszawa 1965, s. 119.

WPŁYW ZMIAN PODATKU VAT NA TREŚĆ STOSUNKU ZOBOWIĄZANIOWEGO

Problemy na styku prawa podatkowego i prawa cywilnego pojawiają się stosunkowo często. Dotychczas kojarzone były jednak zwykle z zagadnieniem odpowiedzialności odszkodowawczej (podatek VAT jako część odszkodowania) oraz obejścia prawa podatkowego za pomocą instrumentów prawa cywilnego. W ostatnim czasie coraz częściej wątpliwości powstają na tle wpływu zmian w zakresie podatku od towarów i usług na prawa i obowiązki stron w ramach umów uprzednio zawartych. W szczególności chodzi o to, czy zmiany te – np. zmiana stawki podatku VAT albo objęcie podatkiem czynności dotychczas nieopodatkowanej – powoduje *ex lege* zmianę należnego od jednej ze stron (wykonawcy, usługodawcy) wynagrodzenia.

Kwestia jest sporna w piśmiennictwie. Zdaniem niektórych autorów, zmiana w zakresie podatku VAT nie wpływa *per se* na treść zobowiązania¹. Może być natomiast podstawą do zastosowania klauzuli *rebus sci stantibus* (art. 357¹ k.c.)², albo innych szczególnych instrumentów dotyczących poszczególnych stosunków prawnych³. Według poglądu odmiennego, zmiana podatku VAT stanowi podstawę do zmiany treści stosunku obligacyjnego bez konieczności odwoływania się do szczególnych podstaw prawnych⁴. Tego rodzaju konkluzja przewija się również w orzecznictwie Wojewódzkich Sądów Administracyjnych⁵.

Do pierwszego ze stanowisk przychylił się Sąd Najwyższy w uchwale z 21 lipca 2006 r.⁶, w której uznał, że „Podwyższenie z dniem 1 maja 2004 r. stawek podatku od towarów i usług za roboty budowlane, dokonane ustawą z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) nie uzasadnia – bez zmiany umowy zawartej przed 1 maja 2004 r. – obowiązku zamawiającego za-

¹ Tak np. odnośnie do wpływu objęcia podatkiem użytkowania wieczystego na wysokość uzgodnionej opłaty rocznej – S. Brzeszczyńska, *Użytkowanie wieczyste w podatku VAT*, „Monitor Podatkowy” 2005, nr 2, s. 14; E. Bończak-Kucharczyk, P. Wrześniewski, *Podatek obciąża gminę, nie użytkownika*, „Rzeczpospolita” z 18 stycznia 2005 r.

² Tak E. Bończak-Kucharczyk, P. Wrześniewski, *Podatek obciąża gminę, nie użytkownika*, „Rzeczpospolita” z 18 stycznia 2005 r.

³ Np. aktualizacja opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste na podstawie art. 77 ust. 1 UGN – tak E. Bończak-Kucharczyk, P. Wrześniewski, *Podatek obciąża gminę, nie użytkownika*, „Rzeczpospolita” z 18 stycznia 2005 r.

⁴ Zob. np. odnośnie do wpływu objęcia podatkiem użytkowania wieczystego na wysokość uzgodnionej opłaty rocznej – Czytelnik „Rzeczpospolitej”, *Na kim ciąży VAT*, „Rzeczpospolita” z 1 lutego 2005 r.

⁵ Zob. odnośnie do wpływu objęcia podatkiem użytkowania wieczystego na wysokość uzgodnionej opłaty rocznej – wyrok WSA w Warszawie z 5 października 2005 r., III SA/Wa 1935/2005, Lex Polonica 2006; podobnie w wyroku w sprawie III SA/Wa 1953/2005, Lex Polonica 2006 r. (bez wskazanej daty).

⁶ III CZP 54/06, LEX nr 188835.

płaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki”. W uzasadnieniu Sąd zwrócił uwagę, że zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego uzgodnione między stronami wynagrodzenie, jako element stosunku cywilnoprawnego, może być jednostronnie zmienione tylko w przypadku wyraźnie przez ustawę przewidzianym.

Zdaniem Sądu, podstawy w tym zakresie nie stwarza art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach⁷ (dalej: UC), który ujmuje cenę jako „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym”. Sąd podkreślił, że z powyższego przepisu wynika jedynie, iż w zasadzie cena, a więc świadczenie, które kupujący jest zobowiązany zapłacić sprzedawcy, obejmuje już podatek VAT⁸. Oznacza to, że sprzedawca nie będzie miał możliwości żądania dodatkowego świadczenia ponad uzgodnioną cenę z powołaniem się na to, iż nie uwzględnia ona podatku VAT. Tym samym omawiany przepis *per se* nie stwarza także podstaw, by w przypadku podwyższenia stawki podatku VAT, które nastąpiło po zawarciu umowy, sprzedawca mógł żądać zapłaty odpowiednio zwiększonej ceny.

W opinii Sądu, podstawy takiej nie przewiduje również ustawa z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług⁹. Jest tak dlatego, że ustawa o podatku od towarów i usług nie przesądza w żadnym stopniu wysokości wynagrodzenia za dokonanie określonej czynności cywilnoprawnej podlegającej opodatkowaniu. Kwestia ta podlega uzgodnieniu między stronami. Uwzględniają one zwykle wysokość podatku przy ustalaniu wysokości świadczenia, jednakże nie może to prowadzić do wniosku, że *de iure* wysokość podatku rozstrzyga o wysokości świadczenia. Obowiązujące przepisy dają podstawę do stwierdzenia, że występuje tu zależność odwrotna: wysokość podatku należnego zależy od wysokości świadczenia uzgodnionego między stronami.

Według Sądu, jest oczywiste, że w rozpatrywanej sytuacji wprowadzenie opodatkowania czy zwiększenie stawki VAT w zakresie określonej czynności prawnej, którego skutkiem jest zwiększenie zakresu zobowiązania podatkowego jednej ze stron, prowadzi do zagrożenia jej interesu. Powstaje jednakże pytanie, czy zagrożenie to w prosty sposób może zostać przerzucone na drugą stronę. Sąd zwraca uwagę, że rezultatem takiego zabiegu będzie zobowiązanie drugiej strony do zapłaty *ex post* większego świadczenia, na którego spełnienie nie musi być przygotowany. W ramach prawa zobowiązań uwzględnienie interesu wyłącznie jednej ze stron prowadzi zwykle do naruszenia interesu drugiej strony. W opinii Sądu, rozpatrywa-

⁷ Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.

⁸ Por. np. J. Zubrzycki, *Leksykon VAT*, Wrocław 2004, s. 266.

⁹ Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.

ny problem dotyczy w istocie kwestii rozkładu ryzyka. Zapobiegliwe strony mogą konsekwencje ewentualnej zmiany stawki podatku uregulować w umowie, np. w ten sposób, że wskażą w umowie cenę netto, zastrzegając, iż do ceny tej będzie doliczony VAT. Sąd odrzucił natomiast możliwość wkomponowania do treści zobowiązania obowiązku zapłaty podwyższonego wynagrodzenia w razie zmiany stawki podatku VAT za pośrednictwem takich przepisów jak art. 56 k.c., czy też art. 354 k.c.

W rezultacie Sąd uznał, że obowiązek zapłaty zwiększonego wynagrodzenia przez zamawiającego może wynikać jedynie ze zmiany umowy. Zdaniem Sądu, w sytuacji, w której strony w umowie o roboty budowlane zastosowały jeden z uregulowanych w Kodeksie cywilnym w przepisach dotyczących umowy o dzieło systemów wynagrodzenia (ryczałtowe, kosztorysowe), to wówczas w drodze analogii należy stosować właściwe przepisy dotyczące umowy o dzieło (art. 629 i 632 § 2 k.c.); jeżeli zaś zastosowały wynagrodzenie innego rodzaju, to wówczas w rachubę wchodzi art. 357¹ k.c. Odnośnie do tego ostatniego przepisu Sąd przywołał uchwałę SN z 24 czerwca 1994 r.¹⁰, w której nie wykluczono, że zmiana ustawodawstwa może być uznana – w okolicznościach konkretnej sprawy – za „nadzwyczajną zmianę stosunków”.

Należy także zwrócić uwagę, że zbliżone poglądy zostały wyrażone w uzasadnieniu postanowienia z 10 lutego 2006 r.¹¹, które dotyczyło możliwości podwyższenia przez gminę opłaty za użytkowanie wieczyste, która nie uwzględniała podatku VAT, w sytuacji, w której pierwotnie nieopodatkowana opłata na skutek zmian ustawodawczych zaczęła podlegać opodatkowaniu. Sąd Najwyższy przychylił się w nim do stanowiska, że brak podstaw do tego, aby do opłaty rocznej właściciel gruntu mógł doliczyć podatek VAT. „Opłaty z tytułu użytkowania wieczystego są ustalone w umowie zawartej pomiędzy właścicielem gruntu a użytkownikiem wieczystym. Bez zmiany tej umowy mogą one ulec zmianie tylko w sytuacji przewidzianej w art. 77 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami”. Sąd zauważył również, że brak jest w obecnym stanie prawnym podstaw, aby w inny sposób przerzucić na użytkownika wieczystego skutki wprowadzenia podatku VAT od oddania gruntu w użytkowanie wieczyste.

Powstaje wątpliwość, czy tym samym Sąd wyłączył możliwość zastosowania w omawianej sytuacji art. 357¹ k.c., co świadczyłoby o rozbieżności w orzecznictwie w tym zakresie.

Nie jest jasne, czy można w tej kwestii mówić o zgodności w piśmiennictwie. Zdaniem T. Wiśniewskiego, nadzwyczajną zmianą stosunków mogą być również zasadnicze i zaskakujące zmiany stawek celnych lub podatkowych¹². Natomiast

¹⁰ III CZP 79/94, OSNCP 1994, z. 12, poz. 240.

¹¹ III CZP 1/06, LEX nr 180664.

¹² Zob. T. Wiśniewski (w.): *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2005, kom. do art. 357¹.

zdaniem A. Brzozowskiego posłużenie się terminem „nadzwyczajnej” zmiany stosunków eliminuje przypadki „zwykłych”, głębokich przeobrażeń warunków gospodarczych, takich jak np. zmiana podatków, zmiana cel itp., co zresztą autor ocenia krytycznie¹³.

W kontekście wskazanych wątpliwości warto zaznaczyć, że zastosowanie wskazanego art. 357¹ k.c. w celu adaptacji treści zobowiązania do zmienionych uwarunkowań prawnopodatkowych jest uzasadnione. Wydaje się bowiem, że zmiana stawki podatku VAT, której nie można było przewidzieć przy zawarciu umowy, powinna być uznawana za nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu tego przepisu.

W ramach czynników, które sąd powinien uwzględnić zmieniając wysokość świadczenia na podstawie art. 357¹ k.c., jest również i ten, że nie można wykluczyć, iż w niektórych sytuacjach jedna ze stron, będąca podatnikiem VAT, będzie mogła zapłacony podatek odliczyć i tym samym obniżyć kwotę należnego podatku VAT (np. w przypadku robót budowlanych zależy to od tego, czy roboty budowlane będą służyły do wykonywania czynności opodatkowanych¹⁴).

Generalnie zaś warto podkreślić, że rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, w myśl których zmiana w zakresie podatku VAT nie wpływa *per se* na treść zobowiązania, zasługują na aprobatę. Podstawą ewentualnych zmian mogą być ewentualne klauzule adaptacyjne zawarte w umowie, a w ich braku – art. 357¹ k.c. albo właściwe przepisy szczególne.

Roman Trzaskowski

¹³ Zob. A. Brzozowski (w:) *KC. Komentarz*, t. I, Warszawa 2005, kom. do art. 357¹.

¹⁴ Zob. np. J. Zubrzycki, *Leksykon VAT*, Wrocław 2004, s. 465 i n.

Prawo handlowe

UDZIELENIE PEŁNOMOCNICTWA CZŁONKOWI ZARZĄDU SPÓŁKI Z O.O.

Możliwość uczynienia członka zarządu spółki kapitałowej jej pełnomocnikiem (prokurentem) jest przedmiotem kontrowersji i rozbieżnych ocen, zarówno w orzecznictwie¹, jak i w doktrynie². Istotne znaczenie w toczącej się dyskusji ma stanowisko Sądu Najwyższego, który uznał za dopuszczalne, aby członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniony umową spółki do jej repre-

¹ Zob. wyrok SA w Poznaniu z 28 kwietnia 1992 r., I ACr 111/92, „Wokanda” 1992, nr 10, s. 29, w którym dopuszczono kumulowanie funkcji członka zarządu i prokurenta spółki, oraz wyrok SA w Katowicach z 16 marca 2005 r., I ACA 1628/04 [niepubl., przytaczam za J. A. Strzępką, J. Piniorem, *Pełnomocnictwo a status członka zarządu*, „Prawo Spółek” (Pr. Sp.) 2006, nr 10, s. 4 i n.], w którym wyrażono pogląd, iż członek zarządu nie może być jednocześnie pełnomocnikiem spółki.

² Za taką możliwością opowiadają się np.: G. Gorczyński, *W obronie dopuszczalności udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu i wspólnikowi spółki osobowej*, Pr. Sp. 2005, nr 3; M. Kocur, *Pełnomocnictwo dla członka zarządu spółki kapitałowej – polemika*, Pr. Sp. 2004, nr 12; Z. Kuniewicz, *Członek zarządu prokurentem w spółce kapitałowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” (PPH) 2000, nr 5; jej przeciwnikami są natomiast: J. Szwaja, *Ustanowienie, udzielenie oraz odwołanie prokury przez spółkę handlową*, Pr. Sp. 2003, nr 7–8; J. A. Strzępka, J. Piniór, *Pełnomocnictwo a status członka zarządu*, Pr. Sp. 2006, nr 10; T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, Warszawa 1999, s. 31; P. Piniór, B. Jochemczyk, *Z problematyki prawnej udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej*, Pr. Sp. 2004, nr 6; P. Piniór, B. Jochemczyk, *Pełnomocnictwo dla członka zarządu spółki kapitałowej – odpowiedź na polemikę*, Pr. Sp. 2005, nr 2; A. Gburzyńska-Dulewicz, *Pozycja prawna zarządu i członków zarządu spółek kapitałowych*, Warszawa 2006, s. 205 i n.; R. Czerniawski, *Kodeks spółek handlowych, Przepisy o spółce akcyjnej*, Warszawa 2004, s. 362 (w odniesieniu do spółki akcyjnej); stanowisko kompromisowe prezentują natomiast R. L. Kwaśnicki, A. Rataj, *Członek zarządu spółki jako jej pełnomocnik albo prokurent*, Pr. Sp. 2004, nr 9, którzy uznają ją za dopuszczalną jedynie wówczas, gdy taka możliwość jest wyraźnie przewidziana w umowie (statucie) spółki.

zentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, był ustanowiony pełnomocnikiem do poszczególnych czynności³.

1. Udzielenie pełnomocnictwa w imieniu spółki należy do kompetencji zarządu⁴. Następuje ono w drodze jednostronnej czynności prawnej o charakterze upoważniającym⁵, a zatem wymaga złożenia oświadczenia woli, które w imieniu spółki składa właśnie zarząd, reprezentujący spółkę w stosunkach zewnętrznych (art. 201 § 1 k.s.h.). Przy ustanawianiu pełnomocnika obowiązują analogiczne zasady reprezentacji, jak przy dokonaniu każdej innej czynności prawnej – jeżeli umowa spółki nie zawiera odmiennych postanowień, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem (art. 205 § 1 *in fine* k.s.h.). Prokurenta mogą natomiast powołać wszyscy członkowie zarządu działający łącznie (art. 208 § 6 k.s.h.). Żaden z przepisów Kodeksu spółek handlowych, ani też norma jakiegokolwiek innej ustawy, nie formułują zakazu łączenia funkcji członka zarządu oraz pełnomocnika (prokurenta) spółki⁶. Brak wyraźnego postanowienia w zakresie *incompatibilitas* wydaje się stwarzać swoiste domniemanie dopuszczalności takiego rozwiązania, skoro w przypadku łączenia innych funkcji w ramach struktury spółki kapitałowej ograniczenia ustawowe zostały wyrażone *explicite* (art. 214 k.s.h.). Przeciwnicy tej możliwości zgłaszają natomiast zasadniczo dwa zarzuty: „obejścia” ustalonych w umowie spółki bądź w ustawie zasad reprezentacji oraz dokonania przez członka zarządu czynności z „samyim sobą”.

2. Zastrzeżenia oponentów dotyczą przede wszystkim sytuacji, w której w spółce – na mocy umowy spółki lub ustawy – obowiązuje reprezentacja łączna dwóch członków zarządu, a pełnomocnictwo do samodzielnego dokonywania czynności prawnych zostało udzielone jednemu z nich. Działanie tak ustanowionego pełnomocnika mogłoby prowadzić – zdaniem przeciwników takiego rozwiązania – do podważenia umownych lub ustawowych zasad reprezentacji w spółce i miałyby

³ Uchwała SN z 23 sierpnia 2006 r., III CZP 68/06, Biul. SN 2006, nr 8, s. 11. Tezy uchwały zostały także omówione w dzienniku „Rzeczpospolita” z 25 sierpnia 2006 r., dodatek: „Prawo co dnia”. W czasie przygotowania niniejszego opracowania nie była jeszcze dostępna treść pisemnego uzasadnienia uchwały.

⁴ Odstępstwo od tej zasady przewiduje art. 210 k.s.h. dający uprawnienie do powołania pełnomocnika zgromadzenia wspólników celem reprezentacji spółki w umowie lub w sporze z członkiem zarządu, a także art. 253 § 1 k.s.h. ustalający kompetencję zgromadzenia wspólników do ustanowienia pełnomocnika upoważnionego do reprezentacji spółki w sporze dotyczącym uchylenia lub stwierdzenia nieważności uchwały wspólników.

⁵ Tak M. Pazdan (w:) *Kodeks cywilny*, Komentarz pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2004, t. I, s. 338; J. Strzebińczyk (w:) *Kodeks cywilny*, Komentarz pod red. E. Gniewka, Warszawa 2006, s. 236; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne, Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 341; odmiennie S. Rudnicki (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, Część ogólna*, Warszawa 2003, s. 370–371.

⁶ Tak też w odniesieniu do prokurenta na gruncie k.h. Z. Kuniewicz, *Członek zarządu...*, s. 48; na gruncie k.s.h. natomiast G. Gorczyński, *W obronie...*, s. 31 oraz J. P. Naworski (w:) J. P. Naworski, K. Strzelczyk, T. Siemiątkowski, R. Potrzyszcz, *Komentarz do Kodeksu spółek handlowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, pod red. R. Potrzyszcz i T. Siemiątkowskiego, Warszawa 2001, s. 385.

charakter obejścia prawa⁷. Argumentacja ta jest jednak wybiórcza, ponieważ nie podważa jednoosobowej reprezentacji spółki przez prokurenta samoistnego bądź jednoosobowego pełnomocnika, jeżeli umocowanymi nie są osoby piastujące jednocześnie funkcję członka organu zarządzającego⁸. Tymczasem jeżeli zarząd spółki podlega regułom łącznej reprezentacji, to każde ustanowienie pełnomocnika uprawnionego do działania jednoosobowego – bez względu na personalia – prowadzi przecież do kwestionowanej „zmiany obowiązującego w spółce sposobu reprezentacji”. Zarzut ten jest zatem sformułowany niekonsekwentnie, a ponadto pomija kwestię elementarnego zaufania do członków zarządu, jakie z definicji towarzyszy ich powołaniu i działalności w imieniu spółki. Organy (osoby), które powołują członków zarządu, czynią to ze świadomością kompetencji, które zarządowi przysługują, i zasad, według których są one wykonywane. Jednym z uprawnień zarządu jest natomiast ustanawianie pełnomocników spółki. Nie ma podstaw do przyjęcia, że ogranicza się ono jedynie do powołania określonych osób, spoza grona członków zarządu. Skoro członkowie zarządu mogą dowolnie wybrać pełnomocnika spółki, a to uprawnienie wyboru wynika z ustalonego umową spółki lub ustawą zakresu kompetencji, to należy przyjąć, iż dochodzi do wyrażenia przez spółkę *sui generis* „blankietowej” zgody na jakiegokolwiek – w sensie personalnym – powołanie pełnomocnika. Co więcej, ze względów celowościowych, nie budzi zastrzeżeń ustanowienie pełnomocnikiem osoby już zweryfikowanej w toku rekrutacji na stanowisko członka zarządu; jest ona bardziej nawet wiarygodna dla spółki niż pełnomocnik wskazany samodzielną decyzją członków zarządu.

3. Zgłoszono także wątpliwość, czy udzielenie przez członków zarządu pełnomocnictwa na rzecz jednego z nich nie stanowi niedopuszczalnej czynności „za samym sobą”. Problem czynności „z samym sobą” nie powstaje, jeżeli pełnomocnictwa określonemu członkowi zarządu udzielają inni członkowie organu, a zatem kiedy istnieje dostateczna – poza samym upoważnianym – liczba osób uprawnionych do skutecznej reprezentacji spółki, np. wówczas gdy zarząd składa się z trzech osób, a reprezentacja łączna obejmuje dwóch członków zarządu. Zastrzeżenia pojawiają się w sytuacji, gdy w czynności udzielenia pełnomocnictwa bierze udział osoba, której pełnomocnictwa się udziela. Kwestia ta pojawi się zatem zawsze w przypadku ustanawiania prokurentem jednego z członków zarządu, albowiem do udzielenia prokury wymaga się zgody wszystkich członków organu zarządzającego

⁷ P. Pinior, B. Jochemczyk, *Z problematyki...*, s. 23–24; J. A. Strzępka, P. Pinior, *Pełnomocnictwo...*, s. 5–6; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–300 k.s.h.*, Kraków 2005, t. I, s. 923.

⁸ Tak A. Kidyba, *Kodeks...*, s. 923; J. A. Strzępka, E. Zielińska (w:) J. A. Strzępka, E. Zielińska, W. Popiołek, P. Pinior, H. Urbańczyk, *Kodeks spółek handlowych, Komentarz, Orzecznictwo*, pod red. J. A. Strzępki, Warszawa 2003, s. 590; a także M. Litwińska, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 512; odmiennie, uznając, że zasady reprezentacji łącznej wiążą prokurentów również, gdy udzielono prokury jednoosobowej, A. Szajkowski (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300*, Warszawa 2002, t. II, s. 398.

(art. 208 § 6 k.s.h.). Dokonywanie czynności „z samym sobą” normuje art. 108 k.c., który generalnie wyklucza występowanie pełnomocnika jednocześnie w charakterze drugiej strony czynności prawnej. Zakaz ten odnoszony jest w doktrynie i orzecznictwie *per analogiam* do sytuacji, w których czynności dokonuje osoba fizyczna występującą jednocześnie jako organ osoby prawnej⁹. Powstaje zatem pytanie, czy – w oparciu o art. 2 k.s.h. – istnieje możliwość zastosowania tego zakazu do udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością¹⁰. Wydaje się jednak, że w tej sytuacji wątpliwe jest sięgnięcie do art. 2 k.s.h. i przyjęcie – za jego pośrednictwem – zastosowania *per analogiam* art. 108 k.c. Artykuł 2 k.s.h. dopuszcza sięgnięcie do przepisów Kodeksu cywilnego tylko wtedy, gdy określona kwestia nie jest regulowana w Kodeksie spółek handlowych, a jednocześnie brak podstaw do przyjęcia jej negatywnej regulacji w k.s.h., nie rozstrzygają jej przepisy dotyczące materii, w której się pojawia, a zarazem nie ma przesłanek do skorzystania z analogii do innych przepisów k.s.h.¹¹. Przepisem, którym ustawodawca rozstrzyga konflikt interesów spółki i członków zarządu, jest art. 210 k.s.h. Stanowi on, iż w umowie z członkiem zarządu oraz w sporze z nim reprezentuje spółkę rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników. Przepis ten – podobnie jak art. 108 k.c. – odnosi się do czynności dwustronnych. Ustanawia on wyjątek od zasady reprezentacji spółki przez zarząd. Nie można go zatem wyklądać rozszerzająco, lecz raczej uznać, że wyczerpująco rozwiązuje kwestie czynności dokonywanych pomiędzy członkami zarządu a spółką. Trudno zatem stwierdzić, jakoby w rozpatrywanym zakresie istniało pole do stosowania norm Kodeksu cywilnego za pośrednictwem art. 2 k.s.h.¹². Kwalifikowanie udzielenia pełnomocnictwa – czynności jednostronnej – jako czynności wypełniającej hipotezę art. 108 k.c. jest zresztą wątpliwe, ponieważ z literalnego brzmienia tego przepisu wynika, iż odnosi się on do czynności dwustronnych. Gdyby jednak nawet przyjąć, iż art. 108 k.c. stosuje się tutaj za pośrednictwem art. 2 k.s.h., oraz, ponadto, że *ratio legis* art. 108 k.c. przemawia za jego stosowaniem

⁹ J. Strzebińczyk (w:) *Kodeks...*, s. 248. i cytowane tam orzecznictwo. Należy podnieść, iż *de facto* nie występuje w przypadku czynności „z samym sobą”, odnoszonej do organu spółki, tożsamość podmiotowa, ponieważ zgodnie z teorią reprezentacji osoba fizyczna będąca organem, składająca oświadczenie, składa je w imieniu spółki, a zatem z jednej strony występuje spółka, z drugiej zaś ta osoba fizyczna, zob. G. Gorczyński, *W obronie...*, s. 28. Poza tym nie znajduje w takiej sytuacji uzasadnienia stosowanie art. 103 k.c., albowiem podmiotem uprawnionym do potwierdzenia czynności w imieniu spółki byłby organ dokonujący czynności; odmiennie jednak A. Kidyba, *Zakaz dokonywania czynności prawnych „z samym sobą” a jednoosobowa spółka z o.o.*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 1, s. 56. Bezcelowość stosowania w tym przypadku art. 103 k.c. podaje w wątpliwość zasadność analogicznego stosowania art. 108 k.c. do czynności „z samym sobą” dokonywanych przez organy.

¹⁰ Za takim rozwiązaniem opowiadają się R. Kwaśnicki, A. Rataj, *Członek zarządu...*, s. 16–18. Na gruncie kodeksu handlowego pogląd ten głosił A. Kidyba, *Zakaz dokonywania...*, s. 56.

¹¹ Por. M. Pazdan, *Kodeks spółek handlowych a kodeks cywilny*, PiP 2001, nr 2, s. 33.

¹² Sygnalizuje to także G. Gorczyński, *W obronie...*, s. 29.

także do jednostronnych oświadczeń¹³, to należy rozważyć, czy we wskazanej sytuacji nie zachodziłyby jednak negatywne przesłanki stosowania art. 108 k.c. Przepisu tego nie stosuje się, a pełnomocnik może być drugą stroną czynności prawnej, jeżeli wynika to z treści pełnomocnictwa¹⁴, lub jeżeli ze względu na treść czynności wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Wydaje się, iż udzielenie pełnomocnictwa, które rodzi skutki upoważnienia¹⁵, jest czynnością, której treść – rozumiana jako wyznaczenie kompetencji¹⁶, niewywołujące następstw o charakterze zobowiązującym lub też rozporządzającym – zasadniczo wyłącza możliwość naruszenia interesów mocodawcy. W omawianej sytuacji nie sposób ponadto przyjąć naruszenia interesów spółki poprzez fakt upoważnienia do działania kogoś, kto tę kompetencję i tak posiada. Niewątpliwie jest tak w przypadku ustanowienia pełnomocnikiem członka zarządu.

4. Jak się wydaje, wobec braku wyrażonego *expressis verbis* zakazu udzielania pełnomocnictwa członkom zarządu, przy jednoczesnej dyskusyjności argumentów przedstawianych przez oponentów takiej możliwości, stanowisko o dopuszczalności ustanowienia pełnomocnikiem (prokurentem) członka zarządu należy podzielić. W ślad za doktryną międzywojenną¹⁷ podnosi się co prawda, iż ustanowienie prokurentem (pełnomocnikiem) osoby, której przysługują uprawnienia o takim samym lub szerszym zakresie, byłoby bezcelowe¹⁸, niemniej jednak samo kryterium celowości nie może kwestii tej przesądzać negatywnie. Pojawiające się rozstrzygnięcia judykatury, na czele z cytowaną uchwałą Sądu Najwyższego, wskazują na praktyczne znaczenie tego rozwiązania¹⁹. Uzasadnienie dla niego istnieje nie tyle w związku z zakresem umocowania członka zarządu i pełnomocnika (prokurenta), co w kwestii realizacji tego uprawnienia. Ustanowienie pełnomocnika spośród członków zarządu może być bowiem istotne dla bieżącego funkcjonowania spółki²⁰.

Katarzyna Bilewska

¹³ Tak P. Drapała, *Czynność prawna „z samym sobą”*, PiP 2002, nr 10, s. 57.

¹⁴ R. Kwaśnicki, A. Rataj, *Członek zarządu...*, s. 17, proponują, aby traktować zamieszczoną w umowie spółki klauzulę dopuszczającą *expressis verbis* udzielenie pełnomocnictwa członkowi zarządu jako wyrażoną, zgodnie z art. 108 k.c., zgodę na dokonanie czynności „z samym sobą”.

¹⁵ J. Strzebińczyk (w.): *Kodeks...*, s. 236; M. Pazdan (w.): *System prawa prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2002, t. 2, s. 500.

¹⁶ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1997, s. 277.

¹⁷ T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz* (reprint), Łódź 1999, s. 70.

¹⁸ J. Szwaja, *Ustanowienie...*, s. 8; P. Pinior, B. Jochemczyk, *Z problematyki...*, s. 27; A. Gburzyńska-Dulewicz, *Pozycja prawna zarządu...*, s. 207–208; T. Siemiątkowski, *Prokura...*, s. 31.

¹⁹ Z. Kuniewicz, *Członek zarządu...*, s. 46.

²⁰ G. Gorczyński, *W obronie...*, s. 25. Słusznie jednak zwraca się uwagę, iż oświadczenia członków zarządu realizujących zasadę reprezentacji łącznej mogą być składane oddzielnie i to w różnym czasie, zob. P. Pinior, B. Jochemczyk, *Pełnomocnictwo...*, s. 26 i cytowane tam piśmiennictwo.



**PYTANIA
I ODPOWIEDZI
PRAWNE**

Ewa Stawicka

Czy brak należytego pouczenia w treści powiadomienia o terminie rozprawy strony niezobowiązanej do osobistego stawiennictwa o trybie zaskarżenia wyroku, jaki może zapaść pod jej nieobecność, może spowodować niekorzystne dla strony skutki?

Rzecz dotyczy postępowania pierwszoinstancyjnego w sądach administracyjnych i w wydziałach sądów powszechnych posługujących się kodeksem postępowania cywilnego, asumpt zaś do postawienia sformułowanego w tytule pytania dało pochodzące z 29 grudnia 2005 roku orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego (II FZ 776/05, ONSAiWSA 2006/3/76). Jego teza jest następująca:

Jeżeli wojewódzki sąd administracyjny w zawiadomieniu o rozprawie informuje stronę o tym, że jej obecność nie jest obowiązkowa, to konsekwentnie powinien pouczyć ją, że na rozprawie może zapaść wyrok, który nie będzie podlegał doręczeniu, a którego zaskarżenie będzie możliwe po uprzednim złożeniu wniosku o jego uzasadnienie w terminie 7 dni od ogłoszenia tego wyroku (art. 6 w związku z art. 107 i art. 141 § 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.).

Przepis art. 6 p.p.s.a. przywołany w tym orzeczeniu brzmi:

Art. 6. Sąd administracyjny powinien udzielać stronom występującym w sprawie bez adwokata lub radcy prawnego potrzebnych wskazówek co do czynności procesowych oraz pouczać ich o skutkach prawnych tych czynności i skutkach zaniedbań.

Kanwą sprawy był spór o to, czy osoba, której skarga została pod jej nieobecność przez wojewódzki sąd administracyjny oddalona, może po upływie 7 dni od ogłoszenia wyroku skutecznie złożyć wniosek o uzasadnienie wyroku, otwierający drogę do wniesienia skargi kasacyjnej do NSA. Wojewódzki Sąd Administracyjny odmówił sporządzenia uzasadnienia, ponieważ wniosek taki został złożony ósme-

go dnia, a Naczelny Sąd Administracyjny nie uwzględnił zażalenia na to odmowne postanowienie. Jednakże równocześnie skład orzekający NSA z urzędu zwrócił uwagę na to, iż problem proceduralny został błędnie postawiony przez samego skarżącego. Powinien on być mianowicie wnieść o przywrócenie terminu na dokonanie spóźnionej czynności. WSA – jak zauważono w omawianym orzeczeniu drugoinstancyjnym – również błędnie skupiał się w swoich wywodach na kwestii absencji podczas rozprawy, której przyczyną strona w żaden sposób nie wyjaśniła. Tymczasem w rzeczywistości ciężar zagadnienia koncentruje się gdzie indziej: udział w rozprawie przed WSA jest prawem strony, a nie obowiązkiem; jeżeli z prawa tego decyduje się ona nie korzystać, nie mogą jej obciążać dotkliwe skutki nieznamościami dalszego toku procedury, a zwłaszcza tego, iż wyroku oddalającego skargę nie doręcza się z urzędu temu, kto ją wniósł.

Komentatorzy przepisu art. 6 p.p.s.a. podnoszą, że jego celem jest zapobieżenie nierówności stron wynikającej stąd, że jedna z nich może nie mieć fachowej pomocy prawnej i nie dysponować wiedzą z zakresu procedury.

Zapoznanie się z zacytowaną wyżej tezą orzecznictwa sądowoadministracyjnego każe rozważyć, czy podobnych miar nie dałoby się przyłożyć do postępowań cywilnych. Do 5 lutego 2005 roku bardzo podobne brzmienie jak norma procedury sądowoadministracyjnej miał analogiczny przepis k.p.c.: *Art. 5. Sąd powinien udzielać stronom i uczestnikom postępowania występującym w sprawie bez adwokata lub radcy prawnego potrzebnych wskazówek co do czynności procesowych oraz pouczać ich o skutkach prawnych tych czynności i skutkach zaniedbań.* Niedawna nowelizacja procedury cywilnej dość radykalnie zmieniła jednak jego treść i aktualnie przepis ten stanowi:

Art. 5. W razie uzasadnionej potrzeby sąd może udzielić stronom i uczestnikom postępowania występującym w sprawie bez adwokata lub radcy prawnego niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych.

Dokonana zmiana jest wyrazem ogólniejszej tendencji odwrotu od nakazu samodzielnego dochodzenia przez sąd do prawdy obiektywnej. Zaakcentować wypada przede wszystkim zastąpienie słowa „powinien” słowem „może”. W wypowiedziach doktryny zaznacza się, że takie ujęcie przepisu nie daje sądowi nieoznaczonego zakresu swobody w udzielaniu stronom pouczeń i że w razie zaistnienia uzasadnionej potrzeby nie może on takich pouczeń nie udzielić. Drugą widoczną zmianą sformułowania jest wyrugowanie określenia: „wskazówki” i wstawienie w jego miejsce wyrazu „pouczenia”. Wydaje się, że ideą ustawodawcy było nadanie omawianemu uregulowaniu maksymalnie neutralnej treści; wskazówki bowiem mogą kierunkować działania strony (aczkolwiek i pod rządami „starego” brzmienia art. 5 k.p.c. w orzecznictwie zwracało się uwagę, że w żadnym wypadku nie mogą one dotyczyć przedsięwzięć o charakterze materialnoprawnym), podczas gdy pouczenia mają wydźwięk czysto informacyjny. Trzecia zmiana polega na wprowadzeniu nieostrego kryterium „uzasadnionej potrzeby”. Podejmowane próby interpretacji prowadzą do wniosku, że potrzeba taka zachodzi kiedy wymaga jej ochro-

na praw procesowych stron, nie zachodzi zaś ona przy podejmowaniu czynności oczywiście zrozumiałych dla każdego. I wreszcie zmiana czwarta: poprzednio w k.p.c. mowa była o wskazówkach co do czynności procesowych oraz pouczeniach co do skutków prawnych ich podjęcia bądź zaniedbania, teraz – ten drugi człon całkowicie wypadł z przepisu art. 5.

Czyżby zatem istniejąca obecnie różnica w sformułowaniach pomiędzy art. 6 p.p.s.a. i art. 5 k.p.c. całkowicie uniemożliwiła wszelkie próby posłużenia się analogią z zacytowanego na wstępie orzeczenia NSA? Otóż bardzo ostrożnie można by się pokusić jednak o interpretację korzystną dla stron występujących w postępowaniach cywilnych bez wsparcia fachowych pełnomocników. Wszak wskazana w poprzednim akapicie ostatnia, czwarta rozbieżność nie powinna mieć zasadniczego wpływu na sytuację strony w omawianym tutaj aspekcie, gdyż ewentualne poinformowanie jej w pisemnym powiadomieniu o terminie rozprawy, że pod jej nieobecność może zapaść wyrok zaskarżalny dopiero po dopełnieniu określonych formalności, nie jest, literalnie rzecz ujmując, pouczeniem o skutkach prawnych czynności procesowych podejmowanych na etapie ekspediowania zawiadomienia – względnie zaniedbania ich.

Nie należy jednakże tracić z pola widzenia innych elementów, które mogą zachwiać podstawami takiej analogii. W postępowaniu sądownoadministracyjnym stronami są skarżący oraz organ, którego działanie lub bezczynność jest przedmiotem skargi, natomiast osoba, która brała udział w postępowaniu administracyjnym, a nie wniosła skargi, jest uczestnikiem tego postępowania na prawach strony, o ile wynik postępowania sądowego dotyczy jej interesu prawnego. A zatem, pomiędzy skarżącym a organem administracji z natury rzeczy może występować dysproporcja znajomości procedur. Ponadto, p.p.s.a. nakazuje sporządzanie z urzędu i doręczanie odpisów uzasadnienia wyroku każdej ze stron, z wyjątkiem sytuacji gdy skargę oddalono – bo wówczas motywy spisuje się tylko na żądanie strony, która w terminie siedmiodniowym tego zażądała, i tylko tej stronie się je doręcza. Generalna zasada jest zatem odmienna od reguły przyjętej w procedurze cywilnej. Uregulowanie, zgodnie z którym wojewódzki sąd administracyjny w niektórych sytuacjach przesyła wyrok, w niektórych zaś sam z siebie nie jest do tego obowiązany, może powodować zrozumiałą dezorientację stron nieposiadających prawniczych kwalifikacji. Toteż ubieganie się o przywrócenie terminu, któremu uchybiono wskutek owej dezorientacji, ma o wiele większe szanse powodzenia w sądzie administracyjnym aniżeli cywilnym.

Z DYLEMATÓW TRANSLATORÓW PRAWA

Maciej T. Sawicki

Podstawowe pojęcia z zakresu prawa spółek

Trudności przekładu prawniczego wynikają z różnic pomiędzy systemami prawnymi. Żaden język nie jest w pełni przekładalny na inny, a różnice pomiędzy systemem anglosaskim (bazującym na ewoluującym *common law* i prawodawstwie poszczególnych państw system ten stosujących) oraz systemie polskim (bazującym na systemach prawa kontynentalnego) są nieraz tak duże, że poprawny przekład stanowi nie lada wyzwanie nawet dla bardzo doświadczonego tłumacza.

Pomimo iż przekład prawniczy z zakresu prawa spółek jest niemalże codziennym zajęciem w wielu firmach i kancelariach w Polsce, to nadal łączy się z nim duża ilość translacyjnych niejasności.

KODEKS SPÓŁEK HANDLOWYCH

Dylematy translacyjne dotyczące polskiego prawa spółek zaczynają się już od rozbieżności poglądów odnośnie do poprawności anglojęzycznej nazwy podstawowego aktu prawnego regulującego tę dziedzinę prawa. W okresie obowiązywania Kodeksu handlowego (k.h.), który słusznie nazywano *Commercial Code*, nie było takich dylematów. Jednakże nazwa „Kodeks spółek handlowych” (k.s.h.) stworzyła dla tłumacza nowe wyzwanie.

Popularnie stosowane tłumaczenie k.s.h. to *Commercial Companies Code*. Wywodzi się ono z zestawienia nazwy poprzedniego kodeksu z literalnym brzmieniem nazwy nowego. W tłumaczeniu tym jednak istnieją pewne niezręczności, i to zarówno językowe, jak i systemowe, o czym poniżej...

SPÓŁKI HANDLOWE I SPÓŁKA CYWILNA

Pierwszy problem translacyjny wynika z wprowadzenia przez k.s.h. pojęcia spółek handlowych. Chociaż pojęcie to rozwiązało szereg problemów związanych z brakiem tej definicji w k.h., to z czysto językowego punktu widzenia może ono sugerować, że uregulowana poza k.s.h. spółka cywilna jest, a *contrario*, spółką *niehandlową*, pomimo że oczywiste jest, iż nie jest ona pozbawiona możliwości prowadzenia działalności handlowej.

Fakt istnienia spółek nazwanych przez ustawodawcę handlowymi wymusza jednak od tłumacza określenia ich jako *commercial*. Spowodować to może jednak u zagranicznego odbiorcy przekładu pewną konsternację, której dosłowny przekład nie usunie. Jest to przykład sytuacji, w której dopiero prawnik świadomy wpływu różnic systemowych na nazew-

nictwo prawne wyjaśni, że spółka cywilna to znany anglosaskiemu systemowi prawnemu *partnership*. Ponieważ jednak angielskie określenie *partnerships* odnosi się w polskim systemie prawnym zarówno do handlowych spółek osobowych, jak i do spółki cywilnej, dla ich systemowego rozróżnienia pierwsze z nich określa się jako *commercial partnerships*, a spółkę cywilną po prostu *partnership*, chociaż z racji uregulowania jej w kodeksie cywilnym polscy prawnicy zwykli nazywać ją również *civil partnership*.

SPÓŁKI OSOBOWE I KAPITAŁOWE

Przywołana powyżej terminologia anglosaskiego systemu prawa spółek powoduje powstanie kolejnego problemu translacyjnego. Wynika on ze stosowania w polskiej doktrynie prawnej słowa *spółka* zarówno w stosunku do spółek osobowych, jak i kapitałowych, podczas gdy angielski prawnik określi je dwoma różnymi pojęciami: pierwsze z nich to *partnerships*, a drugie to *companies*.

Sprawę dodatkowo komplikują rozbieżności w różnych anglojęzycznych systemach prawnych. I tak w USA *companies* to wszystkie spółki, podczas gdy spółki kapitałowe to *corporations*. Ta terminologia nie jest jednak jednolita ze względu na odrębności prawodawstw stanowych. Inny jeszcze przykład to Australia, gdzie spółki kapitałowe zwane *companies* podlegają ustawie o nazwie *corporations law*. Ustawa ta reguluje różne formy tzw. *body corporate*, które swoim charakterem jest zbliżone do polskiej *osoby prawnej*.

Przyjmując jednak za wzorec klasyczny model brytyjski, można założyć, że art. 1 § 2 k.s.h., wymieniając spółki handlowe, traktuje zarówno o *partnerships*, jak i *companies*.

ROZWIĄZANIE...

Wziąwszy pod uwagę powyższe dywagacje, wydaje się, że poprawne systemowo tłumaczenie nazwy „Kodeks spółek handlowych” to *Commercial Partnerships and Companies Code* (lub ewentualnie *Code of/on Commercial Partnerships and Companies*). Przeglądając znajdujące się na polskim rynku publikacje poświęcone k.s.h., można zauważyć, że w większości stosują się one do tej reguły. W tym momencie jednak można przewrotnie zapytać, czy osiągnąwszy perfekcję nasz przekład jest nadal „przyjazny klientowi”. Odpowiedź na to pytanie wcale nie jest oczywista. Zależy bowiem od rozróżnienia konkretnych przypadków, gdzie precyzja przekładu ma znacznie decydujące, i takich, gdzie zbytni pedantyzm nie znajduje uzasadnienia, a wręcz przeciwnie – gdy w zupełności wystarczy wskazać klientowi, że interesujące nas uregulowanie prawne pochodzi po prostu z *Polish Company Law*.

NIE TWÓRZMY POLONIZMÓW

Na koniec przestrzegam przed kreowaniem polonizmów, które są często wynikiem tłumaczenia techniką słowo-w-słowo. Powstają z tego twory językowe nieczytelne dla zagranicznych odbiorców – np.: *personal companies* dla określenia spółek osobowych (prawidłowo: *partnerships*) czy *capital companies* dla spółek kapitałowych (prawidłowo: *companies* lub *corporations*).

Tam, gdzie jest to możliwe, należy odwoływać się do analogicznych instytucji prawa anglosaskiego i nie wymyślać dla nich nowych nazw. Tam, gdzie dana instytucja jest rzeczywiście tworem specyficznym dla polskiego prawa, należy używać przemyślanych nazw oddających jak najpełniej jej istotę. Nie zawsze istnieje złoty środek i czasami przekład jest kompromisem, gdzie tłumacz zmuszony jest wybrać *mniej* *zło terminologiczne*. Sęk w tym, aby czynić to w oparciu o wiedzę prawniczą, a nie poprzez mechaniczne stosowanie rozwiązań czysto słownikowych.

Zbigniew Strus

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna

Prawo materialne

1. FORMA UMOWY UBEZPIECZENIA

Teza wyroku z 16 listopada 2006 r., sygn. II CSK 181/06, brzmi następująco: **„Przepisy kodeksu cywilnego nie przewidują wymogu zachowania formy pisemnej dla złożenia zakładowi ubezpieczeń oferty zawarcia umowy ubezpieczenia, ani oświadczenia o jej przyjęciu”.**

Spór wynikł na tle wykładni art. 810 k.c. zawierającego zwrot o „otrzymaniu oferty na piśmie”. Sąd drugiej instancji oddalając apelację osoby poszkodowanej w pożarze ustalił, że jej oświadczenie woli w postaci uiszczenia składki po upływie wyznaczonego terminu stanowiło ofertę zawarcia umowy ubezpieczenia, jednak ze względu na brak formy pisemnej nie było skuteczne, dlatego pozwany zakład, który nie wystawił nawet polisy ubezpieczenia, jest zwolniony od zapłaty odszkodowania mimo nastąpienia tzw. wypadku ubezpieczeniowego.

Rozpoznając skargę kasacyjną ubezpieczonego, Sąd Najwyższy nie podzielił tego zapa-trywania, wskazując, że zawarcie umowy nastąpiło z chwilą przyjęcia oferty przez ubezpieczyciela, przy czym wola podmiotów tego stosunku nie wymaga żadnej kwalifikowanej formy, a jedynie dostatecznego ujawnienia (art. 60 k.c.). Wystawione później dokumenty, np. polisa, nie kreują umowy, lecz potwierdzają jej zawarcie, oraz nie stanowią wyłącznego dowodu jej zawarcia; należy to bowiem ustalać na podstawie oceny konkretnych zachowań stron.

2. PODZIAŁ SPÓŁDZIELNI – CHARAKTER TERMINU

W sprawie zakończonej wyrokiem z 4 października 2006 r., sygn. II CSK 105/06, skład orzekający rozstrzygał charakter terminu określonego w art. 108a § 5 prawa spółdzielczego.

Stwierdzono, że „**Przewidziany w art. 108a § 5 prawa spółdzielczego termin do rozpatrzenia przez walne zgromadzenie zgłoszonego przez członków spółdzielni żądania o podziale spółdzielni jest terminem zawitym prawa materialnego**”.

Taka ocena ma niebagatelne konsekwencje. W rozpoznawanej sprawie ujawniła się zasadnicza różnica stanowisk grupy członków spółdzielni mieszkaniowej żądających podziału spółdzielni i zarządu pragnącego utrzymać jedność spółdzielni. W rezultacie żmudnej kontroli prawidłowości uchwały „separatystów” upłynął termin 3 miesięcy wyznaczony na podjęcie uchwały walnego zgromadzenia. Żądający podziału nie oczekiwali dłużej i wystąpili do sądu o wydanie orzeczenia zastępującego uchwałę. Dopiero w toku tego postępowania pozwana spółdzielnia podjęła uchwałę odmawiającą zgody na podział. Sądy powszechne obydwu instancji uznały, że termin oznaczony w art. 108a § 5 pr. spółdz. ma charakter prekluzyjny i po jego upływie spółdzielnia traci uprawnienie do podejmowania uchwały w tym przedmiocie. Rozpoznając skargę kasacyjną pozwanej spółdzielni, Sąd Najwyższy wskazał na odrębności regulacji terminów prekluzyjnych, w tym ich niejednorodność oraz niedopuszczalność przedłużania lub skracania – dotyczące również pozasądowych terminów prekluzyjnych. Upływ takiego terminu z reguły prowadzi do wygaśnięcia prawa, które przed jego upływem mogło być zrealizowane. Dlatego skarga kasacyjna odwołująca się do reguły wykonywania zarzutu przedawnienia – została oddalona.

3. WYKŁADNIA OŚWIADCZEŃ WOLI

Edukacyjny walor ma teza wyroku z 22 czerwca 2006 r., sygn. V CSK 70/06, stwierdzająca, że „**1. Reguły wykładni oświadczeń woli należy stosować nie tylko do ustalenia treści złożonych oświadczeń woli, ale także do stwierdzenia, czy dane zachowania stron stanowią oświadczenia woli.**

2. W razie naruszenia upoważnienia do uzupełnienia weksla *in blanco* przez wpisanie wyższej sumy od kwoty wierzytelności, dla której zabezpieczenia weksel *in blanco* został wręczony, osoba na nim podpisana staje się zobowiązana wekslowo w granicach, w jakich tekst weksla jest zgodny z upoważnieniem”.

Pogląd wyrażony w powołanym wyroku opiera się na założeniach, iż oświadczenie woli nie może być oceniane w innym kontekście niż określonym przez jego treść. Jeżeli chodzi o granice zobowiązania wekslowego, w wyroku odwołano się do trafnego zapatrywania, że określa je treść upoważnienia do uzupełnienia weksla. Wskutek uzupełnienia przez wpisanie kwoty wyższej niż umówiona weksel nie jest dotknięty nieważnością, lecz ma ograniczoną skuteczność.

4. MAJĄTEK WSPÓLNY MAŁŻONKÓW

Status prawny majątku nabywanego przez jednego z małżonków w ramach czynności złożonej, dokonywanej etapami, może budzić wątpliwości, ponieważ porównanie ustroju majątkowego małżonków i chwili czynności rozporządzającej jest zabiegiem prostym. Inaczej jest w razie czynności złożonych, do których można zaliczyć realizację umowy ze spółdzielnią o wybudowanie budynku w celu przeniesienia jego własności na spółdzielcę. W takim wypadku chwila ukształtowania ustroju małżeńskiego może przypaść na jeden z dających się wyodrębnić etapów całego przedsięwzięcia.

Rozpoznając skargę kasacyjną w sprawie II CSK 110/06, Sąd Najwyższy wyjaśnił w postanowieniu z 8 września 2006 r., że „**O przynależności do majątku wspólnego małżonków prawa własności budynku mieszkalnego wybudowanego przez spółdzielnię**

mieszkania w celu przeniesienia jego własności na członka oraz prawa do gruntu, na którym dom jest wzniesiony, decyduje data zawarcia umowy pomiędzy spółdzielnią a jej członkiem”.

O statusie prawnym decyduje zatem chwila czynności prawnej, a nie czynności technicznych lub organizacyjnych.

5. POTRĄCENIE A PRZEDAWNNIENIE

Wysoce spornym zagadnieniem jest skutek materialnoprawny oświadczenia o potrąceniu określany w aspekcie biegu terminu przedawnienia. Negatywne stanowisko, tj. brak przerwy, uznał Sąd Najwyższy, m.in. w uzasadnieniu wyroku z 22 czerwca 1973 r., I CR 283/73 (niepubl) oraz w wyroku z 26 maja 2006 r., V CSK 105/06 (niepubl). W innych orzeczeniach przyjmowano jednak, że zgłoszenie zarzutu potrącenia w toku procesu jest równoznaczne z wytoczeniem powództwa.

W jednym z ostatnich orzeczeń dotyczących omawianej kwestii (wyrok z 4 października 2006 r. sygn. II CSK 202/06) skład orzekający uznał, że **„Podniesienie przez pozwanego zarzutu potrącenia przerywa bieg przedawnienia roszczenia objętego tym zarzutem (art. 123 § 1 pkt 1 k.c.)”**. Dodać należy, że teza cytowana dotyczy zarzutu o podwójnym charakterze, tj. podniesionego w procesie.

Postępowanie cywilne

6. DOPUSZCZALNOŚĆ SKARGI KASACYJNEJ

W postanowieniu z 21 lipca 2006 r. III CZ 42/06, wyrażono pogląd, że **„Nie jest dopuszczalna skarga kasacyjna od postanowienia o odrzuceniu skargi o stwierdzenie przewlekłości postępowania”**.

Na rzecz takiego rozstrzygnięcia przemawia incydentalny charakter postępowania wszczętego złożeniem skargi na przewlekłość postępowania, zbliżonego do zażalenia (uchwała składu 7 sędziów z 16 listopada 2004 r., III SPP 42/04 – ONIPUI SP 2005, nr 5, poz. 71). Nawet rekompensata przyznawana w razie uwzględnienia skargi ma charakter tymczasowy, a celem zasadniczym tego postępowania jest przyspieszenie rozstrzygnięcia co do istoty sprawy. Ze względu na taki charakter dopuszczalne było ograniczenie reprezentacji Skarbu Państwa – brak udziału prezesa właściwego sądu. Podobne stanowisko o incydentalnym, jednoinstancyjnym charakterze postępowania (sprawowanego przez sąd przełożony) wywołanego wniesieniem skargi na przewlekłość reprezentowane było niejednokrotnie w postępowaniu karnym (post. z 1 kwietnia 2005 r., SPK 19/05 – OSNKW 2005, z. 7–8, poz. 67). W uzasadnieniu uchwały składu 7 sędziów SN z 21 września 2005 r., I KZP 24/05 (OSNKW 2005, z. 10, poz. 89) uznano, że jest to postępowanie zbliżone do nadzorczego. Jednakże dopuszczalność skargi kasacyjnej na postanowienie sądu II instancji kończące postępowanie reguluje wyczerpująco art. 398¹ § 1 k.p.c., nie ma zatem możliwości rozszerzania dopuszczalności tego środka zaskarżenia.

7. KOGNICJA SĄDU WIECZYSTOKSIĘGOWEGO

W postępowaniu o wpis w księdze wieczystej, kognicja sądu – jak wiadomo – jest ograniczona przez art. 626⁸ § 2 k.p.c. stanowiący, że rozpoznając wniosek o wpis, sąd bada jedynie treść i formę wniosku, dołączonych do wniosku dokumentów oraz treść księgi wie-

czystej. Istnieje wątpliwość, czy w postępowaniu odwoławczym uczestnik, którego prawa zostały wpisem naruszone, może wykazywać dowodami właściwymi dla tego postępowania, tj. dokumentami – wadliwość orzeczenia sądu wieczystoksięgowego. Nie jest to problem nowy, gdyż w art. 626⁹ k.p.c. zawarty jest kategoriyczny nakaz oddalenia wniosku w razie istnienia przeszkody do wpisu.

Postanowienie z 6 października 2006 r. stwierdza ponownie, że **„Artykuł 626⁸ § 2 k.p.c. wyznacza zakres kognicji sądów merytorycznych obu instancji – zarówno sądu rozpoznającego wniosek o wpis w księdze wieczystej (sądu pierwszej instancji), jak i sądu drugiej instancji rozpoznającego apelacje od wpisu”**. Przy tej interpretacji kontrola sądu odwoławczego w niektórych wypadkach staje się iluzoryczna nawet w razie przedłożenia przez wnioskodawcę dokumentów, których podważenie nie nastęrcza żadnych trudności lub wynika z okoliczności znanych sądowi urzędowo.

Zbigniew Szonert

Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego

**Wyrok składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego
z 16 stycznia 2006 r., sygn. akt I OPS 4/05**

Zagadnienie prawne:

Podstawę uchylenia decyzji, w razie stwierdzenia przez sąd sprzeczności przepisu rozporządzenia z ustawą, stanowi co do zasady przepis art. 145 § 1 pkt 1 lit. „a” lub „c” ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.).

Z uzasadnienia wyroku:

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, uwzględniając skargę Henryka K., wyrokiem z 16 czerwca 2004 r. uchylił decyzję Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 24 września 2002 r. oraz utrzymaną nią w mocy decyzję tego organu z 6 sierpnia 2002 r., nakazującą skarżącemu usunięcie reklamy, umieszczonej – w okresie od 11 maja 2002 r. do 31 lipca 2002 r. – bez zezwolenia w pasie drogi krajowej nr 45 w R., oraz nakładającą na skarżącego karę pieniężną w kwocie 4110,76 zł.

Podstawę prawną nałożenia na skarżącego kary pieniężnej za zajęcie bez zezwolenia pasa drogowego stanowił art. 40 ust. 4 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2000 r. Nr 71, poz. 838 ze zm.) w związku z § 10b ust. 1 i § 11 ust. 1 powołanego rozporządzenia Rady Ministrów z 24 stycznia 1986 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o drogach publicznych.

W ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego przepis § 10b powołanego rozporządzenia był niezgodny z upoważnieniem ustawowym zawartym w ówczynie obowiązującym art. 40 ust. 7 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2000 r. Nr 71, poz. 838 ze zm.) oraz z art. 2 i art. 92 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a wobec tego Sąd, powołując się na art. 178 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 i art. 92 ust. 2 Konstytucji RP, odmówił zastosowania tego przepisu.

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad od tego wyroku wniósł skargę kasacyjną, zarzucając, że Wojewódzki Sąd Administracyjny wkroczył w wyłączną kompetencję Trybunału Konstytucyjnego.

W toku rozpoznawania skargi kasacyjnej Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 16 czerwca 2004 r., skład orzekający Naczelnego Sądu Administracyjnego postanowieniem z 29 czerwca 2005 r. przedstawił składowi siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne: „czy Wojewódzki Sąd Administracyjny mógł odmówić zastosowania § 10b ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z 24 stycznia 1986 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o drogach publicznych (Dz.U. Nr 6, poz. 33 ze zm.), uznając, że przepis ten jest niezgodny z upoważnieniem ustawowym zawartym w art. 40 ust. 7 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2000 r. Nr 71, poz. 838 ze zm.)?”.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów na podstawie art. 187 § 3 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi przejął sprawę do rozpoznania i zważył, między innymi co następuje:

Nie jest trafny zarzut, iż sąd administracyjny nie ma kompetencji do oceny, czy przepis rozporządzenia jest zgodny z ustawą i Konstytucją RP oraz że nie może odmówić zastosowania obowiązującego przepisu rozporządzenia z tego powodu, że przepis ten w ocenie sądu jest niezgodny z ustawą i Konstytucją RP.

W tym względzie wbrew stanowisku wyrażonemu w skardze kasacyjnej, nie ma kolizji między kompetencjami Trybunału Konstytucyjnego a sądu administracyjnego.

Już pod rządem poprzednio obowiązującej Konstytucji nie było w zasadzie rozbieżności w orzecznictwie sądowym i doktrynie co do tego, że sąd może w toku rozpoznawania sprawy oceniać, czy przepisy rozporządzenia są zgodne z przepisami ustawy.

Takie uprawnienie sądu wynikało z ówczesnie obowiązującego art. 62 Konstytucji, który stanowił, że sędziowie w zakresie orzekania podlegają tylko ustawom. Ten stan rzeczy nie uległ zmianie po utworzeniu Trybunału Konstytucyjnego w 1985 r., a znalazł jeszcze silniejsze oparcie w przepisach Konstytucji RP z 1997 r.

Uprawnienie każdego sądu rozpoznającego sprawę do oceny, czy określone przepisy rozporządzenia są zgodne z ustawą, było i jest przyjmowane zarówno w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w tym względzie najdobitniej zostało wyrażone w postanowieniu z 13 stycznia 1998 r. U 2/97 (OTK 1998, nr 1, poz. 4), w którym Trybunał stwierdził, że ocena konstytucyjności i legalności przepisu rangi podustawowej może być dokonana przez sąd rozpatrujący sprawę indywidualną, w której przepis ten może być zastosowany.

Uzasadnienie dla prawa badania konstytucyjności aktu podustawowego w procesie kontroli legalności decyzji administracyjnej w konkretnej sprawie NSA znajduje w przepisach Konstytucji – w art. 184, który stanowi, że NSA i sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej, co obejmuje nie tylko kontrolę stosowania, ale także kontrolę stanowienia prawa; – w art. 178 ust. 1, który stanowi o podległości sędziów tylko Konstytucji oraz ustawom (a nie wszelkim innym aktom prawnym), w art. 8, który stanowi, że Konstytucja jest najwyższym prawem i że przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio. Adresatem tego ostatniego postanowienia są przede wszystkim sądy.

Ten kierunek argumentacji jest w zasadzie powszechnie aprobowany w doktrynie pra-

wa konstytucyjnego i administracyjnego (A. Mączyński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 5, s. 12; L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny a rola sędziów w ochronie konstytucyjności prawa*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 2, s. 40).

To uprawnienie sądów w żadnym stopniu nie umniejsza roli Trybunału Konstytucyjnego, który z mocy art. 188 Konstytucji powołany jest do orzekania w sprawach zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami.

W przypadku stwierdzenia niezgodności przepisów rozporządzenia z Konstytucją i ustawą różnica polega jednak na tym, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego stwierdzające taką niezgodność wywołuje ten skutek, że zakwestionowane przepisy tracą moc, podczas gdy stwierdzenie takiej niezgodności przez sąd jest podstawą do odmowy zastosowania zakwestionowanego przepisu w toku rozpoznawania określonej sprawy, pomimo że formalnie przepis ten pozostaje w systemie prawnym.

Dla oceny rozpatrywanej sprawy ważne jest ustalenie stanu prawnego.

Art. 40 ust. 7 ustawy o drogach publicznych będący podstawą wydania w 1999 r. § 10b rozporządzenia Rady Ministrów – nie odpowiadał od strony formalnej rygorom obowiązującej w tym czasie Konstytucji. To spowodowało, że § 10b rozporządzenia był wydany na podstawie upoważnienia sprzecznego z Konstytucją i sam przez to był obciążony tzw. wtórną niekonstytucyjnością.

Z przytoczonych wyżej względów Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 184 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi oddalił skargę kasacyjną.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 października 2005 r., sygn. akt II OSK 1016/05

Zagadnienie prawne:

Późniejsze ustalenie osoby ojca, po zaprzeczeniu ojcostwa lub unieważnieniu uznania, może być uwzględnione przy określaniu obywatelstwa dziecka, na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim (Dz.U. z 2000 r. Nr 28, poz. 353 ze zm.), tylko wówczas gdy nastąpiło to przed upływem roku od dnia urodzenia się dziecka.

Z uzasadnienia wyroku:

Zaskarżonym wyrokiem z 8 lutego 2005 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie uwzględnił skargę Kingi D. i uchylił decyzję Prezesa Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców z 3 grudnia 2003 r. oraz utrzymaną nią w mocy decyzję Wojewody L. z 16 października 2003 r. odmawiającą stwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego przez małoletnią Kingę D.

W uzasadnieniu wyroku Sąd przytoczył następujące okoliczności faktyczne i prawne sprawy.

W dniu 17 lipca 1991 r. przebywająca w Polsce obywatelka Ukrainy Aleksandra P., obecnie nosząca nazwisko Wagner, urodziła córkę Kingę. W tym czasie mężem Aleksandry P. był obywatel ukraiński Wiktor P. przebywający na terenie Ukrainy.

Urząd Stanu Cywilnego w B.-P. w dniu 19 lipca 1996 r. sporządził akt urodzenia, w którym jako ojciec dziecka został wpisany obywatel Ukrainy Wiktor P.

W dniu 28 sierpnia 1991 r. nastąpiło rozwiązanie małżeństwa Aleksandry P. i Wiktora P.

Wyrokiem (...) Sądu Rejonowego miasta S. na Ukrainie z 2 lipca 1997 r. zostało zaprzeczone, iż Wiktor P. jest ojcem Kingi P.

Z kolei wyrokiem Sądu Rejonowego w Ch. z 5 lutego 2001 r. ustalono, że ojcem dziecka jest obywatel polski Artur D.

Decyzją z 16 października 2003 r. Wojewoda L. odmówił stwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego przez małoletnią Kingę D.

Z faktu, że Kinga D. urodziła się 17 lipca 1991 r., zaś ustalenie, że jej ojcem jest obywatel polski, miało miejsce dopiero 5 lutego 2001 r., wynika zdaniem organu wniosek, że uchybiono rocznemu terminowi przewidzianemu w art. 7 ust. 1 ustawy z 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim (Dz.U. Nr 10, poz. 49 ze zm.).

Organ drugiej instancji nie uwzględnił odwołania skarżącej, przyjmując, że do stanu faktycznego sprawy nie ma zastosowania przepis art. 7 ust. 1 ustawy z 15 lutego 1962 r., gdyż przekroczono termin roczny biegnący od dnia urodzenia się dziecka. W sprawie nie ma również zastosowania art. 7 ust. 2 powołanej ustawy, ponieważ wynikające z orzeczenia sądu zaprzeczenie ojcostwa w stosunku do Wiktora P. nie spowodowało zmiany obywatelstwa małoletniej Kingi D., a umożliwiło jedynie sądowe ustalenie ojcostwa. Przepis art. 7 ust. 2 ustawy z 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim odnosi się wyłącznie do możliwości utraty obywatelstwa przez dziecko, którego matka nie jest obywatelką polską, a sąd wyrokiem zaprzeczył ojcostwo mężczyzny, który jest obywatelem polskim.

W ocenie sądu I instancji stanowisko zajęte przez organy administracyjne nie jest trafne, ponieważ tak ważnej sprawy, jaką jest obywatelstwo człowieka, nie można oprzeć tylko na wykładni językowej art. 7 ustawy z 15 lutego 1962 r., lecz należy także zastosować wykładnię funkcjonalną całej instytucji prawnej nabycia obywatelstwa przez dziecko. Zdaniem Sądu użyte w art. 7 ust. 2 ustawy z 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim sformułowanie „zmiany w ustaleniu osoby ojca” należy rozumieć jako wszystkie zmiany w prawach stanu dziecka. Art. 7 ust. 2 powołanej ustawy należy interpretować mając na uwadze interes dziecka, nakazujący uwzględnianie przy określaniu jego obywatelstwa zmian w ustaleniu osoby ojca, a zatem zmian, w wyniku których nastąpiło zaprzeczenie ojcostwa oraz uznanie bądź ustalenie ojcostwa dziecka. Zmiany te wywołują skutek od daty urodzenia się dziecka. *Ratio legis* powołanego uregulowania jest więc uwzględnienie dalszej zmiany w prawach dziecka, to jest zaistniałej na skutek orzeczenia ustalającego ojcostwo.

W skardze kasacyjnej wniesionej przez organ wskazano jako podstawę kasacyjną naruszenie przepisu art. 7 ust. 2 ustawy z 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim. Zdaniem wnoszącego skargę kasacyjną art. 7 ust. 2 powołanej ustawy odnosić się może tylko do takich przypadków, w których matka dziecka jest cudzoziemką, a obywatelstwo polskie dziecka wywodzi się z ojca, który jest obywatelem polskim. Zatem prawomocne orzeczenie sądu o zaprzeczeniu ojcostwa obywatela polskiego, lub o unieważnieniu uznania przez niego dziecka prowadzi do zmian w ustaleniu osoby ojca, które z kolei rzutują bezpośrednio na obywatelstwo dziecka.

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje: Skarga kasacyjna ma usprawiedliwione podstawy. W bezspornym stanie faktycznym sprawy ustalonym przez organy administracji i przyjętym przez Sąd problem prawny sprowadzał się do oceny, czy stosownie do przepisów ustawy z 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim (Dz.U. z 2000 r. Nr 28, poz. 353 ze zm.) zwanej dalej ustawą, skarżąca nabyła przez urodzenie obywatelstwo polskie.

Wykładnia tych przepisów, a zwłaszcza przepisów art. 7 ustawy przyjęta przez Sąd, nie jest prawidłowa.

Nabycie przez dziecko obywatelstwa polskiego przez urodzenie jest następstwem obywatelstwa rodziców w chwili urodzenia dziecka (art. 4 i 6 ustawy).

Odstępstwa od tej zasady, dopuszczające uwzględnienie przy określeniu obywatelstwa dziecka zmian w ustaleniu osoby lub obywatelstwa rodziców, zostały określone w art. 7 ustawy.

Po pierwsze, dotyczą one zmian w ustaleniu osoby albo obywatelstwa jednego lub obojga rodziców, jeżeli zmiany te nastąpiły przed upływem roku od dnia urodzenia się dziecka (art. 7 ust. 1 ustawy). Po drugie dotyczą one zmian w ustaleniu osoby ojca wynikającej z wyroku zaprzeczającego ojcostwo, lub unieważniającego uznanie dziecka, jeżeli zmiany te nastąpiły przed uzyskaniem przez dziecko pełnoletności, z tym że w przypadku, gdy dziecko ukończyło szesnaście lat, konieczna jest zgoda dziecka na zmianę obywatelstwa (art. 7 ust. 2 ustawy).

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie budzi żadnych wątpliwości, iż skarżąca w chwili urodzenia nie mogła nabyć obywatelstwa polskiego przez urodzenie, ponieważ ani matka, ani ojciec nie byli obywatelami polskimi.

Zaprzeczenie ojcostwa w stosunku do męża matki skarżącej nie spowodowało i nie mogło spowodować zmiany w określeniu obywatelstwa skarżącej, a w szczególności nabycia przez skarżącą obywatelstwa polskiego przez urodzenie, ponieważ matka nie miała obywatelstwa polskiego.

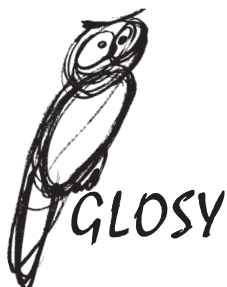
Tak więc przepis art. 7 ust. 2 ustawy w ogóle nie miał zastosowania do skarżącej w zakresie określenia jej obywatelstwa, ponieważ przepis ten odnosi się do takich sytuacji, gdy w wyniku zaprzeczenia ojcostwa lub unieważnienia uznania następuje zmiana w ustaleniu osoby ojca dziecka powodująca zmianę obywatelstwa dziecka.

Taka sytuacja ma miejsce wówczas, gdy dziecko nabyło obywatelstwo polskie przez urodzenie, ponieważ ojciec był obywatelem polskim, a następnie na skutek zaprzeczenia ojcostwa lub unieważnienia uznania następuje zmiana w określeniu obywatelstwa dziecka, ponieważ żadne z rodziców nie jest obywatelem polskim. Późniejsze ustalenie osoby ojca, po zaprzeczeniu ojcostwa lub unieważnieniu uznania, może być uwzględnione przy określaniu obywatelstwa dziecka tylko wówczas, gdy nastąpiło to przed upływem roku od dnia urodzenia się dziecka, na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy.

Ustawa o obywatelstwie polskim określa nabycie obywatelstwa polskiego i nie reguluje kwestii nabycia i utraty obywatelstwa innego państwa. Oznacza to, że jeżeli dziecko przez urodzenie w chwili urodzenia nie nabyło obywatelstwa polskiego, to z reguły nabyło obywatelstwo innego państwa i późniejsze zdarzenia mogą powodować zmiany w określeniu obywatelstwa dziecka w ograniczonym zakresie w przypadkach wskazanych w ustawie o obywatelstwie polskim. Nie jest więc trafne założenie przyjęte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że dobro dziecka przemawia za tym ażeby zmiany w ustaleniu osoby ojca w każdym czasie powodowały zmiany co do określenia obywatelstwa dziecka. Należy podzielić stanowisko organu, iż skarżąca nie nabyła obywatelstwa polskiego przez urodzenie, a wobec tego nie było podstaw do stwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego.

Z przytoczonych względów zaskarżony wyrok został wydany z naruszeniem art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy o obywatelstwie polskim, a w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie było podstaw do stwierdzenia, iż zaskarżona decyzja została wydana z naruszeniem prawa.

Z tego względu Naczelny Sąd Administracyjny uchylił zaskarżony wyrok i oddalił skargę.



Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1 lutego 2006 r.

V KK 238/05¹

Teza glosowanego postanowienia brzmi:

Obrona konieczna (art. 25 § 1 k.k.) obejmuje nie tylko odpieranie zamachu w fazie jego realizacji, ale także stadium obiektywnie zaistniałego bezpośredniego zagrożenia zamachem, jak również w wypadku jego nieuchronności, o ile nie zostanie podjęta natychmiastowa akcja obronna.

Istotą kontratypu określanego jako obrona konieczna jest ochrona dobra prawnego przed jego bezprawnym naruszeniem. Zakres tej ochrony obejmuje wszelkie działania podejmowane przeciwko atakom agresora, wkraczającego w sferę cudzego dobra. Sens tego kontratypu uległby wypaczeniu, gdyby przyjąć, że dopiero po dokonaniu zamachu przysługuje prawo do jego odparcia. W skrajnej sytuacji obrona konieczna przysługiwałaby wówczas trupowi – ofierze zabójstwa. Z drugiej strony nie do zaakceptowania jest pogląd, że najmniejszy stopień zagrożenia, ocenianego subiektywnie, upoważnia do odparcia wyimaginowanego ataku. Rozstrzygające znaczenie ma obiektywnie bezpośrednie zagrożenie zamachem. Ocena bezpośredniości zagrożenia może nastęrczać trudności w różnych konkretnych przypadkach.

Według A. Marka, ujęty w art. 25 § 1 k.k. warunek bezpośredniości zamachu oznacza natychmiastowe niebezpieczeństwo zagrażające dobru prawnemu. Prawo do obrony przysługuje już w momencie bezpośredniego zagrożenia dobra, a nie dopiero w chwili, gdy to dobro zostało naruszone, gdyż wtedy mielibyśmy do czynienia z obroną spóźnioną lub retorsją wobec sprawcy zamachu².

Podobnie wypowiada się w tej sprawie Sąd Najwyższy. Zamach wtedy jest już

¹ OSNKW 2006, z. 3, poz. 29.

² A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 161.

bezpośredni, kiedy z zachowania napastnika w konkretnej sytuacji jednoznacznie można wywnioskować, że przystępuje on do ataku na określone dobro zindywidualizowane oraz że istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa natychmiastowego ataku na dobro³. O czasie trwania bezpośredniości zamachu Sąd Najwyższy rozstrzygał w innym orzeczeniu: o tym, czy zachodzi zamach bezpośredni, decyduje zachowanie się osoby atakującej w całym przebiegu zdarzenia, a nie tylko w momencie podjęcia akcji obronnej⁴. To stanowisko pozwala spojrzeć na problematykę bezpośredniości zamachu z szerszej perspektywy, niż tylko w zależności od chwili zainicjowania ataku, który może przecież zostać przerwany i ponowiony. Bezpośredniości ataku nie niweczy przerwa w akcji zaczepnej, byle nie ustało konkretne i nieuchronne niebezpieczeństwo dla danego dobra prawnego.

Związek między bezpośredniością zamachu a realizacją określonej formy stałdialnej przestępstwa jest taki, że zamach wtedy jest bezpośredni, jeśli można przyjąć, że ma miejsce usiłowanie naruszenia dobra chronionego prawem⁵. To znacznie ułatwia ocenę bezpośredniości zamachu, uzasadniającą podjęcie obrony koniecznej. Skoro stwierdzimy, że doszło do usiłowania dokonania przestępstwa, tym samym przesądzimy o prawie skorzystania przez broniącego się z instytucji obrony koniecznej. Oczywiście łatwiej jest to stwierdzić sądowi rozpoznającemu sprawę, niż potencjalnej ofierze przestępstwa, która musi dokonać oceny błyskawicznie i nie zawsze w ogóle wie, co znaczy usiłowanie.

Zdaniem J. Wojciechowskiego, zamach w rozumieniu art. 25 k.k. nie musi być tożsamy z atakiem⁶. To śmiałe określenie zachowuje aktualność pod warunkiem wystąpienia takich okoliczności, które jednoznacznie wskazują na nieuchronne przekształcenie danego działania lub zaniechania w bezprawny atak na określone dobro. Wobec braku stwierdzenia takich okoliczności, obrona konieczna nie przysługuje.

Określając zakres czasowy bezpośredniości zamachu można przyjąć, że zamach jest bezpośredni tak długo, jak długo trwa stan niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, utrzymywany przez zachowanie napastnika⁷. Oczywiście nie wystarczy niebezpieczeństwo abstrakcyjne i nieokreślone, lecz konkretne i realne. Źródłem tego niebezpieczeństwa nie mogą być przymioty osobowe sprawcy, tylko jego działanie lub zaniechanie, wskazujące na duże prawdopodobieństwo zamachu.

Z prewencyjnym aspektem obrony koniecznej wiąże się problem przekroczenia granic obrony koniecznej. Eksces ekstensywny może polegać między innymi na obronie przedwczesnej (*defensio antecedens*), gdy zamach nie wszedł jeszcze w fazę bezpośredniości, choć istniało już realne zagrożenie, ale nie było jeszcze bez-

³ Wyrok SN z 11 grudnia 1978 r., II KR 266/78, OSNKW 1979, z. 6, poz. 65.

⁴ Wyrok SN z 31 marca 1988 r., I KR 60/88, OSNKW 1988, z. 9–10, poz. 64.

⁵ Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 469–470.

⁶ J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 68.

⁷ Kodeks ..., red. A. Zoll, s. 470.

pośrednie. Z tym ekscysem mamy do czynienia tylko wtedy, gdy istnieje związek przyczynowo-sytuacyjny podjętych lub kontynuowanych działań z bezprawnym zamachem. Gdy taki związek w ogóle nie istnieje lub został zerwany, agresywne działania wobec potencjalnego napastnika są zwykłym przestępstwem, na przykład zaatakowanie osoby, którą się podejrzewa o zamiar podjęcia bezpośredniego zamachu⁸. Instytucji obrony koniecznej nie można traktować jako recepty na sytuację ogólnego zagrożenia przestępczością. Kierowanie się tylko intuicją i zapobiegliwością nie stanowi usprawiedliwienia dla przedwczesnego odpięcia ataków, które nie zaistniały, a jedynie wydawały się prawdopodobne, przy braku podstawowego warunku – bezpośredniości zagrożenia zamachem.

Interesująca jest również kwestia prawnej oceny metod zapobiegania bezprawnym atakom poprzez wykorzystanie różnego rodzaju środków technicznych. Zdaniem niektórych komentatorów kodeksu karnego, przy urządzeniach zabezpieczających (na przykład podłączenie prądu do zabezpieczeń) należy wprowadzić wymóg ostrzeżenia, że tego typu urządzenia zabezpieczające są zainstalowane⁹. Inne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy: domniemany zamiar dokonania bezprawnego zamachu, który nie wszedł jeszcze w początkowe stadium realizacji, nie stwarza sytuacji obrony koniecznej dla osoby spodziewającej się takiego zamachu¹⁰.

Cytowane orzeczenie Sądu Najwyższego odpowiada gramatycznej wykładni przepisu art. 25 § 1 k.k., ponieważ zapobiegawcze montowanie urządzeń zabezpieczających wyprzedza bezpośredni zamach. Dlatego brakuje podstawowej przesłanki stosowania obrony koniecznej – bezpośredniości zamachu. Z drugiej strony należy uwzględnić prawo właściciela do ochrony swojej posesji, który nie musi czekać na wtargnięcie napastnika na swój teren, tylko chce temu zapobiec. Odmówienie mu możliwości zabezpieczenia domu przed włamaniem to kwestionowanie jego prawa własności. Powinno się raczej dopuścić montowanie różnych zabezpieczeń, byleby nie zapomniano o odpowiednich ostrzeżeniach. W przeciwnym razie wyżej stawialibyśmy prawo agresora do naruszenia miru domowego, niż prawo właściciela domu do spokojnej egzystencji.

Wracając do kwestii określenia bezpośredniości zagrożenia zamachem, trzeba przyznać, że trudno oczekiwać od napadniętego człowieka znajdującego się w stanie irytacji, oburzenia, zaskoczenia, strachu, aby dokonał on chłodnej kalkulacji, czy ma do czynienia z obiektywnie bezpośrednim zagrożeniem zamachem. W sytuacji ekstremalnej decyduje charakter i temperament potencjalnej ofiary, a nie racjonalna ocena zagrożenia. Dlatego trudne zadanie stoi przed sądem rozstrzygającym o zasadności obrony koniecznej, kiedy nie wchodzi w grę zamach w fazie jego realizacji, tylko w stadium zagrożenia, czy nieuchronności. Pomocna przy tym będzie właściwa kwalifikacja prawna zachowania napastnika. Jeżeli okoliczności

⁸ A. Marek, *Kodeks...*, s. 165.

⁹ *Kodeks ...*, red. A. Zoll, s. 469–470.

¹⁰ Wyrok SN z 23 kwietnia 1974 r., IV KR 38/74, OSNKW 1974, z. 9, poz. 165.

sprawy pozwolą przyjąć, że mamy do czynienia z usiłowaniem dokonania czynu zabronionego, uzasadni to stosowanie obrony koniecznej.

Nie ulega wątpliwości, że każdemu człowiekowi przysługuje prawo do obrony swojego życia, zdrowia, mienia. Prawo to dotyczy oczywiście wszelkich ataków ze strony osób trzecich, z wyłączeniem wkraczania w sferę cudzych dóbr prawnych na podstawie przepisów szczególnych. Opór stawiany w takiej sytuacji nie będzie obroną konieczną, lecz utrudnieniem wykonania obowiązków służbowych funkcjonariuszy publicznych. Nie można jednak wykluczyć konieczności obrony przed działaniem funkcjonariuszy publicznych przekraczających zakres swoich uprawnień. Wówczas decydujące znaczenie ma fakt, czy zachowanie danego funkcjonariusza narusza przepisy, a po stwierdzeniu bezprawności jego działania, trzeba ocenić stopień rzeczywistego zagrożenia dobra prawnego, uzasadniający stosowanie obrony koniecznej.

Problematyka prewencyjnego użycia obrony koniecznej jest złożona. Z jednej strony trudno odmówić człowiekowi prawa do zapobiegania naruszeniom swoich dóbr, z drugiej strony nie można tolerować pochopnego odpierania wymagowanych ataków. Pamiętając o zasadzie „prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem”, warto kierować się zdrowym rozsądkiem przy ocenie bezpośredniości zagrożenia zamachem. Nigdy nie należy również prowokować sytuacji konfliktowych, ponieważ nie zawsze najlepszą obroną jest atak.

Marek Derlatka

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 9 czerwca 2006 r.

I KZP 14/06¹

Teza głosowanego postanowienia brzmi:

Zabór w celu przywłaszczenia nośnika energii wydrebnionego w rzecz ruchomą (art. 278 § 1 k.k.) wyłącza możliwość kwalifikowania takiego zachowania jako kradzieży energii (art. 278 § 5 k.k.).

I. Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne wyłoniło się na tle następującego układu procesowego:

Krzysztof L. został oskarżony o to, że od lutego 2005 r. do 2 kwietnia 2005 r. „w miejscu swego zamieszkania w Z. (...) poprzez nielegalny pobór dokonał kradzieży gazu, powodując tym straty w wysokości 422,51 zł na szkodę G.S.Z. Sp. z o.o. w Z.”, to jest o dokonanie czynu zakwalifikowanego z art. 278 § 5 k.k.

Sąd Rejonowy w Z. wyrokiem z 26 września 2005 r. uznał oskarżonego za winnego zarzucanego czynu i przyjmując, że wypełnił on dyspozycję art. 278 § 1 i 5 k.k., na podstawie art. 278 § 1 k.k. i 33 § 2 k.k. wymierzył karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 20 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 zł. Wykonanie kary pozbawienia wolności zostało oskarżonemu na podstawie art. 69 § 1 k.k. i 70 § 1 k.k. warunkowo zawieszona na okres próby wynoszący 2 lata.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator, zarzucając obrazę prawa materialnego w postaci art. 278 § 1 i 5 k.k., przez błędne przyjęcie, że czyn oskarżonego „wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 278 § 1 i 5 k.k.”, pomimo że brak jest podstaw, aby kradzież gazu traktować jako kradzież energii stypizowaną w § 5 art. 278 k.k.”, i wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku przez przyjęcie, że oskarżony zrealizował znamiona czynu zabronionego określonego w art. 278 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w G., rozpoznając apelację, uznał, że wyłoniło się zagadnienie

¹ Niepubl.

prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, to jest art. 278 § 5 k.k., ponieważ wyniki interpretacji językowej i funkcjonalnej tego przepisu nie są jednoznaczne i prowadzą do odmiennych wniosków.

Ustosunkowując się do przedstawionego zagadnienia prawnego Prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o podjęcie uchwały: „Przez energię, o której mowa w art. 278 § 5 k.k., należy rozumieć energię w każdej postaci, w tym również energię powstałą w wyniku wykorzystania gazu jako nośnika energii”.

Z uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego wynika, że powodem odmowy podjęcia uchwały w omawianej sprawie był brak podstaw do dokonania zasadniczej wykładni, co jest wymogiem skutecznego zastosowania instytucji, o której mowa w art. 441 § 1 k.p.k. W związku z tym zapatrywania Sądu na istotę problemu przedstawionego w zagadnieniu prawnym zostały przedstawione jako kwestia dość oczywista, zaś zasadniczymi powodami sformułowania przytoczonej na wstępie tezy były:

1. unormowania zawarte w art. 3 pkt 1–8, 11–12, 15–16, 18, 20–21 i art. 57 ust. 1 ustawy z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn. – Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504 ze zm.), w których wyodrębniono pojęcia energii i paliwa, wymieniając „stałe, ciekłe i gazowe będące nośnikami energii chemicznej”;

2. definicje słownikowe i encyklopedyczne pojęć „energia” i „gaz”, z których wynika, że kategorii tych nie można utożsamiać;

3. jednoznaczne odesłanie w zakresie pojmowania pojęcia „rzecz ruchoma” do norm prawa cywilnego oraz wypracowanego na jego gruncie dorobku doktryny;

4. brak podstaw do utożsamienia gazu z energią w oparciu o unormowanie art. 555 k.c.;

5. *ratio legis* wprowadzenia przepisu art. 278 § 5 k.k., jakim jest wyodrębnienie energii, której nie obejmuje pojęcie „cudza rzecz ruchoma”;

6. zasada *nullum crimen sine lege certa*, z którą w sprzeczności pozostawałoby lokowanie i w efekcie każdorazowo odnajdywanie przedmiotu czynności wykonawczej w różnych przepisach w zależności od sposobu jego wykorzystania;

7. dyrektywa wykładni językowej, w postaci zakazu nadawania różnym pojęciom tego samego znaczenia, jeżeli z aktu prawnego, w którym pojęcia te użyto, nie wynikają wskazówki pozwalające na takie rozumienie tych pojęć, to jest zakaz wykładni synonimicznej, stojący na przeszkodzie uznawaniu wyrazów różnych za równoznaczne;

8. brak możliwości uznania, że przepis art. 278 § 5 k.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 278 § 1 k.k., co wynika z zastosowania przez ustawodawcę w omawianym przypadku instytucji odpowiedniego stosowania;

9. wprowadzenie rozważań dotyczących pojęcia „nośnik” oraz podstawowego kryterium odróżnienia tegoż od samej energii, jakim jest „zniknięcie” energii na skutek realizacji przez sprawcę znamion czynu zabronionego.

II. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że orzeczenie Sądu Najwyższego zasadnie przybrało formę postanowienia o odmowie podjęcia uchwały. Rozstrzy-

ganie bowiem przez Sąd Najwyższy zagadnień prawnych w drodze uchwał stanowi wyjątek od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu rozpoznającego konkretną sprawę. Niedopuszczalne jest zatem rozszerzające traktowanie warunków stosowania instytucji określonej przepisem art. 441 § 1 k.p.k., w tym w szczególności takie postępowanie, które prowadziłoby do zastąpienia przez Sąd Najwyższy w rozstrzygnięciu danej sprawy sądu do tego powołanego. Przedmiotem przekazania do Sądu Najwyższego może być tylko takie zagadnienie prawne, które wymaga „zasadniczej” wykładni ustawy. Z tego uprawnienia nie może skorzystać sąd odwoławczy, w sytuacji gdy przepisy mające podlegać owej wykładni są sformułowane jasno i nie nastroją trudności interpretacyjnych (*clara non sunt interpretanda*) albo gdy wątpliwości interpretacyjne zostały rozstrzygnięte w orzecznictwie lub doktrynie w sposób jednoznaczny².

W doktrynie i judykaturze sformułowana została reguła określająca następującą kolejność wykorzystania różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). Nie zawsze zachodzi konieczność użycia kolejno wszystkich sposobów, w szczególności nie będzie potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe, jeżeli już po zastosowaniu dyrektyw językowych, czy też językowych i systemowych, uda się uzyskać właściwy wynik wykładni, to jest ustalić znaczenie interpretowanej normy³. Z jednej strony konieczne jest zatem sięgnięcie do ogólnych reguł języka polskiego, stanowiących podstawę wykładni językowej. Z drugiej natomiast należy mieć na uwadze zasadę jednolitości terminów językowych systemu prawa. Przy uchwalaniu ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny zasada ta obowiązywała na mocy § 7 Załącznika do uchwały Rady Ministrów nr 147 z 5 listopada 1991 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej⁴, obecnie zaś jest wyrażona w § 10 Załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”⁵. Jak podkreśla się w doktrynie, zasady, o których mowa w § 10 z.t.p., mają fundamentalne znaczenie dla procesu wykładni prawa. Ważną rolę w tym procesie odgrywa bowiem zasada *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*. O funkcjonowaniu tej zasady interpretacyjnej nie mogłoby być mowy, jeśli akt prawny w jednym miejscu posługiwałby się tym samym określeniem w jednym znaczeniu, a w drugim miejscu – w innym znaczeniu. Jeżeli więc w ustawie lub innym akcie normatywnym ustalono znaczenie danego określenia, w obrębie tego aktu nie wolno posługiwać się tym określeniem w innym znaczeniu. Jeśli zachodzi konieczność odstąpienia od tej zasady, wyraźnie należy podać nowe znaczenie

² Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 12 marca 1996 r., sygn. akt I KZP 1/96, „Wokanda” 1996, nr 7, s. 20–21.

³ Por. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 116–117 oraz powołane tam orzecznictwo.

⁴ MP z 1991 r. Nr 44, poz. 310.

⁵ Dz.U. z 2002 r. Nr 100, poz. 908.

danego określenia i precyzyjnie ustalić zakres, w jakim należy odczytywać to określenie w zmienionym znaczeniu⁶. W związku z tym rozważyć należy, czy pojęcia: „rzecz ruchoma”, „gaz”, „energia” i „nośnik energii” występują w innych aniżeli Kodeks karny aktach prawnych, a jeśli tak, to czy zostały przez ustawodawcę zdefiniowane (definicja legalna) oraz jakie są podglądy wypracowane przez doktrynę na temat ich znaczenia. W ten właśnie sposób postąpił Sąd Najwyższy, prezentując w uzasadnieniu głosowanego postanowienia wywody, sprowadzające się do dokonania wykładni językowej i systemowej przepisów, jakich dotyczyło pytanie prawne. Jednocześnie wydaje się, że zawartą tam argumentację należy przedstawić w sposób bardziej szczegółowy, aniżeli uczynił to Sąd Najwyższy, który niewątpliwie dostosował ją do przyjętej formy orzeczenia.

Z jednej więc strony Sąd ten poddał wykładni językowej i systemowej pojęcia określające przedmioty czynności wykonawczych występów z art. 278 § 1 i § 5 k.k., a więc „rzecz ruchoma” i „energia”. Z drugiej natomiast Sąd Najwyższy przeniósł swoje rozważania na grunt pojęcia „nośnik energii” (jakim bez wątpienia jest m.in. gaz), którym to pojęciem Kodeks karny się nie posługuje, co było uzasadnione tym, że dopiero precyzyjne rozgraniczenie zakresu desygnatów wchodzących w skład wszystkich wskazanych pojęć pozwala na właściwą interpretację przepisów prawnych, które ich dotyczą. Z uwagi na zwięzłość wypowiedzi Sądu Najwyższego, mogącą nastrożać w praktyce problemy interpretacyjne co do zajętego przez zeń stanowiska, konieczne jest poczynienie kilku uwag natury terminologicznej.

Jeżeli chodzi o znaczenie pojęcia „rzecz ruchoma”, to – jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 26 listopada 2003 r., I KZP 21/03⁷ – rzecz ruchoma jako przedmiot wykonawczy kradzieży opisana została w obowiązującym Kodeksie karnym „z zastosowaniem terminologii cywilistycznej (co zresztą wyrażenie wynika z uzasadnienia rządowego projektu Kodeksu karnego z 1997 r.)”. Taki stan rzeczy nakazuje, aby przy interpretacji znamion typu przestępstwa kradzieży odwoływać się do brzmienia i wykładni tego pojęcia w prawie cywilnym.

Zgodnie z treścią art. 45 Kodeksu cywilnego, rzeczami w rozumieniu tegoż kodeksu są tylko przedmioty materialne. Doktryna prawa cywilnego wypracowała na gruncie art. 45 k.c. definicję rzeczy jako materialnej części przyrody (w stanie pierwotnym lub przetworzonym), na tyle wyodrębnionej (w sposób naturalny lub sztuczny), że w obrocie prawnym może być traktowana jako dobro samoistne. Z uwagi na brak wyodrębnienia z przyrody zasadniczo przyjmuje się, że ciecze, gazy i kopaliny, choć są przedmiotami materialnymi, nie stanowią rzeczy w znaczeniu technicznoprawnym ze względu na brak cechy samoistności, to jest brak wyodrębnienia z przyrody. W doktrynie prawa cywilnego funkcjonuje również i taki pogląd,

⁶ Por. G. Wierczyński, *Komentarz do § 10 Załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”* (w:) J. Warylewski (red.), *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*, Warszawa 2003, s. 81 i n.

⁷ OSNKW 2004, z. 1, poz. 1.

zgodnie z którym w pewnych sytuacjach substancje, takie jak gaz, pod warunkiem wyodrębnienia pewnej ich ilości poprzez „zamknięcie” w pojemnikach, cysterach, obwodach zamkniętych (rurociągach), stają się rzeczami ruchomymi⁸.

Nie przesądzając rodzących się w doktrynie prawa cywilnego sporów⁹, nie sposób nie dostrzec, że przy przedstawionym wyżej rozumieniu gazu (zamkniętego w rurociągu) nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że jest on przedmiotem wykonawczego przestępstwa określonego w art. 278 § 1 k.k.

Zakończenie rozważań w tym miejscu stanowiłoby niedopuszczalne uproszczenie niniejszego zagadnienia, stanowiące asumpt – dla zwolenników poglądu o utożsamieniu nośnika energii z nią samą – do zgłoszenia krytyki stanowiska odmiennego, krytyki opierającej się na wskazaniu wspomnianych wyżej, odmiennych poglądów doktryny prawa cywilnego na naturę gazu.

Uprzedzając więc ewentualną polemikę, nawiązującą do pojmowania gazu jako „nierzeczy” (z uwagi na brak wyodrębnienia z otoczenia), należy zauważyć, że już samo zrealizowanie czynności sprawczej w postaci „zaboru w celu przywłaszczenia” samo w sobie zakłada sytuację, w której takie wyodrębnienie – najpóźniej na etapie dokonania przestępstwa – następuje. Przez zabór rozumieć należy bowiem bezprawne wyjęcie rzeczy spod władztwa osoby dotychczas nią władającej (jak właściciel, posiadacz lub osoba posiadająca do rzeczy inne prawa rzeczowe lub obligacyjne) i objęcie jej we własne władanie przez sprawcę¹⁰. Jeśli traktować gaz płynący w rurociągu jako przedmiot pozbawiony cechy wyodrębnienia z otoczenia na tyle, aby stał się przedmiotem obrotu, to przecież „zabranie” go – zawsze w pewnej, określonej ilości – przesądza o jego wyodrębnieniu. Innymi słowy, w sytuacji gdy jedynym argumentem przeciwko uznaniu gazu za rzecz jest brak odpowiedniego wyodrębnienia z otoczenia, to przeszkoda ta przestaje istnieć w razie dokonania zaboru jakiegokolwiek jego ilości. Założenie, zgodnie z którym działanie wyczerpujące znamiona typu przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. ma zarazem charakter konstytutywny w rozumieniu prawa cywilnego (status rzeczy uzyskuje przedmiot dotąd tej cechy pozbawiony), nie jest nieznanie doktrynie prawa karnego. Niekwestionowany jest bowiem pogląd, zgodnie z którym przedmiotem wykonawczym przestępstwa kradzieży mogą być również części składowe rzeczy ruchomych¹¹, które samodzielność zyskują właśnie w drodze ich odłączenia od rzeczy „głównej” działaniem sprawcy. Takiemu rozumowaniu nie mogą też stanąć na przeszkodzie niewątpliwe trudności praktyczne z precyzyjnym określeniem tej

⁸ Por. M. Bednarek, *Mienie. Komentarz do art. 44–55 Kodeksu cywilnego*, Kraków 1997, s. 45 i n.

⁹ Por. odmienne stanowisko S. Grzybowski (w:) S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Wrocław 1985, s. 434.

¹⁰ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III, Kraków 1999, s. 20–21 oraz powołana tam literatura.

¹¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Przestępstwa przeciwko mieniu* (w:) Nowa Kodyfikacja Karna, Kraków 1998, s. 41–42.

ilości, co należy do sfery postępowania dowodowego w procesie karnym i nie może być przeszkodą do poczynionych założeń teoretycznych.

Na marginesie tego fragmentu rozważań należy zauważyć, że ustawodawca, dokonując w § 5 art. 278 odesłania do § 1 tego artykułu, przesądził o stosowaniu do kradzieży energii właśnie znamienia czasownikowego „zabiera”, nie posługując się, być może bardziej stosownym na gruncie języka powszechnego w odniesieniu do energii, znamieniem „pobiera” czy „czerpie”. Rzecz jednak w tym, że wynikające z klauzuli odpowiedniego stosowania posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „zabór energii” nie oznacza wcale, że w istocie chodzi tutaj o zabór odpowiedniego nośnika energii, i to nośnika mającego charakter rzeczy ruchomej, której „zaboru w celu przywłaszczenia” można się dopuścić. Po pierwsze, punktem wyjścia – co słusznie zaakcentował Sąd Najwyższy – musi być zdefiniowanie pojęcia energia, które zostało jednoznacznie wskazane w treści art. 278 § 5 k.k. jako przedmiot czynności wykonawczej. Po drugie, najczęściej spotykanym w praktyce sądowej przestępstwem kwalifikowanym z art. 278 § 5 k.k. jest kradzież energii elektrycznej, która realizuje się przez zabór jej nośnika w postaci prądu elektrycznego, który rzeczą bezsprzecznie nie jest. W tym ostatnim wypadku zawodzi więc ewentualna próba budowania tezy, że użycie sformułowania „zabór energii” przesądza o tym, że w istocie chodzi o jej nośnik będący przedmiotem materialnym, spełniającym – pod pewnymi warunkami – przesłanki pozwalające uznać go za rzecz ruchomą w rozumieniu prawa cywilnego.

Dopełnieniem przeglądu możliwych koncepcji rozumienia pojęcia „rzecz” w kontekście problematyki związanej z pytaniem prawnym jest stwierdzenie, że w doktrynie prawa cywilnego spotyka się stanowisko kwestionujące przydatność wąsko pojmowanego rozumienia „rzecz” i postulujące – ze względów funkcjonalnych – objęcie nim również pojęcia energia elektryczna, jądrowa, wody i inne¹². Z uwagi jednak na wyraźne rozróżnienie między rzeczą a energią dokonane przez Kodeks karny (i Kodeks cywilny, o czym niżej), powyższe poglądy mogą stanowić jedynie argument (*a maiori ad minus*) na rzecz potraktowania na gruncie prawa karnego nośników energii, w tym gazu, jako rzeczy, a tym samym uznania, że brak jest podstaw do utożsamiania tegoż nośnika z samą energią. Skoro bowiem część doktryny skłonna jest uznać za rzecz samą energię, to tym łatwiej uczynić to samo w stosunku do jej nośnika, pozostawiając – z uwagi na wyżej przedstawione rozważania – na boku zagadnienie jego wyodrębnienia z otoczenia.

Podobnej wykładni należy poddać pojęcie „energii”, którym posługuje się art. 278 § 5 k.k. Zgodnie z definicją słownikową, energia to „wyrażona w jednostkach pracy skalarna wielkość fizyczna, określająca zdolność ciała lub układu ciał do wykonania pracy przy przejściu z jednego stanu do drugiego”¹³ bądź też „wielkość

¹² Por. M. Bednarek, *op. cit.*, s. 48 i wskazana tam literatura.

¹³ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, tom pierwszy, Warszawa 1994, s. 545 oraz S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, s. 835.

wyrażająca zdolność układu do wykonania pracy”¹⁴. W innym ujęciu „energia” to w ogólnym, niespecjalistycznym znaczeniu tego słowa, siła uzyskiwana np. ze spalania węgla lub rozpadu atomów¹⁵. Definicje encyklopedyczne dotyczące energii określają ją jako wielkość fizyczną, charakteryzującą w sposób ilościowy układ materialny, określającą ruch jego składników oraz ich wzajemne oddziaływanie, przy czym nie może ona powstawać lub zniknąć samoistnie¹⁶.

Łatwo dostrzec zatem, że wszystkie wskazane definicje, o ile wiążą pojęcie energii z ciałem lub układem ciał, to w żadnym razie pojęć tych nie utożsamiają, kładąc nacisk na zdolność do wykonania pracy albo wręcz – jak ma to miejsce w wypadku *Innego słownika języka polskiego* PWN – stawiając znak równości między energią a siłą. Należy również podkreślić, że w zakres pojęć „ciało” lub „układ ciał” mogą wchodzić również przedmioty, które w żadnym razie nie spełniają przesłanek pozwalających uznać je za rzecz ruchomą, aczkolwiek niewątpliwie chodzi tu o przedmioty materialne.

Z kolei w systemie prawa funkcjonuje definicja energii zawarta w art. 3 pkt 1 ustawy z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne¹⁷, zgodnie z którą energią jest „energia przetworzona w każdej postaci”. Wspomniana ustawa wyraźnie odróżnia od samej energii jej nośniki, zaliczając je do kategorii paliw. Obok zaś ogólnej definicji paliw, zawartej w art. 3 pkt 3 cytowanej ustawy, zgodnie z którą paliwami są „paliwa stałe, ciekłe i gazowe będące nośnikami energii chemicznej”, akt ten definiuje również – w art. 3 pkt 3a – pojęcie „paliw gazowych”, którymi są: „gaz ziemny wysokometanowy lub zaazotowany, w tym skroplony gaz ziemny oraz propan-butan lub inne rodzaje gazu palnego, dostarczane za pomocą sieci gazowej, niezależnie od ich przeznaczenia”.

Rozróżnienie energii i paliw (nośników) jest również widoczne w treści art. 57 ust. 1 cyt. ustawy, przewidującego opłaty za nielegalnie pobrane paliwo lub energię, która to konstrukcja niewątpliwie przewiduje sytuację pobierania samego tylko paliwa lub samej tylko energii, w żadnym razie przypadków tych nie utożsamiając.

Nie ma żadnych podstaw, aby ten podział nie mógł zostać przeniesiony na grunt Kodeksu karnego, gdzie paliwa zostaną zaliczone do przedmiotów wykonawczych przestępstwa z art. 278 § 1 k.k., zaś energia (w różnej postaci) – z art. 278 § 5 k.k. Chociaż unormowania ustawy Prawo energetyczne same w sobie nie posiadają tu waloru decydującego, to nie sposób nie zauważyć, że takie rozwiązanie pozostanie w zgodzie nie tylko z zasadami wykładni językowej, ale również z systematyką wprowadzoną przez specjalistyczny akt prawny dotyczący tej materii, nawet jeżeli służy innym niż prawo karne celom.

¹⁴ E. Sobol (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2002, s. 187.

¹⁵ M. Bańko (red.), *Inny słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa 2000, s. 382.

¹⁶ *Wielka Encyklopedia*, PWN, tom 8, Warszawa 2002, s. 260.

¹⁷ Tekst jednolity: Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504 ze zm.

Jak się wydaje, wszelkie wątpliwości powstające wokół właściwego rozróżnienia rzeczy ruchomej i energii powstają w odniesieniu do przedmiotów będących nośnikami tej ostatniej. Tym samym rozważania należy przenieść na grunt pojęcia, którym wprawdzie nie posługuje się Kodeks karny, lecz którego funkcjonowanie wymuszone jest względami praktycznymi, w tym przede wszystkim przydatnością w rozróżnieniu rzeczy i energii, jak również funkcjonowaniem tego pojęcia w systemie prawa.

Jest kwestią leżącą poza wszelką dyskusją, że istnieje pewna grupa przedmiotów materialnych (substancji) tak ściśle związanych pod względem funkcjonalnym z samą energią, że można nazwać je nośnikami energii. Pojęcie takie, jak wyżej wspomniano w art. 3 pkt 3 i art. 3 pkt 3a ustawy z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne. Jednocześnie – z uwagi na wspomniane powiązanie funkcjonalne – może powstać błędne przekonanie, iż nośnik taki jest z samą energią tożsamy, pod warunkiem że zostanie wykorzystany w typowy dla siebie sposób. Wobec tego należy rozważyć, jakie jest znaczenie sposobu wykorzystania nośnika energii (do wytworzenia takowej bądź w innym celu) dla przyporządkowania tego pojęcia do jednej z dwóch wcześniej omawianych kategorii (rzecz bądź energia), co jednocześnie da odpowiedź na pytanie, czy sposób postąpienia sprawcy kradzieży z jej przedmiotem może mieć jakikolwiek wpływ na przyjętą kwalifikację prawną.

W doktrynie prawa karnego wyrażony został pogląd, zgodnie z którym występkiem kwalifikowanym z art. 278 § 5 k.k. będzie wyłącznie zabór gazu służącego do ogrzewania, tzn. gdy wytwarzana jest z niego energia cieplna¹⁸.

W pierwszym rzędzie nie sposób nie zauważyć, że reprezentujący ten pogląd różnicuje kwalifikację prawną jednorodnych zachowań, polegających na kradzieży nośnika energii (gazu), uzależniając tę kwalifikację od sposobu późniejszego już wykorzystania go przez sprawcę. Tymczasem ani przepis art. 278 § 1 k.k., ani art. 278 § 5 k.k. takim kryterium się nie posługują. Co więcej, proponuje się, aby subsumcji dokonać w oparciu o zachowanie się sprawcy, jakie następuje już po zakończeniu realizacji znamion przestępstwa, podczas gdy takie późniejsze zachowanie się sprawcy – tj. uzyskanie energii z jej nośnika – może jedynie świadczyć o tym, że uprzedni zabór nastąpił „w celu przywłaszczenia”, a sprawca uzyskując energię dokonuje konsumpcji owocu uprzednio dokonanego przestępstwa. W rzeczywistości jednak zabór nośnika energii nie może być przecież połączony z jednoczesnym wykorzystaniem go w typowy sposób, przeciwnie, spożytkowanie takie (konsumpcja owocu przestępstwa) następuje najwcześniej, gdy sprawca ma już możliwość postąpienia z nim jak z rzeczą własną i może mieć miejsce równie dobrze później bądź wcale. Sprowadzając takie rozumowanie do absurdu, należałoby stwierdzić, że na przykład kradzież drewna zebranego przez kogoś na ognisko

¹⁸ Por. B. Kurzępa, *Glosa do wyroku SN z 26 lutego 2004 r.*, IV K.K. 302/03, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 3, s. 117–122.

jest kradzieżą energii (cieplnej), pod warunkiem że zostanie ono przez sprawcę wykorzystane właśnie w ten sposób.

Należy zauważyć, że w przypadku dokonania kradzieży gazu sprawca nigdy nie dokona jednoczesnego zaboru energii, albowiem nawet w skrajnie zbliżonych czasowo do siebie momentach zabór gazu zawsze poprzedzał będzie wytworzenie z niego energii. Zawsze bowiem zainicjowanie procesu pozyskania energii z gazu (najczęściej chodzić będzie o spalanie gazu za pomocą odpowiedniego urządzenia) możliwe będzie dopiero wówczas, gdy sam gaz będzie pozostawał do dyspozycji sprawcy. Chwila ta wyznacza moment, w którym sprawca po dokonaniu zaboru gazu (rzeczy) będzie przystępował do jego konsumpcji, przejawiającej się uzyskaniem energii. Podsumowując zatem tę kwestię należy stwierdzić, że sposób wykorzystania przez sprawcę zabranego gazu nie zmienia w żaden sposób faktu, że zabór wyczerpywał (przy spełnieniu pozostałych przesłanek) znamiona występku z art. 278 § 1 k.k.

Powracając w tym miejscu do unormowań zawartych w ustawie z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne należy zauważyć, że widoczne w systematyce tego aktu prawnego ściśle powiązanie pomiędzy nośnikami energii a nią samą nie może stanowić argumentu na rzecz uznania, że wykładnia funkcjonalna art. 278 § 1 i 5 k.k. prowadzi do wniosku, iż owo powiązanie przesądza o traktowaniu kradzieży nośnika energii (np. gazu) jako kradzieży energii. Należy bowiem zauważyć, że istnieją inne przedmioty materialne w tym samym stopniu powiązane funkcjonalnie z energią co gaz, jak na przykład paliwa płynne (benzyna, olej napędowy), których praktyczne i typowe wykorzystanie polega właśnie na uzyskaniu z nich energii. Tymczasem nie ma żadnych wątpliwości, że zabór np. benzyny będzie zawsze kwalifikowany jako przestępstwo z art. 278 § 1 k.k., względnie – jako wykroczenie z art. 119 § 1 k.k., nigdy zaś z art. 278 § 5 k.k. Jest przy tym oczywiste, że nie może stanowić argumentu do odmiennego potraktowania gazu fakt, że może on przybierać postać ciała lotnego, albowiem jest to wyłącznie kwestia stanu skupienia materii, a nie przyznania tejże statusu energii.

Za ścisłym traktowaniem pojęcia energia przemawia także fakt, że ustawodawca nie przewidział na gruncie ustawy z 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń¹⁹ odrębnego typu wykroczenia, będącego odpowiednikiem art. 278 § 5 k.k. Oznacza to, że przy szerokim, funkcjonalnym pojmowaniu znaczenia tego słowa, za przestępstwo z art. 278 § 5 k.k. musiałaby zostać uznana kradzież nawet niewielkiej ilości gazu, albowiem próg 250 zł nie miałby tu w ogóle zastosowania. Tego rodzaju rozwiązanie sprowadzałoby się więc w gruncie rzeczy do zastosowania wykładni rozszerzającej na niekorzyść potencjalnego sprawcy, a skoro tak, to przy interpretacji pojęcia „energia” uzasadniony jest najdalej posunięty rygoryzm.

III. Nie może stanowić argumentu za utożsamieniem przedmiotu takiego jak

¹⁹ Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114 ze zm.

gaz z energią dyspozycja art. 555 Kodeksu cywilnego, zgodnie z treścią którego przepisy o sprzedaży rzeczy stosuje się odpowiednio do sprzedaży energii oraz do sprzedaży praw. Z przepisu tego wynika przede wszystkim to, że również na gruncie prawa cywilnego rzecz i energia nie są pojęciami tożsamymi, albowiem przy takim założeniu wskazana regulacja byłaby zupełnie zbędna.

Jest przy tym oczywiste, że w obrocie cywilnoprawnym funkcjonują rodzaje energii, dla których powyższe odesłanie oznacza, że przepisy o sprzedaży rzeczy stosuje się w istocie do ich nośników, co dotyczy na przykład energii cieplnej, dostarczanej za pomocą wody o odpowiednio wysokiej temperaturze. Łatwo jednak zauważyć, że sytuacja taka nie ma miejsca w odniesieniu do gazu, który dostarczany jest jako dobro samoistne (rzecz) – w ilości określonej przez stosowne urządzenia pomiarowe, zaś sposób jego wykorzystania pozostawiony jest odbiorcy, który może wytworzyć z niego energię bądź nie, nawet jeśli w ostatnim przypadku postąpi z nim w sposób odbiegający od typowego przeznaczenia. Jeszcze raz bowiem należy podkreślić, że nie może zmieniać charakteru gazu jako rzeczy sam fakt, że z reguły służy on wytworzeniu energii, zaś cytowane wyżej unormowanie zawarte w art. 3 pkt 3a *in fine* ustawy z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, przyznające przymiot paliwa gazowego różnym substancjom – „niezależnie od ich przeznaczenia” – jedynie w takim przekonaniu utwierdza.

IV. W tym miejscu należy zauważyć, że w praktyce możliwe są inne – poza kradzieżą energii elektrycznej – przypadki kradzieży energii, niepoprzedzone zaborem w celu przywłaszczenia jej nośnika. Zwrócić tu należy uwagę na energię ciepłą, przykładowo dostarczaną do mieszkań za pomocą instalacji w budynku wielomieszkańcowym, którą przepływa woda o odpowiednio wysokiej temperaturze, pełniąca w takim wypadku rolę nośnika energii cieplnej. Otóż można wyobrazić sobie sytuację, gdy sprawca, który z różnych względów nie jest uprawniony do odbioru energii w tej postaci, za pomocą określonych zabiegów technicznych kieruje ją do instalacji w swym pomieszczeniu, ogrzewając je. Łatwo przy tym zauważyć, że nie dokonuje on we wskazany sposób zaboru ciepłej wody, gdyż ta, aby uzyskać odpowiednią temperaturę, przez cały czas krąży w systemie, którego elementem jest urządzenie nadające jej tę cechę (np. piec CO). W ten sposób następuje zatem zabór (pobór, czerpanie) samej tylko energii, nie poprzedzony zaborem jej nośnika, co uzasadnia zakwalifikowanie takiego postępowania jako występku z art. 278 § 5 k.k.

Z tak pojmowanym problemem kradzieży energii, której nośnikiem jest (w skrócie) ciepła woda, nie pozostaje w sprzeczności treść postanowienia Sądu Najwyższego z 9 czerwca 2006 r. w sprawie I KZP 15/06²⁰, w której Sąd Rejonowy w Krośnie wystąpił z pytaniem prawnym o treści: „Czy pojęcie energii, jako przedmiotu czynności wykonawczej z art. 278 § 5 k.k., obejmuje również wodę zamkniętą w urządzeniach wodociągowych?”.

²⁰ Niepubl.

Odmawiając udzielenia odpowiedzi na tak sformułowane pytanie prawne, Sąd Najwyższy stwierdził w uzasadnieniu postanowienia m.in., że w sprawie, w której pytanie to sformułowano, nie chodziło o zabór wody jako nośnika energii, lecz zabór wody przeznaczonej do celów konsumpcyjnych, który nie może być traktowany jako zabór energii (wodnej) w rozumieniu art. 278 § 5 k.k. Należy przy tym zauważyć, że nawet zabór wody cechującej się potencjałem energetycznym²¹ nie może przesądzać o zakwalifikowaniu takiego działania jako kradzieży samej energii, przy czym w pełni aktualne pozostają wywody poczynione wyżej w odniesieniu do innego nośnika energii, jakim jest gaz.

V. Rozważania powyższe prowadzą do stwierdzenia, że w dwóch wskazanych wyżej przypadkach do kradzieży energii (elektrycznej i cieplnej) dochodzi w sytuacji, gdy sprawca nie wyczerpuje uprzednio swym zachowaniem znamion kradzieży rzeczy. Jak wskazano, ów brak znamion z art. 278 § 1 k.k. może wynikać z różnych przyczyn dotyczących nośnika energii. W przypadku zaboru energii elektrycznej na przeszkodzie stać będzie brak po stronie jej nośnika (prąd elektryczny) statusu rzeczy. W przypadku zaś omawianej wyżej kradzieży energii cieplnej przyczyna taka jest uzależniona od tego, którą z cywilistycznych koncepcji dotyczących natury wody przyjmiemy. Jeśli bowiem przyznać status rzeczy wodzie płynącej w instalacji grzewczej, to w żadnym razie przesłanki zaboru nie spełnia samo jej skierowanie przez instalację znajdującą się w pomieszczeniach sprawcy, podczas której nie dochodzi przecież do jej wyodrębnienia. Jeśli zaś przyjąć, że woda taka statusu rzeczy jednak nie ma, to nie nabywa go również opisanym działaniem, skoro bowiem nie można mówić o jej zabraniu, a tym samym o wyodrębnieniu, to nie ma tu miejsca na konstytutywny (w rozumieniu prawa cywilnego) skutek, taki status jej nadający.

VI. W tym miejscu należy wskazać na praktyczne konsekwencje zakwalifikowania, określonego zachowania jako przestępstwa z art. 278 § 1 bądź § 5 k.k. Jedną z nich, a mianowicie niemożność zakwalifikowania kradzieży energii jako wykroczenia została wskazana wyżej. Zróżnicowanie jest także widoczne, jeśli rozpatrywać rzecz „z drugiej strony”, to jest pod kątem znacznej wartości szkody wyrządzonej przestępstwem.

Należy bowiem rozważyć kwestię niejednakowego traktowania przestępstwa z art. 278 § 1 bądź § 5 pod względem sankcji prawnej, jeśli przedmiot występku przekroczy określoną wartość (art. 294 § 1 k.k.). Otóż ustawodawca odstąpił – w odniesieniu do energii – od zaostżenia odpowiedzialności za jej kradzież, nawet jeśli jej wartość osiągnie rozmiar dwustukrotności najniższego miesięcznego wynagrodzenia.

Brak typu kwalifikowanego w odniesieniu do energii można uzasadnić tym, że przedmiot wykonawczy kradzieży ma bardzo ograniczone zastosowanie, wynikają-

²¹ W związku z treścią pytania prawnego Sąd Najwyższy w sprawie I KZP 15/06 nie zajmował się zagadnieniem kradzieży wody jako nośnika energii.

ce z jej właściwości. W doktrynie prawa karnego zwraca się mianowicie uwagę na cechę energii (odróżniającą ją od rzeczy ruchomej), polegającą na jej „zniknięciu”, wskutek realizacji znamion przestępstwa²². Spostrzeżenie wydaje się trafne, a nadto ma walor na tyle ogólny, że może w typowych przypadkach stanowić kryterium odróżnienia różnych, potencjalnych przedmiotów wykonawczych przestępstwa z art. 278 § 1 bądź z art. 278 § 5 k.k.

Wspomniane „zniknięcie” nie ma natomiast miejsca w odniesieniu do samych nośników energii (paliw, w tym również gazowych), które po dokonaniu zaboru w celu przywłaszczenia mogą być nawet źródłem dalszego obrotu (w tym podlegającego unormowaniom art. 291 i 292 k.k.), bez żadnych szczególnych zabiegów, co w sposób oczywisty nakazuje traktować je jak każdą inną rzecz ruchomą. Natomiast przestępstwo kradzieży energii z reguły zakłada konsumpcję jego owoców przez samego sprawcę, a tym samym wyłącza dalszy nim obrót o charakterze przestępczym, co z jednej strony może uzasadniać brak zaostrożenia odpowiedzialności karnej z art. 294 k.k., z drugiej jednak przemawia za wykluczeniem takiego dobrodziejstwa w odniesieniu do przedmiotów, którymi wspomniany obrót jest możliwy.

Oczywiście możliwa jest również sytuacja, gdy sprawca kradzieży gazu bezpośrednio, po dokonaniu jego zaboru wykorzystuje go do uzyskania energii, co więcej, czyni to z powodów socjalnych etc. Jednak wszelkie tego rodzaju uwarunkowania nie zmieniają faktu, że dopuszcza się on zaboru rzeczy i mogą być jedynie – jako „sposób i okoliczności popełnienia czynu” – brane pod uwagę przy ocenie stopnia jego szkodliwości społecznej, a tym samym przy wymiarze kary (art. 115 § 2 k.k. i art. 53 § 1 k.k.).

Podsumowując, należy stwierdzić, że głosowane postanowienie o odmowie podjęcia uchwały jest rozstrzygnięciem trafnym, zaś przedstawiona w jego uzasadnieniu argumentacja zasługuje na aprobatę.

Marcin Pawełek

²² Por. W. Radecki, *Glosa do uchwały SN z 19 sierpnia 1993 r., sygn. akt I KZP 17/93*, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 1994, nr 5, poz. 87.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 stycznia 2005 r.

V KK 292/04¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

Na gruncie spraw o odszkodowanie, prowadzonych w oparciu o art. 8 ust. 1 oraz ust. 2a i 2b ustawy z 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego (Dz.U. Nr 34, poz. 149 ze zm.), powoływanie się wnioskodawcy na represje ze strony władz radzieckich za przypisane mu czyny popełnione po dniu 5 lutego 1946 r. na dotychczasowym terytorium Polski, które po tej dacie znalazło się na obszarze ówczesnego ZSRR, nie eliminuje możliwości zasądzenia odszkodowania (zadośćuczynienia) osobom wskazanym w art. 8 ust. 1 i ust. 2a tej ustawy, pod warunkiem jednak, że zostanie wykazane stosowanymi dowodami, iż represje te wiązały się także z prowadzoną wcześniej działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego.

Teza głosowanego wyroku została sformułowana w następującym układzie procesowym:

W dniu 6 stycznia 2003 r. Sąd Okręgowy w J. oddalił wniosek Łucji P. i Józefa K. domagających się w trybie art. 8 ust. 1 oraz ust. 2a i 2b ustawy z 23 lutego 1991 r. uznania za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, zasądzenia odszkodowania

¹ Wyrok opublikowano w OSNKW 2005, z. 2, poz. 17.

i zadośćuczynienia z tytułu prześladowań zastosowanych wobec ich ojca przez radzieckie organy represji. Uzasadniając rozstrzygnięcie, podniesiono brak kryterium temporalnego identyfikującego działalność sankcjonowaną przez ZSRR jako przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej polskiego Skarbu Państwa. Działania inkryminowane poszkodowanemu zrealizowano bowiem wiosną 1947 r. oraz w styczniu i maju 1948 r., tymczasem zgodnie z regulacją zawartą w art. 8 ust. 2b ustawy lutowej datą zamykającą okres, na przestrzeni którego ulokowano realizację działań niepodległościowych represjonowanych przez władze sowieckie, jest 5 lutego 1946 r. Wyrok oddalający żądanie zasądzenia rekompensat majątkowych uprawomocnił się w pierwszej instancji. Jesienią 2004 r. kasacją wniesioną na korzyść wnioskodawców zakwestionował go Rzecznik Praw Obywatelskich. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono rażąca obrazę art. 4 i 366 § 1 k.p.k., polegającą na zaniechaniu próby wyjaśnienia związku pomiędzy represjami zastosowanymi wobec poszkodowanego, a jego działalnością niepodległościową realizowaną przed datą limitującą odpowiedzialność odszkodowawczą polskiego Skarbu Państwa. Zgodnie zaś z funkcjonującym w judykaturze stanowiskiem, jego stwierdzenie umożliwiłoby zakwalifikowanie prześladowań, formalnie przedsięwziętych przez władze sowieckie za działania zrealizowane po dniu 5 lutego 1946 r., w rzeczywistości jednak będących również odwetem za wcześniej demonstrowaną postawę niepodległościową, w kategorii represji objętych zakresem materialnej odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa². Rozpoznając wniesioną kasację, Sąd Najwyższy sformułował pogląd stanowiący tezę głosowanego wyroku.

Problematyka, której dotyczy głosowane orzeczenie, koncentruje się wokół dwóch zagadnień – pierwsze stanowi kwestia właściwej interpretacji opisu postaci represyjnych zachowań radzieckich organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości lub radzieckich organów pozasądowych generujących szkody, które na podstawie tzw. ustawy lutowej objęto zakresem obowiązku odszkodowawczego realizowanego przez polski Skarb Państwa; drugie wiąże się z geograficznym i temporalnym kryterium identyfikującym działania opozycyjne uprawniające do uzyskania kompensat majątkowych.

Finalne stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w zakresie obu tych kwestii wydaje się zasługiwać na pełną aprobatę. Pewien niedosyt wywołuje natomiast argumentacja poprzedzająca konkluzje zawarte w głosowanym judykacie. Wywód kwalifikujący do ustawowej kategorii represji podjętych z powodu działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, prześladowania przedsięwzięte przez władze sowieckie za działania realizowane na terytorium Polski w granicach ustalonych w Traktacie Ryskim poza obecnym terytorium Polski po dniu 5 lutego 1946 r., będące jedynie kontynuacją uprzednio rozpoczętej polskiej walki narodowyzwoleńczej, sprawia bowiem wrażenie sformułowanego w sposób nazbyt

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 listopada 2003 r., P 6/03, OTK – A 2003, z. 9, poz. 94.

pochopny. Brakuje mu przede wszystkim perspektywy normatywnej. Forsując finalne stanowisko, zaniechano jego skonfrontowania z dotychczas przyjmowanym sposobem interpretacji tych fragmentów ustawy lutowej, które zawierają opis identycznych działań odwetowych – podejmowanych jednak przez polskie organy państwowe. Szansy na bardziej przekonujące uzasadnienie ostatecznie przyjętej konkluzji Sąd Najwyższy pozbawił się również dlatego, że nie dostrzegł znaczenia, jakie fakt represjonowania z powodu postawy niepodległościowej odgrywa w dwóch różnych sferach – po pierwsze w dziedzinie prawa karnego procesowego, tworząc przesłankę nieważności orzeczenia wydanego przez organy polskiego aparatu ścigania i wymiaru sprawiedliwości; po drugie zaś w sferze materialnej odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa, warunkując zasądzenie odszkodowania i zadośćuczynienia z tytułu uszczerbku doznanego wskutek prześladowczych zachowań polskich i radzieckich organów państwowych. Wywód Sądu Najwyższego zubaża również brak argumentów implikowanych prawnym charakterem odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa za szkody i krzywdy wyrządzone działaczom niepodległościowym przez władze sowieckie.

Brzmienie art. 8 ust. 2a ustawy lutowej nie pozostawia wątpliwości co do tego, że obowiązek kompensacji powstaje wówczas, gdy represje organów radzieckich formalnie przedsięwzięto za prowadzenie działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego. Możliwość wystąpienia z żądaniem odszkodowania i zadośćuczynienia istnieje jednak również wtedy, gdy określoną osobę prześladowano z powodu jej zaangażowania w działalność niepodległościową. Do czasu przejścia przez Państwo Polskie odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez ZSRR, tę ostatnią postać działań prześladowczych – zarówno jako podstawę rehabilitacji, jak i warunek materialnego skompensowania szkód i krzywd doznanych przez opozycjonistów – definiowały dwa kryteria:

a) wyłączną przyczyną wydania represjonującego orzeczenia, formalnie abstrahującego od jakichkolwiek zachowań niepodległościowych, stanowi demonstrowana poza procesem wroga reżimowi postawa – kryterium to wydają się spełniać wyłącznie takie orzeczenia, które wydano w fikcyjnym procesie, wszczętym wobec osoby prowadzącej działalność niebezpieczną dla reżimu w oparciu o fałszywe oskarżenie o nigdy niepopelnione przestępstwa lub wykroczenia;

b) wydanie represjonującego orzeczenia w ramach postępowania, którego przedmiotem była kwestia odpowiedzialności karnej za fikcyjnie inkryminowany czyn zabroniony – otóż cechy postępowania rehabilitacyjnego (przedmiot, charakter reformacyjny, skargowość) lokują je w grupie postępowań toczących się w ramach nadzwyczajnych środków odwoławczych. Skoro zaś postępowanie mające wyeliminować nieważne orzeczenie stanowi dalszy ciąg procesu, w ramach którego je wydano, przedmiot obu musi być tożsamy³.

³ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2001, s. 793; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, s. 1272; W. Daszkiewicz, T. Nowak. S. Sta-

Ekstrapolacja obu elementów definiujących na sferę cywilnej odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa z tytułu prześladowań przedsięwziętych przez ZSRR pozwala kwalifikować w ustawowej kategorii prześladowań zrealizowanych z powodu działalności opozycyjnej tylko te, które po dniu 5 lutego 1946 r. oficjalnie sankcjonowały czyny nigdy przez opozycjonistów niepopelnione. *Prima facie*, wyklucza to objęcie zakresem ustawy lutowej kumulacji represji oficjalnych i nieoficjalnych przedsięwziętych w odwecie za czyny rzeczywiście zrealizowane.

Poza regułami wykładni językowej, zgodnie z którą bez umotywowanych racji identycznym sformułowaniu zawartym w tym samym akcie prawnym nie należy nadawać różnych znaczeń⁴, za posługiwaniem się jednakowymi kryteriami definiowania represyjnych zachowań polskich i radzieckich organów ścigania, wymiaru sprawiedliwości i organów pozasądowych przemawia wyjątkowy charakter instytucji rekompensat za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy ZSRR. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego brak jest jakiegokolwiek tytułu do obciążenia polskiego Skarbu Państwa obowiązkiem naprawiania szkód powstałych wskutek represyjnych zachowań organów sowieckich. Cywilna odpowiedzialność państwa ogranicza się bowiem tylko do szkód wyrządzonych przez własnych funkcjonariuszy⁵. W obecnym stanie prawnym usprawiedliwienie dla przejęcia przez polski Skarb Państwa ciężaru zrekompensowania szkód, powstałych w rezultacie politycznych represji zastosowanych przez władze radzieckie wobec polskich działaczy niepodległościowych, stanowić mogą zatem wyłącznie względy słuszności⁶.

Tym samym więc, zakres zachowań, których represjonowanie przez władze sowieckie uprawnia do rekompensat majątkowych, nie może być szerszy niż odpowiadające im rodzajowo czyny stanowiące podstawę prześladowania przez organy Państwa Polskiego. Tymczasem, *prima facie* do takiego rezultatu zdaje się prowadzić akceptacja poglądu stanowiącego tezę głosowanego wyroku – podczas gdy ustawowej kwalifikacji represji przedsięwziętych z powodu działalności nie-

chowiak, *Proces karny. Część szczególna*, Poznań 1996, s. 14; K. Sychta, *Charakter prawny postępowania rehabilitacyjnego określonego ustawą z 23 lutego 1991 r.*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 4, s. 121.

⁴ J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1994, s. 194.

⁵ W. Góralczyk, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 1996, s. 116.

⁶ Wspólną cechą odpowiedzialności opartej na zasadzie słuszności stanowi możliwość przyznania poszkodowanemu odszkodowania, mimo braku wszystkich ustawowych przesłanek odpowiedzialności, wówczas gdy za zrekompensowaniem uszczerbku przemawiają zasady współżycia społecznego. Konstrukcja przewidziana w art. 8 ust. 2a ustawy lutowej w pełni odpowiada temu założeniu – jej zastosowanie oznacza przecież zasądzenie odszkodowania i zadośćuczynienia pomimo braku podstawowej przesłanki warunkującej klasyczną odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone wskutek wadliwego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, tj. istnienia orzeczniczego błędu popełnionego przez polskiego funkcjonariusza.

Zob. A. Szpunar, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa na zasadzie słuszności*, „Państwo i Prawo” 1970, z. 2, s. 229; tenże, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985, s. 249.

podległościowej nie uzyskają działania odwetowe polskich organów państwowych *de facto* sankcjonujące wcześniejszy fragment biografii opozycjonisty, formalnie jednak przedsięwzięte za później wykazywaną aktywność, identyczna sekwencja działań prześladowczych zrealizowana przez władze radzieckie może taki status uzyskać.

Rzecz w tym, że stanowisko zakładające, iż automatycznym rezultatem odmiennej interpretacji sformułowania opisującego w art. 1 ust. 1 i art. 8 ust. 2a ustawy lutowej rodzaj prześladowań realizowanych przez organy polskie i sowieckie, jest nierówny zakres cywilnej odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa, nie wytrzymuje krytyki. Błąd tkwi w utożsamieniu faktu represjonowania z powodu postawy niepodległościowej jako przyczyny nieważności orzeczenia wydanego przez organy polskiego aparatu ścigania i wymiaru sprawiedliwości z prześladowaniami tworzącymi materialnoprawną przesłankę odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa.

Otóż prawdą jest, że w dziedzinie procesu karnego orzeczenie nieoficjalnie kumulujące kary i sankcje za wcześniejszą i późniejszą postawę antyreżimową nie może być kwalifikowane jako zachowanie polskich władz przedsięwzięte z powodu działalności niepodległościowej. Przyczynę jego dyskwalifikacji w postępowaniu rehabilitacyjnym stanowić będzie bowiem wyłącznie formalne prześladowanie późniejszego fragmentu biografii opozycjonisty, jakiegokolwiek znaczenia w tej sferze pozbawiony jest natomiast odwet zrealizowany w sposób nieoficjalny. Skoro zaś karnoprosową wadliwość orzeczenia *de facto* sankcjonującego kilka opozycyjnych zachowań zrealizowanych w różnych odstępach czasowych generuje jedynie jego oficjalna treść, stwierdzenie nieważności jest możliwe wyłącznie ze względu na podstawę określoną w art. 1 ust. 1 *in principio* ustawy lutowej, tj. zaistnienie związku pomiędzy czynem formalnie zarzuconym lub przypisanym opozycjonście a działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego.

Nie ulega jednak wątpliwości, że w sferze cywilnej odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa znaczenie będzie miała cała sekwencja zachowań kumulujących oficjalny i nieoficjalny odwet polskich władz za działalność antyreżimową. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 1 ustawy lutowej rekompensacie majątkowej podlega ogół ekonomicznego i psychicznego uszczerbku doznanego wskutek wydania represjonującego orzeczenia – *lege non distinguente*, obojętny powinien pozostać fakt, iż generujące go decyzje stanowiły kombinację działań formalnych i nieoficjalnie realizowanej chęci odwetu za już wcześniej prezentowaną postawę. Skoro bowiem odpowiedzialność oskarżonego opozycjonisty za później zrealizowaną działalność zaostrożono ze względu na jego wcześniejszą antyreżimową aktywność – np. wymierzając karę rodzajowo surowszą, zwiększając wymiar orzeczonej kary, wykonując karę w surowszych warunkach bądź też w trakcie jej realizacji nękać i torturując także z powodu czynów oficjalnie nieukaranych – kumulacja działań odwetowych stanowi efekt wydania represjonującego orzeczenia. Tym samym zaś, zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy lutowej, rekompensacie majątkowej podlega ogół szkód i krzywd implikowanych przez jej realizację.

Na rzecz tezy, zgodnie z którą w sferze odpowiedzialności cywilnej zakres represyjnych zachowań organów polskich i sowieckich stanowiących warunek zasądzenia rekompensat majątkowych jest identyczny, przemawia również sposób unormowania tej postaci działań prześladowczych, która polega na formalnym represjonowaniu postaw niepodległościowych. Otóż zgodnie z art. 8 ust. 2a ustawy lutowej podstawę roszczeń z tytułu represji radzieckich stanowi „prowadzenie działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego”, z kolei w oparciu o art. 1 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy lutowej obowiązek kompensaty szkód powstałych wskutek represji stosowanych przez władze polskie powstaje m.in. wówczas, gdy „czyn zarzucony lub przypisany był związany z działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego”. Na to ostatnie pojęcie składają się zarówno czyny polegające na działalności ukierunkowanej na rzecz uzyskania przez Państwo Polskie atrybutu niepodległości, jak i czyny jedynie taką działalność umożliwiające lub stwarzające dogodne warunki do jej podjęcia. *Prima facie* mogłoby się więc wydawać, że odpowiedzialność Skarbu Państwa za represje władz sowieckich powstaje jedynie wówczas, gdy powzięto je wobec osób prowadzących działalność niepodległościową *sensu stricto*.

Stanowisko zakładające ograniczenie rodzaju zachowań, których prześladowanie stanowi tytuł do żądania kompensat majątkowych, nie wytrzymuje jednak krytyki. To, że w art. 1 ust. 1 ustawy lutowej ustawodawca posługuje się zarówno określeniem „czyn”, jak i „działalność”, jest zrozumiałe – norma ta zawiera bowiem deklarację o wyeliminowaniu z obrotu prawnego określonej kategorii orzeczeń. Dla jej sformułowania ustawodawca musiał użyć określenia normatywnego, wskazującego na zachowanie będące przedmiotem postępowania karnego. Przy opisie przesłanek odpowiedzialności materialnej Skarbu Państwa korzystanie z podobnej konwencji było zbędne. Trudno zatem akceptować jakiekolwiek wnioski skonstruowane w oparciu o brak sformułowania, którego użycie nie było potrzebne.

Na gruncie ustawy lutowej dopuszczalna jest więc sytuacja, w której pomimo nieco odmiennej werbalizacji warunków zasądzenia rekompensat majątkowych z tytułu represji zrealizowanych przez władze polskie i radzieckie, zakres odpowiedzialności cywilnej wierzyciela jest identyczny. Różnicę generuje bowiem okoliczność istotna wyłącznie w sferze procesu karnego – mianowicie jedna z przesłanek odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa stanowi dodatkowo opis czynu inkryminowanego działaczowi opozycyjnemu przez polskie władze. Tym samym, *a maiori ad minus* zaakceptować należy objęcie zakresem ustawy lutowej tych przypadków, w których identyczny jest zarówno sformułowany *verba legis* opis okoliczności stanowiących materialnoprawną przesłankę rekompensat należnych z tytułu represjonowania opozycjonistów przez organy polskie i sowieckie, jak również zakres odpowiedzialności cywilnej wierzyciela. Podobnie jak poprzednio, jedyny czynnik różnicujący – tym razem nawet nie brzmienie lecz interpretację opisu warunków zasądzenia rekompensat majątkowych – dostrzec można wyłącznie w płaszczyźnie karnoprosesowego postępowania rehabilitacyjnego. Tożsamy z poprzednim jest

również powód nieco odmienną wykładni. Różną interpretację jednobrzmiących opisów generuje bowiem fakt, iż jeden z nich występuje w podwójnej roli – jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej i opis czynu stanowiącego przedmiot postępowania karnego.

Nadto, na rzecz stanowiska zakładającego objęcie ustawą lutową przypadków skumulowania oficjalnych i nieoficjalnych prześladowań władz sowieckich przedsięwziętych za postawę opozycyjną, realizowaną przed i po zakończeniu okresu limitującego odpowiedzialność cywilną polskiego Skarbu Państwa, przemawia nie-logiczność rozwiązania przeciwnego. Oto bowiem konsekwencją jego zaakceptowania byłoby objęcie działaniami kompensacyjnymi osób, które po formalnym przekazaniu ZSRR terenów położonych na wschód od linii Curzona całkowicie zaprzestały realizowanej na tym obszarze propolskiej działalności narodowowyzwoleńczej; prawo do wynagrodzenia uzyskaliby także ci działacze opozycyjni, którzy po 5 lutego 1946 r. nadal prezentowali postawę antykomunistyczną, ale późniejszy fragment ich biografii nie był znany bądź też nie został wykorzystany przez przesładujące ich organa sowieckie. Równocześnie jednak, wynagrodzenia swojej postawy nie doczekaliby się opozycjoniści, których choć formalnie ukarano jedynie za zaangażowanie w działalność antyreżimową realizowaną na obszarach położonych na wschód od linii Curzona po 5 lutego 1946 r., *de facto* prześladowano ich w ten sposób również za wcześniej prezentowaną niechęć do ustroju komunistycznego. Tymczasem, *a minori ad maius* powinno być odwrotnie – skoro bowiem działaniami wynagradzającymi objęte są biografie mniej heroiczne, tym bardziej mechanizm określony w ustawie lutowej powinien kompensować szkody i krzywdy doznane wskutek bardziej dotkliwych prześladowań⁷.

Z uzasadnienia głosowanego orzeczenia wynika, że dla Sądu Najwyższego warunkami istnienia związku pomiędzy represjami za przedsięwziętą przed i po 5 lutego 1946 r. propolską działalność niepodległościową jest wiedza organów sowieckich o wcześniejszym fragmencie biografii aktualnie aktywnych przeciwników politycznych oraz chęć ukarania ich za całość antyreżimowych zachowań.

⁷ Konieczność wynagradzania osób wykazujących bardziej heroiczną postawę opozycyjną wynika z pełnej realizacji zasady sprawiedliwości. Sądy o niej cechuje bowiem możliwość gradowania. Skoro zatem do kategorii zasług obliwiających do działań rekompensujących zaliczono określoną postawę, pełna realizacja formuły „każdemu według zasług” wymaga wynagrodzenia także tych, którzy – ze względu na surowość i podstępność represji – zasługują na uzyskanie profitów w tym samym lub wyższym stopniu.

Zob. Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, Warszawa 1956, s. 168; T. Banaszczyk, *Pojęcie sprawiedliwości u Arystotelesa*, „*Studia Filozoficzne*” 1973, nr 1, poz. 152; W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, s. 25; C. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1964, s. 37; R. A. Tokarczyk, *Filozofia prawa w perspektywie prawa natury*, Białystok 1997, s. 177; tenże, *Sprawiedliwość jako naczelną wartość prawa*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*”, Lublin 1997, vol. XLIV, s. 149; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 93; tenże, *Sprawiedliwość społeczna jako pojęcie prawne*, Warszawa 1996, s. 16.

Trudno polemizować z tak sformułowanymi kryteriami identyfikującymi określone represje ZSRR jako zrealizowane z powodu działalności niepodległościowej, nie sposób jednak uznać ich za dostatecznie precyzyjne. Niekompletność warunków kwalifikacji generuje wątpliwości zwłaszcza przy próbie rozstrzygnięcia dwóch następujących zagadnień:

1) ustalenia, czy dla przyjęcia, iż istnieje wola nieformalnego ukarania za całości kształt postaw opozycyjnych, jakiegokolwiek znaczenie ma rodzaj i rozmiar represji oficjalnie zastosowanych – kontrowersyjna może okazać się w szczególności odpowiedź na pytanie, czy w takich przypadkach konieczne jest, by kary, środki karne lub *quasi*-karne sankcjonujące późniejszy fragment działalności niepodległościowej były większe od standardowo w takich okolicznościach stosowanych;

2) ustalenia, czy status prześladowań zrealizowanych przez organa sowieckie z powodu propolskiej działalności niepodległościowej uzyskać mogą represje, które w nieoficjalnej części, dotyczącej postawy prezentowanej przed 5 lutego 1946 r., stanowiły odwet za zachowania już wcześniej ukarane.

Ad. 1) Wydaje się, że brak dysproporcji pomiędzy prześladowaniami formalnie przedsięwziętymi za późniejszy fragment działalności niepodległościowej a środkami przeciętnie stosowanymi z tytułu tego rodzaju postawy, nie wyklucza kumulatywnego charakteru represji sowieckich organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Nawet bowiem wówczas, gdy ów brak dysproporcji *prima facie* wydaje się oczywisty – a tak z pewnością należałoby zakwalifikować sytuację, w której za kontynuowaną po 5 lutego 1946 r. antykomunistyczną postawę polskiemu działaczowi wymierzono karę w najniższym możliwym rozmiarze – *ex thesi* nie da się zanegować związku pomiędzy represjami zastosowanymi w sposób formalny a nieoficjalnie realizowaną chęcią odwetu za wcześniej prezentowaną postawę. Wystarczy przecież, by działacza opozycyjnego ukarano w postępowaniu, które ze względu na istnienie formalnych przeszkód procesowych było niedopuszczalne⁸. Nadto, błędem wydaje się być łączenie potencjalnego wpływu nieoficjalnie karnej postawy prezentowanej przed dniem 5 lutego 1946 r. na represje zastosowane za późniejsze antykomunistyczne poczynania opozycjonistów, wyłącznie ze sferą prawnych konsekwencji formalnie sankcjonowanych przestępstw lub wykroczeń. Skoro bowiem odwet za wcześniej przedsięwzięte działania miał charakter nieoficjalny, chęć jego dokonania mogła zostać uzewnętrzniona na wiele sposobów – *lege non distinguente* zarówno poprzez użycie przepisów prawa karnego ma-

⁸ Rozumowanie to jest tym bardziej uzasadnione, że sytuacja, w której kwestię odpowiedzialności propolskiego działacza niepodległościowego za czyn rzekomo popełniony po 5 lutego 1946 r. organy ZSRR, kierowane chęcią odwetu za wcześniejsze zaangażowanie w antykomunistyczny ruch oporu, rozstrzygnęły pomimo istnienia materialnej przeszkody procesowej polegającej na niepopelnieniu przestępstwa lub wykroczenia zarzucanych oskarżonemu, stanowi na gruncie ustawy lutowej typowy przykład represji przedsięwziętych z powodu działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego.

terialnego, posłużenie się rozwiązaniami funkcjonującymi na gruncie procedury karnej, jak i w rezultacie nieoficjalnie stosowanych nacisków czy też wymuszeń. Trudno byłoby przecież odmówić nadania statusu ustawowego działaniom polegającym np. na przyjęciu surowszej kwalifikacji prawnej, dokonaniu nieprawidłowych ustaleń faktycznych, naruszaniu procesowych praw oskarżonego, nieuzasadnionym stosowaniu środków przymusu procesowego, które choć podjęte przy represjonowaniu za późniejszy fragment biografii opozycjonisty, były motywowane chęcią ukarania za całokształt opozycyjnej postawy.

Ad. 2) Uprzednie użycie karnych i *quasi*-karnych środków represjonujących wyłączenie postawy opozycyjne prezentowane przed 5 lutego 1946 r. wydaje się dyskwalifikować kumulację oficjalnych i nieoficjalnych prześladowań zastosowanych przez ZSRR za antykomunistyczną działalność, realizowaną przed i po tej dacie, jako objętą ustawą lutową. Zrealizowany osobno odwet za wcześniejszy fragment biografii opozycjonistów stanowi bowiem samoistną przesłankę materialnej odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa. Dopuszczenie, by prześladowanie tych samych zachowań mogło na gruncie ustawy lutowej uzyskać podwójną kwalifikację – w pierwszej kolejności przesłanki zasądzenia odszkodowania za całokształt uszczerbku doznanego wskutek odrębnego ukarania działalności prowadzonej przed 5 lutego 1946 r., następnie zaś warunku przyznania świadczeń kompensujących uszczerbek powstały w rezultacie nieoficjalnego odwetu zastosowanego przy okazji prześladowania czynów nieobjętych zakresem ustawy lutowej – oznacza powstanie dwóch tytułów odszkodowawczych służących skompensowaniu tego samego uszczerbku. Ponieważ cywilnoprawny charakter roszczeń o odszkodowanie i zadośćuczynienie z tytułu represji stosowanych przez organa polskie i sowieckie w odwecie za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego pozostaje poza sporem, możliwość dwukrotnej kompensacji tego samego uszczerbku oznacza naruszenie cywilnoprawnej zasady pełnej kompensacji szkody⁹. Zgodnie bowiem z jej treścią odszkodowanie, jako wyrównanie uszczerbku, z jednej strony nie może przekraczać wysokości szkody, z drugiej zaś nie powinno być od niej niższe¹⁰.

⁹ O cywilnoprawnym charakterze identycznych pod względem prawnym roszczeń z tytułu niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania lub zatrzymania, zob. zwłaszcza A. Bulsiewicz, *Charakter prawny roszczeń odszkodowawczych za niesłuszne skazanie lub oczywiście bezzasadne tymczasowe aresztowanie*, „Państwo i Prawo” 1965, z. 12, s. 885 i n.; tenże, *Proces o odszkodowanie za niesłuszne skazanie lub oczywiście bezzasadny areszt tymczasowy*, Toruń 1968, s. 30 i n.; R. Małecki, *Niektóre cywilnoprawne aspekty odpowiedzialności Skarbu Państwa z art. 487 k.p.k. (wybrane problemy)*, „Palestra” 1989, Nr 8–10, s. 84 i n.; J. Waszczyński, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie i bezzasadne aresztowanie w polskim procesie karnym*, Warszawa 1967, s. 47 i n.

¹⁰ W. Czachórski, *Zasady i funkcje odpowiedzialności cywilnej według Kodeksu cywilnego – ich ewolucja (w:) Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa–Poznań 1979, s. 62; A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 61 i n.; tenże, *Uwagi o funkcjach odpowiedzialności odszkodowawczej*, „Przegląd Sądowy” 2003, z. 4, s. 20; W. Warkalfo, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1962, 78 i n.

Z przytoczonych wyżej względów finalne stanowisko sformułowane przez Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu zasługuje na akceptację. Równocześnie jednak, celem bardziej przekonującego uzasadnienia tezy o objęciu zakresem ustawy lutowej kumulacji oficjalnych i nieoficjalnych prześladowań zastosowanych przez władze sowieckie w odwecie za wrogą reżimowi postawę rozpoczętą przed 5 lutego 1946 r. i kontynuowaną po tej dacie, konieczna była dystynkcja roli odgrywanej przez fakt represjonowania z powodu postawy niepodległościowej w dziedzinie prawa karnego procesowego oraz w sferze materialnej odpowiedzialności polskiego Skarbu Państwa. Stanowisko Sądu Najwyższego sprawiałoby wrażenie mniej pochopnego również wtedy, gdyby ten posłużył się argumentami odwołującymi się do reguł wykładni językowej i celowościowej. Równocześnie konkluzje Sądu Najwyższego stworzyły asumpt do bardziej precyzyjnego określenia kryteriów implikujących związek pomiędzy represjami za przedsięwziętą przed i po 5 lutego 1946 r. propolską działalność niepodległościową.

Katarzyna Sychta

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2004 r.

II CK 300/04¹

Teza glosowanego wyroku brzmi:

Jeżeli sprzedawca aparatu ortopedycznego nie usunie niezwłocznie jego wadliwości, a kolejne próby jego naprawy nie przywracają temu urządzeniu właściwej jakości, narażając jednocześnie człowieka dotkniętego kalectwem na dodatkowy wysiłek i poważne cierpienia, takie zachowanie sprzedawcy wypełnia znamiona czynu niedozwolonego.

I. Komentowany wyrok SN stwarza doskonałą okazję do przemyślenia podstawowych problemów związanych z możliwością naprawienia krzywdy niemajątkowej w prawie polskim, zwłaszcza w systemie odpowiedzialności kontraktowej.

II. Analizę wskazanych zagadnień należy poprzedzić przedstawieniem najistotniejszych elementów stanu faktycznego. Powódka, dotknięta trwałym kalectwem, otrzymała od pozwanej spółki z o.o. aparaty ortopedyczne (protezy), które okazały się wadliwe. Sprzedawca nie usunął niezwłocznie nieprawidłowości, a podjęte w ciągu kilku następných miesięcy próby naprawy nie powiodły się. Wadliwość uniemożliwiała korzystanie z aparatów zgodnie z ich przeznaczeniem, a wszelkie próby używania protez narażyły powódkę na liczne cierpienia fizyczne i dyskomfort psychiczny. Powódka z zawarciem umowy łączyła wielkie oczekiwania na choćby częściową poprawę samopoczucia i możliwości poruszania się, w tym celu podjęła także znaczny dla niej wysiłek organizacyjny i finansowy. Zamiast spodziewanej poprawy nastąpiło pogorszenie poruszania się, ból przy próbach używania protez (na co wskazywały przejściowe rany na ciele powódki) oraz konieczność dodatkowych badań i dojazdów do oddalonego punktu serwisowego.

¹ Wyrok wraz z glosą M. Nesterowicza opublikowany w OSP 2006, nr 2, poz. 20.

Powódka zwróciła się do sądu z żądaniem zasądzenia 2000 zł tytułem odszkodowania za utratę pieniędzy przeznaczonych na zapłatę ceny za aparaty, 20 000 zł tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę oraz 1560 zł tytułem zwrotu kosztów przejazdu do punktu serwisowego. Powódka wywodziła zasadność całego swojego roszczenia z art. 471 k.c. Sąd zasądził od pozwanej spółki 2000 zł wraz z odsetkami², oddalił jednak powództwo w pozostałej części. Sądy pierwszej i drugiej instancji uznały, że brak jest podstawy prawnej żądania zadośćuczynienia w reżimie odpowiedzialności kontraktowej. Polskie prawo nie przewiduje zadośćuczynienia z tytułu niewykonania zobowiązań umownych. W przypadku odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania dłużnik odpowiada za szkodę majątkową, a nie ponosi odpowiedzialności za szkodę niemajątkową. Zadośćuczynienie za doznaną krzywdę przysługuje tylko w wypadkach wyraźnie przewidzianych w ustawie (art. 445 k.c., art. 448 k.c. oraz art. 19a ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej³), które zdaniem sądów nie wystąpiły w niniejszej sprawie.

Rozpatrując kasację powódki, Sąd Najwyższy uznał, że sądy trafnie przyjęły, iż w zasadzie brak było podstaw dla przyznania zadośćuczynienia za krzywdę niemajątkową, jednak uzasadniony jest zarzut powódki naruszenia art. 445 k.c. przez jego niezastosowanie. Powódka podnosiła bowiem w trakcie procesu, że w związku z nienależytym wykonaniem umowy poniosła szkodę niemajątkową⁴. Ponieważ nienależyte wykonanie umowy (dostarczenie wadliwych aparatów ortopedycznych i nieskuteczne próby usunięcia ich wadliwości) może, w okolicznościach danej sprawy, być także czynem niedozwolonym, a art. 443 k.c. nie wyklucza zbiegu roszczeń z tytułu czynu niedozwolonego oraz nienależytego wykonania umowy, należało dokonać ustaleń, czy powstało roszczenie powódki z art. 445 k.c. i zastosować normę art. 443 k.c. Sąd uchylił zaskarżony wyrok oddalający apelację powódki i przekazał sprawę sądowi okręgowemu do ponownego rozpoznania.

III. Na tle komentowanego wyroku pojawia się kilka interesujących kwestii prawnych, dotyczących interpretacji przepisów o zadośćuczynieniu, koncepcji zbiegu w art. 443 k.c. oraz idei dualizmu reżimów odpowiedzialności przyjętej w kodeksie cywilnym, wynikającej z osobnego uregulowania odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej. Z uzasadnienia wyroku w niniejszej sprawie wynika, że SN odrzuca koncepcję dopuszczalności przyznania zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną

² Zdaniem Sądu Rejonowego powódka wykazała przesłanki odpowiedzialności kontraktowej (wadliwość, szkodę, istnienie adekwatnego związku przyczynowego), zaś pozwana spółka nie uwolniła się od odpowiedzialności, nie obaliła bowiem domniemania winy z art. 471 k.c.

³ Także niewymienione przez sądy art. 78 ust. 1 Prawa autorskiego, art. 287 ust. 2 ustawy – Prawo własności przemysłowej oraz art. 552 kodeksu postępowania karnego.

⁴ Zgodnie z zasadą *dabo mihi factum, dabo tibi ius* powód musi określić żądanie i przytoczyć okoliczności faktyczne żądania (art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c.). Powód ma zatem obowiązek określenia jedynie podstawy faktycznej, ale nie prawnej. Określenie przez powoda podstawy prawnej nie jest dla sądu wiążące.

krzywdę z umowy i w celu kompensacji poniesionych przez powódkę szkód niemajątkowych wskazuje na wykładnię art. 443 k.c. jako właściwą drogę naprawy doznanych uszczerbków.

Zgadzam się z poglądem, że zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową jest dopuszczalne jedynie w reżimie odpowiedzialności deliktowej⁵. Brak bowiem przepisów szczególnych dopuszczających zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę wynikłą z naruszenia zobowiązania umownego. Jednocześnie pojęcie szkody na gruncie przepisów kodeksu cywilnego rozumiane jest szeroko i obejmuje zarówno uszczerbek majątkowy i niemajątkowy, a więc każdy uszczerbek w dobrach prawnie chronionych podlegający wynagrodzeniu⁶. Argumentuje się jednak, że art. 361 § 2 k.c. wyrażający zasadę pełnego odszkodowania zachowuje swój pełny walor jedynie w zakresie szkody majątkowej⁷. Jeżeli zatem naprawienie szkody niemajątkowej nie jest objęte ogólną zasadą pełnego naprawienia szkody z art. 361 § 2 k.c., konieczne jest każdorazowe wskazanie podstawy prawnej dla przyznania zadośćuczynienia. Pojęcie szkody tym samym nie dotyczy krzywdy, której zasady kompensacji są inne niż szkody majątkowej i co do zasady realizowane za pomocą instytucji zadośćuczynienia, za pomocą której można kompensować – w sposób pośredni – ogół ujemnych konsekwencji, jakie dla psychiki poszkodowanego wywołało bezprawne naruszenie przysługujących mu dóbr⁸. Konsekwentnie należy uznać, że jeżeli ani przepis ustawy, ani umowa stron nie regulują odmiennie zakresu kompensacji, zakres obowiązku naprawienia szkody należy rozumieć w świetle art. 361 § 2 k.c. Wynika z tego wnioski, że art. 471 k.c. zobowiązujący dłużnika do naprawienia szkody odsyła do art. 361 § 2 k.c., a szkoda ma w systemie odpowiedzialności *ex contractu* jedynie czysto majątkowe znaczenie.

W literaturze polskiej odmienny pogląd wypowiedzieli J. Rezler oraz A. Stelmachowski. Ich zdaniem szkoda na osobie może być zarówno szkodą kontraktową, jak i deliktową, oraz że można dochodzić zadośćuczynienia również w trybie kontraktowym⁹. Art. 444 k.c. i n. nie stanowią zatem samodzielnej podstawy przyznania określonych świadczeń w tym sensie, że normują jedynie sposób naprawienia szkody na osobie, pomijając charakter zdarzenia będącego przyczyną wyrządzonej

⁵ W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa 1994, s. 200.

⁶ Por. wyrok TK z 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, OTK ZU 2001, z. 8, poz. 256. Z kolei w wyroku z 23 września 2003, K 20/02, OTK ZU A 2003, z. 7, poz. 76 TK uznał, że relewantne z punktu widzenia prawa jest nie samo pojęcie szkody, niezdefiniowane przecież w kodeksie cywilnym, lecz pojęcie szkody dającej prawo do żądania odszkodowania.

⁷ A. Szpunar, *Zasada pełnego odszkodowania w prawie cywilnym*, PIP 1973, nr 5, s. 30.

⁸ A. Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 77.

⁹ J. Rezler, *Naprawienie szkody wynikłej ze spowodowania uszczerbku na ciele lub zdrowiu (według prawa cywilnego)*, Warszawa 1968, s. 32–34. Szczególna ochrona życia i zdrowia zapewniona jest nie tyle przez podporządkowanie odpowiedzialności reżimowi deliktowemu, ile przez bezwzględnie obowiązujący charakter wchodzących w rachubę norm.

szkody. Mimo swojego umiejscowienia mają zarazem charakter przepisów ogólnych, znajdujących zastosowanie zarówno przy odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej.

Broniono także poglądu, że ustawodawca zamieścił przepisy o sposobie wynagradzania szkód na osobie w ramach deliktów, dlatego że uszkodzenie ciała zawsze wywołuje odpowiedzialność deliktową, a niekiedy także kontraktową. Stąd też odnośne przepisy powinny mieć i w tej drugiej zastosowanie, jeżeli nie wprost, to przynajmniej na zasadzie analogii, zwłaszcza w przypadku zadośćuczynienia za doznaną krzywdę¹⁰.

Odrzucając wspomniane koncepcje, należy stwierdzić, że brak jest dostatecznego uzasadnienia dla poglądu, że uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia uzasadniają wyłącznie odpowiedzialność deliktową¹¹. Prowadzić to może często do osłabienia skuteczności odpowiedzialności w zakresie szkody na osobie, zwłaszcza w zakresie umów o leczenie, odpowiedzialności biur podróży czy przedsiębiorstw gastronomicznych.

IV. Z okoliczności w niniejszej sprawie wynika, że w żądaniu zadośćuczynienia za doznaną krzywdę powodka dochodziła kompensacji dwóch rodzajów szkody niemajątkowej: pierwszym z nich są ból oraz cierpienia fizyczne i psychiczne powstałe w wyniku używania protez, drugim zaś dyskomfort psychiczny, zawód i pogorszenie samopoczucia wynikłe z wielkich oczekiwań co do poprawy możliwości poruszania się za pomocą aparatów.

Wydaje się, że tylko pierwsza grupa wspomnianych uszczerbków zasługuje na kompensację. Mimo przyjęcia w kodeksie cywilnym po nowelizacji z 1996 r. szerokiej podstawy zasądzania zadośćuczynienia, nie wszystkie interesy niemajątkowe zasługują na kompensację. Nie wszystkie bowiem łączyć można z dobrami osobistymi, których naruszenie rodzi odpowiedzialność (art. 448 k.c.). Wywołanie przejściowych ran, bólu i frustracji związanych z wywołaniem rozstroju zdrowia może uzasadniać przyznanie zadośćuczynienia na podstawie art. 445 w związku z art. 444 k.c.¹². Pewne postacie krzywdy mogą bowiem towarzyszyć (w postaci złego samopoczucia i cierpienia psychicznego) uszkodzeniu ciała lub wywołaniu rozstroju zdrowia¹³. Same także, osiągając pewien poziom intensywności, mogą

¹⁰ A. Stelmachowski, Recenzja: J. Rezler, *Naprawienie szkody wynikłej ze spowodowania uszczerbku na ciele lub zdrowiu (według prawa cywilnego)*, NP 1969, nr 11–12, s. 1751.

¹¹ Taki pogląd wzmocniła potrzeba uwzględnienia wyroku ETS z 12 marca 2002 r. w sprawie *Simone Leitner przeciwko TUI Deutschland GmbH&CoKG*, C-168/00, ECR 2002, s. I-2631, w którym ETS szeroko interpretuje pojęcie szkody wynikłej z nienależytego wykonania umowy o podróż.

¹² Podstawą żądania z art. 445 k.c. jest doznana krzywda niemajątkowa w postaci ujemnych przeżyć związanych z cierpieniami fizycznymi i psychicznymi powódki wynikających z naruszenia jej dobra osobistego, jakim jest zdrowie, M. Safjan, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, wyd. III, pod red. K. Pietrzykowskiego, s. 1027.

¹³ Judykatura przy wykładni art. 445 k.c. przyjmuje możliwość przyznania zadośćuczynienia jako kompensacji szkody niemajątkowej (krzywdy) przybierającej postać cierpień psychicznych związa-

taki rozstrój zdrowia wywołać. Problem wykładni art. 445 § 1 k.c. dotyczy również przemijającego charakteru krzywdy niemajątkowej doznanej przez powódkę w niniejszej sprawie. SN uznał kompensowalność krzywdy o charakterze przemijającym, odwołując się do szerokiego rozumienia pojęcia krzywdy, obejmującej także psychiczne i fizyczne następstwa uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia¹⁴. Trafnie zwraca uwagę K. Bączyk, że niemajątkowe następstwa szkód poniesionych na zdrowiu (ból, cierpienia psychiczne) są elementem jednej nierozdzielnej całości.

Od powyżej przedstawionych przypadków należy odróżnić inne postacie krzywdy niemajątkowej, które nie podlegają kompensacji z uwagi na to, że nie zostały objęte możliwością przyznania zadośćuczynienia, a których nie da się powiązać z dobrami osobistymi. Jak kompensować interesy niemajątkowe powódki, takie jak oczekiwania co do poprawy samopoczucia psychicznego i jakości życia osoby kalekiej, które stanowiły właśnie sens zawieranej umowy o aparaty ortopedyczne?

W tym miejscu wypada jedynie zasygnalizować pewne rozwiązania. Z jednej strony proponowano ujmowanie uszczerbków niemajątkowych jako pewnych wartości majątkowych. Oba rodzaje szkód występują często jednocześnie, a czasem granice ich podziału są płynne¹⁵. Interes niemajątkowy powódki (ulżenie osobie kalekiej), zapewne wiadomy obu stronom umowy, można także zakwalifikować jako cel i pożądaną rezultat zawartej umowy¹⁶. Strony umowy mogą także zastrzec odpowiedzialność dłużnika za kompensację wszelkich szkód (w tym niemajątkowych) powstałych na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania¹⁷, albo karę umowną¹⁸. Na koniec, art. 322 k.p.c. umożliwi kompensację pewnych „niezdefiniowanych” szkód w świetle wszystkich okoliczności sprawy¹⁹.

nych z utratą możliwości cieszenia się i czerpania przyjemności na skutek naruszenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, bólu oraz innych cierpień fizycznych (wyrok SN z 13 października 1987 r., IV CR 266/87, OSNC 1999, z. 9, poz. 142), nawet wtedy, gdy cierpienia psychiczne nie mają podłoża organicznego.

¹⁴ Wyrok SN z 20 marca 2002 r., V CKN 909/00, Biuletyn SN, Izba Cywilna 2002, z. 7–8, s. 54–55 z glosą K. Bączyk, PS 2003, nr 4, s. 141.

¹⁵ T. Dybowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Wrocław–Warszawa 1981, s. 224.

¹⁶ T. Dybowski (w:) *System...*, s. 237–238.

¹⁷ Jak słusznie zauważono, w takim przypadku niewypłacenie zadośćuczynienia z umowy oznaczać będzie naruszenie postanowienia umownego, co umożliwi dochodzenie odpowiedzialności bezpośrednio na podstawie art. 471 k.c. J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, Rok XIV: 2005, z. 2, s. 333.

¹⁸ A. Szpunar, *Zadośćuczynienie ...*, s. 76. W uchwale SN (7) z 6 października 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, z. 5, poz. 69 z glosą J. Jastrzębskiego przyjęto, że zastrzeżenie kary umownej nie zwalnia dłużnika z obowiązku zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody, ponieważ obowiązek zapłaty kary umownej mimo braku szkody pochłania obowiązek zadośćuczynienia pieniężnego za uszczerbek niemajątkowy.

¹⁹ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 511–512; M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, nr 10, s. 76.

V. SN w niniejszej sprawie odrzucił koncepcję dopuszczalności przyznania za-
dośćuczynienia w systemie odpowiedzialności kontraktowej i wskazał na możli-
wość zastosowania art. 443 k.c.

Zgodnie ze stanowiskiem SN w niniejszej sprawie dostarczenie przez sprzedaw-
cę wadliwej rzeczy jest przede wszystkim naruszeniem obowiązków wynikających
z umowy, jednak może być jednocześnie deliktem cywilnym, jeśli stanowi samo-
istne naruszenie ogólnie obowiązującego przepisu prawa bądź zasad współzycia
społecznego²⁰, co prowadzi do zbiegu roszczeń z art. 443 k.c. W orzecnictwie SN
przyjęto, że zbieg taki w polskim systemie prawnym jest dopuszczalny²¹ uznając,
że jeżeli ten sam stan faktyczny wyrządzenia szkody wypełnia zarówno przesłanki
odpowiedzialności deliktowej, jak i kontraktowej, możliwe jest zastosowanie do
niego jedynie całości reguł jednego lub drugiego reżimu odpowiedzialności.

Sam podział na dwa reżimy odpowiedzialności za szkodę jest dużym uprosz-
czeniem, z uwagi na to, że system odpowiedzialności *ex delicto* nie ma jednorod-
nego charakteru²², istnieją za to poszczególne „gatunki odpowiedzialności”, każdy
o własnej specyfice. Niektóre z nich uzyskały większy stopień autonomiczności,
wsparty dodatkowo odmiennymi zasadami ich wykładni (np. odpowiedzialność za
produkt niebezpieczny i metoda wykładni w zgodzie z prawem wspólnotowym). Z
analizy przepisów odpowiedzialności *ex delicto* wynika, że odnoszą się głównie do
jednego skutku prawnego – obowiązku naprawienia szkody. Przepisy o skutkach
naruszenia zobowiązań mają bogatszą treść. Porównując zatem rodzaje odpowie-
dzialności, powinniśmy wziąć pod uwagę wycinek obejmujący obowiązek wynag-
rodzenia szkody.

Art. 443 k.c. przewiduje zbieg roszczeń o naprawienie szkody, powstałej na
skutek działania lub zaniechania, które może stanowić jednocześnie niewykonanie
lub nienależyte wykonanie istniejącego uprzednio zobowiązania, jak i czyn niedo-
zwolony. Do zbiegu roszczeń dochodzi wtedy, gdy ten sam stan faktyczny podpada
pod hipotezy kilku grup norm, a z ich dyspozycji wynikają różne roszczenia. Zbieg
roszczeń jest skutkiem zbiegu norm, a art. 443 k.c. jest przykładem ich alternatyw-
nego stosowania. Z punktu widzenia prawa materialnego przy powstaniu kilku
roszczeń poszkodowany dokonuje wyboru roszczenia, do którego należy stosować
wszystkie przepisy go dotyczące²³.

Posługując się argumentem wykładni systematycznej, należy zauważyć, że art.
443 k.c. formalnie znajduje się w grupie przepisów regulujących odpowiedzialność
ex delicto i stanowi jakby gwarancję ochrony interesów pokrzywdzonego, mimo
istnienia stosunku umownego łączącego strony. W świetle art. 443 k.c. samo ist-

²⁰ Tak też orzeczenie SN z 28 kwietnia 1964 r., II CR 540/63, OSP 1965, nr 9, poz. 197.

²¹ Uchwała Izby Cywilnej SN z 26 października 1956 r., CO 31/56, OSN 1958, z. 1, poz. 1.

²² A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa, s. 159; A. Ohanowicz, *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963, s. 96–119.

²³ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, 2001, s. 156.

nienie umowy zbiegu nie wyłącza, „chyba że z treści istniejącego uprzednio zobowiązania wynika co innego”²⁴. Gdy brak jest wyłączenia roszczenia o naprawienie szkody z tytułu czynu niedozwolonego, ustawodawca przesądza o dopuszczalności zbiegu – w granicach rozmiaru szkody²⁵.

Ponieważ zbieg zachodzi tylko w zakresach wspólnych, można więc powiedzieć, że zakres zbiegu z art. 443 k.c. dotyczy obowiązku naprawienia szkody majątkowej w kategoriach art. 361 § 2 k.c. (przy przyjęciu koncepcji dominującej, wyłączającej dopuszczalność zadośćuczynienia z umowy). *A contrario* wynikałoby z tego, że poza zakresem zbiegu kumulatywnego roszczeń o naprawienie szkody majątkowej pozostawałoby roszczenie o zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową²⁶.

Rozważenia wymaga także, czy każde niewykonanie lub nienależyte wykonanie uprzednio istniejącego zobowiązania może być zakwalifikowane jako czyn niedozwolony, co wydaje się logiczne ze względu na istnienie art. 443 k.c. Przyjęcie takiego poglądu rodzi jednak pytanie o uzasadnienie dublowania się reżimów odpowiedzialności. Sąd Najwyższy nie udziela w niniejszej sprawie odpowiedzi wprost i wskazuje na „okoliczności danej sprawy”, które decydować mają, czy dane niewykonanie zobowiązania umownego stanowi może także czyn niedozwolony. Sąd Najwyższy zdaje się wskazywać, iż to raczej sposób niewykonania lub sposób nienależytego wykonania umowy pozwalają przyjąć, iż mamy do czynienia z czynem niedozwolonym (w naszym wypadku fakt, iż mamy do czynienia z osobą dotkniętą kalectwem oraz sposób zachowania się sprzedawcy). Zauważać jednak należy, abstrahując już od treści konkretnych postanowień istniejącego między stronami zobowiązania, że niedochowanie obowiązków dłużniczych narusza ogólne przepisy art. 353 i 354 k.c., które statuują generalny obowiązek wykonania zaciągniętych już zobowiązań i mają bezwzględny charakter.

Warto zauważyć, że mamy do czynienia ze specyficznym rodzajem uszczerbku – szkody niemajątkowej na osobie, wywołanej naruszeniem dobra osobistego. Rozważyć należy, czy każde naruszenie dobra osobistego następuje w wyniku zdarzenia, które zakwalifikować możemy jako czyn niedozwolony, tzn. jako zdarzenie będące zawnionym zachowaniem naruszającym przynajmniej powszechnie reguły zachowania (art. 415 k.c.), lub innym zdarzeniem zaliczanym do czynów niedo-

²⁴ Kontrowersje budzi sama dopuszczalność wyłączenia zastosowania reżimu *ex delicto*. A. Szpunar twierdził, że wyłączenie zbiegu z woli stron jest niedopuszczalne, zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności za szkodę na osobie, A. Szpunar, *Uwagi o zbiegu roszczeń odszkodowawczych* (w:) *Rozprawy z prawa cywilnego*, Warszawa 1985, s. 71–72. Por. A. Ohanowicz, *Zbieg norm...*, 122–124.

²⁵ E. Łętowska, *Zbieg norm w prawie cywilnym*, Warszawa 2002, s. 89.

²⁶ Pogląd ten zakwestionował A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 67 oraz E. Łętowska, *Zbieg norm...*, s. 93. Zwracają oni uwagę na to, że równoległość roszczeń nie jest ograniczona jedynie do szkody w mieniu, zbieg to konkurencyjna kwalifikacja zdarzenia prawnego prowadzącego najpierw do zbiegu norm, a potem do zbiegu roszczeń, zbieg kwalifikacji dotyczy źródła szkody, a nie jej rozmiaru lub charakteru.

zwolonych (art. 434, 435, 436 k.c.)²⁷. Naruszenie dobra osobistego jako kategoria obiektywna wynikać może bowiem także z innego zdarzenia. Zgodzić się należy także, że nie każda szkoda niemajątkowa powinna być wywodzona z naruszenia dobra osobistego.

Sedno problemu widzę w tym, iż przepisy o dobrach osobistych (art. 23 i 24 k.c.), ustanawiając ogólną normę, która zabrania bezprawnej ingerencji w sferę pewnych dóbr osobistych, odsyłają (już w zakresie kompensacji uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych w wyniku naruszenia) do „zasad przewidzianych w kodeksie” oraz „zasad ogólnych”. Wydaje się także, że bezprawna ingerencja w owe dobra (tym samym naruszenie art. 23 i 24 k.c.) spełnia podstawowy wymóg uznania, iż doszło do naruszenia powszechnych reguł postępowania wynikających z ustawy lub z zasad współżycia społecznego²⁸. Przyjęcie takiego poglądu pozwala zachować rozróżnienie na bezprawność działania i bezprawność skutku, skoro z samego faktu naruszenia dóbr osobistych nie musi wynikać skutek, jakim jest wystąpienie uszczerbków majątkowych lub niemajątkowych. Ze względu na tę przesłankę przyjąć należy, iż każde naruszenie dobra osobistego stanowi może czyn niedozwolony, skoro sam art. 24 § 1 i 2 k.c. nakazuje je tak traktować w momencie wystąpienia skutków – szkody lub krzywdy. Zgodzić się należy z poglądem²⁹, że naruszenie dóbr osobistych nie musi od razu rodzić odpowiedzialności *ex delicto*. Dla tej odpowiedzialności wymagane jest poniesienie uszczerbków majątkowych lub niemajątkowych, które to przesłanki ocenia sąd.

VI. Uważam, że dzięki odpowiedniej wykładni art. 443 k.c. można osiągnąć podobny skutek jak w przypadku przyjęcia koncepcji przyznania zadośćuczynienia z umowy lub analogicznego stosowania przepisów o zadośćuczynieniu.

Jak podniesiono w doktrynie, nowelizacja kodeksu cywilnego w 1996 r. wprowadziła ogólną zasadę naprawienia szkody w drodze zadośćuczynienia pieniężnego krzywdy niemajątkowej w wypadku naruszenia każdego dobra osobistego (art. 24 § 1 zd. 3 k.c.), co zdaniem M. Safjana stanowi wyłom od zasady, że naprawienie krzywdy niemajątkowej wymaga każdorazowo osobnej wyraźnej podstawy ustawowej³⁰. Zgadzam się, że sam art. 24 k.c. nie rozstrzyga jednoznacznie, czy zadośćuczynienia można domagać się tylko w ramach reżimu deliktowego, czy także kontraktowego. Co więcej, interpretacja przepisów o ochronie dóbr osobistych, podbudowana prokonstytucyjną wykładnią, wydaje się prowadzić do stwierdze-

²⁷ Pogląd taki krytykuje J. Jastrzębski, *Glosa do wyroku z dnia 17 grudnia 2004 r.*, PS 2006, nr 9, s. 163.

²⁸ J. Jastrzębski wskazuje, że bezprawności nie należy w tym przypadku wywodzić z naruszenia dóbr generalnie prawem chronionych ani z samego faktu wyrządzenia szkody, lecz z tej przesłanki, iż zachowanie sprawcy naruszało powszechne normy postępowania; *Glosa...*, s. 164.

²⁹ K. Osajda, *Glosa do wyroku z dnia 17 grudnia 2004 r.*, PS 2006, nr 9, s. 177.

³⁰ M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu* (w: *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Zakamycze 2004, s. 258.

nia, że każde naruszenie dóbr osobistych może być podstawą do wystąpienia z roszczeniem na podstawie art. 448. k.c.³¹.

W świetle tej wypowiedzi można przyznać art. 444–449 k.c., mimo ich lokalizacji w kodeksie, charakter ogólny³² i przyjąć, że określają one jedynie sposoby naprawienia uszczerbku na osobie, pomijając charakter zdarzenia, które było przyczyną wyrządzenia szkody, i dlatego pełnią funkcję zbliżoną do art. 361 § 2 k.c.³³.

Przyznanie roszczeniom z art. 445 k.c. i 448 k.c. szerszego i samoistnego znaczenia sprawia, że mogłyby towarzyszyć kumulatywnie roszczeniu deliktowemu oraz roszczeniu kontraktowemu. Odpowiedzialność sprzedawcy *ex contractu* w niniejszej sprawie nie stałaby zatem na przeszkodzie żądaniu zadośćuczynienia za cierpienia fizyczne. Udałoby się także uniknąć „mieszanego” roszczenia, gdyż odpowiedzialność za krzywdę pozostawałaby poza zakresem stosowania zbiegu z art. 443 k.c. Następowaloby uzupełnienie jednolitego roszczenia o naprawienie szkody innym samodzielnym roszczeniem pochodzącym z innego reżimu³⁴. Byłby to pogląd bliski koncepcji A. Ohanowicza³⁵ wiązki samodzielnego roszczeń zaczerpniętych z obu reżimów. Takie rozwiązanie uwzględniałoby kompensacyjny charakter zadośćuczynienia oraz postulat pełnej kompensacji szkody jako zasady kierunkowej w prawie polskim, która nie powinna podlegać ograniczeniu ze względu na wybór podstawy kontraktowej lub deliktowej dochodzonego roszczenia³⁶.

VII. Podsumowując, należy stwierdzić, że problematyka odpowiedzialności za różnego rodzaju krzywdy niemajątkowe jest bardzo złożona i w praktyce stanowi źródło wielu problemów. *De lege ferenda* należy wskazać na potrzebę uregulowania możliwości naprawienia szkody niemajątkowej w ramach odpowiedzialności *ex contractu* (wymagałoby to także ustalenia, czy wszystkie uszczerbki niemajątkowe podlegałyby kompensacji, czy tylko te związane z dobrami osobistymi). W literaturze J. Jastrzębski³⁷

³¹ Tak też J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność...*, s. 342.

³² M. Ciemiński argumentuje, że majątkowa ochrona dóbr osobistych mogła być traktowana jako szczególny mechanizm ochrony interesów niemajątkowych, niezależny od pozostałych sposobów kompensacji szkody niemajątkowej; M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego na utracie przyjemności z urlopu*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, Rok XIV: 2005, z. 2, s. 363.

³³ M. Ciemiński, *Naprawienie...*, s. 385.

³⁴ E. Łętowska, *Zbieg norm...*, s. 96. Jak wskazuje Autorka, wyrządzenie szkody i krzywdy byłoby źródłem dwóch kumulowanych roszczeń: odszkodowawczego i o zadośćuczynienie, między którymi zachodziłby niekonkurencyjny zbieg.

³⁵ A. Ohanowicz, *Zbieg norm...*, s. 114, który zakładał, że reżim odpowiedzialności *ex delicto* jest reżimem ogólnym, a *ex contractu* szczególnym, przy czym nie zachodzi wyłączenie norm ogólnych przez szczególne. Dojdzie wtedy do realizacji odszkodowania kontraktowego uzupełnionego przez niektóre elementy odpowiedzialności deliktowej (w części niewygasłej).

³⁶ M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 256.

³⁷ J. Jastrzębski, *Glosa...*, s. 169. Autor proponuje stworzyć art. 361 § 3 k.c., o treści zbliżonej do art. 448 k.c., który uregulowałby zakres odpowiedzialności za szkodę niemajątkową, wyrządzoną naruszeniem dobra osobistego, wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Taki zabieg eliminowałby odwołanie do zbiegu roszczeń.

i K. Osajda³⁸ zgłosili dwie koncepcje, prowadzące do tego samego celu. Wybór samego rozwiązania należy do ustawodawcy. Niewątpliwie zgodzić się należy, iż poziom ochrony dóbr osobistych nie powinien wykazywać znaczących różnic, niezależnie od przyjętego reżimu odpowiedzialności. Dlatego przyjęcie koncepcji drugiej byłoby konsekwencją rozszerzania zakresu ochrony i wzmacniania autonomiczności reżimu ochrony dóbr osobistych, których rozwój starałam się w niniejszej glosie przedstawić.

Katarzyna Warzecha

³⁸ K. Osajda, *Glosa...*, s. 181. Autor wskazuje na możliwość stworzenia samodzielnego reżimu ochrony dóbr osobistych przez przeniesienie przepisów o zadośćuczynieniu do części ogólnej kodeksu jako art. 24 k.c.

Glosa do wyroku Sądu Pierwszej Instancji z 14 grudnia 2005 r. w sprawie T-69/00 FIAMM

Glosowane fragmenty wyroku w sprawie T-69/00 FIAMM brzmią:

110. (...) Zasada *pacta sunt servanda* nie może zostać powołana w niniejszej sprawie przeciwko pozwanym, bowiem, zgodnie z ustaloną linią orzecniczą, porozumienia WTO nie należą, co do zasady, biorąc pod uwagę ich charakter i strukturę, do przepisów, w świetle których sądy wspólnotowe kontrolują legalność działania instytucji Wspólnoty (...).

111. (...) Porozumienie ustanawiające WTO jest oparte na wzajemnych i obustronnie korzystnych ustaleniach, co odróżnia je od tych umów zawartych pomiędzy Wspólnotą i państwami trzecimi, które wprowadzają pewną asymetrię zobowiązań. Jest bezsporne, że niektórzy spośród najważniejszych partnerów handlowych Wspólnoty nie zaliczają porozumień WTO do przepisów, przez odniesienie do których ich sądy kontrolują legalność przepisów prawa krajowego. Kontrola legalności działań instytucji Wspólnoty w świetle tych przepisów mogłaby więc prowadzić do nierównego stosowania norm WTO, pozbawiając organy prawodawcze i wykonawcze Wspólnoty pola manewru, jakim dysponują ich odpowiedniki w państwach będących partnerami handlowymi Wspólnoty (...).

131. (...) Wymaganie od sądów powstrzymania

się od stosowania przepisów prawa krajowego, które są niezgodne z porozumieniami WTO, mogłyby mieć konsekwencję w postaci pozbawienia organów prawodawczych albo wykonawczych umawiających się stron możliwości przyznanej, w szczególności, przez art. 22 PRS, dotyczącej negocjowania ustaleń nawet tymczasowo (...).

160. Kiedy szkoda jest spowodowana zachowaniem instytucji Wspólnoty, którego bezprawności nie wykazano, Wspólnota może ponieść odpowiedzialność pozaumowną, jeśli spełnione są warunki: istnienia rzeczywistej szkody, związku przyczynowego pomiędzy szkodą i zachowaniem instytucji Wspólnoty oraz nadzwyczajnego i szczególnego charakteru szkody (...).

205. (...) Możliwość, która zrealizowała się w niniejszej sprawie, zawieszenia koncesji taryfowych zgodnie z porozumieniami WTO, należy do zmiennych nieodmiennie cechujących obecny system handlu międzynarodowego. Zatem ryzyko tej zmiennej musi być ponoszone przez każdy podmiot, który decyduje się sprzedawać swoje towary na rynku innego członka WTO.

209. Wynika z tego, że ryzyko, na które mogła być narażona sprzedaż baterii powoda na rynku Stanów Zjednoczonych, nie mogło być uznane za wykraczające poza zwykłe ryzyko handlu międzynarodowego, w jego obecnej organizacji.

211. Dlatego, w okolicznościach niniejszej sprawy, szkoda poniesiona przez powodów nie może zostać sklasyfikowana jako nadzwyczajna.

13 grudnia 1993 r. Rada przyjęła rozporządzenie (EWG) 404/93 w sprawie wspólnej organizacji rynku bananów¹. Rozporządzenie to miało znieść istniejące rozbieżności w traktowaniu bananów importowanych do poszczególnych państw członkowskich, wprowadzając jednolity reżim prawny. Z uwagi na to, że rozporządzenie odmiennie traktowało (w zakresie stawek celnych) banany z państw ACP² (z którymi Wspólnota zawarła konwencję z Lomé, a obecnie konwencję z Cotonou, gwarantując szczególne traktowanie oraz wsparcie gospodarcze) i z pozostałych państw trzecich, spotkało się z krytyką partnerów handlowych WE. Krytyka opiera-

¹ Dz.U. WE z 1993 r. L 47, s.1.

² ACP to skrót przyjmowany dla oznaczenia państw Afryki, Karaibów i Pacyfiku.

ła się na naruszeniu art. I GATT³ – klauzuli największego uprzywilejowania. Rozporządzenie bananowe zostało zakwestionowane w zakresie zgodności z normami GATT, a następnie WTO, w procedurze toczącej się początkowo (do 1995 r.) w oparciu o GATT, a następnie porozumienie w sprawie rozstrzygania sporów WTO (dalej: PRS).

W wyniku tego postępowania, 25 września 1997 r. Organ Rozstrzygania Sporów (ORS) WTO przyjął raport panelu i Organu Odwoławczego w sprawie wspólnotowego reżimu rynku bananów, stwierdzając naruszenie przez WE norm WTO⁴. Wspólnocie wyznaczono 15-miesięczny termin na wykonanie jej zobowiązań wynikających z norm WTO. 20 lipca 1998 r. Rada przyjęła rozporządzenie 1637/98 zmieniające rozporządzenie 404/93⁵. Z uwagi jednak na to, że konstruowaniu tej nowelizacji przyświecała ta sama intencja, która towarzyszyła projektowaniu rozporządzenia nowelizowanego, a polegająca na chęci zróżnicowanego traktowania bananów w zależności od państwa ich pochodzenia, nie mogło zaskakiwać, iż rozporządzenie to również zostało odebrane przez partnerów handlowych Wspólnoty jako sprzeczne z art. I GATT. Dlatego też 10 listopada 1998 r. Stany Zjednoczone opublikowały listę towarów, które miały być objęte zawieszeniem koncesji taryfowych najpóźniej z dniem 3 marca 1999 r. (zawieszenie to miało polegać na objęciu wymienionych towarów 100% cłem). 9 kwietnia 1999 r. arbitrzy powołani przez ORS na wniosek WE w celu rozstrzygnięcia w przedmiocie wysokości dopuszczalnego zawieszenia koncesji ustalili jego zakres, a 19 kwietnia 1999 r. ORS upoważnił Stany Zjednoczone do zawieszenia koncesji w zakresie zgodnym z tym rozstrzygnięciem. Kwoty zwiększonych ceł zostały pobrane.

11 kwietnia 2001 r. Stany Zjednoczone i WE zawarły memorandum o porozumieniu, zgodnie z którym USA zobowiązały się znieść istniejące zawieszenie koncesji taryfowych, zaś Wspólnota – usunąć naruszenia norm WTO wywołane wspólną organizacją rynku bananów. Środkiem do tego celu miało być rozporządzenie Rady 216/2001 z 29 stycznia 2001 r. zmieniające rozporządzenie 404/93⁶.

Spółki FIAMM i FIAMM Technologies znalazły się w grupie podmiotów, które zmuszone były zapłacić drastycznie wyższe cła (100% *ad valorem*), a straty jakie wskutek tego poniosły, wyceniły na kwotę blisko 11 mln euro. Wniosły zatem deliktowe powództwo odszkodowawcze przeciwko Wspólnocie w oparciu o art. 235 TWE w zw. z art. 288 ust. 2 TWE, zarzucając, iż rozporządzenie bananowe było

³ GATT (1947) to umowa międzynarodowa stosowana do utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO) na podstawie Protokołu w sprawie tymczasowego stosowania GATT. 1 stycznia 1995 r. weszło w życie Porozumienie ustanawiające WTO, którego jednym z załączników jest GATT (1994).

⁴ Ramy niniejszego tekstu nie pozwalają niestety na szersze omówienie mechanizmu działania systemu rozstrzygania sporów WTO, wypada więc zarekomendować dostępne piśmiennictwo, np. zbiór esejów P. C. Mavroidis, A. O. Sykes (red.), *The WTO and International Trade Law / Dispute Settlement*, Cheltenham, Northampton 2005.

⁵ Dz. U. WE z 1998 r. L 219, s. 28.

⁶ Dz. U. WE z 2001 r. L 31, s. 2.

sprzeczne z normami WTO, spowodowało poważną szkodę po stronie powodów, a między bezprawną normą i poważną szkodą wystąpił związek przyczynowy. Powołane instytucje domagały się oddalenia powództwa.

SPI odniósł się najpierw do kwestii jurysdykcji, ponieważ pozwani podnieśli jej brak po stronie sądu w zakresie koniecznym do rozpoznania spraw, argumentując, że nie może on rozpoznać powództwa w sytuacji, w której powód nie wskazał zachowania pozwanego, wywołującego szkodę. Sąd uznał, że powód wskazał jednak wyraźnie, iż szkoda wynikła z tego, że instytucje Wspólnoty nie zmieniły ustroju rynku bananów tak, aby doprowadzić do jego zgodności ze zobowiązaniami WTO-wskimi Wspólnoty. SPI nie odniósł się zarazem do argumentu powoda, iż jest sporem czysto terminologicznym to, czy naruszenie normy WTO przez WE przybrało postać celowego działania (przyjęcia rozporządzenia bananowego), czy też zaniechania (bezczynności w przedmiocie zmiany niezgodnego z przepisami WTO stanu prawnego).

Następnie SPI przypomniał, że z ugruntowanej linii orzeczniczej wynika, iż przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie art. 288 ust. 2 TWE są: bezprawne zachowanie instytucji, rzeczywista szkoda poniesiona przez powoda oraz związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem i szkodą. Wskazał również, że o bezprawności zachowania instytucji można mówić, gdy przypisze się jej wystarczająco poważne naruszenie normy mającej na celu przyznanie uprawnień jednostce, co ma miejsce wówczas, kiedy instytucja w sposób oczywisty i poważny (manifestly and gravely) przekroczyła zakres swoich kompetencji.

Przed zbadaniem legalności działania instytucji SPI musiał odpowiedzieć najpierw na pytanie o możliwość powołania przez jednostkę norm porozumień WTO przed sądami wspólnotowymi w sytuacji, kiedy ORS rozstrzygnął o naruszeniu przez Wspólnotę tychże norm. Innymi słowy, sąd zbadał, czy normy WTO mogą być wzorcem dla kontroli legalności normy wspólnotowej po stwierdzeniu przez ORS o ich sprzeczności z prawem WTO.

Sąd przypomniał na wstępie, odnosząc się także do powołanej przez powoda zasady *pacta sunt servanda*, że z ugruntowanej linii orzeczniczej wynika, iż porozumienia WTO nie należą zasadniczo do przepisów, w świetle których sądy wspólnotowe miałyby dokonywać kontroli legalności działań instytucji Wspólnoty. Powołał także dwa argumenty na poparcie tej tezy, a mianowicie argument opierający się na tym, że skoro niektórzy ważni partnerzy Wspólnoty nie zaliczają prawa WTO do norm będących wzorcem do kontroli legalności przepisów krajowych, to dopuszczenie takiej możliwości przez sądy wspólnotowe skutkowałoby jednostronną utratą pola manewru w stosowaniu norm WTO, jakie powinny posiadać instytucje prawodawcze i wykonawcze Wspólnoty. Po drugie, SPI powołał argument oparty na art. 22 PRS, stwierdzając, że odmowa stosowania norm wewnętrznych (wspólnotowych) niezgodnych z przepisami WTO skutkowałaby brakiem możliwości skorzystania z instytucji kompensacji, przewidzianej w powołanym przepisie.

Sąd wskazał również, że od powyższej zasady istnieją dwa wyjątki, w ramach

których normy WTO stają się bezpośrednio skutecznymi wzorcami w kontroli legalności przepisów wspólnotowych. Pierwszy dotyczy sytuacji, w której przepis wspólnotowy implementuje konkretne zobowiązanie przyjęte przez WE w ramach WTO. Drugi odnosi się do przypadku, kiedy środek wspólnotowy odwołuje się wprost do konkretnego postanowienia porozumień WTO.

W konkluzji SPI zauważył jednak, iż pomimo istnienia decyzji ORS o niezgodności środków wspólnotowych z normami WTO, żaden z cytowanych wyjątków nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Sąd uznał, że zobowiązując się do zastosowania norm WTO, po przyjęciu przez ORS stwierdzającego naruszenie przez WE prawa WTO raportu Organu Odwoławczego 25 września 1997 r., Wspólnota nie zamierzała przyjąć na siebie szczególnego zobowiązania uzasadniającego powołanie się na wskazany wyżej wyjątek. SPI podkreślił także, iż implementacja rozstrzygnięcia ORS może polegać zarówno na eliminacji naruszających zobowiązania WTO norm wewnątrzwspólnotowych, jak i na przyznaniu partnerom handlowym (wynegocjowanych z nimi) kompensacji, względnie, w braku wykonania rozstrzygnięcia i nieprzyznaniu kompensacji, Członek WTO, który „wygrał” spór przed panelem i Organem Odwoławczym, może być upoważniony przez ORS do zawieszenia stosowania koncesji taryfowych albo innych zobowiązań wobec Członka-naruszyciela. SPI położył wreszcie nacisk na znaczenie negocjacyjnego modelu eliminacji sporów pomiędzy Członkami WTO, jaki (zdaniem sądu) obowiązuje w WTO, co dotyczyć ma także okresu po wydaniu rozstrzygnięcia ORS.

Jako że normy porozumień WTO nie mogą stanowić bezpośrednio skutecznego wzorca dla kontroli legalności środków wspólnotowych, sąd stwierdził, iż nie można zatem przez ich pryzmat badać legalności aktów instytucji, a tym samym nie można ustalić przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, jaką jest okoliczność, iż środek wspólnotowy jest bezprawny.

W świetle powyższych wywodów SPI uznał z kolei za stosowne zbadać, czy nie zachodzi zatem odpowiedzialność pozaumowna Wspólnoty oparta nie na przesłance bezprawności działania instytucji, lecz na nadzwyczajnym i szczególnym charakterze szkody zaistniałej po stronie jednostki powodowej. W tym celu sąd przeanalizował trzy warunki takiej odpowiedzialności, a mianowicie istnienie rzeczywistej i pewnej szkody, związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem instytucji i poniesioną szkodą oraz nadzwyczajnego i szczególnego charakteru tej ostatniej.

Odnosnie do pierwszej z powyższych przesłanek sąd, nie znajdując w tym względzie kontrargumentów ze strony pozwanych instytucji, stwierdził, że szkoda miała charakter rzeczywisty i pewny. Na dowód tego SPI powołał statystyki Komisji ukazujące spadek wartości eksportu wspólnotowych baterii do Stanów Zjednoczonych w okresie objętym działaniami odwetowymi tego państwa.

Co do drugiej przesłanki sąd uznał, że, bez wątpienia, gdyby nie istnienie wspólnej organizacji rynku bananów WE i stwierdzenie jej niezgodności z przepisami WTO, Stany Zjednoczone nie uzyskałyby upoważnienia do zawieszenia koncesji

taryfowych w odniesieniu do towarów pochodzących ze Wspólnoty, w rozmiarze odpowiadającym zniesieniu albo naruszeniu uprawnień USA wynikających z utrzymywania wspólnotowego reżimu rynku bananów. W tych okolicznościach środki zastosowane przez Stany Zjednoczone stanowiły normalny i możliwy do przewidzenia efekt funkcjonowania systemu rozstrzygania sporów WTO, będący następstwem utrzymywania przez pozwane instytucje w mocy ustroju importu bananów sprzecznego z porozumieniami WTO.

Analizując trzecią z powołanych przesłanek, sąd zbadał najpierw, czy szkoda zaistniała po stronie powoda miała charakter nadzwyczajny. Nadzwyczajny charakter szkody ma miejsce wtedy, gdy szkoda przekracza granice ryzyka gospodarczego nieodzownego w przypadku działania w danym sektorze gospodarki. Sąd stwierdził, że sytuacja, jaka miała miejsce w przedmiotowej sprawie, polegająca na zawieszeniu koncesji taryfowych zgodnie z porozumieniami WTO, należy do zmiennych składających się na współczesny system handlu międzynarodowego. Tym samym ryzyko wynikające z takiej zmiennej musi być ponoszone przez każdego przedsiębiorcę, który decyduje się sprzedawać swoje towary na rynku któregoś z członków WTO. Nadto, jak jasno wynika z art. 22 ust. 3 lit. b) i lit. c) PRS, będącego środkiem prawa międzynarodowego należycie opublikowanym (w sposób zapewniający przedsiębiorcom wspólnotowym zapoznanie się z nim), wnoszący do ORS skargę członek WTO może domagać się upoważnienia do zawieszenia koncesji albo innych zobowiązań w odniesieniu do innych sektorów, aniżeli ten, co do którego panel albo Organ Odwoławczy stwierdziły naruszenie przez innego członka WTO przepisów tej organizacji. Powodowie są zatem w błędzie podnosząc, iż możliwość zastosowania środków odwetowych przez państwo trzecie (członka WTO), w wyniku sporu w sektorze innym aniżeli ten, w którym prowadzą działalność, nie może być uważana za zwykłe ryzyko.

Wobec powyższego, szkoda poniesiona przez powodów nie ma, w ocenie sądu, charakteru nadzwyczajnego. Sąd stwierdził, że w tych okolicznościach nie jest zasadne badanie szczególnego charakteru szkody, i oddalił powództwo jako bezpodstawne.

Saga bananowa, czyli historia podejmowanych przez Wspólnotę prób wprowadzenia wspólnej organizacji rynku bananów oraz sporów, jakie próby te spowodowały na poziomie państw członkowskich, Wspólnoty i WTO, została w sposób wyczerpujący przedstawiona w piśmiennictwie⁷. Nie podejmę zatem w tym miej-

⁷ Szeroko na ten temat: P. Eeckhout, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford 2004, s. 381–395; F. Weiss, *Manifestly Illegal Import Restrictions and Non-Compliance with WTO Dispute Settlement Rulings: Lessons from the Banana Dispute* (w:) E. U. Petersmann, M. A. Pollack (red.), *Transatlantic Economic Disputes. The EU, the US, and the WTO*, Oxford 2003, s. 121–139; G. A. Zonnekeyn, *EC Liability for Non-Implementation of Adopted WTO Panel and Appellate Body Reports. The example of the 'innocent exporters' in the banana case* (w:) V. Kronenberger, *The European Union and the International Legal Order; Discord or Harmony*, The Hague 2001, s. 251–272; w aspekcie wykonania raportów ORS i kompensacji szkód poniesionych przez pod-

scu próby szerszego jej omówienia. Chciałbym natomiast przytoczyć kilka refleksji, jakie nasuwają się na kanwie orzeczenia FIAMM. Jestem zdania, że niniejszy wyrok stanowi jeden z bardziej kontrowersyjnych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Dlatego pozwolę sobie podjąć polemikę ze stanowiskiem Sądu Pierwszej Instancji, odnosząc się chronologicznie do stwierdzeń składu.

Najpierw jednak zarysować wypada tło prawne, na którym rozgrywa się niniejsza sprawa.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości od lat 70. przyjętym stanowiskiem jest, że umowy międzynarodowe zawarte przez WE stanowią „integralną część prawa wspólnotowego”⁸. W konsekwencji, instytucje wspólnotowe i państwa członkowskie są związane umowami międzynarodowymi WE (zgodnie z art. 300 ust. 7 TWE). Wewnątrzwspólnotowy skutek norm umów międzynarodowych wynika przede wszystkim z faktu, że umowy te zawierane są – po stronie Wspólnoty – w drodze wydania aktu instytucji (Rady)⁹. Konsekwencją tego stanowiska było uznanie, że jeżeli postanowienia umowy międzynarodowej, z uwzględnieniem jej celu i charakteru, zawierają jasne, bezwarunkowe, zupełne i precyzyjne zobowiązanie, norma umowy ma skutek bezpośredni we wspólnotowym porządku prawnym¹⁰. Zarazem zauważyć należy, iż dla uznania skutku bezpośredniego umowy międzynarodowej wymagane jest, by umowa nie tylko spełniała warunki bezpośredniej skuteczności znane z orzeczenia w sprawie *Van Gend & Loos*¹¹, ale także konieczne jest spełnienie dodatkowych przesłanek¹². W przypadku norm umów

mioty prywatne wskutek niezgodności prawa WE z normami WTO, zob.: A. Davies, *Bananas, Private Challenges, the Courts and the Legislature*, YBEL Vol. 21 (2001–2002), s. 299–326.

⁸ Por. sprawa 181/73, R. & V. Haegeman v. Królestwo Belgii, ECR 1974, s. 449.

⁹ Jak pisze Klabbers, nie jest jednak jasne, w świetle orzecznictwa Trybunału, czy bezpośredni skutek norm umowy międzynarodowej wynika z faktu związania Wspólnoty umową, czy też z faktu przyjęcie środka wspólnotowego (rozporządzenia albo decyzji) o związaniu. Innymi słowy – nie jest oczywiste, co jest źródłem skuteczności umowy we wspólnotowym porządku prawnym (por. szerzej: J. Klabbers, *International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect*, YBEL Vol. 21 (2001–2002), s. 263–298). Możliwe jest przyjęcie, że źródłem tym jest zasada *pacta sunt servanda*.

¹⁰ Por. sprawa 87/75 *Conceria Daniele Bresciani v. Włoski Urząd Finansowy*, ECR 1976, s. 129; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2001, s. 258–260; sprawa 162/96, *A. Racke GmbH & Co. v. Główny Urząd Celny w Moguncji*, ECR 1998, s. I-3655.

¹¹ Sprawa 26/62, *Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, ECR 1963, s. 1.

¹² Por. P. Craig, G. de Burca, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford 2003, s. 194. W orzeczeniu w sprawie 270/80 *Polydor Ltd. And RSO Records Inc. v. Harlequin Records Shop Ltd. And Simons Records Ltd.* (ECR 1982, s. 329) Trybunał odmówił uznania bezpośrednio skutecznego normy umowy o wolnym handlu między WE i Portugalią. Analizowany przepis był sformułowany identycznie, jak art. 28 TWE (zakaz ograniczeń ilościowych w imporcie), jednak Trybunał stwierdził, że inny jest cel tej umowy i Traktatu. Klabbers wskazuje, że w przypadku umów międzynarodowych skutek bezpośredni ma charakter ograniczony i podlega „politycznej manipulacji, zarówno sądów, jak i stron umów” (zob. J. Klabbers, *International Law in Community Law, op. cit.*, s. 264). Należałoby raczej stwierdzić, że skutek bezpośredni norm umowy międzynarodowej zależy od intencji jej stron.

międzynarodowych Wspólnoty wymagane jest bowiem, aby z charakteru umowy, określonego przez strony, wynikała intencja wywierania przez jej postanowienia skutku bezpośredniego¹³.

Zanim w 1995 r. powstała WTO, Trybunał Sprawiedliwości (dalej: TS) odmawiał uznania bezpośredniego skutku GATT, motywując to samym charakterem GATT, jako umowy nie dość jasnej, precyzyjnej i bezwarunkowej, aby jej normy mogły być źródłem uprawnień podmiotów wspólnotowych (jednostek). Nadto, TS uznawał, że intencją¹⁴ stron GATT nie było nadanie jej postanowieniom skutku bezpośredniego¹⁵. Trybunał nigdy też nie stwierdził, że umowy WTO stanowią integralną część prawa wspólnotowego¹⁶, pomimo że Wspólnota jest zobowiązana do zapewniania przestrzegania przepisów GATT w jej relacjach z państwami trzecimi, będącymi umawiającymi się stronami GATT¹⁷. W sprawie *International Fruit Company*¹⁸ TS stwierdził, że GATT charakteryzuje się „dużą elastycznością norm”. To stanowisko TS, określające zasadniczą podstawę odmowy uznania skutku bezpośredniego GATT, było utrzymywane do czasu powstania WTO. Z chwilą wejścia w życie umów WTO argument ten zaczął się wydawać nazbyt daleko idący. Powstanie systemu rozstrzygania sporów WTO utrudniło głoszenie tezy o nadmiernej elastyczności norm. W sprawie *Portugalia v. Rada*¹⁹ TS uznał, że jakkolwiek brak

¹³ Por. np. sprawa 104/81 *Hauptzollamt Mainz v. C.A. Kupferberg a.A.*, ECR 1982, s. 3641 (pkt 17). Zob. też P. Léger, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles 2000, s. 1913.

¹⁴ Jeśli chodzi o GATT, to zamiar Wspólnoty w tym zakresie został wyrażony w samej decyzji o zawarciu porozumienia ustanawiającego WTO wraz z załącznikami. Ustęp 11 preambuły do decyzji Rady 94/800 stanowi: „z uwagi na swój charakter, porozumienie ustanawiające Światową Organizację Handlu, w tym jego Załączniki, nie może być bezpośrednio powoływane w sądach wspólnotowych i państw członkowskich”. Zob. jednak daleko idące uwagi Uerpmana, odnośnie do możliwości ograniczenia skutku bezpośredniego umów WTO (w:) R. Uerpman, *International Law as an Element of European Constitutional Law: International Supplementary Constitutions*, Jean Monnet Working Paper 9/03, s. 12 (*in fine*). Autor, dość kontrowersyjnie, wyklucza możliwość wyłączenia przez Wspólnotę (jej instytucje) skutku bezpośredniego postanowień umowy międzynarodowej *explicite* w akcie wyrażającym zgodę na związanie się taką umową.

¹⁵ Odnośnie do zamiaru stron umowy międzynarodowej oraz skutków, jakie ona wywołuje, porównaj orzeczenia w sprawach: C-233/02 *Republika Francuska v. Komisja* (dotąd nieopublikowane) oraz C-327/91 *Republika Francuska v. Komisja*, ECR 1994, s. I-3641. Por. także: A. Ott, *Thirty Years of Case-law by the European Court of Justice on International Law: A Pragmatic Approach towards its Integration* (w:) J. Kronenberger (red.) *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, The Hague 2001, s. 100–101.

¹⁶ Por. J. H. J. Bourgeois, *The European Court of Justice and the WTO* (w:) J. H. H. Weiler (red.) *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford 2001, s. 103.

¹⁷ Sprawa 266/81 *Société Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) v. Ministero delle finanze, della marina mercantile, Circonscrizione di Trieste i Ente autonomo del porto di Trieste*, Zb.Orz. 1983, s. 731, pkt 28.

¹⁸ Sprawa 21-24/72 *International Fruit Company NV i in. v. Produktschap voor Groenten en Fruit*, ECR 1972, s. 1219.

¹⁹ Sprawa C-149/96, *Republika Portugalska v. Rada*, ECR 1999, s. I-8395.

wzajemności nie stanowi przeszkody w bezpośrednim stosowaniu norm umowy międzynarodowej, to ten sam brak wzajemności w przypadku umów zawartych w ramach WTO, którego umowy oparte są na „wzajemnych²⁰ i obustronnie korzystnych ustaleniach”, prowadziłby do niejednolitego zastosowania norm WTO, a to skutkowałoby pozbawieniem instytucji wspólnotowych „pola manewru, jakie mają partnerzy handlowi Wspólnoty”. Poza tym, uznanie bezpośredniego skutku norm WTO powodowałoby, iż instytucje wspólnotowe nie mogłyby opóźnić implementacji tychże norm²¹.

Przemawiający przeciwko uznaniu bezpośredniej skuteczności umów WTO (i możliwości pełnienia przez nie roli wzorca w kontroli legalności aktów instytucji) argument oparty na konieczności ochrony „pola manewru” instytucji wspólnotowych w wykonywaniu zobowiązań WE w ramach WTO jest przytaczany do dzisiaj (został także użyty przez SPI w orzeczeniu FIAMM).

Dlaczego uważam, że wyrok SPI w sprawie FIAMM jest kontrowersyjny?

1) Uważam za symptomatyczne to, że omawiając w akapitach 1–15 orzeczenia kontekst prawny sprawy SPI pomija milczeniem jeden kluczowy przepis, a mianowicie art. 17 ust. 14 PRS, stanowiący, iż „raport Organu Odwoławczego jest przyjmowany przez ORS i bezwarunkowo akceptowany przez strony sporu”. Nie powołując tego przepisu, SPI stara się zignorować stanowisko doktryny, zgodnie z którym strony sporu przed ORS są zobowiązane do wykonania raportów przyjętych przez ORS²², a to polegać może tylko na usunięciu naruszającej prawo WTO normy wewnętrznej. Inna interpretacja art. 17 ust. 14 PRS przekreślałaby

²⁰ Pauwelyn analizuje dogłębnie to, czy zobowiązania przyjęte przez państwa w ramach WTO mają charakter wzajemny (synalagmatyczny, bilateralny), czy też integralny (multilateralny, *erga omnes partes*). Odwołując się do porównań z prawami człowieka, Pauwelyn dochodzi do wniosku, że zobowiązania państw w ramach WTO mają charakter zasadniczo (nie dotyczy to norm odnoszących się do funkcjonowania organów WTO) bilateralny. Autor jest przy tym bardziej wstrzemięźliwy, gdy chodzi o bilateralny charakter innych niż GATT (i oparte na nim schematy redukcji taryf) umów WTO (w szczególności TRIPs, PSF, PTBH), też jednak opowiadając się raczej po stronie opinii o ich synalagmatycznym charakterze. Zob. J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge 2003, s. 52–88; J. Pauwelyn, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, EJIL, Vol. 14, Nr 5 (2003), s. 907–951.

²¹ Punkty 35–41 orzeczenia w sprawie C-149/96. Por. też: G. A. Bermann i in., *Cases and Materials on European Union Law*, St. Paul 2002, s. 1095.

²² Por. J. H. Jackson, *International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to “Buy Out”?*, AJIL 2004, vol. 98, s. 109 oraz 115–117; Stoll pisze zaś, że „przyjęte Raporty mają moc wiążącą pomiędzy stronami sporu w odniesieniu do materii, której dotyczą” (P. T. Stoll, *World Trade. Dispute Settlement* (w:) R. Bernhardt (red.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Paris, Shannon, Tokyo, 2000, s. 1527; Mik pisze natomiast o „faktycznie wiążącym charakterze sprawozdań panelowych” [C. Mik, *Prawo Światowej Organizacji Handlu (WTO) a prawo Wspólnot Europejskich* (w:) J. Kolasa, A. Kozłowski, *Prawo międzynarodowe publiczne a prawo europejskie*, Wrocław 2003, s. 92].

sens systemu rozstrzygania sporów WTO w postaci ukształtowanej wynikami rundy urugwajskiej.

2) Nie jestem przekonany o słuszności powołania się przez SPI na potrzebę ochrony „pola manewru” instytucji w wykonywaniu zobowiązań Wspólnoty w ramach WTO, dla uzasadnienia odmowy uznania bezpośredniego skutku norm WTO w sytuacji, kiedy zapadło orzeczenie ORS. Nie bardzo rozumiem, jakie jeszcze pole manewru widzi SPI w tej fazie sporu? O ile w pełni popieram stanowisko sądów wspólnotowych, iż zasadniczo umowy WTO nie powinny stanowić bezpośrednio skutecznego wzorca w kontroli legalności aktów instytucji, bowiem istnieje potrzeba „pola manewru” tych ostatnich w relacjach handlowych z innymi Członkami WTO, o tyle uważam, że argument „pola manewru” znajduje zastosowanie tylko do momentu formalnego zakończenia procedowania przez Organ Odwoławczy. Do tego bowiem momentu Wspólnota istotnie może jeszcze w drodze konsultacji „ugasić” spór w ramach WTO. Jednak odkąd zapada decyzja ORS o przyjęciu raportu Organu Odwoławczego, manewru wykonać już nie można. Trzeba wykonać zobowiązanie wynikające z członkostwa w WTO, które konkretyzuje się, przybierając postać imperatywu eliminacji normy wspólnotowej sprzecznej z porządkiem WTO. Wynika to z wiążącej Wspólnotę, jako podmiot prawa międzynarodowego, zasady *pacta sunt servanda*²³. Trzeba wyraźnie podkreślić w tym miejscu, że sam fakt, iż doszło do wydania niekorzystnego dla Wspólnoty rozstrzygnięcia, przyjętego decyzją ORS, stanowi najlepszy dowód na to, że doszło do konsumowania, istotnie występującego na gruncie systemu WTO, „pola manewru” w regulowaniu relacji z pozostałymi członkami tej organizacji. W rzeczywistości większość sporów handlowych Wspólnoty „rozładowywanych” jest właśnie drogą eksploataowania „pola manewru”, a więc metodą konsultacji i negocjowania takich wzajemnych ustępstw, które pozwalają uniknąć transformacji sporu w sformalizowaną procedurę jego rozstrzygnięcia w postępowaniu przed panelem i Organem Odwoławczym. Jeśli jednak te metody zawiodły i partner handlowy Wspólnoty zdecydował się na uruchomienie procedury panelowej, oraz gdy w konsekwencji procedura z udziałem panelu i Organu Odwoławczego doprowadziła do przyjęcia przez ORS zalecenia eliminacji wspólnotowej normy wewnętrznej, sprzecznej, w ocenie ORS, ze zobowiązaniami Wspólnoty w ramach WTO, to nie można na tym etapie sporu zasadnie twierdzić, iż Wspólnotnie pozostało jeszcze „pole manewru”. Otóż ona skorzystała już z tego pola – nieskutecznie.

3) Kontrowersyjne wydają mi się wywody SPI zawarte w pkt 120–124 komentowanego orzeczenia, w których sąd zrównuje podstawowy obowiązek członka WTO, jakim jest usunięcie normy naruszającej zasady WTO z wewnętrznego porządku prawnego, z subsydiarnymi możliwościami, jakimi są kompensacja albo zawieszenie stosowania koncesji przez drugą stronę sporu. SPI zdaje się nie po-

²³ Por. np. J. Wouters, D. Van Eeckhoutte, *Giving Effect to Customary International Law Through European Community Law*, K.U. Leuven Working Paper No 25, 2002.

dzielać poglądu, że WTO nie powstało w celu zawieszania stosowania jego zasad albo wzajemnego kompensowania sobie przez członków szkód wywołanych utrzymaniem naruszeń, lecz w celu liberalizacji światowego handlu i eliminowania zachowań członków, które ową liberalizację zakłócałyby. Należy podkreślić, że kompensacja i zawieszenie stosowania koncesji nie są, jak przyjął sąd, środkami równoważnymi w stosunku do usunięcia naruszenia. Tego rodzaju rozumowanie jest sprzeczne z brzmieniem art. 22 ust. 1 zd. drugie PRS, zgodnie z którym „ani kompensacja, ani zawieszenie koncesji albo innych zobowiązań nie przeważają nad pełnym wykonaniem zalecenia doprowadzenia do zgodności środka” z porozumieniami WTO. Nie można „wykupić się” z wykonywania swoich zobowiązań WTO-wskich²⁴.

4) Jeśliby jednak już uznać za słuszne, iż do sytuacji występującej po przyjęciu niekorzystnego dla Wspólnoty raportu Organu Odwoławczego ma zastosowanie zasada ochrony „pola manewru”, to nie wydaje mi się jasne, dlaczego SPI dyskwalifikuje w pkt 116–140 możliwość wyjątkowego przyznania bezpośredniego skutku „szczególnemu zobowiązaniu przyjętemu na siebie przez Wspólnotę” w celu kontroli zgodności z nim implementującego to zobowiązanie aktu instytucji. Czy rozporządzenie nowelizujące 1637/98, w którego preambule (akapit drugi) stwierdza się, że „konieczne jest wywiązanie się przez Wspólnotę z jej zobowiązań międzynarodowych w ramach WTO” i które zostało wydane w następstwie przyjętego nieco ponad pół roku wcześniej przez ORS raportu Organu Odwoławczego stwierdzającego sprzeczność rozporządzenia nowelizowanego 404/93 ze zobowiązaniami WTO-wskimi WE i zalecającego doprowadzenie odnośnych przepisów wspólnotowych do stanu zgodności z normami WTO, nie stanowiło przepisu implementującego szczególne zobowiązanie przyjęte na siebie przez Wspólnotę w ramach WTO? Jeśli nie, to jak SPI wytłumaczyłby fenomen polegający na przyjęciu tego rozporządzenia? Nagłym przełomem w pojmowaniu przez Wspólnotę obowiązku wykonywania zobowiązań międzynarodowych? Nie dowiemy się tego niestety, bowiem SPI zamiast wyjaśnić tę fundamentalną kwestię, czyni wywód zrównujący wykonywanie zobowiązań WTO-wskich Wspólnoty z przyznawaniem kompensacji partnerom handlowym za niewykonywanie tychże zobowiązań, względnie z zawieszeniem przez tych ostatnich stosowania koncesji taryfowych wobec Wspólnoty.

5) Gdyby jednak przejść do porządku dziennego nad powyższymi niejasnościami w motywach wyroku, to zastanawiające wydają się także konkluzje SPI zawarte w pkt 203–212 komentowanego orzeczenia. Analizując przesłankę nadzwyczajnego charakteru szkody, jaka zaistniała po stronie powoda (aby ustalić możliwość atrybuowania Wspólnotcie odpowiedzialności na zasadzie słuszności), sąd odrzuca możliwość przypisania takiego jej charakteru, uzasadniając to tym, że powodowie

²⁴ Por. J. H. Jackson, *International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports*, op. cit., idem.

winni być świadomi ryzyka wiążącego się z eksportem ich towarów do Stanów Zjednoczonych, polegającego na możliwości 30-krotnego zwiększenia stawki cła wwozowego na ich produkty, wynikającej ze sporu handlowego WE z USA. Jakkolwiek bezsprzecznie każdy interesujący się problematyką handlu międzynarodowego człowiek może spodziewać się tego, że Stany Zjednoczone mogą skorzystać z możliwości zawieszenia koncesji wobec WE, to jednak trudno chyba uznać, że włoski producent baterii ma możliwość przewidzenia, iż w związku z trudnościami Wspólnoty w stworzeniu wspólnej organizacji rynku bananów wzrośnie amerykańskie cło na baterie. Pomijając jednak tę kwestię, należy wskazać, że sam fakt wszczęcia postępowania przed ORS stanowi okoliczność niecodzienną. W latach 1995–2004 WE została pozwana 51 razy²⁵. Jeśli już zapada orzeczenie niekorzystne dla WE, a następnie jej partner handlowy uzyskuje upoważnienie do zawieszenia koncesji, to przecież, zgodnie z art. 22 ust. 3 lit. a) PRS, powinien w pierwszym rzędzie zastosować zawieszenie w odniesieniu do sektora, w którym nastąpiło naruszenie (np. jeśli naruszenie dotyczyło rynku bananów, to należy spodziewać się zawieszenia przede wszystkim w odniesieniu do eksportowanych płodów rolnych). Dlaczego SPI uważa, że producent baterii w tych okolicznościach nie powinien uważać za wykraczające poza zakres zwykłego ryzyka zwiększenie cła na jego produkty, pozostaje niewyjaśnione.

6) Wypada żałować, że SPI zakończył analizę merytoryczną powództwa na etapie badania przesłanki nadzwyczajnego charakteru szkody i nie odniósł się do kwestii jej szczególnej natury. Należy uznać, że szkoda ma charakter szczególny wtedy, gdy dotyczy ograniczonego i jasno określonego zbioru podmiotów gospodarczych w stopniu nieproporcjonalnie większym, aniżeli innych podmiotów²⁶. Nasuwa się w tym miejscu – prawda, że dość daleka – paralela z *locus standi* podmiotów prywatnych na gruncie art. 230 TWE²⁷. Rozważania SPI w tym zakresie mogłyby być interesujące, chociaż argumenty przytoczone przez powoda nie wydają się przekonujące.

²⁵ Por. K. Leitner, S. Lester, *WTO Dispute Settlement 1995–2004: A Statistical Analysis*, Journal of International Economic Law, Vol. 8 (1) 2005, s. 234.

²⁶ Por. np. sprawa 81/86 De Boer Buizen BV v. Radzie i Komisji, ECR 1987, s. 3677 (pkt 17); sprawy połączone 261 i 262/78 Interquell Stärke-Chemie GmbH & Co. KG and Diamalt AG v. Radzie i Komisji, ECR 1979, s. 3045 (pkt 4); sprawy połączone 241, 242, 245 i 250/78 DGV, Deutsche Getreideverwertung und Rheinische Kraftfutterwerke GmbH and others v. Radzie i Komisji, ECR 1979, s. 3017 (pkt 4).

²⁷ Por. pkt 17 opinii Rzecznika Generalnego La Pergoli z 14 grudnia 1999 r. w sprawie C-237/98 Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v. Radzie i Komisji, ECR 2000, s. I-4549. Zarazem należy zauważyć, że odwołanie się przez SPI w sprawie FIAMM do ustaleń poczynionych w sprawie Dorsch Consult jest ryzykowne. W tym ostatnim postępowaniu chodziło bowiem o szkodę poniesioną przez podmiot wykonujący w połowie lat 70. zlecenia rządowe w Iraku i szkodę, jaką poniósł on wskutek zastosowania sankcji gospodarczych wobec państwa irackiego oraz reakcji władz Iraku na embargo handlowe. Wydaje się, że okoliczności sprawy FIAMM, jakkolwiek istotnie niecodzienne, nie dają się jednak porównać ze stanem faktycznym poddanym analizie Sądu w sprawie Dorsch Consult.

Wydaje się, że nadszedł czas na zmianę linii orzeczniczej TS odnośnie do możliwości dochodzenia odpowiedzialności odszkodowawczej pozaumownej od WE oraz kwestionowania legalności aktów instytucji, w oparciu o wzorzec norm WTO, w sytuacji gdy zapadło wiążące Wspólnotę rozstrzygnięcie ORS. Argumentacja przytaczana dla uzasadnienia odrzucenia powyższych powództw zaczyna być sprzeczna nie tylko z filozofią porządku WTO (co akurat ma tu mniejsze znaczenie), ale także z rozwijaną przez trzy dekady argumentacją odrzucającą co do zasady skutek bezpośredni umów WTO. Wydaje się zasadne i słuszne powoływanie przez sądy wspólnotowe argumentu konieczności ochrony „pola manewru” instytucji Wspólnoty w wykonywaniu (i niewykonywaniu, jak należałoby uczciwie dodać) jej zobowiązań przyjętych w ramach WTO, dla uzasadnienia wykluczenia skutku bezpośredniego norm umów zawartych w ramach tej organizacji. Jeśli jednak tym samym argumentem sądy posługują się w sytuacji, kiedy wskutek wykorzystania sformalizowanych procedur rozwiązania sporu zapadła wiążąca Wspólnotę decyzja ORS, co powoduje utratę „pola manewru” i konieczność eliminacji normy wewnętrznej sprzecznej z postanowieniami umów WTO, to takie działanie czyni powyższy argument pozbawionym treści.

Marcin Górski

KRONIKA ADWOKATURY



POSIEDZENIA PLENARNE NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ

Nadzwyczajne posiedzenie NRA w dniu 14 października 2006 r. w Warszawie

Na wstępie posiedzenia, na wniosek Prezesa NRA adw. S. Rymara zebrani minutą ciszy uczcili pamięć dwóch zmarłych niedawno wybitnych i zasłużonych dla naszej korporacji adwokatów Izby Warszawskiej: b. Prezesa NRA dr. Kazimierza Łojewskiego i Jacka Wasilewskiego. Prezes S. Rymar poinformował o przygotowywanej umowie o współpracy adwokatury polskiej i izraelskiej. Podziękował ORA w Łodzi oraz dyr. OBA adw. D. Wojnarowi za zorganizowanie konkursu krasomówczego w Łodzi połączonego z uroczystością wyróżnienia odznaką „Adwokatura zasłużonym” prof. Władysława Bartoszewskiego. Nadto złożył obszernie sprawozdanie ze spotkania z prezesami samorządów reprezentujących świat prawniczy. Planowana jest delegacja środowisk prawniczych do Premiera w celu omówienia fundamentalnych spraw dla zawodów prawniczych ze szczególnym uwzględnieniem sądownictwa dyscyplinarnego.

Wiceprezes adw. J. Agacka-Indecka szczegółowo zaprezentowała swój udział w komisjach sejmowych dotyczących zmian w p. o a. jak również ustaw dotyczących zmian w ustawach dotyczących sądownictwa powszechnego.

Prezes S. Rymar powitał przybyłego na obrady plenarne adw. Bartosza Grohmana, który wraz z zespołem opracował projekt regulaminu aplikacji adwokackiej. Adwokat B. Grohman szczegółowo omówił projekt nowej regulacji aplikacji. W dyskusji nad projektem wzięli udział adw. adw. Ż. Dembska, R. Żuk, M. Pietkiewicz, A. Marcinkowski, D. Wojna, A. Przedpeńska, P. Senddecki, J. Agacka-Inde-

cka, Z. Marciniak, A. Zwara, G. Janiszewski, S. Rymar, J. Werner-Rusewicz, W. Kołakowski, A. Piceluk, K. Boszko. Wobec braku *quorum* do przeprowadzenia głosowania, uchwalenie regulaminu przeniesiono na kolejne posiedzenia NRA. Następnie obszernej dyskusji, a w szczególności krytyce poddano tendencyjny artykuł o zmianach p. o a. i stanie adwokatury ogłoszony przez gazetę „Dziennik”. W szczególności za nieprawdziwy i wręcz paszkwilancki dyskutanci uznali ton wypowiedzi autora artykułu dotyczący wynagrodzeń adwokackich. W obszernej dyskusji na ten temat wypowiedziała się większość obecnych na posiedzeniu plenarnym członków NRA.

Posiedzenie plenarne NRA w dniu 25 listopada 2006 w Grzegorzewicach

Na wstępie posiedzenia plenarnego NRA prezes adw. S. Rymar powitał wszystkich zebranych, a w szczególności nowo wybranego Sędziego Trybunału Konstytucyjnego Pana Wojciecha Hermelińskiego, składając mu gratulacje z powodu zaszczytnego wyboru. Pan Sędzia W. Hermeliński dziękując serdecznie za gratulacje zapewnił jednocześnie, iż nie straci kontaktu z adwokaturą.

Następnie odbyło się uroczyste wręczenie odznak „Zasłużony dla Adwokatury” następującym adwokatom: Januszowi Steciowi, Borysławowi Szancie i Jackowi Ziobrowskiemu za całokształt ich działalności jako dziekanów Izb oraz Pani Agnieszce Metelskiej – Rzecznikowi Prasowemu NRA, za prezentowanie właściwego oblicza medialnego korporacji adwokackiej. Adw. adw. A. Metelska, J. Ziobrowski w imieniu odznaczonych podziękowali za zaszczytne wyróżnienia.

W związku z ustąpieniem Wiceprezesa Wojciecha Hermelińskiego odbyły się wybory, w wyniku których Wiceprezesem NRA został wybrany adw. Piotr Sendcki. Skarbnikiem NRA na miejsce adw. P. Senddeckiego została wybrana adw. Joanna Kaczorowska. Adw. Piotr Sendcki i adw. Joanna Kaczorowska podziękowali za obdarzenie ich zaufaniem.

Adw. Andrzej Siemiński Sekretarz NRA zaproponował podjęcie uchwały o zwołaniu zwyczajnego Krajowego Zjazdu Adwokatury. Zaproponował zjazd trzydniowy wobec konieczności rozstrzygnięcia bardzo wielu poważnych problemów w rysującej się sytuacji adwokatury (konieczność powzięcia szeregu uchwał). Idea trzydniowego Zjazdu spotkała się z powszechnym poparciem. Zapadła uchwała o terminie Zjazdu w dniach 23–25 listopada 2007 r. w Warszawie. Zapadła również kolejna uchwała o parytecie wyborczym na Krajowy Zjazd w dotychczasowym kształcie (jeden delegat na 25 wyborców).

Adw. Andrzej Gozdek podniósł, że do NRA wpłynęły uchwały kilku zgromadzeń Izb Adwokackich o potrzebie zwołania Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Adwokatury.

Prezes NRA stwierdził, że jest sześć takich uchwał. Pierwszym realnym termi-

nem byłby luty 2007 r., co wynika z regulaminu zjazdów. Adw. J. Agacka-Indecka zwróciła uwagę, że dziś nie słyszy głosów o zwołaniu Zjazdu Nadzwyczajnego. Natomiast należy się zastanowić czy adwokatura potrafiłaby zrealizować kongres samorządów i na nim w kilku punktach zaprezentować wizję dotyczącą adwokatury.

W dyskusji na temat ewentualnego zwołania konferencji samorządów głos zabrali adw. adw.: J. Lipski, J. Długopolski, R. Żuk, A. Zwara, J. Agacka-Indecka, J. Trela, S. Rymar, Ż. Dembska, J. Zioborwski, którzy w swoich wystąpieniach zastanawiali się nad zwołaniem konferencji samorządów, wszystkich, ewentualnie tylko samorządów zaufania publicznego. Dyskutanci wskazywali na występujące dla interesu publicznego zagrożenia w postaci kreowania nowej formacji prawniczej, doradców prawnych (A. Zwara, J. Agacka-Indecka). Adw. J. Trela uważa, iż powinien być zwołany Kongres Inteligencji Polskiej. Finalnie NRA upoważniła Prezydium do rozpoczęcia prac przygotowawczych dla zorganizowania kongresu zawodów zaufania publicznego.

Prezes NRA zaprezentował dotychczasową działalność Prezydium. Czasami, jego zdaniem, można odnieść wrażenie, jakby nie wszyscy koledzy adwokaci byli zorientowani w ciągłych staraniach Prezydium o interesy zawodowe adwokatury. Dlatego też doręczono wszystkim członkom zestawienie podejmowanych inicjatyw. Jest to obszerny dokument zawierający między innymi informacje o zwracaniu się do Prezydenta RP Pana Lecha Kaczyńskiego z wnioskami w zakresie zmian legislacyjnych w p. o a. Poinformował ponadto o wystąpieniu o odznaczenia państwowe do Prezydenta RP dla adwokatów i pracowników administracyjnych Biura NRA, w tym przede wszystkim o pośmiertne odznaczenie dla adwokata Stanisława Hejmowskiego.

NRA postanowiła zbadać celowość wniesienia skargi konstytucyjnej dotyczącej art. 148 § 2 k.k. Adw. Bartosz Grohman zreferował projekt zmian w regulaminie aplikacji. Po dyskusji regulamin uchwalono.

Wiceprezes J. Agacka-Indecka poinformowała zebranych o zaangażowaniu firmy PR dla współpracy z naszym samorządem w zakresie prezentowania prawdziwego wizerunku adwokatury.

NRA postanowiła kwestię zezwoleń udzielanych aplikantom adwokackim na podjęcie działalności zarobkowej i zatrudnienia pozostawić decyzji Dziekanów ORA.

Wiceprezes P. Sendecki poinformował zebranych, iż legitymacje adwokackie pozostaną przez najbliższe kilka lat w kształcie podobnym do „starych”, z tym, że corocznie należy je przedłużać we właściwej ORA.

Rośnie lawinowo liczba szkód zgłaszanych do firmy Gerling, przy czym najczęściej skargi dotyczą uchybionych terminów wnoszonych opłat. Problem kas fiskalnych dotychczas nie jest definitywnie rozstrzygnięty.

Rzecznik dyscyplinarny adw. M. Mazurkiewicz poinformował zebranych o stanie spraw dyscyplinarnych. Adw. Jerzy Naumann zaproponował treść uchwały w

przedmiocie zagrożenia praw obywatelskich przez ograniczanie niezawisłości sędziowskiej. Uchwała została przyjęta przez aklamację.

Adw. J. Agacka-Indecka zreferowała zmiany w k.p.c. i k.p.k. Do chwili obecnej brak jest informacji o kontynuowaniu prac rządowych w zakresie przekazania spraw dyscyplinarnych z kompetencji sądownictwa wewnątrz korporacyjnego sądom powszechnym.

Prezes NRA adw. Stanisław Rymar złożył zebrany życzenia w związku ze zbliżającymi się Świętami Bożego Narodzenia.

Z PRAC PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ

Posiedzenie Prezydium NRA w dniu 24 października 2006 r. na wniosek Wiceprezes NRA adw. J. Agackiej-Indeckiej rozpoczęło się od omówienia sprawy kontaktów Adwokatury z mediami.

Adw. adw. Tomasz Kopoczyński z izby gdańskiej i Maciej Ślusarek z izby warszawskiej zaproszeni na posiedzenie Prezydium członkowie Komisji Działalności Publicznej Adwokatury zreferowali przebieg rozmów z firmami PR, w rezultacie, których jedna z nich została zarekomendowana przez Komisję, jako odpowiednia dla interesujących nasze środowisko celów. Wywiązała się po tych informacjach dyskusja.

Wśród innych spraw będących przedmiotem obrad Prezydium znalazły się problemy remontowe w niektórych Izbach (Płock, Koszalin), przyznanie odznak „Zasłużony dla Adwokatury”. Odznaki otrzymali: Bertand Favreau – prezes IDHAE, Jonathan Goldsmith – sekretarz generalny CCBE, prof. dr Hals Jürgen Hellwig, Nenad Janičević – prezes Macedońskiej Izby Adwokackiej, Vladimir Jirousek – prezes Czeskiej Izby Adwokackiej, za wybitne zasługi dla adwokatury polskiej. Przyznano również odznaki „Adwokatura Zasłużonym” adw. Stanisławowi Owczarkowi (pośmiertnie) z Izby łódzkiej, adw. adw. Zbigniewowi Kubickiemu oraz Janowi Kuklewiczowi z Izby krakowskiej, a nadto adw. Andrzejowi Jemielicie z Izby olsztyńskiej. Omówiono również kandydatury do nagrody „Złotej Wagi”.



Na posiedzeniu Prezydium NRA w dniu 7 listopada 2006 r., Prezes adw. St. Rymar w związku z wyborem adw. Wojciecha Hermelińskiego do Trybunału Konstytucyjnego RP złożył mu serdeczne gratulacje i podziękował za owocną pracę w Prezydium w charakterze Wiceprezesa w dwóch ostatnich kadencjach. Adw. W. Hermeliński podziękował wszystkim obecnym członkom Prezydium za lata dobrej współpracy.

Rozpatrywane były sprawy wynikające z protokołów obrad poszczególnych ORA, delegowano Członków Prezydium na egzaminy adwokackie. Odznaki „Adwokatura Zasłużonym” otrzymali adwokaci: Agnieszka Metelska, Janusz Sieć, Borysław Szlanta, Jacek Ziobrowski oraz Jerzy Chmura, Jerzy Zaniemojski. Omówiono sprawy uchybień w pracy Rzeczników Dyscyplinarnych ORA podniesione w piśmie Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości Pana Sędziego Andrzeja Kryże. Adw. D. Wojnar, dyr. OBA przedstawił zagadnienia związane z ośrodkami szkolenia zawodowego adwokatów. Wiceprezes adw. J. Agacka-Indecka złożyła sprawozdanie z Szóstej Konferencji Zawodów Prawniczych, która odbyła się w Berlinie, a Prezes S. Rymar z wizyty w Izraelu (wspólnie z adw. W. Hermelińskim) i podpisania umowy o współpracy z adwokaturą izraelską. Adw. K. Boszko Zastępca Sekretarza Prezydium przedstawił problem kas fiskalnych, po rozmowie w Ministerstwie Finansów. Co do obowiązku fakturowania VAT za działalność *pro bono* – to przy wprowadzeniu odpowiedniej ewidencji ten obowiązek może być zniesiony.



Na posiedzeniu 21 listopada 2006 r. przyznało odznakę „Zasłużony dla Adwokatury” dwóm kolegom adwokatom ze Szczecina.

Prezes S. Rymar zreferował przebieg posiedzenia Trybunału Konstytucyjnego, który rozpoznał skargę radców prawnych dotyczącą kompetencji samorządu radcowskiego. W większości spraw Trybunał orzekł podobnie, jak w stosunku do skargi samorządu adwokackiego. Przedstawił ponadto swój udział w uroczystościach Święta Niepodległości w dniu 11 listopada 2006 r.

Wiceprezes adw. J. Agacka-Indecka zreferowała przebieg posiedzeń komisji sejmowych w sprawie nowelizacji p. o a.



Na posiedzeniu Prezydium NRA w dniu 5 grudnia 2006 r. adw. St. Mikke redaktor naczelny „Palestry” zreferował przebieg debaty zorganizowanej przez „Gazetę Prawną”, podczas której podniósł, że adwokaci mają możliwość nieskrępowaną przez znowelizowany Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej) szerokiego informowania o swej działalności zawodowej, wyraził zastrzeżenia co do rankingów kancelarii adwokackich z uwagi na brak obiektywnych kryteriów, które nie są sprawdzalne przy organizowaniu tego rodzaju medialnych przedsięwzięć. W posiedzeniu Prezydium wzięł udział zaproszony dziennikarz Pan Paweł Blajer, kierownik Działu Prawa dziennika „Rzeczpospolita”, który stwierdził, że jest świadom wad obok zalet rankingów. Trzeba wypracować definicje kryteriów tej nośnej już imprezy prawniczej, jaką są rankingi. Nie da się ukryć, że podstawowymi kryteriami w ocenie kancelarii są: liczba pracowników i zyski kancelarii. On osobiście chciałby, aby NRA, jej Prezydium była w tej sprawie konsultantem, co zmniejszyłoby towarzyszące rankingom emocje i podniosło ich

prestiz. W dyskusji nt. rankingów udział wzięli adw. adw. A. Michałowski, St. Rymar, K. Boszko, A. Zwara, którzy krytycznie odnieśli się do rzetelności rankingów. Podnoszono w dyskusji, że wielka liczba kancelarii adwokackich nie bierze w nich udziału uważając rankingi za formę reklamy.

Adw. Mariusz Woliński zreferował swoje uczestnictwo w sesji plenarnej CCBE w Brukseli.

Prezes Stanisław Rymar poinformował o przesłanym do Premiera RP Jarosława Kaczyńskiego piśmie, w którym komunikuje o podpisaniu umowy dotyczącej współpracy adwokatur polskiej i izraelskiej.



Podczas posiedzenia Prezydium NRA w dniu 12 grudnia 2006 r. Wiceprezes adw. J. Agacka-Indecka poinformowała o swoim udziale w pracach w komisjach sejmowych dotyczących p. o a.

W dniu 11 grudnia 2006 r. odbyła się uroczystość wręczenia nagród „Złotej Wagi”. Otrzymali je dziennikarze: Stanisław Podemski i Anna Godzwon. (Sprawozdanie z tej uroczystości publikujemy na s. 371).

ADWOKATURA W PRACACH LEGISLACYJNYCH

Joanna Agacka-Indecka

Sprawozdanie z zakończenia prac sejmowej Podkomisji ds. zmian ustawy Prawo o adwokaturze (druk sejmowy nr 884)

W dniu 11 stycznia 2007 r. odbyło się ostatnie posiedzenie sejmowej Podkomisji wyłonionej z Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka, w skład której wchodziłi posłowie: Arkadiusz Mularczyk (PiS) – Przewodniczący, Katarzyna Piekarska (SLD) i Jerzy Kozdroń (PO). W posiedzeniach uczestniczył także poseł Stanisław Chmielewski (PO). W pracach nad projektem NRA reprezentowali: adw. Joanna Agacka-Indecka i adw. Andrzej Siemiński.

Przedmiotem obrad Podkomisji były zmiany do ustawy Prawo o adwokaturze (dalej: ustawa p. o a.) i innych ustaw (ustawy o radcach prawnych i notariacie), znajdujące się w projekcie rządowym opatrzonym sejmowym numerem 884, dotyczące zwiększenia nadzoru Ministra Sprawiedliwości oraz wprowadzenia zmian do samorządowych postępowań dyscyplinarnych.

Podkreślić należy, że w toku prac – poza wyrażaniem stanowiska oraz opinii – adwokatura przygotowała własny projekt zmian postępowania dyscyplinarnego przygotowany przez Ośrodek Badawczy Adwokatury im. W. Bayera i zaakceptowany przez Naczelną Radę Adwokacką.

Najważniejszymi zmianami, zaaprobowanymi przez Podkomisję z rządowego projektu, było wprowadzenie do art. 3 ustawy p. o a. nowego przepisu, który wprost stanowi o tym, że Minister Sprawiedliwości sprawuje nadzór nad działalnością samorządu jedynie w zakresie i formach określonych ustawą. Jedną z przewidywanych form jest obowiązek nałożony na wszystkie organy adwokatury i izb adwokackich przesyłania Ministrowi Sprawiedliwości odpisu każdej uchwały w terminie 30 dni od jej podjęcia.

Wielość przykładów opóźniania w przesyłaniu uchwał dotychczas podlegających kontroli Ministra spowodowała akceptację tego przepisu przez posłów. Przedstawiciele NRA podnosili aspekt braku praktycyzmu w przesyłaniu uchwał wszystkich organów samorządu adwokackiego Ministrowi, ale także i to nie zrodziło obaw o wykonalność praktyczną kontroli MS.

Projekt przewiduje prawo zaskarżenia uchwał przez MS do Sądu Najwyższego w wypadku naruszenia prawa (w ciągu 3 miesięcy od dnia doręczenia), lub rażącego naruszenia prawa (w ciągu 6 miesięcy od doręczenia). W proponowanym artykule użyto sformułowania o „ustalaniu wytycznych” przez Sąd Najwyższy co do sposobu załatwienia sprawy w sytuacji uchylecia uchwały do ponownego rozpoznania. Podnoszone przez adwokatyrę argumenty o braku formuły wytycznych w obecnym systemie i ustawie o SN, zdaniem posłów, nie przeszkadzają w praktycznym stosowaniu przepisu.

Uregulowano także tryb odwołań od uchwał rad adwokackich podjętych w sprawach indywidualnych (ORA – Prezydium NRA – MS – sąd administracyjny). Wiele czasu w dyskusji zajęło rozważenie uprawnień samorządu do odwołania od decyzji MS. Przedstawiciele MS powoływali przepisy k.p.a., które ich zdaniem pozwalają już obecnie na odwołanie się organów samorządu od decyzji Ministra o wpisie do adwokatury do sądu administracyjnego.

Na wniosek przedstawicieli samorządów wprowadzono jednak wprost prawo do zaskarżenia takiej decyzji przez organy samorządu, aby uniknąć ewentualnych rozbieżności w praktyce sądów administracyjnych.

Druga część proponowanej nowelizacji ujętej w sprawozdaniu dotyczy postępowania dyscyplinarnego.

Projekt rządowy, pozostawiając sądownictwo dyscyplinarne samorządom zawodowym, proponował zmianę dotyczącą ograniczenia skutków kary wydalenia z adwokatury do lat 5 aplikantów adwokackich, którzy byłiby uprawnieni do ponownego ubiegania się o wpis po tym okresie. Minister Sprawiedliwości argumentował tę zmianę interesem młodych ludzi, absolwentów wydziałów prawa, którzy oczekują większych ułatwień w dostępie do zawodu. Wskazywano, że zawsze można będzie odmówić wpisu w skrajnych wypadkach w oparciu o ogólną regułę rękojmi wykonywania zawodu z art. 65 p. o a.

Spotkało się to ze zdecydowanym sprzeciwem przedstawicieli NRA. Przedstawiono kontrargument o braku potrzeby „nagradzania” w ten sposób osób, które dopuściły się tak drastycznego naruszenia przepisów lub zasad etyki, że aż doszło do wydalenia z aplikacji. Wskazywano, że adwokatura oczekuje i zapewnia obecnie szeroki dostęp do zawodu dla ludzi zdolnych i etycznie nienagannych i nie widzi powodu, dla którego miejsca na aplikacji zajmować im mają osoby naruszające już na początku praktyki zasady wykonywania zawodu. Nie można było także zaakceptować argumentu o działaniu art. 65 p. o a., albowiem proponowany przepis stanowiłby *lex specialis* w stosunku do zasad ogólnych. Wówczas ubiegać się o dostęp do aplikacji mogłyby nawet te osoby, co do których nie upłynął okres

zatarcia skazania za przestępstwa związane z wydaleniem – co stanowiłoby praktykę niedopuszczalną.

Stanowisko to przekonało posłów, który sprzeciwili się wprowadzeniu tego przepisu i odrzucili proponowane brzmienie, pozostawiając w tym zakresie ustawę niezmienioną.

Przyjęte zmiany dotyczą także art. 90 p. o a. – precyzując, że obrońcą w postępowaniu dyscyplinarnym adwokackim może być jedynie adwokat, natomiast w ustawie o radcach prawnych – radca prawny lub adwokat.

Przyjęto także obowiązek przesyłania przez sąd dyscyplinarny prawomocnych orzeczeń do wiadomości (poza NRA) także Ministrowi Sprawiedliwości.

Wprowadzono także do wszystkich zmienianych ustaw klauzulę o odpowiednim stosowaniu kodeksu postępowania karnego, uzupełniając tym przepisy proceduralne ustawy p. o a. i tym samym eliminując przepisy pozaustawowe.

Ponadto wprowadzono nowe rozwiązania w postępowaniu dyscyplinarnym, które mają zapewnić jego efektywność, a niektóre – także zgodność z orzecznictwem sądowym Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zaprojektowano:

1) możliwość orzeczenia przez sąd dyscyplinarny kary podania treści orzeczenia do wiadomości środowiska adwokackiego poprzez jego opublikowanie w czasopiśmie, którego wydawcą jest organ adwokatury (art. 81 ust. 6 p. o a.);

2) jawność rozprawy przed sądem dyscyplinarnym, chyba że jawność ta zagraża tajemnicy adwokackiej, albo zachodzą inne wymagane przepisami prawa przyczyny wyłączenia jawności (art. 95a);

3) przepisy stanowiące o trybie podejmowania decyzji o tymczasowym zawieszeniu w czynnościach zawodowych w sytuacji powzięcia informacji o tymczasowym aresztowaniu adwokata.

Projekt przewidywał także, że Minister Sprawiedliwości będzie mógł wstąpić do toczącego się postępowania dyscyplinarnego na prawach strony, w taki sposób, aby uprawnienia do uczestnictwa w postępowaniu Ministra Sprawiedliwości nie kolidowały z samodzielną pozycją organów samorządu.

Przepis ten został jednak wcześniej przyjęty w sprawozdaniu podkomisji ds. zmian w kodeksie postępowania karnego (druk 483), której obrady toczyły się równocześnie i gdzie był on akceptowany przez adwokaturę, stąd jego przyjmowanie w podkomisji ds. zmian p. o a. stało się bezprzedmiotowe.

Największe spory budziła zmiana zaproponowana do art. 90 ust. 2 Prawa o adwokaturze, który do tej pory stanowi o możliwości polecenia wszczęcia postępowania dyscyplinarnego przez Ministra Sprawiedliwości. Projekt stanowi o uprawnieniu dodatkowym, to jest prawie do polecenia rzecznikowi dyscyplinarnemu wszczęcia postępowania przed sądem dyscyplinarnym.

Argumentacja podnoszona przez część posłów, przedstawicieli NRA i ekspertów zarzucała niezgodność takiego rozwiązania z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP i poglądami wyrażonymi na ten temat w wyrokach Trybunału Konstytucyjnego. Zarzutem było także pozbawienie obwinionego prawa do złożenia wyjaśnień przed

wniesieniem aktu oskarżenia i prowadzenia obrony zanim skarga znajdzie się w kognicji sądu – co stanowić może naruszenie konstytucyjnej zasady prawa do obrony. Podnoszono także inne sprzeczności w zakresie procedury karnej stosowanej odpowiednio oraz wadliwość terminologiczną przepisu. Na posiedzeniu Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka, głoszącej nad przyjęciem sprawozdania podkomisji, w dniu 24 stycznia 2007 r. padła propozycja skreślenia dyskusyjnej części przepisu, ale poprawka ta została odrzucona, a następnie przyjęta jako wniosek mniejszości do dalszych debat.

Przepisy przyjęte w opisywanym sprawozdaniu stanowiły efekt długich dyskusji w podkomisji sejmowej, stanowiąc w niektórych elementach efekt uzgodnień stanowisk prezentowanych przez posłów, przedstawicieli Ministra Sprawiedliwości i organów samorządów zawodów prawniczych. Przyjęte w sprawozdaniu regulacje mają stworzyć taki kształt postępowania dyscyplinarnego, który zapewni przejrzystość jego reguł i udział czynnika zewnętrznego w stopniu zapewniającym wystarczającą przejrzystość reguł postępowania dyscyplinarnego w samorządzie adwokackim. Niewątpliwie zbyt szybkie tempo prac na wielu posiedzeniach spowoduje, że – w wypadku przyjęcia jej w kształcie obecnie przyjętym przez Komisję, mimo możliwości stosowania odpowiedniego kodeksu postępowania karnego – powstanie wiele wątpliwości w stosowaniu noweli.

**Stanowisko Prezydium NRA z 23 stycznia 2007 r.
wobec projektu Ministra Sprawiedliwości
ustawy o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw
(projekt z 7 października 2006 r. po korekcie z 20 grudnia 2006 r.)**

I. Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej, po zapoznaniu się z projektem ustawy o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw opracowanym przez Ministra Sprawiedliwości, wyraża zaniepokojenie zawartymi w nim rozwiązaniami mogącymi wpłynąć na obniżenie poziomu wymagań wobec osób starających się o przyjęcie na aplikację adwokacką.

Ograniczenie liczby pytań testowych – a tym samym możliwości sprawdzenia zakresu i poziomu wiedzy prawniczej kandydata na aplikację adwokacką, a także zmiana punktacji (relacji procentowej zdanego egzaminu z 76% do 53,3%) świadczą o obniżeniu poziomu wymaganej wiedzy w stosunku do przeciętnie przyjmowanej skali egzaminów na studiach prawniczych.

Aplikacja adwokacka ma za zadanie uczyć praktycznego wykonywania zawodu, a nie doksztalać osoby z wiedzy prawniczej, którą w stopniu słabym posiadły na studiach. Po okresie 6 miesięcy aplikant adwokacki może już zastępować adwokata przed sądem rejonowym i osoba taka nie może prezentować braku profesjo-

nalizmu w zakresie wiedzy prawniczej objętej programem studiów. Dlatego przyjęta punktacja w ustawie zmieniającej Prawo o adwokaturze z 30 czerwca 2005 r. wzorowana była w toku prac sejmowych na odpowiadającym jej rozwiązaniom praktykowanym na studiach.

W ostatnim czasie samorząd adwokacki podjął wiele starań, opracowując i wdrażając nowe regulacje w zakresie wykonywania aplikacji adwokackiej oraz doskonalenia zawodowego adwokatów, zmierzające do zapewnienia wysokiego, profesjonalnego poziomu w prowadzeniu praktyki prawniczej przez swoich przedstawicieli – aplikantów adwokackich i adwokatów – tak, aby w zależności od poziomu posiadanych uprawnień dawali rękojmię należytego wykonywania zawodu lub czynności aplikacyjnych.

Obecnie obowiązująca punktacja wskazująca na zdanie egzaminu konkursowe na aplikację jest prawidłowa i winna być utrzymana.

II. Należy podkreślić, że proponowane przepisy nie uwzględniają wskazań zawartych w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 kwietnia 2006 r. (K 6/06), w którym zawarto argumentację określającą egzamin adwokacki jako egzamin zawodowy, do którego przygotowują aplikantów adwokackich organy samorządu adwokackiego poprzez prowadzone odpowiednie szkolenia oraz praktyki zawodowe.

Egzamin ten winien być prowadzony przez adwokatūrę – z niekwestionowanym i szerokim udziałem przedstawicieli delegowanych przez Ministra Sprawiedliwości.

III. Wiele z proponowanych rozwiązań wykazuje sprzeczną z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP ingerencję Ministra Sprawiedliwości w zakres zadań i uprawnień samorządu zawodu zaufania publicznego. Wyraża to w projekcie – między innymi – przekazanie Ministrowi wyznaczania reguł prowadzenia i organizowania aplikacji adwokackiej, w tym czasu jej trwania, swobodnego określania przez Ministra terminów egzaminów konkursowych czy też wykreślenie z art. 76 ust. 1 organów, w których obecnie prowadzona jest aplikacja i zastąpienie jej liczbą 20 posiedzeń sądowych (i to bez jakiegokolwiek wymogu merytorycznego, o jakie posiedzenia ma chodzić: karne, cywilne, rozprawy, posiedzenia i w jakim przedmiocie).

IV. Niezbędne jest rozważenie zgodności z Konstytucją, argumentacją Trybunału Konstytucyjnego oraz zasadą rękojmi prawidłowości wykonywania zawodu rozwiązań przyjętych w art. 66 dopuszczających do wykonywania praktyki adwokackiej bez egzaminu i aplikacji wymienione tam kategorie osób o określonym doświadczeniu zawodowym.

Wątpliwości te – mimo treści ustępu 3 tego przepisu – budzić może fakt posiadania odmiennego doświadczenia zawodowego adwokata po aplikacji adwokackiej i prokuratora lub radcy Prokuraturii Generalnej SP, z uwagi na znaczne różnice w przygotowaniu zawodowym podczas odpowiadających tym zawodom aplikacji.

Podobne zastrzeżenia dotyczą praktyki zawodowej asesora sądowego lub prokuratorowskiego – z uwagi na niewielkie doświadczenie praktyczne, które nie

uwzględnia koniecznych elementów szkolenia prowadzonego na aplikacji adwokackiej.

V. Zastrzeżenia budzi przyjęcie wydłużonych znacznie terminów w projektowanej treści art. 75b: 90 dni na podanie zakresu aktów prawnych obowiązujących na egzaminie konkursowym oraz co najmniej 50 dni na przekazanie zestawu pytań Ministrowi Sprawiedliwości.

Jest oczywiste, że organy samorządu adwokackiego nie mogą zaakceptować sytuacji, w której od kandydata na aplikację adwokacką nie będzie wymagana wiedza ze zmiany podstawowych aktów prawnych na egzaminie – w tym w szczególności tych, które będą mu potrzebne w czasie wykonywanej praktyki. Rozumiejąc intencję tego przepisu jako zapobieżenie zaskakiwania kandydatów pytaniami z aktów prawnych uchwalonych tuż przed egzaminem, Prezydium NRA wyraża pogląd, że termin ten (90 dni) powinien być o wiele krótszy. Należy mieć na uwadze także i to, że w praktyce aplikacyjnej aplikant nie może zasłaniać się niezajomością podstawowych, uchwalonych i obowiązujących zmian prawa. W sytuacji prowadzenia egzaminów konkursowych przez Ministerstwo Sprawiedliwości wydaje się, że taka regulacja jest zdecydowanie za daleko idąca.

Nie można też zaakceptować przekazywania pytań testowych do Ministerstwa Sprawiedliwości aż na 50 dni przed egzaminem. Problematyka przekazywania pytań co do trybu i czasu była już przedmiotem wielu sporów, a praktyka, jaka na tym tle się wytworzyła, wskazała, że tak długi okres przechowywania pytań egzaminacyjnych zagraża w większym stopniu ujawnieniem ich treści.

VI. Prezydium NRA wyraża aprobatę dla wielu szczegółowych uregulowań techniki przygotowania i prowadzenia egzaminów konkursowych i zawodowych przyjętych w projekcie, które w istocie odzwierciedlają rozwiązania stosowane przez wiele lat przez samorząd adwokacki.

Prezydium NRA wskazuje też na konieczność dokonywania dalszych uzgodnień i weryfikacji w zakresie proponowanych przepisów.

Przyjęte w projekcie zasady przeprowadzania egzaminu zawodowego, uprawniającego do uzyskania kwalifikacji zawodowych, poprzez obniżenie jego poziomu i zmniejszenie wymagań w imię doraźnych celów politycznych, nie może być aprobowane przez Naczelną Radę Adwokacką.

Z ŻYCIA IZB ADWOKACKICH

IZBA GDAŃSKA

PROTOKÓŁ Z POSIEDZENIA ORA Z 17 PAŹDZIERNIKA 2006 R.
W SPRAWIE ZWOŁANIA NADZWYCZAJNEGO ZJAZDU ADWOKATURY

Wyciąg z protokołu posiedzenia Okręgowej Rady Adwokackiej w Gdańsku z 17 października 2006 r.

AD. V-1) SPRAWA WYKONANIA UCHWAŁ ZGROMADZENIA

ADWOKATÓW IZBY GDAŃSKIEJ Z 10 CZERWCA 2006 R.

Sprawę zreferował adw. Marek Karczmarzyk, który przedstawił zgromadzonym pisemny wniosek o zwołanie Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Adwokatury wraz z obszernym uzasadnieniem. Głos w dyskusji zabierali Dziekan ORA adw. Jerzy Lipski, Wicedziekan adw. Jerzy Glanc, adw. Tomasz Kopoczyński, adw. Wojciech Babicki, adw. Włodzimierz Wolański i adw. Janusz Masiak.

Adw. Wojciech Babicki zaproponował wykreślenie z uzasadnienia przedmiotowego wniosku zapisu o redukcji izb adwokackich i wskazał na wyraźne wsparcie adwokatów ze strony organów sędziowskich.

Adw. W. Wolański zaproponował odbycie debaty telewizyjnej np. w stacji TVN, która umożliwiłaby publiczne przedstawienie problemów adwokatury.

Adw. T. Kopoczyński wskazał, iż brakuje pomysłu na wykreowanie wizerunku adwokatury na zewnątrz a w przypadku rozmów z agencją *public relations* adwokatura nie potrafi sprecyzować swojego stanowiska.

Dziekan J. Lipski i adw. J. Masiak zaproponowali, aby zebrani podjęli uchwałę zgodną z wnioskiem adw. Marka Karczmarzyka.

Rada uchwaliła: wykonać uchwałę nr 8 Zgromadzenia Adwokatów Izby Gdańskiej z 10 czerwca 2006 r. i wystąpić do NRA w Warszawie o zwołanie Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Adwokatury – zgodnie z załączonym wnioskiem.

WNIOSEK OKRĘGOWEJ RADY ADWOKACKIEJ W GDAŃSKU O ZWOŁANIE NADZWYCZAJNEGO KRAJOWEGO ZJAZDU ADWOKATURY

Okręgowa Rada Adwokacka w Gdańsku, wykonując uchwałę Zwyczajnego Zgromadzenia Izby Adwokackiej w Gdańsku z 10 czerwca 2006 r., na podstawie art. 55 ust. 2 ustawy z 26 maja 1982 r. – Prawo o Adwokaturze wnosi o zwołanie Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Adwokatury.

Uzasadnienie: Uchwałą z 10 czerwca 2006 r., Zwyczajne Zgromadzenie Adwokatów Izby Gdańskiej upoważniło Okręgową Radę Adwokacką w Gdańsku do wystąpienia z wnioskiem do Naczelnej Rady Adwokackiej o zwołanie nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Adwokatury.

Na przestrzeni ostatnich kilku lat Adwokatura z niepokojem śledzi skuteczne działania zmierzające do ograniczenia zasad niezależności i samorządności, będących podstawami jej działania od początku odrodzonej Rzeczypospolitej.

Obecnie pojawiające się rządowe projekty legislacyjne, spośród których wyróżnia się projekt ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze, poddający to postępowanie ścisłemu nadzorowi aparatu państwowego czy też sprzeczny z zasadą wolności gospodarczej projekt zmiany Prawa o Adwokaturze, dotyczący wynagrodzenia za czynności adwokackie dobitnie wskazują na eskalację tychże działań.

Jednocześnie obserwuje się dramatycznie szybki spadek społecznego prestiżu zawodu adwokata, wynikający nie tylko z szerszej tendencji do kwestionowania autorytetów charakterystycznej dla społeczeństw w okresie transformacji, lecz również będący skutkiem opiniotwórczej działalności mediów i elit politycznych, kreujących wizerunek adwokatury jako zamkniętej korporacji dbającej jedynie o własne interesy i przywileje finansowe.

W tym stanie rzeczy zasadne i uprawnione jest twierdzenie, że obecnie ważą się losy Adwokatury, która stoi przed zagrożeniem, że charakteryzujący ją przymiot zawodu zaufania publicznego, stanie się jedynie fasadowym określeniem bez praktycznych konsekwencji a działalność organów samorządu zostanie sprowadzona do wykonywania funkcji rejestrowych.

Dotychczas podejmowane przez struktury samorządu adwokackiego działania okazywały się często nieskuteczne i niejednokrotnie spóźnione wobec pojawiających się problemów i zagrożeń.

Wprawdzie z satysfakcją należy odnotować Uchwałę nr 43/2006 Naczelnej Rady Adwokackiej z 3 czerwca 2006 r., zobowiązującej Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej do powołania Zespołów do spraw: usprawnienia organizacji struktur adwokatury oraz do spraw zmiany przepisów ustawy Prawo o Adwokaturze, jednakże ograniczenie się do prac tych zespołów, czy też nawiązywanie kontaktów z agencjami *public relations* – chociaż konieczne – nie można uznać za wystarczające.

Wobec zarysowanej na wstępie skali zagrożeń dla bytu samorządnej i niezależnej Palestry działania jej organów, w tym przede wszystkim podejmowane przez

Naczelną Radę Adwokacką, powinny mieć legitymację Krajowego Zjazdu Adwokatury.

Zjazd powinien stać się szeroką platformą dyskusji i doprowadzić do znalezienia rozwiązań zmierzających dwutorowo: na płaszczyźnie zewnętrznej do przeciwdziałania negatywnym tendencjom legislacyjnym a jednocześnie usprawniających działania wewnętrzne struktur samorządowych.

Wprawdzie w tym pierwszym przypadku działania Adwokatury doznają istotnego ograniczenia, gdyż ostateczny kształt przepisów zależy od woli ustawodawcy, to jednak nie wyklucza to udziału samorządu w pracach legislacyjnych.

Ostatnie, negatywne doświadczenia związane z prowadzeniem prac ustawodawczych bez udziału Naczelnej Rady Adwokackiej powinny zostać przeanalizowane pod kątem możliwości zwiększenia wpływu Adwokatury na kształtowanie prawa, znalezienia rozwiązań pozwalających skutecznie promować jej postulat na szczeblu legislacyjnym.

Kwestią otwartą jest, czy działania te powinny wyczerpywać się w relacjach dwustronnych Adwokatura – ustawodawca, czy też należy włączyć w nie – a jeżeli tak, to w jakiej formie – wyspecjalizowany podmiot zajmujący się taką działalnością.

Wprawdzie problematyka ta, w odniesieniu do współpracy z agencjami *public relations*, była przedmiotem prac Naczelnej Rady Adwokackiej, to jednak kontrowersje dotyczące współpracy z takim podmiotem, mogące się pojawiać na gruncie tradycyjnych zasad deontologicznych wypracowanych i zakorzenionych w praktyce Adwokatury oraz brak szerokich doświadczeń w tym zakresie, prowadzą do wniosku o konieczności szerokiej dyskusji.

Zjazd powinien przeanalizować ponadto, czy władze Adwokatury w zakresie wpływu na kształtowanie praw wyczerpały wszystkie możliwości działania, w szczególności zaś rozważyć funkcję Ośrodka Badań Adwokatury, jako stałego centrum wyspecjalizowanego w tworzeniu i opiniowaniu projektów legislacyjnych.

W zakresie wywierania wpływu na rzecz korzystnych dla Adwokatury rozwiązań legislacyjnych należy się zastanowić nad celowością współpracy z samorządem Radców Prawnych. Prześledzenie bowiem działań tego samorządu wskazuje, że niejednokrotnie potrafił on szybko i skutecznie doprowadzać do korzystnych dla siebie zmian prawnych.

W obecnej zaś sytuacji można postawić tezę, że oba samorzady mają te same cele i w stosunku do obu istnieją analogiczne zagrożenia.

Zagadnienie powyższe nie może być jedynie przedmiotem prac i dyskusji w ramach Naczelnej Rady Adwokackiej, czy też powołanych przez nią komisji.

Współpraca ta bowiem – chociaż wydaje się celową – niesie za sobą realne zagrożenie w postaci faktycznego zaniku odrębności obu zawodów, a w konsekwencji do ich połączenia.

Kwestią oczywistą jest, że Adwokatura polska musi zachować swoją odrębność.

Dlatego też bacząc na powyższe zagrożenia, należy poddać szerokiej i wnikliwej dyskusji kwestię ewentualnej współpracy z samorządem radców prawnych, zasad tej współpracy, wypracowania wspólnej taktyki wobec projektów zmian w ustawach dotyczących ustroju obu zawodów, przy zachowaniu jednak zasad ścisłej odrębności zawodu adwokata.

Dyskusja na forum Zjazdu nad przedstawioną problematyką, nie tylko będzie miała znaczenie dla rewizji dotychczasowej praktyki wypracowania określonych rozwiązań.

Aktualny styl debaty publicznej wymusza generowanie jasnych i wyraźnych komunikatów.

Należy stwierdzić, że problem ignorowania czy też wręcz blokowania udziału Adwokatury w pracach legislacyjnych nie funkcjonuje w świadomości społecznej.

Jednocześnie – paradoksalnie dzięki często nieprzychylnym relacjom mediów – Adwokatura pozostaje w kręgu zainteresowania opinii publicznej.

Niewątpliwie więc niejako „przy okazji” Zjazdu problemy samorządu w omawianym zakresie zostaną szeroko upowszechnione. Należy tylko wyrazić nadzieję, że – po modelowej reakcji władz samorządowych związanej z nierzetelnym relacjonowaniem przebiegu ostatniego Zjazdu – środki masowego przekazu wykażą się profesjonalizmem.

O właściwy poziom przekazywanych mediom informacji powinni także zadbać organizatorzy Zjazdu.

Jak już wspomniano wpływ Adwokatury na bezpośrednie kształtowanie prawa jest z istoty rzeczy ograniczony.

Tym niemniej należy rozważyć, czy aktualne kierunki legislacyjne, wyrażające się jaskrawo w przytoczonych na wstępie projektach ustawodawczych są wynikiem jedynie tendencji populistycznych, koniecznością osiągnięcia doraźnych celów politycznych i fałszywego – z gruntu – obrazu Adwokatury.

Wydaje się niestety, iż w pewnej części tendencje te wynikają z działań i zaniechań samego samorządu, niebędącego strukturą w pełni wydolną, elastyczną, przystosowaną do ciągłego powiększania swoich szeregów, potrafiącą dostosować się do szybko zmieniającej się rzeczywistości.

Dlatego też koniecznością jest reorganizacja Adwokatury i znalezienie rozwiązań usprawniających jej funkcjonowanie.

Zmiany przeprowadzone od wewnątrz powinny doprowadzić do reakcji zwrotnej w postaci zaniechania, albo też złagodzenia niekorzystnego kierunku zmian.

Zjazd – na podstawie art. 56 p. o a. – władny jest do podjęcia uchwał zmieniających szereg zasad działania samorządu. Ponieważ scenariusz szybkich i negatywnych zmian ustawodawczych jest, wobec dotychczasowych doświadczeń, bardzo realny, zmiany muszą zostać przeprowadzone na Zjeździe zwołanym w trybie nadzwyczajnym.

Jednocześnie ich ranga wymaga wszechstronnej dyskusji. Wprawdzie problemy niżej przedstawione były już dyskutowane, jednakże niefortunne wydaje się

ich opracowywanie na forum jedynie komisji NRA, czy też w ramach różnorodnych konwentów regionalnych.

Dyskusje w węższym zakresie mogą doprowadzić do przeforsowania partykularnych interesów. Nadto zróżnicowanie Adwokatury wynikające z różnych form wykonywania zawodu i sytuacji ekonomicznej powoduje, iż reorganizacja struktur samorządu jest kwestią szczególnie wrażliwą, wymagającą nie tylko akceptacji Zjazdu, lecz otwartej i wnikliwej dyskusji na jak najszerszej płaszczyźnie, którą jedynie Zjazd może stanowić.

Zasadniczymi problemami dotyczącymi ewentualnej reformy struktur samorządu jest rozważenie – w granicach określonych obowiązującymi aktualnie przepisami – sposobu funkcjonowania organów wykonawczych, jak również zagadnienia kompleksowego uregulowania sądownictwa dyscyplinarnego.

Zastanowienia wymaga problem sposobu funkcjonowania organów wykonawczych – Naczelnej Rady Adwokackiej i Okręgowych Rad Adwokackich.

Jest oczywiste, że praca samorządowa jest zajęciem niezwykle absorbującym. Wobec znacznego napływu nowych członków korporacji, wydaje się, że rzetelna praca samorządowa – przynajmniej na stanowiskach związanych z uczestnictwem w Prezydium, lub też kierowania szkoleniem i doskonaleniem zawodowym – może już niedługo stać się zajęciem nie do pogodzenia z prowadzeniem rozbudowanej praktyki zawodowej, która jest zwykle regułą wśród członków organów wykonawczych. Pojawia się więc problem ewentualnego wynagrodzenia dla tych osób, którego wielkość pozwoli na ograniczenie działalności zawodowej do minimum i zajęcie się sprawami samorządowymi a jednocześnie będzie się wiązać z rozliczeniem z tej działalności.

Należy też rozważyć, czy – nie wchodząc w ustawowe prerogatywy organów wykonawczych – zasadne jest dopuszczenie możliwości cedowania niektórych spraw organizacyjnych, szczególnie związanych z finansami osobom posiadającym kwalifikacje menadżerskie.

Niezbędna jest także dyskusja nad kompleksowym uregulowaniem sądownictwa dyscyplinarnego, co w szczególności powinno dotyczyć ilości sądów, trybu wybierania sędziów a w tym postulatem, aby w skład sądu dyscyplinarnego danej izby nie wchodził jej członek, lecz adwokaci z innych izb.

Kwestie te – pomimo iż w postulowanym zakresie wchodzi w kompetencje zarezerwowane dla ustawodawcy – wymagają omówienia w celu wypracowania jednolitego stanowiska w dialogu z organami państwa w procesie ustawodawczym.

Wreszcie Zjazd powinien zająć się zagadnieniem niezwykle istotnym, jakim jest kreowanie pozytywnego wizerunku Adwokatury.

Sprawa ta nie ogranicza się jedynie do ewentualnego zatrudnienia firmy *public relations*, czy też wypracowania modelu sprawnego komunikowania się z mediami, chociaż problem ten sam w sobie jest ważny i należy go poddać pod zjazdową dyskusję.

Omawiając powyższą problematykę, trzeba wyraźnie stwierdzić, że Adwokatura polska, która zapisała chlubną kartę w budowie odrodzonego Państwa Polskiego, która przeszła zwycięsko ciężką próbę dwóch okupacji, stalinowskiego terroru a potem aktywnie włączyła się w obalenie komunizmu, nie sprostała wyzwaniom jakie niesie udział w życiu publicznym demokratycznego państwa.

Poza nielicznymi przypadkami Adwokatura nie wypowiadała się – jako całość – publicznie w ważnych kwestiach ustrojowych, związanych z obroną praw i wolności obywatelskich, kształtowania prawa, czy szeroko pojętych kwestiach społecznych. A przecież Adwokatura z woli ustawodawcy jest do tego powołana. Artykuł 1 p. o a. działalność taką stawia na równi ze świadczeniem pomocy prawnej.

Dlatego też koniecznością jest wypracowanie standardów działań w powyższym zakresie, rozważenie, czy obowiązek stałego monitorowania przedstawionych problemów powinien spoczywać na Naczelnej Radzie Adwokackiej, specjalnie powołanej strukturze, czy też należy w tym zakresie wykorzystać Ośrodek Badawczy Adwokatury.

Niezbędne jest także omówienie sposobów artykułowania stanowiska Adwokatury na zewnątrz. Wydaje się przy tym iż niewystarczające jest prezentowanie go jedynie na łamach „Palestry”, która jako pismo należące do kategorii branżowych ma ograniczone pole oddziaływania.

Zjazd powinien także omówić możliwości i formy realizacji tych zadań na poziomie lokalnym – Okręgowych Rad Adwokackich. Wypowiadanie się bowiem w sprawach ważnych dla mniejszych społeczności ma zawsze większą siłę oddziaływania.

Naszkieowane, powyżej, jedynie problemy powinny stać się przedmiotem szerokiej debaty i podjęcia decyzji zarezerwowanych do kompetencji Zjazdu.

Aktualna zaś sytuacja wymaga zdecydowanej i szybkiej reakcji, którą umożliwi jedynie zwołanie Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Adwokatury.

IZBA KOSZALIŃSKA

SPRAWOZDANIE Z PRZEBIEGU ZGROMADZENIA OKRĘGOWEJ IZBY ADWOKACKIEJ W KOSZALINIE

W dniu 14 października 2006 r. w sali konferencyjnej hotelu „Atlantic” w Nowych Bielicach pod Koszalinem odbyło się Zgromadzenie Okręgowej Izby Adwokackiej w Koszalinie.

Rozpoczynając obrady Zgromadzenia, Dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Koszalinie adw. Ryszarda Bochnia w imieniu ORA przywitał zaproszonego gościa: senatora RP adw. Piotra Zientarskiego, licznie przybyłe grono Koleżanek i Kolegów oraz nowych adwokatów przyjętych do grona członków Izby: adw. Małgorzatę Szafrąńską, adw. Katarzynę Szczepaniak, adw. Wojciecha Litorowicza i adw.

Edmunda Barcickiego, a także aplikantów, wpisanych na listę w wyniku egzaminu konkursowego, który odbył się w dniu 10 grudnia 2005 r. – Agnieszkę Cegielską, Annę Zientarską-Wierzbę, Beatę Świdnicką, Julię Szymańską, Justynę Judycką, Andrzeja Czernieca, Krzysztofa Wichra, Marcina Szymielewicz, Krzysztofa Kaszubskiego, Filipa Redlarskiego, Marcina Szumilasa, Aleksandra Czapskiego i Rafała Kulwikowskiego.

Dziekan ORA przekazał Zgromadzeniu życzenia od Dziekanów innych Izby Adwokackich – adwokatów: Jacka Treli, Zenona Marciniaka, Henryka Rossy, Andrzeja Pelca, Janusza Stecia, Marka Stoczewskiego, Wiktora Kołakowskiego, Stanisława Estreicha, Borysława Szanty, Jana Montowskiego, Grzegorza Jauńślawskiego. Zakomunikował, iż Prezydium NRA uchwałą z dnia 25 kwietnia 2006 r. przyznało Odznakę „Adwokatura Zasłużonym” Koleżance adw. Marii Kapsa oraz Koledze adw. Wojciechowi Schmidtowi.

Zgromadzenie wybrało Przewodniczącego Zgromadzenia adw. Tomasza Mułowskiego oraz Członków Prezydium Zgromadzenia: adw. Jadwigę Giżycką-Koprowską i adw. Tomasza Musiała.

Zgromadzenie przyjęło następujące uchwały:

Uchwała 1 – Zgromadzenie Izby koszalińskiej postanawia zatwierdzić roczne sprawozdanie z działalności Okręgowej Rady Adwokackiej w Koszalinie za okres 2005 r., zatwierdzić po wysłuchaniu Komisji Rewizyjnej zamknięcie rachunków za okres sprawozdawczy i udzielić Radzie absolutorium.

Uchwała 2 – Zgromadzenie Izby koszalińskiej postanawia uchwalić budżet Rady na rok 2007 w wersji przedstawionej w sprawozdaniu oraz składkę roczną płatną miesięcznie z góry do dnia 15 każdego miesiąca po 160 złotych, a od adwokatów wykonujących inny zawód prawniczy lub niewykonujących zawodu składkę miesięczną w wysokości po 120 złotych, płatną w terminie jak wyżej, adwokaci, którzy osiągnęli wiek emerytalny (mężczyźni 65 lat, kobiety 60 lat) i legitymują się 20-letnim stażem adwokackim, zwolnieni są z obowiązku uiszczania składki korporacyjnej ponad kwotę przesyłaną na rzecz Naczelnej Rady Adwokackiej w Warszawie, natomiast renciści opłacają składkę w wysokości 50% składki pobieranej od adwokatów wykonujących zawód, a wszyscy adwokaci wykonujący zawód obowiązani są ponosić opłaty za obowiązkowe ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej i za prenumeratę „Palestry”.

Uchwała 3 – Zgromadzenie Izby koszalińskiej postanawia upoważnić Okręgową Radę Adwokacką w Koszalinie do podniesienia lub obniżenia miesięcznej składki korporacyjnej w wypadku podniesienia lub obniżenia składki płaconej na rzecz Naczelnej Rady Adwokackiej lub w razie innej uzasadnionej potrzeby.

Uchwała 4 – Zgromadzenie Izby koszalińskiej postanawia nałożyć obowiązek uiszczania składki rocznej na potrzeby Izby przez aplikantów adwokackich i ustalić jej wysokość na 50 złotych miesięcznie.

Uchwała 5 – Zgromadzenie Izby koszalińskiej zobowiązuje Okręgową Radę Adwokacką w Koszalinie do przedstawienia pisemnego wykazu adwokatów i aplikantów adwokackich zalegających w płatnościach składki korporacyjnej, opłaty

za ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej i opłaty za „Palestrę” za okres dłuższy niż 3 miesiące.

Uchwała 6 – Zgromadzenie Izby koszalińskiej postanawia, iż opłata po dokonaniu wpisu na listę adwokatów z tytułu korzystania z majątku Izby Koszalińskiej wynosi równowartość półtorarocznej składki płaconej przez adwokatów wykonujących zawód w chwili dokonania wpisu i nie obejmuje aplikantów adwokackich Izby koszalińskiej.

Uchwała 7 – Zgromadzenie Izby koszalińskiej protestuje przeciwko naruszaniu wolności zawodów prawniczych, a w szczególności przez godzenie w fundamentalną zasadę swobody umów, ograniczanie wolności zawierania umów z klientem oraz godzenie w wolność prowadzenia działalności gospodarczej, naruszania tajemnicy zawodowej, co godzi w konstytucyjną zasadę samorządności i swobodę działalności gospodarczej.

Stefania Płocica

OGÓLNOPOLSKIE SEMINARIUM APLIKANTÓW ADWOKACKICH, DARŁÓWKO 2006

W dniach 29 września – 1 października 2006 roku w hotelu „Jan” w Darłównu w nadmorskiej scenerii odbyło się zorganizowane przez Okręgową Radę Adwokacką w Koszalinie „Ogólnopolskie Seminarium Aplikantów Adwokackich – Darłówno 2006”.

W seminarium uczestniczyło blisko 100 Kolegów oraz Koleżanek, aplikantów adwokackich z Izby warszawskiej, poznańskiej, białostockiej, gdańskiej, toruńskiej, bydgoskiej, szczecińskiej oraz koszalińskiej.

Gośćmi seminarium byli adwokaci: Ryszard Bochnia – Dziekan ORA w Koszalinie, Maria Kapsa – sekretarz Rady i Elżbieta Nowak – kierownik szkolenia aplikantów adwokackich izby koszalińskiej.

W drugim dniu seminarium, tj. 31 września 2006 r., Dziekan ORA w Koszalinie adw. Ryszard Bochnia przywitał zebranych.

Pierwszy wykład tego dnia wygłosił prof. Artur Nowak-Far ze Szkoły Głównej Handlowej, na temat „Stosowania i interpretacji prawa wspólnotowego w praktyce adwokackiej”.

Kolejny wykład przedstawił Sędzia Sądu Najwyższego Waldemar Płóciennik, pt. „Najnowsze kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w stosowaniu prawa karnego materialnego i procesowego”.

Tematem wykładu prowadzonego przez Asesora Sądowego Sądu Rejonowego Artura Nowaka były „Uwagi o zwrocie kosztów zastępstwa adwokackiego. Wybrane zagadnienia windykacji wierzytelności i ich egzekucja”.

Zakres tematyczny wykładów był bardzo obszerny, jednak osoby wykładawców zagwarantowały ich wysoki poziom merytoryczny, frekwencja na wykładach była

niemal 100%, wszyscy zebrani z wielkim zainteresowaniem wysłuchali prowadzących przedmiotowe wykłady. Wszyscy słuchacze wyrazili wdzięczność oraz podziękowania wykładowcom za przeprowadzone wykłady, jak również za podzielenie się wątpliwościami z aplikantami adwokackimi uczestniczącymi w seminarium.

Trzydniowy pobyt w DarłóWKu oprócz walorów szkoleniowych miał również na celu zintegrowanie środowiska, dlatego też uczestnicy seminarium, poza wykładami, mieli zapewnione liczne atrakcje, które na długo pozostaną w ich pamięci.

Spotkanie piątkowe aplikantów rozpoczął grill, następnie uczestnicy przenieśli się do kasyna, którego gospodarzem był sam Al Capone, zapewnił on uczestnikom przednią zabawę w stylu lat dwudziestych, kulminacją piątkowego wieczoru była dyskoteka z didżejem.

Ukoronowaniem seminarium była uroczysta kolacja bankietowa, przy dźwiękach wspaniałej orkiestry uczestnicy zaprezentowali swoje umiejętności taneczne.

Należy również podkreślić, iż uczestnicy seminarium mieli możliwość odpocząć we wspaniałej atmosferze. Szczególnie chętnie korzystano z atrakcji, jakie oferował „Aquapark”, równie chętnie korzystano z uroków nadmorskich plaż.

W niedzielę w dniu 1 października wspólne śniadanie zakończyło „Ogólnopolskie Seminarium Aplikantów Adwokackich – DarłóWko 2006”.

Piękna pogoda, doskonałe warunki pobytu, organizacja oraz znakomici prelegenci – wszystko to sprawiło, że uczestnicy uznali seminarium za bardzo udane. Seminarium w znacznym stopniu poszerzyło wiedzę uczestniczących w nim aplikantów adwokackich, jak również wyjaśniło wiele narastających wątpliwości.

Liczne podziękowania za organizację seminarium, które napłynęły do ORA w Koszalinie, świadczą o tym, że „Ogólnopolskie Seminarium Aplikantów Adwokackich – DarłóWko 2006” na długo pozostanie w pamięci uczestników.

Jakub Rogólski

IZBA WARSZAWSKA

SPOTKANIE OPŁATKOWE APLIKANTÓW

W WARSZAWSKIEJ IZBIE ADWOKACKIEJ – 7 GRUDNIA 2006 R.

Tradycja izby warszawskiej stanowi, iż każdego roku aplikanci izby przygotowują spotkanie opłatkowe aplikantów, na które zapraszają członków Okręgowej Rady Adwokackiej i opiekunów grup.

W tym roku zorganizowanie takiego opłatka okazało się nie lada przedsięwzięciem. Do tej pory aplikanci organizowali bowiem spotkanie w siedzibie warszawskiej ORA przy al. Ujazdowskich 49, co znacznie ułatwiało przygotowania. W tym roku mamy w izbie łącznie ponad 620 aplikantów I, II i IV roku co z góry przesądziło o konieczności znalezienia odpowiedniego, znacznie większego lokalu.

ORA zaproponowała wynajęcie Sali w Galerii Porczyńskich. Aplikanci pokryli koszty sali oraz przygotowanego poczęstunku, natomiast Okręgowa Rada Adwokacka przygotowała dla aplikantów niespodziankę. Niespodzianką tą był występ Michała Bajora.

Przygotowania do takiej imprezy nie były łatwe, wstępne ustalenia zapadały już we wrześniu (konieczność rezerwacji sali i ułożenia grafiku z Michałem Bajorem).

Sporym wyzwaniem dla organizatorów była sprawna organizacja i podzielenie zadań.

W imieniu ORA przygotowaniami zajął się adw. Bartosz Grohman, a w imieniu samorządu aplikantów przygotowania nadzorowali aplikanci adwokaccy Anna Mamcarz oraz Łukasz Ochman. Największym wyzwaniem było zorganizowanie występu Michała Bajora. Okazało się, że taki występ oznacza konieczność szczegółowych przygotowań. Należało zorganizować oświetlenie, akustyków, nagłośnienie sali oraz stroiciela fortepianu. Ta część zadania przypadła p. adw. Annie Patockiej-Sekulskiej, która w imieniu ORA z ogromną determinacją i poświęceniem negocjowała poszczególne punkty umów z obsługą techniczną imprezy (ekipa nagłośnieniowa przyjechała aż z Opolą). Zadanie jednak zostało wypełnione bez najmniejszych zakłóceń.

W czwartek, 7 grudnia o godz. 18.00 rozpoczęła się uroczystość. Aplikanci powitali członków ORA i opiekunów grup, oraz zaproszonych gości, wśród których znaleźli się między innymi adw. dr Zdzisław Krzemiński i adw. Czesław Jaworski.

W imieniu Okręgowej Rady Adwokackiej głos zabrał wicedziekan adw. Ziemiślaw Gintowt, który podziękował za zaproszenie i w krótkim przemówieniu podziękował aplikantom za zorganizowanie spotkania, życząc im zarazem wszystkiego najlepszego z okazji zbliżających się świąt.

Następnie głos zabrał adw. Jacek Kulisiewicz, który przez wiele lat pełnił funkcję kierownika szkolenia aplikantów warszawskiej izby, a który w tradycyjnie ciepłych słowach przypomniał tradycję spotkań opłatkowych i poprosił aplikantów, aby w swojej codziennej pracy nie zapominali, że są też inne wartości aniżeli praca adwokacka i codzienna biegania. Wskazał, że należy starannie pielęgnować życie codzienne, dbać o jego urozmaicenie i nie zapominać o drobnych gestach czy słowach, które sprawiają, że nasze życie jest takie wspaniałe.

Kolejnym mówcą był adw. Zdzisław Krzemiński. Nestor warszawskiej izby, postać nietuzinkowa, oddana adwokaturze całym swoim sercem, autor licznych publikacji poświęconych adwokaturze, wybitny szkoleniowiec. Mec. Krzemiński przypomniał aplikantom trudy lat okupacji i opisał pierwszą wigilię okupacyjną z 1939 roku. Inne były czasy, inne zagrożenia. Nie sposób teraz opisać, jakie były niebezpieczeństwa tamtych czasów, jak wiele istnień ludzkich zostało poświęconych aby niepodległość naszego Państwa została przywrócona. Ogrom ofiar adwokatów i aplikantów, ich poświęcenie w walce z okupantem i w organizację państwa podziemnego sprawił, że teraz nieskrępowani i wolni możemy spotkać się razem w przeddzień Świąt Bożego Narodzenia i złożyć sobie najserdeczniejsze życzenia.

Po przemówieniu mecenasa Zdzisława Krzemińskiego głos zabrał obecny kierownik szkolenia aplikantów warszawskiej izby adw. Bartosz Grohman, który nawiązując

do słów swojego przedmówcy stwierdził, że mamy wielkie szczęście, iż teraz możemy się swobodnie spotkać nie bacząc na godzinę policyjną, zagrożenia, i że na co dzień nie potrafimy docenić tego co mamy. Wspomnił też, że z racji wykonywanych czynności zawodowych aplikanci adwokaccy mają rzadką możliwość wpływania na naprawę wszelkiego zła, które nas otacza i wskazał, aby zastanowić się w tym przedświątecznym okresie, co można zrobić, aby polepszać otaczający nas świat. Złożył też aplikantom serdeczne życzenia w imieniu Dziekana Jacka Treli oraz pozostałych członków ORA i opiekunów grup, zapowiadając jednocześnie niespodziankowy występ Michała Bajora (przyznać jednak wypada, iż niespodzianki nie dało się utrzymać w absolutnej tajemnicy, więc część aplikantów już wiedziała kto wystąpi).

Michał Bajor jest klasą sam dla siebie. Osiągnięć artysty i jego dorobku nawet nie ma co wspominać, gdyż łamy niniejszego sprawozdania na to nie pozwalają. Wspomnieć jednak należy, iż 40 minutowy występ artysty został przyjęty owacyjnie. Michał Bajor zaśpiewał szereg piosenek m.in. do słów Wojciecha Młynarskiego, Agnieszki Osieckiej czy Jonasza Kofty. Publiczność podziwiała możliwości głosowe artysty. Na zakończenie występu Michał Bajor wprowadził wszystkich zebranych w świąteczny nastrój śpiewając kolędę „Lulajże Jezuniu”. Po zakończeniu występu istniała możliwość zakupu płyt artysty. Michał Bajor chętnie je podpisywał i w serdecznej atmosferze rozmawiał z aplikantami.

Następnie aplikanci zaprosili gości na poczęstunek. Były dania wigilijne – ryba i pierogi, do których ustawiła się kolejka. Wszyscy rozmawiali, składali sobie życzenia. Zapanowała istnie świąteczna atmosfera, choć był to dopiero początek grudnia.

Wydaje się jednak, iż nawet tak duża liczba aplikantów, jacy obecnie szkolą się w warszawskiej izbie nie stanowi żadnej przeszkody do podtrzymywania tradycji i przygotowania spotkania opłatkowego. Wszystko jest jedynie kwestią pomysłu i sprawnej organizacji.

Zamierzamy nadal pielęgnować tę piękną tradycję i już się zastanawiamy, jaką przygotować aplikantom niespodziankę w roku 2007?

Bartosz Grohman

VARIA

Nagroda „Jerrold Scoutt” Fundacji Rady Adwokackiej D.C. Columbia dla adwokat Annie Sykes-Strzemiecznej

Ostatnio dotarła do nas informacja od seniora adwokatury warszawskiej adw. Stanisława Strzemiecznego o tym, że jego córka, amerykańska adwokat polskiego pochodzenia Anna Sykes-Strzemieczna otrzymała w 2003 r. nagrodę „Jerrold Scoutt”, ustanowioną przez Fundację Rady Adwokackiej D.C. Columbia dla adwokatów angażujących się w bezinteresowną pomoc prawną organizacjom dobroczynnym.

Poniżej zamieszczamy tłumaczenie z języka angielskiego przemówienia, które adw. Anna Sykes-Strzemieczna wygłosiła 28 marca 2003 r. w Waszyngtonie.

Jestem zaszczycona przyznaniem mi nagrody Jerrolda Scoutta i świadoma, że jest wielu adwokatów, którzy w regionie Columbia udzielają pomocy osobom mającym niskie dochody i czynią to z zaangażowaniem, poświęceniem i znajomością rzeczy. Tym bardziej dziękuję Fundacji Rady Adwokackiej za wybranie mnie. Chciałabym dedykować tę nagrodę mojemu dziewięćdziesięciodziesięcioletniemu ojcu, który praktykę prawniczą rozpoczął przed II wojną światową, a w czasie wojny przeżył niemiecki obóz koncentracyjny. To on pierwszy uczył mnie sprawiedliwości i współczucia dla innych ludzi. Ojciec mój był tu przed siedemnastu laty, aby być ze mną i rodziną w momencie, kiedy zostawałam członkiem Rady Adwokackiej. Teraz też bardzo chciałabym, by był tutaj.

Wierzę, że nagroda, którą tego wieczora otrzymuję, jest odznaczeniem nie tylko dla mnie, lecz także dla mojej organizacji i współpracowników. W ciągu ostatnich szesnastu lat miałam szczęście pracować w Ayuda¹ z nadzwyczaj utalentowaną grupą ludzi, kobiet i mężczyzn. Wszyscy wierzyliśmy i wierzymy, że nasi klienci, którzy jako emigranci posiadają małe dochody i stanowią najbardziej wrażliwą część naszego amerykańskiego społeczeństwa, wiele od nas oczekują. Potrzebują oni pomocy i opieki prawnej i taką możemy im zapewnić. Moi współpracownicy byli i pozostają dla mnie inspiracją. Niektórzy z nich są tu dzisiaj i za tę obecność im dziękuję.

Praca w Ayuda nie zawsze jest łatwa, ale zawsze daje niewiarygodną satysfakcję. Nie mogę wyobrazić sobie większej satysfakcji, jak wywalczyć azyl polityczny dla kobiety, która w swoim kraju była więziona, torturowana i gwałcona, a teraz udało się jej połączyć ze swoimi dziećmi w USA, lub też satysfakcji z rozmowy z młodą kobietą z Salwadoru, która dwanaście lat temu,

¹ Ayuda – organizacja utworzona w celu pomocy prawnej osobom przebywającym na terytorium Stanów Zjednoczonych z zamiarem osiedlenia się tam.

jako dziecko, była moim klientem, po tym jak uciekła wskutek wojny domowej w Salwadorze, a dziś jest obywatelką USA i pracuje jako sekretarz prawny. Satysfakcją napawa też np. fakt, że syn mojego byłego etiopskiego klienta jest przed ukończeniem college'u, albo też wiadomość, że rodzina byłego uciekiniera, którą reprezentowałam przed dziesięcioma laty, nabywa nieruchomości w Wirginii. Tak wygląda nasza praca w Ayuda. Nasi klienci często nam mówią, że daliśmy im nowe życie. Jest to zapewne przesada, ale nasza praca często pomaga im lepiej żyć. Dla mnie szczególnym wyróżnieniem jest to, że moja praca w Ayuda pozwala mi na zmienianie życia wielu ludzi. Na zakończenie chcę podziękować osobie wyjątkowej w moim życiu, mojemu małżonkowi, który zawsze pomaga mi i wspiera mnie we wszystkim, co chcę osiągnąć, i który był i jest dumny z mojej pracy w Ayuda.

„Złote Wagi” – nagrody Naczelnej Rady Adwokackiej

11 grudnia 2006 r., w Centrum Konferencyjnym Polskiej Agencji Prasowej, wręczone zostały nagrody Naczelnej Rady Adwokackiej „Złote Wagi” – przyznawane dziennikarzom za rzetelne, poparte głęboką wiedzą i odznaczające się obiektywizmem publikacje i audycje na tematy prawne. To nagrody za obiektywizm, umiejętność znajdowania równowagi w świecie pełnym sprzeczności, wyważone sądy i spokojne opinie.

Złota Waga – symbol sprawiedliwości, jest oddawana w ręce tych ludzi pióra, mikrofonu i telewizji, którzy potrafią oprzeć się nadmiarowi emocji na rzecz spokojnego, rzeczowego spojrzenia na problem, którym się zajmują.

Laureatami Złotej Wagi zostali: red. Stanisław Podemski – za całokształt działalności dziennikarskiej oraz red. Anna Godzwon – Złota Waga Roku 2006.

Stanisław Podemski jest wieloletnim dziennikarzem „Polityki”, autorem licznych artykułów i komentarzy prawnych. W 1952 r. ukończył On Wydział Prawa Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu. Pisał w „Sztandarze Młodych”, „Gazecie Sądowej”, „Kurierze Polskim”. O zagadnieniach prawnych mówił także w telewizyjnej „Panoramie”, w której występował przez wiele lat. Swoje wieloletnie obserwacje z sal sądowych zawarł w wydanym niedawno „Pitawalu PRL-u”. Jest także laureatem wielu nagród, m.in. „Złotego Paragrafu” – nagrody Zrzeszenia Prawników Polskich i redakcji „Prawa i Życia”, a także Medalu Ministra Sprawiedliwości. Otrzymał Krzyż Oficerski Orderu Odrodzenia Polski.

Anna Godzwon pracuje w Informacyjnej Agencji Radiowej. W 1996 r. ukończyła Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych UW. Już na początku studiów podjęła współpracę z Rozgłośnią Harcerską, a dwa lata później przeszła do Naczelnej Redakcji Informacji Polskiego Radia – obecnej Informacyjnej Agencji Radiowej. Od początku pracy dla Polskiego Radia jest sprawozdawcą parlamentarnym. Otrzymała wiele nagród, m.in. w 2005 r. Złotą Akredytację dla najlepszego radiowego sprawozdawcy parlamentarnego.

„Złote Wagi” wręczała Kapituła nagrody, w której skład wchodzi: prezes NRA adw. Stanisław Rymar, red. naczelny „Palestry” adw. Stanisław Mikke oraz rzecznik prasowy NRA adw. Agnieszka Metelska. Prezes NRA stwierdził, że nagrody mają szczególną wartość w dniu dzisiejszym, kiedy to media i dziennikarze znajdują się pod ogromną presją.

Odbierając nagrodę Stanisław Podemski powiedział, że adwokatura przeżywa trudny okres, który jednak nie będzie trwał wiecznie, gdyż podąża właściwym szlakiem. Stwierdził, że zawód adwokata jest cnotą, o czym członkowie palestry powinni pamiętać.

Anna Godzwon odbierając statuetkę powiedziała natomiast, że od lat relacjonuje proces tworzenia prawa i chciałaby, żeby było tworzone w sposób przemyślany, z dbałością o interes publiczny.

Po raz pierwszy „Złote Wagi” przyznano w 2005 roku red. Marcie Pionkowskiej z „Gazety Prawnej” i red. Janowi Ordyńskiemu z „Rzeczpospolitej”.

Maria Sankowska

Podziękowania dla prof. dr. hab. Marka Safjana i Wiesława Johanna

W związku z zakończeniem kadencji na stanowisku Prezesa Trybunału Konstytucyjnego Naczelna Rada Adwokacka skierowała do prof. dr. hab. Marka Safjana list następującej treści:

Warszawa, 25 listopada 2006 roku

Wielce Szanowny Panie Profesorze,

Przedstawiciele Adwokatury Polskiej – członkowie Naczelnej Rady Adwokackiej pragną Panu wyrazić najgłębszy szacunek i uznanie za wszystko to, czego dokonał Pan w okresie dziewięcioletniej kadencji na stanowisku Sędziego i Prezesa Trybunału Konstytucyjnego.

Niezależnością poglądów, obiektywizmem, odwoływaniem się do najwyższych wartości zdobył Pan, Panie Profesorze, ogromne zaufanie nie tylko środowiska prawniczego, ale i w społeczeństwie.

Adwokatura Polska docenia, że przywracał Pan wiarę w to, iż wolności obywatelskie mogą być rzeczywistymi prawami a honor „rzeczą bezcenną”.

Zapisał Pan wspinałą, ważną kartę w historii umacniania demokratycznej Polski.

adw. Stanisław Rymar

ODPOWIEDŹ prof. dr. hab. Marka Safjana:

Warszawa, 15 grudnia 2006 roku

Szanowny Panie Prezesie,

Chciałbym bardzo serdecznie podziękować Panu osobiście oraz członkom Naczelnej Rady Adwokackiej za skierowane pod moim adresem słowa.

Ogromnie sobie cenię uznanie i szacunek środowiska prawniczego, które Państwo reprezentujecie. Wyrażam przekonanie, iż to na Polskiej Adwokaturze spoczywa dzisiaj ogromna odpowiedzialność za przyszłość państwa prawa i piecza nad respektowaniem jego zasad i wartości. Nie mam wątpliwości, że na takie wyzwania Polska Adwokatura jest znakomicie przygotowana.

Jednocześnie bardzo dziękuję za świetną współpracę w okresie mojej kadencji w Trybunale Konstytucyjnym.

Z wyrazami szacunku

Marek Safjan

List z podziękowaniami i wyrazami uznania Naczelna Rada Adwokacka wystosowała także do b. sędziego TK Wiesława Johanna, wcześniej adwokata izby warszawskiej.

R.

Odnaczenia dla adwokatów–obrońców w procesach „Poznańskiego Czerwca 1956”

Dnia 6 grudnia 2006 r. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej Lech Kaczyński przyznał ordery zasłużonym bohaterom „Poznańskiego Czerwca 1956”. Krzyżem Komandorskim Orderu Odrodzenia Polski odznaczeni zostali pośmiertnie trzej adwokaci: Stanisław Hejmowski, Michał Grzegorzewicz i Gerard Kujanek.

Poniżej krótko przypominamy sylwetki uhonorowanych adwokatów

Stanisław Hejmowski (ur. 22 czerwca 1900 roku w Libawie na Kurlandii. Był synem adwokata Konstantego Hejmowskiego. Prawo ukończył na Uniwersytecie Warszawskim w 1924 roku. W marcu 1928 r. zdał egzamin sędziowski i rozpoczął pracę jako asesor, a następnie podprokurator Sądu Okręgowego w Poznaniu. 15 maja 1930 r. został wpisany na listę adwokatów w Poznaniu. W 1931 r. obronił doktorat w UP. W czasie wojny przebywał w Warszawie, a po upadku Powstania Warszawskiego wrócił do Poznania i ponownie otworzył kancelarię adwokacką. W 1946 roku podjął się razem z adwokatem Janem Kręglewskim obrony z urzędu gauleitera Kraju Warty Artura Greisera. W latach 1946–1950 był członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej. W tym czasie zajmował się obroną w procesach działaczy polskiego podziemia antykomunistycznego, które odbywały się przed poznańskim Wojskowym Sądem Rejonowym. W czerwcu 1953 r. został członkiem Zespołu Adwokackiego Nr 5 w Poznaniu. Mimo iż przepisy tego zabraniały swoich klientów przyjmował nadal w prywatnym mieszkaniu. Wkrótce miało się to stać podstawą zarzutów w postępowaniu dyscyplinarnym.

Jego mowy obrończe i rewizje były słynne na cały kraj.

Na początku marca 1956 r. poznański Urząd Bezpieczeństwa rozpoczął *rozpracowywanie* adwokata St. Hejmowskiego. Sprawa operacyjna otrzymała kryptonim *Maestro*. Zebrane przez IPN materiały wskazują jednak, że Stanisław Hejmowski był obiektem zainteresowania aparatu bezpieczeństwa od końca lat 40.

Po krwawym stłumieniu przez komunistów poznańskiego Czerwca 1956 r. podjął się obrony robotników oskarżanych w procesach politycznych. Twarda postawa adwokata Hejmowskiego, niezłomność oraz ogromny talent prawniczy sprawiły, że stał się jednym z głównych celów UB. W 1961 roku przesłuchano większość jego dotychczasowych klientów i następnie 20 lipca 1961 roku podjęto decyzję o zawieszeniu w wykonywaniu czynności zawodowych na podstawie decyzji Ministra Sprawiedliwości. Jednocześnie w mediach rozpoczęła się nagonka na osobę Hejmowskiego. Sugerowano, że zawyżał opłaty adwokackie i przyjmował łapówki. Wydział finansowy Rady Narodowej podjął m.in. decyzję o domiarze podatkowym i grzywnie w wysokości 400 tysięcy złotych. Kary finansowe spowodowały Jego całkowitą ruinę materialną. Pozbawiono go także możliwości uczenia aplikantów oraz uczestniczenia w egzaminach adwokackich. Mimo, iż zawieszenie wygasło 29 maja 1963 roku to adwokat Hejmowski nie wrócił już do praktyki adwokackiej. Prowadził jedynie pomoc prawną dla poznańskiego duchowieństwa. Odsunął się nawet od kolegów z Zespołu Adwokackiego Nr 5 (byli wśród nich dwaj TW – „Sobkowski” i „Janusz”).

15 grudnia 1967 r. Stanisław Hejmowski doznał wskutek wylewu krwi do mózgu, porażenia prawostronnego i musiał zaniechać wszelkiej pracy. Pod koniec 1968 roku SB zakończyła formalnie Jego inwigilację. Stanisław Hejmowski zmarł w Poznaniu, 31 maja 1969 roku, i został pochowany na cmentarzu Junikowskim.

W 2001 roku Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej przyznało Mu pośmiertnie odznakę „Adwokatura Zasłużonym”, a w 50. rocznicę wydarzeń czerwcowych, w roku 2006, jedną z ulic Poznania nazwano Jego imieniem. W siedzibie IPN w Poznaniu otwarto stałą ekspozycję poświęconą adw. Stanisławowi Hejmowskiemu.

Michał Grzegorzewicz (ur. 17 marca 1907 r. we wsi Brzezcie koło Włocławka; zm. 31 grudnia 1993 r. w Poznaniu).

Pochodził z rodziny ziemiańskiej. W 1931 r. ukończył prawo na Uniwersytecie Warszawskim. Od 10 lutego 1932 r. odbywał aplikację sędziowską. Po ukończeniu jej pracował jako podprokurator w Toruniu i Poznaniu.

W czasie wojny wpisany został na listę adwokatów w Warszawie. W 1940 r. opowiedział się przeciwko skreśleniu Żydów z list adwokackich. Kilkanaście dni później został aresztowany i osadzony na Pawiaku wraz z kilkunastoma innymi adwokatami. Uciekł podczas transportu i do końca wojny kierował młynem pod Radomiem.

Po wojnie zgłosił się do SO w Poznaniu i kontynuował pracę jako podprokurator. Ze stanowiska tego został na własną prośbę zwolniony 21 listopada 1945 r., po czym rozpoczął praktykę adwokacką. Orzeczeniem Wojskowej Komisji Weryfikacyjnej z 22 sierpnia 1951 r. M. Grzegorzewicz uznany został za niegodnego wykonywania zawodu adwokackiego w Polsce Ludowej, mimo iż uzasadnienie nie zawierało żadnych zarzutów. Po odwołaniu orzeczenie zostało uchylone. Specjalizował się w sprawach karnych i był doskonałym mówcą. Cieszył się powszechnym uznaniem wśród sędziów oraz kolegów adwokatów.

W 1956 r. był obrońcą w dwóch zbiorowych „procesach poznańskich” W tzw. procesie dziewięciu (1956) bronił Jana Suwarta, syna przedwojennego komunisty, oskarżonego o udział w walkach na ul. Kochanowskiego. Grzegorzewicz wykazał, że Suwarta pchnęła do działania nędza. Z kolei w „procesie dziesięciu” bronił Mariana Joachimiaka. Zgłosili się też do niego rodzice Romka Strzałkowskiego. W trakcie procesu adw. Grzegorzewicz pokazał na sali rozpraw zakrwawioną koszulkę Romka Strzałkowskiego.

W 1960 r. przeciwko adw. M. Grzegorzewiczowi i innym obrońcom w procesach 1956 r. wszczęto postępowania dyscyplinarne. Adwokat Grzegorzewicz został zawieszony w czynnościach zawodowych. Choć nie zapadło orzeczenie skazujące, to został on zmuszony do opuszczenia Poznania. Od 1965 r. pracował w Zespole Adwokackim w Kole. W okresie tym mieszkał w wynajętym pokoju, a w domu w Poznaniu spędzał weekendy. W połowie lat siedemdziesiątych wrócił do Poznania do Zespołu nr 7.

Gerard Kujanek (ur. 9 marca 1909 r. w Poznaniu; zmarł 15 sierpnia 1967 r.).

Na listę adwokatów wpisany został 31 stycznia 1953 r. zaś ślubowanie adwokackie złożył 20 marca tr.

Warto podkreślić, że na wniosek adwokata Gerarda Kujanka w tzw. procesie trzech (oskarżonych o zabójstwo kaprała UB) w 1956 r. powołano biegłych socjologów, którzy podważyli linię oskarżenia, argumentując, że działania oskarżonych w dniu 28 czerwca 1956 r. spowodowane były „psychozą tłumu”. Zasygnęła apelem do sędziów, aby odrzucili wszelką politykę.

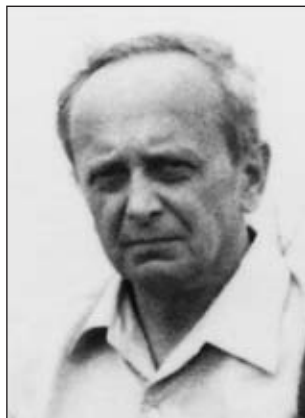
Był obrońcą w tzw. procesie dziewięciu, w której oskarżeni byli uczestnicy demonstracji na placu przed Prezydium Miejskiej Rady Narodowej w dniu 28 czerwca 1956 r.

Redakcja

SZPALTY PAMIĘCI

Adw. Andrzej Grabiński (1922–2006)

5 kwietnia 2006 r. zmarł w Warszawie adwokat Andrzej Grabiński, członek Warszawskiej Izby Adwokackiej. Cieszyłem się od kilkudziesięciu lat Jego ciepłą, czasami trochę szorstką, męską przyjaźnią i jak mnie mam zaufaniem. To, jak sądzę, upoważnia mnie do nakreślenia tych wspomnień, bardzo ułomnych i niekompletnych, ponieważ postać, o której piszę, jest tak wielowymiarowa i wielowątkowa, że napisać o niej wszystko jest niezwykle trudno. Stąd też czas, który musiał upłynąć od śmierci Andrzeja, aby przyjąć do bolesnej dla mnie świadomości, że Jego rzeczywiście fizycznie nie ma wśród nas.



Nie miałem z Nim wprawdzie stałych i częstych kontaktów gdzieś do roku 1976, ponieważ wykonywałem praktykę adwokacką w jednym z podwarszawskich Zespołów, ale wystarczyło, aby później zadzierzgnąć wyjątkowo dobre i już znacznie ściślejsze więzy towarzyskie, nieco później, zażyłej współpracy, a jeszcze nieco później, ściślej mówiąc, obrończej. Działo się to w okresie końcowym dobijanego przez, w znacznej mierze, własne zbrodnie i błędy PRL-u. Myślę tu o kilku naprawdę dużych procesach politycznych, Radia „Solidarność” i potem KOR-u. W procesie KOR-u broniliśmy wspólnie jednego obwinionego: Andrzej Grabiński, ja, i w końcu procesy (tej na Sali Wojskowego Sądu Rejonowego w Warszawie) adw. Ewa Milewska. Napisałem zupełnie świadomie w „końcówce”, bo procesy polityczne niebywale często były prowadzone po długich okresach śledztwa, w których obrońca miał

niejednokrotnie trudne zadanie bardzo częstego bywania u naszych politycznych klientów, po kilkanaście razy w miesiącu. Tak więc szczególnie dobrze pamiętam owe wyczekiwanie w zakładzie przy Rakowieckiej, na doprowadzenie do pokoju przesłuchań naszego klienta Henryka Wujca, jednej z czołowych postaci KOR-u, a następnie czasami wielogodzinne z nim rozmowy, zadawanie sobie na piśmie pytań i na tymże piśmie udzielanie odpowiedzi, bo wszędybylskie aparaty podsłuchowe, a później również zainstalowane na korytarzach i podobno w pokojach przesłuchań komórki podglądające, mogły przynieść niepowetowane szkody zarówno oskarżonemu jak i obrońcom. Na tym kończę opis techniki tych zabiegów i naszych poczynań, aby nie popaść w kolizję z zasadą tajemnicy adwokackiej, obowiązującej mnie dozgonnie. Polscy adwokaci, jak dotąd, dzielnie sobie radzą z dochowaniem wierności temu fundamentowi adwokatury, gdy, niestety, w Europie z tym bywa już zgoła inaczej.

Andrzej Grabiński, z którym zawsze po takich „wizytach” udawaliśmy się na kawę, był mistrzem w praktyce wypracowanej teorii występowania w tych procesach. Mógłby z powodzeniem być wykładowcą na kursach, ale, na szczęście, PRL wcześniej się skończył i taka potrzeba dla Niego nie wystąpiła.

Wyrażam głęboką nadzieję, że ktoś napisze wreszcie swoisty almanach obrońcy w procesach politycznych, a działały się one na terenie całego kraju, dopóki jeszcze żyją ich adwokaccy uczestnicy. Moje skromne wspomnienie o Andrzeju Grabińskim niech się stanie swoistą prowokacją dla takich zabiegów historycznych z szeroką warstwą anegdotyczną. Za kilkadziesiąt lat nikt, nawet przysłowiowy pies z kulawą nogą, nie będzie wiedział, co zrobili polscy obrońcy polityczni w okresie PRL-u dla odzyskania suwerennego bytu państwowego i narodowego. Przecież my sobie możemy powiedzieć, bez samochwalstwa, że wzięliśmy poczesny udział w walce, czy – jak kto woli – działalności *stricte* niepodległościowej. Czy ktoś może mieć wątpliwość, że broniąc naszych politycznych klientów, nie mieliśmy ostrej świadomości, że w istocie broniliśmy Polski? Dochodziło w tej mierze do swoistych paradoksów. W jednym z dużych procesów, po zakończeniu przemówień obrończych, jeden z bronionych klientów, nie mój, zadał mi rozpaczliwe pytanie: „panie mecenasie, dlaczego to broniąc, powiedzmy, Kowalskiego, ciągle pan o nim mówił, kilkakrotnie wymieniał jego nazwisko, a mój adwokat jakby o mnie zapomniał, mówił bardzo szeroko, przede wszystkim o polskiej racji stanu w tym procesie, o mnie chyba nic”. A ja mu na to: „bo pan miał szczęście do wielkiego, prawdziwego obrońcy politycznego, on mówił przede wszystkim o Polsce zniewolonej, upokorzonej stanem wojennym. Mówiąc o Polsce, jakże pięknie bronił pana”. Uspokojony klient usiadł na ławie oskarżonych.

Wybaczcie mi dygresje. Myślę, że Andrzej mi to już wybaczył. Jednak trochę faktów, tyle, na ile do nich dotarłem.

Andrzej urodził się 22 maja 1922 r. w podwarszawskiej miejscowości Utrata, w rodzinie patriotycznej, o nastawieniu na wskroś katolickim i narodowym. Andrzej był człowiekiem wyjątkowo dyskretnym, bardzo niewiele o sobie zwykł mówić.

Moje wiadomości faktograficzne pochodzą z akt personalnych Andrzeja Grabińskiego znajdujących się w archiwum naszej warszawskiej Rady Adwokackiej. Otóż ojciec naszego Andrzeja był odpowiedzialnym i znakomitym fachowcem, pracownikiem PKP.

Stąd, jak się wydaje, Andrzej, początkowo, podczas okupacji niemieckiej, uczęszczał do Liceum Komunikacyjnego, zdaje się w Pruszkowie. Przedwczesna śmierć ojca w 1942 r. spowodowała, że młodociany Andrzej Grabiński swoją życiową karierę zaczął od pracy w warsztatach kolejowych PKP jako ślusarz, zarabiając w ten sposób na utrzymanie matki i młodszego brata. Brało się to u niego z ogromnej odpowiedzialności za los osób mu bliskich. Ta piękna cecha charakteru towarzyszyła Mu do śmierci.

Później, już po wojnie, ciągle jako pracownik kolejowy, ale już w innym charakterze w województwie olsztyńskim, na tzw. Ziemiach Odzyskanych, odbudowywał jako odpowiedzialny, choć młody urzędnik polskie kolejnictwo.

Piszę to dlatego, aby uprzytomnić, jak przedziwnie mogą układać się losy człowieka. Potem Andrzej zapisał się na Wydział Prawa Uniwersytetu Warszawskiego, który ukończył w 1950 r. Działo się to w apogeum szaleństwa komunizmu w Polsce. Andrzej podejmuje zamysł odbycia aplikacji adwokackiej w 1953 r. Starania idą jak po grudzie, bo kto to słyszał albo widział, aby w czasach nasilonego terroru komunistycznego w ankiecie personalnej napisać uczciwie, że podczas okupacji należał do kilku niepodległościowych organizacji konspiracyjnych, m.in. ZWZ, Narodowych Sił Zbrojnych, AK?

Andrzej był człowiekiem zasad. Nie mógł po prostu wyprzec się udziału w najbardziej przez reżim komunistyczny znienawidzonych organizacji wojskowych. Uważałby to za zdradę swoich ideałów.

Rządził wówczas Radą Warszawską Dziekan dwojga imion (tak go nazywaliśmy) Władysław Janusz Tomorowicz. Człowiek o zajęczym sercu (chyba obrażam zajęce polskie), który kompletnie zidiociał ze strachu przed komuną bronił do adwokatury dostępu wszelkiej maści domniemanym reakcjonistom. Również mnie, w tym samym czasie co Andrzejowi, kazał tenże Władysław Janusz trzykrotnie pisać życiorys mojego ojca, oficera, który cudem po walkach w kampanii wrześniowej dostał się na Zachód, walczył w 1940 r. we Francji, a na dobitkę złego, na całe 6 lat zainstalował się w imperialistycznej Szkocji. Wielokrotnie z Grabińskim omawialiśmy psychologiczny fenomen tego kolosalnego tchórza samorządowego. Trzeba było robić nadzwyczajne sztuczki (darujcie ten kolokwializm), nieraz konfabulować, aby wreszcie przełamać barierę strachu tego polskiego, bądź co bądź, inteligentnego sługi komunizmu. Moje starania o wpis trwały tylko rok, Andrzeja trzy lata, ale przyszła wreszcie tzw. odwilż i jakoś Mu odwagę wybaczyli.

Andrzej za liczne procesy polityczne był oczywiście w „zainteresowaniu” SB, jak to się w gwarze ubeckiej nazywało. Miałem się zapoznać z materiałami inwigilacji Andrzeja, na krótko przed Jego niespodziewaną śmiercią, które uzyskał z IPN, ale jak to najczęściej bywa, chroniczny brak czasu opóźnił moją wizytę u niego.

Byliśmy w stałych kontaktach telefonicznych, nie wychodził już z domu z powodu choroby, a ja, do dziś to sobie wyrzucam, odkładałem wizytę u Niego na trochę później, aż się stało za późno. Niech mi to dobry Bóg wybaczy. Andrzej Grabiński w IPN oczywiście uzyskał status pokrzywdzonego. A z wiadomości, które docierają od tych którzy materiały zgromadzone w IPN widzieli wynika, że był człowiekiem bez skazy.

Procesów politycznych w jego życiorysie adwokackim było bez liku. Bronił z adw. Stanisławem Szczuką Wojciecha Ziemińskiego, nieustępliwego, znanego całej Polsce niepodległościowca. Prowadził wiele procesów i akcji opozycyjnych wspólnie z adwokatami Stanisławem Szczuką i Janem Olszewskim, o czym nie raz wspominałem na łamach naszej „Palestry”. Bronił studentów z roku 1968, robotników Radomia i Ursusa i wielu innych. Pamiętam Jego wielkie przemówienie w procesie zabójców ks. Jerzego Popiełuszki.

Przekonany, jakże słusznie, o ogromnej roli Kościoła w historii Polski, wyspecjalizował się w trudnych, często beznadziejnych, „sprawach księży”, zarówno kapłanów zbrodniczo pomordowanych przez „nieznanych sprawców”, jak i tych, którzy zdofali uratować życie emigracją z Polski. Myślę tu o procesie ks. Błachnickiego, który więcej szkody swoją charyzmatyczną działalnością przyczynił PRL-owi niż niejedna dywizja pancerna, która by na PRL najechała. Wyobrażam sobie irytację Andrzeja, która by niewątpliwie nastąpiła na wiadomości nadchodzące z ogłupiałej Anglii, która dziś wypiera się św. Mikołaja, świątecznych pocztówek z życzeniami Merry Christmas, która polskim stowarzyszeniom działającym na terenie Zjednoczonego Królestwa zabrania używać nazwy „Chrześcijańskich” Stowarzyszeń Polskich pod groźbą cofnięcia dotacji pieniężnych potrzebnych dla ich działalności. Europa Zachodnia coraz bardziej podcina korzenie swojej kultury i swojego istnienia.

Iluż ludzi Andrzej mądrymi radami i opiniami uratował przed „odsiadką”. Była to nieustanna, mrówcza praca organiczna, która się nigdy nie kończyła.

Z pracą adwokacką równolegle prowadził działalność polityczną, że wymienię tu doradztwo KOR-u czy stałą opiekę nad Regionem „Solidarności” Mazowsze, od początku powstania tego związku do zwycięskiego końca. Przy tym Grabiński wcale nie był „przymilny”, promował swoje *credo* bez oglądania się na jakiegokolwiek względy. Czasami nie podobał się za swoje stanowisko, nigdy jednak nie odmówiono mu szacunku.

A jakże nie sięgnąć do czasów już bardzo odległych, do działalności w Klubie Krzywego Koła. Nieraz w ogromnym tłumie, na schodach staromiejskiej kamieniczki wysłuchiwałem znakomitych referatów i ognistych polemik. A stosunkowo niedawno wielkie wydarzenie, którego był współautorem już w niepodległej Polsce, budowa pomnika ofiar terroru komunistycznego. Przemawiał chociaż wówczas, był już poważnie chory. Lekcewał swój stan zdrowia, ale zazwyczaj bardzo serdecznie troszczył się o zdrowie innych.

Myślę, iż bez żadnej przesady Andrzej Grabiński przechodzi do ojczywej historii

jako wybitna postać polskiej adwokatury drugiej połowy XX i początków XXI wieku. Był człowiekiem-instytucją. Oto kilka wyjątków z nekrologów zamieszczonych w prasie ogólnopolskiej:

„Żołnierz Narodowych Sił Zbrojnych, działacz „Solidarności”, obrońca robotników Radomia i Ursusa, oskarżyciel posiłkowy w procesie zabójców ks. Jerzego Popiełuszki” (Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej Lech Kaczyński).

„Odszedł patriota, człowiek zasad, który dobrze zasłużył się adwokaturze i Polsce.” (Prezes NRA adw. Stanisław Rymar).

„Stał w szeregu najlepszych adwokatów warszawskich. Wzór do naśladowania dla następnych pokoleń adwokackich” (Dziekan ORA w Warszawie adw. Jacek Trela).

„Czuły i znakomity Mąż, Ojciec, Dziadek, człowiek wzorowy, związany z narodem i Kościołem” (syn Andrzeja z rodziną).

Co tu jeszcze dodać, aby przybliżyć prawdę o tej Postaci.

Andrzej Grabiński był znaczącym samorządowcem adwokackim. Moim droгим kolegą sędzią dwu kadencji w Wyższym Sądzie Dyscyplinarnym. Bolał bardzo nad uszczupleniami, jakże nieuprawnionymi i niesprawiedliwymi, kompetencji jego ukochanej adwokatury. Był dobrym mówcą na zgromadzeniach Izby, jak i Zjazdach Adwokatury. Zabierał głos w sprawach pryncypialnych. Uhonorowany został Odznaką „Adwokatura Zasłużonym”.

Prezydent RP odznaczył Andrzeja Grabińskiego pośmiertnie Krzyżem Komandorskim Orderu Odrodzenia Polski z Gwiazdą. Odznaczenie przyszło jakby nieco późno, ale to dopiero ostatni Prezydent Polski zaczął dostrzegać działaczy niepodległościowych formacji ideowej Andrzeja Grabińskiego. Cichych, skromnych, nie narzucających się nikomu. Dodać należy dla porządku, iż czynnej pracy adwokackiej z powodów zdrowotnych Andrzej poniechał w 1997 roku. Przedtem wiele lat był członkiem Zespołu nr 25 w Warszawie, lubianym i szanowanym przez swoich kolegów.

Wypada wspomnieć również, iż w życiu prywatnym Andrzej był wspaniałym rozmówcą, erudytą, znawcą historii, szczególnie ojczystej. Potrafiliśmy godzinami rozmawiać o Powstaniu Styczniowym w kontekście pamiętników hr. Berga i wspomnień czołowych polskich dowódców tego powstania. Andrzej to czarujący towarzysz dobrego obiadu czy kolacji w doborowym towarzystwie swoich przyjaciół.

Pogrzeb naszego Drogiego Kolegi na Powązkach, rozpoczęty Mszą Św. w Kościele św. Karola Boromeusza, zgromadził wielu Jego przyjaciół, znanych polityków i klientów, zwłaszcza tych z obron opozycyjnych. Znakomite przemówienie nad grobem Zmarłego wygłosił adw. Jacek Trela, Dziekan Warszawskiej ORA, honory Zmarłemu oddał Poczest Sztandarowy Adwokatury, złożony z naszej młodzieży aplikanckiej.

Panteon chwały Polskiej Adwokatury nieopisany i nieoznaczony miejscem istnienia już zapewne przyjął Andrzeja do swego dostojnego grona. Zapewnił mu trwałe byt w swojej historii sięgającej czasów Bolesława Chrobrego.

Pozostał po Andrzeju smutek, ale równocześnie żywe przeświadczenie, że nie wszystek odszedł. Pozostawił nam przekaz odważnego życia w tragicznych dla Narodu i Państwa Polskiego czasach. Testament bezinteresowności działania dla Ojczyzny i współobywateli, przyjaźni dla dobrych acz często skrzywdzonych ludzi, ciągłej gotowości służby. Wzór dla nowych, młodych pokoleń adwokackich. Wiatyk na trudną, ale jakże piękną adwokacką drogę.

Andrzej Bąkowski

Adw. Jan Ratajski (1919–2006)

W dniu 23 października 2006 r. zmarł w Poznaniu adwokat Jan Ratajski, nestor adwokatury wielkopolskiej.

Urodził się w dniu 12 grudnia 1919 r. w Książu Wlkp., pow. Śrem, jako syn Wojciecha i Anny z Burzyńskich. Uczęszczał do szkół średnich w Jarocinie i Środzie Wlkp., w którym to mieście zdał egzamin dojrzałości w 1939 r.

W czasie wojny pracował jako robotnik rolny. Od lutego do października 1945 r. był pierwszym burmistrzem w mieście Kargowa na Ziemiach Odzyskanych.

W latach 1945–1949 studiował prawo na Wydziale Prawno-Ekonomicznym Uniwersytetu Poznańskiego. Z dniem 7 kwietnia 1951 r. został wpisany na listę aplikantów adwokackich, aplikując w kancelariach znanych poznańskich adwokatów – cywilistów: Tadeusza Dziennika, dr. Stanisława Berkana i Adama Jeżewskiego. Egzamin adwokacki zdał z wynikiem dobrym w dniu 4 lutego 1953 r. W dniu 11 maja 1953 r. złożył ślubowanie i przez krótki czas prowadził prywatną kancelarię adwokacką w Poznaniu. Od 1 stycznia 1954 r. był członkiem Zespołu Adwokackiego Nr 8, w Poznaniu a od 1 stycznia 1957 r. do 31 sierpnia 1959 r. prowadził ponownie prywatną praktykę adwokacką, aby z dniem 1 września 1959 r. stać się członkiem Zespołu Adwokackiego Nr 12 w Poznaniu.

Podkreślić trzeba, że od dnia 3 grudnia 1976 r. do końca 1989 r. był nieprzerwanie kierownikiem Zespołu Adwokackiego Nr 12 w Poznaniu, a więc w latach bardzo trudnych dla adwokatury. Od 1 stycznia 1990 r. do 30 września 2006 r. prowadził znów prywatną kancelarię adwokacką w swoim mieszkaniu.

Przekazując krótko przed śmiercią kancelarię swojemu, wyznaczonemu przez



Radę Adwokacką, następcy, oddał mu do dalszego prowadzenia przeszło 100 spraw karnych, cywilnych i administracyjnych. Za wyjątkowe zasługi został odznaczony odznaką „Adwokatura Zasłużonym” i Złotą Odznaką dla Adwokatury Wielkopolskiej.

Drugą – obok adwokatury – pasją życiową Jana było łowiectwo. Był myśliwym etycznym i niesłychanie wrażliwym na cierpienia zwierząt. Dokarmiał zwierzyne i dbał o nią w ciągu całego roku, bolał bardzo nad wyniszczeniem zwierzyny łownej na terenie Wielkopolski, w tym nad prawie zupełnym wytrzebieniem zajęcy, królików, kuropatw i bażantów. Był niedoścignionym wzorem prawdziwego myśliwego. Bez przesady można powiedzieć, że był myśliwym z powołania, oddając łowiectwu każdą wolną chwilę swojego życia pozazawodowego.

W dniu 30 stycznia 1961 r. zmarł śmiercią tragiczną w wypadku drogowym Jego starszy brat, adwokat Zygmunt Ratajski. Był to moment zwrotny w życiu Jana, gdyż musiał przejąć po nim olbrzymią kancelarię adwokacką. Od tej chwili rozpoczął się w Jego życiu zupełnie nowy etap, który trwał 45 lat.

Wkrótce też okazało się, że był sumiennym, wytrawnym, pracowitym i wszechstronnym adwokatem, szanowanym przez sędziów i cenionym przez klientów.

Był ogromnie lubiany przez kolegów i zajmował trwałe miejsce w pokojach adwokackich w Sądzie Rejonowym i w Sądzie Okręgowym w Poznaniu. Był nie tylko dobrym adwokatem praktykiem, ale też świetnym znawcą orzecznictwa i literatury prawniczej. Chętnie dzielił się swoją bogatą wiedzą z kolegami i z aplikantami adwokackimi. Był bardzo ciepły w obejściu, uczynny, grzeczny i dobrze wychowany, czym zaskarbił sobie sympatię otoczenia i wdzięczność klientów.

Jego takt osobisty zyskiwał Mu życzliwość kolegów i sprawił, że przez kilka kadencji był prezesem Sądu Dyscyplinarnego przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Poznaniu.

Był również patronem wielu aplikantów adwokackich, których wdrażał do trudnego zawodu adwokata z konsekwencją i z wyrozumiałością.

Zmarły był człowiekiem wielkiego formatu duchowego, rozległych zainteresowań i ogromnej wiedzy, a przy tym bardzo skromnym. Do ostatnich dni swojego życia zachował bystrość umysłu i żywo reagował na problemy naszego środowiska zawodowego.

W prasie poznańskiej ukazały się nekrologi: rodziny, Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu, prezesa i sędziów Stałego Polubownego Sądu Gospodarczego Wielkopolskiej Izby Przemysłowo-Handlowej, którego był sędzią, członków, aplikantów i pracowników byłego Zespołu Adwokackiego Nr 12, jak również wzruszający i bogaty w treść nekrolog prezesa i sędziów Sądu Apelacyjnego w Poznaniu.

Pogrzeb adwokata Jana Ratajskiego odbył się na cmentarzu w rodzinnym Książu Wlkp. w dniu 27 października 2006 r. przy przepięknej pogodzie ostatniego ciepłego dnia złotej polskiej jesieni. Poprzedzony został Mszą św. odprawioną w kościele parafialnym pod wezwaniem św. Antoniego Padewskiego przez miejscowego proboszcza ks. kanonika Mariana Kieronia, który też prowadził kondukt po-

grzebowy. Ostatnią posługę Zmarłemu oddali członkowie rodziny, tłumnie zebrani mieszkańcy Książa i klienci oraz licznie przybyli adwokaci Wielkopolskiej Izby Adwokackiej, jak również – co nie jest obecnie częste – sędziowie z prezesem Sądu Apelacyjnego na czele.

W imieniu Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu pożegnał zmarłego Kolegę wicedziekana Andrzej Reichelt, a myśliwi z koła łowieckiego „Knieja”, którego był założycielem w 1946 r., żegnali Go sygnałem „Pożegnanie myśliwego”.

Cześć Jego pamięci!

Andrzej Marcinkowski

**Prof. dr hab. Alicja Kędzierska-Cieślak
(1929–2006)**

Pani Profesor Alicja Kędzierska-Cieślak ukończyła studia prawnicze na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie i tam też rozpoczęła swoją karierę naukową jako asystent w Katedrze Prawa Cywilnego, gdzie na podstawie rozprawy doktorskiej, której promotorem był prof. dr hab. Jan Gwiżdżomorski, uzyskała stopień naukowy doktora. Następnie uzyskała tytuł doktora habilitowanego nauk prawnych w zakresie prawa cywilnego. W pierwszej połowie lat siedemdziesiątych swoje losy – wraz z mężem, wybitnym karnistą, profesorem Marianem Cieślakiem – związała z Uniwersytetem Gdańskim, gdzie niemal od początku istnienia Wydziału Prawa kierowała Katedrą Prawa Cywilnego Materialnego.

Zajmowała się teorią prawa cywilnego, przy czym podejmowała zawsze tematy fundamentalne. Jej prace wywarły widoczny wpływ na rozwój polskiego prawa cywilnego, nie tylko poprzez udział w kształtowaniu poglądów doktryny i judykatury (przykładem takiej pracy był artykuł „Przepadek mienia jako instytucja cywilnoprawna (art. 412 k.c.)”, *Studia cywilistyczne* 1969, t. XIII–XIV, poświęcony przypadkowi świadczenia na rzecz Skarbu Państwa, który stał się fundamentem dla wydanych przez Sąd Najwyższy wytycznych dla wymiaru sprawiedliwości zawartych w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z 1973). Przyczyniła się do tego przede wszystkim poprzez wskazywanie właściwych kierunków prac legislacyjnych. Trzeba przy tym podkreślić, że poglądy przez nią wyrażane stały często w opozycji do założeń ideologicznych systemu prawnego państwa komunistycznego, a ich słuszność potwierdzały zmiany następujące w prawie cywilnym do-

piero w późniejszych latach. Walczyła w swych pracach m.in. o wprowadzenie do Kodeksu cywilnego możliwości przyznawania zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Pionierska w prawie cywilnym była praca zatytułowana „Komis (zagadnienia cywilnoprawne)”, wydana w 1973 r., w której po raz pierwszy podjęła próbę konstrukcji pojęcia zastępstwa w prawie cywilnym, rozwinęła następnie w artykule „Powiernictwo (próba określenia konstrukcji prawnej)”, opublikowanym w „Państwie i Prawie” w 1977 r. W późniejszym okresie w swojej twórczości zajmowała się także zagadnieniami z zakresu prawa autorskiego, w szczególności problemami naukowej twórczości pracowniczej. Była także współautorem podręcznika „Prawo cywilne w świetle przypadków”. Śp. Pani Profesor Alicja Kędzierska-Cieślak była wybitnym dydaktykiem. Jej wykłady cieszyły się wielkim powodzeniem. Jako osoba bardzo wymagająca wobec samej siebie, była również wymagająca dla współpracowników i studentów, w pracy zawodowej zarówno naukowej, jak i dydaktycznej cechował ją perfekcjonizm. Prowadziła na Uniwersytecie Gdańskim Koło Naukowe Cywilistów, organizowała obozy naukowe. Jej studenci, jak i prowadzone przez nią koło naukowe, byli laureatami szeregu nagród i wyróżnień. Była głęboko zaangażowana w życie studenckie. Z entuzjazmem przyjęła odrodzenie samorządności studenckiej w 1980 roku. Pani Profesor Alicja Kędzierska-Cieślak była opiekunem wielu prac magisterskich z zakresu prawa cywilnego, a także promotorem trzech doktoratów, wszyscy trzej doktoranci kontynuują karierę naukową i dydaktyczną. Jako nauczyciel akademicki na Uniwersytecie Gdańskim była wychowawcą szerokiego grona prawników, dziś przedstawicieli judykatury, palestry, notariatu. Wielu z nich pełni ważne funkcje nie tylko w organach wymiaru sprawiedliwości, ale również w najwyższych organach władzy publicznej, w tym w organach zajmujących się tworzeniem prawa, w Sejmie i Senacie.

Była niezwykle silną osobowością, która odciskała swe piętno na studentach i współpracownikach. Była wybitnym humanistą, interesowała się nie tylko prawem, ale w szczególności literaturą, filozofią i polityką. Uwielbiała dyskutować, prowokując niekiedy swego rozmówcę poprzez stawianie tez przeciwnych, zmuszając go tym samym do bardzo głębokiego analizowania zagadnień i budowania odważnych tez. Żegnając Śp. Panią Profesor Alicję Kędzierską-Cieślak, pożegnaliśmy wybitnego prawnika, człowieka i humanistę, który pozostanie na zawsze w naszej Pamięci.

*Andrzej Burzak, Jerzy Ciszewski,
Adam Jedliński, Krystyna Smolarczyk-Stępnia*

Adw. Wincenty Julian Broniwój-Orliński (1913–2006)



W dniu Święta Niepodległości Pan Mecenas Wincenty Julian Broniwój-Orliński opuścił swoje hamburskie mieszkanie i w towarzystwie Jana Granata, Konsula Generalnego RP w Hamburgu oraz księdza prałata Jana Śliwińskiego, dyrektora Polskiej Misji Katolickiej w Hamburgu udał się na uroczystości do Ambasady RP w Berlinie. Tuż przed budynkiem Ambasady dostał udaru mózgu i po kilku godzinach zmarł w berlińskim szpitalu.

Ta podróż zakończyła się po trzech tygodniach na Starym Cmentarzu w Ostrowie Wielkopolskim, najstarszym czynnym cmentarzu w Polsce, niedaleko miejsca, w którym urodził się w 1913 roku.

Lata dzieciństwa i młodości spędził w Poznaniu, tu zdał maturę i w 1937 roku ukończył studia na Wydziale Prawa. Czas spędzony w Poznaniu i w Wielkopolsce wywarł na Panu Mecenasie niezatarte piętno, jak pisał po latach: *Na tej ziemi się urodziłem. W Poznaniu uczęszczałem do szkoły wstępnej, tam kończyłem gimnazjum i tam skończyłem studia uniwersyteckie. Tam też działałem w harcerstwie m.in. zwiedzając – wędrując – na rowerze ziemię wielkopolską i poznając głębiej ten pracowity, spokojny, solidny, gospodarny, a waleczny lud. Tam też doznałem pierwszej miłości.*

Po studiach odbywa służbę wojskową w Wołyńskiej Szkole Podchorążych Rezerwy Artylerii im. Marcina Kątskiego we Włodzimierzu Wołyńskim i w 1938 roku rozpoczyna w Okręgu Sądu Apelacyjnego w Warszawie aplikację sądową. Zmobilizowany we wrześniu 1939 roku, bierze udział w kampanii wrześniowej w ramach Armii „Prusy”. Na krótko dostaje się do niewoli sowieckiej, udaje mu się uciec z obozu w Szepietówce. Wraca do Warszawy, gdzie kontynuuje aplikację, którą kończy w 1941 roku egzaminem sędziowskim i aktywnie uczestniczy w budowie Państwa Podziemnego. Był kurierem, a następnie w dziale Przerzutów Powietrznych Komendy Głównej AK o kryptonimach „Syrena”, „Import”, „M-II Grad” pełnił obowiązki prokuratora. Jego zadaniem było między innymi wykrywanie sprawców kradzieży sprzętu wojskowego, zabezpieczanie dowodów. Jako kierownik Zespołu Ewakuującego Cichociemnych sprawował opiekę w pierwszym okresie po zrzuceniu i w okresie aklimatyzacji w kraju. Podczas Powstania Warszawskiego na stanowisku dowódcy Oddziału Przerzutów Powietrznych Komendy Okręgu Warszawa-Śródmieście Północ. W dniu 24 września 1944 roku odznaczony Krzyżem Srebrnym

Virtuti Militari, rok wcześniej otrzymał Krzyż Walecznych. W 1944 roku został awansowany do stopnia porucznika.

Po upadku Powstania dzieli los oficerów wziętych do niewoli. Po trzymiesięcznym głodowym marszu na zachód przebywał w obozach przejściowych w Sandbostel, Fallingbostel, a w końcu osadzony został w Bergen-Belsen. Tu zastało Go zakończenie wojny. Otrzymuje rozkaz pozostania na emigracji w Niemczech. Od czerwca 1945 roku do 1947 roku pełni obowiązki sędziego Sądu Polowego I Dywizji Pancerniej dowodzonej przez gen. Stanisława Maczka. W latach 1948–1954 bierze udział w akcjach kurierskich w ramach Sztabu Głównego PSZ na Zachodzie. W 1953 roku z rąk gen. Władysława Andersa dostaje nominację na kapitana. Kolejne awanse wojskowe otrzymywał już w wolnej Polsce, umierając miał stopień pułkownika.

Od końca lat czterdziestych do chwili zgonu wykonuje zawód adwokata, kancelarię prowadzi w Hamburgu, w którym zamieszkał tuż po zakończeniu działań wojennych. Przez długie lata jest jednym z nielicznych polskojęzycznych adwokatów w Republice Federalnej Niemiec. Następni zaczęli pojawiać się dopiero w latach osiemdziesiątych. Od 1974 roku do dnia 22 grudnia 1990 roku pełni obowiązki Ministra Pełnomocnego i Delegata Rządu RP na Uchodźstwie na Niemcy. Uznany przez władze *ancien regime* za osobę niebezpieczną, po raz pierwszy do Polski przyjeżdża w grudniu 1990 roku i asystuje Prezydentowi Ryszardowi Kaczorowskiemu w przekazaniu insygniów Rzeczypospolitej wybranemu w wolnych wyborach Prezydentowi Lechowi Wałęsie.

Od 1990 roku bardzo często jeździł do Polski. Starał się odrobić stracony czas. Bywał w Warszawie, Częstochowie, Krakowie, Poznaniu, ale także przyjeżdżał na szkolenia Wielkopolskiej Izby Adwokackiej. Pamiętamy Go nie tylko jako postać nieomalże pomnikową, świadka historii, ale także jako wspaniałego gawędziarza, tancerza, który jako ostatni schodził z parkietu.

Pana Mecenas miałem przyjemność poznać w 1991 roku na początku pełnienia mojej misji dyplomatycznej w Hamburgu. Nie byliśmy nigdy w stanie dokładnie określić okoliczności, w jakich to się stało. Na pewno jeszcze przed dniem pierwszych wolnych wyborów parlamentarnych, które były prawdziwym świętem dla mieszkających w Niemczech Rodaków, odbyliśmy niejedną rozmowę. Pan Mecenas, doskonale wyczuwający i znający skomplikowane stosunki polsko-niemieckie, stał się dla naszej konsularnej grupy nieocenionym nauczycielem. Był bowiem bezpośrednim świadkiem i uczestnikiem wielu wydarzeń, o których my wiedzę czerpaliśmy wyłącznie z książek. Pełnił m.in. funkcję przewodniczącego Stowarzyszenia Polskich Kombatantów w Niemczech, był członkiem Zarządu Światowego Stowarzyszenia. Polonia darzyła Go wielkim zaufaniem, cieszył się dużym autorytetem, dzięki temu był nieocenionym mediatorem i rozjemcą w wielu sporach, bez których przecież nie może obyć się Emigracja.

Pracował intensywnie, żył skromnie i oszczędnie. Swoimi myślami zawsze obejmował przede wszystkim Polskę i Polaków. Całym zgromadzonym przez lata pracy



majątkiem dzielił się z Ojczyzną. Jego misją życiową była pomoc kulturze narodowej. W 1978 roku adwokat Orliński ufundował dwa stypendia na okres pełnych studiów na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim, dla Lasek zakupił kilkanaście maszyn do pisania systemem Braille'a. Mówił: *Nie mam dzieci. Dlatego wszystko daję Polsce. To moje jedyne dziecko.*

Wspomagał Jasną Górę, fundując witraż do kaplicy Pamięci Narodu im. A. Kordeckiego, w poznańskiej katedrze ufundował organy. Dwie tablice pamiątkowe poświęcone członkom Oddziału Przerzutów Powietrznych AK znajdują się w Bazylice Jasnogórskiej i Kościele Św. Jacka w Warszawie, Gdańskowi

sprezentował fortepian marki Steinway & Sons, ufundował nagrody dla najlepszych aplikantów adwokackich z Izby Wielkopolskiej.

Najpiękniejszy i najbardziej wartościowy prezent otrzymała od adwokata Broniwój-Orlińskiego Wielkopolska. Takie też było jego najszybsze życzenie. W 1999 roku podarował Narodowi Polskiemu, reprezentowanemu przez Powiat Ostrowski, najwyższej klasy światowej fortepian koncertowy marki Steinway&Sons. Instrument ten znajduje się w Pałacu Myśliwskim Książąt Radziwiłłów w Antoninie, w którym odbywają się m.in. Międzynarodowe Festiwale „Chopin w Barwach Jesieni”. Znamcy twierdzą, że jest to jeden z najlepszych fortepianów w Polsce. We wnętrzu instrumentu, który w dniu 7 lipca 1999 roku przywieziony został do Antonina, znajduje się tabliczka z napisem: *W jubileuszowym roku Wielkiego Polaka Fryderyka Chopina z czcią, miłością dla Narodu Polskiego instrument ten Ziemi Wielkopolskiej ofiaruję – Wincenty Broniwój-Orliński, oficer Armii Krajowej, uczestnik Powstania Warszawskiego i były Delegat Rządu RP na Niemcy, Hamburg 1999.* Wielokrotnie był też gościem Festiwalu, bardzo dobrze czuł się w Antoninie i Ostrowie Wielkopolskim, który uhonorował Go tytułem Honorowego Obywatela. Po raz ostatni organizatorzy mieli honor gościć Pana Mecenas na Jubileuszowym XXV Festiwalu jesienią bieżącego roku. Nawet na dzień przed swą śmiercią pamiętał o Ostrowie Wielkopolskim, przysyłając specjalne życzenia z okazji święta miasta.

Bojąc nad stratami przede wszystkim duchowymi i moralnymi, których doznał w XX wieku Naród, mówił: *by odnowić wartości nie wystarczą rozporządzenia odgórne, propaganda. To nie wychowuje człowieka. Człowieka trzeba tworzyć od wewnątrz, od strony duchowej i dać mu szansę. Dusza rośnie, słuchając naszą muzykę narodową, dzieł naszych patriotów Chopina i Paderewskiego. Trzeba, żeby*

młodzież tym nasiąkla. Bo tęsknoty rodzą się z uczuć, myśli i prac tych twórców, którzy prawdziwie przeżyli Polskę. Taka muzyka kształtuje podejście do wszystkich innych zagadnień, pozwala na ustawienie się w życiu.

...Dla Polski zawsze pragnąłem dużo zrobić i dla innych narodów europejskich. Dla dobra ludzi po prostu. Czego bym jeszcze chciał? Sił sprzed kilkadziesiątu laty i więcej czasu do życia.

Życie nie oszczędziło mu osobistych ciosów. Przez ponad dwadzieścia lat sam opiekował się ciężko chorą, przykutą do wózka inwalidzkiego żoną Małgosią. Przyjmował to z pokorą. Nie zgodził się na ponawiane przez władze miasta Hamburga propozycje umieszczenia Pani Małgosi w zakładzie opiekuńczym: *Ja Polak i oficer, Małgosi do zakładu nie oddam, przecież to moja żona*. Pani Orlińska zmarła w ramionach męża w październiku 2004 roku.

Rzeczpospolita, doceniając zasługi adwokata Wincentego Broniwoj-Orlińskiego uhonorowała Go między innymi Krzyżem Komandorskim z Gwiazdą Orderu Odrodzenia Polski, Krzyżem Armii Krajowej, Medalem Wojska Polskiego, Krzyżem za Wojnę Obronną 39. Roku, Złotym Krzyżem Zasługi z Mieczami.

W 2004 roku Pan Mecenas wszystkie otrzymane ordery i odznaczenia, mundur wojskowy wraz z książeczką i dokumentami złożył jako wotum na Jasnej Górze. Dobra, których nie zdążył rozdysonować przed śmiercią, zapisał Polsce, między innymi Zakładowi im. Ossolińskich we Wrocławiu.

Po trwającej ponad sześćdziesiąt lat tułaczce wrócił Pan Mecenas na stałe do Wielkopolski; wyruszając w dniu 11 listopada 2006 roku do eksterytorialnej Ambasady RP w Berlinie dotarł do Polski.

W dniu 2 grudnia 2006 roku w ostrowskiej konkatedrze odprawiona została Msza Święta, którą koncelebrowali księża z Ostrowa Wielkopolskiego, Poznania, Jasnej Góry i Hamburga. Msza odprawiana była według wojskowego uroczystego ceremoniału. Brała w niej udział Orkiestra Reprezentacyjna i Kompania Honorowa Pomorskiego Okręgu Wojskowego, ostrowski Chór Nauczycielski, liczne poczty sztandarowe, władze miasta, powiatu, województwa, przedstawiciele Ministerstwa Spraw Zagranicznych, dyplomaci z Hamburga, Berlina, Berna, przyjaciele Zmarłego z wielu zakątków Niemiec, Wielkiej Brytanii, Polski oraz setki ostrowian. Po wyprowadzeniu zwłok z konkatedry liczący kilkaset metrów kondukt pogrzebowy przemaszerował na Stary Cmentarz. Adwokata Broniwoja-Orlińskiego pożegnali w imieniu Ministra Spraw Zagranicznych Dyrektor Departamentu Prawno-Traktatowego dr Andrzej Kremer (były konsul w Hamburgu), w imieniu Marszałka Województwa Wielkopolskiego Dyrektor Gabinetu Marszałka Maciej Cieciora (były konsul w Hamburgu), Ojciec dr płk Jan Golonka, Kurator Zbiorów i Kapelan Twierdzy Jasnogórskiej, Barbara Skiba w imieniu Stowarzyszenia Polskich Kombatantów, Prezydent Ostrowa Wielkopolskiego Radosław Torzyński oraz w imieniu przyjaciół niżej podpisany.

Ostatni raz nad mogiłą pochyliły się wojskowe i kombatanckie sztandary, ostatni raz zabrzmiały trąbki grające hasło Wojska Polskiego. Kompania Reprezentacyjna pamięć Zmarłego uczciła trzykrotną salwą honorową z broni palnej.

Pan Mecenaz został pochowany obok ks. Augustyna Szamarzewskiego, tego który w XIX wieku prowadził i wygrał *najdłuższą wojnę nowoczesnej Europy*.

Dopełnieniem tego szczególnego dnia był w Pałacu Myśliwskim Książąt Radziwiłłów w Antoninie wieczorny specjalny koncert wykonany na fortepianie ofiarowanym przez adwokata Wincentego Broniwoja-Orlińskiego.

Żegnaj, Przyjacielu.

Cezary Nowakowski

Adw. Edmund Mazur (1924–2006)

5 sierpnia 2006 roku zmarł w Warszawie adwokat Edmund Mazur. Ciepłego sierpniowego dnia, na Cmentarzu Północnym w Warszawie, żegnała Go rodzina, znajomi i grono kolegów.

Edmund Mazur urodził się 24 października 1924 roku w Pólku, powiat Równo, województwo wołyńskie; miał bardzo liczne rodzeństwo. Rodzice Edmunda pochodzili z powiatu Końskie w kieleckim. Młodość upłynęła Mu w okresie międzywojennym i pierwszych latach powojennych. Uczęszczał do szkoły powszechnej we wsi Radzanowo, na Mazowszu, a następnie podjął naukę w gimnazjum im. Małachowskiego w Płocku.

Okres wojny i okupację spędził w rodzinnej wsi, a los nie szczędził Mu i Jego rodzinie ciężkich chwil i cierpień.

Po wejściu w styczniu 1945 roku wojsk sowieckich na tereny Mazowsza, już w połowie marca tegoż roku wznowił naukę we wspomnianym wyżej gimnazjum, a egzamin dojrzałości złożył w liceum ogólnokształcącym dla dorosłych w Gdańsku. Tam też został zatrudniony w miejscowym Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych. Następnie przeniósł się do Torunia, gdzie w październiku 1947 roku rozpoczął studia prawnicze w Collegium Minus na Uniwersytecie Toruńskim, które ukończył we wrześniu 1952 roku. Działał w PPS-ie, a następnie został członkiem PZPR. Przeniósł się do Warszawy, pracował w Wydziale Prawnym Ministerstwa Leśnictwa. Uzyskał wpis na listę adwokatów w 1954 roku, a 12 sierpnia tegoż roku został formalnie członkiem Zespołu Adwokackiego nr 15, mieszczącego się w Warszawie, w lokalu nr 14 przy ul. Wilczej 60. Na emeryturę przeszedł w czerwcu 1987 roku. Nie zrezygnował jednak z aktywnego życia zawodowego, bowiem podjął pracę w Ministerstwie Przemysłu i Handlu na stanowisku doradcy ministra.

Był adwokatem specjalizującym się w prawie karnym, ubezpieczeniowym, pracy i gospodarczym. Angażował się w działalność samorządową i przez pewien czas pełnił obowiązki sekretarza NRA. Był też członkiem komitetu redakcyjnego Palestry i równocześnie jej sekretarzem, a następnie redaktorem naczelnym. Był również zastępcą rzecznika dyscyplinarnego NRA, członkiem centralnego zespołu wizytatorów NRA.

Ponad trzydzieści lat intensywnej pracy i służby dla Adwokatury odbiło się na zdrowiu Edmunda, choć jeszcze w roku 2003 na uroczystości 50-lecia Jego Zespołu Adwokackiego nr 15, którego historię tak przepięknie opisał, tryskał humorem i energią, a Jego wspomnień i opowiadań słuchali wszyscy z ogromnym zainteresowaniem, bowiem był także historykiem, felietonistą i niezapomnianym piewcą życia koleżanek i kolegów, również tych, którzy odeszli. Grał znakomicie w brydża.

Był przede wszystkim człowiekiem kochającym ludzi, a jednocześnie skromnym i cichym. Mundek, bo tak zwracali się do Niego przyjaciele, był Tym, na którego pomoc zawsze można było liczyć. Nigdy tego nie zapomnimy.

Cześć Jego pamięci.

Janusz A. Mika, Wojciech Toczyski



Byłem lwowskim kadetem... Pokłosie „lwowskiego” numeru „Palestry”

Już w kilka dni po ukazaniu się „lwowskiego” numeru „Palestry” zgłosił się do Redakcji (2006 nr 9–10) adwokat Lesław Myczkowski, który zaproponował zamieszczenie w „Palestrze” fragmentu jego autobiograficznej książki „Na początku był dwór”, w której wspomina swój pobyt w Korpusie Kadetów nr 1 im. Marszałka J. Piłsudskiego we Lwowie (s. 39–44).

Warto przy tej okazji przypomnieć, że po raz pierwszy w naszej historii pojawiła się w roku 1765 w Warszawie Szkoła Rycerska (Akademia Szlachecka Korpusu Kadetów J. K. M. i Rzeczypospolitej). Miała ona kształcić 200 uczniów spośród niezamożnej młodzieży szlacheckiej. Pierwszym komendantem szkoły był ks. Adam Kazimierz Czartoryski, zaś do jej wychowanków należeli m.in. Tadeusz Kościuszko, Jan Ursyn Niemcewicz i generał Józef Sowiński (obrońca Woli).

Po odzyskaniu niepodległości Polski w roku 1918 Pierwszy Korpus Kadetów założono w Łobzowie, a następnie przeniesiono do Lwowa.

W chwili wybuchu II wojny światowej istniały dwa Korpusy Kadetów: we Lwowie nr 1 im. Marszałka Piłsudskiego i nr 2 w Rawiczu. Miały one program szkoły średniej (cztery klasy gimnazjalne i dwie licealne).

Poza przygotowaniem wojskowym, dbały o wysoki poziom nauczania i wychowanie w duchu patriotycznym. Dali temu wyraz liczni absolwenci i kadeci, uczestnicząc czynnie w walkach Polskich Sił Zbrojnych na Zachodzie i w strukturach Armii Krajowej.

Publikujemy fragment wspomnień adw. Myczkowskiego „W Korpusie Kadetów we Lwowie i wojskowym szpitalu na Łyczakowie”.

W Korpusie Kadetów we Lwowie i wojskowym szpitalu na Łyczakowie

Mimo dobrych postępów w nauce, stanowałem pewien problem wychowawczy dla rodziców, bowiem zastanawiali się oni, gdzie mnie umieścić. Stryjowie szkolili się u Jezuitów w Chyrowie; była to szkoła o wysokim poziomie kształcenia, lecz rodzice nie byli w pełni

przekonani o celowości oddania syna w ręce jezuickie i chwalała im za to. Druga z rozważanych możliwości – to szkoła z internatem u braci Abrahamowiczów we Lwowie, również o wysokim poziomie nauczania. W końcu zdecydowano jednak, że oddadzą mnie do Korpusu Kadetów nr 1 im. Józefa Piłsudskiego we Lwowie, co miało wzmocnić moją dyscyplinę i karność. Dostanie się do tej szkoły nastroczało jednak wiele trudności. Pierwszeństwo mieli synowie zawodowych oficerów, gdyż w zasadzie Korpus Kadetów miał być przedszkolem dla wyższych szkół oficerskich i większość jego elewów zawodowo wiązała się z wojskiem.

Nie pamiętam, jaka była druga kategoria kandydatów (chyba dzieci byłych wojskowych), ja zaś startowałem w ramach trzeciej, ostatniej grupy, tj. synów tzw. cywilbandy. Konkurencja w tej grupie była zabójcza, na 15 miejsc było 150 kandydatów, a więc odrzucano 9-ciu na jednego przyjętego. Jednak do tej rywalizacji zostałem dobrze przygotowany, byłem bardzo odcytany (miałem za sobą lekturę ponad tysiąca książek z naszej biblioteki), wygadany i rezolutny, egzaminy mnie nie tremowały – a więc egzamin konkursowy zdałem celująco.

Zdałem w moim życiu wiele egzaminów (około 50), w tym najtrudniejszy – adwokacki i nigdy nie rozumiałem nerwowości moich kolegów, po prostu nie miałem tremy. Gdy na egzaminie z prawa cywilnego u prof. Gwiazdomorskiego nie bardzo wiedziałem, co to jest „zasiedzenie tabularne” i czym się różni od pozatabularnego (bo takich określeń nie używano w naszym skrypcie) – poprosiłem profesora, aby mnie przepytał z innej dziedziny np. prawa rodzinnego, bo znam je lepiej... Surowy profesor na takie *dictum* się roześmiał, zadał mi parę pytań z rodzinnego, które miałem rzeczywiście obkute i skwitował mój egzamin notą „dobrze” z ustnym komentarzem, że „pan to w życiu nie zginie” – co chyba się sprawdziło, choć może nie tak do końca.

Poza wynikami egzaminu dyrekcja Szkoły Kadetów brała pod uwagę kryteria, które byśmy dziś nazwali „pochodzeniowymi”. Zaliczono więc na moje dobro służbę wojskową ojca (porucznik rezerwy WP) oraz rangę oficerską dziadka Truskolaskiego (generał brygady, kawaler orderu *Virtuti Militari*). Wielka to była radość, gdy nam podawano wyniki egzaminu i gdy usłyszałem swoje nazwisko na liście przyjętych.

Korpus Kadetów – ukochane dziecko Lwowian czasu przedwojennego – leżał na wzgórzu, przy skrzyżowaniu ulicy Stryjskiej i Kadeckiej. Był to kompleks zabudowań z wielkim stadionem sportowym, zapleczem socjalnym i własną izbą chorych, na której królowali lekarze kpt. Dzierżanowski i por. Goździk (spotkałem Goździka po wojnie, był generałem w służbach medycznych MON). Z izbą chorych miałem nieszczęście zawrzeć bliższą znajomość, gdyż w listopadzie zachorowałem na grypę po nocnych ćwiczeniach, a następnie, gdy doszło do komplikacji usznych odtransportowano mnie na oddział laryngologiczny Wojskowego Szpitala na Łyczakowie (dzielnica Lwowa).

Korpus Kadetów, to – pomijając aspekty szkolenia militarnego – gimnazjum i liceum z normalnym programem nauczania, lecz z bardzo wysoko kwalifikowaną kadrą nauczycielską. Pamiętam, że kilku z moich profesorów spotkałem po wojnie we Wrocławiu, jako pracowników naukowych. W pamięci utkwił mi polonista (tzw. Sprężynka) oraz profesor biologii dr Howorko – obaj pracownicy UW (Biblioteka Uniwersytecka i Wydział Zoologii). Wśród naszych nauczycieli był też prof. Krzyński – wybitny muzykolog, który w Oświęcimiu dyrygował orkiestrą obozową. Krążyły wieści, że musiał zmienić nazwisko, gdyż z domu nazywał się Kasza. Pisał zaś podkłady muzyczne do poezji znanego pisarza legionowego o nazwisku Mączka. Nie wypadało więc, aby w wydaniu figurowało: „słowa Mączka, muzyka Kasza”, więc został Krzyńskim. Był to z wyglądu groźny pan, którego słuchaliśmy i baliśmy się po trochu. Pamiętam też wspaniałego kapelana hrabiego Zyberga Platara. Chłop smukły

1,85 m wzrostu, bardzo przystojny, młody (po 30) w sutannie, spod której wystawały błyszczące buty oficerskie z cholewami. Był on przedtem rotmistrzem kawalerii – znanym i wielbionym przez tzw. pleć – lecz poszedł w stan duchowny po śmierci ukochanej. Uwielbiał piłkę nożną i miał z nami taką umowę: wszyscy na blachę musieli wykuć katechizm, on paru przepisał i zaraz wszyscy szli na stadion, gdzie graliśmy w „nogę” lub w szczypiorniaka, czyli piłkę ręczną. Ukochanym komendantem był major Daniluk, który po pobycie w obozie na Węgrzech – został w Polsce Ludowej generałem i niezbyt chlubnie zapisał się, gdyż walczył z partyzantką białostocką. Ojciec mówił, że wśród oficerów internowanych na Węgrzech cieszył się niedobłą opinią. W roku 1939 był jednak naszym idolem, bardzo kochanym przez kadetów, miłym i wyrozumiałym. No cóż – *tempora mutantur et nos mutamur in illis*.

Korpus podzielony był na kompanie, kompania to klasa. Pierwsza kompania, to pierwsza klasa, druga – druga klasa, piąta – to pierwsza licealna, szósta – druga licealna (klasa maturalna). My maluchy mieliśmy po jednej srebrnej belce na rękawie, kompania piąta – złotą belkę, szósta – dwie belki złote. Do starszych kolegów (obowiązkowo kadetów 5 i 6 kompanii) mówiliśmy „panie kadecie”. Mieli nas prawo zatrzymać na ulicy lub korytarzu i wówczas musieliśmy się im meldować: „Kadet taki a taki melduje się...” itp. Gdy po przysiędze wychodziliśmy na miasto musieliśmy salutować oficerom (dwa palce do daszka rogatywki ze słońcem kadeckim), a gdy wchodziliśmy do lokalu, w którym znajdował się oficer – mieliśmy obowiązek meldować się i prosić go o pozwolenie pozostania. Jeśli było kilku oficerów – meldowało się najstarszemu stopniem. Żandarmeria wojskowa, tzw. kanarki (od żółtych otoków na rogatywkach) miała prawo nas kontrolować, sprawdzać przepustki, krytykować za strój (np. niezapięty guzik) i nie cieszyła się naszą sympatią.

Korpus Kadetów był chyba najtańszą szkołą publiczną w Polsce. Za roczny pobyt, wraz z wyżywieniem, nauką, książkami, pomocami naukowymi i umundurowaniem płacono się 800 złotych (w Chyrowie kilka razy więcej). Dostawaliśmy 5 razy dziennie posiłki: śniadanie z białą kawą zbożową lub mlekiem czy herbatą, bułki z wędliną, serem itp., na drugie śniadanie – soki owocowo-warzywne i bułka z wędliną, obiad z trzech dań (wyśmienity), podwieczorek i kolacja. Dawano nam na koszt państwa kilka mundurów: roboczy zimowy, roboczy letni, wyjściowy letni i zimowy oraz dwa płaszcze i dwie pary trzewików oraz rękawiczki. Mundury wyjściowe były z granatowego cienkiego sukna, obszyte żółtą lamówką (mankiety, pagony, kołnierz), do tego pas skórzany, buty czarne, płaszcz popielaty z wyłogami, czapka granatowa rogatywka z lakierowanym daszkiem i srebrnym słońcem kadeckim. But lśniący, a pod pasem nie śmiało być fałdy, niektórzy to nawet wszywali w bluzę ołowianki, aby obciążyć mundur. Gdy kadeci maszerowali podczas defilady 3 Maja – to cały Lwów wiwatował, żadna jednostka wojskowa (nawet podhalańczycy) nie mogła z nami konkurować. Byliśmy lwowskimi dziećmi, następcami lwowskich orłąt. Lwów był nasz, a my należeliśmy do Lwowa.

Skończyło się to niestety we wrześniu 1939 roku. W kampanii wrześniowej brało czynny udział wielu kadetów, nawet mafołaty, którzy potem bili się na Zachodzie. Jeden z nich mój kuzyn Tadzio Sochanik osiadł po wojnie w Anglii, inny – pilot Krajewski – wstąpił się jako oblatywacz samolotów itd. itd. Tępił nas sowieci, tępiło Gestapo, a i bezpieka nas nie pieściła. Po II wojnie komuniści wskrzesili wprawdzie tradycje kadeckie, była szkoła kadetów w Warszawie, ale była to szkoła MSW, a więc indoktrynowana, zresztą potem ją zlikwidowano.

Uwielbiałem Korpus Kadetów, chociaż dawały mi w kość ćwiczenia sprawnościowe, gimnastyczne i polowe, a ja byłem grubaskiem nie lubiącym sportu. Za to wyniki w nauce miałem dobre. Dowódcą naszej kompanii był oficer rezerwy por. Wygodzki – trochę

niedorajda, z długą artyleryjską szablą na rapciach, która pętała mu się wokół kolan. Nie prezentował się wojskowo, widać było, że to rezerwa. Starszy mój kolega Przemek Potocki z Rymanowa był znanym w Korpusie wisusem i kawalarzem. Nie przykładał się do nauki, a mimo małego wzrostu był strasznie czupurny i skory do bójki. Lubił podejść do porucznika Wygodzkiego i po cichu rozpiąć mu rapcie od szabli, gdy ten szedł po schodach. Potem słyszeliśmy rumor zjeżdżającej szabli i krzyk Wygodzkiego „P-o-t-o-c-k-i do raportu, ja ci pokażę!”, ale jakoś z tego Przemcio wychodził obronną ręką. Pomni na nasze korpusowe więzi przyjaźnilimy się z nim w czasie okupacji. Wspaniale jeździł konno. Miał czarną klacz anglo-arabkę „Cygankę”, na której z lubością jeździła moja siostra Tenia, w której Przemcio się podkochiwał bez wzajemności.

Drugim oficerem, który opiekował się I kompanią – był małego wzrostu, uroczy porucznik Czekański, rodem z Sanoka. Był to wypisz, wymaluj, wzór przedwojennego oficera. Mundur spod igły, buty z wysokimi szklankami, lśniące jak lustro, pas z koalicijką. Nie było fałdzika na jego mundurze, bryczesy dopasowane, postawa jak trzcina, jednym słowem każdy widział, że to oficer, a nie jakaś łajza, których tabuny widziało się po wojnie na ulicach Warszawy i innych miast. Przedwojenny oficer nie śmiał nosić teczek, paczek czy walizek. Musiał być ubrany jak model, na palcu mógł co najwyżej nosić paczkę ciastek związaną sznureczkiem. Oficer szedł po prawej stronie damy, aby mógł salutować. Nie mogły mu obwisać spodnie, czy sznurówki od buta, a tzw. koalicyjka, czyli ramię przez ramię podtrzymujący pas główny, uniemożliwiała obsuwanie się pasa pod ciężarem kabury z rewolwerem. Pijanego oficera nigdy we Lwowie nie widziałem, jeśli coś takiego się przytrafiło, to tylko zwykłym żołnierzom, ale bali się oni „kanarków”, starali się trzymać fason i równy krok, przemykając bocznymi uliczkami.

Wspomniany porucznik Czekański był bardzo dowcipny i lubił żartować z podopiecznych. Pamiętam, jak ustawił nas w dwuzeregu, krzyknął „baczność!” i zaczął w te słowa: „Ach wy małe żołnierzyki, kadeciki cacane. Pisze do mnie mamusia, że nie rozumie, dlaczego pan porucznik ukarał jej syneczka. On – pisze matula – był zawsze taki grzeczny, lubił się bawić ołowianymi żołnierzami i szabelką blaszaną, a jak bił w bębenek – to cała kamienica huczała. A pan porucznik mi pisze, że on pobił kolegę...”. Na to wszyscy w śmiech, bo ten mały żołnierz wszystkich bawił. Czekański na to z poważną miną: „Co jest? Baczność! Ach wy małe żołnierzyki, jak wam kupię bębenek i szabelkę” – na co my znów wybuchaliśmy śmiechem. Uwielbialiśmy go, mimo iż był wymagający. Słyszałem, że zginął w czasie wojny, może to dla niego lepiej, bo by się nie przystosował do Ludowego Wojska Polskiego.

adw. Lesław Myczkowski

Zaproszenie do współpracy adwokatów z organizacjami pozarządowymi

Jak wskazują zakończone niedawno badania, coraz częściej powtarzane są oczekiwania, że prawnicy-praktycy podejmą ściślejszą współpracę z organizacjami pozarządowymi. Taka współpraca powinna koncentrować się na szczeblu lokalnym, a szczególnie zapotrzebowanie istnieje na:

- bezpośrednie i fachowe wsparcie udzielane przez członków korporacji na rzecz prawników i wolontariuszy z organizacji pozarządowych w formie szkoleń, wykładów monograficznych czy praktycznych ćwiczeń (np. z zakresu bieżących zmian w przepisach, z zakresu procedury sądowej, pisania pism urzędowych i procesowych),
- odbywanie praktyk w organizacjach pozarządowych przez młodych prawników odbywających aplikacje.

Badania przeprowadzone przez Fundację Uniwersyteckich Poradni Prawnych na zlecenie Rady Ekspertów programu „Obywatel i Prawo”¹ wykazały, że zakres dotychczasowej współpracy prawników z organizacjami pozarządowymi ma bardzo ograniczony zakres.

Należy wskazać, że zaangażowanie prawników w działalność organizacji pozarządowych odwołuje się do wielowiekowego etosu prawnika, etosu podkreślającego wrażliwość na potrzeby obywatela, społeczeństwa i państwa. Tym samym zapobiega się powielaniu negatywnego stereotypu prawnika ukierunkowanego wyłącznie na zarobek. Zapraszamy zatem do wspólnej organizacji wydarzeń kulturalno-naukowych, konkursów stażowych, konkursów dla młodzieży i studentów, gdzie merytoryczną i honorową pieczę sprawowaliby przedstawiciele korporacji. Podniesieniu prestiżu zawodu prawnika służyć mogą również spotkania z przedstawicielami zawodów prawniczych w gimnazjach i szkołach średnich, wieńczące zajęcia o tematyce upowszechniającej wiedzę z zakresu prawa, a prowadzone przez organizacje pozarządowe.

Ze swojej strony organizacje poradnicze deklarują, że te organizacje, które zdecydują się nawiązać stałą współpracę z prawnikami-praktykami, wprowadzą w życie dokument wypracowany przez grupę największych organizacji poradniczych pt.: „Standardy udzielania informacji prawnej oraz prowadzenia poradnictwa prawnego i obywatelskiego”².

Wierzymy, że odwołanie się do etosu prawnika będzie kreowało pozytywny wizerunek tego zawodu, a wymiana doświadczeń oraz współpraca prawników-praktyków z organizacjami pozarządowymi pozwoli prawnikom na poznanie specyfiki pracy organizacji trzeciego sektora. Prawnicy-praktycy mogą także skorzystać ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia organizacji pozarządowych zgromadzonej w wyniku wieloletniej pracy z konkretną grupą klientów oraz zajmowaniu się bardzo wąską dziedziną prawa.

Gorąco zapraszamy wszystkich adwokatów do tego, aby skontaktowali się z wybraną organizacją pozarządową i podjęli z nią współpracę.

Im więcej będzie Państwa aktywności, im więcej ciekawych inicjatyw podjętych na szczeblu lokalnym pomiędzy członkami korporacji prawniczych a pracownikami organizacji pozarządowych, tym łatwiej będzie propagować ideę poradnictwa *pro bono* i dbać o krzewienie etosu tego zawodu oraz szlachetny wizerunek środowisk prawniczych w społeczeństwie. Wizerunek ten oparty będzie w ten sposób nie tylko na wysokim poziomie etycznym i profesjonalizmie, ale także na otwartości na potrzeby społeczne.

Do współpracy zapraszają wszystkie organizacje poradnicze w Polsce. Dla ułatwienia poniżej prezentujemy wybrane adresy stron internetowych organizacji o charakterze sie-

¹ Program Instytutu Spraw Publicznych finansowany ze środków Polsko-Amerykańskiej Fundacji Wolności.

² Standardy dostępne są np. na stronie: http://www.fupp.org.pl/download/standardy_poradnictwa.pdf

ciowym. Mamy nadzieję, że odnajdą Państwo instytucję, której siedziba znajduje się w Państwa mieście:

– **Fundacja Centrum Praw Kobiet** (główna siedziba w Warszawie, filia w Grójcu, oddziały w Krakowie, Gdańsku i Łodzi):

<http://www.cpk.org.pl/pl.php5/on/articles/cid/54>

– **Fundacja Uniwersyteckich Poradni Prawnych** (w skład sieci studenckich poradni prawnych wchodzi 23 tzw. kliniki prawa w: Białymstoku – 2, Gdańsku, Katowicach, Krakowie – 2, Lublinie – 2, Łodzi, Olsztynie – 2, Opolu, Poznaniu, Rzeszowie, Słubicach, Szczecinie, Toruniu, Warszawie – 5, Wrocławiu)

http://www.fupp.org.pl/index.php?id=poradnie_polska

– **Związek Biur Porad Obywatelskich** (w skład sieci biur porad obywatelskich wchodzi 30 ośrodków w: Częstochowie, Debrznie, Garwolinie, Gdańsku, Gdyni, Jeleniej Górze, Kijewie Królewskim, Krośnie, Lubaczowie, Łodzi, Łomży, Mikołajkach, Nowej Dębie, Ostrowcu Świętokrzyskim, Ozorkowie, Piekarach Śląskich, Poznaniu, Przemyślu, Puławach, Radlinie, Rudzie Śląskiej, Rzeszowie, Słupsku, Tarnobrzegu, Wałbrzychu, Warszawie, Wrocławiu, Zabrze, Zielonej Górze)

http://www.zbpo.org.pl/page/pl/co_robi_bpo/gdzie_nas_szukac/

– **Komitet Ochrony Praw Dziecka** (w skład sieci wchodzi 35 oddziałów terenowych zlokalizowanych w: Bolesławcu, Chełmie, Częstochowie, Dąbrowie Tarnowskiej, Dębicy, Gdańsku, Inowrocławiu, Jeleniej Górze, Katowicach, Kłobucku, Krakowie, Kruszwicy, Lesznie, Lublinie, Lublińcu, Łodzi, Malborku, Ostrołęce, Ostrowie Wielkopolskim, Oświęcimiu, Piekarach Śląskich, Pisz, Poznaniu, Radomiu, Rzeszowie, Sanoku, Solcu Kujawskim, Sosnowcu, Szczecinie, Tarnowie, Toruniu, Wałbrzychu, Warszawie, Wrocławiu, Zielonej Górze)

http://www.kopd.pl/subpage.php?act=adarticle&subact=show_full&cat=oddzialy_terenowe

Większa baza danych organizacji i instytucji zajmujących się poradnictwem i pomocą społeczną znajduje się na stronie:

<http://www.cpk.org.pl/pl.php5/on/articles/cid/7>

Filip Czernicki

Prezes Zarządu Fundacji Uniwersyteckich
Poradni Prawnych

Internauci o adwokaturze

Jestem – jak wielu – fanem Internetu. Z ciekawością także zaglądam na fora związane w jakikolwiek sposób z naszą pracą – pracą adwokatów. Zaglądam – i jestem przerażony. Opinie internautów na temat adwokatów są porażające! Hiena – to jeden z mniej obraźliwych epitetów... Posty na forach świadczą przede wszystkim o braku wśród internautów podstawowej wiedzy o roli adwokata w procesie – przeważają komentarze w stylu „Co za bydlę, za pieniądze broni mordercy...” Przystawione ręce opadają! Ale – uderzmy się piersi – jest w tym i nasza wina. Skąd społeczeństwo ma czerpać wiedzę o roli adwokata w procesie? Z mediów? Ich opinie są częstokroć nie lepsze niż internautów... Z kodeksu postępowania

karnego? Czasem nam jest trudno pojąć jego zawichości, a cóż dopiero ludziom bez prawniczego przygotowania... Mam w związku z tym propozycję – biorąc pod uwagę fakt, że uczestnikami internetowych forów jest przede wszystkim młodzież, i ministrem oświaty jest nasz Kolega adwokat (co prawda nie było Go widać w czasie, gdy nasza nowa Władza włączyła się – i to z pierwszym głosem – do chóru krytyków naszego środowiska), a wydaje się, że bez znajomości choćby podstaw prawa jest bardzo trudno, a wręcz jest to niemożliwe, funkcjonować w nowoczesnym społeczeństwie, czy nie od rzeczy byłoby zatem włączenie do programów szkolnych także nauki o podstawach systemu prawnego? Jestem przy tym przekonany – i deklaruję to w tym miejscu ze swej strony – że wielu z nas poświęci kilka godzin w miesiącu na (nieodpłatne!!) „spotkania-lekcje” w szkołach, aby przybliżyć młodzieży tematykę prawną, a przy okazji zmienić nasz – niezasłużenie negatywny – wizerunek w społeczeństwie. Sądzę, że z taką inicjatywą mogłaby wystąpić Naczelna Rada Adwokacka. Musimy podjąć jakieś stanowcze kroki – bo niebawem nasze togi będą opluwane nie tylko w Internecie, ale także w tzw. „realu”.

adw. Zdzisław Burlewicz

SPROSTOWANIE

W ostatnim numerze „Palestry” (11–12 z 2006 r.) wkraść się błąd w nazwisku autora recenzowanej przez adw. Agnieszkę Metelską książki. Jest nim prof. dr hab. **Czesław Grzeszyk**, a nie Czesław Grzeszczyk. Pomyłka nastąpiła na etapie korekty z powodu błędnych zapisów nazwiska w księgarniach internetowych. Za błąd przepraszamy Autora i Czytelników.

Redakcja

TABLE OF CONTENTS

500 TH ANNIVERSARY OF ŁASKI'S STATUTE – THE FIRST CODE OF POLISH LAW	9
Szymon Byczko , advocate, Ph. D., lecturer at the Łódź University A contribution in damage that cannot be attributed to harmed person as guilt. Several remarks	11
Monika Strus-Wołos , advocate (Grójec) Limits of freedom principle for contracts. Considerations based on contracts for legal services imposed by some banks upon the future credited parties	26
Marcin A. Quoos , advocate, post-graduate student for Ph. D. at the Wrocław Uni- versity (Wrocław) Restrictions on statements, pleas and evidence adduced on the ground of a limi- tation system in the civil process (Part 2)	44
Wacław Mendys , advocate, Ph. D., lecturer at the Rzeszów College of Information Technology and Management (Rzeszów) Between creativity and debatability	52
Andrzej Ziębiński , District Court judge (Gliwice) Selected controversies about the obligatory defense (Part 1)	60
Wiesław Kozielowicz , Supreme Court judge (Warszawa–Lublin) The insanity notion at the doctrine of penalty law and in the Supreme Court's decisions	76
Aleksander Kappes , advocate, Ph. D., lecturer at, assistant at the Łódź University (Łódź), Andrzej Wosiński , advocate (Łódź) On the law for mountain areas. A voice in the discussion.	86
POLEMIC	
Maciej Gutowski , advocate, Ph. D. (Poznań) Several remarks to explain why option is not a conditional contract	93
POINTS OF VIEW	
Andrzej Malicki , advocate (Wrocław) The Bar under protection, as well	101
Roman Nowosielski , advocate (Gdańsk), Michał Sowiński , advocate's trainee (Gdańsk) Child's interest... Protection of children's rights in mass media.	110
TODAY & TOMMOROW OF THE BAR	
Sebastian Samol , advocate, Ph. D., lecturer at the UAM (Poznań) Conditions of information on advocate's services with reference to regulations specified in the Collection of Principles for Advocate's Professional Ethics and Dignity of Profession (the Code of Advocate's Ethics)	116
IMPORTANT FOR JURISPRUDENCE	
Roman Nowosielski , advocate (Gdańsk), Michał Sowiński , advocate's trainee, (Gdańsk), Maciej Śledź , advocate's trainee, (Gdańsk) New law on the court costs for civil suits – new solutions, new problems	128

Andrzej Bąk , advocate (Łódź) The new cost adjustment in civil suits can result in pathology of proceedings and so-called gray zone promotion of legal services as consequence thereof.	138
<i>WITH NO GOWN</i>	
Stanisław Mikke , advocate (Warszawa). “Psychopaths are among us.”	142
<i>WHAT SQUEAKS IN THE LEGISLATION</i>	
Marian Filar , Prof., Ph. D. habilitated, the UMK (Toruń) The annual balance	146
<i>AFTER READING</i>	
Andrzej Bąkowski , advocate (Warszawa). “The interview like a river.” Mr. Władysław Bartoszewski at Michał Komar’s view-finder	148
<i>AT LAW SOURCES OF EUROPE</i>	
Witold Wołodkiewicz , advocate, Prof., Ph. D. habilitated (Warszawa) The myth of proclaimed law omnipotence. Remarks on the margin of Diocletian’s edict about prices	154
<i>ARTISTS’ TRIALS</i>	
Marek Sołtysik (Kraków) Przybyszewski’s photo as if it were moved over (Part 4). The world-weary satanist	164
<i>CARDS OF HISTORY</i>	
Wojciech Szafrąński , Ph. D., the UAM (Poznań) “The little world of lawyers” in Poland of XVIII th century.	171
<i>HISTORY OF LEGAL PERIODICAL PRESS</i>	
Stanisław Milewski (Warszawa) “Gazeta Sądowa Warszawska” (<i>The Court Gazette of Warszawa</i>).	176
<i>LITERATURE AND LAW</i>	
Jerzy Stefan Langrod , Prof., Ph. D., the Jagiellonian University (Kraków) Goethe as advocate (Part 2).	180
<i>LAW - CULTURE - SCIENCE</i>	
Tadeusz Biliński (Warszawa) The tragedy of Birma’s entanglement.	185
<i>PROFILES OF EMINENT LAWYERS</i>	
Piotr Sendecki , advocate, vice-president of the Polish Bar (Warszawa-Lublin) Adam Jurkiewicz, advocate (1910–2006).	190

"DALESTRA" YEARS AGO	
1965, No. 1 and 2. Jurisdiction of the Supreme Court for the Bar cases. Zdzisław Papierkowski: the World's conscience towards the expiration of Hitler's crimes	200
THE LAW ABROAD	
Sandra Krajcer , student at the Innsbruck University (Austria) The responsibility for accidents in skiing. A comparison with Austrian legal solutions	210
BETWEEN TRADITION AND THE PRESENT DAY	
Tadeusz Biliński (Warszawa) The last free human beings (Afghanistan)	218
HUMAN RIGHTS	
Marek Antoni Nowicki , advocate (Warszawa), Chairman of the Helsinki Foundation for Human Rights The European Tribunal for Human Rights. Review of decisions (July – September 2006)	223
FROM THE LUXEMBURG CASE-LIST	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , advocate, Ph. D., lecturer at the European Law Center, the Gdańsk University (Wrocław–Gdańsk) The "activity of judges" to render the EU justice.	230
REVIEWS	
Andrzej Stempniak, <i>Proceedings on distribution of testator's estate among beneficiaries</i> Elaborated by Kazimierz Lubiński , Prof. Ph. D. habilitated, the UMK (Toruń) . . .	241
Tomasz Spyra, <i>Limitations of the law interpretation.</i> Elaborated by Sławomir Lewandowski , advocate, Ph. D., lecturer at the Warszawa University (Warszawa)	246
Wojciech Kotowski, <i>Road delinquencies. Comments.</i> Elaborated by Andrzej Baładynowicz , advocate, Prof. Ph. D. habilitated, the Warszawa University (Warszawa)	248
Adam Lityński, <i>The law history of the People's Republic of Poland. Comments.</i> Elaborated by Adam Redzik , Ph. D. (Warszawa)	249
NEW BOOKS	
Elaborated by Agnieszka Metelska , advocate (Warszawa)	251
SYMPOSIA, CONFERENCES	
The Congress of Penalty Law University Departments, September 26–29, 2006 Elaborated by Joanna Buczkowska-Prajs , advocate, Ph. D., the UAM (Poznań) . .	257
Conference arranged by the Human Rights Institute of European Advocates, Bordeaux, October 13–14, 2006 Elaborated by Zbigniew Cichoń , advocate (Kraków)	258

Conference arranged by the Senate of the Poland's Republic, entitled: "Language of the Polish legislation, i.e. understanding of message vs. application of law", December 7, 2006 Elaborated by Anna Frąckiewicz , assistant, the KUL (Lublin)	259
---	-----

REPORTS

50 th Congress of the UIA, Salvador (Brazil), October 31 – November 4, 2006 Elaborated by Sławomir Ciemny , advocate (Warszawa)	264
Conference of the CCBE, Roma (Italy), November 10–11, 2006 Elaborated by Andrzej Zwara , advocate (Gdańsk)	266
Session of the CCBE, Brussels (Belgium), November 23–25, 2006 Elaborated by Mariusz Woliński , advocate (Warszawa)	268

ISSUES AT JURISPRUDENCE

THE CIVIL LAW

Consequences of jurisdiction infringement so as to institute a trial <i>de novo</i> . Elaborated by Karol Weitz , Ph. D. habilitated, lecturer at the Warszawa University, Office for Studies and Analyses of the Supreme Court (Warszawa)	270
VAT modification influence on obligation essence of legal relation. Elaborated by Roman Trzaskowski , Ph. D. lecturer at the UKSW, the Office of Studies and Analyses at the Supreme Court (Warszawa)	275

THE COMMERCIAL LAW

To invest Board member with a power of attorney in limited liability company. Elaborated by Katarzyna Bilewska , advocate, Ph. D., lecturer at the Warszawa University (Warszawa)	279
---	-----

LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS

Can the lack of proper instructions in the notification about the time to put on a trial sent to a party that is not obliged to personally appear before the court, and about the procedure of appeal against a judgment that can then also be awarded in the party's absence cause any unfavorable consequences to the party? Elaborated by Ewa Stawicka , advocate (Warszawa)	284
---	-----

ON DILEMMAS OF LAW TRANSLATORS'

Maciej T. Sawicki , solicitor and barrister (Sydney), legal adviser's trainee (Warszawa) Basic notions of commercial company's law	287
--	-----

RECENT JURISDICTION

Zbigniew Strus , judge of the Supreme Court (Warszawa) Review of the Supreme Court Jurisdiction – Civil Chamber	289
Zbigniew Szonert , Ph. D., judge (retired) of the Supreme Administrative Court (Warsaw) Review of the Supreme Administrative Court Jurisdiction	293

GLOSSES	
Gloss to judgment of the Supreme Court dated February 1, 2006, V KK 238/05. Elaborated by Marek Derlatka , advocate, postgraduate student for Ph. D.; the UAM (Poznań)	298
Gloss to judgment of the Supreme Court dated June 9, 2006, I KZP 14/06 Elaborated by Marcin Pawelek , assistant of the Supreme Court judge (Warszawa)	302
Gloss to judgment of the Supreme Court dated January 6, 2005, V KK 292/04. Elaborated by Katarzyna Sychta , Ph. D., lecturer; the Silesian University (Katowice)	314
Gloss to judgment of the Supreme Court dated December 17, 2004, II CK 300/04. Elaborated by Katarzyna Warzecha , postgraduate student for Ph. D (Warszawa)	324
Gloss to judgment of the Court of First Resort dated December 14, 2005, case T-69/00 FIAMM Elaborated by Marcin Górski , assistant at the Łódź University (Łódź)	334
THE BAR CHRONICLE	
The Polish Bar Council meeting session	347
From the work of the Polish Bar Council Presidium	350
THE BAR IN LEGISLATION ACTIVITIES	
Report on the work completed by the Sejm Sub-Commission appointed to change the law on structure of the Bar (Sejm printout No. 884) Elaborated by Joanna Agacka-Indecka , advocate, vice-chairman of the Polish Bar Council (Warszawa–Łódź)	353
Attitude of the Polish Bar Presidium dated January 23, 2007 related to Minister of Justice’s bill on modification of the act – Law on the Bar and some other laws (bill dated October 7, 2006 after its correction made on December 20, 2006)	356
FROM LIFE OF THE BAR CHAMBERS	
GDAŃSK CHAMBER	
Protocol from the Regional Bar Council dated October 17, 2006 – petition in order to call up the Extraordinary Congress of the Polish Bar	359
KOSZALIN CHAMBER	
Report on the course of the Regional Bar Meeting in Koszalin on October 14, 2006 Elaborated by Stefania Plocica , advocate (Koszalin)	364
All-Poland seminar of advocate’s trainees, Darłówko 2006 Elaborated by Jakub Rogólski , advocate (Koszalin)	366
WARSZAWA CHAMBER	
Christmas wafer meeting of advocate’s trainees dated December 7, 2006, at the Warszawa Bar Chamber. Elaborated by Bartosz Grohman , advocate (Koszalin)	367

VARIA	
The “Jerrold Scoutt” prize of the Bar Foundation, D.C. Columbia, for Ms. Anna Sykes-Strzemieczna, advocate	370
“Golden Balances” – prizes of the Polish Bar Council Elaborated by Maria Sankowska , judge’s trainee (Warszawa)	371
Words of thanks to Professor Marek Safjan and Wiesław Johann	372
The advocates – defenders in proceedings of the „June 1956 in Poznań” rewarded with the Commodore Crosses of the Order of Poland’s Rebirth	373
COLUMNS OF MEMORY	
Andrzej Grabiński , advocate (1922–2006) Elaborated by <i>Andrzej Bąkowski</i> , advocate (Warszawa)	375
Jan Ratajski , advocate, Ph. D. (1919–2006) Elaborated by <i>Andrzej Marcinkowski</i> advocate (Poznań)	380
Alicja Kędzierska-Cieślak , Prof., Ph. D., habilitated (1929–2006) Elaborated by <i>Andrzej Burzak, Jerzy Ciszewski, Adam Jedliński, Krystyna Smolarczyk-Stępnia</i> k, all advocates (Sopot)	382
Wincenty Julian Broniów-Orliński , advocate (1913–2006) Elaborated by <i>Cezary Nowakowski</i> , advocate (Ostrów Wielkopolski)	384
Edmund Mazur , advocate (1924–2006) Elaborated by <i>Janusz A. Mika</i> , advocate (Warszawa), <i>Wojciech Toczyński</i> , advocate (Warszawa)	388
LETTERS TO EDITOR	
I was Lvov’s cadet. The aftermath of “Lvov”s issue number of “Palestra” Lesław Myczkowski , advocate (Warszawa)	390
Invitation for advocates to contribute together with non-governmental organizations Filip Czernicki , chairman of the Board – The Foundation of University Legal Consulting Teams (Warszawa)	393
Opinions of internet navigators referred to the Bar Zdzisław Burlewicz , advocate (Kwidzyń)	395
CORRECTION	396
Table of contents	397
Table des matières	403
Inhaltsverzeichnis	409

TABLE DES MATIERES

Szymon Byczko , avocat, docteur, adjoint, Université de Łódź (Łódź) Contribution au dommage d'une victime à laquelle la culpabilité ne peut pas être attribuée. Quelques observations.	11
Monika Strus-Wolos , avocat (Grójec) Limites du principe de la liberté contractuelle. Observations à propos des contrats concernant la prestation des services juridiques que certaines banques imposent aux futurs créditaires	26
Marcin A. Quoos , avocat, aux études de doctorat, Université de Wrocław (Wrocław) Limitations concernant la citation des déclarations, reproches et preuves dans le système de la forclusion dans un procès civil (2e partie)	44
Wacław Mendys , avocat, docteur, adjoint Ecole Supérieure de l'Informatique et de l'Administration à Rzeszów (Rzeszów) Entre la créativité et le principe contradictoire	52
Andrzej Ziębiński , juge du Tribunal de District (Gliwice) Certains controverses à propos de la défense obligatoire (1e partie)	60
Wiesław Kozielowicz , juge de la Cour Suprême (Warszawa-Lublin) Notion de l'irresponsabilité à la doctrine du droit pénal et à la jurisprudence de la Cour Suprême	76
Aleksander Kappes , avocat, docteur adjoint Université de Łódź (Łódź), Andrzej Wosiński avocat, Łódź Une voix à la discussion concernant le droit montagnard	86
POLEMIQUE	
Maciej Gutowski , avocat, docteur (Poznań) Pourquoi l'option n'est pas contrat conditionnel, quelques observations.	93
POINTS DE VUE	
Andrzej Malicki , avocat (Wrocław) Le barreau aussi en protection	101
Roman Nowosielski , avocat (Gdańsk), Michał Sowiński , avocat stagiaire (Gdańsk) Le bien de l'enfant. Protection des droits des enfants dans les mass-média	110
LE BARREAU AUJOURD'HUI ET DEMAIN	
Sebastian Samol , avocat, docteur, adjoint Université Adam Mickiewicz (Poznań) Conditions de donner les informations sur les services des avocats suivant la nouvelle réglementation de l'Ensemble des Principes de l'Ethique des Avocats et de la Dignité Professionnelle (Code de l'Ethique des Avocats)	116
IMPORTANT POUR LA PRATIQUE	
Roman Nowosielski , avocat (Gdańsk), Michał Sowiński , avocat stagiaire (Gdańsk), Maciej Śledź , avocat stagiaire (Gdańsk) Nouvelle loi sur les frais de justice dans les affaires civiles – solutions nouvelles, problèmes nouveaux	128
Andrzej Bąk , avocat (Łódź) Pathologie de procès et propagation des services des juristes en noir en tant que	

conséquence du nouveau règlement concernant les frais de la procédure dans les affaires civiles	138
<i>SANS TOGE</i>	
Stanisław Mikke , avocat (Warszawa) „Psychopathes sont parmi nous”	142
<i>QU'EST QU'IL Y A DE NOUVEAU DANS LE DROIT?</i>	
Marian Filar , professeur docteur habilité, Université Nicolas Copernic (Toruń) Bilan annuel	146
<i>PRES LA LECTURE</i>	
Andrzej Bąkowski , avocat (Warszawa) „Interview – fleuve”. Władysław Bartoszewski au viseur de Michał Komar	148
<i>À LA SOURCE DU DROIT EUROPÉEN</i>	
Witold Wołodkiewicz , avocat, professeur docteur habilité, Université de Varsovie (Warszawa) Le mythe de l’omnipotence du droit positif. Remarques dans la marge de l’Édit Dioclétien sur les prix	154
<i>LES PROCÈS ARTISTIQUES</i>	
Marek Sołtysik , (Kraków) Une photographie indistincte de Przybyszewski (4 ^e partie). Sataniste fatigué	164
<i>LES PAGES DE L'HISTOIRE</i>	
Wojciech Szafranski , docteur, Université Adam Mickiewicz (Poznań) „Le petit monde des juristes” en Pologne du dix huitième siècle	171
<i>HISTOIRE DES HEBDOMADAIRES JURIDIQUES</i>	
Stanisław Milewski (Warszawa) „Journal Judiciaire de Varsovie”	176
<i>LA LITTÉRATURE ET LE DROIT</i>	
Jerzy Stefan Langrod , professeur docteur Université Jagellonne (Kraków) Goethe en tant qu’avocat (2e partie)	180
<i>DROIT - CULTURE - SCIENCE</i>	
Tadeusz Biliński , (Warszawa) Le noeud tragique en Birmanie	185
<i>SILHOUETTES DES AVOCATS ÉMINENTS</i>	
Piotr Sendek <i>ki</i> , avocat, vice-Président du Conseil National des Barreaux (Varsovie-Lublin) Avocat Adam Jurkiewicz (1910–2006)	190

„PALESTRA” IL Y A DES ANNÉES	
L’An 1965, numéro 1 et 2. Jurisprudence de la Cour Suprême dans les affaires des avocats; Zdzislaw Papierkowski, La conscience du monde en confrontation à la prescription des crimes nazis	200
LE DROIT À L’ETRANGER	
Sandra Krajcer , étudiante, Université d’Insbruck (Autriche) Responsabilité pour les accidents de skie, comparaison avec des solutions autrichiennes	210
ENTRE LA TRADITION ET LE MONDE CONTEMPORAIN	
Tadeusz Biliński , (Warszawa) Les derniers gens libres (Afghanistan)	218
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 (juillet–septembre 2006)	223
DEVANT LES TRIBUNAUX DU LUXEMBOURG	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , avocat, docteur adjoint du Centre du Droit Européen, Université de Gdańsk (Wrocław–Gdańsk) „Activisme des juges” ou la justice communautaire	230
CRITIQUES	
Andrzej Stempniak, <i>Procédure pour le partage de la succession</i> par: Kazimierz Lubiński professeur docteur habilité Université Mikołaj Kopernik (Toruń).	241
Tomasz Spyra, <i>Limites de l’interprétation de la loi</i> par: Sławomir Lewandowski , avocat, docteur, adjoint Université de Varsovie (Warszawa)	246
Wojciech Kotowski, <i>Délits routiers. Commentaire</i> par Andrzej Baładynowicz , professeur docteur habilité Université de Varsovie (Warszawa)	248
Adam Lityński, <i>Histoire du droit de la Pologne Populaire</i> par Adam Redzik , docteur (Warszawa)	249
LIVRES RECENTS	
par Agnieszka Metelska , avocat (Warszawa)	251
SYMPOSIUMS, CONFÉRENCES	
Congrès des Chaires du Droit Pénal, Gniezno 26–29 septembre 2006 par Joanna Buczkowska-Prajs , docteur Université Adam Mickiewicz (Poznań)	257

Conférence de l'Institut des Droits de l'Homme des Avocats Européens, Bordeaux 13–14 octobre 2006 par Zbigniew Cichoń , avocat (Kraków)	258
Conférence du Sénat de la République de Pologne intitulée „La langue de la législation polonaise ou la compréhension des informations et l'application de la loi, Varsovie, 7 décembre 2006 par Anna Frąckiewicz , assistant, Université Catholique de Lublin (Lublin)	259
 <i>COMPTES RENDUS</i>	
50e Congrès UIA, Salvador (Brésil), 31 octobre – 4 novembre 2006 par Sławomir Ciemny , avocat (Warszawa)	264
Conférence CCBE, Rome, 10–11 novembre 2006 par Andrzej Zwara , avocat (Gdańsk)	266
Session CCBE, Bruxelles 23–25 novembre 2006 par Mariusz Woliński , avocat (Warszawa)	268
 <i>QUESTIONS JURIDIQUES PRATIQUES</i>	
DROIT CIVIL	
Suites d'une violation de la compétence du tribunal à la reprise de la procédure par Karol Weitz , docteur, Bureau des Etudes et des Analyses près la Cour Suprême (Warszawa)	270
Influence de la modification de la taxe TVA sur la teneur du rapport d'obligations par Roman Trzaskowski , docteur, adjoint, Université Cardinal Stefan Wyszyński, Bureau des Etudes et des Analyses près la Cour Suprême (Warszawa)	275
 DROIT COMMERCIAL	
Attribution des pleins pouvoirs à l'administrateur d'une société à responsabilité limitée par Katarzyna Bilewska , avocat, docteur, adjoint Université de Varsovie (Warszawa)	279
 <i>QUESTIONS ET REPONSES JURIDIQUES</i>	
L'absence d'une instruction requise marquée sur l'avis concernant la date de l'audience, donnée à la partie qui n'a pas d'obligation de comparaître en personne, concernant le mode d'attaquer le jugement qui peut être prononcé dans son absence, peut elle être cause des suites désavantageuses pour cette partie? par Ewa Stawicka , avocat (Warszawa)	284
 <i>DILÈMES DES TRANSLATEURS DE LA LOI</i>	
Maciej T. Sawicki , solicitor et barrister (Sydney) conseiller juridique stagiaire (Warszawa) Notions fondamentales du domaine du droit des sociétés	287
 <i>LA PLUS RÉCENTE JURISPRUDENCE</i>	
Zbigniew Strus , juge de la Cour Suprême (Warszawa) Revue de la jurisprudence de la Cour Suprême – Chambre Civile	289
Zbigniew Szonert , docteur, ancien juge de la Cour d'Administration (Warszawa) Revue de la jurisprudence de la Cour Suprême d'Administration	293

GLOSES

Glose à la décision de la Cour Suprême du 1 février 2006 V KK 238/05 par Marek Derlatka , avocat, aux études de doctorat, Université Adam Mickiewicz (Poznań)	298
Glose à la décision de la Cour Suprême du 9 juin 2006, I KZP 14/06 par Marcin Pawefek , juge assistant de la Cour Suprême (Warszawa)	302
Glose à la décision de la Cour Suprême du 6 janvier 2005 V KK 292/04 par Katarzyna Sychta , docteur, adjoint, Université de la Silésie (Katowice)	314
Glose à la décision de la Cour Suprême du 17 décembre 2004, II CK 300/04 par Katarzyna Warzecha , aux études de doctorat à l'Université de Varsovie (Warszawa)	324
Glose à la décision du Tribunal de Première Instance du 14 décembre 2005 dans l'affaire T-69/00 FIAMM par Marcin Górski , assistant, Université de Łódź (Łódź)	334

CHRONIQUE DU BARREAU

Réunion du Conseil National des Barreaux	347
Des travaux du Praesidium du Conseil National des Barreaux	350

LE BARREAU DANS LES TRAVAUX LÉGISLATIFS

Compte rendu de la clôture des travaux de la Sub-commission de la Diète pour la modification de la loi Loi du barreau (imprimé parlementaire numéro 884) Joanna Agacka-Indecka , avocat, vice-Président du Conseil National des Barreaux (Warszawa-Łódź)	353
Opinion du Praesidium du Conseil National des Barreaux du 23 janvier 2007 à propos du projet du Ministre de la Justice concernant la loi modification de la loi – Loi du barreau et de certaines autres lois (projet du 7 octobre 2006 corrigé le 20 décembre 2006)	356

DE LA VIE DE L'ORDRE DES AVOCATS**ORDRE DE GDAŃSK**

Procès-verbal de la réunion du Conseil Régional des Barreaux du 17 octobre 2006 Demande de convocation du Congrès Extraordinaire des Barreaux	359
--	-----

ORDRE DE KOSZALIN

Compte rendu de la Réunion du Conseil Régional des Barreaux à Koszalin 14 octobre 2006 par Stefania Płocica , avocat (Koszalin)	364
Symposium national des Avocats Stagiaires, Darłówko 2006 par Jakub Rogólski , avocat (Koszalin)	366

ORDRE DE WARSZAWA

Réunion de Noël des avocats stagiaires à l'ordre des Avocats de Varsovie – 7 décembre 2006 par Bartosz Grohman , avocat (Warszawa)	367
--	-----

VARIA

Prix „Jerrold Scoutt” de la Fondation Conseil des Barreaux D.C. Columbia décerné pour Anna Sykes-Strzemieczna, avocat 370

„Les Balances d’Or” – Prix du Conseil National des Barreaux par **Maria Sankowska**, juge stagiaire (Warszawa) 371

Remerciements pour monsieur le Professeur docteur habilité Marek Safjan et Wiesław Johann. 372

Avocats – défenseurs aux procès de «juin 1956 à Poznań» distingués avec des Croix Commandeur de l’Ordre de la Renaissance de la Pologne». 373

COLONNES DE COMMEMORATION

Avocat **Andrzej Grabiński** (1922–2006) par *Andrzej Bąkowski*, avocat (Warszawa). 375

Avocat **Jan Ratajski** (1919–2006) par *Andrzej Marcinkowski*, avocat (Poznań) 380

Professeur docteur habilité **Alicja Kędzierska-Cieślak** (1929–2006) par *Andrzej Burzak*, *Jerzy Ciszewski*, *Adam Jedliński*, *Krystyna Smolarczyk –Stępniak*, avocats (Sopot) 382

Avocat Wincenty **Julian Broniów-Orliński** (1913–2006) par *Cezary Nowakowski*, avocat (Ostrów Wielkopolski) 384

Avocat **Edmund Mazur** (1924–2006) par *Janusz A. Mika*, avocat (Warszawa), *Wojciech Toczyski*, avocat (Warszawa) . . 388

LETTRES À LA RÉDACTION

J’étais cadet de Lwów – après un numéro de „Palestra” consacré à Lwów **Lesław Myczkowski**, avocat (Warszawa) 390

Invitation à la coopération des avocats avec les organisations hors-gouvernementales **Filip Czernicki**, président de l’administration de la Fondation des Conseillers Juridiques aux Universités (Warszawa) 393

Sur le barreau à l’internet **Zdzisław Burlewicz**, avocat (Kwidzyń) 395

RECTIFICATIONS. 396

Table of contents 397

Table des matières 403

Inhaltsverzeichnis 409

INHALTSVERZEICHNIS

500-JÄHRIGES JUBILÄUM VON ŁASKISTATUT – DEM ERSTEN GESETZBUCH DES POLNISCHEN RECHTS 9

Szymon Byczko , Rechtsanwalt, Dr., promovierter Hochschullehrer, Lodzer Universität (Łódź) Beitrag zur Entstehung eines Schadens beim geschädigten, dem kein Verschulden zugeschrieben werden kann. Einige Bemerkungen	11
Monika Strus-Wolos , Rechtsanwältin (Grójec) Grenzen des Prinzips der Vertragsfreiheit. Überlegungen mit Verträgen über Erbringung der juristischen Dienstleistungen, die durch einige Banken den zukünftigen Kreditnehmern aufgezwungen werden, im Hintergrund	26
Marcin A. Quoos , Rechtsanwalt, Doktorand, Universität in Wrocław (Wrocław) Einschränkung bezüglich der Berufung auf Behauptungen, Vorwürfe und Beweise auf der Grundlage des Ausschlussystems im Zivilprozess (Teil 2)	44
Wacław Mendys , Rechtsanwalt, Dr., promovierter Hochschullehrer, Hochschule für Informatik und Management in Rzeszów (Rzeszów) Zwischen Kreativität und Verhandlungsgrundsatz	52
Andrzej Ziębiński , Richter des Bezirksgerichtes (Gliwice) Ausgewählte Kontroversen der obligatorischen Verteidigung (Teil 1)	60
Wiesław Kozielowicz , Richter des Obersten Gerichtes (Warszawa–Lublin) Begriff der Unzurechnungsfähigkeit in der Doktrin des Strafrechts und in der Rechtssprechung des Obersten Gerichtes.	76
Aleksander Kappes , Rechtsanwalt, Dr., promovierter Hochschullehrer, Lodzer Universität (Łódź), Andrzej Wosiński , Rechtsanwalt, (Łódź) Stimme in der Diskussion über Gebirgsrecht	86
 POLEMIK	
Maciej Gutowski , Rechtsanwalt, Dr. (Poznań) Ein Paar Bemerkungen darüber, warum die Option kein bedingter Vertrag	93
 GESICHTSPUNKTE	
Andrzej Malicki , Rechtsanwalt (Wrocław) Rechtsanwaltschaft steht auch unter Schutz	101
Roman Nowosielski , Rechtsanwalt (Gdańsk), Michał Sowiński , Rechtsanwaltsreferendar (Gdańsk) Und was ist mit dem Wohl des Kindes...? Schutz der Kinderrechte in den Medien	110
 RECHTSANWALTSCHAFT HEUTE UND MORGEN	
Sebastian Samol , Rechtsanwalt, promovierter Hochschullehrer, Adam-Mickiewicz-Universität (Poznań) Bedingungen der Informierung über Rechtsanwaltsdienstleistungen anhand der neuen Vorschriften der Sammlung der Prinzipien der Ethik der Rechtsanwälte und der Würde des Berufes (Gesetzbuch der Ethik der Rechtsanwälte)	116
 WICHTIG FÜR PRAXIS	
Roman Nowosielski , Rechtsanwalt (Gdańsk), Michał Sowiński , Rechtsanwaltsreferendar (Gdańsk), Maciej Śledź , Rechtsanwaltsreferendar (Gdańsk) Neues Gesetz über Gerichtskosten in Zivilsachen – neue Lösungen, neue Probleme	128

Andrzej Bąk , Rechtsanwalt (Łódź) Prozesspathologie und Förderung der grauen Zone der juristischen Dienstleistungen als Folge der neuen Regelung der Verfahrenskosten in Zivilsachen	138
<i>DHNE ROBE</i>	
Stanisław Mikke , Rechtsanwalt (Warszawa) „Psychopathen sind unter uns”	142
<i>WAS GIBT ES NEUES IM RECHT</i>	
Marian Filar , Prof. Dr. hab., Nicolaus-Copernicus-Universität (Toruń) Jahresbilanz	146
<i>NACH LEKTÜRE</i>	
Andrzej Bąkowski , Rechtsanwalt (Warszawa) „Dauerinterview”. Władysław Bartoszewski im Visier von Michał Komar	148
<i>BEI RECHTSQUELLEN EUROPAS</i>	
Witold Wołodkiewicz , Rechtsanwalt, Prof. Dr. hab., Warschauer Universität (Warszawa) Mythos der Omnipotenz des gesetzten Rechts. Bemerkungen am Rande von Edickt von Diocletian über Preise.	154
<i>KÜNSTLERISCHE PROZESSE</i>	
Marek Sołtysik , (Kraków) Bewegte Aufnahme von Przybyszewski (Teil 4). Müder Satanist	164
<i>GESCHICHTSBLÄTTER</i>	
Wojciech Szafrński , Dr., Adam-Mickiewicz-Universität (Poznań) „Juristenmilieu” in Polen im XVIII. Jahrhundert	171
<i>GESCHICHTE DES JURISTISCHEN ZEITSCHRIFTENWESEN</i>	
Stanisław Milewski , (Warszawa) „Warschauer Gerichtszeitung”	176
<i>LITERATUR UND RECHT</i>	
Jerzy Stefan Langrod , Prof. Dr., Jagellonen-Universität (Kraków) Goethe als Rechtsanwalt (Teil 2).	180
<i>RECHT – KULTUR – WISSENSCHAFT</i>	
Tadeusz Biliński , (Warszawa) Tragische Verschlingung Birmas	185
<i>SILOUETTEN DER HERVORRAGENDEN RECHTSANWÄLTE</i>	
Piotr Sendecki , Rechtsanwalt, Stellvertreter des Präsidenten des Obersten Rechtsanwaltsrates (Warszawa–Lublin) Rechtsanwalt Adam Jurkiewicz (1910–2006)	190

„PALÄSTRA“ VOR JAHREN	
Jahr 1965, Nr. 1 und 2. Rechtssprechung des Obersten Gerichtes in Rechtsanwalts- sachen; Zdzisław Papierkowski, Gewissen der Welt gegenüber der Verjährung der Naziverbrechen	200
RECHT IM AUSLAND	
Sandra Krajcer , Studentin, Universität in Innsbruck (Österreich) Verantwortlichkeit für Skiunfälle, Vergleich mit österreichischen Lösungen	210
ZWISCHEN TRADITION UND GEGENWART	
Tadeusz Biliński , (Warszawa) Letzte freie Menschen (Afghanistan).	218
MENSCHENRECHTE	
Marek Antoni Nowicki , Rechtsanwalt (Warszawa), Präsident der Helsinkier Stiftung für Menschenrechte Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte – Durchsicht der Rechtsprechung (Juli –September 2006)	223
AUS DER TERMINLISTE VON LUXEMBURG	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , Rechtsanwalt, Dr., promovierter Hochschullehrer von Zentrum des Europäischen Rechts an der Universität von Gdańsk (Wrocław– Gdańsk) „Richterlicher Aktivismus“ oder gemeinschaftliche Herbeiführung der Gerechtig- keit	230
REZENSIONEN	
Andrzej Stempniak, Verfahren in Bezug auf die Nachlassteilung Rezension: Kazimierz Lubiński , Prof. Dr. Hab., Nicolaus-Copernicus-Universität (Toruń).	241
Tomasz Spyra, Grenzen der Rechtsauslegung Rezension: Stawomir Lewandowski , Rechtsanwalt, Dr., promovierter Hochschul- lehrer, Warschauer Universität (Warszawa).	246
Wojciech Kotowski, Straßenverkehrsverbrechen. Kommentar Rezension: Andrzej Balandynowicz , Prof. Dr. hab. Warschauer Universität (War- szawa).	248
Adam Lityński, Rechtsgeschichte der Volksrepublik Polen Rezension: Adam Redzik , Dr. (Warszawa)	249
NEUE BÜCHER	
Erstellt durch Agnieszka Metelska , Rechtsanwalt (Warszawa)	251
SYMPOSIEN, KONFERENZEN	
Tagung der Stühle für Strafrecht, Gniezno, 26.–29. September 2006 Erstellt durch Joanna Buczkowka-Prajs , Dr., Adam-Mickiewicz-Universität (Poznań)	257

Konferenz des Instituts für Menschenrechte der Europäischen Rechtsanwälte, Bordeaux, 13.–14. Oktober 2006 Erstellt durch Zbigniew Cichoń , Rechtsanwalt (Kraków)	258
Konferenz des Senats der Republik Polen unter dem Titel „Sprache der polnischen Legislatur oder Verständlichkeit der Übertragung und die Anwendung des Rechts“, Warszawa, 7. Dezember 2006 Erstellt durch Anna Frąckiewicz , Assistent, Katholische Universität von Lublin (Lublin)	259

BERICHTE

50. UIA-Kongreß. Salvador (Brasilien), 31. Oktober – 4. November 2006 Erstellt durch Stawomir Ciemny , Rechtsanwalt (Warszawa)	264
Konferenz von CCBE. Rom, 10.–11. November 2006 Erstellt durch Andrzej Zwara , Rechtsanwalt (Gdańsk)	266
Tagung von CCBE. Brüssel, 23.–25. November 2006 Erstellt durch Mariusz Woliński , Rechtsanwalt (Warszawa)	268

PRAKTISCHE RECHTSFRAGEN

BÜRGERLICHES RECHT

Folgen der Verletzung der Zuständigkeit des Gerichtes in Bezug auf die Wiederauf- nahme des Verfahrens Erstellt durch Karol Weitz , Dr. hab., promovierter Hochschullehrer, Warschauer Universität, Büro für Studien und Analysen des Obersten Gerichtes (Warszawa).	270
Einfluss der Veränderungen der MwSt. auf den Inhalt des Schuldverhältnisses Erstellt durch Roman Trzaskowski , Dr., promovierter Hochschullehrer, UKSW, Büro für Studien und Analysen des Obersten Gerichtes (Warszawa)	275

HANDELSRECHT

Erteilung der Vollmacht dem Geschäftsführer der Gesellschaft mbH. Erstellt durch Katarzyna Bilewska , Rechtsanwalt, Dr., promovierter Hochschulleh- rer, Warschauer Universität (Warszawa)	279
---	-----

JURISTISCHE FRAGEN UND ANTWORTEN

Kann das Fehlen der richtigen Belehrung in der Benachrichtigung der Partei, die zum persönlichen Erscheinen nicht verpflichtet ist, über den Verhandlungstermin über Anfechtungsmodus des Urteils, das in seiner Abwesenheit gefällt wurde, die un- günstige Folgen für die Partei nach sich ziehen? Erstellt durch Ewa Stawicka , Rechtsanwalt (Warszawa).	284
--	-----

AUS DEN DILLEMAS DER RECHTSÜBERSETZER

Maciej T. Sawicki , solicitor und barrister (Sydney), Rechtsanwaltsreferendar (Warszawa) Wichtigste Begriffe aus dem Bereich der Gesellschaftenrechts	287
---	-----

NEUESTE RECHTSSPRECHUNG

Zbigniew Strus , Richter des Obersten Gerichtes (Warszawa) Durchsicht der Rechtssprechung des Obersten Gerichtes – Zivilkammer	289
--	-----

Zbigniew Szonert , Dr., Richter des Obersten Verwaltungsgerichtes im Ruhestand (Warszawa) Durchsicht der Rechtsprechung des Obersten Verwaltungsgerichtes	293
GLOSSEN	
Glosse zum Beschluss des Obersten Gerichtes vom 1. Februar 2006, V KK 238/05 Erstellt durch Marek Derlatka , Rechtsanwalt, Doktorand, Adam-Mickiewicz-Uni- versität.	298
Glosse zum Beschluss des Obersten Gerichtes vom 9. Juni 2006, I KZP 14/06 Erstellt durch Marcin Pawelek , Assistent des Richters des Obersten Gerichtes (Warszawa)	302
Glosse zum Urteil des Obersten Gerichtes vom 6. Januar 2005, V KK 292/04 Erstellt durch Katarzyna Sychta , Dr., promovierter Hochschullehrer, Schlesische Universität (Katowice)	314
Glosse zum Urteil des Obersten Gerichtes vom 17. Dezember 2004, II CK 300/04 Erstellt durch Katarzyna Warzecha , Doktorand, Warschauer Universität (Warszawa) .	324
Glosse zum Urteil des Gerichtes der ersten Instanz vom 14. Dezember 2005 in der Sache T-69/00 FIAMM Erstellt durch Marcin Górski , Assistent, Lodzter Universität (Łódź)	334
CHRONIK DER RECHTSANWALTSCHAFT	
Sitzung des Obersten Rechtsanwaltsrates	347
Aus Arbeiten des Präsidiums des Obersten Rechtsanwaltsrates	350
RECHTSANWALTSCHAFT IN DEN GESETZGEBUNGSARBEITEN	
Bericht über die Beendigung der Arbeiten der Unterkommission von Sejm für Ände- rung des Gesetzes über das Rechtsanwaltschaftsrecht (Sejmdruck Nr. 884) Joanna Agacka-Indecka , Rechtsanwalt, Stellvertreter des Präsidenten des Obersten Rechtsanwaltsrates (Warszawa-Łódź)	353
Stellungnahme des Präsidiums des Obersten Rechtsanwaltsrates vom 23. Januar 2007 zum Projekt des Gesetzes über die Änderung des Gesetzes – Rechtsanwaltschafts- recht und einigen anderen Gesetzen	356
AUS DEM LEBEN DER RECHTSANWALTSKAMMER	
RECHTSANWALTSKAMMER VON GDAŃSK	
Protokoll der Sitzung des Bezirksrechtsanwaltsrates vom 17. Oktober 2006. Antrag über die Einberufung der Außerordentlichen Tagung der Rechtsanwaltschaft . . .	359
RECHTSANWALTSKAMMER VON KOSZALIN	
Bericht über Verlauf der Versammlung des Bezirksrechtsanwaltsrates in Koszalin am 14. Oktober 2006 Erstellt durch Stefania Płocica , Rechtsanwalt (Koszalin)	364
Allpolnisches Seminar der Rechtsanwaltsreferendare, Darłówko 2006 Erstellt durch Jakub Rogólski , Rechtsanwalt (Koszalin)	366

RECHTSANWALTSKAMMER VON WARSZAWA

Oblatentreffen der Rechtsanwaltsreferendare in der Warschauer Rechtsanwaltskam- mer – 7. Dezember 2006	
Erstellt durch Bartosz Grohmann , Rechtsanwalt (Warszawa)	367

VARIA

Preis „Jerrol Scoult“ der Stiftung des Rechtsanwaltsrates von D.C. Columbia für Rechtsanwalt Anna Sykes-Strzemieczna	370
„Goldene Waagen“ – Preise des Obersten Rechtsanwaltsrates	
Erstellt durch Maria Sankowska , Richterreferendar (Warszawa)	371
Ein Danke Schön für Prof. Dr. Hab. Marek Safjan und Wiesław Johann	372
Rechtsanwälte – Verteidiger in Prozessen von „Posnanier Juni 1956“, die mit dem Kommandeurkreuz des Ordens Polonia Restituta ausgezeichnet wurden	373

GEDÄCHTNISBLÄTTER

Rechtsanwalt Andrzej Grabiński (1922–2006)	
Erarbeitet durch <i>Andrzej Bąkowski</i> , Rechtsanwalt, (Warszawa)	375
Rechtsanwalt Jan Ratajski (1919–2006)	
Erarbeitet durch <i>Andrzej Marcinkowski</i> , Rechtsanwalt (Poznań)	380
Professor Dr. hab. Alicja Kędzierska-Cieślak (1929–2006)	
Erarbeitet durch <i>Andrzej Burzak, Jerzy Ciszewski, Adam Jedliński, Krystyna Smolar- czyk-Stępnia</i> k, Rechtsanwälte (Sopot)	382
Rechtsanwalt Wincenty Julian Broniów-Orliński (1913–2006)	
Erarbeitet durch <i>Cezary Nowakowski</i> , Rechtsanwalt (Ostrów Wielkopolski)	384
Rechtsanwalt Edmund Mazur (1924–2006)	
Erarbeitet durch <i>Janusz A. Mika</i> , Rechtsanwalt (Warszawa), <i>Wojciech Toczyski</i> , Rechtsanwalt (Warszawa)	388

BRIEFE AN DIE REDAKTION

Ich war Lemberger Kadett. Nachlese der Lemberger Heftes von „Palestra“	
Lesław Myczkowski , Rechtsanwalt (Warszawa)	390
Einladung zur Zusammenarbeit der Rechtsanwälte mit den Nichtregierungsorganisa- tionen	
Filip Czernicki , Präsident des Vorstandes der Stiftung der Rechtsberatungsstellen der Universitäten (Warszawa).	393
Internauten über Rechtsanwaltschaft	
Zdzisław Burlewicz , Rechtsanwalt (Kwidzyń)	395

BERICHTIGUNG

BERICHTIGUNG	396
Table of contents	397
Table des matières	403
Inhaltsverzeichnis	409

PRZYWILEIE, Y
CONSTITVCIE
SEYMV WALNEGO
Koronáciey Krolewskiej,
M. D. LXXXVIII. *55*



W KRAKOWIE,
Z Drukárnie Lázárzowéy, Roku Pánského,
M. D. LXXXVIII.

W tym numerze między innymi:

SEBASTIAN SAMOL

Warunki informowania o usługach adwokackich

ROMAN NOWOSIELSKI, MICHAŁ SOWIŃSKI, MACIEJ ŚLEDŹ

Nowa ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych
– nowe rozwiązania, nowe problemy

SZYMON BYCZKO

Uwagi dotyczące przyczynienia się do powstania szkody
poszkodowanego, któremu nie można przypisać winy

MONIKA STRUS – WOŁOS

Granice zasady swobody umów.

Rozważania na kanwie umów o świadczenie usług prawnych
przez niektóre banki przyszłym kredytobiorcom

ANDRZEJ ZIĘBIŃSKI

Wybrane kontrowersje wokół obrony obligatoryjnej

WIESŁAW KOZIELEWICZ

Pojęcie niepoczytalności w doktrynie prawa karnego
i orzecznictwie Sądu Najwyższego

WITOLD WOŁODKIEWICZ

Mit omnipotencji prawa stanowionego
(uwagi na marginesie edyktu Dioklecjana o cenach)

ALEKSANDER KAPPES, ANDRZEJ WOSIŃSKI

O prawie górskim