



wrzesień–październik

9–10/2004

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Krajowy Zjazd Adwokatury

Warszawa, 20-21 listopada 2004



wrzesień–październik

9–10/2004

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 XLIX nr 561–562

Naczelna Rada Adwokacka

Wydaje
Naczelna Rada Adwokacka
Warszawa

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

Projekt okładki:
Karolina Lijklema
Do projektu wykorzystano:
fot. Ewa Decowska
oprac. komputerowe Artur Tabaka

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

Opracowanie graficzne, fotoskład i druk:
Agencja Wydawnicza MakPrint
Warszawa, ul. Dyliżansowa 1
tel./fax: 814 39 25
Arkuszy wydawniczych: 23,9
Papier: III Offset, 80 gr.
Nakład: 6350 egz.

SPIS TREŚCI

Stanisław Mikke , adwokat, redaktor naczelny „Palestry” (Warszawa) O waszą i naszą przyszłość	9
Tomasz Pietrzykowski , dr radca prawny, adiunkt, Uniwersytet Śląski (Katowice) i Bartosz Wojciechowski , dr sędzia SR w Radomsku, adiunkt, Uniwersytet Śląski (Katowice) Równość, prawda i sprawiedliwość w procesie cywilnym. Rozważania na tle nowelizacji k.p.c.	11
Małgorzata Polkowska , dr (Warszawa) Pojęcie szkody i odpowiedzialności cywilnej przewoźnika lotniczego w systemie warszawsko-montrealskim	25
Antoni Bojańczyk , dr adiunkt, Uniwersytet Kardynała Wyszyńskiego (Warszawa) Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym	44
Aleksander Stuglik , (Katowice) Ochrona produktów informatycznych w prawie własności przemysłowej . . .	59
Marcin Butkiewicz , apl. sąd. (Poznań) Wnoszenie podań pocztą elektroniczną na podstawie przepisów k.p.a.	70
Marta Rytlewska , apl. adw. (Kraków) Nowe zasady odpowiedzialności odszkodowawczej komornika	76
WAŻNE DLA PRAKTYKI	
Marzena Kruk , (Warszawa) Instytucje mediacji w sprawach karnych. Badania empiryczne	85
Agnieszka Zalewska-Fowler , adwokat (Warszawa) ADR – techniki polubownego rozstrzygnięcia sporów	96
BEZ TOGI	
Stanisław Mikke , adwokat (Warszawa) Mediokracja	103

CO PISZCZY W PRAWIE	
Marian Filar , prof. dr hab., UMK (Toruń)	
Prognoza pogody	106
DO LEKTURZE	
Andrzej Bąkowski , adwokat (Warszawa)	
Norman Davies: „Powstanie 44”	108
PROCESY ARTYSTYCZNE	
Marek Sołtysik , (Kraków)	
Poza granicą kreacji	112
60. ROCZNICA POWSTANIA WARSZAWSKIEGO	
Adwokaci w Powstaniu Warszawskim – uzupełnienie listy	117
Adwokatom – Powstańcom Warszawy oprac. Stanisław Mikke , adwokat (Warszawa)	117
Powstanie Warszawskie – insurekcja i akt państwowy oprac. Andrzej Krzysztof Kunert , dr, Prezes Archiwum Polski Podziemnej (Warszawa)	120
KARTY HISTORII	
Grzegorz Górski , prof. dr hab., KUL (Lublin)	
Podstawy ustrojowe PRL	126
CZASODIŚMIENICTWO PRAWNICZE	
Stanisław Milewski , (Warszawa)	
Lwowskie podglebie dla inicjatywy adwokata (1)	135
„DALESTRA” PRZED LATY	
Rok 1963, nr 3–4. O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata – podejrzanego w procesie karnym. Orzecznictwo Wyższej Komisji Dyscyplinarnej. Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach adwokackich	139
STO LAT TEMU (24)	
Wyboru dokonała: Karolina Stremaska , adwokat (Warszawa)	147
ADWOKATURA W EUROPIE	
Fatima Joanna Mohmand , dr adwokat, adiunkt, UŁ (Łódź)	
Reklama adwokacka w wybranych krajach środkowoeuropejskich	152

DRAWO W UNII EUROPEJSKIEJ

Andrzej Tusiński, apl. adw., doktorant, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski (Olsztyn)

Zakazane porozumienia przedsiębiorców na gruncie prawa konkurencji WE 160

DRAWA CZŁOWIEKA

Marek A. Nowicki, adwokat, Rzecznik Praw Obywatelskich w Kosowie (Prisztina)

Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (kwiecień–czerwiec 2004 r.) 172

Magdalena Kmak, (Warszawa)

Ochrona cudzoziemców przed wydaleniem na podstawie art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności 182

Z WOKANDY LUKSEMBURGA

Tomasz Tadeusz Koncewicz, apl. adw. (Wrocław)

Sędziowski dylemat – wstrzemięźliwość czy aktywność? Jaka rola dla Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich? 193

SYMPOZJA, KONFERENCJE

Konferencja Europejskiej Federacji Izb Adwokackich w Lyonie

oprac. **Zbigniew Cichoń**, adwokat (Kraków) 199

RECENZJE

J. Stelmach, B. Brożek: Metody prawnicze

recenzja: **Sławomir Lewandowski**, dr adwokat, adiunkt, UW (Warszawa) . . . 202

NOWE KSIĄŻKI

oprac. **Agnieszka Metelska**, adwokat (Warszawa) 205

oprac. **Zbigniew Cichoń**, adwokat (Kraków) 209

PRZEGLĄD CZASOPISM PRAWNICZYCH

oprac. **Agnieszka Metelska**, adwokat (Warszawa) 211

PYTANIA I ODPOWIEDZI PRAWNE

Czy przepisy dotyczące przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron są nadużywane?

oprac. **Andrzej Marcinkowski**, adwokat (Poznań) 215

NAJNOWSZE ORZECZNICTWO

Zbigniew Strus, sędzia SN (Warszawa)

Przeгляд orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna 217

Zbigniew Szonert , dr, sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa) Przeгляд orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego	222
---	-----

GŁOSY

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 20 marca 2003 r. III CZP 1/03 oprac. Zbigniew Woźniak , asesor sądowy SR (Nowa Sól), doktorant, Uniwersytet Wrocławski (Wrocław)	240
Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r. I KZP 31/03 oprac. Jacek Izydorczyk , dr adiunkt, UŁ (Łódź)	250
Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r. I KZP 29/03 oprac. Jarosław Zagrodnik , dr, Uniwersytet Śląski (Katowice)	262

GRATULACJE I ŻYCZENIA	272
------------------------------------	-----

KRONIKA ADWOKATURY

Z prac Prezydium NRA	273
Uchwała Nr 63 Prezydium NRA z dnia 12 października 2004 r.	275
Spotkanie w UOKiK	279
Ważne wyjaśnienie	282

Z ŻYCIA IZB ADWOKACKICH

IZBA BIAŁOSTOCKA

Zgromadzenie Sprawozdawczo-Wyborcze. Uroczyste ślubowanie. Wyprawa kajakami przez litewskie puszcze oprac. Jerzy Korsak , adwokat, sekretarz Okręgowej Rady Adwokackiej (Białystok)	284
---	-----

IZBA KRAKOWSKA

Wybory w Izbie Krakowskiej oprac. Adam Walkowski , kierownik Biura ORA (Kraków)	289
---	-----

VARIA

VIII Mistrzostwa Polski Prawników w Tenisie Ziemnym oprac. Ryszard Kurnik , dyrektor Sądu Apelacyjnego (Katowice)	291
---	-----

SZPALTY PAMIĘCI

Adwokat dr Roman Łyczywek . W 10. rocznicę śmierci oprac. Włodzimierz Łyczywek , adwokat (Szczecin)	293
Adwokat Weronika Ksawera Kwasiborska (1907–2003) oprac. Veronica Afewu , adwokat (Warszawa)	295
Adwokat Kazimierz Górecki (1896–1978) oprac. Jerzy Więckowski , adwokat (Warszawa)	298
Adwokat Małgorzata Anna Cholewicka (1915–2000) oprac. Zygmunt Sobkiewicz , adwokat (Warszawa)	303

LISTY DO REDAKCJI

Andrzej Bąkowski, adwokat (Warszawa)

Obowiązek pamięci 306

Rafał Dębowski, adwokat (Warszawa)

Diem perdidi? W sprawie znaczka Adwokatury 307

Table of contents 312

Table des matieres 315

Inhaltsverzeichnis 319

O waszą i naszą przyszłość

Jeszcze nie istniało tak wielkie zagrożenie dla adwokatury jak obecnie – słyszy się w naszym środowisku. Nasi seniorzy, choć zawsze powtarzali, że czarne chmury nad palestrą to stan permanentny wynikający z samej jej istoty – usytuowania jako przeciwwaga dla omnipotencji władzy państwowej – tym razem jednak też wykazują wyższe, niż poprzednio bywało, zaniepokojenie. No cóż, historia, i to najnowsza, zna dramatyczne dla nas momenty. Ostatnim takim zagrożeniem była całkiem realna groźba unifikacji na warunkach, które spowodowałyby rozmycie adwokatury w rzeszy prawniczo-urzędniczej. Wyszliśmy z tamtej opresji obronną ręką dzięki determinacji i, pamiętajmy, jedności wynikającej z poczucia więzi korporacyjnej.

Podczas uroczystości 85-lecia Odrodzonej Adwokatury Polskiej w grudniu ubiegłego roku, z udziałem najwybitniejszych przedstawicieli życia prawniczego w kraju, padło nieco prowokacyjne pytanie, które wówczas zawisło w próżni: Czy adwokaci dobrze postrzegają rzeczywistość? Czy właściwie postrzegają świat zewnętrzny?

Nie pretendując tu do wygłaszania odkrywczych czy zbawiennych myśli trzeba powiedzieć, że filozofia obłąconej twierdzy nic dać nie może, bo wcześniej lub później, a raczej wcześniej, twierdza ta padnie. Należy zdać sobie sprawę z tego, że „już nie będzie, tak jak było”, czy to się komuś podoba czy nie. Fala zmian ogarniająca większość sfer życia społecznego zbliża się do nas nieuchronnie. Czy przewróci wszystko dotychczasowe? Czy adwokatura, w której dziś się odnajdujemy, i z którą tak mocno utożsamiamy się przejdzie do historii? Musimy uwierzyć, że w dużej mierze od nas samych zależy, czy zdołamy ocalić to wszystko, do czego jesteśmy przywiązani; nie tylko dlatego, że wartości, o które się zmagamy wypracowali nasi poprzednicy, ale w głębokim i uzasadnionym przekonaniu, że adwokatura, niezbędna demokracji, niezbędna państwu i społeczeństwu winna być wyposażona w szczególne, specyficzne atrybuty, odmienne nawet od tych, które są przydawane innym zawodom zaufania publicznego.

Nie widać innej drogi, prócz dokonania takich przeobrażeń, które pozwolą, że znajdziemy się na fali, a nie pod nią. Tylko wtedy ochronimy to, co stanowi istotę zawodu.

Gremia i liderzy, ci wszyscy, którzy będą nas przeprowadzać przez trudny czas, winni przede wszystkim charakteryzować się rozważą i umiejętnością dialogu nawet z tymi, którzy jeszcze nie są przekonani do racji, które podnosimy. Ale warunkiem powodzenia, to przewija się w wypowiedziach podczas wielu formalnych i mniej oficjalnych spotkań, jest wsparcie nie tylko ze strony takich czy innych zespołów, lecz znalezienie zrozumienia co najmniej w znaczącej części środowiska. I takie rozumienie, na szczęście, staje się faktem.

Do trafnych rozwiązań niezbędna też jest integracja wokół podstawowego celu – zachowania tożsamości adwokatury, inaczej mówiąc utrzymania tego wszystkiego, co ją definiuje. Adwokatury obecnie już niejednolitej, wielobarwnej, w której miejsce oczywiście zarówno dla indywidualnych kancelarii i niewielkich spółek adwokackich, jak i adwokatów z dużych firm prawniczych. Wbrew pozorom nie istnieje konflikt interesów między tymi, bardzo różnymi kancelariami, działającą zazwyczaj na innych polach pomocy prawnej. Zgoda na różnorodność rodzi określone konsekwencje, wzajemne poszanowanie dla odmienności, która nie może jednak – należy mocno podkreślić – zwalniać od przestrzegania tych reguł działania, poza którymi kończy się wspólnota. Poza którymi nie ma już adwokatury. Wypracowanie takiego modelu bezkonfliktowego współistnienia wydaje się potrzebą chwili.

Wielu polityków, niemało ośrodków decyzyjnych i opiniotwórczych cierpi na krótkowzroczność, gdy usiłuje „rozjechać” adwokacką samorządność, postulując dobrze nam znane zmiany ustawodawcze. Nasi oponenty z różnych miejsc doceniają walor samodzielnej adwokatury, mamy tego dość przykładów, często dopiero wówczas, kiedy sami poszukują pomocy w mniej lub bardziej trudnych i drażliwych sprawach.

Wolna, niezawisła, samorządna i silna adwokatura jest potrzebna tak obywatelom jak i rządzącym. Broniąc podstawowych wartości adwokatury zabiegamy przecież nie tyle o swoją, co o dobrą, bezpieczną przyszłość zarówno społeczeństwa jak i państwa. Ta prawda musi się przebić przez mury niechęci i uprzedzeń.

Stanisław Mikke

RÓWNOŚĆ, PRAWDA I SPRAWIEDLIWOŚĆ W PROCESIE CYWILNYM. ROZWAŻANIA NA TLE NOWELIZACJI K.P.C.

Wprowadzeniu najnowszych zmian do polskiego kodeksu postępowania cywilnego¹ przyświecało przede wszystkim dążenie do usprawnienia polskiego wymiaru sprawiedliwości poprzez przeniesienie ciężaru dowodu na strony, a odciążenie w tym zakresie sądu. Według twórców nowelizacji jej efektem jest zbliżenie regulacji prawnej procesu cywilnego do modelu postępowania kontradiktoryjnego, w ramach którego strony prowadzą spór przed sądem, którego rolą jest możliwie bezstronna ocena rezultatów starań obydwu stron. W tym modelu postępowania sędzia postrzegany jest jako pasywny arbiter, przed którym aktywne strony dowodzą swoich racji, a nie „trzeci uczestnik” postępowania, współuczestniczący w kształtowaniu jego przebiegu².

Przyjmuje się, że podstawowymi cechami tego modelu są:

- równość stron,
- swobodne dysponowanie roszczeniami,
- związanie sądu żądaniem strony,
- zasada *vigilantibus iura sunt scripta*³.

Tendencja taka, polegająca na stopniowym przybliżaniu postępowania cywilnego do modelu kontradiktoryjnego, była dostrzegalna już od pewnego czasu, w szczególności w zmianach wprowadzonych do kodeksu postępowania cywilnego

¹ Ustawa z 2 lipca 2004 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 172, poz. 1804).

² Model kontradiktoryjny wiązany jest przede wszystkim z tradycją *common law*: „*Closely connected with the common law tradition is the adversarial process by which two parties to a case present their evidence to the court, and the court decides the outcome. Two features of the adversarial process are particularly important: the passivity of the judge (and court) and the activity of the adversaries*” [H. Jacob (w:) H. Jacob, E. Blankenburg, H. Kritzer, D. Provine, J. Sanders, *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, New Haven–London 1996, s. 23].

³ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1997, s. 62–65; K. Kołakowski, *Dowodzenie w procesie cywilnym. Komentarz do przepisów postępowania cywilnego uwzględniający nowelizację z 2000 roku*, Warszawa 2000, s. 19–22; T. Liszcz, *Sprawiedliwość dla bogatych*, „Rzeczpospolita” z 27 lipca 2004 r.

w 1996 i 2000 roku, co znalazło również odzwierciedlenie w linii orzeczniczej Sądu Najwyższego. Wskutek dokonanych wówczas zmian art. 3 i art. 232 k.p.c. zostały wzmocnione zasady kontradiktoryjności, dyspozycyjności i autonomii praw stron, a więc nastąpiło przeobrażenie całego, dotychczasowego kontekstu normatywnego. Już w świetle tamtych zmian Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż sąd został wyposażony w uprawnienie, a nie obowiązek dopuszczenia dalszych jeszcze, niewskazanych przez żadną ze stron dowodów, kierując się przy tym własnym rozeznaniem i oceną, czy zebrany w sprawie materiał jest dostateczny dla jej rozstrzygnięcia⁴.

Z drugiej strony w dotychczasowym modelu postępowania przyjmowano, iż w pewnych sytuacjach czynny udział sędziego w instruowaniu z urzędu tzw. strony słabszej stanowi warunek konieczny wydania trafnego, odpowiadającego prawu i wymogom sprawiedliwości rozstrzygnięcia⁵.

Zgodnie z ukształtowaną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego „stan sprawy dostatecznie wyjaśnionej należy oceniać z uwzględnieniem zasad kontradiktoryjności i dyspozycyjności, biorąc pod uwagę, czy strony mogły w pełni skorzystać z uprawnień pro-

⁴ Ustawa z 1 marca 1996 r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – prawo upadłościowe 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) oraz ustawa z 24 maja 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. Nr 48, poz. 554). Wyrok Sądu Najwyższego z 24 października 1996 r., III CKN 6/96, OSNC 1997, z. 3, poz. 29; z 17 grudnia 1996 r., I CKU 45/96, OSNC 1997, z. 6–7, poz. 76; uchwała z 19 maja 2000 r., III CZP 4/00, OSNC 2000, z. 11, poz. 195; z 12 grudnia 2000 r., V CKN 175/00, OSP 2001, z. 7–8, poz. 116 z aprobującą glosą W. Broniewicza.

⁵ Szerzej na temat prawa sądu do instruowania stron zob. m.in.: A. Kallaus, *Konsekwencje prawne zmiany przepisu art. 3 k.p.c. w postępowaniu procesowym*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 4, s. 137–142; A. Jakubecki, *Kontradiktoryjność a poznanie prawdy w procesie cywilnym w świetle zmian kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 10, s. 63–85; J. Lapierre, *Prawo sądu do instruowania procesu z urzędu według kodeksu postępowania cywilnego na tle porównawczym* (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Witolda Broniewicza*, Łódź 1998, s. 195–204; M. Malczyk-Herdzina, *Dopuszczalność dowodu z urzędu w procesie cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 6, s. 59–64; A. Górski, *Dopuszczalność dowodu z urzędu a zarzucałość procesowa tej czynności sądu cywilnego*, „Palestra” 2001, nr 11–12, s. 43–47. Autorzy zgodnie stwierdzają, że działanie sądu z urzędu w sferze dowodów ma wyłącznie charakter subsydiarny i komplementarny. W pewnych kategoriach spraw sąd powinien jednak przeprowadzać stosowne postępowanie dowodowe, a w szczególności: 1. w przypadku powzięcia podejrzeń co do prowadzenia przez strony fikcyjnego procesu bądź zmierzającego do obejścia prawa, 2. gdy wymaga tego interes społeczny, 3. gdy brak jest dostatecznego materiału dowodowego do rozstrzygnięcia sprawy, ale tylko w sytuacjach wyjątkowych, tj. np. bezradności strony, niemożliwości przezwyciężenia przez nią przeszkód w powołaniu dowodów. Por. także wyrok Sądu Najwyższego z 10 października 1997 r., II CKN 378/97, OSP 1998, nr 6, poz. 111; z 10 grudnia 1997 r., II UKN 394/97, OSNAP 1998/02/614, z 5 listopada 1997 r., III CKN 6/96, OSNC 1997, nr 3, poz. 29.

cesowych służących wykazaniu podnoszonych twierdzeń⁶. Do tej pory w doktrynie przeważał pogląd odrzucający zarówno koncepcję procesu inkwizycyjnego (w tym również w jego „socjalistycznej”, opiekuńczej postaci), jak i wyłącznie kontradiktoryjnego, a preferowany był system mieszany uwzględniający zasady prawdy obiektywnej oraz sporności⁷. Prawo do uzyskania od sądu niezbędnej informacji zaliczane było do elementów prawa do rzetelnego procesu sądowego, a ustalenie rzeczywistego stanu faktycznego za obowiązek organu rozstrzygającego sprawę, wiążący się z wymogami wynikającymi z ideologii praworządnej i racjonalnej decyzji sądowego stosowania prawa oraz przekonania o zupełności proceduralnej systemu prawa⁸. Wprowadzona ustawą z 2 lipca 2004 r. nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego skłania do ponownego przemyślenia niektórych przynajmniej (aczkolwiek w praktyce niejednokrotnie kluczowych) teoretycznych i aksjologicznych aspektów modelu procesu cywilnego.

I

Najważniejsze – z punktu widzenia interesującej nas tu problematyki – zmiany dotyczą nowelizacji artykułów: 5, 212 i 477¹ k.p.c. Obowiązujący do 5 lutego 2005 r. przepis art. 5 k.p.c. nakładał na sąd obowiązek („sąd powinien”) udzielania stronom i uczestnikom postępowania działającym bez pomocy profesjonalisty potrzebnych wskazówek co do czynności procesowych oraz pouczenia o ich skutkach prawnych i skutkach zaniechań. W założeniu obowiązek ten miał zapobiegać możliwym ujemnym skutkom nierówności stron w toczącym się postępowaniu, której źródłem mogła być nieporadność jednej strony wobec odpowiedniej znajomości prawa i umiejętności jego skutecznego zastosowania przez drugą stronę.

Z kolei przepis art. 5 k.p.c. w nowym brzmieniu stanowi, że to od swobodnej decyzji sądu („sąd może⁹”), i to podjętej dopiero w razie uzasadnionej potrzeby, zależy udzielanie stronom i uczestnikom występującym bez adwokata lub radcy prawnego niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych. Sędziemu pozostawiona została zatem dyskrejonalność¹⁰, obejmująca swobodę decyzji, czy da-

⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 7 lutego 2000 r., I CKN 321/98, OSN 2000, z. 10, poz. 178; z 11 kwietnia 2000 r., III CKN 237/00, OSN 2000, z. 10, poz. 190; J. Turek, *Procesowe skutki uchybień dowodnych sądu. Cz. II*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 6, s. 253.

⁷ Por. M. Manowska, *Zasada prawdy materialnej w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego*, „Prawo Spółek” 1999, nr 12, s. 49 oraz cytowana przez autorkę literatura.

⁸ Na temat ideologii praworządnej decyzji sądowego stosowania prawa zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, wyd. 2, Warszawa 1988, rozdz. XIV. Sam autor nie wydawał się jednak wiązać tej ideologii z jakimś konkretnym modelem postępowania (zob. s. 202–204).

⁹ Wszelkie podkreślenia znajdujące się w tekście zostały dokonane przez autorów.

¹⁰ Na temat swobodnego uznania sędziego oraz uwarunkowań i ograniczeń korzystania z niej zob. bliżej B. Wojciechowski, *Dyskrejonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004, passim, w szczególności rozdz. IV.

nej stronie, w konkretnej sprawie, co do ściśle oznaczonej kwestii procesowej, udzielić pouczenia i jaką treść pouczenia takie miałyby zawierać. Swoboda sędziego jest tutaj względnie szeroka i kilkustopniowa – sędzia najpierw ocenić ma, czy w określonej sytuacji procesowej występuje w ogóle „uzasadniona potrzeba” udzielenia pouczenia, a następnie – jeśli jego zdaniem przesłanka ta jest spełniona – czy takiego pouczenia udzielić (bowiem jedynie „może” on, a nie „powinien” poinstruować w tej sytuacji stronę), a w końcu – w jakim zakresie pouczenie takie jest „niezbędne” (a więc czego winno ono dotyczyć). Tak więc margines pozostawiony ocenom sędziowskim rozciąga się od ustalenia przesłanki umożliwiającej udzielenia pouczenia, przez dyskrecjonalną decyzję, czy ma ono zostać udzielone, aż po rozstrzygnięcie co do treści pouczenia [możliwości czy ewentualnie sposobu dokonania pewnych czynności procesowych na danym etapie postępowania, na przykład o możliwości złożenia wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych lub zgłoszenia odpowiedniego środka dowodowego (zdanie 2 art. 232 k.p.c.)].

Podobne uprawnienie nakłada na przewodniczącego składu orzekającego znowelizowany art. 212 k.p.c., a mianowicie może on „w razie uzasadnionej potrzeby” udzielić stronom „niezbędnych pouczeń, stosownie do okoliczności, zwracając im uwagę na celowość ustanowienia pełnomocnika procesowego”. Wyjątek dotyczy postępowań w sprawach o alimenty i o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym, kiedy to przewodniczący poucza stronę działającą bez pomocy profesjonalisty o roszczeniach wynikających z przytoczonych przez nią faktów. Według jeszcze obowiązującego brzmienia art. 212 k.p.c. przewodniczący udziela stronom odpowiednich pouczeń i wskazówek, brak było zatem wprowadzonej obecnie uznaniowości (z wyjątkiem wspomnianych dwóch kategorii spraw) co do obowiązku stosownego pouczenia.

Dla wyczerpującego omówienia zmian istotnych z punktu widzenia tematyki niniejszej publikacji niezbędne jest zwrócenie uwagi na nowelizację art. 477¹ k.p.c. Dotychczas obowiązujący przepis § 2 art. 477¹ k.p.c. zobowiązywał sąd, aby rozstrzygał w orzeczeniu o wszystkich roszczeniach, które wynikają z faktów przytoczonych przez pracownika. Tak sformułowany przepis stanowił wyjątek od zasady, że sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie (*ne eat iudex ultra petita partium*). Według znowelizowanego brzmienia omawianego przepisu sąd jedynie może z urzędu uwzględnić inne roszczenie alternatywne.

Podstawą ustawowego umocowania dla dyskrecjonalności sędziowskiej (która zastępuje dotychczasowy obowiązek udzielania pomocy stronie „słabszej”) jest przede wszystkim postulat przeprowadzenia szybkiego i ekonomicznego procesu, czyli względy celowościowe. Jak można również sądzić, pewnym głębszym, filozoficznym podłożem wprowadzanych modyfikacji postępowania są następujące stopniowe zmiany postrzegania relacji obywatel–państwo, to jest z nacechowanego paternalizmem stosunku petent–opiekun w kierunku bardziej liberalnej, partnerskiej wizji obywatel–instytucja publiczna, z istnienia i działań której może on skorzystać, ale która nie zastąpi jego własnej aktywności.

Do tej pory w postępowaniu cywilnym wyraźnie dostrzegalne były skłonności do ochrony „strony słabszej”. Uznawano bowiem, że w niektórych postępowaniach „występuje wyraźna nierówność stron, z których jedna – pracownik, ubezpieczony, dochodzący alimentów, poszkodowany – jest co do zasady słabsza (strona słabsza jako kategoria prawna)”¹¹. Ponadto, „w każdym innym procesie cywilnym stroną słabszą jest ta, która ze względu na brak odpowiedniego wykształcenia nie jest w stanie sama skutecznie bronić swych praw, a nie stać jej na profesjonalnego pełnomocnika (strona słabsza jako kategoria faktyczna)”¹². Pogląd ten prowadził do ukształtowania określonych rodzajów postępowania, w których jednej ze stron przyznawane były szczególne uprawnienia procesowe (modelowym przykładem może tu być postępowanie w sprawach z zakresu prawa pracy, w szczególności art. 477¹ k.p.c.), prowadzące do tzw. asymetrii w postępowaniu. Ponadto, w związku z art. 212 k.p.c. sąd zobowiązany był w istocie do dbania o to, ażeby strona „faktycznie słabsza” nie poniosła negatywnych konsekwencji wynikających z własnej nieporadności, nieznajomości prawa i niekorzystania z pomocy pełnomocnika. Kontrowersje wywołane nowelizacją i częściowym ograniczeniem tego rodzaju obowiązków sądu na rzecz dyskrecyjnego uprawnienia do udzielania pomocy jedynie w razie uzasadnionej potrzeby (przy zachowaniu wszakże wciąż jeszcze szeregu ułatwień dla stron słabszych „z definicji”) opierają się na przekonaniu, iż likwidacja dotychczasowych obowiązków sądu oznacza, iż „dla czystości konstrukcji prawnych i komfortu pracy sądu poświęcono interes strony słabszej, zapominając, że nie wszyscy jesteśmy młodzi, silni, bogaci i zdolni do walki w obronie swoich praw i interesów”¹³.

II

Konsekwencją wprowadzonych ustawą z dnia 2 lipca 2004 roku zmian jest zauważalne preferowanie roszczenia równości procesowej stron przed dążeniem do spełnienia wymogu odnalezienia prawdy materialnej, a tym samym – zdaniem niektórych – również sprawiedliwości. W literaturze od dawna jednak eksponuje się rolę aktywności stron w zakresie koncentracji materiału dowodowego, co wyraża się w zasadzie *vigilantibus iura sunt scripta* rozumianej jako zobowiązanie strony do dbałości o swoją sprawę¹⁴.

¹¹ T. Liszcz, *Sprawiedliwość...*, op. cit.

¹² *Ibidem*.

¹³ T. Liszcz, *Sprawiedliwość...*, op. cit.; *idem*, *Paragrafy eleganckie, ale bezduszne*, „Rzeczpospolita” z 29 lipca 2004 r. Podobny pogląd wyraziła E. Łętowska w wywiadzie udzielonym „Gazecie Wyborczej”, zob. „Gazeta Wyborcza” z 23 września 2004 r., s. 14–15.

¹⁴ Por. M. Sawczuk, *Problem aktywności stron (vigilantibus iura sunt scripta) w postępowaniu cywilnym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z zakresu prawa cywilnego i praw na dobrach niematerialnych”, Warszawa – Kraków 1973, s. 115–127; P. Osowy, *Zapobieganie przewlekłości postępowania cywilnego z uwzględnieniem znaczenia zasady koncentracji materiału dowodowego (zadgnięcia wybrane)*, „Rejent” 2002, nr 11, s. 137, 154.

Pojawia się tu doniosłe zagadnienie: czy sędzia, ustalając fakty sprawy, ma określić materialną lub obiektywną prawdziwość każdego faktu¹⁵, który sam uważa za istotny dla rozstrzygnięcia sprawy, czy też powinien ustalić prawdziwość tylko tych faktów, na które strony się powołują w celu udowodnienia swoich twierdzeń¹⁶.

Skoro obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa obecnie na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.) spoczywa na stronie, która z faktów tych wywodzi skutki prawne (art. 6 k.c.), to można by pokusić się o konstatację, iż w chwili obecnej polski kodeks postępowania cywilnego ostatecznie odszedł od zasady prawdy materialnej na rzecz usankcjonowania zasady prawdy formalnej (sądowej), stosownie do rygorystycznego ujęcia paremii *quod non est in actis, non est in mundo*. Innymi słowy, powrócono do założenia, że nie ma powodu, aby sąd uznawał za istotne dla sprawy fakty, które nie są istotne dla samych stron sporu. Z sądu ostatecznie zdjęto odpowiedzialność (czy raczej jej pozostałości) za ustalenie w sposób wyczerpujący rzeczywistego stanu faktycznego¹⁷ i wymierzenie na tej podstawie „sprawiedliwości”, a z zasady aktywności stron uczyniono nadrzędną zasadę modelującą¹⁸.

Jak wspomniano, omawianą nowelizację negatywnie ocenia się głównie z punktu widzenia zasady sprawiedliwości¹⁹. Należy się więc zastanowić, czy zbliżenie procesu do modelu kontradyktoryjnego rzeczywiście prowadzi do naruszenia wymogów sprawiedliwości, a jeżeli tak, to jak rozumianej, oraz w jaki sposób naruszeniom takim można przeciwdziałać. Chodzić tu więc może przede wszystkim o sprawiedliwość w sensie materialnym, tzn. sprawiedliwość rozstrzygnięcia podjętego przez sąd w rezultacie przeprowadzonego postępowania (wskutek oparcia orze-

¹⁵ Na marginesie zaznaczyć należy, że w polskiej teorii prawa uważa się, iż w postępowaniu sądowym chodzi nie tyle o „prawdę”, co o „należyte uzasadnienie twierdzeń uznawanych w procesie za prawdziwe na gruncie paradygmatu poznawczego”, czyli inaczej mówiąc, podstawą „podejmowania praworządnych decyzji procesowych mają być w zasadzie ustalenia faktów zgodne z rzeczywistością, ustalenia prawdziwe, ale w istocie chodzi w tych przypadkach o ustalenia, dające się uzasadnić na gruncie paradygmatu poznawczego, wiążącego dany organ orzekający”. M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 227; także O. Bogucki, *Teoretyczne aspekty zasady prawdy materialnej w nowym modelu postępowania cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, z. 1, s. 56.

¹⁶ M. Taruffo, *Prawda sądowa i powoływanie się na fakty w postępowaniu cywilnym*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4, s. 255 i n.; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 460 i n.

¹⁷ Czego dobitnym przejawem jest zmiana brzmienia art. 224 k.p.c., zgodnie z którym (dotychczas) przewodniczący zamykał rozprawę „gdy uznał sprawę za dostatecznie wyjaśnioną”, zaś obecnie czyni to „po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom”.

¹⁸ P. Osowy, *Zapobieganie przewlekłości postępowania cywilnego ...*, op. cit., s. 142, 144.

¹⁹ T. Liszcz, *Sprawiedliwość...*, op. cit.; idem, *Paragrafy eleganckie ...*, op. cit. Warto jednak zauważyć, że dla niektórych autorów „powoływanie się na sprawiedliwość nie jest lepsze od uderzenia pięścią w stół”. Zob. A. Ross, *On Law and Justice*, Berkeley 1974, s. 274.

czenia na niewyczerpująco lub niezgodnie z rzeczywistością ustalonym stanie faktycznym). W takim ujęciu sprawiedliwość procedury oceniana jest z punktu widzenia jej skuteczności dla osiągnięcia sprawiedliwego (tj. opartego na dokładnie i zgodnie z prawdą ustalonym stanie faktycznym i odpowiadającego prawu²⁰) rozstrzygnięcia. Jak ujmuje to W. Sadurski „gwarancje (...) rzetelnego procesu (...) mają za zadanie zwiększać prawdopodobieństwo sprawiedliwego rezultatu. Zasługują one na miano «sprawiedliwych» tylko o tyle, o ile wierzymy, że lepiej niż jakakolwiek inna procedura prowadzą one do sprawiedliwego rezultatu, a więc nie są one sprawiedliwe *per se*”²¹. Z drugiej strony, ocenie z punktu widzenia sprawiedliwości podlegać może sam kształt procedur (niezależnie od tego czy lepiej, czy gorzej pozwalają one na realizację sprawiedliwości materialnej), rozumianej w tym przypadku w ten sposób, iż nie może być uznany za „sprawiedliwy” proces, w którym dopuszcza się sytuację rażącej „rzeczywistej nierówności” stron, a sąd nie ma obowiązku (czy nawet uprawnienia) do przeciwdziałania osiągnięciu przez stronę „silniejszą” przewagi procesowej wynikającej nie z racji merytorycznych, lecz jedynie większej sprawności działania czy szerszych możliwości finansowych²².

III

Spoglądając na analizowane zmiany w k.p.c. z punktu widzenia sprawiedliwości rozumianej materialnie (której możliwie pełnej realizacji służyć winno postępowanie), należy podkreślić, iż problematyka aktywności sądu w zakresie gromadzenia materiału dowodowego nabiera tu szczególnego znaczenia, albowiem jest najzupełniej oczywiste, że sprawiedliwe rozstrzygnięcie, w sensie trafnego zastosowania przepisów prawa materialnego, może w zasadzie mieć miejsce jedynie na gruncie należyście ustalonego stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy²³. Można zasadnie

²⁰ Z oczywistych powodów pomijamy tu problematykę relacji sprawiedliwości rozstrzygnięcia sądowego do sprawiedliwości samej reguły prawnej, w oparciu o którą zostało ono podjęte i zakładamy (kontrafaktycznie), że sprawiedliwość owych reguł nie budzi wątpliwości.

²¹ W. Sadurski, *Giving Desert Its Due*, Dordrecht 1985, s. 51; zob. także *idem*, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1988, s. 78 i n.

²² W literaturze określa się ją w tym kontekście zazwyczaj jako postulaty „*fair trial*” lub „*due process of law*”. Warto dodać, iż zdaniem niektórych autorów (np. W. Sadurskiego) sprawiedliwość procedury jest zawsze pochodną jej skuteczności w realizacji sprawiedliwości materialnej, a zatem – ściśle rzecz biorąc – nie istnieje żadna odrębna „sprawiedliwość proceduralna” (*ibidem*, s. 49 i n.). Ten wątek musimy jednak pozostawić poza zakresem niniejszych rozważań.

²³ Jak wskazuje M. Taruffo, instytucjonalną rolą sędziego jest „decydowanie o istnieniu roszczenia, którego się dochodzi, zaś to implikuje fakt, że sędzia musi zawsze ustalać istnienie konkretnego faktu prawnego, uzasadniającego takie roszczenie, nawet jeśli ten fakt nie był wyraźnie przytoczony przez strony” (*Prawda sądowa i powoływanie się...*, *op. cit.*, s. 266). Por. także N. MacCormick, *Law of Evidence*, St. Paul. Minn. 1954, s. 12; H. Frohn, *Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung. Studie zur*

twierdzić, iż takie ustalenie w niektórych przypadkach nie jest możliwe bez pomocy sądu, w szczególności gdy strona jest nieporadna i nie posiada żadnej wiedzy prawniczej, a działa jednocześnie bez pełnomocnika. Wobec tego nasuwa się pytanie, czy rzeczywiście nowelizacja stanowi tu istotny krok wstecz wobec stanu dotychczasowego. Otóż zwrócić uwagę trzeba na dwa fakty. Po pierwsze, sądowi nadal pozostawionych zostało szereg instrumentów ochrony strony „słabszej” (od art. 5 poczynając, po szereg innych uregulowań szczegółowych – jak art. 207 § 3, art. 232 zd. 2, art. 327 § 1, art. 477 i inne). Po drugie, można mieć wątpliwości, czy rzeczywiście skuteczniejszą (co do zasady) metodą zapobiegania tak rozumianej niesprawiedliwości jest kreowanie przez samego prawodawcę kategorii stron słabszych „z zasady”²⁴, czy też właściwsze jest pozostawienie w tym zakresie sądowi władzy dyskrecjonalnej, w ramach której udzielenie pomocy uzależnione będzie od konkretnych okoliczności danego procesu i występujących w nim stron.

Można wskazać szereg argumentów przemawiających na rzecz tej drugiej metody – oczywiste bowiem jest, że sytuacje poszczególnych podmiotów należących do kategorii „słabszych” z zasady bywają bardzo różne, a i niejednokrotnie może zdarzyć się, że strona taka jest *de facto* znacznie „silniejsza” procesowo od strony, która do grupy „słabszych” zaliczona nie została²⁵. Z tego punktu widzenia tworzenie tego rodzaju sztywnych kategorii stron z mocy prawa traktowanych jako „słabsze” (bez względu na rzeczywistą sytuację w procesie) wydaje się narzędziem prawnym dosyć mało odpowiadającym różnorodności rzeczywistych sytuacji procesowych, w porównaniu z pozostawieniem sędziemu oceny co do tego, czy różnica pomiędzy konkretnymi stronami pod względem zdolności do obrony swoich interesów wymaga udzielenia jednej z nich stosownych pouczeń, wyjaśnień, zwrócenia uwagi na celowość ustanowienia pełnomocnika czy też nawet dopuszczenia dowodu niezgłoszonego²⁶. Jest przy tym sprawą oczywistą, iż rozwiązanie takie nakłada na

Verfassungsdimension des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Zugleich ein Beitrag zur verfassungsrechtlichen Problematik effektiven Rechtsschutzes, Berlin 1989, s. 28 i n. Podobnie w polskiej literaturze wypowiadali się m.in.: M. Zieliński, *Obiektywność ustalenia faktów jako element praworządności stosowania prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1979, nr 1, s. 35; L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne (na przykładzie sporów cywilnych)*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 1, s. 14; *idem*, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 170 i n.

²⁴ Należące do takiej grupy podmioty otrzymują, niejako *a priori*, określone przywileje procesowe (polegające chociażby na nałożeniu na sąd określonych obowiązków w stosunku nich) z racji samej przynależności do owej kategorii.

²⁵ Znamiennym przypadkiem może być sytuacja, w której bogatemu i sprawnemu przedsiębiorstwu reprezentowanemu przez profesjonalnego pełnomocnika zostaje wyrządzona szkoda przez nieporadną osobę fizyczną występującą samodzielnie – zgodnie z teorią stron „słabszych z mocy prawa” pomoc sądu należy się poszkodowanemu, a sąd mógł nawet (przed nowelizacją) na podstawie art. 321 § 2 k.p.c. zasądzić kwotę ponad żądanie powoda.

²⁶ Wnikliwą teoretycznoprawną charakterystykę uwarunkowań i ograniczeń związanych z podejmowaniem decyzji w oparciu o tego rodzaju reguły ogólne (rozumiane jako pewne „utrwalone genera-

sędziów znacznie większą odpowiedzialność (immanentnie związaną z przyznaniem uprawnień o charakterze dyskrejonalnym²⁷), a co za tym idzie w żadnym razie – wbrew krytykom – nie nazwalibyśmy jej rozwiązaniem sprzyjającym „komfortowi” pracy sądu.

Mankamentem takiego rozwiązania jest jednak możliwość naruszenia istotnej wartości związanej z funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości, a mianowicie zaufania do bezstronności sądu. Chodzi tu przy tym o zaufanie do faktycznej bezstronności sędziego, która (w odróżnieniu od tzw. sytuacji bezstronności, o jaką chodzi np. w art. 48 i 49 k.p.c.) polega na niekierowaniu się przez sędziego przy podejmowaniu rozstrzygnięć (zarówno co do istoty sprawy, jak i rozstrzygnięć incydentalnych w trakcie procesu) określonego rodzaju motywami „pozamerytorycznymi”²⁸. Podstawowym problemem związanym z tak rozumianą bezstronnością w procesie stosowania prawa jest możliwość jedynie pośredniego (na podstawie zewnętrznych zachowań) wnioskowania przez strony o motywach wpływających na decyzje podejmowane przez sędziego. Tymczasem, jak podkreśla się w literaturze, z punktu widzenia funkcjonowania systemu wymiaru sprawiedliwości przekonanie stron, że sędziowie postępują bezstronnie, jest co najmniej równie ważne jak to, czy w rzeczywistości ich postępowanie ma charakter bezstronny²⁹. W sytuacji, w której to od decyzji sędziego uzależnione jest, czy i jakiego rodzaju pomocy należy udzielić stronie słabszej, a nadto jego ocenie pozostawiona jest decyzja o tym, czy w okolicznościach danego postępowania udzielenie takiej pomocy jest nieodzowne, siłą rzeczy musi zwiększyć ryzyko posądzeń o to, że sędziowie – korzystając z tego uprawnienia w sposób niezdeterminowany regułą ogólną (dyskrejonalnie) – naruszają wymóg bezstronności (ze względu na większą niejednorodność i uznaniowość rozstrzygnięć)³⁰. W tej sytuacji szczególnego znaczenia nabiera umiejętność

lizacje” (*entrenched generalisation*), w szczególności ich podatność na „omyłki wewnętrzne” (*internal failure*) oraz „zewnętrzna podważalność” (*external defeasibility*) przedstawił F. Schauer w pracy *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford 1991, *passim*, w szczeg. s. 117 i n.

²⁷ B. Wojciechowski, *Dyskrejonalność...*, *op. cit.*, s. 307.

²⁸ Katalog takich motywów jest uzależniony od wielu względów i czynników, a przy pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że chodzi o motyw w danym kontekście rzeczowo nieuzasadnione, które równocześnie nie są relewantne z punktu widzenia regulującej daną sytuację przepisów prawnych – na ten temat zob. szerzej Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Roszczenia do bezstronności*, (w:) J. Stelmach (red.), *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003, s. 66 i n.; *idem*, *Bezstronność jako pojęcie prawne* (w:) I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa prof. J. Nowackiego*, Kraków 2003, s. 273 i n.

²⁹ Na znaczenie „zewnętrznego obrazu wymiaru sprawiedliwości” z punktu widzenia wymogów bezstronności, którego naruszenie w pewnych sytuacjach jest możliwe „choćby żaden z sędziów nie naruszył obowiązku bezstronności”, zwracał uwagę Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 20 kwietnia 1999 r. (S 1/99, OTK 1999 r. 4/79).

³⁰ Na to niebezpieczeństwo zwracano już uwagę pod rządami przepisów dotychczasowych – por. wyrok Sądu Najwyższego z 12 grudnia 2000 r. (V CKN 175/00, OSP 2001, z. 7–8, poz. 116 z aprobowaną

racjonalnego, przekonującego wskazania przyczyn, motywów i racji, dla których sędzia w taki a nie inny sposób skorzystał z przysługującej mu dyskrecjonalnej kompetencji³¹.

IV

Nieco inaczej przedstawiałby się problem, gdyby krytykę rozwiązań wynikających z nowelizacji kodeksu rozumieć jako zarzut „niesprawiedliwości” obecnego modelu postępowania w sensie sprawiedliwości proceduralnej. Chodziłoby tu zatem już nie to (a przynajmniej nie przede wszystkim o to), że ze względu na zwiększenie kontradykcyjności procesu w niektórych postępowaniach – tych mianowicie, które toczą się pomiędzy stroną „silniejszą” a „słabszą” – zwiększa się prawdopodobieństwo wydania nietrafnego (bo opartego na nie w pełni odpowiadającym rzeczywistości stanie faktycznym) rozstrzygnięcia *in meriti*, ale dlatego, że dopuszczenie do sytuacji tego rodzaju nierównowagi procesowej bez „zrównoważenia” jej odpowiednimi obowiązkami ze strony sądu samo w sobie stanowi rozwiązanie niesprawiedliwe (proceduralnie).

Zarzut ten bez wątpienia opiera się na określonym pojęciu „równości” stron procesu, jako warunku uznania go za procedurę sprawiedliwą. Chodzi tu więc o tzw. równość „faktyczną”, a nie tylko prawną, a zatem nie o posiadanie symetrycznych uprawnień procesowych przez obydwie strony, ale o zapewnienie, iż każda ze stron „rzeczywiście” ma możliwość z nich skorzystać. Co więcej, owa faktyczna równość zyskuje w takiej argumentacji wyraźny prymat nad formalną równością praw procesowych stron, albowiem zapewnienie tej pierwszej usprawiedliwiać ma odstąpienie od drugiej (polegające na przyznaniu jednej ze stron określonych przywilejów, które drugiej stronie nie przysługują). I tu również można wskazać na szereg uzasadnionych wątpliwości wobec podstaw, na których opiera się krytyka rozwiązań przyjętych w nowelizacji. Nie chcemy przy tym w żadnym razie negować samej potrzeby zapewnienia osobom niezdolnym do samodzielnego poradzenia sobie z postępowaniem (skoro nie wszyscy jesteśmy „młodzi, silni, bogaci i zdolni do walki”) odpowiedniego wsparcia. Potrzeba taka jest oczywista, szczególnie że wobec postępującej hipertrofii prawa i daleko idącej jurydyzacji życia społecznego

cą głosem W. Broniewicza), w którym podkreślono, że korzystanie przez sąd z uprawnienia do dopuszczania dowodów z urzędu „może być zawsze odbierane jako naruszenie prawa do bezstronnego sądu i odpowiadającemu mu obowiązkowi przestrzegania zasady równego traktowania stron” (podkr. B. W., T. P.).

³¹ Warto zaznaczyć, iż jest to wszakże problem wspólny wszystkim przypadkom procesowych decyzji dyskrecjonalnych, również takich, które niczyich wątpliwości nie budzą – np. art. 359 k.p.c.; na temat relacji dyskrecjonalność – bezstronność – sprawiedliwość – uzasadnienie zob. M. Bayles, *Procedural Justice. Allocating to Individuals*, Dordrecht–Boston–London 1990, s. 61 i n.

naiwne byłoby żądanie odpowiedniej znajomości prawa od każdego, kto szuka ochrony swych praw przed sądem. Ilość, a nierzadko także nieczytelność wydawanych w naszym kraju aktów prawnych praktycznie uniemożliwia przeciętnemu adresatowi (a nierzadko poważnie utrudnia również wykwalifikowanym prawnikom) ich poznanie i zrozumienie. W rezultacie konieczne staje się skorzystanie z usług specjalisty w danej dziedzinie prawa w celu uzyskania stosownej pomocy, na co wiele stron procesu nie może sobie pozwolić³².

Z pewnością konieczne zatem jest zapewnienie odpowiednich mechanizmów zapobiegających dysfunkcjonalności porządku prawnego polegającej na pogłębianiu się przepaści pomiędzy coraz grubszymi tomami coraz mniej zrozumiałego „*law in books*” a rzeczywistą zdolnością korzystania z niego przez jego adresatów (zwłaszcza tych najsłabszych). Wątpliwości mieć już jednak można wobec sposobu ukształtowania tych mechanizmów, tak aby zapewniały one jednocześnie sprawność i przejrzystość funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, respektowały szereg związanych z jego istotą wartości formalnych oraz nie przerzucały obowiązku i odpowiedzialności za ochronę interesów poszczególnych podmiotów na organy państwa (co stanowi domenę regulacji prawnych opartych na wspomnianej paternalistycznej wizji relacji obywatel–państwo). Po pierwsze zatem, również tutaj powraca pytanie, czy tworzenie odrębnych kategorii stron „słabszych z definicji” nie jest narzędziem nieadekwatnym do celu, jakim jest zapewnienie, aby bez pomocy nie została pozostawiona strona, która jest *rzeczywiście* słabsza, a nie tylko należy do kategorii uznanej przez prawodawcę za „słabszą z definicji”³³. Ze względu na różnicowanie rzeczywistych zdolności skutecznego prowadzenia postępowania i korzystania z narzędzi procesowych, zarówno pomiędzy poszczególnymi podmiotami należącymi do kategorii „słabszej”, jak i do niej nienależącymi, pozostawienie sędziemu swobody oceny potrzeby takiej pomocy w zależności od oceny konkretnych okoliczności wydaje się rozwiązaniem właściwszym.

Po wtóre, pytanie o charakterze jeszcze bardziej fundamentalnym dotyczy tego, czy to na pewno właśnie sąd jest tym organem, na którym winien ciążyć obowiązek udzielenia owej „słabszej” stronie pomocy. Wydaje się, że z punktu widzenia roli sądu wobec stron i ochrony ich zaufania do jego bezstronności pomoc ta winna polegać na uzyskaniu znacznie szerzej dostępnej pomocy prawnej ze strony odpowiednich instytucji pozasądowych (takich jak pomoc prawna z urzędu, uniwersy-

³² Inną sprawą, o której warto pamiętać, jest to, że i tutaj sytuacje bywają różne. Trudno sądzić bowiem, iż pomoc ze strony sądu należy się w *równym stopniu* osobie, która występuje bez pełnomocnika, ponieważ *rzeczywiście* nie ma żadnej możliwości pokrycia związanych z tym kosztów oraz osobie, której po prostu żal przeznaczyć na ten cel środki zarezerwowane na zaplanowaną na najbliższe lato zagraniczną wycieczkę. To również „wymyka” się zupełnie rozwiązaniom opierającym się na tworzeniu ustawowych „kategorii stron słabszych z definicji” (np. działających bez pełnomocnika).

³³ Por. uwagi T. Nagela, *Equal Treatment and Compensatory Discrimination* (w:) M. Cohen, T. Nagel, T. Scanlon, *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, New York 1982, s. 7–8.

teckie poradnie prawne, ewentualnie biura publicznej pomocy prawnej itd.), ze strony sądu zaś winna ona ograniczać się co najwyżej do wskazania „celowości ustanowienia pełnomocnika” oraz instytucji, do której można się o nią zwrócić. Inną zupełnie sprawą jest natomiast oczywisty niedorozwój rynku drobnych usług prawniczych w Polsce, w szczególności całego segmentu usług pomocy prawnej świadczonej *pro bono*³⁴, czy nawet bardzo ograniczone korzystanie w postępowaniu cywilnym z instytucji pełnomocnika z urzędu.

Sukces stworzonych przed kilku laty uniwersyteckich poradni prawnych dowodzi, jak bardzo potrzebne jest wykształcenie się sprawnych i możliwie szeroko dostępnych instytucji tego rodzaju. Ich rudymencarnosc w naszej rzeczywistosci prawnej stanowi bez watpienia problem w zasadniczy sposob rzutuujacy na sytuacje procesowa strony niezaradnej, ubogiej czy nieznaajacej prawa, a takze sytuacje prawna osob, ktore z tego powodu z dochodzenia swoich praw przed sadem w ogole rezygnuja. Nie oznacza to jednak, ze *remedium* na ten stan rzeczy mialoby byc utrzymanie modelu postepowania, w ktorym sędzia „bierze udzial” w procesie, samemu dbajac o to, aby kazda ze stron w pelni wykorzystala wszelkie przyslugujaace jej mozliwosci i uprawnienia. W szczegolnosci nie mozna zgodzic sie z postulatem utrzymania tego rodzaju obowiazkow sadu jako „protezy” ukszaltowania sie rzeczywistych instrumentow mogacych problem ten przynajmniej zmniejszyc (albowiem zapewne nie jest on mozliwy do rozwiązania w pelni). Tym bardziej nieprzystajace do charakteru problemu jest przy tym odgórne, prawodawcze dekretnowanie, ktora to strona w postepowaniu korzystaac ma z pomocy i przywilejow (i na czym polegajacych) z uwagi na przynaleznosc do pewnej „kategorii”, bez wzgledu na to, jak przedstawia sie faktyczna sytuacja stron w danym postepowaniu.

Ponadto z punktu widzenia postulatu *rownego* szacunku i troski ze strony panstwa wobec *wszystkich* (w tym rowniez tych silniejszych i sprawniejszych w procesie)³⁵ wydaje sie, ze wlasciwszym rozwiązaniem jest przyjecie modelu urzeczywistniajacego w sposob mozliwie pelny formalna rownosc praw obydwu stron. Tylko w drodze pewnego wyjatku (uzaleznionego od sędziowskiej oceny konkretnych okolicznosci) powinno byc dopuszczalne udzielenie przez sad pomocy stronie ewidentnie i nieproporcjonalnie slabszej. Natomiast okreslenie przez prawodawce w

³⁴ Mamy tu na mysli istniejace w niektórych krajach finansowane z budzetu panstwa instytucje udzielajace osobom niezamożnym darmowej lub niskoplatnej pomocy prawnej, kancelarie wyspecjalizowane w udzielaniu pomocy w sprawach drobnych, czy nawet spotykany czasem zwyczaj udzielania przez renomowanych prawnikow i kancelarie porad prawnych (np. w okreslone dni) bezplatnie. Pewna bariera stanowi tu takze powszechnie przyjmowany w europejskiej kulturze prawnej zakaz *pactum de quota litis*, ktorego brak znacznie ulatwia dostep do pomocy prawnej (czego dobitnym przykladem sa Stany Zjednoczone).

³⁵ Postulat taki nazywany jest niekiedy „zwierzchnia cnota” (*sovereign virtue*) wspolnoty politycznej, bez ktorej jest ona „tylko tyrania” (por. R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Mass. 1998, *passim*).

sposób kategoriyczny za pomocą przepisów kodeksu rozmaitych „konfiguracji” procesowych, w których występują różne strony „silniejsze” i „słabsze” i którym z tego tytułu przysługują odmienne zestawy przywilejów i uprawnień (inne pracownikom, inne ubezpieczonym, jeszcze inne konsumentom, osobom poszkodowanym czynem niedozwolonym, jeszcze inne działającym bez pełnomocnika etc.), jest w naszym przekonaniu rozwiązaniem błędnym.

Wydaje się, że przewaga modelu kontradiktoryjnego uzupełnionego o dyskrecyjne uprawnienie sędziego do udzielenia stronie odpowiednich pouczeń uzyskuje przewagę nie tylko poprzez bardziej zrozumiałe i przejrzyste usytuowanie sędziego w relacji do stron (jako arbitra rozstrzygającego spór niejako z zewnątrz), ale również przez udostępnienie obydwu stronom co do zasady *równych* możliwości i uprawnień procesowych. W konsekwencji transparentność oraz wyraźne przeniesienie na sędziego ciężaru odpowiedzialności nie tyle za doprowadzenie do tego, aby strony *skorzystały* z wszystkich dostępnych im uprawnień, ile za decyzję, czy i w jakim zakresie uzyskanie przez jedną z nich pomocy było *nieodzowne*, powoduje, że rola sędziego jako bezstronnego arbitra w procesie staje się bardziej czytelna dla stron. Pomimo wątpliwości co do sposobu, w jaki sędziowie w praktyce z władzy tej będą chcieli i potrafili korzystać, rozwiązanie takie paradoksalnie wydaje się więc łatwiejsze do kontrolowania przez strony oraz zewnętrzne audytarium postępowania, niż stopniowo odchodzący w przeszłość model kazuistyczno-opiekuńczy. W ramach tego ostatniego modelu niemałej wiedzy prawniczej wymagało bowiem ustalenie samego zakresu uprawnień strony i obowiązków sądu wobec takiej czy innej kategorii strony „słabszej w sensie prawnym”.

Po czwarte wreszcie, można zastanawiać się, na ile w codziennej praktyce daje się w ogóle pogodzić rolę wymiaru sprawiedliwości jako sprawnego i efektywnego regulatora stosunków społecznych z wymogiem sprawiedliwego rozwiązywania konfliktów międzyludzkich³⁶. W świetle art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP odpowiedź jest oczywista, a mianowicie sąd powinien jako niezawisły i bezstronny organ w rozsądnym terminie ferować sprawiedliwe wyroki. W praktyce jednak łączne zrealizowanie tych roszczeń nie jest już tak łatwe. Może się bowiem okazać, że z uwagi na konieczność szybkiego rozpoznania sprawy, sąd, ograniczając swoją aktywność w pouczeniu stron o przysługujących im prawach, środkach dowodowych (a w świetle omawianych zmian praktycznie ją eliminując), ograniczy tym samym możliwość wnikliwego i wszechstronnego rozpoznania wszystkich okoliczności sprawy. Mamy tu do czynienia z

³⁶ Postulat stworzenia szybkiego i jednocześnie pewnego wymiaru sprawiedliwości doprowadził do postawienia zarzutu błędu *contradictio in adiecto*, albowiem z założenia pewne sprawowanie wymiaru sprawiedliwości nie będzie szybkie, a odwrotnie – jeżeli będzie ono szybkie, to niestety niekoniecznie pewne. Zob. F. Carnelutti, *Dritto e processo*, Napoli 1958, s. 154. Cyt. za K. Piasecki, *Przewlekłość sądowego postępowania w sprawach cywilnych – przyczyny i środki zaradcze*, „Nowe Prawo” 1989, nr 4, s. 38.

klasycznym konfliktem dóbr prawnych przejawiających się w kolizji zasad procesowych³⁷. Trudno byłoby mieć wątpliwości, iż tego rodzaju kolizji nie da się rozstrzygnąć *in abstracto*, ustanawiając określoną ich hierarchię i stosownie do ustalonej w ten sposób „wagi” poszczególnych dóbr, w sposób konkluzywny ustanowić reguły rozstrzygnięcia ich kolizji („wyważania”)³⁸. Stanowi to, naszym zdaniem, kolejny istotny argument przemawiający za powierzeniem dyskrecjonalnej władzy w tym zakresie sędziemu, wykonywanej z uwzględnieniem uwarunkowań wpływających na wynik „wyważania” owych konkurencyjnych zasad procesowych w każdym konkretnym postępowaniu.

³⁷ Na ten temat por. bliżej T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, z. 1.

³⁸ Tego rodzaju rozstrzygnięcia kolizyjne „przekształcające” w istocie dwie kolidujące zasady w regułę prawną analizuje R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden 1985, s. 79 i n.

POJĘCIE SZKODY I ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ PRZEWOŹNIKA LOTNICZEGO W SYSTEMIE WARSZAWSKO-MONTREALSKIM

Zagadnienia związane z pojęciem szkody i zasadami odpowiedzialności przewoźnika lotniczego w prawie międzynarodowym są regulowane przez ponadsiemdziesięcioletni system warszawski¹. Zwieńczeniem prac Organizacji Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego – ICAO nad tekstem nowej konwencji było podpisanie konwencji o ujednostajnieniu niektórych prawideł dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego na konferencji w Montrealu w maju 1999 r. Konwencja ta weszła w życie we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej 28 czerwca 2004 r.². Niektórzy prawnicy źródeł konwencji montrealskiej dopatrują się w projekcie konwencji sporządzonej przez przewoźników należących do Zrzeszenia Międzynarodowych Przewoźników Lotniczych – IATA w Kuala Lumpur w 1995 r. Projekt ten zawierał przepisy o dwustopniowej odpowiedzialności przewoźnika lotniczego, które kilka lat później zostały poddane dyskusji na forum ICAO. Faktycznie jednak konwencja montrealaska, oprócz tytułu, przejęła ogólną strukturę i treść większości artykułów z konwencji warszawskiej i protokołów ją zmieniających oraz całą treść konwencji guadalajarskiej. Można więc mówić o kontynuacji systemu, a nawet nazwać go „systemem warszawsko-montrealiskim”³.

Konwencję (sporządzoną w 6 językach) podpisali na konferencji w Montrealu przedstawiciele 53 państw. Akt końcowy zawiera m.in. uchwałę zalecającą przewoźnikom wypłacanie zaliczek na poczet odszkodowań, a państwom wydanie odpowiednich przepisów. W nowej konwencji nie znalazł się przepis zobowiązujący państwa przyjmujące ją do wypowiedzenia konwencji warszawskiej, chociaż takie wypowiedzenie nie jest wykluczone. Główne korzyści wynikające z konwencji montrealskiej z 1999 r. to przede wszystkim ujednoczenie przepisów w zakresie odpowiedzialności cywilnej przewoźnika lotniczego, wzrost ochrony użytkowni-

¹ Konwencja o ujednostajnieniu niektórych prawideł dotyczących międzynarodowego przewozu powietrznego (12 październik 1929 r., Warszawa) Dz.U. z 1933 r. Nr 8, poz. 49.

² Council of the European Union, Aviation 118, relex 198-9611/04, 18/05/2004.

³ M. Żylicz, *Nowe prawo międzynarodowego przewozu lotniczego*, „Państwo i Prawo”, zeszyt 9, Warszawa 1999, s. 30–31.

ków transportu lotniczego, usprawnienie uzyskiwania odszkodowań, wprowadzenie obowiązkowego wymogu ubezpieczeń, ułatwienie i modernizacja dokumentów przewozowych. Mimo tego nadal najbardziej kontrowersyjne dla prawników i sądów stosujących przepisy konwencji są problemy odszkodowań z tytułu rozstroju zdrowia, wypadku, winy umyślnej przewoźnika i zasad ograniczenia jego odpowiedzialności.

W polskim tłumaczeniu roboczym konwencji z maja 1999 r. pojawiło się (w art. 17) pojęcie „rozstrój zdrowia”. Takie sformułowanie nie jest wiernym tłumaczeniem tekstu konwencji. Określenia angielskie *injury* i *bodily injury* oraz francuskie *lésion corporelle* oznaczają „zranienie”, „uszkodzenie” lub „obrażenia cielesne”, a nie „rozstrój zdrowia”, które to pojęcie jest szersze. Zresztą pojęcie „uszkodzenie ciała” nie zostało bliżej określone w konwencji, więc przy jego stosowaniu sąd właściwy do rozpatrywania sprawy jest zmuszony posiłkować się prawem krajowym. W polskim systemie prawnym nie ma konstrukcji, która odpowiadałaby ściśle intencjom autorów konwencji montrealskiej. Najbliższe temu wydaje się pojęcie „rozstrój zdrowia”. Termin ten znany jest bowiem polskiemu prawu karnemu⁴ i oznacza stopień uszkodzenia ciała (reakcja ogólna organizmu o charakterze procesu chorobowego na szeroko pojęte urazy, np. podwyższenie temperatury ciała). Rozstrój zdrowia rozszerza definicję szkód, za które odpowiada przewoźnik; nie jest to jednak bez znaczenia dla pasażera. Po ożywionej debacie na konferencji w Warszawie w 1929 r. zdecydowano się nie włączać do treści konwencji wyraźnego odniesienia do tzw. *recovery for mental injury* (odszkodowanie za krzywdę polegającą na upośledzeniu czynności psychicznych). Dopiero w czasie obrad konferencji montrealskiej w 1999 roku zaznaczyły się tendencje zmierzające do rozszerzenia zakresu konwencji o szkody na umyśle, tak zwane *mental injuries*. Na konferencji zaproponowano więc wprowadzenie odpowiedzialności z tytułu szkód powodują-

⁴ Kodeks karny Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 (tekst ost. zm. Dz.U. z 2003 r. Nr 199, poz. 1935): „(...) Art. 17 § 1. W razie skazania za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu albo za inne przestępstwo umyślne, którego skutkiem jest śmierć człowieka, ciężki uszczerbek na zdrowiu, naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, sąd może orzec nawiązkę na wskazany cel społeczny związany z ochroną zdrowia.

§ 2. W razie skazania za przestępstwo przeciwko środowisku, sąd może orzec nawiązkę na wskazany cel społeczny związany z ochroną środowiska”.

Za rozstrój zdrowia polski kodeks karny przewiduje sankcje karne; art. 157 k.k.: „(...) § 2. Kto powoduje naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż 7 dni, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Patrz także ustawa z 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, *Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych* (Dz.U. z 2003 r. Nr 124, poz. 1152): Art. 34 „(...) z ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych przysługuje odszkodowanie, jeżeli posiadacz lub kierujący pojazdem mechanicznym są obowiązani do odszkodowania za wyrządzoną w związku z ruchem tego pojazdu szkodę, której następstwem jest śmierć, uszkodzenia ciała, rozstrój zdrowia bądź też utrata, zniszczenie lub uszkodzenie mienia”.

cych *mental injury*, czyli urazy psychiczne, których pasażer doznał na skutek wypadku mającego miejsce na pokładzie samolotu. Proponowano, aby uznać *mental injury* za powód do odrębnego typu odszkodowania. Wyróżniono więc trzy rodzaje szkód komunikacyjnych:

- uszkodzenie ciała (ang. *bodily injury*);
- uszkodzenie mentalne związane z cielesnym (ang. *mental injury associated with bodily injury*);
- uszkodzenie mentalne, które ma negatywny wpływ na zdrowie pasażera. (ang. *mental injury which has a significant adverse effect on the health of the passenger*).

Wśród uczestników konferencji nie było jednak w tej sprawie jednolitego stanowiska. Wyrażano też pogląd, iż wyłączenie *mental injury* jako oddzielny typ szkody osłabi spójność systemu warszawskiego. Termin „uszkodzenie ciała” nie jest bowiem skonstruowany w ten sam sposób we wszystkich systemach prawnych i dlatego czasami trudno jest określić, czy osoba cierpi z powodu *mental injury*, czy nie. Tak na przykład w USA powód wytoczył proces American Airlines za fizyczne i mentalne szkody powstałe po wypadku w Arkansas; uszkodzenie nogi i ramienia spowodowało urazy psychiczne (*post traumatic stress disorder PTSD*). Sąd zasądził odszkodowanie na korzyść powoda; decyzję podtrzymał sąd wyższej instancji, wskazując jednak na to, iż późniejsze fizyczne objawy szkód mentalnych, takie jak utrata wagi, bezsenność, nie są szkodami w rozumieniu konwencji warszawskiej⁵.

Ostatecznie *mental injury* nie zostało wyodrębnione w konwencji jako oddzielny typ szkody⁶. Uznano bowiem, że wprowadzenie tego pojęcia może prowadzić do ubiegania się o roszczenia, których określenie w sposób ścisły będzie niemożliwe. Zbyt szerokie ujęcie pojęcia „szkody psychicznej” mogłoby prowadzić do ogromnych trudności przy ustalaniu wysokości kwot odszkodowawczych. Ryzyko urazu psychicznego jest wyższe u dzieci niż u osób dorosłych, a więc może mieć bardzo zróżnicowany skutek⁷. Z drugiej strony, projekt wyłączenia z zakresu konwencji pojęcia *mental injuries* spotkał się ze sprzeciwem części delegatów.

Z uwzględnieniem art. 17 ust. 1 konwencji, wyrażenie *bodily injury* jest zastosowane w konwencji w taki sposób, iż daje ono możliwość rozszerzonej interpretacji. Termin *injury* jest tłumaczony jako całkowita krzywda na zdrowiu. W związku z tym, w powiązaniu z interpretacją przepisów krajowych oraz biorąc pod uwagę jurysdykcję niektórych państw (np. Stanów Zjednoczonych), można wystąpić z powództwem za urazy psychiczne pod pewnymi warunkami. Tak więc w zasadzie

⁵ Air Crash at Little Rock, Arkansas on June 1, 1999 (291 F. 3d 503 2d Cir 2002); także *Bobion v. CSA Czech Airlines* (2002 U.S. Dist. LEXIS 2220 65 (D.C. N.J. 2002); także *King v. Bristow Helicopters, Ltd.* (19999 SLT 919 (Lord Ordinary), 2001 SLT 126 (Inner House of the court of Session) (2002) 2 All ER 565 (House of Lords).

⁶ *Eastern Airlines Inc. v. Floyd* (499 U.S. 530 (1991)).

⁷ *Lee v. American Airlines* 2002 U.S. Dist. LEXIS 12029 (N.D. Tex. 2002).

przewoźnik jest odpowiedzialny pod warunkiem, że szkoda nie została spowodowana przez stan zdrowia pasażera; jeśli choroba jest ukryta, ubezpieczyciel może odmówić zapłacenia odszkodowania albo zapłacić niższą sumę.

Ostatnimi czasy pojawił się problem szkód z tytułu DVT (*Deep Vein Thrombosis* – rodzaj zakrzepicy żyłnej); choroba ta polega na całkowitym odcięciu dopływu krwi do poszczególnych części ciała, poczynając od kończyn dolnych, i może mieć skutki śmiertelne. Na tę chorobę narażeni są pasażerowie odbywający loty długodystansowe. Sądy różnie interpretowały tę sytuację. Szacuje się, iż na 400 skarg wydano zaledwie dwie decyzje pozytywne, m.in. w Australii⁸. Ostatecznie uznano, iż obowiązkiem przewoźnika jest powiadomienie pasażera o możliwości zaistnienia choroby i jej przeciwdziałaniu m.in. poprzez ćwiczenia określonych części ciała podczas lotu; przewoźnik jest wtedy zwolniony z odpowiedzialności. Podobnie uznano, że SARS (niewydolność oddechowa) nie podlega art. 17 konwencji⁹.

Przepis tegoż artykułu stanowi, że przewoźnik¹⁰ ponosi odpowiedzialność za szkodę wynikłą w razie śmierci lub uszkodzenia ciała pasażera¹¹, spowodowaną wydarzeniem na pokładzie statku powietrznego lub podczas wszelkich czynności związanych z wsiadaniem i wysiadaniem (pojęcie to ewoluowało od 1929 r.¹²). Warto tu nadmienić, iż konwencja montrealaska nie dotyczy szkód karnych, które powstały w wyniku popełnienia przestępstwa (celem jest ukaranie przestępcy), ani niemających charakteru odszkodowawczego (kompensacyjnego)¹³.

Ważnym elementem jest ustalenie, czy wypadek miał miejsce na pokładzie samolotu, w czasie wsiadania (ang. *embarking*) czy wysiadania (ang. *disembarking*). Orzecznictwo sądowe wskazuje na trzy czynniki określające fakt, czy wypadek zdarzył się podczas wsiadania czy wysiadania. Jest to:

⁸ *Rynne v. Lauda Air Boulton DCJ Queensland Dist. Court*, 7, Feb. 2003; *Povey v. Civil Av. Safety Authority & Ors, Bongiorno J*, Supreme Court of Victoria, 20 Dec. 2002; *Rodriguez v. Ansett Australia Ltd.* (28 Avi. Cas CCH 16, 627 August 8, 2002).

⁹ 4 Liability Seminar, wystąpienia Benjamina Martina (Australia 29.09.2003).

¹⁰ Przewoźnik, w tym pracownicy, agenci przewoźnika i niezależni kontrahenci – patrz *Reed v. Wisser* 535 F. 2d 1079 (2d Cir. 1977) – agent podróży nie jest uznawany za podlegającego konwencji, ponieważ nie uczestniczy w przewozie – patrz *DeMarco v. Pan Am* 459 NYS2d 655 (NY Sup. Ct. 1982).

¹¹ Za pasażera uznaje się osobę żywą na pokładzie samolotu, za pasażerów nie uznaje się personelu pokładowego w trakcie pełnienia przez nich obowiązków służbowych – patrz *Re Mexico City Air Crash of October 31, 1979*, oraz *Haley v. Western Airlines* 708 F. 2d 400 (9th Cir. 1983); nie jest pasażerem osoba, która doznała szkody, oglądając reportaż z porwania samolotu z jej bliskim na pokładzie – patrz *Darras v. TWA* 20 Avi. 177441 (DC Mass. 1985).

¹² W protokole gwatemalskim z 1971 r. zmiana polegała na wprowadzeniu terminu angielskiego *personal injury* zamiast *bodily injury*. Uznano też, że przewoźnik nie jest odpowiedzialny, jeżeli śmierć lub uszkodzenie ciała pasażera wynikły wyłącznie ze stanu zdrowia pasażera. Protokół montrealski nr 3 z 1975 r. przyjął zasady protokołu gwatemalskiego.

¹³ Na przykład katastrofa nad Lockerbie, której przyczyną był akt terrorystyczny – *Air Disaster at Lockerbie, Scotland, on December 21, 1988*, 928 F. 2d 1267 (2d Cir. 1991).

- 1) umiejscowienie wypadku,
- 2) działanie pasażera w momencie wypadku,
- 3) opieka przewoźnika podczas wypadku.

Sądy francuskie uznały, że decyduje o tym czas rozpoczęcia realizacji umowy o przewóz, czyli czas, w którym pasażer znajduje się w obszarze ryzyka transportu lotniczego. Tak na przykład w sprawie Nicoli przeciw Air France z 1971 roku w Paryżu sąd przyznał odszkodowanie pasażerce, która szła z terminalu w kierunku samolotu i została potrącona przez samochód będący własnością przewoźnika¹⁴. Sądy niemieckie natomiast uważają, że początek umowy to zaproszenie pasażerów z poczekalni do samolotu. Amerykańskie sądy uznają, że przewoźnik jest odpowiedzialny także za wypadek w terminalu¹⁵. Według niektórych pojęcie „na pokładzie statku powietrznego” rozciąga się także na okres pobytu pasażera w hotelu, spowodowany tym, iż na pokładzie statku powietrznego zdarzył się wypadek terrorystyczny¹⁶.

Jeszcze trudniejsze do interpretacji są wypadki w czasie wysiadania z samolotu. W sprawie Ricotta przeciw Iberii z 1979 roku rozpatrywano sprawę pasażera, który wypadł z autobusu lotniskowego jadącego do terminalu. Sąd w Nowym Jorku stwierdził, że pasażerowi należy się odszkodowanie (zgodnie z konwencją warszawską), ponieważ był on wciąż pod opieką przewoźnika i został zraniony przed wejściem do terminalu, gdzie miał być poddany kontroli urzędników imigracyjnych, celnych i winien odebrać bagaż¹⁷. Natomiast pasażerowi, który już po zakończonym locie został zaatakowany w drodze z portu lotniczego do parkingu, tenże sąd nie przyznał odszkodowania¹⁸. Podobnie w kazusie Philips v. Air New Zealand z 2002 roku sąd uznał, że wysiadanie pasażera z samolotu było częścią umowy o przewóz (umowa zaczęła się w momencie odprawy pasażerskiej)¹⁹. W innym przypadku pasażerka wystąpiła z powództwem przeciwko przewoźnikowi za szkody, jakich doznała na pokładzie samolotu lecącego z Londynu do Dulles w stanie Wirginia w Stanach Zjednoczonych. Uskarżała się ona na uszkodzenie wiązań kolonowych jako rezultat turbulencji, która spowodowała jej upadek. Przewoźnik bronił się, wskazując, iż turbulencja nie jest postrzegana jako wypadek. Ustalono, że turbulencja była wyjątkowo silna. Sąd uznał to uzasadnienie, wyrokując, iż szkody mogły być spowodowane przez niespodziewane albo niezwykle wydarzenie (ang. event)²⁰.

¹⁴ Air France c. Nicoli 1971, RFDA 173 (C.A. Paris, 2 April 1971).

¹⁵ L. Goldhirsch, *The Warsaw Convention annotated*, Paris 1988, s. 63.

¹⁶ Ruwantissa I. R. Abeyratne, *Aviation trends in the New Millenium*, Hants 2001, s. 197.

¹⁷ Ricotta v. Iberia 482 F. Supp. 497 (D.C. N.Y. 1979).

¹⁸ Martinez Hernandez v. Air France 545 F. 2d 279 (1st Cir. 1976).

¹⁹ Philips v. Air Zealand (2002) EWHC 800 (Comm); (2002) 1 All ER (Comm) 801; także Parkinson v. Quantas Airways Ltd. (unreported) October 17, 2002.

²⁰ Brunk v. British Airways, PLC 195 Supp. 2 d 130 (D.D.C. 2002).

Przewoźnik nie jest odpowiedzialny, dopóki pasażer nie udowodni, że powstała szkoda, o której stanowi konwencja²¹. Ograniczenie możliwości obrony przewoźnika w zakresie odpowiedzialności jest przewidziane w innym miejscu konwencji (np. w art. 21).

Pojęcie „wypadek”, w rozumieniu art. 17, jest w doktrynie szeroko interpretowane. Ilustruje to poniższy przypadek. Na pokładzie samolotu lecącego z Chicago do Zurychu pasażer doznał nagłego ataku serca i mimo pomocy lekarza i wylądowania awaryjnego w Toronto – zmarł. Żona pasażera wystąpiła z powództwem przeciwko przewoźnikowi „Swissair”, twierdząc, iż jej mąż zadławił się orzeszkami serwowanymi przez personel pokładowy, załoga nie udzieliła mu pierwszej pomocy, zaś apteczka pierwszej pomocy była źle zaopatrzona. obrońca „Swissairu” wskazał na to, iż nie mogło tu być mowy o wypadku w rozumieniu art. 17 konwencji warszawskiej. Zawartość apteczki ponadto była zgodna z przepisami amerykańskimi i europejskimi, poza tym nie było nieprawidłowości w zachowaniu załogi. Sąd okręgowy nie uznał zdarzenia za wypadek, a więc zdarzenie niezwykle i nieoczekiwane (ang. *unusual and unexpected*) i pozew uznał²².

Jeżeli miało miejsce wydarzenie (wypadek) w rozumieniu art. 17 konwencji, przewoźnik ponosi odpowiedzialność bez względu na to, czy szkoda została spowodowana przez stan zdrowia pasażera, czy nie, lub czy przyczynił się do niej zły stan zdrowia pasażera. Tak na przykład sądy uznały za wypadek utratę zdrowia w wyniku dekompresji²³, twardego lądowania²⁴, alarmu bombowego na pokładzie²⁵ czy zatrucia²⁶.

Istnieją również inne konwencje, które odnoszą się do przewozu lotniczego oraz innego rodzaju szkód, na przykład nuklearnych, które mogą powodować kolizje przepisów. Takimi konwencjami są na przykład wiedeńska *konwencja o odpowiedzialności cywilnej za szkody nuklearne* z 21 maja 1963 roku czy paryska *konwencja o odpowiedzialności osób trzecich w obszarze energii atomowej* z 29 lipca 1960 roku. Zostały one połączone jednym aktem prawnym z 21 września 1988 roku²⁷.

²¹ Warto zwrócić tu uwagę na to, iż w ostatnich czasach przewoźnicy lotniczy podpisują umowy code share, które pozwalają pasażerom np. kupić bilet na lot United Airlines (przewoźnik umowny) od Delta Airlines (agenta) na lot z Nowego Jorku do Genewy samolotem Swiss (przewoźnik faktyczny). W przypadku katastrofy samolotu Swiss 111 w 1998 r. pasażer mógł sądzić albo przewoźnika faktycznego, umownego, albo obu. Sytuacje te uregulowała po raz pierwszy konwencja guadalajarska, której nie podpisały Stany Zjednoczone. Przewoźnik wystawiający bilet jest jedynie agentem dla przewoźnika, na którego wystawia bilet, a nie przewoźnikiem – patrz *Kapar v. Kuwait Airways* 845 F.2d 1100 (D.C. 1988).

²² *Scarboro v. Swissair* (28 Avi. Cas CCH 16, 147, N.D. G. 2002).

²³ *Warshaw v. TWA* 442 F. Supp. 400 (D.C. Pa. 1977).

²⁴ *Kalish v. TWA* 89 Misc. 2d 153 (N.Y. Civ. Ct. 1977).

²⁵ *Margrave v. British Airways* 643 F. Supp. 510 (D.C. N.Y. 1986).

²⁶ *Alleged Food Poisoning Incident*, March 1984, 770 F.2d 3 (2d Cir. 1985).

²⁷ Konwencję wiedeńską przyjęło 31 państw, a paryską, która ma charakter regionalny, 14 państw europejskich. Protokółłączony, który wszedł w życie 27 kwietnia 1992 roku, przyjęło 20 państw.

Większość materiałów radioaktywnych przewożonych samolotem służy celom medycznym albo przemysłowym. Szkody spowodowane takimi materiałami nie mieszczą się w definicji szkody konwencji nuklearnych.

Obie konwencje regulują zasady przestrzegania przepisów przez umawiające się państwa. Termin „szkoda nuklearna” oznacza utratę życia oraz każdą szkodę na osobie pasażera, która jest wynikiem właściwości radioaktywnych albo połączeniem właściwości radioaktywnych z trującymi, wybuchowymi czy innymi niebezpiecznymi działaniami paliwa atomowego czy odpadów promieniotwórczych, pochodzących z instalacji nuklearnych. W przypadku katastrofy czy lądowania awaryjnego samolotu wiozącego materiał radioaktywny istnieje możliwość, iż pasażer zostanie napromieniowany w wyniku uszkodzenia przesyłki z takim materiałem. Wtedy mamy do czynienia z wypadkiem nuklearnym. Napromieniowanie pasażera łączy się z terminem konwencyjnym „uszkodzenie”. Konwencja wiedeńska przewiduje, że „(...) nikt inny poza przewoźnikiem nie będzie odpowiedzialny za szkodę nuklearną (...)” Stąd powstaje tu niejasność co do tego, kiedy przewoźnik jest odpowiedzialny w myśl przepisów konwencji wiedeńskiej, a kiedy – konwencji montrealskiej²⁸.

Konwencja montrealaska w art. 18 reguluje kwestie dotyczące szkód bagażu (zarejestrowanego i niezarejestrowanego). Przewóz lotniczy obejmuje okres, w którym bagaż lub towar podlega opiece przewoźnika niezależnie od tego, czy znajduje się na lotnisku, czy na pokładzie statku powietrznego lub też w innym miejscu (w razie wylądowania poza lotniskiem). W przypadku bagażu zarejestrowanego, tak jak w konwencji warszawskiej i instrumentach z nią powiązanych, przewoźnik jest odpowiedzialny za szkody, a jedynie w ściśle określonych okolicznościach ma możliwość obrony. Przewoźnik jest odpowiedzialny za nierejestrowany bagaż jedynie w przypadku, jeżeli szkoda powstała z jego winy lub z winy osób działających w jego imieniu²⁹. Tak może się zdarzyć w sytuacji, kiedy personel pokładowy, pomagając pasażerowi w ulokowaniu się w samolocie, uszkadza jego bagaż podręczny. Przewoźnik jest odpowiedzialny ponadto za zniszczenie, utratę czy uszkodzenie towaru podczas trwania przewozu lotniczego, zdefiniowanego w ust. 3, z wyłączeniem okoliczności ujętych w ust. 2 i 4. Taką szkodą może być na przykład przewóz kurczaków, które nie przeżyły podróży. W sytuacji, kiedy przewoźnik nie może udowodnić, iż straty powstały wskutek choroby, istnieje domniemanie, iż winny był przewoźnik³⁰. Przewoźnik może uwolnić się od odpowiedzialności za zniszczenie,

Strony tego połączonego protokołu są traktowane jako strony dwóch konwencji i wybór przepisu prawa jest przewidziany do określenia tego, która z konwencji i kiedy ma zastosowanie w przypadku incydentu.

²⁸ DCW, Doc. No. 7 26/3/99.

²⁹ IATA Legal Information Bulletin, No. 65, February 1992, s. 27–29.

³⁰ *Assureurs Divers v. Alitalia* 1983 RFDA 153 (Trib. De Comm. De Paris, 4 Nov. 1982).

utrata czy uszkodzenie towaru lub ją ograniczyć³¹. Do okoliczności zwalniających przewoźnika z odpowiedzialności należą:

– naturalne właściwości, jakość lub wada własna towaru (np. przewoźnik we Francji może udowodnić, że zastosowana wobec niego zasada domniemanej winy jest niesłuszna, gdyż przesyłka uległa uszkodzeniu wskutek jej cech wewnętrznych, m.in. choroby zwierząt³²);

– wadliwe opakowanie wykonane przez osobę inną niż przewoźnik czy osoby za niego działające (np. spedytor przygotował przesyłkę towarową w nieprawidłowym opakowaniu, przez co zawartość wylała się na zewnątrz);

– wojna lub konflikt zbrojny (tzw. siła wyższa);

– działanie władz publicznych związane z wwozem, wywozem lub tranzytem towaru (np. przedłużająca się odprawa celna).

Przewoźnik musi wykazać (na nim spoczywa ciężar dowodowy), że szkoda wynikła z powodu jednej z wymienionych okoliczności. Inaczej ponosi odpowiedzialność zgodnie z art. 18. Jest to bardzo dogodnie dla nadawcy towaru, gdyż odszkodowanie wypłaca mu przewoźnik, który ma regres względem agenta handlingowego. Katalog zawarty w ust. 2 jest zamknięty, ponieważ zostały w nim enumeratywnie wyliczone okoliczności zwalniające lub ograniczające odpowiedzialność. Może to być jedna okoliczność lub więcej, ale tylko spośród wymienionych. Przewoźnik nie ma więc możliwości uwolnienia się od odpowiedzialności lub jej ograniczenia, powołując się na inne okoliczności niż tu wyliczone.

W konwencji montrealskiej możliwości obrony przewoźnika z tytułu opóźnienia w przewozie (art. 19) zostały zmodyfikowane w porównaniu z konwencją warszawską. Przewoźnik może uwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli udowodni, że on i osoby za niego działające w celu uniknięcia szkody podjęli wszelkie środki, jakich można było rozsądnie oczekiwać (ang. *could reasonably be required*), lub że podjęcie takich środków było dla nich niemożliwe. Takie sformułowanie zastąpiło poprzednie, mówiące po prostu o wszelkich niezbędnych środkach (ang. *all necessary measures*). Brzmienie nowego artykułu jest bardziej elastyczne i realistyczne oraz stwarza łatwiejszy do przyjęcia i spełnienia standard. W konwencji nie ma ścisłej definicji opóźnienia. Specjalna Grupa Modernizacyjna i Konsolidacyjna Systemu Warszawskiego na konferencji w Montrealu nie była w stanie uzgodnić definicji opóźnienia, zarówno w zależności od jego przyczyny (włączając w to siłę wyższą), jak i minimalnej granicy długości opóźnienia. W związku z tym pojawiły się różne propozycje w sprawie ustalania arbitralnego (polubownego) należnych kwot za szkody spowodowane opóźnieniem w przewozach pasażerów, bagażu i towarów³³. Jednak przy przyjęciu takiego

³¹ Przepis ten pozostał wierny postanowieniom konwencji warszawskiej, zmodyfikowanej protokołem montrealским nr 4.

³² L. Goldhirsch, *op. cit.*, s. 75.

³³ Patrz też DCW, Doc. No. 22 12/5/99 Komentarze do art. 21A – limity odpowiedzialności – zaproponowane przez 53 państwa afrykańskie.

rozwiązania należałoby również określić w konwencji warunki, które doprowadziły do opóźnienia i które powinny być uwzględnione przy ustalaniu wysokości rekompensaty. Limity odszkodowań w przypadkach opóźnienia w przewozie pasażerów, bagażu i towarów określa art. 22 konwencji. Z zapisów konwencji montrealskiej wynika także, że wysokość rekompensaty za opóźnienia określona w art. 22, jak i wszelkie dodatkowe warunki zostaną określone w prawie krajowym poszczególnych państw lub w układach regionalnych, m.in. Wspólnot Europejskich.

13 maja 2002 roku UE przyjęła rozporządzenie Rady i Parlamentu Europejskiego nr 889/2002³⁴, które wprowadziło niektóre postanowienia konwencji montrealskiej do przepisów unijnych 2027/97³⁵. Miało na celu przede wszystkim zapewnienie właściwego poziomu odszkodowań w razie wypadków lotniczych, jednak wprowadziło wiele innych postanowień umacniających ochronę pasażerów i ich rodzin. Ujednolicono m.in. zasady wypłaty odszkodowań w przypadku uszkodzenia, zagubienia czy opóźnienia w przewozie bagażu pasażera. Rozporządzenie, tak jak konwencja montrealaska, nie definiuje opóźnienia i przewiduje, iż w wyniku opóźnień limit odpowiedzialności przewoźnika wynosi 4150 SDR na pasażera (około 5640 USD) w przypadku opóźnienia pasażerów i 1000 SDR w przypadku opóźnienia na sztukę bagażu. W przypadku uszkodzenia bagażu pasażer ma na reklamację 7 dni, w przypadku opóźnienia – 21 dni, licząc od dnia, w którym bagaż znalazł się w jego posiadaniu³⁶. Kwestia opóźnień, uregulowana art. 19 konwencji montrealskiej, nasuwa jednak pewne wątpliwości. Mówi się w nim o odpowiedzialności przewoźnika za szkodę wynikłą z opóźnienia w przewozie pasażerów, bagażu i towarów. Można uważać, że tekst konwencji operuje terminem wytlumaczonego, rozsądnego opóźnienia (ang. *delay resonnable*). Ponadto twórcy konwencji ponownie odwołują się do prawa wewnętrznego. Doktryna różnicuje tutaj różne kierunki interpretacji:

- restryktywny, w ujęciu wąskiej interpretacji art. 19, obejmując nim tylko okres lotu samolotem,
- opierający się na założeniu, w myśl którego w art. 19 mowa jest o definicji przewozu zgodnie z art. 18 ust. 3 konwencji, gdzie szkoda na skutek opóźnienia nie różni się od innego rodzaju szkód – stąd terminy dochodzenia odpowiedzialności powinny być te same,
- pogląd, w myśl którego opóźnienie w przewozie lotniczym następuje zawsze wtedy, kiedy pasażerowie, bagaż i towary nie nadeszły do miejsca przeznaczenia w

³⁴ Rozporządzenie Rady i Parlamentu Europejskiego z 13 maja 2002 r. nr 889/2002 zmieniające Rozporządzenie Rady nr 2027/97 w sprawie odpowiedzialności przewoźnika lotniczego w razie wypadku (O.J. No. L 140, 30.05.2002, p. 2).

³⁵ Rozporządzenie Rady nr 2027/97 z 9 października 1997 r. w sprawie odpowiedzialności przewoźnika lotniczego w razie wypadku lotniczego, Dz. Urz. nr L 285, 17/10/1997.

³⁶ Na dzień 24 marca 2004 r. 12 krajów UE rozpoczęło proces ratyfikacyjny. Proces ten zakończyły już 3 kraje. Patrz Council of the EU 2000/0193 (CNS) Montreal Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, Competence of the Community.

uzgodnionym czasie; opóźnienie w przewozie lotniczym nie musi oznaczać, że przyczyna, która je spowodowała, powstała w czasie wykonywania przewozu.

Domniemywa się, iż przewoźnik nie ponosi winy i nie będzie obciążony, dopóki powód nie wykaże, iż szkody wynikły z opóźnienia w przewozie (nie jest tu istotne, czy przewoźnik był winny czy nie). Osoba występująca z powództwem musi udowodnić, iż opóźnienie doprowadziło do szkody i było bezpośrednią jej przyczyną, czyli ciężar dowodu został przerzucony na powoda. Jednakże przewoźnik nie ponosi odpowiedzialności za szkodę spowodowaną opóźnieniem, jeżeli udowodni, że on sam i osoby za niego działające w celu uniknięcia szkody podjęli wszelkie środki, jakich można było rozsądnie oczekiwać, albo że podjęcie takich środków było dla nich niemożliwe (np. podczas strajku czy awarii silnika³⁷). Konwencja nie wymienia żadnego rodzaju szkód powstałych w wyniku opóźnienia. Określa je bowiem prawo krajowe. Do takich szkód można zaliczyć na przykład skrócony przez opóźnienie samolotu urlop³⁸. Opóźnienie w przewozie pasażerów czy rzeczy oznacza nieprzybycie na umówiony czas (podany na bilecie albo w rozkładzie lotów). Niekiedy jednak nie podaje się dokładnego czasu przylotu – tak zazwyczaj dzieje się w przypadku towaru. Nie może być więc mowy o zobowiązaniu przewoźnika do dotrzymania terminu (w liście przewozowym termin umieszcza się ewentualnie w rubryce „Tylko do użytku przewoźnika”) i można mówić jedynie o zobowiązaniu przewoźnika do staranności w tym zakresie. Ogólnie dla przewozu ustalony jest rozsądny i tolerancyjny czas. O rozsądnym czasie przewozu można mówić, jeżeli towary dotarły na miejsce przeznaczenia szybciej niż drogą morską lub lądową. Należy mieć jednak na uwadze pilność przewozu niektórych towarów, na przykład eksponatów na wystawę lub części do naprawy statku, których opóźnienie jest przyczyną szkody. Przewoźnik, niezależnie od planowanej daty przewozu wpisanej na liście przewozowym, w przypadku przesyłek pilnych musi być poinformowany uwagą w dokumencie przewozowym o dacie, w której przesyłka powinna znaleźć się w porcie przeznaczenia, na przykład „Eksponaty na wystawę muszą być dostarczone do dnia...”. Niekiedy winny jest pasażer, na przykład kiedy spóźnił się na samolot, gdyż nie przybył na lotnisko w umówionym czasie³⁹, albo nie potwierdził rezerwacji na dany rejs⁴⁰.

Jednak w większości przypadków kwestię czasu rozstrzygać muszą sądy. Konwencja nie określa – poza odpowiedzialnością przewoźnika za szkody – obowiązków i uprawnień stron w razie niewykonania umówionego przewozu przez przewoźnika lotniczego. Stanowią o tym przepisy wewnętrzne państw⁴¹. W jednym z

³⁷ Martel c. Cie. Air Inter RFDA 239 (T.G.I. Marseille, 3 Feb. 1981).

³⁸ Air France c. Malbois 1984 RFDA 287 (Cass. March 27, 1984).

³⁹ Tumarkin v. Pan Am 4 Avi. 18152 (N.J. Sup. Ct. 1956).

⁴⁰ Goldhirsch v. Air France 13 Avi. 17307 (N.Y. Civ. Ct 1974).

⁴¹ W uchylonym przez ustawę *Prawo lotnicze* z 2002 r. polskim prawie przewozowym, w art. 62.2. stwierdzono, że przewoźnik odpowiada za szkodę, jaką poniósł pasażer wskutek opóźnionego przy-

przypadków pasażer przewoził dzieło sztuki z Connecticut do Rzymu, samolot opóźnił się, przez co dzieło nie trafiło na aukcję i wystawę. Powód zażądał odszkodowania, powołując się na art. 19 konwencji. Sąd na mocy art. 22 uznał odpowiedzialność ograniczoną przewoźnika⁴². Warto tu także wspomnieć o coraz częściej stosowanej przez przewoźników zasadzie rekompensaty, jeśli pasażer nie zostanie zabrany na pokład (ang. *denied boarding compensation*). Jest to specjalna kategoria opóźnienia w przewozie i dotyczy jego fazy początkowej. W wyniku oddzielnej umowy z pasażerem przewoźnik zobowiązuje się do uiszczenia rekompensaty pasażerowi za niezabranie go na pokład na skutek braku miejsc – „overbookingu”, pomimo dokonanej rezerwacji. Zasady rekompensat przy overbookingach zostały usankcjonowane Rozporządzeniem Rady z 1991 r.⁴³ oraz prawem krajowym. Rozporządzenie unijne przyznaje pasażerom posiadającym ważny bilet i potwierdzoną rezerwację minimalne świadczenia w razie odmowy przyjęcia na pokład, czyli prawo do rekompensaty finansowej, wyboru pomiędzy alternatywnym lotem przy najbliższej możliwości, zmiany trasy lub zwrotu kosztów podróży, jeżeli z powodu opóźnienia straciła ona sens; zapewnia także zmniejszenie niedogodności związanych z oczekiwaniem.

Rozporządzenie zostało oparte na kilku podstawowych zasadach, a mianowicie:

- wszyscy przewoźnicy, wykonujący rejsy regularne z portu lotniczego położonego na terytorium UE, powinni stosować jednakowe standardy dla pasażerów, którym odmówili przyjęcia na pokład,
- przewoźnik lotniczy powinien być zobowiązany do ustalenia zasad wejścia na pokład w przypadku zawyżonej liczby dokonanych rezerwacji,
- w przypadku odmowy wejścia na pokład powinny zostać jasno określone prawa pasażerów, w tym zasady rekompensaty,
- pasażerowie powinni być właściwie poinformowani o przysługujących im prawach⁴⁴.

Konwencja montrealaska przyjęła zasadę, zgodnie z którą przewoźnik może odrzucić pasażerskie roszczenie, a tym samym zredukować swoją odpowiedzialność, jeżeli udowodni niedbalstwo poszkodowanego lub jego przyczynienie się do niedbalstwa (ang. *negligence*), przez co nastąpiła szkoda. W tym miejscu konwencja montrealaska przejęła koncepcję przyczynienia się powoda do

jazdu lub odwołania regularnie kursującego środka transportowego, jeżeli szkoda wynika z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa przewoźnika – Ustawa Prawo przewozowe z 1984 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 119, poz. 575).

⁴² *Weston v. Federal Express Corp.* (28 Avi. Cas (CCH) 16, 211–212d Cir. 2002).

⁴³ Rozporządzenie Rady nr 295/1991 z 4 lutego 1991 r. ustanawiające wspólne zasady systemu odszkodowań dla pasażerów, którym odmówiono przyjęcia na pokład w regularnych przewozach lotniczych (O.J. No. L 158, 23.06.1990, p. 59).

⁴⁴ Patrz M. Polkowska, I. Sz:majda, *Ochrona praw pasażerów lotniczych w prawie WE*, „Studia Europejskie” Centrum Europejskie UW, nr 4(24), 2002, s. 77.

szkody (ang. *contributory negligence*) z konwencji warszawskiej. Artykuł 20 nieznacznie modyfikuje przepis protokołu montrealskiego nr 4 z 1975 r., który zezwala przewoźnikowi na uwolnienie się od odpowiedzialności, jeśli szkodę spowodowała osoba dochodząca odszkodowania lub osoba, od której wywodzi ona swoje prawa.

W innych przypadkach, kiedy do winy przyczyni się np. port lotniczy czy agencja ruchu lotniczego, przewoźnik jest odpowiedzialny, to znaczy musi wypłacić odszkodowanie, a później ma prawo regresu na mocy przepisów krajowych, do których odsyła konwencja (art. 37). Taka konstrukcja prawna nie miałaby sensu w przypadku przyczynienia się do szkody pasażera, ponieważ przewoźnik musiałby dochodzić regresu od tej samej osoby, której wypłacił odszkodowanie (pasażera, osoby uprawnionej do otrzymania odszkodowania). Ustawodawca przyjął tu skróconą drogę procedury dochodzenia roszczeń. Jeżeli osoba poszkodowana (np. przez niestosowanie się do poleceń personelu pokładowego) przyczyni się do szkody, to przewoźnik uchyla się od odpowiedzialności, gdy udowodni niedbalstwo. W takim przypadku odpowiedzialność obiektywna do 100 tys. SDR nie ma zastosowania, gdyż przewoźnik może całkowicie uwolnić się od odpowiedzialności.

Przewoźnik nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli szkoda została spowodowana niedbalstwem osoby trzeciej i wynosi powyżej 100 tys. SDR (patrz art. 21). Art. 21, kierowany tylko do przewoźników, ustanawia zasadę, w myśl której przewoźnik zawsze ponosi odpowiedzialność za śmierć, uszkodzenie ciała pasażera i rozstrój zdrowia pasażera (ang. *bodily injury*), chyba że wystąpią okoliczności wymienione w art. 20, wyłączające jego odpowiedzialność. Jest to zasada odpowiedzialności obiektywnej, niezależnej od winy przewoźnika. Jeżeli jednak udowodni on, że winę ponoszą osoby trzecie, ma prawo regresu. Artykuł ten reguluje relacje między przewoźnikiem a osobą poszkodowaną (patrz art. 22 ust. 5).

Jedną z podstawowych cech charakteryzujących reżim odpowiedzialności cywilnej przewoźnika lotniczego jest wprowadzenie reguły górnych granic odszkodowawczych, które mogą być normalnie zasądzone od przewoźnika. Oznacza to, że szkoda nie zawsze może być całkowicie pokryta przez odszkodowanie. Przyczyny przyjęcia takiej dwustopniowej odpowiedzialności miały charakter ekonomiczny, gdyż chodziło o umożliwienie przewoźnikowi lotniczemu dokładnego skalkulowania ryzyka, na jakie może być narażony, a także przerzucenie tego ryzyka w pewnym zakresie na osoby, które korzystają z jego usług (pasażerowie). Rozwiązanie to jednak w okresie, w którym opracowano konwencję, brało pod uwagę także interesy kontrahentów przewoźnika lotniczego, chroniąc ich przed możliwością umownego ustalenia (narzuconego przez przewoźnika) niższych granic odpowiedzialności odszkodowawczej. Problem wysokości limitów odszkodowawczych stanowi, obok kwestii uregulowania zasad odpowiedzialności cywilnej przewoźnika lotniczego, kluczowe zagadnienie, od którego rozwiązania zależą losy ujednoliconego w konwencji reżimu tej odpowiedzialności. Konwencja montrealaska dopuszcza nieograniczoną odpowiedzialność przewoźnika w przypadku szkody na osobie

pasażera poprzez wprowadzenie dwustopniowego systemu odpowiedzialności. Pierwszy etap przewiduje sztywną odpowiedzialność do wysokości 100 tys. SDR, a drugi – powyżej tego limitu, gdzie reżim oparty na zasadzie winy ma zastosowanie bez kwotowo oznaczonego limitu odpowiedzialności i gdzie ciężar dowodu spoczywa na przewoźniku.

Postanowienia art. 21 oznaczają duże umocnienie ochrony interesów osób poszkodowanych w zakresie szkód na osobie pasażera, poprzez:

- wprowadzenie dla roszczeń do wysokości 100 tys. SDR reżimu odpowiedzialności obiektywnej (to jest niezależnej od stopnia winy przewoźnika),
- utrzymanie tylko w odniesieniu do roszczeń wyższych, w części przewyższającej wymienioną kwotę, możliwości uwolnienia się przewoźnika od odpowiedzialności przez udowodnienie braku winy po jego stronie, a także przez udowodnienie winy osoby trzeciej (konwencja warszawska uznawała tylko odpowiedzialność przewoźnika, który mógł mieć względem tej osoby regres, ale w ramach ustalonych limitów).

W obu przypadkach przewoźnik jednak może uwolnić się od odpowiedzialności. Jest to wyraźne odstępstwo od tradycyjnej zasady, w myśl której na powódzie spoczywa ciężar dowodu zgodnie z łacińską paremią *actori incumbit probatio* (dowód obciąża powoda), w sytuacji „(...) kiedy szkodę spowodowało lub przyczyniło się do niej niedbalstwo albo inne niewłaściwe działanie lub zaniedbanie osoby dochodzącej odszkodowania (...)” (patrz art. 20).

Na konferencji w Montrealu w kwestii podniesienia bądź zniesienia konkretnych limitów odszkodowawczych wypowiadały się różne państwa i organizacje. Tak na przykład Międzynarodowa Unia Ubezpieczycieli Lotniczych (IUAL) wypowiedziała się za ustaleniem konkretnie i jasno określonych limitów odszkodowań. W innym przypadku ubezpieczyciele mogą przerzucać ciężar dowodu na pasażera, przez co wzrastają koszty ubezpieczenia. W związku z tym zaproponowano wprowadzenie trzyetapowego systemu odpowiedzialności, zgodnie z którym:

- przewoźnik będzie odpowiedzialny w pierwszym etapie za roszczenia do 100 tys. SDR; będzie to odpowiedzialność obiektywna (absolutna)⁴⁵;
- dla szkód przekraczających sumę 100 tys. SDR w drugim etapie za roszczenia do 500 tys. SDR odpowiedzialność przewoźnika będzie oparta na zasadzie domniemanej odpowiedzialności, to znaczy przewoźnik będzie mógł uwolnić się od odpowiedzialności (udowodnić, że jest niewinny);
- dla roszczeń przekraczających w trzecim etapie 500 tys. SDR odpowiedzialność przewoźnika będzie oparta na winie, bez kwotowego limitu odpowiedzialności (przewoźnikowi będzie trzeba winę udowodnić)⁴⁶.

⁴⁵ A. Tobolewski, *Just Say No to the Limitation of Liability in Air Law*, s. 8–11.

⁴⁶ Diplomatic Conference as a Whole – DCW (materiały z konferencji montrealskiej), Doc. No. 29 14/5/99.

Podobne stanowisko zajęły państwa afrykańskie, które ponadto wskazały na konieczność pogodzenia interesów konsumenta, państwa i przewoźnika. Stanowisko podobne do IUAI zajęły państwa arabskie (*Arab Civil Aviation Commission – ACAC*). Reżim miał być trzystopniowy, tylko wysokości limitów różniły się od propozycji IUAI. Indie⁴⁷ i Namibia⁴⁸ zajęły stanowisko zdecydowanie przeciwne zniesieniu konkretnych limitów odpowiedzialności. Indie wypowiedziały się na rzecz rewizji limitów odpowiedzialności co sześć⁴⁹, Wietnam co pięć lat⁵⁰.

Przepis konwencji montrealskiej ustanawiając stały limit odpowiedzialności za szkody powstałe przy przewozie bagażu jest bardziej obiektywny niż w konwencji warszawskiej. Teraz wartość bagażu nie jest związana z jego wagą. Można więc powiedzieć, że występują tutaj dwa pułapy odpowiedzialności; pierwszy jest obiektywny i przewoźnik jest obowiązany wypłacić odszkodowanie do wysokości 1000 SDR, bez względu na wartość bagażu czy winę przewoźnika (lub brak winy); drugi występuje fakultatywnie, jeżeli pasażer złoży deklarację interesu w dostawie i wtedy przewoźnik odpowiada do wysokości zadeklarowanej kwoty, bez względu na winę, jednak z możliwością zmniejszenia odpowiedzialności w przypadku udowodnienia, że wartość bagażu jest niższa niż zadeklarowana. Ciężar dowodu spoczywa na przewoźniku. W przypadku szkód w odniesieniu do bagażu nie istnieje opcja nieograniczonej odpowiedzialności (drugiego lub trzeciego etapu), czyli możliwość dochodzenia wyższych kwot odszkodowawczych powyżej limitów ustalonych tym ustępem. Trzeci etap dotyczy jednak odpowiedzialności nieograniczonej w przypadku winy umyślnej przewoźnika – patrz ust. 5. W jednym z przypadków sąd w Republice Południowej Afryki uznał, że przewoźnik nie może powoływać się na limity konwencyjne w odniesieniu do bagażu zagubionego, jeżeli pasażer złożył specjalną deklarację interesu⁵¹. Pasażer został powiadomiony, iż nie może przewozić rzeczy wartościowych na pokładzie i został zmuszony do oddania rzeczy na bagaż, gdyż przewoźnik ocenił je jako bardzo wartościowe. Pasażer nie zapłacił jednak większej sumy. Sąd uznał, że chociaż tak się stało, przewoźnik ponosi odpowiedzialność do wysokości zadeklarowanej kwoty⁵².

Odpowiedzialność przewoźnika za zniszczenie, zagubienie czy opóźnienie w przewozie towarów jest ograniczona przez ustęp 3 do wysokości 17 SDR za kilogram (ok. 20 USD), chyba że nadawca zadeklaruje wyższą wartość towaru. Nadawca może wtedy przed rejssem podpisać specjalną deklarację o wyższej war-

⁴⁷ DCW, Doc. No. 18 11/5/99.

⁴⁸ DCW, Doc. No. 44 21/5/99.

⁴⁹ DCW, Doc. No. 19 11/5/99.

⁵⁰ DCW, Doc. No. 25 12/5/99.

⁵¹ Pasażer lub nadawca towaru powinien mieć potwierdzenie, że przewoźnik faktyczny wyraził zgodę na specjalną deklarację interesu w dostawie bagażu lub towaru lub może on dochodzić swych praw jedynie od przewoźnika umownego – patrz też art. 41 ust. 2.

⁵² KLM v. Hamman [2002 (3) SA 818 (w) – Witwatersrand Local Division 2002].

tości towaru. Przewoźnik zostaje powiadomiony o tym, iż przewożony przez niego towar ma zadeklarowaną wyższą wartość. Ta wzmianka musi być wpisana w odpowiednią rubrykę na liście przewozowym⁵³. Dodatkowo nadawca musi zapłacić wyższą stawkę za przewożony towar⁵⁴ (patrz też ust. 2). Wymóg ten ma znaczenie dowodowe dla obu stron; w tej sytuacji wartość odszkodowania przewoźnika wzrośnie aż do wysokości zadeklarowanej sumy, chyba że przewoźnik udowodni, że suma ta przewyższa rzeczywisty interes nadawcy w dostawie. W przypadku opóźnień towarów, jak również bagażu (patrz art. 19), przewoźnik nie ponosi odpowiedzialności za szkodę spowodowaną opóźnieniem (w Europie np. w miesiącach jesienno-zimowych opóźnienia zdarzają się często i wtedy przewoźnik musiałby płacić za sam fakt opóźnienia przez cały okres złych warunków atmosferycznych), jeżeli udowodni, że on sam i osoby za niego działające podjęły wszelkie środki, jakich można było rozsądnie oczekiwać, w celu uniknięcia szkody, albo że podjęcie takich środków było dla nich niemożliwe. Czyli w razie szkód powstałych w wyniku opóźnienia bagażu i towarów istnieje możliwość wyłączenia odpowiedzialności. W jednym z przypadków powód kupił osiem obrazów w Rosji. Obrazy te miały trafić na aukcję w Stanach Zjednoczonych. Umowa o przewóz z przewoźnikiem UPS zawierała informację, iż limit odpowiedzialności został określony na poziomie 60 tys. USD, że istnieje możliwość podniesienia limitu przez zadeklarowanie wyższej wartości towarów. Powód zadeklarował jednak wartość na kwotę niższą niż rzeczywista wartość obrazów w wysokości 100 tys. USD. Towar zaginął, a powód wniósł skargę przeciwko UPS i powołał się na wartość rzeczywistą obrazów. UPS ograniczył swoją odpowiedzialność tylko do sumy zadeklarowanej. Powód żądał, aby sąd nie uznał ograniczonej odpowiedzialności przewoźnika, ponieważ UPS nie przetłumaczył na język znany pasażerowi warunków umowy. Sąd uznał, że powód wiedział o limitach odpowiedzialności, a także o możliwości zadeklarowania wyższej wartości przewożonego towaru i skargę odrzucił⁵⁵.

Przepis ust. 4, pochodzący z protokołu haskiego z 1955 r., przewiduje, że odpowiedzialność za towar zależy od wagi towarów uszkodzonych, zniszczonych, zagubionych czy opóźnionych. W przypadku zniszczenia, zaginięcia, uszkodzenia lub opóźnienia w przewozie przedmiotu w pakunku przy określeniu limitu odpowiedzialności przewoźnika jest brana pod uwagę waga całego pakunku, a nie jedynie waga samego przedmiotu (ale tylko tego pakunku, w którym był przedmiot). Tak na przykład, jeżeli zniszczeniu ulegnie przesyłka z elektroniką albo część urządzenia znajdująca się w jednej paczce, całe urządzenie traci na wartości, bo nie można go używać zgodnie z przeznaczeniem. Przepis ust. 4 kładzie jednak nacisk na to, że ciężar dowodu leży po stronie powoda. W jednym z przypadków firma Motorola i jej

⁵³ Cie. D'Assurances Alpina c. TWA 1964 FRDA 234 (C. Justice Geneva, 16 Mar. 1962).

⁵⁴ L&C. Mayers Co. v. KLM 108 N.Y.S 2d 251 (N.Y. Sup. Ct. 1951).

⁵⁵ Kesel v. UPS (2002, U.S. Dist. LEXIS 12350, N.D. Cal. 2002); Perera v. Varig 775 F. 2d 21 (2d Cir. 1985).

ubezpieczyciel pozwali przewoźnika Federal Express i spedytora Kuehne und Nagel o odszkodowanie w wysokości ponad 240 tys. USD za szkody na przesyłce towarowej przewożonej z Teksasu do Japonii. Przewoźnik przyjął do przewozu system baz telefonów komórkowych, skonsolidowany na jednym liście przewozowym AWB. Towar był spakowany na czas podróży w 20 palet. Po przybyciu do Japonii stwierdzono, że baza kontrolna zawierająca instalacje elektryczne została uszkodzona i musiała być wymieniona kosztem przekraczającym 450 tys. USD. Uszkodzona paleta ważyła około 680 kg, a waga całego systemu przekraczała 12 tys. kg. Sąd uznał częściowo powództwo przeciw przewoźnikowi i orzekł, że jeżeli powód udowodni, iż szkoda jednej części wpłynęła na wartość całej przesyłki, przy ustaleniu limitu odpowiedzialności będzie brana pod uwagę całkowita waga przesyłki, a nie tylko uszkodzona część. Sąd ostatecznie przyznał odszkodowanie wynikające z wagi całego frachtu⁵⁶. W innym przypadku nadawca wysłał 1000 telefonów komórkowych przewoźnikiem China Airlines w 9 kartonach, które były załadowane na jedną paletę. Do Hongkongu dotarły zaledwie cztery kartony. Sąd zadecydował, że na mocy art. 22 konwencji musi być brana pod uwagę ogólna waga całej przesyłki⁵⁷.

Postanowień ust. 1 i 2, mówiących o ograniczonej odpowiedzialności przewoźnika, dotyczącej opóźnień i szkód odnośnie do bagażu, nie stosuje się wtedy, kiedy udowodniono, że szkoda została spowodowana winą umyślną; odpowiedzialność jest wtedy nieograniczona (ust. 5). Ta koncepcja przeszła znaczną ewolucję od czasu podpisania konwencji warszawskiej i stała się jednym z istotnych elementów powodujących wyłom w spójności systemu odpowiedzialności. Umożliwiała to jej bardzo ogólnikowa formuła oraz odesłanie do prawa miejscowego (*lex fori*).

Już konwencja warszawska w art. 25 uznała, iż przewoźnik może być pozbawiony prawa powoływania się na ograniczoną odpowiedzialność z powodu swej szczególnie ciężkiej winy (ang. *wilful misconduct*): „(...) przewoźnik nie będzie miał prawa powoływania się na postanowienia niniejszej konwencji, które wykluczają lub ograniczają jego odpowiedzialność, jeżeli szkoda wynikła z jego winy, która według prawa sądu orzekającego uważana jest za równoznaczną z podstępem. Prawo to nie będzie mu również przysługiwać, jeżeli szkoda została spowodowana przez jedną z osób za niego działających w wykonywaniu swych funkcji”⁵⁸. Protokół haski wprowadził zupełnie nowy przepis, w którym postanawia się, że w razie wszczęcia postępowania przeciwko pracownikowi lub przedstawicielowi przewoźnika (fr. *préposé*, ang. *servant*, agent – patrz art. 21 ust. 1) w następstwie szkody przewidzianej w konwencji warszawskiej, pracownik lub przedstawiciel, o ile udowodni, że działał wykonując swoje funkcje, będzie mógł powoływać się na te ograniczenia odpowiedzialności, na które mógł się powoływać przewoźnik. Całkowita

⁵⁶ Motorola Inc., v. Federal Express Corporation (308 F. 3d 995–9th Cir. 2002).

⁵⁷ China Airlines Limited v. Philips Hong Kong Limited (2002) 3 SLR 367.

⁵⁸ A. T. Wells and B. D. Chadbourne, *Introduction to Aviation Insurance and Risk Management*, Malabar 2000, s. 95–96.

kwota odszkodowania, która w takim wypadku mogła być uzyskana od przewoźnika oraz od jego pracowników i przedstawicieli, nie mogła przewyższyć wymienionych ograniczeń (art. 25A konwencji warszawskiej). Protokół montrealski nr 4 dodał zapis: „Przy przewozie pasażerów i bagażu ograniczenia odpowiedzialności sprecyzowane w art. 22 nie będą stosowane, jeżeli się udowodni, że szkoda wynika z czynu lub przeoczenia przewoźącego, jego pełnomocników lub agentów, została zrobiona zdecydowanie, żeby spowodować szkodę, lub lekkomyślnie i ze świadomością prawdopodobnych skutków szkody; pod warunkiem że w wypadku takiego czynu lub przeoczenia pomocnika lub agenta udowodni się, że był to czyn z zakresu jego zatrudnienia”⁵⁹. Treść art. 25 konwencji warszawskiej miała wyrazić zasadę zrównania w skutkach winy umyślnej i rażącego niedbalstwa w ujęciu przyjętym na gruncie ustawodawstwa państw Europy kontynentalnej. Trudności interpretacyjne, które zaczęły się pojawiać na gruncie art. 25, spowodowane były brakiem pojęcia *dol* (z łac. *dolus*, z winy umyślnej) we wszystkich krajowych systemach prawnych. Jest to pojęcie znane prawu francuskiemu i włoskiemu. Państwa *common law*⁶⁰ nie miały tego rodzaju odpowiednika. W Anglii ten artykuł tłumaczono jako *wilful misconduct* (wina umyślna). Również w przedmiocie ustalenia rodzaju winy, która ma być zrównana w skutkach z *dol*, nastąpiły rozbieżności. Przyjęto dwie interpretacje: pierwszą, mówiącą o tym, że w celu ujednoczenia pojęcia „wina” powinna być ona zrównana w skutkach z pojęciem *dol* (podstęp), oraz drugą, mówiącą o kompetencjach prawa krajowego.

Formuły, którymi określa się pojęcie *wilful misconduct*, w doktrynie dadzą się zatem sprowadzić do następujących elementów:

1) nieprawidłowego zachowania się (ang. *misconduct*) – działanie czy zaniechanie ze strony przewoźnika lub osób, za które ponosi on odpowiedzialność, sprzeczne z ich obowiązkami wynikającymi z umowy przewozu, pod warunkiem że było ono objęte zakresem woli sprawcy; chodzi tu o zachowanie rozmyślne;

2) zamiaru działania lub zaniechania (element woli);

3) świadomości możliwych skutków i woli ich wywołania lub całkowitej obojętności wobec możliwości ich nastąpienia⁶¹.

W konwencji montrealskiej przepis odnośnie do winy umyślnej znika w przypadku roszczeń w związku ze śmiercią czy uszkodzeniem ciała pasażera (konwencja odeszła bowiem od limitów odpowiedzialności), ale istnieje nadal przy roszczeniach za opóźnienie, w przypadku przewozu osób i w przypadku szkód odnośnie do bagażu.

W jednej ze spraw sąd amerykański uznał, iż śmierć pasażera została spowodowana przez wypadek w rozumieniu art. 17 konwencji warszawskiej i że wypadek wyniknął z winy umyślnej pracownika przewoźnika. Pasażer cierpiący na astmę zmarł po inhalacji

⁵⁹ P. Durys, F. Jasiński, *Wybór aktów prawnych do nauki międzynarodowego prawa lotniczego i kosmicznego*, Warszawa 1999, s. 186.

⁶⁰ *Common law* – prawo powszechnie, zwyczajowe.

⁶¹ *Goldman v. Thai Airways* 1981 Air Law 187 (Q.B. 31 Mar. 1981).

w samolocie. Żona zmarłego skierowała powództwo przeciwko przewoźnikowi, wskazując na trzy oddzielne wydarzenia, które składały się na pojęcie „wypadek”:

1) odmowa personelu pokładowego na prośbę o zamianę miejsca w sekcji dla niepalących w samolocie;

2) nieumiejętne podanie tlenu;

3) niecofnięcie napisu „Smoking permitted” podczas ataku astmy zmarłego.

Sąd uznał, iż śmierć kwalifikowała się jako *accident* w rozumieniu art. 17 konwencji warszawskiej, gdzie personel pokładowy odmówił przesadzenia pasażera (co jest przewidziane w procedurach przewoźnika), a odmowa pomocy była niezgodna z przepisami i stanowiła *wilful misconduct* przewoźnika⁶². Inny przypadek zdarzył się w Afryce Południowej, gdzie Sąd Najwyższy uznał, że zniknięcie przedmiotu w części bagażu jest winą umyślną przewoźnika. Personel naziemny kontrolował bowiem załadunek i wyładunek bagażu z samolotu. Sąd uznał, że kradzieży dokonał pracownik przewoźnika⁶³. Można przytoczyć również sytuacje, w których sądy oddalają powództwa z powodu *wilful misconduct*. W jednym z przypadków powód złożył skargę, że skradziono mu bagaż po tym, jak został skierowany do prześwietlenia i po przejściu przez „security”. Powód domniemywał, że narażono go na nieracjonalne ryzyko i nie zawiadomiono o kradzieżach występujących w tym miejscu portu lotniczego. Sąd okręgowy nie uznał skargi za *wilful misconduct*⁶⁴. Inny przypadek zdarzył się w 1997 roku, kiedy wskutek katastrofy Boeinga 737 w Indonezji zginęła załoga i 97 pasażerów. Powód zażądał nielimitowanej odpowiedzialności przewoźnika na mocy art. 25 konwencji, domniemując, że kapitan celowo spowodował katastrofę samolotu. Po zbadaniu sprawy przez ekspertów sąd oddalił pozew, gdyż nie miał wystarczającej pewności, że kapitan działał z premedytacją, z zamiarem spowodowania katastrofy⁶⁵. Także Sąd Apelacyjny Nowego Jorku uznał, że nie było winy umyślnej w sytuacji, kiedy pasażer zachorował i zmarł podczas rejsu z Nowego Jorku do Moskwy (załodze zarzucono, iż temu nie zapobiegła). Sąd uznał, że nie było pewności co do tego, iż załoga działała celowo i ze świadomością, że szkoda nastąpi⁶⁶.

Artykuł 25 konwencji montrealskiej stanowi usankcjonowanie praktyki i powtórzenie zasad konwencji warszawskiej. Przepis wyjaśnia, iż przewoźnik może w każdym czasie podwyższyć albo znieść obowiązujące w konwencji limity odpowiedzialności. Przepis ten pozwala przewoźnikowi na podwyższenie lub zniesienie, przez umowę z przewoźnikiem lub na mocy jednostronnych deklaracji, konwencyjnych limitów od-

⁶² Husain v. Olympic Airways (2002 U.S. App. LEXIS 25470–9th Cir. 2002) oraz M. S. Conley, Treaties – “accident” under the Warsaw Convention – ninth circuit holds that a preexisting medical condition, along with a flight attendant’s failure to act, characterizes an “accident” under the Warsaw Convention” Hussain v. Olympic Airways, *Journal of Air Law and Commerce* Vol. 69, s. 185–194.

⁶³ KLM v. Hamman [2002 (3) SA 818 (w) – Witwatersrand Local Division 2002].

⁶⁴ Dazo v. Globe Airport Security Services (295 F. 3 d 934/9th Circuit 2002).

⁶⁵ Clarke & Ors v. Silk Air (Singapore) Private Ltd. (The High Court of the Republic of Singapore, 24 October 2001). Patrz także Ruwantissa I. R. Abeyratne, *op.cit.*, s. 259–272.

⁶⁶ Kemelman v. Delta Air Lines, Inc. (740 N.Y. S. 2d 434 (2002)).

szkodowań. Dotyczy to także wymienionej w art. 21 kwoty 100 tys. SDR, chociaż w tym przypadku nie jest to właściwie limit. Już w konwencji warszawskiej pasażer mógł w drodze specjalnej umowy z przewoźnikiem ustalić wyższą granicę odpowiedzialności. Umowy takie nie były jednak stosowane na szeroką skalę, poza sytuacją wymuszoną przez rząd Stanów Zjednoczonych (Tymczasowe Porozumienie Montrealskie z 1966 r.). Porozumienie to, choć nie ma charakteru umowy międzynarodowej, jest zaliczane do elementów systemu warszawskiego. Powstało ono w oparciu o art. 22(1) konwencji warszawskiej, jako umowa specjalna między 34 przewoźnikami korzystającymi z przestrzeni powietrznej Stanów Zjednoczonych; wkrótce potem do grupy tej dołączyli inni przewoźnicy. W myśl porozumienia, limit odpowiedzialności na pasażera w przypadku śmierci czy uszkodzenia ciała został podwyższony do 75 tys. USD, łącznie z kosztami dochodzenia roszczeń, lub 58 tys. USD plus koszty dochodzenia roszczeń. Równocześnie przewoźnicy będący stronami porozumienia zobowiązali się nie korzystać z możliwości przewidzianej w art. 20(1) konwencji warszawskiej, stanowiącym o uwolnieniu się od odpowiedzialności przez wykazanie braku swojej winy. Tak więc przyjęto zasadę odpowiedzialności obiektywnej – niezależnej od winy przewoźnika. Ponadto ustalono, iż każdy przewoźnik w momencie wydania biletu jest obowiązany powiadomić pasażera o postanowieniach porozumienia – informacja ta powinna być wydrukowana na każdym bilecie pasażerskim.

Niektórzy przewoźnicy, z poparciem państwa, zdecydowali się na samodzielne podwyższenie, a nawet zniesienie limitów odpowiedzialności. Przewoźnicy japońscy (w tym Japan Airlines) w listopadzie 1992 roku jako pierwsi w świecie rzekli się limitu odpowiedzialności w międzynarodowych przewozach pasażerskich (była to tzw. japońska inicjatywa). Argumentowano, że dotychczasowe limity odpowiedzialności były zbyt niskie w porównaniu z aktualnymi odszkodowaniami w Japonii (w 1985 r. limit odpowiedzialności wynosił 100 tys. SDR)⁶⁷. Ponadto w wyniku prac podjętych w IATA powstały dwa porozumienia o zamierzonym zasięgu światowym: *IATA Inter-carrier Agreement on Passenger Liability* (ILA), zwane później IIA⁶⁸, oraz *Agreement on Measures to Implement the IATA Inter-carrier Agreement* (MIA). Porozumienie ILA bazuje na dwupoziomowym systemie odpowiedzialności. Uznaje zasadę odpowiedzialności absolutnej nie tylko do wysokości 100 tys. SDR, ale także ponad tę sumę, włączając w to pełną sumę należnego odszkodowania.

Można spodziewać się, iż w najbliższej przyszłości międzynarodowe porozumienia będą obejmować coraz to większą liczbę przewoźników. Rozwiązania wymagają również sprawy odszkodowań dla ofiar terroru lotniczego w powietrzu i na ziemi. Problem ten pojawił się ze szczególną ostrością po zamachu w Nowym Jorku z 11 września 2001 r.

⁶⁷ K. Abe, *The practical considerations giving rise to the Japanese Initiative and the IATA Inter-carrier Agreement*, „The Aviation Quarterly”, Part 1, London, July 1996, s. 53–55.

⁶⁸ IATA, *Inter-carrier Agreement on Passenger Liability* (IIA). Essential Documents on International Air Carrier Liability, June 1999, IATA, s. 51–52.

Z PROBLEMATYKI KONSTITUCYJNEJ DOPUSZCZALNOŚCI NIEKTÓRYCH DOWODÓW PRYWATNYCH W POSTĘPOWANIU KARNYM

1. Nasilająca się w praktyce sądowej tendencja do wykorzystywania w procesie karnym dowodów prywatnych w postaci utwaleń dźwięku na nośnikach elektronicznych stawia przed nauką szereg niełatwych pytań. Z całą ostrością rysuje się – widziany ze specyficznej perspektywy regulacji konstytucyjnoprawnych – problem dopuszczalności tego typu dowodów. W szczególności chodzi o to, czy z naruszeniami prawa do ochrony prawnej życia prywatnego (art. 47 Konstytucji) i prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się (art. 49 zd. 1 Konstytucji), popełnianymi w związku z prywatnym gromadzeniem dowodów, należy wiązać jakiejkolwiek konsekwencje procesowe w sferze dopuszczalności owych dowodów¹.

2. Przystąpienie do analizy tak skonfigurowanych problemów prawnych nie jest możliwe bez uprzedniego przedstawienia ogólnych uwag co do (a) sposobu dekodowania zakazów dowodowych w postępowaniu karnym oraz (b) udzielenia odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność w postępowaniu karnym dowodów prywatnych jako takich. Rozstrzygnięcie tej ostatniej kwestii warunkuje jakkolwiek dalszą analizę problemu konstytucyjnej dopuszczalności dowodów prywatnych, jeżeli bowiem miałyby się okazać, że wszelkie dowody prywatne (tj. dowody uzyskane przez podmioty prywatne) i tak należą do kategorii dowodów procesowo niedopuszczalnych, to rozważania co do ich dopuszczalności rozpatrywanej z punktu widzenia ustawy zasadniczej siłą rzeczy musiałyby się okazać bezprzedmiotowe.

Ad a) Truizmem będzie stwierdzenie, że pierwszoplanową zasadą procesu karnego jest zasada prawdy materialnej. Wobec niej rolę czysto akcesoryjną pełni – zazwyczaj niewyodrębniana w piśmiennictwie² – zasada swobody dowodzenia, rozumiana jako możliwość dowodzenia okoliczności mających znaczenie dla postępowania kar-

¹ Zagadnienie nie doczekało się do tej pory w krajowym piśmiennictwie żadnego szczegółowego opracowania. Autor wydanej ostatnio monografii na temat zakazów dowodowych nie poświęca tej kwestii odrębnych rozważań (Z. Kwiatkowski: *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001).

² Por. jednak Z. Doda i A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo SN. Komentarz*. Warszawa 1997, s. 185.

nego za pomocą wszelkich dowodów. Jest przecież rzeczą oczywistą, że prawdziwy obraz danego zdarzenia może być odtworzony wtedy i tylko wtedy, gdy wykorzysta się wszelkie dowody istotne w procesie rekonstrukcji konkretnego stanu faktycznego. Nie może być zatem mowy o realizacji zasady prawdy materialnej bez prawidłowo ukształtowanej zasady swobody dowodzenia. Normatywnym wyrazem tego założenia jest m.in. nakaz kształtowania przekonania organów postępowania na podstawie wszystkich³ przeprowadzonych dowodów (art. 7 k.p.k.⁴, por. też art. 410, art. 92). Powyższe stwierdzenia pociągają za sobą całkiem zasadnicze konsekwencje na płaszczyźnie wykładni przepisów ustawy procesowej. Jeżeli nadrzędnym (art. 2 § 1 pkt 1) celem postępowania karnego jest ustalenie prawdy o pewnym zdarzeniu relewantnym z punktu widzenia przypisania odpowiedzialności karnej to, po pierwsze, jakiegokolwiek odstępstwa od zasady prawdy materialnej, tzn. zakazy dowodowe, muszą być formułowane w sposób klarowny i precyzyjny. Rekonstrukcja zakazu dowodowego jest możliwa wyłącznie na podstawie regulacji wyraźnie⁵ i wprost ograniczającej swobodę dowodzenia i możliwość poczynienia ustaleń prawdziwych. Niedopuszczalne jest domniemywanie zakazów dowodowych. W pełni uprawniona jest więc teza o istnieniu *numerus clausus* zakazów dowodowych w procesie karnym (jest ona zresztą prostą konsekwencją wymogu wyraźnego ustawowego formułowania zakazów dowodowych)⁶. Po drugie, przepisy statuujące zakazy dowodowe, jako re-

³ Wyróżnienia w tekście głównym i przypisach pochodzą od autora.

⁴ Przepisy przywoływane w tekście bez bliższego oznaczenia odnoszą się do kolejnych artykułów Kodeksu postępowania karnego.

⁵ Eksponują to szczególnie K. Marszał (red.), S. Stachowiak i K. Zgrzyk (Proces karny, Katowice 2003, s. 237), gdy piszą, że z zakazem wykorzystania dowodów mamy do czynienia tylko wówczas, gdy „jest on wyraźnie przewidziany w sferze prawa karnego procesowego” („sferę” prawa karnego procesowego należy tu jednak chyba rozumieć szeroko, pewne zakazy dowodowe zostały bowiem sformułowane poza kodeksem postępowania karnego, por. Z. Kwiatkowski, jw., s. 45). Mniej wyraźnie kwestię tę akcentuje np. S. Waltoś, który podaje tylko, że zakaz dowodowy jest „normą prawną” (Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2003, s. 352).

⁶ Z. Kwiatkowski (jw.) nie dotyka tego zagadnienia wprost. Skoro jednak uznaje, że zakazy dowodowe są „przepisami prawnymi wyłączającymi dowodzenie określonych faktów (tezy dowodowej) oraz wyłączające lub ograniczające wprowadzanie, przeprowadzanie i wykorzystywanie pewnych dowodów w procesie karnym” (s. 34), a rozważając problematykę wykładni przepisów prawa karnego regulujących zakazy dowodowe stwierdza, że są one „ujęte w tych przepisach prawa dowodowego, które wyłączają lub ograniczają wprowadzanie, przeprowadzanie i wykorzystywanie dowodów w postępowaniu karnym” (s. 47), to wolno mniemać, że Autor opowiada się jednak za zamkniętym i ściśle określonym przez prawo (przepisy prawne) katalogiem zakazów dowodowych. Za proponowaną w niniejszym tekście koncepcją *numerus clausus* zakazów dowodowych w postępowaniu karnym przemawia także zastosowanie dyrektywy interpretacyjnej *exceptiones non sunt extendendae* w nieco zmodyfikowanej postaci. Jeżeli bowiem każdą normę o charakterze zakazu dowodowego traktujemy w kategoriach wyjątku od zasady prawdy materialnej, i dlatego też przepisów statuujących zakazy dowodowe nie możemy poddawać wykładni rozszerzającej, to tym bardziej niedopuszczalne jest dorozumiane kreowanie zakazów dowodowych. *Numerus clausus* zakazów dowodowych w postępowaniu karnym (nie określając go, rzecz jasna, tym mianem), zdaje się aprobować również Sąd Najwyższym (u. z 19 stycznia 1995 r., I KZP 15/94, OSNKW, z 1–2/2000, poz. 1), skoro jego zdaniem jest „oczywiste”, że „poznanie

gulacje o charakterze wyjątkowym, nie mogą być interpretowane rozszerzająco⁷. Lekceważenie powyższych dyrektyw interpretacyjnych, opartych na kodeksowym prymacie zasady prawdy materialnej, mogłoby prowadzić do pozanormatywnego rozszerzania katalogu zakazów dowodowych i, w konsekwencji, do ograniczania możliwości poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych. Powyższych reguł wykładni nie można tracić z pola widzenia próbując ustalić, bądź zanegować istnienie określonej normy o charakterze zakazu dowodowego.

Ad b) Kwestia procesowej dopuszczalności dowodu prywatnego w postaci taśmy magnetofonowej z rejestracją dźwięku była w doktrynie karnoprosesowej⁸ przez czas długi konsekwentnie ignorowana. Milczenie nauki przerwał dopiero Sąd Najwyższy. W wyroku z 10 maja 2002 r. (sygn. WA 22/02)⁹ stwierdził, że „przepisy (...) k.p.k. odnoszące się do kontroli i utrwalania rozmów przy użyciu środków technicznych nie dotyczą prywatnego gromadzenia w ten sposób dowodów”, a „taśma magnetofonowa z utwaloną na niej przez pokrzywdzonego (oskarżyciela posiłkowego) rozmową z oskarżonym może stanowić dowód w sprawie karnej, który podlega ocenie na zasadach ogólnych”. Wypowiedź najwyższej instancji sądowej prowokowała parę wypowiedzi w piśmiennictwie. Glosatorzy zaaprobowali stanowisko SN¹⁰, do zupełnie odmiennych wniosków doszedł (również na tle cytowanego orzeczenia SN) R. Kmiecik¹¹, którego zdaniem „*de lege lata* nie można mówić o

dowodowe w procesie karnym musi być wynikiem wykorzystania wszystkich istniejących w danym postępowaniu źródeł dowodowych”, ten zaś postulat, „wynikający z dyrektyw zasady prawdy materialnej, zasady trafnej reakcji karnej oraz zasady legalizmu”, może „znaleźć ograniczenie wyłącznie w jednoznacznych, ustawowych zakazach dowodowych, obejmujących różnego rodzaju ograniczenia co do możliwości przeprowadzenia dowodów oraz ich wykorzystania”. Dlatego też, jak słusznie twierdzi Sąd Najwyższy, „leżące poza obowiązującym ustawodawstwem oceny co do potrzeby także dalszych zakazów dowodowych czy poszerzenia już istniejących mogą być rozpatrywane jedynie jako postulaty pod adresem ustawodawcy i nie mogą w istocie prowadzić do mnożenia czy poszerzenia zakazów dowodowych”, a interpretacja przepisów „nie może zastępować funkcji zastrzeżonych dla ustawodawcy”.

⁷ Tak Z. Kwiatkowski (*iw.*, s. 47), który jednak już w następnym akapicie dopuszcza rozszerzającą interpretację przepisów statuujących zakazy dowodowe. Trudno ten pogląd zaakceptować, nawet wówczas, gdy jest on motywowany względami związanymi z „innymi dobrami, korzystającymi ze szczególnej ochrony prawnej (uznanymi przez ustawodawcę (...)) za nadrzędne wobec wymiaru sprawiedliwości”. Aprobata dla tego stanowiska otwierałaby drogę do pozaustawowego określania katalogu zakazów dowodowych.

⁸ Inaczej niż w piśmiennictwie poświęconym procesowi cywilnemu. Por.: F. Zedler, *Dopuszczalność dowodu z taśmy magnetofonowej w postępowaniu cywilnym* (w:) *Proces i prawo. Księga pamiątkowa ku czci prof. J. Jodłowskiego* pod red. E. Łętowskiej, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 533 i n.; A. Laskowska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane w sposób sprzeczny z prawem*, „Państwo i Prawo”, z. 12/2003, s. 88 i n.

⁹ OSNKW 2002, z. 9–10, poz. 77.

¹⁰ S. Hoc, „Przegląd Sądowy”, 6/2003, s. 161 i n.; A. Bojańczyk, „Palestra”, 7–8/2003, s. 246 i n.

¹¹ R. Kmiecik, *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych*, „Państwo i Prawo”, z. 5/2004, s. 3–4.

uprawnieniu osób prywatnych do «przeprowadzania» lub «gromadzenia» dowodów w postaci «dokumentów prywatnych», sporządzanych poza procesem karnym i z intencją realizacji celów karnoprosesowych» (autor formułuje więc normę o charakterze zakazu dowodowego).

Zagadnienie karnoprosesowej dopuszczalności dowodów prywatnych można badać dwutorowo. Rozważyć trzeba, jakie konsekwencje płyną z uregulowania w ustawie procesowej kontroli utrwalania rozmów przez organy procesowe (Rozdział 26 k.p.k.) oraz przeanalizować implikacje wynikające z art. 393 § 3 dla procesowej dopuszczalności dowodu prywatnego w postaci utrwalenia dźwięku dokonanego na nośniku elektromagnetycznym lub elektronicznym.

Zdaniem piszącego te słowa, taśma magnetofonowa nie jest dokumentem w rozumieniu art. 393 § 3. Przemawia za tym tak językowa, jak i systemowa wykładnia tego przepisu. Dopatrywanie się więc w nim (jak czyni to R. Kmiecik, w ogóle zresztą nie poddając terminu „dokument” użytego w art. 393 § 3 interpretacji) „blokady” dla wykorzystania tego typu dowodu w postępowaniu karnym pozbawione jest głębszego uzasadnienia. Nie ma potrzeby szerszego przedstawiania argumentacji przemawiającej za słusnością stanowiska, że użytym w art. 393 § 3 pojęciem „dokument” ustawodawca nie objął taśmy magnetofonowej – w tym zakresie wypada odesłać Czytelnika do opracowań (także tych publikowanych w „Palestrze”), w których kwestie te zostały omówione w sposób wyczerpujący¹².

Należy odnieść się bliżej do drugiego tropu argumentacyjnego użytego przez R. Kmiecika dla uzasadnienia poglądu o niedopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów prywatnych w postaci utwaleń dźwięku.

Teza ta opiera się na założeniu, że skoro jedynie czynności dowodowe organów procesowych zostały drobiazgowo wręcz unormowane w ustawie procesowej, to jest to jakoby wyraz woli ustawodawcy, by gromadzenie dowodów w procesie karnym należało do wyłącznej kompetencji organów procesowych, a dowody zgromadzone przez osoby prywatne były traktowane *per non est*. „Z faktu, że k.p.k. nie normuje «prywatnego gromadzenia dowodów» – pisze R. Kmiecik¹³ – nie wynika nic ponadto, że podmioty podejmujące tego rodzaju działalność (...) mogą być pociągnięte do różnego rodzaju odpowiedzialności prawnej (zarówno konstytucyjnej, karnej, jak i cywilnej) zależnie od tego, kto i w jaki sposób dowody te będzie gromadził w «sposób prywatny». Czynności, które organy procesowe wykonują jako legalne czynności procesowe, właśnie dzięki upoważnieniu ustawowemu, wykonywane przez osoby prywatne, są nie tylko nielegalne, ale mogą okazać się przestępstwem (...).”

¹² A. Bojańczyk, glosa, *iw.*, w tej samej kwestii por. tegoż artykuł polemiczny (ze znacznie obszerniejszą i nieco zmodyfikowaną w stosunku do glosy argumentacją): *W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych w procesie karnym*, „Państwo i Prawo”, z. 8/2004 (w druku).

¹³ *iw.*, s. 10.

Z większością tych stwierdzeń nie można się zgodzić.

Z regulacji normującej np. sposób prowadzenia kontroli (i utrwalania) rozmów wynika bowiem tyle (i tylko tyle), że prowadzona przez te właśnie podmioty (tj. organy procesowe) kontrola i utrwalanie rozmów w postępowaniu karnym może odbywać się wyłącznie w trybie i na zasadach określonych w przepisach art. 237–243. Nie wynika z tych przepisów bynajmniej, że np. rozmowa utrwalona przez osobę prywatną jest dowodem „nielegalnym” i w postępowaniu karnym wykorzystana być nie może. Z pewnością zaś z przepisów tych nie wynika to – jak chce tego R. Kmiecik – że „podmioty podejmujące tego rodzaju działalność (tj. prywatne gromadzenie dowodów) mogą być pociągnięte do różnego rodzaju odpowiedzialności prawnej”. Ewentualnej podstawy prawnej do ustalenia odpowiedzialności podmiotu prywatnie gromadzącego dowody można poszukiwać wyłącznie w ustawie karnej lub w prawie cywilnym¹⁴. Milczenie ustawy procesowej w tym względzie nie ma najmniejszego znaczenia – trudno bowiem doszukiwać się podstaw odpowiedzialności karnej bądź cywilnej w ustawie procesowej. Zresztą nie da się także zaobserwować odwrotnej relacji, tj. ewentualne pociągnięcie do odpowiedzialności karnej (lub cywilnej) za prywatne gromadzenie dowodów, z punktu widzenia procesowej wartości tak uzyskanych dowodów nie ma żadnego znaczenia.

Jak wspomniano wyżej, każdy zakaz dowodowy, jako wyjątek od zasady prawdy materialnej oraz „sprężonej” z nią zasady swobody dowodzenia, musi mieć wyraźną podstawę normatywną i nie może się opierać na niejasnym domniemaniu intencji ustawodawcy. Nie można więc na tej tylko podstawie, że przepisy ustawy procesowej określają w zupełności tryb i zasady przeprowadzania pewnych czynności dowodowych przez organy procesowe konstruować tezy o ich „monopolu” w tym zakresie, rozumianym jako zakaz poszukiwania i utrwalania dowodów przez osoby prywatne. Przepisy Rozdziału 26 k.p.k. nie są przecież adresowane do pod-

¹⁴ Por. A. Bojańczyk, *iw.* 248–250. Na nieporozumieniu zasadza się pogląd R. Kmiecika, że „podmioty («prywatnie gromadzące dowody») (...) mogą być pociągnięte (również do) odpowiedzialności (...) konstytucyjnej (...), zależnie od tego kto i w jaki sposób dowody te będzie gromadził w «sposób prywatny»” (*iw.*, s. 10). Otóż rzecz w tym, że zagadnienie odpowiedzialności konstytucyjnej za prywatne gromadzenie dowodów w ogóle się nie aktualizuje. Pomijając już fakt, że do tego typu odpowiedzialności pociągnięty może być bardzo wąski krąg podmiotów, to kluczowe znaczenie ma to, że do „odpowiedzialności konstytucyjnej” można pociągnąć wyłącznie „za naruszenie Konstytucji lub ustawy, w związku z zajmowanym stanowiskiem lub w zakresie swego urzędowania” (art. 198 Konstytucji), a więc nie w zakresie aktów *par excellence* prywatnych, jakimi są czynności polegające na prywatnym gromadzeniu dowodów (sporządzaniu dokumentów w „sposób prywatny”, jak pisze R. Kmiecik). W tym względzie należy odesłać do poglądów doktryny w kwestii pojęcia dokumentu prywatnego (jest to dokument, który – jak z właściwą sobie trafnością i klarownością podaje S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym*, Warszawa 1948, s. 679–678 – nie pochodzi od władzy, urzędnika lub osoby publicznego zaufania i nie został zdziałany w zakresie ich właściwości). Sprzecznością samą w sobie byłoby zatem pociąganie kogokolwiek do odpowiedzialności konstytucyjnej (przy zakresie przedmiotowym tej odpowiedzialności określonym tak jak obecnie) za sporządzenie dokumentu przez osobę prywatną, w sposób nieurzędowy, tj. zupełnie bez związku z zajmowanym przez daną osobę stanowiskiem albo jej „zakresem urzędowania” (art. 198 Konstytucji).

miotów prywatnych, lecz wyłącznie do organów procesowych. Jest to zresztą prosta konsekwencja regulacji art. 7 Konstytucji, zgodnie z którym organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Nieuregulowanie sposobu przeprowadzania kontroli i utrwalania rozmów przez organy procesowe w postępowaniu karnym skutkowałoby niemożnością włączania do materiału dowodowego tego typu dowodów pozyskanych przez organy procesowe działające bez podstawy prawnej i poza granicami prawa. O jakiegokolwiek „nielegalności” kontroli i utrwalania rozmów przez podmioty prywatne nie może tu być mowy. Ustawa wymaga, by kontrola i utrwalanie rozmów dokonywana przez organy procesowe w postępowaniu karnym była przeprowadzana w sposób w niej określony, jednak nie wymaga szerszego dowodzenia, że implikacją tego faktu nie jest teza o niedopuszczalności wykorzystywania w postępowaniu karnym dowodów zebranych w analogiczny sposób przez podmioty prywatne. Nie działają one jako organy procesowe.

Konsekwencje procesowe niedopełnienia przez organy procesowe wymogów określonych w tych przepisach to zupełnie inny problem, znacznie wykraczający poza ramy niniejszego opracowania. W tym miejscu warto jedynie zwrócić uwagę na to, że osobie, wobec której wydano postanowienie o kontroli i utrwalaniu rozmów, przysługuje zażalenie, w którym ma ona prawo domagać się zbadania legalności owej czynności procesowej (art. 240). Ustawodawca „legalność” kontroli i utrwalania rozmów odnosi wyłącznie do czynności podejmowanych przez organy procesowe, a nie przez osoby prywatne. Jest to zresztą całkowicie zrozumiałe, legalność ta może być badana tylko poprzez pryzmat dochowania wymogów określonych w Rozdziale 26 k.p.k i odnoszących się jedynie do organów procesowych.

O tym, że konstruowanie zakazu dowodowego adresowanego do podmiotów prywatnych nie jest możliwe wyłącznie w oparciu o swoiste domniemanie bazujące na fakcie unormowania w ustawie procesowej trybu gromadzenia dowodów przez organy procesowe (czyli na zasadzie *sui generis* negacji) dobitnie przekonuje zresztą analiza przepisu określającego konsekwencje procesowe stosowania metod przesłuchiwanie określonych w art. 171 § 5. Z tego, że organ procesowy nie może („niedopuszczalne jest”, art. 171 § 5) np. wpływać na wypowiedź osoby przesłuchiwanej (składającej wyjaśnienia albo zeznania) wcale jeszcze nie wynika, że oświadczenie (ale nie: wyjaśnienie albo zeznanie) uzyskane w takich warunkach przez osobę prywatną nie może stanowić dowodu, bo przepisy te normują jedynie tryb przesłuchiwanie przez organy procesowe. Wyraźny zakaz dowodowy wprowadza ustawodawca w art. 171 § 6. Uważna analiza tego przepisu prowadzi do konkluzji przydatnej także dla prowadzonych tu rozważań. To nie tylko wyjaśnienia i zeznania złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w art. 171 § 5 nie mogą stanowić dowodu (czyli dowody uzyskane/zgromadzone przez organy procesowe), ale także oświadczenia. A zatem, *lege non distinguente*, także np. wypowiedź uzyskana w wyniku zastosowania przymusu wyłączającego swobodę wypowiedzi zarejestrowana na taśmie

magnetofonowej. Jak więc widać, gdy ustawodawca wiąże z szeroko pojętymi właściwościami dowodu ujemne konsekwencje procesowe, to kwestie te reguluje w sposób precyzyjny.

Podsumowując ten wątek rozważań wypada stwierdzić, że – odmiennie niż tego chce R. Kmiecik – *de lege lata* nie jest możliwe ogólne wyinterpretowanie (jedynie na zasadzie negacji bazującej na fałszywym aksjomacie wyłącznej kompetencji organów procesowych w zakresie gromadzenia dowodów) z norm karnoprosesowych zakazu prywatnego gromadzenia dowodów mających postać dokumentów prywatnych¹⁵. Konstatacja powyższa otwiera drogę dla rozważań odnoszących się już bezpośrednio do zagadnienia konstytucyjnej dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym.

3. Wspomnieliśmy wyżej, że procesem dekodowania zakazów dowodowych w postępowaniu karnym rządzą rygorystyczne reguły interpretacyjne: w szczególności zakazy dowodowe mogą być rekonstruowane tylko wtedy, gdy formułowane są wprost i precyzyjnie w ustawie. Czy w świetle tej dyrektywy interpretacyjnej możliwe jest zrekonstruowanie zakazu dowodowego obejmującego swą dyspozycją dowody prywatne uzyskane wbrew konstytucyjnym zasadom prawa do ochrony prawnej życia prywatnego lub prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się?

Odpowiedź na to pytanie jest negatywna: tak na płaszczyźnie ustawy procesowej, jak i zasadniczej. Żaden z tych aktów prawnych nie formułuje zakazu dowodowego o charakterze czysto konstytucyjnym, tj. normy nakazującej wyłączyć z całokształtu materiału dowodowego gromadzonego przez sąd i stanowiącego „bazę” dla dokonywania ustaleń faktycznych dowodów prywatnych o cesze *k* (*k* = uzyskanie dowodu z naruszeniem art. 47 albo 49 Konstytucji). Polskiemu systemowi prawnemu nie jest znana reguła prawna, zgodnie z którą wyłączeniu z postępowania karnego muszą ulec dowody prywatne z tego tylko powodu, że ich uzyskanie odbyło się z pogwałceniem art. 47 lub 49 Konstytucji¹⁶.

¹⁵ Tak SN w cytowanym powyżej judykacie z 10 maja 2002 r. oraz glosatorzy (por. przypis nr 10). Tak też Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym*, Annales UMCS, v. XXVIII, Sectio G – *Ius*, 1976 r., s. 54, który (odnosząc się do dowodów rzeczowych i dokumentów uzyskanych przez oskarżonego przemocą lub groźbą albo potajemnie wykradzionych przez pokrzywdzonego) trafnie pisze, że „nie ma podstaw do odrzucenia takich dowodów ze względu na uzyskanie ich w sposób nielegalny, ponieważ k.p.k. nie wymaga tego ani wyraźnie, ani dorozumianie. Kodeks w ogóle nie reguluje gromadzenia dowodów przez osoby prywatne. Przepisy normujące poszukiwanie dowodów i wydawanie ich odnoszą się wyłącznie do postępowania organów procesowych. Uszczuplenie zatem materiału dowodowego, gdy to nie jest nakazane przez prawo, kolidowałoby z naczelną zasadą procesu karnego, tj. zasadą prawdy materialnej”.

¹⁶ Odmiennie (na gruncie postępowania cywilnego) A. Laskowska (*iw.*, s. 99): „Niedopuszczalne jest wykorzystywanie w postępowaniu cywilnym taśmy magnetofonowej czy wideo, która została nagrana bez zgody lub wiedzy osoby zainteresowanej, jeżeli nagranie dotyczy jej życia prywatnego, zostało wykonane w domu, ogrodzie, hotelu”. Autorka nie uzasadnia jednak swego stanowiska, odwołując się do tekstu F. Zedlera. Z kolei F. Zedler tezę o niedopuszczalności wykorzystania w procesie cywilnym

Konkluzję tę wspiera mocno także i to, że ustawa procesowa z 1997 r. jest późniejszym aktem prawnym w stosunku do Konstytucji. Trudno zatem racjonalnie zakładać, by ustawodawca nie miał pełnej „świadomości normatywnej” uregulowań konstytucyjnych i nie liczył się z ewentualnymi konsekwencjami prawnymi nieuregulowania prywatnego gromadzenia dowodów w k.p.k. i potencjalną kolizją pomiędzy zasadą swobody dowodzenia i prawem do ochrony życia prywatnego i tajemnicy komunikowania się (do tego problemu wypadnie powrócić poniżej). Brak zakazu wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów zgromadzonych przez podmioty prywatne z naruszeniem niektórych norm konstytucyjnych i kompletne uregulowanie kwestii związanych z kontrolą i utrwalaniem rozmów przez organy procesowe nie jest zatem dziełem przypadku, lecz wyrazem w pełni świadomej intencji prawodawcy, iż utrwalanie rozmów z naruszeniem niektórych norm konstytucyjnych przez podmioty prywatne nie musi być uregulowane w Kodeksie postępowania karnego i ani nie powinno, ani też nie może się spotkać z „sankcjami” natury procesowej (tj. objęciem tego typu dowodów zakazem dowodowym).

4. Powyższe uwagi w żadnym razie nie wyczerpują omawianej tu problematyki. Wyłaniają się bowiem co najmniej dwa kontrowersyjne zagadnienia związane z wykorzystywaniem wskazanych powyżej dowodów w postępowaniu karnym, których pominięcie nadawałoby niniejszym rozważaniom charakter czysto formalnej analizy. Po pierwsze (a) jaskrawo rysuje się pytanie o kolizję pomiędzy zasadą prawdy materialnej a art. 47 i 49 Konstytucji w zarysowanym powyżej układzie procesowym (tj. w sytuacji uzyskania dowodów przez podmioty prywatne w sposób sprzeczny z Konstytucją) i o to, której z tych zasad należy się pierwszeństwo¹⁷. Po

dowodu z nagrania na taśmie magnetofonowej opiera na następującym rozumowaniu: „nagranie magnetofonowe, które bezprawnie narusza czyjeś dobro osobiste, jakim jest sfera życia prywatnego, nie może być dowodem, gdyż byłby to dowód uzyskany sprzecznie z prawem” (jw., s. 538). Nie kwestionując stanowiska, że utrwalenie cudzej rozmowy na taśmie magnetofonowej będzie niejednokrotnie naruszało dobro(–a) chronione przez materialne prawo cywilne (czy też prawo konstytucyjne), zupełnie nie wiadomo na jakiej podstawie F. Zedler uznaje, że naruszenie prawa materialnego przekłada się automatycznie na procesową niedopuszczalność dowodów uzyskanych w ten sposób. A. Laskowska dostrzega brak „generalnego zakazu wykorzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem”, jednak „analiza obowiązujących przepisów” (w tym Konstytucji, k.p.c., k.c. oraz ratyfikowanych umów międzynarodowych) prowadzi autorkę do tezy o „niedopuszczalności wykorzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem” (jw.), przy czym autorka nie wskazuje żadnego konkretnego przepisu mogącego wspierać tę tezę.

¹⁷ Kolizję tę dostrzega także A. Laskowska (jw., s. 88). Nie podejmuje jednak próby rozstrzygnięcia rysującego się wyraźnie interesującego konfliktu aksjologicznego, poprzestając na ogólnikowym i niewiele w rezultacie wyjaśniającym twierdzeniu, że „dochodzenie do poznania prawdy w postępowaniu sądowym powinno zatem opierać się na środkach akceptowanych przez prawo krajowe i międzynarodowe” (s. 101). Odwracając jednak ten tok myślenia można się zapytać, czy da się zaakceptować sytuację, w której naruszenie jakiegokolwiek normy prawa krajowego albo międzynarodowego będzie efektywnie blokowało możliwość dotarcia w procesie sądowym do prawdy (*summum ius, summa iniuria*).

drugie (*b*) nie sposób nie dostrzec kolejnej kolizji wyłaniającej się na gruncie ustawy zasadniczej: chodzi mianowicie o implikacje wynikające z wykorzystania dowodów prywatnych uzyskanych z pogwałceniem praw konstytucyjnych dla wyrażonej w art. 45 Konstytucji zasady sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (analogiczny problem na tle Konwencji Europejskiej, por. art. 6 ust. 1 i 8 KE).

Ad a) Skoro ustawodawca – dostrzegając bez wątpienia kolizję pomiędzy prawem do ochrony życia prywatnego czy prawem do ochrony tajemnicy komunikowania się i zasadą prawdy materialnej – rozstrzygnął ją na korzyść zasady prawdy materialnej, to rzeczą niezbędną jest rozważenie, czy był to uzasadniony wybór aksjologiczny (w szczególności w świetle konstytucyjnej hierarchii praw i wolności).

Dalszą analizę trzeba jednak poprzedzić krótką uwagą na temat funkcji, którą pełnią zakazy dowodowe w procesie karnym. Kwestia ta bez wątpienia należy do kontrowersyjnych w nauce procesu karnego¹⁸. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na najbardziej nawet powierzchowne omówienie różnorodnych poglądów doktryny. Sceptycznie jednak trzeba się odnieść do tezy, że zakazy dowodowe stanowią tylko „wyraz humanistycznych założeń naszej procedury karnej”, a ich istota polega na tym, że „z jednej strony ograniczają możliwość poznania prawdy w procesie oraz chronią określone dobra i wartości, a z drugiej strony ograniczają zakres kognicji organów procesowych w dokonywaniu ustaleń faktycznych w sprawie”¹⁹. Teza ta, jak się zdaje, fragmentarycznie tylko opisuje istotę zakazu dowodowego. W większości przypadków da się bowiem zidentyfikować także inną ważną funkcję zakazów dowodowych, zbliżającą je – wbrew twierdzeniu Z. Kwiatkowskiego²⁰ – do reguł legalnej teorii oceny dowodów. Zakazy dowodowe – paradoksalnie – nieraz raczej zwiększają możliwość poznania prawdy w procesie niż tę możliwość ograniczają²¹. Nie wdając się w szczegółowe rozważania można powiedzieć, że u podstaw wprowadzenia przeważającej większości zakazów dowodowych leżą zazwyczaj dwa „bliź-

¹⁸ Por. Z. Kwiatkowski, *iw.*, s. 43 i n.

¹⁹ *iw.*, s. 69.

²⁰ *iw.*, s. 44.

²¹ Przykładem choćby zakaz dowodowy sformułowany w art. 178 pkt 2. Obowiązek zeznawania (art. 177 § 1) koliduje drastycznie z bezwzględnym kanonicznym obowiązkiem zachowania tajemnicy spowiedzi (Kan. 983 § 1 Kodeksu prawa kanonicznego z 1983 r.). Zeznający stawałby przed alternatywą (a) zeznawania nieprawdy (lub zatajania prawdy) dla uniknięcia surowej odpowiedzialności za przestępstwa kanoniczne (kara ekskomuniki wiążącej mocą samego prawa, zastrzeżona Stolicy Apostolskiej, Kan. 1388 § 1) – co pociągałoby za sobą automatycznie odpowiedzialność karną (art. 233 § 1 k.k.), bądź też, chcąc się uwolnić od odpowiedzialności karnej, (*b*) popełniałby ciężkie przestępstwo kanoniczne (rozważać można także ewentualną odpowiedzialność karną duchownego z art. 266 § 1 k.k.). Jak więc widać, zmuszanie duchownych do zeznawania co do treści spowiedzi nie tylko stanowiłoby poważną ingerencję w konstytucyjną wolność religii, ale także w sposób niedopuszczalny podnosiłoby ryzyko dokonania nieodpowiadających prawdzie ustaleń faktycznych, przede wszystkim z uwagi na głębokie sprzeczności pomiędzy obowiązkami prawnymi ciężącymi na duchownym. Dualizm funkcji zakazów dowodowych jest tu szczególnie widoczny.

niacze" (tj. występujące łącznie) motywy ustawodawcze²²: (1) chęć wyeliminowania z postępowania karnego takich dowodów, z którymi wiąże się ponadprzeciętne ryzyko poczynienia fałszywych ustaleń faktycznych²³ i (2) intencja ochrony pewnych wartości lub praw konstytucyjnie chronionych.

Oba te motywy konstruowania zakazów dowodowych w przypadku rejestracji dźwięku dokonywanej przez podmioty prywatne nie aktualizowałyby się nigdy je d n o c e ś n i e. Zważmy bowiem, że o ile dokonanie przez osobę prywatną rejestracji na nośniku elektromagnetycznym rozmowy pomiędzy dwoma podmiotami nieświadomymi tego typu ingerencji w tajemnicę komunikowania będzie się zazwyczaj wiązało z naruszeniem prawa lub wolności konstytucyjnej, o tyle nie istnieje ryzyko dokonania na podstawie tego typu dowodów nieprawidłowych (nieprawdziwych) ustaleń faktycznych²⁴. Skoro tak, to wyłączenie z procesu karnego dowodów np. w postaci rejestracji dźwięku sporządzonej przez podmioty prywatne i uzyskanej z naruszeniem art. 47 albo 49 Konstytucji byłoby sprzeczne z zasadniczymi motywami leżącymi u podstaw wprowadzania przeważającej większości zakazów dowodowych. Nie można bowiem przeceniać znaczenia funkcji zakazu dowodowego związanej z ochroną konstytucyjnych praw i wolności: funkcjonalnym „rdzeniem” reguł wyłączających z postępowania karnego dowody jest zasadniczo zabezpieczenie organów procesowych przed dowodami wysoce niewiarygodnymi, niepoddającymi się pewnej procesowej weryfikacji. Zatem z punktu widzenia zasadniczej funkcji spełnianej przez zakazy dowodowe ewentualne wyłączenie dowodów prywatnych uzyskanych z naruszeniem praw konstytucyjnych należałoby ocenić jako z gruntu nieracjonalne. Pozostaje zatem do rozważenia druga z funkcji zakazów dowodowych, nastawiona na ochronę praw konstytucyjnych.

Zakaz obliczony na realizację tylko tej właśnie funkcji byłby po prostu sankcją wymierzaną na forum procesu karnego podmiotom prywatnym za dokonane przez nie naruszenie norm konstytucyjnych. Sankcja taka miałaby zresztą *par excellence* dysfunkcyjny charakter. Po pierwsze, zupełnie nie wiadomo dlaczego „odpowiedzialność” za naruszenie pewnych norm konstytucyjnych miałaby dotyczyć wyłącznie tych przypadków, w których owoce tych naruszeń miałyby zostać wykorzystane procesowo, innych zaś nie dotykałaby w ogóle. Po drugie, trudno tu mówić o jakiegokolwiek „odpowiedzialności”, rozumianej jako ponoszona przez

²² Zob. m.in. Z. Doda i A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo SN. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 186 i 187.

²³ Dostrzega to także Z. Kwiatkowski, twierdząc, że „zakazy dowodowe działają (...) w dwojaki sposób”, m.in. właśnie „chroniąc (organy procesowe) przed dokonywaniem ustaleń faktycznych niezgodnych z rzeczywistością” (s. 45).

²⁴ Zdaniem B. Hołyta (*Kryminalistyka*, Warszawa 2004, s. 887) współczesne badania autentyczności zapisów magnetofonowych umożliwiają „wykrycie, określenie i udokumentowanie każdego rodzaju fałszerstwa zapisu magnetofonowego niezależnie od sposobu i techniki fałszowania”. Mniej kategorycznie J. Widacki (*Kryminalistyka*, Warszawa 2002, s. 254).

sprawcę negatywna konsekwencja postępowania sprzecznego z prawem²⁵. W istocie to nie „sprawca” miałby w tym układzie „odpowiadać” za swój ujemnie oceniany czyn – negatywne skutki niekonstytucyjnego działania powstawałyby bez reszty w sferze procesu karnego, wyłączenie dowodu nie niesie ze sobą żadnego ładunku represyjności (nieodczownie związanego z jakąkolwiek sankcją) w stosunku do osoby prywatnej, która taki dowód uzyskała. „Sankcja” tego typu nierzadko (np. w sytuacji braku innych dowodów pozwalających ustalić daną okoliczność) niweczyłaby możliwość poczynienia odpowiadających prawdzie ustaleń faktycznych.

Przenieśmy się obecnie na płaszczyznę analizy czysto konstytucyjnej. Czy normatywny wybór ustawodawcy, który akceptuje dopuszczalność bazowania w postępowaniu karnym przy dokonywaniu ustaleń faktycznych na dowodach uzyskanych przez podmioty prywatne z naruszeniem niektórych norm konstytucyjnych jest uzasadniony racjami konstytucyjnymi? Innymi słowy: czy ustawodawca dostrzegł jakieś inne istotne prawo konstytucyjne, hierarchicznie nadrzędne wobec prawa do ochrony prawnej życia prywatnego lub prawa do ochrony tajemnicy komunikowania i uzasadniające ograniczenia w korzystaniu z tych dwóch ostatnich praw.

Próba udzielenia odpowiedzi na tak sformułowane pytanie uzależniona jest od identyfikacji konstytucyjnego źródła zasady prawdy materialnej, jak bowiem wykazano wyżej, to właśnie tej zasadzie pierwszeństwo dał ustawodawca zwykły w układzie kolizji z prawami konstytucyjnymi. Nie jest to zadanie łatwe, bowiem ustawa zasadnicza nie statuuje wprost prawa do prawdziwych ustaleń faktycznych. Jest wszelako rzeczą oczywistą, że tego typu norma (tj. reguła, wedle której wszelkie rozstrzygnięcia sądowe, w szczególności zaś te, które dotyczą odpowiedzialności karnej, muszą być oparte na zgodnych z prawdą ustaleniach faktycznych) da się odtworzyć w oparciu o brzmienie szeregu innych przepisów konstytucyjnych. Nie może bowiem być mowy o s p r a w i e d l i w y m rozpatrzeniu sprawy przez sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji), jeżeli sprawa miałaby być rozstrzygnięta w oparciu o nieodpowiadające prawdzie ustalenia faktyczne poczynione na podstawie materiału

²⁵ Inaczej w przypadku organów procesowych (choć i tu podnosi się, że wyłączenie dowodów tak naprawdę nie jest sankcją dla organów procesowych, por. T. Y. Davies, *Exclusionary rule* (w:) *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, K. L. Hall (red.), Oxford University Press, Nowy Jork–Oksford 1992, s. 265). Dla prokuratora prowadzącego postępowanie przygotowawcze nielegalne utrwalenie rozmów skutkujące procesową bezużytecznością takiego dowodu będzie stanowiło realną dolegliwość (oceniającą z punktu widzenia funkcji realizowanej przez ten podmiot w postępowaniu karnym, por. art. 2 i 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 20 czerwca 1985 r. o Prokuraturze). To właśnie zapobieganie zdobywaniu dowodów przez organy procesowe w sposób spreczny z prawem (tzw. *deterrence rationale*) jest jednym z głównych motywów wypracowanej w judykaturze Sądu Najwyższego USA *exclusionary rule*. Ostatnie lata przyniosły jednak silną krytykę celowości reguły oraz jej daleko idący sądowny „demontaż”. Szerzej por.: T. Y. Davies, *iw.*, s. 265–266; w literaturze polskiej: T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Toruń 1996, s. 165–173.

dowodowego, z którego arbitralnie wyłączono wiarygodne dowody pozwalające na rekonstrukcję stanu faktycznego; pełna realizacja konstytucyjnej zasady (art. 42 ust. 1 zd. 1) uzależniającej odpowiedzialność karną od ustalenia, że sprawca popełnił czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, również nie jest możliwa bez dokonania odpowiadających prawdzie ustaleń faktycznych. Optyka zagadnienia zmienia się zatem radykalnie: okazuje się bowiem, że także zasada prawdy materialnej ma niezwykle silną podstawę prawnokonstytucyjną, a jej respektowanie jest warunkiem *sine qua non* nie tylko prawidłowej i pełnej realizacji tak fundamentalnego prawa konstytucyjnego, jakim jest prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (prawo do sądu, art. 45 ust. 1), ale też do prawidłowego przypisania odpowiedzialności karnej (art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji). Tak więc wybór, przed którym stanął ustawodawca, jawi się nam jako czysto aksjologiczny. Danie w tej sytuacji normatywnego pierwszeństwa naczelnej zasadzie procesu karnego (zasadzie prawdy materialnej) nie może w tej sytuacji budzić żadnych zastrzeżeń. I nie chodzi tu tylko o to, że tak prawo do sprawiedliwego procesu, jak i konstytucyjne określenie przesłanek odpowiedzialności karnej w systematyce rozdziału II ustawy zasadniczej zajmuje miejsce nadrzędne w stosunku do prawa do ochrony prawnej życia prywatnego i prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się (odpowiednio: art. 45 ust. 1 oraz 47 i 49). Zabieg taki nie jest przecież obojętny dla interpretatora – uszeregowanie konkretnego prawa lub wolności w systematyce ustawy zasadniczej nie jest bynajmniej rzeczą przypadkową, lecz, jak to trafnie ujął SN w uchwale z 22 stycznia 2003 r. (I KZP 36/02)²⁶, „wyrazem nadania wyższej rangi niektórym wolnościom i prawom konstytucyjnym”. Ewentualne wprowadzenie zakazu dowodowego obejmującego prywatnie sporządzone utrwalenia dźwięku, spełniającego wyłącznie rolę swoistej sankcji za naruszenie przez podmioty prywatne prawa do ochrony prawnej życia prywatnego lub ochrony tajemnicy komunikowania się byłoby, jak zasygnalizowano powyżej, całkowicie dysfunkcyjne. Nie tylko bowiem zakaz taki pomniejszałby znacząco możliwość dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych w procesie karnym (co samo w sobie godziłoby w zasadę o charakterze konstytucyjnym), lecz w ogóle nie odgrywałby związanej z nim roli gwarancyjnej wobec praw konstytucyjnych ujętych w art. 47 i 49, już to dlatego, że zakaz dowodowy nie stanowi żadnej dolegliwości dla osoby naruszającej prawo konstytucyjne, już dlatego, że ową wysoce wątpliwą „dolegliwością” dałoby się objąć tylko niezwykle wąską (i w gruncie rzeczy zupełnie przypadkową) grupę podmiotów. Rzecz cała rysuje się więc zupełnie wyraźnie: taki zakaz, z punktu widzenia zarówno realizacji, jak i ochrony pewnych praw lub wolności konstytucyjnych, byłby aż podwójnie nieracjonalny i dlatego nie ma żadnej potrzeby postulowania (*de lege ferenda*) zmian ustawy procesowej podążających w kierunku jego wprowadzenia. Dopiero na tym tle klarownie widać,

²⁶ OSNKW 2003, z. 1–2, poz. 2, s. 24.

że jedynym narzędziem prawnym mogącym skutecznie zapewnić ochronę pewnych praw konstytucyjnych, które bez wątplenia ochrony takiej wymagają, tj. instrumentem prowadzącym do zapewnienia poszanowania przez „każdego” (a nie wyłącznie grupę podmiotów prywatnych mających styczność z tokiem postępowania karnego, por. w tym względzie art. 31 ust. 2 ustawy zasadniczej, który stanowi, że „każdy jest zobowiązany szanować wolności i prawa innych”) prawa do życia prywatnego lub tajemnicy komunikowania się, jest prawo karne materialne. Częściowo spełnia ono swoją rolę ochronną poprzez uregulowanie zawarte w art. 267 § 2 i 3 k.k. Na marginesie tylko wskażmy, że karnoprawna ochrona prawa do tajemnicy komunikowania się jest wysoce niedoskonała, nie obejmuje ona np. sytuacji, w której dana osoba jest uprawniona do uzyskania określonej informacji, nie ma jednak zgody drugiego z podmiotów komunikujących się na rejestrowanie rozmowy. Tę oczywistą lukę może naprawić tylko interwencja ustawodawcy.

Ad b) Drugi problem o charakterze „kolizyjnym” wiąże się także z omówionymi powyżej zagadnieniami, tyle że postrzeganymi z zupełnie odmiennej perspektywy. Otóż chodzi o to, czy traci miano „sprawiedliwego” czy „rzetelnego” (art. 45 ust. 1 Konstytucji, art. 6 ust. 1 KE) proces, w którym wykorzystuje się dowody prywatne uzyskane z pogwałceniem innych praw podstawowych określonych w danym akcie o charakterze zasadniczym dla systemu prawnego (w interesującym nas wypadku chodzi o art. 47 i 49 Konstytucji oraz art. 8 ust. 1 KE). Jest to koncepcja normatywnie ortodoksyjna: żąda się w niej absolutnej „czystości” procesu, ocenianej z punktu widzenia naruszenia innych praw z konstytucyjnego lub konwencyjnego katalogu praw fundamentalnych. Teza taka uwydatniła się ze szczególną siłą w orzecznictwie strasburskim. Zdaniem silnej mniejszości w sprawie *Schenk* „żaden sąd bez szkody dla prawidłowego wymiaru sprawiedliwości nie może nie tylko opierać się na dowodach uzyskanych w sposób nieuczciwy, ale, przede wszystkim, na dowodach uzyskanych bezprawnie (*unlawfully*). Jeśli tak uczyni, proces nie może być uznany za rzetelny w rozumieniu Konwencji Europejskiej (*If it does so, the trial cannot be fair within the meaning of the Convention*)” (*Schenk p-ko Szwajcarii*, 1988²⁷, tłum. autora).

To rażące wyjątkowym formalizmem stanowisko trudno zaakceptować. Pomiając już (obszernie omówioną powyżej) kwestię racjonalności wyłączenia tego typu dowodów z postępowania karnego wyłącznie z tego powodu, że zostały one uzyskane z naruszeniem innych praw konwencyjnych (bądź konstytucyjnych), nie sposób uznać, by jakkolwiek proces, do którego takie dowody są wprowadzane, stał się tym samym procesem niesprawiedliwym lub nierzetelnym. Wyko-

²⁷ Zdanie odrębne sędziów Pettitiego, Spielmanna, De Meyera, Carrillo Salcedo: wyrok ETPCz z 12 lipca 1988 r., 13 (1991) *European Human Rights Reports* 242, s. 269. Również: częściowo zbieżne, częściowo odrębne zdanie sędziego Loucaidesa: *Khan p-ko Wlk. Brytanii*, wyrok ETPCz z 12 maja 2000 r.; częściowo odrębne zdanie sędziego Tulkensa: *P.H. i J.H. p-ko Wlk. Brytanii*, wyrok ETPCz z 25 września 2001.

rzystanie w postępowaniu karnym dowodów prywatnych uzyskanych z naruszeniem prawa do prywatności lub tajemnicy komunikowania się nie znosi przecież (a nawet nie redukuje w najmniejszym stopniu) prawa oskarżonego (lub jakiegokolwiek innego podmiotu, jeżeli rzecz całą rozważymy z perspektywy Konstytucji, w której mówi się przecież o prawie każdej osoby do sądu) do sprawiedliwego rozpoznania sprawy karnej. Oskarżony może wszelkimi procesowo dostępnymi środkami kwestionować autentyczność nagrania; może także, bez żadnych ograniczeń, żądać złożenia depozycji tak przez osobę, która sporządziła nagranie, jak i przez osoby, których rozmowy na danym nośniku zostały utrwalone (o ile zostaną one zidentyfikowane). Jednym słowem: dowód taki oskarżony może „atakować” procesowo od wszystkich stron i starać się na wszelkie sposoby wykazać jego niewiarygodność. Argumentację tę silnie zaakcentował ETPCz (*Schenk*²⁸), dochodząc ostatecznie do przekonania, że bazowanie przez sąd przy dokonywaniu ustaleń faktycznych m.in. na nagraniu sporządzonym przez osobę prywatną nie jest sprzeczne z art. 6 ust. 1 KE, bowiem prawo oskarżonego do obrony nie doznaje w takim układzie żadnego uszczerbku. Zastrzegł przy tym Trybunał²⁹ (tak jak to uczynił w niejednej już sprawie dotyczącej kontrowersyjnych zagadnień dopuszczalności pewnych dowodów w świetle przepisów KE), że przywiązuje wagę do faktu, że taśma magnetofonowa z nagraniem rozmowy prowadzonej przez oskarżonego ze świadkiem nie była jedynym dowodem, na którym oparto orzeczenie skazujące. Paradoksalnie bowiem Trybunał – który starannie podkreśla przy każdej możliwej okazji, że KE gwarantuje tylko prawo do sprawiedliwego procesu (art. 6 ust. 1), nie zawiera jednak żadnych reguł określających dopuszczalność dowodów, pozostawiając tę kwestię „głównie” (*primarily*) regulacji prawa krajowego³⁰ – czyni jednym z immanentnych elementów koncepcji *fair trial* regułą przynależącą do legalnej teorii dowodowej. Stanowisko Trybunału jest wysoce dyskusyjne i w samym *case-law* brak jednolitości w tym względzie.

5. Pora na krótkie podsumowanie. W postępowaniu karnym obowiązuje zasada *numerus clausus* zakazów dowodowych. Obecnie obowiązująca ustawa procesowa nie zna zakazu dowodowego, który obejmowałby swą dyspozycją dowody w postaci sporządzonych przez osoby prywatne rejestracji dźwięku na nośnikach elektromagnetycznych i elektronicznych. Zakazu dowodowego obliczonego na wyłączenie z postępowania karnego tego typu dowodów – ze względu na ochronę prawną życia prywatnego lub prawa do tajemnicy komunikowania się – nie da się również zdekodować ani z treści ustawy zasadniczej, ani z tekstu Konwencji Europejskiej. Ustawodawca dokonał świadomego i w pełni uzasadnionego aksjologicz-

²⁸ *Jw.*, s. 266, § 47; także: *Khan...*, *jw.* §§ 34–40 i *PH. i J.H. ...*, *jw.*, §§ 76–81.

²⁹ *Jw.*, § 48. ETPCz odszedł jednak wyraźnie od tej koncepcji w orzeczeniu *Khan*, *jw.*, § 37.

³⁰ *Jw.*, s. 265–266, § 46.

nie wyboru: w sytuacji kolizji na gruncie procesu karnego dóbr prawnych w postaci zasady prawdy materialnej (umożliwiającej m.in. realizację konstytucyjnego prawa do sądu w sprawach karnych) i potrzeby zapewnienia ochrony konstytucyjnego prawa do prywatności i prawa do tajemnicy komunikowania się przed naruszeniami ze strony osób prywatnych, pierwszeństwo dać pierwszej z tych wartości. Proces karny nie jest właściwym forum dla zapewnienia ochrony przed tego rodzaju naruszeniami. Cel ten może i powinien być najskuteczniej zrealizowany poprzez zapewnienie możliwie najpełniejszej karnoprawnej ochrony praw określonych w art. 47 i 49 Konstytucji.

OCHRONA PRODUKTÓW INFORMATYCZNYCH W PRAWIE WŁASNOŚCI PRZEMYSŁOWEJ

I

Pod pojęciem produktu informatycznego dość powszechnie rozumie się na ogół tylko program komputerowy. Przy czym zwykle nadaje się temu ostatniemu pojęciu charakter totalny – to znaczy obejmuje się nim wszelakie wytwory programistyczne, jakie faktycznie występują w obrocie¹. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż pojęcie programu komputerowego jest odróżnialne od pojęć, którymi opatruje się inne produkty informatyczne. W nauce prawa autorskiego wyróżnia się cały szereg produktów informatycznych, takich jak komputerowe bazy danych, multimedia, strony www, postacie wirtualne, sieci informatyczne rozumiane jako miejsca agregacji danych, ikony oraz struktury hiperłączy (linki)². Rozróżnienie to wsparte jest zresztą nomenklaturą, jaką w ustawie prawnoautorskiej z 4 lutego 1994 r. posługuje się ustawodawca. Mianowicie, posługuje się on w tej ustawie pojęciem programu komputerowego³, a także pojęciem elektronicznej bazy danych⁴, z czego należy wysnuć wniosek, iż ustawodawca pojęcia te odróżnia, a zatem traktuje program komputerowy i bazę danych jako odrębne przedmioty prawa autorskiego. Dodatkowo wskazać można na ustanowienie odrębnego reżimu ochronnego dla niewtwórczych baz danych w ogólności – to znaczy zarówno baz elektronicznych, jak i pozostałych, na podstawie ustawy z 27 lipca 2001 roku – o ochronie baz danych, gdzie też wyraźnie odgranicza się program komputerowy od bazy danych, w tym elektronicznej bazy danych. Można z tego wnosić, iż ustawodawca przeprowadza rozróżnienie pomiędzy poszczególnymi rodzajami produktów informatycznych, spośród których dwa wymienia *expressis verbis*.

Produkty informatyczne mogą być objęte ochroną na rozmaitych podstawach prawnych. Jako podstawowy reżim ochronny trzeba wskazać prawo autorskie, nie-

¹ Podczas gdy w praktyce obrotu gospodarczego istnieje istotne rozróżnienie na programy komputerowe (computer programs) oraz oprogramowanie (software).

² Por. A. Stuglik, *Program komputerowy a inne utwory z zakresu informatyki*, MoP nr 19, 2002.

³ Np. w art. 1 ust. 2 pkt 1, 74 ust. 1 i n.

⁴ W art. 23 ust. 1.

mniej jednak ochrona taka może zostać również stworzona w oparciu o inne gałęzie prawa. Prawo autorskie chronić będzie jednakże tylko te produkty informatyczne, którym będzie przysługiwać status utworu – czyli utwory informatyczne⁵. Dla ustalenia, że dzieło informatyczne ma status utworu, konieczne jest stwierdzenie czy jest przejawem działalności twórczej o indywidualnym charakterze oraz jego ustalenie w jakiegokolwiek formie⁶. Jeśli produkt informatyczny nie wykazuje wyżej wskazanych cech, należy odmówić mu statusu utworu⁷. Nie przekreśla to jednak możliwości nadania programowi komputerowemu oraz każdemu innemu produktowi informatycznemu innego statusu prawnego.

W szczególności przedmiotem zainteresowania może być ochrona produktów informatycznych na gruncie prawa własności przemysłowej.

II

W związku z wejściem w roku 1994 w życie ustawy prawnoautorskiej, w literaturze rozgorzała dyskusja dotycząca możliwości traktowania programu komputerowego jako wynalazku⁸. Nie chodziło w niej co prawda o to, czy w odniesieniu do programów komputerowych stosuje się nieobowiązującą obecnie ustawę z 1972 r. o wynalazczości, bo ten fakt wobec jej znowelizowania w roku 1993 nie podlegał raczej wątpliwości⁹, lecz o to, czy i w jakim zakresie program komputerowy może zostać objęty patentowaniem i być traktowany jako projekt racjonalizatorski¹⁰. Upatrywano w prawie wynalazczym nie tyle konkurencyjny, co komplementarny system ochrony programów komputerowych¹¹. Pod rządami ustawy o wynalazczości twierdzono bo-

⁵ Por. A. Stuglik, *Program komputerowy...*, *op. cit.*

⁶ Więcej na ten temat por. m.in.: J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkalski, R. Markiewicz, E. Traple, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 2001.

⁷ Program niebędący utworem będzie mógł być chroniony innymi przez kodeksowe przepisy o dobrach osobistych (art. 23, 24 i 43 k.c.), będzie mógł również stanowić przedmiot obrotu cywilnoprawnego jako dobro niematerialne niebędące utworem.

⁸ Por.: A. Nowicka, *Prawnoautorska i patentowa ochrona programów komputerowych*, Warszawa 1995; A. Nowicka, *Wynalazki związane z programami komputerowymi w europejskim systemie patentowym i polskim prawie wynalazczym*, WOWI nr 13, 1995; A. Szewc, G. Jyż, *Ochrona programów komputerowych, informacji i baz danych*, Bytom 2001; A. Kopff (red.), *Prawne i ekonomiczne zagadnienia wynalazczości*, Warszawa 1980; M. Staszków, *Zarys prawa wynalazczego*, Warszawa 1974.

⁹ Nowelizacja ta została dokonana ustawą z 30 października 1992 r. o zmianie ustawy o wynalazczości i zmianie ustawy o Urzędzie Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej. Mocą tej noweli zmieniono m.in. przepis art. 12 ustawy o wynalazczości, postanawiając w nim, iż patentów nie udziela się m.in. na programy do maszyn cyfrowych. Przed tą nowelizacją ustawa o wynalazczości postanawiała, że jej przepisów w ogóle nie stosuje się w odniesieniu do programów dla maszyn cyfrowych.

¹⁰ Por.: A. Nowicka, *Prawnoautorska i patentowa...*, *op. cit.*

¹¹ Por.: A. Nowicka, *Wynalazki związane z programami komputerowymi...*, *op. cit.* Autorka ta porównuje oba systemy ochrony programów komputerowych – prawnoautorski i wynalazczy, przy czym

wiem, iż programy komputerowe mogą być projektami wynalazczymi, w tym niepatentowalnymi wynalazkami¹². Ustawa z 1972 r. w art. 12 i 82 stanowiła, iż na programy dla maszyn cyfrowych (czyli EMC) nie udziela się patentów i praw ochronnych, jednak – twierdzono – nie stoi to na przeszkodzie powstawaniu wynalazków związanych z programami komputerowymi, przy czym wynalazki te zasadniczo nie będą miały zdolności patentowej, chyba że program komputerowy będzie stanowił jeden z elementów rozwiązania technicznego¹³. Twierdzono ponadto, iż pomimo wyraźnego wyłączenia programów dla maszyn cyfrowych z możliwości opatentowania, istnieją możliwości patentowania programów komputerowych jako elementów większych rozwiązań, które nadają się do patentowania, dodatkowo zaś podnoszono, iż ustawodawca w zasadzie odmówił zdolności patentowej wyłącznie programom dla EMC, nie odmawiając jej wyraźnie dwóm pozostałym rodzajom programów, to jest programom dla komputerów analogowych i hybrydowych¹⁴. Programy komputerowe – pod rządami ustawy o wynalazczości – mogły być także projektami racjonalizatorskimi¹⁵.

Pod rządami ustawy z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej, która weszła w życie z dniem 22 sierpnia 2001 r., nastąpiły znaczące zmiany odnośnie do możliwości ujęcia programu komputerowego jako wynalazku. Otóż, ustawa ta w art. 28 pkt 5 wyraźnie stwierdziła, iż za wynalazki nie uważa się między innymi programów do maszyn cyfrowych¹⁶. W porównaniu z poprzednim stanem prawnym

śluszenie przyjmuje, iż system prawnoautorski jest o tyle skuteczniejszy, że jest odformalizowany, przynajmniej ochronę na dłuższy czas i jest znacznie tańszy. A. Nowicka nie neguje jednak – w obliczu coraz to nowych naruszeń praw do programów komputerowych, z którymi nie może sobie poradzić prawo autorskie – możliwości objęcia ochroną patentową programów komputerowych. Autorka podaje, iż wynika to z „coraz silniejszego” ujawniania się dwuaspektowej natury programów komputerowych, które cechują się splaceniem elementów tekstowych z funkcjonalnymi, co powoduje, że przeważają w nich w zasadzie cechy użytkowe nad estetycznymi.

¹² Por.: A. Nowicka, *Wynalazki*, *ibidem*; A. Szewc, G. Jyż, *Ochrona programów...*, *op. cit.*

¹³ A. Szewc, G. Jyż, *Ochrona programów...*, *op. cit.*

¹⁴ Por.: A. Szewc, G. Jyż, *Elementy prawa informatycznego*, t. I, Katowice 1999; A. Nowicka (w:) *Wynalazki związane z programami komputerowymi...*, *op. cit.*, podaje, iż w praktyce polskiego Urzędu Patentowego opatentowano między innymi następujące wynalazki związane z programami komputerowymi: „Sposób i urządzenie cyfrowe do wyznaczania krzywych” – patent nr 146.286, „Sposób i urządzenie do arytmetycznego obliczania dwuwymiarowych transformacji” – patent nr 163.731. Autorowi niniejszej pracy jest wiadomo o wynalazku związanym z programem komputerowym opatentowanym pod nazwą „Układ i sposób monitorowania zabezpieczeń sieci telekomunikacyjnej” – patent nr 182.035. Z kolei w Stanach Zjednoczonych istnieje patent numer 5.146.346 dla Adobe Inc. związany z oprogramowaniem Adobe Photo Deluxe.

¹⁵ Por.: A. Nowicka, *Prawnoautorska i patentowa...*, *op. cit.*

¹⁶ Cytowana ustawa przyjmuje otwartą formułę wynalazku i nie podaje żadnej legalnej jego definicji (por.: Z. Miklański, *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2001). W poprzedniej ustawie o wynalazczości wynalazek definiowano jako nowe rozwiązanie o charakterze technicznym, niewynikające w sposób oczywisty ze stanu techniki i mogące nadawać się do zastosowania. Definicję powyższą, zawartą w art. 10 ustawy z 1972 o wynalazczości, uznawano powszechnie za legalną definicję wynalazku (por. m.in.: J. Szwaja i A. Szajkowski (red.), *System prawa własności intelektualnej*, t. III, Wrocław 1990).

głoszącym, iż na programy do maszyn cyfrowych nie udziela się patentów i praw ochronnych, sytuacja programów komputerowych w prawie własności przemysłowej na pierwszy rzut oka uległa pogorszeniu¹⁷. Treść art. 28 jest przy tym w zasadzie odpowiednikiem art. 52 ust. 2 Konwencji o udzielaniu patentów europejskich z 5 października 1973 roku, który również nie traktuje jako wynalazku programu komputerowego, co pozwala stwierdzić, iż zmiana statusu programu komputerowego w prawie własności przemysłowej jest zgodna z tendencjami europejskimi¹⁸. Warto jednak wskazać, iż art. 52 ust. 2 Konwencji stwierdza, że jako wynalazków nie traktuje się programów dla komputerów, polska zaś ustawa mówi o programach do maszyn cyfrowych¹⁹, biorąc pod uwagę fakt, iż programy do maszyn cyfrowych po angielsku to „programs for cybernetics machines”. Oznacza to, że oba akty prawne posługują się odmiennymi pojęciami na oznaczenia zakresu wyłączeń tego, co nie może być wynalazkiem.

Przepis art. 28 pkt 5 Prawa własności przemysłowej budzi sporo wątpliwości odnośnie do sposobu jego rozumienia. Ustawa bowiem wymieniając, czego nie uważa się za wynalazki, posługuje się w tym przepisie pojęciem „program do maszyn cyfrowych”, nie dając jednocześnie jego legalnej definicji, które to pojęcie jedynie na pierwszy rzut oka można uznać za odpowiednik pojęcia „program komputerowy”.

Nie jest już jednak pewne na gruncie art. 28 pkt 5, czy jako wynalazek – tak samo jak pod rządami poprzedniej ustawy o wynalazczości – nie może być trakto-

¹⁷ Por. art. 12 i 82 nieobowiązującej ustawy o wynalazczości z 1972 r.

¹⁸ Przy czym w Konwencji tej znalazł się w art. 52 ust. 3 zapis, iż na wymienione w art. 52 ust. 2 programy komputerowe (oraz inne wytwory intelektualne, takie jak np. gry czy metody biznesowe) nie udziela się tylko wtedy patentów, kiedy programy komputerowe zgłaszane są samoistnie – jako takie (as such). Wypada wskazać na toczącą się aktualnie debatę dotyczącą patentowania programów komputerowych, a w dalszej perspektywie również pozostałych utworów informatycznych. W ramach tejże debaty ścierają się dwa poglądy. Jeden opowiada się za *status quo*, drugi – reprezentowany w części przez wielkich wytwórców oprogramowania – stoi na stanowisku, że programy komputerowe, rozumiane jako *as such*, winny uzyskać przynajmniej częściowo zdolność patentową (por. na ten temat: E. Bendyk, J. Halbersztadt, *Patent się dusi*, Polityka nr 35, 2003).

¹⁹ Por. w angielskim tekście Konwencji art. 52: „1) European patents shall be granted for any inventions which are susceptible of industrial application, which are new and which involve an inventive step. 2) The following in particular shall not be regarded as inventions within the meaning of paragraph 1: (a) discoveries, scientific theories and mathematical methods; (b) aesthetic creations; (c) schemes, rules and methods for performing mental acts, playing games or doing business, and programs for computers; (d) presentations of information. 3) The provisions of paragraph 2 shall exclude patentability of the subject-matter or activities referred to in that provision only to the extent to which a European patent application or European patent relates to such subject-matter or activities as such. 4) Methods for treatment of the human or animal body by surgery or therapy and diagnostic methods practised on the human or animal body shall not be regarded as inventions which are susceptible of industrial application within the meaning of paragraph 1. This provision shall not apply to products, in particular substances or compositions, for use in any of these methods”.

wane rozwiązanie nowe, posiadające poziom wynalazczy, nadające się do przemysłowego zastosowania i niebędące częścią stanu techniki, którego jednym z elementów funkcyjnych jest program komputerowy²⁰. Inne pytanie dotyczy tego, co ustawodawca rozumiał pod pojęciem programu do maszyn cyfrowych²¹. Zagadnieniem tym zajmuję się niżej, jednak już teraz można postawić tezę, iż jeśli pojęcie to – pomimo możliwych zastrzeżeń, o czym dalej – utożsamiać z pojęciem programu komputerowego rozumianego tak, jak rozumie to pojęcie nauka prawa autorskiego, to należy zwrócić uwagę, iż możliwe jest – wobec milczenia ustawy – traktowanie jako wynalazków i patentowanie innych, niż program komputerowy, produktów informatycznych, np. multimediiów²². Jeśli uznać, iż pojęcie „program do maszyn cyfrowych” – tak jak twierdzą A. Szewc i G. Jyż – jest pojęciem węższym od pojęcia programu komputerowego, tym bardziej staje się możliwe nie tylko patentowanie innych niż program komputerowy produktów informatycznych, ale też patentowanie programów dla komputerów analogowych i hybrydowych²³.

Możliwe jest wszakże twierdzenie, iż pojęcie „program do maszyn cyfrowych” jest pojęciem odrębnym od pojęcia „program komputerowy” i – przykładowo – mieści w sobie pojęcia nie tylko programu komputerowego w rozumieniu nauki prawa autorskiego, ale również pochlania pojęcia odnoszące się do pozostałych wytworów informatycznych. W takim mniemaniu może upewniać powierzchowna analiza przepisu art. 28 pkt 5, a następnie 102 ust. 2 Prawa własności przemysłowej, gdzie ustawodawca wyraźnie posługuje się pojęciem programu komputerowego, podczas gdy mówiąc o tym, czego nie uważa się za wynalazki (art. 28 pkt 5), posługuje się pojęciem programu do maszyn cyfrowych. Skoro ustawodawca odróżnia w jednym akcie prawnym te pojęcia, nie są one zatem tożsame semantycznie.

Biorąc pod uwagę ogólną regułę kształtowania i redagowania tekstów prawnych, nakazującą, aby bez potrzeby nie nadawać używanym sformułowaniom odrębnych znaczeń w ramach danego tekstu oraz by nie używać na oznaczenie tego samego desygnatu dwóch odmiennych nazw, zasadne wydaje się przyjęcie iż „racjonalny” ustawodawca odróżnił pojęcie programu do maszyn cyfrowych od pojęcia programu komputerowego. Należy jednak ocenić stosunek tych dwóch sformułowań w celu

²⁰ Na temat cech, jakim winien odpowiadać wynalazek por.: Z. Miklański, *Prawo własności przemysłowej...*, op. cit.

²¹ A. Szewc i G. Jyż (w:) *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2003, wskazują, iż pojęcie „program komputerowy” jest szersze niżeli pojęcie programu dla EMC.

²² Por. precedens dotyczący patentowania multimediiów w USA, gdzie w 1993 roku przyznano spółce Compton Multimedia patent na samą ideę multimediiów. Patent ten co prawda później został uchylony, niemniej jednak dalej – uważam – dopuszczalne jest patentowanie poszczególnych produktów informatycznych, innych niżeli program komputerowy (jednak nie ich idei), o ile dzieła te spełniają cechy wynalazku.

²³ Pogląd o możliwości patentowania na gruncie polskiego prawa wynalazczego programów dla komputerów analogowych i hybrydowych nie ma – co podkreślają A. Szewc i G. Jyż (w:) *Prawo własności przemysłowej*, op. cit. – wielu zwolenników poza opisaną parą autorów i autorem niniejszej pracy.

stwierdzenia, czy pojęcia te w jakimś stopniu pochłaniają się wzajemnie. Zważywszy na budowę ustawy, należy moim zdaniem uznać, iż ustawodawca przesądzając, na co nie udziela się patentów, posłużył się celowo pojęciem „program do maszyn cyfrowych”, zaś mówiąc o tym, co nie może być wytworem, którego postać może mieć charakter wzoru przemysłowego, równie celowo posłużył się pojęciem programu komputerowego. Zatem oba omawiane pojęcia istnieją obok siebie w ustawie niezależnie, odnosząc się do zupełnie odmiennych przedmiotów prawa własności przemysłowej, to jest do wynalazków i wzorów przemysłowych.

Pojęcie programu do maszyn cyfrowych jest pojęciem sformułowanym wąsko i obejmuje jedynie programy komputerowe dla komputerów elektronicznych, czyli programy dla EMC. Już ustawa z 1972 r. o wynalazczości posługiwała się pojęciem programu do maszyn cyfrowych, z tym że w jej brzmieniu do 16 kwietnia 1993 r. pojęcie to brzmiało „program dla maszyn cyfrowych”²⁴, co oczywiście nie musi znaczyć tego samego, co „program do maszyn cyfrowych”. W czasie prac nad tą ustawą – w latach 1971–1972, nomenklatura informatyczna pod pojęciem programu dla maszyn cyfrowych rozumiała to, co obecnie można określić jako program komputerowy dla EMC. Maszyna elektronowa (czyli późniejszy komputer) była również określana mianem maszyny cyfrowej. Ustawodawca w nowej ustawie z 2000 r. regulującej kwestie wynalazczości, posłużył się ponownie pojęciem programu do maszyn cyfrowych, co można rozumieć jako chęć uwzględnienia dotychczasowej, istniejącej na gruncie ustawy z 1972 r. o wynalazczości praktyki oraz dotychczasowych rozwiązań ustawowych²⁵. Zatem przyjęć należy, iż ustawodawca pod pojęciem programu do maszyn cyfrowych również aktualnie rozumie jedynie programy komputerowe dla EMC.

Wniosek stąd taki, iż literalna i celowościowa wykładnia przepisu art. 28 pkt 5 pozwala uznać jedynie, iż za wynalazek nie uważa się samoistnego programu komputerowego dla EMC. Oznacza to, iż możliwe staje się patentowanie programów komputerowych stanowiących element wynalazku, programów komputerowych innych, niż programy dla EMC – czyli dla komputerów hybrydowych i analogowych, a także innych aniżeli programy komputerowe dla EMC produktów informatycznych.

Spoglądając na dotychczasową praktykę Urzędu Patentowego RP oraz praktykę Europejskiego Urzędu Patentowego²⁶, wydaje się, iż rozwiązania, których jednym z elementów jest program komputerowy (dla EMC) – mimo wyłączenia z art. 28 pkt 5 – będą posiadały zdolność patentową na tych samych zasadach, na jakich odbywało się to dotychczas²⁷. Również – biorąc pod uwagę wykładnię językową przepisu

²⁴ Por. art. 2 ustawy o wynalazczości uchylony z dniem 16 kwietnia 1993.

²⁵ Por. tekst uzasadnienia do projektu ustawy Prawo własności przemysłowej (www.sejm.gov.pl).

²⁶ Który wydał już około 30 000 patentów na rozwiązania zawierające program komputerowy.

²⁷ Już pod rządami nowej ustawy Prawo własności przemysłowej pojawiły się zgłoszenia patentowe dotyczące rozwiązań technicznych zawierających programy komputerowe. Przykładem takiego zgłoszenia jest: „Sposób i układ monitorowania elementów infrastruktury sieci telekomunikacyjnej” zgłoszony do UP RP w 2002 roku.

art. 28 pkt 5 – wydaje się, iż jako wynalazki mogą być traktowane programy komputerowe dla komputerów analogowych i hybrydowych²⁸. Wniosek taki wynika – a *contrario* – z normy zawartej w art. 28 pkt 5 Prawa własności przemysłowej, gdzie mówi się jedynie o programach dla maszyn cyfrowych. Tak więc, jak się wydaje, na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów nie powinno dojść do negatywnych zmian w kwestii możliwości opatentowania wynalazku związanego z programem komputerowym i kontynuowana będzie dotychczasowa praktyka związana z możliwościami uznawania programów komputerowych jako wynalazków, o ile stanowią część większego rozwiązania. Warto w tym miejscu sięgnąć do zagranicznego dorobku w zakresie prawa wynalazczego i wspomnieć, iż dominuje w nim linia dopuszczająca *in spe* patentowanie wynalazków zawierających jako składową program komputerowy²⁹. W zagranicznym orzecznictwie oraz w praktyce organów patentowych daje się też zauważyć odmienną tendencję w ocenie zdolności patentowej wynalazków. Tam ocena ta opiera się na badaniu rozwiązania o charakterze projektu wynalazczego jako całości, podczas gdy w praktyce polskiego UP dominuje praktyka poszukiwania istoty zgłaszanego projektu wynalazczego i – co za tym idzie – odmawia się zdolności patentowej tym rozwiązaniom, których istotą jest program komputerowy³⁰. Należy mieć nadzieję, iż w związku ze zmianą stanu prawnego zmieni się też praktyka UP RP w kierunku zgodnym z unijnym orzecznictwem patentowym³¹. Poczynając od wejścia w życie, z dniem 1 marca 2004 r., ustawy z 14 marca 2003 r. o dokonywaniu europejskich zgłoszeń patentowych oraz o skutkach patentu europejskiego w Polsce, możliwe stało się zgłaszanie wynalazków związanych lub bezpośrednio dotyczących produktów informatycznych do Europejskiego Urzędu Patentowego, który może udzielić patentu europejskiego, który będzie obowiązywał na terytorium wskazanych państw-członków Konwencji o udzielaniu patentów europejskich z 1973 r.³². Zgłoszenie to co prawda winno być dokonane za pośrednictwem polskiego UP³³, jednak już samej oceny, czy zgłoszone rozwiązanie spełnia cechy wynalazku, dokona EUP, który w kwestii patentowa-

²⁸ Por. A. Szewc, G. Jyż, *Elementy...*, *op. cit.*

²⁹ Por. A. Nowicka, *Wynalazki związane z programami komputerowymi...*, *op. cit.*

³⁰ Por. A. Nowicka, *Wynalazki związane z programami komputerowymi...*, *op. cit.* Autorka opisuje w cytowanym artykule „Wytyczne w sprawie badania zdolności patentowej wynalazków” wydane przez Europejski Urząd Patentowy, które decydują o sposobie oceny wynalazków związanych z programami komputerowymi, traktując jako podstawowe kryterium oceny zdolności patentowej tzw. techniczny charakter rozwiązania oraz wkład do stanu techniki.

³¹ Mówiąc o praktyce unijnej, mam na myśli praktykę Europejskiego Urzędu Patentowego, nie zaś urzędy patentowe poszczególnych krajów.

³² Por. H. Fedorowicz, *Wynalazek pod europejską ochroną. Rozmowa z Alicją Adamczak, prezesem UP, Rzeczpospolita nr 51, 2004.*

³³ W wypadku, gdy zgłaszającym jest obywatel polski mający miejsce zamieszkania w naszym kraju lub osoba prawna z siedzibą w Polsce, por. art. 3 ust. 2 ustawy z 14 marca 2003 r. o dokonywaniu europejskich zgłoszeń patentowych oraz skutkach patentu europejskiego w RP.

nia rozwiązań związanych z produktami informatycznymi wykazuje daleko większy liberalizm.

O ile projekt wynalazczy zostanie opatentowany, to twórcy, lub innemu podmiotowi uprawnionemu na mocy umowy lub ustawy, przysługiwać będą określone w ustawie prawa w stosunku do wynalazku³⁴.

Jeśli chodzi o możliwość traktowania programu komputerowego czy innego wytworu informatycznego jako projektu racjonalizatorskiego, to zgodnie z art. 7 Prawa własności przemysłowej, za projekt racjonalizatorski przedsiębiorca może uznać każde rozwiązanie nadające się do wykorzystania, które nie jest wynalazkiem. Stąd też również i produkt informatyczny może zostać potraktowany jako projekt racjonalizatorski, z czym będą się wiązały prawa przewidziane ustawą, przysługujące zarówno twórcy projektu, jak i przedsiębiorcy przyjmującemu projekt. Do tych praw zaliczę prawa osobiste oraz majątkowe³⁵.

Powtórzę wobec tego jeszcze raz, że rozwiązania techniczne, w skład których wchodzi programy komputerowe lub inne produkty informatyczne, a także – wobec brzmienia ustawy – samodzielne produkty informatyczne inne niż programy komputerowe, takie jak produkty multimedialne (np. gry) czy komputerowe bazy danych, w obecnym stanie prawnym mogą być traktowane jako wynalazki, mogą też być uznawane jako projekty racjonalizatorskie, natomiast – odmiennie, niż w poprzednim stanie prawnym – programy komputerowe dla EMC nie są wynalazkami niepatentowalnymi.

Należy jeszcze zastanowić się, czy programy komputerowe bądź pozostałe produkty informatyczne mogą być traktowane jako inne, aniżeli wynalazek i projekt racjonalizatorski projekty wynalazcze. Art. 3 ust. 1 pkt 6 Prawa własności przemysłowej stanowi, że projektem wynalazczym są wynalazki, wzory użytkowe, wzory przemysłowe, topografie układów scalonych i projekty racjonalizatorskie.

Pod pojęciem wzoru użytkowego ustawa rozumie nowe i użyteczne rozwiązanie o charakterze technicznym, dotyczące kształtu, budowy lub zestawienia przedmiotu o trwałej postaci. W myśl tej definicji, za wzór użytkowy można uznawać rozwiązanie pozwalające na osiągnięcie założonego celu wynalazczego poprzez wskazany kształt, budowę lub zestawienie przedmiotu o trwałej postaci³⁶. Cechą wzoru użytkowego jest zatem jego „użyteczność” oraz „techniczny

³⁴ Por.: Z. Mikłasiński, *Prawo własności przemysłowej...*, op. cit.; J. Preussner-Zamorska, *Prawo do autorstwa wynalazku*, ZNUJ PWOWI z. Nr 2; A. Szewc, G. Jyż, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2003.

³⁵ Por. w szczególności art. 8 ust. 2 Prawa własności przemysłowej. Więcej na ten temat por.: Z. Mikłasiński, *Prawo własności przemysłowej...*, op. cit.; A. Szewc, G. Jyż, *Prawo własności przemysłowej*, op. cit. oraz A. Szewc, *Wynagrodzenia twórców i wykonawców w prawie autorskim i wynalazczym*, Sopot 1999 (ten ostatni autor pisze w odniesieniu do poprzedniego stanu prawnego).

³⁶ Por.: Z. Mikłasiński, *Prawo własności przemysłowej...*, op. cit.

charakter rozwiązania” będącego wzorem użytkowym³⁷. Jak wynika z powyższego, efekt zastosowania wzoru użytkowego ma mieć charakter materialny (przedmiot o trwałej postaci), czego w najmniejszym stopniu nie wykazuje utwór informatyczny będący dobrem niematerialnym, które co najwyżej zapisane jest na nośniku materialnym. Wobec tego, produkt informatyczny nie może być traktowany jako wzór użytkowy i nie zostanie objęty prawem ochronnym z tego tytułu. Jednak możemy wyobrazić sobie sytuację, kiedy to prawo ochronne dla wzoru użytkowego będzie mogło zostać wykorzystane dla ochrony utworu informatycznego, czego przykładem mogłoby być zastosowanie szczególnego rodzaju nośnika do rozprowadzania takiego oprogramowania, np. nośnika typu *pen-drive*, lub klucza programowego typu *run-time*, który byłby objęty ochroną jako wzór użytkowy. Jednak będzie to na tyle rzadkie i mało skuteczne, iż w praktyce korzystniejsze okaże się zastosowanie któregośkolwiek innego reżimu mogącego chronić prawa do produktu informatycznego.

Wzorem przemysłowym jest nowa i posiadająca indywidualny charakter postać wytworu lub jego części, nadana mu w szczególności przez cechy linii, konturów, kształtów, kolorystykę, strukturę lub materiał wytworu oraz przez jego ornamentację³⁸. Z zacytowanej definicji ustawowej wzoru przemysłowego wynika, iż jest nim projekt formy plastycznej jakiegokolwiek wytworu przemysłowego bądź rękodzielniczego, o ile może stać się przedmiotem obrotu³⁹. Wydaje się przy tym, iż pomimo zmiany definicji ustawowej wzoru przemysłowego, dokonanej ustawą z 6 czerwca 2002 r. – o zmianie ustawy – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. Nr 108, poz. 945), nadal nie jest nim taka postać wytworu, która została podyktowana wyłącznie względami technicznymi lub funkcjonalnymi. Taka postać wytworu mogłaby co najwyżej stać się wzorem użytkowym po spełnieniu przesłanek określonych w art. 94 Prawa własności przemysłowej⁴⁰. Takie stanowisko uzasadnia znowelizowany art. 107 Prawa własności przemysłowej, który stanowi, iż prawo z rejestracji wzoru przemysłowego nie obejmuje cech wytworu, które wynikają wyłącznie z jego funkcji technicznej, a ponadto tych, które muszą być odtworzone w dokładnej formie i wymiarach w celu umożliwienia mechanicznego połączenia go lub współdziałania z innym wytworem.

³⁷ Por.: M. Staszaków, *Zarys prawa wynalazczego*, Warszawa 1974.

³⁸ F. Zoll (w): *Prawo cywilne*, t. II. *Prawa rzeczowe i rzeczowym podobne*, Poznań 1931, tak pisał o wzorach przemysłowych: „Wzór estetyczny czyli zdobniczy różni się tem od wzoru użytkowego, że nowość występuje wprawdzie także w postaci wytworu, ale postać ta ma na celu (...) działanie na zmysł piękna (...)”.

³⁹ Por.: Z. Mikłasiński, *Prawo własności przemysłowej...*, *op. cit.*

⁴⁰ Por.: Z. Mikłasiński, *ibidem*. Por. również: I. B. Mika, J. Szwaja, E. Wojcieszko-Głuszko, *Kumulacja i kolizja praw własności przemysłowej w prawie polskim (na przykładzie wzorów przemysłowych i znaków towarowych)*, KPP nr 2, 2001. Podkreślenia wymaga fakt, iż cytowani autorzy omawiają zagadnienie na gruncie stanu prawnego sprzed nowelizacji definicji ustawowej wzoru przemysłowego.

Wzór przemysłowy dotyczy rozmaitych wytworów i ma charakter formy zewnętrznej produktu przemysłowego o charakterze materialnym lub niematerialnym, np. jego obudowy czy opakowania, ale również wzorem przemysłowym mogą być znaki (symbole) graficzne czy kroje czcionek, albo też całkiem inne cechy, byleby miały charakter dostępny poznaniu zmysłowemu. Zatem wzór przemysłowy odnosi się do takich cech wytworu, które oddziałują na percepcję za pomocą bodźców wzrokowych, dotykowych lub innych. Wyraźnie wskazano w art. 102 ust. 2 ustawy, że program komputerowy nie może być wytworem, którego nowa i zindywidualizowana postać stanowi wzór przemysłowy. Z powodu wyraźnego stanowiska ustawy, w odniesieniu do programów komputerowych, przepisy dotyczące wzoru przemysłowego nie znajdują zastosowania. Dotyczyć będzie wszelkich programów komputerów, zarówno dla EMC, jak i dla komputerów analogowych i hybrydowych. Z kolei jeśli chodzi o pozostałe kategorie produktów informatycznych to stosowanie przepisów o wzorach przemysłowych staje się możliwe. Po pierwsze, przepis art. 102 ust. 2 *in fine* wyłącza jedynie programy komputerowe, wskazując iż nie mogą one być wytworami, których nowa i posiadająca indywidualny charakter postać może stanowić wzór przemysłowy. Po drugie, ustawa Prawo własności przemysłowej nie zawiera własnej definicji programu komputerowego, przeto należy przyjąć, iż posługuje się tym pojęciem w brzmieniu ustalonym w nauce prawa, szczególnie prawa autorskiego, tam zaś program komputerowy jest odróżniany od innych wytworów z zakresu informatyki. Po trzecie, brak racjonalnych przesłanek, które – wobec otwartej definicji wzoru przemysłowego – kazałyby odmówić uznania za wzór przemysłowy przykładowo graficznej i audialnej strony gry komputerowej czy encyklopedii multimedialnej, skoro spełniają one cechy wzoru przemysłowego wymagane ustawą Prawo własności przemysłowej. Dzieła informatyczne cechują się indywidualną „postacią zewnętrzną”, która jest na ogół interfejsem typu „look and feel”, postać ta nie ma charakteru materialnego, a jest jedynie projekcją ekranową, co jednak nie przesłania możliwości oddziaływania przez nią na percepcję za pomocą indywidualnego oryginalnego charakteru. Przepisy dotyczące wzorów przemysłowych nie wymagają, by ta indywidualna postać wytworu miała charakter materialny. Tak więc uznać należy, iż produkty informatyczne, inne aniżeli program komputerowy, mogą mieć status wzorów przemysłowych. Dodatkowo wskazać można, iż jeśli taki status uzyskają i jednocześnie spełniają cechy utworu, to możliwa będzie ich kumulatywna ochrona przez przepisy prawa autorskiego i własności przemysłowej.

Z powyżej przedstawionych przy omawianiu wzorów użytkowych względów, również topografie układów scalonych, stanowiące topologie układów półprzewodnikowych, nie będą mogły znaleźć zastosowania jako forma ochrony programów komputerowych czy też pozostałych produktów informatycznych. Chociaż, co prawda, w praktyce mówi się o oprogramowaniu typu *firmware*, powiązanim z układem scalonym, niemniej oprogramowanie to i układ są odrębnymi przedmio-

tami, których pokrewieństwo zaznacza się co najwyżej w możliwości traktowania ich jako przedmioty zainteresowania prawa informatycznego⁴¹. Stąd też nawet program inkorporowany w układ scalony będzie stanowił odrębny przedmiot prawa i jeśli będzie miał cechy określone w art. 1 ust. 1 ustawy prawnoautorskiej, będzie objęty ochroną prawa autorskiego.

III

W moim przekonaniu przepisy prawa własności przemysłowej ustanawiają szerokie możliwości objęcia ochroną bez mała wszystkich występujących kategorii produktów informatycznych. Dopuszczalna jest zatem ochrona innych, niż samodzielny program komputerowy dla EMC, produktów informatycznych oraz programów komputerowych dla komputerów analogowych i hybrydowych, a także wynalazków, których elementem jest program komputerowy, w ramach praw patentowych i praw z rejestracji wzorów przemysłowych. Poszkodowany pozostaje jedynie program komputerowy, który nie może być wynalazkiem oraz wzorem przemysłowym, przy czym ustawodawca odmiennie traktuje możliwość uznania programu komputerowego za wynalazek, a inaczej za wzór przemysłowy.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zaprezentowana powyżej wykładnia w zakresie wniosków odnośnie do możliwości patentowania innych niż program komputerowy produktów informatycznych oraz uzyskiwania praw ochronnych z rejestracji produktu informatycznego jako wzoru przemysłowego stoi w sprzeczności z dotychczasową praktyką Urzędu Patentowego RP. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, iż ochronę patentową na terenie RP można obecnie uzyskać „okrężną” drogą poprzez dokonanie zgłoszenia patentowego do Europejskiego Urzędu Patentowego. Przez uzyskanie patentu europejskiego, w którym Polska została wyznaczona jako kraj ochrony, nabywa się co do zasady takie same prawa, jakie przyznaje patent udzielony przez UP RP⁴². Praktyka Europejskiego Urzędu Patentowego w zakresie patentowania programów komputerowych jest częściowo odmienna od polskiej (bardziej liberalna) oraz zdecydowanie bogatsza i daje możliwość uzyskania patentu na produkt informatyczny, który w naszym kraju nie zostałby opatentowany. Europejski Urząd patentowy w roku 2002 uzyskał około 160 000 zgłoszeń patentowych⁴³. Z tego projekty wynalazcze związane z oprogramowaniem dotyczyły 6856 zgłoszeń, to jest 6,5% wszystkich zgłoszeń⁴⁴.

⁴¹ Por. A. Szewc, G. Jyż, *Elementy prawa informatycznego*, t. I, Katowice 1999.

⁴² Por. art. 6 ustawy z 14 marca 2003 r. o dokonywaniu europejskich zgłoszeń patentowych.

⁴³ Por. publikacja „Facts and Figures 2002” wydana nakładem EUP.

⁴⁴ *Ibidem*.

WNOSZENIE PODAŃ POCZTĄ ELEKTRONICZNĄ NA PODSTAWIE PRZEPISÓW KODEKSU POSTĘPOWANIA ADMINISTRACYJNEGO

Wejście w życie ustawy o podpisie elektronicznym¹ wprowadziło do polskiego systemu prawnego nowy instrument – bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany ważnym kwalifikowanym certyfikatem. Szczególne znaczenie tej instytucji polega na tym, iż ustawodawca przyznał jej doniosłe miejsce w obrocie prawnym, a mianowicie korzystanie z niej w środowisku elektronicznym (a więc zarówno w Internecie, jak i na nośnikach danych, takich jak dyskietki, płyty CD-R, DVD) ma ten sam skutek prawny co posługiwanie się dokumentem spisany na kartce papieru z podpisem własnoręcznym². Podstawą takiej równoważności są zasady wyrażone w dwóch artykułach wspomnianej ustawy.

Pierwszy z nich to art. 5 ust. 2 stanowiący, iż *„dane w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu są równoważne pod względem skutków prawnych dokumentom opatrzonym podpisami własnoręcznymi, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej”*. Jest to tzw. zasada równoważności podpisu elektronicznego z własnoręcznym. Zaznaczyć od razu trzeba, iż w chwili obecnej nie ma żadnych przepisów odrębnych „stanowiących inaczej”, stąd też stosowanie normy art. 5 ust. 2 nie jest w chwili obecnej ograniczone.

Drugim przepisem był art. 54 ustawy o podpisie elektronicznym, zmieniający art. 78 k.c., ponownie jednak znowelizowany³. Obecny art. 78 § 2 otrzymał więc następujące brzmienie: *„Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej”*.

¹ Ustawa z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. Nr 130, poz. 1450 ze zm.).

² Na temat założeń ustawy zob. I. Sitnicki, *Krótki komentarz do kierunków założeń ustawy o podpisie elektronicznym*, „Palestra” 2002, Nr 1–2, s. 40 i n.

³ Art. 1 pkt 23 ustawy z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 49, poz. 408).

Zatem jak wynika z powyższych przepisów, składanie pism drogą elektroniczną przy wykorzystaniu podpisu elektronicznego równoważnego w skutkach prawnych z własnoręcznym jest w każdym przypadku dozwolone i równie skuteczne, jak w przypadku pism „na papierze”.

Ważne jest przy tym, aby odróżniać rodzaje podpisów wymienione w tej ustawie. Podpis elektroniczny jest równoważny własnoręcznemu, jeżeli jest:

a) bezpiecznym podpisem elektronicznym, a więc generowanym za pomocą urządzeń i oprogramowania spełniającego wymagania określone w ustawie i wydanych na jej podstawie rozporządzeniach;

b) weryfikowany certyfikatem:

- kwalifikowanym, a więc takim, który został wystawiony przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne,
- ważnym w chwili składania podpisu.

Tak więc posłużenie się zwykłym podpisem elektronicznym czy też bezpiecznym podpisem elektronicznym, ale bez ważnego kwalifikowanego certyfikatu, nie wyrze skutku prawnego podpisu własnoręcznego.

W literaturze pojawiły się poglądy dotyczące stosowania tej nowej instytucji przy wnoszeniu podań drogą elektroniczną⁴ w postępowaniu administracyjnym, które niestety nie są jednolite. Stąd też zachodzi potrzeba rozważenia, czy do skutecznego wnoszenia podań w ten sposób podpis elektroniczny jest niezbędny, a jeżeli tak, to który z podpisów elektronicznych ma być stosowany.

Jeszcze przed uchwaleniem ustawy o podpisie elektronicznym obowiązywał art. 63 k.p.a.⁵ mający na celu odformalizowanie postępowania na korzyść stron. Art. 63 § 1 k.p.a. stanowi, iż podania (żądania, wyjaśnienia, odwołania, zażalenia) mogą być wnoszone m.in. za pomocą poczty elektronicznej⁶. Jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, tak złożone podanie powinno zawierać co najmniej:

- wskazanie osoby, od której pochodzi,
- jej adres,
- oraz żądanie.

Wskazanie osoby oraz jej adresu jest konieczne, gdyż oba te elementy zostały uznane przez prawodawcę za niezbędne dla indywidualizacji strony postępowania, czyli jej oznaczenia i możliwości nawiązania z nią kontaktu oraz zawiadomienia o załatwieniu sprawy.

Rozpatrując kwestię adresu strony wnoszącej podanie przez Internet, zastanawiające jest, czy podanie adresu poczty elektronicznej jest wystarczającą przesłan-

⁴ Zarówno w tym miejscu, jak i w dalszej części artykułu używając sformułowania „drogą elektroniczną” mam na myśli „pocztę elektroniczną”.

⁵ Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.).

⁶ Wyrazy „telefaks” i „poczta elektroniczna” wprowadzono do art. 63 § 1 k.p.a. ustawą z dnia 29 grudnia 1998 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrożeniem reformy ustrojowej państwa (Dz.U. Nr 162, poz. 1126), która weszła w życie 1 stycznia 1999 r.

ką uznania podania za złożone skutecznie – oczywiście przy założeniu, iż pozostałe wymagania (wskazanie osoby i żądania) zostały dochowane. W chwili obecnej wydaje mi się, że taka interpretacja jest za daleko idąca. O ile art. 63 k.p.a. dotyczy wnoszenia podań, o tyle zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 14 k.p.a., sprawy należy załatwiać w formie pisemnej. Wszak, jak powyżej wspomniano, określony podpis elektroniczny nadaje utwalonym danym w postaci elektronicznej skutek formy pisemnej, a więc odpowiedź w postaci elektronicznej jest teoretycznie możliwa, jednak żaden przepis nie zobowiązuje organów administracji do korzystania z takiego podpisu, dlatego też w praktyce – przy uwzględnieniu poziomu informatyzacji organów administracji – sprawy są załatwiane „na papierze”. Co więcej, stronę należy poinformować o załatwieniu sprawy, a więc doręczyć jej odpowiedź organu. W zakresie doręczeń przepisy k.p.a. nakazują doręczać pisma w określonym miejscu (art. 42, 45 k.p.a.)⁷. Doręczenie na serwer przyjmujący pocztę elektroniczną, czy też komputer, który ją odbiera, nie spełnia wymogów dotyczących doręczeń z k.p.a. Taka możliwość została natomiast przewidziana w art. 65 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁸. Stanowi on wyraźnie, iż pismo może być także doręczone za pośrednictwem poczty elektronicznej, a dowodem doręczenia jest potwierdzenie transmisji danych.

Stosownie do art. 63 § 4 k.p.a. organ administracji publicznej obowiązany jest potwierdzić wniesienie podania, jeżeli wnoszący je tego zażąda. Żądanie potwierdzenia nie musi być zawarte w treści podania. Można go także zażądać w sposób całkowicie zautomatyzowany, przez dokonanie odpowiedniej konfiguracji programu pocztowego. Takie rozwiązania są dostępne także dla użytkowników serwisów oferujących usługi poczty elektronicznej przez strony www. Również udzielenie potwierdzenia może się odbyć w ten sam sposób. W celu zwiększenia ochrony praw i interesów stron można jedynie wysunąć postulat *de lege ferenda*, by kwestia potwierdzania złożenia dokumentów w wersji elektronicznej była obowiązkowa, chyba że wnoszący żąda inaczej. Ustawodawca już zresztą dostrzegł znaczenie dowodowe potwierdzania otrzymania wiadomości elektronicznej, wprowadzając omawiany już art. 65 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Na temat znaczenia potwierdzania wniesienia pisma wypowiedział się też Naczelny Sąd Administracyjny stając na stanowisku, iż „organy administracyjne powinny czuwać nad tym, aby strony nie poniosły szkody z powodu nieznamości prawa. Trudno wymagać od obywatela, aby znał na tyle przepisy regulujące postępowanie dowodowe, aby zdawał sobie sprawę ze znaczenia dowodu potwierdzają-

⁷ Autor wszak spotkał się z sytuacją załatwienia jego sprawy drogą elektroniczną (po wniesieniu podania pocztą elektroniczną), jednak ów przypadek nie może prowadzić do interpretacji rozszerzającej.

⁸ Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153 poz.1270); ustawa wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2004 r.

cego złożenie dokumentu. Dlatego też organy administracji powinny wydawać potwierdzenia bez osobnego żądania strony⁹.

Zauważyć należy, iż dla podań wnoszonych pocztą elektroniczną nie został przewidziany obowiązek zamieszczenia podpisu – jak to *expressis verbis* zastrzeżono przy wnoszeniu podań pisemnie, czy też ustnie do protokołu, gdzie wymagany jest ponadto podpis sporządzającego protokół. Zatem twierdzenie¹⁰, jakoby przy przesyłaniu podań pocztą elektroniczną podpis elektroniczny był niezbędnym elementem podania, jest wynikiem niewłaściwej wykładni przepisów. Podobnie przy korzystaniu z telefaksu brak podpisu nie stanowi przeszkody do uznania podania za złożone skutecznie. Nadmienić przy tym wypada, że korzystanie z bezpiecznego podpisu elektronicznego, z lub bez certyfikatu, jest kosztowne¹¹, co stanowi na dzień dzisiejszy skuteczną barierę przed powszechnym korzystaniem z urządzeń służących do generowania takiego podpisu. Mając to na uwadze, założenie, że przy wysyłaniu podań e-mailem obligatoryjne jest korzystanie z tej instytucji, byłoby wbrew *ratio legis* art. 63 § 1 k.p.a., gdyż taki obowiązek raczej utrudniałby niż ułatwiał wnoszenie podań drogą elektroniczną.

Ponadto, jak nadmieniono, artykuł dotyczący wnoszenia podań pocztą elektroniczną wszedł w życie, gdy nie było ustawy o podpisie elektronicznym. K.p.a. nie odsyłał przy tym do żadnych przepisów precyzujących, w jaki sposób uwierzytelnić wnoszącego podanie drogą elektroniczną, ani nie zawierał zastrzeżeń dotyczących elektronicznej instytucji prawnej równoważnej podpisowi własnoręcznemu. Zatem wychodząc z założenia racjonalnego działania ustawodawcy, należy przyjąć, że twierdzenie o obowiązku załączania do podania przesyłanego pocztą elektroniczną bezpiecznego podpisu elektronicznego nie znajduje podstaw w wykładni przepisów k.p.a.

Problemy w elektronicznym składaniu podań bez użycia bezpiecznego podpisu elektronicznego z ważnym kwalifikowanym certyfikatem pojawiają się natomiast, gdy weźmie się pod uwagę, iż podanie zostało złożone przez pełnomocnika. Tej kwestii dotyczy art. 33 k.p.a. Pełnomocnictwo stosownie do art. 33 § 2 k.p.a. powinno być udzielone na piśmie lub zgłoszone do protokołu. Nadto pełnomocnik

⁹ Wyrok NSA w Lublinie z 12 maja 1997 r., SA/Lu 411/95, opublikowany w Lex Omega – LEX nr 29810.

¹⁰ Zob. m.in. M. Marucha, *Nowa ustawa o podpisie elektronicznym*, MoP 2002, nr 2, s. 72. Zdaniem autorki, niezbędny przy wnoszeniu podań pocztą elektroniczną, na podstawie art. 63 k.p.a., jest bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany ważnym kwalifikowanym certyfikatem; a także: G. Łaszczycza (w.): G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, s. 488, Warszawa 2003, oraz cytowana tam literatura. W tym przypadku autor uznał, iż konieczne jest korzystanie z bezpiecznego podpisu elektronicznego.

¹¹ Przykładowy cennik usług podany jest na stronach internetowych kwalifikowanych podmiotów certyfikacyjnych, np. www.unizeto.pl, www.signet.pl. W zasadzie minimalna kwota niezbędna na zakup urządzenia, karty z mikroprocesorem i oprogramowania to kilkaset złotych.

dołącza do akt oryginał lub urzędowo poświadczony odpis pełnomocnictwa (art. 33 § 3 k.p.a.). Jak wynika z powyższego przepisu, nie przewidziano możliwości korzystania przez pełnomocnika z poczty elektronicznej przy wnoszeniu podań. Jednak korzystając z równoważności podpisów własnoręcznego i określonego elektronicznego, takiej możliwości nie można wykluczyć. Samo posłużenie się przez pełnomocnika pocztą elektroniczną bez podpisu elektronicznego lub nawet z podpisem elektronicznym, ale bez ważnego kwalifikowanego certyfikatu, nie będzie skutecznie wniesionym podaniem i może skutkować wezwaniem do usunięcia braków pełnomocnictwa. Konieczny jest przy uwierzytelnionym pełnomocnictwie¹² bezpieczny podpis elektroniczny z ważnym kwalifikowanym certyfikatem. Załączane dokumenty nie musiałyby być tak sygnowane.

Istotne znaczenie dla implementacji nowych sposobów elektronicznego potwierdzania autentyczności w administracji ma art. 58 § 2 ustawy o podpisie elektronicznym, nakazujący organom władzy publicznej umożliwienie odbiorcom usług certyfikacyjnych wnoszenie podań i wniosków oraz innych czynności w postaci elektronicznej, w przypadkach, gdy przepisy prawa wymagają składania ich w określonej formie lub według określonego wzoru. Zdaniem B. Adamiak „*dopuszczalna zatem będzie forma złożenia podania w postaci elektronicznej*”, z tym że autorka zastrzega, iż złożenie podania będzie skuteczne, jeżeli zostanie ono opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym z ważnym kwalifikowanym certyfikatem¹³. Powyższe twierdzenie nie jest precyzyjne. Otóż po pierwsze, artykuł ten dotyczy takich sytuacji, w których przepisy nakładają obowiązek korzystania przy wnoszeniu podań, wniosków, czy też dokonywaniu innych czynności, z określonej formy czy też określonego wzoru. Warunki techniczne i warunki bezpieczeństwa udostępniania formularzy i wzorów zostaną określone w drodze rozporządzenia ministra właściwego ds. gospodarki (art. 58 § 3 ustawy o podpisie elektronicznym). Natomiast gdy przepisy takiego obowiązku nie nakładają, normy tego przepisu nie stosuje się. Po drugie, jak wspomniano powyżej, możliwość składania podań drogą elektroniczną w zakresie postępowania administracyjnego jest możliwa już obecnie na podstawie k.p.a., i to bez podpisu elektronicznego. Wreszcie, po trzecie, zwrócić należy także uwagę na art. 58 § 1 ustawy o podpisie elektronicznym, który zawiera normy związane z dostosowywaniem działalności organów władzy publicznej do przepisów tejże ustawy. I tak zobowiązuje on organy władzy publicznej do dostosowania swojej działalności do wymogów tej ustawy w zakresie:

- świadczenia usług certyfikacyjnych oraz

¹² Samo pełnomocnictwo nie musi być udzielone w postaci elektronicznej. Wystarczy, iż pełnomocnik załączy zeskanowany dokument pełnomocnictwa i opatry go własnym bezpiecznym podpisem elektronicznym z ważnym kwalifikowanym certyfikatem.

¹³ B. Adamiak (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 349.

– wykorzystania systemów teleinformatycznych związanych ze świadczeniem usług certyfikacyjnych.

Dla potrzeb niniejszych rozważań szczególne znaczenie ma drugi przypadek. Przewiduje on bowiem, iż korzystanie przez odbiorców usług certyfikacyjnych z podpisu elektronicznego jest możliwe w kontaktach z organami administracji korzystającymi z systemów teleinformatycznych już od początku 2003 roku. Zatem w przypadku, gdy organ administracji, do którego wniesiono pismo z bezpiecznym podpisem elektronicznym z ważnym kwalifikowanym certyfikatem wystawionym zgodnie z tą ustawą przez jeden z polskich kwalifikowanych podmiotów certyfikacyjnych, nie może zasłaniać się niemożnością weryfikacji tego certyfikatu ze względu na braki w stosowanych rozwiązaniach informatycznych, gdyż to na nim ciążył obowiązek dostosowania działalności do wymogów ustawy o podpisie elektronicznym.

Reasumując, zarówno przed uchwaleniem, jak i po wejściu w życie ustawy o podpisie elektronicznym korzystanie z tej instytucji nie było i nadal nie jest nakazane w przypadkach składania podań pocztą elektroniczną na podstawie kodeksu postępowania administracyjnego. Jednakże wprowadzona zasada równoważności, spełniającego dodatkowe wymagania podpisu elektronicznego z własnoręcznym, daje okazję szerszego korzystania z elektronicznych sposobów komunikacji z organami administracji. Z jednej strony dotyczy to przesyłania dokumentów w sposób elektroniczny, jak przykładowo w przypadku składania podań przez pełnomocnika, co dotychczas nie było możliwe, a z drugiej, na co warto zwrócić uwagę, możliwości składania wszelkich dokumentów na nośnikach danych, takich jak płyty CD czy dyskietki.

NOWE ZASADY ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ KOMORNIKA

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 20 stycznia 2004 r.¹ utracił moc obowiązującą przepis art. 769 k.p.c. regulujący odpowiedzialność komornika za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu przez niego czynności w postępowaniu egzekucyjnym. Powodem takiego rozstrzygnięcia była niezgodność dotychczasowych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej komornika z art. 77 ust. 1 Konstytucji, który przyznaje każdemu obywatelowi prawo do wynagrodzenia szkody wyrządzonej mu przez niezgodne z prawem działanie władzy publicznej. Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż „komornikowi zbyt łatwo przychodzi uniknięcie odpowiedzialności za nawet bardzo poważne zaniedbania, przy czym skutki te są przerzucane nie na poszkodowanego lecz na Skarb Państwa”², a tym samym stanął na stanowisku, że uchylene art. 769 k.p.c. rozwiąże istniejącą niekonstytucyjność, zapewni pełną ochronę praw poszkodowanego i zdejmie ze Skarbu Państwa ciężar odpowiedzialności za „bezprawny i niezgodny ze standardami konstytucyjnymi”³ sposób prowadzenia egzekucji komorniczych.

Równocześnie Trybunał zapewnił, iż ze względu na ogólny reżim odpowiedzialności odszkodowawczej uchylene omawianego przepisu w żadnym razie nie spowoduje pojawienia się luki prawnej i nie zaburzy dotychczasowego porządku prawnego.

Czy stanowisko takie rzeczywiście sprawdzi się w praktyce wymiaru sprawiedliwości?

W literaturze pojawiły się już próby analizy nowego stanu prawnego ukształtowanego przez orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego w aspekcie zasad odpowiedzialności komornika za szkody wyrządzone przy wykonywaniu przez niego czynności egzekucyjnych⁴. Zaprezentowany w nich pogląd bazuje na założeniu, iż art. 769 k.p.c. stanowił *lex specialis* w stosunku do art. 23 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o

¹ Sygn. SK 26/03, sentencja ogłoszona 27 stycznia 2004 r. w Dz.U. Nr 11, poz. 101.

² Z uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie SK 26/04, s. 17.

³ Z uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie SK 26/04, s. 17.

⁴ G. Rzaśa, *Odpowiedzialność odszkodowawcza komornika – suplement (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 stycznia 2004 r.)*, Radca Prawny 2/2004, s. 85 i n.

komornikach sądowych i egzekucji⁵, a zatem z chwilą uchylecia art. 769 k.p.c. przez Trybunał Konstytucyjny odpowiedzialność odszkodowawcza komornika we wszystkich aspektach jego działalności opiera się na art. 23 cytowanej ustawy. Równocześnie, na zasadzie art. 441§1 k.c. należy przyjąć solidarną odpowiedzialność komornika i Skarbu Państwa, pomimo że pierwszy z wymienionych podmiotów odpowiada za własny czyn na podstawie ustawy o komornikach sądowych i egzekucji, drugi zaś odpowiada za czyn cudzy, przy czym podstawą prawną jego odpowiedzialności jest art. 417 k.c.

Takie rozumowanie pozwala niewątpliwie na ujednoczenie zasad odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez działanie komornika jako organu postępowania egzekucyjnego i zapobiega powstaniu luki prawnej w związku z derogacją przepisu art. 769 k.p.c. W tym miejscu nasuwa się jednak pytanie, czy art. 23 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji stanowi wystarczającą podstawę do wywodzenia z niego przesłanek normatywnych odpowiedzialności komornika w omawianym tu zakresie.

„Komornik ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności”⁶. Czy tak lakoniczne sformułowanie uprawnia do stworzenia szczególnego reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej komornika?

Judykatura na ten temat milczy. Brak jest stanowiska Sądu Najwyższego co do zasady, na której opiera się odpowiedzialność komornika przewidziana przez powołany tu przepis. Trybunał Konstytucyjny stwierdza jedynie, że „przepis art. 23 ustawy o komornikach w swym ujęciu idzie nawet dalej niż art. 77 ust. 1 Konstytucji, gdyż nie wprowadza żadnych dodatkowych przesłanek odpowiedzialności komornika, w tym nawet wymienionej w art. 77 ust. 1 Konstytucji przesłanki bezprawności”⁷. Takie stanowisko Trybunału wyraźnie wskazuje na istnienie poważnych wątpliwości i trudności w wykładni omawianego przepisu, właśnie ze względu na jego niejasne sformułowanie.

Wobec braku ustalonej linii orzecznictwa ciężar wywiedzenia z art. 23 konkretnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej komornika przejęła na siebie doktryna. W piśmiennictwie pojawiły się głosy, że odpowiedzialność komornika na podstawie cytowanego przepisu jest niezależna od jego winy i opiera się na zasadzie ryzyka⁸. Według reprezentujących ten pogląd Autorów⁹ oznacza to, że do przyjęcia takiej odpowiedzialności wystarcza sama bezprawność jego działania, bez potrzeby przypisania mu winy. Podnosi się przy tym, że przesłankę bezprawno-

⁵ Dz.U. z 1997 r., Nr 13, poz. 882 z późn. zm.

⁶ Art. 23 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji.

⁷ Z uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie SK 26/04, s. 14.

⁸ Tak I. Kunicki, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 11 lipca 2000 r., III CZP 24/00*, Orzecznictwo Sądów Polskich 2001, nr 7–8; G. Rząsa, *Odpowiedzialność odszkodowawcza komornika jako organu egzekucyjnego*, Radca Prawny 1/2004, s. 68.

⁹ Tak G. Rząsa, *Odpowiedzialność odszkodowawcza komornika – suplement (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 stycznia 2004 r.)*, Radca Prawny 2/2004, s. 86 oraz przypisy 7.

ści można wyinterpretować wprost z ogólnego reżimu odpowiedzialności deliktowej.

W tym miejscu przypomnieć należy, że dla reżimu odpowiedzialności deliktowej wyróżnia się w naszym prawie trzy zasady: winy, ryzyka i słuszności.

Za naczelną zgodnie uznawana jest zasada winy, która odnosi się zarówno do odpowiedzialności za własne, jak i za cudze czyny.

„Zasada ryzyka została przyjęta dla niektórych ostrzej traktowanych stanów odpowiedzialności za cudze czyny (art. 430 k.c.), w tym odpowiedzialności Skarbu Państwa i państwowych osób prawnych (art. 417 i n.), dla szkód wyrządzonych przez rzeczy (art. 433 i 434 k.c.) oraz przez ruch przedsiębiorstwa, zakładów i mechanicznych środków komunikacji poruszanych za pomocą sił przyrody”¹⁰. Racją dla wprowadzenia zasady ryzyka było więc oparcie się na założeniu, że ten, kto posługuje się dla realizacji swoich interesów podległymi mu osobami lub eksploatuje urządzenia, które mogą być niebezpieczne dla otoczenia, powinien przejąć na siebie odpowiedzialność za szkody wynikłe stąd dla innych osób, nawet jeżeli sam winy nie ponosił¹¹.

Oparcie odpowiedzialności odszkodowawczej komornika na zasadzie ryzyka nie przystaje więc do tradycyjnego jej pojmowania, do tej pory bowiem zasada ryzyka odnosiła się wyłącznie do odpowiedzialności za inną osobę lub rzecz, podczas gdy podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej za własne czyny była wina, ewentualnie subsydiarne względy słuszności. Wydaje się jednak, że w omawianym przypadku słuszne będzie odejście od dotychczasowego ujęcia odpowiedzialności na zasadzie ryzyka i przyjęcie jej także za podstawę odpowiedzialności komornika za własne działania lub zaniechania przy wykonywaniu władzy publicznej¹². Stanowisko takie jest uzasadnione przede wszystkim odstąpieniem od oparcia reguł rządzących odpowiedzialnością deliktową komornika na przesłance winy, takie ujęcie byłoby bowiem niewątpliwie sprzeczne z wykładnią celowościową, która w świetle prawa Unii Europejskiej uważana jest za podstawową oraz z sensem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 stycznia 2004 r., który uchylił przecież art. 769 k.p.c. jako bezprawnie zawężający przesłanki osobistej odpowiedzialności odszkodowawczej komornika w świetle art. 77 ust. 1 Konstytucji. Skoro więc nie wchodzi tu w grę ani naczelną dla reżimu odpowiedzialności za czyny niedozwolone zasadą winy, ani mająca swoje źródło w szczególnie silnych motywach etycznych subsydiarna zasada słuszności, pozostaje oparcie odpowiedzialności odszkodowawczej komornika w omawianym tu zakresie właśnie na zasadzie ryzyka.

¹⁰ G. Bieniek (w.): *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, pod redakcją G. Bieńka, Warszawa 2003, s. 220.

¹¹ Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1998, s. 76–77.

¹² Taki pogląd prezentuje G. Rząsa, *Odpowiedzialność odszkodowawcza komornika – suplement (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 stycznia 2004 r.)*, *Radca Prawny* 2/2004, s. 86 oraz przypis 7.

Takie rozwiązanie wydaje się być szczególnie uzasadnione z uwagi na brzmienie art. 23 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji, który to przepis nie wprowadza przecież żadnej konkretnej przesłanki odpowiedzialności komornika. Równocześnie jednak należy podkreślić, że przyjęcie zasady ryzyka w omawianym przypadku nie jest samo w sobie równoznaczne z przyjęciem przesłanki bezprawności jako warunku *sine qua non* odpowiedzialności komornika za szkodę. Taki pogląd wynika raczej z interpretacji art. 23 przedmiotowej ustawy, albowiem sama zasada ryzyka może sankcjonować także zachowania nienoszące cech bezprawności, jeżeli konieczne jest w danym przypadku zaostrenie odpowiedzialności podmiotu na takiej zasadzie odpowiadającego.

Biorąc pod uwagę całościowy kształt okoliczności mających znaczenie dla omawianej kwestii, wnioski nasuwa się jeden – komornik powinien odpowiadać za szkody wyrządzone przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu czynności egzekucyjnych. Takie ujęcie wydaje się prawidłowe, uwzględnia bowiem z jednej strony rolę komornika jako wykonującego władzę publiczną, z drugiej zaś zasadę *cuius commodum eius periculum*, pozwala na ujednoczenie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej komornika i Skarbu Państwa¹³ oraz ułatwia poszkodowanym dochodzenie roszczeń¹⁴. Wynika ono przede wszystkim z wykładni art. 23 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji w zgodzie z Konstytucją i względami celowości, samo brzmienie tego przepisu nie daje bowiem podstaw do ustalenia jakichkolwiek zasad rządzących odpowiedzialnością odszkodowawczą komornika. Z tego też względu redakcja omawianego przepisu powinna ulec zmianie, zwłaszcza że tak lakoniczne ujęcie problemu sprzyja tworzeniu szeregu rozbieżnych interpretacji, a co za tym idzie pozwala na odmienne kształtowanie tej kwestii przez sądy orzekające o obowiązkach odszkodowawczych komorników. Obecnie sądy mogą według swojego uznania stosować art. 23 przedmiotowej ustawy, a nawet odmówić jego stosowania, gdy uznają, że – tak jak dotychczas – nie odnosi się on do działalności egzekucyjnej komornika, mogą również oprzeć się w swoich rozstrzygnięciach na zasa-

¹³ A właśnie za takim ujednoczeniem opowiada się Trybunał Konstytucyjny w wyroku SK 26/03: „Art. 77 ust. 1 Konstytucji (...) zawiera w sobie jednocześnie instytucjonalną gwarancję dla zasady art. 7 Konstytucji. (...) Ten ostatni przepis eksponuje kryterium legalizmu w działaniu organów władzy publicznej. (...) Zasadzie legalizmu nie odpowiada sytuacja, gdy odpowiedzialność za bezprawne zachowania osoby działającej jak (jako, za) organ władzy publicznej, i to – co kluczowe – prowadzącej tę działalność na własny rachunek (jak to ma miejsce w przypadku komornika) – jest wyłączona w pewnym zakresie, przy jednoczesnym zachowaniu samej zasady odpowiedzialności odszkodowawczej Państwa za także działanie władzy publicznej, ucieleśniające się w zachowaniach komornika naruszających prawo”.

¹⁴ Taki też wniosek można wyciągnąć zarówno z uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 stycznia 2004 r., jak i z rozstrzygnięcia sprawy SK 18/00, OTK ZU 8/2001, poz. 256, z których wyraźnie wynika, że w przypadku wyrządzenia szkody przez władzę publiczną, w żadnym razie nie można ograniczać możliwości reparacyjnych poszkodowanego przez wprowadzanie dodatkowych przesłanek poza określoną przez art. 77 ust. 1 Konstytucji niezgodnością z prawem.

dzie winy¹⁵. Taka dowolność może doprowadzić do powstania szeregu odmiennych rozstrzygnięć odnoszących się do tego samego problemu. Aby tego uniknąć, ustawodawca powinien nadać przepisowi art. 23 ustawy o komornikach nowe brzmienie, odpowiadające zaproponowanemu powyżej.

Wydaje się, że przesłanka niezgodności z przepisami prawa jest najbardziej adekwatna dla potrzeb praktyki, odnosi się ona przy tym do całokształtu czynności podejmowanych przez komornika, obejmuje zatem zarówno jego działania, jak i zaniechania. Równocześnie jednak należy zwrócić uwagę, że użyte w tym wypadku pojęcie „niezgodność z prawem” nie oznacza bezprawności tradycyjnie ujmowanej w naszym prawie jako sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym, który obejmuje także nakazy i zakazy wynikające z norm moralnych i obyczajowych, czyli z tzw. zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów. Nie ma powodu, by tak szeroko interpretować przesłankę niezgodności z prawem¹⁶, chodzi tu bowiem przede wszystkim o dostosowanie brzmienia przepisu art. 23 ustawy o komornikach do ujęcia art. 77 ust. 1 Konstytucji, a „w kontekście regulacji konstytucyjnej określenie „niezgodne z prawem” należy rozumieć jako zaprzeczenie zachowania uwzględniającego nakazy i zakazy wynikające tylko z normy prawnej”¹⁷.

Uzależnienie odpowiedzialności odszkodowawczej komornika od przesłanki niezgodności z prawem odpowiada także w pełni nowemu brzmieniu art. 417 k.c., który wszedł w życie z dniem 1 września 2004 r.¹⁸. Przepis ten ujednocila i dostoso-

¹⁵ Opierając się na przykład na poglądzie reprezentowanym przez Z. Knypla i J. Tredera (w.): *Ustawa o komornikach sądowych i egzekucji. Komentarz*, Sopot 1997, s. 52.

¹⁶ Tak szeroko ujmuje przesłankę bezprawności w odniesieniu do odpowiedzialności odszkodowawczej komornika G. Rząsa, *Odpowiedzialność odszkodowawcza komornika jako organu egzekucyjnego*, *Radca Prawny* 1/2004, s. 69. Ze względu jednak na usiłowanie dostosowania zasad odpowiedzialności komornika do brzmienia art. 77 ust. 1 Konstytucji nielogiczne byłoby znowu odstępianie od kontekstu regulacji konstytucyjnej na rzecz poglądu panującego w doktrynie, przy czym przez niezgodność z prawem należałoby tu rozumieć nie tylko naruszenie przepisów k.p.c., ale także sprzeczność z innymi normami prawnymi. Trudno wreszcie przyjąć, biorąc zwłaszcza pod uwagę charakter pracy komornika jako organu egzekucyjnego ściśle współpracującego z wymiarem sprawiedliwości, że odpowiada on także za szkodę wyrządzoną przez swoje działanie czy zaniechanie wprawdzie zgodne z przepisami ustawy, ale sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami.

¹⁷ G. Bieniek (w.): *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, pod redakcją G. Bieniaka, Warszawa 2003, s. 222.

¹⁸ Ustawa z 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny i niektórych innych ustaw, uchwalona ostatecznie przez Sejm dnia 17 czerwca 2004 r. pod pozycją nr 77.

Zgodnie z art. 1 tej ustawy art. 417 k.c. otrzyma brzmienie: „§ 1. Za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego, lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa.

§ 2. Jeżeli wykonywanie zadań z zakresu władzy publicznej zlecono, na podstawie porozumienia, jednostce samorządu terytorialnego albo innej osobie prawnej, solidarną odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę ponosi ich wykonawca oraz zlecająca je jednostka samorządu terytorialnego albo Skarb Państwa”.

wuje zasady odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa do regulacji art. 77 ust. 1 Konstytucji i pozwala na pełniejszą ochronę interesów poszkodowanych, m.in. poprzez wprowadzenie w miejsce pojęcia „funkcjonariusz państwowy” bardziej ogólnego sformułowania władzy publicznej. Przedmiotowy zabieg legislacyjny usuwa więc dotychczasowe rozbieżności w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej przyjętej w regulacji konstytucyjnej, a kodeksowym ujęciem tej problematyki. Odpowiedzialność Skarbu Państwa nie jest już związana z działalnością konkretnych funkcjonariuszy, ale z działalnością władzy publicznej – odnosi się zatem wyłącznie do sfery imperium, przy czym pojęcie władzy publicznej obejmuje wszystkie konstytucyjne władze – ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą, a jej wykonywanie łączy się co do zasady z możliwością władczego kształtowania sytuacji jednostki¹⁹.

Na gruncie poglądów judykatury i piśmiennictwa nie budzi wątpliwości, że komornik wykonuje władzę publiczną w naszym państwie²⁰. Wynika to chociażby z brzmienia przepisu art. 1 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji, który wyraźnie stanowi, iż komornik jest funkcjonariuszem publicznym. Dokładną analizę funkcji komornika przeprowadził także ostatnio Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu orzeczenia z 20 stycznia 2004 r.: „komornik jest monokratycznym organem, wyposażonym przez państwo w określone władcze kompetencje zarówno wobec osób, jak i wobec innych instytucji publicznych. Komornik został upoważniony do nakładania kar, co jest atrybutem władzy publicznej. Zarówno art. 758 k.p.c., jak i art. 1 ustawy o komornikach sądowych podkreślają organizacyjne i funkcjonalne powiązania komornika z władzą sądowniczą, a więc z konstytucyjnie wyodrębnioną postacią władzy publicznej. (...) Komornika i strony postępowania egzekucyjnego (wierzyciela i dłużnika) nie łączy z komornikiem stosunek o charakterze prywatnoprawnym, lecz stosunek publicznoprawny. (...) Komornik jest więc powołany do wykonywania orzeczeń sądowych w drodze przymusowej egzekucji świadczeń pieniężnych i niepieniężnych, a także wykonywania innych czynności określonych w ustawach. Posiada (...) władcze kompetencje wobec innych podmiotów stosunków prawnych”. Równocześnie Trybunał uznał, że ze względu na cechę działania komornika na własny rachunek on sam nie może być uznany za władzę publiczną *sensu stricto*, ale za funkcjonariusza realizującego władztwo publiczne w zakresie powierzonych mu przez ustawę zadań przymusowej realizacji orzeczeń sądowych. Takie stanowisko pozwala więc na uznanie działania komornika jako organu egzekucyjnego za wykonywanie władzy publicznej w rozumieniu znowelizowanego

¹⁹ Tak Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu rozstrzygnięcia w sprawie SK 18/00, OTK ZU 8/2001, poz. 256.

²⁰ M.in. K. Lubiński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza komornika sądowego w świetle przepisów k.p.c. oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji*, Problemy Egzekucji Sądowej 1998/30/5; Z. Knypl, *Jeszcze o odpowiedzialności odszkodowawczej komornika*, Problemy Egzekucji 2001/18/65.

przepisu art. 417 § 1 k.c., co jest zresztą niezbędne do przyjęcia w tym zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa.

Problemy dotyczące odpowiedzialności Skarbu Państwa za czynności egzekucyjne komornika pojawiają się natomiast w związku z uchyleniem przepisu art. 768 § 2 k.p.c., który przewidywał solidarną odpowiedzialność tych dwóch podmiotów.

Zgodnie z dotychczas²¹ obowiązującym stanem prawnym, art. 421 k.c. wyłączał odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego, jeżeli ta odpowiedzialność uregulowana była w przepisach szczególnych, a za taki uważany był przepis art. 769 § 2 k.p.c.²². Derogacja art. 769 k.p.c. spowodowała, iż – wobec braku przepisu szczególnego – stosować należy w tym zakresie ogólne reguły odpowiedzialności odszkodowawczej przewidziane przez przepisy art. 417–420¹ k.c.²³. Stanowisko to jest uzasadnione tym bardziej, że art. 23 ustawy o komornikach, który stanowi obecnie jedyną podstawę odpowiedzialności komornika za szkodę, normuje tylko jego odpowiedzialność osobistą, a zatem za własne działanie lub zaniechanie, nie dotyczy natomiast odpowiedzialności Skarbu Państwa, do której odnoszą się w takim wypadku reguły ogólne odpowiedzialności za czyn cudzy. Na zasadzie art. 441 § 1 k.c. odpowiedzialność Skarbu Państwa i komornika jest więc solidarna, tym bardziej że zależy od tej samej przesłanki niezgodności z prawem oraz spełniony jest warunek jedności szkody.

Powyższe stanowisko, pomimo iż dotyczy przepisów kodeksu cywilnego w ich brzmieniu sprzed nowelizacji wrześniowej, zachowuje pełną aktualność także obecnie. Przepis art. 5 ustawy z 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny i niektórych innych ustaw nakazuje bowiem w odniesieniu do zdarzeń i stanów powstałych przed dniem jej wejścia w życie – to jest przed dniem 1 września 2004 r. stosować przepisy art. 417, art. 419, art. 420, art. 420¹, art. 420² i art. 421 kodeksu cywilnego w brzmieniu obowiązującym dotychczas. Takie reguły intertemporalne sprawiają, że zdarzenia i stany sprzed wejścia w życie przedmiotowej ustawy oceniane są w świetle dawnego brzmienia powołanych tu przepisów, co ułatwia przyjęcie solidarnej odpowiedzialności odszkodowawczej komornika oraz Skarbu Państwa, zgodnie z poglądem zaprezentowanym powyżej.

Kwestia ta komplikuje się natomiast w odniesieniu do zdarzeń i stanów powstałych po dniu 1 września 2004 r., do których stosuje się już przepisy znowelizowane.

²¹ Tj. do dnia 1 września 2004 r.

²² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 27 października 1971 r., I CR 427/71, OSNC 1972/5/88.

²³ Trafnie na ten temat G. Rząsa, *Odpowiedzialność odszkodowawcza komornika – suplement (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 stycznia 2004 r.)*, Radca Prawny 2/2004, s. 87 i powołane tam orzecznictwo. Nie można natomiast zgodzić się ze stanowiskiem Prokuratora Generalnego, że wobec uchylenia przepisu art. 769 k.p.c. Skarb Państwa w ogóle nie będzie odpowiadał za czynności egzekucyjne komornika. Takie ujęcie – jakkolwiek odpowiadające wykładni literalnej art. 417 k.c., albowiem komornik nie należy do katalogu funkcjonariuszy państwowych wymienionych w § 2 tego przepisu, jest całkowicie niekonstytucyjne i podważające sens oraz celowość rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego w omawianej sprawie.

Zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 421 k.c., zasad regulujących odpowiedzialność Skarbu Państwa za niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej nie stosuje się, jeżeli odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej jest uregulowana w przepisach szczególnych. Przepis ten nie wspomina już przy tym, że chodzi o szczególne uregulowania odpowiedzialności Skarbu Państwa, ale postępuje się dość ogólnym pojęciem odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej. O ile, w świetle dotychczasowego brzmienia art. 421 k.c., przepisu art. 23 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji nie powinno się, moim zdaniem, uznać za szczególny w odniesieniu do ogólnych reguł rządzących odpowiedzialnością odszkodowawczą Skarbu Państwa, o tyle nowa redakcja art. 421 k.c. sprzyja co do zasady stanowisku przeciwnemu. Nie da się ukryć, że przepis art. 23, pomimo iż normuje odpowiedzialność komornika za własne czyny, reguluje tym samym odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej, skoro komornik taką władzę w postępowaniu egzekucyjnym wykonuje.

Równocześnie jednak przyjęcie, iż art. 23 omawianej ustawy stanowi przepis szczególny wyłączający zastosowanie ogólnego reżimu odpowiedzialności deliktowej Skarbu Państwa, pozostaje w niewątpliwej sprzeczności z konstytucyjną wykładnią art. 417 k.c. oraz ze stanowiskiem prezentowanym przez Trybunał Konstytucyjny²⁴. Dlatego też, aby usunąć wszelkie wątpliwości w omawianym zakresie, słuszny wydaje się postulat *de lege ferenda*, by wprowadzić do ustawy o komornikach sądowych i egzekucji przepis statuujący wprost solidarną odpowiedzialność komornika i Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez działanie lub zaniechanie komornika przy wykonywaniu władzy publicznej, a zatem w zakresie, w którym podejmuje on czynności w postępowaniu egzekucyjnym. Zapis normujący solidarność tych dwóch podmiotów został, moim zdaniem, derogowany niesłusznie, zwłaszcza w świetle wrześniowej nowelizacji i powinien zostać przywrócony, przede wszystkim po to, by uniknąć powstania rozbieżnych poglądów, które wydają się nieuchronne w aktualnym stanie rzeczy.

W świetle przedstawionych powyżej uwag wydaje się więc uzasadnione, by odmiennie uregulować odpowiedzialność komornika za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności egzekucyjnych. W celu wyeliminowania istniejących rozbieżności oraz wątpliwości w zakresie wykładni art. 23 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji należałoby wyraźnie rozdzielić zakres odpowiedzialności odszkodowawczej komornika na czynności podejmowane w postępowaniu egzekucyjnym i inne. Najlepszym sposobem na realizację tego zamierzenia byłaby nowelizacja art. 23 przedmiotowej ustawy, tak by odnosił się on wyłącznie do odpowie-

²⁴ Przede wszystkim w omawianych już rozstrzygnięciach w sprawach SK 18/00 oraz SK 26/04.

działności komornika za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności innych niż egzekucyjne, przy jednoczesnej konkretyzacji przesłanek tej odpowiedzialności. Ze względu na to, że przedmiotem niniejszych rozważań jest wyłącznie działanie komornika jako organu egzekucyjnego, trudno wysuwać mi szczegółowe sugestie odnośnie do treści takiego przepisu, wymaga to bowiem pogłębionej analizy zasygnalizowanego tu jedynie problemu.

Jeżeli chodzi natomiast o postulaty *de lege ferenda* dotyczące odpowiedzialności komornika za szkody wyrządzone przy wykonywaniu przez niego czynności egzekucyjnych, uważam, że w miejsce derogowanego przepisu art. 769 k.p.c. należy wprowadzić przepis o nowym brzmieniu:

§ 1. Komornik odpowiada za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu czynności egzekucyjnych.

§ 2. Odpowiedzialność komornika i Skarbu Państwa jest solidarna.

§ 3. Roszczenie o naprawienie szkody przedawnia się z upływem lat 3 od dnia, kiedy poszkodowany dowiedział się o działaniu lub zaniechaniu komornika, z których szkoda wynika.

Przyjęcie wskazanego wyżej terminu przedawnienia jest zgodne z terminem przewidzianym przez reżim odpowiedzialności deliktowej. Różnica polega jedynie na innym określeniu momentu początkowego jego biegu, co jest uzasadnione przede wszystkim względami praktyki. Czynności egzekucyjne podejmowane przez komornika mają specyficzny charakter i ciężko jest ustalić chwilę samego powstania szkody, nie mówiąc już o momencie, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie.

Przykładowo przy egzekucji z rachunku bankowego dłużnika – w zależności od konkretnej sytuacji – za dzień powstania szkody można by przyjąć zarówno dzień zajęcia wierzytelności, dzień przekazania środków na rachunek komornika, jak i dzień, w którym znalazły się one na rachunku wierzyciela. Pewne jest, że każda ze stron postępowania wskazywałaby na inną chwilę powstania szkody, a poszkodowany, dla odparcia zarzutu przedawnienia, zapewne przedłużałby przy tym termin, w którym dowiedział się o szkodzie.

Wprowadzenie jasnej reguły wyznaczania początkowego terminu biegu przedawnienia przedmiotowych roszczeń z pewnością ułatwiłoby sądowi rozstrzygnięcie tej kwestii i pozwoliłoby na usunięcie nieuniknionych wątpliwości, zwłaszcza wobec faktu, że takie rozwiązanie sprawdzilo się już w praktyce.

WAŻNE DLA PRAKTYKI

Marzena Kruk

INSTYTUCJA MEDIACJI W SPRAWACH KARNYCH. BADANIA EMPIRYCZNE

1. PROBLEMATYKA BADAŃ

Zasadniczym celem badań podjętych w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości była ocena funkcjonowania instytucji mediacji w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Chciano ustalić, czy sprawdzają się np. takie założenia ustawodawcy, że mediacja będzie stosowana głównie w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratorów, a w znacznie mniejszym stopniu przez sądy, które otrzymały taką możliwość tylko na etapie wstępnej kontroli aktu oskarżenia. Od razu warto podkreślić, że to założenie się nie spełniło, a praktyka kieruje się swoimi „prawami”. W 1999 r. nie było ani jednej sprawy skierowanej do mediacji przez prokuratora, a do końca 2002 roku było w całym kraju jedynie 41 takich przypadków.

Inne istotne pytania, które stawiano sobie w badaniach – to jaki rodzaj przestępstw występuje w sprawach kierowanych do postępowania mediacyjnego. Łączy się to z problemem selekcji spraw do mediacji. Analizowano także problem dobrowolności mediacji, jako jednej z jej podstawowych zasad, co łączy się z uzyskiwaniem zgody sprawcy i pokrzywdzonego na skierowanie sprawy do postępowania mediacyjnego. Starano się ocenić skuteczność instytucji mediacji, biorąc pod uwagę odsetek zawartych ugód między stronami oraz ich wykonanie.

Starano się też zbadać czy postępowanie mediacyjne jest przeprowadzane nie tylko zgodnie z przepisami prawa (w tym również z obowiązującym rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości), ale i z podstawowymi jej zasadami i regułami, zwłaszcza zawartymi w dokumentach międzynarodowych.

2. PRÓBA BADAWCZA

Objęto badaniami 347 spraw karnych spośród 366 skierowanych do postępowania mediacyjnego w sądach rejonowych w ciągu całego 1999 roku¹. Występowało w nich 416 sprawców i 501 pokrzywdzonych. Zdecydowano się na analizowanie spraw karnych z 1999 r., gdyż chciano przyjrzeć się funkcjonowaniu w praktyce instytucji mediacji na samym początku jej obowiązywania w systemie prawa karnego. Jednocześnie chodziło o możliwość sprawdzenia w dostatecznie długim czasie (tzw. katamnezie), dalszej karalności sprawców uczestniczących w postępowaniu mediacyjnym. W badaniach kryminologicznych rozmiary powrotu do przestępczości są jednym z elementów oceny skuteczności zastosowanej wobec sprawców decyzji sądu.

3. ANALIZA DANYCH STATYSTYCZNYCH

Dane statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości o stosowaniu mediacji w sprawach karnych w okresie od 1 września 1998 do 31 grudnia 2003 r. kształtują się następująco: w 1998 roku do mediacji skierowano 18 spraw, w 1999 – 366, w 2000 r. – 722, w 2001 r. – 800, w 2002 roku – 932, a w 2003 roku – 1838 spraw.

Z danych tych wynika stosunkowo niewielkie zainteresowanie sędziów oraz prokuratorów instytucją mediacji, chociaż jej stosowanie stopniowo wzrasta.

Szczegółowa analiza statystyki dostarcza jednak ważnych informacji o zakresie i rozmiarach stosowania mediacji w poszczególnych okręgach i sądach rejonowych, o liczbie zawieranych ugód i form zadośćuczynienia.

W 1999 r. korzystano z instytucji mediacji jedynie w 16,8% sądów rejonowych, a w 2003 r. takich sądów było już 100 – tj. 36,1%.

Oczywiście liczby spraw karnych kierowanych w poszczególnych sądach rejonowych do mediacji były bardzo różne. I tak np. w 2003 r. wynosiły od 1 (słownie jednej sprawy) do 207 spraw. W większości tych 100 sądów kierowano w ciągu roku do mediacji poniżej 10 spraw. Sądów, które korzystały z tej instytucji w więcej niż 10 sprawach, było od ok. 5% w 2000 r. do 11% w 2003 r.

Warto wskazać, że przodujące pod względem liczby kierowanych do mediacji spraw w analizowanym okresie były sądy rejonowe w Częstochowie, Gdańsku, Bydgoszczy, Gliwicach, Kielcach, Legnicy, Lublinie, Łodzi, Ostrołęce, Rudzie Śląskiej, Siedlcach, Sokołowie Podlaskim, Szczecinie, Świdnicy, Warszawie, Wyszokowie i Zabrze.

Zaobserwowano również, że sądy, które zaczęły korzystać z tej instytucji, z reguły kontynuowały tę praktykę (wymieńmy kilka z nich: sądy rejonowe w Byd-

¹ Należy pamiętać, że w 1999 roku obowiązywały kodyfikacje karne z 1997 roku oraz Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 14 sierpnia 1998 roku.

goszczy, Częstochowie, Lublinie, Krakowie-Nowej Hucie, Ostrowi Mazowieckiej, Przemyślu, Rudzie Śląskiej, Rypinie, Sokołowie Podlaskim, Szczecinie, Świdnicy, Wyszakowie i Zawierciu). Natomiast było niemało takich sądów rejonowych, w których jeszcze ani razu nie skorzystano z instytucji mediacji w sprawach karnych.

Dane statystyczne pozwalają również zapoznać się z wynikiem przeprowadzonych postępowań mediacyjnych. Przeciętnie w latach 1999–2003 ok. 60% postępowań mediacyjnych kończy się zawarciem ugody przez strony, co jest wynikiem bardzo dobrym, porównywalnym do danych zagranicznych. W ok. 1/3 spraw nie dochodzi do ugody (strony nie dochodzą do porozumienia). Ok. 6% przypadków to tzw. inne sytuacje, np. wycofanie przez sędziego decyzji o skierowaniu sprawy do mediacji, wycofanie zgody przez jedną czy przez obie strony, niezgłaszanie się jednej ze stron, mimo ponagleń, na spotkania z mediatorem, zmiana adresu i niemożność dotarcia do stron, aresztowanie sprawcy itp.

W statystyce sądowej Ministerstwa Sprawiedliwości nie jest odnotowane wykonanie ugody, co zresztą jest zgodne z obecną regulacją prawną. Jednak problem prawnego zapewnienia realizacji ugody, możliwość wyegzekwowania warunków zadośćuczynienia przez pokrzywdzonego, jest niezmiernie istotny z punktu widzenia dalszego rozwoju mediacji. Doceniają to również sędziowie i niektórzy z nich wpisują np. treść ugody w postanowienie o warunkowym umorzeniu postępowania karnego. Problemu tego wydają się jednak nie zauważać legislatorzy, mimo podnoszenia go w literaturze przedmiotu oraz przez zajmujące się mediacją organizacje pozarządowe, np. Polskie Centrum Mediacji².

W trakcie postępowania mediacyjnego strony negocjują formę czy formy zadośćuczynienia, które są następnie wpisane do zawartej ugody. Przepisy nie określają formy zadośćuczynienia, pozostawiając to inwencji stron, ich woli, potrzebom oraz ich możliwościom. Jest to zgodne z ideą mediacji. Warto jednak zaznaczyć, że mediator powinien zwrócić uwagę stronom, gdy proponują niemożliwą do realizacji formę zadośćuczynienia (np. zbyt wysoką sumę pieniędzy, której sprawca nie będzie mógł zapłacić), czy też narażającą jedną ze stron na jakieś niebezpieczeństwo, powodującą naruszenie jej godności czy poniżenie itp.

Określenie na czym ma polegać zadośćuczynienie zależy od inicjatywy stron i obie strony muszą się na nie zgodzić. Według statystyki najczęściej dochodzi do przeproszenia pokrzywdzonego przez sprawcę (od 34% w 2000 r. do 49% w 2002) i jak widać odsetki te są dość zróżnicowane. Systematycznie zwiększa się też pozycja określana jako „inne” formy zadośćuczynienia (od 26,1% w 1999 r. do 46,5% w 2002 i 40,7% w 2003 r.). Mieszczą się tu różne zobowiązania sprawcy do określonego zachowania, np. poddania się leczeniu przeciwalkoholowemu czy leczeniu z

² Na problem ten zwracano również wielokrotnie uwagę na spotkaniach przedstawicieli PCM oraz świata nauki z kolejnymi ministrami sprawiedliwości.

uzależnienia od środków odurzających, uzupełnienia wykształcenia, ukończenia jakiegoś kursu, poddania się terapii, zobowiązania się do niestosowania przemocy wobec rodziny itp. Tak częste stosowanie takich form zadośćuczynienia nie wydaje się korzystne, ponieważ wchodzi tu zobowiązania sprawcy do bardzo różnych zachowań, które trudno jednoznacznie ocenić i skontrolować ich wykonanie, a często nawet określić, w którym momencie można uznać, że sprawca wypełnił warunki ugody.

Jednostkowe są przypadki wykonywania przez sprawcę pracy na rzecz pokrzywdzonego (nie przekraczają 1%).

Należy też żałować, że stosunkowo rzadko zadośćuczynienie przybiera formę świadczenia pieniężnego na cele społeczne – 5% w 1999 r., a 8,6% w 2003 r. Świadczy to jak się wydaje o braku inwencji stron i braku ich wiedzy o możliwości zastosowania takiej formy zadośćuczynienia.

I w końcu forma zadośćuczynienia finansowego dla pokrzywdzonego, która w 1999 roku stanowiła 27,3%, w 2000 r. 34,3%, a ostatnio uległa wyraźnemu zmniejszeniu, wynosząc w 2003 r. 11,8%. Zmiana ta wydaje się niekorzystna.

4. RODZAJE PRZESTĘPSTW

Problem, jakie rodzaje przestępstw mogą czy powinny być kierowane do postępowania mediacyjnego – ma zasadnicze znaczenie zarówno dla teoretyków sprawiedliwości naprawczej, jak i dla praktyków szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości i jest od dawna dyskutowany w literaturze. Wprowadzając mediację w system prawa karnego ustawodawca nie ustalił w tym zakresie szczegółowych kryteriów, poprzestając na ogólnym sformułowaniu w art. 66 § 3 k.p.k., że do postępowania mediacyjnego mogą być kierowane sprawy za przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności do 5 lat.

Jak wskazują przeprowadzone badania, sędziowie szeroko korzystają z możliwości kierowania do mediacji spraw obejmujących bardzo różne czyny i ta ich różnorodność będzie być może specyfiką polskiej praktyki w tym zakresie.

Co ciekawe, najczęściej do mediacji kierowano czyny przeciwko rodzinie i opiece (36,6%), w tym sprawy o znęcanie się nad rodziną stanowiły 28,8%, a niealimentacja 7,6%. Następnymi pod względem częstości przestępstwami, w których podjęto w omawianych badaniach postępowanie mediacyjne, były czyny przeciwko życiu i zdrowiu (21,9%), przy czym stosunkowo dużo, bo około połowę z nich stanowiły bójki lub pobicia oraz spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Natomiast czyny przeciwko mieniu stanowią w naszych badaniach jedynie 14,1% (w tym rozbój 1,%). Przestępstwa z rozdziału XXVII przeciwko czci i nietykalności cielesnej stanowią 13,8%, a 9,2% czyny przeciwko wolności oraz wolności seksualnej. Pozostałe (4,3%) to czyny przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu i wymiarowi sprawiedliwości.

Dane te wskazują, że struktura czynów w niniejszych badaniach kształtuje się inaczej niż struktura skazań za przestępstwa ogółem. I tak np. w 2000 r. w statystyce sądowej przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece stanowią 15,5%, przeciwko życiu i zdrowiu 9,6%, przeciwko wolności 4,2%, a przeciwko mieniu 44,9%. Okazuje się więc, że sprawy przekazane do mediacji w 1999 r. pod względem rodzaju przestępstw nie stanowią odbicia struktury skazań w naszym kraju. Może nawet budzić pewne zdziwienie fakt, że przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece (praktycznie czyny z art. 207 i 209 k.k.) stanowią tak znaczny odsetek spraw kierowanych do mediacji, a np. czyny przeciwko mieniu są stosunkowo nieliczne. Zastanawiano się, jakie są powody takich decyzji sędziów i czym się oni kierują korzystając z instytucji mediacji częściej w przypadku spraw o znęcanie nad rodziną niż np. o drobne kradzieże czy przywłaszczenie mienia. Odpowiedź na tak postawione pytanie wymagałaby jednak przeprowadzenia innego typu badań niż analiza akt sądowych. Niemniej warto na podstawie rozmów z niektórymi sędziami przedstawić ich poglądy na ten temat. Jedna z sędziów odwołując się do teoretycznej koncepcji mediacji, której istota polega na próbie rozwiązania konfliktu między sprawcą a ofiarą, uwzględnia w swoich decyzjach przy kierowaniu spraw do postępowania mediacyjnego czyny, których podłożem jest konflikt, a więc właśnie przestępstwa przeciwko życiu czy zdrowiu, przeciwko wolności, naruszeniu czci i nietykalności cielesnej, czy przestępstwo znęcania się nad osobą najbliższą, pozostającą w stosunku zależności, małoletnią lub nieporadną. Postępowanie mediacyjne, o ile się powiedzie, powinno przyczynić się do rozwiązania czy zminimalizowania konfliktu. Natomiast w drobnych sprawach o czyny przeciwko mieniu często, jej zdaniem, najistotniejszy jest problem odszkodowania i wystarczy orzec wobec sprawcy np. obowiązek naprawienia szkody (art. 39 pkt 5). Inna z sędziów motywowała swoje decyzje kierowania do mediacji spraw z art. 207 k.k. przekonaniem, że istnieje społeczna potrzeba rozwiązywania skomplikowanych spraw rodzinnych nie tylko na drodze orzeczonej przez sąd kary, ale również ingerencji czynnika pozasądowego, tj. wyspecjalizowanego, kompetentnego mediatora niezwiązanego z wymiarem sprawiedliwości.

Zastanawiano się również, czy ulegnie zmianie zaobserwowana tendencja do częstszego kierowania do mediacji spraw, których przedmiotem są określone rodzaje przestępstw. Analiza pod tym względem danych uzyskanych ze wszystkich sądów rejonowych, które w 2002 roku przekazywały sprawy do postępowania mediacyjnego, wykazała pewne zmiany, aczkolwiek ogólny trend jest podobny jak w 1999 roku. W dalszym ciągu najczęściej sędziowie kierują do mediacji przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece (34%), przy czym ogromna większość z nich to czyny z art. 207 k.k., a czyny z art. 209 k.k. nie osiągają nawet 1% (i jest to istotna zmiana i słuszna, jak się dalej okaże). Zwiększyła się w 2002 r. o ok. 5% liczba przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu (26,6%), dotyczy to zwłaszcza przestępstw z art. 157 § 1 i 2 k.k. W 2002 r. częściej o ok. 8% (w porównaniu z 1999 r.) kierowano do mediacji sprawy o przestępstwa przeciwko wolności (16,9%) i dotyczyło to znacz-

nego, ponaddwukrotnego zwiększenia liczby gróźb karalnych (art. 190 k.k.). Z pewnym zdziwieniem natomiast obserwować można tendencję zmniejszania się stosowania instytucji mediacji w przypadku przestępstw przeciwko mieniu – z 14,1% w 1999 r. do 10,1% w 2002 r.

5. WYNIKI POSTĘPOWANIA MEDIACYJNEGO

Postępowanie mediacyjne jest procesem, w którym strony winny aktywnie uczestniczyć. Niezmiernie ważne jest, jak ten proces przebiega, jak zachowują się i jakie postawy prezentują zarówno sprawca jak i ofiara przestępstwa, jakie przeżywają emocje (a są one nieraz bardzo silne) oraz jaki wpływ ma na nich zwłaszcza spotkanie „twarzą w twarz”.

Mediacja jest ważna przede wszystkim dla jej uczestników, przynosi ona jednak znaczne korzyści nie tylko stronom konfliktu, ale także wymiarowi sprawiedliwości, społeczności lokalnej oraz nam wszystkim.

Okazuje się jednak, że przeprowadzenie mediacji nie jest wcale proste. Dlatego też – aby instytucję tę dobrze wykorzystać, należy jej rozwój wspierać, a mediatorom – którzy powinni być specjalistycznie przeszkoleni – w miarę możliwości pomagać.

Jedną z kluczowych zasad mediacji jest jej dobrowolność. Konieczność jej przestrzegania podkreślona została w Rekomendacji nr R (99)19 Komitetu Ministrów Rady Europy³: „mediacja w sprawach karnych może mieć miejsce tylko jeśli strony dobrowolnie wyrażają na to zgodę, strony powinny mieć możliwość wycofania takiej zgody w każdym czasie w trakcie mediacji”.

Warto przy tym zaznaczyć, że problem wyrażania przez strony zgody na udział w mediacji nie jest w świetle naszego prawa jednoznacznie (zwłaszcza przez praktyków) rozumiany i interpretowany.

Niektórzy w praktyce ze względów głównie pragmatycznych sprawę odbierania od stron zgody na poddanie się mediacji powierzali doświadczonym mediatorom, jako osobom posiadającym odpowiednią wiedzę i czas na wyjaśnienie zainteresowanym istoty tej instytucji⁴.

W omawianych badaniach sąd odbierał zgodę na mediację od ponad 60% sprawców i pokrzywdzonych, a mediator od ok. 1/4 spośród tych osób. Zdarza się też, że zgodę na mediację odbierał i sąd, i mediator lub nie odbierał nikt, ale były to raczej nieliczne przypadki. W sumie w 268 sprawach (77,3%) zgodę na udział w mediacji wyraziły obie strony, w 13 sprawach (3,7%) tylko sprawca, a w 9 sprawach (2,6%) tylko pokrzywdzony. Nie było zgody obu stron na udział w mediacji w 57

³ Tekst Rekomendacji wraz z Komentarzem por. Archiwum Kryminologii t. XXV, Warszawa 1999–2000 s. 225 i n.

⁴ Por. A. Rękas, *Mediacja w Polsce na tle doświadczeń państw Unii Europejskiej*, Mediator nr 25, s. 15.

sprawach (16,4%). Z badań wynika, że wyrażenie zgody na udział w mediacji miało istotny wpływ zarówno na zawarcie ugody, jak i na wykonanie jej warunków.

Przepisy obowiązujące w 1999 r., czyli ani art. 320 k.p.k., ani Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 14 sierpnia 1998 r. nie zawierały wskazówek regulujących sposób przeprowadzania mediacji. Mediatorzy zaś z reguły nie byli przeszkoleni i nie wiedząc, jak postępować w trakcie mediacji, popełniali wiele błędów. Kwestie te uregulowano i uporządkowano dopiero w obecnie obowiązującym Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2003 r. (w sprawie mediacji w sprawach karnych).

Zgodnie z § 11 mediator niezwłocznie po doręczeniu postanowienia o przekazaniu do postępowania mediacyjnego:

- 1) nawiązuje kontakt z pokrzywdzonym i podejrzanym lub oskarżonym, ustalając termin i miejsce spotkania z każdym z nich;
- 2) przeprowadza z podejrzanym lub oskarżonym i pokrzywdzonym spotkania indywidualne (zwane wstępnymi), informując o istocie i zasadach postępowania mediacyjnego oraz przysługujących im uprawnieniach;
- 3) przeprowadza spotkanie mediacyjne „twarzą w twarz” z udziałem podejrzanego lub oskarżonego i pokrzywdzonego;
- 4) pomaga w sformułowaniu treści ugody między podejrzanym lub oskarżonym i pokrzywdzonym oraz sprawdza wykonanie wynikających z niej zobowiązań.

Trzeba z całą stanowczością podkreślić, że wprowadzenie tego przepisu do rozporządzenia jest szczególnie istotne i ma zasadnicze znaczenie porządkujące nie tylko dla mediatorów, ale także dla prokuratorów i sędziów oraz pozwala sędziom i prokuratorom na konsekwentne egzekwowanie wykonywania tych czynności przez mediatorów.

Jak wynika z badań, mediatorzy w 1999 r. nie dysponując często dostateczną wiedzą na temat mediacji, ani nie mając odpowiednich wskazówek w przepisach prawnych, w ok. 70% spraw przeprowadzali postępowanie mediacyjne w sposób nieprawidłowy, niezgodny z zasadami i regułami mediacji zawartymi w dokumentach międzynarodowych. Tylko w ok. 31% spraw w czasie mediacji mediatorzy odbyli ze stronami zarówno tzw. spotkania wstępne, jak i spotkania mediacyjne „twarzą w twarz”. W ok. 70% któregoś z tych spotkań lub obu z nich zabrakło.

Spotkanie osoby pokrzywdzonej przestępstwem ze sprawcą jest bardzo często ogromnym przeżyciem dla obu stron. Dlatego też ważne jest, aby przebiegało ono w odpowiedniej atmosferze. A stworzenie takiej atmosfery jest obowiązkiem mediatora. To on powinien zadbać o zbudowanie dobrej, szczerzej atmosfery spotkania, sprzyjającej spontanicznemu wyrażaniu uczuć przez strony, zadawaniu pytań, przedstawianiu własnej wersji wydarzeń, ich konsekwencji oraz motywów swego postępowania. Mediator powinien także zachęcać ofiarę i sprawcę do oceny uczuć i motywów zachowania drugiej strony tak, by każdy miał możliwość oceny całego zdarzenia z punktu widzenia „przeciwnika”.

Pamiętać przy tym należy, iż celem postępowania mediacyjnego jest, aby strony same doszły do porozumienia w kwestii rozwiązania konfliktu i ustaliły sposób za- dośćuczynienia. Mediator nie może (choć czasami trudno mu się od tego po- wstrzymać) namawiać ani zmuszać stron do zawarcia ugody ani narzucać im jej tre- ści. Jeżeli do porozumienia między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa do- chodzi, to musi to być wyłącznie decyzja stron. Treść ugody także powinna być wypracowana w drodze negocjacji tylko przez strony, nawet jeżeli mediatorowi wydaje się, że „wie, co w danej sytuacji jest dla nich najlepsze” i jak ta ugoda po- winna wyglądać.

Spotkanie mediacyjne ma służyć stronom, a nie mediatorowi, sądowi czy sędzie- mu, dlatego też to one powinny odgrywać w nim „główne role”. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że duże znaczenie w czasie spotkania mediacyjnego ma aktywność i zaangażowanie stron w negocjacje. Im ta aktywność jest większa, im mniej ingeruje mediator, tym łatwiej dochodzi do wynegocjowania ugody, porozu- mienia i potem wypełnienia zobowiązań.

W budowaniu atmosfery mediacji ważne jest, aby zarówno sprawca, jak i po- krzywdzony mieli poczucie, iż mediator jest osobą bezstronną i neutralną – niepo- pierającą żadnej ze stron i niemającą interesu w określonym sposobie zakończenia mediacji.

Mediator musi pilnować, aby została zachowana równowaga stron, zwłaszcza gdy jedna z nich posiada przewagę np. materialną, psychiczną czy pod względem wykształcenia.

Ważne jest też, aby mediator prawidłowo ocenił realność proponowanych wa- runków ugody. W sytuacji, kiedy zobowiązania nakładane na sprawcę w sposób oczywisty przekraczają jego możliwości, mediator powinien stronom zwrócić na to uwagę jeszcze przed podpisaniem ugody.

Przystępując do spotkania mediacyjnego mediator musi pamiętać, że między stronami istnieje (trwająca czasami wiele miesięcy lub wiele lat) sytuacja konflikto- wa. Dlatego też spotkanie to – przynajmniej na początku – wypełnione jest nega- tywnymi emocjami, wrogością, agresją. Zaleca się zatem, aby przed rozpoczęciem rozmowy ustalić ze stronami zasady spotkania. Zasady te powinny dotyczyć zakazu używania słów wulgarnych, wzajemnego obrażania się, agresji. Mediator, jako strażnik procedury, musi przestrzegać, aby zasady te były respektowane i przestrze- gane. W innym przypadku „sytuacja może wymknąć się spod kontroli” i eskalacja negatywnych emocji nie pozwoli na rozwiązanie konfliktu.

Analiza statystyczna danych wykazała, że między atmosferą mediacji a jej wyni- kiem istnieje istotna zależność. Strony istotnie częściej dochodzą do ugody, gdy at- mosfera mediacji jest dobra i strony wykazują chęć rozwiązania konfliktu (81,4%) oraz gdy poprawia się w czasie rozmów (13,2%). Przy atmosferze określonej jako „zła” do podpisania ugody doszło tylko w 3 przypadkach (1,8%).

Wśród 50 spraw niezakończonych podpisaniem ugody, w 38 (76%) strony były do siebie wrogo nastawione. Tylko w 3 sprawach (6%), w których nie doszło do

podpisania ugody, atmosfera spotkania była dobra lub na początku napięta, ale później uległa znacznej poprawie.

W budowaniu atmosfery mediacji dużą rolę odgrywa miejsce, w którym spotkanie się odbywa. Cytowana Rekomendacja Rady Europy R (99) 19 stanowi, że mediator powinien być odpowiedzialny za zapewnienie bezpiecznego i wygodnego miejsca mediacji. Niestety, polskie przepisy dotyczące mediacji w sprawach karnych nie odnoszą się do tego zagadnienia, pozostawiając tę sprawę do wyłącznego rozstrzygnięcia i załatwienia mediatorom. O tym, gdzie mediacja powinna się odbywać lub o tym, gdzie prowadzić jej nie wolno czy nie należy, nie wspominał ani art. 320 Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku, ani Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 14 sierpnia 1998 roku. W § 8 tego Rozporządzenia mowa jest tylko, że w sprawozdaniu składanym przez mediatora powinna się znaleźć informacja o miejscu przeprowadzenia mediacji. Jak wynika jednak z badań, przepis ten nie jest respektowany w ponad 1/3 spraw. Informacje o miejscu mediacji znajdowały się tylko w aktach 214 spraw. I tak: w ośrodku mediacji odbyło się 38,4% postępowań mediacyjnych, w miejscu zamieszkania mediatora – 2,8%, w miejscu zamieszkania stron – 14,0%, w sądzie – 14,0%, w innych miejscach (najczęściej w miejscu pracy mediatora) – 30,8% spraw objętych badaniami. Trudno uznać, że sądy oraz miejsca zamieszkania stron czy mediatora spełniały wymóg neutralności czy bezpieczeństwa. Przeprowadzenie w tych miejscach postępowania mediacyjnego nie wydaje się prawidłowe, o czym np. wyraźnie stanowi Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18 maja 2001 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach nieletnich. Tylko więc w połowie spraw mediatorzy zapewnili stronom właściwe miejsce mediacji spełniające standardy międzynarodowe.

Mimo wskazanych tu nieprawidłowości występujących w praktyce funkcjonowania instytucji mediacji (a wynikających głównie z niewiedzy osób ją prowadzących) wyniki postępowania mediacyjnego przedstawiają się zupełnie dobrze. Na 347 spraw objętych niniejszymi badaniami: nie doszło do mediacji w 56 sprawach (16,1%), doszło do mediacji, ale nie zakończyła się ona podpisaniem ugody w 61 sprawach (17,6%), została podpisana ugoda w 228 sprawach (65,7%), brak danych co do sposobu zakończenia mediacji w 2 sprawach (0,6%).

W wielu sprawach, w których nie doszło do mediacji, było to spowodowane niewystąpieniem jednej lub obu stron na kilkakrotnie umawiane spotkania, bez podania powodu.

W 228 sprawach, w których strony podpisały ugodę, formy wynegocjowanego zadośćuczynienia dla pokrzywdzonego kształtowały się następująco: przeproszenie pokrzywdzonego przez sprawcę 17,5%, przeproszenie i świadczenie pieniężne 38,6%, przeproszenie i zobowiązanie do leczenia 11,0% oraz kumulacja różnych zobowiązań 32,9%.

Wypracowanie i podpisanie ugody jest niezmiernie ważnym elementem procesu mediacji. Aby jednak proces ten zakończył się w pełni sukcesem, ugoda ta musi być przez sprawcę zrealizowana. Niepokojące są takie sytuacje – i to zarówno z

punktu widzenia ofiary przestępstwa, jak i dobra wymiaru sprawiedliwości – kiedy sprawca podpisuje ugode, a następnie nie wykonuje jej, nie ponosząc za to żadnych konsekwencji. Sytuacje takie przyczyniają się do wtórnej wiktyimizacji pokrzywdzonych: raz zostali przez sprawców dotknięci wyrządzone przez nich przestępstwem, drugi raz – niespełnioną obietnicą zadośćuczynienia.

W 1999 r. kwestia sprawdzenia realizacji ugody przez sprawcę nie była jeszcze uregulowana (nastąpiło to dopiero w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 2003 r. i rola ta została powierzona mediatorowi), toteż na 228 spraw, w których doszło do zawarcia ugody, informacje o jej wykonaniu zawarte są w 163 sprawach. I tak w 79,1% spraw sprawcy wypełnili swoje zobowiązanie w całości, w 8,0% w części, a w 12,9% spraw nie wykonali go wcale.

Analiza orzeczeń sądu skorelowana z wynikiem mediacji wskazuje jednoznacznie, że w sytuacjach, kiedy została podpisana ugoda, sądy istotnie częściej stosują łagodniejsze orzeczenia niż w przypadkach, kiedy do mediacji nie doszło lub zakończyła się negatywnie bez podpisania ugody. W objętych analizą sprawach bezwarunkowe umorzenie postępowania zostało przez sądy zastosowane w 82 przypadkach, z których 54 (ok. 66%) zakończyło się podpisaniem ugody (w pozostałych: w 8 nie doszło do mediacji, a w 20 sprawach – stronom nie udało się dojść do porozumienia). Warunkowe umorzenie postępowania sądy orzekły w 125 sprawach. Przy tych rozstrzygnięciach wpływ podpisanej ugody wydaje się być jeszcze większy – jedynie 16 spraw zakończonych orzeczeniem o warunkowym umorzeniu postępowania nie zakończyło się pozytywnym wynikiem mediacji (w 7 sprawach do mediacji nie doszło, a w 9 – strony nie podpisały ugody). Pozostałych 109 przypadków (87,2%) zakończyło się pozytywnym wynikiem mediacji i strony doszły do porozumienia. Wyrok pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania sądy orzekły w 80 badanych sprawach, przy czym w 41 z nich (co stanowi ponad połowę – 50,6%) – strony podpisały ugode. Dwie sprawy zakończyły się wyrokiem bezwzględnej pozbawienia wolności. Pozostałe orzeczenia sądu to kara grzywny samoistnej 5,5%, dobrowolne poddanie się karze 4,3% oraz inne decyzje 6,4%.

6. KARALNOŚĆ SPRAWCÓW PO MEDIACJI

W zakończeniu warto przedstawić informacje o karalności sprawców (uzyskane z Krajowego Rejestru Karnego w I połowie 2004 r.) zwłaszcza po zakończeniu sprawy, w której zastosowano instytucję mediacji.

Nie jest zaskoczeniem, że analiza danych o karalności wskazuje na silną zależność między przestępczością sprawców przed i po mediacji ($p < 0,001$).

Z punktu widzenia oceny skuteczności mediacji (jako jeden z aspektów tej skuteczności) interesuje nas najbardziej powrotność sprawców do przestępstwa w okresie katamnezy. Spośród 415 sprawców ponowne sprawy po mediacji miało 89

badanych, tj. 21,4%, a więc niewiele ponad 1/5 całej zbiorowości. Ten wynik w porównaniu do rozmiarów powrotności do przestępstwa (recydywy) różnych grup przestępców nie wydaje się znaczny.

Warto jednak dodać, że karalność sprawców po mediacji jest zróżnicowana zarówno gdy chodzi o liczbę spraw, jak i rodzaj popełnianych przestępstw. Ponad połowa spośród tych sprawców ma jedną sprawę, 28,1% – dwie, a 16% – trzy i więcej spraw.

Z uwagi na kierowanie do postępowania mediacyjnego znacznej liczby sprawców dokonujących czynów z art. 207 i 209 k.k. szczególnie warto przyrzeć się ich dalszej karalności.

Okazało się, że kształtuje się ona inaczej u sprawców obu tych czynów. Osoby skazane z art. 209 k.k. mają znacznie wyższą powrotność do przestępstwa niż pozostali sprawcy, w tym ok. 1/3 ponownych czynów stanowi nierealizowanie nadal obowiązku alimentacyjnego. Natomiast jedynie 20% sprawców czynów z art. 207 ma ponowne sprawy, w tym 6% z nich dotyczy dalszego znęcania się nad rodziną.

Wynik ten wydaje się wskazywać, wbrew obawom niektórych praktyków, że sprawy z art. 207 mogą być kierowane do mediacji, oczywiście pod warunkiem wnikliwej ich selekcji. Natomiast sprawy dotyczące niealimentacji zdecydowanie mniej się do tego nadają.

Postępowanie mediacyjne jest procesem, w którym ogromne znaczenie odgrywa wiele czynników: rodzaj przestępstwa, charakter i osobowość stron, osoba mediatora oraz jego przygotowanie, sposób przeprowadzenia spotkań mediacyjnych: indywidualnych i wspólnych. Nie do przecenienia jednak jest także postawa sądów wobec mediacji, i to nie tylko w zakresie inicjatywy ich rozpoczynania, ale i właściwej selekcji spraw, jak też ostatecznej decyzji po ich zakończeniu. Nie ma bowiem mowy o tym, żeby mediacja była dobrze rozwijającą się instytucją prawa karnego, przynoszącą korzyści zarówno stronom, jak i wymiarowi sprawiedliwości, jeżeli w orzeczeniach kończących postępowania sądowe nie zostaną zagwarantowane prawa ofiar. Tylko wtedy kiedy osoby pokrzywdzone przestępstwem będą pewne co do możliwości zaspokojenia ich roszczeń, a oskarżeni co do konieczności ich zrealizowania, instytucja ta będzie się dobrze rozwijać i służyć wszystkim tak, jak chciał tego ustawodawca wprowadzając ten sposób rozwiązywania konfliktów do polskiego prawa.

Agnieszka Zalewska-Fowler

ADR – TECHNIKI POLUBOWNEGO ROZSTRZYGANIA SPORÓW

W okresie ostatnich 20–30 lat procesów oraz sądowego i pozasądowego rozstrzygnięcia sporów coraz więcej popularności i zwolenników zyskują formy medycyjnego rozstrzygnięcia sporów tak w sprawach prywatnych/cywilnych, jak i gospodarczych, określane ogólną nazwą ADR – Alternative Dispute Resolution. Zwane tak techniki rozstrzygnięcia sporów w drodze konsyliacji i mediacji zostały „wynalezione”, wypracowane i rozwinięte w USA. Z biegiem lat zostały przeniesione dalej na grunt procedur procesowych Kanady, Australii, państw obszaru Azji Wschodniej, określanego Pacific Rim, oraz Europy, tu przede wszystkim Anglii i Szwajcarii, gdzie ich stosowanie systematycznie zyskiwało coraz większą popularność i znaczenie¹.

W USA, które jak wiadomo odegrały wiodącą rolę dla rozwoju form i technik ADR, proces ten był reakcją prawników (przede wszystkim obsługujących podmioty gospodarcze) na wzrost kosztów i złożoności procedur postępowania sądowego, wobec oczekiwań klientów poszukiwania tańszych, mniej skomplikowanych i czasooszczędnych metod rozstrzygnięcia sporów. Techniki ADR powstały właśnie jako rezultat paradoksu sytuacji w dziedzinie usług prawnych, szczególnie ostro rysującego się w procesującym się masowo społeczeństwie amerykańskim, które z drugiej strony samo od lat narzekało na długotrwałość i koszty postępowania sądowego. Można dziś mówić, że w tym postępowaniu społeczeństwo amerykańskie od lat przestało być odosobnione.

¹ Na marginesie należy dodać, że w niektórych stanach USA oraz kilku innych państwach również arbitraż bywa uznawany jako jedna z form ADR, gdyż odbywa się prywatnie jako alternatywa do publicznego formalnego procesu sądowego.

Przykładowo w Anglii, po prawie dziesięcioletnim okresie formalnych prób wdrożenia i stosowania technik ADR w ramach systemu procedury cywilnej, instytucja ta stała się formalnie częścią zreformowanych zgodnie z projektem Woolfa regulacji procedury cywilnej 1998 (Civil Procedure Rules 1998).

Wbrew „wrodzonej prawnikom” skłonności do komplikowania, precyzowania i instytucjonalizowania sposobów rozstrzygnięcia problemów prawnych klientów, można stwierdzić, że przez zastosowanie właściwych danemu rodzajowi sporu technik ADR zwykle oszczędza się nie tylko czas i pieniądze, ale również kontakty i stosunki handlowe kontrahentów w sporze, które w przypadku publicznego rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu sądowym mogłyby i zwykle bywają zniweczone lub choćby nadszarpnięte.

W przeciwieństwie do wielu wersji regulacji postępowania arbitrażowego, jest relatywnie niewiele zinstytucjonalizowanych i stosowanych w skali międzynarodowej zasad postępowania konsyliacyjnego. Do najważniejszych przykładów zbiorów takich zasad zalicza się UNCITRAL Conciliation Rules, ograniczoną w treści regulację opracowaną przez Sąd ICC w ramach ogólnych Rules of Conciliation and Arbitration, ujętą w rozdział pt. „Optional Conciliation”, a także ICSID Conciliation Rules.

Mediacja i konsyliacja jako formy ADR są od dawna stosowanymi metodami rozwiązywania sporów, także na skalę międzynarodową, nawet pomimo ograniczonego uregulowania i sformalizowania ich zasad. Nadal jednak stosowane są znacznie rzadziej niż arbitraż. Przykładowo, w 1990 r. ICC otrzymało tylko 8 wniosków o konsyliację, w porównaniu do 365 o arbitraż. Znacznie częściej niż każda inna forma, mediacja to wybrany i sprawdzony sposób rozstrzygnięcia sporów pomiędzy stronami, którymi są państwa, szczególnie zaś lubiana jest w Chinach, Japonii i innych państwach Azji.

Konsyliacja, mediacja i inne formy ADR różnią się od arbitrażu tym, że podjęta tą drogą decyzja rozstrzygająca spór nie ma mocy wiążącej ani nie może być egzekwowana wbrew woli stron. Liczą się w takich przypadkach, bardziej niż kiedykolwiek, inne formy nacisku na podmioty gospodarcze niewywiązujące się z tak ustalonych zobowiązań.

Formy ADR nie są z pewnością dla stron dążących do konfrontacji w sądzie, ale dla podmiotów skłonnych do podjęcia próby negocjowania kompromisowego rozwiązania. W przypadku fiaska postępowania, w myśl zasad wybranej techniki ADR, strony nadal mają otwartą drogę przekazania sporu do rozstrzygnięcia w postępowaniu arbitrażowym lub sądowym. Z jednej strony, dodaje to etap w procesie rozstrzygnięcia sporu wraz z dodatkowymi kosztami i zwłoką w czasie, ale z drugiej strony daje stronom szansę zawarcia ugody.

Ograniczenia w zakresie stosowania technik ADR generują nie tylko stanowiska stron wobec sporu, ale również zakres przedmiotowy spraw, które mogą być poddane pod rozstrzygnięcie w tej formie. Aktualnie, najszerszy zakres zastosowania tych metod ma miejsce w sporach w zakresie spraw gospodarczych, pracowni-

czych, niektórych cywilnych, w tym kontraktowych i odszkodowawczych, a w niektórych stanach USA także majątkowych małżeńskich.

ADR może występować w różnych formach, których lista nie jest zamknięta. Do najbardziej znanych i popularnych należą:

1) „The Neutral Listener Agreement” („NLA”)

Instytucja Center for Public Resources (CPR) w USA, która od lat odgrywa w tym kraju ważną rolę w promowaniu stosowania technik ADR do rozstrzygania sporów, stworzyła typ „NLA”, która w praktyce stanowi sformalizowaną formę procedury mediacji.

Zgodnie z zasadami „NLA” strony zgodnie wybierają osobę, która w danym postępowaniu pełnić ma wobec nich rolę tzw. „neutralnego słuchacza” („neutral listener”), a następnie każda ze stron sporu konfidencjonalnie przedstawia tej osobie najlepszą w jej ocenie propozycję rozwiązania problemu.

Po przeanalizowaniu tych propozycji „neutralny słuchacz” informuje następnie strony, czy uważa propozycje te za znacząco podobne lub częściowo pokrywające się, albo też pozostające w granicach rozwiązania możliwego do ustalenia w toku dalszych negocjacji.

Dalej też, jeżeli „neutralny słuchacz” jest zdania, że postępowanie polubowne osiągnęło fazę możliwości kontynuowania negocjacji, zgodnie z wolą stron, pomaga on stronom w tym procesie, w celu zbliżenia stanowisk ku ostatecznemu porozumieniu.

2) Miniproces („Mini-trial”)

Istnieje wiele odmian tego typu ADR, ale u podstaw wszystkich leży ta sama koncepcja organizacji negocjacji. Tu w skład orzekający wchodzi po jednym członku zarządu każdej ze stron oraz niezależna osoba trzecia zwana czasami „niezależnym doradcą” („neutral adviser”).

Na wstępie strony spotykają się w celu uzgodnienia podstawowych zasad i reguł postępowania, zgodnie z którym zadaniem wstępnym jest selekcja ilości dokumentów do ujawnienia przez strony, określenie czasu potrzebnego każdej z nich na przygotowanie opisu sprawy oraz jej prezentację. Następnie wyznacza się termin rozprawy, która zwykle nie powinna trwać dłużej niż dwa dni. Na rozprawie każda ze stron relacjonuje sprawę, po wysłuchaniu czego przedstawiciele kierownictwa obu stron spotykają się, aby wspólnie ustalić warunki porozumienia.

Jednocześnie, na żądanie stron, niezależny doradca może opracować opinię w przedmiocie perspektyw rozstrzygnięcia sporu w przypadku wystąpienia ze sprawą na drogę postępowania sądowego. Po zapoznaniu się z opinią niezależnego doradcy strony mogą podjąć próby dalszego negocjowania porozumienia.

To postępowanie, zwane czasami jako negocjowanie kompromisu („compromise negotiation”), jest poufne i nie można odwoływać się do jego wyniku w ja-

kimkolwiek przyszłym postępowaniu sądowym. Z drugiej strony, materiał dowodowy, który do czasu procesu sądowego pozostałby nieujawniony, staje się dla strony przeciwnej dostępny w przypadku podjęcia negocjacji w formie „mini-procesu”.

3) „Michigan Mediation” („MM”)

W rzeczywistości ta technika ADR nie jest wcale mediacją, lecz dodatkową formą procesu, do którego strony zobowiązane są przystąpić zgodnie z polityką procesową w danym państwie, jako sposobu szybkiego rozstrzygnięcia sporów przed wdnaniem się w spór we właściwym postępowaniu sądowym. Ten sposób rozstrzygnięcia sporów został wprowadzony w stanie Michigan w latach 70. i do dnia dzisiejszego stosowany jest z powodzeniem także w kilku innych jurysdykcjach stanowych.

Pojawienie się i wprowadzenie takiego sposobu rozwiązywania sporów zostało wymuszone potrzebą odwołania się do alternatywnych technik rozstrzygnięcia sporów wobec nagłego wzrostu liczby procesów sądowych w Okręgu Sądu Hrabstwa Wayne, w stanie Michigan. Obecnie, ten rodzaj postępowania przyjęło się nazywać „Michigan Mediation” („MM”).

Sądy w stanie Michigan prowadzą listę prawników, których uznaje się za mogących być powołanymi do roli mediatora w takim postępowaniu.

W przypadku przystąpienia do rozstrzygnięcia sporu przy wykorzystaniu tej techniki, pełnomocnicy każdej ze stron wybierają swojego mediatora, którzy z kolei wybiorą trzeciego do składu orzekającego. Następnie urzędnik sądowy ds. mediacji wyznacza czas i miejsce rozprawy w procesie mediacji, o czym zawiadamia uczestników postępowania: mediatorów i strony.

Na 10 dni przed rozprawą strony przedkładają mediatorom dokumenty wraz z krótkim opisem ich stanowiska i oceną okoliczności faktycznych i prawnych sprawy.

Na rozprawie pełnomocnikom stron umożliwia się wdnanie w spór oraz argumentowanie stanowiska ich klientów w sprawie. Argumenty te są z natury związane i mogą stanowić mieszankę okoliczności faktycznych i przepisów prawa. Wysłuchanie każdego z pełnomocników trwa zwykle nie dłużej niż 1 godzinę. Zgodnie z przepisami wymaga się, aby mediatorzy wydali decyzję w sprawie w ciągu 10 dni po rozprawie. Często jednak decyzja bywa ogłoszona zaraz po zakończeniu rozprawy.

Następnie, strony mają 20 dni na przyjęcie lub odrzucenie decyzji mediatorów.

Uchybienie temu terminowi przez upływ czasu, w przypadku odrzucenia decyzji rozstrzygającej spór, uważa się za jej akceptację. Jeżeli żadna ze stron nie odrzuci decyzji mediatorów, sąd wydaje na jej podstawie wyrok.

W przeciwnym wypadku, gdy choć jedna ze stron odrzuci orzeczenie mediacyjne, sprawa trafia na wokandę i podlega rozstrzygnięciu zgodnie z przepisami normalnego postępowania sądowego. Wówczas orzeczenie mediacyjne załącza się do

akt sprawy w zamkniętej, opieczetowanej kopercie, której nie otwiera się do chwili zamknięcia postępowania i wydania wyroku w sprawie.

W sytuacji, gdy obie strony odrzucą jednogłośnie orzeczenie mediacyjne, a następnie wyrokiem sądowym zostanie zasądzona kwota w granicach do 10% powyżej lub poniżej określonej w orzeczeniu mediacyjnym, wówczas każda ze stron zobowiązana jest ponieść sama własne koszty procesowe. W przypadku zaś innego wyroku, tj. gdy zasądzona kwota jest ponad 10% wyższa niż określona orzeczeniem mediacyjnym, koszty procesowe, będące sumą kosztów obciążających strony za każdy dzień obu etapów rozstrzygnięcia sporu, ponosi pozwany. Odwrotnie zaś, gdy zasądzono wyrokiem kwotę poniżej 10% kwoty ustalonej w orzeczeniu mediacyjnym, koszty i opłaty procesowe ponosi powód.

„Michigan Mediation” jako sposób rozstrzygnięcia sporów zostało zaaprobowane również przez Sąd Apelacyjny Stanu Michigan w sprawie *Rhea v. Massey-Ferguson* (6th Circ. 1985/767F.2d 266). W kolejnym orzeczeniu w sprawie *Tiedel v. Northwestern Michigan College* (6th Circ. 1988/865F.2d 88) Sąd ten wypowiedział się, iż koszty procesowe zasądzone w sposób opisany powyżej mogą obejmować wszystkie rzeczywiste wydatki i opłaty poniesione przez strony, z wyłączeniem jednak wynagrodzenia pełnomocników strony wygrywającej, gdyż to byłoby niezgodne z przepisami prawa federalnego stanu Michigan.

4) „Summary Jury Trial” (SJT)

W postępowaniu typu SJT decyzję rozstrzygającą spór podejmuje trybunał składający się z 6 niezależnych, bezstronnych osób pełniących rolę jurorów, a dobranych przez strony niekoniecznie spośród prawników, a nawet dowolnie dobranych, przysłowiowo spośród przechodniów na ulicy.

Podobnie jak w postępowaniu typu „Mini-trial”, menedżerowie, kierownicy i/lub członkowie zarządu firm w sporze przysłuchują się przesłuchaniu stron na rozprawie celem zapoznania się z materiałem dowodowym, wysłuchania niewiążącego stron orzeczenia jurorów, a następnie negocjowania w oparciu o to orzeczenie porozumienia. Należy przy tym zaznaczyć, iż jurorów nie uprzedza się o tym, iż ich orzeczenie może być odrzucone przez strony.

Na rozprawie, zgodnie z ustalonymi przez strony zasadami i regułami przebiegu postępowania, pełnomocnik każdej ze stron (tak jak w „mini-trial”) wyjawia dowody i przedstawia argumenty w sprawie w formie krótkiego referatu. Zwykle każdej ze stron przysługuje 1 godzina na przedstawienie jej stanowiska w sprawie, co tak jak w postępowaniu typu „Michigan Mediation” może stanowić mieszankę faktów i przepisów prawa.

Po przesłuchaniu pełnomocników stron jurorzy udają się na debatę. Jurorzy mogą wydać orzeczenie przyjęte jednomyślnie lub też oddzielne orzeczenia wyrażające stanowisko poszczególnego jurora, tak względem odpowiedzialności jak i odszkodowania.

Strony, oraz ich pełnomocnicy, na piśmie mają prawo zwracać się do poszczególnych jurorów z pytaniami w kwestii wydanych przez nich orzeczeń.

SJT jest specjalnie zaprojektowany w sposób dający stronom wyobrażenie prawdopodobnego postępowania sądowego lub arbitrażowego, które ewentualnie mogłoby mieć miejsce w przypadku trwania sporu, tu jednak bez angażowania czasu, pieniędzy i bez wiążącego strony orzeczenia.

O ile strony są uprawnione do dochodzenia i otrzymania ostatecznego wyroku na drodze postępowania sądowego, już próba rozstrzygnięcia sporu metodą SJT wielokrotnie kończy się zawarciem kompromisowego dla stron porozumienia.

Przykładowo, badania przeprowadzone w styczniu 1984 r. wykazały, że ponad 90% spraw przedstawionych do rozstrzygnięcia przez SJT w Okręgu Północnego Ohio zostało zakończonych przed przekazaniem sprawy do sądu.

5) Postępowanie na podstawie ostatniej oferty arbitrażowej (Final Offer Arbitration)

Technika ta polega na tym, że każda ze stron przedstawia trybunałowi arbitrów swoje roszczenia pieniężne, z których jedno trybunał musi zaakceptować i zasądzić bez własnych modyfikacji.

Strony są jednak zobligowane do wyraźnego określenia i zawężenia swoich żądań, gdyż muszą się liczyć z tym, iż określenie żądań z przekroczeniem rozsądnej granicy, jako nadmiernie wysokich, może spowodować wybór przez trybunał rozstrzygnięcia na korzyść drugiej strony. Taki proces zawężania przez strony ich spornych żądań zwykle skutkuje zawarciem porozumienia, gdyż w praktyce dalsze negocjowanie rozstrzygnięcia problemu nie jest warte ponoszenia przez strony dodatkowych kosztów.

Technika ta jest zwykle wykorzystywana w negocjowaniu kontraktów przez i na rzecz zawodowych sportowców (głównie lekkoatletów) w USA.

6) Metoda zwana „rent-a-judge”

W tym systemie rozstrzygania sporów, opracowanym w Kalifornii, Nowym Jorku i kilku innych stanach USA, pozycja procesowa stron sporu regulowana jest przepisami proceduralnymi. Na podstawie porozumienia strony mogą zwrócić się do sądu o wyznaczenie sędziego-arbitra, zwykle emerytowanego sędziego, który następnie przewodniczy nieformalnemu procesowi i wydaje orzeczenie. Orzeczeniu temu może być nadana przez sąd moc wiążąca i następnie może być ono podstawą do egzekucji należności.

Podsumowanie

Przedstawione wyżej przykłady rozstrzygania sporów przy zastosowaniu tzw. technik ADR opierają się na doświadczeniach i metodach wypracowanych w USA, lecz byłoby błędem wnioskować, że stanowią czysto amerykański fenomen. Techniki ADR, które w pierwszych latach instytucjonalnego bytu były najszerzej wykorzystywane w USA, z biegiem lat znalazły zastosowanie w jurysdykcjach w innych częściach świata jak Kanada, Australia, w tzw. Pacific Rim oraz w Europie.

Przykładowo w Szwajcarii, w ZÜRICHU, techniki z grupy „mini-trial” funkcjonują od 1984 r. (choć raczej rzadko) na podstawie przepisów opracowanych przez Izbę Handlową w ZÜRICHU.

Zgodnie z ww. przepisami, w sporze rozstrzyganym w drodze „mini-trial” powołany trybunał wysłuchuje stanowisk stron i proponuje polubowne rozstrzygnięcie sporu. Jeżeli w określonym czasie strony nie porozumieją się w zakresie ugodowego zakończenia sporu, trybunał przekazuje swą propozycję rozstrzygnięcia jako niewiążącą rekomendację orzeczenia, które strony mogą zaakceptować lub odrzucić.

W zestawieniu z tradycyjnymi aspektami procedury postępowania sądowego i praktyki, jego przewlekłości, ADR kładzie nacisk na możliwość szybkiego rozstrzygnięcia sporów m.in. poprzez wymuszenie zaangażowania kierownictwa, jak i pracowników spierających się firm w proces mediacyjny, oraz ustalenie nieprzekraczalnych limitów czasowych takiego postępowania.

Zastosowanie procesów określanych ogólnie mianem ADR zmusza strony do ustalenia przez nie ich słabych i mocnych stron w danej sprawie, przede wszystkim na szczeblu organów zarządzających firmą niż na poziomie zawodowych doradców, a następnie do spotkania „twarzą w twarz”, celem lepszego zrozumienia stanowiska drugiej strony, aby następnie móc skutecznie negocjować porozumienie.

Praktyka dowodzi, iż w takich okolicznościach szanse rozstrzygnięcia sporu poza sądem znacząco rosną.

BEZ TOGI



Stanisław Mikke

Mediokracja

Czym są, jaką rolę spełniają wolne środki przekazu możemy przekonywać się codziennie od kilkunastu lat. Jak wyglądałaby nasza rzeczywistość, gdyby nie one? Narzekamy na nie, nie raz, nie dwa, bo dość często potężnie na to zasługują. Ale to im zawdzięczamy, że żaden niecny – obojętnie kim jest, niezależnie z czyjej poręki piastuje urząd lub funkcję – nie może już czuć się bezpiecznie. A wielu *źle czyniących* zostało skutecznie pozbawionych możliwości szkodzenia. I za to chwała dziennikarzom.

Ale tak to już jest z wolnością, bywa zarówno ku dobremu, jak i złemu. Znamy wypadki dziennikarskiej, niebezpiecznej ignorancji, wiemy o przypadkach skrajnej nieodpowiedzialności i skandalicznego niedbalstwa, a także spotykanych faktach złej woli przedstawicieli czwartej władzy. Władzy mogącej zabić cywilnie ... każdego. Dodajmy, także każdego niewinnego.

Do niedawna jednak mało kto wiedział o tym, że są dziennikarze, którzy wstąpili, jeśli wierzyć gazetom, na inną drogę i działają po „ciemnej stronie księżyca”, by sięgnąć po tytuł słynnej płyty legendarnego zespołu *Pink Floyd*.

Oto bowiem w *Gazecie Wyborczej* w pierwszej dekadzie września ukazał się (nie, nie na pierwszej stronie, choć wiadomość na skalę największych sensacji, ale na dziesiątej, jak gdyby trochę wstydliwie), niewielki tekst zilustrowany czarną postacią diabła? z piórem w rękę, zatytułowany: „Pióra do wynajęcia”. Mowa w nim o firmie, z którą związani są wcale wybitni publicyści, do niedawna zaangażowani w dziennikarstwo śledcze. Owa spółka, specjalizując się w tzw. czarnym PR (*black public relation*) ma przyjmować zlecenia – jeśli wierzyć doniesieniom prasowym, bo wszystko zaczyna już pachnieć niewiarygodnością – na kompromitowanie konkretnych osób lub firm.

Autor artykułu cytuje, anonimowego niestety dziennikarza, który opowiada, jak właśnie z tej spółki *pi-arowskiej* otrzymał kopie dokumentów i tak zwany *draft*, czy-

li, ni mniej, ni więcej, tylko gotowy projekt artykułu, który dezawuował konkurenta jednej z największych polskich firm. Nie napisał tekstu, bo *pi-arowiec* zbyt często pytał, co się dzieje z tym tekstem i dziennikarzowi zaczęło „wszystko śmierdzieć”. Ze zdziwieniem wkrótce stwierdził, że cykl artykułów na ten temat, podpisanych pseudonimem, ukazał się w jego piśmie.

Praktyki *pi-arowskiej* spółki wyszły jednak z cienia wówczas, gdy krakowski prokurator prowadzący śledztwo w sprawie mafii paliwowej zawiadomił przełożonych, że firma działająca po „ciemnej stronie mocy” ma zlecenie na jego kompromitację.

Czy to możliwe? Świetni dziennikarze na usługach przestępców?

Czyż nie przypominałoby to – przy, rzecz jasna, wszelkich odmiennościach – wiązanie się byłych milicjantów i funkcjonariuszy Służby Bezpieczeństwa (najczęściej niezwyfikowanych po 1989 r.) oraz brygad antyterrorystycznych ze światem przestępczym, także tym najbardziej brutalnym? To oni, byli funkcjonariusze, znakomicie znający mechanizmy, wszystkie metody działania ze słabościami włącznie (zwłaszcza o te słabości zazwyczaj chodzi) organów porządku, mający z nimi niewygasłe związki, dlatego tak cenni dla nowych mocodawców, dlatego tak niebezpieczni dla otoczenia.

„Walutą najbardziej poszukiwaną jest dostęp do mediów” – piszą w jednym z jesiennych numerów *Newsweeka* autorzy tekstu pt. „Lobbing bezpośredni” dodając: „Bo to dziennikarze i media wpływają na oceny, wyniki sondaży a nawet pracę prokuratorów”. Z artykułu kontynuującego wątek czarnej reklamy można dowiedzieć się, że „wynajmowana za grube pieniądze (...) mała, ale wyspecjalizowana w wywieraniu nacisku na media spółka, staje się graczem, z którym trudno nawiązać wyrównaną walkę nawet bardzo wpływowym politykom”. I dalej, że jako byli dziennikarze, ludzie tej spółki, znani z agresywnych działań tym bardziej są skuteczni, że „świetnie znają słabe punkty ludzi mediów”.

Publikacja *Newsweeka* dotyczy sprawy *Orlenu* i spółki *J&S Holding Limited*. O współpracę z *J&S* miała zabiegać rzeczona spółka *pi-arowska*, która według jej twórców jest firmą „działającą w sytuacjach kryzysowych”. Jednocześnie wspólnicy stanowczo zaprzeczają, aby inspirowali lub podrzucali dokumenty i teksty w ramach „czarnej propagandy”, dlatego też po publikacji *Gazety* podobno poszli szukać sprawiedliwości w sądzie.

Niezależnie od tego, czy firma *MDI* (Media Doradztwo Informacja) ma coś wspólnego z *black public relation*, na czarną reklamę rzucono nieco światła. Kolejna publikacja *Gazety Wyborczej* pokazuje, że problem (nie sprawa, kwestia czy zagadnienie, ale właśnie problem), rzeczywisty, a nie zmyślony istnieje. Ba, z wypowiedzi wybitnych dziennikarzy wynika, że firmy PR-owskie działają sobie w najlepsze i nie bardzo wiadomo, co z tym zrobić. W tej niby sondzie *Gazety* dziennikarz z *Newsweeka* mówi: „Biznesmen był w polu zainteresowania znanej firmy PR-owskiej, pracującej dla jego konkurentów, która «obstalowała» tekst w redakcji”. Publicysta *Polityki* natomiast omawiając inny przypadek pyta: „Czy nie mamy tu

właśnie do czynienia z problemem skutecznego PR (czarnego?) wobec innego PR (też czarnego?)”. Co to może oznaczać? „Bratobójczą” walkę profesjonalistów od czarnego PR na kształt i podobieństwo porachunków między gangami. Jeszcze inny, znany dziennikarz *Rzeczpospolitej* mówi o, jego zdaniem, ewidentnym i spektakularnym przypadku czarnego PR, kiedy to za kampanią oczerniania komercyjnej stacji radiowej stać miał jeden z członków Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Z wypowiedzi nie wynika, czy wysoki rangą urzędnik państwowy korzystał z usług czarnych *pi-arowców*, w końcu byłoby to ciekawe, wiadomo natomiast, iż nadal znajduje się w ministerialnych widelkach, a jego publiczne wypowiedzi świadczą, iż na wyśmienitym samopoczuciu mu nie zbywa.

Jak więc chronić się przed manipulacjami specjalistów od czarnej propagandy, zastanawiają się dziennikarze na łamach *GW*.

„PR-owskie akcje robione rękami dziennikarzy są tak koronkowe, że trudno je wychwycić” – mówi jeden z rozmówców. – „Na pewno warto byłoby o tym pisać jak o każdym innym zjawisku. Ale to jest bardzo trudne, bo pisze się o konkurencji i łatwo być posądzonym o to, że broniąc dobra publicznego, wygrywa się grę w interesie własnego tytułu lub wydawcy”.

Cóż zatem pozostaje? Czy jesteśmy skazani nie tylko na mediokrację, lecz i jej wypaczenia, na manipulacje lobbingiem pośrednim, bezpośrednim i nie wiadomo jeszcze jakim? Nie dość, że władza w rękach środków przekazu ogromna, to teraz dochodzi już trwałe podejrzenie, iż w jakiejś znaczącej części znajdują się w „czarnej mocy”. Wydaje się, że nawet wyrobiony czytelnik jest całkowicie bezradny i nie jest w stanie rozróżnić prawdziwego, uczciwego dziennikarstwa śledczego, od „sponsorowanego”, za którym stoi czarna postać, czy też sterowanego przez służby. O istnieniu tegoż ostatniego wiele w cytowanej publikacji.

W tym zamęcie, w rezultacie chaosu, w którym trudno tak naprawdę zorientować się *kto zaczął*, musi pojawić się pytanie, czy mamy do czynienia z wolnymi mediami w zwyczajnym rozumieniu tego słowa? I tak dochodzimy do jednego jeszcze pytania: czy warto czytać gazety? Cóż, chyba jednak czytać. Ale z właściwą dozą krytycyzmu i może niech w tle płyną, choćby od czasu do czasu, melodia i słowa niezwykłego zespołu *Pink Floyd* z niezmiennie niezwyklej od ponad trzydziestu lat płyty „*The Dark Side Of The Moon*”, która dziś towarzyszy mi przy pisaniu.



Marian Filar

PROGNOZA POGODY

Ostatnie dni lata były ciepłe, a nawet gorące. Jesień zapowiada się jednak jeszcze goręcej. Nie, nie, to nie prognoza meteorologiczna. To prognoza polityczna. Politycy i skupiające ich partie polityczne nie znoszą zimna. Zwłaszcza zimnego oddechu wyborców na karkach przed zbliżającymi się szybkimi krokami wyborami. Bo zimny oddech rozwścieczonego wyborcy na karku oznacza koniec marzeń o politycznym bisie na Wiejskiej. A to oznacza dla wielu, bardzo wielu twardy, bardzo twardy powrót na łono tzw. szerokiego elektoratu. Taka nieoczekiwana *zmiana miejsca* (pamiętamy ten zabawny film amerykański!) to dla wielu coś na kształt transformacji z krwiopijcy w krwiodawcę. No to trzeba ten zimny oddech ocieplić. A najlepszym sposobem ocieplenia oddechu jest rozgrzanie wyborcy od środka obietnicą spełnienia jego życzeń i zrobienia mu dobrze. Nic więc dziwnego, że grupa „ocieplaczy” rośnie w oczach, a laska marszałkowska pęcznieje w oczach od napływu nowych projektów legislacyjnych mających wyborcę od środka ogrzać. Ba, ale sęk w tym, iż każdego rozgrzewa coś innego. I co gorsza, co jednego rozgrzeje, to drugiego oziębi. No, może z jednym wyjątkiem: podatków! Bo podatków nikt nie lubi płacić. No i mamy kilka projektów „reformy” (tfu!) podatkowej. Tylko i tu mały problem. Najlepiej postulować obniżenie podatków wszystkim. Ale to już szyte zbyt grubymi nićmi i na to się nikt nie da złapać. Żeby obniżyć jednemu, trzeba podwyższyć drugiemu. A że na tym świecie więcej biednych niż bogatych – obniżyć trzeba biednym, a podnieść bogatym. A jak! A że z matematyki wychodzi, że biedni na tej operacji zyskaliby mniej więcej na butelkę piwa? Kto by się tym przejmował! Grunt, że masowy elektorat trochę się rozgrzeje. Na rozgrzewanie dobrzy są też ostatnio pedofile. No bo kto lubi pedofilów i kto by nie chciał im dokopać. No i mamy projekt ustawy „Młot na pedofili”, której patronuje obrotna posłanka P;

gdyby jednak projekt w jego obecnym kształcie został uchwalony, prawdziwe nieszczęście spadłoby nie tyle na owych demonicznych pedofili, tylko na tych, co projekt ten jako obowiązujące prawo mieliby stosować w praktyce i w tej sprawie trzeba by się odwołać do Episkopatu, jako najwyższej w Polsce instancji, w której kompetencjach leżą sprawy cudów.

Ludziska w Polsce przyzwyczajeni są do tego, że jak dają, trzeba brać. A potem jakoś to będzie. Ludziska ponabierali więc kredytów, a że z czytaniem, a zwłaszcza z rozumieniem tego co się przeczytało u nas ciężko (zwłaszcza jeśli napisane małymi literami), popodpisywali jakieś papiery nie myśląc o tym, że pożyczki trzeba z odsetkami oddać. No i powpadali w tzw. pętlę zadłużenia. Ale od czego „ocieplacze”? No i mamy projekt wprowadzenia tzw. odsetek maksymalnych. Kto odważy się żądać odsetek wyższych niż to ustali Rada Ministrów, pójdzie siedzieć! Deja vu, deja vu, moi mili. Już to ćwiczyliśmy z wiadomym skutkiem. I szybko jakoś zapomnieliśmy, że ze wszystkimi Radami Ministrów i jej ustaleniami w tzw. minionej epoce wygrała tzw. „baba z cielęcina” i „babcia meliniarka” zamieniające w niwecz sławetne kartkowe wygibasy i „sec hours” pewnego Pana Generała. I że w wolny rynek i swobodę umów na tym rynku wynikającą z żelaznego prawa podaży i popytu, nie ma co pchać paluchów, bo się je narazi na szwank.

No, ale rekordy pobiła tu pewna wpływowa partia na razie opozycyjna, która już chyba niedługo skieruje do napęczniałej do granic wytrzymałości laski marszałkowskiej istny projekt-dynamit! Projekt redukcji wszystkiego! Sejmu, Senatu, immunitetu i czegoś tam jeszcze. I tej właśnie partii wróżę duży sukces w rozgrzewaniu. Bo w Polsce najbardziej cieszy nie własne szczęście, tylko cudze nieszczęście!

Zanim więc zredukujemy wszystko wokół, ja też (a co, czy ja od macochy!) zgłaszam do laski swój projekt. Trzeba znowelizować Konstytucję. I wprowadzić doń jeden nowy przepis: „na pół roku przed zakończeniem kadencji zabrania się posłom i ich partiom wносить jakiegokolwiek projekty ustaw”. Nawet jeśli nadchodzi sezon grzewczy.



Andrzej Bąkowski

Norman Davies: „Powstanie 44”

Nie zawiodłem się na Normanie Daviesie. Nie na darmo tej książki oczekiwałem. Może „Powstanie 44” nie jest rewolucją w sferze faktów historycznych dotyczących samego Powstania Warszawskiego, jego przebiegu i traumatycznego zakończenia. Natomiast jest na pewno w tej publikacji, wielkiej nie tylko objętościowo (958 stron, Wyd. Znak, 2004 r.), przede wszystkim zaś doniosłej w wymiarze politycznym, i nie bójmy się tych słów (Davies się ich nie obawia), moralnym i patriotycznym coś, czego dotychczas w historycznych lekturach „powstańczych” nie mogliśmy się doszukać. Oto wybitny historyk, uznany światowy autorytet, Walijczyk, obywatel Zjednoczonego Królestwa, w głośnej publikacji przejrzystym tekstem powiedział, że „Powstanie 44” od początku wprawdzie było obarczone ryzykiem, ale nie było aktem desperackim, lekkomyślnym lub tym bardziej zbrodniczym. Nie wykluczało zwycięskiego zakończenia, gdyby nie fatalna postawa względem niego USA, Wielkiej Brytanii i „sojusznika naszych sojuszników” ZSRR. Ta trójka mocarstw koalicji antyhitlerowskiej praktycznie nie zrobiła nic, by Warszawie, Polsce, pierwszemu aliantowi Zachodu w walce z nazistowskimi Niemcami pomóc w krytycznej godzinie dziejowej.

Analiza wszystkich dostępnych źródeł historycznych pozwoliła autorowi na wyraźne sprecyzowanie tezy, że „tragedia Powstania Warszawskiego była skutkiem ogólnego załamania w łonie Wielkiego Sojuszu ... zbyt mało uznania i szacunku okazano służbie i ofierze lojalnego sojusznika (Polsce). Zbyt łatwo było krytykować tych, którzy przegrali. Zbyt wygodnie było opinii Zachodu pławić się w fałszywym blasku naszej nieomyślności. Albowiem Polacy, bez własnej winy, dostali się w pułapkę nie tylko bezwzględnej przemocy Hitlera i Stalina, ale także

sojuszu z Zachodem, który okazał się tak bardzo jednostronny. Odnieśliśmy znaczne korzyści z podjętych przez Polskę wojennych trudów. Natomiast Polska nie odniosła korzyści z trudów poniesionych przez nas. I to trzeba było powiedzieć”. I Davies to właśnie powiedział. Uważam, że jest to główne przesłanie jego publikacji.

Osadzając to wielkie wydarzenie w najszerszej panoramie ówczesnych stosunków międzynarodowych odkrywa przed nami nowe obszary ocen Powstania. Polscy historycy i publicyści, znawcy przedmiotu albo winą obarczali przywództwo Powstania za jego wybuch i przebieg, albo zbyt łatwo i powierzchownie przypisywali jego tragiczny finał zdradzie sojuszników zachodnich. Ale przecież Przywódcy powstania i jego siły zbrojne działali w ramach wielkiego sojuszu. Warszawski Korpus AK był częścią sił sojuszniczych, miał swoje obowiązki i swoje prawa. Miał swoje niepodważalne prawo w szczególności w ramach tego sojuszu do udzielenia mu pomocy. Davies pisze trafnie, że zbyt łatwo polscy autorzy zminimalizowali rolę i istotę sojuszu alian-tów i skierowali swoje zarzuty przeciwko polskim uczestnikom dramatu.

Z ocen publikacji Daviesa dokonanych na światowym forum recenzenckim wynika, że zasługą autora jest „wyjęcie Powstania z zaściankowego polskiego kontekstu zagadki, czy było słuszne czy nie, i lokuje je zdecydowanie w samym środku polityki alianckiej, gdzie jest jej prawdziwe miejsce” („Spectator” A. Zamoyski z 3 listopada 2003 r.).

I w tym samym duchu, ale ostrzej „To nie Polacy ponosili główną odpowiedzialność za tragedię, ale Wielki Sojusz Wielkiej Brytanii, Ameryki i Związku Sowieckiego” (S. Wagstyl „Financial Times” z 8 listopada 2003 r.).

Jeszcze jedno ważne stwierdzenie autora: „Ostatecznie zdecydowałem, że podstawowe pytanie, jakie należy postawić (pisząc o Powstaniu 44) brzmi nie „dlaczego powstańcy nie zdołali osiągnąć swych celów?”, lecz „dlaczego w ciągu dwóch miesięcy wahań i deliberacji zwycięscy alianci nie zorganizowali pomocy?”.

I o tym też jest ta publikacja.

Ramy tego tekstu oczywiście nie pozwalają na podjęcie wielu bogatych w szczególności wątków rozjaśniających obszar faktograficzny i ocenny Powstania Warszawskiego.

Gdy w ciągu tych dwóch miesięcy 1944 roku na ulicach zrujnowanej Warszawy konała suwerenność II Rzeczypospolitej, uczestnicy Powstania, jego żołnierze mieli świadomość, że walczą o wolność i honor ojczyzny, że zadają również ciężkie straty Wehrmachtowi. Davies wielokrotnie podziela te przeświadczenia żołnierzy powstańczych. Dlatego też nie ma żadnych powodów, aby Polacy sami umniejszali swój wysiłek zbrojny w II Wojnie Światowej (*vide* J. Majcherek, „Rzeczpospolita” z 14 września 2004 r. „Pułapki polityki historycznej”). Narwik, Tobruk, Monte Cassino, Powstanie Warszawskie nie były tylko mało znaczącymi epizodami batalistycznymi. Miały swój wojenny ciężar strategiczny czy choćby taktyczny. Prawdziwy wymiar jednakże tych kampanii, wymiar moralno-patriotyczny leży u podstaw



Waszyngton, czerwiec 1944
Roosevelt mówi
do premiera Mikołajczyka:
„Twój kraj wyjdzie z tego
undiminished (nieuszczerplony)”
(N. Davies: „Powstanie 44” wyd. Znak)

świadomości wolnościowej Polaków podczas długiej nocy PRLu. Nie pozwalał by rany zadane narodowi polskiemu „zarastały błoną podłości”.

Davies nie jest również bezkrytyczny w swoim opisie Powstania w stosunku do strony polskiej. Odnotowuje te rozbieżne, czasem chaotyczne, niestety, decyzje za i przeciw Powstaniu, zagubienie się w przedmiocie nawiązania kontaktów z Armią Sowiecką, których ona zresztą nie chciała.

Wprawdzie Brytyjczycy zorganizowali nieszczęsnemu premierowi Mikołajczykowi wyjazd do Moskwy w końcu lipca 1944 r., „na dogadanie się” z nią, ale nie udzielili mu żadnego politycznego wsparcia, skazując misję na niepowodzenie. Była to ze strony Anglików ewidentna gra pozorów. To pozwoliło Mołotowowi podczas spotkania z Mikołajczykiem 31 lipca 1944 r. na zadanie brutalnego i obraźliwego pytania: „Po co Pan tu przyjechał?”. Równocześnie zapadały „fakty dokonane”. Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego, sowiecka kreatura polityczna, ustanawiał już swoje porządki w tzw. Polsce Lubelskiej. Wyłapywano żołnierzy AK i na ogół przymusowo wcielano do Armii Berlinga. „Smierz” gen. Iwanowa niepokornych zsyłał do obozów sowieckich w głąb Rosji. Wojskowe Sądy „polskie” rozpoczynały realizować swoje krwawe żniwo. Na korektę decyzji Stalina już było późno. On dobrze wiedział, że Armia Czerwona z jej siłą bojową jest dla Zachodu bezcenną wartością, dla której zachodni alianci nie narażą się forsowaniem „sprawy warszawskiej”. Roosevelta zajmowały już zupełnie inne problemy globalne, konferencje na temat Banku Światowego, Międzynarodowego Funduszu Walutowego (Bretton Wood), czy projekt Karty Narodów Zjednoczonych (Dumbarton Oax). Moźni tego świata już układali porządek powojenny. Bezczyność Roosevelta w sprawie Powstania była tak samo zgubna, zdaniem Daviesa, jak bezczyność Stalina.

Nawet SOE (Brytyjska Agencja ds. Współpracy z Ruchem Oporu w krajach europejskich), w godzinie próby brutalnie porzuciła kraj, który zbierała dla niej przez cały okres wojny, narażając życie setek polskich patriotów, najcenniejszy materiał wy-

wiadowczy. Ważniejsze już były wówczas inne teatry wojenne, Jugosławii czy Francji. Armia Krajowa dostała znikomy ułamek tego wsparcia materiałowego (broń, amunicja), które poszło gdzie indziej.

Trzeba było zatem historyka tej miary co Davies, aby przedstawił wreszcie światowej opinii publicznej prawdziwy wymiar Powstania Warszawskiego i okoliczności, w których działało. Dzieło ma szereg wydań na Zachodzie. Myślę, że i w Polsce osiągnie szczególną pozycję, nie tylko odświeżoną, z powodu obchodów 60-lecia wybuchu Powstania, oddając mu sprawiedliwość we wszechstronnym oglądzie, ale i rolę przesłania na przyszłość. Księgę Davies opatrzył mottem „*Warszawie oraz wszystkim, którzy walczą z tyranią bez względu na wszystko*”.

PROCESY ARTYSTYCZNE

Marek Sołtysik

POZA GRANICĄ KREACJI

Sto dziesięć lat temu „Kurier Warszawski” doniósł: „Od dzisiaj wystawa obrazu Władysława Podkowińskiego pt. «Szał uniesień» została zamknięta. Stało się to z następującego powodu. Artysta, przybywszy dziś rano na wystawę, zniszczył obraz przez pocięcie płótna w kawałki”.

Dlaczego? Przecież ta wystawa obrazu dwudziestoosmioletniego malarza, trwająca od 18 marca owego roku w Towarzystwie Zachęty Sztuk Pięknych, była sensacją! Plotki, otoczka sprawy... Jeżeli się należało do towarzystwa, można było autora opluwać w duchu, ale jego „Szał” trzeba było zobaczyć.

W jakich kategoriach rozpatrywać akt publicznego targnięcia się na własne dzieło? Na dzieło, którego powstanie poprzedziły setki szkiców oraz rozliczne studia?

To, co Władysław Podkowiński zrobił w Warszawie 24 kwietnia 1894 roku, będąc w pełni władz umysłowych, wywołało burzę komentarzy, ale ani do końca nie wyjaśniło motywu jego postępków, ani nie ustaliło granicy, za którą dzieło sztuki przestaje należeć i do artysty, i do jego natchnienia, fobii, ananke, a w tym wypadku – powiedzmy sobie jasno – do innej jeszcze osoby: do tej, która będąc wyobrażona na płótnie, nie była jednocześnie modelką. Modelką bowiem do jedynej ludzkiej postaci kompozycji – nagiej kobiety na rozbuchanym koniu – mogła być pierwsza lepsza, dobrze zbudowana dziewczyna, jedna z tych, których w ciężkich czasach malarz na warszawskim bruku specjalnie nie musiał szukać, aby skłonić do rozebrania się, następnie długotrwałego pozowania: stania (jak w prześlizgnięciu, naturalnej wielkości akcie „Konwalia”), leżenia czy kucania i do niczego poza tym. Naga modelka była tylko, hm!, środkiem pomocniczym do namalowania obrazu, tak samo ważnym jak pędzle, farby, spoiwa, werniksy, sztalugi, blejtram, płótno, malsztok i dobre światło z oszklonego sufitu mansardy. Modelka więc – może służąca czyjaś, kuchareczka, pokojówka, dziewczyna od modystki, lafirynda, a może porządna jedyna zdrowa osoba w rodzinie bezrobotnych – dawała sprawnemu artyście malarzowi możliwość stworzenia wizji kołatającej w głowie. I nie tylko w głowie.

Zanim stworzył „Szał uniesień”, obraz formatu 3 × 2,80 m, o którym od chwili wystawienia tak dużo się w „warszawce” mówiło, szeptało, a nawet powrzaskiwało, Podkowiński namalował mniejsze płótno pod znamienym tytułem „Oddaj mi

serce”. I jeden obraz, i drugi – to dzieła *par excellence* osobiste. Kto jego serce za-właszczył?

Ewa.

Tu się nie da niczego wytłumaczyć. Jedno spojrzenie – i stało się. Więc po to były te studia w warszawskiej Klasie Rysunkowej Gersona po porzuceniu Szkoły Technicznej Drogi Żelaznej Warszawsko-Wiedeńskiej, po to miesiące głodu i chłodu podczas studiów malarskich w Cesarskiej Akademii Sztuk Pięknych w Petersburgu, żeby do tego stopnia nie móc wyzwolić się z oków miłości, namiętności, czy może spod wpływu feromonów? Żeby niebawem podczas dziewięciomiesięcznego pobytu w Paryżu z renomą znakomitego rysownika w ogóle nie zabiegać o posadę ilustratora, tylko marudzić, że nad Sekwaną mdło!... Panu Władysławowi śpieszyło się do Warszawy, a konkretnie do graniczących ze sobą majątków Chrzesne i Mokra Wieś w radzymińskim powiecie, gdzie spędzały ciepłe miesiące siostry *de domo* Koskowskie: Ewa Miłoszowa Kotarbińska i Stanisława Julianowa Maszyńska – żony godnych malarzy, muzykalnych, ustawionych towarzysko i łagodnych, o kilkanaście lat starszych od Podkowińskiego, który po raz pierwszy, jako dwudziestotrzylatek, zobaczył panią Ewę w roku 1889, kiedy już była matką trzyletniego Tadeusza (potem znanego filozofa i logika). W roku następnym miał przyjść na świat jej drugi syn Mieczysław (późniejszy artysta malarz).

Szwagrowie Kotarbiński i Maszyński zaprosili po prostu do swoich dóbr, wniesionych w posagu przez żony, bardzo utalentowanego i modnego wówczas Podkowińskiego, nie przeczuwając, że ten przybyły z Paryża bez grosza emisariusz impresjonizmu do kraju, już wcześniej w pani Ewie zakochany, miał ich siłą rzeczy za filistrów. No bo tak: Julian Maszyński, jeszcze od czasów studiów w Akademii Monachijskiej przyjaciel księcia Witolda Światopełk Czetwertyńskiego, nie dość że na pniu sprzedawał swoje obrazy i zasiadał w komisjach oceniających dzieła innych, to jeszcze miał tyle wolnego czasu, że mógł śpiewać we współtworzonym ze szwagrem dobrym kwartecie i wespół z nim układać anachroniczne żywe obrazy (postacie na scenie w specjalnie uszytych kostiumach przez chwilę imitowały kompozycje mistrzów realistycznego malarstwa). Szwagier wspomniany, a mąż pani Ewy, Miłosz Kotarbiński, znany jako człowiek wielkiej kultury i o gołęmbim sercu, również malował, wystawiał i sprzedawał obrazy, a także nauczał malarstwa – a poza tym obaj, Maszyński i Kotarbiński, byli w Warszawie ubóstwiani i dzięki zaletom charakteru, i dzięki koneksjom rodzinnym. I oni, ci dobrzy panowie, wpuścili do swego świata kogoś, kto zagroził ich reputacji! Artyści przecież – więc jak to się stało, że nie wyczuli niebezpieczeństwa? Czyżby w natłoku *quasi-rozrywkowych* zajęć zlekceważyli fakt możliwości zaistnienia zjawiska, które Francuzi nazywają *coup de foudre*?

Dramatyczny czyn zniszczenia obrazu na publicznej wystawie nie był zdarzeniem zwykłym, a Zachęta, która na czas wystawiania obiektu przejęła przecież nad nim opiekę, była żywo zainteresowana zarówno dalszym biegiem wypadków, jak i

motywami, które mogły kierować artystą. (Na wystawie w tejsze Zachęcie cztery lata wcześniej Antoni Kurzawa strzaskał w kawałki własną rzeźbę „Mickiewicz budzący geniusza poezji”). Podkowińskiego zapewne dyskretnie ktoś śledził, w późniejszych przekazach znalazł się bowiem ślad donosu, że artysta, kiedy już zszedł z drabiny (zażądał jej wcześniej, tłumacząc, że przyszedł z zamiarem poprawienia *ad hoc* fragmentu obrazu, lecz gdy już był na górze, zamiast pędzla wyjął z kieszeni nóż), krążył bezładnie ulicami i zaułkami Warszawy, aż wreszcie o zmierzchu zupełnie wyczerpany rzucił się na murawę w parku. Gdyby świadkiem tego był ktoś życzliwy, pomógłby zaopiekować się nieszczęśnikiem. Obserwatorem więc mógł być albo wróg, albo szpicel, który patrzył i patrzył, jak delikwent leży i kisi się w mgielnych oparach, aż do momentu wiosennego przedświt, kiedy ten wstał i kaszłąc powłókł się do pracowni.

Nazajutrz w tej pracowni – w której jeszcze niedawno powstawały jego słoneczne weduty, malowane bezpośrednio z natury widoki z okna na Nowy Świat i Krakowskie Przedmieście – wysłannik „Tygodnika Ilustrowanego”, podpisujący się Urbanus, zastał widok, który go zmroził. Ściany były pokryte kirem, na tym straszyły porozwieszane rysunkowe studia kościotrupów, poszczególnych kości i czaszek, i wreszcie studia do obrazu „Taniec szkieletów”. W rozmowie z dziennikarzem Podkowiński nie wracał do zdarzenia w Zachęcie, które prasa zdążyła już nazwać to „śmiercią obrazu”, to „dziwnym widowiskiem”, to znów „protestem w imieniu sztuki” – „nowym objawem zwyrodnienia sztuki” wreszcie. Redaktor Urbanus sugestywnie opisał to, co zobaczył. Dzięki staraniom zaniepokojonego Feliksa Mangghi-Jasieńskiego, kolekcjonera i opiekuna współczesnych mu artystów, Podkowińskiego, u którego odnowiła się gruźlica płuc, codziennie odwiedzał lekarz. Manggha-Jasieński usiłował także wspomagać artystę moralnie... lecz już nie było rady. Podobno „Szał” miał być i dla malarza, i dla tej szalonej miłości, krzykiem, ostatnim wołaniem o pomoc – do jedynej kobiety, którą w życiu pokochał.

Czy była to miłość z wzajemnością...? Tu się nie plotkuje. Ale się wie, że w przypadku zamężnej kobiety, ustawionej w tym, a nie innym miejscu współczesnej jej rzeczywistości, żony, matki, córki i siostry oraz szwagierki, ziemianki przyzwyczajonej do wygod, próba odejścia z człowiekiem kochanym, wybitnie utalentowanym, pełnym żaru, lecz niezaradnym i bez grosza, mogłaby zabić.

Czy ona zobaczyła ten obraz? Zapewne tak; jej mąż i szwagier byli przecież we władzach Zachęty, nie wypadało nie przyjść na wernisaż. Przyszła z nimi, albo przyszła kiedy indziej, w woalce... I teraz pytanie: czy zupełnie naga, pysznie zbudowana kobieta, w której twarzy, w momencie porwania jej przez nieokiełznanego ogiera namiętności, jest sama seksualna rozkosz, w istocie przypominała ją... ją, o którą poszło przed dwoma laty? Czy Podkowiński korzystając z jakiejś płatnej modelki, malował tylko ciało, a postaci oszalałej z miłości kobiety domalował z pamięci twarz ukochanej, od której go zdecydowanie odsunięto?

Trudno powiedzieć. Oryginał „Szału”, pracowicie zszyty i odrestaurowany, z

daru Feliksa Mangghi-Jasieńskiego dla Muzeum Narodowego w Krakowie, zdobi do dziś galerię w Sukiennicach. Uważny widz, gdy stanie bokiem do obrazu, w błysku werniksu dostrzeże liczne blizny na płótnie. Przekona się, że najwięcej uszczerbku doznała twarz kobiety na tle chrap rozpędzonego rumaka. Więc może jest ślad prawdy w opowieściach starych ludzi, że ten i ów z towarzystwa w twarzy naguski rozpoznał rysy tej damy? Jak jednak dociec podobieństwa, skoro do dziś się nie odnalazł reprezentacyjny portret Ewy Kotarbińskiej, ukończony przez Podkowińskiego zimą 1890 roku, wyróżniony w rok później II nagrodą Zachęty, którym zachwycali się wszyscy, a o którym tak pisał wówczas krytyk, Czesław Jankowski: „... dał ton prawdziwej głębokości i czystości, takiej przezroczyistości cieniów nie widzi się często. Figura (w czarnej sukni) znakomicie z żółtego tła wychodzi, a cały wizerunek, utrzymany w ciepłych tonach, ma przedziwną harmonię barw i czystość”.

Hm, lato było 1892 roku było cudowne, a i jesień, kiedy w majątkach Mokra Wieś i Chrząse unosił się zapach dosmażanych w sadach powideł... i wtedy nieobliczalne uczucie młodego malarza stało się tak bardzo widoczne, że w tym gronie przemitych dżentelmenów zaczęło dochodzić do spięć aż tak ostrych, że w końcu – trudno się dziwić – nie było wyjścia: nim przyszła zima, Władysław Podkowiński musiał zniknąć z pola widzenia najpierw Koskowskich, Kotarbińskich i Maszyńskich, a wkrótce w ogóle przestał być zapraszany do domów i salonów warszawskich.

Jedna z osób dramatu musiała zniknąć.

Władysław Podkowiński znany był i polecany jako rysownik niezawodny. To on wykonał 80 wizerunków adwokatów warszawskich do dzieła Aleksandra Kraushara „Sylwetki z kraju Temidy”, drukowanego w szesnastu odcinkach w „Tygodniku Ilustrowanym” w roku 1889.

Jakże więc mogło się stać, że ten wytrawny rysownik popełnił błędy (sic!) w obrazie, który postawił go w rzędzie największych malarzy? Oto co pisał we wspomnieniu pośmiertnym artysta Henryk Piątkowski, kolega twórcy „Szału”: „Obraz ten żywo stoi w pamięci tych wszystkich, którzy go oglądali. Chorobliwa jakaś fantazja kierowała ręką artysty, gdy go malował. I koń, który tym razem uosobił tę samą myśl, którą ongi szkielety ilustrowały, i kobieta zlewająca się z nim w jedną całość, były to nie żywe istoty, lecz symboliczne jakieś bestie, które za chwilę ziemia miała pochłoniąć. Tak wyrobiony rysownik, jakim był Podkowiński, popełnia niemożliwe błędy tak w konstrukcji bohaterów swej akcji, jako też w szczegółach. Obraz był pełen kardynalnych wad, zwyciężał je jednak intensywnością dramatycznego nastroju”.

Dramat niespełnionej miłości był motorem tej ostatecznej wersji obrazu, malowanego być może już tylko sam na sam z płótnem, bez obecności modelki, która pozowała wcześniej do mniejszych studiów. Dlatego obraz, owoc dramatu popy-

chającego w przepaść twórczej odwagi, do dziś poraża siłą sugestii. Ten sam Podkowiński, który w pobliżu pani Ewy K. latem w Mokrej Wsi i Chrzęsnem stworzył pełne afirmacji życia impresjonistyczne pejzaże, jawi się w „Szale” jako prekursor symbolizmu w malarstwie w *priwislińskim kraju*. Skoro jako delikatny człowiek nie był w stanie w życiu postawić wszystkiego na jedną kartę, stawiał na jedną kartę w sztuce. I wygrał. Jako człowiek zgasł z wyczerpania i niechęci do życia w swojej warszawskiej pracowni 5 stycznia 1895 roku, nie doczekawszy 29. rocznicy urodzin.

Pośmiertnie urządzono wiele wystaw jego malarstwa; po dokonaniu żmudnych zabiegów konserwatorskich „Szałowi” przywrócono świetność: obraz, obwożony po salach wystawowych Królestwa i Galicji, robił niesamowite wrażenie i – co rzadko bywa udziałem dzieł sztuki – trafił w swój czas i stał się dla młodych literatów czymś na kształt manifestu nowej sztuki. Do tego stopnia, że – podobnie jak ongi „Cierpienia młodego Wertera” Goethego – przyczyniał się do zguby słabszych jednostek.

Dwudziestotrzyletni dramaturg Jan August Kisielewski (stryj Stefana Kisielewskiego „Kisiela”) w 1899 r. zyskał błyskawiczną sławę sztuką „W sieci”. Powodzenie murowane; „W sieci” grano na okrągło: rzecz znalazła się w repertuarze wszystkich polskich teatrów. Jej bohaterka, studentka malarstwa, zwana „szaloną Julką”, zauroczona wystawą „Szału”, okazała się doskonałym portretem polskiej dekadentki z przełomu wieków. Aczkolwiek Kisielewski obiektywnie przedstawiał racje „filistrów” i jako autor wołał dla ogólnego dobra ożenić „szaloną Julkę” nie z ubogim poetą, w którym się zakochała po uszy, lecz z sędzią, który zapewni jej godziwą pozycję – i ostrzegał, że bunt młodych, którzy w gruncie rzeczy tkwią w sieci konwenansów, jest błagą – to jednak tak się złożyło, że sam wiódł żywot dekadenta. Odniesiony sukces nie odwrócił kolei losu – i tak to dramaturg, który poważał się sztychować z autentyzmu „Szału uniesień”, po kolejnym święcie z okazji udanego przedstawienia zasłabł i odtąd doznawał udreku choroby psychicznej przez dwadzieścia lat – aż do śmierci.

60. ROCZNICA POWSTANIA WARSZAWSKIEGO

Adwokaci i aplikanci adwokaccy w Powstaniu Warszawskim – uzupełnienie listy

Nawiązując do opublikowanej w „Palestrze” nr 7–8/2004 listy adwokatów i aplikantów adwokackich – uczestników Powstania Warszawskiego, podajemy dalsze nazwiska adwokatów, biorących udział w Powstaniu:

Wiliam Kazimierz Beyer, ps. *Stanisław*
Anna Hołubowicz-Gadkowska, ps. *Iwona*
Andrzej Grabowski, ps. *Dzikus*
Roman Kręglewski, ps. *Roman*
Andrzej Marcinkowski, ps. *Mewa*

Cezary Turowski
Romuald Jakubowski, ps. *Żegota*
Stanisława Wiktorowicz, ps. *Alina, Irena*
Zbigniew Baucz, ps. *Łódzia, Dyrektor, Meyer*

Adwokatom – Powstańcom Warszawy

*To, co w granicie będzie wryte,
To, co się stanie kodeksem dziejów,
W powietrzu nocy, we mgle przed świtem
Wyście pisali krwią i nadzieją.*

Mieczysław Jastrun „Dedykacja”

9 października 2004 roku przed siedzibą Naczelnej Rady Adwokackiej w Warszawie przy ul. Świętojerskiej 16 została odsłonięta i poświęcona tablica upamiętniająca udział adwokatów i aplikantów adwokackich w Powstaniu Warszawskim.

Uroczystość zgromadziła większość żyjących Powstańców–Adwokatów, którzy przybyli z całego kraju. Uczestniczyli w niej: b. Marszałek Sejmu Profesor Wiesław Chrzanowski, ks. płk January Wątroba – Administrator Ordynariatu



Wojska Polskiego, dr Grzegorz Ciecierski – zastępca Prezesa Instytutu Pamięci Narodowej, dr Andrzej Krzysztof Kunert – Prezes Archiwum Polski Podziemnej, b. Prezes NRA adwokat Czesław Jaworski, dziękani Okręgowych Rad Adwokackich i inni członkowie Naczelnej Rady Adwokackiej oraz adwokaci i aplikanci adwokaccy.

Prezes NRA adw. Stanisław Rymar po powitaniu zebranych przypomniał, że wszędzie tam, gdzie toczyła się walka o wolną Polskę, w pierwszym szeregu stawali adwokaci. Tak też było w Powstaniu Warszawskim, podczas którego adwokaci i aplikanci zapisali bohaterską kartę, jedni jako żołnierze, inni pełniąc odpowiedzialne funkcje w strukturach Państwa Podziemnego. Poinformował również, że na terenie Muzeum Powstania Warszawskiego, staraniem Naczelnej Rady Adwokackiej powstał obelisk, będący wyrazem naszego hołdu, jaki oddajemy adwokatom i aplikantom biorącym udział w Powstaniu Warszawskim. To, jak dotychczas jedyne upamiętnienie środowiskowe na terenie Muzeum; obelisk zostanie uroczystie odsłonięty w dniu 19 listopada br., w przeddzień Krajowego Zjazdu Adwokatury.

Sztandar Adwokatury Polskiej pochylił się w chwili odsłaniania tablicy przez żołnierza Powstania, adwokata Stanisława Śniechórskiego i Prezesa NRA, adwokata Stanisława Rymara. Modlitwę w intencji Powstańców–Adwokatów, odmówił ksiądz pułkownik January Wątroba, który poświęcił tablicę.

Po złożeniu wieńców wszyscy udali się do Muzeum Adwokatury Polskiej w siedzibie Naczelnej Rady Adwokackiej. Chwilą ciszy uczciliśmy pamięć naszych Koleżanek i Kolegów poległych w Powstaniu i tych, którzy odeszli później.

Dalszą część spotkania prowadził kustosz Muzeum Adwokatury dr Andrzej Stoga. Nastrój zadumy i refleksji wprowadził znakomity aktor dramatyczny Olgierd Łukaszewicz, który recytował wiersze o tematyce powstańczej Kazimierza Wierzyńskiego, Jana Brzechwy (który jak wiadomo był adwokatem), Anny Świrszczyńskiej, Irmy Zembrzuskiej, Mieczysława Jastruna, Tadeusza Gajcego i Mariana Hemara (ten ostatni, co nie jest powszechnie znane, z chwilą wybuchu wojny porzucił pisanie „lekkich” tekstów i tworzył piękną, zdaniem wielu, wielką poezję). Recytacja w wykonaniu Olgierda Łukaszewicza, na najwyższym poziomie artystycznym, spotkała się z gorącym przyjęciem.

Z żywym zainteresowaniem przyjęto słowa historyka, dr. Andrzeja Krzysztofa Kunerta, najwybitniejszego znawcy czasów II wojny światowej, okupacji i okresu komunizmu. Jego wystąpienie pt. „Powstanie Warszawskie – insurekcja i akt państwowy” publikujemy na s. 120 i n.

Później adwokat Irena Makowska, żołnierz Armii Krajowej i uczestniczka Powstania przypomniała, że u podstaw patriotycznych młodego pokolenia, które wtedy podjęło walkę, leżało wychowanie w rodzinie, w szkole, w kościele. Przybliżyła też postać swego dowódcy – bohaterskiego płk. Bolesława Kontryma „Żmudzi- na”, zgładzonego po wojnie w komunistycznym więzieniu.

Adwokat Ryszard Siciński, mówiąc o udziale w Powstaniu (poległa wówczas Jego Siostra), przywołał też obraz, jaki utkwił mu w pamięci z dzieciństwa;



udając się z ojcem na pogrzeb Marszałka Józefa Piłsudskiego zobaczył mocno starszego mężczyznę w nieznanym mu mundurze, a kiedy zapytał o niego ojca, dowiedział się, że ma przed sobą Powstańca z 1863 roku.

Także inni adwokaci – uczestnicy Powstania, m.in. Anna Hołubowicz-Gadkowska, Antoni Saulewicz i Andrzej Schrimmer wspominali tamten niezwykły czas i „Tych, co walczyli na śmierć – za wolność”.

Na koniec dr Andrzej Krzysztof Kunert rozwinął niektóre wątki poruszone przez Adwokatów–Powstańców. Wszyscy pozostawali pod wielkim wrażeniem nie tylko Jego ogromnej wiedzy, ale tego, że mówił o bohaterskim wysiłku Powstańców z szacunkiem i z sercem.

Wiersz Mariana Hemara recytowany podczas uroczystości kończył się tymi słowami:

*Zanim spłoniesz na stosie, o warszawska chwało,
Zawiążą twoje usta, ręce będą pętać.
Przyjaciele – to wszystko co nam pozostało –
Żłować. Płakać? – płakać. Pamiętać? Pamiętać.
BĘDZIEMY PAMIĘTAĆ.*

Stanisław Mikke

Powstanie Warszawskie – insurekcja i akt państwowy

Już w roku 1774 w *Hymnie do miłości ojczyzny* biskup Ignacy Krasicki użył w stosunku do niej określenia *święta*. „Po raz pierwszy w Polsce – i na dwadzieścia lat przed *Marsylianką* – miłość ojczyzny nazwano *świętą*”, mówi profesor Ignacy Chrzanowski w swojej *Historii literatury niepodległej Polski*.

Ćwierć wieku później, w 1797 roku, w dalekich Włoszech „wystrzeliła jasną iskrą pieśń wojenna Legionów, odtąd narodowa pieśń Polski” (jak pisał Szymon Askenazy). Pieśń Legionów generała Jana Henryka Dąbrowskiego stała się polskim hymnem narodowym. Jej pierwsze słowa: „Jeszcze Polska nie zginęła, kiedy my żyjemy”, Adam Mickiewicz w wykładzie na Sorbonie nazwał „wierszami, które otwierają historię współczesną”.

I otworzyły następne dwieście lat naszej historii. Ale przez pierwsze długie 123 lata – lata niewoli i zaborów – kolejne pokolenia Polaków mogły tylko bić się o powrót Wolnej i Najjaśniejszej Rzeczypospolitej, wyrażając ową *świętą miłość ojczyzny* na polach kolejnych wojen i kolejnych polskich insurekcji, w walce z bronią w rękę o odzyskanie własnego państwa.

Polska odzyskała niepodległość w listopadzie 1918 roku, choć jeszcze przez trzy następujące lata musiała walczyć o swoje granice. Do momentu wybuchu drugiej wojny światowej w 1939 roku niepodległa Rzeczypospolita Polska – zwana II Rzeczypospolitą – mogła więc cieszyć się wolnością i pokojem zaledwie lat osiemnaście.

Nic zatem dziwnego, że w tym czasie kategorie: *wolność*, *państwo* i *polska racja stanu* nabrały dodatkowych znaczeń, zaś *patriotyzm* i *służba państwu* stały się najwyższymi cenionymi wartościami w procesie nauczania i w działalności wychowawczej, zarówno w domu i w szkole, jak i w organizacjach młodzieżowych.

Czas najwyższej próby dla młodziutkiego państwa i jego obywateli nastąpił we wrześniu 1939 roku. Druga wojna światowa przyniosła jednak państwu polskiemu aż dwa kolejne rozbiory. Czwartym rozbiorem był niemiecko-sowiecki układ o granicach i przyjaźni, zawarty 28 września 1939 r. w Moskwie, pozbawiający Polskę niepodległości na następne sześć lat, zaś piątym nazwali Polacy uchwały Konferencji Jałtańskiej Wielkiej Trójki, obradującej w dniach 4–11 lutego 1945 r., pozbawiającej Polskę suwerenności na następne lat czterdzieści pięć.

Po przegranej kampanii wrześniowej znów nadszedł czas palącej aktualności słów hymnu narodowego: „Jeszcze Polska nie zginęła, kiedy my żyjemy”. Polska zdołała utrzymać konstytucyjną ciągłość najwyższych władz państwowych (z tymczasową stolicą państwa na uchodźstwie, kolejno w Paryżu, Angers i Londynie), zaś Polacy – ciągłość oporu i walki zarówno regularnych formacji Polskich Sił Zbrojnych niemal na wszystkich frontach drugiej wojny światowej (polskie groby żołnierskie pozostały w 45 państwach świata), jak i struktur konspiracyjnych w okupowanym kraju.

Fenomenem na skalę europejską stało się *Polskie Państwo Podziemne* (z centralnymi i terenowymi organami administracji państwowej, ale także tajnym szkolnictwem, tajną policją i tajnym sądownictwem) i jego „wojsko w konspiracji” – *Armia Krajowa*, najpiękniejsza armia w historii Polski.

Realizowana w najtrudniejszych warunkach okupacyjnych *służba* i uparta walka o odzyskanie niepodległości i suwerenności własnego państwa stały się treścią i sensem życia setek tysięcy żołnierzy *Armii Krajowej*. Mam tu na myśli zarówno pokolenie dowódców i wychowawców (urodzonych w ostatnich latach XIX stulecia, którzy już bili się o odzyskanie niepodległości Polski w latach I wojny światowej i bronili jej w latach 1918–1921), jak i pokolenie ich żołnierzy i wychowanków, pokolenie „*Kolumbów*”, najpiękniejsze, ale i najtragiczniejsze pokolenie Polski XX wieku, urodzone, kształcone i wychowywane już w wolnym własnym państwie, które prawdziwy egzamin dojrzałości musiało zdawać w latach wojny i okupacji.

Żołnierze *Armii Krajowej*, żołnierze–obywatele, dobrze zdali ów egzamin wierności wartościom najwyższym na czele z najlepiej rozumianą (apolityczną i apartyjną) służbą własnemu państwu w imię podporządkowania osobistych przekonań i celów życiowych dobru ogólnemu.

Polska podziemna państwowość charakteryzowała się bowiem postrzeganiem państwa przede wszystkim jako wyrazu *wspólnoty* i jako *dobra wspólnego* oraz przywiązywaniem wyjątkowo dużej wagi do pojęcia *służby państwu* i do *praw obywatelskich*.

Polska czasu wojny i okupacji – w obu swoich wcieleniach: Rzeczypospolitej Polskiej na uchodźstwie i Polskiego Państwa Podziemnego w okupowanym kraju – była także *państwem prawa*. Znakomicie oddają tę jego właściwość słowa Prezydenta Rzeczypospolitej Władysława Raczkiewicza, wygłoszone na falach radiowych z Londynu w piątą rocznicę wybuchu wojny: „Chcemy pokoju opartego na sile prawa, a nie na prawie siły”.

Taki właśnie był cel i sens walki toczonej przez Polaków na wszystkich frontach drugiej wojny światowej. Nic zatem dziwnego, że do najważniejszych dekretów Prezydenta Rzeczypospolitej z lat wojny należały: dekret z 30 września 1939 r. o nieważności aktów prawnych władz okupacyjnych (już wydanych, jak również tych, które zostaną wydane) i dekret z 30 marca 1943 r. o odpowiedzialności karnej za zbrodnie wojenne.

Za niezwykle charakterystyczny dla naszego toku rozważań uznać należy fakt bardzo późnego – w grudniu 1942 r., zatem dopiero po trzech latach okupacji – uruchomienia cywilnego pionu konspiracyjnego wymiaru sprawiedliwości w ramach Polskiego Państwa Podziemnego (sądy wojskowe w ramach Armii Krajowej istniały już od wiosny 1940 r.). Opóźnienie to wynikało z oporu między innymi dyrektora Departamentu Sprawiedliwości Delegatury Rządu RP na Kraj Leona Nowodworskiego (byłego dziekana Rady Adwokackiej w Warszawie) przeciwko powołaniu sądów cywilnych, które jurysdykcję wobec obywateli miały z założenia realizować w postępowaniach zaocznych. W warunkach okupacji tylko takie postępowania były możliwe, ale opór ten najlepiej świadczy o Polskim Państwie Podziemnym jako *państwie prawa*.

Godzi się w tym miejscu zwrócić uwagę, iż definicja ta miała konotację nie tylko ideową, ale także czysto osobową. Mam tu na myśli niezmiernie charakterystyczny wysoki procent osób z wykształceniem prawniczym w gremiach kierowniczych podziemia. Otóż na około 170 osób sprawujących funkcje prezesów, przewodniczących i komendantów najważniejszych (około 120) organizacji konspiracyjnych politycznych i wojskowych oraz członków podziemnego parlamentu, Rady Jedności Narodowej – aż 31 miało wykształcenie prawnicze, a spośród nich wykonywało przed wojną zawód adwokata dziewięciu. Ich nazwiska z racji dzisiejszej uroczystości warto przypomnieć: Władysław Jaworski (przewodniczący Stronnictwa Narodowego), Stefan Korboński (szef Kierownictwa Walki Cywilnej, dyrektor Departamentu Spraw Wewnętrznych Delegatury Rządu RP na Kraj, p.o. Delegata Rządu RP na Kraj), Leon Nowodworski (dyrektor Departamentu Sprawiedliwości Delegatury Rządu RP na Kraj), Witold Rothenburg-Rościszewski (komendant organizacji „Pobudka”), Witold Sawicki (naczelnik Harcerstwa Pol-

skiego), Władysław Sołtan (przewodniczący Harcerstwa Polskiego), Zbigniew Stypułkowski (przewodniczący Tymczasowej Naczelnej Rady Politycznej), Władysław Tempka (przewodniczący Stronnictwa Pracy) i Mieczysław Trajdos (przewodniczący Stronnictwa Narodowego).

Niech nazwiska te pozostaną symbolem znaczącego udziału prawników i adwokatów w działalności i walce Polskiego Państwa Podziemnego i w Powstaniu Warszawskim.

Garść powyższych refleksji wydaje się niezbędną dla zrozumienia fenomenu Powstania Warszawskiego. Trzy punkty wyznaczające wyjątkowość tego zjawiska – w skali Europy i w skali historii Polski – wydają się oczywiste i jako takie są już powszechnie przyjmowane przez historyków.

Po pierwsze – Warszawa była pierwszą stolicą okupowanej Europy podejmującą w 1944 r. działania powstańcze, otwartą walkę zbrojną o swoje wyzwolenie (tak jak była pierwszą stolicą europejską stawiającą zbrojny opór agresji niemieckiej w 1939 roku, a także jedyną trzykrotnie podejmującą otwartą walkę – podczas obrony Warszawy we Wrześniu 1939 r., obrony getta warszawskiego w 1943 r. i Powstania Warszawskiego w 1944 r.).

Po drugie – Powstanie Warszawskie było najkrwawszą bitwą w historii Polski, przy czym ów przymiotnik „najkrwawsza” dotyczył zarówno liczby poległych żołnierzy (około 18 000), jak i ogromnej liczby poległych i zamordowanych cywilnych mieszkańców (około 130 000).

Po trzecie – w toku powstania Warszawa w stopniu i zakresie dotychczas niespotykanym pokazała jedność żołnierzy i ludności cywilnej, okazała się *zbiorowym żołnierzem*, by odwołać się do słów Marszałka Józefa Piłsudskiego o mieście *Semper Fidelis*, ogłoszonych przy dekoracji Lwowa Orderem Wojennym *Virtuti Militari* w dniu 22 listopada 1920 r.

Ale nie zrozumiemy fenomenu Powstania Warszawskiego, jeśli nie będziemy pamiętali o sprawie najistotniejszej, o istocie jego definicji: Powstanie Warszawskie było nie tylko zbrojnym zrywem insurekcyjnym (zaplanowanym działaniem powstańczym o charakterze militarnym), ale także – a może przede wszystkim – aktem państwowym, i to aktem państwowym w trzech wymiarach.

1. Stanowiło bowiem Powstanie Warszawskie kontynuację, konsekwencję i kulminację dotychczasowych pięcioletnich działań Polskiego Państwa Podziemnego (w tym kontekście zrozumiała staje się późniejsza wypowiedź Dowódcy Armii Krajowej, że decyzja wybuchu powstania zapadła we Wrześniu 1939 roku ...).

2. Odpowiedzialność za decyzję o wybuchu Powstania Warszawskiego wzięli na siebie trzej najwyżsi przedstawiciele władz Polskiego Państwa Podziemnego: Delegat Rządu RP na Kraj – wicepremier Jan Stanisław Jankowski „Soból” (zmarł w więzieniu sowieckim w 1953 r.), przewodniczący podziemnego parlamentu – Rady Jedności Naro-

dowej Kazimierz Pużak „Bazyli” (zmarł w polskim więzieniu w 1950 r.) i Dowódca Armii Krajowej gen. dyw. Tadeusz Komorowski „Bór”, który wydał odpowiedni rozkaz.

3. Powstanie Warszawskie oznaczało nie tylko działania zbrojne, ale także ujawnienie się i przejście do działalności jawnej – w ograniczonym czasie, na ograniczonym obszarze i w ograniczonym skrajnie niesprzyjającymi warunkami zewnętrznymi zakresie – tajnych dotychczas struktur Polskiego Państwa Podziemnego. Mowa tu zarówno o strukturach szczebla centralnego (Delegatura Rządu RP na Kraj), jak i strukturach szczebla miejskiego, podległych Okręgowemu Delegatowi Rządu RP na m.st. Warszawę Marcelemu Porowskiemu „Sowie”, który od piątego dnia powstania sprawował urząd prezydenta powstańczej Warszawy.

Odnotowując jawne już funkcjonowanie władz cywilnych, powstańczy „Biuletyn Informacyjny” pisał 5 sierpnia 1944 r. w artykule *Państwo Polskie wychodzi z podziemi*: „W tym wspaniałym zjawisku strząśnięcia z siebie jarzma okupacji i pełnego nawrotu ku niepodległemu życiu nie ma żadnego cudu. Jest to naturalny wynik nieprzerwanego działania w podziemiach całego naszego polskiego życia państwowego, społecznego, kulturalnego”.

Najbardziej widocznymi elementami jawnego funkcjonowania cywilnych struktur państwowych stały się: Rejonowe Delegatury Rządu RP (jedną z nich, w Śródmieściu Południowym, kierował Edward Quirini „Stanisław Kulesza”, adwokat, zmarły w więzieniu mokotowskim w Warszawie w 1954 r.), prasa powstańcza (już po kilku dniach ukazywały się 32 pisma codzienne, a zatem tylko o trzy mniej, niż przed wybuchem wojny), sądownictwo, służba bezpieczeństwa, poczta polowa, Polskie Radio (obok drugiej rozgłośni – stacji nadawczej Armii Krajowej „Błyskawica”), opieka społeczna, organa samorządu mieszkańców ...

Godzi się także przypomnieć, iż to akt prawny zakończył powstańcze działania zbrojne. W myśl polsko-niemieckiego *Układu o zaprzestaniu działań wojennych w Warszawie* – datowanego 2 października i podpisanego w Ożarowie o godzinie 2.00 dnia 3 października 1944 r. – jednostki Warszawskiego Korpusu Armii Krajowej wymaszerowały z Warszawy do niewoli niemieckiej w dniach 4 i 5 października 1944 r.

To właśnie w tych dniach zakończyły także działalność pozostałe struktury powstańcze – ukazały się ostatnie numery ostatnich pism, nadano w eter ostatnie audycje Polskiego Radia i „Błyskawicy”, nawiązano po raz ostatni szyfrowaną łączność radiową ze Sztabem Naczelnego Wodza w Londynie.

W dniu 5 października 1944 r., po 66 dniach walki żołnierzy Armii Krajowej i działalności struktur państwowych – Powstanie Warszawskie przeszło do historii.

Zakończyć wypada gorzką refleksją. O ile cytowane wyżej słowa Prezydenta Rzeczypospolitej o opieraniu się na sile prawa, a nie na prawie siły, oddawały istotę oporu i walki Polski i Polaków w drugiej wojnie światowej, o tyle istotę działania Polski Ludowej nakreśliła złowroźna zapowiedź, ogłoszona 2 października 1944 r. przez szefa Wydziału Polityczno-Wychowawczego 1. Armii Ludowego Wojska Pol-

skiego mjr. Piotra Jaroszewicza (późniejszego, w latach 1970–1980, premiera rządu PRL): „Kogo nie przekona siła naszej logiki, tego przekona logika naszej siły” ... A ofiarami stosowania owej zasady padali między innymi uczestnicy Powstania Warszawskiego.

Andrzej Krzysztof Kunert

Publikowany wyżej tekst został – w wersji skróconej
– przedstawiony przez Autora podczas spotkania
w Naczelnej Radzie Adwokackiej
po odsłonięciu tablicy upamiętniającej
udział adwokatów w Powstaniu Warszawskim
w dniu 9 października 2004 r.
przed jej siedzibą przy ul. Świętojerskiej 16 w Warszawie.

KARTY HISTORII



Grzegorz Górski

Podstawy ustrojowe PRL

Lata 1944–1947 stanowiły w dziejach ustroju PRL tzw. fazę przejściową. Przejściowość wskazanego okresu wynikała z tego, iż w tym czasie najwyższe władze państwowe funkcjonowały *de facto* bez konstytucyjnych podstaw. Brak było bowiem regulacji prawnych rangi konstytucyjnej, stanowiących podstawę działania najważniejszych organów państwa.

By tę swoistą lukę konstytucyjną wypełnić, konstytucjonaliści PRL-owscy stworzyli koncepcję tzw. konstytucji rzeczywistej¹. Chodziło bowiem o to, by głównie dla celów propagandowych wykazać istnienie określonych podstaw konstytucyjnych „Polski Ludowej” od początku jej istnienia.

„Konstytucja rzeczywista” była definiowana jako „wzajemny układ sił społecznych, jako stosunek rzeczywisty sił poszczególnych klas i warstw społecznych stanowiących części konstytucji w tym znaczeniu”² i jako taka bywała zwykle przeciwstawiana konstytucji spisanej³, charakterystycznej dla tzw. konstytucjonalizmu burżuazyjnego.

Takie i inne, pseudoteoretyczne rozważania, z których w praktyce nic nie wynikało i które nic nie tłumaczyły, obecne były także w opracowaniach innych konstytucjonalistów PRL-owskich i służyć miały w istocie pewnego rodzaju kamuflażowi istniejącego stanu rzeczy oraz stworzeniu *ex post* pewnej ideologicznej formuły usprawiedliwiającej działania komunistów w pierwszym okresie sprawowania przez nich władzy.

Oceny interesującego nas problemu komplikują się zwłaszcza dziś, wobec upływu czasu, gdy zapomina się o istotnych dla tych ocen elementach. Z jednej zatem strony przez całe

¹ F. Siemieński, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa–Poznań 1980, s. 40–43 i n.

² *Ibidem*, s. 21.

³ Siemieński wyróżniał jeszcze pojęcie konstytucji spisanej rzeczywistej – taki charakter, w jego ujęciu, mają co do zasady konstytucje państw socjalistycznych oraz konstytucje fikcyjne, a więc te które występują w państwach burżuazyjnych i nie oddają rzeczywistego stanu relacji społecznych i gospodarczych.

dziesięciolecia wskazywano, iż tzw. władza ludowa w Polsce powstała w konsekwencji rewolucyjnego przewrotu⁴, wobec czego odrzuciła ona cały dotychczasowy porządek prawno-ustrojowy. Z drugiej jednak strony totalne nieprzygotowanie komunistów do sprawowania władzy w Polsce⁵ zmusiło ich do działania w oparciu o dużą część recypowanego porządku prawnego II RP.

Do 1989 r. w pracach naukowych koncentrowano się na prezentowaniu dokonaniań w dziele rewolucyjnych przeobrażeń dokonanych w Polsce przez nową władzę. Po 1989 r. często ci sami ludzie, wskazując na elementy ciągłości prawnej z II RP, budują koncepcje ciągłości i bez mała tożsamości prawno-ustrojowej pomiędzy II RP a PRL⁶. Jest to oczywiście zabieg całkowicie ahistoryczny, nieuzasadniony merytorycznie.

Przeanalizujmy zatem bliżej ustrojowe fundamenty PRL, co uzmysłowi, jak sądzę, na jak kruchym gruncie stąpają dziś wszyscy ci, którzy usiłują budować mity o rzekomej ciągłości ustrojowo-prawnej tej nowej państwowości z II Rzeczpospolitą. W tym także kontekście widać, jak bardzo jałowe są różne próby budowania potrzebnych z punktu widzenia dzisiejszych oczekiwań różnych koncepcji ustrojowych⁷.

Najpierw jednak, by w pewnym sensie oczyścić przedpole z różnych, podobnych do wzmiankowanej wyżej koncepcji, wyjaśnienie elementarne. W dyskusjach poświęconych problemowi ciągłości prawno-ustrojowej, i to tak w wymiarze wewnętrznym tego zjawiska, jak i wymiarze międzynarodowym, lansuje się następującą tezę. PRL recypował porządek prawny oraz międzynarodowe zobowiązania II RP i z tego ma wynikać owa ciągłość ustrojowo-prawna. Niezależnie od tego, że stwierdzenia te są w dużej części nieprawdziwe tak co

⁴ Jak znowu pisze Siemieński: „*Manifest PKWN, a także inne dokumenty i akty normatywne uchwalone przez KRN i PKWN wskazywały na rewolucyjny sposób powstania nowej władzy. Władza ta nie odwoływała się do prawa (czyli konstytucji – wyj. moje G. G.), lecz do woli narodu i w niej szukała swego uzasadnienia (...). Można zatem powiedzieć, że w latach 1944–1945 w Polsce mamy do czynienia z rewolucyjnym przejściem władzy przez nową grupę ludzi, w sposób nieliczący się z dotychczas obowiązującym prawem*”, *ibidem*, s. 43.

⁵ W mojej opinii, komuniści zjawiając się w Polsce w lecie 1944 r. byli przekonani, iż „zagospodarowanie” kraju dokona się wedle modelu przerobionego już na Kresach wsch. RP we wrześniu i październiku 1939 r. A więc nie znając ostatecznie intencji Stalina co do przyszłego statusu Polski – „niepodległe” państwo wedle wzoru mongolskiego lub 17. republika ZSRS – i tak byli przekonani, że na ziemi polskie w całości przeniesiony zostanie sowiecki porządek prawny. Nie było zatem powodu, by prowadzić jakiegokolwiek inne przygotowania. Sytuacja międzynarodowa wymusiła pozorowanie trwania państwa polskiego pod ich rządami, stąd posiłkowanie się choćby Konstytucją z 1921 r. czy recepcja przedwojennego porządku prawnego w wielu obszarach życia społecznego i gospodarczego.

⁶ Tak np. w podręczniku: J. Galster, W. Szyszkowski, Z. Wasik, Z. Witkowski, *Prawo konstytucyjne*, Toruń 1995, s. 32. Z. Wasik uznała, iż okres PRL to okres Trzeciej Rzeczpospolitej, a okres od 1989 r. otwiera okres Czwartej Rzeczpospolitej.

⁷ Jako wzorcowy przykład można tu wskazać przygotowaną przez S. Gebethnera analizę prawną w związku ze sporem powstałym wokół publikacji zawartych przez PKWN tzw. umów republikańskich – S. Gebethner, *Charakter prawny układów republikańskich. Uwagi konstytucjonalisty do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie mienia zabużańskiego*, „Rzeczpospolita” z 5 lutego 2004 r.; tegoż, *Układy republikańskie nigdy nie były ratyfikowane*, „Rzeczpospolita” z 7–8 lutego 2004 r. oraz z 11 lutego 2004 r..

do recepcji porządku prawnego II RP⁸, jak i w odniesieniu do problematyki stosunków międzynarodowych⁹, przyjęcie wskazanej logiki prowadzi nas do granic absurdu. By nie wchodzić tu w rozważania natury teoretycznej, problem ten zilustruję za pomocą dwóch przykładów.

Odbudowane w 1918 r. państwo polskie recypowało na swych obszarach porządku prawne państw zaborczych niemal we wszystkich dziedzinach życia. Do września 1939 r. przetrwało jako obowiązujące wiele regulacji pruskich, austriackich czy rosyjskich. Ale nikomu o zdrowych zmysłach nawet dziś, z perspektywy czasu, nie przyjdzie do głowy twierdzić, iż fakt recepcji porządku prawnego państw zaborczych dowodzi ciągłości prawnej II RP z Prusami, Austrią czy Rosją. I to bynajmniej nie tylko dlatego, że państwa te także zmieniły w sposób zasadniczy swoją postać po 1918 r.

I przykład drugi. W 1776 r. trzynastcie kolonii brytyjskich ze wschodniego wybrzeża Ameryki Północnej ogłosiło swoją niepodległość od korony brytyjskiej. W 1787 r. niepodległe państwa ostatecznie utworzyły federację, określając jej ustrojowy kształt w konstytucji. W tym samym jednak okresie legislatury wszystkich stanów, nie zważając nawet na toczącą się wojnę z Wielką Brytanią, uznały, iż w każdym z tych stanów pozostanie jako obowiązujący system prawa angielskiego *common law*. Czy z tego faktu wolno nam wnioskować, iż Stany Zjednoczone Ameryki pozostawały w ciągłości ustrojowo-prawnej z Wielką Brytanią?

Wydaje się, że mnożenie kolejnych przykładów, by wykazać rzeczy oczywiste, nie ma wielkiego sensu¹⁰. Już przedstawione nie pozostawiają jednak wątpliwości jak oceniać próby dokonywania różnych manipulacji historią dla bieżących potrzeb.

Rodzący się u schyłku 1943 r. PRL pozostawał w logice rewolucyjnego przełomu. Nie była to tylko potrzeba podyktowana względami ideologicznymi. Komuniści w kraju skupieni wokół PPR oraz w Rosji skupieni wokół CBKP i ZPP, usiłując szukać jakiegokolwiek legitymizacji swojej władzy w Polsce, musieli posługiwać się retoryką rewolucyjną. Istnienie akceptowanego przez wspólnotę międzynarodową Rządu Polskiego oraz funkcjonowanie struktur Polskiego Państwa Podziemnego w kraju, w obu przypadkach dysponujących podstawami konstytucyjnymi, przy jednoczesnej oczywistej agenturalnej wobec Moskwy roli, stawiało ich na zupełnym marginesie polskiego życia politycznego. Inaczej niż w przypadku pozostałych krajów okupowanych, gdzie właściwie wszędzie, wobec braku tak solidnych podstaw ustrojowo-prawnych dla działających tam ośrodków antyniemieckich, komuniści

⁸ W kwestii tej warto wskazać na ostatnie, bardzo interesujące prace i ustalenia A. Stawarskiej-Rip-pel, *O prawie sądowym Drugiej Rzeczypospolitej w początkach Polski Ludowej*, Czasopismo Prawno-Historyczne, Poznań 2003, t. LV, z. 2; *Prawo w początkach PRL*, Czasy Nowożytne, Lublin 2004, t. XVI.

⁹ Patrz moje teksty poświęcone tej problematyce: *O problemie tożsamości i ciągłości prawnomiędzynarodowej państwa polskiego*, Państwo i Prawo, Warszawa 1999 Nr 7, s. 71–75; *Jeszcze o ciągłości prawnej pomiędzy II RP a PRL*, Państwo i Prawo, Warszawa 2000 Nr 5, s. 88–91; *Czy PRL był tożsamy z II RP? Jeszcze kilka uwag o tożsamości i ciągłości prawnomiędzynarodowej Polski*, Prawo – Administracja – Kościół, Lublin, 2003 Nr 4, s. 221–230.

¹⁰ Podobnych przykładów można oczywiście znajdować wiele. Ot choćby fakt, iż po upadku Rzeczypospolitej polsko-litewskiej na znacznych obszarach przejętych przez Rosję jeszcze przez długi czas moc wiążącą zachował III Statut Litewski. Nikt jednak nie wyciągnie stąd wniosku, iż dowodzi to ciągłości prawnej Cesarstwa Rosyjskiego z Rzeczpospolitą.

przeniknęli do utworzonych tam struktur, w Polsce taka sytuacja nie nastąpiła¹¹. To był jeden z głównych powodów, dla których Stalin (a za jego dyspozycjami polscy komuniści) tak zdecydowanie i konsekwentnie w swych kontaktach z aliantami podkreślał konieczność odejścia od „faszystowskiej konstytucji z 1935 r.”. Owa rewolucyjna retoryka była doskonałym narzędziem do wykonania tego planu, co też się okazało w praktyce.

To Stalin wymyślił formułę działania w oparciu o „demokratyczne zasady konstytucji z 1921 r.”. Ta formuła miała być pewnym cywilizowanym – z uwagi wymogi sytuacji międzynarodowej i pozycję aliantów¹² – kamuflażem dla rewolucyjnego przewrotu. Odwołanie się do „demokratycznych zasad” było – jak to będzie wykazane – całkowicie pustym i nic nieznaczącym frazesem bez praktycznych następstw. Pozwalało jednak ominąć problem ciągłości ustrojowej z II RP, co mogłoby wynikać z prostej formuły przyjęcia konstytucji marcowej w całości.

Legalność Konstytucji z 1935 r. była kwestionowana nie tylko przez komunistów i hipotetycznie operacja przywrócenia legalności aktu marcowego mogła dać im szersze poparcie społeczne i polityczne. Ale oznaczałoby to wprost kontynuację II RP, a tym Stalin nie chciał sobie wiązać rąk. Stąd formuła całkowicie rewolucyjna, całkowicie zrywająca z II RP i całkowicie zorientowana na budowę nowego państwa. Nawet mało uważny czytelnik dokumentów sygnowanych przez komunistów w latach 1943–1945 dostrzeże, że jakiegokolwiek inne ich interpretacje są pozbawione sensu.

Jak jednak zwykle w podobnych sytuacjach bywa, łatwiej jest określić z czym chce się zrywać, trudniej zaś sprecyzować co chce się budować. Tu dochodzimy do problemu, który w nieoczekiwany sposób wywołuje poważne konsekwencje i dzisiaj¹³. Ale nie tylko dlatego warto mu się przyjrzeć i nie tylko też dlatego, że jest to problem ciekawy ze względów historycznych. Ważne jest i to, że obowiązujące po 1989 r. standardy rozumienia demokratycznego państwa prawa zakładają pełną akceptację wytworzonej przez komunistów w latach 1943–1947 rzeczywistości ustrojowo-prawnej, choć można wyrazić pełne przeświadczenie, iż przyjmując owe standardy mało kto zastanawiał się nad tym, co w ten sposób chce ostatecznie zalegalizować.

Nie miejsce tu, by wnikać szczegółowo w okoliczności utworzenia kluczowej dla owego rewolucyjnego legitymizmu instytucji, jaką była Krajowa Rada Narodowa. Wskazać jednak trzeba na dwa ważne elementy.

Po pierwsze, stanowiska w ramach kierownictwa PPR w Kraju w sprawie tworzenia KRN były bardzo podzielone. Jest faktem, że w trakcie poważnych sporów o kształt KRN niebędący entuzjastami tej inicjatywy P. Finder i M. Fornalska zostali aresztowani, i to w okolicznościach do dziś zupełnie niejasnych. W efekcie władzę w PPR przejęła grupa Gomułki, forsująca powołanie KRN, ale wobec której kompletny brak zaufania wyrażali Stalin i CBKP.

¹¹ O tym problemie szerzej piszę w moim tekście: G. Górski, *Polskie Państwo Podziemne a Europejski Ruch Oporu w latach 1939–1945* (w: *Historia et ius*. Księga pamiątkowa ks. Prof. Henryka Karbownika, Lublin 1998, s. 201–213.

¹² Można tu skądinąd dopatrywać się podobieństwa w postępowaniu Stalina do wcześniejszej polityki Aleksandra I. Jego pozorny liberalizm, wyrażający się przyjęciem Konstytucji dla Królestwa Polskiego, był, jak się okazało szybko, wyłącznie grą na użytek opinii międzynarodowej, a car i jego następcy ani myśleli poważnie traktować swoich zobowiązań.

¹³ Mam tu na myśli choćby wspomniane komplikacje związane ze wspomnianymi umowami republikańskimi czy wykupem obligacji skarbowych emitowanych w II RP.

Wyrazem tej niechęci było nie tylko zerwanie przez Moskwę kontaktów z tym ośrodkiem i brak akceptacji dla KRN. Jak wielka była ta niechęć świadczy fakt wysłania do kraju grupy bojowej L. Kasmana z rozkazem izolacji i/lub likwidacji kierownictwa PPR¹⁴.

Wynikało to – i to kwestia druga – z głębokich wewnętrznych tarć i sporów wśród komunistów w kraju i w Rosji wokół stworzenia owego kluczowego ośrodka „rewolucyjnej władzy”. Gdy grupa Gomułki realizowała koncepcję KRN, w Rosji forsowano równoległe pomysły Polskiego Komitetu Narodowego. Nie można też zapominać, że działał dalej Związek Patriotów Polskich, a decydujący o wszystkim Stalin, z uwagi na sytuację międzynarodową, ciągle czekał na rozegranie „karty polskiej”.

Jest oczywiste, że teza iż w nocy z 31 grudnia 1943 r. na 1 stycznia 1944 r. wraz z powstaniem KRN nastąpił rewolucyjny przełom, jest wytworem późniejszych decyzji i propagandy. Przynajmniej do czerwca 1944 r. nikt, być może poza samym Gomułką i jego otoczeniem¹⁵, nie traktował KRN poważnie. Dopiero rozwój sytuacji wojennej i politycznej w czerwcu i lipcu 1944 r. spowodował, iż KRN wyrosła na pierwszoplanowego gracza.

Tu jednak pojawiają się zasadnicze wątpliwości, dotyczące reguł prawnych towarzyszących budowie nowego państwa. Mamy rzecz jasna świadomość, że dla autorów ówczesnych wydarzeń prawno-ustrojowe niuanse były problemem zupełnie marginalnym i że nasze dzisiejsze wątpliwości w niczym nie zmieniają przeszłości, choć mogą przecież wpłynąć na jej ocenę. Ale w świetle wcześniejszych uwag można stwierdzić, iż ową prawną niefrasobliwością sprawili oni wielkie kłopoty PRL-owskim konstytucjonalistom.

Ci, wymieniając pierwsze, konstytucyjne akty nowej władzy, wskazywali najpierw na tzw. Statut Tymczasowy Rad Narodowych. O przyjęciu na pierwszym posiedzeniu KRN „Statutu Tymczasowego Rad Narodowych” informował organ KRN „Rada Narodowa”, datowany na 20 stycznia 1944 r., choć wydany z pewnością znacząco później. Natomiast w swej notatce dla Kasmana z 12 stycznia 1944 r. Gomułka używa pojęcia „Statut Rad Narodowych”¹⁶. Kłopot jednak w tym, że jak wiele na to wskazuje, nie bardzo wiadomo jaki podczas tamtej nocy dokument przyjęto.

O tym, iż nie bardzo wiadomo z jakim dokumentem mamy do czynienia dziś, a o czym dyskutowano i co uchwalono, świadczą następujące elementy:

1. Zachowany projekt statutu, podpisany czterema pseudonimami, w sposób bardzo zasadniczy odbiega od treści rzekomo uchwalonego tej nocy dokumentu. Tymczasem dyskusja zapisana w protokole w interesującym nas punkcie toczy się niejako zupełnie obok kwestii istotnych dla statutu. Właściwie w ogóle nie ma tu mowy o statucie i jego zapisach, co jest wyraźnym dysonansem w stosunku do innych punktów porządku obrad. A przecież zapisy tego dokumentu miały decydować o przyszłym porządku w Polsce, to one miały stanowić w przyszłości o podstawach działania tego ośrodka. Skoro projekt, który jak wynika z protokołu „został przyjęty jednogłośnie”¹⁷ tak zasadniczo różni się od opublikowanego w

¹⁴ Taki cel wysłania Kasmana i jego „partyzantów” wylania się w sposób zupełnie jednoznaczny ze wspomnień W. Gomułki i trudno i w tym wypadku przyjąć, iż ten pisząc po latach nie przemyślał znaczenia tej tezy. W. Gomułka, *op. cit.*, s. 403.

¹⁵ Zapewne i sam Bierut, przewodniczący KRN, ciągle pozostawał bez entuzjazmu wobec tego ciała, o czym świadczyć może praktycznie zerowa aktywność KRN do wybuchu Powstania Warszawskiego.

¹⁶ W. Gomułka, *op. cit.*, s. 381.

¹⁷ *Protokół z pierwszego plenarnego posiedzenia KRN*, Warszawa, bdw, s. 30.

„Radzie Narodowej” „Statutu” oraz – również różniących się w niektórych elementach – późniejszych edycjach, to nie mamy żadnej pewności jakiej treści „akt” uchwalono.

2. Zupełnie brak w protokole odzwierciedlenia poważnego, sięgającego najważniejszych kwestii konfliktu pomiędzy Gomułką a Bierutem co do tworzenia struktur terenowych rad narodowych¹⁸.

3. Pojawianie się w protokole absurdalnych faktów – rzekome objęcie funkcji premiera Rządu RP przez J. Kwapińskiego¹⁹ czy objęcie Delegatury w kraju przez PPS-WRN, „co nic dobrego nie wróży”²⁰.

Pomińmy wszakże na tym miejscu kwestię autentyczności tego dokumentu i skupmy się na innych kwestiach. Najważniejsze, moim zdaniem, jest to, że ów „statut” nie tylko: 1) nie odegrał żadnej roli praktycznej w tworzeniu nowych władz, ale 2) jego istnienie wręcz nie zostało odnotowane w innych aktach prawnych czy nawet w deklaracjach politycznych.

1. Tworzenie PKWN i podjęcie działania przez KRN w Lublinie nie pozostawało w żadnym związku formalnym z zapisami uchwalonego rzekomo „statutu”. Co więcej, utworzona tzw. Delegatura KRN w Moskwie nie miała żadnego formalnego oparcia w tym „statucie”. „Statut” w znanej wersji nie przewidywał utworzenia jakiegokolwiek „reprezentacji” KRN do podejmowania decyzji w przedmiocie powołania rządu tymczasowego (a tym bardziej powołania PKWN), choć znalazło się tam miejsce dla określenia kształtu pieczęci, którą ma się to ciało posługiwać. Pamiętać należy, że wśród wysłanych do Moskwy delegatów KRN jej członkami były tylko cztery osoby (Żymierski, Spychalski, Litwin i Osóbka-Morawski), zaś pozostali czterej nie wchodzili formalnie w skład tego ciała. Natomiast wśród jedenastu członków utworzonej 18 lipca Delegatury KRN tylko trzy osoby były członkami KRN. Ów „wybór” KRN dokonany w Moskwie, rzecz jasna bez żadnej wiedzy KRN w kraju, został skądinąd dokonany przez Prezydium ZPP, w posiedzeniu którego udział wzięli delegaci KRN²¹. W żadnym punkcie obrad, w żadnym momencie kreacji owej Delegatury uczestnicy posiedzenia nie odnieśli się choćby jednym słowem do treści wspomnianego „Statutu”. Podobnie sytuacja wygląda w odniesieniu do procesu tworzenia PKWN. Rzekomo powołany decyzją KRN (o czym jeszcze będę pisał), w treści ustawy KRN kreującej to ciało opublikowanej pod numerem pierwszym wznowionego już w Lublinie „Dziennika Ustaw”, również nie dostrzegła istnienia takiego dokumentu uchwalonego rzekomo przez KRN na pierwszym posiedzeniu.

2. Na drugim posiedzeniu KRN, które odbyło się już w Lublinie 15 sierpnia 1944 r. uchwalono ustawę o tymczasowym trybie wydawania dekretów²². Nie ma w niej ani słowa

¹⁸ Gomułka prezentuje ten spór jako zasadniczy. Podkreśla, iż był to nie tylko problem zachowania zasad konspiracji, ale przede wszystkim jego niechęci do tworzenia sieci ciał, których istnienie mogło narazić na wyraźne zakwalifikowanie tej inicjatywy jako kopiowania ustroju sowieckiego. A tego Gomułka chciał ciągle unikać. W. Gomułka, *op. cit.*, s. 364–369.

¹⁹ Co ciekawe, kandydatura Kwapińskiego na premiera rozważana była po dymisji Mikołajczyka jesienią 1944 r., ale wobec przybycia z kraju Arciszewskiego to jemu ostatecznie powierzono kierownictwo Rządu RP. Ten fakt może być jednak pewną poszlaką wskazującą na to, iż pisząc po upływie jakiegoś czasu protokół z pierwszego posiedzenia KRN autorom tego dokumentu po prostu pomyliły się daty i wstawili w protokół wydarzenia zaistniałe znacznie później.

²⁰ Protokół..., s. 29.

²¹ Szerzej o kulisach tworzenia KRN i PKWN patrz. T. Żenczykowski, *Dwa komitety 1920–1944. Polska w planach Lenina i Stalina*, Paryż 1983, s. 106 i n.

²² Dz.U. RP z 1944 r. Nr 1, poz. 3.

nie tylko o działaniu na podstawie tego „statutu”, ale także odniesienia do jego treści, zwłaszcza do art. 2²³ oraz art. 9²⁴. Podobnie dekret PKWN z 21 sierpnia 1944 r. restytuujący działalność wojewodów i starostów²⁵ nie wspomina o „Statucie” i nie odnosi się w ogóle do zapisu art. 8, ujmującego kompetencje rad narodowych. Również analiza pozostałych aktów prawnych wydawanych w Lublinie w lipcu, sierpniu i w początkach września dowodzi, że ani razu nie odnoszą się one w swej treści do rzekomo istniejącego dokumentu. O ile zatem mielibyśmy nawet przyjąć, że delegaci KRN wylatujący do Moskwy nie zabrali tak fundamentalnego dla dalszych działań dokumentu (choć w opracowaniach twierdzi się, że dokumenty te zostały już wcześniej przekazane do Moskwy)²⁶, to trudno jednak uwierzyć, że nikt z przybyłych do Warszawy członków KRN czy działaczy PPR nie dysponował choćby jedną kopią tego dokumentu.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że pomiędzy czerwcem a początkiem września 1944 r. komuniści zachowywali się tak, jak gdyby dokument uchwalony rzekomo w Warszawie w ogóle nie istniał. Wszystkie wskazane okoliczności pozwalają zatem przyjąć, iż przynajmniej w postaci znanej, „Statut Tymczasowy Rad Narodowych” jest wytworem o wiele późniejszym.

Nie przesądzając natomiast ani kwestii treści dokumentu uchwalonego rzeczywiście w nocy z 31 grudnia na 1 stycznia 1944 r., ani w ogóle tego czy jakikolwiek dokument został uchwalony, spróbujmy zatem ustalić pozostałe fundamenty ludowego konstytucjonalizmu w latach 1944–1947.

Pierwszy zatem ze wskazanych fundamentów, omówiony wyżej „Statut Tymczasowy Rad Narodowych” albo nie istniał w ogóle, albo istniał w wersji, która w żadnym razie nie mogła wpływać na rzeczywistość w interesującym nas okresie. Co więcej, opisując po latach zasady prawne nowego ustroju PRL niewątpliwie dobrze zorientowany A. Burda o tym dokumencie także w ogóle nie wspomina²⁷. Aż trudno sobie wyobrazić, że już po upływie wielu lat, nawet dla potrzeb propagandowych, nie podkreślano zasług i zdolności do przewidywania liderów PPR zakładających KRN.

Wskazał natomiast A. Burda na ustawę KRN z 21 lipca 1944 r. o powołaniu PKWN. O ile co do wcześniejszego dokumentu możemy snuć jakiegokolwiek rozważania, o tyle w tym wypadku sprawa jest całkowicie jasna. W tym dniu KRN nie mogła uchwalić żadnej ustawy nie tylko ze względów formalnych (rzekomy „Statut” nic nie mówił o trybie uchwalania ustaw ani o warunkach ich ważności w świetle praktyki działania KRN), ale przede wszystkim dlatego, że w tym dniu żadne posiedzenie KRN się nie odbyło²⁸. Nieobradowane więc w tym dniu ciało nie mogło powołać PKWN. Dodać też trzeba, iż podpisany pod rzekomą ustawą KRN B. Bierut nie mógł jej podpisać, bowiem w tym dniu znajdował się wiele tysięcy

²³ Art. 2 Statutu mówił że KRN sprawuje władzę na obszarze całej Polski.

²⁴ Art. 9 zdanie ostatnie mówił, iż KRN „udzieli Rządowi pełnomocnictw w zakresie sprawowania władzy”.

²⁵ Dz.U. RP Nr 2, poz. 8.

²⁶ Np. Gomułka w swych wspomnieniach pisze, że treść Statutu przekazał wraz z notatką z 12 stycznia 1944 r. Kasmanowi.

²⁷ A. Burda, *Odbudowa państwowości polskiej. Zasady prawne nowego ustroju*, (w:) *Krajowa Rada Narodowa* (red. A. Burda), Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1976.

²⁸ Wydawnictwo pt. „KRN. Informator” pod redakcją A. Gwiżdża, wymieniające wszystkie posiedzenia KRN, nie mówi nic na temat posiedzenia z 21 lipca 1944 r.

kilometrów od Moskwy, w Warszawie. Nie mógł też nikogo upoważnić do podpisania jej w swoim imieniu, bowiem żadnej łączności pomiędzy nim a czynnikami w Moskwie wtedy po prostu nie było. Decyzji takiej nie mogła też podjąć wspomniana Delegatura KRN, bo ani rzekomy „Statut” KRN takiego organu nie przewidywał, ani członkowie delegacji KRN plenipotencji do tworzenia takich ciał nie mieli. Ponadto rzekomy „Statut” przewidywał możliwość tworzenia Rządu Tymczasowego, ale takiej formuły nie akceptował Stalin. Do tego w ustawie z 21 lipca 1944 r. do żadnej regulacji „Statutu” w ogóle się nie odwoływano.

Przyjąć zatem trzeba, iż w sensie prawnym PKWN nigdy nie powstał. Z tego też powodu nie ma mocy ustawa KRN z 15 sierpnia 1944 r. upoważniająca PKWN do wydawania dekretów z mocą ustawy, bowiem nie można było upoważnić ciała, które w sensie prawnym nie istniało. Można jedynie zastanawiać się, czy w logice rewolucyjnego porządku prawnego mieści się pojęcie konwalidowania aktów normatywnych nieistniejącego w sensie prawnym ciała, poprzez organ wskazany we wspomnianym akcie z 15 sierpnia, tj. plenum KRN.

W praktyce przyjąć można, że dopiero ustawa KRN z 11 września 1944 r. stworzyła podstawowe ramy prawno-ustrojowe dla tworzącego się nowego państwa oraz że dopiero wraz z powołaniem przez KRN 31 grudnia 1944 r. tzw. Rządu Tymczasowego powstał rzeczywistość w oparciu o istniejące regulacje prawno-ustrojowe organ władzy wykonawczej.

PKWN natomiast nie zaistniał w sensie prawnym. Istniał faktycznie, ale walor prawny nawet dla tworzącego się nowego państwa mogłyby mieć ewentualnie jedynie te jego decyzje, które zostały zatwierdzone przez PKWN na posiedzeniu plenarnym zwykłą większością głosów.

Istotną kwestią dla rozstrzygnięcia interesujących nas zagadnień pozostaje problem odwoływania się przez twórców PRL do Konstytucji marcowej. W niemały kłopot konstytucjonalistów PRL wprawili autorzy Manifestu PKWN stwierdzając, iż: „KRN i PKWN działają na podstawie Konstytucji z 17 marca 1921 r., jedynie obowiązującej konstytucji legalnej uchwalonej prawnie”. Dla niektórych autorów (Mycielski, częściowo Grzybowski²⁹) był to argument za tym, by głosić obowiązywanie przepisów tej konstytucji po 22 lipca 1944 r. Jednak poglądy dominującej części badaczy (Działocha, Trzciński, Burda) wskazywały, iż powyższe stwierdzenie należy rozpatrywać wyłącznie w związku z zdaniem następnym Manifestu mówiącym, że: „podstawowe założenia Konstytucji (...) obowiązywać będą aż do powołania” Sejmu Ustawodawczego. Oznaczało to, iż „intencją autorów Manifestu – i to intencją w zasadzie konsekwentnie realizowaną³⁰ w praktyce ustrojowej w okresie KRN – było nadanie mocy obowiązującej nie całemu tekstowi Konstytucji marcowej, lecz tylko jej naczelnym zasadom dostosowanym do obiektywnych potrzeb ewoluującego ustroju państwa demokracji ludowej”³¹. Stwierdzenie Burdy rozstrzyga zatem wątpliwości tych, którzy chcieliby doszukiwać się elementów ciągłości ustroju PRL z Konstytucją z 1921 r. Także dlatego, że powyższa wypowiedź A. Burdy jedynie kamufluje („obiektywne potrzeby”) fakt czysto dekoracyjnego i deklaracyjnego odwoływania się do podstawowych zasad Konstytucji marcowej. Jest to oczywiste dla każdego, kto owe podstawowe zasady tej Konstytucji zna. I nie chodzi tu tylko o fakt, który dyskusji nie wymaga, mianowicie stwierdzenie, iż takich instytucji jak KRN

²⁹ Stanowiska te m.in. przybliży A. Burda, *op. cit.*, s. 76–77.

³⁰ W zasadzie, bo jak pisze sam Burda w odniesieniu do regulacji z 11 września 1944 r., tej konsekwencji nie było. A. Burda, *op. cit.*, s. 76.

³¹ A. Burda, *op. cit.*, s. 77.

czy PKWN w akcie z 1921 r. nie przewidywano. Otóż wśród podstawowych zasad tej Konstytucji wymienić możemy:

1. republikański charakter państwa,
2. zwierzchnictwo narodu,
3. trójpodział władz,
4. jednolitość państwową z autonomią Śląska, oraz
5. poszanowanie praw obywatelskich³².

Nie ulega wątpliwości, że budowany nowy ustroj wychodził od zasady zwierzchnictwa ludu pracującego miast i wsi, którą to zasadę komuniści rozumieli w sposób całkowicie sprzeczny z zasadą zwierzchnictwa narodu³³. W tym też kontekście stwierdzić można, iż zasadniczo odmienne było rozumienie zapisu art. 1 Konstytucji mówiącego, iż „Państwo Polskie jest Rzeczpospolitą”. Inny bowiem charakter suwerena w państwie przesądzał też o innym pojmowaniu pojęcia „Rzeczpospolita”.

Stworzony model najwyższych władz państwowych, potwierdzony później w Małej Konstytucji z 1947 r. był także zaprzeczeniem zasady trójpodziału władzy na rzecz koncepcji koncentracji władzy państwowej wraz ze ściśle z tym związaną zasadą kierowniczej roli partii komunistycznej.

Także unitarność państwa przyjęta jako podstawa ustrojowa nie uwzględniała nie tylko gwarantowanej konstytucyjnie autonomii Śląska, ale i pozycji ustrojowej wspólnot samorządowych.

O kwestii przestrzegania przez władze komunistyczne konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności obywatelskich wspominać, jak sądzę, nie ma potrzeby.

Oczywiście w wielu regulacjach prawnych tak przed przyjęciem Małej Konstytucji, jak również i później, niejednokrotnie wskazywano na kierowanie się powyższymi zasadami, ale w praktyce były to zapisy puste. Bardziej odpowiadające prawdzie jest stwierdzenie, iż recypowano wprost szereg konkretnych artykułów Konstytucji z 1921 r., zwłaszcza w Małej Konstytucji. Ale taka prosta recepcja poszczególnych przepisów konstytucyjnych, do tego przepisów zgodnie z przyzwyczajoną legislacyjną prawidłowo derogowanych Konstytucją z 1935 r., nie była i nie jest, rzecz jasna, żadnym argumentem za ciągłością ustrojowo-prawną PRL z II RP. Było to bowiem wyłącznie wykorzystanie nieobowiązujących już prawnie regulacji do bieżących potrzeb, a nie próba jakiegось kontynuowania funkcjonującego porządku ustrojowego II RP.

Podsumowując i ten wątek stwierdzić należy, że często podnoszone dziś rzekome kontynuowanie II RP przez rodzący się PRL, czego dowodzić ma opieranie się przezeń na Konstytucji marcowej, nie znajduje żadnych podstaw w ówczesnej rzeczywistości.

Pierwsze lata PRL, zwłaszcza okres do końca 1944 r., to czas kompletnego chaosu prawno-ustrojowego i kompletnego braku nie tylko wizji kształtu prawno-ustrojowego budowanego państwa (tej wizji komuniści mieć nie mogli, bo decyzje w tej materii podejmował za nich Stalin), ale także jakiegokolwiek myśli i porządku w konkretnie podejmowanych decyzjach i rozstrzygnięciach. Ten kompletny chaos, przykrywany rewolucyjną retoryką, z dobrodziejstwem inwentarza przyjęła bez jakiegokolwiek refleksji III RP, uznając, iż cały dorobek PRL-u, a więc i tego okresu, należy nie tylko uszanować, ale i zaakceptować bez zastrzeżeń. W tym w głównej mierze upatrywałbym panującego dziś w III RP chaosu i nieładu konstytucyjnego.

³² W. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (Geneza i system)*. Warszawa 1922, s. 14 i n.

³³ Problem ten omawiam szerzej w mojej książce: *Wokół genezy PRL*, Toruń 2001.

CZASOPISMIENICTWO PRAWNICZE

Stanisław Milewski

Lwowskie podglebie dla inicjatywy adwokata

Część I

Jak w Krakowie mecenas Feliks Słotwiński stał się pionierem nowoczesnego czasopiśmiennictwa prawniczego wydając niezbyt wprawdzie udaną „Themis” – tak we Lwowie, będącym w XIX wieku ważnym ośrodkiem polskości, pionierem takim okazał się adwokat Ignacy Szczęśny Czemeryński, startując ze swym „Prawnikiem”. Jego zasługi w konsolidacji i organizowaniu się tamtejszego środowiska prawniczego są wprost trudne do przecenienia. To on swoją pracą położył fundamenty pod znakomity „Przegląd Prawa i Administracji” promieniujący na wszystkie trzy zabory.

Ze Lwowa bowiem w tym czasie, a nie z Krakowa ani tym bardziej ze zduszonej przez Rosję Warszawy, płynęły intelektualne impulsy dla polskich prawników. Nawet ich pierwszy zjazd odbył się tam właśnie, a jego organizatorami byli w dużym stopniu adwokaci.

1. Po krótkim żywocie „Roczników” Rosbierskiego – już w tym cyklu przedstawionych, a wychodzących w latach 1810–1813 – Lwów musiał czekać pół wieku z górą na następny periodyk prawniczy. „Roczniki” – jak pamiętamy – ukazywać się zaczęły w latach przełomu, gdy z sądownictwa na dawnych ziemiach polskich zagrabionych w kolejnych rozbiorach przez Austrię, a nazwanych Galicją i Lodomerią, rugowano łaćnię, wprowadzając w jej miejsce język niemiecki, co miało zgłajszachtować te tereny z resztą monarchii Habsburgów.

Owo półwiecze wypełniały z jednej strony usilne zabiegi germanizacyjne polegające także na używaniu przez całą administrację języka niemieckiego w stosunkach urzędowych z miejscową ludnością, odsuwaniu Polaków od urzędów i obsadzaniu ich przez ludzi z głębi cesarstwa – często o niskich kwalifikacjach zawodowych i moralnych – a z drugiej zaś walka o przetrwanie, o utrzymanie polskości tych ziem, o zachowanie odrębności narodowej.

Proces rozkładu absolutnej monarchii habsburskiej, przyspieszony przegraną wojną włoską u schyłku lat pięćdziesiątych, położył kres tendencjom centralistycznym. Odtąd rząd w Wiedniu, starając się by arystokrację Galicji i tutejsze kręgi konserwatywne ściślej związać z monarchią, zaczął czynić stopniowe ustępstwa i łagodzić kurs antynarodowy.

Po klęsce pod Sadową w 1866 roku monolityczna dotąd monarchia przekształciła się w Austro-Węgry. Galicja zaś w wyniku kilkuletnich zabiegów różnych ugrupowań, tak wiernopoddających lojalistów, jak i niepodległościowców, zabiegów polegających głównie na

wzajemnych kompromisach oraz dogadywaniu się z rządem – zyskała dość znaczną autonomię.

Lwów, jako miasto stołeczne, stał się ośrodkiem prężnym, przewyższał też Kraków niemal dwukrotnie liczbą mieszkańców (np. w 1890 roku liczył 130 tys. mieszkańców, a Kraków 75 tys.) i dopiero w latach późniejszych dysproporcja ta uległa zmniejszeniu (w 1910 roku Lwów liczył ponad 200 tys., a Kraków ponad 150 tys.). Tu też bardziej dynamicznie rozwijało się czasopiśmiennictwo, w tym także prawnicze.

W trudnym półwieczu „przedautonomicznym” we Lwowie – podobnie jak to było w tych latach w Warszawie i Krakowie – problematyka prawna gościła na łamach czasopism ogólnych. W mieście tym jednakże nie wychodził żaden periodyk naukowy o charakterze interdyscyplinarnym i rolę tę zaczął spełniać w ograniczonym dość zakresie dopiero „Przewodnik Naukowy i Literacki”, ukazujący się od 1875 roku jako dodatek do „Gazety Lwowskiej”. Problematyka prawnicza była tu jednak gościem bardzo rzadkim, jako że istniały już w tym czasie czasopisma fachowe z tego zakresu.

Codzienna „Gazeta Lwowska” miała wówczas długie tradycje, bo ukazywała się od 1811 roku jako czasopismo o charakterze urzędowym. Zajmowała się również problematyką wymiaru sprawiedliwości, odnotowując ruch kadrowy, zamieszczając sprawozdania z procesów sądowych i omawiając aktualne ustawodawstwo. Robiono to szczególnie w tygodniowych dodatkach, które wydawano jeszcze przed wyodrębnieniem się „Przewodnika Naukowego i Literackiego”.

Tytułem przykładu wymienić można publikację pt. „Rzut oka na prawodawstwo Austrii” w kilkunastu numerach roczników 1853–1856, będącą przeglądem aktualnych ustaw. W tym samym okresie Aleksander Stadnicki ogłosił tu cały szereg artykułów dotyczących „prawodawstwa o spadkach włościńskich” na terenie Galicji za czasów staropolskich, józefińskich i współczesnych, a wstępujący na drogę naukową ekonomista i prawnik Ferdynand Wilkosz opublikował „Rzecz o włościach w dawnej Polsce pod względem prawnym i ekonomicznym”. Stadnicki popularyzował prawo w tym dodatku jeszcze i w latach późniejszych; w roczniku 1858 dał przystępnie napisany wykład o statutach wiślickich, sięgnął też do historii przepisów przeciw lichwie.

Artykuły z zakresu prawa trafiały też sporadycznie i do innych czasopism, np. w roczniku 1863 liberalno-demokratycznego „Dziennika Literackiego” znaleźć można dwie bardzo interesujące publikacje sygnowane kryptonimem Sz.Cz. (Szczęsny Czemeryński?) pt. „Krótki rys literatury prawa polskiego” oraz „Stan nauk prawno-politycznych w Polsce”.

Chociaż nie było tych publikacji w sumie zbyt wiele i stały na znacznie niższym poziomie naukowym niż rozprawy publikowane przez prawników warszawskich, a nawet i krakowskich – odgrywały one bezsprzecznie dużą rolę. Przypominały dawną tradycję prawną, podkreślały odrębność od innych obszarów monarchii, budziły świadomość narodową, integrowały miejscowe środowisko prawnicze.

2. Środowisko prawników organizować się zaczęło już w połowie lat sześćdziesiątych. Zawiązało się wówczas kółko młodej palestry i czyniono starania o założenie czytelnicy prawniczej, gromadząc na razie dość skromny księgozbiór. W 1868 roku opracowano projekt statutu, a po wyjednananiu u władz jego zatwierdzenia – powstało Towarzystwo Prawnicze Lwowskie.

Fakt jego ukonstytuowania miał duże znaczenie dla dalszej integracji tutejszych prawników-Polaków: sędziów, adwokatów i notariuszy, którzy oprócz chęci stowarzyszenia się ze względu na narodowych odczuwali także potrzebę doskonalenia zawodowego i pogłębienia

wiadomości z teorii prawa. Przygotowanie zawodowe prawników pozostawiało w tym czasie wiele do życzenia, chociaż – jak świadczą współcześni – galicyjskie sądy szlacheckie we Lwowie, Stanisławowie i w Tarnowie „miały zawsze na posadach sędziów z należyтым wykształceniem i były do końca (tzn. do 1855 roku) arcyważnymi trybunałami I instancji”.

Ich droga do zawodu prowadziła na ogół przez studia prawnicze, w tym okresie dość skromnie zakrojone, po których odbywali roczną praktykę cywilistyczną i roczną karną. Po egzaminie, który zdawano w Sądzie Apelacyjnym we Lwowie, otrzymywali stopień auskultanta (niższy urzędnik sądowy, od łac. *auscultans* – słuchający); następnie szczeble kariery to aktuariusz (pisarz sądowy, od łac. *actuarius* – biegły w pisaniu), protokolista rady, sekretarz, wreszcie sędzia. Było to więc wykształcenie w głównej mierze praktyczne, dające raczej biegłość kancelaryjną niż szeroki horyzont myślowy.

Adwokaci z kolei byli do 1855 roku stanem bardzo uprzywilejowanym, który łatwo dochodził do majątku. Po zdobyciu tytułu doktora prawa, co przy ówczesnym poziomie kształcenia nie wymagało wielkiego zachodu, i trzyletniej praktyce w adwokackiej kancelarii lub Prokuratorii Skarbowej (urząd sprawujący zastępstwo w interesach prawnych kościołów, klasztorów, chłopów przeciw dworom), zdawali egzamin również w lwowskim Sądzie Apelacyjnym. Następnie starać się trzeba było o nominację u ministra sprawiedliwości.

Liczba adwokatów była dość ograniczona, np. we Lwowie doliczyć się ich można w 1855 roku 20, w Stanisławowie 8, w Tarnowie 10. W 1868 roku wydana została nowa ordynacja adwokacka, która przyniosła niezawisłość od sądów i otworzyła bez większych ograniczeń drogę do tej intratnej profesji; jedynie przedłużono okres praktyki: rok odbywano ją w sądzie i 6 lat pod okiem adwokata patrona. Miało to ten skutek, że liczba adwokatów gwałtownie wzrosła (w 1876 roku było ich w całej Galicji, łącznie z Wlk. Ks. Krakowskim – 229; w 1884 roku 300, we Lwowie 81, a w Krakowie 43). Zaczęła się ostra konkurencja, obniżył się też znacznie poziom etyki zawodowej.

Łącznie z notariuszami, których było w Galicji w 1858 roku równo 100, oraz trudną bliżej do określenia liczbą prawników wykonujących inne zawody – środowisko prawnicze było nader liczne, dość realna stała się więc możliwość utworzenia dla niego specjalnego czasopisma. Sprawę ułatwiał fakt, że właśnie wówczas, gdy zawiązało się Towarzystwo Prawnicze – na skutek starań galicyjskiego sejmku cesarz wydał „najwyższe postanowienie”, noszące datę 4 czerwca 1860 roku, wprowadzające ostatecznie (broniono po polsku i ogłoszono wyroki już znacznie wcześniej) język polski do sądów i urzędów; w Galicji Wschodniej także ruski.

Były to wszystko okoliczności sprzyjające inicjatywie, z jaką w 1870 roku wystąpił adwokat dr Ignacy Szczęsny Czemyński, rozpoczynając wydawanie tygodnika pt. „Prawnik”. Do tej pory tutejsi prawnicy mogli abonować jedynie „Allgemeine Oesterreiche Gerichte Zeitung”, czasopismo wychodzące najpierw trzy razy w tygodniu, potem raz, poświęcone teorii prawa, orzecznictwu sądowemu i omówieniom literatury prawniczej, wyróżniające się dobrym poziomem i długimi tradycjami. Pismo to, założone w 1849 roku przez dr. Moriza von Studenraucha, przez pewien czas redagował wybitny znawca prawa karnego prof. dr Juliusz Glaser, późniejszy minister sprawiedliwości. Było ono kontynuacją periodyku „Der Jurist” poświęconego praktyce prawa, wydawanego w Wiedniu w latach 1838–1848 przez Ignaza Wildnera Eldena.

Mogli też galicyjscy prawnicy prenumerować tygodnik „Gerichtshalle” (Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft), wychodzący od 1856 roku, a zajmujący się sądową praktyką (od marca 1872 roku adwokaci wiedeńscy Burian i Johanyj zaczęli wydawać nadto „Juristi-

sche Blätter”, będący jakby syntezą obu tych czasopism). Niektórzy nawet publikowali w czasopismach wiedeńskich, ciesząc się powszechnym uznaniem wśród europejskich prawników, swoje artykuły; także zresztą i później, gdy chcieli ze swym dorobkiem naukowym wyjść „w świat”.

Czasopisma tamte służyły jedynie fachowym wsparciem, w tendencji były zresztą centralistyczne. „Prawnik” natomiast stał się natychmiast czymś swojskim, bardziej bliskim, podobnie jak dla Czechów „Právník” wychodzący od 1861 roku w Pradze najpierw pod redakcją księcia dr. Thurn-Taxis. Założyciele tego czasopisma ukazującego się aż do czasów nam współczesnych skorzystali z pierwszej zapowiedzi równouprawnienia narodowości, jaka się pojawiła w dyplomie cesarskim z 20 października 1860 roku, i swoją inicjatywą znacznie wyprzedzili inne nacje (np. chorwacki „Mjesečnik pravnickoga društva u Zagrebu” założony został dopiero kilkanaście lat później) oraz „Prawnika” adwokata Czernyńskiego.

PALESTRA

PRZED LATY

Rok 1963 (nr 3–4)

Alfred Kaftal

O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego w procesie karnym

I. Problematyka przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata stanowi przedmiot licznych opracowań. Nic w tym dziwnego, jeśli się zważy, że zapewnienie tej tajemnicy leży u podłoża obrony oskarżonego, która opiera się na zaufaniu do adwokata. O ile jednak dotychczasowe rozważania w tej materii poświęcone były obowiązkowi zachowania tajemnicy zawodowej przez adwokata występującego w procesie karnym w charakterze świadka, o tyle niniejsze uwagi dotyczyć będą zupełnie innej sytuacji, mianowicie takiej, kiedy adwokat jest przesłuchiwany w charakterze podejrzanego lub oskarżonego. Czy również i w tym wypadku może on zasłaniać się tajemnicą zawodową, a jeśli tak – to w jakim zakresie?

Trzeba stwierdzić, że zarówno dotychczasowe opracowania, jak i orzecznictwo Sądu Najwyższego niewiele się zajmowały tym zagadnieniem, mimo że jest ono zaliczane do istotnych i ważnych.

II. A tymczasem powyższa problematyka przewija się w praktyce sądowej, czego dowodem może być np. uchwała Sądu Najwyższego z 23 listopada 1962 r. (VI KO 61/62). W uchwale tej SN, przy sposobności interpretacji art. 53 u. o u.a. (pod kątem widzenia wyjaśnienia, jakie fakty, o których dowiedział się adwokat od klienta, są objęte zasięgiem omawianej tajemnicy), wypowiedział pogląd, który siłą rzeczy zmusza do ustosunkowania się do poruszanego zagadnienia. W uchwale tej bowiem SN, nie uzasadniając bliżej swego stanowiska, wyjaśnił, że „obowiązek zachowania milczenia upada, jeżeli adwokat w związku z treścią danej rozmowy ze swoim klientem znalazł się w pozycji obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym lub oskarżonego w postępowaniu karnym”. Jednakże Komentarz do ustawy o ustroju adwokatury zajmuje wręcz odmiennie stanowisko, w myśl którego adwokat obowiązany jest we wszelkich okolicznościach, a więc również wobec władz państwowych, do zachowania tajemnicy zawodowej. Więcej nawet, podkreślono tam, że „bez znaczenia jest okoliczność, czy przeciw adwokatowi, od którego żąda się wydania akt sprawy, toczy się postępowanie karne”.

Na tle tak przedstawionych sprzecznych ze sobą poglądów rodzi się pytanie, na podstawie jakich przepisów można uzasadnić przedstawione wyżej stanowiska. W rozważaniach na ten temat należy odróżnić dwa zagadnienia, które powinny być odrębnie omówione z punktu widzenia obowiązujących przepisów, a mianowicie: z jednej strony – zagadnienie obowiązku adwokata do zachowania tajemnicy zawodowej, z drugiej zaś – zagadnienie możliwości zużytkowania przez sąd w procesie karnym uzyskanych z naruszeniem tajemnicy zawodowej dowodów bez względu na to, w jakim charakterze adwokat pewne fakty ujawnił. Wydaje się, że tylko rozgraniczając ściśle te dwa zagadnienia, można będzie w świetle przepisów obowiązującego prawa udzielić na wymienione wyżej pytanie właściwej odpowiedzi.

III. Najpierw należy rozważyć możliwość różnych sytuacji, w których może powstać powyższe zagadnienie. Tak więc należy rozważyć sytuację, gdy:

1) adwokat składa wyjaśnienia dotyczące tajemnicy zawodowej zarówno w sprawie związanej ściśle z faktami chronionymi tajemnicą zawodową, jak i w sprawie pozbawionej takiego związku;

2) adwokat jest przesłuchiwany w charakterze podejrzanego na temat porad prawnych, które, zdaniem oskarżenia, stanowią czyn przestępny.

IV. Analizę obowiązujących przepisów w omawianej materii trzeba rozpocząć od art. 53 u. o u.a., który w sposób stanowczy nakazuje adwokatowi zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się z tytułu wykonywania zawodu adwokackiego. Przepis ten, jak również pozostałe przepisy u. o u.a., żadnych wyjątków od tej zasady nie przewidują. W związku z tym należy stwierdzić, że tajemnica zawodowa adwokata w żadnych okolicznościach nie może być podważona. W tym też kierunku idą poglądy zarówno doktryny, jak i uchwały Naczelnej Rady Adwokackiej, które zajmują stanowisko, że adwokat nie może pod żadną postacią ani pod żadnym pozorem ujawnić tajemnicy zawodowej. Wspomnieć też trzeba, że w czasie, gdy postępowanie dyscyplinarne było otoczone bezwzględną tajemnicą, istniały poglądy, że w toku tego postępowania mogły być ujawnione powyższe okoliczności. Wiadomo także, że adwokaci oskarżeni w procesach karnych ujawniali w swojej obronie rzeczywisty, zdaniem ich, przebieg czynności oraz wiadomości uzyskane od klienta w związku z wykonywaniem zawodu adwokackiego.

W obliczu tych zdarzających się w praktyce naruszeń tajemnicy zawodowej trzeba z całą stanowczością podkreślić, że art. 53 u. o u.a. nie zezwala na żadne odstępstwa od zasady zachowania tajemnicy zawodowej przez adwokata zarówno w postępowaniu dyscyplinarnym, jak i sądowym i że ustawa o ustroju adwokatury nie czyni żadnych rozróżnień w kwestii zachowania przez adwokata tajemnicy zawodowej w zależności od tego, w jakim charakterze jest on przesłuchiwany.

Nasuwa się w tym miejscu pytanie, jak będzie wyglądało postępowanie dyscyplinarne lub sądowe, a w szczególności obrona adwokata obwinionego, jeżeli nie będzie on mógł odwołać się do faktów wykazujących jego niewinność, ale objętych tajemnicą zawodową. Na pytanie to należy odpowiedzieć, że w wypadku postępowania dyscyplinarnego adwokat występujący tam w charakterze obwinionego powinien ograniczyć swoje wyjaśnienia do takich faktów, które nie będą stały w kolizji z brzmieniem art. 53 u. o u.a., oprócz zaś swoją obronę na innych dostępnych dowodach. Tak samo będzie się przedstawiać sprawa w postępowaniu sądowym. Również i tutaj adwokat-oskarżony nie może ujawniać faktów objętych tajemnicą zawodową. Gdyby zaś wbrew temu uczynił to, musi się liczyć z odpowiedzialnością dyscyplinarną przewidzianą w u. o u.a.

W świetle więc obowiązujących przepisów u. o u.a. brak podstaw do tego, by dopuścić jakiegokolwiek wyjątki od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez adwokatów.

V. Niezależnie jednak od przepisów u. o u.a. problem wykorzystania w charakterze dowodów faktów znanych adwokatowi w związku z wykonywaniem przez niego zawodu adwokackiego porusza również kodeks postępowania karnego.

Jeśli chodzi o problematykę karną procesową, to można ją rozważyć w dwóch aspektach:

a) uchylenia się przez adwokata, podejrzanego o popełnienie przestępstwa, od złożenia zeznań czy wyjaśnień;

b) wykorzystania złożonych przez adwokata zeznań bądź wyjaśnień dotyczących faktów chronionych tajemnicą zawodową.

Ad a) Obowiązujące przepisy w omawianej materii są wysoce lakoniczne i chyba niewystarczające, albowiem k.p.k. w art. 91 i 92 reguluje wyłącznie sytuację, gdy adwokat składa zeznania w charakterze ś w i a d k a. W tym wypadku k.p.k. wprowadza wyraźny zakaz, który nie tylko uprawnia adwokata do uchylenia się od złożenia zeznań w trakcie przesłuchiwania go, ale ponadto zabrania nawet przesłuchiwać go na ten temat przez organ prowadzący dochodzenie lub przez sąd.

A jak przedstawia się sprawa, gdy zachodzi potrzeba przesłuchania adwokata w charakterze podejrzanego na temat faktów, o których dowiedział się w czasie wykonywania zawodu? Czy w tym wypadku ustawa wprowadza jakieś zakazy dowodowe? Niestety, nie. Spotykamy się tutaj chyba z pewnymi rozbieżnościami pomiędzy k.p.k. a u. o u.a., jak to słusznie podkreślono w doktrynie. Rozbieżności te, jak widać, nasuwają wiele trudności nie tylko w teorii, ale i w praktyce. Sytuacja taka jest wysoce niebezpieczna, gdyż podważa konstytucyjnie zagwarantowane obywatelom prawo do obrony, narażając ich na to, że fakty podane przez nich obrońcy mogą być wyzyskane w formie dowodu przeciwko nim w toku przesłuchiwania adwokata jako podejrzanego. Czy jednak sam fakt, że adwokat został postawiony w stan oskarżenia, upoważnia sąd do wypytywania go o fakty, o których dowiedział się od klienta? Na pewno nie. Dopuszczenie do tego rodzaju wykładni mogłoby doprowadzić zarówno do naruszenia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przewidzianego w art. 53 u. o u.a., jak i do pogwałcenia przepisu art. 91 k.p.k.

A czy adwokat podejrany nie ma żadnej możliwości uchylenia się od odpowiedzi na zadawane mu pytania? Brak w ustawie przepisu analogicznego do art. 91 k.p.k. trzeba uznać za lukę w ustawie. Wprawdzie art. 73 k.p.k. stanowi, że oskarżony może nie odpowiadać na zadawane mu pytania, a więc tym samym adwokat w razie stawiania mu pytań dotyczących okoliczności objętych tajemnicą zawodową, może uchylić się od odpowiedzi, jednakże taka odmowa może łączyć się ze znacznym ograniczeniem oskarżonego adwokata co do możliwości swej obrony.

Z zagadnieniem tym wiąże się inne zagadnienie: zakresu tajemnicy zawodowej. Nie wszystkie bowiem okoliczności związane z prowadzeniem przez adwokata sprawy lub udzieleniem przez niego porady są objęte tajemnicą (np. wysokość wynagrodzenia adwokata). Brzmienie art. 53 u. o u.a. wskazuje na to, że tajemnica zawodowa dotyczy wszystkiego, o czym adwokat dowiedział się w związku z wykonywaniem zawodu. Jest to ujęcie bardzo szerokie. Ale jest niewątpliwie, że tajemnicą są objęte wszystkie okoliczności wiążące się z daną sprawą lub poradą, choćby to były tylko uboczne oświadczenia lub wyjaśnienia klienta. Objęte są tą tajemnicą również rady, wyjaśnienia i zalecenia adwokata, gdyż w razie ich ujawnienia można by było wyciągnąć pewne wnioski o samej sprawie.

Niemniej jednak samo podejrzenie adwokata o popełnienie przestępstwa stwarza niebezpieczeństwo ujawnienia tajemnicy zawodowej przez tego adwokata, a – co gorsza – stwarza możliwość omijania kategorycznego zakazu ujawniania faktów, o których adwokat dowiedział się z tytułu wykonywania zawodu, przez postawienie adwokata w stan oskarżenia. To zaś mogłoby doprowadzić do ewentualnych nadużyć polegających na tym, że przy sposobności prowadzonego postępowania karnego nastąpiłaby kontrola udzielanych przez adwokata porad, treści, rozmów z klientami, a nawet zapoznania się z aktami podręcznymi adwokata.

Dlatego też – nie mówiąc już o obowiązku – należy opowiedzieć się za prawem adwokata, podejrzanego o popełnienie przestępstwa, do zachowania tajemnicy zawodowej. Jednocześnie należy postulować, żeby w przyszłym kodeksie postępowania karnego został wyraźnie uregulowany – na wzór art. 91 k.p.k. – zakaz żądania wyjaśnień od podejrzanego adwokata co do faktów objętych tajemnicą zawodową.

Ad b) Nieco inaczej w świetle obowiązujących przepisów przedstawia się sprawa wykorzystywania faktów objętych tajemnicą zawodową a ujawnianych – wbrew zakazowi zawartemu w art. 53 u. o u.a. – przez podejrzanego adwokata w złożonych wyjaśnieniach. Czy w tym wypadku takie fakty dowodowe mogą być wykorzystane w procesie karnym?

Stwierdzić trzeba, że również i tu brak wyraźnego uregulowania w k.p.k. Kodeks postępowania karnego w art. 91 k.p.k. reguluje jedynie sytuacje, gdy adwokat dowiedział się o pewnych faktach podczas udzielania porady prawnej lub prowadzenia sprawy, przy czym zabrania się w tym wypadku nie tylko przesłuchiwać go, ale i nie dopuszcza zarazem nawet do uchylecia tego zakazu za zgodą stron. Znaczy to, że choćby adwokat zgodził się na złożenie zeznań lub je nawet złożył, to jednak takie zeznania nie mogłyby być wykorzystane w procesie karnym, gdyż nie mają one żadnej wartości dowodowej.

A jak się przedstawia sytuacja, gdy adwokat-podejrzany złoży wyjaśnienia dotyczące faktów objętych tajemnicą zawodową? Czy w ogóle wolno organom ścigania przesłuchiwać go na takie okoliczności, a następnie wykorzystywać taki dowód w toku procesu? K.p.k. w tej materii milczy. Rodzi się więc pytanie, czy można tego rodzaju zakazy wyprowadzić z brzmienia art. 53 u. o u.a. Wydaje się, że nie, a to z następujących względów.

Artykuł 58 u. o u.a. wkłada określone obowiązki na adwokata, zabraniając mu ujawniania wszystkiego, o czym dowiedział się z tytułu wykonywania zawodu, co jednak wcale nie wyłącza możliwości ujawnienia przez adwokata tego rodzaju faktów. Jedyłą w tym wypadku konsekwencją jest pociągnięcie adwokata do odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Gdyby ustawodawca chciał uznać dany dowód za niedopuszczalny, to uregulowałby to odpowiednio w k.p.k. w sposób zbliżony do rozwiązania przyjętego w art. 91 k.p.k. Skoro więc brak tego rodzaju zakazu w k.p.k., to należy przyjąć, że istnieje możliwość wykorzystania wyjaśnień złożonych przez adwokata-podejrzanego nawet z obrazą art. 53 u. o u.a.

Dlatego też należy uznać, że w świetle obowiązujących przepisów:

1) możliwe jest przesłuchanie adwokata podejrzanego, jeśli oczywiście nie skorzysta on z możliwości uchylecia się od złożenia wyjaśnień na temat faktów związanych z zarzucanym mu czynem przestępnym (np. podżeganie do złożenia fałszywych zeznań, o których mówił lub dowiedział się podczas udzielania porady prawnej);

2) możliwe jest wykorzystanie tego rodzaju wyjaśnień w celach dowodowych w procesie karnym.

VI. W świetle przeprowadzonych rozważań nasuwają się tu pewne wnioski.

Otóż wydaje się, że należy uznać, iż obowiązujące przepisy k.p.k. są w omawianej materii niewystarczające. Przepisy te wymagają *de lege ferenda* uzupełnień. Jest to tym aktual-

niejsze, że projekt k.p.k. uchwalony po II czytaniu nie wprowadza żadnych zmian w stosunku do obecnego stanu prawnego w tej materii.

Dlatego też należy postulować, by zostały wprowadzone:

1) po pierwsze – ustawowy zakaz żądania wyjaśnień od adwokata podejrzanego co do faktów objętych dyspozycją art. 53 u. o u.a.;

2) po drugie – ustawowy zakaz korzystania, jako z dowodów, z faktów, o których adwokat podejrzaný dowiedział się podczas udzielania porady prawnej lub prowadzenia sprawy, jeżeli fakty te zostaną przez adwokata ujawnione.

Na zakończenie niniejszych uwag należy jeszcze dodać, że poruszone tu zagadnienia nie były dotychczas należycie pogłębione przez doktrynę i orzecznictwo. Powinny się one stać tematem dyskusji w związku z niedalekim już chyba opublikowaniem projektu kodeksu postępowania karnego.

★

Orzecznictwo Wyższej Komisji Dyscyplinarnej

Orzeczenie z 24 listopada 1962 r. (WKD 195/62)

Wyrażenie przez adwokata zgody na podpisanie pisma procesowego imieniem i nazwiskiem nieobecnej strony przez osobę trzecią i złożenie tak podpisanego pisma do sądu stanowi naruszenie porządku prawnego przez adwokata i podlega represji dyscyplinarnej.

Dnia 24 listopada 1962 r. Wyższa Komisja Dyscyplinarna dla spraw adwokatów, po rozpoznaniu sprawy dyscyplinarnej adw. X z odwołania obwinionego od orzeczenia Wojewódzkiej Komisji Dyscyplinarnej w A z 15 września 1962 r. (KD 6/62), orzekła:
zaskarżone orzeczenie z a t w i e r d z i ć (...).

UZASADNIENIE

Wojewódzka Komisja Dyscyplinarna w A orzeczeniem z 15 września 1962 r. uznała obwinionego adwokata X za winnego tego, że: 1) w 1961 r. w R. w sprawie S. F. o stwierdzenie praw do spadku zgodził się na podpisanie przez żonę S. F. czystego arkusza papieru imieniem i nazwiskiem jej męża, tj. S. F., i tak podpisane pismo złożył w sądzie, 2) w 1962 r. w R. w sprawie W. i J. małż. K. o dożywocie zgodził się na podpisanie przez J. K. sporządzonego przez siebie pozwu imieniem i nazwiskiem jej męża W. K. i tak podpisany pozew złożył w sądzie. Za każdym z tych czynów i jako karę łączną wymierzono obwinionemu karę dyscyplinarną upomnienia. Od orzeczenia tego odwołał się obrońca obwinionego, wnosząc o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i umorzenie postępowania na zasadzie art. 49 k.p.k.

Wyższa Komisja Dyscyplinarna zważyła, co następuje:

Stan faktyczny sprawy jest niesporny, odwołanie więc sprowadza się do polemiki z dotychczasowym orzecznictwem Wyższej Komisji Dyscyplinarnej negującym możliwość stosowania art. 49 k.p.k. w sprawach dyscyplinarnych. W kwestii tej komplet orzekający nie widzi dostatecznych podstaw do odstąpienia od przyjętej linii judykatury. Poruszone w odwo-

łaniu okoliczności dotyczące rozmiaru winy, braku ujemnych następstw czynu i wreszcie samej osoby obwinionego znalazły odpowiedni wyraz w uzasadnieniu orzeczenia I instancji i wymierzeniu obwinionemu kary dyscyplinarnej najniższego stopnia.

Podzielając więc przesłanki orzeczenia Komisji I instancji – zarówno co do winy, jak i kary – orzeczono jak w sentencji.



Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach adwokackich

Wyrok Sądu Najwyższego z 22 grudnia 1962 r.

W orzecznictwie dyscyplinarnym stosowana jest zasada, że adwokat, działając nawet we własnej sprawie, powinien przestrzegać wszelkich zasad i zwyczajów obowiązujących go w toku czynności zawodowych.

Sąd Najwyższy wyrokiem z 22 grudnia 1962 r., po rozpoznaniu sprawy adw. X z powodu rewizji założonej przez Ministra Sprawiedliwości od prawomocnego orzeczenia Wyższej Komisji Dyscyplinarnej z 2 czerwca 1962 r. sygn. WKD 85/62,

u c h y l i ł zaskarżone orzeczenie i sprawę p r z e k a z a ł Wyższej Komisji Dyscyplinarnej do ponownego rozpoznania.

Z UZASADNIENIA

Orzeczeniem Wojewódzkiej Komisji Dyscyplinarnej Izby Adwokackiej w Z z 28 października 1961 r. adw. X uznany został za winnego popełnienia trzech czynów:

- 1) powołania się w sprawie lokalowej przed Powiatową Komisją Lokalową na karalność przeciwnika ob. A, o czym obwiniony wiedział, gdyż był obrońcą tegoż A,
- 2) złożenie na A zażalenia do prokuratury powiatowej, w którym w sposób drastyczny wysunął przeciwko niemu zarzuty,
- 3) odprowadzenia z opóźnieniem kwoty 168 zł i niezaksięgowania kwoty 200 złotych pobranych od klientów.

Od tego orzeczenia odwołał się Rzecznik Dyscyplinarny, który żądał zaostżenia wymierzonej kary, tj. wymierzenia – zamiast kary nagany – kary zawieszenia w czynnościach zawodowych, oraz obwiniony, który żądał uniewinnienia od popełnienia czynów przypisanych mu orzeczeniem I instancji.

Wyższa Komisja Dyscyplinarna uniewinniła adw. X od wszystkich zarzutów.

Od orzeczenia Wyższej Komisji Dyscyplinarnej dla spraw adwokatów wniósł rewizję Minister Sprawiedliwości z wnioskiem o uchylenie wymienionego orzeczenia i przekazania sprawy tejże Komisji do ponownego rozpoznania, zarzucając oczywistą niesłuszność wynikającą z błędnej oceny okoliczności faktycznych, co doprowadziło do uniewinnienia adw. X od dokonania czynów przypisanych mu orzeczeniem I instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rewizja Ministra Sprawiedliwości jest słuszna.

Co do zarzutu oznaczonego wyżej jako pkt 2 Wyższa Komisja Dyscyplinarna zupełnie zbędnie wdała się w merytoryczną ocenę pisma przedstawionego prokuraturze powiatowej, tak jak by istotą przewinienia było zniesławienie A.

W orzecznictwie dyscyplinarnym jest przyjęta i stosowana zasada, że adwokat, działając nawet we własnej sprawie, powinien przestrzegać wszelkich zasad i zwyczajów obowiązujących go w toku czynności zawodowych. Wystarczy zaś zapoznać się z treścią pisma adw. X, aby ocenić, jak dalece odbiega ono w poszczególnych fragmentach od formy i stylu, jakie obowiązują adwokata.

Takie np. zwroty, jak „wierutne kłamstwo”, „kumoterstwo MRN” (nie członków czy pracowników, lecz o r g a n u), „okradania mienia społecznego”, „lipne zaświadczenie” itd. – mogą być zaledwie tolerowane w pismach pochodzących od osób nie będących adwokatami, natomiast stają się niedopuszczalne w piśmie podpisanym przez adwokata i skierowanym do prokuratury powiatowej. Obojętne są w tym zakresie zarówno kontekst, w jakim wyrażenia te zostały użyte, jak i merytoryczna słuszność zażalenia, gdyż przewinienie polega na naruszeniu wolności pisma (art. 54, ust. 1 i 2 u. o u.a.).

W rezultacie więc pogląd Wyższej Komisji Dyscyplinarnej, że wymienione zwroty nie zniesławiały A, nie uprawnia do odstąpienia do ścigania przewinienia w zakresie wyżej opisanym.

*

Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach adwokackich

Wyrok z 24 listopada 1962 r.

R. Adw. 29/62

Wezwanie przez obrońcę do zespołu adwokackiego osób, które mają zeznawać w charakterze świadków, w celu odbycia z nimi rozmowy stwarza pozór „urabiania świadków” przez adwokata i wywierania wpływu na kształtowanie biegu sprawy, sprzecznego z obowiązującym porządkiem prawnym.

Sąd Najwyższy na posiedzeniu w dniu 24 listopada 1962 r., po rozpoznaniu sprawy adw. X na skutek rewizji założonej przez Ministra Sprawiedliwości od prawomocnego orzeczenia WKD Izby Adwokackiej w Z z 10 lutego 1961 r. (sygn. KD 34/61),

1) z m i e ni ł zaskarżone orzeczenie co do kary w ten sposób, że za przypisane obwinionemu X przewinienia dyscyplinarne wymierzył karę dyscyplinarną zawieszenia w czynnościach zawodowych na okres 3 miesięcy;

2) n a k a z a ł pobrać od obwinionego 2 400 zł tytułem kosztów postępowania.

UZASADNIENIE

Wojewódzka Komisja Dyscyplinarna Izby Adwokackiej w Z orzeczeniem z 10 lutego 1961 r. uznała adw. X za winnego tego, że w marcu 1961 r. wezwał do Zespołu Adwokackiego trzy osoby zgłoszone jako świadkowie w sprawie, w której adw. X występował w charakterze obrońcy, i omawiał z nimi stan faktyczny sprawy, i za to przewinienie ukarała go karą dyscyplinarną nagany.

Od powyższego prawomocnego orzeczenia założył rewizję Minister Sprawiedliwości.

Rewizja zarzuca orzeczeniu Wojew. Komisji Dyscyplinarnej oczywistą niesłuszną polegającą na wymierzeniu obwinionemu kary dyscyplinarnej niewspółmiernie łagodnej w stosunku do stopnia zawinienia i w konkluzji wnosi o wymierzenie obwinionemu kary dyscyplinarnej zawieszenia w czynnościach zawodowych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rewizja jest uzasadniona.

Rozmowy obrońcy z osobami, które mają wystąpić w sprawie w charakterze świadków, stwarza pozór „urabiania świadków” przez adwokata i wywierania wpływu na kształtowanie się biegu sprawy, który jest sprzeczny z obowiązującym porządkiem prawnym. Toteż Wojewódzka Komisja Dyscyplinarna słusznie dopatrzyła się w takim postępowaniu adwokata X naruszenia podstawowych zasad etyki i godności adwokata.

Ale oceniając prawidłowo wagę przypisanego obwinionemu adw. X przewinienia dyscyplinarnego, Wojewódzka Komisja Dyscyplinarna wymierzyła mu zarazem za to przewinienie karę dyscyplinarną rażąco łagodną. Zdaniem zaś Sądu Najwyższego, nawet przy uwzględnieniu zaskarżonego orzeczenia (b. dobra opinia i dotychczasowa niekaralność), należało sięgnąć do kary dyscyplinarnej rodzajowo surowszej i wymierzyć mu karę zawieszenia w czynnościach zawodowych na okres 3 miesięcy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

100 LAT TEMU

KRAJ

Petersburg, 3 (16) września 1904 r. Nr 36

Kronika sądowa.

Policja oskarżyła współpracownika gazety «Jużn. Obezr.» p. Herca – Winogradskiego o nieposłuszeństwo wobec władzy, za to, że ten nie zgodził się opłacić podatku szpitalnego, który zeń ścią-

gała policja. P. Winogradski twierdził na sądzie, że należąc do zawodu wolnego, nie jest obowiązany do płacenia tego podatku, pobieranego tylko od klasy robotniczej. Sędzia pokoju p. Winogradskiego od odpowiedzialności uwolnił.

Petersburg, 17 (30) września 1904 r. Nr 38

Kronika sądowa.

W zjeździe sędziów pokoju w Warszawie już funkcjonuje obrona bezpłatna nieletnich przestępców; obrońcy, którzy się podjęli tego za-

dania, otrzymują odpowiednie zawiadomienia od stałego członka zjazdu. Obecnie projektowanem jest urządzenie takiejże obrony dla nieletnich u sędziów pokoju.

Petersburg, 15 (28) października 1904 r. Nr 42

Osobiste.

Pius X udzielił p. Marjanowi Śmiarowskiemu, adwokatowi z

Łomży, odznakę Krzyża Srebrnego *Pro Ecclesia et Pontifice*.

GAZETA SĄDOWA WARSZAWSKA

Warszawa dnia 28 Sierpnia (10 Września) 1904 roku Nr 37

~ Pisaliśmy w swoim czasie, że w III wydziale tutejszego sądu

okręgowego stale zamykane są drzwi w czasie posiedzeń. Zapew-

ne, iż hałas, połączony z otwieraniem i zamykaniem drzwi, uniemożliwia przysłuchiwanie się obronom stron, a co zatem idzie, wpływa ujemnie na akt sądenia. Lecz z drugiej strony dzieje się to z krzywdą dla zasady jawności procedury. Zdaje nam się wszakże, że możnaby jednemu i drugiemu zadość uczynić, a w tej mierze pouczający jest przykład zagranicy. Tam w salach sądowych nie ma klamek, lecz podwoje same się otwierają i zamykają. W dodatku wołók usuwa najmniejszy nawet szmer. Wydatek to stosunkowo niewielki. Czyżby nie można go było ponieść? Wszak byłoby to pożyteczniejsze od wielu wydatków na upiększenie gmachów i sal.

~ W wydziale upadłości sądu handlowego w Warszawie wywieszono ogłoszenie, że z podaniami dotyczącymi wywołania upadłości, zwracać się należy bezpośrednio do prezesa lub wiceprezesa sądu. Jest to słuszne zupełnie uświęcenie zwyczaju, który w większości wypadków był stosowany. Ogłoszenie upadłości odbywa się w chwili wniesienia podania w tajemnicy. Wskazaniem jest tedy, aby przed wydaniem wyroku, ogłaszającego upadłość, nie leżało w kancelaryi dostępne dla wszystkich podanie, a to wobec niewątpliwego faktu, iż uprzedzenie dłużnika o

treści podania spowodować może często ucieczkę upadłego lub co ważniejsze ukrycie resztek mienia.

~ Otrzymujemy zażalenia na nowo wprowadzony porządek rzeczy w wydziałach cywilnych sądu okręgowego w Warszawie, a mianowicie na zamknięcie kancelaryj nie tylko dla publiczności, lecz i dla adwokatury przysięgłej. Zapewne w zasadzie idzie tu o rzecz dobrą, bo o zniesienie wszelkich stosunków między interesantami a kancelistami. Jeśli wszakże jest to właściwem względem publiczności, to chyba w stosunkach do adwokatury odbije się niekorzystnie na prowadzonych przez tą ostatnią sprawach. Skoro procedura orzeka, iż całe akta sprawy muszą być w sądzie, to i obrońca z konieczności musi mieć ciągle zetknięcie z aktami. Wszelkie tedy trudności przy dostawaniu się do akt utrudniają wykonywanie najrozmaitszych formalności wymagających ustawicznej opieki ze strony prowadzącego sprawę. Oczywisty stąd wniosek, że sprowadzić to musi jeszcze większe zwolnienie biegu spraw, już i tak wcale nieszybkiego. W dodatku, o ile się zdaje, przy tem wszystkim idą w niepamięć artykuły 11 i 353 org. wł. sąd., które zaliczają adwokaturę do osób pozostających przy sądach, na równi między innymi z kancelaryją sądową.

Warszawa dnia 4 (17) Września 1904 roku Nr 38

Kronikarz „Gazety Polskiej” pan Z. D., wspominając w Nr 250 z d. 10 Września r. b. o kongresie prawników niemieckich w Innsbrucku, tegoż dnia otwartym, ubolewa nad niskim poziomem nauki prawa u nas w porównaniu z Niemcami. Słuszne są jego uwagi, lecz niektóre argumenty zdradzają małą znajomość przedmiotu. Oto cytuje autor szereg nazwisk dawnych prawników jako to, Hubego, Dutkiewicza, Budzińskiego, Holewińskiego, którzy wysoko trzymali sztandar swego zawodu i służyli nauce wszystkimi swymi siłami.

Dziś, powiada, ustała praca naukowa prawie zupełnie; „od czasu do czasu dają tylko znać o sobie (prawnicy) jakąś książką lub

brosturą o charakterze raczej komentatorskim, wyjaśniającym, niż badawczym”. Co to znaczy? Może kronikarzowi niewiadomo, że znaczna część cytowanych przez niego autorów właśnie „komentarze” pisała. Czyżby p. Z. D. nie wiedział że komentarz do prawa to także praca ściśle naukowa i że książka o charakterze komentatorskim to dzieło mające zupełne prawo do nazwy naukowego? To też, gdyby takich książek było dużo, nie mielibyśmy prawa żalów zawodzić.

Lecz i tak, jest wprawdzie nie dobrze, atoli położenia za zupełnie rozpaczliwe uważać niepodobna. Już widać przebłyski, zapowiadające lepszą przyszłość.

Warszawa dnia 11 (24) Września 1904 roku Nr 39

Kwestyja, czy może obrońca czytać swoją mowę wobec sądu z rękopisu wynikła w czasie posiedzenia sądu okręgowego w Ural-sku.

Prezydujący, zauważywszy w toku mowy obrońcy, że ten czyta ją z notatek, przerwał mu w środku przemówienia i oświadczył, iż wobec sądu nie wolno obrońcy czytać z notatek poprzednio przygotowanej mowy, dozwolonym zaś jest tylko używać konspektu dla pamięci. Wobec tego obrońca oświadczył, że posiada konspekt z notatkami i tego wyłącznie używa. Prezydujący jednak, nie ufając słowom adwokata, zażądał pokazania sobie notatek,

na co obrońca się nie zgodził i zaznaczył, że podobne żądanie uznaje za nielegalne, mowę zaś dokończył z pamięci.

Zaznaczyć należy, że przy najswobodniejszym nawet komentowaniu ustaw sądowych trudno byłoby znaleźć odpowiedni przepis, zabraniający czytania obrony z notatek, zawczasu przygotowanych.

~ Z Ostrowia w gub. łomżyńskiej otrzymujemy wiadomość od osób dobrze znających tamtejsze stosunki, że w miasteczku tem brak adwokata przysięgłego. Adwokat, któryby się tam osiedlił, mógłby liczyć na bardzo poważną praktykę.

Warszawa dnia 18 Września (1 Października) 1904 roku Nr 40

~ Jednocześnie z wydaniem w cesarstwie nowelli o poprawie losu dzieci nieślubnych wykreślony został z kodeksu karnego art. 994, jako zbyt techniczny. Aczkolwiek nowelli tej do Królestwa nie wprowadzono, jednakże w myśl orzeczenia senatu przepis o pociąganiu do odpowiedzialności za pożycie nieślubne wraz z następstwami cywilnymi o alimentach przestał i u nas obowiązywać. Wobec tego ministerjum sprawiedliwości uznało za rzecz niezbędną uzupełnić postanowienia kodeksu cywilnego z roku 1825 przez wprowadzenie nowych przepisów o dzieciach naturalnych, a w szczególności o zapewnieniu im alimentów niezależnie od poszukiwania ojcostwa, które nadal ma być wzbronione. Projekt nowych przepisów nadesłany został niedawno do izby sądowej warszawskiej.

Byłoby do życzenia, aby i przedstawiciele adwokatury miejscowej mogli wziąć udział w naradach nad kwestyją mającą znaczenie tak doniosłe dla prawodawstwa krajowego.

~ Dowiadujemy się, że w sferach sądowych tutejszych powstała myśl wystąpienia do władz cen-

tralnych z projektem upaństwowienia rejentury. Za argument posłużyć ma fakt, iż dochody notaryjuszów nie są równomierne, że gdy jedni liczą ich na dziesiątki tysięcy, inni nie mogą nawet paru tysięcy rocznie osiągnąć. Wiadomo, iż na zachodzie kiełkuje idea upaństwowienia adwokatury, że przedstawicielem wybitnym tej zasady jest znany uczony wiedeński Menger. Lecz chyba argumenty, jakie w tej mierze przytaczano, nie mogłyby się ostać w stosunku do rejentów, choćby z tej racji, że trudno przy obecnym systemie społecznym z urzędnika dobrej woli czynić wyłącznie przedstawiciela władzy. Jeśli domagano się płacy etatowej dla adwokatów, to głównie dlatego, aby klasom niezamożnym zapewnić obronę bezpłatną. Lecz w stosunku do rejentów rzeczy mają się inaczej. Z zapewnieniem stałego uposażenia rejentom łączyłby się ich podział na okręgi; trudno zaś wyobrazić sobie, aby można było zniewolić strony do zwracania się do narzuconego sobie rejenta. Pamiętać trzeba, że idzie tu o czynność dobrej woli, z którą przymus nie ma nic wspólnego. Wątpimy też, czy poroniona ta w zasadzie myśl znajdzie poparcie.

Warszawa dnia 16 (29) Października 1904 roku Nr 44

~ Czytamy w „Kuryjerze Warszawskim”: „Niejaki S. R., występujący jako pełnomocnik w sprawie cywilnej, na zapytanie

sędziego, ile razy stawał w tym roku w charakterze obrońcy, odrzekł: „Po raz pierwszy, panie sędzio!”.

I byłoby może to kłamstwo, nie po raz pierwszy użyte, uszło bezkarnie, gdyby nie przypadek.

W sali sądowej znajdował się właśnie współzawodnik R., wezwany tu jako świadek w innej sprawie. Usłyszawszy odpowiedź R., wstał z ławki, zbliżył się do stołu sędziowskiego i kategorycznie oświadczył: „Mogę, panie sędzio, przysiąc, że ów „obrońca” staje w tym roku po raz 12-ty. Ten sa-

mozwańczy adwokat oszukuje wszystkich sędziów”.

Oświadczenie to nie pozostało bez wpływu. Po kilku pytaniach zadanych, „obrońcy”, sędzia pokoju doszedł do wniosku, że staje on istotnie nie po raz pierwszy, wobec czego usunął go od sprawy i zapowiedział, że zawiadomi prokuratora o pociągnięciu R. do odpowiedzialności z art. 943 kod. kar. za fałszywe zeznanie przed sądem”.

Warszawa dnia 23 Października (5 Listopada) 1904 roku Nr 45

~ W dniu 29 Października r. b. ogólne zebranie wydziałów sądu okręgowego w Warszawie obradowało nad znanym podaniem adwokatury przysięgłej w przedmiocie uchylecia rozporządzenia p. Roździestweńskiego, wiceprezesa sądu, o zamykaniu drzwi w czasie posiedzeń sądowych. Niezależnie od skargi palestry prokurator sądu okręgowego w odezwie, wystosowanej do sądu, zwrócił uwagę na istniejący stan rzeczy w III wydziale cywilnym, a to jednocześnie z żądaniem, aby pociągnąć do odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokata przy-

sięgłego p. Ł., który został usunięty z sali posiedzeń.

Ogólne zebranie po zastanowieniu się nad całą sprawą postanowiło: „rozporządzenie prezydującego w III wydziale sądu o zamykaniu drzwi od sali posiedzeń, w czasie sądenia każdej sprawy, pozostawić w mocy.

Niezależnie od tego prosić prezesa sądu o zajęcie się wprowadzaniem odpowiednich urządzeń celem usunięcia hałasu przy wchodzeniu i wychodzeniu publiczności z sali.

Zbiorowe podania adwokatów przysięgłych pozostawić bez rozpoznania.

Wybór: *Karolina Stremaska*

ADWOKATURA W EUROPIE

Fatima Joanna Mohmand

Reklama adwokacka w wybranych krajach środkowoeuropejskich

Problematyka reklamy adwokackiej stała się od pewnego czasu przedmiotem żywego zainteresowania. Świadczą o tym niedawne publikacje na ten temat, m.in. w lipcowo-sierpniowym numerze „Palestry”. Wspomnieć też wypada, że kwestii reklamy w adwokaturze poświęcona ostatnio została konferencja problemowo-szkoleniowa, która odbyła się w dniach 1–3 października 2004 r. w Łodzi, podczas IV Krajowego Posiedzenia Komisji Prawnych Okręgowych Rad Adwokackich.

Zrelacjonowanie poglądów wyrażanych w trakcie obrad oraz konkluzji przyjętych przez dyskutantów nie jest jednak celem tego artykułu. W tym miejscu zaznaczyć jedynie można, iż obrady obejmowały m.in. część poświęconą prezentacji tła prawnoporównawczego przedmiotowego zagadnienia.

Takie założenie przyświeca także niniejszemu opracowaniu. Intencją autorki jest zobrazowanie rozwiązań przyjętych w krajach, do przykładu których rzadziej się odwołujemy.

Poniższe uwagi dotyczyć będą zasad obowiązujących w adwokaturnach Czech, Słowacji oraz Chorwacji. Inne uwarunkowania historyczne oraz odmienna tradycja w różny sposób determinowały ostateczny kształt reguł przyjętych w tych krajach. Wszystkie te przykłady łączy jednak to, że sformułowane zostały w ostatnim czasie i jak się wydaje, mogą stanowić ciekawy przykład współczesnego podejścia do interesującego nas problemu.

Poruszając zagadnienie reklamy nie sposób dziś nie wspomnieć o jej ewentualnej obecności w Internecie, zwłaszcza poprzez tzw. strony www. Bardzo instruktywne w tym względzie wydają się rozwiązania przyjęte przez adwokaturnę węgierską, które uzupełniająco zaprezentowane zostaną na koniec.

Czechy

Zagadnienie reklamowania się czeskich adwokatów unormowane zostało w uchwale Dyrektoriatu Czeskiej Izby Adwokackiej z 31 października 1996 r. (w

brzmieniu z 8 listopada 1999 r.) w sprawie zasad etyki zawodowej i reguł konkurencji między adwokatami w Republice Czeskiej wydanej w wykonaniu Ustawy o doradztwie prawnym z 1996 r.

Odnośnie do międzynarodowej działalności adwokatów wpisanych do Izby Czeskiej, w ramach UE, Uchwała odwołuje się jednocześnie do Kodeksu przyjętego przez CCBE.

Regulacja zasad konkurencji między adwokatami (cz. III) została wyeksponowana i oddzielona od ogólnych zasad etyki zawodowej (cz. II). Stanowi rozbudowany korpus przepisów o charakterze kazuistycznym.

Uchwała statuuje ogólną zasadę uczciwej konkurencji między adwokatami w interesie klientów oraz konkurentów. Kwestia reklamy ujmowana jest właśnie z tego punktu widzenia.

W tym świetle adwokat nie może posługiwać się informacjami oczywiście nieprawdziwymi, mylącymi lub poniżającymi innych adwokatów.

Za mylące uznaje się informacje, które mogą wywoływać nieuzasadnione oczekiwania co do rezultatu, jaki adwokat może osiągnąć lub wątpliwości co do możliwości osiągnięcia oczekiwanego rezultatu przy zastosowaniu środków zgodnych z prawem (art. 19).

1. Adwokat ma obowiązek umieszczenia informacji o nazwie działalności na szyldzie odpowiednich rozmiarów, zawieszonym na budynku, w którym ma kancelarię, a także filię lub oddział.

W związku z wykonywaniem doradztwa prawnego adwokat, we wszelkich dokumentach, powinien posługiwać się jedynie wybraną firmą/nazwą działalności oraz ewentualnie uzupełniającymi informacjami, taksatywnie wskazanymi w uchwale.

Uchwała określa zakres danych, umieszczanych w nazwie, którą posługuje się adwokat, wskazując pozytywnie dane obligatoryjnie ujawniane i inne dozwolone. W określeniu działalności powinno obligatoryjnie znaleźć się imię i nazwisko wraz z dodatkiem „adwokat”. Osobowe lub kapitałowe korporacje adwokatów powinny natomiast wskazywać nazwisko co najmniej jednego współnika-adwokata z dodatkiem wskazującym na fakt, iż grupuje adwokatów, na przykład: „adwokaci”, „biuro doradztwa prawnego”, „spółka adwokatów” „i partnerzy” (art. 20).

Do innych dopuszczanych w nazwie danych, zalicza się wyłącznie:

- tytuł naukowy,
- informacje o następstwie prawnym, o ile są zachowane ustawowe warunki sukcesji,
- informacje o zmarłym lub współniku, który z innych przyczyn zakończył wykonywanie doradztwa prawnego, o ile są zachowane odpowiednie warunki ustawowe (art. 21).

Poza tym adwokat odnośnie do swojej działalności może we wszelkich dokumentach podawać uzupełniająco:

- informacje na temat faktu bycia ekspertem sądowym lub tłumaczem przysięgłym,

– informacje wskazujące preferowane dziedziny prawa, w których głównie prowadzi działalność,
– informacje o uprawnieniach do prowadzenia działalności w innym kraju,
– informacje o stałej współpracy z krajowymi lub zagranicznymi adwokatami oraz informacje o siedzibie i oddziałach,
– jak również, w przypadkach zasługujących na szczególną uwagę, informacje o nazwisku rodzowym lub pseudonimie.

2. Uchwała reguluje w sposób kazuistyczny zakres i dopuszczalne formy informacji o swej działalności, podawanych szerokiej publiczności. W tym względzie rozróżnia ogłoszenia o charakterze ściśle informacyjnym i reklamę *sensu stricto*.

Czeskie przepisy dopuszczają publiczne ogłaszanie informacji o prowadzonej działalności w zakresie danych zawartych obligatoryjnie i fakultatywnie w nazwie oraz informacji uzupełniających, o których była mowa wyżej:

- w prasie periodycznej, publikacjach nieperiodycznych, radiu, telewizji i środkach audio-wizualnych – tylko w związku z faktem wpisu na listę adwokatów i jedynie w ciągu 60 dni od tego zdarzenia,
- w wyspecjalizowanych publikatorach o charakterze informacyjnym, takich jak książki telefoniczne, informatory lokalne, spisy zawodów itp.

Za pośrednictwem innych środków informacji, tj. materiały drukowane i dane zapisane na innych mediach, można także informować o prowadzonej działalności, wysokości polisy i aktualnych osiągnięciach tylko obecnych i byłych klientów oraz osoby, które wystąpią o takie informacje.

Inne formy publicznego rozpowszechniania informacji uznaje się za reklamę.

Poza zakresem dozwolonym w przepisach uchwały adwokat nie może upoważnić nikogo do informowania o swojej praktyce (art. 28).

Expressis verbis zabronione jest informowanie o prowadzonej działalności na tablicach reklamowych, billboardach itp.

Regulacja drobiazgowo określa także, iż dopuszczalne są souveniry i prezenty z nazwą kancelarii, o ile są one przeznaczone wyłącznie dla klientów, a ich natura nie degraduje godności adwokata lub powagi zawodu prawniczego (art. 26).

3. Czeskie przepisy podkreślają zasadę wolnego wyboru adwokata i zawierają zakaz jakiegokolwiek zachowania mogącego pośrednio lub bezpośrednio ograniczać tę wolność.

W tym kontekście zakazuje się oferowania swoich usług osobom, które nie zwracają się o to (poza osobami spotykanymi regularnie prywatnie lub podczas wykonywania doradztwa prawnego).

Wyraźnie wskazuje się też, iż jest to dopuszczalne wyjątkowo, gdy jest oczywiste, iż natychmiastowe udzielenie usługi prawnej będzie z pożytkiem dla tej osoby.

Adwokat powinien jednak strzec się jakiegokolwiek nachalności w sposobie proponowania usługi.

Jednocześnie za niedopuszczalne uznaje się korzystanie z pośredników dla uzyskania klientów oraz udostępnianie osobom trzecim informacji lub druków pełno-

mocnictwa do rozprowadzania w imieniu adwokata. Adwokat również sam nie może udzielać lub przyjmować żadnej zapłaty ani innej korzyści za polecenie usług prawnych (art. 32).

Słowacja

Adwokatura słowacka ustanowiła aktualne reguły dopuszczalności reklamowania usług adwokackich zaledwie 19 czerwca 2004 r. Określają je Zasady Postępowania przyjęte w tej dacie przez słowackie Zgromadzenie Adwokatów na podstawie przepisów Ustawy o zawodzie adwokata z 2003 r. i zmienionej Ustawy o działalności gospodarczej i usługach w ramach samozatrudnienia z 1991 r.

Zasady Postępowania z 2004 r. przewidują przede wszystkim, że adwokat jest obowiązany przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i chronić godność zawodu.

Tu również kwestia informacji na temat praktyki adwokackiej i reklamy zostały uregulowane wyraźnie i w sposób kazuistyczny.

Podobnie jak w Czechach, od reklamy odróżnia się kwestię rzeczowej informacji o prowadzonej działalności.

1. W tych ramach przyjmuje się ujednoliconą formę oznaczania kancelarii. *Expressis verbis* ustalone zostały maksymalne rozmiary tablicy (30 x 60 cm). Kształt, wzór i rozmiar tablicy nie mogą mieć formy reklamy. Dane umieszczone na niej powinny mieć ściśle informacyjny charakter i nie mogą w swej treści wyrażać uznania dla adwokata, jego kancelarii lub zakresu praktyki.

Sama nazwa kancelarii może zawierać jedynie imię i nazwisko z dodatkiem „adwokat” i ewentualnie wskazaniem, że jest to jego kancelaria. Spółka powinna posługiwać się firmą zawierającą imię i nazwisko przynajmniej jednego współnika-adwokata i jasne oznaczenie, że jest to kancelaria adwokacka.

Firma nie może też być myląca.

2. Przepisy ściśle wskazują dopuszczalny zakres i formy publicznego informowania o świadczeniu usług prawnych i praktyce adwokackiej. Są to:

- nazwa, siedziba i adres wraz z mapką „dojazdową” i innymi informacjami pozwalającymi na skontaktowanie się, tj. telefon, fax, e-mail. Może być także załączone zdjęcie adwokata samego, z partnerami, z aplikantami itp.;
- CV adwokata (taksatywnie wymienione dane), partnera lub udziałowca, informacje o aplikantach i zatrudnionych ekspertach;
- dziedziny, w których prowadzi sprawy, ale bez jakichkolwiek informacji wychwalających kwalifikacje zawodowe adwokata (jego partnerów), podkreślających zawodową specjalizację lub wskazujących, że adwokat ma jakiekolwiek zawodowe lub specjalne kwalifikacje w danej dziedzinie prawa;
- informacje o współpracujących adwokatach lub spółkach prawniczych, w tym zagranicznych.

Informacje te mogą być ogłaszane w sieci oraz w ulotkach informacyjnych, dostępnych wyłącznie w siedzibie kancelarii.

Dopuszcza się umieszczanie w prasie codziennej krótkich, rzeczowych ogłoszeń na temat istotnych informacji dotyczących powstania, zmiany lub ustania okoliczności związanych z prowadzoną praktyką (np. otwarcie lub przeprowadzka firmy), jednak w okresie nie dłuższym niż 30 dni od pierwszego ogłoszenia.

Tablica oraz wszelkie materiały oznaczające adwokata (pieczętki, znaczki, koperty, papier firmowy, wizytówki itp.) nie mogą wyraźnie lub pośrednio wskazywać innych tytułów, informacji o klienteli ani informacji o pobieranych honorariach.

Pieczętki, koperty i papeteria muszą mieć odpowiednią formę i wzór.

3. Słowackie przepisy nie zabraniają generalnie reklamy. Wskazują natomiast przypadki zakazanej reklamy. Zabroniona jest reklama prowadzona osobiście lub za pośrednictwem osób trzecich:

1° której natura, treść lub forma jest:

- sprzeczna z regulacjami Izby adwokackiej;
- nieuczciwa, nieprawdziwa, sprzeczna z dobrymi obyczajami lub zasadami dobrego smaku;
- skierowana do konkretnej osoby lub grupy osób;

2° reklama porównawcza co do cen lub umiejętności;

3° dyskredytująca innych adwokatów odnośnie do ich statusu, reputacji, honoru lub godności;

4° w spotach reklamowych, na billboardach i podobnych środkach reklamowych, w telewizji, programach radiowych lub filmach.

Zasady odnoszące się do informacji i reklamy mają zastosowanie odpowiednio do reklamy za pośrednictwem wszelkich rodzajów mediów, telefonu, faxu, sieci komputerowych, Internetu i innych form sponsoringu.

Wypowiadając się publicznie, w tym do środków masowego przekazu, adwokat nie może składać samopochwalnych oświadczeń.

4. Wyraźnie zastrzega się także, iż niedopuszczalne jest poszukiwanie klientów za pośrednictwem osób trzecich w zamian za obietnicę lub ofertę prowizji. Adwokat nie może żądać ani przyjmować od innego adwokata lub osoby trzeciej zapłaty, prowizji lub innej rekompensaty za polecenie klienta ani za polecenie usług prawnych klientowi.

Chorwacja

W Chorwacji kwestię dopuszczalności reklamy adwokackiej reguluje Kodeks Etyki Adwokackiej przyjęty przez Zgromadzenie chorwackiego Stowarzyszenia Izb Adwokackich 18 lutego 1995 w brzmieniu z 1999 r. Pewne znaczenie mają tu także unormowania Ustawy o zawodzie adwokata (1994).

Kodeks Etyki jako podstawową zasadę przyjmuje, że rozszerzanie zakresu prak-

tyki adwokackiej powinno się odbywać jedynie poprzez środki zgodne z zasadami etycznymi (art. 17). Wyraźnie wskazuje się przy tym, że adwokat nie może wykorzystywać wcześniejszej posady lub stanowiska do przyciągania klientów ani w żaden sposób sugerować klientom, że dzięki tego rodzaju posadzie lub stanowisku usługa prawna, jakiej potrzebują, będzie bardziej efektywna.

1. Kodeks statuuje ogólną regułę piętnującą jako sprzeczne z godnością i dobrym imieniem adwokatury nielojalne zachowania w wykonywaniu praktyki adwokackiej. Wymienia wśród nich na przykład:

- przyciąganie klientów przez ogłoszenia, pośredników, reklamę;
- rozdawanie blankietów pełnomocnictwa lub materiałów promocyjnych osobom trzecim;
- obietnicę prowizji za pozyskanie klienta;
- powoływanie się na „dobre układy” (*good connections*);
- reklamowanie usług w zagranicznych gazetach lub listach wysyłanych za granicę;
- oferowanie usług za cenę z upustem;
- posiadanie oznaczenia kancelarii o zwracających uwagę kształtach lub w miejscach innych niż budynek, w którym mieści się kancelaria;
- posługiwanie się nieproporcjonalnie dużymi pieczęciami;
- eksponowanie specjalizacji adwokata w ostentacyjny sposób;
- występowanie publicznie, w massmediach i innych, podkreślające umiejętności jako adwokata w sposób, który może być zrozumiany jako rodzaj narzucania się lub reklamy.

Generalnie można więc stwierdzić, iż działania reklamowe są tu zabronione. Jednocześnie jednak kazuistycznie wymienia się dozwolone czynności o charakterze informacyjnym.

Po pierwsze, dopuszcza się zamieszczanie w gazetach ogłoszenia o zamiarze otwarcia lub przeniesienia kancelarii w sposób, który nie stwarza wrażenia reklamy. Po drugie, zezwala się na ogłoszenie o otwarciu lub przeniesieniu kancelarii w formie ulotek skierowanych wyłącznie do adwokatów, organów sądowych i klientów.

Warto zwrócić uwagę, iż chorwacka regulacja zawiera wyraźny zakaz publikowania z przywołaniem własnego imienia i nazwiska w gazetowych kolumnach „pytania/odpowiedzi”. Adwokatowi nie wolno też udzielać porad prawnych nieoznaczonej liczbie osób za pośrednictwem środków masowego komunikowania.

2. Dodatkowe zasady deontologiczne sformułowane zostały w stosunku do obrońców w sprawach karnych. Za konieczne uznano jasne wskazanie m.in., iż adwokat, w trakcie lub w związku z toczącym się postępowaniem karnym, jest obowiązany unikać promowania swojego imienia w celach reklamowych, zwłaszcza w massmediach.

Niedopuszczalne jest też oferowanie swoich usług jako obrońcy więźniom oraz posługiwanie się nimi do pozyskania klientów.

3. Jeśli chodzi o oznaczenie kancelarii, to Kodeks zawiera też ogólną regulację co

do szyldów. Ich rozmiar, napisy i liczba znaków nie powinny przekraczać przeciętnych rozmiarów.

W tym miejscu wspomnieć też należy, że przepisy ustawy o zawodzie adwokata przewidują możliwość uzyskania przez adwokata, na podstawie stosownego postępowania kwalifikacyjnego, przeprowadzonego przez odpowiednie ciało Stowarzyszenia Izb Adwokackich, uznania jego szczególnych kwalifikacji (specjalizacji) w określonej dziedzinie prawa. Tak uznana specjalizacja może być uwidoczniiona na szyldzie kancelarii (art. 69–70 ustawy).

Węgry

Jak już wspomniano, przykład regulacji węgierskiej odnosi się do zasad tworzenia i posługiwania się stronami www. W sprawie stron internetowych adwokatów specjalne pisemne stanowisko 3 września 2001 r. zajęło prezydium węgierskiego Stowarzyszenia Izb Adwokackich.

Wprowadziło ono generalną zasadę, że strona internetowa założona przez adwokata nie narusza zasad etyki zawodowej adwokata i sama w sobie nie stanowi naruszenia reguł zakazujących reklamy.

1. Pozytywnie określono dopuszczalną zawartość strony internetowej, która może obejmować tylko informacje o adwokacie, położeniu kancelarii i zakresie usług przez nią świadczonych. Jej treść winna służyć zapewnieniu obiektywnej i powszechnie dostępnej informacji o kwalifikacjach zawodowych i działalności adwokata.

2. Zawartość strony internetowej nie może służyć reklamie osoby adwokata lub jego usług.

W szczególności niedopuszczalne jest używanie przyciągających uwagę haseł bądź innych oznaczeń, które mogą być kwalifikowane jako reklama handlowa.

Nie stanowią naruszenia tego zakazu umieszczenie informacji, tj. CV, zdjęcia, wskazanie publikacji prawniczych, opis doświadczenia zawodowego oraz umiejętności językowych.

W sposób jednoznaczny zakazano umieszczania informacji o zasadach ustalania honorarium adwokata oraz porównywania stawek z innymi adwokatami.

3. Sam adres internetowy strony może składać się wyłącznie z imienia i nazwiska adwokata (w formie ujawnionej w rejestrze adwokatów) lub ich części. Nie powinien zaś zawierać elementów, które mogłyby „faworyzować” adwokata w przypadku wyszukiwania go za pomocą przeglądarki internetowej.

Założenie strony internetowej i wszelkie zmiany jej treści wymagają zgłoszenia Prezydentowi Rady Adwokackiej w ciągu 3 dni od zamieszczenia tych informacji w sieci.

Rada Adwokacka ma prawo kontroli, czy adres internetowy oraz zawartość strony są zgodne z ww. wytycznymi.

W podsumowaniu zaprezentowanych modeli zauważyć należy, iż w żadnym z omówionych systemów nie dopuszczono wolnej reklamy adwokatów. Od propagowania swojej działalności odróżnia się natomiast rzeczową informację na temat praktyki adwokackiej. Tak też w poszczególnych krajach, szerzej lub wężej, ujmuje się jej dopuszczalny zakres.

Terminem „reklama” określa się więc zazwyczaj lansowanie (w różnych formach) osoby adwokata i jego kancelarii w niedozwolonym zakresie, podczas gdy dozwolone w danym systemie zachowania uznaje się nie za „reklamę”, lecz za „informowanie”. W istocie więc, pojęciu reklamy adwokackiej nadawane jest różne znaczenie. Ta niespójność terminologiczna nie ułatwia porównywania rozwiązań stosowanych w poszczególnych krajach i zaciemnia pole dyskusji.

Nie bez znaczenia jest poza tym różny sposób ujęcia przyjmowanych zasad. W moim przekonaniu, opowiedzieć należy się za wyznaczeniem granic dopuszczalnych działań przede wszystkim od strony negatywnej, poprzez wskazanie postaci niedozwolonych praktyk reklamowych.

W dyskusji nad kształtem reguł obowiązujących wśród polskich adwokatów i ewentualnych zmian w tym zakresie, jak się zdaje, nie może być wątpliwości, iż zerwanie z generalną zasadą zakazu reklamy byłoby nie do przyjęcia. Jest jednak znamienne, co widać zwłaszcza w przykładzie rozwiązań czeskich, że aktywność adwokacką traktuje się w sposób coraz bardziej zbliżony do działalności gospodarczej. Niestety w podobnym kierunku idą też ostatnie zmiany legislacyjne w Polsce, zwłaszcza uznanie adwokata za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (art. 4).

Wydaje się wszakże, że adwokatura nie powinna poddawać się tym prądom.

DRAWO W UNII EUROPEJSKIEJ

Andrzej Tusiński

ZAKAZANE POROZUMIENIA PRZEDSIĘBIORCÓW NA GRUNCIE PRAWA KONKURENCJI WE

Art. 81 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (też Traktat lub TWE) stanowi jeden z przepisów dotyczących zasad konkurencji we Wspólnotach Europejskich. Ich celem jest zapewnienie swobodnego przepływu towarów na terenie wspólnego rynku oraz utrzymanie stanu tzw. „konkurencji niezniekształconej” między przedsiębiorcami. Chodzi o to, aby rozwój firm konkurencyjnych nie był hamowany przez porozumienia działających już jednostek i aby o powodzeniu przedsiębiorców decydowała jedynie jakość oferowanych przez nich produktów i usług. Tym samym przepisy te chroniąc przedsiębiorców, przysparzają korzyści konsumentom.

Wspomniany artykuł zakazuje wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji zrzeczeń przedsiębiorców i uzgodnionych praktyk zawieranych między nimi, które mogą wpłynąć na handel między Państwami Członkowskimi poprzez wyłączenie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji¹.

Interpretacja z pozoru jasnego sformułowania tego przepisu nastrocza jednak wiele trudności.

Aby stanowić regulację skuteczną i wyczerpującą, bezwzględnie obowiązujące przepisy traktatowe musiały objąć swoim stosowaniem wszelkie formy współpracy pomiędzy przedsiębiorstwami. Jednocześnie, trzeba pamiętać, restrykcyjny charakter normy zawartej w art. 81/1 TWE nie zezwala na rozciągnięcie zakazu na inne formy współpracy przedsiębiorców poza tymi, które zostały w nim enumeratywnie wyliczone. Tak też stwierdził Europejski Trybunał Sprawiedliwości², wielokrotnie zajmując się kwestią interpretacji przepisów traktatowych. Pojęcia zawarte w art. 81/1 TWE zostały dodatkowo uściślone wydawanymi przez Komisję decyzjami i bogatym w tym zakresie orzecnictwem ETS.

¹ A. Przyborowska-Klimczak, *Dokumenty Europejskie*, t. 3, Lublin 1999.

² Wyrok z 29 lutego 1968 r. w sprawie 24/67, Parke, Davis i Co. v. Probel, Reese, Beintema-Inter-Pharm i Centrafarm, (1968) ECR 86.

Porozumienia, o jakich mowa w art. 81/1 TWE, charakteryzują się dwiema zasadniczymi cechami. Po pierwsze, są one wyrazem świadomej i zamierzonej współpracy co najmniej dwóch odrębnych prawnie i samodzielnych gospodarczo przedsiębiorstw. Po drugie, zmierzają one do ustanowienia współpracy między zawierającymi je jednostkami w zakresie działań konkurencyjnych³. Rozróżnienie między nimi i wskazanie konkretnej nazwy nie ma w zasadzie większego znaczenia w praktyce. Bez względu bowiem na to jaką formę przybierze współpraca między przedsiębiorstwami, zawsze będzie ona zakazana na gruncie TWE, o ile jej skutkiem będzie wyłączenie, ograniczenie lub naruszenie handlu między Państwami Członkowskimi. Sankcją za zawarcie takich porozumień lub stosowanie się do decyzji zrzeczeń przedsiębiorstw jest ich nieważność, przewidziana w art. 81/2 TWE. Owa sankcja nie dotyczy jednak uzgodnionych praktyk, które nie przybierają prawnie wiążących form współpracy między przedsiębiorcami.

Wszystkie formy dokonywanych uzgodnień są traktowane podobnie zarówno przez Komisję, ETS, jak i ustawodawcę wspólnotowego⁴.

Pojęcie samych porozumień jest interpretowane w prawie wspólnotowym bardzo szeroko. Nie jest ono przy tym tożsame z ich rozumieniem na gruncie prawa zobowiązań. Objęte stosowaniem art. 81 TWE porozumienia nie muszą być prawnie wiążące i nadające się do egzekwowania przed sądami⁵. Jak stwierdził ETS w sprawie *Herkules Chemicals v. Komisja*, „minimalnym wymogiem koniecznym do stwierdzenia porozumienia jest wyrażenie przez umawiające się strony wspólnej woli określonego zachowywania się na rynku, którego celem lub skutkiem jest wyłączenie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji”⁶.

Pojawia się pytanie czy treść porozumień może być również kształtowana przez jednostronne działania przedsiębiorców, kiedy te jednostronnie narzucone warunki współpracy przekształcają się w umowę oraz czy podlegają one zakazom wymienionym w art. 81/1 TWE.

Zarówno Komisja jak i Trybunał stoją na stanowisku, że podjęte przez jedną ze stron czynności mogą stanowić część zawartej między przedsiębiorcami umowy. Zależy to od zachowania się obu partnerów. Jeśli bowiem jednostronnemu działaniu będzie towarzyszyć akceptacja warunków handlowych przez drugą stronę wyrażona w jakikolwiek sposób, choćby „niechętnie”, oraz zgodne postępowanie stron w tym zakresie, to stanowić to może o porozumieniu⁷.

Istotne jest, że porozumienia takie nie wymagają żadnej formy szczególnej. Mogą one być zawarte na piśmie, ale również ustnie, mogą też wynikać w sposób dorozumiany z za-

³ H. Schröter, T. Jakob, W. Mederer, *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, 1 Auflage, Baden-Baden 2003, s. 200 i n.

⁴ Zarówno Rozp. nr 2790/1999, jak i Rozp. nr 1400/2002 odnoszą się zarówno do porozumień, jak i uzgodnionych praktyk zawieranych między przedsiębiorcami. Odnosiły się do nich również wcześniejsze rozporządzenia, jak np.: Rozp. nr 1983/1983, Rozp. nr 1984/1983, zaś Rozp. nr 240/1996 dot. transferu technologii odnosi się wyłącznie do umów, co wynika z domniemania zawierania umów licencyjnych.

⁵ L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, *EC Competition Law; A Practitioner's Guide*, Second Edition, Kluwer Law International 2000, s. 82.

⁶ Wyrok z 17 grudnia 1991 w sprawie T-7/89, *Hercules Chemicals v. Komisja*, (1991) ECR II-1711.

⁷ L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, *EC Competition Law; A Practitioner's Guide*, Second Edition, Kluwer Law International 2000, s. 84.

chowania przedsiębiorców. Stąd też za porozumienia uznano także pozornie niezobowiązujące *gentlemen's agreements*⁸.

Praktyka obrotu gospodarczego wielokrotnie wymagała interpretacji na tle wspólnotowego prawa konkurencji. Znamienne jest orzeczenie w sprawie Sandoz⁹, przy którym ETS, a uprzednio Komisja, stanęły przed problemem znaczenia, jakie można nadać umieszczanemu na fakturach nadrukowi „zakaz eksportu”.

Komisja przeanalizowała całościowo stosunków handlowych łączących przedsiębiorstwo Sandoz z klientami¹⁰. Z dystrybutorami podpisywano umowę zwaną *notation*. Określała ona ogólne warunki współpracy, w tym między innymi terminy płatności i częstotliwość składanych zamówień. Praktyką było, że faktury były wysyłane do odbiorców dopiero po dostarczeniu towaru. Nie zawierały one na odwrocie ogólnych warunków współpracy, jedynie z przodu znajdowało się kilka najważniejszych klauzul umownych. Wśród nich były postanowienia odnoszące się do jurysdykcji umownej, ryzyka związanego z transportem, terminów reklamacyjnych i będący przyczyną sporu napis „zakaz eksportu”. Warto przy tym wspomnieć, że napis ten pojawiał się tylko na fakturach wystawianych we Włoszech, czego nie praktykowały należące do tego samego koncernu przedsiębiorstwa z siedzibą w innych krajach Wspólnoty. Działalność taka, tj. stawianie barier przed importem równoległym, była opłacalna jedynie dla przedsiębiorstwa Sandoz. Dystrybutorzy firmy we Włoszech chcieli zaopatrzyć inne rynki zagraniczne, co było dla nich opłacalne ze względu na niskie, ustalone przez państwo, ceny sprzedawanych we Włoszech leków. Kluczem do stwierdzenia, że nastąpiło naruszenie art. 81/1 TWE, było uznanie, że klauzula „zakaz eksportu” stanowiła część porozumienia istniejącego między producentem i dystrybutorami. Za taką opcją opowiedziały się oba organy wspólnotowe. Należy zauważyć jednak, że czynione przez Komisję i ETS ustalenia skupiły się tylko i wyłącznie na znaczeniu, jakie można przypisać umieszczonym napisom i ich skutkom. Nie sprawdzano w szczególności czy dystrybutorzy rzeczywiście stosowali się do wprowadzonego zakazu. Ustalono przy tym, że przedsiębiorstwo Sandoz nie próbowało w jakikolwiek inny sposób ograniczyć konkurencji na rynku leków.

Zdaniem Komisji umieszczenie ww. napisu miało na celu wyłączenie, ograniczenie lub też zniekształcenie konkurencji na wspólnym rynku i mogło wpłynąć na handel między Państwami Członkowskimi. Ponadto używanie tych słów na fakturach na stałe mogło zniechęcać słabiej znających prawo wspólnotowe kontrahentów do eksportowania nabywanych produktów. Napis „zakaz eksportu”, pomimo że nie znajdował się wśród postanowień zawieranych umów, to uznany został za ich część. Kluczowym argumentem Komisji w tym względzie był fakt długotrwałej współpracy handlowej między dostawcą i odbiorcami. Powodowała ona, że nowa klauzula stawiała się wiążącym dla stron porozumieniem, którego treść ci ostatni zaakceptowali, przynajmniej w sposób dorozumiany, a którego pisemnym dowodem była faktura. Właśnie ze względu na długotrwałe stosunki gospodarcze oraz

⁸ H. P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1972, s. 619, zob. też wyrok z 7 lipca 1994 r., w sprawie T-43/92, Dunlop Slazenger International Ltd v. Komisja, (1994) ECR II-447.

⁹ Wyrok z 11 stycznia 1990 r. w sprawie C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici SpA v. Komisja, (1990) ECR I-0045.

¹⁰ Decyzja Komisji nr 87/409/EEC z 13 czerwca 1987 r., (1987) OJ L 222/28.

związaną z nimi systematyczną i ciągłą wymianę faktur o tej samej treści klauzula nie mogła być postrzegana jako akt jednostronny. Dodatkowym potwierdzeniem wiążącego charakteru słów „zakaz eksportu” był fakt, że klauzula ta znalazła się wśród innych, wiążących postanowień.

Tak wyrażoną opinię Komisji w pełni podzielił Trybunał, który stwierdził, że systematyczne przekazywanie klientom przez dostawcę faktur noszących napis „zakaz eksportu” stanowi porozumienie zabronione przez art. 81/1 TWE. Podobnie, za istnieniem porozumienia przemawiał fakt utrzymywania przez strony stałych stosunków gospodarczych. Zdaniem ETS wystarczającym dowodem istniejącego przyzwolenia były kolejne zamówienia składane bez zastrzeżeń i na tych samych warunkach.

Nowe postanowienia narzucone przez silniejszego kontrahenta mogą być niekorzystne dla strony słabszej. Może ona ich nie akceptować i być przymuszona do ich przyjęcia. Nie ma to jednak żadnego wpływu na stwierdzenie istniejącego między nimi porozumienia. Przykładem takiego podejścia są rozstrzygnięte przez ETS połączone sprawy, występujące pod zbiorczą nazwą BMW Belgia SA i inni v. Komisja¹¹. Przedmiotem rozstrzygnięcia były narzucone dealerom BMW przez przedsiębiorstwo BMW Belgia warunki współpracy, które wykraczały poza istniejący system dystrybucji. W ramach tego systemu dealerzy mogli swobodnie sprzedawać samochody między sobą, dostarczać je konsumentom i ich agentom, bez względu na to jakie posiadali oni miejsce siedziby lub zamieszkania, również więc za granicę. Spór dotyczył wprowadzonego jednostronnie przez BMW Belgia całkowitego zakazu eksportu sprzedawanych przez dealerów towarów. Na skutek bowiem zamrożenia przez rząd belgijski cen samochodów w roku 1975 stały się one tańsze niż w innych sąsiadujących państwach. Spowodowało to opłacalność eksportu do innych Państw Członkowskich. Wywołało to jednak zdecydowaną reakcję BMW Belgia, które całkowicie zabroniło swoim dealerom eksportu. W tym celu wystosowało do swoich dealerów list o tej samej treści wskazujący na negatywne konsekwencje eksportu. W rzeczywistości były to groźby ograniczenia dostaw samochodów i podwyżki ich cen. Tłumaczono to nieopłacalnością zaopatrywania klientów, którzy ze względu na dzielącą ich odległość mieli już więcej nie powrócić. W opinii BMW Belgia jedynym wyjściem w tej sytuacji był całkowity zakaz eksportu. Akceptacja takich warunków miała nastąpić poprzez podpisanie przez dealerów odpowiedniego oświadczenia i jego przesłanie do siedziby firmy. Pod listem tym podpisało się 48 z 90 dealerów.

W opinii Komisji strony zawarły w ten sposób porozumienie naruszające zakaz z art. 81/1 TWE. Potwierdził to również ETS. W wyroku stwierdził jednoznacznie, że ci dealerzy, którzy wyrazili zgodę na przesłane im warunki i podpisali oświadczenie, przyłączyli się do zawierającego porozumienia i stali się jego stroną. Trybunał zwrócił uwagę na oczywistą zależność gospodarczą między przedsiębiorcami, niemniej uznał, że fakt ten nie był wystarczającą przesłanką wyłączającą odpowiedzialność dealerów. Mimo że ich swoboda inicjatywy była znacznie ograniczona, to jednak sytuacja ta nie uniemożliwiała wyrażenia dezaprobaty dla proponowanych zmian umowy głównej. Potwierdziła to duża liczba dealerów, którzy nie przyłączyli się do porozumienia. Odpowiedzialność dealerów opiera się na założeniu, że są oni samodzielnymi przedsiębiorcami, którzy nie mogą akceptować warunków sprzecznych

¹¹ Wyrok z 12 czerwca 1979 r., w połączonych sprawach 32/78, 36/78 do 82/78, BMW Belgia SA i inni v. Komisja (zakaz eksportu), (1979) ECR I-2435.

z prawem lub wychodzących poza granice systemu selektywnej sprzedaży, do którego należą. Wyrażone więc przyzwolenie nie znalazło usprawiedliwienia w wywieranych na nich naciskach.

O istnieniu zakazanego przez art. 81/1 TWE porozumienia można mówić również wówczas, gdy jedna ze stron, pomimo że wie o antykonkurencyjnych celach, które porozumienie ma osiągnąć, pasywnie godzi się na nie i ułatwia drugiej stronie działania antykonkurencyjne. Do takich wniosków doszedł Trybunał w sprawie Ford-Werke AG i Ford of Europe Inc. v. Komisja¹².

Do maja 1982 roku przedsiębiorstwo Ford-Werke AG z siedzibą w Kolonii, produkujące samochody z kierownicą zarówno po prawej jak i lewej stronie, dostarczało je swoim dealerom zarówno z Niemiec jak i z Wielkiej Brytanii. Umowa dystrybucji zawierana z dealerami stanowiła, że mają oni prawo do otrzymywania wszystkich produktów sprzedawanych przez firmę Ford. Na skutek różnic w wartości walut korzystniej było nabywać pojazdy od niemieckich dealerów, a następnie wywozić je do Wielkiej Brytanii. Spowodowało to wzrost popytu na rynku niemieckim na samochody z kierownicą po prawej stronie, co było niewątpliwie niekorzystne dla brytyjskiego przedstawiciela koncernu Ford. Z tych względów Ford AG wysłał do swoich niemieckich dealerów okólnik, w którym informował, że z dniem 1 maja 1982 r. nie będzie od nich przyjmować zamówień na te właśnie pojazdy. Zostały one wycofane z oferowanej gamy produktów w Niemczech. Od tej pory mogły one być kupowane jedynie od brytyjskich dealerów lub brytyjskich spółek koncernu. Prowadziło to do ograniczenia konkurencji *intra-brand* i do podziału rynku według granic państwowych.

Taka zmiana polityki sprzedaży spotkała się ze zdecydowanym sprzeciwem Komisji. Z pozoru działanie Forda nie zawierało żadnych znamion porozumienia. Jednakże Komisja wskazała, że skoro do maja 1982 r. Ford-Werke AG udostępniał dealerom wszystkie swoje produkty, to zaprzestanie dostaw określonego rodzaju samochodów musiało być uznane za zmianę obowiązującego między stronami porozumienia. Komisja wskazała na cel, jaki przyświecał przedsiębiorstwu Ford-Werke AG. W jej opinii jasne było, że również dealerzy wiedzieli o dążeniach producenta, który planował terytorialny podział wspólnego rynku i zahamowanie importu równoległego do Wielkiej Brytanii. Broniące się w sprawie przed Trybunałem przedsiębiorstwo Ford-Werke AG podkreślało, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej może ono dowolnie kształtować swój system sprzedaży i decydować o wprowadzanych na rynek produktach.

Z poglądami tymi nie zgodził się ETS. Wskazał on, że rzeczywiście istniejące umowy tworzące system dystrybucji selektywnej przyznawały jednej stronie, tj. producentowi pewną swobodę. Polegała ona na przyznaniu mu prawa do wprowadzania do swojej oferty sprzedaży coraz to nowych modeli samochodów, a więc na jej uzupełnianiu, jednak nie uszczuplaniu. Sztywne porozumienie, ograniczające ofertę producenta do konkretnych modeli pojazdów, musiałoby na skutek rozwoju technicznego często ulegać zmianom. Z tego powodu i ze względu na długotrwałość podpisywanych z dealerami umów producent dysponował możliwością podejmowania jednostronnych i akceptowanych przez dealerów decyzji odnośnie do wprowadzanych na rynek modeli. Zdaniem

¹² Wyrok z 17 września 1985 r., w połączonych sprawach 25 i 26/84 Ford-Werke AG i Ford of Europe Inc. v Komisja, (1985) ECR 2725.

Trybunału dokonywane zmiany umowy w zakresie udostępnianych samochodów stanowiły część występujących między stronami stosunków umownych. Pomimo występującej w tym zakresie swobody producenta ograniczenie dostaw samochodów było sprzeczne z art. 81/1 Traktatu, ponieważ zmierzało do podziału wspólnego rynku według granic państwowych. Jego celem było zahamowanie handlu między Państwami Członkowskimi. Zarówno Komisja jak i ETS postrzegały te działania na tle całokształtu stosunków gospodarczych występujących między producentem a dealerami i globalnego celu przyświecającego producentowi. Był on oczywiście niezgodny z art. 81/1 TWE, a ponieważ stosunki stron opierały się na umowie, to wprowadzone jednostronnie jej modyfikacje można było uznać za część zawartego porozumienia.

Trzydzieści lat później wychodząc z identycznych założeń Komisja wydała decyzję w sprawie przedsiębiorstwa Volkswagen¹³, w której potępiła działalność tej firmy polegającą na próbach zniechęcenia swoich dealerów działających we Włoszech do importu równoległego samochodów na teren Niemiec i Austrii.

O tym czy istnieje zakazane porozumienie decyduje przede wszystkim cel przyświecający działaniom przedsiębiorców. Jeżeli jest nim wyłączenie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na wspólnym rynku, to bez znaczenia pozostanie fakt, czy treść poczynionych uzgodnień można uznać za porozumienie, czy uzgodnioną praktykę. Czasem dokładne odróżnienie między nimi może nastęrczać trudności. O istnieniu porozumienia należy więc rozstrzygać mając na względzie całokształt istniejących między stronami powiązań¹⁴. Dlatego też popieranie przez dealerów działających w ramach umowy ogólnej na całym terytorium określonego kraju polityki producenta, zmierzającej do podziału wspólnego rynku według granic państwowych i wstrzymywanie przez nich dostaw do odbiorców, którzy mogliby prowadzić import równoległy, stanowi o istnieniu porozumienia. W tym jednak wypadku dealerzy popierając politykę producenta zachowują się już aktywnie¹⁵.

Porozumienia, o których mowa w art. 81/1 TWE, nie wymagają żadnej szczególnej formy. Wprowadzane przez jedną ze stron ograniczenia mogą stanowić część ogólnych stosunków handlowych między stronami i wynikać z okólników, czy choćby praktyki akcepto-

¹³ Decyzja Komisji nr 98/273/EC z 28 stycznia 1998 r. (1998) OJ L124/60. Por. też decyzje Komisji nr 2001/146/EC z 20 lutego 2001 r. (2001) OJ L59/1, która podobne działania przedsiębiorstwa Opel również uznała za noszące cechy porozumienia, a nie czynności jednostronnych. Polegały one w szczególności na dostarczaniu dealerom jedynie takiej ilości pojazdów jaka miała zaspokoić popyt na przyznanym im terenie, wyłączenie samochodów, które zostały sprzedane klientom spoza tego obszaru, wyłączenie prawa ubiegania się o dodatkowe wynagrodzenie w postaci bonusów, przeprowadzanie kontroli wewnętrznych u dealerów ze szczególnym uwzględnieniem ich transakcji zagranicznych. Dodatkowo dealerów napominano do zaprzestania eksportu. Pomimo bowiem, że cała strategia polegająca na zahamowaniu importu równoległego nie była uzgadniana z dealerami, to stała się ona częścią porozumień dystrybucyjnych zawieranych z dealerami, gdyż była ona celem całego systemu. Potępienie tych praktyk miało służyć przede wszystkim konsumentom, por. I. S. Forrester, QC, J. F. MacLennan, *EC Competition Law 1999–2000*, (2001) 20 Yearbook of European Law, s. 387.

¹⁴ L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *EC Competition Law; A Practitioner's Guide*, Second Edition, Kluwer Law International 2000, s. 307.

¹⁵ Zob. decyzja Komisji nr 87/406/EEC z 10 lipca 1987 r. w sprawie Tipp-Ex (1987) OJ L 222/1.

wanej przez obie strony. Do ich zakwalifikowania jako porozumienia wystarczające są jakiegokolwiek, czy to prawne, czy faktyczne działania producenta podejmowane w stosunku do sprzedawców lub klientów w ramach istniejących już stosunków opartych na umowie. Gdyby nie istniejące uprzednio ramy współpracy, to omawiane działania przedsiębiorców byłyby traktowane wyłącznie jako czynności jednostronne¹⁶. Narzucenie polityki sprzedaży może bowiem nastąpić również poprzez zakomunikowanie i interpretację „jedynej” służnej drogi postępowania, co miało miejsce m.in. w rozpatrywanej przez ETS sprawie Bayerische Motorenwerke AG¹⁷.

Również w sprawie SA ETA Fabriques d'Ébauches v. SA DK Investment i inni¹⁸ powodem przedłożenia sporu do rozstrzygnięcia Trybunałowi była potrzeba wykładni art. 81/1 TWE w świetle działań jednostronnych producenta. Przedsiębiorstwo SA ETA Fabriques d'Ébauches, produkujące zegarki „Swatch”, sprzedawało je w ramach sieci wyłącznych sprzedawców, którym przyznana została wyłączność na określonym terenie. Wszystkie rozprowadzane przez nich towary objęte były dwunastomiesięczną gwarancją, jednak producent zastrzegł, że kartami gwarancyjnymi mogą posługiwać się jedynie dystrybutorzy zaakceptowani przez niego. Przedsiębiorstwo SA ETA Fabriques d'Ébauches twierdziło, że przyznana gwarancja ma charakter umowny i jako że jest częścią zawartego kontraktu, to stwarza zobowiązanie producenta jedynie względem dystrybutorów, z którymi podpisał on umowy. W rzeczywistości dawało to producentowi możliwość kontroli znajdujących się w ich posiadaniu zapasów, sposobu i okresu magazynowania zegarków, co było istotne ze względów jakościowych.

Z argumentami tymi nie zgodził się ETS i dokonując wykładni przepisu art. 81/1 TWE wskazał na jego naruszenie. Stwierdził on, że przyznanie gwarancji zegarkom sprzedawanym jedynie poprzez sieć własnych dystrybutorów wpływa negatywnie na działalność konkurentów, którzy prowadzą import równoległy. Stwarza to bowiem przywileje dla własnych dystrybutorów i ogranicza w ten sposób konkurencję, co skutkować może podziałem rynku według granic krajowych.

Co znamienne, w orzeczeniu tym Trybunał nie wskazał, w której z wymienionych w art. 81/1 TWE form nastąpiło naruszenie tego przepisu. Na podstawie jednak wcześniej przytoczonych orzeczeń i decyzji Komisji można przypuszczać, że chodzi tu o zawarte z dystrybutorami porozumienie, w ramach którego nastąpiło dobrowolne zobowiązanie się przedsiębiorstwa do ochrony funkcjonującej sieci przed importem równoległym. Działania te bowiem zostały podjęte w ramach istniejących już stosunków gospodarczych i stanowiły ich część¹⁹.

¹⁶ H. Schröter, T. Jakob, W. Mederer, *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, 1 Auflage, Baden-Baden 2003, s. 214.

¹⁷ Wyrok z 24 października 1995 r., w sprawie C-70/93, Bayerische Motorenwerke AG v ALD Auto-Leasing D GmbH, (1995) ECR I-3439.

¹⁸ Wyrok z 10 grudnia 1985 r., w sprawie 31/85, SA ETA Fabriques d'Ébauches v. SA DK Investment i inni, (1985) ECR 3933.

¹⁹ Odnośnie do problematyki gwarancji jako instrumentu walki z konkurencją zob. też: wyrok z 1 października 1975 r., w sprawie 25/75, VanVliet Kwasten- en Ladderfabriek NV v. Fratelli Dalle Crode, (1975) ECR 1103, wyrok z 21 lutego 1984 r., w sprawie 86/82, Hasselblad (GB) Limited v. Komisja, (1984) ECR 883 i decyzje Komisji w sprawie Zanussi, (1978) OJ L322/36.

Przyjmowane przez Komisję decyzje jednoznacznie wskazują na to, że nie zamierza ona tolerować jednostronnych działań stron ważnie zawartych umów dystrybucyjnych, które mogą prowadzić do dyskryminacji lub być wymierzone przeciwko celom wspólnego rynku²⁰.

Ciekawe zagadnienia prawne powstają w związku z potrzebą ochrony praw własności intelektualnej, rozpatrywane bowiem przez Komisję i ETS sprawy łączą problematykę swobody przepływu towarów we Wspólnocie i prawa konkurencji.

Jak wskazuje praktyka, podejmowane przez przedsiębiorców działania jednostronne służące ochronie ich praw mogą zostać zakwalifikowane jako porozumienia. W takim przypadku należy się liczyć z możliwością naruszenia art. 81/1 Traktatu. Wyznaczenie granicy między dozwoloną ochroną a zakazanymi praktykami zależy od istniejących między stronami stosunków gospodarczych. Jeśli bowiem przedsiębiorstwo, którego towary są chronione przez prawo własności intelektualnej jednego z Państw Członkowskich, zawrze umowę i zgodzi się na ich wprowadzenie na rynek innego Państwa Członkowskiego, to dokona tzw. „zużycia” przysługującego mu prawa. Konsekwencją takiej umowy jest brak możliwości zablokowania swobodnego przepływu tych towarów na terenie Wspólnoty. Wszelkie podejmowane w tym zakresie próby zostaną uznane za niezgodne z art. 81/1 TWE oraz przepisami rozdziału 2 TWE. Będą one bowiem dążyły do podziału rynku według granic państwowych. Taka sama sytuacja powstanie, jeżeli jeden licencjodawca udzieli kilku licencji przedsiębiorcom znajdującym się w różnych Państwach Członkowskich. Wówczas wszyscy oni będą korzystać z prawa do wprowadzenia do obrotu i swobodnego wywozu tych towarów. O ile jednak nie dojdzie do udzielenia dalszych licencji, to ich właściciel będzie mógł blokować napływ tych towarów do swojego kraju, a więc tam gdzie są one chronione, a podjęte czynności jednostronne nie będą uważane za porozumienia.

Problematyki tej dotyczyła m.in. sprawa *Keurkoop BV v. Nancy Kean Gifts BV* odnosząca się do ochrony znaków towarowych²¹. W sprawie głównej przedsiębiorstwo Nancy Kean Gifts BV zakupiło prawa do wzoru towarowego określonej torebki i zarejestrowało ten wzór stając się jego właścicielem. Nie była to więc jedynie licencja na korzystanie z tego wzoru, a zakup został dokonany od przedsiębiorstwa trzeciego. Wzór ten był pierwotnie wykorzystywany przez amerykańskie przedsiębiorstwo *Amba Marketing Systems Inc*, które rzekło się do niego prawa. Po wprowadzeniu torebek na rynek firma Nancy Kean Gifts BV zorientowała się, że identyczne towary są wprowadzane na rynek przez firmę *Keurkoop*. Dążąc do ochrony swoich praw właściciel praw do wzoru zażądał na drodze sądowej zaprzestania tychże praktyk. Zrodziło to jednak pytania o wykładnię prawa wspólnotowego. Udzielając odpowiedzi na zadane mu pytanie prawne, ETS stwierdził, identycznie jak w sprawie *Parke, Davis i Co. v. Probel, Reese, Beintema-Inter-Pharm i Centrafarm*²², że samo posiadanie praw

²⁰ A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law; Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press 2001, s. 114, zob. też Decyzja Komisji nr 2001/711/EEC z 29 czerwca 2001 r. (2001) OJ L 262/14, w której za poważne naruszenie art. 81/1 TWE Komisja uznała próby wymuszenia przez producenta (Volkswagen) na dealerach utrzymania minimalnych cen sprzedaży określonych modeli aut, zob. też decyzja Komisji nr 88/172/EEC z 18 grudnia 1987 r. (1988) OJ L 78/34 w sprawie *Konica*.

²¹ Wyrok z 14 września 1982 r., w sprawie 144/81, *Keurkoop BV v. Nancy Kean Gifts BV*, (1982) ECR 2853.

²² Wyrok z 29 lutego 1968 r. w sprawie 24/67, *Parke, Davis i Co. v. Probel, Reese, Beintema-Inter-Pharm i Centrafarm* (1968) ECR 86.

do wzoru nie może budzić zastrzeżeń z punktu widzenia art. 81/1 TWE. Niemniej wykonywanie tych praw będzie zawsze podlegało kontroli tego przepisu, o ile będzie to celem, środkiem lub rezultatem zawartej umowy lub uzgodnionej praktyki. W wydanym wyroku ETS uznał, że właściciel znaku towarowego, który został zarejestrowany zgodnie z prawem jednego z Państw Członkowskich, może sprzeciwić się importowi wyglądających identycznie produktów z innych Państw Członkowskich, o ile nie zostały one dopuszczone do obrotu w tych państwach przez niego samego lub za jego zgodą. W takim bowiem przypadku chroni on własne prawo. Jednocześnie zaś nie występuje tu konieczny dla stosowania art. 81/1 Traktatu element umowy.

Zupełnie odwrotnie ocenione zostały przez organy wspólnotowe przypadki, w których właściciel prawa poprzez zawartą umowę zgodził się na wprowadzenie chronionych towarów do obrotu.

W sprawie *Sirena*²³ Trybunał odpowiadając na pytanie o interpretację art. 81 i 82 TWE stwierdził, że żaden z przepisów dotyczących konkurencji, a znajdujących się w Traktacie, nie odnosi się do samej istoty praw własności intelektualnej. Jednak zakazy wyrażone w przepisach traktatowych mogą dotyczyć wykonywania tychże praw, bowiem prowadzić to może do podziału wspólnego rynku i ograniczenia swobody przepływu towarów. ETS przyznał, że skoro samo prawo do znaku towarowego jako instytucja prawna nie posiada cech ani porozumienia, ani uzgodnionej praktyki w rozumieniu art. 81/1 TWE, to konieczne do ustalenia jego naruszenia jest stwierdzenie, że wykonywanie prawa jest przedmiotem, środkiem lub skutkiem zawartej umowy monopolowej. Jeśli więc prawo do wzoru towarowego jest wykorzystywane w jednym lub wielu Państwach Członkowskich Wspólnoty w oparciu o przenoszącą je umowę, to każdorazowo sprawdzać należy, czy wykonywanie to nie narusza zakazów wymienionych w art. 81/1 TWE. Przyznanie bowiem prawa do korzystania ze znaku wielu podmiotom z różnych Państw Członkowskich rodzi możliwość zawierania porozumień ograniczających handel między Państwami Członkowskimi i naruszających konkurencję na wspólnym rynku. Dozwolona jest oczywiście ochrona przyznanego prawa, jednak zawarte w tym zakresie umowy muszą być tak sformułowane, aby pogodzić wspólne korzystanie ze znaku na poziomie Wspólnoty ze wspólnotowymi regułami konkurencji i jednością wspólnego rynku. Trybunał orzekł także, że art. 81/1 TWE będzie miał zastosowanie zawsze w przypadkach, kiedy przywóz towarów noszących takie same znaki towarowe ale pochodzących z innych państw członkowskich, napotka przeszkody uzasadniane koniecznością ochrony praw do tych znaków, pod warunkiem jednak, że właściciel prawa lub osoba uprawniona do korzystania z niego nabyli je na podstawie umowy²⁴.

Dokonana w ten sposób przez ETS interpretacja pozwala na szerokie stosowanie wspólnotowych przepisów prawa konkurencji, uzależniając jednak ich stosowanie od zawarcia pierwotnej umowy dotyczącej znaku towarowego. Celem nadrzędnym jest bowiem ochrona jednolitego wspólnego rynku i zapobieganie jakimkolwiek przejawom jego podziału. Stosowane w tym zakresie przepisy prawa konkurencji, które obowiązują przedsiębiorstwa, są tożsame z tymi, jakie w odniesieniu do działań Państw Członkowskich przewidują przepisy mówiące o swobodzie przepływu towarów.

²³ Wyrok z 18 lutego 1971 r. w sprawie 40/70, *Sirena S.r.l. v. Eda S.r.l. i inni*, (1971) ECR 69.

²⁴ Podobnie w wyroku z 8 czerwca 1971 r. w sprawie 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, (1971) ECR 487, zob. też wyrok z 8 czerwca 1982 r. w sprawie 258/78, *L.C. Nungesser KG i Kurt Eisele v. Komisja*, (1982) ECR 2015.

Wypracowując powyższe koncepcje organy Wspólnoty przyznały sobie prawo do kontrolowania wykonywanej przez przedsiębiorstwa ochrony ich praw własności intelektualnej, które muszą korespondować ze wspólnotowymi przepisami o konkurencji²⁵.

Jak można zauważyć w przedstawionych powyżej przypadkach, stosunkowo łatwo dochodziło do stwierdzenia, że podjęte przez przedsiębiorcę czynności jednostronne w rzeczywistości stanowiły zabronione na gruncie art. 81/1 TWE porozumienie. Zarówno Komisja jak i ETS przyjmowały, że istnienie stałych stosunków gospodarczych to wystarczające podłoże dla uznania, że doszło do zawarcia porozumienia. Stworzono w ten sposób bardzo szerokie jego pojęcie, co często prowadziło do automatycznego stosowania art. 81/1 TWE bez przeprowadzania dogłębnej analizy ekonomicznej zaistniałej sytuacji, zaś samo prawdopodobieństwo istnienia porozumienia dawało wystarczającą podstawę do uznania go za pewne²⁶.

Rewizja tego stanowiska wystąpiła dopiero w roku 2000 w sprawie Bayer AG v. Komisja²⁷. Jej stan faktyczny był bardzo zbliżony do wielu omówionych już przypadków, wszystko też wskazywało, że rozstrzygnięcie Trybunału, w tym przypadku Sądu Pierwszej Instancji (SPI) potwierdzi dotychczasową linię orzecznictwa. Komisja jednoznacznie wyraziła swoje stanowisko uznając istnienie zabronionego porozumienia i nałożyła na przedsiębiorstwo Bayer AG karę pieniężną w wysokości 3 mln ECU²⁸.

Przedsiębiorstwo Bayer AG było producentem leku o nazwie Adalat (Adalate) stosowanego w przypadku chorób układu krążenia. Produkt ten sprzedawany był na terenie całej Wspólnoty. Jego cena we Francji i w Hiszpanii była ok. 40% niższa niż w Zjednoczonym Królestwie. W związku z tym hurtownicy z tych krajów zaczęli eksportować ten lek do Zjednoczonego Królestwa. W ten sposób dokonywali oni importu równoległego. Ich działanie spotkało się jednak ze sprzeciwem producenta, który chciał samodzielnie czerpać zyski z dokonywanego eksportu. W dodatku niekontrolowana sprzedaż leku, wzrastająca nawet o 300% w ciągu kilku tygodni, powodowała zagrożenie dla stabilności systemu sprzedaży, prowadziła do niezadowolenia innych hurtowników i aptekarzy oraz zakłócała ustalony rytm produkcyjny. W związku z tym przedsiębiorstwo Bayer podjęło działania mające na celu ograniczenie importu równoległego. Wychodząc z założenia, że posiadane przez hurtowników nadwyżki leków mogą być wykorzystane w celu ponownego eksportu, producent ustalił niezbędną każdemu z nich ilość wystarczającą do zaspokojenia potrzeb występujących na danym terenie.

Komisja stwierdziła, że przedsiębiorstwa Bayer Francja i Bayer Hiszpania, oba będące spółkami córkami firmy Bayer AG, poprzez dokonywane czynności pozornie jednostronne zawarły ze swoimi hurtownikami porozumienie sprzeczne z zakazami art. 81/1 TWE. Jego dowodem było ich zachowanie się na rynku. Ze strony firmy Bayer miał to być wprowadzony zakaz eksportu. Natomiast ze strony hurtowników dorozumiane przyzwolenie na taki stan rzeczy. Sprzeciwiając się dokonany ustaleniom przedsiębiorstwo Bayer AG dowodzi-

²⁵ U. Immenga, E. J. Mestmäcker, *EG-Wettbewerbsrecht; Kommentar*, Band 1, München 1997, s. 148.

²⁶ I. S. Forrester, QC, J. F. MacLennan, *EC Competition Law 1999–2000*, (2001) 20 Yearbook of European Law, s. 365 i n.

²⁷ Wyrok z 26 października 2000 r., w sprawie T-41/96, Bayer AG v. Komisja, (2000) ECR II-3383.

²⁸ Decyzja Komisji nr 96/478/EC z 10 stycznia 1996 r. (1996) OJ L 201/1.

ło, że podjęte przez nich działania były całkowicie jednostronne, a ponadto hurtownicy nie stosowali się do prowadzonej polityki i w żaden sposób nie wyrazili dla niej akceptacji. Pozornie sprawa ta wydawała się być tożsama z rozstrzyganymi wcześniej, a jej wynik przesądzony.

Jednakże Sąd pierwszej instancji odmiennie niż Komisja potraktował działania firmy Bayer, w których nie dostrzegł niczego co wskazywałoby na to, że przedsiębiorstwo miało zamiar zakazać eksportu lub też, że dążyło do sprawdzenia rozmiarów eksportu poszczególnych hurtowników.

Sąd dokonał bardzo dokładnej analizy stosunków ekonomicznych między producentem a hurtownikami. Okazało się, że odbiorcy zabiegali o zwiększenie dostaw leków i żaden z nich nie oświadczył, że zamierza zrezygnować z eksportu. Ponadto większość z nich wyrażała niezadowolenie z powodu strat ponoszonych na skutek niemożności zaspokajania popytu na rynku brytyjskim, czego powodem były zbyt małe dostawy. Na tej podstawie nie można było zakwalifikować działań hurtowników usiłujących wszelkimi sposobami ominąć ograniczenia wprowadzone przez producenta za wyrażenie choćby dorozumianej akceptacji na taką jego politykę.

SPI wyraził więc pogląd, że przyjęte przez przedsiębiorstwo Bayer czynności były jednostronne i nie nosiły znamion porozumienia. W uzasadnieniu swojego stanowiska uściślił on reguły pozwalające na jego stwierdzenie. SPI podkreślił przede wszystkim fakt, że zabronione na gruncie art. 81/1 Traktatu działania muszą charakteryzować się poczynionymi wcześniej uzgodnieniami między przedsiębiorcami, które przybiorą jakkolwiek z form wymienionych w tym przepisie. Wymaga to jednak od nich wyrażenia wspólnej woli zachowywania się na rynku w określony sposób. Przy czym wyrażenie woli nie musi przybierać jakiegokolwiek formy szczególnej, a zwłaszcza formy wiążącej strony umowy.

SPI odniósł się również do funkcji, jaką na tle przepisów Traktatu pełni art. 81/1 TWE. Zaznaczył on, że celem tej normy nie jest usuwanie wszelkich barier w handlu między Państwami Członkowskimi. Jego hipoteza zostanie bowiem tylko wówczas wypełniona, kiedy przedsiębiorstwa zawrą porozumienie, w jakiegokolwiek formie, którego celem lub rezultatem jest ograniczenie konkurencji, które może ponadto wpłynąć na handel między Państwami Członkowskimi. W razie braku łącznego występowania tych elementów przepis ten nie może być stosowany.

Orzeczenie powyższe zostało potraktowane jako niezmiernie ważne w historii orzecznictwa SPI. Wiąże się z tym nadzieja, że przyszłe decyzje wydawane przez Komisję będą w większym stopniu uwzględniać wyrażany przez partnerów handlowych sprzeciw przeciwko wprowadzanym ze strony producenta praktykom jednostronnym, dążącym do zmiany jego polityki handlowej. Wreszcie również zostały ustalone jasne zasady dotyczące pojęcia porozumienia²⁹. Ponadto, co ważne dla producentów, zostało im jasno przyznane prawo do zapatrywania dystrybutorów w ustalone ilości wytwarzanych przez siebie towarów³⁰.

Przytoczone orzecznictwo i decyzje Komisji wskazują na istotne rozszerzenie, w stosunku do literalnego, pojęcia porozumienia. Praktyka taka zmierza powoli do zacierania się

²⁹ J. Rivas, F. Stroud, *Developments in EC competition law in 1999/2000: an overview*, (2001) 38 CMLR 935.

³⁰ I. S. Forrester, QC, J. F. MacLennan, *EC Competition Law 1999–2000*, (2001) 20 Yearbook of European Law, s. 444 i n.

różnic pomiędzy normą art. 81 i art. 82 Traktatu. Prowadzi ona także do tego, że zakazem zawierania porozumień monopolowych objęte zostaną również zalecenia (normalnie pozostające poza regulacją tego przepisu), o ile będą one wystosowane w ramach już istniejących porozumień ograniczających konkurencję. Mogą być one uznane po prostu za ich część³¹.

Wypracowana doktryna zmierzająca do objęcia zakazem wszelkich porozumień mogących w jakikolwiek sposób ograniczyć konkurencję spotyka się też z przychylnym przyjęciem ze strony obserwatorów wspólnotowego prawa konkurencji³².

³¹ Por. też U. Immenga, E. J. Mestmäcker, *EG-Wettbewerbsrecht; Kommentar*, Band 1, München 1997, s. 147 i n.

³² H. Schröter, T. Jakob, W. Mederer, *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, 1 Auflage, Baden-Baden 2003, s. 215.

DRAWA CZŁOWIEKA



Marek Antoni Nowicki

Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa

(1 kwietnia–30 czerwca 2003 r.)

Obowiązek przestrzegania praw człowieka (art. 1)

Konwencja wymaga, aby państwa zapewniły każdemu pozostającemu pod ich jurysdykcją prawa i wolności w niej zapisane. Są one więc odpowiedzialne za wszelkie naruszenia chronionych praw i wolności osoby pozostającej w momencie naruszenia w granicach ich jurysdykcji lub kompetencji. Jurysdykcja tylko wyjątkowo wynika z czynników pozaterytorialnych, jak: działania za granicą przedstawicieli dyplomatycznych i konsularnych państwa; przestępstwa popełnione za granicą przeciwko interesom państwa lub jego obywateli; czyny popełnione na pokładzie statku pływającego pod flagą państwa, samolotu lub statku kosmicznego w nim zarejestrowanego oraz szczególnie poważne zbrodnie międzynarodowe (jurysdykcja uniwersalna).

*Orzeczenie Assanidze v. Gruzja, 8.4.2004 r.,
Wielka Izba, skarga nr 71503/01, § 137.*

Prawo do życia (art. 2)

Odpowiedzialność państwa nie ogranicza się do sytuacji, w której istnieją poważne dowody, iż śmierć cywila nastąpiła na skutek niewłaściwego użycia broni przez funkcjonariuszy państwa. Może również wchodzić w grę, gdy nie podejmują żadnych rzeczywistych środków ostrożności przy wyborze metod operacji przeciwko przeciwnikom, aby uniknąć i niezależnie od okoliczności zmniejszyć do minimum przypadkowe straty wśród ludności cywilnej.

*Orzeczenie Ahmet Ozkan i inni v. Turcja, 6.4.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 21689/93, § 297.*

Zakaz tortur (art. 3)

Nie można wykluczyć możliwości naruszenia art. 3 Konwencji z powodu zbyt długiego przetrzymywania w areszcie policyjnym w całkowitej izolacji i szczególnie trudnych warunkach.

*Orzeczenie Yurttas v. Turcja, 27.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) III, skarga nr 25143/94 i 27098/95, § 47.*

Stała obserwacja za pomocą kamery przez kilka miesięcy mogła wywołać poczucie udęczenia z braku jakiegokolwiek formy prywatności. Nie wykazano jednak przekonująco, iż cierpienie psychiczne na skutek tego środka było na tyle poważne, aby uznać, że doszło do niehumanicznego lub poniżającego traktowania.

*Decyzja Van der Graaf v. Holandia, 1.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 8704/03.*

Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5) Art. 5 ust. 1

Poważna zwłoka z przyjęciem do szpitala zamkniętego w oczywisty sposób negatywnie wpływa na perspektywę powodzenia leczenia. Mimo istnienia strukturalnego problemu braku miejsc w takich szpitalach, sytuacja ta nie była ani wyjątkowa, ani niemożliwa do przewidzenia. Tak więc oczekiwania przez piętnaście miesięcy na przyjęcie do szpitala nie można było zaakceptować. Inny wniosek prowadziłby do osłabienia gwarancji podstawowego prawa do wolności i był zamachem na samą jego istotę.

*Orzeczenie Morsink v. Holandia, 11.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 48865/99, § 68–69.*

Musi istnieć pewien związek między podstawą dozwolonego pozbawienia wolności oraz jego miejscem i warunkami. W zasadzie pozbawienie wolności pacjenta psychiatrycznego jest zgodne z prawem, jeśli odbywa się w szpitalu, klinice lub innej odpowiedniej instytucji. Ze względu na okoliczności konkretnej sprawy można uznać, iż zaniechanie niezwłocznego przeniesienia więźnia do kliniki zamkniętej nie oznacza automatycznie bezprawności pozbawienia wolności na podstawie art. 5 ust. 1 Konwencji.

*Orzeczenie Morsink v. Holandia, 11.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 48865/99, § 65.*

Oczekiwanie od władz, iż zapewnią natychmiast miejsce w wybranej klinice zamkniętej byłoby nierealistyczne i zbyt rygorystyczne. Ze względów związanych ze skutecznością zarządzania funduszami publicznymi należy zaakceptować jako nieuchronną pewną różnicę między dostępną i potrzebną liczbą miejsc w klinikach zamkniętych.

*Orzeczenie Morsink v. Holandia, 11.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 48865/99, § 67.*

Śledztwa o przestępstwa terrorystyczne są niewątpliwie szczególnie trudne. Z tego jednak nie wynika, iż władze mają wolną rękę przy zatrzymywaniu podejrzanych i przetrzymywaniu ich w areszcie bez skutecznej kontroli sądów ani instytucji Konwencji, w każdym wypadku, gdy są przekonane, iż doszło do przestępstwa terrorystycznego.

*Orzeczenie Ahmet Ozkan i inni v. Turcja, 6.4.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 21689/93, § 367–368.*

Prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 ust. 1)

Nie można wykluczyć, iż dowody uzyskane w wyniku pułapki zastawionej na osobę prywatną mogą doprowadzić do uznania postępowania za nierzetelne.

*Decyzja Shannon v. Wielka Brytania, 6.4.2004 r.,
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 67537/01.*

Spór dotyczący prawa politycznego (kandydowanie w wyborach prezydenckich) nie wiąże się z prawami i obowiązkami o charakterze cywilnym, art. 6 nie ma więc zastosowania.

*Decyzja Guliyev v. Azerbajdżan, 27.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 35584/02.*

Prawo dostępu do sądu jest skuteczne, jeśli jednostka korzysta z wyraźnej i konkretnej możliwości kwestionowania zamachu na jej prawa.

*Orzeczenie De Jorio v. Włochy, 3.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 73936/01, § 45.*

Brak wyraźnego związku kwestionowanych wypowiedzi z działalnością parlamentarną wymaga ścisłej interpretacji proporcjonalności celu i środków, zwłaszcza, gdy ograniczenia prawa dostępu do sądu wynikają z uchwały organu politycznego. Inny wniosek byłby równoznaczny z ograniczeniem prawa dostępu do sądu zawsze, gdy chodzi o wypowiedzi członka parlamentu.

*Orzeczenie De Jorio v. Włochy, 3.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 73936/01, § 54.*

Proces karny przeciwko jedenastoletniemu dziecku nie musi prowadzić do naruszenia art. 6 ust. 1, jeśli umożliwiono mu skuteczny udział w procesie. Oskarżone dziecko musi jednak wystarczająco rozumieć charakter i znaczenie tego procesu.

*Orzeczenie S.C. v. Wielka Brytania, 15.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 60958/00, § 26–29.*

Wykonanie decyzji w sferze stosunków między adoptującymi i adoptowanymi wymaga szybkiego działania, bo upływ czasu może przynieść nieodwracalne szkody dla ich przyszłych relacji.

*Orzeczenie Pini i Bertani oraz Manera i Atripaldi v. Rumunia, 22.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skargi nr 78028/01 i 78030/01, § 175.*

Art. 6 ust. 3 lit. c

Brak pomocy adwokata w okresie przetrzymywania w areszcie policyjnym może rodzić problem na tle art. 6 Konwencji.

*Orzeczenie Yurttas v. Turcja, 27.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) III, skarga nr 25143/94 i 27098/95, § 76.*

Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8)

Monitorowanie kontaktów więźniów ze światem zewnętrznym, w tym przez telefon, bywa konieczne, ale regulujące to przepisy muszą być wystarczająco jasne i szczegółowe,

aby zapewnić odpowiednią ochronę przed arbitralną ingerencją władz w prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji.

*Orzeczenie Doerga v. Holandia, 27.4.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 50210/99, § 53.*

Niekorzystna sytuacja Romów jako mniejszości oznacza, że ich potrzeby i odmienny styl życia wymagają specjalnej troski zarówno w treści regulacji prawnych, jak i przy podejmowaniu decyzji w konkretnych sprawach. W tym zakresie państwa mają na podstawie art. 8 obowiązek ułatwienia prowadzenia cygańskiego stylu życia.

*Orzeczenie Connors v. Wielka Brytania, 27.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 66746/01, § 84.*

Gwarancje art. 8 Konwencji mają przede wszystkim zapewnić rozwój – bez ingerencji z zewnątrz – osobowości jednostki w jej stosunkach z innymi istotami ludzkimi. Relacje z innymi, nawet w kontekście publicznym, mieszczą się więc w pewnym zakresie w granicach pojęcia „życie prywatne”.

*Orzeczenie Księżniczka Caroline von Hannover v. Niemcy, 24.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 59320/00, § 50.*

Swoboda wypowiedzi dotyczy również publikacji fotografii. Jest to jednak dziedzina, w której ochrona praw i dobrego imienia innych ma szczególne znaczenie. Często nie chodzi o rozpowszechnianie idei, ale obrazów zawierających bardzo osobiste lub nawet intymne informacje o osobie. Poza tym, zdjęcia zamieszczane w tabloidach są często robione w klimacie stałego niepokojenia, budzącego silne poczucie zamachu na życie prywatne lub nawet prześladowania.

*Orzeczenie Księżniczka Caroline von Hannover
v. Niemcy, 24.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 59320/00, § 59.*

Publikacji zdjęć i artykułów mających zaspokoić ciekawość czytelników co do szczegółów życia prywatnego wybitnej osobistości nie można uważać za udział w debacie o sprawach publicznie ważnych, nawet, gdy chodzi o osobę ogólnie znaną. Swoboda wypowiedzi wymaga więc wtedy wąskiej interpretacji.

*Orzeczenie Księżniczka Caroline von Hannover v. Niemcy, 24.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 59320/00, § 64.*

Przy rozważaniu ochrony życia prywatnego i swobody wypowiedzi należy ustalić, czy opublikowane zdjęcia i artykuły były częścią debaty o sprawach wzbudzających ogólne zainteresowanie.

*Orzeczenie Księżniczka Caroline von Hannover v. Niemcy, 24.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 59320/00, § 65.*

Każdej osobie, nawet publicznie znanej, należy zapewnić możliwość uprawnionego oczekiwania ochrony i poszanowania życia prywatnego.

*Orzeczenie Księżniczka Caroline von Hannover v. Niemcy, 24.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 59320/00, § 69.*

Stała kontrola więzienia przez kamerę jest poważną ingerencją w prawo do poszanowania życia prywatnego.

*Decyzja Van der Graaf v. Holandia, 1.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 8704/03.*

Państwo może być odpowiedzialne za wydalenie związane z ryzykiem traktowania sprzecznego z art. 2 i 3 ze względu na fundamentalne znaczenie tych przepisów. Nie stosuje się jednak tej zasady automatycznie do innych postanowień Konwencji. Z czysto pragmatycznego powodu nie można wymagać od państwa możliwości wydalenia obcokrajowca tylko do kraju, w którym przestrzegane są w pełni wszystkie prawa i wolności wynikające z Konwencji.

*Decyzja Fashkami v. Wielka Brytania, 22.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 17341/03.*

Prawo do adopcji nie należy do praw zagwarantowanych w Konwencji, stosunki między adoptującymi i adoptowanymi mają jednak w zasadzie ten sam charakter co stosunki rodzinne chronione w art. 8 Konwencji.

*Orzeczenie Pini i Bertani oraz Manera i Atripaldi v. Rumunia, 22.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skargi nr 78028/01 i 78030/01, § 140.*

Adopcja jest daniem rodziny dziecku, a nie dziecka rodzinie.

*Orzeczenie Pini i Bertani oraz Manera i Atripaldi v. Rumunia, 22.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skargi nr 78028/01 i 78030/01, § 156.*

Z art. 8 wynika prawo rodzica domagania się środków umożliwiających połączenie z dzieckiem i obowiązek władz krajowych ich podjęcia. Obowiązek ten nie jest absolutny, zwłaszcza gdy zainteresowani jeszcze się nie znają.

*Orzeczenie Pini i Bertani oraz Manera
i Atripaldi v. Rumunia, 22.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skargi nr 78028/01 i 78030/01, § 150–151.*

Wolność myśli, sumienia i wyznania (art. 9)

W społeczeństwie demokratycznym państwo może ograniczyć noszenie chust islamskich, jeśli jest to sprzeczne z wymaganiami ochrony praw i wolności innych osób, porządku i bezpieczeństwa publicznego.

*Orzeczenie Şahin v. Turcja, 29.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 44774/98, § 98.*

W kraju, takim jak Turcja gdzie większość ludności wyznaje określoną religię, środki podjęte w uniwersytetach, aby uniemożliwić pewnym fundamentalistycznym ruchom religijnym nacisk na studentów niepraktykujących ich religii lub wyznawców innych religii, mogą być usprawiedliwione na podstawie art. 9 ust. 2. Uniwersytety świeckie mogą reglamentować jej manifestowanie, wprowadzając restrykcje zapewniające przemieszanie studentów różnych wyznań i ochronę w ten sposób porządku publicznego i wiary innych.

*Orzeczenie Şahin v. Turcja, 29.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 44774/98, § 99.*

Ograniczenie noszenia symboli religijnych w placówkach edukacyjnych nie powinno nigdy prowadzić do zamachu na zasadę pluralizmu, dotyczyć innych praw gwarantowanych w Konwencji, nie może też całkowicie niszczyć wolności manifestowania religii lub przekonań.

*Orzeczenie Şahin v. Turcja, 29.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 44774/98, § 102.*

Każde państwo może – w zależności od swoich doświadczeń historycznych i w zgodzie z wymaganiami Konwencji – podejmować kroki przeciwko ekstremistycznym ruchom politycznym usiłującym narzucić społeczeństwu swoje symbole religijne i koncepcję życia społecznego opartą na regułach religijnych.

*Orzeczenie Şahin v. Turcja, 29.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 44774/98, § 109.*

Wolność wypowiedzi (art. 10)

Szczególne obowiązki i odpowiedzialność nauczycieli będących autorytetem dla swoich uczniów dotyczą także działalności dodatkowej prowadzonej w szkole, w której uczą. Edukacja obywatelstwa demokratycznego jest nieodzowna w walce przeciwko rasizmowi i ksenofobii oraz wymaga mobilizacji osób za nią odpowiedzialnych, zwłaszcza nauczycieli.

*Decyzja Seurot v. Francja, 18.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) II, skarga nr 57383/00
– dot. zwolnienia z pracy nauczyciela z powodu
rasistowskich artykułów w gazecie szkolnej.*

Działalność stowarzyszenia – istotna dla społeczeństwa demokratycznego – jest podobna do roli prasy. Aby mogło ono prawidłowo wypełniać swoje zadania, powinno mieć możliwość przekazywania informacji o faktach wzbudzających publiczne zainteresowanie, oceniania ich i przyczyniania się w rezultacie do przejrzystości działań władz publicznych.

*Orzeczenie Vides Aizsardzibas Klubs (Klub Ochrony Środowiska) v. Łotwa, 27.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 57829/00, § 42.*

W demokratycznym społeczeństwie władze publiczne wystawiają się na stałą kontrolę obywateli. Pod warunkiem działania w dobrej wierze, każdy powinien mieć możliwość zwrócenia publicznie uwagi na sytuacje uznane za niezgodne z prawem.

*Orzeczenie Vides Aizsardzibas Klubs
(Klub Ochrony Środowiska) v. Łotwa, 27.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 57829/00, § 46.*

Byłoby absolutnie sprzeczne z przedmiotem i duchem art. 10 Konwencji przyznanie władzom krajowym prawa do nadmiernie szerokiej interpretacji wypowiedzi ustnych lub pisemnych przypisującej danej osobie treści, których wyraźnie nigdy nie chciała wyrazić.

*Orzeczenie Vides Aizsardzibas Klubs (Klub Ochrony Środowiska) v. Łotwa, 27.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 57829/00, § 47.*

Ochrona własności (art. 1 Protokołu nr 1)

Pojęcie „interes publiczny” wymaga szerokiej interpretacji.

*Orzeczenie Broniowski v. Polska, 22.6.2004 r.,
Wielka Izba, skarga nr 31443/96, § 149.*

Postawy organów państwa, polegającej na umyślnych próbach uniemożliwienia wykonania ostatecznego i prawomocnego wyroku – tolerowanej, jeśli nie milcząco aprobowanej przez władzę wykonawczą i ustawodawczą państwa – nie da się usprawiedliwić jakimkolwiek uprawnionym interesem publicznym lub interesem społeczeństwa jako całości. Przeciwnie, mogła ona osłabić wiarygodność i autorytet sądownictwa oraz zaszkodzić jego skuteczności, a to ma ogromne znaczenie z punktu widzenia podstawowych zasad Konwencji.

*Orzeczenie Broniowski v. Polska, 22.6.2004 r.,
Wielka Izba, skarga nr 31443/96, § 175.*

Odebranie własności bez odszkodowania w wysokości pozostającego w rozsądnej proporcji do jej wartości uznaje się zwykle za nieproporcjonalną ingerencję, a całkowity brak odszkodowania może być uzasadniony jedynie wyjątkowo.

*Orzeczenie Broniowski v. Polska, 22.6.2004 r.,
Wielka Izba, skarga nr 31443/96, § 176.*

W sytuacjach wiążących się z daleko idącym, ale kontrowersyjnym rozwiązaniem ustawodawczym o poważnych ekonomicznych skutkach dla całego kraju władze muszą mieć dużą swobodę przy wyborze nie tylko środków zapewnienia poszanowania praw własności lub uregulowania stosunków własnościowych wewnątrz kraju, ale także odpowiedni okres na ich implementację. Wybór środków może prowadzić do decyzji ograniczających odszkodowanie za odebranie lub zwrot własności do poziomu poniżej wartości rynkowej. Art. 1 Protokołu nr 1 nie gwarantuje prawa do pełnego odszkodowania w każdych okolicznościach.

*Orzeczenie Broniowski v. Polska, 22.6.2004 r.,
Wielka Izba, skarga nr 31443/96, § 182.*

Rozważanie praw wchodzących w grę, a także korzyści i strat różnych osób dotkniętych procesem transformacji gospodarki i systemu prawnego państwa jest wyjątkowo trudnym zabiegiem. W tych okolicznościach państwu należy przyznać szeroką swobodę, która nie jest jednak nieograniczona. Korzystanie z niej przez państwo, nawet przy okazji najbardziej skomplikowanej reformy, nie może prowadzić do skutków sprzecznych ze standardami Konwencji.

*Orzeczenie Broniowski v. Polska, 22.6.2004 r.,
Wielka Izba, skarga nr 31443/96, § 182.*

Prawo do wolnych wyborów (art. 3 Protokołu nr 1)

Stabilność i skuteczność systemu demokratycznego może wymagać konkretnych środków jego ochrony. Trybunał zgadza się z ideą demokracji zdolnej do obrony. Pluralizm i demokracja oparte są na kompromisie wymagającym koncesji ze strony jednostek, często zmuszonych do akceptacji ograniczeń niektórych ich wolności ze względu na potrzebę zagwarantowania większej stabilizacji w kraju.

*Orzeczenie Ždanoka v. Łotwa, 17.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 58278/00, § 80.*

Państwo usprawiedliwiający ingerencję zasadą demokracji zdolnej do obrony musi starannie rozważyć jej zakres i skutki.

*Orzeczenie Ždanoka v. Łotwa, 17.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 58278/00, § 80.*

Ingerencję w prawa wynikające z art. 3 Protokołu nr 1 mogą usprawiedliwiać jedynie potrzeby społeczeństwa demokratycznego. Należy je interpretować w świetle zasady skuteczności praw wpisanej w cały system Konwencji.

*Orzeczenie Ždanoka v. Łotwa, 17.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 58278/00, § 82.*

Doświadczenie polityczne państw Konwencji wskazuje, że w przeszłości partie polityczne o celach sprzecznych z podstawowymi zasadami demokracji nie ujawniały ich w oficjalnych tekstach aż do chwili objęcia władzy. Nie można więc wykluczyć, iż program polityczny partii ukrywa cele i zamiary odmienne od publicznie głoszonych. Należy więc porównać jego treść z działaniami i postawami członków i działaczy.

*Orzeczenie Ždanoka v. Łotwa, 17.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 58278/00, § 91.*

Wylimowanie z władzy ustawodawczej osób pełniących funkcje w organizacji kierującej starym reżimem, aktywnie popierających próby obalenia nowego systemu, może być rozwiązaniem uprawnionym i uczciwym, bez konieczności oceny indywidualnego zachowania konkretnego działacza. Taki środek jest całkowicie zgodny z ideą demokracji zdolnej do obrony. Jednak z upływem pewnego czasu nie wystarcza.

*Orzeczenie Ždanoka v. Łotwa, 17.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 58278/00, § 92.*

Osoba lub stowarzyszenie może dążyć do zmiany prawa lub nawet struktur prawnych lub konstytucyjnych państwa, pod warunkiem że użyte środki są legalne i demokratyczne, a proponowane zmiany zgodne z podstawowymi zasadami demokracji.

*Orzeczenie Ždanoka v. Łotwa, 17.6.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 58278/00, § 98.*

Art. 3 Protokołu nr 1 ma zastosowanie wyłącznie do „wyborów ciała ustawodawczego”. Wybory prezydenckie nie mogą być interpretowane jako objęte tym terminem.

*Decyzja Guliyev v. Azerbajdżan, 27.5.2004 r.,
Izba (Sekcja) I, skarga nr 35584/02.*

Skargi indywidualne (art. 34)

Skarżący, członkowie stowarzyszenia przeciwników budowy tamy, brali udział w procedurze krajowej wyłącznie za jego pośrednictwem. Pojęcie «pokrzywdzony» powinno podlegać ewoluującej interpretacji z uwzględnieniem współczesnych warunków. Stowarzyszenie miało na celu obronę przed sądami interesów swoich członków – pokrzywdzonych budową tamy. Tak więc członków stowarzyszenia można było uznać za pokrzywdzonych zarzuconymi naruszeniami, którzy wykorzystali – za pośrednictwem stowarzyszenia – krajowe środki prawne.

*Orzeczenie Gorraiz Lizarraga i inni v. Hiszpania, 27.4.2004 r.,
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 62543/00, § 38–39*

– dot. dopuszczalności skargi mieszkańców wsi zatopionej w związku z budową tamy.

Wymogi dopuszczalności (art. 35)

Jeśli środek prawny uznany za skuteczny został wykorzystany, nie trzeba sięgać po inny środek prowadzący praktycznie do tego samego rezultatu.

Decyzja Moreira Barbosa v. Portugalia, 29.4.2004 r., Izba (Sekcja) III, skarga nr 65681/01.

Zasada sześciu miesięcy wyraża wolę państw niekwestionowania w nieskończoność starych decyzji i służy nie tylko interesom rządów, ale również bezpieczeństwu prawnemu. Podkreśla czasowe ograniczenie kontroli Trybunału oraz wskazuje jednostkom i władzom okres jej obowiązywania. Trybunał nie może więc odstąpić od zasady sześciu miesięcy tylko dlatego, że rząd nie złożył zastrzeżenia w tym zakresie (*decyzja Walker v. Wielka Brytania, skarga nr 34979/97, CEDH 2000-I*).

Orzeczenie Belausof i inni v. Grecja, 27.5.2004 r., Izba (Sekcja) I, skarga nr 66296/01, § 38.

W razie braku środków prawnych lub w razie uznania ich za nieskuteczne termin sześciu miesięcy biegnie w zasadzie od daty kwestionowanego czynu. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy skarżący najpierw sięga po środek prawny, a dopiero później dowiaduje lub powinien dowiedzieć się o okolicznościach powodujących jego nieskuteczność. W takim wypadku okres sześciu miesięcy można obliczać od tego właśnie momentu.

Orzeczenie Dogan i inni v. Turcja, 29.6.2004 r., Izba (Sekcja) III, skargi nr 8803-8811/02, 8813/02 i 8815-8819/02, § 113.

Art. 35 ust. 3

Skargę można w zasadzie odrzucić jako nadużycie prawa do skargi, tylko gdy oparta jest świadomie na nieprawdziwych faktach. W tej sprawie nie można było tolerować zarzutów przekraczających granice normalnego krytycyzmu i obraźliwych. Nawet, gdyby przyjąć, że dały się uzasadnić, zachowanie skarżącego było sprzeczne z prawem do skargi indywidualnej.

Decyzja Rehak v. Czechy, 18.5.2004 r., Izba (Sekcja) II, skarga nr 67208/01

– dot. zniestrławiających oskarżeń wobec kancelarii i sędziów Trybunału w korespondencji związanej ze skargą i decyzją o jej odrzuceniu.

Rozpatrywanie skarg i procedura polubownego załatwiania (art. 38)

Postępowanie na podstawie Konwencji nie we wszystkich sprawach wymaga rygorystycznego stosowania zasady *affirmanti incumbit probatio* (osoba, która stawia zarzut, musi go udowodnić). Ogromne znaczenie dla skutecznego działania systemu skarg indywidualnych na podstawie art. 34 Konwencji ma zapewnienie przez państwo wszystkich niezbędnych ułatwień umożliwiających właściwe i skuteczne badanie skarg. W postępowaniu dotyczącym zarzutów przeciwko funkcjonariuszom państwa o naruszenie ich praw wynikających z Konwencji, w pewnych sytuacjach jedynie rząd ma dostęp do informacji umożliwiających ich potwierdzenie lub odrzucenie. Odmowa przedstawienia przez władze bez przekonującego

wyjaśnienia posiadanych informacji nie tylko pozwala wyciągnąć z tego faktu samodzielne wnioski co do podstaw zarzutów skargi, może być również podstawą negatywnej oceny stopnia podporządkowania się przez państwo obowiązkom wynikającym z art. 38 § 1 (a) Konwencji. Dotyczy to również zwłoki ze strony państwa utrudniającej ustalenia faktyczne.

Orzeczenie Ahmet Ozkan i inni v. Turcja, 6.4.2004 r., Izba (Sekcja) II, skarga nr 21689/93, § 426.

Moc obowiązująca i wykonanie wyroków (art. 46)

Wykonanie orzeczenia Trybunału wymagało zwolnienia z aresztu bezprawnie uwięzionego skarżącego w najwcześniejszym możliwym terminie.

Orzeczenie Assanidze v. Gruzja, 8.4.2004 r., Wielka Izba, skarga nr 71503/01, s. 202.

Jeśli do skazania pod nieobecność doszło mimo istnienia potencjalnego zamachu na prawo udziału oskarżonego w procesie, najwłaściwszym sposobem naprawienia tego naruszenia jest wznowienie postępowania w odpowiednim czasie z poszanowaniem wymagań art. 6 Konwencji (*mutatis mutandis* Gençel v. Turcja, orzeczenie z 23 października 2003 r., skarga nr 53431/99; Tahir Duran v. Turcja, 29 stycznia 2004 r., skarga nr 40997/98).

Orzeczenie Somogyi v. Włochy, 18.5.2004 r., Izba (Sekcja) II, skarga nr 67972/01, § 86.

Trybunał powinien ułatwić jak najszybsze i skuteczne naprawienie braków stwierdzonych w krajowym systemie ochrony praw człowieka. Po ujawnieniu takiego defektu władze krajowe – działając pod nadzorem Komitetu Ministrów – mają obowiązek podjąć – w razie potrzeby z mocą wsteczną – konieczne środki naprawcze zgodnie z subsydiarnym charakterem Konwencji, aby Trybunał nie musiał później powtarzać tych samych ustaleń w długiej serii porównywalnych spraw.

Orzeczenie Broniowski v. Polska, 22.6.2004 r., Wielka Izba, skarga nr 31443/96, § 192.

Na podstawie art. 46 państwa zobowiązały się do wykonywania pod nadzorem Komitetu Ministrów ostatecznych orzeczeń Trybunału w każdej sprawie, w której były stroną. Tak więc z orzeczenia stwierdzającego naruszenie wynika dla państwa obowiązek prawny nie tylko zapłaty właściwego zadośćuczynienia, ale również przyjęcia w swoim systemie prawnym, pod nadzorem Komitetu Ministrów, ogólnych lub – w razie potrzeby – indywidualnych środków prowadzących do zaprzestania naruszenia stwierdzonego przez Trybunał i naprawienia w miarę możliwości jego skutków. Z zastrzeżeniem nadzoru Komitetu Ministrów państwo może wybrać sposób wypełnienia tego obowiązku, pod warunkiem iż jest zgodny z treścią orzeczenia Trybunału.

Orzeczenie Broniowski v. Polska, 22.6.2004 r., Wielka Izba, skarga nr 31443/96, § 192.

Ochrona cudzoziemców przed wydaleniem na podstawie art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Polska ratyfikowała Europejską Konwencję Praw Człowieka¹ 19 stycznia 1993 roku i zobowiązała się do przestrzegania i zagwarantowania zawartych w niej praw. Miejsce Konwencji w polskim systemie prawa określiła Konstytucja RP z 1997 roku, uznając w art. 87, iż ratyfikowane umowy międzynarodowe są źródłami powszechnie obowiązującego prawa i przyznając tym umowom określone miejsce w polskim systemie prawa. I tak Konwencja poprzez regulacje konstytucyjne jest źródłem prawa, które może być bezpośrednio stosowane². Ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy nie da się pogodzić z Konwencją³.

Konwencja gwarantuje każdej osobie znajdującej się w zakresie jurysdykcji państwa-strony Konwencji prawa w niej zawarte⁴. Termin „każdy” oznacza, że leżący po stronie państwa obowiązek zagwarantowania przestrzegania praw zawartych w Konwencji dotyczy nie tylko obywateli państwa-strony, lecz pozwala objąć ochroną każdą osobę, wobec której choćby na krótki czas prawo danego państwa reguluje określone sytuacje faktyczne, w których znajduje się ta osoba. Jednym z praw, wpływających na kwestie regulacji pobytu cudzoziemców w danym kraju, jest art. 8 Konwencji, który gwarantuje cudzoziemcom znajdującym się w zakresie jurysdykcji państwa sygnatariusza prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego⁵. Artykuł 8 przyznaje prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego wszystkim cudzoziemcom znajdującym się w zakresie jurysdykcji danego państwa, niezależnie od tego, czy są oni w danym kraju legalnie, czy nielegalnie.

¹ Dalej w tekście będzie używany termin Konwencja dla określenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

² Art. 87 Konstytucji.

³ Art. 91 ust. 3 Konstytucji.

⁴ Art. 1 Konwencji: „Wysokie Układające się Strony zapewniają każdej osobie, podlegającej ich jurysdykcji, prawa i wolności określone w rozdziale I niniejszej Konwencji”.

⁵ Art. 8.1. Konwencji: „Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia rodzinnego i prywatnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”.

Z orzecznictwa organów Konwencji wynika, iż każde państwo ma prawo do kontroli przepływu cudzoziemców i Konwencja nie nakłada na państwa ogólnego obowiązku zapewnienia cudzoziemcom prawa do wjazdu na swoje terytorium, pobytu na nim w celu pozostania czy połączenia z przebywającą tam rodziną. W każdej jednak sytuacji państwo ma obowiązek poszanowania prawa do życia rodzinnego. Może on obejmować konieczność zapewnienia odpowiednich regulacji prawnych, niezbędnych do poszanowania tego prawa⁶, jak również w przypadku gdy państwo ingeruje w to prawo, do zastosowania środków proporcjonalnych w stosunku do celu, któremu mają one służyć⁷. Chociaż najważniejszym elementem art. 8 jest ochrona jednostki przed arbitralnymi ingerencjami władz publicznych, mogą poza tym istnieć pozytywne obowiązki, nieodłączne od skutecznego poszanowania życia prywatnego lub rodzinnego. Granica pomiędzy pozytywnymi i negatywnymi obowiązkami państwa, na podstawie tego przepisu, nie zawsze daje się pozytywnie zdefiniować. Zasady są jednak podobne. W obu przypadkach należy szukać rzetelnej równowagi między konkurującymi ze sobą interesami jednostki i społeczności jako całości. Państwo korzysta z pewnego marginesu swobody oceny⁸.

Polska jest krajem, który w coraz większym stopniu staje się atrakcyjny dla cudzoziemców. Mimo że nadal jest krajem tranzytowym dla cudzoziemców, dla których celem podróży jest Europa Zachodnia, to gwarancje prawne, poprawa warunków materialnych i perspektywy wynikające z przystąpienia Polski do Unii Europejskiej powodują, że zwiększa się liczba cudzoziemców decydujących się na pozostanie w naszym kraju. W wielu przypadkach w Polsce koncentruje się życie prywatne i rodzinne cudzoziemców. Dlatego też kwestia ochrony życia rodzinnego, pojawiająca się głównie w sprawach deportacyjnych, rodzi najwięcej problemów interpretacyjnych w orzecznictwie polskich organów administracyjnych, szczególnie gdy chodzi o związki rodzinne nieuregulowane prawnie.

Jednym z głównych powodów pozostawiania cudzoziemców w związkach nieformalnych jest niemożność uzyskania dokumentów, które według ustawy Prawo o Aktach Stanu Cywilnego są wymagane do zawarcia małżeństwa. Wielu cudzoziemców nie posiada żadnych dokumentów. Wielu nie wie o możliwości zwrócenia się do sądu rodzinnego o zwolnienie z obowiązku przedstawienia takich dokumentów, jeżeli napotyka to na trudne do przewyżczenia przeszkody.

Powstaje zatem sytuacja, w której w określonych przypadkach nie można wydalic cudzoziemca, gdyż ze względu na życie rodzinne stanowiłoby to naruszenie art. 8 Konwencji.

W niniejszym opracowaniu przedstawiona zostanie definicja życia rodzinnego, orzecznictwo Trybunału w sprawach dotyczących odmowy wjazdu, pobytu i deportacji cudzo-

8.2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

⁶ Wynika to z treści art. 8 ust. 1 Konwencji, np. orzeczenie w sprawie *Johnston przeciwko Irlandii* z 18 grudnia 1986 r. nr 9697/82.

⁷ Kwestie te uregulowane są w § 2 art. 8 Konwencji.

⁸ Orzeczenie w sprawie *X, Y i Z przeciwko Wielkiej Brytanii* z 27 czerwca 1995 r. nr 21830/93, M. A. Nowicki, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1997* (część I), Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Ośrodek Informacji Rady Europy, Biuletyn nr 3, 1997 r. s. 84.

ziemców oraz ustawodawstwo polskie i orzecznictwo polskich organów administracyjnych i sądowych.

I. Definicja życia rodzinnego

W swoich orzeczeniach organy Konwencji – Komisja i Trybunał wielokrotnie rozstrzygały sprawy z zakresu art. 8 dotyczące prawa do życia rodzinnego, w których definiowały pojęcie życia rodzinnego. Życie rodzinne należy rozumieć w zależności od kontekstu kulturalnego, z którym ma się w danym przypadku do czynienia.

Kwestia życia rodzinnego nie dotyczy tylko związków opartych na małżeństwie. W zakres tego pojęcia wchodzi także inne relacje osobiste, takie jak związki nieformalne (konkubiny) oraz związki pomiędzy rodzicami i dziećmi.

Komisja i Trybunał wielokrotnie podkreślali, że życie rodzinne opiera się na więzach faktycznych, na pewnej rzeczywistej sytuacji społecznej, a nie na statusie prawnym⁹, dlatego nie można ograniczać grupy osób chronionych na podstawie art. 8 tylko do związków małżeńskich.

Trybunał wielokrotnie wypowiadał się na temat okoliczności, które należałoby wziąć pod uwagę przy ocenie istnienia życia rodzinnego. Są to między innymi:

1. rodzaj kontaktów pomiędzy członkami rodziny¹⁰,
2. fakt wspólnego zamieszkiwania¹¹,
3. długość okresu wspólnego zamieszkiwania¹²,
4. przejawianie wzajemnego przywiązania, zainteresowania, zależności¹³,
5. posiadanie dzieci¹⁴.

Biorąc pod uwagę kwestię rodzaju kontaktów pomiędzy członkami rodziny, Trybunał uznał wielokrotnie, że życie rodzinne istnieje nawet w sytuacji, w której członkowie rodziny nie mieszkają razem. Przejawia się wtedy np. poprzez regularne kontakty między członkami rodziny i pewien stopień zależności między nimi¹⁵. Pozostawanie w kontakcie i organi-

⁹ Orzeczenie w sprawie Keegan przeciwko Irlandii z 26 maja 1994 r. nr 16969/90, orzeczenie w sprawie Kroon i inni przeciwko Holandii z 27 października 1994 r. nr 18535/91, orzeczenie w sprawie Olsson przeciwko Szwecji z 24 marca 1988 r. nr 10465/83, orzeczenie w sprawie Eriksson przeciwko Szwecji z 26 czerwca 1989 r. nr 11373/85, orzeczenie w sprawie X, Y, Z przeciwko Wielkiej Brytanii z 27 czerwca 1997 r. nr 21830/93, orzeczenie w sprawie AL-Nashif przeciwko Bułgarii z 20 czerwca 2002 r. nr 50963/99.

¹⁰ Np. orzeczenie w sprawie Berrehab przeciwko Holandii z 21 czerwca 1988 r. nr 10730/84.

¹¹ Np. orzeczenia w sprawach X, Y, Z przeciwko Wielkiej Brytanii z 27 czerwca 1997 r. nr 21830/93, Al-Nashif przeciwko Bułgarii z 20 czerwca 2002 r. nr 50963/99.

¹² *Ibidem*.

¹³ Np. powoływane powyżej orzeczenia w sprawach X, Y, Z przeciwko Wielkiej Brytanii z 27 czerwca 1997 r. nr 21830/93, sprawie Keegan przeciwko Irlandii z 26 maja 1994 r. nr 16969/90, orzeczenie w sprawie Kroon i inni przeciwko Holandii z 27 października 1994 r. nr 18535/91.

¹⁴ Np. X, Y, Z przeciwko Wielkiej Brytanii z 27 czerwca 1997 r. nr 21830/93, Al-Nashif przeciwko Bułgarii z 20 czerwca 2002 r. nr 50963/99.

¹⁵ Orzeczenie w sprawie Berrehab przeciwko Holandii z 21 czerwca 1988 r. nr 10730/84, za M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, wyd. II Zakamycze 2002, s. 267.

zowanie spotkań pomiędzy członkami rodziny wystarcza do stwierdzenia, że życie rodzinne jest utrzymywane i kontynuowane¹⁶. W sprawie matki, która została na skutek restrykcji pozbawiona możliwości normalnych kontaktów z synem przebywającym w zakładzie opiekuńczym, m.in. możliwości prowadzenia korespondencji, porozumiewania się przez telefon i odwiedzin, Trybunał stwierdził naruszenie dyspozycji art. 8 Konwencji. Według Trybunału porozumiewanie się przez telefon mieści się w zakresie pojęcia życia rodzinnego¹⁷. Pojęcie życia rodzinnego obejmuje również prawo do połączenia się z członkami rodziny żyjącymi osobno¹⁸ i zapewnienie rodzicom możliwości podjęcia odpowiednich środków w celu połączenia się z dziećmi¹⁹.

Ochrona obejmuje również projektowane życie rodzinne. Nie znaczy to, że w każdym przypadku zamiar prowadzenia życia rodzinnego wymaga ochrony na podstawie Konwencji. Może być tak jednak, w sytuacji gdy para w swoim przekonaniu jest małżeństwem i żyła ze sobą lub chce żyć ze sobą i zawrzeć związek małżeński²⁰.

Szczególna sytuacja dotyczy relacji łączących dzieci i rodziców. Dzieci stanowią ze swoimi rodzicami rodzinę od dnia urodzenia. Więzy biologiczna między dzieckiem a matką z zasady stanowi życie rodzinne w rozumieniu art. 8 Konwencji. Więzy rodzinne między rodzicami i dziećmi istnieją nawet w sytuacji, gdy rodziców nie łączą żadne więzy emocjonalne, a także wtedy, gdy dzieci nie mieszkają razem z rodzicami i objęte są opieką publiczną²¹. Trybunał podkreślił, że liczą się więzy faktyczne, a nie prawne i dziecko urodzone w związku faktycznym staje się członkiem rodziny od momentu urodzenia i przez sam fakt swojego urodzenia²². Z art. 8 nie wynika jednakże przyznanie pierwszeństwa któremukolwiek z rodziców w przypadku określania opieki nad dzieckiem. Z treści tego artykułu wynika prawo do dostępu do dzieci w przypadku istnienia rzeczywistych więzów pomiędzy dziećmi a rodzicami, którym odebrano prawa do opieki.

Istotne jest również zbadanie stopnia zależności osoby od rodziców i innych członków rodziny. Osiągnięcie pełnoletności nie zawsze oznacza, że życie rodzinne ukształtowane w przeszłości nie wymaga ochrony²³.

¹⁶ Orzeczenie w sprawie Gül przeciwko Szwajcarii z 19 lutego 1996 r. nr 23218/94, M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka, Orzecznictwo*, t. 2, Zakamycze 2002, s. 887.

¹⁷ Orzeczenia w sprawie Margareta i Roger Andersson przeciwko Szwecji z 25 lutego 1992 r. nr 12963/87, M. A. Nowicki, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1991–1993*, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Ośrodek Informacji Rady Europy, Biuletyn: Wydanie specjalne 2/1994 s. 95, również powołane powyżej orzeczenia w sprawie Olsson przeciwko Szwecji z 24 marca 1988 r. nr 10465/83, Eriksson przeciwko Szwecji z 26 czerwca 1989 r. nr 11373/85.

¹⁸ Margareta i Roger Andresson przeciwko Szwecji z 25 lutego 1992 r. nr 12963/87.

¹⁹ Olsson przeciwko Szwecji z 24 marca 1988 r. nr 10465/83.

²⁰ Orzeczenie w sprawie Abdulaziz, Cabalez i Balkandali przeciwko Wielkiej Brytanii z 28 maja 1985 r. nr 9214/80, 9473/81 i 9474/81, M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka, Orzecznictwo*, t. 2, Zakamycze 2002, s. 595; P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 517.

²¹ Keegan przeciwko Irlandii z 26 maja 1994 r. nr 16969/90, orzeczenie w sprawie Kroon i inni przeciwko Holandii z 27 października 1994 r. nr 18535/91.

²² Keegan przeciwko Irlandii z 26 maja 1994 r. nr 16969/90, orzeczenie w sprawie Kroon i inni przeciwko Holandii z 27 października 1994 r. nr 18535/91.

²³ Orzeczenie w sprawie X przeciwko Holandii 1449/62, orzeczenie w sprawie X przeciwko Republice Federalnej Niemiec niepublikowane nr 9253/81, orzeczenie w sprawie X przeciwko Szwecji

Według Komisji i Trybunału sam fakt istnienia relacji rodzinnych nie jest wystarczający aby stwierdzić, że mamy do czynienia z życiem rodzinnym w rozumieniu art. 8. Relacje te powinny być określone przez pewien stopień zażyłości. Członków rodziny powinny łączyć autentyczne więzi.

Fakt zawarcia małżeństwa czy urodzenie dzieci w trakcie trwania małżeństwa ustanawia domniemanie życia rodzinnego, dopuszczające jednakże dowód przeciwny. W takich sytuacjach aby stwierdzić, że życie rodzinne nie istnieje, należy wykazać, że brak jest więzi rodzinnych i jest to oczywiste i udowodnione²⁴. W innych przypadkach decydują okoliczności faktyczne sprawy, np. wspólne zamieszkiwanie. Długotrwały i dobrowolny brak kontaktów pomiędzy członkami rodziny tworzy domniemanie, że osób branych pod uwagę nie wiążą bliskie więzy rodzinne. W takiej sytuacji należy zbadać, czy rozluźnienie więzi rodzinnych świadczy że faktycznie zostały one zerwane²⁵.

II. Ochrona życia rodzinnego a wydalenie cudzoziemców

Wydalenie cudzoziemców z krajów, w których żyją członkowie ich rodzin, stanowi ingerencję w prawo do życia rodzinnego. Każda ingerencja w to prawo musi być zgodna z treścią art. 8 ust. 2 Konwencji. Trybunał jednak wielokrotnie podkreślał, że Konwencja nie gwarantuje każdemu prawa do wjazdu i przebywania na terytorium danego państwa, lecz polityka migracyjna państw-stron Konwencji musi być zgodna z obowiązkami wynikającymi z Konwencji²⁶.

Z treści art. 8 § 2 wynika, że każda interwencja w prawo do ochrony życia rodzinnego, czyli również interwencja polegająca na odmowie wjazdu cudzoziemcowi na terytorium danego kraju czy wydaleniu cudzoziemca, musi być:

1. określona przez prawo,
2. konieczna w demokratycznym społeczeństwie,
3. podjęta w celu ochrony bezpieczeństwa państwa, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, ochrony porządku i zapobieganiu przestępstwom, ochronny zdrowia i moralności lub ochrony praw i wolności innych osób.

Określenie powyższych warunków wskazuje, że państwa nie mogą swobodnie decydować o wydalaniu cudzoziemców przebywających na ich terytorium, lecz każda ingerencja, w sytuacji w której narusza istniejące życie rodzinne, musi spełniać wymogi paragrafu 2 art. 8 Konwencji.

172/56, orzeczenie w sprawie X przeciwko Wielkiej Brytanii, niepublikowane nr 8157/78, orzeczenie w sprawie X i Y przeciwko Wielkiej Brytanii nr 9369/81, P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 506, 508.

²⁴ Marcx przeciwko Belgii z 13 czerwca 1979 r. nr 6833/74, P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 507.

²⁵ Orzeczenie w sprawie Moustaquim przeciwko Belgii z 18 lutego 1991 r. nr 12313/86, P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 507.

²⁶ P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 507.

Nie oznacza to jednak z drugiej strony, iż na państwach ciąży ogólny obowiązek poszanowania wyboru przez członków rodziny miejsca zamieszkania. Trybunał wielokrotnie podkreślał, iż każde państwo ma prawo do regulowania kwestii związanych z wjazdem cudzoziemców na jego terytorium, pobytem oraz wyjazdem. Deportacja cudzoziemca, jeżeli jest zgodna z dyspozycją art. 8 ust. 2 Konwencji, nie stanowi naruszenia prawa do życia rodzinnego²⁷.

Biorąc pod uwagę treść art. 8, w każdym indywidualnym przypadku, w którym rozpatruje się kwestie deportacji cudzoziemca z kraju, w którym przebywają członkowie jego rodziny, należy rozpatrzyć następujące okoliczności:

1. Czy w danym konkretnym przypadku istnieje życie rodzinne – należy zbadać, czy relacje wiążące określone osoby są na tyle silne, że osoby te stanowią rodzinę w rozumieniu art. 8. Przy badaniu istnienia życia rodzinnego organy państwa powinny zbadać, czy zachodzą opisane powyżej okoliczności świadczące o istnieniu życia rodzinnego.

2. Czy działanie władz państwowych stanowiło ingerencję w życie rodzinne – odmowa wjazdu do danego kraju, zobowiązanie cudzoziemca do opuszczenia kraju lub wydalenie go z jego terytorium w przypadku stwierdzenia istnienia życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 Konwencji stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia rodzinnego.

3. Czy ingerencja ta była zgodna z prawem – w przypadku kwestii związanych z wydalaniem cudzoziemca decyzja o wydaleniu musi mieć oparcie w ustawodawstwie danego kraju. Cudzoziemiec w każdym przypadku powinien mieć możliwość odwołania się od takiej decyzji. Postępowanie powinno być w pewnym chociaż stopniu kontrydiktoryjne²⁸.

4. Czy ingerencja ta była konieczna w demokratycznym społeczeństwie, czyli proporcjonalna do celu, któremu miała służyć. Organy podejmujące decyzję o podjęciu ingerencji muszą zbadać, czy ingerencja ta będzie proporcjonalna do celu, który ma osiągnąć.

W każdej więc sytuacji organ administracji powinien dokonać ważenia interesów wchodzących w grę. W szczególności duże znaczenie ma fakt, czy istota prawa zostanie naruszona. Im bardziej istota prawa może zostać naruszona, tym bardziej uzasadniony ma być cel ingerencji. Proporcjonalność ingerencji polega na tym, iż organ państwowy podejmujący decyzję powinien orzec środek wystarczający do osiągnięcia celu. Wydalenie cudzoziemca mającego rodzinę w danym państwie powinno być środkiem najbardziej surowym i w każdej sytuacji należy zbadać, czy jest możliwość osiągnięcia celu poprzez zastosowanie środka łagodniejszego, który byłby wystarczający. Deportacja jest w takich przypadkach środkiem drastycznym i powinna być zawsze środkiem ostatecznym. W każdej sytuacji organ państwa powinien zbadać szereg okoliczności mających wpływ na to, czy życie rodzinne może istnieć, jeżeli cudzoziemiec zostanie wydany do innego kraju, w szczególności, czy członek rodziny ma możliwość opuszczenia danego kraju wraz z osobą wydaną i czy racjonalne jest wymaganie podjęcia przez niego takich kroków²⁹.

²⁷ Orzeczenie w sprawie Moustakim przeciwko Belgii z 18 lutego 1991 r. nr 12313/86, Beldjoudi przeciwko Francji z 26 marca 1992 r. nr 12083/86, Bouchelkia przeciwko Francji z 29 stycznia 1997 r. nr 23078/93, Berrehab przeciwko Holandii z 21 czerwca 1988 r. nr 10730/84, M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka, Orzecznictwo*, t. 2, Zakamycze 2002 s. 880, 883, 902.

²⁸ Al-Nashif przeciwko Bułgarii 20 czerwca 2002 r. nr 50963/99.

²⁹ Orzeczenie w Prawie Agee przeciwko Wielkiej Brytanii nr 7729/76 P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 516.

W sprawach dotyczących życia rodzinnego Trybunał orzekał wielokrotnie, że ciężar dowodu, iż ingerencja w to prawo i stopień tej interwencji był konieczny w demokratycznym społeczeństwie, leży po stronie państwa³⁰.

Według Trybunału Praw Człowieka okoliczności, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie czy interwencja w życie rodzinne stanowi naruszenie art. 8 § 2, mogą być następujące:

– stopień, w jakim życie rodzinne ulegnie przerwaniu³¹. Należy zbadać, czy wjazd lub pobyt na terytorium danego kraju jest jedyną możliwością istnienia życia rodzinnego³²,

– czas zamieszkiwania określonej osoby na terytorium danego kraju. W przypadku gdy osoby brane pod uwagę zamieszkiwały przez długi czas na terytorium danego kraju i założyły tam rodzinę, należy zaakceptować fakt, że członkowie rodziny mają dobre powody aby nie chcieć przenieść życia rodzinnego do innego kraju³³,

– silne więzy łączące osobę aplikującą o prawo do wjazdu lub kwestionującą decyzję o wydaleniu z danego kraju (szczególnie było to widoczne w orzeczeniach dotyczących tzw. imigrantów drugiej generacji)³⁴. W takiej sytuacji należy zbadać długość pobytu na terytorium danego kraju, siłę więzów z krajem pochodzenia i szkodliwe konsekwencje wydalenia (nieproporcjonalnie szkodliwy efekt wydalenia cudzoziemca),

– przeszkody nie do przewyciężenia, które nie pozwalają przenieść życia rodzinnego do kraju pochodzenia jednego z małżonków³⁵. Należy wykazać, że istnieją przeszkody w przeniesieniu życia rodzinnego do kraju pochodzenia małżonka, np. świadomość ryzyka, że małżonek lub inny członek rodziny nie otrzyma prawa do pobytu na terytorium danego kraju. Taka sytuacja może jednak nie stanowić uzasadnienia w rozumieniu art. 8 § 2³⁶,

– więzi łączące małżonka osoby deportowanej z krajem pochodzenia tej osoby. W sytuacji, w której małżonka nie wiąże nic z krajem pochodzenia drugiego małżonka, poza zawarciem związku małżeńskiego, nie mówi językiem ojczystym małżonka, w kraju tym panują inne zasady, obyczaje, itd.³⁷,

– ekonomiczne konsekwencje przeniesienia życia rodzinnego do innego kraju³⁸ oraz warunki w kraju pochodzenia małżonka, niepozwalające przenieść życia rodzinnego do tego kraju, np. groźba naruszenia art. 3 Konwencji³⁹,

³⁰ Np. Margareta i Roger Andersson przeciwko Szwecji z 25 lutego 1992 r. nr 12963/87, Keegan przeciwko Irlandii z 26 maja 1994 r. nr 16969/90.

³¹ X, Y i Z przeciwko Wielkiej Brytanii z 22 kwietnia 1997 r. nr 21830/93.

³² Gül przeciwko Szwajcarii z 19 lutego 1996 r. nr 23218/94.

³³ X, Y, Z przeciwko Wielkiej Brytanii z 22 kwietnia 1997 r. nr 23218/93.

³⁴ Moustaqim przeciwko Belgii z 18 lutego 1991 r. nr 12313/86, Beldjoudi przeciwko Francji z 26 marca 1993 r. nr 12083/86.

³⁵ X, Y i Z przeciwko Wielkiej Brytanii z 22 kwietnia 1997 r. nr 21830/93, Boultif przeciwko Szwajcarii z 2 sierpnia 2001 r. nr 54273/00.

³⁶ X przeciwko Belgii, nr 312/57 za P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 519.

³⁷ Boultif przeciwko Szwajcarii z 2 sierpnia 2001 r. nr 54273/00.

³⁸ X i Y przeciwko Wielkiej Brytanii nr 5269/7, za P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 519.

³⁹ X przeciwko Szwajcarii, nr 8061/77, orzeczenie niepublikowane, za P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 518.

– dzieci powinny mieć możliwość przyjazdu do kraju, w którym mieszkają rodzice, a nie odwrotnie⁴⁰, jak również, według Trybunału, poza szczególnymi okolicznościami, deportacja rodzica, oznaczająca konieczność wyjazdu dzieci mających prawo do pozostania w państwie wydającym, nie rodzi problemu na tle Konwencji⁴¹.

Są to przykładowe okoliczności, które powinny zostać zbadane przy podejmowaniu decyzji, których skutkiem będzie ingerencja w życie rodzinne cudzoziemca. W każdym jednak wypadku państwa-strony Konwencji powinny brać pod uwagę szczególne okoliczności rozpatrywanej sprawy⁴².

Przy ustalaniu proporcjonalności ingerencji w życie rodzinne należy brać pod uwagę czyny popełnione przez cudzoziemca, w szczególności:

- naruszenie prawa imigracyjnego,
- popełnienie poważnych lub powtarzających się przestępstw przemawiających za wydalaniem,
- charakter popełnionych czynów,
- surowość orzeczonych kar.

Poglądy na temat potrzeby interwencji w życie rodzinne różnią się w zależności od państwa, tradycji związanych z rolą rodziny czy stopnia ingerencji państwa w życie rodziny, możliwości podjęcia przez państwo kroków w tej sferze.

5. Czy ingerencja ta spowodowana była koniecznością ochrony dóbr określonych w paragrafie 2 art. 8 Konwencji. Trybunał przyznał, że państwa mają bardzo dużą swobodę oceny, czy konieczne są ograniczenia ze względu na ochronę dóbr określonych w § 2. W szczególności dotyczy to prawa państwa do prowadzenia określonej polityki migracyjnej wynikającej z prawa międzynarodowego czy międzynarodowych umów i zobowiązań wobec innych państw.

III. Polskie prawo i orzecznictwo polskich organów administracyjnych i sądowych

Na każdym państwie-stronie Konwencji ciążyą pozytywne obowiązki zagwarantowania poszanowania życia rodzinnego. Jednakże, jak zostało już powyżej wskazane, każde państwo ma prawo do prowadzenia własnej polityki migracyjnej i do decydowania o wjeździe, pobycie i wydalaniu cudzoziemców z własnego terytorium. Państwo, które zobowiązało się do przestrzegania postanowień Konwencji, musi określić swoją politykę migracyjną zgodnie z podjętymi zobowiązaniami.

W chwili obecnej w Polsce obowiązują dwie ustawy regulujące kwestie związane z wjazdem, pobycem i wydalaniem cudzoziemców: Ustawa o cudzoziemcach⁴³ i regulująca

⁴⁰ Alam, Kahn i Singh przeciwko Wielkiej Brytanii nr 2991/66 i 2992/66, za P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the Convention on Human Rights*, 1998 Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands s. 518.

⁴¹ Raport Fadele przeciwko Wielkiej Brytanii z 4 lipca 1991 r. nr 13078/87, Sorabjee i Jaramillo przeciwko Wielkiej Brytanii 23 października 1995 r. nr 23938/94 i 24865/94.

⁴² Abdulaziz, Calbalez i Balkandali przeciwko Wielkiej Brytanii z 28 maja 1985 r. nr 9214/80, 9473/81, 9474/81.

⁴³ Ustawa z 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, Dz.U. z 2003 r. Nr 128, poz. 1175.

szczegółowe kwestie związane z ochroną cudzoziemców Ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁴. Niniejsze ustawy zastąpiły obowiązującą od 1997 r. (znowelizowaną w 2001 r.) ustawę o cudzoziemcach⁴⁵.

Badanie kwestii ochrony życia rodzinnego w sprawach związanych z regulacją wjazdu, pobytu i wydalania cudzoziemców z terytorium Polski należy skoncentrować na dwóch kwestiach.

Pierwszą jest zapewnienie przez państwo polskie odpowiednich regulacji prawnych chroniących życie rodzinne, a drugą – praktyka organów administracji i organów sądowych orzekających w sprawach cudzoziemców. W niniejszym opracowaniu ukazana zostanie praktyka organów administracyjnych, a orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego w ograniczonym zakresie, co wynikało z regulacji Ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym ograniczających prawo do rozpatrzenia przez Sąd skarg dotyczących spraw cudzoziemców będących w Polsce nielegalnie⁴⁶.

PRAWO

Powołane powyżej ustawy wprowadziły wiele pozytywnych rozwiązań gwarantujących ochronę życia rodzinnego przebywających w Polsce cudzoziemców, małżonków obywateli polskich, w porównaniu z regulacjami obowiązującymi poprzednio. W szczególności dotyczy to stworzenia korzystnych warunków do otrzymania przez takiego cudzoziemca zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony i zezwolenia na osiedlenie się⁴⁷. Wprowadzono również nową instytucję, jaką jest pobyt tolerowany, która w sposób znaczący poprawiła sytuację cudzoziemców, małżonków obywateli polskich⁴⁸. Nowa ustawa nie daje jednak wprost cudzoziemcom mającym rodziny w Polsce, którzy jednak nie zawarli związku małżeńskiego, możliwości uzyskania prawa do legalnego pobytu właśnie z tego powodu. Powstaje zatem sytuacja, w której w określonych przypadkach nie można wydalic cudzoziemca, gdyż ze względu na życie rodzinne stanowiłoby to naruszenie art. 8 Konwencji.

Należałoby zatem rozważyć możliwość znowelizowania instytucji pobytu tolerowanego poprzez bezpośrednie odwołanie do treści Konwencji oraz dopuszczenie możliwości udzielenia zgody na pobyt tolerowany na wniosek złożony przez cudzoziemca. Uprościłoby to znacznie postępowanie i przyczyniło się do większej jasności przepisów ustawy, co jest szczególnie pożądane w sytuacji, w której stronami postępowania są cudzoziemcy nieznający dobrze języka polskiego.

⁴⁴ Ustawa z 13 czerwca 2003 roku o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 2003 r. Nr 128, poz. 1176.

⁴⁵ Ustawa z 25 czerwca 1997 r. o cudzoziemcach, Dz.U. z 1998 r. Nr 115, poz. 739 z późn. zm.

⁴⁶ Zgodnie z art. 19 p. 5 Ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym NSA nie jest właściwy w sprawach „wiz i zezwoleń na przekroczenie przez cudzoziemców granicy państwa oraz zgód na ich wydalenie, zezwoleń na zamieszkanie na czas oznaczony, azylu i wydalania z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z wyjątkiem przypadków dotyczących cudzoziemców przebywających legalnie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

⁴⁷ Art. 53 ust. 1 pkt 6 oraz art. 64 ust. 1 pkt 3 Ustawy z 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, Dz.U. z 2003 r. Nr 128, poz. 1175.

⁴⁸ Art. 97 ust. 1 pkt 4 Ustawy z 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 2003 r. Nr 128, poz. 1176.

PRAKTYKA

Zmiana przepisów regulujących zasady udzielania zezwoleń na zamieszkanie na czas oznaczony cudzoziemcom, małżonkom obywateli polskich, ograniczyła uznaniowość decyzji wydawanych przez organy administracji. Wprowadzenie instytucji pobytu tolerowanego umożliwiło uzyskanie dokumentów zezwalających na legalny pobyt cudzoziemcom, małżonkom obywateli polskich, w sytuacji gdy nie spełniają oni przesłanek koniecznych do uzyskania zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. Regulacje te w znaczny sposób poprawiły sytuację opisywanej grupy cudzoziemców, w porównaniu z sytuacją istniejącą pod rządami poprzedniej ustawy, która przyznawała organom administracji możliwość decydowania w oparciu o zasadę uznania administracyjnego.

Zgodnie z treścią obowiązujących uprzednio przepisów organ administracji badający czy wydalenie cudzoziemca będzie stanowiło groźbę naruszenia postanowień Konwencji mógł w takiej sytuacji udzielić zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony.

W większości przypadków w wydawanych decyzjach organy administracji rozpatrując sprawę z zakresu art. 8 Konwencji koncentrowały się na fakcie naruszenia przez cudzoziemca prawa i porządku publicznego, nie badając w ogóle, lub w znikomym stopniu, istnienia życia rodzinnego i proporcjonalności zastosowanych środków w stosunku do celu, któremu miały służyć. W wielu decyzjach organ stwierdzał, odmawiając udzielenia przedmiotowego zezwolenia, iż cudzoziemiec nie przedstawił dowodów przemawiających za koniecznością udzielenia mu zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony⁴⁹, lub nie badał w ogóle kwestii istnienia życia rodzinnego w przypadku wydania decyzji o wydaleniu⁵⁰.

Fakt, iż organy administracji w nielicznych sprawach podejmowały się badania faktu istnienia życia rodzinnego oraz stopnia naruszenia życia rodzinnego poprzez ingerencję polegającą np. na wydaniu w konkretnej sprawie decyzji o wydaleniu cudzoziemca z terytorium Polski nie pozwala stwierdzić, że w przeważającej większości podejmowane decyzje nie naruszały dyspozycji art. 8 Konwencji⁵¹.

⁴⁹ Mimo że cudzoziemiec powołał się we wniosku na fakt zawarcia związku małżeńskiego lub postawienie w związku nieformalnym z obywatelem polskim. Decyzja Wojewody Dolnośląskiego z 22 kwietnia 2003 r. nr SOM.X.5141/1956/192/LG/2002. Podobnie m.in. decyzja Wojewody Mazowieckiego z 7 lipca 2003 r. nr WSO.P5141/18/2003.

⁵⁰ „Odnosząc się do argumentów Zainteresowanego zawartych w odwołaniu od decyzji Wojewody Mazowieckiego m.in., że: „Wydana decyzja nie uwzględnia również interesu naszego małoletniego dziecka, które wspólnie wychowujemy. Brak w uzasadnieniu wydanej decyzji jakiegokolwiek wzmianki na temat potencjalnych strat psychicznych dziecka zagrożonego utratą więzi emocjonalnych łączących je z biologicznym ojcem...” nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ przedstawione przez Cudzoziemca okoliczności, choć istotne w sprawie, to jednak nie usprawiedliwiają wieloletniego nielegalnego pobytu na terytorium Polski oraz podejmowania zatrudnienia bez stosownych zezwoleń”. Decyzja Prezesa Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców z 17 stycznia 2003 r. nr DL-3286/02. Podobną argumentację można znaleźć w wielu decyzjach wydawanych przez Wojewodów i Prezesa Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców, np. decyzji Prezesa Urzędu do Spraw Repatriacji i Cudzoziemców z 16 kwietnia 2003 r. nr DL-I-502/03/6.

⁵¹ Stwierdzenie to wynika z doświadczeń autorki z pracy w Programie Bezpłatnej Pomocy Prawnej dla Cudzoziemców i Uchodźców Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka i oparte jest na decyzjach wydawanych w sprawach cudzoziemców korzystających z pomocy Fundacji.

W jednej z takich spraw organ administracji uchylając decyzję o wydaleniu z terytorium Polski cudzoziemca pozostającego w związku nieformalnym z obywatelką Polski zbadał fakt istnienia życia rodzinnego, potwierdził ingerencję w życie rodzinne poprzez wydanie decyzji o wydaleniu oraz zbadał, czy jest możliwe przeniesienie życia rodzinnego do kraju pochodzenia cudzoziemca⁵². W wyniku przeprowadzonego postępowania organ stwierdził, że w sytuacji wnioskodawcy nie ma możliwości przeniesienia życia rodzinnego do kraju jego pochodzenia.

Z powodu obowiązującej do dnia 31 grudnia 2003 roku regulacji ustawowej stwierdza-
jącej brak właściwości Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach cudzoziemców
przebywających w Polsce nielegalnie, nie było możliwości zaskarżenia większości decyzji
odmownych do tego Sądu.

Z orzecznictwa NSA wynika jednak, że w każdej sprawie należy badać kwestie związane
z życiem rodzinnym. W sprawie dotyczącej odmowy przedłużenia zezwolenia na zamiesz-
kanie na czas oznaczony obywatelowi Syrii, który zawarł w Polsce związek małżeński z oby-
watelką Białorusi i z którego to związku urodziło się dziecko, Naczelny Sąd Administracyjny,
uchylając decyzję odmowną, w ten oto sposób stwierdził, że okoliczności podniesione w
skardze, a dotyczące m.in. sytuacji rodzinnej skarżącego, mają znaczenie w sprawie: „nie
oznacza to, że nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia na drodze administracyjnej wniosku
skarżącego o przedłużenie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. W toku ponow-
nego rozpatrzenia sprawy winny być rozważone i ocenione na tle całokształtu okoliczności
sprawy”⁵³.

Tak więc organy administracji pierwszej i drugiej instancji w każdej indywidualnej spra-
wie, w której wydają decyzje stanowiące ingerencję w prawo do życia rodzinnego, oraz or-
gany sądowe kontrolujące zgodność z prawem wydanych decyzji administracyjnych, po-
winny zbadać czy ingerencja ta jest proporcjonalna do celu, któremu ma służyć. W prze-
ciwnej sytuacji, w przypadku skierowania skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowie-
ka, narażają się na konsekwencje związane z orzeczeniem przez Trybunał naruszenia dys-
pozycji art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

⁵² „Mając na uwadze przytoczone wyżej przepisy prawa należy podkreślić, iż w przedmiotowej
sprawie istnieją silne związki rodzinne z uwagi na fakt, iż Pan X. od roku 1997 pozostaje w nieformal-
nym związku z obywatelką polską Panią Y., z którego to związku posiada dwoje małoletnich dzieci. Jak
wynika z akt sprawy istnieją także przeszkody uniemożliwiające zorganizowanie normalnego życia ro-
dzinnego w kraju pochodzenia Zainteresowanego”. Decyzja Prezesa Urzędu do Spraw Repatriacji i
Cudzoziemców z 26 marca 2003 r. nr DL-I-3584/02.

⁵³ Orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 listopada 2003 r. nr V SA 666/03.

Z WOKANDY LUKSEMBURGA

Tomasz Tadeusz Koncewicz

SĘDZIOWSKI DYLEMAT – WSTRZEMIĘZLIWOŚĆ CZY AKTYWNOŚĆ? JAKA ROLA DLA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH?

Tym razem kilka słów chciałbym poświęcić tematowi, który tylko na pierwszy rzut oka może być uznany za pozostający poza zainteresowaniem prawnika-praktyka. Temat to stale zmieniający się „klimat”, który panuje wokół Trybunału Sprawiedliwości. Nie tylko bowiem determinuje sposób, w jaki sędziowie postrzegają swoją funkcję, ale także wpływa na intensywność interpretacji (czy pierwszeństwo ma cel, *telos* regulacji, czy brzmienie przepisu?), a tym samym stanowi jeden z elementów towarzyszących antycypacji przez świat zewnętrzny wyroków zapadających w Trybunale.

Powrót do przeszłości – „wielka dekada”

W czasie swojego funkcjonowania Trybunał zyskał miano „jednej z najpotężniejszych politycznych instytucji Unii i najbardziej wpływowego z istniejących sądów międzynarodowych”¹. Przez wiele lat tempo integracji było wręcz określane w ostateczności właśnie przez sędziów Trybunału, którzy autorytatywnie decydują o sposobie interpretacji Traktatów i aktów prawnych stanowiących na ich podstawie. Rozwinięte przezeń w okresie tzw. „wielkiej dekady”² zasady bezpośredniego skutku, pierwszeństwa, odpowiedzialności odszkodowawczej, uzupełnione o teleologiczną interpretację zobowiązań przyjętych przez państwa na podstawie Traktatu i skuteczną współpracę z sądami krajowymi, stanowią podstawy pra-

¹ Karen J. Alter, *The European Court's Political Power*, West European Politics, Vol. 19, no 3/1996, s. 458.

² Okres, w którym Trybunał wydał swoje słynne wyroki kładące podwaliny wspólnotowego porządku prawnego, zobacz więcej H. Rasmussen, *The European Court of Justice*, (Copenhagen, Gadjur, 1998).

wa wspólnotowego. Dlatego też o prawie wspólnotowym można rzeczywiście powiedzieć, że korzysta z „efektywności w stopniu nieznanym prawu międzynarodowemu”³, a Traktat stał się „żywym tekstem”, prawdziwą kartą konstytucyjną Wspólnot⁴, która ewoluuje i zmienia się w odpowiedzi na nowe wyzwania i okoliczności. W czasie gdy instytucje przeżywały okres stagnacji, Trybunał w sposób konsekwentny, pozostając na uboczu zainteresowania polityków⁵, konstruował coś na kształt dworkinowskiej „*chain novel*”⁶, w której następujące po sobie generacje sędziów dopisują najlepiej jak mogą swoje własne rozdziały, bacząc jednak, aby kontynuować wątek zaczęty przez poprzedników i aby całość stanowiła spójną całość.

W stronę minimalizmu?

Ta dynamika znajduje potwierdzenie w licznych głosach, które coraz częściej słyszymy dzisiaj. Wskazuje się, że skoro Wspólnoty funkcjonują w oparciu o solidne podstawy, państwa członkowskie wykazują większe niż wcześniej zainteresowanie sprawami integracji, z większą częstotliwością niż dotąd zwoływane są konferencje międzyrządowe zajmujące się zmianami Traktatów w celu dostosowania ich do zmieniającej się rzeczywistości, wzmocnieniu ulega zasada subsydiarności i kompetencji powierzonych, a coraz więcej decyzji podejmowanych jest bezwzględną większością głosów, rola Trybunału w tak zmienionej rzeczywistości też powinna ulegać odpowiednim zmianom, stając się „minimalistyczną”⁷. Według profesora Weilera „okres heroiczny lat 60. i 70.”⁸ jest już za nami, a sam Trybunał jest dzisiaj bardziej ostrożny niż wcześniej, koncentruje się raczej na konsolidacji tego co już zostało osiągnięte, a nie na dalszym rozszerzaniu zasięgu prawa wspólnotowego, zmiany zaś w Traktatach należy zostawić państwom członkowskim. Nawet jeżeli to prawda, nie oznacza to jednak, że Trybunał nie rozstrzyga już spraw niezwykle istotnych. Sprawy takie nadal trafiają i będą trafiać do Trybunału. Niewiadomą tylko pozostaje, czy w danej sprawie Trybunał zagra jeszcze raz *va banque*, po raz kolejny wywołując zarzuty o „*judicial activism*”⁹,

³ R. Dehousse, *The European Court of Justice. The Politics of judicial integration*, (MacMillan Press Ltd, The European Union Series, 1998), s. 67.

⁴ „*Constitutional Charter of the Community*” – tak w sprawie 294/83, *Parti ecologiste Les Verts v Parliament*, (1986) ECR 1339.

⁵ Zob. P. Pescatore, *Une revolution juridique. Le role de la Cour de justice europeenne*, (maszynopis dostępny w bibliotece Trybunału Sprawiedliwości).

⁶ R. Dworkin, *Law's Umpire*, (Harvard University Press, 1986), s. 228–232.

⁷ T. Koopmans, *The Role of Law in the Next Stage of the European Integration*, (1986) 35 ICLQ 925.

⁸ J. H. H. Weiler, *The Division of Competences in the European Union*, s. 3 (niepublikowana opinia przygotowana dla Parlamentu Europejskiego).

⁹ Termin modny i często używany (a nawet nadużywany). Wskazuje się jednak na brak zgody co do jego rzeczywistego znaczenia. Zobacz zgłaszane w tym zakresie wątpliwości przez min. P. Pescatore’a, który podkreślał, że niemożliwe jest jego obiektywne zdefiniowanie, a wiele zależy od subiektywnego podejścia osoby definiującej w *Jusqu’ou le juge peut – il aller trop loin*, Festschrift til Ole Due, (Copenhagen, 1994), s. 301 oraz sędziego D. Edward’a, *Judicial Activism – Myth or Reality? Van Gend en loos, Costa v Enel and the Van Duyn family revisited*, (w:) A. I. L. Campbell i M. Voyatzis (red.) *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in honour of Lord Mackenzie Stuart*, (London, 1996).

czy też przeciwnie, wykaże sędziowską wstrzemięźliwość (powściągliwość) – „*judicial restraint*”¹⁰ – o którą apelują rządy państw członkowskich i która wydaje się przeważać w chwili obecnej w Luksemburgu. Znalazienie kompromisu pomiędzy tymi dwiema postawami wydaje się więc największym wyzwaniem jakie stoi przed Trybunałem w XXI wieku.

Nowy klimat?

Kiedyś w większości przypadków Trybunał wyrokował według zasady, że w razie wątpliwości należy orzekać na rzecz integracji: w przypadku dwóch możliwych interpretacji opowiadając się za jak najbardziej rozszerzającą wykładnią Traktatu. Wraz z upływem czasu sytuacja zmieniła się radykalnie. Dzisiaj integracja europejska dociera do najbardziej niespodziewanych miejsc i dziedzin życia społecznego, które kiedyś znajdowały się poza zakresem oddziaływania prawa europejskiego. Jeżeli dodamy do tego, że każdy może korzystać w sądzie krajowym z bezpośrednio skutecznego prawa, które korzysta z pierwszeństwa i pewnych udogodnień proceduralnych, to nie dziwi, że mamy do czynienia ze zjawiskiem stałego wzrostu znaczenia sądów krajowych oraz Trybunału. Jednostronne orzekanie na korzyść integracji nie jest już możliwe. Obecnie najważniejszym zadaniem Trybunału jest takie rozstrzygnięcie sporów, które bierze pod uwagę interesy wszystkich stron, a nie tylko zapewnia, że idea integracji nie pozostaje na bocznym torze. Innymi słowy, jak zapewnić tempo integracji bez narażania się na zarzuty tworzenia Europy rządzonej przez sędziów (*Europe les juges*)¹¹? Jak znaleźć rozwiązania, które w jak najmniejszym stopniu ograniczać będą kompetencję państw członkowskich? Obawy państw członkowskich przed niekończącym się procesem europeizacji prawa krajowego powodują, że każdy ruch Trybunału jest dzisiaj śledzony z niezwykłą uwagą w stolicach europejskich. Państwa członkowskie pilnie sprawdzają, czy sędziowie z Luksemburga znów nie noszą się z zamiarem dopisania kolejnych rozdziałów do swojego wyobrażenia o tym, czym winna być i jak wyglądać idea integracji europejskiej. Udzielenie odpowiedzi na pytanie jak daleko Trybunał gotów jest, i może pójść, nabiera znaczenia, tym bardziej jeżeli weźmiemy pod uwagę ostatnie bezprecedensowe kroki podjęte przez państwa członkowskie w celu uchylecia niekorzystnych dla siebie konsekwencji zbyt odważnego orzecznictwa Trybunału. Wiadomość dla Trybunału brzmi jasno: skoncentruj się na swoim podstawowym zadaniu zapewnienia jednolitej wykładni prawa wspólnotowego, a nie zajmuj się oceną decyzji i wyborów o charakterze politycznym. Te drugie zostaw nam¹².

Zob. też T. Tridimas, *The Court of Justice and Judicial Activism*, (1996) 21 *European Law Review*, zwłaszcza s. 200. Trudności są podyktowane także tym, że w orzecznictwie każdego sądu znajdują się przecieży wyroki „aktywistyczne” oraz „wstrzemięźliwe” i że wybór odpowiedniego przymiotnika zależy od tego, na podstawie którego orzecznictwa dana osoba dokonuje analizy. Także polski Trybunał Konstytucyjny nie należy w tym względzie do wyjątków, zob. Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzciński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, (Wydawnictwo Sejmowe, 1999), s. 27.

¹⁰ Termin użyty przez sędziego Frankfurtera w sprawie *Trop/Dulles*, 356 US 86 – 1958: „(...) the awesome power of this court to invalidate such legislation (...) must be exercised with the *utmost restraint*” (podkreślenie T. T. K.).

¹¹ F. Lecourt, *L'Europe les juges*, (Bruylant, Bruxelles, 1972).

¹² Odsyłam w tym miejscu do pogłębionej analizy tego zjawiska przez Renaud Dehousse'a, *op. cit.* s. 148 i n., w znamiennej zatytułowanym rozdziale: „*Institutional roots of judicial self-restraint*”.

Motor czy stabilizator, czyli o sztuce balansowania w Luksemburgu

Analiza orzecznictwa z kilku ostatnich lat zawiera sprzeczne sygnały co do tego, czy Trybunał traktuje na serio sygnały płynące z państw członkowskich. Z jednej strony nadal wydawane są wyroki, które idą szlakiem wyznaczonym przez ten odważny Trybunał z lat 60. i 70. To przecież w latach 90. Trybunał położył podwaliny zasady odpowiedzialności odszkodowawczej (orzecznictwo Francovich/Brasserie), które przez przeciwników Trybunału jest cytowane jako przykład kreatywnej jurysprudencji oraz dowód stałe obecnego w Trybunale „sędziowskiego aktywizmu”. We wrześniu 2003 r. w sprawie Kobler Trybunał nie miał żadnych wątpliwości, uznając, że postępowanie sądu krajowego może być źródłem szkody, której wyrównanie jest wspólnotowym obowiązkiem państwa członkowskiego. Z drugiej jednak strony mamy liczne przykłady sytuacji, w których Trybunał zdecydował zatrzymać się w pół drogi. Niektórzy mówią wręcz o wycofaniu się przezeń z pozycji wcześniej zajmowanych¹³. Wystarczy tylko podać wyroki w sprawie Keck and Mithouard¹⁴ i British Telecom¹⁵, aby uchwycić ten nowy trend w orzecznictwie, który polega na wsłuchiwanie w większą niż kiedyś uwagę w wieści płynące ze stolic europejskich.

Kto jest prawdziwym „Panem Traktatu”?

Teza o wielkiej ostrożności Trybunału znajduje najlepsze potwierdzenie w rozstrzyganej niedawno sprawie Union Peuenos Agricultores¹⁶, w której Trybunał stwierdził wprost, że nie jest jego rzeczą dokonywanie zmian w systemie ochrony prawnej stworzonym przez Traktaty. Zmian takich mogą dokonać tylko państwa członkowskie w drodze przewidzianej w tym celu procedury. Takie stanowisko Trybunału należy rozumieć w świetle zmian zachodzących w strukturze Unii związanych z pracami nad projektem Traktatu konstytucyjnego, które w mojej opinii miały decydujący wpływ na sposób rozstrzygnięcia tej sprawy przez Trybunał. Sędziowska wstrzeźliwość („to do państw należy zmiana systemu ochrony prawnej”) stanowi jasny sygnał pod adresem państw członkowskich: zmiana, gdy uznana za wskazaną, warunków na jakich podmiot prywatny może skarżyć akt prawa wspólnotowego do sądów wspólnotowych, mogłaby ewentualnie nastąpić właśnie w projekcie powstającego Traktatu konstytucyjnego. Innymi słowy Trybunał wyraża gotowość do uszanowania roli państw jako „panów Traktatu”, gdy widzi, że państwa członkowskie spełniają swoje obowiązki w zakresie dostosowywania Traktatu do zmieniającej się w rzeczywistości, podczas gdy w przeszłości nie zawsze to miało miejsce i wówczas rolę motora, katalizatora integracji przyjmował na siebie Trybunał.

Ostrożność i dominacja funkcji „gwaranta” stabilności porządku prawnego dostrzegłem także wysłuchując 13 lipca 2004 r. wyroku Trybunału w sprawie uznanej za jedną z najważniejszych, jakie Trybunał kiedykolwiek rozstrzygał, dotyczącej „paktu stabilizacji i wzro-

¹³ N. Reich, *The „November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, (1994) 31 Common Market Law Review 459.

¹⁴ Sprawa C – 267 i 268/91, (1993) ECR I – 6097.

¹⁵ Sprawa C – 392/93, (1996) ECR I – 1631.

¹⁶ Którą szczegółowo omówiłem na łamach „Palestry” nr 3– 4/2003, s. 168 i n.

stu¹⁷. Trybunał podkreślił z jednej strony jasno swoją rolę jako strażnika prawa wspólnotowego, zapewniając, że państwa członkowskie postępują zgodnie z przyjętymi przez siebie w sposób dobrowolny zobowiązaniami. Jednocześnie jednak czytając wyrok nie można oprzeć się wrażeniu, że biorąc pod uwagę delikatność materii w zakresie polityki ekonomicznej Trybunał chciał jak najwięcej swobody pozostawić gremiom politycznym. Wyrok w sprawie paktu jest wzorcowy jeżeli chodzi o poszukiwanie równowagi pomiędzy integracją a respektowaniem interesów państw członkowskich. „*Mission impossible*” tym razem została więc zakończona powodzeniem¹⁸.

Jaka chain novel?

W większości jednak przypadków dla określenia zadania, przed którym stoi Trybunał określenie „*mission impossible*” pozostanie nadal adekwatne. Mimo bowiem wysiłków ze strony Trybunału jego wyroki będą nadal odbierane negatywnie w pewnych kręgach. Dlaczego? Powód jest prosty: dzisiaj integracja jest procesem, w którym krzyżuje się tak wiele konkurencyjnych wobec siebie interesów, z których każdy zasługuje na ochronę, że Trybunał nigdy nie zadowolony wszystkich i zawsze będzie ktoś, kto będzie go krytykował¹⁹. Dla jednych wyroki Trybunału są zawsze zbyt mało wspólnotowe i pozbawione tego błysku oraz wizjonerstwa, które kiedyś cechowało orzecznictwo. Dla drugich z kolei Trybunałowi brakuje odwagi i coraz częściej oddaje pola.

Wydaje się jednak, że obie grupy myślą się w tym, że chciałyby postrzegać funkcję Trybunału w sposób statyczny i niejako mechaniczny: Trybunał ma albo wydawać wyroki prointegracyjne, albo żadnych. Rola Trybunału w prawie wspólnotowym nie ma jednak charakteru statycznego, ale ewoluuje wraz z samym prawem wspólnotowym i w odpowiedzi na sygnały, jakie docierają do niego z otoczenia politycznego, w którym funkcjonuje. Wydawanych wyroków nie można sprowadzać do prostej arytmetyki: aktywistyczny czy wstrzemięźliwy. Dzisiaj podstawy prawa wspólnotowego w postaci bezpośredniego skutku i zasady pierwszeństwa są zapewnione, sądy krajowe stosują prawo wspólnotowe i gwarantują jego *effet utile*. Były sędzia Trybunału David Edward zwykł mówić, że dzisiaj sędzia musi codziennie dokonywać trudnych wyborów między z jednej strony liberalizacją rynku a dążeniami państw do ochrony uzasadnionych interesów, które tej liberalizacji mogą stać na drodze. Do sędziego należy właśnie znaleźć kompromis. Dokonując balansowania pomiędzy sprzecznymi interesami i starając wziąć pod uwagę interesy jak największej liczby stron zaintereso-

¹⁷ Zob. świetny tekst *The Government by judges?*, (w:) *The Economist* z 17 stycznia 2004 r.

¹⁸ Wyrok Trybunału został bardzo dobrze przyjęty przez europejskie elity polityczne i uznany za wyraz mądrości i dalekowzroczności Trybunału, któremu w sposób doskonały udało się połączyć gwarancję przestrzegania prawa przez rządy państw członkowskich z jednoczesnym pozostawieniem im wystarczającego pola manewru; zob. m.in. tytuły komunikatów prasowych w *Agence France Presse* z 13 lipca 2004 r., *L'Autriche se felicite de la decision de la CEJ*; *Pacte*, *Le ministre des Finances suedois salue la decision de la CEJ*. Zob. też artykuły w prasie codziennej, jak np. *The Times* on-line swój tekst zatytułował *EU Court declines to say which dog will have its day*, a *The Financial Times* *Verdict satisfies honour on both sides* oraz *Solomonic ruling on stability pact*.

¹⁹ Zwraca na to też uwagę A. Annull, *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 1999), s. 565.

wanych wynikiem sprawy, Trybunał znów musi wybrać pomiędzy wstrzeźliwością a odwagą. Zawsze jednak ze świadomością, że nigdy nie zadowolili wszystkich²⁰.

Mimo tego ultymatywny *telos* Trybunału cały czas pozostaje bez zmian, czyli zapewnienie przestrzegania prawa²¹. Dlatego też wspólnotowa i jurysdykcyjna *chain novel* Trybunału Sprawiedliwości cały czas toczy się dalej. To co podlega zmianie to jej tempo i okoliczności, w których kolejne generacje sędziów dopisują jej nowe rozdziały, odpowiednio kształtując jurysdykcję i funkcję Trybunału w ramach wspólnotowego porządku prawnego, na szczycie którego stoi Traktat lub, ściślej, karta konstytucyjna Wspólnoty.

O tym wszystkim warto pamiętać planując strategię przedstawienia „swojej” sprawy w Luksemburgu, zwłaszcza dzisiaj, w momencie konstytucyjnej zmiany, przed którą stoją Wspólnota i sam Trybunał.

²⁰ Podkreślają to A. Arnulf (w:) *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 1999) oraz D. T. Keeling (w:) *In praise of judicial activism. What does it mean? And has the European Court of Justice ever practised it?*, *Scritti in Onore Giuseppe Federico Mancini, II, Diritto dell' Unione Europea*, (Giuffrè, 1998).

²¹ C. Kakouris, *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle: Trois observations*, (w:) O. Due, J. Schwarze (red.), *Festschrift für Ulrich Everling*, (1995), s. 632.

SYMPOZJA KONFERENCJE

Konferencja Europejskiej Federacji Izb Adwokackich w Lyonie

W dniach 27–29 maja 2004 r. w Lyonie odbyła się konferencja przedstawicieli Europejskiej Federacji Izb Adwokackich.

Federacja jest kontynuatorką powstałej w dniu 18 czerwca 1986 r. Konferencji Wielkich Izb Europy.

W 1992 r. Konferencja przekształciła się w Federację Izb Adwokackich Europy.

Należą do niej izby adwokackie z państw członków Rady Europy.

Celem jej jest reprezentacja adwokatury europejskiej, zagwarantowanie obywatelom i przedsiębiorstwom świadczenia pomocy przez wolnych adwokatów, strzeżenie poszanowania istoty zawodu adwokata oraz uznania specyficznej roli adwokatury europejskiej w obronie wolności przed władzą polityczną, ekonomiczną i sądowniczą.

Celem tej organizacji jest także zjednoczenie izb dla podjęcia wspólnych akcji, reprezentowanie adwokatury przed instytucjami europejskimi, umacnianie prymatu prawa, niezależności wymiaru sprawiedliwości i prawa obrony oraz prawa człowieka generalnie, harmonizacja zasad wykonywania zawodu adwokata w Europie, w tym warunków jego wykonywania, zasad deontologicznych, niezależności adwokata, tajemnicy zawodowej, statusu socjalnego, edukacji, wynagrodzenia, ubezpieczenia oraz zasad ewentualnej reklamy, wymiana aplikantów adwokackich i młodych adwokatów, wymiana informacji koniecznych do poprawy warunków wykonywania zawodu adwokata.

W konferencji uczestniczyłem jako reprezentant Dziekana Krakowskiej Izby Adwokackiej – adwokata Lecha Ławrowskiego. Izba nasza była współzałożycielem Konferencji Wielkich Izb Adwokackich i pierwszym członkiem z Europy Centralnej i Wschodniej.

Uczestników przywitał Jean Pierre Gross z Izby Adwokackiej z Lozanny – Prezydent Federacji Izb Adwokackich Europy, oraz Dziekan Izby Lyonu – Erick Jeantet.

Tym razem wiodącym tematem konferencji była przyszłość izb w europejskiej przestrzeni ekonomicznej.

Przedmiotem zatroskania były propozycje Komisji Europejskiej zmierzające do deregulacji zasad wykonywania zawodu adwokata, które – nie licząc się z fundamentalnymi, odwiecznymi zasadami profesji adwokata – usiłują traktować ten zawód podobnie jak inne rodzaje działalności, tj. na sposób wyłącznie ekonomiczny.

W czasie dyskusji oraz w końcowych uchwałach przypomniano, iż fundamentami niezა-

leżnej adwokatury są: niezależność od klienta i władz, obowiązek strzeżenia tajemnicy zawodowej i zakaz reprezentowania stron mających sprzeczne interesy.

Z tych zasad wynikają określone wymagania deontologiczne, a także przyjęte sposoby wynagradzania adwokatów za ich pracę, sposób informowania społeczeństwa o istnieniu kancelarii i specjalizacji adwokata. Przedstawiciele różnych krajów prezentowali różne rozwiązania w poszczególnych państwach. Generalnie rzecz ujmując zasadą jest, iż nie istnieją taryfy adwokackie, gdyż wychodzi się z założenia, że byłoby to sprzeczne zarówno z wolnością adwokacką jak i zasadą wolnej konkurencji, wynikającą z art. 81 Traktatu Europejskiego. Wyjątkiem są Niemcy, w których istnieje taryfa adwokacka, wiążąca dla adwokatów i ustalająca widełki honorariów. Jednakże jest to przejściowa regulacja, która ma istnieć do 1 lipca 2006 r., kiedy to zostanie wprowadzona zasada swobody umów między adwokatem a klientem.

Zasadą jest również zakaz zawierania umów w systemie *quota litis*, chyba że jest on jedynie uzupełnieniem wynagrodzenia adwokata, ustalonego przy przyjęciu sprawy do prowadzenia. Nie oznacza to, że adwokatury w poszczególnych krajach nie wydają wytycznych co do kryteriów ustalania wynagrodzeń. Wśród nich najczęściej są takie, jak skomplikowanie sprawy, nakład czasu pracy, doświadczenie adwokata, znaczenie sprawy dla klienta, sytuacja finansowa klienta. Również Sądy Najwyższe w poszczególnych państwach w swym orzecznictwie dotyczącym zasądzania kosztów postępowania ustalają podobne kryteria.

Powszechnie stosowaną zasadą jest także, iż adwokat nie może zrezygnować z honorarium w przypadku niepomyślnego wyniku procesu.

Dla zapewnienia niezależności adwokata przyjmowane są również rozwiązania prawne zakazujące wykonywania zawodu wspólnie z innymi profesjami, zwłaszcza z doradcami podatkowymi, czy też ustalające ściśle warunki takiego wspólnego działania. I tak np. w Anglii i Walii jest to absolutnie zakazane. W Szwajcarii w kantonie Genewy i Vaud również zakazane, jednakże w innych kantonach dopuszczalne, lecz jedynie wspólnie z notariuszami, zwłaszcza w tych kantonach, w których adwokaci mogą również wykonywać funkcje notariusza.

Zakazy te wynikają z konieczności zagwarantowania niezależności adwokata oraz zabezpieczenia tajemnicy zawodowej, stąd ewentualna współpraca jest dopuszczalna jedynie z przedstawicielami takich zawodów, które również gwarantują zachowanie tych samych standardów, a w tym przestrzegania tajemnicy zawodowej.

Jeżeli chodzi o informację o wykonywaniu zawodu, w tym specjalizacji adwokata, i zakaz reklamy, to w tym zakresie, w imię dobrego poinformowania klientów, zauważa się pewne zmiany idące w kierunku liberalizacji.

Na przykład w Szwajcarii dopuszczalne jest, aby adwokat umieszczał informację o swych tytułach naukowych, znajomości języków, specjalizacji. Adwokat może mieć swoją stronę internetową, a także umieścić logo na swoim papierze firmowym i używać określonego koloru papieru w swojej korespondencji.

Konferencja przebiegała w atmosferze z troską o utrzymanie niezależności adwokatury. Uczestnicy konferencji byli serdecznie przyjęci na uroczystej kolacji przez mera Lyonu, a także następnego dnia – przez prefekta. W znakomitych wystąpieniach docenili oni rolę i znaczenie niezależnej adwokatury, podkreślając także, iż służy to interesowi samych klientów.

Na zakończenie konferencji uczestnicy przyjęli rezolucję w sprawie więźniów z Guantamo, uznając, iż przetrzymywanie ludzi bez dostępu do adwokata, bez skonkretyzowania

zarzutów i bez prawa do sądu nie daje się pogodzić z elementarnymi prawami człowieka. Poruszające było to, iż w sprawie tej zabrał głos David Morgan – poprzedni Prezydent Federacji, który stwierdził, iż jako Anglik i oficer angielski, pochodzący z państwa – najbliższego koalicjanta Stanów Zjednoczonych w walce terroryzmem, popiera rezolucję uznając, iż fundamentalne prawa człowieka muszą być przestrzegane wszędzie i przez wszystkich.

Na kolejną kadencję został wybrany Ulrich Scharf z Izby z Niemiec z Zelle.

Konferencja była świetnie zorganizowana przez Izbę Adwokacką Lyonu, na której czele stoi Dziekan Erick Jeantet. Izba Lyonu tradycyjnie współpracuje z łódzką Izbą Adwokacką i w kulturalnych rozmowach często o tym mówiliśmy, wspominając niedawno zmarłą Dziekan Izby łódzkiej adw. Bożennę Banasik.

Zbigniew Cichoń

Recenzje

Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek

Metody prawnicze

Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2004, s. 296.

„Metody prawnicze” to wydana ostatnio praca prof. Jerzego Stelmacha i dr. Bartosza Brożka dotycząca zagadnień niezbyt często poruszanych w literaturze przedmiotu, które mają jednak doniosłe znaczenie, w tym również praktyczne, a nie tylko teoretyczno- czy dogmatycznoprawne.

Autorzy przedstawiają opis czterech metod znajdujących zastosowanie w naukach prawnych, a mianowicie logiki, analizy, argumentacji i hermeneutyki. Trafnie przy tym podkreślają, iż podział ten nie jest ani wyczerpujący, ani rozłączny. Przedstawione metody wydają się najbardziej reprezentatywne, chociaż oprócz nich można byłoby wskazać i inne, np. wyrastającą z nurtu psychologizmu koncepcję Petrażyckiego. Nie ma też między opisywanymi metodami sztywnych, nieprzekraczalnych granic, ponieważ daje się wskazać obszary ich wzajemnego przenikania. Można więc uznać, że zaprezentowane rozróżnienie metod prawniczych nie jest podziałem logicznym, lecz przykładem typologii, czyli zabiegu metodologicznego polegającego na grupowaniu pojęć lub przedmiotów na zasadzie ich podobieństwa do pewnego pojęcia (przedmiotu) wzorcowego zwanego typem.

W rozdziale traktującym o logicznej rekonstrukcji rozumowań prawniczych punktem wyjścia staje się opis znanego już z pierwszego roku studiów sylogizmu prawniczego. Następnie autorzy przechodzą do przybliżenia bardziej złożonych konstrukcji wypracowanych przez logikę deontyczną, logikę czynów, logikę norm i tzw. logikę podważalną. Wspominają też o pojawiających się tu paradoksach i próbach ich przezwyciężania.

Rozdział poświęcony analizie rozpoczyna się od przybliżenia różnych definicji tego pojęcia, by w dalszej kolejności na bazie tych ustaleń terminologicznych można było bliżej przedstawić dwie metody analizy, a mianowicie analizę lingwistyczną i analizę ekonomiczną. Pierwsza z nich opierając się na przyjęciu założenia o szczególnej (wyróżnionej) pozycji języka potocznego tworzy teorię aktów mowy i zajmuje się opisem języka prawnego. Z kolei analiza ekonomiczna, jak sama nazwa wskazuje, dąży do jak najszerszego wykorzystania instrumentów i pojęć ekonomicznych w celu określenia, czym prawo jest i czym być powinno.

Argumentacja zaprezentowana jest w „Metodach prawniczych” jako swoista „trzecia droga” odrzucająca z jednej strony ścisły formalizm, a z drugiej – wyłączne bazowanie na

intuicji. W opisie dyskursu prawniczego autorzy nie poprzestali na wskazaniu najbardziej znanych koncepcji z tego zakresu, lecz przedstawili też własną analizę struktury praktycznego dyskursu prawniczego. W tym ujęciu wyróżnione zostały trzy grupy reguł, jakie powinny rządzić takim dyskursem, a mianowicie reguły ogólne, reguły przejścia, które mają łączyć dyskurs ogólny z dyskursem prawniczym oraz topiki prawnicze, obejmujące swoim zakresem argumenty i zasady prawne.

Ostatnia z omawianych metod prawniczych – hermeneutyka została przedstawiona jako jedna z najstarszych filozofii interpretacyjnych, stąd też autorzy nie poprzestali na opisie hermeneutyki prawniczej, lecz przybliżyli także najważniejsze kwestie związane z hermeneutyką biblijną, filologiczną i filozoficzną. Dokonali też podziału koncepcji hermeneutycznych na epistemologiczne i ontologiczne. Stanowiska zaliczane do pierwszej z tych grup ujmują rozumienie tekstu jako metodę poznania, natomiast zwolennicy traktowania hermeneutyki jako ontologii dodają, że rozumienie jest nadto formą istnienia bytu.

Wysoka wartość merytoryczna książki przejawia się w wielu aspektach. Autorzy podjęli trud przybliżenia czytelnikowi zagadnień trudnych, złożonych i często wywołujących kontrowersje wśród prawników. Czynią to w sposób wskazujący na ich rozległą wiedzę w tym zakresie. Trzymając się ściśle wyznaczonego tematu, unikają czysto oratorskich popisów i nie pozwalają, by jakiś fragment pracy można było uznać za zbędny. Na poparcie każdej ze stawianych tez przytaczane są rzeczowe argumenty.

Wysokiej oceny merytorycznej nie osłabiają dwie drobne uwagi, jakie nasunęły mi się w trakcie lektury. Pewną nieścisłością jest stwierdzenie (s. 45), iż w logice dwuwartościowej występuje 16 funkatorów prawdziwościowych, takich jak np. negacja, implikacja, koniunkcja czy alternatywa. Otóż faktycznie wszystkich funkatorów prawdziwościowych jest nieskończenie wiele, a liczba 16 odnosi się jedynie do funkatorów opierających się na dwóch argumentach zdaniowych czyli mówiąc krócej funkatorów dwuargumentowych jak implikacja, koniunkcja, alternatywa, ale już nie negacja, będąca funkatorem jednoargumentowym.

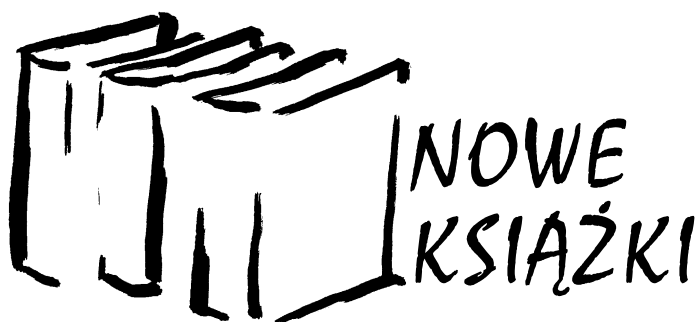
Z kolei zdanie (s. 205): „W dyskursie nie można kłamać, czyli mówić nieprawdy lub przemilczać prawdę” sugeruje stawianie znaku równości między kłamstwem a nieprawdą (fałszem), podczas gdy nie są to pojęcia tożsame. Kłamstwo ma bowiem charakter subiektywny i polega na niezgodności wypowiedzi danej osoby z żywionym przez nią przekonaniem, natomiast fałsz to niezgodność wypowiedzi z rzeczywistością, co wskazuje na jego obiektywny charakter. Może więc zdarzyć się (choć niektórym wyda się to co najmniej dziwne), że ktoś kłamiąc mówi prawdę. Tak będzie np. wtedy, gdy dana osoba mylnie sądzi, iż na ostatniej olimpiadzie Polacy zdobyli osiem medali, podczas gdy w rzeczywistości zdobyli ich dziesięć, i na pytanie „Ile medali Polacy zdobyli na ostatniej olimpiadzie?” okłamując pytającego odpowiada, że dziesięć.

Recenzowana praca charakteryzuje się klarownym i przejrzystym układem. Jest podzielona na pięć rozdziałów, z których cztery stanowią opis poszczególnych metod, zaś nie mniej istotny pierwszy rozdział („Spór o metodę w XIX i XX-wiecznej filozofii i teorii prawa”) pełni rolę swego rodzaju wprowadzenia. Jak podkreślają sami autorzy rozdziały o logice, analizie, argumentacji i hermeneutyce mogą być traktowane jako stanowiące zamknięte całości, niezależne od siebie eseje. W obrębie rozdziałów zastosowano w pełni wystarczający podział na punkty i podpunkty, oznaczając każdą z tych jednostek systematyzacyjnych tytułem adekwatnym do treści. Na końcu pracy znalazły się bez wątpienia przydatne dwa indeksy: rzeczowy i osobowy.

Na uznanie zasługuje szerokie wykorzystanie literatury przedmiotu, w większości obcojęzycznej. Co istotne niektóre z tych pozycji zostały zaprezentowane polskiemu czytelnikowi po raz pierwszy. Autorzy „Metod prawniczych” nie poprzestawali przy tym na opisie poszczególnych koncepcji, lecz często przedstawiali również swój punkt widzenia. Szkoda może tylko, że takie bogactwo literatury powoływanej w przypisach nie zaowocowało zamieszczeniem na końcu książki bibliografii.

J. Stelmach i B. Brożek dołożyli starań, by przekazywane przez nich informacje o logice, analizie, argumentacji i hermeneutyce uczynić jak najbardziej zrozumiałymi. Posługują się komunikatywnym językiem, a wywody o charakterze teoretycznym obrazują trafnymi przykładami. Trzeba jednak zaznaczyć, że niektóre fragmenty książki wymagają od czytelnika dysponowania pewną wiedzą nie tylko prawniczą, lecz także z zakresu filozofii i logiki. Mimo to sądzę, iż „Metody prawnicze” mogą zainteresować znacznie szersze grono prawników, a nie jedynie filozofów czy teoretyków prawa.

Sławomir Lewandowski



UKAZAŁY SIĘ:

Joanna Piórkowska-Flieger

Falsz dokumentu w polskim prawie karnym

Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE, Kraków 2004

Opracowanie obejmuje swoim zakresem falsz materialny dokumentu (art. 270 § 1 k.k.), bezprawne wypełnienie blankietu (art. 270 § 2 k.k.), falsz intelektualny bezpośredni (art. 271 k.k.) i falsz intelektualny pośredni (art. 272 k.k.). Przedstawiono również zagadnienia związane z użyciem fałszywego dokumentu (art. 270 § 1 i 2 k.k., art. 273 k.k.). Falsz dokumentu należy do tej kategorii czynów zabronionych, których karalność nie budzi żadnych wątpliwości. Dokument odgrywa bowiem ogromną rolę w każdej dziedzinie prawa, wpływa na jego przejrzystość. W doktrynie podnosi się, że istotą dokumentu jest ucieleśnienie zawartego w nim oświadczenia o znaczeniu prawnym. Szczególną kategorią dokumentów są dokumenty procesowe: czynność niezapisana jest dla procesu prawie bez znaczenia. W ostatnich latach nastąpił wzrost przestępczości skierowanej przeciwko dokumentom, co stanowi wyzwanie dla organów wymiaru sprawiedliwości i specjalistów z dziedziny kryminalistyki. Zwiększa się bowiem liczba dokumentów występujących w obrocie, łatwy jest dostęp do urządzeń, które używane są przy sporządzaniu dokumentów, jak np. komputery, drukarki, skanery itp. W uzupełnieniu autorka przedstawia uwagi dotyczące odpowiedzialności za tego typu czyny zabronione w kodeksach karnych innych krajów: niemieckim, austriackim, szwajcarskim, francuskim i włoskim.

Opr. Aleksander Oleszko

Księgi wieczyste i hipoteka. Zbiór przepisów

Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE, Kraków 2004

Książka przeznaczona jest dla wszystkich odpowiedzialnych za właściwą rejestrację nieruchomości w ewidencji gruntów i budynków, ustalenie stanu prawnego nieruchomości oraz na potrzeby dopłat bezpośrednich dla rolników korzystających z funduszy struktural-

nych Unii Europejskiej. Zbiór przepisów odnoszących się do ksiąg wieczystych i hipotek obejmuje aktualne teksty ustaw oraz przepisów wykonawczych dotyczących tej problematyki. W zakresie ksiąg wieczystych uregulowania wskazują na ustrój tych ksiąg, postępowanie wieczystoksięgowe prowadzone w systemie tradycyjnym (dotychczasowym) ksiąg wieczystych oraz elektronicznych urzędzeń rejestracji nieruchomości w ramach kompetencji sądów.

Iwona Karasek

***Zabezpieczenia wierzytelności na zbiorze rzeczy
lub praw o zmiennym składzie. Zagadnienia konstrukcyjne***

Polsko-Niemieckie Centrum Prawa Bankowego UJ –
Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE, Kraków 2004

Gospodarka w krajach rozwiniętych opiera się w znacznej mierze na kredycie: w postaci finansowej lub towarowej. Jednakże kredyt w większości przypadków można uzyskać tylko za zabezpieczeniem. Wraz ze wzrostem w obrocie wolumenu i wartości ruchomości – rola ustanawianych zabezpieczeń ciągle rośnie. Jednocześnie przedsiębiorcy najczęściej nie dysponują zbędnymi w prowadzeniu ich działalności gospodarczej dobrami ruchomymi, które mogłyby być oferowane jako przedmiot tradycyjnych zabezpieczeń, związanych z ich wydaniem wierzycielowi. Od początku XX w. nastąpił w europejskich systemach prawnych gwałtowny rozwój wszelkich form zabezpieczeń nieposesoryjnych. W polskiej literaturze prawniczej sporo miejsca poświęcono zabezpieczeniom o stałym (niezmiennym) przedmiocie. Zabezpieczenie na rzeczy wyłącza jednak po stronie dłużnika uprawnienie do jej dalszego zbycia, bądź zbycie rzeczy może nastąpić jedynie wraz z trwającym nadal na niej obciążeniem. Ekonomicznie racjonalne jest więc ustanawianie takich zabezpieczeń na dobrach, które nie muszą być zbywane i przerabiane w toku gospodarczej działalności. Autorka omawia kilka rodzajów zabezpieczeń płynnych, m.in. przewłaszczenie na zabezpieczenie zbioru rzeczy i praw o zmiennym składzie, cesja globalna na zabezpieczenie, zastaw rejestrowy na zbiorze o zmiennym składzie. Pracę poświęcono analizie prawnej zabezpieczeń płynnych na wszystkich etapach ich istnienia – począwszy od ustanowienia aż do wygaśnięcia. Książka przeznaczona jest dla prawników, jak również bezpośrednich uczestników obrotu gospodarczego, rozważających skorzystanie lub też korzystających już z tego rodzaju zabezpieczeń.

Elżbieta Kremer

***Odpowiedzialność za zobowiązania związane z prowadzeniem
gospodarstwa rolnego***

Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE, Kraków 2004

Temat opracowania jest nowy i oryginalny; dotyczy bardzo istotnej kwestii związanej z realizacją zobowiązań pieniężnych licznej, wielomilionowej grupy gospodarstw rolnych. Przedstawiono problematykę odpowiedzialności osoby fizycznej prowadzącej gospodarstwo rolne za zobowiązania związane z jego prowadzeniem. Chodzi o zobowiązania zarówno o charakterze cywilnoprawnym, jak i publicznoprawnym. Przedmiotem rozważań

jest także sytuacja osoby prowadzącej gospodarstwo rolne w postępowaniu podejmowanym przez wierzycieli w celu uregulowania należności. Autorka nie tylko dokonuje analizy prawnej poszczególnych rozwiązań, ale przede wszystkim próbuje ustalić, czy na bazie tych rozwiązań można sformułować generalną zasadę, bądź też wskazać charakterystyczne cechy dotyczące odpowiedzialności za zobowiązania związane z gospodarką rolną. Istotny element pracy stanowią wnioski i uwagi *de lege ferenda*, a także wskazanie zagadnień, które w przyszłych regulacjach dotyczących odpowiedzialności za zobowiązania związane z prowadzeniem gospodarstwa rolnego nie powinny być pominięte.

Zdzisław Marek

Wybrane problemy opiniowania sądowo-lekarskiego

Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE, Kraków 2004

Reformując szkolnictwo wyższe w monarchii Habsburgów w roku 1804 powołano katedry medycyny sądowej w Wiedniu i Krakowie. Autor jest emerytowanym kierownikiem Katedry Medycyny Sądowej Collegium Medicum UJ, placówki o dwustuletniej tradycji. Książka adresowana jest do prawników i lekarzy, niewątpliwie przydatna dla praktyki procesowej i eksperckiej. W podręczniku poruszono szczegóły oraz imponderabilia opiniowania na użytek wymiaru sprawiedliwości. Nie tylko prawnicy i medycy sądowi, ale także biegli innych specjalności oraz pracownicy ubezpieczeniowi znajdują w niej cenne wskazówki do zarządzania ekspertyzy, wyboru jej metod, zasad opracowywania i wartościowania. Opisa- no przypadki, które – wg ponad 40-letniego doświadczenia autora jako biegłego – występowały najczęściej lub sprawiały największe trudności biegłym oraz sądom. Aktualnym tematem w naszym wymiarze sprawiedliwości jest narastająca liczba roszczeń o odszkodowania za doznane krzywdy, jak też oskarżeń lekarzy o błąd medyczny. W konkluzji autor zwraca uwagę na paradoks pewnego obniżania się pozycji medycyny sądowej – w czasie widocznego rozwoju medycyny ogólnej, możliwości aparaturowych, postępu technicznego i diagnostyki. Być może ten postęp sprawił, że zdaje się spadać znaczenie medyków sądowych jako głównych opiniodawców. Ponadto zbyt mała liczba dobrze wykształconych biegłych, w stosunku do potrzeb, powoduje, że coraz powszechniej ekspertyzy sądowo-lekarskie wykonują osoby (instytucje) niemające stosownego przygotowania.

Beata Burian

Pierwszeństwo nabycia nieruchomości

Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE, Kraków 2004

W książce opisano, uporządkowano i przeanalizowano całość problematyki związanej z przewidzianym w ustawie o gospodarce nieruchomościami pierwszeństwem w nabywaniu nieruchomości skarbowych i samorządowych. Odnoszącym się zatem do nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. Własność publiczna jest zaś takim rodzajem majątku, który ma służyć zaspokajaniu potrzeb społecznych, a także zapewnić realizację zadań publicznych. Z tych powodów na osoby uczestniczące w zarządzie ww. nieruchomościami przepisy nakładają obowiązek podejmowania działań zgodnych z zasadami prawidłowej gospodarki (art. 12 ustawy o gospodarce nieru-

chomościami) i zachowania szczególnej staranności w wykonywaniu zarządu, zgodnie z przeznaczeniem mienia i jego ochroną (art. 50 ustawy o samorządzie gminnym, art. 50 ustawy o samorządzie powiatowym) – przy jednoczesnym uwzględnianiu zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczenia tych nieruchomości (art. 140 k.c.). Instytucja pierwszeństwa nabycia nieruchomości skarbowych lub samorządowych jest bardzo daleko idącą ingerencją ustawodawcy. W istocie oznacza bowiem poważne ograniczenie właściciela w swobodnym dysponowaniu należącym do niego prawem, zwłaszcza w wyborze nabywcy i trybu ustalenia ceny. W omawianym opracowaniu instytucję pierwszeństwa przedstawiono poprzez prezentację kryjących się pod tym zbiorczym hasłem konstrukcji oraz sposobu realizacji – wraz z ukazaniem konsekwencji jej naruszenia.

Katarzyna Małysa

Nowe regulacje procesu inwestycyjno-budowlanego

Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE, Kraków 2004

Regulacja procesu inwestycyjno-budowlanego stanowi przykład ingerencji administracji publicznej w sferę praw jednostki. Prawo budowlane, rozumiane jako zbiór aktów prawnych normujących przedmiotową problematykę, ma charakter reglamentacyjny. W ramach ochrony interesu publicznego ma stanowić instrument zapewnienia ładu i porządku w budownictwie. Stosunki prawne powstałe w wyniku tych decyzji posiadają cechy stosunków administracyjno-prawnych. Proces ten realizują organy administracji publicznej w drodze wydawania decyzji administracyjnych. Dynamika zmian w tym zakresie wymaga pogłębionej analizy prawnej. W opracowaniu uwzględniono najświeższe zmiany przepisów regulujących przebieg procesu inwestycyjno-budowlanego. Wskazać należy na ustawę z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym; ustawę z 27 marca 2003 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz o zmianie niektórych ustaw; ustawę z 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane. Z uwagi na obszerność zagadnienia temat opracowania został ograniczony do przedstawienia procesu prowadzonego zgodnie z przepisami. W rezultacie charakterystyce zostały poddane jedynie decyzje i postanowienia wydawane w prawidłowo przebiegającym procesie inwestycyjno-budowlanym. Wyłączono natomiast tematykę tzw. samowoli budowlanej.

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Prawo administracyjno-karne

Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE, Kraków 2004

Książka poświęcona jest problematyce kar pieniężnych, opłat sankcyjnych oraz innych finansowych środków represyjnych stosowanych przez organy administracji na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Ewolucja prawa, zwłaszcza w końcu lat 90., spowodowała, że środki te coraz liczniej pojawiają się w ustawodawstwie, łącznie występując już w ponad 40 ustawach regulujących różne dziedziny życia, takie np. jak prawo telekomunikacyjne, prawo energetyczne, prawo atomowe, ustawa o cenach, ustawa o transporcie drogowym, ustawa o podpisie elektronicznym i inne. Kontrowersyjny charakter omawianej formy odpowiedzialności znalazł już stosunkowo szerokie odbicie w orzecznictwie Trybunału

Konstytucyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Jednocześnie mieszany, porządkowo-przymusowy charakter tych środków wywoływać musi pytanie o miejsce ich klasyfikowania w systemie prawnym. W udzieleniu odpowiedzi na to pytanie może pomóc analiza prawnoporównawcza w oparciu o pokrewne systemy prawa oraz analiza stanowiska organów UE i organów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w przedmiocie charakteru prawnego środków tego rodzaju i reguł procesowych wymaganych w toku ich stosowania.

Opracowała: *Agnieszka Metelska*

Frederic Sudre

Droit europeen et international des droits de l'homme

wyd. 6, 2003, Presses Universitaires de France

Frederic Sudre, profesor Uniwersytetu w Montpellier zajmujący się od wielu lat problematyką praw człowieka w swym szóstym już wydaniu, stanowiącym kontynuację pierwszego wydania z 1989 r., opracowania „Prawo europejskie i międzynarodowe prawa człowieka” skupia się na prawach człowieka i ich ochronie w aspekcie europejskim i pozaeuropejskim. Przedmiotem analizy autora jest system ochrony praw człowieka ustanowiony w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Unii Europejskiej uznającej EKPCZ za prawo podstawowe wiążące ją (aspekt europejski) jak i Amerykańskiej oraz Afrykańskiej Konwencji Praw Człowieka, a także w ramach Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ONZ z 1966 r.

Autor analizuje trzy generacje praw człowieka poczynając od praw politycznych i obywatelskich, a kończąc na socjalnych.

Dla praktyków najciekawsze są te partie opracowania, które traktują o orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu, Amerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, a także Komitetu Praw Człowieka przy ONZ w Genewie działającego na podstawie Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich. Ciekawe są porównania tego orzecznictwa i mogą być inspirujące dla adwokatów przy prowadzeniu spraw nie tylko w kraju, ale przede wszystkim przed Trybunałami w Strasburgu czy Luksemburgu.

Frederic Sudre przedstawia w sposób bardzo przejrzysty nawet skomplikowane zagadnienia, językiem precyzyjnym, ale i zarazem prostym, tak iż nawet dla obcokrajowca, dla którego język francuski nie jest językiem macierzystym, jest to opracowanie łatwo dostępne i przyjemne w czytaniu. Nie bez znaczenia jest też przedstawienie genezy praw człowieka i umieszczenie ich w kontekście świata wartości i polityki.

Reasumując, dzieło profesora Sudre jest cennym uzupełnieniem dotychczasowych polskojęzycznych opracowań, które są najczęściej europocentryczne i skupione na analizie stanu zastanego regulacji dot. praw człowieka. Zwłaszcza usiłując wytyczyć nowe ścieżki interpretacji zastanego prawa lub zrozumieć ich ewolucję, warto sięgnąć do tego liczącego blisko 700 stron dzieła. Szkoda tylko, że w obszernym indeksie cytowanych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka brak tych dotyczących Polski.

Opracował: *Zbigniew Cichoń*

POLECAMY:

LexPolonica

Rodzina profesjonalnych programów prawniczych

Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004

Aktualizacja co miesiąc na CD, co tydzień w internecie, codziennie w serwisie Najnowsze Dokumenty. LexPolonica to system informacji prawnej z bogatym zbiorem profesjonalnych komentarzy i glos na CD-ROM-ach lub on-line. Programy prawnicze adresowane są do licznej rzeszy użytkowników: od kancelarii adwokackich, radcowskich, notarialnych – aż po instytucje państwowe i samorządowe, sądy, organy skarbowe, instytucje ubezpieczeniowe, banki czy przedsiębiorstwa. Wydawnictwo oferuje LexPolonica Legislacja (wyłącznie legislacja), LexPolonica Prima (baza rozszerzona o orzecznictwo, wzory umów i pism). Najbardziej rozbudowaną wersją jest program LexPolonica Maxima (system informacji prawnej z komentarzami i glosami) – zdobywca Grand Prix Komputer Expo 2004. Jego użytkownicy mają jednocześnie dostęp do internetowej wersji pn. LexPolonica Maxima Online, która aktualizowana jest najszybciej. Omawiany program obejmuje cały system prawa polskiego, wprowadzenia i komentarze wybitnych polskich prawników, a także glosy i komentarze.

Opracowała: *Agnieszka Metelska*



PRZEGLĄD CZASOPISM PRAWNICZYCH

Państwo i Prawo, nr 9, 2004 r.

„Prawo administracyjno-karne, czy nowa dziedzina prawa?” – autorka, Dobrosława Szumiło-Kulczycka, jest zdania, że brak ugruntowanej praktyki posługiwania się pojęciem prawa administracyjno-karnego w oczywisty sposób rzutować musi na ocenę zasadności jego używania i zasadności wyodrębniania w ogóle takiej formy odpowiedzialności. Środki takie jak kary pieniężne, opłaty sankcyjne, dodatkowe zobowiązania pieniężne itp. statutowane są normami prawa administracyjnego i realizowane w administracyjnej procedurze. Czy zamiast nazywania ich środkami administracyjno-karnymi nie objąć ich mianem administracyjnych? Pojęcie prawa administracyjno-karnego nie należy w polskim systemie prawa do pojęć języka prawnego. Od pewnego czasu odnoszone bywa do ww. finansowych środków prawnych oddanych przez ustawodawcę w ręce administracji. Z tymi zagadnieniami koresponduje opracowanie Wojciecha Chrościelewskiego „Strony i uczestnicy postępowania sądowoadministracyjnego”. Wdrożenie z dniem 1 stycznia 2004 r. reformy sądownictwa administracyjnego oznacza wyczerpujące i pełne uregulowanie postępowania przed sądami administracyjnymi, pozwalające na rezygnację z owego odpowiedniego stosowania zarówno przepisów k.p.a., jak i k.p.c. Należy to uznać za jedną z największych zalet nowej regulacji prawnej. Oceny tej nie podważa fakt, że procedura sądowoadministracyjna wzorowana jest na rozwiązaniach zawartych w k.p.c. Antoni Bojańczyk zajmuje się „Problematyką relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną – na przykładzie odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych”. Brak w naszym piśmiennictwie wnikliwego studium na ten temat. Autor wstępnie porządkuje tę problematykę oraz uzasadnia poznawczą przydatność metody analizy relacji normatywnej między tymi odpowiedzialnościami – na wąskim przykładzie zespołu norm kształtujących odpowiedzialność dyscyplinarną przedstawicieli zawodów prawniczych. Ustalenie wzajemnej relacji pomiędzy odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną ma wartość nie tylko teoretyczny, ale i głęboko praktyczny. Autor analizuje różne założenia: czy odpowiedzialność dyscyplinarna to nic innego jak tylko niewłaściwie (błędnie) nazwana odpowiedzialność karna? Z drugiej strony stwierdzenie braku jakichkolwiek elementów wspólnych odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej blokowałoby wszelkie próby stosowania przy przypisywaniu odpowiedzialności dyscyplinarnej części ogólnej ustawy karnej, na zasadzie analogii.

Przegląd Sądowy, nr 7–8, 2004 r.

„Kryterium konieczności wprowadzonych ograniczeń wolności wypowiedzi w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” to bardzo aktualne nawiązanie do współczesnej polskiej kultury politycznej. Robert Stefanicki przypomina, że warunkiem istnienia oraz rozwoju demokratycznego społeczeństwa jest wolność wypowiedzi. W świetle art. 10 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – „Každy ma prawo do wolności wyrażania opinii (...)”. Wolność wypowiedzi, przekładająca się na wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych, aczkolwiek stanowi filar społeczeństwa demokratycznego, nie ma charakteru absolutnego. Jednakże ograniczenia muszą być poddane ściśle określonym regułom wskazanym w ust. 2 cytowanego przepisu, który stanowi:

„Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego, ze względu na konieczność zapobieżenia zakłócaniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej”. Wszelka ingerencja musi spełniać łącznie kryteria: celowości, legalności i konieczności. Monika Wałachowska zajmuje się „Wynagrodzeniem szkód poniesionych na skutek doznania wstrząsu psychicznego spowodowanego śmiercią osoby bliskiej”.

Poza zakresem rozwiązań znalazła się problematyka zwrotu kosztów leczenia i pogrzebu oraz renty na rzecz osób bliskich. Autorka skoncentrowała się na możliwości domagania się przez najbliższych członków rodziny odszkodowania przewidzianego w art. 446 § 3 k.c. oraz zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na skutek rozstroju zdrowia, o którym mowa w art. 445 § 1 k.c.

Glosa – Przegląd Prawa Gospodarczego, nr 9, 2004 r.

Wraz z akcesją Polski do UE prawo subwencyjne wynikające z *acquis communautaire* zastąpiło obowiązujące dotychczas regulacje w tym przedmiocie. Aleksander Werner w artykule „Polskie postępowanie notyfikacyjne dotyczące udzielania pomocy publicznej” podkreśla, że pomoc publiczna w UE podlega reglamentacji, a warunki jej dopuszczalności określone są we wspólnotowym prawie pierwotnym oraz wtórnym. Kompetencje nadzorcze w tym zakresie mają organy wspólnotowe, w tym Komisja Europejska i Rada. Jednak prawo wspólnotowe pozostawia wiele kwestii do unormowania w regulacjach krajowych. Zastosowanie znajdzie obowiązująca ustawa o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Autor przedstawia najważniejsze aspekty związane z postępowaniem przed polskimi organami administracji publicznej. W kwestiach związanych z postępowaniem przed Komisją oraz sądami wspólnotowymi autor odsyła do literatury. „Wolny strzelec wolny od VAT?” Nowa ustawa o podatku od towarów i usług – piszą Adam Bartosiewicz i Ryszard Kubacki – objęła systemem VAT wszelkiego rodzaju odpłatne czynności polegające na przenoszeniu praw autorskich, pokrewnych oraz innych praw do tzw. własności intelek-

tualnej, a także na udzielaniu uprawnień do korzystania z tych praw w określonych granicach (licencji). Remigiusz W. Kaszubski i Paweł Władawski omawiają „Nowy porządek prawny dla usług płatniczych na Rynku Wewnętrznym UE”. Od kilku miesięcy Komisja Europejska prowadzi zaawansowane prace legislacyjne nad aktem prawnym w tym zakresie. Przyszła regulacja istotnie wpłynie na dotychczasową konstrukcję przepisów dotyczących usług płatniczych na Rynku Wewnętrznym UE, dostosowując prawo unijne do dynamicznego rozwoju innowacyjnych instrumentów płatniczych.

Przegląd Prawa Handlowego, nr 8, 2004 r.

„Znaki towarowe w Unii Europejskiej (I)” to bardzo ważny aspekt prawa wspólnotowego w zakresie ochrony własności przemysłowej. Autorka – Krystyna Szczepanowska-Kozłowska, jest zdania, że prawo znaków towarowych należy do tych dziedzin własności przemysłowej, które dotychczas w największym stopniu zostały poddane unijnej harmonizacji. Nie bez znaczenia dla tej oceny jest również istnienie i funkcjonowanie Znaków Towarowych Wspólnoty, będącego jednolitym prawem skutecznym na terytorium całej Unii Europejskiej. W artykule omówiono najważniejsze kwestie związane z możliwością uzyskania ochrony dla oznaczenia w formie zarejestrowanego znaku towarowego. Michał Romanowski pisze o „Ogólnych regułach wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim”. Zasady Europejskiego Prawa Kontraktowego zawierają szereg reguł szczegółowych wykładni kontraktów pełniących funkcję pomocniczą (służebną) w stosunku do reguł ogólnych, ale o równie doniosłym znaczeniu praktycznym jak reguły ogólne. Potrzeby międzynarodowego obrotu handlowego spowodowały, że już od dawna były podejmowane próby ujednoczenia zasad prawa kontraktowego. Tomasz Konik i Szymon Murawski podejmują temat: „Dywidendy – regulacje polskie a przepisy obowiązujące w innych państwach Unii Europejskiej”. Autorzy zwracają uwagę na dyrektywę Rady nr 90/435/EEC z 23 lipca 2004 r. o wspólnym systemie podatkowym w odniesieniu do spółek matek i spółek córek z różnych państw członkowskich. Dyrektywa wprowadza bowiem ujednoczone zasady opodatkowania dochodów z tytułu udziału w zyskach osób prawnych. Celem artykułu jest porównanie w jaki sposób dyrektywa ta została implementowana do systemu prawnego wybranych państw członkowskich.

Przegląd Prawa Handlowego, nr 9, 2004 r.

Krystyna Szczepanowska-Kozłowska kontynuuje cykl pn. „Znaki towarowe w Unii Europejskiej (II)”. Ta część opracowania poświęcona została w przeważającej mierze wyłączności uprawnionego ze znaku, której zakres ocenia się wedle kryteriów właściwych dla oceny istnienia względnych podstaw odmowy rejestracji. „Spółka komandytowa w organizacji” to artykuł Michała R. Podświadka o spółce komandytowej: od chwili jej zawiązania do momentu jej wpisu do rejestru przedsiębiorców (spółka komandytowa w organizacji). Autor jest zdania, że tworzenie spółki komandytowej jest tak samo skomplikowane i czasochłonne jak tworzenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W obu przypadkach niezbędny jest przecież akt notarialny oraz wpis do rejestru przedsiębiorców i zachodzi potrzeba wnoszenia wkładów. Aleksander Stuglik w artykule „Odpowiedzialność licencjodawcy za wady

produktów informatycznych” pisze, że obowiązujące przepisy polskiego prawa co prawda normują kwestie odpowiedzialności za wady rozmaitych produktów, jednak problem odpowiedzialności za wady jakie mogą wykazywać produkty informatyczne, nie znalazł do tej pory jednoznacznego rozwiązania. Produkty informatyczne stały się nieodzownym elementem wyposażenia nowoczesnego przedsiębiorstwa. Oprócz programów komputerowych, najważniejszymi utworami informatycznymi są bazy (banki) danych, utwory multimedialne, sieci informatyczne (rozumiane jako miejsca agregacji danych), strony www, ikony, struktury odesłań (zbiory hiperłączy), czyli linki, oraz postacie wirtualne. W związku z narastającym zapotrzebowaniem gospodarki coraz częściej pojawia się kwestia ustalenia podstaw, zasad i zakresu odpowiedzialności za wady produktów informatycznych. Problemem tym zainteresowani są przede wszystkim bezpośredni użytkownicy programów (oprogramowań) komputerowych. Należy podkreślić, że większość produktów informatycznych jest zarazem utworami i podlega ochronie prawa autorskiego. Właśnie dla tych – mających zarazem status utworów w rozumieniu prawa autorskiego – ustanowiono swoisty reżim odpowiedzialności za ich wady. Dla pozostałych – które nie są utworami – właściwy reżim odpowiedzialności ustanawiają przepisy prawa cywilnego. Niniejsze opracowanie poświęcone jest regułom odpowiedzialności za wady produktów informatycznych, które są zarazem utworami.

***Monitor Prawniczy*, nr 18, 2004 r.**

Uchwalona 17 czerwca 2004 r. ustawa o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 162, poz. 1691) jest odpowiedzią na zmiany społeczno-gospodarcze i próbą nowego sposobu ochrony interesów majątkowych rodziny. Szczególnie pilna była „Reforma małżeńskiego prawa majątkowego”, o której pisze Tadeusz Smoczyński. Reforma stosowanych przepisów k.r.o. była konieczna w dwóch płaszczyznach: pierwsza dotyczy optymalnego dla ochrony interesów małżonków i dobra rodziny ukształtowania uprawnień małżonków do majątku nabytego w czasie trwania małżeństwa (stosunki wewnętrzne w rodzinie). Natomiast druga ma na względzie stosunki małżonków z osobami trzecimi. Chodzi tu przede wszystkim o wierzycieli i odpowiedzialność każdego z małżonków za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z nich. Prace nad reformą k.r.o. podjęła w 1998 r. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości. Chodziło o stworzenie takiego ustroju majątkowego, który nie utrudniałby obrotu prawnego, a jednocześnie wystarczająco chronił interesy małżonków i podstaw bytu rodziny. Mariusz Czyżak zajął się „karnoadministracyjną odpowiedzialnością za naruszenie przepisów Prawo zamówień publicznych”. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych dokonała szeregu zasadniczych zmian w polskim systemie zamówień publicznych. Wprowadziła – wśród nowych rozwiązań ustawowych – także dodatkowy instrument ochrony prawnej służący zapewnieniu prawidłowości procedury udzielania zamówień publicznych, związany z karnoadministracyjną odpowiedzialnością zamawiających za czynności podejmowane z naruszeniem tejże ustawy (Dział VII PrZamPub). Autor przedstawia zakres podmiotowy i przedmiotowy odpowiedzialności karnoadministracyjnej przewidzianej w PrZamPubl oraz wyraża krytyczną opinię nt. konstrukcji kary pieniężnej w omawianej ustawie.

Opracowała: *Agnieszka Metelska*



**PYTANIA
I ODPOWIEDZI
PRAWNE**

Andrzej Marcinkowski

Czy przepisy dotyczące przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron są nadużywane?

Kolega adwokat przedstawił sytuację, w której sąd nie dopuścił dowodu z przesłuchania stron, a w pisemnym uzasadnieniu wyroku uznał, że przeprowadzenie tego dowodu było zbędne.

Rzeczywiście przywykliśmy, że zgłoszenie dowodu z przesłuchania stron było skuteczne, w procesie typu socjalistycznego na sądzie spoczywał bowiem obowiązek ustalenia prawdy materialnej, co prowadziło do praktyki uwzględniania wniosku dowodowego z przesłuchania stron w każdym prawie przypadku zgłoszenia tego dowodu.

W mentalności sędziów utrwalił się pogląd, że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron jest konieczne choćby dlatego, aby sąd odwoławczy odmowy przeprowadzenia tego dowodu nie potraktował jako uchybienia procesowego. Takie nastawienie sędziów obu instancji powoduje, iż dowód z przesłuchania stron dopuszczany jest niemal mechanicznie, jeśli tylko strona go powoła, a często nawet z urzędu.

Z całą mocą podkreślić trzeba, że tego rodzaju praktyka nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu obowiązujących przepisów procesowych (art. 299 i art. 304 k.p.c.). Przede wszystkim wzmocnienie zasady kontrydiktoryjności po nowelizacjach kodeksu postępowania cywilnego w latach 1996, 2000 i 2004 uprawnia do stwierdzenia, że to strony, a nie sąd, powinny gromadzić materiał dowodowy.

Nie należy nigdy zapominać, że dowód z przesłuchania stron jest dowodem posiłkowym. Wartość dowodowa przesłuchania stron jest przecież względna. Dowód ten jest dopuszczalny tylko wtedy, kiedy nie można wyjaśnić innymi dowodami istotnych dla sprawy okoliczności. Bardzo często przeprowadzenie dowodu z prze-

słuchania stron jest zbędne, albo nawet niedopuszczalne, oczywiście z wyjątkiem spraw o rozwód lub o separację (art. 432 k.p.c.).

Unikając przewlekłości postępowania sądowego profesjonalni pełnomocnicy stron i szczególnie sędziowie powinni ograniczać przeprowadzanie dowodu z przesłuchania stron do rzeczywistych potrzeb i niezbędnych sytuacji, które określone są jednoznacznie w treści art. 299 k.p.c.

Z przytoczonych przyczyn odpowiedź brzmi, że wskutek utrwalonych przyzwyczajień przepisy dotyczące przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron są nadużywane nie tylko przez adwokatów, lecz również przez sędziów.



Zbigniew Strus

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna

1. Prawo materialne

1. Sąd Okręgowy rozpoznający sprawę o podział majątku dorobkowego powziął wątpliwości i sformułował zagadnienie prawne, dotyczące zasad podziału wierzytelności z tytułu pokrycia przez jednego z małżonków wkładu w spółce cywilnej. Należy dodać, że wkład został wniesiony w pieniądzech należących do majątku wspólnego. Pytanie Sądu drugiej instancji w rzeczywistości wynikało z wątpliwości podstawowej, co (udział, wkład) jest dorobkiem, tj. „przedmiotem majątkowym” objętym wspólnością majątkową (por. art. 31 k.r. i o.).

Uchwała z 15 września 2004 r., sygn. III CZP 46/04 nie daje odpowiedzi na tę wątpliwość podstawową, a odpowiedź lokuje w wyjaśnieniach zasady podziału:

„Wierzytelność z tytułu pokrycia wkładu jednego z małżonków w spółce cywilnej ze środków należących do majątku wspólnego, podlega rozliczeniu na podstawie art. 45 k.r.o. stosowanego w drodze analogii”.

Pisemne uzasadnienie uchwały nie zostało jeszcze opracowane. Na podstawie jej brzmienia nasuwają się następujące uwagi:

a. Odwołanie się do przepisu art. 45 w całości, bez wyodrębnienia którejkolwiek jego części oraz wyraźne sformułowanie „podlega rozliczeniu” pozwala wnioskować o przyjęciu konstrukcji rozliczania wydatków i nakładów, a nie podziału „przedmiotu”.

b. Stosowanie przepisu przez analogię wskazuje, że w przedstawionym zagadnieniu nie ma podstaw do przyjęcia istnienia majątku wspólnego uzasadniającego stosowanie wprost art. 45 k.r.o.

c. Powstała wierzytelność z tytułu pokrycia wkładu nie została uznana za dorobek, a czynność tego małżonka nie stanowiła zaspokojenia jego długu w rozumieniu art. 45 § 2, gdyż ten przepis nie został przytoczony.

Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 162, poz. 1691) wchodząca w życie z dniem 20 stycznia

2005 r. wprowadza w omawianej kwestii zmianę polegającą na wyłączeniu żądania zwrotu wydatków i nakładów zużytych w celu zaspokojenia potrzeb rodziny, chyba że zwiększyły wartość majątku w chwili ustania wspólności.

1. WYKONANIE UMOWY DAROWIZNY BYŁO PRZEDMIOTEM UCHWAŁY Z 24 CZERWCA 2004 R., SYGN. III CZP 30/04.

Zgodnie z art. 155 § 1 k.c. umowa darowizny rzeczy co do tożsamości oznaczonej przenosi własność na nabywcę, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej, albo że strony inaczej postanowiły. Ponieważ wg przepisu art. 888 § 1 k.c. przez umowę darowizny darczyńca zobowiązuje się do bezpłatnego świadczenia na rzecz obdarowanego kosztem swego majątku, rzeczowy skutek takiej umowy następuje – co do zasady – z chwilą jej zawarcia. W sprawie, na kanwie której przedstawiono zagadnienie prawne, przedmiotem darowizny było spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu. Wiadomo, że jest to prawo zbywalne (art. 172 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych). Zgodnie z art. 171 ust. 6 tej ustawy spółdzielnia nie może odmówić przyjęcia w poczet członków nabywcy prawa, jeżeli odpowiada on wymaganiom statutu. Jednak przyjęcia do spółdzielni dokonuje się na wniosek kandydata w postaci pisemnej deklaracji (art. 16 § 1 pr. spółdz.). Ze względu na te uwarunkowania powstała wątpliwość, czy złożenie deklaracji wchodzi w zakres wykonania darowizny, o którym mowa w art. 896 k.c., jako zdarzenia limitującego odwołanie darowizny, gdy okaże się, że darczyńca był nadszczodroblivy i wykonanie darowizny zagraża jego egzystencji.

Sąd Najwyższy podjął następującą uchwałę:

„Złożenie przez obdarowanego deklaracji o przyjęciu w poczet członków spółdzielni mieszkaniowej nie należy do wykonania darowizny (art. 896 k.c.) spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu mieszkalnego”.

2. OPŁATY Z TYTUŁU UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO

W uchwale III CZP 23/04 z 24 czerwca 2004 r. podjęto zagadnienie prawa intertemporalnego. Sąd Okręgowy pytał o moc wiążącą postanowienia wprowadzonego do umowy o oddanie terenu w użytkowanie wieczyste zawartej pod rządami ustawy z dnia 14 lipca 1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach, stwierdzającego, że użytkownik wieczysty będzie uiszczał opłaty roczne obniżone o 50%. Sąd przedstawiający zagadnienie prawne dodał w postanowieniu, że cel użytkowania wieczystego został zrealizowany i nie uległ zmianie, ale oświadczenie właściciela gruntu o wypowiedzeniu opłaty rocznej, kwestionowane przed sądem powszechnym w sprzeciwie od orzeczenia Samorządowego Kolegium Odwoławczego, poprzedzone było wcześniejszymi wypowiedzeniami opłaty rocznej bez przewidzianego umową jej obniżenia.

Uchwała ma treść następującą: „Obniżenie opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego o 50% ustalone w umowie o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste, zawartej w czasie obowiązywania ustawy z dnia 14 lipca 1961 r. o gospodarce w miastach i osiedlach (Dz.U. Nr 32, poz. 159 ze zm.) zachowuje skuteczność także pod rządami obecnie obowiązującej ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., Nr 46, poz. 543 ze zm.), dopóki umowa stron w tym zakresie nie zostanie skutecznie zmieniona”.

3. UBEZPIECZENIE MIENIA

Uchwała z 5 sierpnia 2004 r., sygn. III CZP 40/04, rozstrzyga wątpliwości odnośnie do skutku niezawiadomienia zakładu ubezpieczeń o kradzieży pojazdu, mimo zastrzeżenia

takiego obowiązku ubezpieczającego lub kierowcy oraz sankcji w postaci odmowy wypłacenia odszkodowania.

Sąd Najwyższy uznał, że „Przepisy art. 826 § 1 i 2 k.c. stosuje się w razie niewykonania przez ubezpieczającego, przewidzianego w ogólnych warunkach ubezpieczenia, obowiązku zawiadomienia ubezpieczyciela o kradzieży pojazdu”.

Rozstrzygane zagadnienie wymagało rozważenia dwóch możliwych rozwiązań:

1. poszukującego sankcji w przepisie art. 826 k.c. (tak w uchwale),
2. odwołującego się do art. 354 § 1 w związku z art. 805 § 1 k.c. i sankcji umownej.

Przyjęcie pierwszej opcji wymaga rozprawienia się z zarzutem nieadekwatności obowiązku ubezpieczającego zmniejszenia szkody do kradzieży jako wypadku ubezpieczeniowego (w razie kradzieży wyrządzono maksymalną szkodę), natomiast pozwala elastycznie chronić ubezpieczonego za pomocą klauzuli generalnej – zasad współżycia społecznego.

Druga opcja lepiej odpowiadałaby „literze prawa”, ale obrona interesów ubezpieczającego następowałaby w bardziej kłopotliwym trybie (zarzut klauzuli abuzywnej) w razie narzucenia szczególnie dotkliwych wymagań w ogólnych warunkach ubezpieczenia.

Na tle uchwały nasuwa się dodatkowa uwaga. Rozstrzygnięcie nie powinno być rozumiane jako uznanie zbędności zamieszczania w o.w.u. postanowień nakazujących zawiadomienie ubezpieczyciela o kradzieży.

4. OCHRONA PRAW LOKATORÓW

Czy przy ocenie skuteczności wypowiedzenia najmu łączącego powiat z gminą należy uwzględnić interesy podnajemcy oraz przepisy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i zmianie kodeksu cywilnego ograniczające możliwość wypowiedzenia najmu w sytuacji, gdy umowa najmu została zawarta w celu zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych podnajemcy? Zagadnienie sformułowane w sposób wyżej przytoczony przedstawił Sąd Okręgowy, upatrując poważne wątpliwości w stosunku między przepisami Kodeksu cywilnego kształtującymi podnajem jako stosunek pochodny wobec najmu a przepisami chroniącymi odrębnie prawa lokatorów, zwłaszcza jeśli chodzi o ustanie najmu (art. 668 § 2 k.c.).

Uchwała z 23 lipca 2004 r., sygn. III CZP 31/04 zawiera odpowiedź twierdzącą: „W sytuacji gdy umowa najmu lokalu łącząca Powiat z Gminą została zawarta w celu zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych podnajemcy, z którym umowę podnajmu zawarła Gmina, skuteczność wypowiedzenia umowy najmu przez Powiat należy oceniać z uwzględnieniem interesów podnajemcy jako lokatora w rozumieniu ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i zmianie kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 71, poz. 733 ze zm.).

a. Postępowanie cywilne

1. Upadłość współnika spółki jawnej

Uchwała z 5 sierpnia 2004 r. sygn. III CZP 41/04 została wydana w sprawie rozpoznawanej na skutek zażalenia wierzyciela spółki jawnej, której upadłość oraz upadłość współnika jako przedsiębiorcy ogłoszono po rozpoznaniu wniosku tegoż współnika. Wierzyciel w zażaleniu podważał to rozstrzygnięcie, a sąd drugiej instancji powołując się na przepis art. 11 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego żądał wyjaśnienia wątpliwości, wskazując, że wierzyciele dotychczas nie domagali się od współnika zaspokojenia swoich wierzytelności.

Sąd Najwyższy uchwalił, że „W świetle art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60, poz. 595 ze zm.) ogłoszenie upadłości spół-

ki jawnej nie uzasadnia uwzględnienia wniosku wspólnika o ogłoszenie jego upadłości, jeżeli wierzyciele spółki nie domagali się zaspokojenia od niego swoich wierzytelności”.

Wskazany przepis stanowi, że dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. W świetle art. 5 wymienionego Prawa nie budzi wątpliwości zdolność upadłościowa zarówno spółki osobowej jak i wspólników ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki, bez ograniczenia, całym swoim majątkiem. Subsydiarną odpowiedzialność wspólników uregulowano w art. 31 Kodeksu spółek handlowych. Z porównania § 1 i 2 wynika, że wprawdzie wytoczenie powództwa przeciw wspólnikowi jest dopuszczalne jeszcze przed ujawnieniem się bezskuteczności egzekucji z majątku spółki, ale odpowiedzialności subsydiarnej nie można utożsamiać z samoistną. Dlatego przed wezwaniem wspólnika do zapłaty zobowiązań spółki nie można uznać, że nie płaci on własnych wymagalnych zobowiązań, a tym samym nie ma automatyzmu upadłości wspólnika w razie ogłoszenia upadłości spółki.

5. KOSZTY SĄDOWE

Opłaty kancelaryjne

Zagadnienia dotyczące opłat kancelaryjnych trudno uznać za szczególnie doniosłe dla rozwoju prawa, nie sposób jednak zaprzeczyć ich znaczenia dla codziennego rzemiosła prawniczego. Można również zauważyć, że szczegółowe kwestie związane z tymi opłatami powinny być rozwiązywane przez władzę wykonawczą zmianami rozporządzenia w sprawie wysokości opłat kancelaryjnych, w miarę ujawniania się trudności w stosowaniu jego postanowień.

Sąd Najwyższy w dniu 15 września 2004 r. podjął dwie uchwały w tym przedmiocie.

W pierwszej, sygn. III CZP 43/04 wyjaśnił, że „Za wydaną kserokopię protokołu z akt sprawy pobiera się opłatę kancelaryjną w kwocie po 1 zł za każdą stronicę”.

W drugiej stwierdził: „Opłatę kancelaryjną za klauzulę wykonalności pobiera się także, gdy została ona umieszczona na bankowym tytule egzekucyjnym”.

Dla zrozumienia wątpliwości występujących w drugiej uchwale należy zwrócić uwagę na przepisy:

a) § 54 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych, stanowiącego, że od wniosku o nadanie klauzuli wykonalności (m.in.) bankowemu tytułowi egzekucyjnemu pobiera się dziesiątą część wpisu stosunkowego,

b) § 1 ust. 1 rozporządzenia tegoż Ministra z dnia 15 listopada 1996 r. w sprawie wysokości opłat kancelaryjnych w sprawach cywilnych, nakazującego pobranie za klauzulę wykonalności, stwierdzenie prawomocności, odpisy, zaświadczenia, wyciągi oraz inne dokumenty wydawane na wniosek na podstawie akt opłaty kancelaryjnej w kwocie 6 zł za każdą stronicę wydanego dokumentu.

Opłaty od wniosku o wpis w księdze wieczystej spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu mieszkalnego.

Uchwała z 24 czerwca 2004 r. podjęta w sprawie sygn. III CZP 29/04 rozstrzyga zagadnienie, w jakiej wysokości należy pobrać opłatę sądową za wpis własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego w księdze wieczystej w razie nabycia w obrocie wtórnym, tj. od członka spółdzielni. W grę wchodził wpis w wysokości 1/20 części wpisu stosunkowego (§ 33 pkt 3 rozporządzenia) albo 1/5 części (§ 31 pkt 2).

W uchwale wyjaśniono, że „Od wniosku o wpis w księdze wieczystej własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego, nabytego na podstawie umowy od członka

spółdzielni, pobiera się wpis w wysokości określonej w § 31 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych (...).”.

6. DROGA SĄDOWA W SPRAWACH O TZW. MIENIE ZABUŻAŃSKIE

Pierwsze wątpliwości na tle ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o zaliczaniu na poczet ceny sprzedaży albo opłat z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości Skarbu Państwa wartości nieruchomości pozostawionych poza obecnymi granicami państwa polskiego (Dz.U. 2004 r., Nr 6 poz. 39) dotyczyły dopuszczalności drogi sądowej o ustalenie, że powód bądź jego poprzednik prawny pozostawili poza obecnymi granicami państwa nieruchomości, do której przysługiwało im prawo własności. Sąd pytał również, czy osoba dysponująca dokumentami, o jakich mowa w art. 54 ust. 2 pkt 2 ustawy ma interes prawny w uzyskaniu orzeczenia ustalającego pozytywnie stan, o którym mowa w zdaniu poprzednim.

W dniu 5 sierpnia 2004 r. Sąd Najwyższy podjął w sprawie III CZP 39/04 uchwałę następującą: „Po wejściu w życie ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o zaliczeniu (...), dopuszczalna jest droga sądowa o ustalenie, że powód bądź jego poprzednicy prawni pozostawili poza obecnymi granicami państwa nieruchomości, do której przysługiwało im prawo własności”.

Ponieważ w art. 5 ust. 2 znajduje się sformułowanie, iż potwierdzenie prawa do zaliczenia wartości nieruchomości pozostawionych poza obecnymi granicami państwa polskiego następuje na podstawie dokumentów urzędowych, w tym sądowych, trudno oczekiwać aby zostało ono interpretowane jako wyłączenie drogi sądowej w sprawie materialno-cywilnej.

7. SKUTKI WADLIWEGO PEŁNOMOCNICTWA

Uchwała z 28 lipca 2004 r., sygn. III CZP 32/04 rozstrzyga skutki reprezentacji strony przez pełnomocnika, który nie może być pełnomocnikiem.

„Występowanie w sprawie w charakterze pełnomocnika strony osoby, która nie może być pełnomocnikiem, oznacza brak należytego umocowania, co powoduje nieważność postępowania (art. 379 pkt 2 k.p.c.). Uchybienie to nie może być usunięte w drodze zażalenia przez stronę czynności dokonanych przez tę osobę”.

Uchwała powinna wywołać dyskusję o sposobie naprawienia niewątpliwego uchybienia, jakim jest wadliwa reprezentacja. Praktycy mogą wyobrazić sobie sytuację, w której wadliwość ta wyjdzie na jaw jeszcze w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, a sąd oraz strony (uczestnicy) staną przed dylematem zgody na wynik dotychczasowych czynności albo ich powtarzania.

Zbigniew Szonert

Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego

**Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego
z 26 maja 2003 r., sygn. akt FPS 4/03**

Zagadnienie prawne:

W wypadku budowy stanowiącego współwłasność budynku mieszkalnego wielorodzinnego, z przeznaczeniem co najmniej pięciu lokali mieszkalnych na wynajem, każdy ze współwłaścicieli uczestniczących w budowie uzyskuje prawo do odliczenia odpowiedniej części kwoty, określonej w art. 26 ust. 2 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. 1993 Nr 90, poz. 416 ze zm.), którą to część ustala się proporcjonalnie do udziału we współwłasności budynku.

Z uzasadnienia uchwały:

Naczelny Sąd Administracyjny, postanowieniem z 18 grudnia 2002 r. I SA/Gd 872/00, przedstawił do wyjaśnienia w trybie art. 49 ust. 2 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 ze zm.) następującą wątpliwość prawną: Czy ustalona proporcjonalnie do udziału we współwłasności kwota odliczeń określona w art. 26 ust. 3 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. 1993 Nr 90, poz. 416 ze zm.) obliczana jest według udziału we współwłasności gruntu, na którym posadowiony został budynek mieszkalny wielorodzinny, w którym znajduje się co najmniej pięć lokali mieszkalnych na wynajem, czy też obliczana jest według udziału współwłaściciela lokalu mieszkalnego na wynajem w ogólnej powierzchni lokali mieszkalnych przeznaczonych na wynajem?

Wątpliwość prawna przedstawiona przez skład orzekający Naczelnego Sądu Administracyjnego do wyjaśnienia powstała na tle następującego stanu faktycznego.

Decyzją z 26 stycznia 2000 r. (...) Drugi Urząd Skarbowy w T. – powołując w podstawie prawnej art. 21 § 3, art. 53 § 4, art. 207 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 ze zm.) oraz art. 3 ust. 1, art. 10 ust. 1 pkt 1 i 6, art. 13 pkt 8, art. 26 ust. 1 pkt 8, art. 27 ust. 1, art. 45 ust. 6 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od

osób fizycznych (Dz.U. 1993 Nr 90, poz. 416 ze zm.) – określił Aleksandrze i Andrzejowi S. należny podatek dochodowy od osób fizycznych za 1997 r. w kwocie 12 809,60 zł, zaległość w tymże podatku w kwocie 10 682 zł oraz wysokość odsetek za zwłokę w kwocie 7152,10 zł.

Ustalając stronom podatek w kwocie wyższej o 10 682,20 zł od zadeklarowanej w złożonym w dniu 28 kwietnia 1998 r. zeznaniu podatkowym PIT-33, organ pierwszej instancji zakwestionował m.in. odliczenie od dochodu wydatków poniesionych w roku podatkowym na budowę stanowiącego współwłasność budynku mieszkalnego z lokalami na wynajem w kwocie 60 466 zł, zamiast 18 274,20 zł, obliczonych proporcjonalnie do udziału we współwłasności nieruchomości. Urząd Skarbowy powołał się przy tym na – zawartą w formie aktu notarialnego – umowę z 29 grudnia 1997 r., z której wynikało, że podatnicy kupili od Spółki „B.” za 4700 zł wynoszący 4290/288400 udział w prawie współużytkowania wieczystego gruntu (położonego w T. przy ul. Z. K. 117–121) pod zabudowę budynkiem mieszkalnym z przeznaczeniem co najmniej pięciu lokali mieszkalnych na wynajem.

Zdaniem organu pierwszej instancji, określony ułamkowo w akcie notarialnym udział we wspólnym prawie jest jedynym realnie istniejącym kryterium umożliwiającym prawidłowe ustalenie wysokości przysługujących odliczeń od dochodów w roku podatkowym, w którym poniesiono wydatki na wspomniany cel. Biorąc po uwagę łączną liczbę lokali mieszkalnych – 37, w tym 15 lokali budowanych z przeznaczeniem na wynajem, Urząd Skarbowy określił, że limit odliczeń przysługujących podatnikom w 1997 r. wynosi 18 274,20 zł ($15 \times 81\,900 \times 4290 : 288\,400$). Ponieważ ogólna kwota wydatków na budowę domu wielorodzinnego z lokalami na wynajem za rok 1997 r. wynosi 60 466 zł, przeto kwota wydatków związanych z budową tego budynku została przekroczona o 42 191,80 zł.

Powołując się na art. 26 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, organ pierwszej instancji podniósł, że w przypadku budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego, stanowiącego współwłasność, z przeznaczeniem znajdujących się w nim co najmniej pięciu lokali mieszkalnych na wynajem, limit odliczeń ustalany jest z uwzględnieniem wszystkich osób finansujących budowę budynku, a zatem także osób, które budują lokale mieszkalne na własne cele i osób budujących lokale użytkowe w takim budynku. Udział podatników we wspólnym prawie wynika w takim przypadku – zdaniem Urzędu Skarbowego – z aktu notarialnego, co według umowy z 29 grudnia 1997 r. wynosi dla podatników 4290/288400, a więc daje uprawnienia do odliczenia od dochodu wydatków poniesionych na wskazany wcześniej cel w kwocie 18 274,20 zł.

W odwołaniu podatnicy zakwestionowali sposób określenia ulgi podatkowej przez Urząd Skarbowy i wywiedli, że przy obliczaniu iloczynu w rozpoznawanej sprawie należy uwzględnić 15 lokali na wynajem (w budynku o 37 lokalach), limit ulgi na jeden lokal wynoszący w 1997 r. 81 900 zł oraz udział we współwłasności części lokali przeznaczonych na wynajem, który – według zaświadczenia Spółki „B.” – wynosi 4290/80600 (nie zaś udział wynikający z aktu notarialnego, jak to uczynił organ podatkowy, czyli 4290/288400).

Izba Skarbowa w B. podzieliła stanowisko Drugiego Urzędu Skarbowego w T., i decyzją z 24 marca 2000 r. (...) utrzymała pierwszoinstancyjne rozstrzygnięcie.

W skardze do Naczelnego Sądu Administracyjnego skarżący za niewłaściwe uznali ustalenie przez organy skarbowe limitu ulgi, ograniczające uprawnienie podatnika do odliczenia wydatków poniesionych na budowę. Zdaniem stron, nie ma problemów interpretacyj-

nych w przypadku korzystania z ulgi w podatku dochodowym, związanej z budową budynku mieszkalnego z przeznaczeniem co najmniej pięciu lokali na wynajem, gdy właścicielem budynku jest jedna osoba lub małżonkowie. Wówczas bowiem nie dzieli się limitu ulgi, nie ustala się proporcji udziału w wydatkach, podatnik zaś ma bezpośredni wpływ na sposób wykorzystania budynku lub poszczególnych lokali w okresie wymaganym dla zachowania ulgi.

W konkluzji skarżący wywodzą, że „w sytuacji budowy budynku, w którym znajdują się różne lokale, w tym co najmniej pięć na wynajem, należałoby uznać, iż proporcjonalność udziału we współwłasności, w związku z odesłaniem w ust. 3 do ust. 2 art. 26 – w zakresie sposobu liczenia kwoty odliczeń, powinna odnosić się nie do udziału we współwłasności wszystkich lokali, a wyłącznie do lokali mieszkalnych przeznaczonych na wynajem”, bowiem takie rozumienie spornego przepisu czyni zadość zasadzie racjonalnego prawodawcy.

W odpowiedzi na skargę Izba Skarbowa podtrzymała stanowisko organów podatkowych.

Naczelnny Sąd Administracyjny zważył, co następuje: Przedmiotem wątpliwości i odmiennych poglądów jest sposób obliczania kwoty odliczeń przysługujących każdemu ze współwłaścicieli w przypadku budowy budynku wielorodzinnego z przeznaczeniem znajdujących się w nim co najmniej pięciu lokali mieszkalnych na wynajem, a w konsekwencji zastosowanie obowiązującej do 31 grudnia 2000 r. ulgi podatkowej, zniesionej ustawą z 9 listopada 2000 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 104, poz. 1104), z zachowaniem tzw. praw nabytych do końca 2003 r. (art. 7 ust. 13 tejże ustawy). Przepis art. 26 ust. 1 pkt 8 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych przewidywał bowiem możliwość odliczenia od dochodu wydatków poniesionych na budowę własnego lub stanowiącego współwłasność budynku mieszkalnego wielorodzinnego, z przeznaczeniem znajdujących się w nim co najmniej pięciu lokali mieszkalnych na wynajem oraz wydatków na zakup działki pod budowę tego budynku. Według zaś art. 26 ust. 3, w przypadku budowy budynku wielorodzinnego, spełniającego wymagania ujęte w art. 26 ust. 1 pkt 8, a stanowiącego współwłasność, kwotę odliczeń przysługującą każdemu ze współwłaścicieli w ogólnej kwocie obliczeń ustala się proporcjonalnie do udziału we współwłasności.

W razie braku dowodu określającego wysokość udziałów współwłaścicieli przyjmuje się, że udziały we współwłasności są równe. Właśnie regulacja prawna zawarta w art. 26 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych stała się źródłem rozbieżnych interpretacji organów podatkowych i judykatury.

Odnosząc poczynione wywody do postawionego pytania stwierdzić należy, iż w przypadku budowy stanowiącego współwłasność budynku mieszkalnego wielorodzinnego, z przeznaczeniem co najmniej pięciu lokali na wynajem, każdy ze współwłaścicieli uczestniczących w budowie uzyskuje prawo do odliczenia odpowiedniej części kwoty, określonej w art. 26 ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, którą to część ustala się proporcjonalnie do udziału we współwłasności budynku. Wyjaśnić jednak trzeba, iż sięgnięcie po udział we współwłasności budynku jest uzasadnione w rozpoznawanej sprawie faktem, że współwłaściciele wznoszonego budynku są współużytkownikami wieczystymi nieruchomości gruntowej.

W sytuacji istnienia wspólnego prawa własności do gruntu należałoby natomiast uwzględnić udział we współwłasności nieruchomości, obejmującej grunt i jego części składowe, w tym budynek mieszkalny.

Co zaś się tyczy prawa użytkowania wieczystego, to mimo pewnych wahań w praktyce organów podatkowych oraz w orzecznictwie, ostał się pogląd, że z ulgi podatkowej przewidzianej w art. 26 ust. 1 pkt 8 w związku z ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych mogą skorzystać nie tylko właściele lub współwłaściciele nieruchomości, ale także użytkownicy lub współużytkownicy wieczystości.

Istotnym warunkiem takiej ulgi jest jednak tytuł prawny podatnika do budynku, a mianowicie własność lub współwłasność. Przesłanka ta jest spełniona zarówno wtedy, gdy podatnik wzniesie budynek na gruncie stanowiącym jego własność lub współwłasność (zgodnie z zasadą *superficies solo cedit*, wyrażoną w art. 48 w związku z art. 191 Kodeksu cywilnego), jak i wówczas, gdy posadowi go na gruncie oddanym mu w użytkowanie lub współużytkowanie wieczyste, albowiem obiekt ten stanie się odrębnym od gruntu przedmiotem prawa własności (art. 235 Kodeksu cywilnego).

Ku takiej interpretacji art. 26 ust. 1 pkt 8 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych skłonił się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 22 października 2002 r. (SK 39/01 – OTK-A 2002 nr 5, poz. 66).

W takim stanie rzeczy Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 49 ust. 2 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 ze zm.), podjął uchwałę, jak w sentencji.

Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 października 2003 r., sygn. akt FPS 8/03

Zagadnienie prawne:

Jeżeli zobowiązanie wygasło po wydaniu decyzji ostatecznej, Naczelny Sąd Administracyjny oddala skargę, gdyż bierze pod uwagę stan istniejący w chwili wydania decyzji organu drugiej instancji (art. 21 i art. 22 ustawy o NSA). Jeżeli natomiast zobowiązanie podatkowe wygasło przed datą wydania decyzji organu drugiej instancji, decyzja nieuwzględniająca terminu przedawnienia podlega uchyleniu, jako naruszająca prawo materialne.

Z uzasadnienia uchwały:

Naczelny Sąd Administracyjny postanowieniem z 28 stycznia 2003 r., SA/Bk 536/02, na podstawie art. 49 ust. 2 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 ze zm.) wystąpił o wyjaśnienie przez skład siedmiu sędziów tego Sądu następującej wątpliwości prawnej: Czy zobowiązanie podatkowe przedawnia się, jeżeli urząd skarbowy doręczył podatnikowi decyzję określającą wysokość podatku przed upływem pięcioletniego terminu, o którym mowa w art. 70 § 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 ze zm.), a doręczenie decyzji organu odwoławczego – utrzymującej w mocy decyzję organu pierwszej instancji – nastąpiło już po upływie tego terminu?

Wątpliwość ta powstała na tle następującego stanu faktycznego. Urząd Skarbowy w B.-P. decyzją z 21 grudnia 2001 r. określił Jolancie i Adamowi M. podatek dochodowy od osób fizycznych za 1995 r. w kwocie 199 913,40 zł, zaległość podatkową w kwocie 8100 zł i odsetki od zaległości podatkowej na dzień wydania decyzji w kwocie 205 143,40 zł. Jolanta i Adam M. złożyli od tej decyzji odwołanie, w którym podnieśli, że w sprawie nastąpiło przedawnienie zobowiązania podatkowego.

Okres pięcioletni przedawnienia w sprawie rozpoczął się dnia 1 stycznia 1997 r. i zakończył się dnia 31 grudnia 2001 r. Z dniem 31 grudnia 2001 r. nastąpiło przedawnienie zobowiązania podatkowego, powstałego z mocy prawa.

Decyzja wymiarowa w sprawie wydana została dnia 21 grudnia 2001 r., ale według odwołujących się, wydanie decyzji przez organ I instancji nie przerwało biegu przedawnienia. Izba Skarbowa w B. decyzją z 5 kwietnia 2002 r. utrzymała w mocy decyzję organu I instancji. Organ odwoławczy w uzasadnieniu tej decyzji wskazał, że z akt sprawy wynika, iż Urząd Skarbowy wydał decyzję dnia 21 grudnia 2001 r. i doręczył ją skutecznie przed upływem terminu przedawnienia, a mianowicie dnia 31 grudnia 2001 r. Dodatkowe doręczenie decyzji podatnikowi w dniu 8 stycznia 2002 r. nie miało znaczenia wobec doręczenia jej wcześniej w sposób zastępczy. Izba Skarbowa podkreśliła, że w sprawie istotne jest to, że decyzja organu I instancji doręczona została dnia 31 grudnia 2001 r., a więc przed upływem terminu przedawnienia. Decyzja Izby Skarbowej została wydana w wyniku postępowania odwoławczego. Z przepisów ustawy Ordynacja podatkowa nie wynika, iż decyzja określająca zobowiązanie podatkowe, doręczona przed upływem okresu przedawnienia, ma być decyzją ostateczną. Według organu odwoławczego, przedawnienie miałoby miejsce wówczas, gdyby jego decyzja zmieniała wysokość należnego podatku dochodowego. Tymczasem Izba Skarbowa utrzymała w mocy decyzję organu I instancji, a tym samym potwierdziła prawidłowość dokonanych przez Urząd Skarbowy ustaleń.

W skardze do Naczelnego Sądu Administracyjnego Jolanta i Adam M. podnieśli zarzut naruszenia przepisów prawa, wymienionych w odwołaniu od decyzji organu I instancji, a dodatkowo podnieśli zarzut naruszenia art. 20 ust. 1 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. 1993 Nr 90, poz. 416 ze zm.) oraz art. 208 i art. 226 § 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 ze zm.) poprzez nieuwzględnienie odwołania, pomimo że najpóźniej w dacie złożenia odwołania zobowiązanie podatkowe uległo przedawnieniu, a zatem postępowanie podatkowe powinno być umorzone.

Skład orzekający NSA w uzasadnieniu przytoczonego na wstępie postanowienia wskazał, że stanowisko Izby Skarbowej nawiązuje do poglądu, który ukształtował się w orzecznictwie Sądu Najwyższego na gruncie art. 7 i art. 30 ustawy z 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych (Dz.U. 1993 Nr 108, poz. 486 ze zm.).

Skład orzekający powołał się na jeden wyrok Sądu Najwyższego, a mianowicie z 27 czerwca 1983 r. (III ARN 8/83 – OSNC 1984 z. 1, poz. 16). W wyroku tym Sąd Najwyższy uznał, że zgodnie z ogólnie obowiązującą zasadą dwuinstancyjności postępowania administracyjnego (art. 15 k.p.a.) decyzję w sprawie ustalenia wysokości zobowiązania podatkowego podejmuje w zasadzie organ podatkowy pierwszej instancji. Decyzja tego organu jest więc decyzją w sprawie wymiaru podatku i to natychmiast wykonalną.

Następnie skład orzekający wskazał na odmienne stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, wyrażone w wyroku z 19 kwietnia 2000 r. (III SA 917/99 – ONSA 2001 nr 3, poz. 119), w którym Sąd uznał, że wydanie decyzji deklaratoryjnej przez organ podatkowy I instancji nie przerywa biegu terminu przedawnienia, o którym mowa w art. 70 Ordynacji podatkowej. Sąd wskazał, że w art. 7 ust. 1 ustawy z 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych chodziło o termin, w którym organ podatkowy był władny spowodować powstanie zobowiązania podatkowego przez wydanie i doręczenie decyzji, a nie o termin, po upływie którego zobowiązanie podatkowe wygasa. Tak więc na gruncie art. 7 ust. 1 ustawy o zobowiązaniach podatkowych zasadne było stanowisko, że do powstania zobowiązania wystarczające było zachowanie terminu przez organ I instancji. Inaczej natomiast wygląda sytuacja w wypadku wygaśnięcia zobowiązania podatkowego na skutek przedawnienia. Termin przedawnienia liczy się od terminu płatności zobowiązania. Upływ tego terminu – z

uwzględnieniem przypadków przerwania jego biegu – powoduje wygaśnięcie zobowiązania bez względu na to, czy w ogóle wszczęto postępowanie podatkowe, czy też znajduje się ono w fazie przed organem I lub II instancji, czy nawet toczy się już postępowanie egzekucyjne (art. 59 § 1 pkt 3 ustawy Ordynacja podatkowa i art. 33 pkt 1 ustawy z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. 1991 Nr 36, poz. 161 ze zm.)). Wreszcie NSA uznał, że decyzja organu II instancji jest takim samym aktem stosowania prawa, jak decyzja I instancji, a działanie organu odwoławczego nie ma charakteru kontrolnego lecz działaniem merytorycznym. Decyzja organu odwoławczego jest wydawana na podstawie stanu faktycznego i prawnego z momentu jej wydania. Jeżeli zatem organ odwoławczy stwierdził, że w chwili wydawania jego decyzji zobowiązanie podatkowe przedawniło się z uwagi na upływ 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym upłynął termin płatności podatku, to jest obowiązany uchylić decyzję organu I instancji i umorzyć postępowanie, jako bezprzedmiotowe. Skład orzekający NSA, wskazując powyższe rozbieżne stanowiska, zaznaczył, że art. 30 ust. 1 ustawy z 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych i art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej „treściowo” mają identyczne brzmienie.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów zważył, co następuje:

Omówienia wymaga różnica między regulacją z art. 68 a art. 70 ustawy z 23 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 ze zm.), zwanej dalej w skrócie „Ordynacji podatkowej”. Pierwszy z tych przepisów wyznacza termin, w ciągu którego zobowiązanie może powstać, a drugi – termin wygaśnięcia już istniejącego zobowiązania.

W pierwszym wypadku istotny jest moment doręczenia decyzji organu pierwszej instancji stronie, gdyż z tą chwilą art. 21 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej wiąże moment powstania zobowiązania. W drugim wypadku chwila doręczenia jakiegokolwiek decyzji nie ma żadnego znaczenia, gdyż zobowiązanie podatkowe wygasa na skutek samego upływu czasu (art. 59 § 1 pkt 3 Ordynacji podatkowej w stanie prawnym obowiązującym w 2002 r.).

Upływ czasu spowoduje wygaśnięcie zobowiązania bez względu na to, czy postępowanie podatkowe się toczy, czy też nie, czy znajduje się w fazie przed organem pierwszej, czy też drugiej instancji, czy wreszcie decyzja stała się ostateczna.

Z tych względów Naczelny Sąd Administracyjny, badając zarzut przedawnienia, bada przede wszystkim datę wygaśnięcia zobowiązania. Jeżeli zobowiązanie wygasło po wydaniu decyzji ostatecznej, Naczelny Sąd Administracyjny oddala skargę, gdyż bierze pod uwagę stan istniejący w chwili wydania decyzji organu drugiej instancji (art. 21 i art. 22 ustawy o NSA). Jeżeli natomiast zobowiązanie podatkowe wygasło przed datą wydania decyzji organu drugiej instancji, decyzja nieuwzględniająca terminu przedawnienia podlega uchyleniu, jako naruszająca prawo materialne. Organowi drugiej instancji nie wolno bowiem wypoziwać się na temat wysokości zobowiązania, które już nie istnieje.

Pięcioletni termin przedawnienia zobowiązania podatkowego ulega przerwaniu lub zawieszeniu w wypadkach enumeratywnie wymienionych w art. 70 Ordynacji podatkowej.

Nie ma wśród nich zdarzenia w postaci doręczenia stronie decyzji przez organ pierwszej instancji. Oznacza to, że wspomniane zdarzenie nie wpływa w żaden sposób na bieg terminu przedawnienia.

Tym samym, przedstawioną do rozstrzygnięcia wątpliwość prawną należy wyjaśnić stwierdzeniem, że jeżeli zobowiązanie wygasło po wydaniu decyzji ostatecznej, Naczelny Sąd Administracyjny oddala skargę, gdyż bierze pod uwagę stan istniejący w chwili wydania decyzji organu drugiej instancji (art. 21 i art. 22 ustawy o NSA). Jeżeli natomiast zobowiąza-

nie podatkowe wygasło przed datą wydania decyzji organu drugiej instancji, decyzja nieuwzględniająca terminu przedawnienia podlega uchyleniu, jako naruszająca prawo materialne.

Należy jednak podkreślić, że przytoczone wyżej wywody dotyczą stanu faktycznego, w którym nie doszło do zapłaty podatku w toku postępowania podatkowego. Zapłata podatku przed upływem przedawnienia powoduje wygaśnięcie zobowiązania podatkowego na podstawie art. 59 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej. Zobowiązanie, które wygasło na skutek zapłaty, nie może wygasnąć po raz drugi na skutek przedawnienia. Oznacza to, że po zapłacie podatku termin przedawnienia już nie biegnie, a organ odwoławczy w czasie praktycznie nieograniczonym może wydać jedną z decyzji wymienionych w art. 233 § 1 i § 2, umożliwiając podatnikowi uzyskanie zwrotu nadpłaconego podatku. Organ odwoławczy nie może jedynie określić podatku w kwocie wyższej od zapłaconej, bo w tym zakresie – wobec braku zapłaty – zobowiązanie wygasło na skutek przedawnienia (art. 59 § 1 pkt 3 Ordynacji podatkowej według stanu prawnego obowiązującego w 2002 r.). Pogląd taki wyraził również Sąd Najwyższy w wyroku z 21 maja 2002 r. (III RN 76/01 – OSNP 2003 nr 7, poz. 162) oraz Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 11 października 2002 r. (III SA 3514/00 – ONSA 2003 Nr 3, poz. 109 z aprobowaną glosą A. Skoczyłasa w OSP 2003 z. 7–8, poz. 92). Biorąc pod uwagę wszystkie przytoczone wyżej argumenty, Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 49 ust. 2 ustawy o NSA podjął uchwałę, jak w sentencji.

Uchwała Składu Siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13 października 2003 r., sygn. akt OPS 6/03

Zagadnienie prawne:

Najemca, który na podstawie umowy najmu zawartej z nowym właścicielem wywłaszczonej nieruchomości, tj. Skarbem Państwa lub jednostką samorządu terytorialnego, używa lokal (budynek) znajdujący się na tej nieruchomości, ma przymiot strony w postępowaniu administracyjnym o zwrot wywłaszczonej nieruchomości (art. 28 k.p.a. w związku z art. 138 ust. 2 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami – Dz.U. 2000 Nr 46, poz. 543 ze zm.).

Z uzasadnienia uchwały:

Prezydent Miasta G. – działając na podstawie art. 136–141 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. Nr 115, poz. 741 ze zm.) – decyzją z 30 lipca 1999 r. (...) orzekł o zwrocie na rzecz Jana Ż., za zwrotem odszkodowania, wywłaszczonej nieruchomości stanowiącej działkę nr 208/1, o powierzchni 0,4219 ha, położonej przy ul. W. 61 w G., zabudowaną domem mieszkalnym, który użytkują na podstawie umowy najmu Renata i Zbigniew O. Wnieśli oni odwołanie od tej decyzji, zarzucając, że nie zostały rozliczone ich nakłady dokonane na tej nieruchomości, oraz że nie zostały spełnione przesłanki do uznania jej za zbędną na cel określony w decyzji o wywłaszczeniu.

Wojewoda P. – działając na podstawie art. 134 k.p.a. – postanowieniem z 30 stycznia 2001 r. (...) stwierdził niedopuszczalność odwołania Renaty i Zbigniewa O. od decyzji Prezydenta Miasta G., uznając, że najemcy nie są stroną postępowania o zwrot wywłaszczonej nieruchomości.

Renata i Zbigniew O. wnieśli do Naczelnego Sądu Administracyjnego Ośrodek Zamiejscowy w Gdańsku, skargę na tę decyzję.

Skład orzekający Sądu postanowieniem z 9 lipca 2003 r. II SA/Gd 860/01 wystąpił do Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego o wyjaśnienie, przez skład siedmiu sędziów,

następującej wątpliwości prawnej: „czy osobie, która na podstawie stosunku obligacyjnego (najmu, dzierżawy) wynikającego z umowy zawartej z nowym właścicielem wywłaszczonej nieruchomości, tj. Skarbem Państwa lub jednostką samorządu terytorialnego, używała lokal (budynek) znajdujący się na tej nieruchomości i dokonała na niej nakładów przysługuje, przy uwzględnieniu przepisów art. 138 ust. 2 i art. 140 ust. 3 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t. j. Dz.U. 2000 Nr 46, poz. 543 ze zm.), przymiot strony w postępowaniu administracyjnym o zwrot wywłaszczonej nieruchomości (art. 28 k.p.a.)?”.

Skład orzekający podał, że w orzecznictwie sądowym oraz w literaturze prawniczej nie ma jednolitego stanowiska co do tego zagadnienia.

Naczelny Sąd Administracyjny, wyjaśniając przedstawioną wątpliwość prawną, zważył, co następuje: Wątpliwość ta została przedstawiona w sprawie ze skargi na decyzję o zwrocie wywłaszczonej nieruchomości, wydanej na podstawie przepisów ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. Nr 115, poz. 74 ze zm.). Ustawa ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 1998 r. i uchyliła obowiązującą do tej daty ustawę z 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (Dz.U. 1991 Nr 30, poz. 127 ze zm.), oznaczonej dalej skrótem „ustawa o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości”.

Na tle przepisów ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości, w szczególności jej art. 69, w doktrynie i orzecznictwie powstała między innymi wątpliwość, czy zwrotowi na tej podstawie może podlegać nieruchomość wywłaszczona, jeżeli Skarb Państwa lub gmina nie władają nieruchomością w dacie wniesienia żądania jej zwrotu przez dotychczasowego właściciela lub jego następców prawnych lub w dacie orzekania w tym przedmiocie przez organ administracji publicznej.

W praktyce orzeczniczej w tym przedmiocie dość szybko ukształtowało się jednolite stanowisko, że zwrotowi w tym trybie – na podstawie przesłanek określonych w art. 69 ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości może podlegać tylko taka wywłaszczona nieruchomość, która nadal jest własnością Skarbu Państwa lub gminy i pozostaje w ich władaniu. Przyjęto także jednolicie, że oddanie tej nieruchomości w wieczyste użytkowanie osobom trzecim, istniejące w dacie żądania lub orzekania co do jej zwrotu, czyni niedopuszczalnym dokonanie zwrotu tej nieruchomości na rzecz poprzedniego jej właściciela lub jego następców prawnych.

Natomiast przez cały okres obowiązywania ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości utrzymywała się rozbieżność co do tego, czy oddanie wywłaszczonej nieruchomości w trwały zarząd lub obciążenie jej prawem użytkowania albo wydzierżawienie jej, wynajęcie lub użyczenie – jeśli prawa te istnieją w dacie żądania zwrotu i orzekania w przedmiocie zwrotu tej nieruchomości – uniemożliwia jej zwrot, a jeśli nie, to jakie wywołuje skutki prawne między Skarbem Państwa lub gminą i osobami żądającymi zwrotu oraz podmiotami, które posiadają tę nieruchomość lub jej część na podstawie jednego z powyższych tytułów prawnych.

Wątpliwości co do pozycji prawnej osób trzecich w postępowaniu o zwrot wywłaszczonej nieruchomości, w szczególności co do tego, czy i jakie uprawnienia osób trzecich do tej nieruchomości mogą stanowić przeszkodę jej zwrotu na rzecz dotychczasowego właściciela lub jego następców prawnych, zostały w znacznej mierze przesądzone w obecnie obowiązującej ustawie z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (ustawa o gospodarce nieruchomościami). Przede wszystkim z art. 229 tej ustawy wynika, że zwrotowi nie podlega wywłaszczona nieruchomość, chociażby była zbędna na cel określony w decyzji o jej

wyłączeniu, jeżeli została sprzedana albo ustanowiono na niej prawo użytkowania wieczystego ujawnione w księdze wieczystej.

Z przepisów art. 138 ust. 1 i ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami wynika, że ani oddanie wyłączonej nieruchomości lub jej części w trwałe zarząd lub obciążenie jej prawem użytkowania, ani też umowy najmu, dzierżawy lub użyczenia mające za przedmiot taką nieruchomość lub jej część, nie stanowią przeszkody dla dokonania jej zwrotu. Stosunki te bowiem wygasają z mocy prawa z dniem, w którym decyzja o zwrocie wyłączonej nieruchomości stała się ostateczna albo z upływem trzech miesięcy od tego dnia.

Nie ulega zatem obecnie wątpliwości, że prawa wymienione w art. 138 ust. 1 i 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami nie mogą stanowić przeszkody dla zwrotu wyłączonej nieruchomości, jeśli zachodzą przesłanki jej zwrotu określone w art. 137 ustawy o gospodarce nieruchomościami (nieruchomość stała się zbędna na cel określony w decyzji o wyłączeniu), a nie istnieje przesłanka negatywna, o której mowa w art. 229 tej ustawy. Trafnie zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 13 grudnia 2002 r., III RN 128/02, stwierdzając, że interes prawny najemcy wynikający z art. 138 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami nie stwarza prawnej podstawy do niezastosowania przepisu art. 136 ust. 3 tej ustawy, określającego prawo żądania zwrotu wyłączonej nieruchomości.

Należy więc uznać za niewątpliwie, że istniejąca w dacie orzekania o zwrocie wyłączonej nieruchomości umowa najmu tej nieruchomości bądź jej części nie może zniweczyć samego prawa do żądania jej zwrotu – zwrotowi podlega także nieruchomość wynajęta.

Nie oznacza to jednak, że najemca nie ma interesu prawnego do brania udziału w postępowaniu o zwrot takiej nieruchomości.

Jeśli chodzi o przymiot strony postępowania administracyjnego w rozumieniu art. 28 k.p.a., to w orzecznictwie sądowym oraz w doktrynie zdecydowanie przeważają poglądy, że źródłem interesu prawnego określonego podmiotu do udziału w postępowaniu administracyjnym jest przepis prawa materialnego, kształtujący sytuację prawną tego podmiotu w zakresie stosunku prawnego regulowanego tym przepisem. To z prawa materialnego wypływa legitymacja prawna do udziału w postępowaniu administracyjnym – bycia stroną tego postępowania, o jakiej mowa w art. 28 k.p.a.

Na gruncie tego stanowiska, analizując przepis art. 138 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami należy uznać, że najemca wyłączonej nieruchomości ma interes prawny bycia stroną postępowania o jej zwrot, skoro w razie ostatecznego zwrotu tej nieruchomości jego prawo najmu wygasa z mocy prawa – po upływie 3 miesięcy od dnia, w którym decyzja o zwrocie stała się ostateczna. Stosunek najmu ustaje z tą datą z mocy prawa, niezależnie od woli stron co do dalszego trwania tego stosunku po zmianie właściciela nieruchomości. Ostateczna decyzja o zwrocie wyłączonej i wynajętej nieruchomości wpływa bezpośrednio, wprost na dotychczasową sytuację prawną najemcy przedmiotowej nieruchomości. Decyzja taka prowadzi z mocy art. 138 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami do pozbawienia najemcy, przysługującego mu i podlegającego dotąd ochronie, prawa najmu bez możliwości przeciwdziałania temu na jakiegokolwiek innej drodze prawnej, niż w postępowaniu o zwrot wyłączonej nieruchomości.

To przeciwdziałanie, jak wyżej wskazano, nie może zniweczyć samo przez się żądania zwrotu nieruchomości przez jego dotychczasowego właściciela lub jego spadkobierców, ale może polegać na wykazywaniu w tym postępowaniu, że nie zachodzą przesłanki zwrotu nieruchomości, określone w art. 137 ustawy o gospodarce nieruchomościami, oraz że ist-

nieje przeszkoda zwrotu, o jakiej mowa w art. 229 tej ustawy. Taki jest zakres interesu prawnego najemcy w postępowaniu o zwrot wywłaszczonej nieruchomości, wynikający z art. 138 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Do takiego poglądu skłania się także Sąd Najwyższy w cytowanym wyroku z 13 grudnia 2002 r., III RN 128/02, gdy stwierdza, że pogląd o istnieniu interesu prawnego najemcy opartego na uregulowaniu zawartym w art. 138 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami, jako uzasadniający udział najemcy w postępowaniu o zwrot wywłaszczonej nieruchomości, wydaje się przekonujący, zwłaszcza że ze względu na wynikające z decyzji o zwrocie wywłaszczonej nieruchomości konsekwencje najemca nie powinien być pozbawiony możliwości wykazania, że nie zachodzą określone w ustawie przesłanki zwrotu wywłaszczonej nieruchomości. Stanowisko to, jak wyżej wywiedziono, uznać należy za w pełni trafne.

Nie można natomiast uznać za prawidłowe stanowiska, że o interesie prawnym najemcy w omawianym postępowaniu decyduje to, czy poczynił on nakłady na przedmiotową nieruchomość. Przepis art. 138 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami skutku w postaci wygaśnięcia umowy najmu nie łączy z kwestią nakładów poczynionych przez najemcę – nie uzależnia tego skutku ani od takich nakładów, ani od kwestii rozliczeń ich z najemcą.

Z przepisów art. 140 ustawy o gospodarce nieruchomościami wynika jednoznacznie, że rozliczenia, o jakich tu mowa, dokonywane są wyłącznie między Skarbem Państwa lub gminą a osobą, na rzecz której orzeczony został zwrot wywłaszczonej nieruchomości i nie jest ono uzależnione czy powiązane w jakikolwiek sposób z kwestią, kto dokonał nakładów na wywłączoną nieruchomość, które wpłynęły na zmianę jej wartości w chwili zwrotu. Także przepis art. 138 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami nie uzależnia w jakimkolwiek zakresie wygaśnięcia stosunku najmu od tego, czy najemca poczynił jakiejkolwiek nakłady na tę nieruchomość. Nie ma zatem podstawy materialnoprawnej do uzależnienia udziału najemcy wywłaszczonej nieruchomości w postępowaniu o jej zwrot od tego, czy poczynił on nakłady na tę nieruchomość.

Nakłady na wywłączoną nieruchomość poniesione przez najemcę mają charakter wyłącznie cywilnoprawny i w razie sporu mogą być w pełni dochodzone przez niego w postępowaniu przed sądem powszechnym.

W konsekwencji należy uznać, że niezależnie od tego, czy najemca poczynił jakiejkolwiek nakłady na wywłączoną nieruchomość, przysługuje mu przymiot strony w postępowaniu o zwrot wywłaszczonej nieruchomości w rozumieniu art. 28 k.p.a. w zw. z art. 138 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Mając powyższe na uwadze, Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 49 ust. 2 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 ze zm.) wyjaśnił przedmiotową wątpliwość prawną jak w sentencji.

Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13 października 2003 r., sygn. akt: OPS 4/03

Zagadnienie prawne:

Ocena działań związanych z umieszczaniem znaków na drogach, a tym samym i ocena charakteru prawnego znaku drogowego umieszczonego na drodze może być zróżnicowana w zależności od tego, kto umieścił znak drogowy oraz jaki był tryb działań, które doprowadziły do umieszczenia określonego znaku w określonym miejscu na drodze. Może to mieć znaczenie także dla oceny, czy sprawa dotycząca umieszczenia określo-

nego znaku drogowego w określonym miejscu na drodze, z uwagi na okoliczności towarzyszące umieszczeniu takiego znaku, ma charakter sprawy administracyjnej.

Z uzasadnienia uchwały:

Skład orzekający Naczelnego Sądu Administracyjnego postanowieniem z 26 maja 2003 r. w sprawie II SA/Kr 1437/02, wystąpił w trybie art. 49 ust. 2 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 ze zm.) o wyjaśnienie następującej wątpliwości prawnej: czy ustawienie znaku drogowego jest aktem lub czynnością, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym?

W ocenie Sądu przedstawiającego wątpliwość prawną do wyjaśnienia znak drogowy jest tylko technicznym potwierdzeniem normy prawnej. Samą czynność ustawienia znaku w konkretnym miejscu musi poprzedzić „decyzja” (rozstrzygnięcie) o jego rodzaju i o jego ustawieniu, wynikająca ze sformalizowanego planu organizacji ruchu (rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 10 października 2000 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach – Dz.U. Nr 90, poz. 1006 ze zm.). Tak więc – w ocenie składu orzekającego – znakiem drogowym jest jednocześnie rozstrzygnięcie o jego rodzaju i ustawieniu w konkretnym miejscu, jak i sam techniczny wyraz powstałego obowiązku w postaci symbolu graficznego.

Skład orzekający NSA, powołując się na literaturę prawniczą wskazał, że z punktu widzenia klasyfikacji prawnych form działania administracji „znak drogowy” jest aktem posiadającym charakter „generalnie-konkretny”. Jest to przykład tej kategorii działań administracji publicznej, którą w ślad za M. Zimmermannem nazwano w literaturze „aktami tworzącymi sytuacje prawne dla obywateli”. Różnią się one od pozostałych aktów generalnych (zwłaszcza normatywnych) swoim konkretnym charakterem, a od decyzji administracyjnych swoim charakterem generalnym. Ich cechą charakterystyczną jest zwłaszcza to, że pomimo swojej generalności nie wymagają sformalizowanej indywidualizacji, ale są indywidualizowane *ipso facto*. Każdy, kto znalazł się w konkretnej sytuacji określonej przez taki akt, staje się od razu jego indywidualnym adresatem tylko z powodu tej właśnie sytuacji.

Znaki drogowe odbiegają od typowych aktów generalnych i należy je umieścić „między” nimi a aktami indywidualnymi, a ponadto dotyczą one przyznania, stwierdzenia albo uznania uprawnienia lub obowiązku, wynikających z przepisów prawa. W uzasadnieniu postanowienia skład orzekający podniósł, że „znak drogowy” stanowi element hipotezy (przez ustawienie go w konkretnym miejscu i przez samo jego znaczenie) i dyspozycji (przez skonkretyzowanie obowiązku uczestnika ruchu drogowego) normy ustawowej (prawa o ruchu drogowym), a zatem można przyjąć, iż „stwierdza on obowiązek wynikający z przepisów prawa”. Obowiązek ten wynika z przepisów prawa, pomimo że same przepisy nie ustalają miejsc ustawianych znaków drogowych ani ich charakteru, i że konkretny obowiązek wynika zawsze z samego znaku, a nie z ustawy. Z tego więc punktu widzenia można uznać przynależność „znaków drogowych” do kategorii, o jakiej mowa w art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy o NSA. W kontekście zaś konstytucyjnego prawa do sądu powstaje pytanie, na jakiej drodze podmiot, którego interes prawny został naruszony poprzez ustawienie konkretnego znaku drogowego, może z tego prawa korzystać.

Nietypowy charakter prawny znaków drogowych, w połączeniu z kontrowersjami wokół wykładni art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy o NSA, powoduje wątpliwości, które zgodnie z art. 49 ust. 1 tej ustawy mają charakter „istotny” dla rozstrzygnięcia sprawy.

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje.

W dotychczasowym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego utrwalony jest pogląd, że wyjaśnianie wątpliwości prawnych w trybie art. 49 ust. 2 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 ze zm.) obejmuje wyjaśnianie treści przepisów prawnych, które w konkretnie ustalonych okolicznościach sprawy nasuwają istotne wątpliwości i od których wyjaśnienia zależy rozpoznanie sprawy. Wyjaśnianie więc w omawianym trybie wątpliwości prawnych nie może polegać na wyrażaniu teoretycznego stanowiska co do poszczególnych czy też możliwych do wystąpienia kwestii, które nasuwają się w związku z rozpoznawaną sprawą w całkowitym oderwaniu od stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy (uchwała 7 sędziów NSA z 24 czerwca 2002 r. – OPS 7/02 – ONSA 2003, nr 1, poz. 10).

Wyjaśnienie, jaki charakter prawny ma znak drogowy i jego umieszczenie na drodze, nie może być oderwane od okoliczności faktycznych sprawy, w której doszło do sporu prawnego dotyczącego ustawienia znaku drogowego. Istotne jest bowiem między innymi ustalenie, kto i w jakim trybie (na jakiej podstawie) umieścił znak drogowy oraz czy działania te są działaniami określonego organu administracji publicznej w rozumieniu art. 20 ust. 2 ustawy o NSA.

Ustawa z 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. 2003 Nr 58, poz. 515 ze zm.), zwana dalej Prawem o ruchu drogowym, nie określa istoty badanego zagadnienia, powierzając bliższe uregulowanie materii dotyczącej znaków drogowych aktom wykonawczym. W przepisach art. 7 ustawy wskazano jedynie, że znaki i sygnały drogowe wyrażają ostrzeżenia, zakazy, nakazy lub informacje. Natomiast minister właściwy do spraw transportu i minister właściwy do spraw wewnętrznych w drodze rozporządzenia, w porozumieniu z Ministrem Obrony Narodowej, został zobowiązany do określenia znaków i sygnałów, obowiązujących w ruchu drogowym, a także ich znaczenia i zakresu obowiązywania. Ponadto wspomniany minister właściwy do spraw transportu w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych na mocy ustawowego upoważnienia określił, również w drodze rozporządzenia, szczegółowe warunki techniczne dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, a także warunki ich umieszczania na drogach. Problematyka znaków drogowych jest więc w dużej mierze uregulowana aktem podstawowym.

Na gruncie wspomnianych aktów podstawowych rozstrzygnięto w zasadzie dwie kwestie: treść znaków drogowych (ich znaczenie prawne) oraz znaczną część szeroko rozumianej procedury ustanawiania tych znaków na drodze.

W Prawie o ruchu drogowym (art. 10) określono zaś zagadnienia ogólne związane z zarządzaniem ruchem oraz nadzorem nad tym zarządzaniem. Niektóre z zadań w tym zakresie powierzono zarządom dróg, zaś o tym, kto sprawuje zarząd określoną drogą, rozstrzygają przepisy ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. 2000 Nr 71, poz. 838 ze zm.). I tak, stosownie do przepisów art. 10 powoływanej ustawy z 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym nadzór nad zarządzaniem ruchem na drogach krajowych sprawuje minister właściwy do spraw transportu. Wojewoda zaś sprawuje nadzór nad zarządzaniem ruchem na drogach wojewódzkich, powiatowych i gminnych oraz na drogach publicznych położonych w miastach na prawach powiatu i w mieście stołecznym W.

Organami zarządzającymi ruchem są natomiast co do zasady: Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w stosunku do dróg krajowych, marszałek województwa w stosunku

do dróg wojewódzkich, starosta w stosunku do dróg powiatowych i gminnych, zaś prezydent miasta w stosunku do dróg publicznych w miastach na prawach powiatu, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych.

Stosownie do przepisów § 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 10 października 2000 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach (Dz.U. Nr 90, poz. 1006), działania w zakresie szeroko rozumianego zarządzania ruchem realizowane są przez podejmowanie takich czynności organizacyjno-technicznych, jak: opracowywanie, rozpatrywanie i zatwierdzanie projektów organizacji ruchu; przekazywanie zatwierdzonych projektów organizacji ruchu do realizacji; nadzór nad zgodnością organizacji ruchu z zatwierdzonym projektem; nadzór i analiza istniejącej organizacji ruchu w zakresie bezpieczeństwa ruchu i jego efektywności, a także nadzór nad zarządzaniem ruchem. Ważne jest przy tym to, iż wspomniane działania realizują, odpowiednio do swych kompetencji, wskazane organy zarządzające ruchem oraz organy sprawujące nadzór nad zarządzaniem ruchem.

Z kolei zgodnie z przepisami § 7 powołanego rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 10 października 2000 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach, organizację ruchu, a w szczególności zadania techniczne polegające na umieszczaniu i utrzymaniu znaków drogowych, urządzeń sygnalizacji świetlnej, urządzeń sygnalizacji dźwiękowej oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu, realizuje w zasadzie zarząd drogi na własny koszt. Według zaś art. 19 powoływanej ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, zarządcą drogi jest organ administracji rządowej lub jednostki samorządu terytorialnego, do właściwości którego należą sprawy z zakresu planowania, budowy, modernizacji, utrzymania i ochrony dróg.

Tak więc, stosownie do przepisów powołanych ustaw oraz przepisów wykonawczych do nich, można powiedzieć w pewnym uproszczeniu, że typowa procedura umieszczenia znaku drogowego w określonym miejscu obejmuje takie elementy, jak: czynności zarządzania ruchem, czynności nadzoru nad tym zarządzaniem oraz czynności organizacji ruchu – sprowadzające się praktycznie do ustawienia określonego znaku drogowego. Można także powiedzieć, że przeprowadzenie tej „typowej” procedury należy do zadań (jak wyżej wskazano) organów administracji publicznej, i to na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego. To z kolei prowadzi do stwierdzenia, że standardowy proces ustawiania w konkretnych miejscach znaków drogowych należy do sfery działania administracji publicznej.

Należy jednak pamiętać, że od tej reguły prawo przewiduje szereg wyjątków. I tak na przykład art. 10 ust. 7 ustawy z 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym postanawia, że zarządzanie ruchem na drogach w strefie zamieszkania, z wyjątkiem dróg publicznych, należy do podmiotów zarządzających tymi drogami. Także z przepisów § 7 powoływanego rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 10 października 2000 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach wynika wprost, że w przypadku znaków drogowych, urządzeń sygnalizacji świetlnej, urządzeń sygnalizacji dźwiękowej oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu umieszczanych w związku z robotami lub czynnościami na drodze albo przy drodze – zadania w zakresie organizacji ruchu realizują jednostki organizacyjne prowadzące prace.

W przypadku natomiast znaków drogowych określających miejsce zatrzymania pojazdów wykonujących odpłatny przewóz osób na regularnych liniach – zadania te realizują przedsiębiorcy korzystający z danych przystanków. Także w przypadku znaków informacyj-

nych oznaczających obiekty mające charakter obiektów usługowych, w których jest prowadzona działalność gospodarcza – omawiane zadania z zakresu organizacji ruchu realizują przedsiębiorcy prowadzący tę działalność.

Skłania to zatem do wniosku, że proces umieszczania znaków drogowych na drogach według polskiego systemu prawnego nie został przypisany jedynie organom działającym w sferze administracji publicznej. Ten stan rzeczy potwierdzają również przepisy art. 8 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, wskazujące, że drogi niezaliczone do żadnej kategorii dróg publicznych, w szczególności drogi w osiedlach mieszkaniowych, dojazdowe do gruntów rolnych i leśnych, dojazdowe do obiektów użytkowanych przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, place przed dworcami kolejowymi, autobusowymi i portami są drogami wewnętrznymi, zaś budowa, utrzymanie, zarządzanie i oznakowanie dróg wewnętrznych należy do zarządcy terenu.

Jak wspomniano, z przedstawionych uregulowań prawnych wynika, że organizacja ruchu oraz czynności prowadzące do ustawiania znaków drogowych nie należą tylko do sfery działań podejmowanych przez administrację publiczną. Za organ administracji publicznej uprawniony do ustawienia znaku drogowego nie można bowiem uznać ani przedsiębiorcy wykonującego roboty drogowe lub działalność transportową, ani też np. spółdzielni lub wspólnoty mieszkaniowej zarządzającej drogami niepublicznymi w strefie zamieszkania A przecież – jak wskazano – powołane podmioty mają nie tylko prawo, ale także obowiązek ustawiania określonych znaków drogowych w prawem określonych sytuacjach. Tym bardziej nie można uznać za działanie w sferze administracji publicznej czynności polegających na ustawieniu znaku drogowego przez bliżej nieokreślony podmiot.

W dotychczasowym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego utrwalony jest pogląd, że wyjaśnianie wątpliwości prawnych w trybie art. 49 ust. 2 ustawy o NSA obejmuje wyjaśnianie treści przepisów prawnych, które w konkretnie ustalonych okolicznościach sprawy nasuwają istotne wątpliwości i od których wyjaśnienia zależy rozpoznanie sprawy. Wyjaśnianie więc w omawianym trybie wątpliwości prawnych nie może polegać na wyrażaniu teoretycznego stanowiska co do poszczególnych czy też możliwych do wystąpienia kwestii, które nasuwają się w związku z rozpoznawaną sprawą w całkowitym oderwaniu od stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy (uchwała 7 sędziów NSA z 24 czerwca 2002 r. – OPS 7/02 – ONSA 2003 Nr 1, poz. 10).

W nadzwyczaj zwięźle przedstawionym w uzasadnieniu postanowienia stanie faktycznym tej sprawy wskazano jedynie ogólnie, że do skarżącego wysłano pismo z 11 stycznia 2002 r. postanawiające o ustawieniu na drodze nr 165 w Ł.–G. znaku ograniczającego tonaż samochodów do 3,5 tony oraz że skarżący w dniu 31 stycznia 2002 r. zaprotestował przeciwko postawieniu tego znaku. Pominięte zostały natomiast całkowicie inne okoliczności sprawy wynikające z akt sprawy, a w szczególności to, że skarżący wniósł powództwo do Sądu Rejonowego w Ł. przeciwko Urzędowi Gminy w Ł. o ochronę posiadania.

W toku wyjaśniania wątpliwości prawnej, w trybie art. 49 ust. 2 ustawy o NSA, nie jest możliwe rekonstruowanie stanu faktycznego sprawy oraz dokonywanie oceny, z jakim stanem faktycznym sprawy związana jest wątpliwość prawna przedstawiona do wyjaśnienia.

W tym stanie rzeczy Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 49 ust. 2 ustawy o NSA postanowił odmówić wyjaśnienia przedstawionej wątpliwości prawnej.

**Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego
z 8 września 2003 r., sygn. akt OPS 3/03**

Zagadnienie prawne:

Termin do zgłoszenia przez dotychczasowego właściciela gruntu, określonego w art. 1 dekretu z 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. Nr 50, poz. 279), wniosku o przyznanie mu na tym gruncie prawa wieczystej dzierżawy (własności czasowej), o którym mowa w art. 7 ust. 1 tego dekretu jest zachowany także wówczas, gdy został zgłoszony przed objęciem gruntu w posiadanie przez gminę.

Z uzasadnienia uchwały:

Skład orzekający Naczelnego Sądu Administracyjnego postanowieniem z 10 kwietnia 2003 r. wystąpił o wyjaśnienie w trybie art. 49 ust. 2 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 ze zm.) następującej wątpliwości prawnej. „Czy przewidziany w art. 7 ust. 1 dekretu z 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. Nr 50, poz. 279) termin do zgłoszenia wniosku o przyznanie własności czasowej gruntu jest zachowany wówczas, gdy wniosek ten zgłoszono przed zamieszczeniem w organie urzędowym Zarządu Miejskiego ogłoszenia o objęciu tego gruntu w posiadanie przez gminę m.st. Warszawy”.

Powyższa wątpliwość powstała w sprawie ze skargi Julitty A. na decyzję Prezesa Urzędu Mieszkalnictwa i Rozwoju Miast z 29 czerwca 2001 r. w przedmiocie odmowy stwierdzenia nieważności orzeczenia administracyjnego o odmowie ustanowienia własności czasowej.

W uzasadnieniu postanowienia skład orzekający przytoczył następujący stan faktyczny sprawy. Grunt położony w W., przy Al. R. 5 znajduje się na obszarze, który był objęty dekretem z 16 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. RP Nr 50, poz. 279), zwanym dalej dekretem. Grunt ten został objęty w posiadanie przez gminę m.st. Warszawy w dniu 14 lipca 1947 r., tj. w dniu wydania Dziennika Urzędowego Rady Narodowej i Zarządu Miejskiego m.st. Warszawy, w którym zamieszczono ogłoszenie o objęciu tego gruntu w posiadanie. Tak więc nieprzekraczalny termin 6 miesięcy do złożenia przez dotychczasowego właściciela gruntu wniosku o przyznanie mu na tym gruncie wieczystej dzierżawy upływał z dniem 14 stycznia 1948 r.

Do obejmowania gruntu w posiadanie miały zastosowanie przepisy rozporządzenia Ministra Odbudowy z 7 kwietnia 1946 r. w sprawie obejmowania gruntów w posiadanie przez gminę m.st. Warszawy (Dz.U. Nr 16, poz. 112), zwanego dalej rozporządzeniem z 1946 r. Oględzin nieruchomości, z udziałem dotychczasowego właściciela Aleksandra S., dokonano w dniu 10 czerwca 1947 r. W protokole oględzin zawarto wniosek dotychczasowego właściciela „o przyznanie prawa własności gruntu zgodnie z dekretem”. Dotychczasowy właściciel Aleksander S. złożył wniosek o przyznanie własności czasowej także w dniu 23 czerwca 1947 r. Orzeczeniem administracyjnym z 10 lutego 1950 r. wydanym przez Prezydenta m.st. Warszawy odmówiono przyznania Aleksandrowi S. prawa własności czasowej do gruntu.

Po rozpoznaniu wniosku Julitty A., która jest następcą prawnym Aleksandra S., Prezes Urzędu Mieszkalnictwa i Rozwoju Miast decyzją z 17 kwietnia 2001 r. odmówił stwierdzenia nieważności orzeczenia administracyjnego z 10 lutego 1950 r. Decyzja ta została utrzymana w mocy decyzją tego organu z 29 czerwca 2001 r. W uzasadnieniu decyzji przyjęto stanowisko, że skoro objęcie gruntu w posiadanie przez gminę nastąpiło w dniu 14 lipca 1947 r., to wniosek o przyznanie własności czasowej dotychczasowy właściciel powinien

złożyć „w nieprzekraczalnym terminie między dniem 14 lipca 1947 r. a dniem 14 stycznia 1948 r.”.

Za datę złożenia wniosku przez dotychczasowego właściciela Aleksandra S. należy przyjąć dzień 23 czerwca 1947 r., ponieważ data napisania wniosku jest również datą jego złożenia. Oznacza to, że dotychczasowy właściciel nie złożył wniosku o przyznanie prawa własności czasowej do tego gruntu w ustawowym terminie, a wobec tego kwestionowanemu orzeczeniu administracyjnemu nie można zarzucić wadliwości polegającej na rażącym naruszeniu prawa, a w szczególności art. 7 ust. 1 dekretu, pomimo że w uzasadnieniu tego orzeczenia podano inne powody odmowy przyznania prawa.

W takim stanie rozpoznawanej sprawy skład orzekający powziął istotne wątpliwości prawne, dotyczące terminu do złożenia wniosku o ustanowienie własności czasowej, o którym mowa w art. 7 ust. 1 dekretu, a w szczególności, czy termin ten jest zachowany, gdy wniosek został zgłoszony przed objęciem gruntu w posiadanie przez gminę m.st. Warszawy. Z przepisu art. 7 ust. 1 dekretu wynika bowiem, że dotychczasowy właściciel gruntu wniosek o przyznanie mu na tym gruncie prawa wieczystej dzierżawy (prawo to przekształciło się we własność czasową, a później w prawo użytkowania wieczystego) może zgłosić w ciągu 6 miesięcy od dnia objęcia w posiadanie gruntu przez gminę.

Analizując orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego (w szczególności uchwały składu pięciu sędziów z 14 października 1996 r., OPK 19/96 – ONSA 1997, nr 2, poz. 56 i z 5 czerwca 2000 r., OPK 32/99, ONSA 2000, nr 4, poz. 142 oraz wyrok składu siedmiu sędziów z 11 czerwca 2001 r., OSA 3/01, ONSA 2001, nr 4, poz. 144), w którym przyjęto stanowisko, że termin, o którym mowa w art. 7 ust. 1 dekretu, jest terminem prawa materialnego, którego upływ powoduje wygaśnięcie uprawnienia do zgłoszenia żądania przyznania prawa oraz że termin ten należy liczyć od dnia wydania numeru organu urzędowego Zarządu Miejskiego m.st. Warszawy, w którym zamieszczono ogłoszenia o objęciu gruntu w posiadanie przez gminę, skład orzekający zwrócił uwagę, że nie wyjaśnia to znaczenia związania początku biegu tego terminu z dniem objęcia gruntu w posiadanie przez gminę.

W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 15 czerwca 2000 r., I SA 1036/99 (niepublikowany), stwierdzono, że „złożenie wymaganego wniosku przed dniem objęcia gruntu w posiadanie przez gminę było obojętne z punktu widzenia prawa”. Przede wszystkim dlatego, że wchodzące tu w rachubę prawo podmiotowe w takim przypadku jeszcze nie powstało, a więc mimo obowiązywania już dekretu, nie sposób mówić o realizowaniu tego prawa.

Zdaniem składu orzekającego występującego o wyjaśnienie wątpliwości prawnej, przyjęcie stanowiska, że wniosek może być złożony dopiero po rozpoczęciu biegu terminu, o którym mowa w art. 7 ust. 1 dekretu, a więc po objęciu gruntu w posiadanie przez gminę, prowadzi do drastycznej sprzeczności z poczuciem słuszności, sprawiedliwości i ogólnie przyjętymi zasadami praworządności. Takie rozumienie tego przepisu prowadziłoby do tego, że osoby, które złożyły wniosek przed objęciem gruntu w posiadanie przez gminę, byłyby w takiej samej sytuacji prawnej jak osoby, które w ogóle nie złożyły wniosku o przyznanie wieczystej dzierżawy. W ocenie składu orzekającego za poglądem, że wniosek mógł być złożony skutecznie przed objęciem gruntu w posiadanie przez gminę, przemawia to, że przepisy dekretu nie określają skutków przekroczenia terminu.

Za skutecznością wniosku złożonego przed objęciem gruntu w posiadanie przemawia także przyjęta w rozporządzeniach wykonawczych do dekretu procedura obejmowania gruntu w posiadanie przez gminę. Rozporządzenie z 1946 r. przewidywało bowiem zavia-

domienie właściciela o przystąpieniu do obejmowania gruntu w posiadanie przez gminę, jego udział w oględzinach nieruchomości, zgłaszanie zastrzeżeń do ustaleń zawartych w protokole oględzin. Te wszystkie względy mogą przemawiać, zdaniem składu orzekającego, za poglądem, że dotychczasowy właściciel gruntu mógł złożyć wniosek o przyznanie wieczystej dzierżawy (własności czasowej) przed objęciem gruntu w posiadanie przez gminę.

Naczelny Sąd Administracyjny wyjaśniając przedstawioną wątpliwość prawną zważył, co następuje: Wyjaśnienie zagadnienia prawnego, objętego postanowieniem składu orzekającego, wymaga przede wszystkim oceny samej istoty uprawnienia właściciela gruntu, który na podstawie dekretu przeszedł na własność gminy m.st. Warszawy.

Z postanowień dekretu (art. 1) wynika, że z dniem wejścia w życie dekretu wszelkie grunty na obszarze m.st. Warszawy przeszły na własność gminy m.st. Warszawy, natomiast budynki oraz inne przedmioty znajdujące się na gruncie pozostały własnością dotychczasowych właścicieli (art. 5). W kontekście tych unormowań należy postrzegać uprawnienia dotychczasowego właściciela gruntu (prawnych następców właściciela) do przyznania mu na tym gruncie prawa wieczystej dzierżawy za czynszem symbolicznym lub prawa zabudowy za opłatę symboliczną (z mocy art. XXXIX § 2 dekretu z 11 października 1946 r. – Przepisy wprowadzające prawo rzeczowe i prawo o księgach wieczystych – Dz.U. Nr 57, poz. 31, przez przyznanie prawa zabudowy lub prawa dzierżawy wieczystej w rozumieniu dekretu o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy należy rozumieć przeniesienie własności gruntu za opłatą symboliczną z zastrzeżeniem powrotu własności na rzecz gminy m.st. Warszawy – własność czasową).

Nie powinno ulegać wątpliwości, że uprawnienie do żądania przyznania prawa wieczystej dzierżawy gruntu zostało przyznane dotychczasowemu właścicielowi z tego powodu, że utracił własność tego gruntu, dlatego też powstanie tego uprawnienia należy łączyć z wejściem w życie dekretu, a nie późniejszym objęciem gruntu w posiadanie przez gminę w trybie określonym w akcie wykonawczym do dekretu. Analiza art. 7 ust. 1 dekretu pozwala więc na odkodowanie w tym przepisie dwóch norm, które regulują dwie różne sprawy. Po pierwsze, jest to unormowanie, które statuuje uprawnienie dotychczasowego właściciela gruntu do żądania przyznania mu na tym gruncie prawa wieczystej dzierżawy (własności czasowej), przy czym powstanie tego uprawnienia jest następstwem wejścia w życie dekretu i przejścia gruntu na własność gminy m.st. Warszawy. Po drugie, jest to unormowanie, które określa termin realizacji tego uprawnienia przez dotychczasowego właściciela, przy czym jest to termin prawa materialnego, którego upływ powoduje wygaśnięcie tego uprawnienia.

Z przepisu art. 7 ust. 1 dekretu nie można więc wyprowadzać wniosku, że samo prawo dotychczasowego właściciela do żądania przyznania mu wieczystej dzierżawy na gruncie, którego własność utracił, powstaje dopiero z dniem objęcia tego gruntu w posiadanie przez gminę, a wobec tego nie ma uzasadnionych podstaw pogląd, że żądanie przyznania wieczystej dzierżawy zgłoszone przed objęciem gruntu w posiadanie przez gminę, dotyczy prawa (uprawnienia), które jeszcze nie powstało.

Analizując art. 7 ust. 1 dekretu należy stwierdzić, że sposób sformułowania tego przepisu może być źródłem poważnych wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli jednak przyjmiemy, że czym innym jest samo uprawnienie dotychczasowego właściciela do żądania przyznania wieczystej dzierżawy gruntu, a czym innym określenie terminu dochodzenia tego uprawnienia, należy dojść do wniosku, że w przepisie tym został określony końcowy termin zgłoszenia uprawnienia, a nie okres, w którym uprawnienie to powinno być zgłoszone. Przy takim rozumieniu tego przepisu kwestia daty objęcia gruntu w posiadanie przez gminę oraz okres 6

miesiący liczony od tej daty, służy jedynie do ustalenia terminu końcowego zgłoszenia przez dotychczasowego właściciela żądania przyznania dzierżawy wieczystej gruntu.

Nie można więc przywiązywać przesądzającego znaczenia do użytego w tym przepisie sformułowania „mogą w ciągu 6 miesięcy od dnia objęcia w posiadanie gruntu przez gminę zgłosić wniosek”. Tak sformułowany przepis nie wyklucza przyjęcia, iż w istocie rzeczy chodzi o to, kiedy upływa termin zgłoszenia żądania (wniosku), a nie o to, że żądanie (wniosek) ma być zgłoszone w określonym przedziale czasowym.

Uprawnienie żądania przyznania wieczystej dzierżawy (własności czasowej) dotyczyło praw rzeczowych, a wobec tego nie można przy ocenie dochodzenia tego uprawnienia pominąć także ogólnych zasad dotyczących czynności prawnych przyjętych w prawie cywilnym.

Należy mieć na uwadze, że także analiza przepisów wydanego na podstawie art. 4 dekretu rozporządzenia z 1946 r. oraz rozporządzenia Ministra Odbudowy z 27 stycznia 1948 r. w sprawie obejmowania w posiadanie gruntów przez gminę m.st. Warszawy (Dz.U. Nr 6, poz. 43), które zastąpiło rozporządzenie z 1946 r., regulujące terminy i tryb obejmowania w posiadanie przez gminę m. st. W. gruntów określonych w art. 1 dekretu, w żadnej mierze nie przemawia za stanowiskiem, iż zgłoszenie wniosku o przyznanie prawa wieczystej dzierżawy (własności czasowej) przed objęciem gruntu w posiadanie przez gminę było prawnie bezskuteczne. Również ze względów proceduralnych, jeżeli zważy się, że zgłoszenie żądania przyznania wieczystej dzierżawy (własności czasowej) jest także wnioskiem (podaniem strony) wszczynającym postępowanie administracyjne w tej sprawie, nie ma podstaw do stwierdzenia, że wniosek taki może być zakwalifikowany jako wniosek nieistniejący (wniosek, którego nie złożono) z tego powodu, że złożony został przedwcześnie.

Przytoczone wyżej względy prowadzą do wniosku, że termin do zgłoszenia przez dotychczasowego właściciela gruntu wniosku o przyznanie prawa wieczystej dzierżawy (własności czasowej) na tym gruncie, o którym mowa w art. 7 ust. 1 dekretu jest zachowany także wówczas, gdy został zgłoszony przed objęciem gruntu w posiadanie przez gminę.

W tym stanie rzeczy Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 49 ust. 2 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368 ze zm.), podjął uchwałę jak w sentencji.



Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 20 marca 2003 r.

III CZP 1/03*

Teza głosowanej uchwały brzmi:

Po zniesieniu współwłasności nieruchomości przez umowny podział fizyczny hipoteka na udziale współwłaściciela obciąża nowo powstałe nieruchomości w części odpowiadającej pierwotnie obciążonemu udziałowi, niezależnie od tego, któremu z współwłaścicieli (uprzednio obciążanego udziału, czy też współwłaścicielowi udziału wolnego od obciążeń) przypadły poszczególne nieruchomości.

Głosowana uchwała podjęta została z uzasadnieniem odwołującym się do treści przepisów art. 84 i 76 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece (tekst jednolity Dz.U. Nr 124, poz. 1361, z 2001 r. z późn. zm.) – dalej „kwih”.

Zgodnie z przepisem art. 84 kwih hipoteka obejmuje nieruchomość wraz z przynależnościami i utrzymuje się na niej jako na całości aż do zupełnego wygaśnięcia wierzytelności, którą zabezpiecza. Sąd Najwyższy wskazuje, że z treści cytowanego przepisu wynika, iż hipoteka obciąża swój przedmiot jako całość, co należy rozumieć w ten sposób, że ustanowiona hipoteka utrzymuje się na nieruchomości w takim kształcie prawnym, w jakim była nieruchomość w chwili powstania zabezpieczenia hipotecznego. Oznacza to określoną stabilizację przedmiotu obciążenia hipotecznego (tzw. substratu zabezpieczenia) w tym sensie, że późniejsze zmiany dotyczące nieruchomości, np. polegające na jej podziale, muszą pozostawać bez wpływu na sytuację prawną wierzyciela hipotecznego. Reguła opisana w art. 84 kwih ma również zastosowanie wówczas, gdy hipoteka obciąża jedynie udział

* OSNIC z. 1 z 2004 r., poz. 3.

współwłaściciela we współwłasności nieruchomości. W takiej sytuacji ustanowiona hipoteka obciąża w określonym ułamku całą nieruchomość (*verba legis*: „utrzymuje się na niej jako na całości”) i w takim stosunku utrzymuje się na całej nieruchomości w jej pierwotnym kształcie z tym skutkiem, że późniejsze zmiany dotyczące nieruchomości (np. jej podział) nie mają znaczenia dla raz ukształtowanego już, w czasie ustanowienia hipoteki, przedmiotu zabezpieczenia hipotecznego.

Bezpośrednią konsekwencją wspomnianej reguły stabilizacji przedmiotu obciążenia hipotecznego jest rozwiązanie przyjęte w art. 76 ust. 1 kwih, zgodnie z którym w razie podziału nieruchomości hipoteka obciążająca dotychczas nieruchomość, obciąża wszystkie nieruchomości utworzone przez podział (hipoteka łączna).

Sąd Najwyższy wskazuje, iż przy założeniu, że hipoteka obciążająca część ułamkową nieruchomości, stanowiącą udział we współwłasności, obciąża jednocześnie w określonym ułamku całą nieruchomość (art. 84 kwih), możliwe staje się zastosowanie rozwiązania prawnego przyjętego w art. 76 ust. 1 kwih. Stąd wniosek, że po zniesieniu własności nieruchomości przez umowny podział fizyczny hipoteka na udziale współwłaściciela obciąża wszystkie nowo powstałe nieruchomości w części odpowiadającej pierwotnie obciążonemu udziałowi.

Z przedstawionym przez Sąd Najwyższy poglądem nie można się zgodzić z co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, niedopuszczalne jest obciążenie hipoteką części przedmiotu, który ma być nią obciążony (art. 84 kwih stanowi, iż hipoteka ciąży na swym przedmiocie „jako na całości”), Sąd Najwyższy wskazuje, iż hipoteka na udziale w istocie ustanawiana jest na nieruchomości w jej ułamkowej części. Tymczasem z nieznaną wyjątków zasady szczegółowości hipoteki wynika, iż hipoteka ciąży na całości rzeczy lub prawa, na którym została ustanowiona. Nie można zatem przyjąć, iż hipoteka na udziale obciąża ułamkową część nieruchomości, bowiem hipoteka nie jest ustanawiana na nieruchomości rozumianej jako rzecz, lecz na udziale we współwłasności rozumianym jako prawo i ciąży na jego całości. Po drugie, przepis art. 76 ust. 1 kwih ma zastosowanie wyłącznie do podziału przedmiotu hipoteki, a nie podziału przedmiotu, na którym ustanowione było prawo obciążone hipoteką. W wyniku zniesienia współwłasności nie następuje podział udziału, na którym ustanowiona została hipoteka, lecz podział przedmiotu, na którym ustanowiony był udział. Zatem nie można stosować w omawianej sytuacji przepisu art. 76 ust. 1 kwih, albowiem jego hipotezę objęty jest wyłącznie podział przedmiotu hipoteki. Tymczasem hipoteka na udziale nie może być utożsamiana z hipoteką na nieruchomości objętej współwłasnością.

Przed przystąpieniem do przedstawienia szczegółowej argumentacji przemawiającej za przyjęciem odmiennego wniosku niż to uczynił Sąd Najwyższy, konieczne jest przedstawienie poglądów, jakie pojawiły się na tle rozstrzyganego problemu w literaturze oraz orzecznictwie. Omawiane zagadnienie sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy w następstwie zniesienia współwłasności przez podział na wszystkich wydzielonych w wyniku podziału nieruchomościach powstaje, z

mocy przepisu art. 76 ust. 1 kwih, hipoteka łączna, w części odpowiadającej wielkości obciążonego udziału¹, czy też hipoteka będzie obciążać tylko tę nieruchomości, która w wyniku podziału przypadnie temu współwłaścicielowi, którego udział był obciążony hipoteką, lub też hipoteka wygaśnie, z uwagi na to, że obciąża udział, który utracił byt prawny².

Autorzy pierwszego z poglądów, za którym opowiedział się Sąd Najwyższy, twierdzą, iż w przypadku zniesienia współwłasności nieruchomości przez jej podział, z mocy przepisu art. 76 ust. 1 kwih, hipoteka dotychczas obciążająca udział we współwłasności nieruchomości ma obciążać wszystkie nieruchomości utworzone przez podział, w takich idealnych częściach, w jakich była obciążona poprzednio nieruchomości, czyli w części odpowiadającej wielkości obciążonego udziału, i to bez względu na to, komu w podziale przypadły na własność poszczególne nieruchomości (czy współwłaścicielowi obciążonego udziału, czy też współwłaścicielowi, który swego udziału nie obciążał). Dla potwierdzenia słuszności głoszonych też zwolennicy tego poglądu dodatkowo wskazują, iż za takim rozwiązaniem przemawia przyjęta w ustawie o księgach wieczystych i hipotece zasada bezwzględnej pierwszeństwa ochrony interesów wierzycieli hipotecznych. Zwolennicy tego rozwiązania dodatkowo twierdzą, iż obciążenie hipoteką udziału we współwłasności nie jest obciążeniem abstrakcyjnego ułamka, lecz obciążeniem określonej ułamkiem części konkretnej nieruchomości. Ustanawiając hipotekę na udziale we współwłasności współwłaściciel wprowadza pozostałych współwłaścicieli w sferę oddziaływania hipoteki na ich prawa wynikające ze współwłasności, co uzewnętrznia się między innymi utworzeniem hipoteki łącznej na wszystkich nieruchomościach powstałych w wyniku zniesienia współwłasności przez podział.

Drugi z poglądów opiera się na założeniu, iż ustanowienie hipoteki na udziale, przy całym poszanowaniu dla praw wierzyciela, nie może godzić w prawa osób trzecich, którymi są pozostali współwłaściciele. Uzasadniając to stwierdzenie argumentami natury jurydycznej wskazuje się, iż przepis art. 65 kwih indywidualizując przedmiot hipoteki oprócz nieruchomości wyróżnia także udział we współwłasności, który niewątpliwie nie jest prawem w pełni tożsamym z prawem własności. Udział we współwłasności jest wycinkiem prawa własności, w stosunku do którego każdy ze współwłaścicieli ma pozycję wyłącznego właściciela³ i w tym znaczeniu przedmio-

¹ J. Pisuliński, *Hipoteka na udziale we współwłasności nieruchomości*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2000, nr 1, s. 141; uchwała Sądu Najwyższego z 1 grudnia 1969 r., III CZP 51/69, *OSPik* 1970, nr 7–8, poz. 151; S. Breyer, *Glosa do uchwały SN z 1 grudnia 1969 r., III CZP 51/69*, *OSPik* 1970, nr 7–8, poz. 151; J. Ignatowicz, J. Wasilkowski (w:), *System prawa cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Wrocław–Warszawa 1977, t. II, s. 771; S. Rudnicki; *Glosa do postanowienia SN z 4 listopada 1997 r., I CKN 297/97*, *Przegląd Sądowy* 1998, nr 7–8, s. 190.

² Postanowienie Sądu Najwyższego z 4 listopada 1997 r., I CKN 297/97, *Wokanda* 1998, nr 3, poz. 6.

³ J. Ignatowicz, *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, Warszawa 1972, t. I, s. 506.

tem hipoteki jest prawo – udział we współwłasności, a nie rzecz w postaci nieruchomości. Skoro współwłaściciel może, co do zasady, swobodnie rozporządzać swym udziałem bez zgody pozostałych współwłaścicieli (tak przepis art. 198 k.c.), to czynności prawne podejmowane przez współwłaściciela w stosunku do przysługującego mu udziału nie mogą i nie powinny oddziaływać na prawa pozostałych współwłaścicieli. Według przedstawicieli omawianego poglądu stosowanie przepisu art. 76 ust. 1 kwih do hipoteki na udziale we współwłasności ma jedynie podstawy w sytuacji podziału udziału, a nie nieruchomości⁴, ponieważ w tym przypadku hipoteka nie obciąża nieruchomości (jako rzecz), lecz udział we współwłasności (jako prawo). Stąd stanowisko, iż w razie zniesienia współwłasności nieruchomości przez jej podział, w sytuacji gdy jeden z udziałów był obciążony hipoteką, hipoteka nie rozciąga się na powstałe w wyniku podziału nieruchomości jako hipoteka łączna⁵. Jeśli w ogóle hipoteka nadal istnieje, to może obciążać wyłącznie tę nieruchomość, która przypadła w wyniku podziału współwłaścicielowi obciążonego udziału.

W literaturze dotyczącej omawianych kwestii można także spotkać się z poglądem⁶ zbieżnym do drugiego z przedstawionych wyżej, z tą różnicą, iż skutkiem zniesienia współwłasności nieruchomości przez jej podział jest wygaśnięcie hipoteki ciężącej na udziale we współwłasności tej nieruchomości. Taki skutek podziału nieruchomości dla hipoteki ciężącej na udziale w jej współwłasności wynika z istoty hipoteki na udziale. Jak już wyżej wskazano, hipoteka na udziale obciąża prawo, a nie rzecz – podobnie jak hipoteka na wierzytelności zabezpieczonej hipotecznie (*subintabulat*) – wygaśnięcie wierzytelności hipotecznej obciążonej hipoteką nie powoduje, iż hipoteka uprzednio ciężąca na wyżej wskazanym prawie obciążać będzie nieruchomość.

Jeśli w wyniku zniesienia współwłasności traci byt udział we współwłasności, to również taki sam los winna dzielić hipoteka ciężąca na tym udziale. Na potwierdzenie słuszności stawianych tez wskazany jest przykład hipoteki na prawie użytkownika wieczystego gruntu – w przypadku wygaśnięcia użytkownika wieczystego wygasa również hipoteka ciężąca na tym prawie, w to miejsce nie powstaje hipoteka na nieruchomości, lecz ustawowe prawo zastawu na roszczeniach użytkownika wieczystego o wynagrodzenie za wzniesione przez niego budynki (tak z mocy przepisu art. 101 kwih).

⁴ J. Wasilkowski, *Hipoteka łączna*, *Demokratyczny Przegląd Prawniczy* 1947, nr 9, s. 9.

⁵ Podobny pogląd zajął H. Fruchs (w:) *Pierwszeństwo zaspokojenia*, *Głos Prawa*, 1933, nr 7–8, s. 439, i W. Miszewski, *Egzekucja z ułamkowej części nieruchomości*, *Polski Proces Cywilny* 1937, nr 21, s. 649, którzy twierdzili, iż w przypadku zniesienia współwłasności wierzytel, którego wierzytelność została zabezpieczona hipoteką na udziale we współwłasności, nie będzie mógł realizować hipoteki przez zaspokojenie się zarówno z ceny uzyskanej ze sprzedaży całej nieruchomości jak i jej części.

⁶ G. Filcek, *Zniesienie współwłasności nieruchomości przez jej podział a hipoteka ustanowiona na ułamkowej części nieruchomości stanowiącej udział współwłaściciela*, *Przegląd Sądowy* 1996, nr 4, s. 27.

Przyjęcie jednego z wyżej omawianych rozwiązań ma istotne znaczenie dla realizacji wierzytelności zabezpieczonej hipoteką na udziale we współwłasności w przypadku zniesienia współwłasności.

Przy przyjęciu za właściwy pierwszy z poglądów, tak jak to uczynił Sąd Najwyższy w glosowanym orzeczeniu, zniesienie współwłasności przez podział nieruchomości w zasadzie w żaden sposób nie będzie zmieniało sytuacji prawnej wierzyciela hipotecznego w kontekście gwarancji zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, jakie wypływają z faktu zabezpieczenia jej hipoteką. Nadal będzie mógł dochodzić zaspokojenia swej wierzytelności przy wykorzystaniu instytucji hipoteki, z tym że jej realizacja nastąpi w taki sposób, w jaki realizuje się hipotekę łączną.

Uznanie za prawidłowy drugi z poglądów, zgodnie z którym w miejsce hipoteki na udziale powstaje hipoteka na nieruchomości, która przypadła współwłaścicielowi obciążonego udziału, powoduje, że wierzyciel hipoteczny będzie mógł zaspokoić się z powstałej w wyniku podziału nieruchomości, na której będzie ciążyć przysługująca mu hipoteka, co niekoniecznie będzie dla niego korzystne. Może bowiem zdarzyć się tak, że współwłaścicielowi obciążonego udziału w wyniku podziału przyznana zostanie nieruchomość, która będzie przedstawiała mniejszą wartość niż wartość udziału. Wierzyciel nie będzie mógł zaspokoić swej wierzytelności z pozostałych wydzielonych w podziale nieruchomości.

Oczywiście przy przyjęciu trzeciej z przedstawionych koncepcji, zgodnie z którą w wyniku zniesienia współwłasności hipoteka na udziale wygasa, wierzyciel hipoteczny całkowicie zostanie pozbawiony możliwości skorzystania z dobrodziejstwa, jakie niesie zabezpieczenie wierzytelności hipoteką.

Wbrew stanowisku przyjętemu przez Sąd Najwyższy należy wskazać, że obecnie obowiązujące przepisy przemawiają za uznaniem za właściwą ostatnią z omawianych teorii, która opiera się na stwierdzeniu, iż w wyniku zniesienia współwłasności hipoteka ustanowiona na udziale wygasa. Żaden z przepisów ustawy nie daje podstaw do przyjęcia, że w sytuacji ustanowienia hipoteki na udziale we współwłasności nieruchomości, w razie zniesienia współwłasności powstaje hipoteka łączna na wszystkich wydzielonych w wyniku podziału nieruchomościach w idealnej części odpowiadającej wielkości udziału. Również żaden z przepisów nie daje podstawy by przyjąć, iż w wyniku zniesienia współwłasności hipoteka uprzednio ciążąca na udziale obciąży tę część nieruchomości, która przypadła współwłaścicielowi pierwotnie obciążonego udziału.

Po pierwsze, hipoteka na udziale we współwłasności nieruchomości nie może być utożsamiana z hipoteką obciążającą ułamek nieruchomości. Ustanowienie hipoteki na części przedmiotu, który ma być obciążony hipoteką, jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującą zasadą szczególowości hipoteki, z której wynika, iż przedmiotem obciążenia hipotecznego nie może być część całości – tak jak to przyjmuje Sąd Najwyższy twierdząc, iż hipoteka na udziale w istocie obciąża część nieruchomości, mimo iż nigdy na tej nieruchomości nie została ustanowiona, lecz

tylko całość przedmiotu, na którym ma być ustanowione zabezpieczenie⁷. Niedopuszczalne jest obciążenie hipoteką części nieruchomości, tak jak niedopuszczalne jest obciążenie hipoteką części udziału. W przypadku obciążenia hipoteką udziału we współwłasności nieruchomości hipoteka obciąża udział jako całość, udział bowiem jest samoistnym rzeczowym prawem przysługującym wyłącznie współwłaścicielowi⁸. Nie można zatem przyjąć, iż w przypadku ustanowienia hipoteki na udziale hipoteka w istocie obciąża nie udział, lecz ułamkową część nieruchomości (ułamek całości). W przypadku współwłasności nieruchomości przedmiotem obrotu dokonywanego przez jednego współwłaściciela nie może być nieruchomość jako taka, lecz udział w jej współwłasności. Udział, co istotne, jest prawem, a nie rzeczą i w tym znaczeniu hipoteka obciąża prawo, a nie rzecz.

Nie można zatem zgodzić się z przeprowadzoną przez Sąd Najwyższy wykładnią przepisu art. 84 kwih, zgodnie z którą proste zastosowanie tego przepisu do hipoteki na udziale prowadzi do wniosku, iż hipoteka utrzymuje się na całości nieruchomości w jej ułamkowej części. Proste stosowanie przepisu art. 84 kwih do hipoteki na udziale we współwłasności winno prowadzić do innych wniosków, a mianowicie do takiego, iż zgodnie z tym przepisem hipoteka obejmuje wyłącznie udział i utrzymuje się na nim jako na całości, a nie jako na całości nieruchomości. Przyjęcie bowiem tezy, iż hipoteka na udziale we współwłasności utrzymuje się na całości nieruchomości w stosunku odpowiadającym wielkości udziału, prowadzi do logicznej sprzeczności. Z jednej strony mówi się obciążeniu całości, aby z drugiej strony jednocześnie stwierdzić, iż nie całość jest obciążona, lecz jej część odpowiadająca wielkości udziału. Zawarte w przepisie art. 84 kwih wyrażenie, iż hipoteka utrzymuje się na całości nieruchomości, w odniesieniu do hipoteki na udziale, oznacza, iż hipoteka utrzymuje się na całości udziału, a nie całości nieruchomości, a przykładowo w przypadku prawa użytkownika wieczystego na całości prawa użytkownika wieczystego, a nie na nieruchomości, na której to prawo zostało ustanowione.

Po drugie, należy pamiętać, iż skutkiem regulacji zawartej w przepisie art. 76 ust. 1 kwih jest utrzymanie się hipoteki (pierwotnie ciężącej na całości) na wszystkich wydzielonych częściach całości. Przepis art. 76 ust. 1 kwih dotyczy podziału przedmiotu, na którym ustanowiona była hipoteka (podziału nieruchomości, podziału udziału we współwłasności itd.). Tymczasem w wyniku zniesienia współwłasności nie następuje podział udziału we współwłasności, który był obciążony hipoteką, lecz podział rzeczy, która nie była przedmiotem hipoteki.

Wykładnia tego przepisu, przeprowadzana pod kątem różnorodności przedmiotów hipoteki, wymaga uwzględniania techniki legislacyjnej, jaką posłużył się usta-

⁷ J. Ignatowicz, J. Wasilkowski (w:) *System...*, s. 766; S. Rudnicki, *Komentarz do ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Warszawa 2000, s. 284.

⁸ J. Wąsiewicz, *Charakter prawny współwłasności ułamkowej według kodeksu cywilnego*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny* 1964, nr 4, s. 107.

wodawca regulując hipotekę. Zdecydowana większość przepisów, w tym także przepis art. 76 ust. 1 kwih, dotyczy hipoteki na nieruchomości, co oczywiście nie oznacza, iż przypisy, które odwołują się do nieruchomości, nie mają zastosowania do innych przedmiotów hipoteki. Przepisy o hipotece na nieruchomości, z mocy przepisu art. 65 ust. 5 kwih, stosuje się odpowiednio do hipotek ustanowionych na innych przedmiotach, a w przypadku hipoteki na udziale we współwłasności nieruchomości przepisy te stosuje się wprost⁹.

Hipoteka na udziale jest hipoteką na prawie, a nie hipoteką na rzeczy nieruchomości, która jest przedmiotem współwłasności. W doktrynie powszechnie rozróżnia się prawa zastawnicze na rzeczy oraz na prawach¹⁰. Świadczy o tym systematyka Kodeksu cywilnego w części regulującej instytucję zastawu, która składa się z dwóch rozdziałów „zastawu na rzeczach” i „zastawu na prawach”¹¹ oraz treść przepisu art. 65 kwih, który jako przedmiot hipoteki wymienia z jednej strony nieruchomości, z drugiej zaś udział we współwłasności, spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego oraz wierzytelności zabezpieczone hipoteką. Nie można zatem twierdzić, iż hipoteka ustanowiona na prawie jest jednocześnie hipoteką ustanowioną na rzeczy, na której to prawo istnieje. Przepis art. 65 kwih indywidualizując przedmiot hipoteki oprócz nieruchomości wyróżnia także udział we współwłasności, który niewątpliwie nie jest prawem tożsamym z prawem własności. Udział we współwłasności jest wycinkiem prawa własności, w stosunku do którego każdy ze współwłaścicieli ma pozycję wyłącznego właściciela¹² i w tym znaczeniu przedmiotem hipoteki jest prawo – udział we współwłasności, a nie ułamkowa część rzeczy (nieruchomości).

Jeśli przepis art. 76 ust. 1 kwih stanowi, że w razie podziału nieruchomości hipoteka obciążająca dotychczas nieruchomość obciąża wszystkie nieruchomości utworzone przez podział (hipoteka łączna), to stosowanie tego przepisu zarówno wprost jak i odpowiednio do hipotek ustanowionych na innych prawach oznacza, że w przypadku podziału udziału hipoteka łączna powstaje na wydzielonych

⁹ Konieczność stosowania przepisów o hipotece na nieruchomości wprost do hipoteki na udziale we współwłasności nieruchomości wynika z treści przepisu art. 65 ust. 5 kwih, który mówiąc o odpowiednim stosowaniu przepisów o hipotece na nieruchomości odwołuje się wyłącznie do ust. 3 i 4 tego przepisu. Tymczasem dopuszczalność ustanowienia hipoteki na udziale we współwłasności nieruchomości przewidziana została w ust. 2 przepisu art. 65 kwih, co oznacza, iż do tego rodzaju hipoteki przepisy o hipotece na nieruchomości należy stosować wprost.

¹⁰ F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie. Prawo rzeczowe*, t. II, z. II, Kraków 1947, s. 56; M. Kostkowski, *W sprawie zaktualizowania prawa zastawu na rzeczach ruchomych*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1951, nr 5 s. 164; J. Wasilkowski, *Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa 1963, s. 211; J. Skąpski, *Zastaw na rzeczach ruchomych według kodeksu cywilnego. Zagadnienia wybrane*, Studia Cywilistyczne 1966, t. VIII, s. 172–186.

¹¹ J. Skąpski, *Zastaw...*, s. 173; J. Gołaczyński, *Zastaw na rzeczach ruchomych*, Warszawa 2002, s. 182.

¹² J. Ignatowicz, *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, Warszawa 1972, t. I, s. 506.

udziałach, w przypadku podziału prawa użytkowania wieczystego hipoteka łączna powstaje na wydzielonych częściach tego prawa – itd.

Regulacja zawarta w przepisie art. 76 ust. 1 kwih pozwala stwierdzić, iż hipoteka łączna nie jest nowym prawem, oderwanym od prawa pierwotnie ciężącego na niepodzielonym przedmiocie hipoteki. W wyniku podziału przedmiotu hipoteki następuje utrzymanie hipoteki na wydzielonej części, zmienia się jedynie charakter hipoteki, która staje się hipoteką łączną ciężącą na tym samym prawie, co pierwotna hipoteka¹³. Przenosząc powyższe rozważania na grunt konkretnych przykładów, należy wskazać, iż hipoteka łączna na nieruchomości może powstać tylko wtedy, gdy pierwotnie (przed podziałem) hipoteką była obciążona nieruchomość. W przypadku gdy hipoteka ciążyła na udziale we współwłasności, zastosowanie przepisu art. 76 ust. 1 kwih będzie sprowadzać się wyłącznie do podziału udziału na mniejsze części, w wyniku czego powstanie hipoteka łączna na udziałach wydzielonych z pierwotnie obciążonego udziału.

W świetle powyższych rozważań nie można, tak jak to czyni Sąd Najwyższy, budować tezy, że w wyniku zniesienia współwłasności nieruchomości, której udział był obciążony hipoteką, przez jej podział, na każdej z wydzielonych części powstanie hipoteka łączna. Hipoteka pierwotnie nie obciążała nieruchomości, lecz udział we współwłasności (co prawda udział jest wycinkiem prawa własności, niemniej jest prawem samoistnym o odmiennym charakterze niż prawo własności), a co za tym idzie nie może powstać na rzeczy, ponieważ rzecz nie była pierwotnym przedmiotem obciążenia. Dodatkowo należy wskazać, iż w wyniku zniesienia współwłasności nie następuje podział udziału jako przedmiotu hipoteki, lecz podział przedmiotu współwłasności jako całości, który jako całość nie był przedmiotem hipoteki.

Analogicznie jest w przypadku ustanowienia hipoteki na prawie użytkowania wieczystego. Wygaśnięcie użytkowania wieczystego nie powoduje przekształcenia hipoteki ustanowionej na tym prawie w hipotekę na nieruchomości, hipoteka wygasa (art. 101 kwih), mimo iż – tak jak to argumentuje Sąd Najwyższy – była ustanowiona na prawie ciężącym na nieruchomości. Uznając za słuszne stanowisko Sądu Najwyższego oparte na wykładni przepisu art. 84 kwih, w omawianym przypadku należałoby przyjąć, iż hipoteka uprzednio ustanowiona na prawie użytkowania wieczystego, w razie jego wygaśnięcia, powinna istnieć nadal, tyle że nie na prawie użytkowania wieczystego, lecz na prawie własności, bowiem to prawo było obciążone wygasłym użytkowaniem. Według założeń Sądu Najwyższego tak jest w przypadku udziału, który obciąża całość, a jeśli obciąża całość, to na skutek jego wygaśnięcia hipoteka ma obciążać prawo, na bazie którego ustanowiono współwłasność.

Sąd Najwyższy trafnie wskazuje, że z treści art. 84 kwih wynika, iż hipoteka obciąża swój przedmiot jako całość, co należy rozumieć w ten sposób, że ustanowio-

¹³ A. Szpunar, *Glosa do uchwały SN z 14 lipca 1994 r., III CZP 85/94*, Rejent 1995, nr 6, s. 100.

na hipoteka utrzymuje się na nieruchomości w takim kształcie prawnym, w jakim była nieruchomość w chwili powstania zabezpieczenia hipotecznego. Późniejsze zmiany dotyczące przedmiotu obciążenia, np. polegające na jej podziale, muszą pozostawać bez wpływu na sytuację prawną wierzyciela hipotecznego.

Z tak sformułowanego poglądu nie można jednak wywieść tezy, iż w przypadku zniesienia współwłasności, w której jeden z udziałów był obciążony hipoteką, hipoteka będzie obciążała wszystkie wydzielone w wyniku podziału części. Pozostaje to bowiem w sprzeczności z wyrażonym przez Sąd poglądem o stabilizacji przedmiotu hipoteki. Hipoteka przez cały czas swojego trwania ma bowiem utrzymywać się w takim samym kształcie prawnym. Zatem skoro hipoteka nie była ustanowiona na nieruchomości jako rzeczy, lecz na udziale jako prawie, to nie może się utrzymywać na przedmiocie, na którym nigdy nie została ustanowiona.

Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem, jakoby powstanie hipoteki na wydzielonych w wyniku zniesienia współwłasności częściach nieruchomości uzasadnione było tym, iż późniejsze zmiany w przedmiocie hipoteki, np. polegające na jej podziale, nie wpływają na istnienie hipoteki. Rzecz jednak w tym, o czym była już mowa, że w wyniku zniesienia współwłasności nie następuje podział udziału, jako przedmiotu hipoteki, lecz podział rzeczy, na której ustanowiona została współwłasność. Skoro w wyniku zniesienia współwłasności następuje ustanie bytu prawnego obciążonego udziału, który w swej konstrukcji wykorzystywał prawo własności, które nie było obciążone hipoteką, to hipoteka ustanowiona na udziale wygasa, albowiem przedmiot, na którym została ustanowiona, nie został podzielony, lecz przestał istnieć. Fakt wykorzystania prawa własności w jurydycznej konstrukcji udziału nie może stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia tezy wyrażonej w komentowanym orzeczeniu. Należy bowiem wskazać, o czym była już mowa, iż podobna sytuacja występuje w przypadku prawa wieczystego użytkowania, które wykorzystuje w swej konstrukcji prawo własności. Oczywiście jest, iż w przypadku wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego obciążonego hipoteką hipoteka nie będzie obciążać nieruchomości, tak też winno być, wbrew temu co przyjął Sąd Najwyższy, w przypadku wygaśnięcia udziału na skutek zniesienia współwłasności.

Za przyjęciem odmiennej niż Sąd Najwyższy tezy przemawia dodatkowo to, iż dążąc do zabezpieczenia interesów wierzyciela nie można stracić z pola widzenia ochrony praw przysługujących współwłaścicielom, którzy nie obciążyli swych udziałów. Skoro rozporządzanie udziałem, co do zasady, odbywa się niezależnie od woli pozostałych współwłaścicieli, to nie powinni oni ponosić jakiegokolwiek odpowiedzialności za czynności podejmowane przez jednego z nich. Dla usprawiedliwienia przeciwnej tezy niewystarczające jest stwierdzenie, jakim posłużył się Sąd Najwyższy w komentowanej uchwale, jakoby w interesie współwłaściciela, którego udział nie został obciążony, było takie ukształtowanie sposobu zniesienia współwłasności, aby w ostatecznym rozrachunku jego prawa nie zostały naruszone. Zasadniczym sposobem zniesienia współwłasności jest podział fizyczny rzeczy, który wi-

nien odpowiadać wartościom poszczególnych udziałów (art. 211 i art. 212 k.c.). Skoro tak, to każdy z współwłaścicieli powinien mieć zagwarantowane prawo przyznania mu w wyniku podziału części przedmiotu współwłasności, który odpowiada wartości przysługującego mu udziału. Jeśli zatem jego udział nie był obciążony, to winien on otrzymać wolną od obciążeń część przedmiotu współwłasności odpowiadającą wartości jego udziału. Tymczasem Sąd Najwyższy w imię ochrony interesów wierzyciela hipotecznego twierdzi, iż fakt obciążenia wydzielonej części hipoteką powinien być między współwłaścicielami zrekompensowany. Sąd Najwyższy nie wskazuje, w jaki sposób winno to nastąpić, czy przez stosowną dopłatę, czy też przyznanie większej części nieruchomości. Nie wskazuje również jakie roszczenia służyłyby współwłaścicielowi obciążonego udziału, który w wyniku podziału otrzymał mniejszą część, w sytuacji gdy wierzyciel hipoteczny nie skorzystał z przysługującego mu prawa i zaspokoił się z innego majątku dłużnika osobistego. W ocenie glosatora błędne jest również sięganie do instytucji dopłat. Przyznanie dopłaty nie oznacza, iż w praktyce wierzytelność z tego tytułu zostanie przez dłużnika wykonana.

Stąd wniosek, iż nieuzasadnione jest takie stanowisko, które zakłada włączenie w sferę oddziaływania hipoteki współwłaściciela, który nie miał jakiegokolwiek możliwości przeciwdziałania ustanowieniu hipoteki na udziale drugiego z współwłaścicieli. Należy zatem stwierdzić, iż w wyniku zniesienia współwłasności, w której jeden z udziałów był obciążony hipoteką, hipoteka wygasa, albowiem następuje utrata bytu prawnego przedmiotu hipoteki, bowiem bez wątpienia nie następuje podział udziału, co z kolei wyklucza możliwość zastosowania przepisu art. 76 ust. 1 kwih i obciążania hipoteką wszystkich wydzielonych części, tak jak to czyni Sąd Najwyższy, lub też części przypadającej współwłaścicielowi obciążonego udziału.

Na zakończenie *de lege ferenda* należy wyrazić potrzebę wprowadzenia do powszechnie obowiązującego prawa rozwiązania, które łagodziłoby negatywne skutki wygaśnięcia hipoteki na udziale we współwłasności w następstwie jej zniesienia. Może to nastąpić bądź przez wprowadzenie rozwiązań, mocą których na nieruchomości przypadającej współwłaścicielowi uprzednio obciążonego udziału powstaje z mocy prawa hipoteka, bądź też (tak jak to ma miejsce w przypadku wygaśnięcia użytkowania wieczystego) przez wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą powstaje ustawowe prawo zastawu na wierzytelności współwłaściciela obciążonego udziału z tytułu spłaty lub dopłaty należnej w wyniku zniesienia współwłasności.

Zbigniew Woźniak

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r.

I KZP 31/03*

Teza głosowanej uchwały brzmi:

Niedopuszczalne jest rozpoznanie zażalenia, wniesionego przez jednego z obrońców oskarżonego (podejznanego) na postanowienie sądu pierwszej instancji, które już się uprawomocniło na skutek rozpoznania zażalenia innego obrońcy tej samej osoby.

1. Powyższa uchwała Sądu Najwyższego nie była jeszcze głosowana, a wydaje się, że jest to celowe – zwłaszcza że jej teza budzi wątpliwości i zastrzeżenia.

Powstała ona na tle problemu prawnego, czy dopuszczalne jest rozpoznanie złożonego w terminie, przez uprawnioną osobę, zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji w sytuacji, gdy wcześniej rozpoznane zostało zażalenie na to samo postanowienie, złożone przez inną uprawnioną osobę, w zakresie dotyczącym tego samego oskarżonego i zaskarżone postanowienie zostało utrzymane w mocy lub zmienione. Dodatkowo zadano pytanie Sądowi Najwyższemu, w jakim trybie powinno nastąpić przywrócenie stronie, która dochowała terminu, prawa do rozpoznania złożonego przez nią środka odwoławczego, który nie mógł zostać rozpoznany z przyczyn od strony niezależnych.

Sytuacja procesowa w przedmiotowej sprawie była następująca. Postanowieniem z 27 czerwca 2003 r. jeden z sądów rejonowych, w toku postępowania przygotowawczego, tymczasowo aresztował podejrzanego. Podejrzanym korzystając ze swoich uprawnień ustanowił dwóch obrońców (zgodnie z przepisem art. 77 k.p.k. miał prawo do posiadania jeszcze jednego obrońcy). Następnie obydwaj obrońcy oskarżonego w ustawowym terminie złożyli zażalenia na postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania wobec ich klienta. Na skutek „zbiegu okoliczności” (jak to eufemistycznie określono), na który nie mieli wpływu podejrzany i jego obrońcy, wła-

* OSNKW 2003 r., z. 11–12, poz. 95.

ściwy sąd okręgowy rozpoznał tylko zażalenie wniesione przez jednego z obrońców i postanowieniem z 15 lipca 2003 r. utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie. Dopiero w dniu 21 lipca 2003 r. do – jak wskazano – właściwego wydziału sądu okręgowego wpłynęło zażalenie sporządzone przez drugiego z obrońców podejrzanego, co spowodowało powstanie wątpliwości i w efekcie sprawą zajął się Sąd Najwyższy.

2. W odniesieniu do środków zapobiegawczych teza Sądu Najwyższego jest niewątpliwie błędna, a jej źródłem jest chyba chęć wykreowania pewnej stałej zasady w odniesieniu do wszystkich ewentualnych sytuacji procesowych, gdy kolejny obrońca tego samego oskarżonego (czy wcześniej podejrzanego) wnosi zażalenie na postanowienie sądu pierwszej instancji, które już się uprawomocniło na skutek rozpoznania zażalenia innego obrońcy tej samej osoby (a zgodnie ze wspomnianym powyżej art. 77 k.p.k. oskarżony może mieć jednocześnie aż trzech obrońców). Tym bardziej więc już na wstępie niniejszych rozważań należy wyraźnie podkreślić, iż tego rodzaju zabiegi – jak kreowanie ogólnej zasady do szeregu różnych przecież sytuacji (i kwestii) procesowych – w prawie karnym, z góry skazane są na niepowodzenie.

W związku z tym, iż niniejsze rozważania są krytyczne wobec założeń przyjętych przez Sąd Najwyższy w ww. uchwale, niektóre sformułowania tego Sądu muszą zostać przytoczone *in extenso* w celu przedstawienia ich kompleksowej argumentacji. Tym łatwiej też będzie wykazać w odpowiednich miejscach mylność tej argumentacji.

3. Sąd Najwyższy na początku swych rozważań stwierdził, iż z treści uzasadnienia postanowienia przedstawiającego zagadnienia prawne wynikało, że sąd okręgowy, uznając co do zasady, że orzeczenie sądu staje się prawomocne w wyniku niezaskarżenia go lub w efekcie rozpoznania środka odwoławczego i wydania przez sąd odwoławczy orzeczenia innego niż uchylające, nie może pogodzić się z tym, że po wydaniu postanowienia w przedmiocie tymczasowego aresztowania nastąpi swoisty wyścig zażeń i rozpoznane będzie tylko to, które wpłynie jako pierwsze. Odebranie w tak szczególny sposób oskarżonemu lub obrońcy (czyli w istocie oskarżonemu – J. I.) ustawowego prawa do rozpoznania zażalenia, które zostało prawidłowo i w terminie wniesione, stanowiłoby rażące naruszenie prawa do obrony i to takie, które mogłoby narazić Polskę na niekorzystne rozstrzygnięcie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Tyle odnośnie do stanowiska sądu zwracającego się z pytaniem prawnym.

Następnie Sąd Najwyższy zajął się kwestią związaną z wyjaśnieniem pojęcia prawomocności (wskazał przy tym trafnie, że jest to problematyka złożona i kontrowersyjna w nauce procesu karnego). W istocie ma rację Sąd Najwyższy stwierdzając (i powołując się tutaj na doktrynę), że przez prawomocność rozumie się niepodważalność decyzji, która w pewnym sensie nabiera mocy normy prawnej¹. Dalej Sąd Najwyższy stwierdza, że przedstawiciele nauki w zasadzie są zgodni, że prawo-

¹ Powołano się tutaj na pogląd J. Tylmana [Warunki dopuszczalności postępowania karnego. Przesłanki procesowe (w:) Nowa Kodyfikacja Karna, Warszawa 1998, z. 14, s. 29]. Zob. ponadto T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne* (wyd. IV – zmienione i uzupełnione), Warszawa 2003 r., s. 196–199.

mocność materialna decyzji wyraża się w zakazie wszczęcia i prowadzenia od nowa postępowania zakończonemu z punktu widzenia prawomocności formalnej. Zatem niedopuszczalne jest ponowne postępowanie przeciwko tej samej osobie o tę samą kwestię odpowiedzialności prawnej (*ne bis in idem*)².

Rzeczywiście jest to pogląd słuszny. Jednak od razu należy postawić pytanie, czy postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania (jak i zresztą każdego innego środka zapobiegawczego) jest w ogóle (i może być) prawomocne w znaczeniu materialnym. Co więcej problem ten nie dotyczy tylko samego zastosowania takiego środka, ale i innych decyzji w tym zakresie, jak np. przedłużenie, ponowna decyzja o jego stosowaniu itp.³. W tym miejscu należy więc od razu odpowiedzieć na postawione powyżej pytanie, że tak nie jest, bowiem decyzja o stosowaniu środków zapobiegawczych jest zawsze decyzją co do kwestii incydentalnej i nie może być tutaj mowy o konsekwencjach tego rodzaju, jak np. przy zakończeniu określonego stadium postępowania karnego (jak np. decyzja o umorzeniu postępowania przygotowawczego, tj. śledztwa albo dochodzenia), co i tak wobec konkretnej osoby oznacza zakończenie całego procesu karnego. Wskazał to zresztą wyraźnie i sam Sąd Najwyższy w postanowieniu z 22 czerwca 1999 roku (I KZP 20/99)⁴, gdzie kategorycznie i zasadnie stwierdzono, że (...) postanowienie o zastosowaniu środka zapobiegawczego nie nabiera nigdy cechy prawomocności materialnej (...).

4. W toku swych dalszych rozważań Sąd Najwyższy odnosi się szerzej do problemu prawomocności, bowiem zauważa, że w literaturze występuje rozbieżność poglądów co do sposobu rozumienia prawomocności formalnej. Sąd Najwyższy zauważa, że w myśl jednej z koncepcji, za główne kryterium prawomocności orzeczenia przyjmuje się jego niewzruszalność w drodze zwykłych środków odwoławczych, obejmującą także jego niezaskarżalność⁵. W świetle zaprezentowanego po-

² Odwołano się tutaj do St. Waltośia (*Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 57–58).

³ Należy przy okazji zauważyć, iż pojęcie „stosowanie tymczasowego aresztowania” oznacza w istocie podejmowanie wszelkich decyzji wykorzystujących tymczasowe aresztowanie w toku postępowania karnego. Odróżnić natomiast należy od powyższego określenie „w przedmiocie środka zapobiegawczego” (art. 252 k.p.k.), które ma w istocie szerszy zakres. Nie są bowiem „stosowaniem” takie decyzje jak uchylenie i zmiana tymczasowego aresztowania na łagodniejszy środek, choć są one na pewno decyzjami „w przedmiocie” środka (aresztowania). „Stosowanie tymczasowego aresztowania” zatem to tylko wykorzystywanie tego środka, czyli: 1) stosowanie go po raz pierwszy, 2) przedłużanie jego stosowania, oraz 3) ponowne stosowanie po wcześniejszym uchyleniu czy też zmianie na łagodniejszy środek. Nie ma tu natomiast znaczenia, czy następuje to w postępowaniu przygotowawczym, sądowym, czy dopiero w odwoławczym. Szerzej zob. J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków 2002 r., s. 174–176; oraz J. Izydorczyk, *Praktyka stosowania tymczasowego aresztowania (na przykładzie sądów Polski centralnej)*, Łódź 2002 r., s. 53.

⁴ OSNKW 1999 r., z. 7–8, poz. 43.

⁵ Odwołano się tutaj do takich stanowisk jak: S. Śliwiński, *Proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1948 r., s. 442–444; A. Kaftal, *Prawomocność wyroków sądowych w polskim prawie karnym procesowym*, Warszawa 1966 r., s. 69, 81–82; M. Biłyj, A. Murzynowski, *Wznowienie postępowania karnego w PRL w świetle prawa i praktyki*, Warszawa 1980 r., s. 53–56.

glądu, że prawomocne są orzeczenia niezaskarżalne zwykłym środkiem odwoławczym, a równocześnie nieodwoławalne, przyjąć należy, iż uprawomocniają się tylko wyroki i część postanowień, w których kwestie prawne rozstrzygane są stanowczo i trwale w ramach zwykłego postępowania karnego. Natomiast według tego poglądu nie uzyskują waloru prawomocności postanowienia incydentalne, które na każdym etapie procesu karnego mogą ulegać uchyleńiu albo zmianie z urzędu lub na skutek zaskarżenia. Zatem prawomocność nie będzie więc przysługiwała wielu rodzajom postanowień, w tym postanowieniu o zastosowaniu tymczasowego aresztowania. W konsekwencji – zauważa Sąd Najwyższy – według przedstawionej teorii wydaje się, że należałoby przychylić się do poglądu o dopuszczalności rozpoznania zażalenia na postanowienie o tymczasowym aresztowaniu, które już wcześniej zostało utrzymane w mocy przez sąd drugiej instancji.

Jednak Sąd Najwyższy przedstawił i drugą z koncepcji, odnoszącą się do tzw. prawomocności formalnej. Przyjmuje ona jako warunek prawomocności orzeczenia jego niezaskarżalność za pomocą zwykłych środków odwoławczych⁶. Stosownie do zaprezentowanej koncepcji prawomocność formalna orzeczenia występuje, gdy: zaskarżenie orzeczenia wydanego w pierwszej instancji jest niedopuszczalne, orzeczenia nie zaskarżono lub wniesiony środek odwoławczy cofnięto, wyczerpany został tok instancji, gdyż rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji zostało utrzymane w mocy lub zmienione.

Zdaniem Sądu Najwyższego na aprobatę zasługuje, przeważający w doktrynie i judykaturze, pogląd, że prawomocne jest każde orzeczenie niezaskarżalne za pomocą zwykłych środków odwoławczych. Taka interpretacja zapewnia bowiem poczucie trwałości i pewności orzeczeń skontrolowanych przez sąd odwoławczy oraz koresponduje z treścią art. 437 § 1 i art. 466 § 1 k.p.k. Należy więc dodać, że jest to pogląd słuszny, jednak trzeba mieć cały czas na uwadze różnicę między prawomocnością w aspekcie formalnym od prawomocności w aspekcie materialnym, a jest to różnica znacząca. Prawomocność materialna jest konsekwencją prawomocności formalnej działającą na zewnątrz w stosunku do innych ewentualnych procesów, których prowadzić nie pozwala. To tutaj pojawia się ów zakaz „nie dwa razy o to samo” (zakaz *ne bis in idem*)⁷. Nie można osądzać tego samego oskarżonego dwa razy o ten sam czyn, nie można też przeciw niemu prowadzić dwukrotnie tego samego stadium postępowania w tej samej sprawie, gdy to stadium zakończyło się już ostatecznie (por. art. 327 § 2 k.p.k. oraz 328 § 2 k.p.k.), ale wciąż można, i to nawet wielokrotnie, stosować środki zapobiegawcze wobec tej samej osoby, uchylać ich stosowanie wobec oskarżonego i ponownie je stosować, pod warunkiem

⁶ Tutaj odwołano się m.in. do następujących stanowisk: Z. Doda, *Rewizja nadzwyczajna w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972 r., s. 101–118; T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998 r., s. 179; K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998 r., s. 264.

⁷ T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne* (wyd. III – zmienione i uzupełnione), Warszawa 2001 r., s. 191.

wszak występowania podstawy ogólnej z art. 249 § 1 k.p.k. oraz przynajmniej jednej podstawy szczególnej z art. 258 k.p.k., ale to już jest całkiem inna kwestia.

Wracając do uzasadnienia Sądu Najwyższego należy też wskazać, że odwołał się on do poprzednio wydanego postanowienia (SN) z 26 listopada 2002 r., III KZ 47/02⁸. Wskazano tam, że w momencie utrzymania w mocy zaskarżonego orzeczenia (zarządzenia) przez sąd drugiej instancji zaczyna istnieć prawomocne rozstrzygnięcie, co wyklucza możliwość rozpoznania wniesionego w tej samej sprawie kolejnego środka odwoławczego. Stosownie do treści art. 437 k.p.k. (art. 466 § 1 k.p.k.), rozpoznając środki odwoławcze, w tym zażalenie, organ odwoławczy na żądanie strony bada zaskarżone rozstrzygnięcie, a nie środek odwoławczy. Środki te wnosi się (a tym bardziej rozpoznaje) tylko od nieprawomocnych orzeczeń i zarządzeń. Sąd odwoławczy winien sprawdzić w granicach zaskarżenia, a nawet szerzej (art. 440 k.p.k.), prawidłowość rozstrzygnięcia od strony materialnoprawnej, jak i procesowej. Jeżeli środek odwoławczy okaże się niezasadny, organ odwoławczy nie oddala go, lecz zgodnie z art. 437 § 1 k.p.k. – utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie. Tylko, bowiem przy nadzwyczajnych środkach zaskarżenia, przedmiotem rozpoznania jest kasacja lub wnioski o wznowienie postępowania. Uprawniony sąd bada, czy wskazane w nadzwyczajnym środku odwoławczym uchybienia zaistniały w rzeczywistości, jeżeli nie, oddala środek zaskarżenia, co nie wyklucza możliwości wniesienia go w przyszłości – przez inny podmiot w przypadku kasacji (art. 537 § 1 k.p.k. w zw. z art. 522 k.p.k.), a nawet ten sam podmiot w oparciu o inne okoliczności w odniesieniu do wznowienia postępowania (art. 540 k.p.k. w zw. z art. 547 § 1 k.p.k.). Z kolei w uchwale pełnego składu Izby Karnej z 9 października 2000 r., I KZP 37/00 (OSNKW 2000, z. 9–10, poz. 78) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że oddalając kasację sąd orzeka jedynie o niezasadności wniesionej skargi kasacyjnej, nie wkracza zaś w żadnym zakresie w sferę, w której wyrok kończący postępowanie karne korzysta już z powagi rzeczy osądzonej. Podsumowując Sąd Najwyższy stwierdza, że istnieje zasadnicza różnica jakościowa między oddaleniem kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania karnego a utrzymaniem w mocy (bądź zmianą) orzeczenia przez sąd odwoławczy.

Należy w tym miejscu więc zauważyć, że to wcześniejsze (wskazane powyżej) orzeczenie Sądu Najwyższego⁹ dotyczyło jednak całkiem innej kwestii – umorzenia postępowania przygotowawczego, czyli zakończenia określonego stadium i samego postępowania karnego (przerwania przebiegu procesu). W tamtej właśnie sprawie Sąd Najwyższy stwierdził, iż rozpoznanie przez sąd rejonowy zażalenia pokrzywdzonego na postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego w stosunku do określonej osoby o określone czyny w sytuacji, gdy

⁸ OSNKW 2003, z. 3–4, poz. 35.

⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 listopada 2002 roku (III KZ 47/02) OSNKW 2003 r., z. 3–4, poz. 35.

uprzednio sąd ten rozpoznał już wcześniej zażalenie podejrzanego na to orzeczenie i utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie, oznacza orzekanie w sprawie, w której postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało już prawomocnie zakończone i stanowi tym samym naruszenie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.

Z tym poglądem należy się zgodzić, bowiem jak wskazano już wcześniej, chodzi tutaj nie tylko o zakończenie stadium procesu karnego, ale i całego postępowania wobec danej osoby. Nie jest to więc problem kwestii wпадkowej, jaką jest konieczność stosowania środka zapobiegawczego. W tym pierwszym przypadku można mówić zarówno o prawomocności w aspekcie formalnym, jak i materialnym, w drugim zaś – tylko o prawomocności formalnej, nigdy w znaczeniu materialnym¹⁰.

Wskazał tam też Sąd Najwyższy, że jedynie przy nadzwyczajnych środkach zaskarżenia przedmiotem rozpoznawania jest sam ów środek, a uprawniony sąd zbadać ma, czy wskazane w nim uchybienia mają miejsce. W konsekwencji, w razie jego niezasadności, oddala się tu środek zaskarżenia (zob. art. 537 § 1 i art. 547 § 1 k.p.k.), co tym samym nie wyklucza możliwości wniesienia go w przyszłości przez inny jeszcze podmiot (tak przy kasacji), lub nawet przez ten sam z powołaniem się na inne okoliczności (tak przy wznowieniu). Przy środkach odwoławczych sytuacja jest odmienna. Organ odwoławczy ma na żądanie strony zbadać zaskarżone rozstrzygnięcie, a nie środek odwoławczy. Środki te wnosi się przy tym tylko od nieprawomocnych rozstrzygnięć (orzeczeń i zarządzeń). Sąd odwoławczy powinien więc skontrolować, w granicach zaskarżenia, prawidłowość rozstrzygnięcia zarówno od strony materialnoprawnej, jak i procesowej.

Konsekwencją tego jest – zdaniem Sądu Najwyższego – że jeżeli środek odwoławczy okazuje się niezasadny, organ odwoławczy nie oddala go, lecz – stosownie do art. 437 § 1 k.p.k. – utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie. W tym momencie zaczyna jednak istnieć już w sprawie prawomocne rozstrzygnięcie, co wyklucza w przyszłości możliwość wniesienia przez inny podmiot w tej samej sprawie kolejnego środka odwoławczego. Z chwilą bowiem powstania w postępowaniu prawomocnego orzeczenia, pojawia się na przyszłość w sprawie o ten sam czyn tej samej osoby przesłanka rzeczy osądzonej. Nie ma przy tym znaczenia, czy kolejny środek odwoławczy jest efektem przywrócenia uprawnionemu terminu do jego złożenia, czy też takich uchybień organu procesowego, które spowodowały, że dotychczas

¹⁰ W odniesieniu do tego poglądu Sądu Najwyższego (postanowienie z 26 listopada 2002 roku, III KZ 47/02, OSNKW 2003 r., z. 3–4, poz. 35) ukazała się wprawdzie krytyczna glosa autorstwa R. Kmiecika (OSP 2003 r., z. 10, poz. 129), jednak jak się wydaje niesłuszna. Przy okazji warto dodać, iż Glosator zauważył, iż dopóki od nieprawomocnego postanowienia przysługuje w jakiejś części zażalenie, dopóty postanowienie to nie uzyskuje formalnej prawomocności, bez niej zaś nie sposób mówić o „prawomocności materialnej”. Sąd powinien zatem rozpoznać wszystkie formalnie dopuszczalne zażalenia, jeśli zaś „pośpieszy się” i rozpozna tylko pierwsze z nich (z istoty rzeczy w „części” określonej przez kierunek i zakres zaskarżenia), to nie znaczy, że będzie zwolniony z wyznaczenia kolejnego posiedzenia, w celu rozpoznania pozostałych zażaleń (o ile zostały wniesione w terminie i spełniają pozostałe warunki formalne).

termin do wystąpienia ze środkiem przez ów podmiot w ogóle nie biegl. Tam, gdzie jest to możliwe, można wówczas jedynie rozważyć wniesienie kasacji, jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia prawomocnych orzeczeń, bądź to przez samą stronę, bądź przez podmioty wskazane w art. 521 k.p.k., powołując się na naruszenie przepisów postępowania przez uniemożliwienie danej stronie wystąpienia ze swym środkiem we właściwym czasie i przedwczesne rozpoznanie środka innej strony. W związku z powyższym należy więc tutaj przypomnieć, iż w kwestiach incydentalnych w żadnym wypadku nie przysługuje przecież kasacja¹¹.

5. Powracając do głównego nurtu rozważań, należy dodać, iż Sąd Najwyższy prezentując swoje wnioski w tej sprawie dalej stwierdził, że jeżeli zaskarżone orzeczenie w wyniku rozpoznania odwołania nie zostanie uchylone, staje się prawomocne. Zostaje wyczerpany tok instancji, a w konsekwencji pojawia się negatywna przesłanka procesowa w postaci zakazu *ne bis in idem*. Stosownie bowiem do treści art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone.

Zdaniem Sądu Najwyższego – z którym jednak nie można się zgodzić – ta przesłanka procesowa dotyczy nie tylko orzeczeń, którymi rozstrzygnięto o głównym przedmiocie postępowania karnego (kwestie winy i kary), ale także zaskarżalnych decyzji incydentalnych. Konsekwencją prawomocności orzeczenia jest zakaz kolejnego orzekania w tej samej kwestii prawnej niezależnie od tego, czy przyczyną braku równoczesnego rozpoznania środków odwoławczych była konieczność niezwłocznego rozpoznania zażalenia (art. 252 § 3 k.p.k.), zaniedbania organizacyjne w pracy administracji zakładu karnego, poczty, prokuratury bądź sądu, czy też przywrócenie terminu do złożenia środka odwoławczego.

W konsekwencji więc Sąd Najwyższy przyjął pogląd powołany w ww. tezie, iż niedopuszczalne będzie rozpoznanie zażalenia, prawidłowo wniesionego przez jednego z obrońców oskarżonego na postanowienie sądu pierwszej instancji, które już się uprawomocniło na skutek rozpoznania zażalenia innego obrońcy tej samej osoby.

Teza ta jest bez wątpienia błędna. Więcej, także mylnym – co należy podkreślić – zdaniem Sądu Najwyższego: „przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby do

¹¹ W tamtej sprawie Sąd Najwyższy zauważył też, że przyjęcie środka odwoławczego jest niedopuszczalne, gdy nie istniał już substrat zaskarżenia, czyli nieprawomocne orzeczenie, a tylko takie mogło być przedmiotem zażalenia. Rozpoznanie przez sąd tego środka odwoławczego i wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia nastąpi z naruszeniem przesłanki rzeczy osądzonej. Skoro bowiem przedmiotem zaskarżenia środkiem odwoławczym może być jedynie nieprawomocne orzeczenie, to rozpoznanie przez sąd rejonowy zażalenia pokrzywdzonego na postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego w stosunku do określonej osoby o określone czyny w sytuacji, gdy uprzednio sąd ten rozpoznał już wcześniej zażalenie podejrzanego na to orzeczenie i utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie, oznacza orzekanie w sprawie, w której postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało już prawomocnie zakończone i stanowi tym samym naruszenie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.

funkcjonowania w obrocie prawnym dwóch lub więcej orzeczeń sądu odwoławczego w tej samej kwestii, co mogłoby prowadzić do sytuacji absurdalnej, w której funkcjonowałyby dwa sprzeczne ze sobą orzeczenia. Oznaczałoby to możliwość współistnienia, np. postanowienia o utrzymaniu w mocy postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania i postanowienia o uchyleniu postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania”. Zdaniem Sądu Najwyższego polskie prawo nie dopuszcza takiego układu, a zarazem nie przewiduje trybu dla unieczystwienia postanowienia sądu odwoławczego, które zapadło wcześniej. Przedmiotem kontroli odwoławczej może być bowiem w tym układzie tylko orzeczenie sądu pierwszej instancji, niezależnie także od tego, że – z wyjątkami przewidzianymi w art. 426 § 3 k.p.k. – obowiązuje reguła niezaskarżalności orzeczeń wydanych przez sąd odwoławczy (art. 426 § 1 k.p.k.).

Należy więc jeszcze raz powtórzyć, iż jest to jednak wniosek całkowicie chybiony, mający swe źródło w przyjmowaniu posiadania przez decyzje rozstrzygające zaledwie w kwestiach incydentalnych przymiotu prawomocności materialnej. Jak wiadomo jednak decyzje incydentalne występują w procesie zawsze tylko obok jego podstawowego nurtu. Nie wpływają oczywiście ani na przedmiot procesu karnego (tj. kwestię odpowiedzialności prawnej określonej osoby za określony czyn przestępny), ani na kwestię odnoszącą się do możliwości dalszego prowadzenia postępowania karnego (jak np. definitywne jego zakończenie w wyniku zakończenia jego stadium).

Należy więc podkreślić jeszcze raz, iż przy decyzjach incydentalnych nie ma nigdy problemu współistnienia dwóch decyzji w tym samym przedmiocie (jak błędnie uważa Sąd Najwyższy). Zawsze obowiązuje tutaj tylko decyzja późniejsza. To ta nowa decyzja zastępuje tę poprzednią. Więcej – nieraz decyduje w takich wypadkach wręcz brak decyzji, jak np. w sytuacji przewidzianej przez przepis art. 211 § 3 k.p.k., zgodnie z którym tymczasowo aresztowanego zwalnia się w dniu, w którym upływa termin zastosowania wobec niego tymczasowego aresztowania. Oznacza to – o czym nieraz zapomina się niestety w praktyce – że w razie niedoręczenia do dnia upływu terminu tymczasowego aresztowania postanowienia o przedłużeniu tego środka, dyrektor aresztu śledczego powinien z urzędu zwolnić aresztowanego¹² i oczywiście nie jest tutaj potrzebny nawet nakaz zwolnienia, bowiem brak jest po prostu legalnej (i aktualnej) decyzji o pozbawieniu wolności¹³.

¹² T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego – komentarz* (wyd. III – uzupełnione i rozszerzone), Kraków 2003 r., s. 693.

¹³ W regulaminie prokuratorskim (§ 164 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 11 kwietnia 1992 r. *Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury*, Dz.U. z 4 maja 1992 r.) jest unormowana wprawdzie kwestia niedoręczenia na czas odpisu postanowienia o uchyleniu tymczasowego aresztowania wraz z nakazem zwolnienia. Wtedy właściwy prokurator przekazuje bezzwłocznie teleksem, telefaksem lub telefonicznie informację o treści postanowienia i powoduje doręczenie jego odpisu oraz innych niezbędnych pism przed upływem terminu (3 dni). Lecz i to nie zmienia znaczenia (i celu) unormowania art. 211 § 3 k.k.w. – więcej, podkreśla to tylko jego sens.

Przy okazji należy przypomnieć, iż wskazuje się w literaturze¹⁴ (także w orzecznictwie i innych publikacjach¹⁵), że skoro środek zapobiegawczy jest zastosowany z momentem wydania postanowienia, a nie jego uprawnomocnienia się (a prokurator może w postępowaniu przygotowawczym uchylić zastosowany przez siebie albo przez sąd środek zapobiegawczy), gdy nie rozpoznano jeszcze zażalenia na decyzję o zastosowaniu tego środka, to z chwilą jego uchylenia w trybie art. 253 § 2 k.p.k. przestaje ona prawnie egzystować. Nie istnieje więc już przedmiot zaskarżenia i zażalenie należy pozostawić bez rozpoznania (art. 430 § 1 w zw. z art. 429 § 1 k.p.k.). To samo należy odnieść do zażaleń dotkniętych uchynieniami wskazanymi wprost w art. 429 § 1 i art. 430 § 1 *in fine* k.p.k. (pochodzących od osoby nieuprawnionej, wniesionych po terminie lub po niezasadnym jego przywróceniu).

W związku z powyższym warto więc wskazać, że przecież nawet („zaledwie”) decyzja prokuratora w postępowaniu przygotowawczym – jako późniejsza – może „zniweczyć” decyzję sądu (w poprzednim stanie prawnym nawet decyzję podjętą przez Sąd Najwyższy) o stosowaniu tymczasowego aresztowania (art. 253 § 2 k.p.k.). Nie ma więc tutaj mowy o żadnym „współistnieniu” decyzji procesowych o stosowaniu i uchyleniu tego środka zapobiegawczego.

¹⁴ Zob. J. Izydorzycy, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków 2002 r., s. 260; oraz J. Izydorzycy, *Praktyka stosowania tymczasowego aresztowania (na przykładzie sądów Polski centralnej)*, Łódź 2002 r., s. 105.

¹⁵ Zob. wskazywane wcześniej postanowienie Sądu Najwyższego z 22 czerwca 1999 roku, (I KZP 20/99), OSNKW 1999 r., z. 7–8, poz. 43. Zauważono tam, że środek zapobiegawczy jest zastosowany z momentem wydania postanowienia w tym przedmiocie, a złożenie zażalenia nie wstrzymuje jego wykonalności, chyba że sąd *a quo* albo *ad quem* postanowi inaczej (art. 462 k.p.k.). Tym samym, skoro art. 253 k.p.k. nie zawiera żadnych ograniczeń w tym przedmiocie, środkiem zastosowanym przez sąd w rozumieniu art. 253 § 2 k.p.k. jest środek zapobiegawczy, co do którego wydano postanowienie o jego zastosowaniu, a nie dopiero środek, co do którego postanowienie takie stało się prawomocne. Jeżeli prokurator w ramach swych uprawnień uchyła lub zmienia, z przyczyn określonych w art. 253 § 1 k.p.k., zastosowany przez sąd na jego wniosek środek zapobiegawczy (art. 253 § 2 k.p.k.), to uprzednie postanowienie o zastosowaniu tego środka przestaje prawnie egzystować. (...) Postanowienie o zastosowaniu środka zapobiegawczego nie nabiera zatem nigdy cechy prawomocności materialnej i może być z urzędu zawsze uchylone lub zmienione w toku postępowania. Podstawowym warunkiem wystąpienia z zażaleniem jest istnienie orzeczenia (zarządzenia) podlegającego zaskarżeniu w tym trybie i posiadanie przez skarżącego interesu prawnego w zaskarżeniu (art. 425 § 1 i 3 oraz art. 459 k.p.k.). (...). (Zob. też R. A. Stefański: *Przegląd orzecznictwa*, WPP 2000 r., nr 2, s. 86 i n. oraz J. Tylman w głosie do tego postanowienia SN, OSP 2000 r., z. 1, poz. 9). Decyzje przewidziane w art. 253 § 2 k.p.k. mogą być podejmowane w każdym czasie – zarówno po wydaniu postanowienia o zastosowaniu środka, a jeszcze przed jego zaskarżeniem, jak i po takim zaskarżeniu, a przed rozpoznaniem zażalenia, jak i wreszcie po rozpoznaniu zażalenia i ewentualnym utrzymaniu przez sąd odwoławczy w mocy lub zmianie przez niego zaskarżonego postanowienia. Decyzja (o uchyleniu tymczasowego aresztowania) zawarta w postanowieniu prokuratora musi powodować utratę mocy poprzedniego postanowienia sądu, a w konsekwencji pozostawienie przez sąd odwoławczy wniesionego zażalenia bez rozpoznania, jako odnoszącego się do postanowienia już prawnie nieistniejącego.

6. W dalszej części swych rozważań Sąd Najwyższy zauważa (a raczej uspokaja), że argumenty zawarte w zażaleniu (na postanowienie o zastosowaniu środka zapobiegawczego), które nie podlega rozpoznaniu, zawsze mogą stanowić impuls do podjęcia przez organ działania z urzędu – zgodnie z dyspozycją art. 253 § 1 k.p.k. Rzeczywiście może się tak stać w konkretnej sprawie, ale przecież wcale nie musi, a stwierdzenie niedopuszczalności zażalenia kolejnego uprawnionego obrońcy w kwestii incydentalnej grozi naruszeniem fundamentalnej zasady prawa do obrony. Zasada ta jest nie tylko określona w obowiązującym (i każdym cywilizowanym) kodeksie postępowania karnego, ale i w Konstytucji RP oraz w prawie międzynarodowym. Słuszna więc była obawa sądu okręgowego występującego z pytaniem prawnym.

Co więcej, aż nie sposób nie zauważyć, dlaczego Sąd Najwyższy w tym przypadku nie dostrzega, że i w tej sytuacji byłaby jakoby „sytuacja, w której funkcjonowałyby dwa sprzeczne ze sobą orzeczenia”. Oczywiście nigdy tak nie będzie, ponieważ – jak już wskazano powyżej – decyzja późniejsza zastępuje zawsze decyzję wcześniejszą. Nawet brak decyzji w określonym czasie – co też już wskazano, unicestwia decyzję poprzednią. Dotyczy to bowiem wszystko tylko kwestii incydentalnej, nieodnoszącej się ani do określonego stadium postępowania i przerwania jego przebiegu, ani też co oczywiste do kwestii dotyczącej samego przedmiotu procesu karnego, po przejściu przez wszystkie stadia procesowe.

7. Sąd Najwyższy uznał też, iż nie ma podstaw do podjęcia uchwały na temat zagadnienia przedstawionego w drugim pytaniu prawnym. Wskazano tylko, że oczywiste jest, że obrońca oskarżonego nie jest stroną w procesie, a dowodzi tego jednoznacznie tytuł działu III kodeksu postępowania karnego. W konsekwencji – kontynuuje Sąd Najwyższy – rozważenia wymaga status prawny obrońcy w zakresie reprezentowania oskarżonego przy wnoszeniu środków odwoławczych. Chodzi o to, czy zażalenia złożone przez dwóch obrońców tego samego podejrzanego są to środki odwoławcze tej samej osoby uprawnionej, czy też – jak to sugeruje sąd – zażalenia dwóch, trzech osób uprawnionych¹⁶.

Rzeczywiście trafne (tak też kontynuuje Sąd Najwyższy) są poglądy aprobujące przedstawicielski charakter statusu obrońcy. Obrońca, będący przedstawicielem

¹⁶ Sąd Najwyższy odwołał się tutaj do poglądów doktryny. Pierwszy z nich uznawał obrońcę za pomocnika oskarżonego (S. Śliwiński, *Polski proces przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948 r., s. 379; L. Hochberg, A. Murzynowski, L. Schaff, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1959 r., s. 314; M. Lipczyńska, *Stanowisko oskarżonego w procesie karnym Polski Ludowej*, Warszawa 1956 r., s. 171; S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1963 r., s. 91; P. Kruszyński, *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991 r., s. 23–37). Według drugiego poglądu, obrońcę należy traktować jako przedstawiciela procesowego (M. Cieślak, *Sytuacja prawna obrońcy w świetle nowego ustawodawstwa polskiego*, „Palestra” 1969 r., nr 8, s. 32–33; W. Daszkiewicz, *Kumulacja ról obrońcy i pełnomocnika w procesie karnym*, „Palestra” 1968 r., nr 3, s. 52; T. Grzegorzczak, *Obrońca w postępowaniu przygotowawczym*, Łódź 1988 r., s. 28–37; tenże, *op. cit.*, s. 289; J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Kraków 2003 r., s. 275).

podejrzanego, reprezentuje go jako stronę i występuje w jego imieniu przed organami procesowymi, wnosząc między innymi zażalenia. Każdy z ustanowionych przez stronę obrońców może samodzielnie prowadzić obronę oraz jest uprawniony do wykonywania czynności procesowych niezależnie od innych obrońców, ale legitymacje w tym zakresie czerpie z uprawnień swego mocodawcy. Zażalenia wniesione przez obrońców tego samego podejrzanego w istocie pochodzą od tej samej strony, której prawo do zaskarżenia postanowienia realizowane jest przez przedstawicieli będących obrońcami. Dlatego nierozpoznanie jednego z dwóch zażaleń wniesionych przez obrońców oskarżonego nie oznacza utraty przez stronę prawa do rozpoznania środka odwoławczego.

W istocie można tutaj przyznać rację Sądowi Najwyższemu w tym zakresie, ale nigdy w odniesieniu do środków zapobiegawczych, które jak już wskazano nigdy nie nabierają cech prawomocności materialnej. W tym wypadku należy rozpoznać wszystkie (maksymalnie cztery) zażalenia, tj. podejrzanego i jego trzech obrońców. Co więcej, jest tak przecież rozwiązywany ten problem w praktyce wymiaru sprawiedliwości, albowiem te zażalenia wcale nie muszą wpływać jednocześnie, a zgodnie z przepisem art. 252 § 3 k.p.k. zażalenie na postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego sąd ma rozpoznać niezwłocznie. Zresztą konfiguracji procesowych może być tutaj wiele, a tworzenie jakichś ogólnych reguł łączących kwestie kończącego się stadium procesowego z kwestią wypadkową – jak już wskazano na wstępie niniejszych rozważań – ograniczających przy tym *de facto* prawo do obrony, jest niedopuszczalne.

8. Reasumując należy jeszcze raz podkreślić, że uogólniająca teza Sądu Najwyższego nie jest właściwa i może w konsekwencji prowadzić do podniesienia najpoważniejszych zarzutów – ograniczenia prawa do obrony w szeregu sprawach i to ograniczenia, które nastąpiło w związku z rozpatrywaną kwestią incydentalną. Tego typu uchybienia oczywiście nie powinny występować nigdy.

Odpowiadając więc na powstałe zagadnienie prawne trzeba stwierdzić, że takie zażalenie jest dopuszczalne i należy je rozpoznać w normalnym trybie. Nie ma też mowy o przywróceniu terminu stronie, która go dochowała, prawa do rozpoznania złożonego przez nią środka odwoławczego, który nie mógł zostać rozpoznany z przyczyn od strony niezależnych. Przepisy art. 126 i 429 k.p.k. stanowią bowiem o niedotrzymaniu terminu – nie mają zastosowania, gdy ten termin został zachowany. Jeżeli z kolei istnieje jakaś inna przeszkoda, jak przykładowo wspomniany w niniejszej sprawie tzw. „zbieg okoliczności”, termin ten po prostu nie biegnie¹⁷.

Cywilizowane postępowanie karne zawsze łączy w sobie gwarancje procesowe uczestników procesu (w tym zwłaszcza oskarżonego) z uzasadnionymi i legalnymi celami tego postępowania. Pozbawianie prawa do wniesienia zażalenia przez kolejnego obrońcę i to w sytuacji, która nie ma umocowania w ustawie (i nie wpływa

¹⁷ Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Kraków 2001 r., s. 358.

przy tym znacząco na sprawny przebieg procesu, bo dotyczy zaledwie kwestii wypadkowej), musi budzić sprzeciw. Nie po to bowiem ustawodawca zezwolił oskarżonemu na posiadanie jednocześnie aż do trzech obrońców, żeby nieprawidłowa (czy nawet nieraz całkiem przypadkowa) praktyka niektórych sądów decydowała o realnym wykonywaniu obrony np. przez tylko jednego z tych obrońców. Sprawność procesu nie jest wcale najważniejsza – nie o to chodzi przecież w funkcjonowaniu prawdziwego wymiaru sprawiedliwości. Owszem, postępowanie karne powinno być sprawne, ale nigdy za wszelką cenę.

Jacek Izydorczyk

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r.

I KZP 29/03¹

Teza głosowanej uchwały brzmi:

W sprawie o przestępstwo z art. 241 § 1 k.k. osoba, której dotyczą ujawnione okoliczności, jest pokrzywdzoną w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. tylko wtedy, gdy czyn ten jednocześnie wyczerpuje znamiona określone w innym przepisie karnym, którym to przestępstwem lub przestępstwem współukaranym jej dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone.

Zagadnienie prawne rozstrzygnięte w głosowanej uchwale wyłoniło się na tle następującego stanu faktycznego. W dniu 11 kwietnia 2003 r. Prokurator Okręgowy w R. wydał postanowienie o umorzeniu dochodzenia prowadzonego w sprawie publicznego rozpowszechniania w dniu 31 sierpnia 2002 r. w L. przez dziennikarzy „Gazety Wyborczej – Gazety w L.”, „Dziennika Wschodniego” i „Kuriera L.” wiadomości z postępowań przygotowawczych, prowadzonych przez Prokuraturę Okręgową w K. przeciwko Krzysztofowi M. i innym, zanim zostały one ujawnione w postępowaniu sądowym, tj. o przestępstwo określone w art. 241 § 1 k.k. uznając, iż czyn jest w znikomym stopniu społecznie szkodliwy. W tym samym postanowieniu Prokurator Okręgowy umorzył dochodzenie w sprawie o przestępstwo z art. 49 ustawy z dnia 29 stycznia 1984 r. Prawo prasowe z uwagi na brak znamion czynu zabronionego.

Postanowienie to zostało zaskarżone zażaleniem, które wniósł Andrzej K., zarzucając w nim obrazę art. 1 § 2 k.k. przez niezasadne przyjęcie, iż zachowanie realizujące znamiona czynu zabronionego określonego w art. 241 § 1 k.k. nie stanowi

¹ OSNKW 2003, z. 11–12, poz. 94.

przestępstwa wobec jego znikomej społecznej szkodliwości. Co do czynu określonego w art. 49 Prawa prasowego skarżący podniósł, że błędny jest pogląd prawny, zgodnie z którym publikowanie informacji dotyczących prywatnej sfery jego życia, publikowanie dosłownych wypowiedzi bez zgody autora oraz wiadomości zezwalających na jego identyfikację, nie wyczerpuje znamion czynu zabronionego, określonego w tym przepisie, w związku z czym nie stanowi przestępstwa. W zażaleniu Andrzej M. zarzucił ponadto obrazę przepisów prawa karnego procesowego, mającą istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia.

Prokurator Apelacyjny w L. nie przychylił się do wniesionego zażalenia i na podstawie art. 306 § 2 k.p.k. przekazał skargę zażaleniową Sądowi Rejonowemu w L., wnosząc równocześnie o utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia. Sąd ten, nabrawszy wątpliwości w kwestii legitymacji procesowej skarżącego do występowania w procesie karnym w charakterze pokrzywdzonego, postanowił rozpoznanie sprawy odroczyć, uznając potrzebę uprzedniego rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy zagadnienia, które zostało ujęte w następującym pytaniu: „Czy wymóg bezpośredniego naruszenia lub narażenia dobra prawnego, określony w art. 49 § 1 k.p.k., zezwala na przyznanie statusu pokrzywdzonego osobie, której dobro prawne nie stanowi indywidualnego przedmiotu ochrony konkretnego przepisu prawa karnego?”

Sąd Najwyższy, rozstrzygając to zagadnienie prawne, wyraził pogląd jak w tezie.

Przed ustosunkowaniem się do poglądu wypowiedzianego przez Sąd Najwyższy w przytoczonej na wstępie tezie należałoby się odnieść do kwestii, która wyłoniła się w związku z samym sformułowaniem pytania prawnego przez Sąd Rejonowy, mianowicie zakresu przedstawionego przez ten sąd zagadnienia prawnego. Sąd Najwyższy słusznie podkreślił w uzasadnieniu glosowanej uchwały, że instytucja pytań prawnych, uregulowana w art. 441 k.p.k., znajduje zastosowanie wówczas, gdy kwestie będące przedmiotem pytania pozostają „w związku z konkretną sprawą, rozpoznawaną przez sąd odwoławczy, w której usunięcie wątpliwości co do kwestii prawnych pozwoli na prawidłowe jej rozstrzygnięcie”². Trzeba stwierdzić, że w analizowanej sprawie pytanie, z którym zwrócił się do najwyższej instancji sądowej Sąd Rejonowy, zostało ujęte zanadto abstrakcyjnie, jakby dotyczyło każdego pokrzywdzonego, jakimkolwiek z przestępstw określonych w przepisach prawa karnego materialnego. Sformułowana w taki sposób kwestia prawna mogłaby sprawiać wrażenie zagadnienia czysto teoretycznego, dotyczącego – oderwanej od konkretnej sprawy – wykładni jednego z elementów znaczeniowych nazwy „pokrzywdzony”. Nie ulega wątpliwości, iż wyjaśnienie tak szeroko ujętego zagadnienia prawnego nie było niezbędnym warunkiem prawidłowego rozstrzygnięcia

² Postanowienie Sądu Najwyższego z 10 marca 1995 r., I KZP 1/95, OSNKW 1995, z. 5–6, poz. 37; zob. również R. A. Stefański, *Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w sprawach karnych*, Kraków 2001, s. 292 i n.

konkretnej sprawy, a w konsekwencji sformułowana w pytaniu prawnym kwestia, w zakresie przekraczającym jej znaczenie dla rozstrzygnięcia danej sprawy, nie mogła stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego. W literaturze³ i orzecznictwie⁴ słusznie przyjmuje się, iż Sąd Najwyższy ustalając, czy zachodzi związek między rozstrzygnięciem zagadnienia prawnego a konkretną sprawą, bierze pod uwagę nie tylko samo sformułowanie pytania prawnego, ale także jego motyw. Jednocześnie podkreśla się, że jeśli zakres zagadnienia prawnego obejmuje elementy, które nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, „Sąd Najwyższy powinien ograniczyć wyjaśnienie kwestii prawnej do takiej, jaka wynika z potrzeby konkretnej sprawy”⁵. W kontekście tego, co dotychczas stwierdzono, należy podzielić stanowisko wyrażone w uzasadnieniu głosowanej uchwały przez Sąd Najwyższy, który w omawianej sprawie uznał, odwołując się do części motywacyjnej pytania sformułowanego w sposób niewłaściwy przez sąd rejonowy, iż zakres zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy, przedstawionego przez sąd rejonowy, sprowadza się do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści art. 49 § 1 k.p.k. w relacji do art. 241 § 1 k.k.

Uchwała Sądu Najwyższego zasługuje na uwagę z kilku powodów. Przede wszystkim ze względu na problematykę, która jest jej przedmiotem, dotyczącą kwestii ustalenia w oparciu o art. 49 § 1 k.p.k. legitymacji procesowej pokrzywdzonego w postępowaniu karnym. Przedstawienie zagadnienia prawnego odnoszącego się do tej kwestii unaocznia trudności, jakie może nastreżać interpretacja wskazanego przepisu, wynikające w głównej mierze z prawnomaterialnego charakteru zamieszczonej w nim definicji pojęcia „pokrzywdzonego”. Zwrócenie uwagi na tę problematykę w formie glosy wydaje się uzasadnione nie tylko względami teoretycznymi, ale także jej doniosłością w sferze stosowania prawa, w której powinno dojść do ustalenia kręgu podmiotów legitymowanych do występowania w charakterze strony w postępowaniu karnym w taki sposób, aby nikt uprawniony do udziału w procesie karnym nie został pozbawiony możliwości realizacji jego praw, zagwarantowanych w ustawie.

Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale wyjaśnił, że w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo z art. 241 § 1 k.k. osoba, której dotyczą ujawnione okoliczności, może działać w charakterze pokrzywdzonego tylko wówczas, gdy czyn wypełnia znamiona innego przestępstwa, którym jej dobro prawne zostało bezpośrednio zagrożone lub naruszone.

Ustosunkowując się do zapatrywania wyrażonego przez Sąd Najwyższy w tezie głosowanej uchwały należałoby na wstępie zwrócić uwagę, że uchwała tego sądu

³ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 272–273.

⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z 16 marca 1999 r., I KZP 3/99, OSNKW 1999, z. 5–6, poz. 29; uchwała Sądu Najwyższego z 17 marca 2000 r., I KZP 58/99, OSNKW 2000, z. 3–4, poz. 23.

⁵ R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 296–297.

rozstrzyga w istocie dwa problemy, które wypada w tym miejscu wyeksponować. Po pierwsze z jej treści w sposób dość oczywisty wynika, że jeżeli w sprawie o przestępstwo określone w art. 241 § 1 k.k. zachowanie sprawcy wyczerpuje jedynie znamiona czynu zabronionego określonego we wskazanym przepisie, osoba, której dotyczą ujawnione okoliczności, nie jest pokrzywdzoną w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. Drugą kwestią jest konsekwencją zapatrywania najwyższej instancji sądowej, zaprezentowanego w zdaniu poprzedzającym. Sąd Najwyższy wyjaśnił bowiem, że osoba, której dotyczą ujawnione okoliczności z postępowania przygotowawczego, może wystąpić w charakterze pokrzywdzonego w sprawie o przestępstwo z art. 241 § 1 k.k. jedynie wtedy, gdy zachowanie sprawcy wyczerpuje równocześnie znamiona czynu zabronionego określonego w innym przepisie ustawy karnej, który to czyn godzi bezpośrednio w jej dobro prawne.

Pierwsza kwestia rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale dotyczy wykładni art. 49 § 1 k.p.k. na tle układu faktycznego, w którym dochodzi do realizacji znamion czynu zabronionego określonego w art. 241 § 1 k.k. Zamieszczenie przez ustawodawcę w pierwszym z tych przepisów definicji legalnej „pokrzywdzonego” nie eliminuje wszystkich wątpliwości, dotyczących określenia zakresu pojęciowego tej nazwy. Niemało problemów wiąże się z ustaleniem znaczenia terminów, którymi posłużył się ustawodawca definiując pojęcie „pokrzywdzonego”. Jak trafnie podkreślił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanej uchwały, wątpliwości interpretacyjne związane z treścią art. 49 § 1 k.p.k. dotyczą głównie dwóch elementów znaczeniowych nazwy „pokrzywdzony”, mianowicie zwrotu „dobro prawne” oraz „bepośredniość naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego”. Uregulowanie to może zatem nasuwać w konkretnych sytuacjach wątpliwości co do tego, czy określona osoba jest legitymowana do udziału w procesie karnym w roli pokrzywdzonego.

Należy zgodzić się z najwyższą instancją sądową, że dla ustalenia uprawnienia konkretnej osoby do występowania w procesie karnym w roli pokrzywdzonego nieodzowne jest sięgnięcie do przepisów prawa karnego materialnego⁶. Nie powinno to budzić zastrzeżeń, jeżeli uwzględni się materialnoprawny charakter definicji pokrzywdzonego. Trzeba wszakże zaakcentować, iż obiektywny stan „pokrzywdzenia”, stanowiący materialnoprawną podstawę działania w charakterze pokrzywdzonego, pozostaje w ścisłym związku z zachowaniem człowieka, które w myśl obowiązujących przepisów prawa karnego materialnego należy zakwalifikować jako przestępstwo⁷.

⁶ Zob. uchwała całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z 14 lutego 1931 r., II Pr. 28/31, OSP 1931, z. 6, poz. 294, s. 281 i n.; uchwała całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z 14 lutego 1931 r., II 4 K 530/30, OSP 1931, z. 7, poz. 334, s. 332; uchwała Sądu Najwyższego z 25 marca 2003 r., I KZP 50/02, Jurysta 2003, nr 5, s. 35.

⁷ R. Kmiecik, *Ustawowa definicja pokrzywdzonego (uwagi na tle art. 40 k.p.k.)*, An. UMCS, Vol. XXIV, s. 164–165. Zob. także uchwała całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z 14 lutego 1931 r., II Pr. 28/31, OSP 1931, z. 6, poz. 294, s. 281.

Skoro ustalając obiektywny stan pokrzywdzenia przestępstwem „wychodzić należy z założeń prawa materialnego”⁸, to konsekwentnie trzeba stwierdzić, że o pokrzywdzeniu w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. można mówić wówczas, gdy (indywidualne) dobro prawne naruszone lub zagrożone przestępstwem stanowi bezpośredni przedmiot ochrony prawnokarnej⁹. Takie zapatrywanie w aktualnym stanie prawnym prezentuje również Sąd Najwyższy nie tylko w głosowanej uchwale, ale także w innych orzeczeniach, przyjmując np., iż Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie jest pokrzywdzonym przestępstwem określonym w art. 209 § 1 k.k., mimo że wypłacił świadczenia z funduszu alimentacyjnego na rzecz osoby, do której alimentacji zobowiązany był oskarżony, ponieważ dobro prawne tego Zakładu nie stanowi przedmiotu bezpośredniej ochrony udzielanej przez normę prawnokarłą zamieszczoną we wskazanym przepisie¹⁰. Dla bytu pokrzywdzenia nie ma znaczenia, czy dobro prawne można utożsamiać z głównym, czy też ubocznym¹¹ (dodatkowym¹²) przedmiotem bezpośredniej ochrony, zamieszczonym w dyspozycji określonego przepisu prawa karnego materialnego. Dobrem indywidualnym w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. może być zarówno dobro materialne (własność), jak i dobro osobiste (wolność, dobre imię), byleby tylko było ono bezpośrednim przedmiotem ochrony prawnokarnej.

Zgodnie z dominującym w doktrynie procesu karnego i judykaturze stanowiskiem bezpośredniość, o której mowa w art. 49 § 1 k.p.k., zachodzi, gdy pomiędzy czynem wyczerpującym znamiona przestępstwa a naruszeniem lub zagrożeniem dobra prawnego określonego podmiotu brak jest ogniów pośrednich, co powoduje, że działanie lub zaniechanie przestępne uderza wprost w podlegające prawnokarnej ochronie dobro prawne¹³. Nie powinno raczej ulegać wątpliwości, że w układzie procesowym, w którym dokonuje się ustalenia podmiotu legitymowanego do występowania w postępowaniu publicznoskargowym w roli pokrzywdzonego, analizowane kryterium („bezpośredniości”) powinno być spełnione zarówno w zwią-

⁸ Uchwała całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z 14 lutego 1931 r., II Pr. 28/31, OSP 1931, z. 6, poz. 294, s. 283.

⁹ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego – Komentarz*, Kraków 1998, s. 156; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego – Komentarz*, t. I, s. 259; R. Kmiecik, *op. cit.*, s. 169 i n. Zob. także uchwała całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z 14 lutego 1931 r., II Pr. 28/31, OSP 1931, z. 6, poz. 294, s. 281; uchwała całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z 14 lutego 1931 r., II 4 K 530/30, OSP 1931, z. 7, poz. 334, s. 332.

¹⁰ Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 28 marca 2002 r., I KZP 6/02.

¹¹ T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 156; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *op. cit.*, s. 259.

¹² R. Kmiecik, *op. cit.*, s. 169 i n.

¹³ J. Bratoszewski i inni, t. I, s. 278–279; W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe – Zagadnienia ogólne*, Bydgoszcz 2000, s. 212; P. Hofmański i inni (1), t. I, s. 260; C. Kulesza (3), s. 157; W. Posnow, *Sytuacja pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w polskim procesie karnym*, Wrocław 1991, s. 18. Zob. także – uchwała całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z 14 lutego 1931 r., II Pr. 28/31, OSP 1931, z. 6, poz. 294, s. 281 i n.

ku z naruszeniem lub zagrożeniem dobra prawnego o charakterze ogólnym (społecznym), jak i dobra indywidualnego tego podmiotu.

W świetle dotychczasowych ustaleń można stwierdzić, iż o pokrzywdzeniu przestępstwem przesądza bezpośrednio naruszenie lub zagrożenie dobra prawnego określonej osoby, stanowiącego bezpośredni przedmiot ochrony udzielanej w przepisach prawa karnego materialnego.

Poza sporem pozostaje raczej to, że zachowanie wyczerpujące znamiona czynu zabronionego określonego w art. 241 § 1 k.k., godzi w dobro indywidualne (dobre imię) osoby, której dotyczą okoliczności ujawnione z postępowania przygotowawczego¹⁴. Problem, wyłaniający się na tle układu faktycznego, w związku z którym przedstawiono pytanie prawne, można więc w zasadzie sprowadzić do pytania, czy dobro indywidualne tej osoby stanowi przedmiot bezpośredniej ochrony prawnokarnej udzielanej na mocy powołanego przepisu. Pogląd zaprezentowany w tej kwestii przez Sąd Najwyższy może rodzić pewne wątpliwości.

Sąd Najwyższy sięgając do omówionych kryteriów, decydujących o bycie „pokrzywdzenia” oraz opierając się na przeważającym w nauce prawa karnego stanowisku w kwestii interpretacji art. 241 k.k.¹⁵ przyjął, że bezpośrednim przedmiotem ochrony udzielanej na mocy tego przepisu jest wyłącznie dobro ogólne, rozumiane jako prawidłowe funkcjonowanie organów wymiaru sprawiedliwości. Według najwyższej instancji sądowej nie ulega wątpliwości, że na gruncie art. 241 § 1 k.k. „nie można wskazać nosicieli dobra stanowiącego przedmiot ochrony tego przepisu”. Zdaniem Sądu Najwyższego do zapatrywania tego powinny przekonywać wnioski płynące ze skonfrontowania treści analizowanego przepisu z art. 241 § 2 k.k. Ostatni ze wskazanych przepisów, dotyczący odpowiedzialności karnej za ujawnienie wiadomości z rozprawy prowadzonej z wyłączeniem jawności, chroni bezpośrednio nie tylko dobro ogólne – dobro wymiaru sprawiedliwości, ale również interes prywatny konkretnej osoby, w związku z którym jawność rozprawy została wyłączona. Z porównania treści obu przepisów Sąd Najwyższy wysunął wniosek, że o ile na gruncie art. 241 § 2 k.k. ustawodawca obejmuje ochroną prawnokarną dobro indywidualne, o tyle „podobny układ normatywny nie został przewidziany w § 1 tego przepisu”.

Wydaje się, że zaprezentowane stanowisko nie znajduje oparcia w obowiązujących unormowaniach prawnych. Nie można podzielić zapatrywania Sądu Najwyższego, który uzasadniając pogląd wyrażony w głosowanej uchwale przyjmuje, że

¹⁴ Por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne – zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 281.

¹⁵ G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny – część szczególna*, t. 2, Kraków 1999, s. 836. Inaczej jednak na gruncie art. 255 k.k. z 1969 r. przyjmował M. Cieślak stwierdzając, że „jasno wynika z tych typów (polegających na bezprawnej ingerencji w prawidłowy przebieg postępowania – art. 253 i 255 k.k. z 1969 r. – przyp. aut.) czynów, że godzą one nie tylko w sam prawidłowy tok postępowania, ale także bezpośrednio w interesy jednostek”. Por. M. Cieślak, *op. cit.*, s. 281.

materialnoprawna ochrona dobra indywidualnego przed jego bezpośrednim naruszeniem lub zagrożeniem, w drodze ujawnienia okoliczności z przebiegu postępowania karnego, dotyczy jedynie wiadomości z rozprawy głównej, prowadzonej z wyłączeniem jawności ze względu na ważny interes prywatny. Wypada zaakcentować, że w analizowanym układzie faktycznym, ustalając zakres ochrony przed nieujawnianiem wiadomości z przebiegu postępowania karnego, nie można poprzestać na odwołaniu się jedynie do uregulowań kodeksu karnego, lecz należy sięgnąć do przepisów ustawy karnoprocesowej. Można więc powiedzieć, że w sprawie, w której zwrócono się z pytaniem prawnym, mamy do czynienia – w kontekście ustalenia legitymacji procesowej pokrzywdzonego – ze swoistym uzupełnianiem się ocen dokonywanych w oparciu o unormowania z jednej strony prawa karnego materialnego, z drugiej strony prawa karnego procesowego. Nie powinno to raczej budzić wątpliwości, jeśli weźmie się pod uwagę, że tylko opierając się na unormowaniach prawa karnego procesowego można stwierdzić, kiedy postępowanie karne jest prowadzone z wyłączeniem jawności zewnętrznej, a przede wszystkim, jakie względy uzasadniają to wyłączenie. Trzeba przyjąć, iż to swoiste przenikanie się ocen dokonywanych w oparciu o unormowania prawa karnego materialnego i procesowego stanowi konsekwencję charakteru przestępstw ujętych w rozdziale XXX k.k., których rodzajowym przedmiotem ochrony jest dobro wymiaru sprawiedliwości, a ten sprawowany jest przecież w sprawach karnych w ramach wyznaczonych głównie przez przepisy kodeksu postępowania karnego.

Wypowiedziana wyżej teza ma kluczowe znaczenie w świetle prowadzonych rozważań. Trzeba bowiem wyrazić przekonanie, że chcąc odpowiedzieć na pytanie, jakie dobro stanowi przedmiot bezpośredniej ochrony występku z art. 241 § 1 lub § 2 k.k., należy – jak się wydaje – ustalić, czym podyktowane jest wyłączenie jawności zewnętrznej. Godzi się zauważyć, że ten punkt widzenia wyłania się również na tle uzasadnienia głosowanej uchwały, w którym Sąd Najwyższy eksponuje – analizując treść art. 241 § 2 k.k. – ważny interes prywatny, który wszakże stanowi z jednej strony bezpośredni przedmiot ochrony powołanego przepisu, z drugiej jednak strony podstawę wyłączenia jawności rozprawy, wymienioną w art. 360 § 1 pkt 4 k.p.k. W świetle tego co dotychczas napisano wydaje się dość oczywiste, że rozstrzygnięcie kwestii ujętej w sformułowanym wyżej pytaniu powinno być poprzedzone analizą rozwiązań normatywnych prawa karnego procesowego. W razie ustalenia, że prowadzenie postępowania karnego z wyłączeniem jawności zewnętrznej jest umotywowane nie tylko potrzebą zabezpieczenia interesu wymiaru sprawiedliwości, ale także względami związanymi z ochroną dobra indywidualnego uczestnika procesu karnego, trzeba by konsekwentnie stwierdzić, iż dobro prawne tego podmiotu naruszone lub zagrożone w sposób bezpośredni, przez upowszechnienie wiadomości z przebiegu postępowania karnego, stanowi bezpośredni przedmiot ochrony występku z art. 241 k.k.

Sprawa przedstawia się dość prosto w przypadku ustalenia bezpośredniego indywidualnego przedmiotu ochrony występku z art. 241 § 2 k.k. z uwagi na fakt, że

przepisy kodeksu postępowania karnego (art. 359 i 360) precyzują okoliczności, uzasadniające wyłączenie jawności rozprawy głównej, wśród których nie trudno znaleźć takie, które są związane z ochroną dobra indywidualnego uczestnika procesu. Mając na uwadze poczynione już wyżej ustalenia, można stwierdzić, iż bezpośrednim przedmiotem ochrony występkę z art. 241 § 2 k.k. jest dobro indywidualne bezpośrednio zagrożone lub naruszone, wskutek ujawnienia okoliczności z rozprawy głównej, jeżeli wyłączenie publiczności w tej fazie postępowania karnego nastąpiło z przyczyn dotyczących dysponenta tego dobra, wymienionych w art. 359 i 360 k.p.k., np. ze względu na ważny interes prywatny; na żądanie osoby, która złożyła wniosek o ściganie.

O ile kwestia wyłączenia jawności zewnętrznej w toku rozprawy głównej stanowi przedmiot szczegółowego uregulowania o charakterze wyjątkowym (art. 359 i 360 k.p.k.), o tyle w odniesieniu do postępowania przygotowawczego ustawodawca nie uregulował jej odrębnie. Należy jednak zaakcentować, że brak unormowań, które by precyzowały tę kwestię, nie może w żadnym razie stanowić argumentu wspierającego stanowisko, że prowadzenie postępowania przygotowawczego z wyłączeniem jawności jest podyktowane potrzebą ochrony wyłącznie dobra ogólnego.

Fakt, iż jawność zewnętrzna nie odnosi się w istocie do postępowania przygotowawczego, stanowi konsekwencję sposobu dokonywania i charakteru czynności podejmowanych w tym stadium procesu karnego¹⁶. Nie budzi wątpliwości, że powodem wyłączenia jawności zewnętrznej w pierwszym stadium procesu karnego jest przede wszystkim konieczność zabezpieczenia prawidłowego toku procesu karnego i to dobro ogólne stanowi główny przedmiot ochrony przestępstwa z art. 241 § 1 k.k. Jednakowoż wydaje się, że wyłączenie jawności w tym stadium postępowania służy również ochronie dobra indywidualnego, przede wszystkim dobrego imienia osoby, przeciwko której skierowany jest proces karny. Narażenie podejrzanego na negatywne skutki występowania w postępowaniu karnym w charakterze strony bierniej, wynikające z upublicznienia wiadomości z postępowania przygotowawczego, trzeba zdecydowanie uznać za przedwczesne na etapie śledztwa lub dochodzenia, w którym materiał dowodowy nie został jeszcze zgromadzony w stopniu wystarczającym do wykazania jego winy przed sądem i nie jest wykluczone, że proces karny zostanie umorzony np. z braku cech przestępstwa w czynie zarzucanym lub braku dowodów uzasadniających popełnienie przestępstwa. Należy zaakcentować, iż byłoby to również nie do pogodzenia z zagwarantowanym w Konstytucji RP (art. 47) prawem do prawnej ochrony życia prywatnego, czci, dobrego imienia, a nie powinno raczej budzić wątpliwości, że wartości te – stanowiące dobro indywidualne uczestnika procesu – mogą zostać narażone wskutek publicznego wyjawienia wiadomości z postępowania przygotowawczego. Trzeba podkreślić, opierając się na powołanym przepisie Konstytucji RP, że wskazane prawo przysługuje nie tylko podejrzanemu, lecz każde-

¹⁶ J. Tylman, T. Grzegorzczak, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 161.

mu uczestnikowi postępowania karnego, którego dotyczą wiadomości z jego przebiegu. Wprawdzie, jak słusznie zauważono w literaturze, Konstytucja RP nie zapowiada bliższego określenia prawa do ochrony prywatności, czci i dobrego imienia oraz „płynących stąd konsekwencji prawnych”¹⁷, wydaje się jednak, iż należałoby przyjąć, że art. 241 § 1 k.k. jest przykładem unormowania gwarantującego nienaruszalność tego prawa w zakresie, w jakim jego naruszenie miałoby być związane z ujawnieniem okoliczności z przebiegu postępowania przygotowawczego. Wypada zwrócić uwagę, że prawo to w odniesieniu do rozprawy głównej jest przewidziane w art. 45 Konstytucji RP. W tym ostatnim wypadku przepisem gwarantującym jego nienaruszalność jest art. 241 § 2 k.k.

Warto podkreślić, że gdyby afirmować punkt widzenia prezentowany przez najwyższą instancję sądową, to trzeba by w konsekwencji przyjąć, że dobro indywidualne (dobre imię, ważny interes prywatny), chronione w postępowaniu sądowym, na podstawie przepisów o wyłączeniu jawności zewnętrznej rozprawy głównej, mimo jego istnienia w postępowaniu przygotowawczym, nie uzasadnia niepublicznego charakteru tego stadium procesu karnego. W efekcie należałoby przypisać ustawodawcy taką oto intencję, że akceptuje on ujawnienie wiadomości z postępowania przygotowawczego godzących w np. ważny interes prywatny, dobre imię osoby, która złożyła wniosek o ściganie, a jedynie ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości, determinujące niejawną zewnętrzną śledztwa lub dochodzenia, nie dopuszcza do naruszenia dobra indywidualnego. Wydaje się, iż uznaniu takiej intencji ustawodawcy sprzeciwiałoby się – zwłaszcza w kontekście unormowań zamieszczonych w art. 359 i 360 k.p.k. – założenie jego racjonalności.

Ponad to co dotąd napisano należy jeszcze zaakcentować, iż oceniając całość kształt unormowań kodeksu postępowania karnego nie można mieć raczej wątpliwości co do tego, że ustawodawca, regulując sferę procesu karnego, opierał się na założeniu, zgodnie z którym obciążenie uczestników postępowania karnego negatywnymi skutkami udziału w procesie musi być podyktowane realnymi potrzebami prawidłowego wymiaru sprawiedliwości i jest dopuszczalne tylko w zakresie z tych potrzeb wynikającym. To założenie jawi się w sposób szczególnie wyrazisty na tle uregulowań dotyczących stosowania środków przymusu w procesie karnym, nie powinno jednak rodzić zastrzeżeń twierdzenie, że towarzyszy ono również innym rozwiązaniom prawnym, jak choćby instytucji oddania pod sąd, czy wreszcie przepisom dotyczącym analizowanego problemu – mianowicie jawności zewnętrznej postępowania karnego. Jest raczej bezsporne, że upublicznienie wiadomości z postępowania przygotowawczego bez zezwolenia organu procesowego, mogące wiązać się z ujemnymi reperkusjami dla osoby, której one dotyczą, wykracza poza zakres rzeczywistych potrzeb związanych z koniecznością zagwarantowania prawidłowego wymiaru sprawiedliwości.

¹⁷ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – Komentarz*, Kraków 1998, s. 45.

W kontekście tego co dotychczas ustalono wydaje się dość oczywista teza, że jawność zewnętrzna jest wyłączona w postępowaniu przygotowawczym ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości i dobro indywidualne (dobre imię) osoby, której dotyczą okoliczności ujawnione w jego przebiegu. W efekcie, stosując się do przyjętych już wyżej założeń, trzeba stwierdzić, że przedmiotem bezpośredniej ochrony występują z art. 241 § 1 k.k. jest zarówno wskazane wyżej dobro interpersonalne, jak i dobro indywidualne osoby, której dotyczą wiadomości z postępowania przygotowawczego, przy czym to drugie stanowi uboczny przedmiot ochrony prawnokarnej.

W świetle zaprezentowanego punktu widzenia rozważania co do drugiej z wyeksponowanych na wstępie kwestii wydają się zbyteczne. Trzeba bowiem konsekwentnie stwierdzić, że w sprawie o przestępstwo określone w art. 241 § 1 k.k. osoba, której dotyczą ujawnione okoliczności, będzie mogła wystąpić w roli pokrzywdzonego, bez względu na to czy zachowanie sprawcy wyczerpuje znamiona innego czynu zabronionego, który godzi bezpośrednio w jej dobro prawne, stanowiące bezpośredni przedmiot ochrony prawnokarnej. Na tym stwierdzeniu można by w zasadzie poprzestać rozważając kwestię, będącą przedmiotem skierowanego do Sądu Najwyższego pytania prawnego.

Wydaje się jednak, że nie można pozostawić bez komentarza przedstawionego przez Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale kierunku rozstrzygnięcia problemu legitymacji procesowej pokrzywdzonego w przypadku przestępstw godzących bezpośrednio w dobro indywidualne tego podmiotu, które jednak nie stanowi bezpośredniego przedmiotu ochrony prawnokarnej. Zdaniem najwyższej instancji sądowej, jeżeli publiczne rozpowszechnianie wiadomości z postępowania przygotowawczego godzi w jakieś indywidualne interesy, to należy rozważyć, czy zachowanie sprawcy nie wypełnia znamion innego przestępstwa, którego przedmiotem ochrony jest dobro indywidualne. Zgodnie z zapatrywaniem Sądu Najwyższego, pozytywne rozstrzygnięcie w tej kwestii sprawia, że w procesie karnym może wystąpić w charakterze pokrzywdzonego konkretny podmiot, którego dobro prawne zostało zagrożone lub naruszone. Odrywając się od układu faktycznego, na tle którego został wyrażony, zaprezentowany pogląd należy zaaprobować. W tym zakresie stanowisko wyrażone w głosowanej uchwale wpisuje się w nurt dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego, w którym utrzymało się stanowisko, że „krąg pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych”¹⁸.

Jarosław Zagrodnik

¹⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z 15 września 1999 r., I KZP 26/99, OSNKW 1999, z. 11–12, poz. 69. Tak też: uchwała Sądu Najwyższego z 26 listopada 1976 r. – wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej, VI KZP 11/75, OSNKW 1977, z. 1–2, poz. 1; uchwała Sądu Najwyższego z 25 marca 2003 r., I KZP 50/02, Jurysta 2003, nr 5, s. 35. Zob. również M. Czekaj, *Pokrzywdzony w procesie karnym*, Prok. i Pr. 1996, nr 11, s. 113; W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe*, Poznań 1999, s. 215; W. Posnow, *op. cit.*, s. 12 i n.

GRATULACJE I ŻYCZENIA

Profesor dr hab. **Lech Gardocki**, dotychczasowy Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, członek Kolegium Redakcyjnego „Palestry” został powołany przez Prezydenta RP Aleksandra Kwaśniewskiego na drugą kadencję. Pan Prezes w sposób zasługujący na szczególne uznanie łączy pracę na rzecz wymiaru sprawiedliwości z wybitną działalnością naukową i jest cenionym wychowawcą nowych pokoleń prawników.

Serdecznie gratulujemy i życzymy, aby ten najwyższy urząd w polskim sądownictwie pełnił Pan, Panie Prezesie, z równie wysokimi jak dotychczas efektami dla dobra naszego wymiaru sprawiedliwości.

Redakcja



W dniu 6 września 2004 roku adwokat **Czesław Jaworski** b. Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej (w latach 1995–2001) oraz b. Redaktor Naczelny miesięcznika „Palestra” (w latach 1989–1992) obchodził swoje 70-lecie. Z tej okazji, podczas posiedzenia Naczelnej Rady Adwokackiej we wrześniu br. zebrani wyrazili swoją wdzięczność Jubilatowi za wielki wkład, jaki jest jego udziałem, dla dobra Polskiej Adwokatury. Wręczeniu kwiatów towarzyszyły życzenia wielu lat w tak znakomitej formie i nadzieja, że Pan Mecenas będzie nadal wspierał, tak jak dotychczas, swą wiedzą i doświadczeniem działaczy samorządu adwokackiego.

Dołączając się do tych życzeń Redakcja „Palestry” nie może nie przypomnieć, że to właśnie adwokat Czesław Jaworski w pięknym, ale i trudnym okresie przemian roku 1989, dzięki swej pozycji w środowisku i poza nim zdołał uratować pismo oraz stworzyć podwaliny jego rozwoju.

Wielce Szanowny Panie Prezesie, wszelkiej pomyślności.

Redakcja

KRONIKA ADWOKATURY



Z PRAC PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ

Z głównych tematów posiedzenia Prezydium NRA w dniu 29 czerwca 2004 r. należy odnotować uchwałę podjętą w związku z ocenami zawartymi w dokumencie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zatytułowanym „Analiza ograniczeń konkurencji w sektorze wolnych zawodów”. Uchwała została opublikowana w poprzednim numerze „Palestry”.

W przedmiocie udzielania pomocy prawnej dziennikarzom lokalnych mediów w momencie ich skonfliktowania z lokalnymi władzami został zorganizowany panel w siedzibie NRA w dniu 15 czerwca br. Obecni byli dziennikarze z Centrum Monitoringu Wolności Prasy i Obserwatorium Wolności Mediów, spotkanie odbyło się z udziałem rzecznika prasowego NRA adw. Agnieszki Metelskiej. Ustalono konieczność stworzenia listy wyspecjalizowanych w prawie prasowym adwokatów, szczególnie z mniejszych ośrodków kraju.

★

Na posiedzeniu Prezydium NRA w dniu 29 lipca 2004 r. dyskutowano na temat nowelizacji p. o a.

Adw. A. Siemiński, Sekretarz NRA zreferował przebieg kilku posiedzeń Podkomisji Sejmowej zajmującej się nowelizacją. Omawiano na nich sprawę kosztów finansowania konkursów na aplikację adwokacką. Ministerstwo Sprawiedliwości konsekwentnie sprzeciwia się angażowaniu sędziów w prace konkursowe. Obliczono, że do tych prac należałoby oddelegować ok. 200 sędziów, na co Ministerstwo nie chce się zgodzić.

Adw. Andrzej Michałowski zreferował problem opracowania regulaminu postępowania w celu realizacji obowiązków nałożonych ustawą o przeciwdziałaniu wprowadzenia do obrotu „brudnych pieniędzy” oraz finansowania terroryzmu. Adw. A. Michałowski uważa, iż każda kancelaria adwokacka winna w swoim zakresie opracować taki regulamin, pomysł ten został pozytywnie oceniony przez Prezydium NRA.

Prezes NRA adw. St. Rymar omówił sprawę II edycji konkursu nagrody im. Edwarda Wende, a Skarbnik NRA adw. Piotr Senddecki poinformował o możliwych różnych interpretacjach stosowania podatku VAT dotyczącego wynagrodzeń za sprawy z urzędu. Brak jest jasności w tej mierze, która powinna być omówiona w drodze dodatkowych rozmów z Ministerstwem Finansów.

★

Na posiedzeniu Prezydium NRA w dniu 17 sierpnia 2004 r. odbyła się dyskusja nad nową wersją (z dnia 9 sierpnia 2004 r.) ustawy o zawodach zaufania publicznego.

Uwagi adwokatury odnośnie do tego wariantu opracowali adw. P. Senddecki, W. Szczepiński i Wiceprezes NRA adw. dr hab. A. Kubas. Po dyskusji zapadła uchwała Prezydium.

Poruszono również kwestię Biura NRA w Brukseli oraz informatyzację NRA. Przedyskutowano działalność DPTA w Grzegorzewicach, która niestety przynosi znaczne straty finansowe. Ostatecznie sprawa zostanie przekazana do decyzji na Zjeździe Adwokatury.

★

Uczestnicy posiedzenia Prezydium NRA w dniu 31 sierpnia 2004 r. wyrazili zdecydowany sprzeciw dla propozycji Krajowej Rady Radców Prawnych, która bez jakiegokolwiek porozumienia z adwokaturą usiłowała wprowadzić do kodyfikacji karnych zmianę do Kodeksu karno-skarbowego, umożliwiającą udział radców prawnych w charakterze obrońców w postępowaniu karno-skarbowym. Prace nad przygotowaniem Zjazdu Adwokatury są już w pełnym toku. Rozważano kwestie techniczne związane z tym wydarzeniem, w szczególności z wydaniem sprawozdania z działalności adwokatury w okresie międzyzjazdowym.

Andrzej Bąkowski

Na posiedzeniu w dniu 12 października br. Prezydium NRA podjęło następującą uchwałę:

Uchwała Nr 63 Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 12 października 2004 r.

Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z ogromnym niepokojem śledzi prace sejmowej Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Proponowane w tym projekcie rozwiązania nie dają żadnych szans, aby organy Adwokatury mogły umożliwić rozpoczęcie odbywania aplikacji adwokackiej w 2004 r. absolwentom prawa na to czekającym.

Prezydium NRA widzi konieczność przeprowadzenia konkursu na aplikację adwokacką, aby zadośćuczynić oczekiwaniom społecznym oraz by wypełnić wskazania art. 75a p. o a.

Zdaniem Prezydium NRA niezbędne jest uchwalenie w jak najkrótszym czasie przepisów zastępujących uchylone przez Trybunał Konstytucyjny postanowienia dotyczące konkursu na aplikację adwokacką. Brak tej nowelizacji w części koniecznej do przeprowadzenia i realizacji konkursu powoduje nie do zaakceptowania stan prawnej niepewności i destabilizacji.

*

W tym samym dniu, 12 października 2004 r., prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Stanisław Rymar osobiście wręczył powyższą uchwałę Prezydium NRA Marszałkowi Sejmu.

W dniu 15 października br. Marszałek Sejmu nadał bieg legislacyjny, umożliwiający szybkie uchwalenie, poselskiemu projektowi zmian w ustawie – Prawo o adwokaturze z dnia 26 maja 1982 r. (druk sejmowy nr 3358).

Poniżej treść projektowanej nowelizacji:

**Ustawa z dnia ...
o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze**

Art. 1. W ustawie z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058 z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

- 1) w art. 75a uchyla się zdanie drugie;
- 2) po art. 75a dodaje się art. 75b–75l w brzmieniu:

„Art. 75b. Konkurs przeprowadza się raz w roku, polega on na sprawdzeniu wiedzy kandydatów z zakresu prawa cywilnego, postępowania cywilnego, prawa rodzinnego i opiekuńczego, prawa pracy, prawa gospodarczego, prawa finansowego, prawa karnego, postępowania karnego, prawa administracyjnego, postępowania administracyjnego wraz z postępowaniem egzekucyjnym w administracji, prawa konstytucyjnego wraz z ustrojem organów ochrony prawnej, prawa eu-

ropejskiego, ustroju adwokatury oraz etycznych zasad wykonywania zawodu adwokata.

2. Konkurs organizuje okręgowa rada adwokacka.

3. Udział w konkursie jest odpłatny.

4. Opłata za udział w konkursie stanowi dochód właściwej okręgowej rady adwokackiej.

Art. 75c. 1. Naczelna Rada Adwokacka każdego roku powołuje zespół do przygotowania pytań na konkurs dla kandydatów na aplikantów adwokackich, zwany dalej „zespołem”.

2. W skład zespołu wchodzi pięć osób, w tym przedstawiciel Ministra Sprawiedliwości oraz wyznaczony członek Naczelnej Rady Adwokackiej jako przewodniczący zespołu.

3. Przewodniczący zespołu kieruje pracami zespołu oraz określa tryb pracy zespołu.

4. Obsługę administracyjno-techniczną zespołu zapewnia Naczelna Rada Adwokacka.

5. Każda okręgowa rada adwokacka może zgłaszać zespołowi, za pośrednictwem przewodniczącego zespołu, własne propozycje pytań konkursowych.

6. Zespół przygotowuje jeden zestaw pytań w formie testu i dwa zagadnienia prawne na część pisemną konkursu oraz zestawy pytań na część ustną konkursu.

Art. 75d. 1. Okręgowa rada adwokacka każdego roku powołuje spośród adwokatów będących członkami właściwej izby adwokackiej komisję konkursową do przeprowadzenia konkursu dla kandydatów na aplikantów adwokackich, zwaną dalej „komisją”. W skład komisji wchodzi ponadto, w zależności od liczby utworzonych zespołów konkursowych, przedstawiciel bądź przedstawiciele Ministra Sprawiedliwości.

2. Liczba członków komisji konkursowej uzależniona jest od liczby kandydatów dopuszczonych do konkursu.

3. Komisja przeprowadza konkurs w pięcioosobowych zespołach konkursowych, w skład których wchodzi przedstawiciel Ministra Sprawiedliwości oraz czterech adwokatów, o których mowa w ust. 1.

Art. 75e. 1. Zgłoszenie kandydata do konkursu powinno zawierać:

1) podanie o dopuszczenie do konkursu wraz z wnioskiem o wpisanie na listę aplikantów;

2) kwestionariusz osobowy według wzoru stosowanego w sprawach pracowniczych;

3) życiorys z opisem przebiegu pracy zawodowej;

4) oryginał dyplomu ukończenia wyższych studiów prawnych albo wydane przez uczelnię i podpisane przez dziekana wydziału zaświadczenie potwierdzające złożenie z wynikiem pozytywnym egzaminu dyplomowego i uzyskanie tytułu magistra prawa;

5) informację z Krajowego Rejestru Karnego z datą nie wcześniejszą niż trzy miesiące przed jej złożeniem;

- 6) dwa zdjęcia legitymacyjne;
- 7) oświadczenie o toczących się lub zakończonych postępowaniach karnych i dyscyplinarnych przeciwko kandydatowi;
- 8) dokument potwierdzający zameldowanie w okręgu działania izby;
- 9) inne dokumenty potwierdzające dodatkowe kwalifikacje przydatne do zawodu adwokata.

Art. 75f. 1. Jeżeli zgłoszenie nie spełnia wymagań formalnych określonych w art. 75e albo nie została uiszczona opłata konkursowa, dziekan rady wzywa kandydata listem poleconym do usunięcia braków w terminie 7 dni, w trybie art. 64 § 2 i art. 261 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego.

2. Dziekan rady nie dopuszcza do konkursu kandydata, którego wniosek nie spełnia wymogów formalnych, a braki nie zostały usunięte lub wniosek został złożony po terminie.

3. O niedopuszczeniu do konkursu rada zawiadamia kandydata – za poświadczeniem odbioru.

4. W przypadku złożenia prawidłowego wniosku, lecz nieuiszczenia opłaty konkursowej w terminie rada wydaje postanowienie o zwrocie wniosku w trybie art. 261 kodeksu postępowania administracyjnego.

Art. 75g. Konkurs składa się z dwóch części:

- 1) pisemnej, polegającej na rozwiązaniu zestawu 165 pytań w formie testu oraz opracowaniu dwóch zagadnień prawnych;
- 2) ustnej, polegającej na udzieleniu odpowiedzi na zestaw pytań przygotowanych przez zespół.

Art. 75h. 1. Część pisemna konkursu rozpoczyna się w tym samym dniu na terenie całego kraju.

2. Każde z pytań w części pisemnej konkursu zawiera trzy propozycje odpowiedzi, z których tylko jedna jest prawidłowa. Za każdą prawidłową odpowiedź kandydat otrzymuje jeden punkt.

3. Za opracowanie zagadnienia prawnego kandydat otrzymuje do 30 punktów.

4. Maksymalna liczba punktów możliwa do osiągnięcia z części pisemnej konkursu wynosi 225.

5. Kandydat uzyskuje pozytywną ocenę z części pisemnej konkursu w przypadku uzyskania co najmniej 180 punktów.

Art. 75i. 1. Do części ustnej konkursu dopuszcza się kandydatów, którzy uzyskali ocenę pozytywną z części pisemnej konkursu.

2. W części ustnej konkursu kandydat odpowiada na losowo wybrany przez siebie zestaw 5 pytań. Członkowie zespołu konkursowego mogą zadawać kandydatom pytania uzupełniające lub kontrolne.

3. Odpowiedź na każde pytanie z części ustnej konkursu oceniana jest indywidualnie przez każdego z członków zespołu konkursowego przy zastosowaniu skali od 0 do 5 punktów. Uzyskane w ten sposób punkty sumuje się. Maksymalna liczba punktów możliwa do osiągnięcia z części ustnej konkursu wynosi 125.

4. Kandydat uzyskuje pozytywną ocenę z części ustnej konkursu w przypadku uzyskania co najmniej 100 punktów.

Art. 75j. Kandydat uzyskuje pozytywną ocenę z konkursu w przypadku otrzymania pozytywnych ocen z części pisemnej i ustnej.

2. Uzyskanie pozytywnej oceny z konkursu oznacza przyjęcie na aplikację adwokacką.

Art. 75k. Z przebiegu konkursu sporządza się protokół, który podpisują wszyscy członkowie zespołu konkursowego.

Art. 75l. Minister Sprawiedliwości określi w drodze rozporządzenia:

1) sposób ustalania terminu przeprowadzenia konkursu, a także treść, sposób i termin podania do publicznej wiadomości ogłoszenia o przeprowadzeniu konkursu, uwzględniając, iż ogłoszenie powinno określać termin składania zgłoszeń oraz wskazywać dane i dokumenty, jakie powinny zawierać zgłoszenia do konkursu oraz informacje o wymaganych od kandydatów kwalifikacjach;

2) wysokość oraz sposób wnoszenia opłaty za udział w konkursie, z uwzględnieniem rzeczywistych kosztów organizacji i przeprowadzenia konkursu oraz przy przyjęciu, że opłata nie może przekroczyć równowartości minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę;

3) szczegółowy sposób przeprowadzenia konkursu w części pisemnej i ustnej oraz szczegółowy zakres wiedzy podlegający sprawdzeniu w trakcie konkursu, przy uwzględnieniu potrzeb praktyki w zawodzie adwokata;

4) tryb działania komisji konkursowych oraz zespołów konkursowych, sposób sporządzania protokołu z przebiegu konkursu, a także termin i sposób podania do publicznej wiadomości wyników konkursu”.

3) w art. 78 dotychczasową treść oznacza się jako ust. 1 i dodaje ust. 2 w brzmieniu:

„2. W komisji egzaminacyjnej przeprowadzającej egzamin adwokacki uczestniczy przedstawiciel Ministra Sprawiedliwości”.

Art. 2. W okręgowych izbach adwokackich, w których w 2004 r. na podstawie dotychczasowych przepisów został przeprowadzony konkurs na aplikację adwokacką, konkursu w tym roku nie przeprowadza się.

Art. 3. Ustawa wchodzi w życie z dniem...

Projekt zawiera uzasadnienie. Ponadto został przygotowany projekt rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie szczegółowego trybu przeprowadzania konkursu dla kandydatów na aplikantów adwokackich.

Przygotował: *Andrzej Bąkowski*

Spotkanie w UOKiK

W dniu 22 września 2004 r. przedstawiciele Prezydium NRA spotkali się z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w związku z dokumentem tego Urzędu pt. *Analiza ograniczeń konkurencji w sektorze wolnych zawodów* (dalej *Raport UOKiK*).

W spotkaniu w dniu 22 września 2004 r. uczestniczyli:

– z ramienia UOKiK: dr Cezary Banasiński, Prezes UOKiK, dr Jarosław Maćkowiak, Wiceprezes UOKiK, pan Dariusz Szafranski, pani Dorota Wierzbowska i dwóch pracowników UOKiK;

– z ramienia Prezydium NRA – adw. Wojciech Hermeliński, Wiceprezes NRA oraz członkowie zespołu NRA *ad hoc* ds. Raportu UOKiK: adw. Ewa Stawicka i adw. Leszek Rydzewski.

Spotkanie otworzył wiceprezes UOKiK dr Jarosław Maćkowiak. Wskazał, że ma ono na celu wyjaśnienie nieporozumień powstałych w związku z Raportem UOKiK, zaprezentowanie punktów widzenia na problemy w nim poruszone – przede wszystkim nieprawidłowości, które widzi Urząd w zasadach regulacji i działania advokatury; stwierdził, że w UOKiK zapoznano się ze stanowiskiem przedstawionym w Uchwale Prezydium NRA dotyczącej Raportu, i zaprosił do zabrania głosu przedstawicieli NRA; podkreślił, że UOKiK nie widzi podstaw do kwestionowania kompetencji Urzędu do zajmowania się problematyką reglamentacji wolnych zawodów, gdyż problematyka ta zdaniem UOKiK mieści się w ogólnych zadaniach Urzędu powołanego do ochrony konkurencji i konsumentów.

Wiceprezes NRA Wojciech Hermeliński zreferował stanowisko Prezydium NRA w odniesieniu do Raportu UOKiK w najistotniejszych kwestiach w nim poruszonych: 1) w odniesieniu do ograniczania przez korporację adwokacką dostępu do zawodu stwierdził, że sprawy te leżą obecnie (po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego) w gestii ustawodawcy; 2) w odniesieniu do zarzutów pod adresem egzaminu ustnego jako elementu konkursu na aplikację adwokacką podkreślił, że zawód adwokata jest zawodem specyficznym, w którym umiejętność wysławiania się i odpowiedniego zachowania przed sądem odgrywa istotną rolę; 3) zakaz reklamowania się przez adwokatów jest uzasadniony i nie jest to wyłącznie polska regulacja, gdyż ograniczenia tego typu funkcjonują również w innych krajach UE, natomiast od zakazu reklamy można odróżnić kwestię dostępu do informacji o adwokatach, ich preferencjach zawodowych, językach, którymi władają itp. i można dopuścić taką informację; 4) zarzut pod adresem egzaminu dla prawników zagranicznych uznał za niezrozumiały, gdyż taka regulacja wynika z implementacji prawa UE i w innych krajach UE obowiązują podobne zasady; 5) zarzut utrudniania dostępu do listy adwokatów uznał za nieporozumienie, gdyż listy te są jawne i w niektórych izbach są nawet zamieszczone na stronach internetowych ORA, natomiast organy samorządu nie udzielają zainteresowanym rekomendacji dla poszczególnych adwokatów jako specjalistów z danej dziedziny, gdyż skutkowałoby to nieuzasadnio-

nym preferowaniem poszczególnych osób (tym samym dyskryminacją innych); 6) za równie nieuzasadniony uznał zarzut, jakoby Kodeks Etyki Adwokackiej stawiał lojalność wobec członków korporacji ponad działaniem w interesie klienta, gdyż normy te zawsze podkreślają prymat interesu klienta w działalności zawodowej adwokata, a nakazy powiadamiania przez nowego pełnomocnika dotychczasowego pełnomocnika mają na celu zapobieżenie chaosowi w prowadzeniu danej sprawy (niespójnemu działaniu poszczególnych pełnomocników tego samego klienta); 7) w kwestii spótek interdyscyplinarnych wskazał, że słuszność ograniczeń w tym zakresie została potwierdzona przez przypadki typu tzw. afery ENRON, a ograniczenia w tym zakresie obowiązują w wielu krajach UE i jest to zgodne ze stanowiskiem CCBE, która zajmowała się tym problemem.

Wiceprezes UOKiK dr Jarosław Maćkowiak podkreślił, że znaczna część regulacji odnoszących się do adwokatury pochodzi sprzed akcesji Polski do UE, wobec czego obecnie prymat powinno mieć prawo UE i regulacje z niego wynikające; wskazał, że trzeba odróżnić tendencje w środowiskach adwokackich krajów UE, na które powołuje się NRA, od stanowiska Komisji Europejskiej; w ocenie UOKiK tendencje zmierzają do tego, że w przyszłości zawód adwokata będzie zawodem otwartym i adwokatura powinna przygotować się do tego i tak zmienić zasady swojego działania, żeby uchronić w nowych okolicznościach wartości zawodu; UOKiK dostrzega, że korporacja adwokacka jest najbardziej atakowaną korporacją zawodową, a powodem tego jest w ocenie Urzędu m.in. najwyższy stopień reglamentacji tego zawodu; UOKiK zajmuje się zapewnieniem właściwej konkurencji i chce wskazać, co można w tej regulacji zmienić, żeby uelastyczyć dostęp do zawodu.

Wiceprezes NRA adw. Wojciech Hermeliński wskazał, że adwokatura dostrzega potrzeby otwierania się zawodu i zniosła tzw. limity przyjęć na aplikację, z roku na rok przyjmuje więcej aplikantów (co oczywiście zależy od możliwości poszczególnych izb adwokackich), proces ten niestety w tym roku został przerwany – nie z winy adwokatury, lecz wskutek orzeczenia TK – i teraz adwokatura musi czekać na rozstrzygnięcia ustawodawcze, gdyż nie może przeprowadzić konkursu bez podstawy prawnej; zauważył, że ustawa o prawnikach zagranicznych została uchwalona na podstawie prawa UE, a k.s.h. również jest aktem uchwalonym przed kilku laty i niedawno nowelizowanym.

Adw. Ewa Stawicka dodała, że znaczna część Raportu UOKiK odnosi się do aktów rangi ustawowej i w tym zakresie adwokatura nie uznaje siebie za adresata zastrzeżeń Urzędu, gdyż krytyka taka winna być kierowana do ustawodawcy.

Wiceprezes UOKiK dr Jarosław Maćkowiak stwierdził, że Raport UOKiK ma charakter generalny, jest to spojrzenie ogólne z punktu widzenia regulacji UE; podkreślił, że Urząd dostrzega pozytywną rolę adwokatury i znaczenie tego zawodu.

Włączając się do dyskusji Prezes UOKiK dr Cezary Banasiński podkreślił, że nie ma obecnie sporu między UOKiK a adwokatą (i Raport UOKiK nie powinien być odczytywany jako wyraz sporu), natomiast Urząd dostrzega generalną tendencję

zarówno w UE, jak i w OECD, otwierania korporacji zawodowych i uważa, że adwokatura powinna się z tym oswoić; za cenne w zawodzie adwokata i korporacji adwokackiej uznał wszystko to, co mieści się w granicach interesu publicznego – jak stanowi art. 17 Konstytucji RP; natomiast w ocenie dr. Cezarego Banasińskiego elementy, które trzeba wyeliminować, to – najbardziej kontrowersyjna – kwestia reklamy, gdyż nie można odmawiać dostępu do listy adwokatów; zaoferował udostępnienie adwokaturze materiałów otrzymywanych z Komisji Europejskiej i innych instytucji; ponadto zapewnił, że dla uniknięcia sporów w przyszłości wszelkie raporty przygotowywane w UOKiK i odnoszące się do adwokatury będą udostępniane jej przedstawicielom przed ich publikacją dla umożliwienia adwokaturze odniesienia się do nich.

Następnie podstawowe zastrzeżenia Urzędu zreferowali Autorzy Raportu, którzy w kwestii egzaminu na aplikację wyjaśnili, że Raport UOKiK był opracowany przed orzeczeniem TK, więc sprawa ta faktycznie leży obecnie w gestii ustawodawcy; w odniesieniu do zakazu reklamy podkreślili, że materiały empiryczne dostępne UOKiK wskazują, że liberalizacja byłaby z korzyścią dla klientów.

Prezes UOKiK dr Cezary Banasiński zaproponował, aby dla usprawnienia dalszych prac i usunięcia elementu sporu powołać w Urzędzie zespół ekspercki, który z udziałem 2 przedstawicieli adwokatury odbędzie do końca października 2 rundy spotkań dla omówienia szczegółów problematyki zakazu reklamy.

Adw. Ewa Stawicka zasugerowała, aby nie mówić o reklamie, gdyż dokumenty CCBE w ogóle nie dopuszczają takich działań (pojęcie reklamy nosi w sobie element zachwalania swoich zalet, co jest nie do przyjęcia i trudne do wyobrażenia w odniesieniu do adwokatów), lecz rozmawiać o zakresie dopuszczalnej informacji o działalności adwokata. Prezes dr Cezary Banasiński zgodził się z taką propozycją terminologiczną.

Omówiono również problem spółek interdyscyplinarnych. Adw. Ewa Stawicka wskazała, że po sprawie ENRON idea spółek interdyscyplinarnych została skompromitowana, a także przypomniała, że CCBE interesowała się tymi zagadnieniami z uwagi na obawy, jak w spółkach tego rodzaju przestrzegano by podstawowych wartości adwokackich (np. tajemnicy adwokackiej). Adw. Leszek Rydzewski dodał, że – po przejściowym zainteresowaniu wielkich firm biegłych rewidentów (tzw. wielka piątka, obecnie czwórka) w tworzeniu spółek z zawodami prawniczymi (a to głównie w obrębie tzw. wielkiej piątki/czwórki istniało zainteresowanie powoływaniem wspólnych organizmów biznesowych) – tendencje te odwróciły się; wyjaśnił, że dzieje się tak wskutek restrykcyjnych przepisów wprowadzanych w USA i w innych krajach po ujawnieniu afer tzw. kreatywnej księgowości, które nakazują absolutną niezależność biegłych rewidentów i brak jakichkolwiek interesów materialnych w podmiotach, które doradzałyby spółkom audytowanym przez biegłych rewidentów, i że w tej sytuacji firmy audytorskie nie są już zainteresowane więzami kapitałowymi z kancelariami prawniczymi. Prezes dr Cezary Banasiński stwierdził, że problem nie odnosi się tylko do powiązań z biegłymi rewidentami i że np. w sprawach z zakresu prawa kon-

kurencji bardzo potrzebne jest współdziałanie doradców prawnych i ekonomicznych. Adw. Leszek Rydzewski zauważył, że potrzebne w prowadzeniu pewnego rodzaju spraw współdziałanie adwokatów z doradcami innych specjalności (ekonomicznymi) nie musi przybrać formy jednej osoby prawnej. Przedstawiciele UOKiK nie podali, jakie konkretnie zawody miałyby być zainteresowane łączeniem się w jednym organizmie prawnym z zawodami adwokata czy radcy prawnego, których wykonywanie nie może odbywać się w spółkach multidyscyplinarnych. Adw. Ewa Stawicka wskazała, że spółki interdyscyplinarne należą raczej do zagadnień z dziedziny rozważań teoretycznych niż rzeczywiście palących problemów.

Podsumowując Prezes dr Cezary Banasiński podkreślił, że z perspektywy Urzędu nie ma sporu o Raport UOKiK (przypomniał, że w sporach wokół regulacji dotyczących adwokatury i samorządów zawodowych Urząd zajmował wstrzemięźliwe stanowisko) i należy pracować wspólnie nad poszczególnymi problemami, które dostrzega Urząd; Raport UOKiK w wersji angielskiej zostanie udostępniony NRA; adw. Ewa Stawicka zadeklarowała przekazanie UOKiK materiałów opracowanych w CCBE odnoszących się do standardów w działalności adwokackiej, które mogą mieć znaczenie dla tematyki Raportu UOKiK; Wiceprezes NRA adw. Wojciech Hermeliński zapowiedział wskazanie przez Prezydium NRA 2 przedstawicieli adwokatury (zapewne z Komisji NRA ds. Etyki) do dyskusji nad zagadnieniami zakresu informacji o adwokacie.

Leszek Rydzewski

Ważne wyjaśnienie

W odpowiedzi na pismo jednej z kancelarii adwokackich Departament Informacji Finansowej udzielił następującego wyjaśnienia:

Warszawa, 8 lipca 2004 r.

W odpowiedzi na Pana pismo z 20 maja 2004 r. zawierające prośbę o udzielenie informacji dotyczących realizacji obowiązków wynikających z przepisów ustawy z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1505 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, uprzejmie wyjaśniam:

1. Kancelaria prawna, prowadzona w formie osobowej spółki handlowej, nie jest instytucją obowiązaną w rozumieniu przepisów ustawy. Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 1 ustawy, instytucjami obowiązany są – samodzielnie – adwokaci wykonujący zawód oraz radcowie prawni wykonujący zawód poza stosunkiem pracy.

Obowiązek rejestracji transakcji, wynikający z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy oraz obowiązek identyfikacji klienta, wynikający z przepisu art. 9 ustawy, spoczywają na instytucji obowiązanej (advokacie lub radcy prawnym), przyjmującej dyspozycję lub zlecenie klienta do przeprowadzenia transakcji. Obowiązki te spoczywać będą na advokacie lub radcy prawnym, dokonującym w imieniu klienta transakcji, określonej w pełnomocnictwie.

Kancelaria prawna, prowadzona w formie osobowej spółki handlowej, nie jest instytucją obowiązaną, tym samym nie jest obowiązana do – wynikającego z przepisu art. 28 ustawy – ustalenia wewnętrznej procedury ani wyznaczenia osób odpowiedzialnych za realizację obowiązków określonych w ustawie.

2. Advokat lub radca prawny, prowadzący jednoosobową kancelarię prawną, niezatrudniający żadnego pracownika, ma – określony w przepisie art. 28 ustawy – obowiązek ustalenia wewnętrznej procedury i wyznaczenia osoby odpowiedzialnej za realizację obowiązków określonych w ustawie.

3. W przypadku advokatów lub radców prawnych, przez pojęcie „przeprowadzenie transakcji”, o którym mowa w przepisach ustawy, należy rozumieć takie działanie, które jest związane z zawieraniem transakcji, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 2 ustawy, w imieniu klienta, a nie udzielaniem porad prawnych dotyczących takich transakcji.

4. Zgodnie z przepisem art. 9 ust. 1 ustawy, instytucje obowiązane dokonują identyfikacji swoich klientów w każdym przypadku złożenia dyspozycji lub zlecenia do przeprowadzenia transakcji na podstawie dokumentów przedstawionych przy złożeniu dyspozycji lub zlecenia do przeprowadzenia transakcji albo przy zawieraniu umowy z klientem. Tym samym identyfikacja nie może polegać na podaniu przez klienta danych, przewidzianych w przepisach art. 9 ustawy.

5. Pisemne upoważnienie do przeprowadzenia kontroli, o którym mowa w przepisie art. 21 ust. 2 ustawy, zawiera określenie instytucji obowiązanej, podlegającej kontroli oraz zakres kontroli.

Z poważaniem
p.o. Dyrektora Departamentu Informacji Finansowej
Paweł Brochocki

Z ŻYCIA IZB ADWOKACKICH

IZBA BIAŁOSTOCKA

ZGROMADZENIE SPRAWOZDAWCZO-WYBORCZE

W dniu 9 października 2004 r. odbyło się Zgromadzenie Sprawozdawczo-Wyborcze Białostockiej Izby Adwokackiej. Zgromadzeniu przewodniczył dotychczasowy Sekretarz ORA adw. Leon Karaczun. Naczelną Radę Adwokacką reprezentował zastępca Sekretarza NRA adw. Andrzej Warfołomiejew. Po sprawozdaniach ustępującej Rady, Komisji Rewizyjnej i Sądu Dyscyplinarnego oraz po wystąpieniu przedstawiciela NRA przystąpiono do wyborów nowych władz. Do rywalizacji na funkcję Dziekana zgłoszono dwóch kandydatów: adw. Antoniego Piceluka z Białegostoku i adw. Jerzego Szleszyńskiego z Suwałk. Rozstrzygnięcie zapadło dopiero po drugim głosowaniu, w wyniku którego zwycięzcą okazał się adw. **Antoni Piceluk**. Natomiast już w pierwszym podejściu wybrano Prezesa Sądu Dyscyplinarnego, którym został po raz kolejny adw. **Janusz Kramer** oraz Przewodniczącego Komisji Rewizyjnej w osobie dotychczasowego Przewodniczącego adw. **Witolda Powichrowskiego**.

W kolejnym głosowaniu dokonano wyboru nowej Rady Adwokackiej, w skład której weszli w kolejności uzyskanych głosów: adw. Kazimierz Skalimowski, adw. Jerzy Winarski, adw. Jerzy Korsak, adw. Jerzy Szleszyński, adw. Leon Karaczun, adw. Wojciech Baszkiewicz, adw. Tadeusz Kołodko i adw. Ewa Krasowska.

Członkami Sądu Dyscyplinarnego zostali adwokaci: Jan Chojnowski, Bożena Grochowska, Andrzej Kowalski, Michał Korsak, Ewa Krętowska, Michał Łapiński i Tadeusz Misarko, a członkami Komisji Rewizyjnej adwokaci: Zofia Daniszewska-Dek, Krystyna Gryszkiewicz, Ryszard Koziara, Marek Szoda i Wincenty Wybranowski.

Na Krajowym Zjeździe Adwokatury, Białostocką Izbę Adwokacką będą reprezentować adwokaci: Jerzy Korsak, Ewa Krasowaka, Jan Oksentowicz, Antoni Piceluk, Kazimierz Skalimowski, Jerzy Szleszyński, Jerzy Winarski i Mikołaj Zdasiuk.

Dnia 13 października 2004 r. odbyło się pierwsze, zwołane przez nowego Dziekana, posiedzenie nowowybranej Rady, na którym wyłoniono Prezydium ORA w następującym składzie: nowymi Wicedzikanami zostali adwokaci Kazimierz Skalimowski i Jerzy Winarski, Sekretarzem adw. Jerzy Korsak, Rzecznikiem Dyscypli-

narnym adw. Wojciech Baszkiewicz, Skarbnikiem adw. Tadeusz Kołodko. Na stanowisko Kierownika Szkolenia Aplikantów wybrano adw. Leona Karaczuna. Dokonano także podziału czynności członków Rady z określeniem zakresu czynności i form pracy. Powołano także Komisje.

Jerzy Korsak

UROCZYSTE ŚLUBOWANIE

Po pomyślnie zdanym egzaminie adwokackim, który w Izbie Białostockiej odbywał się w dniach 3, 4 i 5 czerwca – pisemny oraz 19 czerwca 2004 ustny, sześcioro nowo mianowanych adwokatów złożyło uroczyste ślubowanie. Odbyło się ono 24 sierpnia w nowym lokalu Okręgowej Rady Adwokackiej w Białymstoku. Na ręce Dziekana ORA, adw. Mikołaja Zdasiuka oraz Wicedziekanów adw. Tadeusza Kołodko oraz adw. Witolda Neumana ślubowanie złożyli: adw. Piotr Bućwiński, adw. Anna Chojnowska, adw. Marta Firfa, adw. Monika Matulewicz-Rutkowska, adw. Rafał Stola i adw. Tomasz Truszkowski.

Równie doniosła uroczystość odbyła się w lokalu ORA w Białymstoku dnia 14 września 2004 r. Dziekan ORA adw. Mikołaj Zdasiuk odebrał ślubowanie od grona aplikantów pomyślnie wyłonionych po przeprowadzonym na przełomie czerwca i lipca 2004 r. konkursie.

Z przystępujących do egzaminu konkursowego trzydziestu osób jedenaścioro zdało z wynikiem pozytywnym.

Legitymacje Aplikanta Adwokackiego otrzymali: Magdalena Borkuła, Agnieszka Dowgier, Urszula Dubienicka, Marek Hermanowicz, Andrzej Ostapkowicz, Marcin Leszek Parzych, Sylwia Targońska-Kołodko, Piotr Wołkowicki, Bartłomiej Wróblewski, Sebastian Wybranowski oraz Agnieszka Zabielska.

W uroczystości uczestniczyli Wicedziekan ORA adw. Tadeusz Kołodko, Członek NRA adw. Jerzy Korsak i Prezes Sądu Dyscyplinarnego adw. Janusz Kramer. Obecne były również rodziny i bliscy niektórych aplikantów. Wręczając uszczęśliwionym młodym adeptom zawodu adwokackiego legityma-



cje aplikanta Dziekan ORA zwrócił uwagę na doniosłość tego wydarzenia w życiu młodego człowieka, a także na wielką odpowiedzialność, jaka od tej chwili będzie na nich ciążyła.

Uroczystość zakończyła symboliczna lampka szampana oraz smakowity tort, który podzieliła jedna z aplikantek.

Jerzy Korsak

WYPRAWA KAJAKIEM PRZEZ LITEWSKIE PUSZCZE

*Któż zbażał puszczy litewskich przepastne krainy
aż do samego środka, do jądra gęstwiny*

A. Mickiewicz

Czym jest spływ kajakowy, jakich dostarcza wrażeń i emocji, nie trzeba tłumaczyć tym, którzy choć raz wsiadli do kajaka i przepłynęli choćby kawałkiem rzeki lub jeziora, mogli z bliska podziwiać siedliska wodnych ptaków, obserwować z pokładu kajaka nadbrzeżne szuwary i umykające krajobrazy podchodzącego do samej rzeki lasu, wsłuchać się w śpiew ptaków, a wieczorem zasiąść przy wspólnym ognisku i zaśpiewać stare harcerskie i biesiadne piosenki. Jeszcze lepiej znają te uczucia i wrażenia ci, co przepłynęli kajakiem urocze polskie rzeki, takie jak Czarna Hańcza, Rozpuda czy Krutynia. Niestety na wymienionych wyżej szlakach jest już od paru lat bardzo tłoczno, hałaśliwie i coraz trudniej jest znaleźć odpowiednie miejsce na biwak, i to nie tylko z uwagi na tłok turystów, ale także, a może nawet bardziej, z uwagi na liczne „ślady cywilizacji”, czyli pozostałości po tych, co tu byli przed nami.

Czy zatem prawdziwy miłośnik przyrody, zamiłowany kajakowiec, nie ma już żadnych szans, aby powiosłować czystą, niezatłoczoną rzeką, dotrzeć do dziewiczych miejsc, przepłynąć wartką, bystrą i czystą wodą rzeki wijącej się wśród „przepastnych krain” dziewiczej puszczy?

Otóż są jeszcze takie miejsca. I takie rzeki, i to wcale nie gdzieś na innym kontynencie, lecz blisko w zasięgu ręki. Już kilka lat temu grupa młodych prawników białostockich przetrąła nowe, niemal dziewicze szlaki kajakowe. Znajdują się one blisko, znanego bardzo dobrze wszystkim wodniakom, pojezierza augustowskiego. Wprawdzie już za granicą polsko-litewską, ale zaledwie kilkadziesiąt kilometrów od samego Augustowa, od którego do przejścia granicznego w Ogrodnikach jest 50 km. Słuchając entuzjastycznych opowiadań mego syna, który przepłynął ten szlak i zauroczył się dziewiczością litewskich rzek, postanowiłem sam sprawdzić prawdziwość tych relacji. Organizator – młody prawnik z Augustowa p. Tomek, zapalony i doświadczony kajakowiec, który przed trzema laty odkrył te nowe kajakowe szlaki, wyznacza zbiórkę w Augustowie, skąd zabieramy kajaki i zaopatrzenie, i jedziemy ku litewskiej granicy. Jest nas dziesięć załóg. Towarzystwo różne, kilku mecenasów, trochę młodzieży studiującej oraz kilku przedstawicieli świata kultury

ze znanym satyrykiem i piosenkarzem Krzysztofem Daukszewiczem. Przekraczanie granicy w Ogrodnikach to już od 1 maja br. czysta formalność, nie trzeba nawet paszportu, wystarczy nowy dowód osobisty i to okazany przez okno samochodu, bez potrzeby wysiadania. Litwa tak jak i Polska nie jest jeszcze w strefie euro, więc jedyną formalnością to wymiana złotych na lity. 1 litewski lit kosztuje ok. 1,30 zł. Ceny żywności są bardzo zbliżone do polskich.

Po przekroczeniu granicy z szosy biegnącej do miasta Alytus (Olita), a dalej do Kowna i Wilna, skręcamy na południowy wschód bliżej granicy z Białorusią.

Mamy zaliczyć trzy rzeki: Ułę, Mereczankę i Niemen. Każda z tych rzek, jak zapowiada organizator, jest inna, niepodobna do siebie.

Uła jest dopływem Mereczanki, a Mereczanka wpada do Niemna. Uła ma swój początek na Białorusi, a przez teren Litwy przepływa przez północno-wschodnią część rozległej Puszczy Grodzieńskiej, która łączy się z Puszczą Augustowską. Swojskie nazwy, swojskie krajobrazy, ale ma się wrażenie, jakby czas się zatrzymał. Stare, drewniane chaty, cisza, prawie nie widać samochodów ani nawet ludzi. Wodujemy kajaki koło mostu, niedaleko miejscowości Dubicze.

Rzeka wije się początkowo wśród dolin, aby następnie wpłynąć między wapienne urwiska i dalej wpływa w lasy. Okolica bezludna. Prąd wartki, wiele przeszkód. Trzeba bardzo uważać na wystające z wody spore głazy oraz powalone pnie drzew. Mamy pierwsze wywrotki, na szczęście niegroźne, pogoda słoneczna, szybko wyschniemy. Jednak pewne i bezpieczne spłynięcie Ułą wymaga kajakowego doświadczenia. Wprawdzie płynie z nami litewski przewodnik, który poucza i ostrzega, ale co chwila gdzieś ginie i trzeba liczyć wyłącznie na siebie. Dalszy bieg Uły to tereny Dzukijskiego Parku Narodowego.

Przed wieczorem dobijamy do miejsca biwakowego. Czekają już rozstawione na wysokim brzegu namioty, a także niespodzianka, polowa kuchnia i dwie miłe Litwinki serwujące specjalnie przygotowane dla nas, regionalne litewskie danie w postaci smakowitych „kartaczy” zwanych także „cepelinami”. Po kolacji okazuje się, że organizator przygotował jeszcze jedną niespodziankę, jest nią prawdziwa, oryginalna, litewska sauna. Rozgrzane kamienie polewane wodą, buchająca para, no i skoki do wody. Wieczorem oczywiście wspólne ognisko i śpiewy do późnych godzin. Popisujemy się swymi talentami i głosami.

Następny dzień wstaje piękny, ciepły, pogodny. Po śniadaniu ruszamy w dalszą drogę. Uła w dolnym biegu jest nadal malownicza i choć może nieco spokojniejsza, to jednak nadal pełna pni, głazów, zwalonych gałęzi. Trzeba bardzo uważać. Ale widzę, że większość załóg już opanowała technikę pokonywania tych przeszkód i nie dochodzi już do żadnych niespodzianek.

Przy ujściu do Mereczanki piękne widokowe miejsce na biwak. Spotykamy Litwinów płynących pontonami. Są to wędkarze i płynąc łowią na wędkę.

Mereczanka to już zupełnie inna rzeka. Trudno jest porównać ją do jakiejś rzeki polskiej. Szersza od Czarnej Hańczy co najmniej ze trzy razy. Szerokością przypomina może Biebrzę, może Narew, ale ma zupełnie innych „charakter”. W górnym

biegu jest podobno inna, ale my poznajemy jej ostatni odcinek od ujścia rzeki Uły, lewego jej dopływu, z której wpływamy na Mereczankę, przez Litwinów zwaną Merkys, do ujścia do Niemna. W porównaniu z bystrym prądem Uły, Mereczanka płynie wolno, choć jej prąd także jest wartki i wystarczy lekkie wiosłowanie, aby nadal poruszać się dość szybko. Jeszcze trafiają się głazy, nawet okazałej wielkości, ale z uwagi na szerokość rzeki omijanie ich nie sprawia specjalnej trudności. Można zatem spokojnie podziwiać przesuwające się po obu brzegach malownicze krajobrazy. A jest na co patrzeć. Wysokie, zalesione brzegi, rzeka kluczy jakby szukała dogodnych nam miejsc na biwak. Jest ich wiele po obu stronach rzeki. Organizator wybrał już wcześniej pięknie położone miejsca na bardzo wysokim brzegu. Trzeba niestety wciągać kajaki na wysoką skarpę, już na wzniesieniu odwracamy je dnem do góry, bo zbiera się na burzę. Na jednym z biwaków spotykamy grupę litewskich studentów, którzy łapią tu ciekawe okazy motyli. Wieczorem wspólne śpiewanie. Trudno się porozumieć, gdyż młodzi Litwini nie znają zupełnie polskiego, no a my nie znamy litewskiego. Na szczęście wśród litewskich studentów jest jeden, który mieszka w Polsce, w miejscowości Puńsk, zamieszkaną przez polską mniejszość litewską. Śpiewamy polskie piosenki, a Litwini swoje – litewskie. Mała rywalizacja. Gdy jednak włącza się do tego śpiewania Krzysztof Daukszewicz ze swoją gitarą, młodzi Litwini dają za wygraną, uznając naszą przewagę i śpiewamy już razem, to znaczy oni próbują włączyć się w nasze melodie. Jest miły, biwakowy, radosny i z uwagi na młodzież, młodzieńczy nastrój.

Kolejny dzień do już zbliżający się Niemen. Jeszcze go nie widzimy, ale zwiastuje go coraz wolniejszy nurt Mereczanki. Przepływamy pod dużym, drogowym mostem, po którym biegnie szosa Grodno–Druskienniki–Wilno. Tereny te przed wojną należały do Polski. Nieliczne stojące na brzegach osoby słysząc naszą polską mowę pozdrawiają słowem „dzień dobry”. Odpowiadamy radośnie. Historia wciąż tu żyje. Nawet nasz litewski przewodnik opowiada o jakichś polskich korzeniach swej rodziny i jak powiada „po polsku wszystko rozumiem, ale mówić mi już trudniej”. Mówi jednak tak, że my go w większości także rozumiemy.

W oddali następny duży, drogowy most i szeroko rozlane wody robiące wrażenie jeziora. To jednak rozlane szeroko, bardzo szeroko wody modrego Niemna.

Przewodnik jest już na prawym, kamienistym brzegu niedaleko mostu. Dobijamy, wyciągamy na brzeg kajaki. Na lewo i prawo szerokie rozlewiska i małe wyspy. Za nami ujście Mereczanki, przed nami szeroko, bardzo szeroko rozlane wody Niemna. To już zupełnie inna od poprzednich rzeka, inny prąd, inne krajobrazy, inne będzie płynięcie. Biwakujemy niedaleko wzgórza zamkowego. Na szczyt prowadzą wygodne, choć bardzo strome schody drewniane. Oczywiście wdrapujemy się i będąc na szczycie nie żałujemy trudu. Widok jak z samolotu, a w dole wspaniała, mieniąca się kolorami, szeroka aż po horyzont, panorama Niemna. W tym miejscu rozlewiska rzeki wyglądają jak jeziora. Piękna pogoda, słońce i błękit nieba sprawiają, iż nieliczne obłoki odbijają się silnie w mieniących się wszystkimi odcieniami błękitu wodach Niemna. Wszystko to na dalszym planie otoczone jest zielono-sza-

rym maszywą okalających wodę bujnych lasów. Aż trudno oderwać wzrok. Posiadacze aparatów fotograficznych mają pełne ręce roboty, a kolega Andrzej – zawodowy fotografik z profesjonalnym sprzętem, „pstryka” nieustannie, utrwalając te rozciągające się w dole piękne widoki. Pełni wrażeń i zauroczony pierwszym już spojrzeniem na Niemen, wpływamy na jego szerokie wody.

Niemen to „rzeka z charakterem”, jak określa ją nasz organizator Tomek. Prąd wody silny, lecz spokojny, koryto rzeki szerokie, czasami nieco się zwęża, aby ponownie rozlać się szeroko na kolejnym zakolu. Łączymy część kajaków i płyniemy wspólnie, niesieni prądem podziwiamy zalesione, często wysokie, oddalone od środkowego nurtu brzegi. Słońce przypieka, pełny relaks. Jak nie zaśpiewać tej znanej chyba każdemu Polakowi pięknej pieśni, która wzruszała mieszkających tu od pokoleń rodaków. Śpiewamy więc „za Niemen, za Niemen i po coś za Niemen”. Melodia niesie się nad błękitną taflą wody i niknie gdzieś za ścianą nadbrzeżnego lasu. Wolno, bez pośpiechu dobijamy do prawego brzegu, gdzie czeka już zaniepokojony naszym długim płynięciem organizator. Tu ma być nasz ostatni biwak. Na jutro zaplanowaliśmy wypad do Wilna. Nie można przecież będąc na Litwie nie zwiedzić tego przeuroczego miasta, pełnego polskich śladów, tym bardziej że niektórzy będą pierwszy raz.

Wieczorem, po kolacji pożegnalne ognisko. Uroczyste śpiewanie Krzysztofa Daukiszewicza oraz wspólne wiązanki pieśni legionowych i partyzanckich, które w tym miejscu, gdzie tworzyła się historia w roku 1920 (Bitwa Niemeńska) i w 1944 (Akcja Burza), mają szczególną wymowę i wywołują szczególny nastrój. Rano zwijamy obóz, specjalny samochód zabiera do Augustowa kajaki, my zaś innym samochodem ruszamy do niedalekiego Wilna.

Pada lekki deszczyk, co zmniejsza nasz żal rozstania z Niemnem i spływem. Wszyscy przyrzekają sobie, że na pewno tu jeszcze wrócimy.

Jerzy Korsak

IZBA KRAKOWSKA

WYBORY W IZBIE KRAKOWSKIEJ

W dniu 25 września 2004 roku w Sali Obrad Urzędu Miasta Krakowa odbyło się Sprawozdawczo-Wyborcze Zgromadzenie Izby Adwokackiej w Krakowie, które dokonało wyboru Dziekana Izby Krakowskiej na kadencję 2004–2007.

Nowym Dziekanem wybrany został adw. **Marek Stoczewski**, dotychczasowy Sekretarz Okręgowej Rady Adwokackiej przez dwie kadencje.

Zgromadzenie wybrało również Prezesa Sądu Dyscyplinarnego Izby w osobie adw. **Piotra Ochałka** i na Przewodniczącego Komisji Rewizyjnej ORA adw. **Janusza Satorę**. Wybrano też nowych Członków Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie.

wie, Członków Sądu Dyscyplinarnego i Komisji Rewizyjnej Izby oraz Delegatów krakowskiej korporacji na Krajowy Zjazd Adwokatury, który odbędzie się w Warszawie w dniach 20 i 21 listopada 2004 roku. W czasie obrad, w których uczestniczyli m.in. Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Stanisław Rymar, Rzecznik Dyscyplinarny NRA adw. Zbigniew Dyka, Prezes Sądu Apelacyjnego w Krakowie sędzia Włodzimierz Baran, Prezes Sądu Okręgowego w Krakowie sędzia Maja Rymar, Dziekan Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie mecenas Jerzy Kuszczak, Przewodniczący Okręgowej Izby Lekarskiej w Krakowie dr Jerzy Friediger, dyskutowano o istotnych problemach samorządu adwokackiego, koncentrując uwagę na jego szczególnych prawach, ale i obowiązkach wynikających z wykonywania zawodu zaufania publicznego, a to w świetle planowanych zmian w ustawie o ustroju adwokatury oraz w ustawie o samorządach zawodowych.

Nowo wybrana Rada Adwokacka w Krakowie ukonstytuuje się na swym pierwszym posiedzeniu zwołanym przez Dziekana Izby na dzień 8 października 2004 roku.

W dniu 8 października 2004 r. na swym pierwszym w nowej kadencji posiedzeniu Okręgowa Rada Adwokacka ukonstytuowała się w sposób następujący:

Dziekan – adw. Marek Stoczewski

Wicedziekan – adw. Janusz Sobczyk

Sekretarz – adw. Jan Kuklewicz

Skarbnik – adw. Jan Mastej

Rzecznik dyscyplinarny – adw. Zbigniew Kubicki

Członkowie Rady: adw. Stanisław Cabała (Nowy Sącz), adw. Zbigniew Cichoń, adw. Stanisław Kłys, adw. Krzysztof Kostański, adw. dr Małgorzata Kożuch, adw. Piotr Ochwat (Nowy Targ), adw. dr Andrzej Skąpski, adw. Andrzej Sopata, adw. Zbigniew Szczerba (Tarnów), adw. Andrzej Woźniak

Przewodniczącymi stałych Komisji Rady wybrani zostali:

Zarządu Funduszu Wzajemnej Pomocy – adw. Andrzej Woźniak

Zespołu Wizytatorów – adw. Krzysztof Kostański

Komisji Prawnej – adw. Piotr Ochwat

Komisji Szkolenia Aplikantów Adwokackich – adw. dr Andrzej Skąpski

Komisji Kultury i Doskonalenia Zawodowego Adwokatów – adw. Stanisław Kłys

Komisji Praw Człowieka i Współpracy z Zagranicą – adw. Zbigniew Cichoń

Komisji Prawa Unii Europejskiej – adw. dr Małgorzata Kożuch

Komisji do rozmów z ubiegającymi się o wpis na listę adwokatów Izby – adw. Janusz Sobczyk

Konwentu Seniorów – adw. Stanisław J. Jaźwiecki

Informacje o władzach ORA, organach samorządu i stałych Komisjach Rady znajdują się również na naszej stronie internetowej: www.adwokatura.krakow.pl

Adam Walkowski
Kierownik Biura ORA Krakowie

VARIA

VIII Mistrzostwa Polski Prawników w Tenisie Ziemnym

W dniach 25–27 czerwca 2004 r. na kortach im. Jadwigi Jędrzejowskiej w Katowicach odbyły się VIII Mistrzostwa Polski Prawników w Tenisie Ziemnym.

Kolejna edycja mistrzostw zorganizowana przez Zrzeszenie Prawników Polskich – Oddział w Katowicach i Sąd Apelacyjny w Katowicach miała szczególną oprawę.

Turniej odbył się na kultowym dla mieszkańców Katowic obiekcie sportowym. To właśnie na tych kortach wielokrotnie zdobywała tytuły mistrzowskie Jadwiga Jędrzejowska, finalistka Wimbledonu w 1937 r. i Roland Garros w 1939 r., oraz Andrzej Licis – czterokrotny mistrz Polski w latach pięćdziesiątych, uczestnik (rokrocznie odbywanego tu) Międzynarodowego Turnieju Weteranów. W 1975 r. na Międzynarodowych Mistrzostwach Polski Iwan Lendl, wtedy mistrz świata juniorów, przegrał w finale z polskim tenisistą Tadeuszem Nowickim.

Po raz pierwszy w Mistrzostwach brały udział panie, wprawdzie w skromnej czteroosobowej obsadzie, ale za to reprezentujące wysoki poziom umiejętności tenisowych.

O puchar Prezesa Sądu Apelacyjnego i Prezesa Oddziału Zrzeszenia Prawników Polskich w Katowicach walczyło czterdziestu zawodników reprezentujących wszystkie zawody prawnicze.

Nad stroną sportową turnieju czuwał pan Karol Zarzecki, Sędzia Naczelny Zawodów, uznany autorytet w świecie tenisowym oraz Dyrektor obiektu Jerzy Wójcik, nad stroną kulinarną (codzienne grilowanie!) niezastąpiony Zygmunt Wnuk.

A oto wyniki:

Gra pojedyncza pań

1. Joanna Kotarska 2. Helena Rymar 3. Katarzyna Wnuk-Czerniej

Gra pojedyncza panów w grupie wiekowej do lat 35

1. Adam Malinowski 2. Łukasz Jura 3. Michał Woźniak, Przemysław Nowakowski

Gra pojedyncza panów w grupie wiekowej powyżej lat 35

1. Piotr Ligus 2. Janusz Świącicki 3. Ryszard Baradziej, Mirosław Sokółski

Gra pojedyncza panów w grupie wiekowej powyżej lat 50

1. Joachim Rassek 2. Zygmunt Wnuk 3. Robert Zając, Wojciech Buczyło

Gra podwójna panów w grupie wiekowej do lat 35

1. Łukasz Gajos, Adam Malinowski 2. Łukasz Jura, Krystian Mularczyk

Gra podwójna panów w grupie wiekowej powyżej lat 35

1. Piotr Ligus, Janusz Święcicki 2. Zygmunt Wnuk, Robert Zając

W turnieju pocieszenia pierwsze miejsce zajął Marek Bedyński.

Mistrzostwa zakończyły się uroczystym wręczeniem okolicznościowych pucharów ufundowanych także przez Prezesów Sądu Okręgowego w Katowicach, Gliwicach, Bielsku-Białej, Częstochowie i Dyrektora Sądu Apelacyjnego w Katowicach oraz nagród rzeczowych, wśród których najbardziej atrakcyjna – program informacji prawnej Lex–Delta – przypadła w wyniku losowania pani Joannie Kotarskiej. Warto przy tym podkreślić, że z głównej nagrody rzeczowej zrezygnował Joachim Rassek (posiada już taki program), za co bezapelacyjnie przyznano mu tytuł Fair Play turnieju.

W imieniu Komitetu Organizacyjnego Mistrzostw zapraszam do udziału w kolejnej edycji w 2005 roku!

Ryszard Kurnik

SZPALTY PAMIĘCI

Adwokat Roman Łyczywek w 10. rocznicę śmierci



Fot. Z archiwum rodzinnego

Przy okazji ostatniego posiedzenia plenum Naczelnej Rady Adwokackiej, które odbyło się w Grzegorzewicach w dniu 18 września 2004 r., ze smutkiem konstatając, że ojciec mój, dr Roman Łyczywek, który wielokrotnie uczestniczył również w tych samych posiedzeniach plenarnych NRA, będąc jej członkiem w dwóch kadencjach – nie żyje już od 10 lat, chociaż pamięć po Nim wszystkim odwiedza-

jącym siedzibę NRA musi być żywa, jako że wspomnienia o Nim są tam eksponowane.

Zmarł 4 października 1994 r., jak sądzę powszechnie znany jako wybitny prawnik, publicysta, a także działacz Samorządu Adwokackiego i wychowawca wielu pokoleń adwokackich. Pochodził z patriotycznej rodziny Wielkopolan, dziadek jego Jan Nepomucen Łyczywek był powstańcem styczniowym 1863 r., a ojciec Franciszek powstańcem wielkopolskim.

Ukończył studia na Uniwersytecie Poznańskim im. Adama Mickiewicza, cały czas w wieku młodzieńczym będąc zafascynowany działalnością harcerską i polityczną, przede wszystkim związaną z odzyskaniem ziem zachodnich.

Aplikację adwokacką rozpoczął w Poznaniu, a ukończył w czasie II wojny światowej w Radomiu, będąc wcześniej wraz z całą rodziną wysiedlony z Wielkopolski.

W okresie okupacji pełnił odpowiedzialne funkcje w Wydziale Zachodnim Kwatery Głównej Szarych Szeregów, a także Departamencie Informacji Rządu Londyńskiego.

W czasie Powstania Warszawskiego walczył w szeregach Armii Krajowej w Batalionie im. Kilińskiego.

Po zakończeniu okupacji, w lipcu 1945 zdał egzamin adwokacki i wpisany został na listę adwokatów Izby Poznańskiej, a następnie przeniósł się do Izby Gdańskiej, która obejmowała zasięgiem wówczas jego siedzibę zawodową w Szczecinie. W Szczecinie był pierwszym adwokatem jeszcze w lipcu 1945 r., a także pełnił funkcję Radcy Prawnego Prezydenta Miasta Szczecina.

Od 1945 roku aż do chwili śmierci wykonywał nieprzerwanie zawód adwokata. Szczególnie uznany był jako obrońca w procesach karnych zarówno okresu stalinowskiego, jak i stanu wojennego. Był wieloletnim Doradcą „Solidarności”, a także obrońcą w procesach między innymi Bałuki, A. Milczanowskiego, M. Jurczyka.

Z powodu swojego bezkompromisowego występowania w procesach politycznych narażony był na wiele szykan ze strony ówczesnych władz komunistycznych, co spowodowało nawet, iż spędził kilka miesięcy w więzieniu UB, będąc posądzony o szpiegostwo na rzecz Francji w roku 1950.

Obok pracy zawodowej, przez cały okres swojego życia był bardzo płodnym publicystą, sam wydał ponad 600 publikacji w postaci książkowej, bądź poważnych esei tak prawniczych, społecznych, ekonomicznych jak i politycznych, współpracując z wieloma pismami prawniczymi.

Już po jego śmierci, do dnia dzisiejszego wydanych zostało dalszych kilka pozycji książkowych z materiałów zebranych przez jego żonę, a moją matkę.

Kilka najbardziej znanych publikacji to: „Zarys historii adwokatury polskiej”, „Adwokatura warszawska”, „Szkice z dziejów adwokatury”, a także „Słownik biograficzny adwokatów polskich”.

W Szczecinie znany był z wielu inicjatyw społecznych, związanych tak z kolekcjonerstwem (przede wszystkim bibliofilstwo), jak też i z organizowaniem i propagowaniem wiedzy prawniczej i ekonomicznej.

Wielokrotnie prowadził wykłady w wielu uniwersytetach na terenie kraju z zakresu psychologii zawodów prawniczych, erystyki bądź też retoryki.

Przy tych wszystkich swoich zainteresowaniach znaczną część czasu poświęcał także pracy samorządowej, zawsze wtedy gdy był czas „odwilży” i gdy jako rzucający się w oczy opozycjonista mógł to uczynić. W latach 1956–1959 był wicedziekanem Rady Adwokackiej w Szczecinie, w potem, a w latach 1985–1991 członkiem NRA.

Do swojej śmierci brał udział we wszystkich zjazdach adwokatury polskiej, a także był jednym z twórców Ośrodka Badawczego Adwokatury i wchodził w skład jego Rady Programowej.

Dzisiaj, gdy mija 10 lat od jego śmierci, byłby niezmiernie rad, gdyby wiedział, iż jego wnuczka Hanna, a więc kolejne pokolenie adwokackie, jest już też członkiem Rady Adwokackiej w Szczecinie, druga zaś – Monika – będąca aplikantką adwokacką współuczestniczy w redagowaniu nowo powstałego pisma prawników szczecińskich „In Gremio”.

Włodzimierz Tyczywek

Adw. Weronika Ksawera Kwasiborska (1907–2003)



Zbliża się pierwsza rocznica śmierci Weroniki Kwasiborskiej, mojej babci, zmarłej 1 listopada 2003 r. i mimo że dożyła wieku godnego pozazdroszczenia, to pustka, która powstała po jej odejściu, jest nie do wypełnienia i to zarówno dla rodziny, jak i jej znajomych oraz przyjaciół.

Weronika Kwasiborska urodziła się 12 stycznia 1907 r. w Warszawie z ojca Stanisława, matki Zofii z Kulczyckich, małżonków Radeckich. W 1921 r. wstąpiła do gimnazjum humanistycznego Krystyny Malczewskiej w Warszawie, które ukończyła w 1929 r. W tymże roku podjęła studia na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego. Jednocześnie, jako studentka I roku rozpoczęła pracę w kancelarii adwokata Ludwika Szcherbińskiego w Warszawie.

Wspominała później, że właśnie praca u tego niezwykle wymagającego adwokata, prowadzącego, jak na ówczesne czasy ogromną liczbę spraw, nauczyła ją wykonywania zawodu. Po studiach w 1934 r. rozpoczęła pracę w Warszawskim Powiatowym Związku Samorządowym, gdzie pełniła funkcję pomocnika sekretarza Wydziału Powiatowego, a później pracowała aż do zakończenia wojny w Powiatowym Funduszu Emerytalnym na stanowisku referenta prawnego, za zezwoleniem Rady Adwokackiej. Obok pracy zarobkowej odbywała jednocześnie aplikację. Aplikację adwokacką odbyła pod patronatem adwokata Zygmunta Oleszczyka, a rozpoczęła ją w kwietniu 1937 r. i dokończyła dopiero po wojnie.

W czasie odbywania aplikacji, w 1938 r. wyszła za mąż za Józefa Kwasiborskiego. Na skutek ogromnego zaangażowania męża w działania ruchu oporu oraz konieczności ukrywania się przed gestapo, a następnie przed władzami komunistycznymi, musiała godzić pracę zawodową z odbywaniem aplikacji i wychowywaniem dzieci, a później z przygotowaniem się do egzaminu adwokackiego. Wszystkiemu musiała sprostać sama, jeśli nie liczyć przelotnych spotkań z mężem pomiędzy wykonywaniem obowiązków i korespondencji, która w tych strasznych czasach nie przychodziła regularnie. Pomimo to zdała pomyślnie egzamin adwokacki, w pierwszym powojennym terminie, w czerwcu 1946 r. Od tamtej pory pracowała w zawodzie adwokata. Od 1 lutego 1950 r. do 30 kwietnia 1951 r. pełniła jednocześnie funkcję radcy prawnego Prezydium Warszawskiej Powiatowej Rady Narodowej. Stanowisko to jednak uległo likwidacji po wejściu w życie ustawy o jednolitej władzy państwowej i wskutek reorganizacji z tym związanej.

Weronice Kwasiborskiej po zakończeniu wojny nie było dane prowadzić normalnego życia rodzinnego, gdyż jej mąż Józef Kwasiborski w sierpniu 1947 roku został aresztowany przez władze komunistyczne i skazany na dożywotnie więzienie. Przez okres tych 9 lat Weronika Kwasiborska nie tylko musiała podołać wychowaniu trójki dzieci i utrzymać całą rodzinę, ale również znosić szykany nachodzących nieustannie dom funkcjonariuszy UB. Była jednak na tyle silna psychicznie, by przetrwać ten trudny okres i nie załamać się po uwięzieniu męża, który zgodnie z wyrokiem miał resztę swojego życia spędzić w więzieniu. Szczęśliwie został zwolniony i zrehabilitowany po historycznym przełomie 1956 r.

Działalność zawodowa Weroniki Kwasiborskiej skupiona była w Pruszkowie. Tam najpierw prowadziła swoją własną kancelarię, a po wejściu zespołów adwokackich prowadziła, wraz z innymi adwokatami, punkt konsultacyjny w Pruszkowie. Później, 1 listopada 1963 r. utworzono samodzielny Zespół Adwokacki nr 1 i aż do przejścia na emeryturę 31 lipca 1979 r. prowadziła tam swoją działalność. Była jednym z najbardziej znanych adwokatów na tym terenie, nie tylko dzięki świetnemu przygotowaniu merytorycznemu, ale również niezwyklej życzliwości. Przyjmowała klientów w kancelarii w godzinach przyjęć, ale nierzadko również w domu i to zarówno w późnych godzinach wieczornych, jak i porannych. Warto wspomnieć, że w czasach aktywności zawodowej Weroniki Kwasiborskiej mało kto mógł sobie pozwolić na oddzielny gabinet w mieszkaniu, w którym mógłby przyjmować klientów i pracować.

Jednym z moich niezatartych wspomnień z dzieciństwa jest codzienny dźwięk stuku maszyny do pisania słyszany do późnych godzin nocnych i mój ówczesny podziw, że można tym urządzeniem posługiwać się z taką szybkością i wprawą.

Weronika Kwasiborska cieszyła się powszechnym szacunkiem wśród swoich kolegów i koleżanek z palestry. Podziwiali jej niezwykłą energię i aktywność ujawniającą się nie tylko w pracy zawodowej, lecz również w prowadzonej działalności społecznej. Była postrzegana jako osoba niezwykle koleżeńska i służąca każdemu swą pomocą i radą. Wystarczy powiedzieć, że Weronika Kwasiborska zaprzestała wykonywania zawodu dwadzieścia pięć lat temu, w lipcu 1979 r., a pamięć wśród adwokatów o niej jest wciąż żywa. Kiedy jeszcze żyła, nierzadko byłam pytana o zdrowie i kondycję i widziałam, że pytający adwokaci, sędziowie, pracownicy ORA i sądu pruszkowskiego wspominają okres wspólnej współpracy z przyjemnością, ale i melancholią, a o osobie Weroniki Kwasiborskiej wyrażają się z najwyższym uznaniem. Podobna sytuacja miała się z liczną klientelą – jeszcze wiele lat po zaprzestaniu przez Weronikę Kwasiborską wykonywania zawodu, zdarzało się że przyszedł ktoś, kto chciał zasięgnąć porady lub zlecić prowadzenie sprawy, a i po dziś dzień jestem zatrzymywana na ulicach Pruszkowa i zapytywana, czy babcia jeszcze żyje.

Obok pracy zawodowej Weronika Kwasiborska była społecznikiem. Od 1934 r. do czasu rozwiązania przez władze okupacyjne, była członkiem, a później członkiem komisji rewizyjnej we władzach naczelnych w Związku Zawodowym Pracowników Samorządu Terytorialnego. Od 1950 roku była członkiem Ligi Kobiet i udzielała tam m.in. bezpłatnej pomocy prawnej mieszkańcom Pruszkowa.

Z perspektywy czasu, często w domu zastanawiamy się, jakimi siłami babcia, Weronika Kwasiborska była w stanie zająć się działalnością zawodową, w tym również częstymi wyjazdami do sądów w całej Polsce, działalnością społeczną i domem, mimo że nie było wówczas tylu ulepszeń, które wyręczałyby człowieka w pracy. W życiu osobistym dotknęły ją nieszczęścia ponad miarę – rozłąka z mężem, później jego uwięzienie i świadomość, że nie tylko jest torturowany i izolowany, ale może już nigdy do domu nie wrócić. Zbiegło się to z długotrwałą chorobą jednego z dzieci, wymagającą zaangażowania psychicznego, czasowego i finansowego. Później, gdy wydawało się, że wszystkie sprawy powoli się poukładają, tragiczna śmierć jednej z córek, Joanny. Jednakże przebywając w towarzystwie Weroniki Kwasiborskiej, nie odczuwało się, że rozmawia się z osobą doświadczoną przez los, przeciwnie – zawsze była pogodna, uśmiechnięta, niezmiernie zadbana i elegancka. Warto podkreślić, że nigdy, ale to nigdy nie skarżyła się na trudności i przeciwności losu.

Dlatego nie dziwi fakt, że cieszyła się powszechnym uznaniem i była tak lubiana. Jej energia i niezachwiana wiara, że wszystkie trudności można przezwyciężyć, udzielała się innym; w jej obecności człowiek po prostu stawał się silniejszy.

Dane mi było poznać, skąd czerpała tę wiarę – wiele lat temu opowiadała mi, jak w czasie okupacji w Warszawie chodziła do gestapo, żeby dowiedzieć się czy nie został aresztowany jej mąż, Józef Kwasiborski. Wchodząc do budynku nigdy nie

wiedziała, czy jeszcze z niego wyjdzie, ale kierowało nią przekonanie, że jeśli przezwycięży strach i rzuci wyzwanie przeciwnościom losu, wszystko będzie dobrze. Wtedy też dowiedziałam się, skąd wiara ta pochodzi – „kiedy byłam małą dziewczynką – powiedziała – śniło mi się, że niosę bardzo piękny, ozdobny krzyż. Było mi bardzo, bardzo ciężko, każdy krok sprawiał mi trudność, ale mimo to cały czas szłam do przodu, czując, że doniesienie tego krzyża w wyznaczone miejsce to mój obowiązek. W końcu – powiedziała – udało mi się dotrzeć do celu. Ten sen – mówiła – śnił mi się wielokrotnie, wiem, że ten krzyż to moje życie, ciężkie i piękne zarazem, ale przede wszystkim uwieńczone sukcesem”.

Veronica Afewu

Adwokat Kazimierz Górecki (1896–1978)

W dniu 27 lipca 1978 roku przeżywszy lat 81 zmarł w Warszawie adwokat Kazimierz Górecki. W „Palestrze” Nr 11–12 z roku 1978 napisała wspomnienie pośmiertne o zmarłym adwokat Anna Nowachowicz. Wspomnienie to ograniczyło się w przeważającej mierze do opisu działalności zawodowej zmarłego w latach 1946–1978, pomijając, z uwagi na ówczesne warunki, działalność polityczno-patriotyczną z okresu II Rzeczypospolitej i okupacji. A Jego patriotyczna postawa i działalność wojskowa w III Korpusie Polskim w roku 1918, jak również w kampanii 1919–1920 roku, II wojnie światowej oraz działalność po oswobodzeniu oflagu jenieckiego na terenie angielskiej strefy okupacyjnej zasługuje na omówienie.



Adwokat Kazimierz Górecki urodził się 25 grudnia 1896 roku w Kijowie. Był synem Aleksandra i Zofii z domu Piszczatowskiej. Górecki pochodził z rodziny, która promieniowała kulturą, tradycją polską, był więc przepełniony patriotyzmem. W roku 1916 uzyskał maturę w 8-klasowym rosyjskim gimnazjum humanistycznym. Jako uczeń starszych klas brał czynny udział w tajnym polskim stowarzyszeniu samokształceniowym pod nazwą „Korporacja uczniowska”. W grudniu 1916 roku po

uzyskaniu matury został wcielony do Mikołajewskiej Oficerskiej Szkoły Artyleryjskiej w Kijowie. Po rewolucji bolszewickiej Kazimierz Górecki na własne żądanie został odkomenderowany do biura Związku Wojskowych Polaków celem wstąpienia do formowanego Polskiego Korpusu. W połowie stycznia 1918 roku Armia Czerwona rozpoczęła ofensywę na Kijów celem przejęcia władzy w mieście. Kazimierz Górecki w styczniu 1918 roku z polecenia Związku Wojskowych Polaków w Kijowie brał udział w obronie Kijowa, będąc w partyzantce kijowskiej wchodzącej w skład III Korpusu. Następnie brał udział w walkach w Krasieńkowie, Starokonstantynowie, Pikowie. W dniu 23 lutego 1918 roku Wojska Polskie zajęły Starokonstantynów. Za udział w walkach i podchodach III Korpusu Kazimierz Górecki został odznaczony Krzyżem Walecznych oraz Odznaką Pamiątkową III Korpusu Frontu Litewsko-Białoruskiego. W maju 1918 roku kontynuował rozpoczęte w 1916 roku studia na Uniwersytecie w Kijowie, ponadto podjął trudną i odpowiedzialną pracę niepodległościową. Bierze czynny udział w organizacji repatriacji, a w szczególności w ułatwianiu ukrywania się i przedostawania się do Kraju i do Organizacji Wojsk Polskich na Północy Rosji – zarówno byłym jeńcom polskim armii rosyjskiej, jak i żołnierzom Korpusów Wschodnich rozbrojonych przez okupantów – za co otrzymał Medal Niepodległości. Jak wiadomo, zarówno władze carskie jak i bolszewickie były wrogo nastawione do polskiej działalności niepodległościowej, a prowadzenie jej zawsze wiązało się z dużym niebezpieczeństwem. Kazimierz Górecki w październiku 1918 roku przedostał się z Kijowa do Warszawy (wraz z matką Zofią). Ojciec Jego zmarł w Ługańsku na Syberii w 1918 r.

7 listopada 1918 roku wstąpił jako ochotnik do Wojska Polskiego i został przyjęty do Szkoły Oficerskiej w Rembertowie. 11 listopada został przyjęty w stopniu podporucznika do Wojska Polskiego i brał udział w rozbrajaniu okupantów. W dniu 16 listopada 1918 roku został przydzielony do 8 pułku 1-ej baterii artylerii polowej w Rembertowie.

W pierwszych dniach stycznia 1919 roku podporucznik Kazimierz Górecki wraz z kanonierami wyruszył na front ukraiński, dowodząc pociągiem pancernym nr 14 „Zagończyk”. Walczył przeciwko Ukraińcom pod Rawą Ruską, Bełzem, Żółkwią najpierw w grupie majora Lisa-Kuli, a następnie w grupie generała Romera. 8 stycznia–15 stycznia 1919 roku toczył walki o Żółkiew, 17 stycznia–27 stycznia 1919 roku brał udział w walkach pod Rawą Ruską. Od 31 stycznia 1919 toczył szereg zwycięskich małych bitew zaczepnych pod Bełzem i Rawą Ruską celem odparcia silnych ataków Ukraińców.

27 stycznia 1919 roku został zdobyty Bełz bez większego oporu ze strony nieprzyjaciela. Od tego dnia miasto to stało się ogniskiem długotrwałych walk, od czasu do czasu przebijając się z Rawy Ruskiej pociąg pancerny nr 14, dowożąc rozkazy, prowiant i amunicję. 19 lutego 1919 r. Ukraińcy ostrzeliwali Rawę Ruską oraz uderzyli na Bełz. Pomimo dużej przewagi liczebnej ataki załamały się w ogniu polskiej artylerii i piechoty.

Pod koniec lutego po 2 miesiącach ciężkich bojów Kazimierz Górecki został odwołany do pułku, obejmując dowództwo II plutonu detaszowanego (wydzielone-

go) w 1 baterii 8 pap. 12 kwietnia 1919 roku 1 bateria 8 pap pod dowództwem kapitana Domańskiego wyruszyła na front pod Lidę. Podporucznik Górecki przez 10 miesięcy walczył wraz ze swoim plutonem przeciwko bolszewikom. Opanowanie Lidy powierzono grupie majora M. Trojanowskiego, w której znajdowała się 1 bateria 8 pułku artylerii polowej. Natarcie oddziałów polskich rozpoczęło się o świcie 16 kwietnia 1919 roku. W czasie walk o Lidę Kazimierz Górecki odznaczył się szczególnie jedną akcją, która przeszła do historii i która przyniosła mu Order Virtuti Militari V klasy oraz Krzyż Walecznych. Dnia 16 kwietnia 1919 roku w bitwie pod Lidą porucznik Górecki (1 czerwca 1919 roku został mianowany porucznikiem) kierował ogniem baterii z otwartej pozycji do 2 pociągów pancernych, uniemożliwiając bolszewickiej piechocie wtargnięcie do miasta. Nie zważając na gęsty ogień karabinów maszynowych i dział, kierowany do baterii z odległości 900 metrów, porucznik Górecki zdołał celnymi strzałami unieruchomić oba pociągi. Zostawiając następnie kierowanie ognia baterii swemu oficerowi – Kazimierz Górecki wraz z kilkoma kanonierami zdobył obojętny pociąg, a następnie ostrzeliwał ze zdobycznego działą zajęte przez bolszewików koszary, przyczyniając się w znacznej mierze do ich zdobycia.

Porucznik Górecki został odznaczony:

17 maja 1921 roku Krzyżem Walecznych, 27 grudnia 1921 roku Orderem Virtuti Militari.

17 kwietnia 1919 roku Lida ostatecznie padła.

Po zdobyciu Lidy I i II pluton 1 baterii 8 pap działały osobno. Pluton II porucznika Kazimierza Góreckiego czasowo został przydzielony do grupy generała Śmigłego Rydza i brał udział w walkach o Wilno, gdzie dotarł 19 kwietnia 1919 roku, kiedy to następuje główne uderzenie na miasto. 20 kwietnia w Wielkanoc Wilno zostało zdobyte. 6 maja 1919 roku Kazimierzowi Góreckiemu Dowództwo Grupy generała Rydza Śmigłego nadało odznakę „Wilno” nr 304 za udział w walkach przy zdobyciu i obronie Wilna.

II pluton porucznika Góreckiego bierze też czynny udział 29 i 30 kwietnia w bojach pod Niemierzem i Fabjaniszkami. Front Litewsko-Białoruski trwał w postawie obronnej przez cały maj i czerwiec 1919 roku. Dowódca frontu generał Szeptycki z własnej inicjatywy przeszedł do natarcia na Mołodeczno, którego opanowanie pozabawiło bolszewików węzła kolejowego.

Od 26 lipca 1919 roku 1 bateria działała na północ od Wilejki, od 16 sierpnia na północ od Budzławia przy linii kolejowej Mołodeczno-Połock. II pluton porucznika Góreckiego przydzielony do III batalionu 24-go pułku piechoty brał udział w działaniach mających na celu opanowanie drogi na Dołhinów – Budzław i odcięcie przez to dogodnej komunikacji dla sowieckich oddziałów cofających się spod Mińska.

Po ciężkich walkach na froncie litewsko-białoruskim (Lida, Wilno, Niemierz, Fabjaniszki, Parafianowo, Głębokie, Jazno, Połock) i kiedy już na froncie się uspokoiło, a 1 bateria od końca listopada 1919 r. nie prowadziła działań zaczepnych,

oczekując na powrót do Osowca celem przebrojenia – porucznik Kazimierz Górecki 29 listopada 1919 roku otrzymał urlop akademicki. Zapisał się na Wydział Inżynieryjny Politechniki Warszawskiej, zaliczając pozytywnie 1 semestr. 20 lutego 1920 roku porucznik Górecki powrócił do przeformowującej się 1 baterii 8 pap w Grajewie.

5 maja 1920 roku ze swoim II plutonem wyruszył na front pod Dyneburg (Dźwińsk). Sytuacja na froncie była bardzo napięta. Spod Dyneburga podczas ofensywy bolszewickiej wycofał się w lipcu I i II pluton w kierunku Wilna. II Pluton pod dowództwem porucznika Góreckiego toczył ciężkie walki w okolicy Świecian.

Zachowały się 2 opisy czynów bojowych porucznika Góreckiego.

„9 lipca 1920 roku podczas ataku bolszewickiej kawalerii na pozycje słuckiego pułku piechoty i 1 baterii w odległości 4 km od miejscowości Wilańce kierował porucznik Górecki ogniem kartaczowym swojego plutonu. Zawdzięczając nadzwyczajnej odwadze, jego zimnej krwi i umiejętności panowania nad żołnierzami w niebezpieczeństwie, dwukrotny atak nieprzyjacielski został odparty. Pozatem niejednokrotnie wykazał się porucznik Górecki jak nadzwyczaj odważny, wspaniały i wzorowy pod każdym względem oficer”. Opinia Dowódcy Słuckiego podpułkownika Hussera.

Porucznik Górecki został odznaczony Krzyżem Walecznych po raz drugi „10 lipca 1920 roku podczas odwrotu spod Daugieliszki bateria została zaatakowana z trzech stron przez kawalerię nieprzyjacielską. Najsilniejsze ataki wytrzymał II pluton baterii, dowódcą którego był porucznik Kazimierz Górecki, dając osobiście przykład męstwa i odwagi, odbił kilka ataków kartaczami dopuszczając kawalerię na 300–400 kroków”.

Porucznik Górecki został odznaczony Krzyżem Walecznych po raz trzeci.

Po zajęciu Świecian bolszewicy zaczęli zagrażać Wilnu. 14 lipca 1920 roku siły polskie wykonały przeciwnatarcie, w wyniku którego opanowały dworzec i wkroczyły do Wilna. Wskutek słabości liczebnej i trudności z łącznością nastąpiło zerwanie kontaktu między oddziałami. W tworzące się luki wchodziły grupy żołnierzy bolszewickich, stwarzając zagrożenie odcięcia odwrotu.

Podczas odwrotu spod Wilna 16 lipca 1920 roku porucznik Górecki wraz z całą 1 baterią został przydzielony do IV Brygady Piechoty pułkownika Paślowskiego. Wraz z całą brygadą został rozbrojony i internowany na Litwie w Poniemuniu k. Kowna.

Ponieważ wszelkie rozmowy z Litwinami w sprawie zwolnienia polskich żołnierzy kończyły się fiaskiem i oczywisty był fakt, że władze litewskie nie zamierzały nikogo zwolnić, wielu oficerów i żołnierzy na własną rękę podejmowało próby ucieczki. 8 sierpnia 1920 r. porucznik Górecki w kilkuosobowej grupie uciekł pieszo do Kłajpedy i przy pomocy załogi francuskiej przez Puck w połowie sierpnia wrócił do Warszawy. Natychmiast powrócił do 8 pap i brał udział w pochodzie na Ostrołękę. 20 sierpnia został przydzielony do 6 baterii (jego macierzysta bateria przestała istnieć, została rozbrojona).

9 września 1920 roku porucznik Górecki wyruszył na front galicyjski. Brał udział w walkach pod Tarnopolem, Haliczem, Podhajcami.

16 grudnia stanął przed Komisją Rehabilitacyjną w związku z pobytem w niewoli litewskiej (obowiązek stawienia się przed Komisją dotyczył oficerów pełniących funkcje dowódców od plutonu wzwyż) i został przez nią zupełnie zrehabilitowany.

29 grudnia 1920 roku, kiedy to 8 pap nie prowadził już żadnych działań zaczepnych (zawarto rozejm), porucznik Górecki na własną prośbę zwolnił się z szeregów Wojska Polskiego celem podjęcia studiów.

Porucznik Górecki walcząc 16 miesięcy w 8 pap wykazał się męstwem i odwagą, za co został odznaczony orderem *Virtuti Militari*, 3-krotnie Krzyżem *Walecznych* (czwarty Krzyż *Walecznych* otrzymał za walki w Kijowie w II Korpusie) i odznaką „Wilno”.

Ponadto 10 sierpnia 1930 r. otrzymał odznakę pamiątkową Nr 7 8 pap „jako pamiątkę odbycia zwycięskiej kampanii i zdobytej sławy”.

W Płocku – w siedzibie pułku przed wojną – w kasynie oficerskim znajdował się obraz batalistyczny przedstawiający baterię ówczesnego porucznika Góreckiego odpierającego zwycięsko szarżę kawalerii Budionnego.

W roku 1922 Kazimierz Górecki podejmuje przerwane studia prawnicze i w roku 1926 uzyskuje dyplom magistra prawa. Po odbyciu aplikacji sądowej i adwokackiej w roku 1932 zostaje wpisany na listę adwokatów Izby Warszawskiej, prowadząc kancelarię adwokacką w Warszawie. Przedmiotem zainteresowania i praktyki adwokata Kazimierza Góreckiego były sprawy cywilne.

Jako oficer rezerwy wziął udział w kampanii wrześniowej. Pomimo braku karty mobilizacyjnej, z własnej inicjatywy podjął próbę wstąpienia do wojska. Zameldował się 12 września 1939 roku w Kowlu, otrzymując rozkaz wyjazdu do Równego. W związku z wkroczeniem Armii Czerwonej na obszar Polski z grupą oficerów i żołnierzy podjął próbę przebicia się do Warszawy. Po drodze do Warszawy dołączył do grupy operacyjnej „Polesie” pod dowództwem generała Franciszka Kleeberga, która to grupa stoczyła ostatnie boje w Kampanii Wrześniowej pod Kockiem i Serokomlą. W bitwie tej grupa „Polesie” odniosła nawet sukcesy lokalne, dokonując zniszczenia niemieckiej broni pancernej i biorąc kilkuset jeńców. Pomimo to z braku perspektyw kontynuowania dalszego oporu w dniu 6 października 1939 roku generał Kleeberg podpisał akt kapitulacji i większość oficerów została wzięta do niewoli.

W latach 1939–1945 adwokat Kazimierz Górecki przebywał w niewoli w oflagach Arnswalde, Gross Born, Sandbostel i Lubece. Po ewakuacji obozu jenieckiego w Gross Born na zachód, został uwolniony w Lubece przez wojska brytyjskie. Od lipca 1945 roku do marca 1946 roku przebywał w obozach dla polskich oficerów w Verden Celler i Salzgitter am Harz. W tym okresie jako prawnik honorowo bronił dwóch Polaków skazanych na karę śmierci przez sądy, doprowadzając do uchylecia przez wyższą instancję tych wyroków. W jednym przypadku wyrok śmierci został zamieniony na karę więzienia, a w drugim przypadku oskarżony został uniewinniony.

Adwokata Kazimierza Góreckiego miałem zaszczyt poznać w październiku 1967 roku, który w tym czasie był Koordynatorem zespołu Radców Prawnych w Metal-exportcie. Był człowiekiem wielkiego serca, wysokiej kultury osobistej i życzliwości wobec ludzi. Ja osobiście spotkałem się z wyjątkowo życzliwym przyjęciem z Jego strony i pomocą, której udzielał mi jako rozpoczynającemu pracę radcy prawnego w resorcie handlu zagranicznego.

W lipcu 1967 roku adwokat Kazimierz Górecki powołany został na arbitra Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego. Następnie w grudniu 1970 roku Przewodniczący Kolegium prof. dr Henryk Tramer powiadomił o powołaniu adwokata Kazimierza Góreckiego przez Prezydium Kolegium na zastępcę Przewodniczącego Kolegium.

Z jednej strony znaleźmy Go jako człowieka skromnego w życiu codziennym, z drugiej strony należało podziwiać Jego postawę patriotyczną, odwagę, jaką wykazał będąc żołnierzem. W tym miejscu pozwalam sobie na pewną osobistą refleksję związaną z reakcją adwokata Kazimierza Góreckiego na interwencję radziecką w Czechosłowacji w sierpniu 1968 roku. W czasie wkroczenia Wojsk Układu Warszawskiego adwokat Kazimierz Górecki przebywał w Pradze. Widziałem, jak po powrocie do kraju głęboko przeżywał tamte tragiczne wydarzenia.

Dziś, w czasach obniżenia wartości patriotyzmu i moralności należy przypominać takich ludzi, jak adwokat Kazimierz Górecki. On zasłużył sobie na wdzięczną pamięć. Dla nas adwokatów winno to być moralnym obowiązkiem.

Jerzy Więckowski

Adw. Małgorzata Anna Cholewicka (1915–2000)

Była obrońcą w najpiękniejszym tego słowa znaczeniu.

Dała temu wyraz nie tylko jako adwokat, w pracy zawodowej występując w obronie oskarżonych, ale przede wszystkim jako imponującej odwagi człowiek, wielkiego formatu Polka, przy tym niezwyklej skromności, o ujmującym sposobie bycia osoba. Za obronę człowieka i za jego ocalenie, nie na sali sądowej, lecz przed hitlerowskim najeźdźcą w okupowanej Warszawie, otrzymała uznanie Narodu Żydowskiego.

Nielicznym powiedziała o tym wyróżnieniu uważając, że spełniła tylko powinność ludzką niesienia pomocy bliźniemu.

Uzasadniony powód do dumy, dla Rodziny i dla polskiej Adwokatury, odczuwamy czytając treść zaproszenia Ambasadora Izraela z 27 września 1993 r. skierowanego do adwokat Małgorzaty Cholewickiej.

„Mam zaszczyt zaprosić Panią na uroczystość wręczenia medalu SPRAWIEDLIWY WŚRÓD NARODÓW ŚWIATA przyznanego Pani oraz Pani matce, Pani Ninie Stobińskiej.

Wręczenia dokona Ambasador Izraela Pan Gerson Zohar o godz. 15 w dniu 19 października 2003 r. w Muzeum Kolekcji im. Jana Pawła II, pl. Bankowy 1”.

Jakże niezwykle walor zyskał adwokacki, karnoprosesowy, tytuł polskiego obrońcy.

Urodziła się 22 czerwca 1915 r. w Warszawie przy ul. Mokotowskiej 22 jako córka małżonków Timczenko-Borysa i Niny z domu Skodin.

W 1933 r. ukończyła Gimnazjum im. Klementyny Hoffmanowej. Jako absolwentka Wydziału Prawa Uniwersytetu im. Józefa Piłsudskiego w Warszawie otrzymała w dniu 8 października 1937 r. dyplom i tytuł magistra praw. W 1938 r. rozpoczęła aplikację sądową. W dniu 16 czerwca 1942 r. w kościele p.w. św. Aleksandra w Warszawie zawarła związek małżeński z Tadeuszem Janem Cholewickim, późniejszym profesorem Politechniki Częstochowskiej i Politechniki Warszawskiej na Wydziale Elektrycznym oraz członkiem korespondentem PAN.

Rozpoczętą w 1938 r. aplikację sądową zakończyła egzaminem sędziowskim. Wynik egzaminu został uznany przez Komisję Egzaminacyjną przy Sądzie Apelacyjnym w Warszawie za celujący. Od listopada 1943 r. była aplikantem adwokackim pod patronatem adwokata Mieczysława Łabędzkiego w Warszawie.

Po wyrzuceniu przez Niemców z domu, w czasie Powstania Warszawskiego, do końca wojny mieszkała we wsi Rokiciny k. Kuluszek. Schronienie z mężem znalazła w Częstochowie, gdzie od 14 grudnia 1945 r. pod patronatem adwokata Władysława Bielobradka kontynuowała przerwana aplikację adwokacką.

Z rzadką już dzisiaj galanterią napisał mecenas Wł. Bielobradek 10 grudnia 1945 r.:

„Mam zaszczyt prosić Radę Adwokacką w Warszawie o udzielenie mi zezwolenia na podjęcie się obowiązków patrona w stosunku do pani apl. adw. Małgorzaty Anny Cholewickiej”.

Musiła to być przyjemna aplikacja po ponurym okresie okupacji, bo osobowość patrona – zamiłowanego myśliwego, poligloty, uroczonego facecjonisty, znakomitego wodzireja w mazurze – tkwiła niezmiennie w przedwojennej atmosferze, mimo siermiężnej już codzienności.

Po egzaminie adwokackim złożyła 29 kwietnia 1947 r. przed Dziekanem Rady Adwokackiej w Warszawie Władysławem Januszem Tomorowiczem ślubowanie następującej treści:

„Pomny dobra Państwa Polskiego oraz godności stanu adwokackiego, przyrzekam uroczyście, że obowiązki adwokata spełniać będę zgodnie z prawem i słuszością poświęcając się im z całą sumiennością i gorliwością, władzy okazywać będę

poszanowanie, a w postępowaniu moim kierować się będę zasadami honoru i uczciwości”.

W Częstochowie, w indywidualnej kancelarii przy ul. Waszyngtona 24 m. 19, mecenas Małgorzata A. Cholewicka prowadziła praktykę jako ceniony obrońca, w trudnych wówczas procesach politycznych i gospodarczych. Komisja Weryfikacyjna Izby Adwokackiej dwukrotnie, bo 28 października 1947 i 28 kwietnia 1951 r. uznała ob. Cholewicką Małgorzatę za godną należenia do stanu adwokackiego, a później za godną wykonywania zawodu adwokackiego. Już od 1 stycznia 1953 r. do 29 grudnia 1962 r. wykonywała zawód w Zespole Adwokackim nr 2 w Częstochowie.

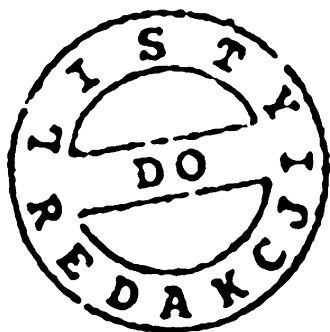
Powrót do rodzinnej Warszawy nastąpił w 1963 r., jednakże od 6 marca 1963 r. do 15 listopada 1967 r. była członkiem Zespołu Adwokackiego nr 1 w Pruszkowie. Dopiero 16 listopada 1967 r. stała się członkiem Zespołu Adwokackiego nr 29 w Warszawie.

W 1972 r. uczestniczyła w Antibes w Kongresie Międzynarodowej Federacji Kobiet Zawodów Prawniczych.

Przez ponad dwa lata miałem przyjemność towarzyszyć mecenas Małgorzacie Cholewickiej jako korporacyjny kolega w Zespole Adwokackim nr 29 w Warszawie, z którego odeszła na emeryturę 30 października 1984 r. Późniejsze spotkania wypełniały wspomnienia z licznych Jej podróży zagranicznych, niekiedy wspomnienia o wspólnych znajomych z palestry częstochowskiej, do grona której też uprzednio należałem. Przez długie lata promowała malarstwo wszechstronnie uzdolnionej artystki plastyczki pani Henryki Justyńskiej, profesora Akademii Sztuk Pięknych w Tbilisi, z którą łączyła Ją dożgonna przyjaźń. Dostrzeżony i zorganizowany przez ORA w Warszawie jubileusz 50-lecia wpisu na listę adwokatów w 1997 r. był doniosłym przeżyciem dla niezwykle skromnej Nestorki.

Odeszła 14 czerwca 2000 r. wkrótce po swoich imieninach, z okazji których przyjmowała życzenia prezentując wspaniałą pamięć, subtelny dowcip, wytworne słownictwo, co było stałą cechą Jej niezwykłej osobowości. Spoczęła wśród najbliższych na Powązkach.

Zygmunt Sobkiewicz



Obowiązek pamięci

W toku dyskusji przed Zjazdem Adwokatury w niektórych środowiskach adwokackich oprócz głosów merytorycznych, zatroskanych o los korporacji, proponujących nowe rozwiązania i nowe perspektywy, pojawiły się i takie, które wymagają odporu, niezastępujące na akceptację.

Oto słyszymy tu i ówdzie, że adwokatura zanadto żyje chwalebą przeszłością. Że w czasach populistycznej agresji skierowanej przeciwko niej z niektórych ośrodków politycznych, zajmujemy się obchodami 60-lecia Powstania Warszawskiego, fundujemy znaki je upamiętniające, poświęcone adwokatom żołnierzom powstańczym. Dla przypomnienia. Rzecz idzie o tablicę przy ulicy Marszałkowskiej w Warszawie, upamiętniającą pracę radiostacji powstańczej, w której uczestniczyli adwokaci krakowscy, o tablicę na domu siedziby NRA przy ulicy Świętojerskiej w Warszawie i obelisk na terenie Muzeum Powstania.

Tak, istotnie, adwokatura przez swój samorząd włączyła się do tego doniosłego, patriotycznego nurtu, który ogarnął polskie społeczeństwo, szczególnie ludność Warszawy, i który wreszcie, w zgodzie z władzami państwowymi i lokalnego samorządu Stolicy, postanowił ukazać Powstanie Warszawskie w pełnym wymiarze prawdy.

Stało się tak, że nawet spadkobiercy ówczesnych głównych państw-aktorów wielkiej sceny politycznej, przedstawiciele Niemiec, USA i Wielkiej Brytanii stanęli z mieszkańcami Warszawy i bohaterскими Powstańcami, by oddać Powstaniu bezwarunkowy hołd.

Czy po tylu dziesiątkach lat krytyki Powstania w PRL-u, zaprzeczania jego roli w kształtowaniu niepodległej świadomości kilku pokoleń Polaków w oporze przeciwko dyktaturze komunistycznej, nie jest to dobry moment, aby ufundować skromne znaki czci dla ofiary życia dla Ojczyzny, Powstańcom-Adwokatom?

Jeśli nie teraz, to kiedy? Jeśli nie Im, to komu? Kto jest bardziej godny upamięt-

nienia jak nie Ci, którzy w tragicznej godzinie dziejowej szli zbrojnie ku wolności w obronie suwerennych praw Rzeczypospolitej?

Ci, którzy te znaki pamięci umniejszają, ośmieszają, każą o nich zapomnieć, ślepo iść naprzód, czynią krzywdę nam wszystkim. Adwokaturze, która zawsze dzieliła losy polskiego społeczeństwa.

Ja osobiście te głosy odczuwam jako zniewagę wymierzoną tym członkom korporacji, których cechuje głęboki szacunek dla historii i tradycji ojczystej, którzy odczuwają więź z przeszłymi laty, z grobami setek tysięcy patriotów poległych i zamordowanych za Polskę. Nie mogę zrozumieć krytyków fundowania tablic. Czy jest to frustracja, że sprawy adwokackie w wolnej Polsce nie idą tak jak powinny, i za to są obrażeni na swój samorząd? Ale przecież czas dzisiejszy to tylko mgnienie historii. Adwokatura jest wieczna i zawsze od tysięcy lat potrzebna. Zmieniają się tylko formy jej działania. Nie popadajmy zatem w histerię i panikę, nie frustrujmy się sami, nie odcinajmy od wielkiej adwokackiej tradycji. Przecież to truizm, że tracąc pamięć historyczną zatracamy własną adwokacką tożsamość, a wtedy już tylko pozostaje droga do nikąd, do bylejakości istnienia i działania w „usługach adwokackich”.

Czy tego chcemy?

adw. Andrzej Bąkowski

Diem perdidi?

Współczesna Adwokatura przeżywa trudne chwile. Jak chyba nigdy dotąd zagrożona jest istota samorządności korporacyjnej. Najciekawsze jest to, że powodem naszych kłopotów jest nagonka medialna wywołana przez stosunkowo niewielką, acz krzykliwą i sprawną organizacyjnie grupę osób. Politycy, którzy promują idee antykorporacyjne w zawodach zaufania publicznego, jednocześnie głosują za uchwaleniem przepisów tworzących nowe zawody, do których dostęp wymaga uzyskania licencji zawodowych (pośrednicy w nieruchomościach, zarządcy nieruchomości). Zaś stowarzyszenie nazywające się „Ruch Fairplay” na swoich stronach internetowych bez pardonowo reklamuje usługi prawne świadczone *nomen omen* przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Takie to siły sprawiają, że nasz wolny zawód przekształcony został, na mocy przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej w działalność gospodarczą, a adwokaci uznani zostali za zwykłych przedsiębiorców. I nikt z twórców tej ustawy nie zadał sobie trudu nie tylko, by stosownie do treści przepisu art. 58 pkt 9 Prawa o adwokaturze projekt tej ustawy zaopiniowała Naczelna Rada Adwokacka, lub chociażby, by w ramach tzw. konsultacji międzyresortowych lub społecznych zapytać adwokatów, co sądzą o tym pomysle. To pokazuje jak słaba jest nasza pozycja społeczna i jak mało znaczymy.

W tych ciężkich dla naszej Korporacji czasach potrzebne są działania, które pozwolą nam obronić chociaż podstawowe zasady: samorządność, niezależność i niezawisłość Adwokatury. Potrzebne są działania medialne – przekonanie opinii publicznej, że w tej walce o prawa samorządnej Adwokatury rację mają adwokaci, a nie politycy i politykierzy. Trzeba przekonać opinię publiczną, iż adwokaci to nie przedsiębiorcy prowadzący dla „kasy” działalność gospodarczą, lecz osoby wykonujące zawód zaufania publicznego, odgrywający istotną rolę w procesie sprawowania wymiaru sprawiedliwości.

Dobro Adwokatury wymaga podjęcia działań o charakterze *stricte* marketingowym. Do takich zaliczyć w szczególności należy pomysł wprowadzenia Znaczką Adwokatury.

Zastanawiając się, co można zrobić dla dobra Adwokatury, przyszedł mi do głowy pomysł wprowadzenia jednolitej odznaki korporacyjnej. Wiem, że tego typu znaki z powodzeniem funkcjonują w wielu różnych organizacjach i grupach: zawodowych, społecznych, politycznych, etc. Są one z jednej strony symbolem przynależności do pewnej grupy, z drugiej strony spełniają pozytywną rolę w jednoczeniu członków grupy. Każdy, kto nosi znaczek, jednocześnie utożsamia się oraz jest utożsamiany z daną grupą.

Charakterystycznym wyróżnikiem członków korporacji prawniczych jest toga. Niestety toga, jako strój urzędowy, noszona może być jedynie w sądzie – na sali rozpraw. Tymczasem coraz częściej adwokaci występują zawodowo w miejscach, w których nie ma możliwości ani okazji posługiwać się togą. Sekretariaty sądów, różnego rodzaju urzędy i instytucje, sądy polubowne czy wreszcie gabinety, w których toczą się negocjacje, to miejsca naszej pracy zawodowej. Tyle tylko, że dziś w takich miejscach jesteśmy nierozpoznawalni, a przez to bezosobowi. Ileż to razy – wchodząc bez kolejki do sekretariatu sądu – zostaliśmy zrugani przez zniecierpliwionych petentów. Ileż to razy wzięto nas za radców prawnych.

Zastanawiając się nad tą kwestią przyszedł mi go głowy pomysł znaczką, noszonego w klapie marynarki (lub żakietu), znaczką wzorowanego na historycznej adwokackiej odznace „Prawo, Honor, Ojczyzna”, noszonej w zamierzchłych czasach przez tzw. „adwokatów przysięgłych”, zanim jeszcze wprowadzono togi.

Nie może być wątpliwości, że z chwilą wprowadzenia nowych plastikowych wzorów legitymacji adwokackich ta właśnie odznaka – nie wiedzieć czemu z czerwonym, a nie zielonym tłem – stała się znakiem rozpoznawczym Adwokatury, jej logo. Moje przekonanie utwierdziło wprowadzenie przez Naczelną Radę Adwokacką systemu identyfikacji wizualnej, opartego również na tym właśnie wzorze odznaki. Skoro Adwokatura ma swoje logo, to Znaczek Adwokatury siłą rzeczy musi nawiązywać do tego logo, musi być z nim spójny.

Wprowadzenie Znaczką Adwokatury ma służyć realizacji kilku zasadniczych celów:

1. ma jednoczyć adwokatów w ramach Izby – poprzez poczucie przynależności do grupy. Każdy adwokat, który nosi taki sam znaczek, siłą rzeczy utożsamiać się będzie z innymi członkami korporacji, którzy posiadają będą taki sam znaczek;

2. ma jednoczyć adwokatów różnych Izb – dzięki zachowaniu jednolitości wzoru Znaczka (najlepiej by wykonywała Znaczek ta sama pracownia grawerska) każdy adwokat w Polsce będzie posiadał taki sam znaczek, różniący się jedynie nazwą miejscowości, w której znajduje się Izba;

3. ma wyróżniać adwokatów – adwokat bez toga podczas czynności zawodowych przestanie być osobą anonimową lub przestanie być utożsamiany z radcą prawnym (a niestety często tak jest, gdy adwokat zajmuje się innymi sprawami niż karne lub rodzinne);

4. ma zdobić adwokatów – znaczek został zaprojektowany i wykonany jako swego rodzaju dzieło sztuki jubilerskiej. Ze względu na swoje stosunkowo niewielkie rozmiary – wysokość ok. 18 mm, znacząco się różni od medalu „Adwokatura Zasłużonym” (i nie tylko ze względu na rozmiary – o czym dalej). Jego noszenie będzie ozdobą dla adwokatów, pokazywać będzie, iż adwokat należy do korporacji, która wyróżnia się czymś więcej, niż pustymi frazesami;

5. ma pozwolić jednoznacznie rozróżnić adwokatów od aplikantów adwokackich oraz od adwokatów, członków władz adwokatury – pomysł jest taki, aby podstawową wersję znaczka (czyli złote liście i srebrny orzeł oraz wstęga z napisem) nosili wszyscy adwokaci. Nasi młodszy, acz równie cenni członkowie naszej Korporacji – aplikanci adwokaccy mieliby prawo noszenia znaczka tego samego kształtu, lecz np. całego srebrnego. Natomiast adwokaci – członkowie władz Adwokatury, którym zgodnie z § 61 Kodeksu Etyki Adwokackiej należy się szacunek (a oprócz tego należy im się uznanie za społeczną pracę) – mieliby prawo noszenia znaczków całych złotych, tzn. złoty byłby także orzeł, szarf i napisy;

6. ma pozwolić ustalić przynależność do Izby Adwokackiej – znaczek został zaprojektowany tak, aby na trzech szarfach umieścić **czytelne** słowa: „Izba”, „Adwokacka” oraz miasto w którym znajduje się Izba, czyli np. „w Warszawie”, „w Łodzi”, etc. Dzięki temu prostemu zabiegowi będzie można bez trudu rozpoznać, w jakiej Izbie dany adwokat prowadzi praktykę;

7. ma spełniać rolę marketingową – stanie się przyczynkiem do publikacji prasowych, przedstawiających w pozytywnym świetle dokonania adwokatury. Poza tym pozwoli pokazać, że nie tylko radcowie prawni potrafią wprowadzić do obiegu znaczki korporacyjne;

8. ma spełniać rolę pamiątkową – ustanowienie takiego Znaczka może stać się przyczynkiem do uroczystego wręczania go podczas uroczystości ślubowania i przyjmowania w poczet korporacji. Będzie on dzięki temu odgrywał rolę pamiątki dla adwokata – np. z okresu, gdy był aplikantem adwokackim lub z okresu gdy okazał się godny w oczach kolegów, by piastować funkcje we władzach korporacji;

9. i wreszcie najważniejsze – wprowadzenie znaczka jednoznacznie potwierdzi i przesądzi o jednolitym kształcie logo Adwokatury, nie tylko na szczeblu najwyższych władz, ale również na szczeblu władz okręgowych. Pozwoli stworzyć jednolity system wizualizacji korporacyjnej poszczególnych Izb Adwokackich.

Realizując próbne egzemplarze Znaczka Adwokatury zastanawiałem się nad wadami tego projektu. Dyskutując pomysł z niektórymi członkami Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej, członkami Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie, kolegami adwokatami z Izby Warszawskiej oraz kolegami adwokatami z innych Izb Adwokackich, spotkałem się z pozytywnym odbiorem tego pomysłu.

Zasadniczą zgłaszaną wątpliwością było to, czy wprowadzenie do obiegu Znaczka Adwokatury **nie obniży prestiżu medalu** „Adwokatura Zasłużonym”. W mojej ocenie nie ma takiego zagrożenia z wielu powodów:

1. wprowadzenie Znaczka Adwokatury poprzedzone winno być nie tylko uchwałą – regulaminem właściwej Okręgowej Rady Adwokackiej lub wręcz Naczelnej Rady Adwokackiej, ale szeroko zakrojoną informacją prasową, nie tylko „Palestrze”, ale w innych czasopismach o szerokim odbiorze społecznym. Dzięki temu stanie się jasne dla wszystkich, w tym przede wszystkim dla nagrodzonych medalem Adwokatura Zasłużonym, że Znaczek Adwokatury jest zupełnie czymś innym, ma zupełnie inne cele i zadania niż medal „Adwokatura Zasłużonym”, a tym samym te dwie odznaki adwokatury nie są konkurencyjne względem siebie. Co więcej, dzięki publikacjom prasowym rozpropagowane zostanie istnienie i rola medalu „Adwokatura Zasłużonym”;

2. Znaczek Adwokatury istotnie różni się od medalu „Adwokatura Zasłużonym” – choć obie te odznaki nawiązują graficznie do pierwowzoru, odznaki „Prawo, Honor, Ojczyzna” (na legitymacji) i przez to są podobne do siebie. Różnice to:

a. wielkość – Znaczek Adwokatury ma wysokości tylko ok. 18 mm, zaś medal Adwokatura Zasłużonym jest znacznie większy,

b. kształt – Znaczek Adwokatury jest owalny, zaś medal ma kształt w zasadzie okrągły,

c. liczba szarf – Znaczek Adwokatury ma trzy szarfy, zaś medal Adwokatura Zasłużonym ma tylko dwie szarfy,

d. napisy na szarfach – Znaczek Adwokatury ma napis „Izba Adwokacka w Warszawie” (miasto w zależności od siedziby), zaś medal ma napis „Adwokatura Zasłużonym”,

e. układ liści – medal Adwokatura Zasłużonym ma wyraźnie inny, znacznie bogatszy układ liści na wieńcach względem szarf, niż Znaczek Adwokatury. W medalu wieńce wystają z obu stron szarf,

f. cel wprowadzenia: medal Adwokatura Zasłużonym jest nagrodą, zaś Znaczek Adwokatury pełni rolę rozpoznawczą,

g. rozetka – medal Adwokatura Zasłużonym posiada własną rozetkę, która nijak się ma tak do medalu, jak i do Znaczka. Osoba nagrodzona medalem Adwokatura Zasłużonym może więc nosić na co dzień rozetkę medalu Adwokatura Zasłużo-

nym, przez co dodatkowo nie będzie problemu z rozróżnieniem nagrody od podstawowego Znaczka,

3. powyższe różnice są na tyle istotne, by w zgodzie z zasadami sztuki medalierskiej uznać, iż nie zachodzi między nimi konflikt interesów, a Znaczek Adwokatury w żaden sposób nie obniża prestiżu medalu Adwokatura Zasłużonym. Przeciwnie – tego typu różnice często występują w odznakach i medalach funkcjonujących w obiegu. I tak np. order *Virtuti Militari* I klasy tylko nieznacznie się różni od tego samego orderu II klasy. Posiadacz orderu I klasy nie obraża się, że nadawany jest podobny order niższej klasy. Podobnie rzecz się ma w przypadku medali innych korporacji i organizacji, np. Klubu Rotariańskiego: jest tu znaczek dla członków i medal dla członków zasłużonych różniący się w zasadzie wyłącznie większym rozmiarem. Takie przykłady można by mnożyć.

Skoro zaś noszenie znaczka byłoby przywilejem i prawem członków Palestry, a nie obowiązkiem, to pomysł ten wart jest uwzględnienia i wdrożenia w życie. Każdy, kto będzie chciał identyfikować się z Adwokaturą i będzie chciał być anonimowy w życiu zawodowym czy też społecznym, prywatnym po prostu nie przypnie Znaczka i będzie tak jak jest dziś, czyli nie będzie miał nic.

Będę wdzięczny za wszelkie opinie na ten temat, na adres e-mailowy: **biuro@debowski.pl** Szczególnie chętnie czekam na wszelkie opinie i uwagi krytyczne na ten temat, gdyż te pozwolą usunąć ewentualne wady projektu.

Cesarz Tytus mawiał *diem perdidit*, gdy nie uczynił dziennie co najmniej jednego dobrego uczynku. Parafrazując jego słowa – głęboko wierzę, że Adwokatura nie „straci dnia”.

Rafał Dębowski

TABLE OF CONTENTS

Stanisław Mikke , advocate, editor-in-chief of “Palestra” (Warsaw) For your and our future	9
Tomasz Pietrzykowski , dr. legal adviser, lecturer, University of Silesia (Katowice) and Bartosz Wojciechowski , dr. judge of the Regional Court in Radomsko, lecturer, University of Silesia (Katowice) Equality, truth and justice in a civil trial. Considerations about amendment to the Code of Civil Procedure	11
Małgorzata Polkowska , dr. (Warsaw) The notion of damage and civil liability of an air carrier in the Warsaw – Montral system	25
Antoni Bojańczyk , Dr., Cardinal Wyszyński University (Warsaw) On problems of constitutional admissibility of some private evidence in a criminal trial	44
Aleksander Stuglik , (Katowice) Protection of informatics products in the industrial property law	59
Marcin Butkiewicz , court’s trainee (Poznań) Lodging of petitions by electronic mail based on provisions of the Code of Admi- nistrative Procedure	70
Marta Rytlewska , advocate’s trainee, (Cracow) New principles of a debt collector’s liability for damages	76
IMPORTANT FOR PRACTICE	
Marzena Kruk , (Warsaw) The institution of mediation in criminal trials. Empirical research	85
Agnieszka Zalewska-Fowler , advocate (Warsaw) ADR – techniques for amicable settlement of disputes	96
WITHOUT THE ROBE	
Stanisław Mikke , advocate (Warsaw) Mediocracy (Media Rule)	103
TO KNOW, WHICH WAY THE WIND IS BLOWING	
Marian Filar , Prof. Dr, UMK (Nicolaus Copernicus University) (Toruń) Weather forecast	106
AFTER THE READING	
Andrzej Bąkowski , advocate (Warsaw) Norman Davies “Warsaw Uprising of 1944”	108
ARTISTIC TRIALS	
Marek Softysik , (Cracow) Beyond the frontier of creation	112
60TH ANNIVERSARY OF THE WARSAW UPRISING	
Advocates in the Warsaw Uprising – supplement of the list	117

To Advocates – Participants of the Warsaw Uprising Elaborated by Stanisław Mikke , advocate (Warsaw)	117
The Warsaw Uprising – insurrection and an act of the State Elaborated by Andrzej Krzysztof Kunert , Dr., President of the Archives of the Underground Polish State (Warsaw)	120
PAGES OF HISTORY	
Grzegorz Górski, prof. dr. KUL – the Catholic University of Lublin (Lublin) Bases of the political system of the People’s Republic of Poland	126
LEGAL JOURNALS	
Stanisław Milewski , (Warsaw) Lvov “subsoil” for advocates’ initiatives (1)	135
„DALESTRA” YEARS AGO	
The year of 1963, no. 3-4. On some issues of preservation of professional secret by a advocate – suspect in a criminal trial. Body of rulings of the Higher Di- sciplinary Commission. Body of rulings of the Supreme Court in cases concerning advocates	139
ONE HUNDRED YEARS AGO (24)	
Selection made by Karolina Stremaska , advocate (Warsaw)	147
THE BAR IN EUROPE	
Fatima Joanna Mohmand , dr. advocate, lecturer, University of Lodz (Lodz) Attorneys’ propaganda in selected Mediterranean countries	152
LAW IN THE EUROPEAN UNION	
Andrzej Tusiński , advocate’s trainee, Ph. D. student, The Warmia and Mazury Re- gion’s University (Olsztyn) Prohibited agreements between entrepreneurs from the point of view of the law on competition of the European Community	160
HUMAN RIGHTS	
Marek A. Nowicki , advocate, Ombudsman in Kosowo (Pristina) European Court of Human Rights – review of the body of rulings (April – June 2004)	172
Magdalena Kmak , (Warsaw) Protection of foreigners against their deportation on the base of art. 8 of the Euro- pean Convention on Protection of Human Rights and Basic Liberties	182
FROM THE LUXEMBOURG’S CAUSE LIST	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , advocate’s trainee, (Wroclaw) Judge’s dilemma – restraint or activity? What is the role of the European Commu- nities’ Tribunal of Justice	193

<i>SYMPOSIUMS, CONFERENCES</i>	
Elaborated by: Zbigniew Cichoń , advocate (Cracow)	199
<i>REVIEWS</i>	
J. Stelmach, B. Brozek: Legal methods Review: Sławomir Lewandowski , dr. Advocate, lecturer, University of Warsaw (Warsaw)	202
<i>NEW BOOKS</i>	
Elaborated by: Agnieszka Metelska , advocate (Warsaw)	205
Elaborated by: Zbigniew Cichoń , advocate (Cracow)	209
<i>REVIEW OF LEGAL JOURNALS</i>	
Elaborated by: Agnieszka Metelska , advocate (Warsaw)	211
<i>LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS</i>	
Is there any abuse in applying provisions referring to hear evidences from statements of parties? Elaborated by: Andrzej Marcinkowski , advocate (Warsaw)	215
<i>THE LATEST BODY OF RULINGS</i>	
Zbigniew Strus , Judge of the Supreme Court (Warsaw) Review of the Supreme Court's body of ruling – the Civil Law Division	217
Zbigniew Szonert , Dr, Judge (retired) of the Supreme Administrative Court (Warsaw) Review of the body of rulings of the Supreme Administrative Court	222
<i>GLOSSES</i>	
Gloss to the Supreme Court decision of 20 th March 2003, III CZP 1/03 Elaborated by Zbigniew Woźniak , Assistant Judge of the regional Court in Nowa Sol, Ph. D. student. University of Wrocław (Wrocław)	240
Gloss to the Supreme Court decision of 21 st October 2003, I KZP 31/03 Elaborated by Jacek Izydorczyk , dr., lecturer University of Lodz (Lodz)	250
Gloss to the Supreme Court decision of 21 st October 2003, I KZP 29/03 Elaborated by Jarosław Zagrodnik , Dr., University of Silesia (Katowice)	262
<i>CONGRATULATIONS & WISHES</i>	
	272
<i>THE BAR CHRONICLE</i>	
From the works of the National Bar Association Presidium	273
Resolution no. 63 of 12 th October 2004 of the Polish Bar Association	275
Meeting in the Consumer and Competition Protection Office (UOKiK)	279
Important explanation	282
<i>ACTIVITIES OF REGIONAL BAR ASSOCIATIONS</i>	
THE BAR OF BIALYSTOK	
Reporting and Electoral Assembly. Solemn oath. A kayak journey through forests of Lithuania	

Elaborated by Jerzy Korsak , advocate, the Secretary of the Regional Bar Association in Białystok	284
THE BAR OF CRACOW	
Election in the Bar of Cracow	
Elaborated by Adam Walkowski , manager of the Regional Bar Association's Office in Cracow	289
VARIA	
8 th Polish Tennis Championship for advocates	291
COLUMNS OF MEMORY	
Roman Łyczywek , dr. advocate – On the 10 th Anniversary of her death	
Elaborated by: <i>Włodzimierz Łyczywek</i> , advocate (Szczecin)	293
Weronika Ksawera Kwasiborska , advocate (1907–2003)	
Elaborated by: <i>Veronica Afewu</i> , advocate (Warsaw)	295
Kazimierz Górecki , advocate (1896–1978)	
Elaborated by: <i>Jerzy Wieckowski</i> , advocate (Warsaw)	298
Małgorzata Anna Cholewicka , advocate (1915–2000)	
Elaborated by: <i>Zygmunt Sobkiewicz</i> , advocate (Warsaw)	303
LETTERS TO THE EDITOR	
Andrzej Bąkowski , advocate (Warsaw)	
Duty of remembrance	306
Rafał Dębowski , advocate (Warsaw)	
<i>Diem perdidit?</i> On the issue of the Bar's badge	307
Table of contents	312
Table of matieres	315
Inhaltsverzeichnis	319

TABLE DES MATIERES

Stanisław Mikke , avocat, rédacteur en chef de „Palestra” (Varsovie)	
Pour votre avenir et pour le nôtre	9
Tomasz Pietrzykowski , docteur conseiller juridique, adjoint, Université de Silésie (Katowice) et Bartosz Wojciechowski , docteur juge du Tribunal Régional de Radomsko, adjoint, Université de Silésie (Katowice)	
Égalité, vérité et justice dans le proces civil. Réflexions sur la modification du code de la procédure civile	11
Małgorzata Polkowska , docteur (Varsovie)	
Notion du dommage et de la responsabilité civile du transporteur aérien au système Varsovie-Montréal	25

Antoni Bojańczyk , docteur, adjoint, Université Cardinal Wyszyński (Varsovie) Sur les problèmes de l'admissibilité constitutionnelle de certaines preuves privées au cours de la procédure pénale	44
Aleksander Stuglik , (Katowice) Protection des produits informatiques dans le droit de propriété industrielle . . .	59
Marcin Butkiewicz , juge stagiaire (Poznań) Demandes déposées par la poste électronique suivant les dispositions du code de la procédure administrative	70
Maria Rytłewska , avocat stagiaire (Cracovie) Nouveaux principes de la responsabilité en dédommagement de l'huissier de ju- stice	76
 IMPORTANT POUR LA PRATIQUE	
Marzena Kruk , (Varsovie) Institution de la médiation dans les affaires pénales. Recherches empiriques . . .	85
Agnieszka Zalewska-Fowler , avocat (Varsovie) ADR – techniques des arrangements à l'amiable des litiges	96
 SANS TOGE	
Stanisław Mikke , avocat (Varsovie) Médias-cratie	103
 QU'EST QU'IL Y A DE NOUVEAU DANS LE DROIT?	
Marian Filar , professeur habilité, Université Nicolas Copernic (Toruń) Pronostic du temps	106
 APRES LA LECTURE	
Andrzej Bąkowski , avocat (Varsovie) Norman Davies: „Insurrection 44”	108
 LES PROCES ARTISTIQUES	
Marek Sołtysik , (Cracovie) Derrière la frontière de la création	112
 60E ANNIVERSAIRE DE L'INSURRECTION DE VARSOVIE	
Avocats dans l'Insurrection de Varsovie – annexe a la liste	117
Consacré aux avocats – Insurgés de Varsovie par Stanisław Mikke , avocat (Varsovie)	117
Insurrection de Varsovie – une insurrection et un acte de l'état par Andrzej Krzysztof Kunert , docteur, Président des Archives de la Pologne Clan- destine (Varsovie)	120
 DE L'HISTOIRE	
Grzegorz Górski , professeur docteur habilité, Université Catholique de Lublin (Lublin) Principes de régime de la République Populaire de Pologne	126

HEBDOMADAIRES JURIDIQUES	
Stanisław Milewski , (Varsovie) Sources de Lwów pour l'initiative de l'avocat (1)	135
„DALESTRA" IL Y A DES ANNÉES	
L'an 1963, numéro 3-4. Certains problèmes de garder le secret professionnel par l'avocat en tant que suspect dans un procès pénal. Jurisprudence de la Haute Commission Disciplinaire. Jurisprudence de la Cour Suprême dans les affaires d'avocats	139
IL Y A CENT ANS (24)	
Choisi par: Karolina Stremaska , avocate (Varsovie)	147
LE BARREAU EN EUROPE	
Fatima Joanna Mohmand , docteur avocat, adjoint, Université de Łódź (Łódź) Publicité d'avocats dans des pays choisis de l'Europe centrale	152
LE DROIT EN UNION EUROPÉENNE	
Andrzej Tusiński , avocat stagiaire, aux études de doctorat, Université de Warmia et Mazurie (Olsztyn) Ententes défendues entre les entrepreneurs suivant le droit de concurrence en UE	160
LES DROITS DE L'HOMME	
Marek A. Nowicki , avocat, Ombudsman à Kosovo (Prisztina) Tribunal Européen des Droits de l'Homme – revue de la jurisprudence (avril - juin 2004)	172
Magdalena Kmak , (Varsovie) Protection des étrangers contre l'expulsion conformément à l'art. 8 de la Convention Européenne de la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales	182
DEVANT LES TRIBUNAUX DU LUXEMBOURG	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , avocat stagiaire (Wrocław) Dilemme de juge – tempérance ou activité? Quel rôle pour le Tribunal de Justice des Communautés Européennes?	193
SYMPOSIUMS, CONFÉRENCES	
Conférence de la Fédération Européenne des Ordres des Avocats a Lyon par Zbigniew Cichoń , avocat (Cracovie)	199
CRITIQUES	
J. Stelmach, B. Brożek : Méthodes juridiques Commentaire de Sławomir Lewandowski , docteur avocat, adjoint, Université de Varsovie (Varsovie)	202

<i>LIVRES RECENTS</i>		
par Agnieszka Metelska , avocate (Varsovie)	205	
par Zbigniew Cichoń , avocat (Cracovie)	209	
<i>REVUE DES HEBDOMADAIRES JURIDIQUES</i>		
par Agnieszka Metelska , avocate Varsovie)	211	
<i>QUESTIONS ET REPONSES JURIDIQUES</i>		
Est- ce que les dispositions en matiere de l'administration de la preuve de l'interrogatoire des parties ne sont pas abusées?		
par Andrzej Marcinkowski , avocat (Varsovie)	215	
<i>LA PLUS RÉCENTE JURISPRUDENCE</i>		
Zbigniew Strus , juge de la Cour Suprême (Varsovie)		
Revue de la jurisprudence de la Cour Suprême – Chambre Civile	217	
Zbigniew Szonert , docteur, ancien juge de la Cour d'Administration (Varsovie)		
Revue de la jurisprudence de la Cour Suprême d'Administration	222	
<i>GLOSES</i>		
Glose au jugement de la Cour Suprême du 20 mars 2003 III CZP 1/03		
par Zbigniew Woźniak , assesseur des tribunaux SR (Nowa Sól), aux études de doctorat, Université de Wrocław	240	
Glose au jugement de la Cour Supreme du 21 octobre 2003 I KZP 31/03		
par Jacek Izydorczyk , docteur, adjoint, Université de Łódź (Łódź)	250	
Glose au jugement de la Cour Supreme du 21 octobre 2003 I KZP 29/03		
par Jarosław Zagrodnik , docteur, Université de Silésie (Katowice)	262	
<i>FÉLICITATIONS ET VOEUX</i>		272
<i>CHRONIQUE DU BARREAU</i>		
Des travaux du Praesidium du Conseil Supreme d'Avocats		273
Décision Numéro 63 du Praesidium du Conseil Supreme d'Avocats du 12 octobre 2004		275
Rencontre a UOKiK		279
Explication importante		282
<i>DE LA VIE DE L'ORDRE DES AVOCATS</i>		
<i>ORDRE DE BIALYSTOK</i>		
Réunion consacrée au Compte Rendu et aux Eléctions. Serment solennel. Expédition en caique a travers la foret lithuanienne		
par Jerzy Korsak , avocat, secrétaire du Conseil Régional d'Avocats (Białystok)	284	
<i>ORDRE DE CRACOVIE</i>		
Eléctions a l'Ordre de Cracovie		
par Adam Walkowski , chef du Bureau du Conseil Régional d'Avocats (Cracovie)	289	

VARIA	
VIII Championnat de Pologne de Tennis pour les Juristes par Ryszard Kurnik , directeur de la Cour d'Appel (Katowice)	291
COLONNES DE COMMÉMORATION	
Avocat docteur Roman Łyczywek . Au 10e anniversaire de sa mort. par Włodzimierz Łyczywek , avocat (Szczecin)	293
Avocat Weronika Ksawera Kwasiborska (1907-2003) par Veronica Afewu , avocat (Varsovie)	295
Avocat Kazimierz Górecki (1896-1978) par Jerzy Więckowski , avocat (Varsovie)	298
Avocat Małgorzata Anna Cholewicka (1915-2000) par Zygmunt Sobkiewicz , avocat (Varsovie)	303
LETTRES A LA RÉDACTION	
Andrzej Bąkowski , avocat (Varsovie) Devoir de conserver le souvenir	306
Rafał Dębowski Diem perdidni? A propos de l'emblemme du Barreau	307
Table of contents	312
Table of matieres	315
Inhaltsverzeichnis	319

INHALTSVERZEICHNIS

Stanisław Mikke , Rechtsanwalt, Chefredakteur von „Palestra“ (Warszawa) Für Ihre und unsere Zukunft	9
Tomasz Pietrzykowski , Dr., Rechtsberater, promovierter Hochschullehrer, Schlesi- sche Universität (Katowice) und Bartosz Wojciechowski , Dr., Richter des Amts- gerichtes in Radomsko, promovierter Hochschullehrer, Schlesische Universität (Katowice) Gleichheit, Wahrheit und Gerechtigkeit im zivilrechtlichen Prozeß. Überlegungen auf dem Hintergrund der Novelle der ZVO	11
Małgorzata Polkowska , Dr., (Warszawa) Begriff des Schadens und der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Luftbeför- derers im Warschau- und Montrealsystem	25
Antoni Bojańczyk , Dr., promovierter Hochschullehrer, Kardinal-Wyszyński-Univer- sität (Warszawa) Aus der Problematik der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von einigen Privat- beweise im Strafverfahren	44

Aleksander Stuglik (Katowice)	
Schutz für Informationsprodukte im Recht über Industrieigentum	59
Marcin Butkiewicz , Gerichtsreferendar (Poznań)	
Einreichung der Anträge per elektronische Post anhand der Vorschriften Der Ver- waltungsverfahrensordnung	70
Marta Rytlewska , Rechtsanwaltsreferendar (Kraków)	
Neue Prinzipien der Verantwortlichkeit der Zwangsvollstrecker für Schäden . . .	76
 WICHTIG FÜR PRAXIS	
Marzena Kruk , (Warszawa)	
Institution der Schlichtung in Strafsachen. Empirische Untersuchungen	85
Agnieszka Zalewska-Fowler , Rechtsanwalt (Warszawa)	
ADR – Techniken der gütlichen Beilegung der Streiten	96
 OHNE ROBE	
Stanisław Mikke , Rechtsanwalt (Warszawa)	
Mediokratie	103
 WAS GIBT ES NEUES IM RECHT	
Marian Filar , Prof. Dr. hab., Nicolaus-Copernicus-Universität (Toruń)	
Wettersvorhersage	106
 NACH LEKTÜRE	
Andrzej Bąkowski , Rechtsanwalt (Warszawa)	
Norman Davies „Aufstand 44“	108
 KÜNSTLERISCHE PROZESSE	
Marek Softysik , (Kraków)	
Hinter der Grenze der Kreation	112
 60. JAHRESTAG DES WARSCHAUER AUFSTANDES	
Rechtsanwälte im Warschauer Aufstand – Ergänzung des Verzeichnisses	117
Für Rechtsanwälte – Aufständische von Warschau	
Erarbeitet durch Stanisław Mikke , Rechtsanwalt (Warszawa)	117
Warschauer Aufstand – Insurrektion und Staatsakte	
Erarbeitet durch Andrzej Krzysztof Kunert , Dr., Präsident des Archivs des pol- nischen Untergrundes (Warszawa)	120
 BLÄTTER DER GESCHICHTE	
Grzegorz Górski , Prof. Dr. hab., Katholische Universität von Lublin (Lublin)	
Rechtsgrundlagen der Volksrepublik Polen	126
 JURISTISCHES ZEITSCHRIFTENWESEN	
Stanisław Milewski , (Warszawa)	
Lemberger Untergrund für Initiative einer Rechtsanwalts	135

„PALÄSTRA“ VOR JAHREN	
Jahr 1963, Nr. 3–4. Über einige Probleme der Wahrung des Berufsgeheimnisses durch einen Rechtsanwalt, der ein Verdächtiger in einem Strafprozeß ist. Rechtsprechung der Höheren Disziplinarkommission. Rechtsprechung des Obersten Gerichtes in Rechtsanwaltsachen.	139
VOR HUNDERT JAHREN (24)	
Auswahl getroffen durch Karolina Stremaska , Rechtsanwalt, (Warszawa)	147
RECHTSANWALTSCHAFT IN EUROPA	
Fatima Joanna Mohmand , Dr., Rechtsanwalt, promovierter Hochschullehrer, Lodzer Universität (Łódź)	
Werbung der Rechtsanwälte in den ausgewählten Mittelmeerländern	152
RECHT IN DER EUROPÄISCHEN UNION	
Andrzej Tusiński , Rechtsanwaltsreferendar, Doktorand, Warmia- und Mazuryuniversität (Olsztyn)	
Verbotene Vereinbarungen der Unternehmer aufgrund des Wettbewerbs- Rechts von EG	160
MENSCHENSRECHTE	
Marek A. Nowicki , Rechtsanwalt, Sprecher für Menschenrechte in Kosovo (Pristina)	
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte – Durchsicht der Rechtsprechung (April – Juni 2004)	172
Magdalena Kmak , (Warszawa)	
Schutz der Ausländer gegen Ausweisung anhand von Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte	182
AUS DER TERMINLISTE VON LUXEMBURG	
Tomasz Tadeusz Koncewicz , Rechtsanwaltsreferendar (Wrocław)	
Dilemma der Richter – Zurückhaltung oder Aktivität? Welche Rolle spielt der Europäische Gerichtshof?	193
SYMPOSIEN, KONFERENZEN	
Konferenz der Europäischen Föderation der Rechtsanwaltskammer in Lyon	
Erarbeitet durch Zbigniew Cichoń , Rechtsanwalt (Kraków)	199
REZENSIONEN	
J. Stelmach, B. Brożek: Juristische Methoden	
Rezension: Slawomir Lewandowski , Dr., Rechtsanwalt, promovierter Hochschullehrer, Warschauer Universität (Warszawa)	202
NEUE BÜCHER	
Erarbeitet durch Agnieszka Metelska , Rechtsanwalt (Warszawa)	205
Erarbeitet durch Zbigniew Cichoń , Rechtsanwalt (Kraków)	209

<i>DURCHSICHT DER JURISTISCHEN ZEITSCHRIFTEN</i>	
Erarbeitet durch Agnieszka Metelska , Rechtsanwältin (Warszawa)	211
<i>JURISTISCHE FRAGEN UND ANTWORTEN</i>	
Werden die Vorschriften über Erbringung des Beweises durch Verhör der Parteien mißbraucht ?	
Erarbeitet durch Andrzej Marcinkowski , Rechtsanwalt (Poznań)	215
<i>NEUESTE RECHTSSPRECHUNG</i>	
Zbigniew Strus , Richter des Obersten Gerichtes (Warszawa)	
Durchsicht der Rechtsprechung des Obersten Gerichtes – Zivilkammer	217
Zbigniew Szonert , Dr., Richter des Obersten Verwaltungsgerichtes im Ruhestand (Warszawa)	
Durchsicht der Rechtsprechung des Obersten Verwaltungsgerichtes	222
<i>GLOSSEN</i>	
Glosse zum Beschluss des Obersten Gerichtes vom 20. März 2003, III CZP 1/03	
Erarbeitet durch Zbigniew Woźniak , Assessor des Amtsgerichtes (Nowa Sól), Doktorand, Breslauer Universität (Wrocław)	240
Glosse zum Beschluss des Obersten Gerichtes vom 21. Oktober 2003, I KZP 31/03	
Erarbeitet durch Jacek Izydorczyk , Doktor, promovierter Hochschullehrer, Lodzener Universität (Łódź)	250
Glosse zum Beschluss des Obersten Gerichtes vom 21. Oktober 2003, I KZP 29/03	
Erarbeitet durch Jarosław Zagrodnik , Dr., Schlesische Universität (Katowice) . .	262
<i>GRATULATIONEN UND GLÜCKWÜNSCHE</i>	
	272
<i>CHRONIK DER RECHTSANWALTSCHAFT</i>	
Aus Arbeiten des Präsidiums des Obersten Rechtsanwaltsrates	273
Beschluss Nr. 63 des Präsidiums des Obersten Rechtsanwaltsrates vom 12. Oktober 2004	275
Treffen im Kartellamt	279
Wichtige Erläuterungen	282
<i>AUS DEM LEBEN DER RECHTSANWALTSKAMMER</i>	
RECHTSANWALTSKAMMER VON BIAŁYSTOK	
Berichts- und Wahlversammlung. Feierliche Eidesleistung. Paddelbootfahrt durch litauische Urwald	
Erarbeitet durch Jerzy Korsak , Rechtsanwalt, Sekretär des Bezirksrechtsanwaltsrates (Białystok)	284
RECHTSANWALTSKAMMER VON KRAKÓW	
Wahlen in Krakauer Kammer	
Erarbeitet durch Adam Walkowski , Leiter des Büros des Bezirksrechtsanwaltsrates (Kraków)	289

VARIA

VIII. Meisterschaften von Polen der Rechtsanwälte im Erdtennis
 Erarbeitet durch **Ryszard Kurnik**, Direktor des Appellationsgerichtes (Katowice) 291

GEDÄCHTNISBLÄTTER

Rechtsanwalt Dr. **Roman Łyczywek**. Zum 10. Todesjahrestag
 Erarbeitet durch **Włodzimierz Łyczywek**, Rechtsanwalt, (Szczecin) 293

Rechtsanwalt **Weronika Ksawera Kwasiborska** (1907–2003)
 Erarbeitet durch **Veronica Afewu**, Rechtsanwalt (Warszawa) 295

Rechtsanwalt **Kazimierz Górecki** (1896–1978)
 Erarbeitet durch **Jerzy Więckowski**, Rechtsanwalt (Warszawa) 298

Rechtsanwalt **Małgorzata Anna Cholewicka** (1915–2000)
 Erarbeitet durch **Zygmunt Sobkiewicz**, Rechtsanwalt (Warszawa) 303

BRIEFE AN DIE REDAKTION

Andrzej Bąkowski, Rechtsanwalt (Warszawa)
 Erinnerungspflicht 306

Rafał Dębowski, Rechtsanwalt (Warszawa)
Diem perdidi? In Sachen des Abzeichens der Rechtsanwaltschaft 307

Table of contents 312

Table of matieres 315

Inhaltsverzeichnis 319

W dniu 26 października 2004 r. w wieku 104 lat
zmarł nestor Polskiej Adwokatury

śp.
Józef Ignacy Bielski
adwokat

współtwórca i w latach 1957–1989 redaktor miesięcznika
„Palestra”, pozostający w serdecznym kontakcie z Redakcją
do ostatnich lat.

Przedwojenny sędzia m.in. Sądu Okręgowego w Warszawie,
od 1952 r. adwokat. Był dyrektorem i redaktorem naczelnym
„Wydawnictw Prawniczych”.

Brał udział jako ochotnik w wojnie 1918–1921.
Żołnierz ZWZ i AK, w której był dowódcą plutonu
(pseudonim „Wilk”).

Walczył w Powstaniu Warszawskim.

Odznaczony m.in. Krzyżami Kawalerskim,
Oficerskim i Komandorskim Orderu Odrodzenia Polski,
Krzyżem za udział w wojnie 1918–1921,
Warszawskim Krzyżem Powstańczym
i Krzyżem Armii Krajowej oraz odznaką „Adwokatura Zasłużonym”.
Odszedł bliski nam Człowiek,
który będąc wśród nas był ważnym ogniwem więzi pokoleniowej.

Pozostanie na zawsze w naszych sercach

*Wspomnienie o Panu Mecenasiu Józefie Ignacym Bielskim zostanie
opublikowane w następnym numerze „Palestry”.*

W tym numerze między innymi:

TOMASZ PIETRZYKOWSKI i BARTOSZ WOJCIECHOWSKI
Równość, prawda i sprawiedliwość w procesie cywilnym.
Rozważania na tle nowelizacji k.p.c.

ALEKSANDER STUGLIK
Ochrona produktów informatycznych
w prawie własności przemysłowej

MARCIN BUTKIEWICZ
Wnoszenie podań pocztą elektroniczną
na podstawie przepisów k.p.a.

ANTONI BOJAŃCZYK
Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności
niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym

MARZENA KRUK
Instytucja mediacji w sprawach karnych.
Badania empiryczne

MARTA RYTLEWSKA
Nowe zasady odpowiedzialności odszkodowawczej komornika

FATIMA JOANNA MOHMAND
Reklama adwokacka w wybranych
krajach środkowoeuropejskich

ANDRZEJ KRZYSZTOF KUNERT
Powstanie Warszawskie – Insurekcja i akt państwowy

a także:

- najnowsze orzecznictwo SN i NSA
- glosy • recenzje • i inne stałe pozycje

NIEZALEŻNA
I SAMORZĄDNA
ADWOKATURA
NIEZBĘDNA
SPOŁECZEŃSTWU
I PAŃSTWU