



maj–czerwiec

5–6/2003

# 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 XLVIII   nr 545–546

Naczelna Rada Adwokacka

Wydaje  
Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor Naczelny:  
Stanisław Mikke

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

Redaktor techniczny: Hanna Orłowska

Projekt okładki: Wiktor Jędrzejec

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

---

Opracowanie graficzne, fotokład i druk:  
Agencja Wydawnicza MakPrint  
Warszawa, ul. Dyliżansowa 1  
tel./fax: 814 39 25

Arkuszy wydawniczych: 24,3  
Papier: III Offset, 80 gr.

# Spis treści

|                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Mariusz Jabłoński</b> , dr, Uniwersytet Wrocławski (Wrocław)                                                                               |     |
| Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia . . . . .                                                                                       | 9   |
| <b>Dorota Zienkiewicz</b> , dr, adiunkt, Uniwersytet Śląski (Katowice)                                                                        |     |
| O nowym Prawie upadłościowym . . . . .                                                                                                        | 20  |
| <b>Arkadiusz Buchenfeld</b> , radca prawny, doktorant, KUL (Lublin)                                                                           |     |
| „Prokura łączna nieprawidłowa”. Wybrane zagadnienia . . . . .                                                                                 | 31  |
| <b>Monika Michalska</b> , asystent, UŁ (Łódź)                                                                                                 |     |
| Legitymacja do wniesienia kasacji w postępowaniu cywilnym . . . . .                                                                           | 39  |
| <b>Wojciech Sobala</b> , specjalista ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych,<br>O/R PKO BP w Poznaniu (Poznań)                           |     |
| Informatyczne dowody rzeczowe w postępowaniach karnych . . . . .                                                                              | 49  |
| <b>Jacek Masiota</b> , adw., dr, Akademia Ekonomiczna (Poznań)                                                                                |     |
| Uwagi na temat wybranych aspektów funkcjonowania Krajowego Rejestru<br>Sądowego . . . . .                                                     | 55  |
| <b>Mirosław Gdesz</b> , (Warszawa)                                                                                                            |     |
| Rewindykacja nieruchomości wywłaszczonych w trybie dekretu wywłaszcze-<br>niowego z dnia 7 kwietnia 1948 r. . . . .                           | 63  |
| <b>Sławomir Steinborn</b> , asystent, Uniwersytet Gdański (Gdańsk)                                                                            |     |
| Konwalidacja wadliwej rozprawy oraz częściowe uchylenie wyroku w świetle<br>bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 k.p.k. . . . . | 73  |
| <b>Wojciech Łuniewski</b> , apl. prok., doktorant, UW (Warszawa)                                                                              |     |
| O kryminalizacji przejawów pedofilii . . . . .                                                                                                | 91  |
| <b>Józef Gurgul</b> , dr, prok. w stanie spoczynku (Białystok)                                                                                |     |
| Psychiatryczno-psychologiczne aspekty spraw z wersją obrony koniecznej . .                                                                    | 103 |

## WAŻNE DLA PRAKTYKI

- Roman Nowosielski**, adwokat (Gdańsk) i **Bogusław Kosmus**, adwokat (Gdańsk)  
Kasacyjna ruletka ..... 113

## POLEMIKI

- Piotr Hofmański**, prof. dr hab., sędzia SN (Warszawa)  
Ciszej nad trumną nieważności ..... 119
- Stanisław Zabłocki**, sędzia SN (Warszawa)  
A jednak pożegnanie z nieważnością ..... 126

## BEZ TOGI

- Stanisław Mikke**, adwokat (Warszawa)  
Pół wieku temu w Emslandzie ..... 129

## CO PISZCZY W PRAWIE

- Marian Filar**, prof. dr hab., UMK (Toruń)  
Piski wiosenne ..... 133

## PO LEKTURZE

- Andrzej Bąkowski**, adwokat (Warszawa)  
Józef Światło na falach RWE ..... 135

## PROCESY ARTYSTYCZNE

- Marek Sołtysik**, (Kraków)  
Dziury w powietrzu ..... 139

## PRAWO – KULTURA – NAUKA NA ŚWIECIE

- Tadeusz Biliński**, (Warszawa)  
Triady – chińska mafia. Patrioci i kryminaliści – cz. I ..... 143

## SYLWETKI WYBITNYCH ADWOKATÓW

- Krzysztof Pol**, (Warszawa)  
Wojciech Trąmpczyński (1860–1953). W 50. rocznicę śmierci ..... 149

## CZASOPIŚMIENICTWO PRAWNICZE

- Stanisław Milewski**, (Warszawa)  
„Themis Polska” – „Piórem ojczystym nietknięte pole” (3) ..... 155

## „PALESTRA” PRZED LATY

- Rok 1962 (nr 1–2). Miejsce i rola adwokatury w wymiarze sprawiedliwości. Rzymska Konwencja o ochronie artystów-wykonawców. „Kwestia kobieca” w naszej adwokaturze. Prasa o adwokaturze ..... 158

**STO LAT TEMU [16]**

Wyboru dokonała: **Karolina Stremśka**, apl. adw. (Warszawa) ..... 166

**PRAWO ZA GRANICĄ**

- Arkadiusz Wudarski**, doktorant, stypendysta niemieckiej Fundacji Konrada Adenauera (Hamburg)  
Odpowiedzialność za szkody prenatalne na tle orzecznictwa sądów niemieckich i austriackich ..... 171
- Agnieszka Machnicka**, doktorantka, UW (Warszawa)  
Prawo Indian do ziemi. Natura i charakter *Aboriginal title* w prawie kanadyjskim – cz. I ..... 181

**PRAWA CZŁOWIEKA**

- Michał Płachta**, prof. dr hab., Uniwersytet Gdański (Gdańsk)  
Prawa człowieka w kontekście przeszkód ekstradycyjnych ..... 193
- Marek A. Nowicki**, adwokat, Rzecznik Praw Obywatelskich w Kosowie (Kosowo)  
Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (styczeń–marzec 2003) ..... 205

**PRZED WEJŚCIEM DO UNII**

- Statut Rady Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej (CCBE) przyg. i tłum.: **Ewa Stawicka**, adwokat (Warszawa) ..... 211
- Wojciech Hermeliński**, adwokat, wiceprezes NRA (Warszawa)  
Europejski nakaz aresztowania – aksamitna rewolucja ..... 221
- Wojciech Hermeliński**, adwokat, wiceprezes NRA (Warszawa)  
CCBE – nieodległe pełne członkostwo ..... 224

**Z WOKANDY LUKSEMBURGA**

- Tomasz Tadeusz Koncewicz**, apl. adw. (Wrocław)  
Czy zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego obejmuje decyzje administracyjne? ..... 226

**PRZED SĄDAMI WSPÓLNOTOWYMI**

- Anna Zawidzka**, dr UW (Warszawa), **Maciej Taborowski**, (Warszawa)  
Sądownictwo wspólnotowe po Nicei ..... 230

**SYMPOZJA, KONFERENCJE**

98. Sesja Plenarna CCBE (Rady Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej, Bergen, 23–24 maja 2003 r.  
oprac. **Ewa Stawicka**, adwokat (Warszawa) ..... 235

**SPRAWOZDANIA**

- Aktualne problemy Prawa medycznego (V Ogólnopolskie Forum Prawniczo-Medyczne)

|                                                                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| oprac. <b>Adam Górski</b> , asystent, Uniwersytet w Białymstoku (Białystok)                                                                                              |     |
| i <b>Elżbieta Zatyka</b> , doktorant, Uniwersytet w Białymstoku (Białystok) . . . . .                                                                                    | 238 |
| Nowe tendencje w niemieckim i europejskim Prawie spółek – seminarium prof. M. Luttra                                                                                     |     |
| oprac. <b>Agnieszka Zakrzewska</b> , studentka, UW (Warszawa) . . . . .                                                                                                  | 240 |
| Sprawozdanie ze spotkania z ks. prof. Henrykiem Stawniakiem pt. „Trwałość i nierozzerwalność małżeństwa, a oczekiwania i postawy osób występujących w sprawach o rozwód” |     |
| oprac. <b>Agnieszka Zakrzewska</b> , studentka, UW (Warszawa) . . . . .                                                                                                  | 243 |

## RECENZJE

|                                                                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Praca zbiorowa: Wypadki drogowe. Vademecum biegłego sądowego                                                                                 |     |
| recenzja: <b>Wojciech Kotowski</b> , redaktor naczelny miesięcznika „Paragraf na Drodze”, sekretarz redakcji „Prokuratura i Prawo” . . . . . | 246 |

## NOWE KSIĄŻKI

|                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------|-----|
| oprac. <b>Agnieszka Metelska</b> , adwokat (Warszawa) . . . . . | 249 |
|-----------------------------------------------------------------|-----|

## PYTANIA I ODPOWIEDZI PRAWNE

|                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Czy roszczenie z tytułu podziału majątku wspólnego byłych małżonków może być dochodzone tylko w postępowaniu nieprocesowym? |     |
| oprac. <b>Andrzej Marcinkowski</b> , adwokat (Poznań) . . . . .                                                             | 253 |

## NAJNOWSZE ORZECZNICTWO

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Zbigniew Strus</b> , sędzia SN (Warszawa)                      |     |
| Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna . . . . .   | 255 |
| <b>Zbigniew Szonert</b> , dr, sędzia NSA (Warszawa)               |     |
| Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego . . . . . | 260 |

## GLOSY

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 18 października 2001 r. I KZP 22/2002           |     |
| oprac. <b>Kazimierz Postulski</b> , sędzia SO (Lublin) . . . . .                    | 266 |
| Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 24 lipca 2001 r. I KZP 15/01                    |     |
| oprac. <b>Katarzyna Sychta</b> , doktorant, Uniwersytet Śląski (Katowice) . . . . . | 270 |

## KRONIKA ADWOKATURY

|                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Posiedzenie NRA . . . . .                                                                                      | 280 |
| Z prac Prezydium NRA . . . . .                                                                                 | 284 |
| Konferencja prasowa w Naczelnej Radzie Adwokackiej 3 kwietnia 2003 r. na temat „Droga do adwokatury” . . . . . | 291 |
| Z działalności Rzecznika Prasowego NRA . . . . .                                                               | 300 |
| Z życia izb adwokackich . . . . .                                                                              | 302 |

## MEMORI CUSTODIRE

Ośrodek Ain-Karem

oprac. **Stanisław Mikke**, adwokat (Warszawa) ..... 304

## SZPALTY PAMIĘCI

Adw. **Aleksander Łopatek** (1938–2003)

oprac. *Andrzej Tomaszewski*, adwokat (Warszawa) ..... 306

Adw. **Henryk Pielński** (1917–2003)

oprac. *Stanisław Śniechórski*, adwokat (Warszawa) ..... 308

**LISTY DO REDAKCJI** ..... 310

**KOMUNIKATY** ..... 312

Table of contents ..... 314

Table des matières ..... 318

Inhaltsverzeichnis ..... 322



## REFERENDUM OGÓLNOKRAJOWE Wybrane zagadnienia

### 1. Uwagi wstępne

W czasach istnienia starożytnych państw-miast oraz republik, uważano że każdemu obywatelowi przysługuje prawo do osobistego udziału w podejmowaniu różnego rodzaju decyzji publicznych. Charakter ówczesnej organizacji ustrojowej sprzyjał przyjęciu rozwiązania, zgodnie z którym wszyscy uprawnieni do głosowania obywatele zbierali się w jednym czasie i miejscu, w celu przedyskutowania a następnie podjęcia rozstrzygnięcia w najważniejszych sprawach dotyczących całej wspólnoty. Zgromadzenia ludowe zwane eklezją (Grecja), komicjami (Rzym)<sup>1</sup> można traktować jako pierwsze, względnie zinstytucjonalizowane, formy bezpośredniego udziału członków określonej społeczności w sprawowaniu władzy publicznej<sup>2</sup>. W następnych wiekach sięganie do instytucji zgromadzeń ludowych stało się coraz bardziej incydentalne, choć w dalszym ciągu występowało w różnych społecznościach, szczególnie tych, które nie były zbyt liczne.

Podkreślić jednak trzeba, że faktycznych wzorców dla współczesnej konstrukcji referendum dostarczyła: szwajcarska praktyka zgromadzeń mieszkańców gmin, która w kolejnych etapach przekształceń przybrała ostatecznie postać głosowania, w ramach którego wszyscy uprawnieni obywatele wyrażając swą wolę rozstrzygali określoną sprawę; oraz na płaszczyźnie doktrynalnej poglądy J. J. Rousseau, który uzasadniał potrzebę i możliwości realizacji atrybutów władzy bezpośrednio przez zbiorowego suwerena<sup>3</sup>. Wykorzystanie instytucji referendum na płaszczyźnie ogól-

---

<sup>1</sup> Na ich temat zob. E. Klein, *Powszechna historia państwa i prawa*, Wrocław 1996, cz. I, s. 11–14.

<sup>2</sup> Por. szerzej: E. Zieliński, *Referendum w świecie współczesnym*, Wrocław 1968, s. 5 i n.; E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo do udziału w referendum lokalnym, rozważania na tle ustawodawstwa polskiego*, Łódź 2002, s. 9–10; E. Cronin, *Direkt Democracy. The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*, London 1989; F. Hamon, *Le référendum. Étude comparative*, L.G.D.J., Paris 1995, s. 5 i n.; A. Bisztyga, *Geneza i charakter prawny instytucji referendum*, *Humanistyczne Zeszyty Naukowe* Nr 8, 1993, s. 24 i n.

<sup>3</sup> W swoim dziele, pt. *Umowa społeczna* (1762), podkreślał że „Lud poddany prawom powinien być ich twórcą” i jako podstawowy element umowy społecznej przyjmował konieczność podejmowania każdej decyzji publicznej w drodze głosowania powszechnego, J. J. Rousseau, *Umowa społeczna*, tł. A. Peretiatkowicz, Łódź 1948.

nokrajowej miało miejsce już w XVIII wieku (np. Francja – gdzie już w 1793 roku sięgnięto do procedury głosowania powszechnego, które przeprowadzane było na terytorium całego kraju w celu wyrażenia woli przez obywateli w przedmiocie przyjęcia konstytucji)<sup>4</sup>, szczególnie zaś w Szwajcarii, w której od XIX wieku wielokrotnie odwoływano się do tej procedury.

## 2. Współczesna konstrukcja referendum

Z formalnego punktu widzenia konstrukcja referendum polega na zorganizowaniu głosowania powszechnego, które przeprowadzane w określonym czasie (w ciągu jednego, maksymalnie dwóch dni), na terytorium państwa lub jego części, umożliwia wszystkim obywatelom posiadającym czynne prawo wyborcze wyrażenie swej woli w przedmiocie rozstrzygnięcia konkretnej sprawy. Z punktu widzenia bezpośredniego sprawowania władzy przez suwerena (Naród, Lud) najistotniejszą rolę odgrywa referendum ogólnokrajowe przeprowadzane na terytorium całego kraju<sup>5</sup>. W praktyce o wiele częściej wykorzystuje się jednak instytucję głosowania referendalnego na płaszczyźnie lokalnej, w ramach którego mieszkańcy poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego<sup>6</sup> lub składowych części państwa (np. stanów, regionów, landów)<sup>7</sup> bezpośrednio uczestniczą w rozstrzyganiu określonej kwestii.

Dla wyodrębnienia osób uprawnionych do udziału w referendum ustawodawstwa konstytucyjne wprowadzają pewne przesłanki, które co do zasady pozwalają na ustalenie komu przysługuje czynne prawo wyborcze<sup>8</sup>. Do utrwalonych współcześnie należą: posiadanie obywatelstwa państwa, na terytorium którego przeprowadza się referendum oraz osiągnięcie pełnoletności<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> O późniejszej praktyce zob. E. Zieliński, *op. cit.* s. 14 i n.; A. Esmein, *Zasady prawa konstytucyjnego*, Warszawa 1904, s. 317.

<sup>5</sup> W praktyce ustrojowej tylko kilku państw spotykamy się z pominięciem referendum na szczeblu ogólnokrajowym. Zaliczamy do nich np.: Stany Zjednoczone Ameryki, zob. P. H. Odegard, R. T. Carr, M. H. Bernstein, D. H. Morrison, *American Government, Theory, Politics, And Constitutional Foundation*, New York, 1961, s. 169; Izrael, Holandię; zob. szerzej: V. Bogdanov, *And The People – Guide To Constitutional Reform*, London 1997, s. 131 i n.

<sup>6</sup> W Polsce referendum lokalne można przeprowadzić w gminie, powiecie oraz województwie. Zasady i procedura regulowana jest w Ustawie z 15 września 2000 r. o referendum lokalnym, Dz.U. Nr 88, poz. 985 ze zm. Szerzej na ten temat: E. Olejniczak-Szłowska, *ibidem*.

<sup>7</sup> Zob. szerzej: M. Jabłoński, *Referendum i inne instytucje demokracji bezpośredniej*, Przegląd Prawa i Administracji nr LI, s. 68–70.

<sup>8</sup> Obok wymienionych do spotykanych współcześnie zaliczyć należy zasadę domicylu, czyli zamieszkiwania przez określony czas na terytorium państwa lub jego części. W stopniu najbardziej widocznym spełnienie tego wymogu widać w zakresie prawa do uczestnictwa w wyborach lokalnych.

<sup>9</sup> Zob. B. Banaszak, *Prawo wyborcze obywateli*, Warszawa 1996, s. 14–15.

Oprócz zagwarantowania powszechnego charakteru głosowania, właściwe dla istoty referendum jest uznanie, że głosujący biorą w nim udział na zasadzie równości, oznaczającej, że żaden z nich (lub żadna grupa społeczna) nie dysponuje większym zakresem władztwa niż pozostali, tajności stanowiącej gwarancję nieskrępowanego wyrażenia woli oraz bezpośredniości oznaczającej sytuację, w której uprawniony samodzielnie wyraża swoją wolę poprzez oddanie głosu<sup>10</sup>. Zasady te w pełni znajdują zastosowanie w polskim porządku konstytucyjno-prawnym<sup>11</sup>.

## 2.1. PRZEDMIOT GŁOSOWANIA REFERENDALNEGO

Przedmiotem głosowania referendalnego, obok kwestii typowo prawnych (dotyczących wejścia w życie lub obowiązywania konkretnego aktu), jest możliwość wyrażania woli w każdej sprawie, o ile uznana zostanie za istotną lub szczególnie ważną dla państwa lub jego obywateli<sup>12</sup>.

W Polsce przedmiotem referendum może być: każda sprawa o szczególnym znaczeniu dla państwa (art. 125 ust. 1 Konstytucji); przyjęcie ustawy o zmianie Konstytucji, o ile jej postanowienia ingerują w treść jej rozdziału I, II, i XII (art. 235 ust. 6) oraz wyrażenie zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej, w drodze której następuje przekazanie międzynarodowej organizacji lub organowi kompetencji organów władzy państwowej, w niektórych sprawach (art. 90 ust. 1 Konstytucji). Dwie ostatnie sprawy mają charakter skonkretyzowany, dotyczą bowiem uchwalonej już przez Sejm i Senat ustawy oraz umowy międzynarodowej zawartej przez Radę Ministrów, na ratyfikację której obywatele mają wyrazić zgodę. Wątpliwości budzi natomiast pojęcie „sprawy o szczególnym znaczeniu”. W zasadzie przedmiotem tego referendum mogą stać się sprawy jedynie o charakterze ogólnym, „kierunkowym”<sup>13</sup>, które nie zastępują działań właściwych organów państwo-

<sup>10</sup> Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1997, s. 153. Nie oznacza to jednak, że wyłączona jest możliwość oddania swojego głosu za pośrednictwem np. poczty. Taka praktyka ma miejsce w Austrii, a nawet na Białorusi. W Polsce nie znajduje jednak zastosowania i głosować można tylko osobiście w lokalu wyborczym.

<sup>11</sup> Zob. Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. Nr 78, poz. 483, Ustawa o referendum ogólnokrajowym, Dz.U. z 2003 r. Nr 57, poz. 507 ze zm.

<sup>12</sup> E. Zieliński, *Referendum w państwie...* s. 16–22; tenże: *Referendum w państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, (w:) *Referendum konstytucyjne w Polsce*, pod red. M.T. Staszewskiego, Warszawa 1997, s. 205–213; L. Wildhaber, B. Schmid, M. Sassoli, Suisse, (w:) *Rèfèrendums*, (red.) F. Delperée, Bruxelles, 1985, s. 363–364; M. Boissou, *Pour une réhabilitation de l'institutions référendaire*, (w:) *Mélanges offerts à Georges Burdeau (le pouvoir)*, Paris 1977, s. 33; G. Bortoli, *Sociologie du référendum dans la France moderne*, Paris 1965, s. 7–8; M. Gallagher, *The referendum in Europe*, (w:) *Le référendum européen. Actes du colloque international de Strasbourg 21–22 février 1997*, pod red. A. Auera, J. F. Flaussleda Bruxelles 1997, s. 71 i 72.

<sup>13</sup> Zob. szerzej: M. Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym*, Wrocław 2001, s. 69–74.

wych, konkretyzować mają późniejszą treść rozwiązań, podejmowanych przez odpowiednie organy. Dlatego też przedmiotem tego głosowania nie może być jakakolwiek kwestia już wcześniej uregulowana – wyjątkiem jest przedmiot głosowania określony w art. 90 i 235 Konstytucji – bowiem byłoby to równoznaczne z przyznaniem mu skutków w postaci zastąpienia, negacji, bądź zatwierdzenia działań właściwych organów państwowych.

## 2.2. PRAWO DO REFERENDUM

Pod pojęciem prawa do referendum rozumie się całokształt norm prawnych przyznających konstytucyjnie określonym podmiotom kompetencję do podjęcia działań, których bezpośrednim skutkiem jest zarządzenie referendum.

Większość systemów prawnych charakteryzuje pominięcie obywatelskiego prawa do referendum. Obywatelom przyznaje się wyłącznie prawo do udziału w referendum<sup>14</sup>. Konstrukcja taka zdaje się uprzywilejowywać większość parlamentarną, której woli najczęściej uzależnia się poddanie określonej sprawy pod głosowanie w referendum. Zdaniem niektórych przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego sytuacja taka przeczy możliwości traktowania tej instytucji demokracji bezpośredniej jako równorzędnej dla przedstawicielskiej formy sprawowania władzy<sup>15</sup>. Niewątpliwie fakt pozbawienia obywateli prawa do zarządzenia referendum modyfikuje charakter tej instytucji. W sytuacji, gdy uprawnienie takie przysługuje wyłącznie parlamentowi bądź wspólnie z nim działającemu innemu organowi państwowemu bardziej uzasadniona staje się teza, według której mamy do czynienia z instytucją demokracji półbezpośredniej. Bezpośrednie jest w takiej procedurze tylko uczestnictwo i fakt oddania głosu. Wybór sprawy (przedmiotu głosowania), momentu jego przeprowadzenia uzależniony zostaje bowiem wyłącznie od woli uprawnionych organów<sup>16</sup>. Wtedy też uczestnictwo ogółu uprawnionych w procedurze podejmowania określonego rozstrzygnięcia sprowadzać się może do poparcia okre-

<sup>14</sup> Częstym zagadnieniem poruszonym w zakresie tego referendum jest próba odpowiedzi na pytanie dla kogo jest ono fakultatywne – czy dla obywateli, czy dla organów politycznych (pour le citoyens, mais pour organes politiques?) i co powinno decydować: demokratyczność czy „polityczność” instytucji referendum. Przeważa pogląd, że referendum jest instytucją częściej wykorzystywaną w celach politycznych, a walor demokratyczności ma służyć jako „zasłona dymna” dla osiągnięcia określonych celów partykularnych, zob. S. Belaid, *Essai...*, s. 31–32; zob. też. L. B. Rodrigues, *O referendo Português a nível nacional*, Coimbra Editora 1994, s. 37–38; obywatelskie prawo do referendum ma miejsce w niewielu ustawodawstwach konstytucyjnych państw europejskich, należą do nich: Słowenia – art. 90 Konstytucji – wniosek 40 tys. wyborców; Słowacja art. 95 Konstytucji – wniosek 350 tys. wyborców; Litwa – art. 90 Konstytucji – wniosek 300 tys. wyborców; Włochy – art. 75 Konstytucji – 500 tys. wyborców lub pięć rad regionalnych; Szwajcaria – art. 141 Konstytucji – 50 tys. wyborców lub 8 kantonów.

<sup>15</sup> Zob. T. Fuks, *Referendum – bezpośrednia forma uczestnictwa obywateli w kierowaniu sprawami publicznymi*, (w:) *Prawo człowieka do uczestniczenia w kierowaniu sprawami publicznymi*, (Standardy międzynarodowe i ich realizacja w Polsce), Wrocław–Warszawa–Kraków, 1995, s. 10–11.

<sup>16</sup> M. Sobolewski, *Zasady demokracji burżuazyjnej i ich zastosowanie*, Warszawa 1969, s. 47.

ślonej polityki aktualnej większości parlamentarnej lub konkretnego organu państwowego.

W RP obywatele nie posiadają prawa do zarządzania referendum. Mogą wystąpić jedynie z wnioskiem w sprawie zarządzania referendum w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa. Musi on być podpisany przez co najmniej 500 tys. obywateli posiadających czynne prawo wyborcze. Jest on rozpatrywany przez Sejm, który zawsze może go odrzucić (art. 63 w zw. z art. 61 ustawy o referendum). Dotychczasowa praktyka wskazuje, że żaden z obywatelskich wniosków nie został zaakceptowany przez większość sejmową<sup>17</sup>.

Prawem do zarządzania referendum w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa dysponuje Sejm oraz Prezydent działający za zgodą Senatu (art. 125 ust. 1–2 Konstytucji). Prawo wyboru referendum jako procedury wyrażania zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej w drodze której następuje przekazanie międzynarodowej organizacji lub organowi kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach przysługuje wyłącznie Sejmowi (art. 90 ust. 1 i 3 Konstytucji), natomiast wiążący wniosek w sprawie poddania ustawy o zmianie konstytucji (o ile zmiany dotyczą jej rozdziału I, II i XII) pod głosowanie w referendum może być zgłoszony przez grupę co najmniej 1/5 posłów, Senat lub Prezydenta (art. 235 ust. 6 w zw. z ust. 1).

W Polsce, na płaszczyźnie ogólnokrajowej nie jest obecnie znana instytucja referendum ogólnokrajowego, które musi być przeprowadzone, aby określone akty lub decyzje doszły do skutku. Wszystkie wymienione wyżej referenda mają charakter fakultatywny, a więc mogą być jedynie zarządzane wtedy, gdy wolę taką wyrażą uprawnione organy lub podmioty.

### 2.3. CHARAKTER I SKUTKI GŁOSOWANIA REFERENDALNEGO

Udział w referendum polega na oddaniu głosu przez uprawnionego na odpowiednio przygotowanej karcie do głosowania zawierającej m.in. określenie pytań lub wariantów rozwiązań poddanych rozstrzygnięciu. Głosujący nie ma możliwości samodzielnego wprowadzania zmian w treści zaproponowanych mu rozwiązań, choć dopisanie przez niego własnych pytań nie jest zawsze traktowane jako oddanie głosu nieważnego. W praktyce głosowanie jest mechanizmem polegającym na udzieleniu odpowiedzi „tak” lub „nie” na postawione pytania lub wyborze pomiędzy przedstawionymi wariantami rozwiązań<sup>18</sup>. Procedura ta, w szczególności wtedy, gdy przedmiotem głosowania jest wyrażenie woli w sprawie przyjęcia lub dalszego obowiązy-

<sup>17</sup> Zob. wykaz inicjatyw referendalnych w latach 1990–2000: M. Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe...*, s. 137–142.

<sup>18</sup> L. Garlicki, *Komentarz do art. 125 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, komentarz*, red. L. Garlicki, t. II, Warszawa 2001, s. 3; E. Zieliński, *Referendum w państwie demokratycznym*, (w:) *Referendum w świecie współczesnym*, pod red. D. Waniek i M. T. Staszewskiego, Warszawa 1995, 35.

wania konkretnego aktu prawnego w zasadzie nie pozwala na prowadzenie negocjacji, w trakcie których mogłoby dojść do wyeliminowania tylko tych zapisów, które budzą kontrowersje przy jednoczesnym pozostawieniu pozostałych<sup>19</sup>.

Z przyjętej procedury głosowania referendalnego wynika specyfika skutków uczestnictwa w nim przez uprawnionych. Przede wszystkim głosujący przez oddanie swojego głosu wyrażają wolę, a suma tych głosów składa się na wyrażenie woli całego suwerena (Ludu, Narodu)<sup>20</sup>. Pamiętając, że jest to procedura głosowania powszechnego należy zdawać sobie sprawę, że osiągnięcie jednomyślności jest w zasadzie niemożliwe. W wielu przypadkach liczba zwolenników opowiadających się za konkretnym rozwiązaniem nieznacznie przewyższa liczbę przeciwników<sup>21</sup>. Niezbędne stało się więc przyjęcie zasady, w myśl której utożsamia się wolę większości głosujących za konkretnym rozwiązaniem z domniemaniem powstania powszechnej legitymizacji podjętej decyzji, choćby różnica między zwolennikami i przeciwnikami konkretnego rozstrzygnięcia była znikoma<sup>22</sup>. Powstanie tego domniemania uzależnia się zazwyczaj od spełnienia wymogu wzięcia w głosowaniu udziału pewnej minimalnej, procentowo określonej grupy osób (wymóg wiążącego charakteru głosowania). Nie jest to zasada bezwzględna, możliwe są bowiem głosowania, których wynik będzie miał charakter wiążący nawet wtedy, gdy w każdym z nich weźmie udział niewielka część uprawnionych obywateli. Jednak w większości systemów prawnych przyznanie wynikom głosowania wiążącego charakteru następuje wtedy, gdy wymóg ten zostanie spełniony<sup>23</sup>.

W Polsce wymóg wiążącego wyniku referendum uzależniony jest od wzięcia udziału w głosowaniu co najmniej połowy uprawnionych, przy czym dotyczy to

<sup>19</sup> Prowadzi to niekiedy do wysuwania poglądów o tzw. tyranii większości, zob. szerzej: G. Sartori, *Teoria demokracji*, Warszawa 1998, s. 151.

<sup>20</sup> Zob. szerzej A. Esmein, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1921, s. 233.

<sup>21</sup> Najlepszych przykładów dostarczały głosowania przeprowadzane przez państwa przystępujące do EWG a następnie do Unii Europejskiej: zob. np. J. Rideau, *Les référendums nationaux dans le contexte de l'intégration européenne*, (w:) A. Auer, J. F. Flaussled, *Le référendum européen, Actes du colloque international de Strasbourg, 21–22 février 1997*, Bruxelles 1997, s. 97–98.

<sup>22</sup> W. Kręcis, W. Taras, *Z orzecnictwa NSA – glosa do postanowienia NSA z 19 marca 1997 r. (II SA/Ld 428/97)*, Samorząd Terytorialny 1998, nr 5, s. 72.

<sup>23</sup> E. Zieliński dokonując analizy porównawczej szeregu państw, przedstawia następujące zasady właściwe dla istoty wyniku referendum: 1. „Czysta postać” – sposób większości oddanych głosów – bierze się pod uwagę tylko liczbę oddanych głosów i jeśli stanowi ona więcej niż połowę oddanych głosów, wówczas można uważać, że przedmiot referendum zyskał aprobatę wyborców; 2. „Postać warunkowa” – wymaga obok spełnienia wymogu oddania większości głosów, spełnienia jeszcze innego warunku (...); 3. „Postać zespolona” – łącząca dwa elementy: głosy indywidualnych obywateli uczestniczących w referendum i głosy członków federacji – związana z realizacją zasad ustroju państwowego. „Sposób większości uczestniczących w głosowaniu charakteryzuje się tym, że w określaniu ważności wyników referendum bierze się pod uwagę liczbę osób uczestniczących w głosowaniu. Jeśli ta liczba stanowi więcej niż połowę uczestników, to można uznać, że przedmiot referendum został przez wyborców zaaprobowany”, E. Zieliński, *Referendum w państwie...*, s. 28–31.

referendum w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa, oraz w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację umowy, o której mowa w art. 90 Konstytucji. Nie dotyczy jednak głosowania w sprawie przyjęcia ustawy o zmianie konstytucji (art. 235 ust. 6).

Obok wymogu wiążącego charakteru głosowania konieczne jest również określenie kiedy dochodzi do podjęcia rozstrzygnięcia. Może się bowiem zdarzyć taka sytuacja, w której mimo wzięcia w głosowaniu wymaganej liczby osób nie dochodzi do jego podjęcia. Decydujące znaczenie ma w tym zakresie ustalenie konkretnych wymogów, jakie muszą być spełnione aby uznać, że wyniki przeprowadzonego głosowania mają charakter rozstrzygający.

Zgodnie z obowiązującą regulacją ustawową rozstrzygnięcie w referendum w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa następuje, jeżeli:

- 1) w odpowiedzi na postawione pytanie oddano większość ważnych głosów pozytywnych albo negatywnych;
- 2) na jeden z zaproponowanych wariantów rozwiązań w sprawie poddanej pod referendum oddano najwięcej ważnych głosów (art. 66 ust. 2 ustawy o referendum).

Generalnie wola obywateli wyrażona w trakcie głosowania identyfikowana może być z:

- wyrażeniem (lub odmową wyrażenia) zgody na wejście konkretnego aktu prawnego w życie,
- uchYLENIEM (lub odmową uchYLENIA) obowiązkiwania określonej regulacji,
- zobowiązaniem określonych organów do uchwalenia (bądź nakazem powstrzymania się od działalności w tym zakresie) nowej regulacji prawnej, której postanowienia będą zgodne z kierunkiem zapadłych rozstrzygnięć,
- zobowiązaniem (bądź nakazem powstrzymania się od działalności w tym zakresie) właściwych organów do przyjęcia rozwiązań mających na celu uchylene obowiązujących norm prawnych,
- bezpośrednim podjęciem lub zobowiązaniem podjęcia przez właściwe organy, określonych decyzji w sprawie będącej przedmiotem głosowania.

Mając na względzie obowiązującą w Polsce regulację konstytucyjną i ustawową, z wyrażeniem zgody na wejście w życie konkretnego aktu prawnego mamy do czynienia w zakresie głosowania, którego przedmiotem jest ustawa o zmianie konstytucji. Wynik referendum przeprowadzanego w przedmiocie określonym w art. 90 Konstytucji sprowadza się natomiast do bezpośredniego wyrażenia przez obywateli zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej, która wywołuje takie same skutki prawne jak ustawa uchwalana przez Sejm i Senat. Natomiast w zakresie referendum, którego przedmiotem jest sprawa o szczególnym znaczeniu dla państwa ewentualne rozstrzygnięcie, które zapada w wyniku głosowania – w myśl postanowień art. 67 ustawy o referendum – zobowiązuje właściwe organy do podjęcia czynności w celu realizacji wiążącego wyniku referendum bądź przez wydanie aktów normatywnych, bądź przez podjęcie innych decyzji – najpóźniej w terminie 60

dni od dnia ogłoszenia uchwały Sądu Najwyższego o ważności referendum w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. W momencie rozstrzygania nie jest więc znana nawet w części treść przyszłych rozwiązań prawnych. Ich ostateczny kształt będzie wynikiem przeprowadzenia odpowiednich procesów ustawodawczych lub innych prowadzących do podjęcie decyzji. Co do zasady muszą one być zgodne z kierunkiem rozstrzygnięć zapadłych w trakcie głosowania.

### 3. Wady i zalety referendum

W wieku XIX, a w szczególności XX instytucja referendum znalazła praktyczne zastosowanie w większości państw, niewiele też obecnie ustawodawstw konstytucyjnych pomija w swej treści możliwość jej wykorzystania. Odwołanie się do instytucji referendum, gdy dominujące znaczenie zdobyła przedstawicielska forma sprawowania władzy, sprzyjało diametralnie różnym próbom uzasadniania jego znaczenia. Według zwolenników procedura ta stwarza suwerenowi możliwość osobistego udziału w sprawowaniu władzy, wpływu na funkcjonowanie państwa, a także ograniczenia całościowości parlamentu, w szczególności, w zakresie realizacji partykularnych interesów określonych ugrupowań politycznych<sup>24</sup>. W założeniu więc służyć ma jako swoistego rodzaju „antidotum” dla działań większości parlamentarnej, która nie zawsze podejmuje decyzję w imię dobra ogółu<sup>25</sup>.

Odmienne zaś argumentowali przeciwnicy omawianej instytucji, którzy uważali że odwoływanie się do referendum prowadzi do powstawania niespójności w prawie, a tym samym osłabia szacunek dla rządów przedstawicielskich<sup>26</sup>. W ich mniemaniu instytucję tę można identyfikować wyłącznie z czasochłonnym i bardzo kosztownym wotum nieufności odnoszącym się do działań podejmowanych przez demokratycznie wybranych przedstawicieli. Podkreślali też brak społecznego roze-

<sup>24</sup> Zob. T. Curti, *Geschichte der Schweizerischen Volksgesetzgebung*, 1885, s. 136, 143, 147; za A. Esmein, *Zasady prawa konstytucyjnego*, Warszawa 1904; Fleiner F., *Le référendum et l'initiative populaire en Suisse*, „Annuaire de l'Institut International du Droit Public”, Paris, 1930, s. 313–314, przyp. 2; G. Garner, *Le référendum et l'initiative populaire*, „Annuaire de l'Institut International du Droit Public” Paris 1930, E. Cronin, *Direkt Democracy. The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*, London 1989; R. Carré de Malberg, *Considérations théoriques sur la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, t. XLVIII, 1931, J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris 1947.

<sup>25</sup> Zob. R. Carré de Malberg, *Considérations théoriques...*, s. 228–229, 233.

<sup>26</sup> Ch. L. Montesquieu, *O duchu praw*, tłumaczenie T. Boy-Żeleński, uzupełnił M. Szczaniecki, Warszawa 1957, t. I; L. Duguit, *L'État; le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, A. Esmein, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1921; Beard, *American Government and Politics*, New York, 1955; H. Roussillon, *Les dangers du référendum*, (w:) *Référendum et démocratie sous la direction du doyen Roussillon, Secondes assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel (1er et 2 avril 1996 à Toulouse)*, Toulouse 1998.

znania w przedmiocie głosowania, zauważając że każde głosowanie może przerozdzić się w swoisty sondaż popularności a nie merytoryczne rozstrzygnięcie istotnej kwestii państwowej<sup>27</sup>.

W dotychczasowej historii polska praktyka wykorzystania referendum nie skłania do pozytywnej jego oceny. Pominięta przez regulacje konstytucyjne dwudziestolecie międzywojennego nie znalazła w tamtym okresie zastosowania, choć podkreślić należy, że inicjowano próby jej wprowadzenia do porządku konstytucyjno-prawnego. Projekt konstytucji zgłoszony w 1919 r. przez M. Niedziałkowskiego zakładał wprowadzenie instytucji powszechnego weta ustawodawczego i uchwałodawczego, którego zainicjowanie mogło doprowadzić do zanegowania obowiązowania ustawy (art. 51–52)<sup>28</sup>. Rozwiązanie to nie zostało przyjęte podobnie jak pozostałe składane w latach późniejszych.

Mimo braku odpowiednich podstaw konstytucyjnych w 1946 r. przeprowadzone zostało na terytorium Polski głosowanie ludowe, którego przedmiotem było wyrażenie woli przez obywateli polskich w trzech sprawach: zniesienia senatu, utrwalenia zasad ustroju gospodarczego zaprowadzonego przez reformę rolną i wynikających z nacjonalizacji oraz utrwalenia zachodnich granic państwa polskiego.

Sięgnięcie do instytucji referendum bezpośrednio po zakończeniu II wojny światowej było uzasadnione różnymi przyczynami. Według inicjatorów chodziło o uzyskanie podstaw legitymizujących działania nowo tworzącej się władzy państwowej oraz podkreślenie udziału społeczeństwa w sprawowaniu władzy<sup>29</sup>. W praktyce cel był zgoła inny. Sprowadzał się do wykorzystania głosowania powszechnego dla realizacji politycznych zamierzeń PPS i PPR, którymi było przesunięcie terminu wyborów powszechnych oraz doprowadzenie do wewnętrznego rozbitcia PSL<sup>30</sup>. Ich realizacja nie była do końca pewna, dlatego też posunięto się do działań wypaczających wyniki referendum<sup>31</sup>. Mimo spełnienia swojej instrumentalnej roli referen-

<sup>27</sup> Na temat zalet i wad instytucji referendum zob. M. Jabłoński, *Referendum de lege lata i de lege ferenda*, Przegląd Prawa i Administracji, 1997 nr XXXIX, s. 76 i n.

<sup>28</sup> Według poglądów M. Niedziałkowskiego referendum stać się powinno „przeszkodą przeciw dyktaturze jednej izby” i „najbardziej skuteczną szkołą wychowania publicznego dla szerokich mas polskich”, zob. M. Niedziałkowski, *O demokracji i parlamentaryzmie*, wstęp, wybór i opracowanie M. Śliwa, Warszawa 1996, s. 97.

<sup>29</sup> Zob. W. F. Krotok, *Referendum w systemie socjalistycznej demokracji*, Moskwa 1964, s. 115–120.

<sup>30</sup> Opóźnianie przeprowadzenia wyborów wynikało z silnego poparcia, jakim w społeczeństwie cieszyło się ugrupowanie PSL, co było postrzegane jako niebezpieczeństwo dla utrzymania właściwej „hegemonii” kształtowanej przez ugrupowania komunistyczne zob. A. Paczkowski, *Referendum z 30 czerwca 1946 r. Próba wstępnego bilansu*, (w:) *Referendum w Polsce współczesnej*, pod red. D. Waniek i M.T. Staszewskiego, Warszawa 1995, s. 67–70; zob. też: M. Kallas, *Historia ustroju Polski X–XX w.*, Warszawa 1996, s. 398; W. Roszkowski, *Historia Polski 1914–1997*, Warszawa 1998, s. 163.

<sup>31</sup> Wyniki tego referendum zostały sfałszowane – zob. szerzej: K. Kersten, *Narodziny systemu władzy. Polska 1943–1948*, Poznań 1989, s. 249; zob. też: A. Paczkowski, jw., s. 74–76.

dum nie zostało ujęte w treści późniejszych regulacji konstytucyjnych. Stan taki istniał do połowy lat 80. XX wieku.

Typowo polityczne znaczenie miało odwołanie się do tej instytucji na podstawie uchwalonej w 1987 r. ustawy o konsultacjach społecznych i referendum, w sprawie rozstrzygnięcia zagadnień związanych z potrzebą reformowania gospodarki i demokratyzowania życia społecznego<sup>32</sup>. Dotyczyło to też przeprowadzonego w 1996 r. głosowania nad prywatyzacją majątku publicznego<sup>33</sup>, które traktowane było bardziej jako element walki politycznej między parlamentem a prezydentem. Nie miało jednak charakteru wiążącego, a więc nie doprowadziło do jakichkolwiek rozstrzygnięć<sup>34</sup>.

Referendum, którego wyniki zadecydowały o wejściu konkretnego aktu w życie było przeprowadzone w 1997 r. głosowanie nad przyjęciem Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. Podkreślić jednak należy, że zgodnie z postanowieniami Ustawy konstytucyjnej o trybie przygotowania i uchwalania Konstytucji RP z 1992 r. miało charakter obligatoryjny, a jego wyniki były wiążące bez względu na to ilu uprawnionych wzięło w nim udział. Dlatego też uzyskana frekwencja – tylko 42,86% uprawnionych, z których 52,70% udzieliło odpowiedzi pozytywnej – z prawnego punktu widzenia nie miała żadnego znaczenia.

O tym, że instytucja referendum jest bardzo ważna przekonało ostatecznie referendum z 7–8 czerwca 2003 r.<sup>35</sup>. Jego przedmiotem było wyrażenie zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej, w drodze której RP przekazuje organizacji międzynarodowej prawo do wykonywania kompetencji w niektórych sprawach. Znaczenie i powaga kwestii poddanej pod głosowanie spowodowało, że wzięło w nim

<sup>32</sup> Uchwała Sejmu podjęta została 23 października i zawierała następujące pytania:

„1. Czy jesteś za pełną realizacją przedstawionego Sejmowi programu radykalnego uzdrowienia gospodarki, zmierzającego do wyraźnej poprawy warunków życia społeczeństwa, wiedząc, iż wymaga to przejścia przez trudny, dwu, trzyletni okres szybkich zmian?

2. Czy opowiadasz się za polskim modelem głębokiej demokratyzacji życia politycznego, której celem jest umocnienie samorządności, rozszerzenie praw obywateli i zwiększenie ich uczestnictwa w rządzeniu krajem?”.

<sup>33</sup> Treść pytań brzmiała następująco:

1. „Czy jesteś za tym, aby zobowiązania wobec emerytów i rencistów oraz pracowników sfery budżetowej wynikające z orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego były zaspokajane z prywatyzowanego majątku państwowego?

2. Czy jesteś za tym, aby część prywatyzowanego majątku państwowego zasilila powszechne fundusze emerytalne?

3. Czy jesteś za tym, aby zwiększyć wartość świadczeń udziałowych NFI przez objęcie tym programem dalszych przedsiębiorstw?

4. Czy jesteś za uwzględnieniem w programie uwłaszczeniowym bonów prywatyzacyjnych?”

<sup>34</sup> Zob. szerzej: M. Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe...*, s. 22–46.

<sup>35</sup> Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 kwietnia 2003 r. o zarządzeniu ogólnokrajowego referendum w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację Traktatu dotyczącego przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 66, poz. 613).

udział 58, 85% obywateli polskich, którym przysługuje czynne prawo wyborcze. Spełniony więc został konstytucyjny wymóg frekwencji. Jego wyniki – 77% głosujących opowiedziało się za wyrażeniem zgody<sup>36</sup> – pokazały dobitnie, że obywatele polscy nie tylko są zdolni do podejmowania różnorodnych decyzji bezpośrednio, ale potrafią samodzielnie odróżniać to, kiedy rozstrzygnięcia mają charakter wyłącznie polityczny, od tych spraw, które dotyczą funkcjonowania państwa i całej społeczności. Można mieć tylko nadzieję, że nie jest to incydentalne sięgnięcie do tej instytucji, ale dobry przykład pozwalający na odwoływanie się do niej zawsze wtedy, gdy będzie to uzasadnione. Pamiętać bowiem trzeba, że żadna inna instytucja nie umożliwia w stopniu tak najbliższym ideału kreowanie społeczeństwa i państwa obywatelskiego, w którym każdą osobę traktuje się jako podmiot praw a nie przedmiot obowiązków.

---

<sup>36</sup> 23% głosujących było przeciwnych; dane zamieszczone na stronie: <http://referendum.pkw.gov.pl/swm/kraj/indexA.html>

## O NOWYM PRAWIE UPADŁOŚCIOWYM

Zmiana prawa upadłościowego była nieodzowna. Prawo upadłościowe z 1934 r. nie było dostosowane do potrzeb współczesnego obrotu gospodarczego i nie chroniło należycie interesów wierzycieli i dłużnika.

Nowe prawo upadłościowe ma na celu:

- ochronę obrotu gospodarczego;
- zapewnienie zaspokojenia wierzycieli w ramach postępowania upadłościowego w jak najwyższym stopniu;
- zachowanie w miarę możliwości przedsiębiorstwa dłużnika i miejsc pracy;
- oddłużenie w ramach postępowania upadłościowego zobowiązań dłużnika w przypadku gdy przyczyny niewypłacalności nie są zawinione przez dłużnika.

Temu celowi ma służyć ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60, poz. 535), która zastąpi dotychczasowe prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym z 1934 r. Ustawa z wyjątkiem przepisów dotyczących postępowania naprawczego wchodzi w życie z dniem 1 października 2003 r. Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie istotnych zmian prawa upadłościowego. Stąd w artykule omówione zostaną tylko te instytucje, które mają ulec radykalnej zmianie.

### **Podmiotowy i przedmiotowy zakres nowej regulacji**

Nowe prawo upadłościowe reguluje zasady wspólnego dochodzenia roszczeń wierzycieli od niewypłacalnych dłużników.

Ustawodawca poszerza zarówno przedmiotowy jak i podmiotowy zakres stosowania ustawy.

Ustawa swym zasięgiem obejmie wszystkie podmioty prowadzące działalność gospodarczą lub zawodową. Nowym uregulowaniem będzie również upadłość osoby fizycznej po zaprzestaniu prowadzenia działalności gospodarczej, jeżeli od dnia wykreślenia z KRS-u lub innego rejestru nie upłynął rok.

Ponadto nowe prawo wprowadza możliwość ogłoszenia upadłości osoby fizycznej, która faktycznie prowadziła działalność gospodarczą, ale nie zgłosiła tego faktu we właściwym rejestrze. Takie uregulowanie stwarza zagrożenie wprowadzenia

regulacji upadłości konsumenckiej<sup>1</sup> wbrew pierwotnej woli prawodawcy, co wynika z uzasadnienia projektu ustawy<sup>2</sup>. W takim stanie prawnym każda osoba fizyczna będzie mogła ubiegać się o ogłoszenie swej upadłości, uzasadniając swą legitymację działalnością gospodarczą lub zawodową. Jeżeli działalność gospodarcza, czy zawodowa, nie musi być potwierdzona stosownym wpisem do właściwego rejestru, to oznacza, iż sąd w tym zakresie będzie opierać się na oświadczeniu strony. Taka sytuacja może doprowadzić do nadużyć, gdzie np. osoba fizyczna zaciągnie kredyt pozornie na rzecką działalność gospodarczą, a następnie, gdy go skonsuuje, złoży wniosek o oddłużenie<sup>3</sup> w trybie postępowania upadłościowego.

Ustawa zmieni również przedmiotowy zakres unormowania. Obok postępowania upadłościowego i układowego reguluje postępowanie naprawcze, międzynarodowe postępowanie upadłościowe, możliwość zawarcia układu we wstępnej fazie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości oraz możliwość oddłużenia.

### Właściwość sądu

Właściwość sądu w przedmiocie rozpoznawania spraw upadłościowych ulega niewielkiej zmianie. Sądem upadłościowym jest sąd rejonowy – sąd gospodarczy. Sąd rejonowy właściwy będzie do prowadzenia postępowania upadłościowego wobec banków (obecnie właściwy jest sąd okręgowy) oraz do uznawania zagranicznych postępowań upadłościowych (obecnie sprawy dotyczące uznawania i wykonania orzeczeń sądów zagranicznych zgodnie z art. 1148 k.p.c. rozpoznają sądy okręgowe).

Przedstawiona właściwość rzeczowa budzi zastrzeżenia. Wraz z rozwojem gospodarki wolnorynkowej wzrosła nieporównywalnie ilość spraw upadłościowych i skomplikował się charakter ich rozpoznania.

Sprawy upadłościowe należały do właściwości sądu okręgowego jeszcze przed wejściem w życie prawa upadłościowego z 1934 r.<sup>4</sup>. Od momentu wejścia w życie prawa upadłościowego z 1934 r. do kwietnia 1990 r. właściwym do rozpoznania sprawy upadłościowej był sąd okręgowy. Ustawa z dnia 24 lutego 1990 r.<sup>5</sup> o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe z niezrozumiałych przyczyn zmieniła właściwość rzeczową spraw upadłościowych, przekazując je do właściwości sądu rejonowego.

<sup>1</sup> Niewypłacalności osób nieprowadzących działalności gospodarczej.

<sup>2</sup> Projekt ustawy prawo upadłościowe przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego przy Ministerstwie Sprawiedliwości z uzasadnieniem prof. dr. hab. Feliksa Zedlera, Warszawa 2001, s. 18.

<sup>3</sup> O postępowaniu oddłużeniowym mowa będzie w dalszej części artykułu.

<sup>4</sup> Jedynie na ziemiach zachodnich postępowanie upadłościowe toczyło się przed sądem grodzkim.

<sup>5</sup> Dz.U. 1990, Nr 14, poz. 87.

Biorąc pod uwagę sprawy, które z uwagi na wartość przedmiotu sporu należą do właściwości sądu okręgowego należy stwierdzić, iż nieporozumieniem jest, by sprawy upadłościowe były rozpoznawane przez sąd rejonowy; wartość majątku masy jest nieporównywalnie wyższa od spraw gospodarczych będących przedmiotem rozpoznania przed sądem okręgowym. Za właściwością sądu okręgowego przemawia nie tylko wartość majątku masy, ale również znaczny interes społeczny, waga i znaczenie rozpoznawanych spraw. Sąd upadłościowy decyduje nie tylko o majątku masy, ale również o przyszłych losach przedsiębiorstwa, stanowiąc o likwidacji majątku dłużnika lub o możliwości zawarcia układu. Mając na uwadze wartość majątku o którym rozstrzyga sąd upadłościowy, jak również rangę, zakres i skomplikowany charakter spraw upadłościowych, należy stwierdzić, iż sprawy te przekraczają normalny zakres działania sądów okręgowych. Od sędziów orzekających w sprawach upadłościowych wymaga się nie tylko wiedzy prawnej, czy prawniczej, ale również wiedzy i doświadczenia z zakresu ekonomii, rachunkowości i finansów. Ponadto po wprowadzeniu zmian, gdy sędziowie w ramach postępowania upadłościowego uznawać będą orzeczenia sądów zagranicznych, będzie się od nich dodatkowo wymagać znajomości prawa obcego.

Obecnie jeżeli w stosunku do dłużnika strona dochodzi jednej należności której wartość przekracza 30 000 złotych przedmiot rozpoznania należy do właściwości sądu okręgowego. Z chwilą ogłoszenia upadłości, gdy charakter sprawy się komplikuje (należy upłynnić majątek masy i rozstrzygnąć nie tylko zasadność dotychczasowego żądania, ale również orzec o innych żądaniach) sprawa pośrednio przekazywana jest do sądu rejonowego<sup>6</sup> (upadłościowego). Utrzymanie proponowanej właściwości sądu jest zatem nieporozumieniem.

Sprawy upadłościowe winny być rozdzielone według kryterium wartości majątku masy, statusu prawnego dłużnika, czy rodzaju rozpoznawanej sprawy tak, by ich właściwość należała również do sądu okręgowego. W przeciwnym razie podział spraw według właściwości rzeczowej nie będzie uzależniony od rangi rozpoznawanej sprawy, a jedynie będzie kwestią przypadku.

### **Podstawa ogłoszenia upadłości**

Ustawodawca dotychczasową podstawę ogłoszenia upadłości: „zaprzestanie płacenia długów” zastąpi: „niewypłacalnością dłużnika”. Z uzasadnienia projektu wynika, iż dotychczasowy zapis nie jest spotykany we współczesnym języku prawniczym i przez to jego rozumienie nasuwa wątpliwość<sup>7</sup>. Niewypłacalność utożsamiana jest z

---

<sup>6</sup> Pośrednio, ponieważ sąd okręgowy na mocy art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c. z urzędu zawiesza postępowanie a wierzyciel swe dotychczasowe żądanie kieruje do sądu upadłościowego.

<sup>7</sup> Projekt ustawy prawo upadłościowe przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego przy Ministerstwie Sprawiedliwości z uzasadnieniem prof. dr. hab. Feliksa Zedlera, Warszawa 2001, s. 15 i n.

dotychczasową podstawą ogłoszenia upadłości. Przez niewypłacalnego ustawa nakazuje rozumieć podmiot, który nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. Z tym, że w przypadku osób prawnych albo jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną dodatkowo niewypłacalnym jest ten podmiot, którego zobowiązania przekraczają wartość jego majątku, nawet jeżeli na bieżąco podmiot ten reguluje swoje zobowiązania. Nowością jest to, że sąd będzie mógł oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli wartość opóźnionych zobowiązań nie przekroczy 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika, a okres opóźnienia nie będzie dłuższy niż trzy miesiące.

### **Postępowanie zabezpieczające**

W celu ochrony interesów wierzycieli nowe prawo upadłościowe wprowadzić ma obligatoryjne postępowanie zabezpieczające. Postępowanie to polegać będzie na ustanowieniu tymczasowego nadzorcy sądowego niezwłocznie po złożeniu przez dłużnika wniosku o ogłoszenie upadłości. Tymczasowy nadzorca sądowy, w ramach sprawowanego nadzoru nad przedsiębiorstwem dłużnika, będzie mógł kontrolować zarówno przedsiębiorstwo, jak i czynności podejmowane przez dłużnika w celu sprawdzenia, czy mienie dłużnika jest dostatecznie zabezpieczone i czy nie zachodzi ryzyko roztrwonienia majątku dłużnika.

W przypadku gdy dłużnik będzie działał na szkodę wierzycieli, nie będzie stosować się do poleceń tymczasowego nadzorcy sądowego, lub też gdy zaistnieją obawy co do ukrycia majątku dłużnika, sąd będzie mógł ustanowić zarząd przymusowy nad majątkiem dłużnika wyznaczając zarządcę przymusowego.

Z chwilą ustanowienia zarządu przymusowego dłużnik nie będzie mógł podejmować czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu.

Sąd będzie mógł również w ramach postępowania zabezpieczającego zawiesić prowadzone przeciwko dłużnikowi egzekucje, zmienić lub uchylić zarządzenia tymczasowe wydane w celu zabezpieczenia roszczeń pieniężnych. Ponadto sąd może skorzystać z innych sposobów zabezpieczeń, o których mowa w kodeksie postępowania cywilnego.

Zgodnie z nową właściwością sąd rejonowy w ramach prowadzonego postępowania upadłościowego, władny będzie zmienić lub uchylić postanowienie sądu okręgowego w zakresie zarządzeń tymczasowych wydanych w celu zabezpieczenia roszczeń pieniężnych.

### **Udział wierzycieli w postępowaniu upadłościowym**

Uczestnictwo wierzycieli w postępowaniu upadłościowym uzależnione jest od zgłoszenia przez nich wierzytelności. Ustawa wprowadzi odstępstwa dla wierzytel-

li będących pracownikami upadłego, jak również dla tych, którym przysługuje należność z tytułu odszkodowania za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci, a nadto dla tych, których wierzytelności stwierdzone zostały prawomocnym orzeczeniem sądowym wydanym po ogłoszeniu upadłości, lub odpowiednio ostateczną decyzją administracyjną. Takie wierzytelności nie wymagają zgłoszenia, gdyż zostaną uznane z urzędu.

Dla przedsiębiorców oraz wierzycieli reprezentowanych przez adwokatów lub radców prawnych wprowadza się większe rygory formalne. Zgłoszenie wierzytelności złożone przez adwokata lub radcę prawnego jeżeli będzie zawierać braki uniemożliwiające nadanie sprawie biegu, zostanie zwrócone bez wcześniejszego wzywania do jego uzupełnienia.

## Układ

Nowe prawo upadłościowe stwarza możliwość zawarcia układu zarówno przed ogłoszeniem upadłości – na wstępnym zgromadzeniu wierzycieli – jak i po ogłoszeniu upadłości w trakcie postępowania upadłościowego, a nadto w ramach postępowania naprawczego.

Nowa instytucja wstępnego zgromadzenia wierzycieli pozwala nie tylko na zawarcie układu we wstępnej fazie postępowania, ale nadaje również wierzycielom inne uprawnienia decyzyjne. Wierzyciele na wstępnym zgromadzeniu wierzycieli, gdy nie dojdzie do zawarcia układu, mogą zadecydować o sposobie dalszego prowadzenia postępowania upadłościowego, dokonując wyboru, czy postępowanie ma być prowadzone z możliwością zawarcia układu, czy też ma objąć likwidację majątku dłużnika. Ponadto wierzyciele będą mogli na wstępnym zgromadzeniu wierzycieli dokonać wyboru rady wierzycieli.

Instytucja wstępnego zgromadzenia wierzycieli nie jest obligatoryjna. Sąd zwołuje wstępne zgromadzenie wierzycieli, o ile przeprowadzenie zgromadzenia nie pociągnie za sobą nadmiernych kosztów, gdy istnieją podstawy do ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu i gdy suma spornych wierzytelności nie przekroczy 15% ogólnej sumy wierzytelności.

Zawarcie układu na wstępnym zgromadzeniu jest dopuszczalne, jeżeli w zgromadzeniu bierze udział co najmniej połowa wierzycieli reprezentująca co najmniej trzy czwarte ogólnej sumy wierzytelności.

W przypadku zawarcia układu na wstępnym zgromadzeniu postępowanie ulegnie zakończeniu.

Wstępnego zgromadzenia wierzycieli nie będzie można odraczać, stąd zawarcie układu we wstępnej fazie postępowania w znacznej części uzależnione będzie od operatywnego działania dłużnika, od przeprowadzonych negocjacji z wierzycielami jeszcze przed wszczęciem postępowania upadłościowego. Wydaje się, że celowe byłoby uzależnienie zwołania wstępnego zgromadzenia wierzycieli od woli sa-

mego dłużnika. Dłużnik zna bowiem swoich wierzycieli i najlepiej potrafi przewidzieć czy istnieje realna możliwość zawarcia układu podczas wstępnego zgromadzenia.

Nowe uregulowania poszerzą krąg podmiotów uprawnionych do składania propozycji układowych. Do tej pory propozycje układowe mógł złożyć wyłącznie dłużnik. Co prawda wierzyciele mogli sugerować zmianę propozycji, ale jej przyjęcie uzależnione było od woli dłużnika. Nowe prawo przewiduje, że w przypadku ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu propozycje układowe będzie mógł również zgłosić wierzyciel, na wniosek którego ogłoszono upadłość, a nadto nadzorca sądowy albo zarządca. Jeżeli upadłość obejmować będzie likwidację majątku upadłego, uprawnienie do zgłoszenia propozycji układowych przysługiwać będzie również syndykowi i radzie wierzycieli.

Ulega również rozszerzeniu katalog propozycji. Propozycje układowe będą mogły przewidywać przejęcie majątku upadłego przez wierzycieli lub inny sposób likwidacji.

Nowością będzie również obowiązek uzasadnienia propozycji układowych przez:

- przedstawienie stanu przedsiębiorstwa z określeniem jego sytuacji ekonomiczno-finansowej, prawnej i organizacyjnej;
- przedłożenie analizy rynku w zakresie sektora w obrębie którego przedsiębiorstwo działa z uwzględnieniem pozycji rynkowej konkurencji;
- przedstawienie metod i źródeł finansowania wykonania układu ze wskazaniem prognozowanych wpływów i wydatków za okres objęty wykonaniem układu;
- przedłożenie analizy poziomu i struktury ryzyka;
- wskazanie osób odpowiedzialnych za wykonanie układu;
- zaprezentowanie alternatywnego sposobu restrukturyzacji zobowiązań;
- wskazanie systemu zabezpieczeń praw i interesów wierzycieli na czas wykonania układu.

W nowym prawie obowiązywać będą odmienne zasady zawarcia układu. Ustawodawca wprowadza nowy system głosowania nad układem dzieląc wierzycieli na kategorie, w zależności od interesów które reprezentują. Podział wierzycieli na kategorie wynika z charakteru wierzytelności.

Prawo przewiduje co najmniej cztery takie kategorie tj.:

- wierzycieli, którym przysługuje należność ze stosunków pracy oraz należności rolników z tytułu umów o dostarczenie produktów z własnego gospodarstwa rolnego;
- wierzycieli, których wierzytelności są zabezpieczone rzeczowo;
- wierzycieli będących udziałowcami lub akcjonariuszami upadłego;
- pozostałych wierzycieli.

Pozostałych wierzycieli sędzia komisarz będzie mógł podzielić na dalsze kategorie z zaznaczeniem kryterium wyróżnienia kategorii interesów wierzycieli. Wierzyciele danej kategorii głosować będą w ramach własnej listy (kategorii).

Układ będzie przyjęty, jeżeli wypowie się za nim większość wierzycieli z każdej kategorii interesów, mających łącznie nie mniej niż dwie trzecie ogólnej sumy wierzytelności, które uprawniają do uczestniczenia w głosowaniu.

Układ będzie mógł również być przyjęty, jeżeli w danej kategorii wymagana większość nie opowiedziała się za układem, gdy wierzyciele tej kategorii zostaną zaspokojeni w ramach realizacji układu w części nie mniejszej niż w przypadku przeprowadzenia postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku dłużnika.

Po zatwierdzeniu układu upadły oraz każdy z wierzycieli będzie mógł domagać się zmiany układu na skutek radykalnych zmian stosunków gospodarczych dłużnika dostosowując układ do nowych warunków i możliwości finansowych dłużnika.

Postępowanie w sprawie zmiany układu ma odpowiadać procedurze zawarcia układu, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku, gdyby jakieś wierzytelności zostały zaspokojone w całości, to wierzyciele ci wyłączeni zostaną ze zgromadzenia.

W przypadku gdy układ nie dojdzie do skutku sąd ogłosi likwidację majątku dłużnika.

Jeżeli układ zostanie zawarty, sąd może odmówić jego zatwierdzenia w sytuacji gdy oczywiste jest, iż układ nie będzie wykonany. Ponadto w trakcie realizacji układu sąd może uchylić układ, gdy po zatwierdzeniu układu okaże się, iż dłużnik nie będzie w stanie układu wykonać. Przy uchyleniu układu sąd jednocześnie ogłosi upadłość obejmującą likwidację majątku upadłego.

O możliwości zawarcia układu w postępowaniu naprawczym mowa będzie niżej, gdyż jest to zupełnie nowa instytucja i warto jej poświęcić odrębny akapit.

### **Postępowanie naprawcze**

Postępowanie naprawcze jest postępowaniem *quasi* układowym, polegającym na oddłużeniu przedsiębiorcy który działa na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego w razie zagrożenia niewypłacalnością.

Warunkiem przeprowadzenia postępowania naprawczego będzie opracowanie planu naprawczego i zawarcie układu. Plan naprawczy powinien określać restrukturyzację zobowiązań, majątku i zatrudnienia w przedsiębiorstwie dłużnika.

Postępowanie naprawcze prowadzić będzie sam dłużnik pod nadzorem sądu. Postępowanie to uruchamiane będzie z chwilą złożenia w sądzie oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego. Następnie przedsiębiorca obowiązany będzie ogłosić w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, że złożył oświadczenie o wszczęciu postępowania. Z dniem ogłoszenia obwieszczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym następuje wszczęcie postępowania naprawczego. Z tą chwilą zawiesza się: spłatę zobowiązań przedsiębiorcy, wszczęte postępowania egzekucyjne i zabezpieczające oraz możliwość naliczania należnych odsetek.

Sam dłużnik organizować będzie Zgromadzenie Wierzycieli, na którym może dojść do zawarcia układu. Zgromadzenie wierzycieli prowadzić będzie nadzorca

sądowy, a sąd po przeprowadzeniu rozprawy właściwy będzie do zatwierdzenia układu. Postępowanie takie nie będzie mogło trwać dłużej niż trzy – cztery miesiące licząc od wszczęcia postępowania. Po tym terminie, jeżeli nie dojdzie do zawarcia układu postępowanie będzie umarzać się z mocy prawa.

### **Postępowanie oddłużeniowe**

Jeżeli po zakończeniu postępowania upadłościowego dłużnik upadłego, będącego osobą fizyczną nie zostaną spłacone, to istnieje możliwość oddłużenia zobowiązań dłużnika. Instytucja oddłużenia polegać ma na umorzeniu w całości lub w części tych zobowiązań upadłego, które nie zostały zaspokojone w postępowaniu upadłościowym. Postępowanie to ma na celu zwolnienie dłużnika ze zobowiązań, jeżeli nie ma on realnych szans uregulowania tych zobowiązań nawet w przyszłości. Przywilej ten będzie dotyczyć tylko tych dłużników, co do których brak było podstaw do pozbawienia prawa prowadzenia działalności gospodarczej. O ile popadli oni w stan niewypłacalności na skutek wyjątkowych, niezależnych, niezawinionych okoliczności i przez cały czas postępowania upadłościowego rzetelnie wykonywali wszystkie ciążące na nich obowiązki. Na skutek oddłużenia osoba fizyczna może prowadzić działalność gospodarczą bez uciążliwych obciążeń, uniemożliwiających niejednokrotnie właściwe funkcjonowanie podmiotu. Instytucja oddłużenia ma umożliwić uczciwym osobom fizycznym powrót do życia wolnego od obciążeń.

Oddłużeniem nie będą mogły być objęte: należności alimentacyjne, należności wynikające ze stosunku pracy oraz składki na ubezpieczenie emerytalne, rentowe i chorobowe pracowników. Z przywileju oddłużenia nie będzie mogła skorzystać osoba co do której już raz ogłoszono upadłość, jeżeli od zakończenia postępowania nie upłynęło dziesięć lat.

O oddłużeniu orzekać będzie sąd w postanowieniu o zakończeniu postępowania.

### **Inne istotne zmiany prawa upadłościowego**

Nowe prawo upadłościowe wprowadza większe rygory formalne. Od dłużników oczekiwać się będzie profesjonalizmu. Jeżeli wniosek dłużnika o ogłoszenie upadłości nie będzie odpowiadać wymogom formalnym, sąd będzie go zwracać bez uprzedniego wzywania o uzupełnienie braków. To samo dotyczyć będzie wierzycieli będących przedsiębiorcą lub reprezentowanych przez adwokata, czy radcę prawnego.

Podstawową zmianą prawa upadłościowego jest zespolenie spraw układowych i upadłościowych w jednym postępowaniu. Sąd wydając postanowienie o ogłoszeniu upadłości zadecyduje, czy ogłosić upadłość dłużnika z możliwością zawarcia

układu, czy ogłosić upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika. Priorytet będzie mieć postępowanie układowe, gdyż upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika sąd ogłosi dopiero wówczas gdy brak będzie podstaw do ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu. W trakcie całego postępowania upadłościowego sąd będzie czuwać, aby majątek dłużnika został wykorzystany w celu najskuteczniejszego zaspokojenia wierzycieli. Stąd likwidację majątku będzie można przeobrazić w postępowanie zmierzające do zawarcia układu, a postępowanie układowe w postępowanie likwidacyjne.

Listę wierzycieli ustalać będzie syndyk, nadzorca sądowy albo zarządca a nie sędzia komisarz.

Za zgodą sędziego komisarza i wierzycieli nowe prawo wprowadza możliwość spłacania wierzycieli upadłego objętych układem, jeżeli jest to niezbędne do prowadzenia działalności gospodarczej lub podniesienia efektywności przedsiębiorstwa upadłego. W konsekwencji wierzycieli, które za zgodą sędziego komisarza zostaną spłacone układ nie będzie obejmować. Rozwiązanie to jest kontrowersyjne, gdyż trudno sobie wyobrazić, by wierzyciele akceptowali uprzywilejowanie danego wierzyciela kosztem własnej wierzycielskości.

Za pozytywną natomiast należy uznać zasadę likwidacji majątku dłużnika w przypadku ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego dłużnika. Priorytet będzie mieć sprzedaż przedsiębiorstwa w całości. Likwidacja majątku dłużnika w inny sposób, poprzez sprzedaż zorganizowanych części przedsiębiorstwa lub poszczególnych składników, będzie możliwa jedynie za zezwoleniem rady wierzycieli, a w przypadku jej braku za zgodą sędziego komisarza.

W postępowaniu upadłościowym wyeliminowano sprzedaż komorniczą.

Ponadto, z majątku masy upadłości sędzia komisarz będzie mógł wyłączyć nieściągalne wierzycielskości oraz niezbywalne ruchomości, co ułatwi przebieg procesu upadłościowego.

W niewielkim zakresie zmienia się kolejność zaspokojenia wierzycieli. Wprowadza się tylko cztery kategorie wierzycieli.

W pierwszej kolejności zostaną zaspokojone: koszty postępowania upadłościowego, należności z tytułu składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe i chorobowe pracowników, należności ze stosunku pracy, należności rolników z tytułu umów o dostarczenie produktów z własnego gospodarstwa rolnego za ostatnie dwa lata, renty należne za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci, zobowiązania alimentacyjne ciążące na upadłym, należności powstałe wskutek czynności syndyka albo zarządcy, należności z umów wzajemnych zawartych przez upadłego przed ogłoszeniem upadłości, których wykonania żądał syndyk albo zarządca, należności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia masy upadłości oraz należności, które powstały z czynności dokonanych przez upadłego za zgodą nadzorcę sądowego.

W drugiej kategorii zostaną zaspokojone: podatki i inne daniny publiczne oraz należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne należne za ostatni rok

przed datą ogłoszenia upadłości wraz z należnymi od nich odsetkami i kosztami egzekucji, o ile nie podlegały zaspokojeniu w kategorii pierwszej.

W trzeciej kategorii przewiduje się pozostałe wierzytelności niewymienione w kategoriach jeden i dwa wraz z odsetkami za ostatni rok przed datą ogłoszenia upadłości oraz z odszkodowaniem umownym, kosztami procesu i egzekucji z wyjątkiem sądowych i administracyjnych kar grzywny oraz z wyjątkiem należności z tytułu darowizn i zapisów.

Odsetki, które nie należą do kategorii 1–3 oraz sądowe i administracyjne kary grzywny, należności z tytułu darowizn i zapisów zaspokojone zostaną w kategorii czwartej.

Jeżeli chodzi natomiast o wierzytelności zabezpieczone hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym czy hipoteką morską, to ich zaspokojenie nastąpi w sposób właściwy dla ograniczonych praw rzeczowych z sumy, uzyskanej ze sprzedaży przedmiotu obciążonego, obniżonej o koszty związane ze sprzedażą.

### **Sankcje wobec niewypłacalnych dłużników**

Podstawowym celem postępowania upadłościowego jest zaspokojenie wierzycieli w jak najwyższym stopniu. Stopień zaspokojenia wierzycieli uzależniony jest w dużej mierze od terminu, w jakim dłużnik wystąpi z wnioskiem o ogłoszenie upadłości. Za uchybienie terminu dłużnik ponosić będzie ujemne konsekwencje.

Wychodząc z dotychczasowych rozwiązań prawodawca zamierza utrzymać obecną odpowiedzialność cywilną za szkodę spowodowaną nieterminowym złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości, odpowiedzialność karną jak również możliwość pozbawienia niewypłacalnego dłużnika prawa prowadzenia działalności gospodarczej. Poszerzony zostanie katalog przewinień, za które sąd orzekać będzie zakaz prowadzenia działalności gospodarczej.

Do przewinień tych obok nieterminowego złożenia wniosku<sup>8</sup> należeć będzie odmowa wydania majątku i dokumentacji upadłego, ukrywanie, niszczenie lub obciążanie majątku wchodzącego w skład masy, niewykonywanie poleceń sądu lub utrudnianie procesu upadłościowego. Ponadto postanowiono zaostrzyć karę dla osób, które celowo doprowadzają przedsiębiorstwo do upadku lub utrudniają proces upadłościowy przez wydłużenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej nawet na okres 10 lat.

Osoba, co do której orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej nie będzie mogła skorzystać z dobrodziejstwa oddłużenia.

Obok pozbawienia prawa wykonywania działalności gospodarczej osoby, które będą utrudniać proces upadłościowy podlegać będą odpowiedzialności karnej.

<sup>8</sup> Tj. po upływie dwóch tygodni od dnia powstania podstawy do ogłoszenia upadłości.

Sankcje karne przewidziane będą dla tych dłużników, którzy odmówią wydania majątku lub udzielenia syndykowi, czy sędziemu komisarzowi, informacji dotyczącej majątku upadłego.

### **Międzynarodowe postępowanie upadłościowe**

Napływ przedsiębiorczości zagranicznej rodzi nowy problem upadłości międzynarodowej. Zakres międzynarodowego postępowania upadłościowego obejmować będzie instytucję uznania zagranicznego postępowania upadłościowego oraz instytucję wtórnego postępowania upadłościowego. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego określają zasady współpracy polskich sądów z organami zagranicznymi.

Uznanie zagranicznego postępowania upadłościowego ma na celu zaakceptowanie postępowania upadłościowego państwa obcego i rozciągnięcie konsekwencji tego postępowania na terytorium państwa polskiego. Postępowanie w sprawie uznania zagranicznego postępowania upadłościowego wszczynane ma być na wniosek zarządcy zagranicznego<sup>9</sup>. Poprzez uznanie zagranicznego postępowania upadłościowego uznaje się orzeczenia dotyczące toku postępowania upadłościowego. Uznanie zagranicznego postępowania upadłościowego pociągać będzie za sobą konieczność zawieszenia postępowań sądowych, czy egzekucyjnych skierowanych do majątku upadłego. Z chwilą uznania zagranicznego postępowania upadłościowego zarządca zagraniczny uzyska legitymację do wykonywania swych czynności na terenie państwa polskiego. Jeżeli chodzi o państwa Unii Europejskiej, to po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej postępowania upadłościowe prowadzone na terenie państw Unii Europejskiej będą uznane z mocy ustawy. Z tym że zastrzega się wyłączność jurysdykcji krajowej w tych sprawach, w których główny ośrodek działalności dłużnika znajduje się w Polsce.

W przypadku uznania zagranicznego postępowania upadłościowego Sąd Polski może prowadzić co do majątku położonego w Polsce wtórne postępowanie upadłościowe.

W ramach współpracy międzynarodowej sąd i sędzia komisarz mogą w sposób bezpośredni porozumiewać się z sądem zagranicznym, jak również z zarządcą.

---

<sup>9</sup> Odpowiednik naszego syndyka masy upadłości.

## „PROKURA ŁĄCZNA NIEPRAWIDŁOWA” Wybrane zagadnienia

W praktyce obrotu gospodarczego występują sytuacje, gdy zapotrzebowanie na określoną instytucję prawną, nie stanowiąc jednocześnie – co wymaga podkreślenia – zagrożenia dla obowiązującego porządku prawnego, zostało pozostawione przez ustawodawcę bez należytej odpowiedzi. W związku z brakiem normy prawnej kreującej *expressis verbis* potrzebną instytucję, powstaje pewna przestrzeń, której zagospodarowanie należy do judykatury oraz doktryny prawa. Do tej grupy przypadków należy zaliczyć „prokurę łączną nieprawidłową”, zwaną też inaczej „prokurą łączną niewłaściwą”, „prokurą mieszaną”<sup>1</sup>. Pod pojęciem tym rozumie się prokurę udzieloną określonej osobie z jednoczesnym zastrzeżeniem, że może ona działać tylko łącznie z członkiem zarządu lub współnikiem spółki handlowej.

Powyższa kwestia stała się również w ostatnim czasie przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w postaci uchwały z dnia 27 kwietnia 2001 r., III CZP 6/01<sup>2</sup>. Zważywszy, że uchwała była już wielokrotnie komentowana w piśmiennictwie, w tym przede wszystkim stała się przedmiotem zainteresowania glosatorów<sup>3</sup>, niniejsza wypowiedź koncentruje się na wybranych problemach prawnych związanych z udzieleniem „prokury łącznej niewłaściwej” jednej osobie, abstrahując od stanu

---

<sup>1</sup> 1. Takie jej określenie przyjmuje za doktryną niemiecką m.in. A. Kidyba, *Status prawny komandytariusza*, Bydgoszcz 2000, wyd. 2, s. 85–88; por. tenże, *Prawo handlowe*, Warszawa 2001, wyd. 2, s. 126; tenże, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2002, wyd. 3, s. 463. Por. na ten temat: K. Schmidt, *Handelsrecht*, wyd. 5, Köln-Berlin-Bonn-München 1999, s. 468–470. Ten Autor używa na określenie opisanego przypadku pojęcia „gemischte (unechte) Gesamtprokura”.

2. Wszystkie te określenia akcentują odrębność tej instytucji od prokury łącznej, będącej jej postacią „prawidłową”, mającą swoje wyraźne umocowanie w dyspozycji przepisu art. 62 kodeksu handlowego (dalej także jako k.h.).

<sup>2</sup> Teza uchwały wraz z uzasadnieniem zob.: „Monitor Prawniczy” 2001, z. 16, s. 831–833; „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2001, nr 12, poz. 179.

<sup>3</sup> J. Naworski, *Uchwała, która przejdzie do historii orzecznictwa, „Rzeczpospolita”* z 5 września 2001 r.; tenże, *Glosa do uchwały SN z 27 kwietnia 2001 r.*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 22, s. 1134–1136; A. Gierat, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2001 r.*, III CZP 6/01, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2001, nr 12, s. 623–626; P. Bielski, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2001 r.*, III CZP 6/01, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 12, s. 41–48.

faktycznego, który legł u podstaw rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego. Ramy artykułu nie pozwalają również na wszechstronne omówienie zagadnień wiążących się z podjętą problematyką, zatem z konieczności są one jedynie zasygnalizowane.

I. Przede wszystkim należy zauważyć, że zagadnienie dopuszczalności udzielenia prokury określonej osobie ze skutecznym wobec osób trzecich zastrzeżeniem, że prokurent może działać tylko łącznie z członkiem zarządu spółki kapitałowej lub współnikiem spółki osobowej, dotyczy w praktyce, niezależnie od możliwych teoretycznie wariantów, ograniczonej grupy przypadków<sup>4</sup>. Zastrzeżenie to, stanowiące oczywiste ograniczenie działania prokurenta<sup>5</sup>, w niektórych sytuacjach nie będzie bowiem mogło odnieść zamierzonego celu.

Jeżeli chodzi o spółki osobowe, zasadą jest ich samodzielna reprezentacja przez współnika spółki jawnej (art. 29 § 1 k.s.h.), partnera spółki partnerskiej (art. 96 § 1 k.s.h.), komplementariusza spółki komandytowej (art. 29 § 1 w związku z art. 103 i art. 117 k.s.h.), komplementariusza spółki komandytowo-akcyjnej (art. 29 § 1 w związku z art. 103, art. 126 § 1 pkt 1 i art. 137 § 1 k.s.h.). Ograniczenie sposobu reprezentacji polegające na obowiązku współdziałania wymienionych osób z prokurentem musi wynikać z treści umowy spółki<sup>6</sup>. Zatem tylko w przypadku, gdy z treści umowy spółki osobowej wynikać będzie obowiązek jej reprezentowania łącznie z prokurentem, ustanowienie prokury z zastrzeżeniem, o którym mowa, będzie miało sens. W pozostałych wypadkach współdziałanie prokurenta nie będzie potrzebne, ponieważ oświadczenie woli złożone przez współnika (komplementariusza, partnera) samodzielnie lub w inny sposób zgodny z zasadami reprezentacji spółki osobowej (np. przez dwóch współników łącznie), będzie skuteczne.

W spółkach kapitałowych kwestia udziału prokurenta w reprezentacji przedstawia się inaczej. Według art. 205 § 1 k.s.h., dotyczącego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania określa umowa spółki, jeśli zaś umowa spółki tego nie czyni, do składania oświadczeń w imieniu spółki konieczne jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Analogiczne uregulowanie dotyczące spółki akcyjnej

<sup>4</sup> Uzasadnione zastrzeżenia odnośnie do dopuszczalności ograniczenia sposobu działania prokurenta łącznego w przypadku ustanowienia przez spółkę-mocodawcę kilku prokurentów łącznych zgłasza P. Bielski. *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2001 r., III CZP 6/01*, s. 46-48.

<sup>5</sup> Ograniczenie to nie dotyczy jednak – jak o tym będzie mowa niżej – zakresu umocowania prokurenta, lecz sposobu reprezentacji spółki.

<sup>6</sup> Stosownie do art. 30 § 1 k.s.h., współnik spółki jawnej może być w umowie spółki wyłączony od jej reprezentowania lub uprawniony do jej reprezentowania tylko łącznie z innym współnikiem lub prokurentem. To samo odnosi się, w myśl art. 30 § 1 w związku z art. 103 i art. 117 k.s.h. do komplementariusza w spółce komandytowej, jak też, zgodnie z art. 30 § 1 w związku z art. 89 k.s.h., do partnera w spółce partnerskiej, oraz, zgodnie z art. 30 § 1 w związku z art. 103, art. 126 § 1 pkt 1 i art. 137 § 1 k.s.h., do komplementariusza w spółce komandytowo-akcyjnej. Jeżeli chodzi o spółkę partnerską – na podstawie odesłania zawartego w art. 97 § 2 k.s.h. odpowiednie zastosowanie do zarządu spółki partnerskiej, jeżeli taki został powołany, ma art. 205 § 1 k.s.h..

zawiera art. 373 § 1 k.s.h. Oba powołane przepisy mają charakter dyspozytywny. Omawiana instytucja nie ma więc zastosowania, gdy zarząd spółki jest jednoosobowy, w takich bowiem przypadkach reprezentuje on spółkę samodzielnie i jakiegokolwiek ograniczenie wykonywania tego prawa jest bezskuteczne<sup>7</sup>. Również wtedy, gdy zarząd jest kolegialny, umowa spółki (statut) może regulować kwestię reprezentacji w taki sposób, że współdziałanie członka zarządu z prokurentem, jakkolwiek teoretycznie możliwe, nie będzie potrzebne (np. ustanowienie reprezentacji samoistnej wszystkich członków zarządu). Jednak dla spółek, których umowa (statut) przewiduje mieszaną reprezentację łączną lub też stosuje się art. 205 § 1 (art. 373 § 1) k.s.h., omawiany sposób reprezentacji spółki może mieć istotne znaczenie.

II. Istota prokury łącznej polega na tym, iż dla ważności czynności prawnej konieczne jest współdziałanie dwóch (lub więcej) prokurentów łącznych<sup>8</sup>. Wykluczone jest zatem udzielenie prokury łącznej jednej osobie. Pomiedzy mającą swoje źródło w dyspozycji przepisu art. 62 k.h. prokurą łączną, a „reprezentacją mieszaną” z udziałem prokurenta istnieje różnica pojęciowa<sup>9</sup>. Istotne jest przede wszystkim dokonanie rozróżnienia, w jakim charakterze występują poszczególne osoby reprezentujące spółkę handlową. W zależności bowiem od „źródła umocowania” osób działających w imieniu spółki, różny jest ich status prawny jako jej reprezentantów.

Mianem „reprezentacja mieszana” określa się sytuację, w której przy dokonywaniu czynności prawnych umocowanie do występowania w imieniu określonego podmiotu wynika z różnych źródeł. W przypadku spółek handlowych przykładem takiej reprezentacji jest sytuacja, gdy z jednej strony występuje wspólnik spółki osobowej<sup>10</sup> lub członek zarządu spółki kapitałowej będący jej przedstawicielem organizacyjnym (ustawowym), z drugiej zaś szczególnego rodzaju pełnomocnik, dla którego źródłem umocowania jest udzielona mu prokura<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Zob. np. Z. Kuniewicz, *Współdziałanie prokurenta z członkiem zarządu spółki kapitałowej*, „Przebieg Sądowy” 1998, nr 6, s. 24 i cyt. tam literatura.

<sup>8</sup> M. Allerhand, *Kodeks handlowy z komentarzem*, Bielsko-Biała 2000, s. 57; J. Szwaja, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa 1997, s. 524, 526; T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, Warszawa 1999, s. 127; M. Kasprzyk, *Prokura*, Kraków 1999, s. 46.

<sup>9</sup> Zauważyć należy, że Sąd Najwyższy odpowiadając w uchwale z 27 kwietnia 2001 r. na pytanie Sądu Okręgowego, które brzmiało: „Czy w świetle art. 62 kodeksu handlowego dopuszczalne jest udzielenie prokury łącznej jednej osobie?”, skorygował jego treść, w przeciwnym bowiem razie nie miałby możliwości udzielenia pozytywnej odpowiedzi na postawione mu pytanie.

<sup>10</sup> 1. Wyjątek dotyczy sytuacji, gdy umowa spółki partnerskiej przewiduje powierzenie reprezentacji spółki zarządowi (art. 97 § 1 k.s.h.).

2. Komandytariusze spółki komandytowej i akcjonariusze spółki komandytowo-akcyjnej mogą reprezentować spółkę tylko jako pełnomocnicy lub prokurenci (art. 118 § 1 i art. 138 § 1 k.s.h.).

<sup>11</sup> Zauważyć należy, że przepis art. 62 k.h. dopuszcza jedynie możliwość udzielenia prokury kilku osobom oddzielnie lub łącznie. W przypadku tym chodzi jednak o jednorodne źródło umocowania do reprezentowania spółki, którym jest szczególnego rodzaju pełnomocnictwo zwane prokurą. Powołany przepis nie reguluje natomiast sytuacji, w której ustanowiony przez spółkę handlową prokurent obowiązany jest ją reprezentować łącznie z nie-prokurentem.

III. W nauce prawa zostało sformułowane stanowisko sprzeciwiające się dopuszczeniu udzielenia prokury z zastrzeżeniem wyłącznej reprezentacji z przedstawicielem organizacyjnym spółki. Występuje ono w dwóch postaciach.

Po pierwsze w doktrynie prawa przyjmuje się, iż takie oświadczenie mocodawcy ograniczające prokurenta w jego działaniach jest bezskuteczne wobec osób trzecich i wiąże tylko w stosunkach wewnętrznych. Udzielona prokura jest w istocie prokurą samoistną<sup>12</sup>.

Po drugie, w nauce prawa został wyrażony pogląd, iż oświadczenie o udzieleniu prokury z omawianym zastrzeżeniem jako sprzeczne z przepisami o prokurze jest co do zasady niedopuszczalne, co skutkuje jego nieważnością<sup>13</sup>.

Zasadniczym argumentem podnoszonym w celu uzasadnienia powyższego stanowiska jest to, iż art. 62 k.h. „wyklucza możliwość ustanowienia prokury łącznej wraz z osobą spoza grona prokurentów. Nie ma zatem możliwości, aby ustanowić prokurę łączną z członkiem zarządu ani też z żadną inną osobą” nie będącą prokurentem<sup>14</sup>.

Odnosząc się do zaprezentowanego poglądu zauważyć należy, iż dokonanie różniczenia pomiędzy prokurą łączną i mieszaną reprezentacją łączną nie przesądza jeszcze o bezskuteczności zastrzeżenia, że prokurentowi wolno działać tylko łącznie z przedstawicielem organizacyjnym spółki. Zastrzeżenie to bowiem nie odnosi się do zakresu umocowania prokurenta, a zatem nie ogranicza uprawnień prokurenta wynikających z przepisów o prokurze. Dotyczy ono sposobu reprezentowania spółki.

W omawianym w niniejszej pracy przypadku prokurent z jednej strony nie będzie umocowany do działania samodzielnego<sup>15</sup>, bowiem udzielona prokura nie jest

<sup>12</sup> J. Brol, *Spółki prawa handlowego*, Warszawa 1993, s. 62; T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, s. 135. Por. także: A. Kidyba, *Status prawny komandytariusza*, s. 87–88.

<sup>13</sup> Por. D. Bugajna-Sporczyk, *Prokura łączna i samoistna w spółce kapitałowej*, „Prawo Spółek” 1997, nr 7–8, s. 13–14. Autorka zwraca jednak uwagę, iż w niektórych sytuacjach – jeśli treść aktu ustanowienia prokury na to pozwala – można będzie dokonać wpisu tak ustanowionej prokury jako prokury łącznej. Zob. też M. Kasprzyk, *Prokura*, s. 53 (przyp. 103). Autorka wprowadzie wprost nie twierdzi, że sformułowane w ten sposób oświadczenie woli o udzieleniu prokury jest nieważne, jednak pogląd taki należy jej przypisać biorąc pod uwagę treść art. 58 § 1 k.c. w związku z twierdzeniem, iż taki sposób reprezentacji jest sprzeczny z przepisami prawa polskiego.

<sup>14</sup> 1. D. Bugajna-Sporczyk, *Prokura łączna i samoistna*, s. 14.

2. Pogląd o niedopuszczalności takiego zastrzeżenia opiera się na przyjmowanym powszechnie w nauce prawa założeniu, iż przepisy dotyczące reprezentacji łącznej z udziałem prokurenta nie ograniczają samego prokurenta, lecz współdziałającego z nim współnika lub członka zarządu wieloosobowego, którzy w braku odmiennych zapisów w umowie spółki, bez udziału pełnomocnika ustanowionego na podstawie art. 60 k.h. nie mogą w sposób ważny dokonywać czynności prawnych. Ponadto, co się podkreśla przy tej okazji, również przepisy art. 199 § 3 i art. 370 § 3 k.h. (którym obecnie odpowiadają art. 205 § 3 i art. 373 § 3 k.s.h.) wyraźnie stanowią, że ustalone zasady dotyczące reprezentacji łącznej „nie wyłączają ustanowienia prokury jednoosobowej lub łącznej i nie ograniczają praw prokurentów wynikających z przepisów o prokurze”. T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, s. 134–135. Zob. również powołaną tam literaturę (przyp. 109).

<sup>15</sup> Wyjątek stanowi reprezentacja bierna spółki, co wynika zarówno z treści art. 62 zd. 2 k.h., jak i art. 205 § 2 i art. 373 § 2 k.s.h..

prokurą oddzielną, z drugiej zaś strony – z uwagi na to, że nie udzielono prokury łącznej, nie będzie mógł reprezentować spółki łącznie z innym prokurentem<sup>16</sup>. Zgodzić się trzeba, że tak ukształtowana prokura jest swoistą hybrydą, oraz że takiej jej postaci nie przewiduje art. 62 k.h. Nie znaczy to jednak, że doszło do ograniczenia przedmiotowego zakresu prokury określonego bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa (art. 61 k.h.). Nawet przyjęcie w umowie (statucie) spółki jako zasady współdziałania osób upoważnionych do jej reprezentacji (reprezentacji łącznej) nie wyklucza co do zasady możliwości ustanowienia prokury samoistnej. Z drugiej strony, także umowne (statutowe) przyjęcie zasady reprezentacji jednoosobowej nie przesądza o braku możliwości ustanowienia prokury łącznej<sup>17</sup>.

IV. Jednym z ważniejszych pytań, które nasuwają się w związku z omawianym zagadnieniem jest zakres umocowania osób działających w ramach reprezentacji mieszanej – czy zakres ten wyznaczają uprawnienia wspólnika lub członka zarządu, czy też prokurenta?

Zakres prawa do reprezentacji wspólnika spółki jawnej określa art. 29 § 2 k.s.h., partnera spółki partnerskiej – art. 29 § 2 w zw. z art. 89 k.s.h., komplementariusza spółki komandytowej – art. 29 § 2 w zw. z art. 103 i art. 117 k.s.h., komplementariusza spółki komandytowo-akcyjnej – art. 29 § 2 w związku z art. 103, art. 126 § 1 pkt 1 i art. 137 § 1 k.s.h., członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – art. 204 § 1 k.s.h., członka zarządu spółki akcyjnej – 372 § 1 k.s.h. W każdym przypadku zakres ten jest taki sam: dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki<sup>18</sup>.

Zakres prawa prokurenta do reprezentacji określony jest wężiej (art. 61 § 1 i 2 k.h.), wyłączone są bowiem z niej czynności enumeratywnie wymienione w art. 61 § 2 k.h. Zgodnie z treścią tego przepisu, do czynności takich jak zbycie przedsiębiorstwa, jego wydzierżawienie, ustanowienie na nim użytkowania, a także do zbywania i obciążania nieruchomości, potrzebne jest prokurentowi „wyraźne upoważnienie”.

<sup>16</sup> Odmienne P. Bielski, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2001 r., III CZP 6/01*, s. 46–48. Autor stoi na stanowisku, że teza uchwały SN znajduje także zastosowanie do przypadków udzielenia przez spółkę handlową prokury ze wspomnianym zastrzeżeniem kilku osobom. Nie odmawiając słuszności argumentom podniesionym za niedopuszczalnością ingerencji w ustawowo określony sposób wykonywania prokury łącznej, zauważyć należy, iż treść uchwały oraz jej uzasadnienie wydają się wskazywać, że w obszarze zainteresowania Sądu Najwyższego znalazł się przypadek udzielenia takiej prokury jednej tylko osobie.

<sup>17</sup> Por. A. Szajkowski, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. II, Warszawa 1998, s. 525.

<sup>18</sup> Szczegółowe kwestie dotyczące sytuacji, kiedy z woli ustawodawcy lub samych wspólników zakres ten może doznać ograniczenia oraz skuteczność tychże ograniczeń wobec osób trzecich przekraczają rozmiary niniejszego opracowania. Zob. jednak np. art. 17 § 1 w zw. z art. 228 pkt. 3 i 4 k.s.h.; art. 17 § 1 w zw. z art. 393 pkt. 3 i 4 k.s.h.. Obszernie na ten temat: A. Szumański, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. I, Warszawa 2001, s. 189–207.

Powstaje zatem pytanie, czy prokurent działając łącznie z członkiem zarządu (wspólnikiem spółki osobowej) może dokonywać również takich czynności, dla których przepis art. 61 § 2 k.h. wymaga wyraźnego upoważnienia?

Według przeważającego w doktrynie poglądu takie współdziałanie oznacza rozszerzenie umocowania prokurenta do granic umocowania członka zarządu. W takim przypadku, gdy czynność prawna wykracza poza zakres umocowania prokurenta, nie działa on bowiem w zakresie własnego umocowania, lecz w zakresie umocowania członka zarządu (nie stając się jednak członkiem zarządu)<sup>19</sup>. Członek zarządu „przybierając” sobie prokurenta do złożenia łącznie z nim oświadczenia woli na mocy art. 199 (370) k.h.<sup>20</sup> „udziela mu umocowania” takiego, jakie przysługuje zarządowi<sup>21</sup>.

Pogląd przeciwny reprezentuje w nauce prawa Z. Kuniewicz<sup>22</sup>. Zdaniem tego Autora art. 199 (370) k.h.<sup>23</sup> nie może być interpretowany jako przepis, który rozszerza zakres umocowania prokurenta. Nie określa on bowiem uprawnień ani członka zarządu ani prokurenta. Kompetencje te wynikają w przypadku członków zarządu z art. 198 § 2 (369 § 2) k.h.<sup>24</sup>, zaś jeżeli chodzi o prokurenta – z art. 61 k.h. Przepis art. 199 § 1 (370 § 1) k.h. wskazuje jedynie sposób korzystania z tej kompetencji. Tym samym – zdaniem Autora – współdziałanie dwóch członków zarządu albo członka zarządu z prokurentem, będąc jedynie sposobem reprezentacji spółki, nie zmienia zakresu prawa do reprezentacji działających osób. Określone przepisami prawa zakresy uprawnień łącznie działających członków zarządu albo członka zarządu z prokurentem są takie same, jakie przysługują im w sytuacji, gdy osoby te uprawnione są do samoistnej reprezentacji spółki.

Drugi z prezentowanych poglądów wydaje się być bardziej przekonujący. W konsekwencji należy przyjąć, że w przypadku współdziałania prokurenta z przedstawicielem organizacyjnym spółki w ramach reprezentacji mieszanej, to zakres umocowania prokurenta będzie decydował o możliwości reprezentacji spółki.

<sup>19</sup> T. Dziurzyński, (w:) T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Łódź 1996, s. 232; E. Płonka, *Mechanizm łączenia skutków działań prawnych z osobami prawnymi na przykładzie spółek kapitałowych*, Wrocław 1994, s. 79–80; D. Bugajna-Sporczyk, *Prokura łączna i samoistna*, s. 14; M. Kasprzyk, *Prokura*, s. 55. W odniesieniu do spółki komandytowej, w kwestii współdziałania prokurenta z komplementariuszem zob. L. Moskwa, *Stosunek zewnętrzny spółki komandytowej*, Poznań 2000, s. 54, 81. W literaturze przedwojennej A. D. Szczygielski wyraził nawet pogląd, że prokurent działa w takim wypadku w charakterze członka zarządu [*Prokura*, (w:) *Encyklopedia Podręczna Prawa Prywatnego*, t. IV, red. H. Konic, Warszawa (b.r.w.), s. 1748].

<sup>20</sup> Pogląd został sformułowany w okresie obowiązywania k.h. Obecnie odpowiednio: art. 205 i 373 k.s.h.

<sup>21</sup> E. Płonka, *Mechanizm*, s. 79. Tam też zob. szczegółowe uzasadnienie zajętego przez Autorkę stanowiska.

<sup>22</sup> *Współdziałanie prokurenta*, s. 30–34.

<sup>23</sup> Obecnie odpowiednio: art. 205 i 373 k.s.h.

<sup>24</sup> Obecnie ich treść zawarta jest odpowiednio w art. 204 § 1 oraz art. 372 § 1 k.s.h.

Nie ulega wątpliwości, iż zakres umocowania prokurenta może zostać rozszerzony o czynności wymienione w art. 61 § 2 k.h. Z uwagi na niejednoznaczność sformułowania zawartego w treści art. 61 § 2 k.h., w myśl którego dla dokonania przez prokurenta czynności określonych w tym przepisie „potrzeba wyraźnego upoważnienia”, należy postulować, aby w takim wypadku prokurentowi było udzielane pełnomocnictwo do poszczególnej czynności w formie przewidzianej dla tej czynności<sup>25</sup>.

V. Brak pełnej prawnej w tym zakresie reprezentacji mieszanej stawia organy stosujące prawo przed problemem stosowania *analogiae legis*. Dotyczy on – jak się wydaje – dwóch sytuacji<sup>26</sup>.

Pierwsza z nich wiąże się ze stosowaniem w odniesieniu do reprezentacji mieszanej spółek osobowych – wobec braku w tym zakresie specjalnych przepisów – w drodze analogii art. 205 § 3 i art. 373 § 3 k.s.h.<sup>27</sup>. Nie ulega wątpliwości, że również w przypadku spółek osobowych ustawodawca dopuścił możliwość umownego uregulowania sposobu reprezentacji. Natomiast w treści podstawowego w tym zakresie art. 30 k.s.h. oraz w innych przepisach odnoszących się do spółek osobowych brakuje zapisu wskazującego, że skorzystanie z możliwości odmiennego uregulowania sposobu reprezentacji nie ma wpływu na treść przepisów o prokurze, w szczególności na możliwość ustanawiania prokury jednoosobowej lub łącznej oraz uprawnienia prokurentów zawarte w tych przepisach. Powstaje w związku z tym pytanie, czy istotnie występuje tutaj przypadek luki w prawie<sup>28</sup>? Opierając się na założeniu, iż prokura jest pełnomocnictwem o ustawowo określonym zakresie umocowania, oraz że źródło tej regulacji zawarte jest w przepisach art. 60–65 k.h. można dojść do wniosku zbieżnego w istocie z treścią powołanych wyżej art. 205 § 3 i art. 373 § 3 k.s.h. i to bez sięgania do tych przepisów w drodze analogii<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Należy odnotować, iż według Projektu zmian kodeksu cywilnego w zakresie przedstawicielstwa (prokury), regulujący tę kwestię projektowany przepis art. 109(3) k.c. statuuje taki właśnie wymóg. Na temat projektowanej regulacji w zakresie prokury zob. P. Bielski, *Prokura jako instytucja prawa przedsiębiorców rejestrowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 9, s. 41–51; L. Moskwa, *Prokura w świetle projektowanych zmian*, „Prawo Spółek” 2001, nr 9, s. 19–27; A. Buchenfeld, *Prokura w projekcie nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Radca Prawny” 2002, nr 1, s. 46–50 (cz. I); nr 2, s. 72–82 (cz. II).

<sup>26</sup> Także Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 27 kwietnia 2001 r. dwukrotnie opowiedział się za zastosowaniem analogii.

<sup>27</sup> Przepisy te stanowią, iż ustalone w umowie lub statucie zasady reprezentacji spółki kapitałowej nie modyfikują treści art. 60–65 k.h., tj. nie wyłączają ustanowienia prokury jednoosobowej lub łącznej oraz nie ograniczają praw prokurentów wynikających z przepisów o prokurze.

<sup>28</sup> Należy to rozumieć w ten sposób, że dany stan faktyczny nie został przez ustawodawcę uznany za prawnie obojętny, a jednocześnie brak uregulowania (pozytywnego przepisu), który można odnieść do tej sytuacji. Por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 104; S. Grzybowski, (w:) *System prawa cywilnego*, t. I, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1985, s. 157–158, 166–167.

<sup>29</sup> Przypomnieć również należy wyżej zaprezentowane stanowisko, iż przepisy zawierające regulacje co do sposobu reprezentacji nie mogą przesądzać o jej zakresie. Skoro bowiem mocodawca nie

Drugi z przypadków dotyczy zastosowania przepisów odnoszących się do prokury łącznej (w praktyce przede wszystkim art. 62 k.h.) w sytuacji, w której prokurent może działać tylko łącznie z członkiem zarządu spółki lub współnikiem<sup>30</sup>. Powstaje zatem pytanie, czy zachodzi potrzeba sięgnięcia w drodze analogii do postanowień art. 62 k.h. w celu wyjaśnienia statusu prawnego prokurenta umocowanego w opisany wyżej sposób?

Odpowiadając na tak postawione pytanie należy w pierwszej kolejności ustalić, czy istniejąca w tym zakresie regulacja jest wystarczająca. Jak już wyżej wskazano sytuacja, w której mocodawca udziela prokury określonej osobie zastrzegając jednocześnie, że może ona działać tylko łącznie ze współnikiem lub członkiem zarządu spółki, nie została uregulowana w żadnym przepisie prawa. Dopuszczalność sformułowania przez spółkę takiego zastrzeżenia wynika z tego, że mieści się ono w zakresie dozwolonej przez ustawodawcę swobody kształtowania własnej sytuacji prawnej w zakresie sposobu reprezentacji. Statusu prawnego prokurenta ustanowionego w sposób „niewłaściwy” nie można jednak rozpatrywać w oderwaniu od przepisów regulujących samą instytucję. Niewątpliwie zatem występuje brak stosownej regulacji prawnej.

Poszukiwania normy prawnej regulującej sytuację wykazującą podobieństwo prawne prowadzą do art. 62 k.h. Właśnie prokura łączna jest instytucją wykazującą podobieństwo prawne do analizowanej instytucji, a reguły wykładni językowej i logicznej nie wyłączają możliwości zastosowania analogii. Nie ma więc przeszkód, aby w opisanej sytuacji zastosować normę prawną zawartą w art. 62 k.h. w zakresie dotyczącym prokury łącznej. Konsekwencje zastosowania *analogii legis* mają istotny wymiar praktyczny. Przede wszystkim jej rezultatem będzie uznanie, że czynność prawna dokonana przez prokurenta ustanowionego w omawiany sposób, bez udziału współnika lub członka zarządu spółki będzie nieważna (ściślej mówiąc będzie to czynność prawna niezupełna, wymagająca potwierdzenia ze strony przedstawiciela organizacyjnego). Ponadto, pomimo jednoznacznie wyrażonego przy udzieleniu prokury zakazu działania bez udziału współnika lub członka zarządu spółki, należy przyjąć, że wymieniony prokurent będzie mógł samodzielnie występować w ramach reprezentacji biernej.

---

może dowolnie kształtować zakresu umocowania prokurenta, co wynika *expressis verbis* z art. 61 § 3 k.h., to zaakceptowanie twierdzenia, iż za pomocą przepisów regulujących *de facto* sposób składania oświadczeń woli w imieniu spółki można przysługujące prokurentowi uprawnienia zmodyfikować, doprowadziłyby do powstania sprzeczności w systemie prawa.

<sup>30</sup> Z treści art. 62 k.h. wynika, że warunkiem koniecznym dla zaistnienia prokury łącznej jest jej udzielenie z takim zastrzeżeniem, tj. zobowiązaniem do łącznego działania, co najmniej dwóm osobom. Prokurenci łączni mogą ważnie podejmować czynności w imieniu spółki tylko współdziałając ze sobą. Sposób tego współdziałania określa mocodawca. To on w szczególności decyduje o tym, czy wystarczy współdziałanie dwóch, czy też konieczny jest udział większej liczby prokurentów. Przepis art. 62 zd. 2 reguluje też tzw. reprezentację bierną spółki, przez co rozumie się przyjmowanie oświadczeń kierowanych do spółki i doręczanie spółce pism. W takich przypadkach wystarczające jest dokonanie czynności wobec jednego z prokurentów łącznych. Szerzej nt. reprezentacji biernej zob. E. Plonka, *Mechanizm*, s. 156 i n.

## LEGITYMACJA DO WNIESIENIA KASACJI W POSTĘPOWANIU CYWILNYM

Wniesienie kasacji wywołuje doniosłe skutki procesowe. Po pierwsze zapobiega uprawomocnieniu się zaskarżonego orzeczenia, które bez względu na to, czy zachodzą podstawy do wniesienia kasacji nie może stać się prawomocne przed ostatecznym jej rozstrzygnięciem. Drugi skutek polega na wdrożeniu odpowiedniego postępowania w sądzie drugiej instancji, które ma na celu ocenę dopuszczalności kasacji z punktu widzenia przepisów kodeksu postępowania cywilnego<sup>1</sup>.

Dopuszczalność jest cechą czynności procesowej, w braku której dana czynność nie może wywołać właściwych, przewidzianych dla niej przez prawo procesowe skutków procesowych<sup>2</sup>. Przez dopuszczalność kasacji należy rozumieć jej dopuszczalność zarówno pod względem przedmiotowym, tzn. od jakich orzeczeń przysługuje, jak i pod względem podmiotowym, tzn. jakim podmiotom przysługuje<sup>3</sup>.

Problem dopuszczalności środków odwoławczych jest instytucją mającą ogromne znaczenie dla nauki procesu cywilnego, ale jednocześnie instytucją bardzo złożoną. Dopuszczalność środków odwoławczych w postępowaniu cywilnym zależy od określonych przesłanek. Przesłanki dopuszczalności środków odwoławczych są to okoliczności, od których łącznego istnienia uzależniona jest skuteczność wniesionego środka, polegająca na przeprowadzeniu postępowania odwoławczego w celu jego rozpoznania.

W świetle wyrażonych w literaturze poglądów należy przyjąć, że dopuszczalność wniesienia kasacji zależy od spełnienia ogólnych warunków dopuszczalności właściwych dla wszystkich środków zaskarżenia. Do ogólnych warunków dopuszczalności kasacji należą zatem: istnienie zaskarżonego orzeczenia, właściwy dla danego orzeczenia środek zaskarżenia, legitymacja do wniesienia środka, interes w zaskarżeniu orzeczenia, zachowanie terminu do wniesienia środka, zachowanie

---

<sup>1</sup> Por. W. Siedlecki (w:) J. Jodłowski, W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958, s. 418–419.

<sup>2</sup> Por. S. Hanausek, *Orzeczenie sądu rewizyjnego w procesie cywilnym*, Warszawa 1966, s. 193.

<sup>3</sup> Por. T. Ereciński, *Apelacja i kasacja w procesie cywilnym (według ustawy z 1 marca 1996 r.)*, Warszawa 1996, s. 102.

przepisanej formy<sup>4</sup>. Ponadto dodatkową przesłankę dopuszczalności kasacji jest zachowanie przymusu adwokacko-radcowskiego.

Przymiot pozwalający podmiotowi na skuteczne wniesienie środka odwoławczego określa się mianem legitymacji do wniesienia tego środka. Pojęcie „legitymacja” jest synonimem pojęcia „uprawnienie”<sup>5</sup>. Legitymacji do wniesienia środka zażalenia nie należy utożsamiać z legitymacją procesową. Ta ostatnia oznacza szczególną kwalifikację pozwalającą na występowanie przez dany podmiot w charakterze danej strony w danym procesie cywilnym. Natomiast legitymacja do wniesienia środka odwoławczego jest to uprawnienie danego podmiotu do wniesienia tego środka od orzeczenia sądu niższej instancji<sup>6</sup>. Chodzi przy tym nie o dowolne

<sup>4</sup> Wykaz został zaczerpnięty z pracy W. Broniewicza, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1999, s. 260. Por. również tenże, *Die Berufung im polnischen Zivilprozess* (w:) *Festschrift für Hideo Nakamura*, Tokyo 1996, s. 77; tenże, *Nowelizacja prawa postępowania cywilnego z 1 marca 1996 r.*, KPP 1997, nr 2, s. 201; tenże, *Dopuszczalność środków odwoławczych...*, s. 19; L. Rosenberg, K.H. Schwab, *Zivilprozessrecht*, München 1969, s. 706. W literaturze przedmiotu istnieją również inne ujęcia przesłanek dopuszczalności środków zażalenia. Por.: J. Krajewski, *Nadzór judykacyjny nad prawomocnymi orzeczeniami w polskim procesie cywilnym*, Toruń 1963, s. 145; W. Siedlecki (w:) *System prawa procesowego...*, t. III, s. 47 i n.; tenże, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1987, s. 339–341; B. Bładowski, *Zażalenie w postępowaniu cywilnym*, Zakamycze 1998, s. 32–33; tenże, *Przesłanki dopuszczalności rewizji cywilnej*, Warszawa 1982, s. 12 i n.; T. Ereciński, *Apelacja i kasacja...*, 18–24, 102 i n.; T. Wiśniewski, *Apelacja i kasacja. Nowe środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1996, s. 12–33, 126–153; S. Cieślak, *Zasada formalizmu przy wnoszeniu środków odwoławczych w postępowaniu cywilnym*, PS 2001, nr 4, s. 34 i n. Interesującą systematykę przesłanek dopuszczalności środków zażalenia przedstawiła S. Hanausek (*Orzeczenie sądu rewizyjnego...*, s. 188–198). Według autorki dla dopuszczalności wszczęcia postępowania przed sądem wyższej instancji muszą istnieć zarówno przesłanki warunkujące dopuszczalność procesu jako całości oraz przesłanki kontynuacji procesu, tj. okoliczności warunkujące wszczęcie i rozpoznanie sprawy w postępowaniu odwoławczym. W ramach przesłanek kontynuacji procesu S. Hanausek wyróżnia ogólne przesłanki kontynuacji procesu, tj. warunki dopuszczalności wspólne dla wszystkich środków odwoławczych oraz szczególne – warunkujące dopuszczalność środka odwoławczego określonego typu. Do ogólnych warunków dopuszczalności zażalenia autorka zalicza: zachowanie wymaganej przez prawo procesowe formy środka odwoławczego, zachowanie terminu do wniesienia środka odwoławczego, dopuszczalność z ustawy danego środka odwoławczego, wniesienie środka odwoławczego przez osobę legitymowaną do zażalenia orzeczenia. Wśród ogólnych przesłanek dopuszczalności zażalenia autorka dokonuje jeszcze innego rozróżnienia, mianowicie dokonuje podziału na przesłanki, których istnienie jest skutkiem określonego rodzaju i treści zażalonego orzeczenia oraz na przesłanki, których istnienie jest wynikiem określonego procesowego zachowania się strony.

<sup>5</sup> Por. W. Broniewicz, *Legitymacja procesowa*, Łódź 1963, s. 5 i n.; tenże, *Pojęcie legitymacji procesowej* (w:) *Studia z procesu cywilnego*, Katowice 1986, *Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego* nr 729, s. 82; B. Bładowski, *Przesłanki dopuszczalności rewizji cywilnej*, Warszawa 1982, s. 61; tenże, *Środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, Zakamycze 2001, s. 69; I. Kunicki, *Podział sumy uzyskanej w egzekucji*, Sopot 1999, s. 277; tenże, *Środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, Zakamycze 2001, s. 69.

<sup>6</sup> B. Bładowski (*Przesłanki dopuszczalności...*, s. 64, *Środki odwoławcze...*, s. 75) zwraca uwagę, że dla określenia legitymacji do dokonania czynności procesowych używa się również nazwy legitymacji formalnej, ponieważ jej nabycie wiąże się z wystąpieniem danego podmiotu w postępowaniu cywilnym w charakterze strony, niezależnie od tego, czy rzeczywiście posiada on legitymację procesową.

orzeczenie tego sądu lecz o jego konkretną decyzję, która dotyczy ściśle określonych w komparycji orzeczenia podmiotów. Nadto legitymacja procesowa stanowi przesłankę zasadności powództwa, w razie braku której sąd oddali powództwo (pozytywna przesłanka jurysdykcyjna)<sup>7</sup>. Natomiast legitymacja do wniesienia środka odwoławczego zaliczana jest do przesłanek jego dopuszczalności, a jej brak przesądza o niedopuszczalności zaskarżenia i w konsekwencji prowadzi do odrzucenia środka odwoławczego. Nie powinno tym samym dojść w ogóle do rozpoznania zasadności złożonej skargi odwoławczej.

Legitymacja do wniesienia środka odwoławczego nie ogranicza się do samego uprawnienia jego wniesienia, ale obejmuje również uprawnienie do określenia zakresu zaskarżenia, a tym samym zakresu kontroli jaką ma przeprowadzić sąd odwoławczy<sup>8</sup>. Legitymację do zaskarżenia orzeczenia określa się zawsze na podstawie przepisów prawa procesowego, przy czym zakres podmiotów legitymowanych do zaskarżenia orzeczenia należy oznaczać nie tylko na podstawie wykładni przepisów normujących dany środek zaskarżenia, ale także na podstawie całości przepisów kodeksu postępowania cywilnego<sup>9</sup>.

Zakres legitymacji do zaskarzania orzeczeń sądowych w postępowaniu cywilnym nie jest jednakowy dla wszystkich podmiotów biorących udział w tym postępowaniu. W procesie cywilnym najszerszą legitymację mają z natury rzeczy strony procesowe<sup>10</sup>. Stroną procesową jest osoba, która we własnym imieniu dochodzi swego roszczenia lub broni się przed dochodzonym cudzym roszczeniem<sup>11</sup>. Przepis art. 392 k.p.c. w obecnym brzmieniu<sup>12</sup> nie przewiduje *expressis verbis* możliwości wniesienia kasacji przez stronę. Podobnie przepis art. 367 k.p.c. nie wskazuje wyraźnie, że to strona jest legitymowana do złożenia apelacji. Jednak uprawnienie stron procesowych do złożenia środka odwoławczego jest bezsporne i wynika z ogólnych zasad procesu cywilnego. To one są gospodarzami sporu i decydują w dużej mierze o przebiegu procesu cywilnego. Legitymację do zaskarzania orzeczenia strona ma zawsze i to niezależnie od tego czy przysługuje jej legitymacja procesowa. Zilustrować to można prostym przykładem. Właściciel zajętej nieruchomości, któremu nie pozostawiono jej zarządu, wytoczył proces w sprawie wynikającej

<sup>7</sup> W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne...*, s. 231.

<sup>8</sup> W. Siedlecki (w:) *System...*, s. 56.

<sup>9</sup> W. Siedlecki (w:) *System...*, s. 51, I. Kunicki, *Podział sumy...*, s. 277, uchwała SN z 22 kwietnia 1991, III CZP 34/91, OSNC 1992, nr 2, poz. 24, wyrok SN z 24 czerwca 1998, I PKN 169/98, OSNAP 1999, nr 13, poz. 423.

<sup>10</sup> M. Waligórski, *Proces cywilny...*, s. 641, W. Siedlecki (w:) *System...*, s. 52. Strony nie są jednak uprawnione do zaskarzania postanowień, które dotyczą, np. biegłych, świadków i innych uczestników postępowania (art. 394 § 1 pkt 5 k.p.c.).

<sup>11</sup> Por. M. Waligórski, *Proces cywilny...*, s. 125, W. Siedlecki (w:) J. Jodłowski, W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne...*, s. 257.

<sup>12</sup> Przepis art. 392 k.p.c. został zmieniony nowelą z 24 maja 2000 r. (Dz.U. 2000, Nr 48, poz. 554). Poprzednio stanowił, że kasację może wnieść strona.

z zarządu tą nieruchomością. Sąd oddalił powództwo, ponieważ stwierdził po stronie właściciela zajętej nieruchomości brak legitymacji procesowej (art. 935 § 1 zd. 3 k.p.c.). Powód zatem nie posiada legitymacji procesowej, jednak poza sporem jest, że może on zaskarżyć wyrok sądu, a tym samym posiada legitymację do zaskarżenia orzeczenia.

Legitymację do wniesienia kasacji posiadają obie strony procesowe, czyli zarówno powód jak i pozwany. Uprawnienie ich ma charakter samodzielny w tym sensie, iż do złożenia skargi kasacyjnej legitymowana jest każda ze stron procesowych niezależnie od tego czy strona przeciwna skorzysta z tego uprawnienia. Kodeks postępowania cywilnego nie uzależnia również możliwości złożenia kasacji przez stronę od spełnienia szczególnych wymagań. W szczególności w zasadzie nie jest konieczne aby strona, która składa skargę kasacyjną zaskarżyła również wcześniej orzeczenie sądu pierwszej instancji apelacją<sup>13</sup>. Wystarczy, jeżeli orzeczenie to było zaskarżone przez stronę przeciwną. Zasada ta ulega pewnej modyfikacji w stosunku do podmiotów powiązanych węzłem współuczestnictwa materialnego zwykłego wynikającego z tożsamości podstawy praw lub obowiązków oraz współuczestników formalnych. W wypadku bowiem, jeżeli współuczestnik taki nie zaskarżył apelacją orzeczenia sądu pierwszej instancji albo zaskarżenie orzeczenia nie było skierowane również przeciwko niemu, stosowanie do treści art. 363 § 1 k.p.c., następuje w stosunku do niego uprawnomocnienie się orzeczenia sądu pierwszej instancji. Zatem wraz z upływem terminu do wniesienia środka odwoławczego współuczestnik taki traci możliwość wniesienia apelacji, a orzeczenie staje się prawomocne. Wnosząc więc w takiej sytuacji skargę kasacyjną kierowałby on ją nie tylko przeciwko orzeczeniu prawomocnemu, ale również przeciwko orzeczeniu sądu pierwszej instancji. Przy współuczestnictwie materialnym zwykłym wynikającym ze wspólności praw lub obowiązków należy mieć na uwadze treść art. 378 § 2 zd. 1 k.p.c., stosownie do treści którego w granicach zaskarżenia sąd drugiej instancji może z urzędu rozpoznać sprawę także na rzecz współuczestników, którzy wyroku nie zaskarżyli, gdy będące przedmiotem zaskarżenia prawa lub obowiązki są dla nich wspólne. Jak słusznie wskazuje W. Broniewicz przy współuczestnictwie materialnym zwykłym wynikającym ze wspólności praw i obowiązków apelacja wniesiona tylko przez jednego lub kilku takich współuczestników wywołuje zatem skutek suspensywny na podstawie art. 363 § 3 *in fine* k.p.c. oraz skutek dewolutywny o charakterze względnym również wobec pozostałych współuczestników. Skuteczność apelacji wobec tych współuczestników nie jest wynikiem objęcia ich granicami podmiotowymi apelacji. Skuteczność ta jest wynikiem możliwości wyjścia przez sąd drugiej

<sup>13</sup> Zagadnienia związane z koniecznością posiadania interesu prawnego w zaskarżeniu patrz rozdział II § 5. W okresie międzywojennym J. Litauer (*Komentarz...*, s. 257) oraz S. Kruszelnicki (*Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 327) przyjmowali, że strona która nie zaskarżyła apelacją orzeczenia sądu pierwszej instancji nie może wnieść kasacji od wyroku sądu oddalającego apelację.

instancji poza granice podmiotowe apelacji. Z tego wynika również względna dewolutywność apelacji wobec współuczestników, którzy jej nie wniesli. Gdyby bowiem współuczestnicy ci byli objęci podmiotowymi granicami apelacji, sąd drugiej instancji musiałby, a nie jedynie mógł, rozpoznać sprawę również na ich rzecz<sup>14</sup>. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W postanowieniu z 21 października 1997 r., II UZ 80/97<sup>15</sup> Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli jedna z dwu stron pozwanych nie zaskarżyła wyroku sądu pierwszej instancji, zasądzającego świadczenie solidarnie, zaś sąd drugiej instancji zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że powództwo w stosunku do pozwanej skarżącej oddalił, to kasacja pozwanej, która wyroku sądu pierwszej instancji nie zaskarżyła podlega odrzuceniu, choćby pozwana ta była powiadomiona o rozprawie apelacyjnej i otrzymała wyrok sądu drugiej instancji wraz z uzasadnieniem. W procesie cywilnym podmioty uprawnione lub zobowiązane solidarnie (art. 366, 367 k.c.) łączy węzeł współuczestnictwa materialnego, który wynika ze wspólności praw i obowiązków. W wypadku zatem, gdy tylko jeden lub niektórzy z takich współuczestników materialnych zwykłych zaskarżyli wyrok sądu pierwszej instancji, a sąd drugiej instancji nie skorzystał w stosunku do pozostałych z możliwości przewidzianej w art. 378 § 2 zd. 1 k.p.c., wyrok względem nich staje się prawomocny. Do wywodów Sądu Najwyższego należy dodać jedynie, że art. 378 § 2 zd. 1 k.p.c. nie daje poszczególnym współuczestnikom materialnym zwykłym mającym wspólne prawa lub obowiązki legitymacji do wniesienia apelacji także na rzecz tych współuczestników, którzy nie zaskarżyli orzeczenia sądu pierwszej instancji. Przepis art. 378 § 2 zd. 1 k.p.c. daje co najwyżej skarżącemu współuczestnikowi możliwość zgłoszenia wniosku o rozpoznanie sprawy również i w stosunku do pozostałych współuczestników materialnych zwykłych, którzy zachowali się biernie<sup>16</sup>.

Przyjmując założenie, że współuczestnictwo konieczne występuje we wszystkich fazach postępowania (nie odnosi się jedynie do wniesienia pozwu), a więc jest aktualne również, gdy chodzi o legitymację do zaskarżenia orzeczenia, należałoby podzielić pogląd W. Siedleckiego<sup>17</sup>, że w wypadku, gdy jeden ze współuczestników koniecznych wniesie skargę kasacyjną, to powstaje taki skutek jak przy współuczestnictwie jednolitym. W konsekwencji wówczas należałoby przyjąć, że orzeczenie sądu drugiej instancji jest zaskarżone również w stosunku do pozostałych współuczestników koniecznych. Przeciwno takiemu rozwiązaniu przemawia jednak argument, że każdy ze współuczestników działa we własnym imieniu (art. 73

<sup>14</sup> W. Broniewicz, *Glosa do wyroku SN z 4 września 1967 r., I PR 245/67*, PiP 1969, nr 4–5, s. 917.

<sup>15</sup> OSNAP 1998, nr 15, poz. 468. Zaznaczyć jednak należy, że w stanie faktycznym, na tle którego zostało wydane powołane postanowienie sąd pierwszej instancji błędnie przyjął, że pozwani są dłużnikami solidarnymi.

<sup>16</sup> Por. W. Broniewicz, *Glosa do wyroku SN z 4 września 1967 r., I PR 245/67*, PiP 1969, nr 4–5, s. 917.

<sup>17</sup> W. Siedlecki (w:) *System...*, s. 52.

§ 1 k.p.c.) pod warunkiem oczywiście, że jednocześnie nie jest to współuczestnictwo jednolite. Z zasady samodzielności działania współuczestnictwo wynika, że środek odwoławczy wniesiony przez jednego współuczestnika niejednolitego nie jest skuteczny wobec pozostałych<sup>18</sup>. Wydaje się, że również w ocenie Sądu Najwyższego legitymacja do zaskarżenia orzeczenia przysługuje każdemu ze współuczestników koniecznych oddzielnie<sup>19</sup>.

Rozwiązanie zarysowanego problemu wiązałoby się z koniecznością określenia wzajemnego stosunku do siebie współuczestnictwa koniecznego i jednolitego, to jednak przekraczałoby ramy niniejszego opracowania. Należy jednak wskazać, że w literaturze przedmiotu w tym zakresie nie ma zgodności poglądów. Według M. Jędrzejewskiej<sup>20</sup> współuczestnictwo konieczne nie zawsze jest współuczestnictwem jednolitym. W. Broniewicz<sup>21</sup> przyjmuje, że wypadki współuczestnictwa koniecznego w zasadzie pokrywają się z wypadkami współuczestnictwa jednolitego. Istnieją wszakże wypadki współuczestnictwa jednolitego o charakterze dowolnym oraz wypadki współuczestnictwa koniecznego o charakterze zwykłym. Odmienny pogląd prezentuje K. Korzan<sup>22</sup>, który wskazuje, że współuczestnictwo jednolite nigdy nie występuje samodzielnie, a współuczestnictwo konieczne jest jedną z jego postaci.

Jeżeli zachodzi współuczestnictwo konieczne po stronie przeciwnej niż wnosząca środek odwoławczy, musi on być złożony w stosunku do wszystkich współuczestników koniecznych.

W wypadku współuczestnictwa jednolitego wniesienie kasacji przez jednego ze współuczestników jest skuteczne w stosunku do pozostałych występujących po tej samej stronie procesu (art. 73 § 2 k.p.c.)<sup>23</sup>. Skuteczność ta oznacza, że wniesiona kasacja wywołuje zarówno skutek suspensywny jak i dewolutywny w stosunku do wszystkich współuczestników, tzn. orzeczenie sądu drugiej instancji nie uprawomocni się w stosunku do żadnego ze współuczestników jednolitych, a rozpoznanie sprawy przez sąd trzeciej instancji nastąpi na rzecz wszystkich współuczestników jednolitych. Innymi słowy, kasacja jednego lub kilku współuczestników jednolitych obejmuje swoimi granicami podmiotowymi po stronie skarżącej również i tych współuczestników, którzy sami kasacji nie wnieśli. Oznacza to, że poszczególny współuczestnik jest legitymowany do wniesienia kasacji obejmującej pozostałych współuczestników jednolitych<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> B. Czech (w): *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz...*, s. 387.

<sup>19</sup> Por. uzasadnienie uchwały SN z 22 kwietnia 1991, III CZP 34/91, OSNCP 1992, nr 2, poz. 24.

<sup>20</sup> M. Jędrzejewska, *Współuczestnictwo procesowe (Istota – zakres – rodzaje)*, Warszawa 1975, s. 202.

<sup>21</sup> W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne...*, s. 151.

<sup>22</sup> K. Korzan, *Glosa do wyroku SN z 4 października 1984, II CR 314/84*, OSP 1986, nr 1, poz. 4. Por. W. Miszewski, *Spółuczestnictwo w postępowaniu spornym*, PPC 1933, s. 257 i n. i nr 10, s. 289.

<sup>23</sup> Por. M. Jędrzejewska, *Skutki zmiany orzeczenia w stosunku do jednego ze współpozwaných*, „Palestra” 1962, nr 9, s. 51.

<sup>24</sup> Por. W. Broniewicz, *Glosa do wyroku SN z 4 września 1967, I PR 245/67*, PiP 1969, nr 4–5, s. 917.

Powyższe wywody pozwalają na sformułowanie następującego wniosku. Stwierdzenie, że strona która nie zaskarżyła apelacją orzeczenia sądu pierwszej instancji nie może wnieść kasacji przeciwko orzeczeniu wydanemu w wyniku rozpoznania apelacji jest zbyt uogólnione. W każdym wypadku współuczestnictwa należy zbadać jaki charakter mają stosunki łączące poszczególne podmioty procesu.

Współuczestnik nie jest legitymowany do wniesienia kasacji przeciwko współuczestnikowi występującemu po tej samej stronie procesowej, choćby rozstrzygnięcie wydane przez sąd odnośnie do tego drugiego współuczestnika oddziaływało na rozstrzygnięcie odnoszące się do niego<sup>25</sup>. Orzeczenie to bowiem w stosunku do niego korzysta z powagi rzeczy osądzonej<sup>26</sup>. Przedmiotem licznych wypowiedzi ze strony Sądu Najwyższego była sytuacja procesowa, w której jeden ze współuczestników zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo w stosunku do drugiego ze współuczestników, znajdujących się po tej samej stronie procesowej<sup>27</sup>. Ostatecznie w wyroku z 24 czerwca 1998 r., I PKN 169/98<sup>28</sup> Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że kasacja jednego ze współuczestników formalnych w części dotyczącej oddalenia powództwa wobec współpozwanego jest jednak niedopuszczalna i podlega odrzuceniu (art. 393<sup>5</sup> oraz art. 393<sup>3</sup> § 2 k.p.c.).

Skarżący powinien na zasadach ogólnych posiadać zdolność sądową i zdolność procesową. Osoba wezwana do udziału w sprawie w charakterze pozwanego albo zawiadomiona o toczącej się sprawie, jeżeli zgłosi swój udział w postępowaniu, również posiada legitymację do wniesienia kasacji, ponieważ z chwilą wezwania albo przystąpienia do sprawy uzyskuje status strony<sup>29</sup>. Należy przy tym podkreślić, że przekształcenia podmiotowe dopuszczalne są jedynie w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (art. 393<sup>19</sup> w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.).

W doktrynie i orzecznictwie nie kwestionuje się również możliwości wniesienia kasacji przez interwenienta ubocznego<sup>30</sup>. Jedyne ograniczenie jakie może tu wystąpić wynika z art. 76 k.p.c., stosownie do treści którego interwencję uboczną można zgłosić do zamknięcia rozprawy w sądzie drugiej instancji. Zatem podmiot, który nie zgłosił swojego przystąpienia do sprawy w tym terminie traci możliwość skutecznego wniesienia kasacji, tzn. nie może połączyć swego wstąpienia do sprawy z

<sup>25</sup> W. Siedlecki (w:) *System...*, s. 53, B. Bładowski, *Środki odwoławcze...*, s. 72, wyrok SN z 4 września 1967, I PR 245/67, OSNCP 1968, nr 4, poz. 70 z głosą W. Broniewicza, PiP 1969, nr 4–5, s. 915.

<sup>26</sup> Z. Resich, *Res iudicata*, Warszawa 1978, s. 79.

<sup>27</sup> Por. wyrok SN z 5 listopada 1966, II CR 387/66, OSNCP 1967, nr 7–8, poz. 133, uchwała sądu siedmiu sędziów SN z 12 czerwca 1967, III CZP 25/67, OSNCP 1968, nr 4, poz. 57, z głosą W. Siedleckiego PiP 1969, nr 2, s. 414 i n. oraz głosą K. Piaseckiego NP 1969, nr 1, s. 151, wyrok SN z 4 września 1967, I PR 245/67, OSNCP 1968, nr 4, poz. 70, uchwała SN z 14 listopada 1991, III CZP 112/91, OSP 1992, nr 7, poz. 169, uchwała SN z 22 kwietnia 1991, III CZP 34/91, OSNCP 1992, nr 2, poz. 24.

<sup>28</sup> OSNAP 1999, nr 13, poz. 423.

<sup>29</sup> W. Siedlecki (w:) *System...*, s. 53.

<sup>30</sup> Por. B. Bładowski, *Przesłanki dopuszczalności...*, s. 73, tenże, *Środki odwoławcze...*, s. 70.

wniesieniem tego środka odwoławczego. Jest to konsekwencją zasady wyrażonej w art. 79 k.p.c., zgodnie z którą interwenient uboczny jest uprawniony do wszelkich czynności dopuszczalnych według stanu sprawy, jeżeli nie pozostają one w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. W judykaturze w sposób jednoznaczny została rozstrzygnięta kwestia, że interwenient uboczny może dokonać czynności, której sama strona nie dokonuje, ponieważ jej bierne zachowanie nie oznacza, aby czynność procesowa interwenienta ubocznego pozostawała w sprzeczności z czynnością strony. Zaniechanie wniesienia kasacji przez stronę nie stanowi żadnej czynności procesowej, a więc nie może wchodzić w ogóle w grę rozważanie takiej sprzeczności<sup>31</sup>. Powyższe uwagi nie dotyczą interwenienta ubocznego samoistnego, który zajmuje samodzielną pozycję w procesie cywilnym.

Jeżeli w stosunku do interwenienta została wniesiona opozycja i została uwzględniona przez sąd, wówczas traci on możliwość występowania w procesie. Kasacja takiego podmiotu będzie podlegała odrzuceniu jako niedopuszczalna z uwagi na brak legitymacji do jej wniesienia. Zupełnie inaczej należy oceniać sytuację, gdy interwenient uboczny nie spotkał się z opozycją, lub gdy opozycja została prawomocnie oddalona. Wówczas interwenient uboczny powinien być traktowany na równi ze stroną. A zatem może złożyć kasację od orzeczenia niekorzystnego dla strony, do której przystąpił<sup>32</sup>. Na zasadach ogólnych interwenient uboczny powinien posiadać zdolność sądową i procesową<sup>33</sup>.

Interwenient główny jest legitymowany do wniesienia kasacji od orzeczenia sądu drugiej instancji zapadłego w procesie interwencyjnym<sup>34</sup>. Uprawnienie to jest konsekwencją rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę, według którego interwencja główna stanowi rodzaj powództwa, a interwenient główny jest powodem w procesie interwencyjnym, czyli stroną procesową. Nie będzie on natomiast mógł zaskarżyć kasacją orzeczenia, które zapadnie w procesie głównym<sup>35</sup>, ponieważ nie bierze on w nim udziału w żadnej formie. Jedyny związek obu postępowań przejawia się w tym, że dotyczą one tego samego prawa lub roszczenia (art. 75 k.p.c.).

Legitymację do wniesienia kasacji, obok wyżej wskazanych podmiotów, posiada również prokurator. Podstawa prawna jego uprawnienia znajduje się w art. 7 i 60 § 1 k.p.c. Obecnie wśród przepisów regulujących postępowanie kasacyjne nie ma żadnych ograniczeń dotyczących możliwości zaskarżenia orzeczenia sądu drugiej

<sup>31</sup> Por. wyrok SN z 7 września 1964, II CR 214/64, OSN 1965, nr 10, poz. 165, wyrok SN z 7 sierpnia 1967, I CR 86/67, PUG 1968, nr 5, s. 168.

<sup>32</sup> Por. postanowienie SN z 22 sierpnia 1997, III CZ 36/97, OSNC 1998, nr 1, poz. 17.

<sup>33</sup> Por. M. Kornhauser, *Czy interwenient uboczny powinien posiadać zdolność procesową – rozpatrzone przez komitet redakcyjny odpowiedzi na pytania prawne*, PPC 1934, nr 21–22, s. 689–690.

<sup>34</sup> Por. W. Siedlecki (w:) *System...*, 54.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 54.

instancji przez prokuratora<sup>36</sup>. Prokurator może połączyć swoje wstąpienie do sprawy z wniesieniem kasacji, czyli zainicjować postępowanie kasacyjne, może również wstąpić do już toczącego się postępowania przed Sądem Najwyższym.

Na tych samych zasadach co prokurator kasację może wnieść Powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów (art. 63<sup>4</sup> k.p.c.), organizacje społeczne (art. 62 k.p.c.), Rzecznik Praw Obywatelskich (art. 14 pkt 4 ustawy z 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich<sup>37</sup>), inspektor pracy (art. 63<sup>1</sup>, 63<sup>2</sup> k.p.c.), Przewodniczący Komisji Papierów Wartościowych i Giełd (art. 17 ust. 1 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi<sup>38</sup> oraz art. 134 ustawy z 28 sierpnia 1997 r. o funduszach inwestycyjnych<sup>39</sup>), Prezes Urzędu Nadzoru nad Funduszami Emerytalnymi (art. 207 ustawy z 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych<sup>40</sup>).

Podsumowując, legitymację do wniesienia kasacji mają podmioty będące uczestnikami postępowania, którym doręcza się podlegające zaskarżeniu kasacją orzeczenie z uzasadnieniem sądu drugiej instancji<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> Poprzednio art. 392 § 2 k.p.c. przewidywał, że prokurator może wnieść kasację w sprawie, w której uczestniczył w postępowaniu apelacyjnym. Szeroko problematykę udziału prokuratora w postępowaniu kasacyjnym na gruncie uregulowania sprzed nowelizacji z 24 maja 2000 omawiał W. Broniewicz, *Prokurator w cywilnym postępowaniu kasacyjnym*, Prok. i Pr. 1997, nr 9, s. 14 i n.

<sup>37</sup> Dz.U. z 1991 r., Nr 109, poz. 471. Pewne odmienności występują w zakresie terminu do wniesienia kasacji. Zostały one omówione w rozdziale 1 poświęconym tej problematyce.

<sup>38</sup> Dz.U. z 1997 r., Nr 118, poz. 754 ze zm.

<sup>39</sup> Dz.U. z 1997 r., Nr 139, poz. 933 ze zm. Przepis art. 134 ustawy stanowi, że w sprawach cywilnych z zakresu tworzenia i działania funduszy inwestycyjnych Przewodniczącemu Komisji przysługują uprawnienia prokuratora wynikające z właściwych przepisów kodeksu postępowania cywilnego.

<sup>40</sup> Dz.U. z 1997 r., Nr 139, poz. 934 ze zm. Przepis art. 207 ustawy stanowi, że w sprawach cywilnych z zakresu tworzenia i działania funduszy Prezesowi Urzędu Nadzoru przysługują uprawnienia prokuratora, wynikające z właściwych przepisów kodeksu postępowania cywilnego.

<sup>41</sup> Por. W. Broniewicz, *Nowelizacja prawa postępowania cywilnego...*, s. 214.

## INFORMATYCZNE DOWODY RZECZOWE W POSTĘPOWANIACH KARNYCH

Następuje obecnie gwałtowny rozwój informatyzacji naszego życia. Z dnia na dzień wzrasta ilość sprzętu komputerowego zarówno w firmach, urzędach, uczelniach, szkołach i w domach u osób prywatnych. Użytkujemy coraz szybsze komputery, powszechnie korzystamy z poczty elektronicznej i przeglądamy światowe zasoby stron WWW, coraz częściej w sklepach płacimy kartami płatniczymi, a życzenia imieninowe zamiast na kartkach pocztowych składamy wysyłając sms'y. Skutkiem tych zmian jest również dynamiczny rozwój sieci teleinformatycznych.

Wraz z erą komputeryzacji systemy informatyczne i sprzęt służący przetwarzaniu danych stają się coraz częściej zarówno przedmiotem jak i narzędziem działań przestępczych. Komputer może być przedmiotem przestępstwa np. kradzieży, ale również może służyć jako narzędzie dla sprawców czynów zabronionych do fałszowania dokumentów czy środków płatniczych, piractwa programów komputerowych, stosowania groźby karalnej, zniesławienia, szpiegostwa, propagowania fałszu, rozpowszechniania pornografii z udziałem nieletnich, spowodowania niebezpieczeństwa powszechnego, sabotażu komputerowego itp.

W celu zobrazowania skali zagrożeń przestępstw z użyciem komputerów można wskazać za literaturą przedmiotu następujące dane FBI, zgodnie z którymi w USA „tradycyjny” napad na bank powoduje średnie straty około 8 tys. USD, podczas gdy przeciętna kradzież informacji (np. numerów kart kredytowych) z bankowego systemu komputerowego już 100 tys. USD, natomiast oszustwo komputerowe aż 500 tys. USD.

Uwzględniając powyższe informacje należy stwierdzić, iż dla organów ścigania coraz większego znaczenia nabierać będą w najbliższym czasie dowody działalności przestępczej, które można ujawnić i następnie zabezpieczyć w systemach teleinformatycznych oraz wszelkich innych urządzeniach służących przetwarzaniu danych.

Dowód w postępowaniu karnym to każdy dopuszczalny przez prawo środek służący dokonaniu określonych ustaleń, czyli służący ustaleniu okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia. Obowiązujący obecnie z 1997 roku kodeks postępowania karnego przez określenie „dowód” rozumie zarówno wyjaśnienia oskarżonego, zeznania świadków, samą osobę świadka i biegłego, otwarcie zwłok, oględzi-

ny, czynność przesłuchania, ciało ludzkie, jak również okazanie i konfrontację. Zawsze jest to jednak środek służący dokonaniu prawdziwych ustaleń faktycznych<sup>1</sup>. Mówiąc o informatycznych dowodach rzeczowych należy wspomnieć treść art. 115 § 14 kodeksu karnego, zgodnie z którym dokumentem jest nie tylko każdy przedmiot, ale również zapis na komputerowym nośniku informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne.

Dowodami rzeczowymi znajdującymi się w systemach informatycznych oraz w urządzeniach służących przetwarzaniu danych, stanowiącymi źródło wiedzy w zakresie rozstrzygnięcia postępowania karnego, mogą być:

- dokumenty elektroniczne,
- poczta elektroniczna,
- logi systemowe,
- informacje identyfikujące komputer,
- dane bilingowe,
- system kontroli dostępu,
- system telewizji użytkowej CCTV,
- elektroniczne systemy alarmowe.

Dowodami rzeczowymi mogą być znajdujące się w systemach informatycznych lub przechowywane na nośnikach magnetycznych **dokumenty elektroniczne**. Dokumentem elektronicznym jest informacja zapisana na nośniku elektronicznym (np. dyskietce, dysku twardym, krążku CD-ROM, karcie elektronicznej, taśmie magnetycznej itp.), który umożliwia jej zapis, przechowywanie oraz odczyt przy zastosowaniu technologii informatycznych. Dokumentami są efekty pracy programów jak na przykład materiały stworzone w edytorze tekstu czy pliki tabulogramów. Wszystkie one mogą być źródłem określonych informacji. Należy ich szukać nie tylko w określonych plikach, ale także w ich poprzednich wersjach, plikach tymczasowych, ukrytych i skasowanych. W tym miejscu należy wspomnieć, iż zgodnie z informacjami podawanymi przez firmy zajmujące się odzyskiwaniem utraconych danych informację można odzyskać w około 90% w przypadku awarii elektroniki i około 63% w przypadku uszkodzenia fizycznego nośnika. Należy mieć zatem świadomość, że zarówno plik wyglądający początkowo jako uszkodzony, lub niezawierający zapisanych żadnych danych nośnik może stać się źródłem niezastąpionych wiadomości. Dokumentów elektronicznych należy również poszukiwać w kopiach archiwalnych, które wykonywane są przez administratorów na wypadek wszelkich nieprzewidzianych okoliczności jakie mogą się pojawić, tj. awarii sprzętu, błędów oprogramowania czy użytkowników, włamania do systemu, pożaru, zalania wodą, kradzieży serwera, eksplozji ładunku wybuchowego, ataku terrorystycznego itp. Celem wykonywania archiwizacji jest zabezpieczenie danych i przy-

<sup>1</sup> T. Grzegorzczak, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1998, s. 3.

wrócenie pracy systemu. Ze względów bezpieczeństwa kopie zapasowe przechowywane są z reguły daleko od miejsc przetwarzania, często w specjalnych szafach na nośniki magnetyczne, które odporne są na bardzo wysoką temperaturę, zalanie wodą, reakcję związków chemicznych oraz zabezpieczają je przed dostępem osób niepowołanych. Z tego powodu zarchiwizowane dane mogą posłużyć porównaniom aktualnego stanu systemu z zapisaną wcześniej kopią, odnalezieniu poprzednich wersji dokumentów sporządzonych przez użytkowników czy poczty elektronicznej znajdującej się na serwerze pocztowym w określonym przez nas dniu.

**Poczta elektroniczna** to forma przekazu umożliwiająca przesyłanie informacji w postaci listów elektronicznych, które można zobaczyć na ekranie komputera lub wydrukować. Poczta internetowa jest chyba najczęściej używaną usługą wśród użytkowników Globalnej Sieci Informatycznej (Internetu) i jest podstawowym sposobem wymiany informacji w sieciach komputerowych. Oprócz przekazywania tekstu może służyć do przesyłania załączników. Załącznikami listów mogą być pliki o dowolnej treści, np. dokumenty edytorów tekstu i arkuszy kalkulacyjnych, pliki graficzne, muzyczne, video itp. Listów elektronicznych należy szukać w programach pocztowych komputerów użytkowników lub na serwerach pocztowych, na których listy e-mail znajdują się do czasu ich odebrania przez adresata. W określonych sytuacjach także adres poczty elektronicznej może stanowić źródło wiedzy dla prowadzonego przez organy ścigania postępowania przyczyniające się do identyfikacji nadawcy lub odbiorcy. Należy jednak wspomnieć, iż możliwe jest podszywanie się osób trzecich pod użytkownika elektronicznego przekazu wiadomości.

**Logi systemowe** to najczęściej pliki tekstowe, w których zapisywane są wiersze po wierszu przez system operacyjny określone wydarzenia. Tworzą one historię pracy systemu. Mogą stanowić źródło informacji o pomyślnych i nieudanych próbach wejścia do systemu, zalogowanych użytkownikach z adresem ich komputera i przebiegiem oraz czasem ich pracy, przeprowadzonych połączeniach modemowych, uruchomionych programach, dostępie użytkowników do poszczególnych katalogów i plików itp. Z plików rejestrujących możemy dowiedzieć się również o stronach WWW na jakie zaglądali użytkownicy, jakie pliki ściąkali i wysyłali. Interpretacja informacji zawartych w logach ma na celu nie tylko uzyskanie wiedzy na temat nieupoważnionych użytkowników, ale także służy do identyfikacji występujących błędów oraz monitorowania pracy systemu. Połączenie informacji z różnych plików rejestrów jest z pewnością dobrym źródłem wiedzy o pracy systemu. Pamiętać jednak należy, że logi systemowe podatne są na zmiany, podmianę oraz skasowanie. Analizując je należy zwrócić zatem szczególną uwagę na to czy są spójne, czy nie ma w nich „dziur czasowych” oraz innych symptomów mogących wskazywać na ich nieautoryzowaną modyfikację. Jednym z najprostszych i zarazem najbardziej skutecznych mechanizmów zabezpieczających omawiane pliki jest ich dodatkowa archiwizacja na innym serwerze. Sprawdzić

należy zatem, czy taki sposób zabezpieczenia logów był stosowany i ewentualnie poddać go również analizie.

**Identyfikacja komputera.** Każdy komputer w sieci Internet ma przypisany niepowtarzalny, w danej chwili, adres IP (ang. Internet Protocol address) w postaci czterech 8-bitowych liczb przybierających wartość od 0 do 255 oddzielonych kropkami. Przykładowo 193.59.104.11 jest adresem strony głównej Sejmu RP. Należy traktować taki adres jak numer telefonu, którego znajomość pozwala na nawiązanie połączenia z innym komputerem i wymianę danych.

Każdy z czterech członów adresu IP oznacza co innego i pozwala na zakreślenie coraz to mniejszego obszaru w którym można poszukiwać danego urządzenia. Poprzez jeden człon odnajdziemy określoną sieć, poprzez następny odnajdziemy mniejszą sieć i tak do konkretnego komputera. Pulę (zakresy) adresów IP tworzą tzw. klasy, które są przydzielane firmom będącym dostawcami połączeń internetowych. Ze względu na swą unikalność – adres IP w połączeniu z dokładnym określeniem czasu – jednoznacznie identyfikuje urządzenie w sieci Internet oraz firmę, z której puli pochodzi. Określenie czasu jest szczególnie istotne tam, gdzie dany użytkownik łączy się z Internetem za pomocą modemu telefonicznego lub otrzymuje dynamiczny adres IP, tzn. pierwszy wolny w danej chwili z określonego zakresu. Przy połączeniach modemowych sygnał z informacjami przesyłany jest, z grubsza biorąc, za pomocą tych samych urządzeń co rozmowa telefoniczna. Za każdym razem gdy posiadacz modemu chce połączyć się z Internetem, operator sieci telefonicznej przydziela mu numer IP. Jest to numer który nie jest przypisany raz na zawsze jakiemuś użytkownikowi, tylko jak np. samochód z wypożyczalni, oddawany jest danej osobie na czas bytności w sieci. W takiej sytuacji, aby określić jaki komputer korzystał z danego adresu IP, należy sprecyzować datę i godzinę. Tym samym wszelka aktywność danego komputera w sieci, będzie związana z jego adresem IP. Dokonuje się tego za pomocą *bilingu*, wykazującego jaki numer i kiedy łączył się z numerem umożliwiającym wejście do Internetu<sup>2</sup>. W Internecie dostępnych jest jednak wiele publikacji poświęconych podszywaniu opartym na fałszowaniu adresu IP.

**Dane bilingowe** zawierają informacje o numerze stacji abonenta, adresie abonenta, liczbie jednostek taryfikacyjnych zaliczonych na rzecz danej stacji w przyjętym okresie rozliczeniowym, numerach z którymi abonent uzyskał połączenie, dacie uzyskania i czasie trwania połączenia oraz o jego rodzaju (międzynarodowe, krajowe, lokalne, Internet). Operator jest zobowiązany do rejestracji danych o wykonanych usługach telekomunikacyjnych, w zakresie umożliwiającym ustalenie należności za wykonanie tych usług oraz rozpatrzenie reklamacji i przechowywania

<sup>2</sup> M. Kliś, A. Stella-Sawicki: [http://www.vagla.pl/skrypts/dowody\\_cyfrowe.htm](http://www.vagla.pl/skrypts/dowody_cyfrowe.htm), Listopad 2001.

ich przez okres co najmniej 12 miesięcy, a w przypadku wniesienia reklamacji przez okres niezbędny do rozstrzygnięcia sporu<sup>3</sup>.

**Systemy kontroli dostępu** do pomieszczeń to wyspecjalizowane urządzenia identyfikująco-sterujące, współpracujące z różnego rodzaju urządzeniami identyfikacyjnymi (np. manipulatorami szyfrowymi, czytnikami kart magnetycznych, zbliżeniowych, punktów siatkówki oka, odcisku palca czy dłoni, porównujące cechy głosu) oraz urządzeniami wykonawczymi (np. blokadami magnetycznymi, ryglami i zworami umożliwiającymi otwarcie drzwi, urządzeniami ograniczającymi dostęp do określonych urządzeń i elementów takich jak komputery, drukarki przemysłowe, kserokopiarki, specjalistyczne oprogramowanie). Systemy kontroli dostępu pozwalają na ograniczanie i kontrolowanie dostępu do całych obiektów, stref, poszczególnych pomieszczeń oraz zasobów. W zależności od rodzaju urządzeń identyfikacyjnych system kontroli dostępu może dostarczać nam różne informacje. W przypadku użytkowania czytników bazujących na porównywaniu punktów siatkówki oka (obraz źrenicy oka stabilizuje się w około 3 roku życia i jest niezmienny do około 10 sekund po ustaniu czynności życiowych), lub odcisków linii papilarnych identyfikacja taka będzie niezaprzeczalna. W sytuacjach stosowania na przykład czytników kart zbliżeniowych uzyskamy informacje o numerach użytych kart, które posłużyły do pokonania blokady w interesującym nas przedziale czasowym. Omawiając informacje rejestrowane przez systemy kontroli dostępu wspomnieć należy o dostępnych na naszym rynku zamkach elektronicznych. Zamki tego typu posiadają wbudowaną pamięć rejestrującą datę, czas i identyfikator zdefiniowanego użytkownika, który dokonuje otwarcia lub zamknięcia zamka. Posiadają one swoje źródło zasilania i mogą posiadać informacje do kilku tysięcy otwarć i zamknięć zamka.

**Systemy telewizji użytkowej CCTV** służą do obserwacji oraz rejestracji wybranych stref chronionego obiektu oraz często jego otoczenia. Dynamiczny rozwój technik przetwarzania i przekazu obrazu sprawia, iż cyfrowe systemy telewizji użytkowej wypierają urządzenia analogowe. Spotykamy się obecnie również z systemami, które łączą w sobie zapis cyfrowy i analogiczny. W systemach tego typu bieżący obraz rejestrowany jest na kasetach analogowych, jednak w przypadku wystąpienia jakiegokolwiek sygnału alarmowego aktualny obraz w postaci cyfrowej wraz z kilkuminutową „historią” poprzedzającą wystąpienia sygnału alarmowego wysyłany jest na przykład do centrum monitoringu i tam również zapisywany. Materiał rejestrowany systemami nadzoru telewizyjnego ma duże znaczenie jako materiał dokumentacyjny nie tylko dla użytkowników, ale również może być wykorzystywany przez organy ścigania.

<sup>3</sup> A. Lach, *Dowody elektroniczne. Pojęcia i klasyfikacja*, Security Magazine nr 4 (kwiecień 2001), s. 24.

**Elektroniczne systemy alarmowe** to urządzenia służące sygnalizacji zagrożenia chronionych dóbr czyli osób (bezpieczeństwo życia, zdrowia i nieetykalności osobistej), lub mienia (działania zapobiegające powstaniu szkody wskutek przestępstw i wykroczeń przeciwko mieniu), ewentualnie jednocześnie osób i mienia. Urządzenia rejestrujące systemów alarmowych służą do zapisu zdarzeń związanych z pracą systemu alarmowego z podaniem daty i czasu, tj. alarmu, awarii oraz okresowych wyłączeń systemu. Występujące zdarzenia mogą być uwidaczniane na bieżąco na ekranie monitora, tablicach, sygnalizatorach i manipulacjach, ale równocześnie zapisywane są na wydruku lub w pamięci komputera. Podobnie jak obraz z systemu telewizji cyfrowej informacje zapisywane przez systemy alarmowe mogą być przesyłane w inne miejsce i tam również archiwizowane.

Przedstawiając źródła informacji, które mogą być wykorzystane w postępowaniach karnych nie możemy zapomnieć o samym miejscu, gdzie użytkowany jest sprzęt informatyczny lub urządzenia przetwarzające dane, a służące do dokonywania przestępstw. Wartość dowodową może mieć coś, co akurat znajduje się na monitorze komputera i co w celu udokumentowania należy sfilmować lub sfotografować. Okazać może się również iż wartość dowodową mają książki, papiery i notatki, instrukcje obsługi sprzętu oraz programów, zapisane gdzieś na kartkach hasła znajdujące się pod biurkami, stołami, krzesłami, wewnątrz instrukcji i książek, lub informacje zapisane w pamięci telefonów, faksów i modemów itp.

Omawiając przykładowe źródła informacji, które mogą być wykorzystane jako dowody w prowadzonych postępowaniach należy zwrócić szczególną uwagę, iż są to jedynie elektroniczne zapisy informacji. Uwzględniając zatem łatwą możliwość zmian i zniszczenia zapisów w pamięci komputera czy na nośnikach magnetycznych należy przy badaniu informatycznych materiałów dowodowych przyjąć zasadę „po pierwsze nie szkodzić”. Zgodnie z tą zasadą:

- nigdy nie należy robić czegoś, co mogłoby spowodować usunięcie lub zapisanie innych danych na nośniku,
- zawsze dokumentować wykonywane czynności,
- zawsze pracować przy badaniu materiału źródłowego na kopii.

Przyjęcie takich zasad postępowania powinno zapewnić wiarygodność oraz autentyczność zabezpieczonych dowodów, a także zagwarantować bezpieczeństwo przed ich uszkodzeniem lub utratą. Ujawniając i zabezpieczając elektroniczne dowody rzeczowe należy zwrócić wyjątkową uwagę na sposób oraz okoliczności w jakich zostały one stworzone, przechowywane, ujawnione, a następnie zabezpieczone. Należy bowiem w trakcie prowadzonych czynności jednoznacznie wykluczyć sytuację, że zostały one zmienione lub podmienione.

Mówiąc o dokumentach elektronicznych i informatycznych dowodach rzeczowych należy wspomnieć, że elektroniczny zapis informacji nie jest rzeczą i nie posiada atrybutu przedmiotu. Jednak w przypadku przechowywania w systemie lub

na nośniku magnetycznym jest on z takim przedmiotem (nośnikiem danych) nierozwalnie związany. Ze względu na cel czynności procesowych nośniki danych będące przedmiotem czynności powinny być poddane oględzinom, w szczególności pod kątem wartości dowodowej utrwalonego zapisu. Z procesowego punktu widzenia informacja zapisana tuszem na papierze nie różni się niczym od zapisu elektromagnetycznego na nośniku. Przyjmuje się zatem, że do elektronicznego zapisu informacji mają zastosowanie w drodze analogii przepisy o przeszukaniu i zatrzymaniu pism, dokumentów, notatek itp.<sup>4</sup>.

Reasumując stwierdzić należy, iż rozwój technologii komputerowej coraz częściej wymuszać będzie po sięganie przez organy ścigania do dowodów rzeczowych znajdujących się w systemach informatycznych oraz urządzeniach służących przetwarzaniu danych. Jednocześnie pamiętać należy, że sprzęt informatyczny oraz tworzone systemy stają się coraz bardziej skomplikowane i zawierają coraz więcej informacji, które mogą zostać wykorzystane nie tylko przez organy ścigania, ale także przez osoby zajmujące się bezpieczeństwem informatycznym.

---

<sup>4</sup> A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 199.

## UWAGI NA TEMAT WYBRANYCH ASPEKTÓW FUNKCJONOWANIA KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO

### I. Uwagi wstępne

Jednym z celów zmian zachodzących w systemie prawa III Rzeczypospolitej było i jest ciągle jego unowocześnianie, w tym także tworzenie takich regulacji, które odpowiadałyby potrzebom obrotu gospodarczego<sup>1</sup>. Ustawą z 15 września 2001 r. Kodeks spółek handlowych (dalej jako k.s.h.) oraz ustawą z 20 sierpnia 1997 r. – o Krajowym Rejestrze Sądowym<sup>2</sup> wprowadzone zostały na potrzeby dynamicznie rozwijającego się rynku nowe regulacje dotyczące sposobu rejestrowania przedsiębiorców. Postulat akcentujący potrzebę wskazanej regulacji był już od kilku lat akcentowany w piśmiennictwie fachowym. Wypowiadające się w nim autorytety z dziedziny prawa cywilnego i handlowego wskazywały przede wszystkim na niedostatki dotychczasowego systemu, który zamiast porządkować i koncentrować dane podlegające rejestracji, powodował – przez swą niespójność – sytuację daleką od tego, co określa się zasadą „pewności obrotu gospodarczego”<sup>3</sup>.

Artykuł przedstawia tylko fragment działalności Krajowego Rejestru Sądowego – system rejestracji przedsiębiorców. Uwagi o jego funkcjonowaniu dotyczyć będą w głównej mierze kwestii spornych, które pojawiły się w praktyce działania Wydziałów KRS. Pozostałe kwestie związane z funkcjonowaniem KRS jako całości, a więc rejestru stowarzyszeń oraz rejestru dłużników niewypłacalnych pozostają poza sferą ocen autora.

---

<sup>1</sup> Por. Uzasadnienie projektu do k.s.h. – druk sejmowy nr 1687 Sejmu RP III kadencji.

<sup>2</sup> Dz.U. 2001, Nr 17, poz. 209 z późn. zm.

<sup>3</sup> Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o sądowym rejestrze gospodarczym, rejestrze stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji i publicznych zakładów opieki zdrowotnej oraz o Krajowym Rejestrze Sądowym, Druk sejmowy nr 1882 Sejmu RP II kadencji (ustawa uchwalona została jako ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym).

## II. Organizacja KRS

Ustawodawca tworząc Krajowy Rejestr Sądowy wyszedł naprzeciw postulatom koncentracji informacji gospodarczej w jednej instytucji. Krajowy Rejestr Sądowy skupia w sobie rejestry trzech grup podmiotów: rejestr przedsiębiorców, rejestr stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, oraz rejestr dłużników niewypłacalnych<sup>4</sup>. Spółki prawa handlowego podlegają rejestrowaniu w pierwszym z nich, niezależnie od tego, czy przedmiotem ich działalności jest prowadzenie działalności gospodarczej. W świetle art. 151 § 1 k.s.h. spółka z o.o. może być utworzona w każdym celu prawnie dopuszczalnym, chyba że ustawa stanowi inaczej – oznacza to, iż przedmiot jej działania nie musi mieć charakteru gospodarczego. Krytycznie należy ocenić brak korelacji przepisów ustawy o KRS z prawem działalności gospodarczej (art. 2)<sup>5</sup>, według którego przedsiębiorcą jest podmiot wykonujący zawodowo i we własnym imieniu działalność zarobkową prowadzoną w sposób zorganizowany i ciągły. Porównując brzmienie powyższego przepisu z listą podmiotów, które podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców okazuje się, że jest tam miejsce dla podmiotów, które nie spełniają cech definicji ustawowej prawa działalności gospodarczej<sup>6</sup>. Oznacza to, iż rejestr przedsiębiorców obejmuje zarówno podmioty, które prowadzą działalność gospodarczą (osoby fizyczne), lub są tworzone w celu podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej, jak i podmioty, które podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców nawet wtedy, gdy nie mają zamiaru i nie wykonują działalności gospodarczej, bowiem utworzono je dla innych celów (np. jednostki badawczo-rozwojowe, spółdzielnie mieszkaniowe lub spółdzielnie oszczędnościowe, spółki prawa handlowego tworzone w celach innych niż gospodarcze). Ta druga grupa podmiotów staje się przedsiębiorcami także wówczas, gdy nie podejmuje i nie wykonuje działalności gospodarczej, co w sposób oczywisty przeczy definicji przedsiębiorcy przyjętej w art. 2 ust. 2 prawa działalności gospodarczej<sup>7</sup>.

Rejestr przedsiębiorców, powołany do życia przez ustawę o KRS, jest prowadzony w systemie informatycznym. Informacje na temat danych zawartych w KRS są dostępne dla podmiotów zainteresowanych za pośrednictwem Centralnej Informacji KRS<sup>8</sup>. Dzięki wspomnianej nowej instytucji następuje rozdzielenie funkcji rejestracyjnej od informacyjnej<sup>9</sup>. Tym samym za słuszne należy uznać zlikwidowanie

<sup>4</sup> Szerzej na temat organizacji KRS: I. Antczak-Bogajczyk, T. Kulig, *Rejestracja spółek w świetle regulacji Kodeksu spółek handlowych i ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym*. Materiały konferencyjne „Nowe prawo spółek”, Poznań – Sieraków 2001.

<sup>5</sup> Ustawa z 19 listopada 1999 r., Dz.U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.

<sup>6</sup> Por. I. Antczak-Bogajczyk, T. Kulig, *op. cit.*, s. 15 i n.

<sup>7</sup> C. Kosikowski, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, Państwo i Prawo 2001, nr 4, poz. 15.

<sup>8</sup> Szerzej patrz: E. Turski, *KRS: praktyczne uwagi do formularzy*, Monitor Prawniczy nr 18 z 2001 r.

<sup>9</sup> D. Bugajna-Sporczyk, K. Kuć-Kwaśniewicz, *Krajowy Rejestr Sądowy – uwagi praktyczne*, Monitor Prawniczy nr 4 z 2001 r.

ewidencji działalności gospodarczej, która do tej pory pełniła funkcję *quasi*-rejestru, zaś dane w niej zawarte były rozproszone i trudno dostępne (nie istniał ogólnokrajowy spis podmiotów)<sup>10</sup>. Instytucjonalnie rzecz ujmując Centrum Informacji KRS stanowi komórkę organizacyjną Ministerstwa Sprawiedliwości z oddziałami przy sądach rejestrowych. Podstawowym zadaniem Centralnej Informacji jest prowadzenie zbioru danych i udzielanie informacji z rejestru. Osoby zainteresowane mogą uzyskać odpisy, wyciągi i zaświadczenia z rejestru, które mają moc dokumentów wydawanych przez sąd<sup>11</sup>. Wszystkie wspomniane wyżej czynności są odpłatne<sup>12</sup>. Ponadto zadaniem Centralnej Informacji jest przekazywanie z urzędu organom samorządu gminnego, właściwym według miejsca zamieszkania (siedziby) przedsiębiorcy, danych z Rejestru o wpisaniu przedsiębiorcy i jego wykreśleniu wraz z adresem i przedmiotem jego działalności, w terminie 7 dni od dnia wprowadzenia tych danych do rejestru<sup>13</sup>.

Jest to rozwiązanie nowe, które powinno zasługiwać na aprobatę, pod warunkiem oczywiście, iż w przyszłości będzie sprawnie funkcjonowało w praktyce. Obecnie częste przestoje i okresy, kiedy system komputerowy jest zawieszony powodują, iż znacznie utrudnione jest korzystanie z informacji znajdujących się w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Oceniając pozytywnie wprowadzenie do systemu rejestracji przedsiębiorców, instytucji umożliwiającej dostęp do danych także o zasięgu krajowym, nie sposób przyznać racji głosom krytycznym skierowanym pod adresem ustawodawcy z powodu zbyt ubogiej regulacji Centralnej Informacji w ustawie i uregulowania większości przedmiotowej materii w drodze rozporządzeń<sup>14</sup>. Szczególnie dotkliwie odczuwalny może być brak ustawowej regulacji zasad odpowiedzialności za ewentualne szkody spowodowane wadliwym działaniem tej instytucji<sup>15</sup>.

Kolejną nowością, zasługującą na aprobatę jest sprzężenie rejestru z systemami numeracji REGON i PESEL, co w zasadniczy sposób usprawnia przeprowadzanie kontroli danych rejestrującego się przedsiębiorcy.

<sup>10</sup> M. Wrzolek-Romańczuk, *Krajowy Rejestr Sądowy – u progu XXI wieku*, „Palestra” 1997, nr 9–10, s. 20.

<sup>11</sup> Por. E. Marszałkowska-Krześ, *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 16 i n.

<sup>12</sup> Z dochodów uzyskanych z opłat tworzy się środek specjalny Ministerstwa Sprawiedliwości, który przeznaczają na usprawnienie funkcjonowania sądów powszechnych, a w szczególności na koszty ich działalności podstawowej oraz zakupy inwestycyjne (art. 4 ust. 5 ustawy o KRS).

<sup>13</sup> Szerzej patrz: E. Marszałkowska-Krześ, *op. cit.*, s. 35 i n.

<sup>14</sup> Art. 6 ustawy o KRS zawiera trzy delegacje ustawowe dla Ministra Sprawiedliwości do wydania dwóch rozporządzeń i zarządzenia.

<sup>15</sup> Tak J. Szwaja, *O potrzebie reformy systemu rejestracji przedsiębiorców i innych podmiotów oraz o proponowanym rejestrze sądowym*, s. 315.

### III. Postępowanie rejestrowe

Podstawowym źródłem prawa regulującym zasady rejestracji podmiotów jest Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Wprowadza ona ogólną zasadę, że do postępowania przed Krajowym Rejestrem Sądowym stosuje się przepisy postępowania nieprocesowego<sup>16</sup>. Dodatkowo ustawodawca wprowadza w części pierwszej, księdze drugiej, tytule drugim Kodeksu postępowania cywilnego nowy dział VI – „Postępowanie rejestrowe”. Przepisy tego działu stosuje się wprost do postępowań rejestrowych przed Krajowym Rejestrem Sądowym.

Opisywany dział zawiera przepisy modyfikujące ogólne zasady postępowania nieprocesowego. Główna modyfikacja sprowadza się do konkluzji, że uczestnikiem każdego postępowania rejestrowego jest podmiot wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego. Część przepisów postępowania zawarta jest w Ustawie oraz Przepisach Wprowadzających Ustawę<sup>17</sup>, w przeważającej części jednak znajdują się one w przepisach k.p.c. o postępowaniu nieprocesowym<sup>18</sup>.

Z uwagi na rodzaj czynności dokonywanych przez sąd rejestrowy wyróżnić możemy dwa etapy postępowania: rozpoznanie merytoryczne przez sędziego (referendarza) oraz wpisywanie danych do systemu wpisów.

W toku postępowania rejestrowego (w pierwszym z wymienionych etapów) powstać mogą uchybienia formalne, które podzielić można na cztery grupy:

1. braki wymienione w art. 19 ustawy o KRS, skutkujące zwrotem wniosku przez sąd, bez wzywania do usunięcia braku. Braki te nazwano wyraźnie brakami wniosku;

2. braki inne niż wymienione w art. 19 ustawy o KRS, ale będące brakami z kategorii wymienionych w art. 130<sup>1</sup> k.p.c. braków uniemożliwiających nadanie wnioskowi prawidłowego biegu. Brakami takimi może być np. brak pełnomocnictwa procesowego lub wystarczającej ilości odpisów wniosku w rzadkiej niewątpliwie, ale możliwej sytuacji występowania większej ilości uczestników postępowania<sup>19</sup>;

3. braki merytoryczne wniosku, o których mowa w art. 165 k.s.h., gdzie nazwano je brakami zgłoszenia, a więc (zgodnie ze wskazanym wyżej pojęciem) zgłosze-

<sup>16</sup> Por. art. 7 ustawy o KRS.

<sup>17</sup> W szczególności, jak wskazywałem powyżej w postępowaniu o pierwszy wpis do rejestru wyłączone jest stosowanie art. 130<sup>1</sup> kodeksu postępowania cywilnego. Oznacza to, że mimo obowiązku dokonywania zgłoszeń na formularzach, formularz nieprawidłowo wypełniony nie podlega zwrotowi, lecz wnioskodawca wzywany jest do uzupełnienia braków.

<sup>18</sup> Szerzej na temat postępowania rejestrowego patrz: P. Bielski, *Spółki handlowe jako przedsiębiorcy rejestrowi*, cz. I i II, *Prawo Spółek* nr 2 i 3, 2001 r.; M. Leśniak, *Postępowanie w sprawach o wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2001 r., nr 5, s. 11 i n.

<sup>19</sup> W wypadku wystąpienia innych braków formalnych niż wymienione w art. 19 ustawy o KRS zastosowanie ma art. 130 k.p.c. i wezwanie do usunięcia braków. Niedopuszczalne wydaje się stosowanie art. 130<sup>1</sup> k.p.c., bowiem prowadziłoby to do wystąpienia dwóch różnych modeli postępowania w tej samej sprawie, z których jeden kończyłby się zażaleniem, a drugi nie.

nia) brakami w danych podlegających ujawnieniu odnośnie do spółki. Skutkiem ich wystąpienia jest wezwanie do ich usunięcia pod rygorem odmowy wpisu<sup>20</sup>;

4. drobne uchybienia, wymienione w art. 164 § 3 k.s.h., których wystąpienie nie może skutkować odmową wpisu. Co do tej kategorii istotne jest czy ogranicza się ona tylko do braków merytorycznych, czy też dotyczyć może braków formalnych<sup>21</sup>.

Drugi etap czynności sądu, stworzony dla przyspieszenia postępowania i usprawnienia działalności przedsiębiorców, w praktyce dokonywania wpisów spowodował szereg komplikacji. Wpis do rejestru polega bowiem na wprowadzeniu do systemu informatycznego danych zawartych w postanowieniu sądu niezwłocznie po jego wydaniu. Wpis jest dokonany z chwilą zamieszczenia danych w rejestrze. W praktyce powyższe rozwiązanie okazało się trudne do realizacji. System wielokrotnie ulega awarii (zawieszeniu), co paraliżuje działalność wszystkich wydziałów Krajowego Rejestru Sądowego<sup>22</sup>. Stan ten potwierdza paradoks regulacji polegający na tym, że wpis przedsiębiorcy do Krajowego Rejestru Sądowego dokonywany jest nie z datą wydania postanowienia przez sąd, lecz z datą jego faktycznego umieszczenia w systemie przez pracowników administracyjnych<sup>23</sup>.

Opisana sytuacja powoduje także problemy natury praktycznej; z wpisem do rejestru kodeks spółek handlowych wiąże bowiem okoliczność uzyskania przez nią osobowości prawnej. Także dla oceny skutków dopuszczalności czynności cywilnoprawnej czy też zobowiązań podatkowych i celnych, w określonych prawem sytuacjach istotne znaczenie będzie miała data dokonania wpisu. Należy jednak zauważyć, iż uwaga ta nie odnosi się jedynie do wpisów o charakterze konstytutywnym. W praktyce istotne znaczenie przypada także wpisowi deklaracyjnemu członków władz np. wpisaniu członków zarządu czy określeniu sposobu reprezentacji podmiotu w KRS. W tym zakresie najważniejszym dokumentem będzie właśnie aktualny odpis z rejestru, a jego brak może znacznie komplikować, a nawet paraliżować działalność przedsiębiorcy. Niewątpliwie dzisiejsze uregulowania rejestrowe zawarte w ustawie o KRS są konsekwencją zasady jawności rejestru i jego powszechnej dostępności, nie można jednak nie zauważyć, że w wyniku jego prak-

<sup>20</sup> Z reguły sądy rejestrowe wzywają wnioskodawców do usunięcia ww. braków, jednakże należy zwrócić uwagę na fakt, iż według § 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 21 grudnia 2000 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego i szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach, Dz.U. Nr 117 z 2000 r., poz. 1237, to sąd określa w postanowieniu treść wpisu w rejestrze, a więc niewątpliwie powinien dokonać odpowiednich korekt w treści złożonego formularza, jeżeli jest to konieczne i możliwe na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach.

<sup>21</sup> Por. W. Łukowski, *Pojęcie zgłoszenia sądowi rejestrowemu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Materiały konferencyjne „Nowe prawo spółek”, Poznań – Sieraków 2001.

<sup>22</sup> Obecnie od zarządzenia sędziego (referendarza) o wpisie przedsiębiorcy do KRS do wydania postanowienia mija w Sądzie Rejonowym w Poznaniu i Wrocławiu ok. 2 miesiące.

<sup>23</sup> Por. A. Wiśniewski, *Przepisy o Krajowym Rejestrze Sądowym a reforma prawa handlowego*, cz. I, Przegląd Prawa Handlowego 1999, nr 4, s. 3 i n.

tycznego stosowania pracownikom administracyjnym przyznano istotną (czasem wręcz kluczową) rolę w procesie rejestracji podmiotów (o dacie postanowienia decyduje bowiem czas, w jakim pracownicy administracyjni wprowadzą dane przedsiębiorcy do KRS).

Innym ważnym problemem praktycznym, przed jakim stanęły sądy, a także sami rejestrujący, był właściwy dobór formularzy dla przerejestrowania podmiotu. Na początku funkcjonowania KRS nie było bowiem jasne, czy spółka, która dokonuje „przerejestrowania” w związku ze zmianą danych winna uczynić to na formularzu przeznaczonym do rejestracji czy też do zmian czy też obu jednocześnie. Sądy, a nawet sędziowie w ramach jednego wydziału, niejednolicie interpretowali przepisy wzywając do uzupełnienia braków przez złożenie właściwego formularza z odpowiednimi załącznikami. Brak jednolitego stanowiska wśród sędziów powodował – co łatwo sobie wyobrazić, znaczne nieporozumienia w praktyce i niezadowolenie przedsiębiorców – często także klientów kancelarii adwokackich. Niejednokrotnie zdarzało się, że dwa identyczne co do treści wnioski były odmiennie rozpoznawane. Obecnie wydaje się, że ugruntowała się praktyka dokonywania „przerejestrowania” na formularzu do rejestracji i uwzględniania w nim zmian, które zaszyły w spółce. Praktykę tę należy ocenić pozytywnie zarówno ze względów ekonomiki postępowania, jak i prawdziwości danych zawartych w rejestrze. W innym bowiem razie przedsiębiorca we wniosku byłby zmuszony podawać nieprawdziwe (nieaktualne) dane. Sąd zaś, który na podstawie art. 23 Ustawy o KRS kontroluje prawdziwość złożonego wniosku pod względem merytorycznym, zmuszony byłby wniosek oddalić<sup>24</sup>.

Z zagadnieniem powyższym wiązał się także problem opłat, które należy uiścić za „przerejestrowanie”. Zarówno dla sądów jak i wnioskodawców nie do końca było jasne czy wniosek o przerejestrowanie zawierający w sobie wniosek o wpis zmian objęty jest ustawowym zwolnieniem od kosztów sądowych zgodnie z art. 7 Przepisów Wprowadzających Ustawę, czy też konieczne jest uiszczenie 400 złotych tytułem wpisu zmian w rejestrze. Ostatecznie wydaje się, iż ugruntowała się praktyka niepobierania wpisów sądowych od wspomnianego wniosku, a jedynie opłaty za publikację w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

Na skutek różnic, a także braku dostosowania ustawy o KRS do Kodeksu spółek handlowych, sądy rejestrowe zaczęły żądać przedstawiania coraz to nowych dokumentów, niezależnie od wymogów określonych Ustawą i Przepisami Wprowadzającymi Ustawę. Niektóre z sądów żądają więc przedstawienia oświadczenia przez każdego z członków zarządu potwierdzającego fakt, że nie był on skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwa wskazane w art. 18 § 2 k.s.h. Ocena powołanego przepisu k.s.h. wydaje się pozostawać poza ramami tematycznymi niniejsze-

<sup>24</sup> Por. K. Wiater, *Kilka uwag na temat początkowego funkcjonowania nowego sposobu rejestracji*, Materiały konferencyjne „Nowe prawo spółek”, Poznań – Sieraków 2001, s. 50 i n.

go artykułu, na marginesie należy jednak zauważyć, iż przywołany przepis k.s.h. pomija pewne grupy przestępstw jako nieistotne dla rzetelności sprawowania funkcji przez członków zarządu. Również jego praktyczne stosowanie stanowi istotne zaskoczenie dla przedsiębiorców (w szczególności ze względu na krótki termin do uzupełnienia braków wniosku)<sup>25</sup>. Wykonanie zarządzenia sądu staje się wręcz niemożliwe w przypadku żądania przedstawienia zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych o niekaralności cudzoziemskiego członka zarządu<sup>26</sup>.

Inne problemy wynikają również z niedostosowania regulacji k.s.h. i ustawy o KRS w zakresie wymogów dotyczących umowy spółki. Kodeks wskazuje, że umowa spółki winna określać przedmiot działalności spółki. Ustawa wymaga, by przedmiot jej działalności został określony zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności, nie precyzując jednakże wymaganego stopnia zgodności z PKD<sup>27</sup>. W praktyce pojawiły się różne koncepcje określania przedmiotu działalności przez spółki. Przykładowo, poprzez dopisanie na formularzu wniosku odpowiedniego rodzaju działalności według PKD jednocześnie bez zmiany umowy spółki lub poprzez zgłoszenie przedmiotu działalności w brzmieniu EKD i zmianę jedynie numeracji klasyfikacji, czy wreszcie poprzez pełną zmianę umowy spółki w zakresie przedmiotu działalności w wyniku wpisania określeń i numeracji PKD. Każda z powyżej wskazanych możliwości była początkowo przez sądy tolerowana, jednakże obecnie, zważywszy na ryzyko i konsekwencje odrzucenia wniosku, spółki dokonują pełnej zmiany umowy spółki.

Kolejnym wymogiem wprowadzonym przez Ustawę o KRS jest obowiązek ujawniania w spółkach kapitałowych członków Rady Nadzorczej wraz z podaniem ich funkcji w organie oraz wspólników spółki posiadających ponad 10% kapitału zakładowego. Wymaga się również zaznaczenia, że wspólnik jest jedynym wspólnikiem spółki oraz podania jego adresu. Wymóg ten będzie miał znaczenie przy ocenie czynności podejmowanych przez wspólnika w związku z treścią przepisu art. 173 k.s.h.<sup>28</sup>.

## IV. Podsumowanie

Niewątpliwie pewne ograniczenia sądu i niedociągnięcia w jego działalności wynikają z prowadzenia rejestru w systemie informatycznym. Jak wskazano powy-

<sup>25</sup> Spotkać można zarządzenia sądów rejestrowych, gdzie zobowiązuje się pełnomocnika procesowego wnioskodawcy do złożenia w terminie 7 dni informacji (łącznie z oryginalnym wypisem z rejestru handlowego) o jedynym wspólniku wnioskodawcy będącym spółką akcyjną prawa szwedzkiego.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Szerzej na temat problemów praktycznych z dostosowaniem umów spółek handlowych z Polską Klasyfikacją Działalności patrz: L. Leśniak, W. Łukowski, *Wybrane problemy związane ze stosowaniem ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym*, Przegląd Prawa Handlowego 2001, nr 9, s. 11 i n.

<sup>28</sup> Por. W. Łukowski, *op. cit.*, s. 65 i n.

żej, to w zasadzie nie sędzia, lecz pracownik administracyjny i działanie systemu informatycznego decydują o dacie dokonania wpisu, może się także okazać, że pion administracyjny oraz system będzie spełniał decydującą rolę w sprawie treści wpisu. Stwierdzenie takie nasuwa się po przeanalizowaniu praktyki stosowania przepisów ustawy o KRS, dotyczących ograniczenia dopuszczalnej ilości znaków w każdej z rubryk wpisu<sup>29</sup>. Wyobraźmy sobie bowiem sytuację, kiedy przedmiot działalności lub firma spółki nie będą spełniały ww. wymogu. Jakiego rodzaju postanowienie zostanie wydane przez sąd – czy o niezgodności wnioskowanego wpisu z dopuszczalną ilością znaków?

Wskazane w artykule problemy praktyczne funkcjonowania KRS są efektem co najmniej kilku nakładających się na siebie okoliczności. Celem ustawodawcy było stworzenie kompleksowej regulacji dotyczącej przedsiębiorców (k.s.h., u. o KRS), a polegającej na wypracowaniu wspólnej nomenklatury oraz ujednoliceniu prowadzonych w systemach informatycznych rejestrów REGON i PESEL. Wzajemna synchronizacja tych aktów już w ujęciu czysto teoretycznym rodzi szereg wątpliwości.

Ponadto połączenie Krajowego Rejestru Sądowego, Centralnej Informacji KRS oraz działalności Monitora Sądowego i Gospodarczego oznacza w praktyce połączenie postępowania administracyjnego i sądowego, co, z przyczyn oczywistych musiało wywoływać pewne niejasności w procesie rejestracji i „przerejestrowywania” przedsiębiorców.

Nie bez znaczenia są również aspekty techniczne wprowadzania nowego systemu rejestracji – implementacja systemu informatycznego, wprowadzenie formularzy, praktyczne przesunięcie ciężaru decyzyjnego w stronę pionu administracyjnego, podniesienie kosztów rejestracji. Zarówno te jak i inne mankamenty są przyczyną wielu krytycznych ocen zarówno ze strony przedsiębiorców, jak i prawników praktyków.

Niezależnie od powyższego można stwierdzić, iż omawiana regulacja ma szanse w perspektywie najbliższych dwóch lat (po zakończeniu okresu przejściowego dla przedsiębiorców jednoosobowych, przedsiębiorców i organizacji podlegających obowiązkowi „przerejestrowania” oraz po dokonaniu niezbędnych korekt legislacyjnych) spełniać swe podstawowe funkcje – tworzyć system zupełny, stojący na straży pewności, jawności i jasności obrotu gospodarczego.

---

<sup>29</sup> Szerzej na ten temat: K. Wiater, *op. cit.*, s. 25 i n.

## REWINDYKACJA NIERUCHOMOŚCI WYWŁASZCZONYCH W TRYBIE DEKRETU WYWŁASZCZENIOWEGO Z DNIA 7 KWIETNIA 1948 R.

### Wprowadzenie

Brak w polskim systemie prawnym ustawy repriwatyizacyjnej spowodował, iż osoby które wywłaszczono z nieruchomości w okresie PRL, zaczęły występować z żądaniami wzruszenia orzeczeń, na mocy których odebrano im nieruchomości, wykorzystując w tym celu dostępne środki prawne. Wniosków takich zgłoszono w Polsce co najmniej kilka tysięcy. Jest to stosunkowo niewiele jeżeli weźmie się pod uwagę skalę w jakiej po II wojnie światowej władze komunistyczne pozbawiały osoby fizyczne i prawne ich mienia. Jednak właśnie w odniesieniu do nieruchomości wywłaszczonych okazało się, że istnieją środki prawne dające możliwość skutecznego dochodzenia praw przez poprzednich właścicieli.

Poprzez wywłaszczenie<sup>1</sup> rozumie się w prawie polskim przejęcie nieruchomości na podstawie indywidualnych decyzji administracyjnych<sup>2</sup>. W pojęciu tym nie mieszczą się zatem te nieruchomości, które zostały przejęte przez Państwo z mocy prawa (np. reforma rolna).

Decyzje wywłaszczeniowe podlegają obecnie kontroli administracyjnej w ramach postępowania o stwierdzenie nieważności decyzji<sup>3</sup>, albo w ramach wznowie-

---

<sup>1</sup> T. Woś: *Wywłaszczenie i zwrot nieruchomości*, Warszawa 1998, s. 21 i n. gdzie autor przedstawił przyjęty w doktrynie i w polskim systemie prawnym klasyczny model instytucji wywłaszczenia.

<sup>2</sup> Decyzje wywłaszczeniowe wydawane były na podstawie następujących aktów prawnych:

– dekretu z 7 kwietnia 1948 r. o wywłaszczeniu majątków zajętych na cele użyteczności publicznej w okresie wojny 1939–1945 (Dz.U. Nr 20, poz. 138 ze zm.),

– dekretu z 26 kwietnia 1949 r. o nabywaniu i przekazywaniu nieruchomości niezbędnych dla realizacji narodowych planów gospodarczych,

– ustawy z 22 kwietnia 1959 r. o remontach i odbudowie oraz wykańczaniu budowy i nadbudowie budynków (Dz.U. z 1968 r. Nr 36, poz. 249 ze zm.),

– ustawy z 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości (Dz.U. z 1974 r. Nr 10, poz. 61),

– w ograniczonym zakresie do 1989 r. – ustawa z 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (Dz.U. Nr 22, poz. 99 ze zm.).

<sup>3</sup> Art. 156 i n. k.p.a.

nia postępowania administracyjnego<sup>4</sup>. Te postępowania nadzorcze stanowią w istocie postępowania rewindykacyjne i właśnie w ramach nadzwyczajnych postępowań administracyjnych poprzedni właściciele uzyskują szanse odzyskania nieruchomości lub możliwość dochodzenia odszkodowania na podstawie art. 153 oraz art. 160 k.p.a.

Poniżej zostaną przedstawione zagadnienia rewindykacyjne związane z dekretem z 7 kwietnia 1948 r. o wywłaszczeniu majątków zajętych na cele użyteczności publicznej w okresie wojny 1939–1945<sup>5</sup> – (dalej powoływany jako dekret wywłaszczeniowy). Był to pierwszy akt prawny PRL regulujący wywłaszczanie nieruchomości. Obowiązywał w okresie od 16 kwietnia 1948 r. do dnia 5 kwietnia 1958 r. Na jego podstawie przejmowano nieruchomości głównie w większych miastach (w szczególności w Poznaniu, Krakowie, Bydgoszczy, Częstochowie oraz Łodzi). Stanowił on istotne uzupełnienie regulacji zawartych w dekreście z 8 marca 1946 r. o majątkach opuszczonych i niemieckich<sup>6</sup> w zakresie przejmowania przez Państwo nieruchomości zajętych przez władze okupacyjne, a które latach 1944–1945 przeszły we władanie polskich władz. Był to lakoniczny akt prawny (zawierał zaledwie 9 artykułów). Ta lakoniczność powoduje, iż jego interpretacja w ramach postępowań rewindykacyjnych sprawia wiele problemów. Dla postępowań rewindykacyjnych istotne znaczenie ma orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego. Sąd ten bowiem na przestrzeni lat 1991–2003 wypracował linię orzecznictwa dotyczącą przepisów powołanego dekretu wywłaszczeniowego.

### Materialnoprawne przesłanki dopuszczalności wywłaszczenia

**Art. 2.** Wywłaszczenie przewidziane w art. 1 ust. 1 dotyczyć może tylko tych nieruchomości, które:

1) zajęte zostały: a) na cele budowy, rozwoju i utrzymania urządzeń komunikacji publicznej, b) na cele przedsiębiorstw podstawowych gałęzi gospodarki narodowej, będących przedsiębiorstwami państwowymi lub przejętych na własność Państwa, c) na cele wojskowe, d) pod ulice i place publiczne, skwery, zieleńce, parki, place sportowe i cmentarze, e) pod zalesienia lub na melioracje, f) na cele użyteczności publicznej,

2) są nadal użytkowane na cele wymienione w pkt. 1 lub w planach zagospodarowania przestrzennego bądź w wytycznych do tych planów są przewidziane na cele wymienione w pkt. 1 i zostały częściowo lub całkowicie zagospodarowane z

<sup>4</sup> Art. 145 i n. k.p.a.

<sup>5</sup> Dz.U. Nr 20, poz. 138 ze zm.

<sup>6</sup> Dz.U. Nr 13, poz. 86 ze zm.

funduszy publicznych bądź też zagospodarowanie ich jest przewidziane do realizacji w pierwszej kolejności planu.

Na podstawie omawianego aktu prawnego wywłaszczeniu podlegały nieruchomości zajęte w okresie od 1 września 1939 r. do 9 maja 1945 r. na jeden z celów określonych w art. 2 pkt 1 dekretu wywłaszczeniowego:

- a) na cele budowy, rozwoju i utrzymania urządzeń komunikacji publicznej,
- b) na cele przedsiębiorstw podstawowych gałęzi gospodarki narodowej, będących przedsiębiorstwami państwowymi lub przejętych na własność Państwa,
- c) na cele wojskowe,
- d) pod ulice i place publiczne, skwery, zieleńce, parki, place sportowe i cmentarze,
- e) pod zalesienia lub na melioracje,
- f) na cele użyteczności publicznej.

Drugim warunkiem dopuszczalności wywłaszczenia było nieprzerwane władanie nieruchomością przez Skarb Państwa, związek samorządu terytorialnego lub przedsiębiorstwo państwowe od zakończenia wojny do dnia 16 kwietnia 1948 r. (data wejścia w życie dekretu) i użytkowanie jej na jeden z celów wymienionych w pkt. 1 lub w planach zagospodarowania przestrzennego bądź w wytycznych do tych planów są przewidziane na te cele i zostały częściowo lub całkowicie zagospodarowane z funduszy publicznych bądź też zagospodarowanie ich jest przewidziane do realizacji w pierwszej kolejności planu.

Przesłanki te mają o tyle istotne znaczenie, iż wydanie decyzji wywłaszczeniowej, mimo iż jedna z powyższych przesłanek nie została spełniona, oznacza wydanie decyzji z naruszeniem prawa, które jest w orzecznictwie NSA uznawane za „**rażące naruszenie prawa**” w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. i stanowi podstawę do wydania decyzji stwierdzającej nieważność wywłaszczenia albo też do stwierdzenia, iż orzeczenie wywłaszczeniowe zostało wydane z naruszeniem prawa.

### Interpretacja pojęcia „zajęcie nieruchomości” i „władanie”

Zgodnie z przyjętą przez Naczelnego Sąd Administracyjny od 1992 r.<sup>7</sup> linią orzecnictwa użyty w art. 2 dekretu zwrot „zajęcie nieruchomości” oznacza wyłącznie władcze zajęcie wbrew woli właściciela (również – NSA Warszawa wyrok z 23 listopada 1993 r., sygn. IV SA. 202/93, ONSA 1994, z. 4, poz. 156). W pojęciu tym nie mieści się zatem cywilistyczne posiadanie nieruchomości na podstawie powołanego przez strony określonego stosunku cywilno-prawnego (umowy dzierżawy, umowy

<sup>7</sup> Stanowisko takie zajął NSA w Warszawie w wyroku z 30 lipca 1992 r. (sygn. akt IV SA. 1181/91, niepublikowany).

najmu). To stanowisko powtórzył NSA m.in. w wyroku z 21 lutego 1997 r.<sup>8</sup>, stwierdzając, że „Użyty w art. 2 tego dekretu zwrot „nieruchomości, które zajęte zostały” oznacza władcze zajęcie wbrew woli dotychczasowego właściciela. Takie rozumienie tego zwrotu prowadzi do wniosku, że zajęcie nieruchomości na jeden z celów określonych w omawianym przepisie na podstawie umowy najmu oraz posiadanie takiej nieruchomości w dniu wejścia w życie dekretu przez jeden z podmiotów wymienionych w art. 1 ust. 1 – w związku z zawartą umową najmu nie spełnia warunków art. 2 pkt 1 pow. dekretu”.

Na uwagę zasługuje ponadto wyrok NSA w Warszawie z 14 maja 1998 r.<sup>9</sup>, w którym została dokonana wykładnia historyczna art. 2 i stwierdzono, co następuje „Ustawą z 30 grudnia 1949 r. o zmianie niektórych przepisów dekretu z 7 kwietnia 1948 r. o wywłaszczaniu majątków zajętych na cele użyteczności publicznej w okresie wojny 1939–1945 (Dz.U. Nr 65, poz. 527) wprowadzono zmianę między innymi w art. 1 ust. 1 zastępując wyrazy „w posiadaniu” wyrazami „we władaniu”. Dokonana nowelizacja wprowadzając pojęcie „władanie” dopuszczała wywłaszczenie również wówczas, gdy władanie nieruchomością było bezprawne i nie nosiło w sobie cech władania samoistnego „jak właściciel”. Bez znaczenia był więc tytuł posiadania, podobny pogląd został przedstawiony w wyroku NSA z 30 lipca 1992 r. (sygn. akt IV SA. 1181/91). Za takim rozumieniem tego przepisu może również przemawiać wystąpienie posła sprawozdawcy Henryka Dąbrowicza na 74 posiedzeniu Sejmu w dniu 30 grudnia 1949 r. poświęconym omówieniu projektu ustawy z 30 grudnia 1949 r. o zmianie niektórych przepisów dekretu z 7 kwietnia 1948 r. (patrz stenogram posiedzenia sejmu)”.

Ponadto w ramach interpretacji omawianego pojęcia wyłoniła się kwestia tego, czy zajęcie jedynie części nieruchomości upoważniało do wywłaszczenia nieruchomości. W tym przypadku zdaniem NSA na podstawie przepisów omawianego dekretu dopuszczalne było wywłaszczanie wyłącznie tych nieruchomości, które zostały władczo zajęte w całości (patrz wyrok NSA z 23 listopada 1993 r., IV SA202/93, ONSA 1994, z. 4, poz. 156, oraz NSA Warszawa wyrok z 4 stycznia 1999 r., sygn. IV SA 1326/98 niepubl.).

Wydanie decyzji wywłaszczeniowej jeżeli przesłanka ta nie została spełniona może w konkretnej sprawie oznaczać, że wywłaszczenia dokonano z rażącym naruszeniem prawa. Wywłaszczenie nieruchomości w trybie przepisów dekretu było również niedopuszczalne, jeżeli nieruchomość po 9 maja 1945 r. znajdowała się we władaniu właścicieli. Takimi środkami dowodowymi powoływanymi przez poprzednich właścicieli i ich następców prawnych w ramach na okoliczność władania przez nich nieruchomością są kwity podatkowe, pisma wzywające do przeprowadzenia remontu budynku, postanowienia o wykonaniu postanowienia o wprowadzeniu w posiadanie nieruchomości.

<sup>8</sup> Sygn. akt IV SA 962/95, niepubl.

<sup>9</sup> Sygn. IV SA 1611/97 niepubl.

## Pojęcie „celu użyteczności publicznej”

W przeważającej większości w wydanych w latach 1949–1952 decyzjach, podstawą faktyczną wywłaszczenia było zajęcie nieruchomości na ogólnie wskazany cel użyteczności publicznej. Brak ścisłej definicji pojęcia „użyteczności publicznej”, zadecydował o tym, że interpretacja tego pojęcia zależy od okoliczności danej sprawy. W wyroku z 25 czerwca 1999 r.<sup>10</sup> NSA uznał, że nie ma stałego, trwałego i niezmiennego przedmiotu tej definicji, przy czym definicja ta musi być interpretowana ściśle. Skoro bowiem wszystkie wymienione w art. 2 dekretu wywłaszczeniowego cele mieszczą się w pojęciu użyteczności publicznej, to użyty w art. 2 ust. 1 lit. f dekretu termin **„cele użyteczności publicznej”** nie oznacza, że ustawodawca posłużył się tym terminem w znaczeniu szerokim i obejmuje nim wszystko to, co za cel taki mogłoby być uznane<sup>11</sup>. NSA nie dopuszcza więc rozszerzającej wykładni pojęcia „użyteczność publiczna”.

Z orzecnictwa NSA można wywieść zasady interpretacji tego pojęcia. I tak w jednym z orzeczeń stwierdzono, iż:

*Pojęcie „cele użyteczności publicznej” należy do tych pojęć niedookreślonych, którym w ujęciu historycznym nadaje się wielokrotnie różny sens w zależności od tego jaką rolę przypisuje się instytucjom państwowym i komunalnym w spełnianiu przez nich funkcji w interesie ogółu społeczeństwa. Generalnie w pojęciu użyteczności publicznej mieści się wszystko to co jest ogólnie dostępne dla całego społeczeństwa jak i poszczególnych jego członków. Przeciwnieństwem tego pojęcia jest wszystko to, co służy zaspokojeniu potrzeb wyłącznie jednej osoby, kilku osobom czy też ściśle określonych grup społecznych czy zawodowych, na potrzeby określonych podmiotów prawnych (Naczelny Sąd Administracyjny Warszawa wyrok z 28 marca 1996 r., sygn. IV 94SA. 1500/94).*

Interpretacja pojęcia użyteczności publicznej niezwykle istotne znaczenie miała w odniesieniu do oceny legalności wywłaszczeń nieruchomości zajętych przez Urzędy Bezpieczeństwa Publicznego. Oceniając tę kwestię NSA uznał, że to urzędy bezpieczeństwa miały sprawować funkcje publiczne, nie jest oczywiście równoznaczne z pojęciem „użyteczności publicznej” (NSA Warszawa m.in. wyroki z 4 grudnia 1995 r., sygn. IV SA 935/94, 28 marca 1996 r., IV SA 1500 niepubl., 13 kwietnia 2000 r., sygn. I S.A. 398/00 niepubl.). **Dlatego zajęcie nieruchomości przez UBP nie może być uznane za realizację użyteczności publicznej.** W związku z tym w powołanych powyżej wyrokach NSA uznał, iż wywłaszczenie na cele UBP oznacza przejęcie nieruchomości, mimo że nie została spełniona materialnoprawna przesłanka dopuszczalności wywłaszczenia.

Istotne znaczenie miała również ocena, czy wywłaszczenie nieruchomości rol-

<sup>10</sup> Sygn. akt IV SA 1213/97.

<sup>11</sup> NSA Warszawa wyrok z 23 sierpnia 2002 r., sygn. I SA. 2645/00 niepubl.

nych pod urządzenie pracowniczych ogrodów działkowych mieści się w pojęciu użyteczności publicznej<sup>12</sup>. W tej kwestii NSA wyraził swoją ocenę w wyroku z 18 kwietnia 2002 roku<sup>13</sup>. W orzeczeniu tym trafnie stwierdzono, że skoro w okresie obowiązywania omawianego dekretu obowiązywał art. 1 ust. 4 ustawy z 9 marca 1949 r. o pracowniczych ogrodach działkowych<sup>14</sup> uznający pracowniczy ogród działkowy za urządzenie użyteczności publicznej, to tym samym dopuszczalne było wywłaszczenie nieruchomości na ten cel w świetle art. 2 ust. 2 powołanego dekretu. Istotne znaczenie dla postępowań rewindykacyjnych mają również orzeczenia sądu administracyjnego stwierdzające, że zajęcie nieruchomości przez przedsiębiorstwo państwowe dla celów mieszkaniowych (mieszkania dla pracowników) nie mieści się w pojęciu użyteczności publicznej<sup>15</sup>.

Po początkowych rozbieżnościach w wyroku z 13 kwietnia 1999 r.<sup>16</sup> przyjęto, iż *„użytkowanie obiektu jako kina mieści się w celach użyteczności publicznej i ten pogląd należy podzielić, gdy się zważy, że wprowadzie kina należą do obiektów służących rozrywce, to film został zaliczony do dóbr kultury, a zatem propagowanie przez instytucje państwowe sztuki filmowej mieści się w celach użyteczności publicznej”*.

### **Wywłaszczenie a przywrócenie posiadania nieruchomości opuszczonej**

Zgodnie z powołanym powyżej art. 6 ust. 1–2 dekretu nie mogło być przywrócone posiadanie majątku opuszczonego, którego wywłaszczenie było dopuszczalne na zasadzie art. 1 omawianego dekretu wywłaszczeniowego. Natomiast wykonanie zapadłych przed wejściem w życie niniejszego dekretu orzeczeń sądowych, jak również toczące się lub wszczęte postępowanie sądowe o przywrócenie posiadania majątku wymienionego w art. 1 ulegały zawieszeniu na wniosek ubiegającego się o wywłaszczenie. Na tle tego przepisu istotne wątpliwości interpretacyjne wywoływała kwestia czy wydanie postanowienia o przywróceniu posiadania oznacza automatycznie, że niedopuszczalne było jej wywłaszczenie.

W pierwszej precedensowej sprawie organ orzekający uznał, iż przywrócenie posiadania nieruchomości opuszczonej po dniu 16 kwietnia 1948 r. oznacza, iż wywłaszczenie nie jest dopuszczalne. Pogląd ten podzielił pierwotnie Naczelny Sąd Administracyjny<sup>17</sup>. Jednak w wyniku rozpatrzenia rewizji nadzwyczajnej od tego

<sup>12</sup> Patrz wyrok SN z 6 sierpnia 1998 r., III RN 77/99 dotyczący decyzji wywłaszczeniowych wydanych po 1958 r.

<sup>13</sup> Sygn. akt I SA 2444/00 niepubl.

<sup>14</sup> Dz.U. Nr 18, poz. 117.

<sup>15</sup> Wyrok NSA w Warszawie z 4 listopada 1997 r., sygn. akt IV SA 382/97 niepubl.

<sup>16</sup> NSA Warszawa sygn. IV SA 984/97.

<sup>17</sup> Patrz wyrok NSA z 28 kwietnia 2000 r., sygn. akt I SA 1480/99.

wyroku, Sąd Najwyższy w wyroku z 21 września 2001 r.<sup>18</sup> uznał, że interpretacja taka jest nieprawidłowa, stwierdzając „jeżeli z uzasadnienia postanowienia o przywróceniu posiadania nieruchomości na podstawie art. 15 ust. 1 dekretu o majątkach opuszczonych i poniemieckich, jak i z protokołu rozprawy, nie wynika, że postanowienie to zostało wydane po ustaleniu nieistnienia przeszkody, o której mowa w art. 6 ust. 1 dekretu (...) [wywłaszczeniowego], to nie może być ono uznane za dowód, że nieruchomość ta nie była zajęta w okresie od dnia 1 września 1939 r. do dnia 9 maja 1945 na cel użyteczności publicznej”.

Zatem samo wydanie po dniu wejścia w życie dekretu wywłaszczeniowego postanowienia o przywróceniu posiadania nie ma większego znaczenia dla oceny postępowania wywłaszczeniowego. Jeżeli jednak postanowienie o przywróceniu posiadania zostało wydane przed dniem 16 kwietnia 1948 r. i istnieją dowody potwierdzające jego wykonanie, to potwierdzają one okoliczność wykonywania przez właściciela jego uprawnień właścicielskich. Nie ma przy tym znaczenia objęcie lokali w budynku publiczną gospodarką lokalami i wyłączenie dysponowania nimi przez właściciela. Obowiązujący wówczas dekret z 21 grudnia 1945 r. o publicznej gospodarce lokalami<sup>19</sup> wyłączał dysponowanie lokalami przez właścicieli. NSA w wyroku z 23 lipca 2002 r. (sygn. I SA 2538/01) stwierdził, że nie można automatycznie uznawać, iż wydanie postanowienia o przywróceniu posiadania nieruchomości opuszczonej oznacza, że właściciel został wprowadzony w posiadanie. Takim dokumentem jest natomiast bezsprzecznie postanowienie (zarządzenie) o wykonaniu postanowienia o przywróceniu posiadania.

Ponadto istotne znaczenie, co wskazuje omówione poniżej orzecznictwo, miał art. 6 dekretu dotyczący relacji pomiędzy wywłaszczeniem a regulacją zawartą w dekreście z 8 marca 1946 r. o majątkach opuszczonych i poniemieckich (Dz.U. Nr 13, poz. 87 ze zm.).

Poniżej zostaną omówione najistotniejsze elementy tego postępowania rewindykacyjnego w oparciu o orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego dotyczące oceny legalności wywłaszczeń na podstawie tego aktu.

### **Zagadnienia procedury wywłaszczeniowej**

Omawiany dekret wywłaszczeniowy w zakresie procedury wywłaszczeniowej odsyłał do przepisów Rozporządzenia Prezydenta RP z 24 kwietnia 1934 – Prawo o postępowaniu wywłaszczeniowym. Odesłanie to miało jednak ograniczony zakres i zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 powołanego dekretu wywłaszczeniowego powiadomienie właściciela lub posiadacza nieruchomości w toku czynności wstępnych po-

<sup>18</sup> Sygn. akt III RN 214/00, OSNAP z 2002 r. Nr 13, poz. 297.

<sup>19</sup> Dz.U. Nr 4, poz. 27 ze zm.

stępowania przygotowawczego i wywłaszczenia dokonywane było przez ogłoszenie w Wojewódzkim Dzienniku Urzędowym i przez wywieszenie odpisu tych ogłoszeń w siedzibie właściwego zarządu gminnego lub miejskiego nie zaś poprzez pisemne zawiadomienie właściciela czy też prowadzenie z nim rokowań. Do wniosku wywłaszczeniowego wystarczyło załączyć tylko ogólny plan sytuacji.

Faktyczne zakończenie postępowania wywłaszczeniowego następowało poprzez wydanie orzeczenia o wykonaniu wywłaszczenia (art. 41 § 1 Prawa o postępowaniu wywłaszczeniowym).

### **Odszkodowanie**

Omawiany dekret dopuszczał wydanie decyzji o wywłaszczeniu bez orzekania o odszkodowaniu. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 6 omawianego dekretu ustalenie odszkodowania następowało, tylko jeżeli wywłaszczony zgłosił taki wniosek. Jeżeli zatem wniosek o ustalenie odszkodowania nie został złożony, to organ nie wydawał decyzji ustalającej odszkodowanie.

Należy przy tym wskazać na art. 7 ustawy z 29 grudnia 1951 r.<sup>20</sup>, zgodnie z którym niezakończone do stycznia 1952 r. postępowania odszkodowawcze w sprawach wywłaszczeń miały być odtąd prowadzone na podstawie przepisów dekretu z 26 kwietnia 1949 r. o nabywaniu i przekazywaniu nieruchomości niezbędnych dla realizacji narodowych planów gospodarczych<sup>21</sup>. To zaś oznacza, że zastosowanie do tych wszystkich spraw miał art. 39 ust. 1 powołanego dekretu z 26 kwietnia 1949 r., który przewidywał, że roszczenia odszkodowawcze przedawniają się po upływie trzech lat od dnia, w którym orzeczenie o wywłaszczeniu stało się ostateczne w toku instancji. Jeżeli zatem nie został zgłoszony do właściwego organu wniosek o ustalenie odszkodowania w tym terminie, ani nie zachodziła inna przesłanka powodująca zawieszenie albo przerwanie biegu terminu przedawnienia, to wysunięcie dziś roszczenia o ustalenie odszkodowania, albo kwestionowanie legalności samego wywłaszczenia nie będzie skuteczne.

### **Organ właściwy do przeprowadzenia postępowania wywłaszczeniowego**

W pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych istniały wątpliwości interpretacyjne dotyczące tego jaki organ jest uprawniony do prowadzenia postępowania

---

<sup>20</sup> Ustawa z 29 grudnia 1951 r. zmieniająca dekret dnia 26 kwietnia 1949 r. o nabywaniu i przekazywaniu nieruchomości niezbędnych dla realizacji narodowych planów gospodarczych (Dz.U. z 1952 r. Nr 4, poz. 25).

<sup>21</sup> Dz.U. z 1952 r. Nr 4 poz. 31.

w sprawie stwierdzenia nieważności orzeczeń wywłaszczeniowych wydanych do 13 kwietnia 1950 r. przez Wojewodów, a po tej dacie przez Prezydów Wojewódzkich Rad Narodowych. Przepis art. 157 § 1 k.p.a. wskazuje, że organem właściwym rzeczowo jest organ wyższego stopnia, a gdy decyzja została wydana przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze – ten organ. Wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie rozwiązał wyrok Sądu Najwyższego z 3 września 1998 r.<sup>22</sup>, w którym potwierdzono zasadę, iż *właściwość rzeczową organu administracyjnego do stwierdzenia nieważności decyzji o wywłaszczeniu nieruchomości należy oceniać według przepisów prawa materialnego, obowiązujących w dacie wydania tej decyzji*.

W przypadku omawianego dekretu oznacza to zatem, iż skoro decyzje wywłaszczeniowe wydawał w pierwszej instancji organ wojewódzki, to organem wyższego stopnia był właściwy minister (Minister Administracji Publicznej, od 1950 r. Minister Gospodarki Komunalnej, a od 1952 r. odwoławcze komisje wywłaszczeniowe przy prezydiach wojewódzkich rad narodowych<sup>23</sup>). Oznacza to, iż obecnie organem właściwym do przeprowadzenia postępowania odszkodowawczego jest zawsze minister albo organ centralny odpowiedzialny za sprawy gospodarki nieruchomościami (w tym wywłaszczeń). W obecnie obowiązującym stanie prawnym przepisem, który wskazuje organ centralny w właściwości którego znajduje się gospodarka nieruchomościami to art. 3 ust. 1 ustawy dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>24</sup>. Zgodnie z tym przepisem organem tym jest obecnie Prezes Urzędu Mieszkalnictwa i Rozwoju Miast. Zatem to właśnie Prezes UMiRM jest organem właściwym do rozpatrzenia wniosków rewindykacyjnych dotyczących powołanego dekretu wywłaszczeniowego.

### Wniosek o zwrot nieruchomości wywłaszczonej

Odczytując literalnie art. 136 ust. 3 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>25</sup> należy uznać, iż poprzednim właścicielom i ich spadkobiercom przysługuje roszczenie o zwrot nieruchomości wywłaszczonej. Jednak zwrot nieruchomości jest dopuszczalny tylko wtedy kiedy cel dla którego nieruchomość wywłaszczono nie został zrealizowany (art. 136–137 tej ustawy). A podstawą do wydania decyzji wywłaszczeniowych w trybie omawianego dekretu było uprzednie zrealizowanie celu wywłaszczenia i w związku z tym nie może być mowy o zbęd-

<sup>22</sup> III RN 83/98, OSNAP 1999/9/293.

<sup>23</sup> Art. 25 § 2 Prawa o postępowaniu wywłaszczeniowym oraz art. 6 ustawy z 29 grudnia 1951 r. zmieniającej dekret dnia 26 kwietnia 1949 r. o nabywaniu i przekazywaniu nieruchomości niezbędnym dla realizacji narodowych planów gospodarczych (Dz.U. z 1952 r. Nr 4, poz. 25).

<sup>24</sup> Dz.U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543 ze zm.

<sup>25</sup> Dz.U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543 ze zm.

ności w rozumieniu art. 137 u.g.n. W takiej sytuacji wydaje się zatem w praktyce decyzje o odmowie zwrotu. Dlatego też niecelowe jest składanie wniosków o zwrot nieruchomości wywłaszczonych w trybie tego dekretu<sup>26</sup>.

### **Orzecznictwo Trybunału w Strasbourgu**

Skargi wywłaszczonych właścicieli stanowią istotny udział wśród skarg składanych przeciwko Polsce w Europejskim Trybunale Praw Człowieka. Co do zasady wywłaszczenia w trybie powołanego dekretu nie wchodzi w zakres jego właściwości. Trybunał jest już jednak właściwy do oceny samych postępowań rewindykacyjnych, jeżeli są to zdarzenia zaistniałe po 1 maja 1993 roku. Ważnym orzeczeniem w tym względzie jest wyrok Trybunału z 19 czerwca 2001 r. w sprawie *Zwierzyński przeciwko Polsce*<sup>27</sup>, który zakończył jedną z „ciekawszych” spraw rewindykacyjnych w Polsce. Sprawa ta dotyczy dochodzenia przez następców prawnych poprzedniego właściciela praw do nieruchomości wywłaszczonej w trybie dekretu wywłaszczeniowego, po tym jak sama decyzja wywłaszczeniowa została unieważniona.

W sprawie tej Trybunał wskazał, że opóźnianie przez organy państwowe wykonania orzeczenia rewindykacyjnego przekracza „rozsądny czas” a tym samym narusza art. 6 § 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>28</sup>. Orzeczenie to zawiera istotne wskazówki dotyczące zasad jakie obowiązują organy administracji publicznej w ramach szeroko rozumianego postępowania wywłaszczeniowego.

Orzeczenie to ponadto wskazuje jeszcze na jedną rzecz, że samo wydanie decyzji anulującej wywłaszczenie, nie oznacza niestety końca postępowania mającego na celu faktyczne odzyskanie nieruchomości.

---

<sup>26</sup> Pogląd wyrażony przez M. Krasowską (w:) J. Szachułowicz, M. Krassowska, A. Łukaszewska, *Gospodarka Nieruchomościami – Przepisy i komentarz*, Warszawa 2002, s. 543, że nieruchomości te podlegają pod instytucję zwrotu nieruchomości wywłaszczonych nie oznacza bowiem wcale, że można je skutecznie zwracać, skoro w praktyce nie można wykazać, że cel wywłaszczenia nie został zrealizowany.

<sup>27</sup> Nr 34049/96, omówienie, M. A. Nowicki, „Palestra” 2001, z. 11–12, s. 131.

<sup>28</sup> Dz.U. Nr 61, poz. 284 ze zm.

KONWALIDACJA WADLIWEJ ROZPRAWY  
ORAZ CZĘŚCIOWE UCHYLENIE WYROKU W ŚWIELE  
BEZWZGLĘDNYCH PRZYCZYN  
ODWOŁAWCZYCH Z ART. 439 § 1 K.P.K.

(na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2001 r.,  
III KKN 81/01<sup>1</sup>)

I. Problematyka bezwzględnych przyczyn odwoławczych określonych w art. 439 § 1 k.p.k. jest niezmiernie bogata i dostarcza wielu interesujących, wartych rozważenia kwestii. Jeśli zważy się na rangę uchybień określonych w art. 439 § 1 k.p.k. i skutki stwierdzenia przez sąd odwoławczy, iż jednym z nich dotknięte jest orzeczenie sądu I instancji, w szczególności na zakaz badania przez sąd odwoławczy, czy dane uchybienie mogło mieć wpływ na treść orzeczenia, staje się jasnym dlaczego właśnie ta część zagadnień związanych z kontrolą odwoławczą ma szczególnie doniosłe znaczenie dla praktyki stosowania prawa i jest przedmiotem licznych wypowiedzi Sądu Najwyższego oraz doktryny. W niniejszym opracowaniu pragnę poświęcić kilka uwag dwóm problemom kontroli odwoławczej związanym ze stwierdzeniem bezwzględnych przyczyn odwoławczych określonych w art. 439 § 1 k.p.k. Inspiracją do ich podjęcia były rozważania i poglądy wypowiedziane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01. Pierwszy z tych problemów dotyczy zagadnienia konwalidacji uchybień stanowiących bezwzględne przyczyny odwoławcze, a w szczególności powtórzenia części rozprawy, na której nie był obecny jeden z członków składu orzekającego, oskarżony lub obrońca, których udział był obowiązkowy, jako sposobu tej konwalidacji, drugi zaś dotyczy związku między takimi uchybieniami a zakresem w jakim następuje uchylenie wyroku, co do którego zachodzi bezwzględna przyczyna odwoławcza.

II. Konwalidacja to usunięcie z mocą wsteczną wady, jaką dotknięta jest czynność procesowa, zespół czynności lub całe postępowanie jeszcze przed wydaniem

---

<sup>1</sup> OSNKW 2002, z. 5–6, poz. 43.

orzeczenia kończącego proces<sup>2</sup>. Ważny jest tu fakt, iż usunięcie uchybienia następuje bez wniesienia środka odwoławczego<sup>3</sup>, choć możliwe są w tym zakresie pewne wyjątki. Chodzi tu przede wszystkim o możliwość usunięcia braku polegającego na prowadzeniu postępowania i wydaniu wyroku przez sąd I instancji pomimo braku wniosku o ściganie (art. 439 § 1 pkt 5 w zw. z art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.). W doktrynie dopuszcza się bowiem możliwość złożenia tego wniosku przez pokrzywdzonego także w postępowaniu odwoławczym<sup>4</sup>. M. Cieślak proponował, aby na określenie powyższej konstrukcji używać pojęcia „sanacja”, gdyż chodzi o neutralizację („unieszkodliwienie”) uchybienia przez odebranie mu możliwości szkodenia interesom stron, a zwłaszcza możliwości wpływu na treść wyroku<sup>5</sup>.

W doktrynie podnosi się, iż nie może nastąpić konwalidacja uchybienia powodującego nieważność z mocy samego prawa, gdyż działa ona *ex tunc*<sup>6</sup>. Konieczne jest tu pewne doprecyzowanie tego stanowiska. Najpierw uwaga natury terminologicznej. W zasadzie można mówić o konwalidacji czynności procesowej, a nie uchybienia, jakim jest ona dotknięta. Uchybienie może być natomiast usunięte, czy naprawione. W tym znaczeniu rzeczywiście niemożliwe jest konwalidowanie takiej czynności procesowej, jaką jest nieważne z mocy prawa orzeczenie sądu. Natomiast używany często zwrot „konwalidacja uchybienia”<sup>7</sup> należy traktować jako pewien niezbyt precyzyjny skrót myślowy. Należy też zauważyć, iż pojęciowo niemożliwa jest konwalidacja orzeczenia nieważnego z mocy prawa (usunięcie uchybienia, jakim jest ono dotknięte) zanim nie zostanie wydane to orzeczenie, gdyż nieważność jest cechą orzeczenia, np. wydanego przez sąd orzekający w składzie nieznanym ustawie. Nieważność nie dotyczy bowiem postępowania i czynności podejmowanych w jego toku, a powstaje dopiero w momencie wydania orzeczenia przez sąd, zaś uchybienie powodujące nieważność dotyczy wyłącznie tego

<sup>2</sup> S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2001, s. 56; T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998, s. 352; podobnie, choć nieco inaczej W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. II, Bydgoszcz 2001, s. 40.

<sup>3</sup> S. Waltoś, *Proces...*, s. 56.

<sup>4</sup> Zob. przykładowo J. Grajewski, *Ściganie na wniosek w polskim procesie karnym*, Gdańsk 1982, s. 116; T. Grzegorzczak, *Wnioskowy tryb ścigania czynów karalnych*, Łódź 1986, s. 305.

<sup>5</sup> M. Cieślak, *Glosa do postanowienia SN z 13 listopada 1967 r.*, Rv 1024/67, Państwo i Prawo 1968, nr 12, s. 1088.

<sup>6</sup> Tak S. Waltoś, *Proces...*, s. 58; T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 353; W. Daszkiewicz, *Prawo...*, s. 41; K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 242; J. Tylman, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Karna z 27 lutego 2001 r.*, I KZP 48/2000, Orzecznictwo Sądów Polskich 2002, nr 2, s. 93; w starszej literaturze w odniesieniu do tzw. bezwzględnie nieważnych wyroków tak S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 457; L. Schaff, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego (IV kwartał 1959 – I kwartał 1960)*, Nowe Prawo 1960, nr 7–8, s. 940; A. Murzynowski, *Przyczynek do zagadnienia ważności czynności procesowych wykonanych w niedopuszczalnym postępowaniu karnym*, Nowe Prawo 1962, nr 7–8, s. 988.

<sup>7</sup> Na jego niefortunność zwracał uwagę M. Cieślak, (w:) *Glosa...*, s. 1089.

orzeczenia. Skoro zaś konwalidacja czynności procesowej polega na usunięciu uchybienia przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie, to jasne jest, iż niemożliwe jest usunięcie skutku procesowego jakiegoś uchybienia, przykładowo nieważności orzeczenia, który to skutek jeszcze nie zaistniał. Samo procedowanie sądu w składzie nieznanym ustawie jest uchybieniem procesowym, ale jeśli idzie o nieważność, to dopiero do niej prowadzi. Jeżeli przed wydaniem orzeczenia, które, zgodnie z art. 101 § 1 *in principio* k.p.k., może być dotknięte nieważnością, nastąpi zmiana składu i sąd w składzie zgodnym z przepisami będzie prowadził rozprawę od początku, powyższe uchybienie zostanie usunięte, zaś o nieważności nie będzie mogło być mowy, skoro nie doszło jeszcze do wydania orzeczenia. Tak samo jeśli idzie o uczestniczenie w składzie sądu sędziego wyłączanego od udziału w sprawie z mocy prawa (*iudex inhabilis*) z przyczyn określonych w art. 40 § 1 pkt 1–3, 6 i § 2 i 3 k.p.k. Możliwe jest więc w zasadzie usunięcie uchybienia powodującego nieważność, jeżeli jeszcze nie zostało wydane orzeczenie o jakim mowa w art. 101 § 1 *in principio* k.p.k. W powyższych sytuacjach może ewentualnie powstać jedynie pytanie, czy nie ma miejsca bezwzględna przyczyna odwoławcza określona w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. Wydaje się, iż poglądy mówiące o niemożności konwalidowania uchybień powodujących nieważność z mocy samego prawa są refleksem występującej na gruncie k.p.k. z 1928 r. koncepcji konwalidacji wyroku na skutek jego uprawomocnienia się bez zaskarżania<sup>8</sup>. Tymczasem konwalidacja w przyjmowanym obecnie, wskazanym wyżej, rozumieniu jest czymś odrębnym<sup>9</sup>, gdyż, co już podkreślano, dotyczy usunięcia uchybienia w toku trwającego procesu przed wydaniem orzeczenia je kończącego, a więc w stosunku do orzeczeń nieważnych z mocy samego prawa *ex definitione* nie może mieć miejsca.

W doktrynie niejednolicie traktowana jest kwestia, czy uchybienia stanowiące bezwzględne podstawy odwoławcze mogą podlegać konwalidacji<sup>10</sup>. Sąd Najwyż-

<sup>8</sup> Zob. szerzej A. Kaftal, *Przyczynek do problematyki konwalidacji prawomocnych wyroków sądowych*, „Palestra” 1961, nr 9, s. 73 i n.; A. Murzynowski, *Przyczynek...*, s. 985 i n.; J. Haber, *Problem wyroków względnie nieważnych, ich konwalidacji i prawomocności w prawie procesowym karnym*, Państwo i Prawo 1963, nr 7, s. 33 i n.; M. Cieślak, *Nieważność orzeczeń w procesie karnym PRL*, Warszawa 1965, s. 208–212.

<sup>9</sup> Zob. A. Murzynowski, *Przyczynek...*, s. 988; S. Waltoś, *Konwalidacja w procesie karnym*, Nowe Prawo 1960, nr 4, s. 497.

<sup>10</sup> Za dopuszczalnością konwalidacji w takim przypadku opowiedział się S. Waltoś, *Konwalidacja...*, s. 496; przeciwnie T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 353; na gruncie poszczególnych bezwzględnych przyczyn odwoławczych dopuszczalność konwalidacji przyjmują S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1998, t. 2, s. 479; J. Grajewski (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*, Sopot 2000, s. 649, 651; J. Tylman, *Głosa...*, s. 93; możliwość konwalidowania uchybień stanowiących bezwzględne przyczyny odwoławcze, które miały miejsce w postępowaniu przygotowawczym kwestionują przykładowo K. Marszał, *Proces...*, s. 433; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1998, s. 883;

szy dotychczas kwestię tę w zasadzie rozstrzygał pozytywnie<sup>11</sup>. Podstawowym argumentem przemawiającym jednak za niedopuszczalnością konwalidowania czynności procesowych dotkniętych uchybieniami stanowiącymi bezwzględne przyczyny odwoławcze jest fakt, iż sąd odwoławczy w przypadku tych uchybień nie może badać, czy mogły one mieć wpływ na treść wyroku<sup>12</sup>. Należy tu jednak zauważyć, iż w wyniku konwalidacji (np. poprzez powtórzenie części rozprawy), powstaje sytuacja, w której następuje usunięcie, wymazanie, uchybień w postępowaniu sądu. Tak więc nakaz ścisłej wykładni art. 439 § 1 k.p.k. wcale nie stoi w sprzeczności z możliwością usunięcia uchybień stanowiących bezwzględne przyczyny odwoławcze<sup>13</sup>. Po prostu w wyniku konwalidacji wymagania ustawowe zostały spełnione, choć później niż należało to uczynić<sup>14</sup>. Byłoby nieracjonalne wymaganie, aby powtarzać całe postępowanie pierwszoinstancyjne w następstwie uchylecia wyroku sądu I instancji, jeżeli sąd ten już wcześniej, jeszcze przed wydaniem orzeczenia, zorientował się, iż dopuścił się uchybienia i podjął niezbędne czynności, aby ten brak usunąć. Takie rozumowanie stałoby w sprzeczności z jednym z podstawowych celów procesu karnego, określonym w art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k., a mianowicie wymaganiem, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie. Wykładnia dopuszczająca konwalidację w omawianym przypadku, choć ma u swoich podstaw argumenty natury celowościowej, to jednak nie jest przejawem ekstensywnej wykładni funkcjonalnej, gdyż jak wskazano wyżej, skuteczne usunięcie uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą powoduje, że to uchybienie przestaje istnieć. Jeżeli bowiem powtórzono pod obecność oskarżonego tę część rozprawy, na której nie był on obecny, to nie można, bez narażenia się na zarzut popadnięcia w sprzeczność, zasadnie twierdzić, iż nadal zachodzi przyczyna określona w art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. Czynności przeprowadzone pod nieobecność oskarżonego, obrońcy lub członka składu orzekającego, w sytuacji, gdy zostały powtórzone w obecności odpowiedniej osoby, są czymś więcej, dodatkowym, ponadprogramowym elementem w stosunku do czynności składających się na całość rozprawy. Nie można też twierdzić, iż jeżeli pokrzywdzony dopiero w toku postępowania przed sądem I instancji złożył wniosek o ściganie, to zachodzi okoliczność wyłączająca postępowanie określona w art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. W momencie orzekania przez sąd odwoławczy taka okoliczność przecież już nie zachodzi, skoro

P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1999, t. 2, s. 568; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, t. II, Warszawa 1997, s. 202–203.

<sup>11</sup> Zob. uchwałę SN z 27 lutego 2001 r., I KZP 48/00, OSNKW 2001, z. 5–6, poz. 42 i wskazane tam orzecznictwo.

<sup>12</sup> S. Waltoś, *Konwalidacja...*, s. 495; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 883; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola...*, s. 202.

<sup>13</sup> Uzasadnienie uchwały SN z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 45.

<sup>14</sup> S. Waltoś, *Konwalidacja...*, s. 496.

wniosek o ściganie został wcześniej złożony. Reasumując, należy uznać, iż dopuszczalne jest konwalidowanie czynności procesowych dotkniętych uchybieniami stanowiącymi bezwzględne przyczyny odwoławcze. Takie stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w wyroku z 21 listopada 2001 r., III KKN 81/01, stwierdzając, iż „uchybiecie polegające na nieuczestniczeniu w rozprawie obrońcy oskarżonego, tym bardziej wtedy, gdy odbyły się na niej czynności postępowania dowodowego, mimo takiego obowiązku, stanowi o zaistnieniu uchybienia, które, z mocy art. 388 pkt 6 d.k.p.k. (art. 439 § 1 pkt 6 k.p.k.), ma charakter „bezwzględnej przyczyny odwoławczej”, skutkującej obowiązkiem uchylenia dotkniętego nim orzeczenia, bez prawa badania związku przyczynowego między uchybieniem a jego treścią. Nie ulega wątpliwości, że uchybienie takie może być konwalidowane w toku dalszego postępowania sądowego, jednakże za skonwalidowane można je uznać tylko, i wyłącznie, wtedy gdy wszystkie czynności postępowania dowodowego, przeprowadzone na rozprawie podczas nieobecności obrońcy oskarżonego, którego obecność na niej jest obowiązkowa, zostaną powtórzone”.

W tym miejscu należy zatem skierować uwagę na powtórzenie części rozprawy, jako sposób konwalidacji w przypadku niektórych bezwzględnych przyczyn odwoławczych. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, gdy jeden z członków sądu orzekającego nie był obecny na całej rozprawie (art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k.), gdy obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy (art. 439 § 1 pkt 6 *in fine* k.p.k.) oraz rozpoznania sprawy podczas nieobecności oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa (art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k.). Konwalidacja w ten sposób dopuszczana jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego<sup>15</sup> i spotyka się z aprobatą w doktrynie<sup>16</sup>. Będzie on miał szczególne znaczenie wtedy, gdy na rozprawie przeprowadzono już szereg czynności procesowych, była ona kilka razy przerywana i po przerwie na kolejnym terminie rozprawy doszło do chwilowej nieobecności jednego z członków sądu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego, zaś sąd zamiast odstąpić od kontynuowania rozprawy i wyznaczyć nowy jej termin, podjął, choćby przez nieuwagę, dalsze czynności procesowe. Natomiast na kolejnym terminie rozprawy poprzednio nieobecny członek sądu orzekającego ponownie uczestniczył w czynnościach sądu albo stawiał się obrońca lub oskarżony. Rodzi się wówczas zasadnicze pytanie o zakres powtórzenia rozprawy w celu usunięcia uchybień z art. 439 § 1 k.p.k. Nie ulega wątpliwości, iż należy powtórzyć tylko ten fragment rozprawy na której wystąpiła absencja prowadząca do wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Należy jednak dostrzec fakt, iż na rozpra-

<sup>15</sup> Teza 1 uchwały SN z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 45.

<sup>16</sup> J. Grajewski (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 651–652; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, t. 2, s. 560; R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej i Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1998 r.*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1999, nr 1–2, s. 130.

wie dokonywanych jest szereg czynności procesowych o różnym znaczeniu dla toczącego się postępowania: począwszy od wydawania decyzji procesowych o charakterze porządkowym, poprzez czynności o charakterze dowodowym, po decyzje o fundamentalnym znaczeniu dla postępowania. Które z nich wobec tego podlegają powtórzeniu, a które nie? A może należy dokładnie powtórzyć dany fragment rozprawy?

Wydaje się, iż nie może być sporu co do tego, że powtórzeniu w przypadku chwilowej nieobecności na rozprawie jednego z członków składu orzekającego, obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, podlegają zawsze wszystkie czynności dowodowe przeprowadzone na rozprawie pod nieobecność tych osób. Wymagają tego podstawowe zasady procesowe – przede wszystkim zasada bezpośredniości, która wymaga, aby organ procesowy zetknął się osobiście ze źródłem i środkiem dowodowym<sup>17</sup>, a jeśli idzie o obecność oskarżonego i obrońcy to zasada prawa do obrony i zasada kontradiktoryjności. Nie może być mowy o rzetelnym procesie sądowym, jeżeli część dowodów, na których oparł się sąd wydając wyrok, została przeprowadzona za plecami obrońcy lub oskarżonego, czy też członek składu podejmował decyzję w oparciu o dokumentację procesową (a więc na podstawie dowodów pochodnych), bez bezpośredniego zapoznania się na rozprawie z całym materiałem dowodowym. Prowadzenie postępowania dowodowego pod nieobecność członka składu orzekającego oznacza także nierówność członków składu orzekającego pod względem możliwości dochodzenia do ustaleń prawdziwych<sup>18</sup>. Dzięki ponownemu przeprowadzeniu czynności dowodowych nowy członek składu orzekającego będzie obecny podczas przeprowadzania wszystkich dowodów w sprawie, a zatem wszystkie okoliczności stanowiące podstawę wyrokowania zostaną ujawnione w jego obecności<sup>19</sup>. Dzięki powtórzeniu czynności dowodowych możliwe jest też podjęcie przez oskarżonego i obrońcę polemiki z ich wynikami. Mogą oni aktywnie uczestniczyć w ich przeprowadzaniu (np. zadawać pytania świadkom), oskarżony może ustosunkować się do przeprowadzonego dowodu (art. 386 § 2 k.p.k.), tak więc obecność oskarżonego i obrońcy pozwala na realne wykorzystanie ich procesowych uprawnień.

Powstaje natomiast pytanie, czy muszą także zostać powtórzone inne czynności procesowe, przede wszystkim, czy sąd musi ponownie wydać decyzje procesowe, które zostały wydane pod nieobecność określonego podmiotu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 21 listopada 2001 r. uznał, iż sąd I instancji powtarzając rozprawę w obecności obrońcy powinien był ponownie wydać postanowienie co

<sup>17</sup> Zob. S. Waltoś, *Proces...*, s. 261.

<sup>18</sup> T. Nowak, A. Wierciński, *Glosa do wyroku SN z 12 stycznia 1976 r., V KR 246/75*, *Nowe Prawo* 1977, nr 9, s. 1318; Z. Doda, A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1997, s. 268.

<sup>19</sup> Uzasadnienie uchwały SN z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 45.

do zgłoszonych przez niego wniosków dowodowych, mimo że już rozstrzygnął je na rozprawie przeprowadzonej pod nieobecność tego obrońcy. Zdaniem Sądu Najwyższego, „inaczej postanowienie o oddaleniu jego wniosku dowodowego podjęte podczas jego nieobecności wywołuje właściwe sobie skutki procesowe, jakich nie niweluje przecież możliwość ponownego złożenia przez obrońcę raz oddalonego wniosku dowodowego”.

Na postawione pytanie należy najpierw odpowiedzieć w odniesieniu do sytuacji, gdy przeprowadzono część rozprawy pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego. Wydaje się, iż wówczas powtórzeniu podlegają tylko czynności dowodowe przeprowadzone pod nieobecność tego członka składu orzekającego, natomiast nie mogą zostać ponownie wydane żadne decyzje procesowe w kwestiach które zostały rozstrzygnięte na tej wcześniejszej rozprawie. Warto tu wskazać, iż Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, stwierdził, iż „w ramach prowadzenia rozprawy od początku, nie powtarza się w ogóle tych części poprzedniej rozprawy, w toku których nie dokonywano w ogóle czynności dowodowych, choćby zapadały na nich istotne decyzje procesowe”<sup>20</sup>. Nie może więc zostać ponownie rozstrzygnięty wniosek dowodowy strony, gdyż skoro został on rozstrzygnięty już wcześniej, brak jest przedmiotu ponownego rozstrzygnięcia. Wydana pod nieobecność członka składu orzekającego decyzja procesowa, mimo że może wydawać się być dotknięta pewnym uchybieniem, to jednak nadal pozostaje ważna i nadal obowiązuje. Nie jest ona bowiem wyłącznie z tego powodu nieważna z mocy samego prawa. Trudno byłoby także ponownie wydawać pewne decyzje procesowe, skoro brak ku temu w momencie powtarzania rozprawy podstaw faktycznych, np. absurdem byłoby ponowne podejmowanie decyzji o wydaleniu publiczności z sali rozpraw, skoro taką decyzję wydał sąd poprzednio, jeżeli w rozprawie na której powtarzane są czynności procesowe nie uczestniczy publiczność. Tak samo brak podstaw, aby ponawiać postanowienie o przedłużeniu tymczasowego aresztowania wobec oskarżonego, skoro poprzednie postanowienie jest już wykonywane, zaś okres, na który przedłużono stosowanie tego środka, jeszcze nie upłynął. Istotne jest bowiem to, iż wymóg obecności wszystkich członków składu orzekającego na całej rozprawie, wypływający z art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k., związany jest z nakazem bezpośredniego zetknięcia się sądu z materiałem dowodowym będącym podstawą orzeczenia. Nie można wszakże nie zauważyć, iż szereg decyzji procesowych wydawanych na rozprawie, z powodzeniem może być podejmowanych przez sąd orzekający poza rozprawą na posiedzeniu, gdzie, zgodnie z art. 403 k.p.k., brak jest już wymogu tożsamości składu orzekającego. Tak więc postanowienie o oddaleniu wniosku dowodowego, czy przedłużeniu tymczasowego aresztowania może być wydane w zgodzie z przepisami k.p.k. przez inny skład orzekający, niż ten który orzeka na rozprawie (choć

---

<sup>20</sup> Tamże.

nie powinno się to przeradzać w zasadę). Nakaz obecności składu orzekającego na całej rozprawie nie może zatem być wiązany z wydawaniem decyzji incydentalnych w toku rozprawy, gdyż trudno doszukiwać się uchybienia w decyzji procesowej, jeżeli już po jej wydaniu następuje zmiana składu orzekającego na rozprawie. W przeciwnym razie możliwe byłoby przecież podnoszenie zarzutu, iż jeżeli sędzia, który uczestniczył w wydaniu postanowienia, później nie był chwilowo obecny na rozprawie, to postanowienie dotknięte jest bezwzględną przyczyną odwoławczą, gdyż sędzia ten nie był obecny na całej rozprawie. Absurdalność takiego rozumowania jest przecież oczywista. To zaś prowadzi do konstatacji, iż zarzut nieobecności jednego z członków składu orzekającego na rozprawie może być podnoszony tylko w razie zaskarżenia orzeczenia wydanego po przeprowadzeniu tej rozprawy i kończącego postępowanie. Zatem w omawianym przypadku powtórzeniu podlegają jedynie czynności dowodowe przeprowadzone pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego.

Bardziej niejednoznacznie przedstawia się sytuacja, gdy część rozprawy przeprowadzono pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego. Aktualny pozostaje przedstawiony wyżej argument o braku przedmiotu ponownego rozstrzygania, jeżeli na rozprawie pod nieobecność obrońcy lub oskarżonego wydano pewne decyzje procesowe. Nie można więc ponownie rozstrzygać np. o wniosku obrońcy o uchylenie środka zapobiegawczego, skoro został on już wcześniej, wprowadzie pod nieobecność obrońcy lub oskarżonego, ale jednak rozstrzygnięty. Tak samo nie znajdowałoby podstaw ponowne wydawanie postanowienia o uchyleniu środka zapobiegawczego stosowanego wobec oskarżonego. Problem polega jednak na tym, iż wydanie decyzji procesowej na rozprawie pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego, w szczególności gdy dotyczy ona wniosku złożonego przez jeden z tych podmiotów, może być uznane za naruszenie prawa do obrony oraz zasady kontrydykcyjności. Znowu jednak można zauważyć, iż decyzje incydentalne mogły także zapaść na posiedzeniu, na którym zasadniczo obecność obrońcy i oskarżonego nie jest obowiązkowa (art. 79 § 3 k.p.k. mówi o obligatoryjnym udziale obrońcy w posiedzeniu, w którym obowiązkowa jest obecność oskarżonego, co dotyczy sytuacji określonych w art. 354 pkt 2, 341 § 1, 343 § 2 k.p.k.). To zaś oznacza, iż w sytuacji, gdyby sąd na posiedzeniu rozstrzygał daną kwestię, wydanemu orzeczeniu nie można byłoby stawiać zarzutu wadliwości. Zasadą płynącą z art. 95 k.p.k. jest bowiem to, iż tylko orzeczenia, co do których zastrzeżony jest tryb wydawania na rozprawie, nie mogą być wydane na posiedzeniu<sup>21</sup>. Nie ulega też wątpliwości, iż niektóre decyzje procesowe z natury rzeczy nie mogą być powtórzone, w szczególności te mające charakter porządkowy, np. zarządzenie o przerwaniu rozprawy, postanowienie o wydaleniu publiczności z sali rozpraw. Wydaje się zatem, iż w przypadku decyzji incydentalnej wydanej na roz-

<sup>21</sup> L. K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 168.

prawie pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, jeżeli dana decyzja jest zaskarżalna, możliwe jest jedynie podnoszenie w środku odwoławczym zarzutu zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 6 lub 7 k.p.k. Te przyczyny odwoławcze nie zostały bowiem przez ustawodawcę zastrzeżone jedynie dla orzeczeń kończących postępowanie.

Reasumując, należy przyjąć, iż w przypadku powtarzania odpowiedniego fragmentu rozprawy, celem usunięcia uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą w postaci orzekania na rozprawie pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego albo oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, ponownie przeprowadzane są jedynie czynności dowodowe, zaś powtórzeniu nie podlegają żadne poprzednio wydane decyzje procesowe. Powtarzając czynność dowodową sąd powinien jedynie odwołać się do poprzednio wydanego postanowienia dotyczącego tej czynności. Nie ma przy tym znaczenia, iż taka decyzja mogła dotyczyć kwestii dowodowych np. odczytania protokołu przesłuchania świadka na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. z uwagi na jego śmierć, wówczas bowiem ponowieniu podlega sama czynność dowodowa, która poprzedzona jest jedynie odwołaniem się do stosownego postanowienia, wydanego na rozprawie, która obecnie jest powtarzana. Wyjątkiem będą jedynie te czynności dowodowe, które wymagają zgody stron na ich przeprowadzenie, np. odczytanie protokołu świadka na podstawie art. 392 k.p.k. Jeżeli pod nieobecność oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa, sąd postanowił za zgodą obecnych stron o odczytaniu protokołu na podstawie art. 392 k.p.k., to chcąc powtórzyć tę czynność, powinien uzyskać zgodę na jej przeprowadzenie także od oskarżonego. Sąd nie powinien być bowiem prowadzić rozprawy pod nieobecność oskarżonego, zatem z tego faktu nie mogą wypływać dla niego niekorzystne konsekwencje.

Powyższe uwagi sprawiają, iż nie do końca można zgodzić się z tezą Sądu Najwyższego, iż „przepis art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. wymaga obecności każdego członka składu orzekającego na całej rozprawie, która rozpoczyna się z chwilą wywołania sprawy (art. 381 k.p.k.), a kończy ogłoszeniem wyroku (art. 418 k.p.k.), nie można zatem przyjąć, że wprowadza on obowiązek uczestniczenia wszystkich członków składu sądu jedynie podczas przeprowadzania dowodów”<sup>22</sup>. Przytoczony pogląd jest co do zasady słuszny, jednakże jego bezwyjątkowe zaaprobowanie prowadziłoby do wykluczenia możliwości konwalidowania braku polegającego na nieobecności jednego z członków składu orzekającego na rozprawie. Jak zaś wyżej wykazano, podstawową racją wymogu uczestnictwa wszystkich członków składu orzekającego w rozprawie jest zapewnienie warunków dla pełnej realizacji zasady bezpośredniości w zakresie czynności dowodowych.

<sup>22</sup> Wyrok z 14 grudnia 2001 r., II KKN 283/01, OSN – Prokuratura i Prawo 2002, nr 9, poz. 9.

Na marginesie warto tu zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt sytuacji, gdy choćby jeden z członków składu orzekającego był nieobecny na części rozprawy. W takim bowiem wypadku najczęściej jego miejsce czasowo zajęła inna osoba, a w konsekwencji uległ zmianie skład sądu. To zaś oznacza, iż sąd przystępujący po przerwie lub odroczeniu do kontynuowania rozprawy w takim zmienionym (nawet chwilowo) składzie, dopuszcza się obrazy art. 402 § 2 lub art. 404 § 2 k.p.k. Przepisy te wymagają bowiem w razie zmiany składu sądu, aby zawsze rozprawa była prowadzona od początku. Sąd tym samym świadomie dopuszcza się obrazy jednego z tych przepisów, zapewne z góry zakładając możliwość konwalidowania tych czynności procesowych, trudno bowiem zakładać, żeby chociaż przewodniczący składu orzekającego nie miał świadomości działania sądu w zmienionym osobowo składzie. Taką praktykę należy uznać za naganną. Sąd powinien bowiem odstąpić od kontynuowania rozprawy, jeżeli nieobecność jednego z członków ma charakter czasowy i istnieje szansa na jego powrót do składu w niedługim czasie, zaś w przeciwnym razie rozpocząć rozprawę od początku. Powstaje zatem wątpliwość, czy powtórzenie części rozprawy w razie powrotu do składu orzekającego poprzedniego jego członka może doprowadzić do usunięcia wspomnianego uchybienia? Niewątpliwie w takim wypadku następuje usunięcie uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. Czy jednak strona, zaskarżając wyrok sądu I instancji, może podnieść zarzut obrazy przepisów postępowania (art. 438 pkt 2 k.p.k.) w postaci art. 402 § 2 k.p.k. lub art. 404 § 2 k.p.k.? Wydaje się, że taki ewentualny zarzut nie będzie skuteczny, gdyż naruszenie jednego z tych przepisów w razie powtórzenia części rozprawy przeprowadzonej pod nieobecność członka składu orzekającego nie mogło zasadniczo mieć wpływu na treść orzeczenia. W wyniku powtórzenia części rozprawy dochodzi bowiem do sytuacji, jakby części rozprawy prowadzonej pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego w ogóle nie było. A więc w rzeczywistości przejściowa zmiana składu orzekającego nie ma znaczenia z punktu widzenia wyrokowania.

Można jednak wskazać na jeszcze jeden paradoks związany z powtórzeniem części rozprawy. Jeżeli bowiem dojdzie do powtórzenia fragmentu rozprawy, wówczas czynności dowodowe dokonane na tej części rozprawy prowadzonej pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego, oskarżonego lub obrońcy obligatoryjnego, nie są uwzględniane przy wyrokowaniu. Zatem rozprawa ta jakby wypada z ciągu rozpraw prowadzonych w danej sprawie. W tej sytuacji łatwo może dojść do tego, iż między rozprawami prowadzonymi w obecności wszystkich członków składu orzekającego, oskarżonego lub obrońcy, z pominięciem „wadliwej” części rozprawy, upłynęło więcej niż 35 dni. Gdyby więc sąd orzekał bez owej rozprawy, musiałby uzyskać zgodę stron na kontynuowanie rozprawy po przekroczeniu terminu odroczenia. Przeprowadzenie rozprawy pomimo nieobecności jednego z członków składu orzekającego, oskarżonego lub obrońcy przynajmniej formalnie pozwala sądowi uniknąć takiej sytuacji.

Postawić można kolejne pytanie, czy konwalidacja poprzez powtórzenie części rozprawy może też mieć miejsce, gdy w sprawie orzekał sędzia wyłączony z mocy ustawy i dopiero w toku rozprawy został on wyłączony od udziału w sprawie lub gdy sąd początkowo był nienależycie obsadzony i w toku rozprawy dostosowano skład do obowiązujących przepisów, co spowodowało zmianę osobową składu orzekającego. Należy mieć na uwadze, iż nowy członek składu nie był obecny na rozprawie od jej początku, aż do momentu jego wstąpienia. Czy rozprawę należy w takiej sytuacji bezwzględnie prowadzić od początku, czy też możliwe jest powtórzenie tej jej części, na której nie był obecny nowy członek składu orzekającego, tak aby nie doszło do zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. Biorąc pod uwagę jednoznaczność w tym względzie treść przepisów art. 402 § 2 k.p.k. i art. 404 § 2 k.p.k. należy opowiedzieć się za stanowiskiem, iż w takim wypadku należy prowadzić rozprawę od początku. Nie będzie zatem wystarczające powtórzenie jedynie czynności dowodowych podczas przeprowadzania których nie był obecny nowy członek składu orzekającego<sup>23</sup>. Prowadzenie rozprawy od początku oznacza bowiem powtórzenie wszystkich czynności składających się na rozprawę, od momentu określonego w art. 381 k.p.k. tj. wywołania sprawy<sup>24</sup>. Tym samym odżywają np. te uprawnienia uczestników procesu, które mogą być realizowane do momentu rozpoczęcia przewodu sądowego. Nie można więc, wbrew wynikowi wykładni językowej wspomnianych przepisów, sprowadzać obowiązku prowadzenia rozprawy od początku tylko do wymogu powtórzenia czynności dowodowych i obowiązku bezpośredniego zetknięcia się wszystkich członków składu orzekającego z dowodami przeprowadzonymi na rozprawie<sup>25</sup>. Nie znajduje już uzasadnienia w brzmieniu art. 402 § 2 i art. 404 § 2 k.p.k. pogląd dopuszczający możliwość powtórzenia, w razie zmiany składu sądu, najważniejszej części postępowania dowodowego poprzednio już przeprowadzonego<sup>26</sup>. Odwoływanie się podczas rozprawy prowadzonej od początku do protokołów poprzednio przeprowadzonych przesłuchań świadków możliwe jest co do zasady jedynie w przypadkach określonych w art. 391 § 1 k.p.k.<sup>27</sup>.

Na zakończenie rozważań o konwalidacji czynności procesowych warto poświęcić jeszcze kilka zdań problemowi wykorzystania dowodów przeprowadzonych na rozprawie pod nieobecność jednego z członków składu, obrońcy lub oskarżonego, w szczególności zaś odpowiedzi na pytanie, czy można odczytać protokoły zeznań świadka złożonych w czasie tej wadliwej części rozprawy, gdy po-

<sup>23</sup> Zob. w tej mierze szerokie i trafne rozważania Sądu Najwyższego w pkt. V uzasadnienia uchwały SN z 30 września 1998 r., I KZP 13/98, OSNKW, z. 9–10, poz. 45; odmiennie R. A. Stefański, *Przegląd...*, s. 132.

<sup>24</sup> Por. L. K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 574.

<sup>25</sup> Jak czyni to R. A. Stefański, (w:) *Przegląd...*, s. 132.

<sup>26</sup> Zob. szerzej T. Nowak, A. Wierciński, *Glosa...*, s. 1319–1320.

<sup>27</sup> Wyrok SN z 24 kwietnia 2002 r., II KKN 194/00, niepublikowany.

nownie przesłuchiwany, zeznaje on odmiennie lub oświadcza, że pewnych okoliczności nie pamięta.

A. Murzynowski analizując, na gruncie k.p.k. z 1928 r., kwestię ważności czynności procesowych dokonanych w niedopuszczalnym procesie karnym, uznał, iż nie tracą one automatycznie znaczenia prawnego tylko dlatego, że dokonane zostały w niedopuszczalnym procesie karnym. Protokoły przesłuchania świadków, biegłych i oskarżonych sporządzone na rozprawie, jeżeli taka czynność została wykonana w sposób prawidłowy, mogą być wykorzystane w innym toczącym się procesie karnym. Nieważne natomiast będą te czynności procesowe, które zostały wykonane w warunkach nie pozwalających na uznanie ich ważności np. wykonanie przez sędziego podlegającego wyłączeniu z mocy samego prawa<sup>28</sup>.

S. Waltoś wyraził pogląd, że gdy będziemy mieli do czynienia ze skonwalidowaną czynnością dowodową przez powtórzenie i różniącą się wynikiem czynnością nieskonwalidowaną, ta druga będzie mogła stanowić podstawę wyrokowania tylko wtedy, gdy błąd nie wynikałby z obrazu przepisów podyktowanych wymaganiem gwarancji procesowych stron. Jeśli idzie o uchybienia nieistotne, to różnice między treścią dowodu wadliwego i dowodu przeprowadzonego poprawnie, powinny być ocenione zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów<sup>29</sup>.

Zdaniem R. Kmiecika, naruszenie każdego przepisu procesowego może potencjalnie stanowić obrazę przepisów postępowania i powodować wadliwość czynności dowodowej. Nie oznacza to jednakże co do zasady, iż wadliwa czynność dowodowa staje się nieważna, a przeciwnie pozostaje ważna i skuteczna, a jedynie wymaga konwalidacji, która polega tu na usunięciu uchybienia, które może stać się przedmiotem zarzutu odwoławczego. Jeżeli konwalidacja będzie niemożliwa, wówczas wadliwy, lecz ważny dowód powinien być przez sąd wykorzystany. Fakt nieusuwalnej wadliwości dowodu nie może pozostać bez wpływu na jego ocenę przez sąd po przeprowadzeniu dowodu na rozprawie<sup>30</sup>. Wadliwie przeprowadzone dowody podlegają bowiem także swobodnej ocenie, a uwzględnienie w niej faktu formalnej wadliwości dowodu pozwolić może na uniknięcie zarzutu obrazę przepisów postępowania<sup>31</sup>. Autor ten wskazuje, iż niekiedy pochopte wyeliminowanie dowodu formalnie wadliwego byłoby przejawem przesadnego formalizmu<sup>32</sup>.

Wydaje się, że jeśli idzie o dowody przeprowadzone pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego, to nie mogą one samoistnie stanowić podstawy wyroku sądu. W przeciwnym razie powtórzenie tych

<sup>28</sup> A. Murzynowski, *Przyczynek...*, s. 993–994.

<sup>29</sup> S. Waltoś, *Konwalidacja...*, s. 506–507.

<sup>30</sup> R. Kmiecik, *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym*, Państwo i Prawo 1989, nr 5, 98–99.

<sup>31</sup> R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 100.

<sup>32</sup> Tamże, s. 104.

czynności dowodowych nie przyniosłoby pożądanego efektu, skoro nadal sąd mógłby oprzeć się na dowodzie przeprowadzonym z tego rodzaju obrazą przepisów postępowania. Podstawę wyroku nadal stanowiłby dowód przeprowadzony pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego, a temu przecież miało zapobiec powtórzenie części rozprawy. To samo dotyczy dowodu przeprowadzonego pod nieobecność oskarżonego lub obrońcy, którzy nie mogli zadać świadkowi lub biegłemu pytań, czy też nie uczestniczyli w przeprowadzeniu eksperymentu procesowego. Natomiast wydaje się dopuszczalne wykorzystanie takiego dowodu przy powtarzaniu czynności dowodowej. Chodzi tu przede wszystkim o odczytanie świadkowi ponownie przesłuchiwanemu w ramach powtórzenia części rozprawy, protokołów jego zeznań, jeżeli oczywiście spełnione zostały przesłanki określone w art. 391 § 1 i 2 k.p.k. Należy wszakże dostrzec, iż brak jednego z członków składu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego podczas przesłuchania świadka nie mógł mieć co do zasady wpływu na samą treść składanych przez świadka zeznań. Mogą one być co najwyżej niezupełne, gdyż nieobecne osoby nie mogły zadać świadkowi stosownych pytań. Jednakże powtórzenie tej czynności dowodowej służy temu, aby to uchybienie naprawić. Taki wadliwy dowód pozostaje nadal skuteczny i ważny, a wykorzystaniu go w takim ograniczonym zakresie nie wydaje się stać na przeszkodzie fakt, iż jego wadliwość jest wynikiem naruszenia przepisów o charakterze gwarancyjnym dla stron. Należy także zwrócić uwagę, iż na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. odczytane mogą zostać protokoły zeznań świadka złożonych także w postępowaniu przygotowawczym lub w innym postępowaniu sądowym<sup>33</sup>, a więc często sporządzone w ramach czynności procesowych, które odbyły się bez udziału oskarżonego i jego obrońcy, a także przed innym osobowo, niż sąd orzekający na rozprawie, organem procesowym. Sąd zatem powinien jedynie wziąć pod uwagę, iż zeznania odczytane świadkowi zostały złożone w czasie rozprawy wadliwie przeprowadzonej i ocenić różnice w zeznaniach zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. Jeżeli jednak nieobecność na rozprawie członka składu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego wpłynęła lub przynajmniej mogła wpłynąć na treść zeznań świadka, sąd powinien tę okoliczność uwzględnić przy ocenie zeznań odczytanych świadkowi i złożonych przez niego podczas ponownego przesłuchania i ewentualnie wyeliminować taki wadliwy dowód z podstawy dowodowej wyroku.

III. Drugim zagadnieniem związanym z orzekaniem przez sąd odwoławczy w przypadku stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 k.p.k., któremu warto poświęcić uwagę, jest odpowiedź na pytanie o możliwość uchylenia w części wyroku sądu w przypadku łączności podmiotowej (art. 33 k.p.k.).

<sup>33</sup> Zob. L. K. Paprzycki (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 549; J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2001, s. 185.

Sąd Najwyższy w wyroku z 21 listopada 2001 r. uznał, iż: „jeżeli oskarżony lub jego obrońca, mimo ustawowego obowiązku udziału w rozprawie, nie uczestniczyli tylko w tej części rozprawy, na której przeprowadzone zostały czynności dowodowe związane wyłącznie z okolicznościami odnoszącymi się do jednego lub kilku z wielu zarzuconych temu oskarżonemu przestępstw, to takie uchybienie powoduje konieczność uchylenia zaskarżonego orzeczenia jedynie w części obejmującej skazanie za te przestępstwa”. Zdaniem SN za takim stanowiskiem przemawiają względy racjonalności i sprawności postępowania oraz postulat oszczędności. Powyższe zapatrywanie, mimo *prima facie* pewnej śmiałości tezy, zasługuje na aprobatę. Słusznie bowiem Sąd Najwyższy zaakcentował w dużej mierze „techniczny” charakter łącznego rozpoznawania kilku przestępstw popełnionych przez jednego oskarżonego. Wydaje się, iż w takiej sytuacji musi ustąpić na plan dalszy podstawowa racja tej instytucji, jaką jest umożliwienie lepszej oceny całokształtu działalności przestępczej sprawcy oraz ujawnienie okoliczności sprzyjających popełnieniu przestępstwa i trafne zastosowanie środków karnych przewidzianych w ustawie<sup>34</sup>. W doktrynie wskazuje się, iż nakaz łącznego rozpoznania wszystkich przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę nie ma charakteru bezwzględnego<sup>35</sup>. Poza tym instytucja ta jest uzasadniona ekonomiką procesu i ma służyć oszczędności środków procesowych<sup>36</sup>. Przyjęcie odmiennego niż wyrażony przez SN poglądu, byłoby wręcz zaprzeczeniem tych względów. Należy zresztą dodać, że już wcześniej nie budziło wątpliwości stanowisko, iż w przypadku, gdy sprawę złożoną pod względem podmiotowym rozpoznano pod nieobecność jednego z oskarżonych, uchylenie orzeczenia na podstawie art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. może nastąpić wyłącznie w stosunku do tego oskarżonego<sup>37</sup>. Sąd Najwyższy trafnie zaakcentował we wskazanym orzeczeniu, iż art. 439 § 1 k.p.k. nakazując uchylić zaskarżone orzeczenie w razie stwierdzenia jednej z bezwzględnych przyczyn odwoławczych, wcale nie określa, czy uchylenie to ma nastąpić w całości, czy w części. Warto tu dodać, iż podobnie nie czyni tego art. 438 k.p.k. O ile więc można byłoby mieć pewne wątpliwości, z uwagi na wyjątkowy charakter bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 k.p.k., czy możliwe jest uchylenie orzeczenia w części, o tyle jednak taka

<sup>34</sup> Por. postanowienie SN z 30 kwietnia 1981 r., I KZ 20/81, OSNKW 1981, z. 9, poz. 50.

<sup>35</sup> J. Bratoszewski (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. 1, s. 260; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 125.

<sup>36</sup> K. Marszał, *Proces...*, s. 125; T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 205.

<sup>37</sup> Postanowienie SN z 30 grudnia 1980 r., VI KZP 31/80, OSNPG 1981, nr 3, poz. 37; M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki...*, s. 126; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola...*, s. 214; S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. 2, s. 481; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 885; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, t. 2, s. 572; J. Grajewski (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 656.

teza w odniesieniu do art. 438 k.p.k. nie może budzić wątpliwości. Zaś użyte przez ustawodawcę sformułowanie w tej mierze jest identyczne – zarówno w art. 438 k.p.k., jak i art. 439 § 1 k.p.k. nie wykluczył on możliwości częściowego uchylenia orzeczenia, co oznacza, iż zastosowanie ma tu ogólna reguła określona w art. 437 § 1 k.p.k.

Sąd Najwyższy w rozważaniach zawartych w uzasadnieniu wyroku z 21 listopada 2001 r. zastrzegł jednak, iż możliwość uchylenia zaskarżonego orzeczenia z powodu stwierdzenia uchybień wymienionych w art. 439 § 1 k.p.k., w określonej części, „nie wystąpi w razie stwierdzenia uchybień wymienionych w art. 439 § 1 pkt 1–5 k.p.k. Może ona natomiast otworzyć się w wypadku stwierdzenia uchybień wskazanych w art. 439 § 1 pkt 6 i 7 k.p.k.”. Z tym pierwszym stwierdzeniem, mimo przekonania Sądu Najwyższego o jego oczywistości, nie można się w pełni zgodzić.

Wydawałoby się, iż nie trzeba nikogo przekonywać, że w przypadku łączności podmiotowej, a więc gdy sąd rozpoznaje sprawę jednej osoby oskarżonej o kilka przestępstw, należy uchylić wyrok sądu I instancji tylko w części w przypadku stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 6, 9, 10 lub 11 k.p.k. Tylko w przypadku orzekania przez sąd I instancji mimo śmierci oskarżonego (art. 17 § 1 pkt 5 k.p.k.) zawsze zachodzi konieczność uchylenia wyroku sądu I instancji i umorzenia postępowania w całości. Natomiast w sytuacji, gdy nastąpiło przedawnienie karalności jednego z zarzucanych przestępstw (art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.), co do jednego z nich brak jest wniosku o ściganie (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.), lub tylko jedno z przestępstw zostało objęte abolicją (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.), sąd odwoławczy stwierdziwszy bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 5 k.p.k. powinien uchylić wyrok sądu I instancji tylko w tej części, w jakiej sąd I instancji orzekał wbrew wskazanym negatywnym przesłankom procesowym i w tym zakresie postępowanie umorzyć. Tak samo, wydaje się, iż w przypadku braku skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.) możliwe będą sytuacje, gdy uchylenie wyroku nastąpi tylko w części, np. gdy oskarżyciel prywatny obejmie prywatnym aktem oskarżenia także przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, albo gdy oskarżyciel posiłkowy subsydiarny wniesie akt oskarżenia dotyczący także przestępstwa, co do którego nie wyczerpał procedury określonej w art. 306 § 2 i 330 § 2 k.p.k., zaś sąd I instancji przeoczy tę negatywną przesłankę procesową i orzeknie co do *meritum*. Pozbawione podstawy prawnej byłoby przecież uchylenie wyroku i umorzenie postępowania (czy nawet przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania) również co do nieprzedawnionego albo ściganego w trybie bezwarunkowym przestępstwa.

Wydaje się także, iż do uchylenia wyroku wyłącznie w części dojdzie, gdy sędzia orzekający w sprawie był świadkiem tylko w stosunku do jednego lub niektórych czynów zarzucanych oskarżonemu (art. 439 § 1 pkt 1 w zw. z art. 40 § 1 pkt 4 k.p.k.), albo też prowadził postępowanie przygotowawcze w stosunku do

jednego z tych czynów (art. 439 § 1 pkt 1 w zw. z art. 40 § 1 pkt 5 k.p.k.)<sup>38</sup>. Oczywiście istnieje w takim przypadku niebezpieczeństwo, iż sędzia wyrobił sobie pogląd na osobę oskarżonego i wpłynęło to na sposób jego wyrokowania również co do pozostałych czynów. Nie może jednakże budzić wątpliwości, iż gdyby sędzia ów orzekał w odrębnym postępowaniu co do czynów, co do których nie zachodzą te przyczyny wyłączenia, można byłoby jedynie podnosić względną przyczynę odwoławczą z art. 438 pkt 2 k.p.k., gdyż mogłaby zachodzić jedynie podstawa wyłączenia sędziego określona w art. 41 § 1 k.p.k. Należy więc uznać, iż tak samo w przypadku łącznego rozpoznawania spraw, jego orzekanie co do czynów, co do których brak jest podstawy wyłączenia z art. 40 § 1 pkt 4 lub 5 k.p.k., stanowić może jedynie względną przyczynę odwoławczą i strona, aby doprowadzić do uchylenia całego wyroku powinna wykazać, iż sędzia orzekając co do pozostałych czynów był lub przynajmniej mógł być stronniczy, a więc że zachodziła przyczyna wyłączenia określona w art. 41 § 1 k.p.k.

Warto wskazać na jeszcze jedną, powszechnie akceptowaną w doktrynie, sytuację uchylenia wyroku sądu I instancji w części w razie zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Chodzi mianowicie o wypadek, gdy w sprawie, w której zachodzi łączność podmiotowa lub przedmiotowa, sąd powszechny lub sąd szczególny naruszył przepisy o swojej właściwości, co spowodowało zaistnienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 3 k.p.k. Wówczas możliwe jest uchylenie wyroku sądu tylko w części, w której rozstrzygnięto co do czynu nie należącego do właściwości danego sądu<sup>39</sup>. Zasadnie wskazuje się, iż byłoby całkowicie dowolnym założenie, że jeśli uchybienie z art. 439 § 1 pkt 3 k.p.k. dotyka części wyroku wydanego w postępowaniu złożonym pod względem podmiotowym lub przedmiotowym, to *eo ipso* rzutuje ono również na inne części tego wyroku<sup>40</sup>. Podobnie, jeżeli sąd niższej instancji będzie orzekał w sprawie, w której jeden z kilku zarzucanych oskarżonemu czynów będzie należał do właściwości sądu wyższego rzędu (co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1

<sup>38</sup> Por. M. Cieślak, *Nieważność...*, s. 149–150, który dopuszczał w takich przypadkach częściową nieważność orzeczenia; odmiennie A. Kaftal, *O częściowej nieważności orzeczeń sądowych*, Nowe Prawo 1960, nr 12, s. 1599.

<sup>39</sup> Zob. szerzej M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (lata 1980–1983)*, „Palestra” 1984, nr 10, s. 123–126; A. Kaftal, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 30 kwietnia 1982 r.*, I KR 121/82, OSPiKA 1983, nr 2, s. 89–90; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola...*, s. 207; S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. 2, s. 475; T. Grzegorzczak (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 715; tenże, *Kodeks...*, s. 880–881; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, t. 2, s. 562; J. Grajewski (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks...*, s. 652; odmiennie wyrok SN z 30 kwietnia 1982 r., I KR 121/80, OSNKW 1982, z. 9, poz. 64.

<sup>40</sup> M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki...*, s. 124.

pkt 4 k.p.k.), sąd odwoławczy na tej podstawie uchylić może wyrok jedynie w części dotyczącej tego czynu, nie zaś w całości<sup>41</sup>.

Bardziej problematyczna wydaje się być kwestia uchylenia orzeczenia w części, w przypadku stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. Kilkakrotnie w niniejszym opracowaniu wskazywano na pewne podobieństwa sytuacji, gdy jeden z członków składu orzekającego nie był obecny na całej rozprawie i przypadków prowadzenia rozprawy pod nieobecność obrońcy obligatoryjnego lub oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa. Jeżeli więc ustawodawca kreuje wymóg obecności składu orzekającego na całej rozprawie, aby przede wszystkim zapewnić możliwość bezpośredniego zetknięcia się wszystkich członków składu z dowodami, na podstawie których sąd będzie wyrokował, to wydaje się, iż nieobecność jednego z członków składu orzekającego na części rozprawy, na której przeprowadzono czynności dowodowe dotyczące tylko jednego z zarzucanych oskarżonemu czynów, powoduje konieczność uchylenia przez sąd odwoławczy wyroku sądu I instancji tylko w części dotyczącej tego czynu. Przemawiają za tym przedstawiane już wyżej względy na ekonomikę postępowania. Należy też podkreślić, iż wyrok sądu I instancji w pozostałej części będzie prawidłowy, skoro w odniesieniu do innych zarzucanych oskarżonemu czynów sąd był obecny podczas wszystkich przeprowadzanych na rozprawie czynności dowodowych dotyczących tych czynów.

Na zakończenie należy jedynie uczynić pewne zastrzeżenie, którego zabrakło w tezie wyroku cytowanego na wstępie niniejszej części opracowania. Dopuszczając możliwość częściowego uchylenia wyroku sądu I instancji w przypadku stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 *in fine*, 6 i 7 k.p.k., należy pamiętać, iż nie zawsze można w sposób jednoznaczny stwierdzić, iż dane czynności dowodowe dotyczą tylko jednego konkretnego czynu zarzucanego oskarżonemu. Może to mieć miejsce w szczególności w przypadku dowodów co do okoliczności dotyczących osoby sprawcy i mających wpływ na wymiar kary (np. dowód dotyczący sytuacji osobistej i majątkowej oskarżonego), czy w przypadku, gdy oskarżonemu zarzucono popełnienie kilku przestępstw pozostających ze sobą w ścisłym związku. Jakakolwiek zatem wątpliwość co do tego, że dany dowód przeprowadzony pod nieobecność jednego z członków składu orzekającego, obrońcy lub oskarżonego dotyczy wyłącznie jednego z czynów zarzucanych oskarżonemu, musi powodować uchylenie wyroku sądu I instancji również w części dotyczącej pozostałych czynów, co do których zachodzi możliwość, że dowód ten także ich dotyczył.

Reasumując, w przypadku łączności podmiotowej, jeżeli sąd odwoławczy stwierdzi, iż uchybienie stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 1, pkt 3, pkt 4, pkt 5 w zw. z art. 17 § 1 pkt 6, 9, 10 lub 11

<sup>41</sup> Por. uwagi A. Kaftala na gruncie nieważności orzeczeń, (w:) *O częściowej nieważności...*, s. 1598.

k.p.k. dotyczy tylko jednego lub kilku z zarzuconych oskarżonemu czynów, o których rozstrzygnął sąd pierwszej instancji, uchyla wyrok jedynie w części dotyczącej tego lub tych czynów. Podobnie, jeżeli oskarżony lub jego obrońca, mimo ustawowego obowiązku udziału w rozprawie, albo jeden z członków składu orzekającego nie uczestniczyli tylko w tej części rozprawy, na której przeprowadzone zostały czynności dowodowe związane wyłącznie z okolicznościami odnoszącymi się do jednego lub kilku z wielu zarzuconych temu oskarżonemu przestępstw, to takie uchybienie powoduje konieczność uchylenia zaskarżonego orzeczenia jedynie w części obejmującej skazanie za te przestępstwa lub umorzenie postępowania dotyczącego tych przestępstw.

## O KRYMINALIZACJI PRZEJAWÓW PEDOFILII

Ostatnie miesiące przyniosły w Polsce ogromny wzrost zainteresowania problemem pedofilii. Stacje telewizyjne i różnego rodzaju pisma niezwykle intensywnie zaczęły zajmować się tą tematyką, głównie z uwagi na jej medialną atrakcyjność. Ukazano zjawisko społeczne, z którym walka polegać powinna przede wszystkim na uświadamianiu jego szkodliwości. Należy w tym miejscu z przykrością zauważyć, iż mimo teoretycznie powszechnego potępienia czynów, w wyniku których dochodzi do seksualnego wykorzystania małoletnich, szacunkowe dane zawierają liczbę 10 000 dzieci padających corocznie ofiarą pedofilii w Polsce<sup>1</sup> uprawdopodobniają, iż jakiś procent społeczeństwa prezentuje dwoistą postawę. Z jednej strony występuje demonstracyjne potępienie dla sprawców tego rodzaju czynów „gdzieś tam, na świecie” – z drugiej, całkowita ignorancja wobec podobnych zachowań z własnego podwórka. Dlatego też, można pokusić się o twierdzenie, iż mamy do czynienia z poważnym problemem, którego istnienie musi powodować także stosowną reakcję prawa. Społeczne i medialne akcje<sup>2</sup> jakkolwiek niezwykle pożyteczne, powinny znaleźć wsparcie w naukowych opracowaniach i ewentualnych postulatach *de lege ferenda*. W związku z powyższym, celowe wydaje się naświetlenie i przeanalizowanie wybranych zagadnień tej problematyki z punktu widzenia prawa karnego.

Kryminalizowane kontakty seksualne z małoletnim powszechnie określa się w orzecznictwie i doktrynie jako „czyn lubieżny”<sup>3</sup>. Pojęciem tym posługiwał się kodeks karny z 1969 r. (art. 176). Z terminu tego zrezygnowali natomiast twórcy kodeksu z 1997 r. W tym akcie prawnym, większość przestępstw umiejscowionych w rozdziale pt. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości” oparto na konstrukcji „obcowania płciowego” i „innej czynności seksualnej”. Niniejsze opracowanie nie jest jednak miejscem rozważań nad wyższością jednych norma-

---

<sup>1</sup> K. Romanowska, *Zły Dotyk*, Newsweek Polska, 14 kwietnia 2002, s. 82.

<sup>2</sup> M.in. akcja „Zły Dotyk” TVN, Newsweek’a i Super Expressu.

<sup>3</sup> Z uwagi na silne zakorzenienie pojęcia „czynu lubieżnego” w polskiej literaturze karnistycznej, zostanie ono wykorzystane także w niniejszym opracowaniu.

tywnych określeń nad innymi. O sposobie ich rozumienia wypowiadał się kilkakrotnie Sąd Najwyższy<sup>4</sup>.

Niezwyczajnie ważne jest natomiast wyjaśnienie relacji występującej między pedofilią a czynem lubieżnym. Utożsamianie tych pojęć jest powszechnie spotykane jako swego rodzaju skrót myślowy, lecz musi razić swą niepoprawnością. Pedofilia jest dewiacją seksualną polegającą na ukierunkowaniu popędu płciowego na dzieci. Bycie pedofilem, samo w sobie, przestępstwem nie jest. Wynika to z powszechnie przyjętej zasady odpowiedzialności karnej za czyn, a nie za poglądy, myśli, właściwości fizyczne i psychiczne – w tym np. preferencje seksualne<sup>5</sup>. Kryminalizowane są dopiero uzewnętrznione zachowania dewianta (sprawcy), który swój popęd płciowy realizuje wypełniając w ten sposób znamiona przestępstwa. Co więcej, medycyna definiując pedofilię mówi o „zaburzeniach preferencji seksualnej polegających na życiu płciowym z dzieckiem lub dziećmi. Przez dzieci rozumie się tutaj osoby przed wiekiem pokwitania”<sup>6</sup>. Wynika z tego, iż zakres czynów lubieżnych i aktów pedofilii nie musi się pokrywać. Działanie, które z punktu widzenia medycyny uważane będzie za przejaw opisywanej dewiacji, może być indyferentne prawnie. Możliwa jest też sytuacja odwrotna – czyn lubieżny wcale nie musi być zakwalifikowany jako akt pedofilii. Wynikać to będzie głównie z różnych metod określania wieku wykorzystanego seksualnie małoletniego przez medycynę i prawo karne. O ile ustawodawca przyjął sztywną, bezwzględną granicę wyrażoną w latach, medycyna posługuje się pojęciem w jakimś sensie ocennym, lecz poddających się naukowej weryfikacji.

Należy podkreślić, iż chociaż tylko jakaś część czynów lubieżnych ma swe źródło w pedofilii<sup>7</sup>, to jednak gdyby w społeczeństwie nie występowały dość powszechnie tego rodzaju dewiacyjne zachowania (w formie właściwej lub jako tzw. praktyki zastępcze), zasadność penalizacji kontaktów seksualnych z małoletnimi poniżej 15 roku życia byłaby dyskusyjna i temat ten mógłby stanowić – jak pisał niedługo M. Fi-

<sup>4</sup> M.in. uchwała SN z 19 maja 1999 r. I KZP 17/99, Wyrok SN z 30 lipca 1986 r., sygn. Rw 530/86.

<sup>5</sup> Godne rozważenia natomiast byłoby wypracowanie mechanizmów prawnych, dzięki którym pedofil znalazłby się pod administracyjną kontrolą powstrzymującą go od dokonywania czynów lubieżnych.

<sup>6</sup> M. Krzystanek: [www.poradnikmedyczny.pl](http://www.poradnikmedyczny.pl).

<sup>7</sup> M. Filar wyodrębnia trzy grupy sprawców dopuszczających się czynów lubieżnych. Pierwsza z nich to klasyczne przypadki pedofilii, kiedy sprawca dla zrealizowania swego libido musi mieć za partnera dziecko lub osobę bardzo młodą, gdyż żaden inny wariant partnerski nie zaspakaja go seksualnie. Drugi, coraz bardziej rozpowszechniony, stanowi w istocie wariant tzw. praktyk zastępczych. Dorośli mężczyźni o normalnie funkcjonującym popędzie w związku z problemami natury psychologicznej, emocjonalnej i seksualnej w kontaktach z dojrzałymi kobietami, podejmują czynności także z małoletnimi partnerkami, co pozwala im uniknąć powyżej opisanych problemów. Trzecia grupa to osoby bardzo młode wzajemnie podejmujące wobec siebie kontakty seksualne na płaszczyźnie budzącej się ciekawości w połączeniu z wzajemnym zaangażowaniem emocjonalnym i uczuciowym. *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*. „Palestra” 1995, nr 7–8, s. 25–26.

lar o kazirodstwie – przedmiot zainteresowania psychiatrów i literatów<sup>8</sup>. Tak więc przyczyn kryminalizacji czynu lubieżnego upatrywać należy w skali zjawiska będącego konsekwencją licznych zachowań pedofilskich.

Powody kryminalizacji czynów seksualnych z małoletnim są kwestią zasadniczą dla prawidłowego zrozumienia tej problematyki. Racjonalny ustawodawca musi odpowiedzieć sobie najpierw na pytanie „Co i dlaczego chcę ochronić?”, aby móc w ogóle rozważać kwestię „Jak chronić?”. Sytuacja przy spojrzeniu od strony czysto racjonalnej zdaje się oczywista. Zbyt wczesne rozpoczęcie aktywności seksualnej przez człowieka negatywnie wpływa na jego rozwój psychiczny, fizyczny, a oprócz tego niesie za sobą ryzyko konsekwencji nierozzerwalnie związanych z kontaktami płciowymi, takich jak niechciana ciąża, choroba weneryczna, zakażenie wirusem HIV itp. Od powyższych zagrożeń osoba małoletniego powinna zostać zabezpieczona sankcją karną.

Podstawowym przepisem chroniącym dzieci przed uczestnictwem w czynności seksualnej z inną osobą jest obecnie art. 200 § 1 k.k. w brzmieniu „Kto doprowadza małoletniego poniżej lat 15 do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej, albo do wykonania takiej czynności podlega karze (...)”<sup>9</sup>. W paragrafie drugim tegoż artykułu spenalizowane zostało „utrwalanie treści pornograficznych z udziałem takiej osoby”.

Na tym właściwie można by zaprzestać dalszych rozważań, gdyby nie okoliczność, iż art. 200 § 1 penalizujący czyn lubieżny umieszczono w rozdziale XXV k.k. pt. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Gdzież więc jest dobro chronione? Czy jest nim zdrowie psychiczne i fizyczne małoletniego<sup>10</sup>, czy też jego „wolność seksualna” i „obyczajność”? Należy z całą stanowczością stwierdzić, iż penalizacja czynu lubieżnego paradoksalnie ma charakter „antywolnościowy”, gdyż (pośrednio) zakazuje osobie małoletniej utrzymywania kontaktów seksualnych pod groźbą narażenia jej partnera na sankcję karną. Przedstawiając sprawę bardziej obrazowo twierdzę, że postępując w analogiczny sposób ustawodawca mógłby np. przepis zakazujący rozpijania małoletniego umieścić w rozdziale pt. „Przestępstwa przeciwko wolności spożywania alkoholu”. Paradoks takiego uregulowania jest chyba, iż nazbyt widoczny.

Duża grupa autorów opisujących niniejsze zagadnienie z dużą swobodą wydobywa się z tych rozważań tłumacząc, iż „osoba małoletnia pozbawiona jest możliwości sensownej autodeterminacji w sferze zachowań i przyzwolenia seksualnego.

<sup>8</sup> M. Filar, *W sprawie reformy przepisów dotyczących tzw. przestępstw seksualnych*, Państwo i Prawo 1991, z. 7, s. 87.

<sup>9</sup> K.k. z 1969 r. stanowił w art. 176, iż „Kto dopuszcza się czynu lubieżnego względem osoby poniżej lat 15, podlega karze (...)”. Przepis ten umieszczony był w Rozdziale XXIII pt. „Przestępstwa przeciwko obyczajności”.

<sup>10</sup> W dalszej części niniejszego opracowania określenia „osoba małoletnia”, „małoletni” będą używane głównie dla oznaczenia osoby poniżej 15 roku życia.

(...) nie jest w stanie podjąć uznawalnej socjalnie decyzji w kwestii dyspozycji seksualnej<sup>11</sup>. Ujmując to bardziej lakonicznie powiemy, iż osobie takiej odbiera się prawo skutecznego wyrażania woli w kwestii utrzymywania kontaktów płciowych, a więc nie ma ona swobody w dysponowaniu swą cielesnością i seksualnością. Co więcej, nikt nie jest kompetentny tymi „składnikami” małoletniego dysponować. Ustawodawca przyjął tu bowiem domniemanie absolutne, iż osoba poniżej 15 roku życia nie jest w stanie podjąć, mającej walor prawny, decyzji odnośnie do przyzwolenia na podjęcie z nią pewnych czynności seksualnych, gdyż „nie rozoznaje bowiem jeszcze należycie wszelkich realiów i implikacji”<sup>12</sup>. Sprawca, który z osobą taką czynności podejmuje – zdaniem M. Filara – „narusza tym samym jej wolność seksualną nie dlatego, iż narusza jej wolę w tym względzie (co jest typowe dla innych przestępstw przeciwko wolności seksualnej), lecz dlatego, iż ofiara takiego czynu nie jest w stanie wyrazić prawnie relewantnej decyzji (...)”<sup>13</sup>. Jak więc łatwo zauważyć domniemuje się, iż w każdym przypadku małoletni „nie wie, co robi”<sup>14</sup>. Co więcej – wszystko, czego osoba poniżej 15 roku życia dokonuje na tym polu, prowadzi do jej wykorzystania i skrzywdzenia. Czy w takim razie, art. 200 § 1 k.k. służy ochronie wolności seksualnej małoletniego? Jeśli przyjmiemy, że przepis ten zapewnia mu generalną wolność od seksu, który zawsze jest wobec niego nadużyciem, to tak. Jak wspomniał niegdyś M. Filar „wolności do” musi towarzyszyć dialektyczna „wolność od”<sup>15</sup>. Problem jednak tkwi w tym, iż na płaszczyźnie czynu lubieżnego elementu „wolności do” nie znajdziemy.

Wszystkie te rozważania nie zmieniają, moim zdaniem, faktu, iż jedynym przedmiotem ochrony przy przestępstwie z art. 200 § 1 k.k. winien być – jak zasugerował Sąd Najwyższy – „normalny rozwój psychofizyczny osoby, która nie ukończyła 15 roku życia”<sup>16</sup>. Jeśli czyn lubieżny znajduje się w rozdziale pt. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”, daje się to uzasadnić jedynie względami racjonalnej systematyki kodeksu, ale na pewno nie tożsamością dóbr chronionych przez znajdujące się tam przepisy<sup>17</sup>. Wszystkie przestępstwa z XXV rozdziału k.k. łączy obecnie tylko jeden wspólny element – mniejszy lub większy związek z ży-

<sup>11</sup> M. Rodzyńkiewicz, *K.K. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, red. A. Zoll, Zakamycze 1999, s. 553.

<sup>12</sup> M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 2, Warszawa 1997, s. 30.

<sup>13</sup> *Op. cit.*

<sup>14</sup> Podejście takie zdaje się wynikać jeszcze z tradycji k.k. z 1932 r., gdzie małoletni i niepoczytalni byli pod tym względem zrównani i chronieni przed seksualnym nadużyciem przez ten sam art. 203.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, M. Filar, *W sprawie reformy...*, s. 85.

<sup>16</sup> II KR 163/88, OSNKW 1988, nr 11–12, poz. 83.

<sup>17</sup> Gdyby pominąć aspekt związku z seksualizmem człowieka i zająć się jedynie przedmiotem ochrony w art. 200 k.k., można byłoby ten przepis umieścić w rozdziale XXVI „Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece”. Rzuca się w oczy analogia czynu lubieżnego do przestępstwa z art. 211 k.k. (wola pokrzywdzonego nie ma najmniejszego znaczenia dla bytu obu tych przestępstw, taka sama granica wieku).

ciem płciowym człowieka. Tytuł rozdziału nie może być bezwzględny i bezkrytycznie przyjmowanym oznaczeniem rodzajowego przedmiotu ochrony, gdyż bardzo często ustawodawca określając go lawiruje pomiędzy wymogami poprawnej kodeksowej systematyki a względami natury praktycznej<sup>18</sup>. Tak też było najpewniej w przypadku Rozdziału XXV obecnego k.k. Powyższe niejasności powinny spowodować zastosowanie w przyszłości nazwy „Przestępstwa seksualne”<sup>19</sup>. Nigdzie nie jest przecież powiedziane, że w tytule kodeksowego rozdziału musi być określony rodzajowy przedmiot ochrony.

Uważam, iż zdecydowanie należy odrzucić wszelkie koncepcje zakładające, iż przy czynie lubieżnym (w czystej postaci, tj. bez multikwalifikacji) dochodzi do naruszenia wolności seksualnej. W prawnym rozumieniu wolność seksualna to nakładające się na siebie „wolność do” i „wolność od”. Przy najpopularniejszym przestępstwie gwałtu, mamy do czynienia z naruszeniem „wolności do” – tj. wolności do świadomego utrzymywania kontaktów seksualnych z osobą, która otrzymała naszą zgodę. Jednocześnie jest to zamach na wolność od takich kontaktów z osobą, która zgody nie otrzymała. Tak więc wolność seksualna jest wolnością wyboru między tym, czy w ogóle dana osoba chce kontaktów seksualnych, a jeśli tak, to z kim. Ustawowo narzucona *pseudo* „wolność” przy przestępstwie czynu lubieżnego nie chroni swobody dokonania wyboru i podjęcia suwerennej decyzji. Trudno nawet mówić o pogwałceniu wolności seksualnej małoletniego w sytuacji, gdy został on jej ustawowo pozbawiony. Dlatego też, nie można zgodzić się z krytycznym stanowiskiem J. Warylewskiego, który przytaczając wspomniany wyrok<sup>20</sup> pisze: „SN niepotrzebnie wywiódł tezę, z której mogłoby wynikać, że w przypadku art. 176 k.k. (czyn lubieżny z k.k. z 1969 r. – przyp. W.Ł.) przedmiotem ochrony nigdy nie może

<sup>18</sup> Ciekawą ewolucję, jeśli chodzi o przedmiot ochrony przy przestępstwie czynu lubieżnego, przeszły poglądy M. Filara. Autor ten pisał o art. 176 d.k.k. następująco: „rodzajowym przedmiotem ochrony jest wprawdzie obyczajowość płciowa (...), niemniej równie ważnym przedmiotem ochrony (którego nie sposób nazwać dodatkowym) jest tu zapewnienie prawidłowego rozwoju moralnego i fizycznego młodzieży”. *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*. Rozprawy UMK Toruń 1985, s. 95. Czyn z art. 200 § 1 nowego k.k. M. Filar zaliczył już do przestępstw „których przedmiotem ochrony rodzajowej jest wolność seksualna rozumiana jako wolność indywidualnej, konkretnie oznaczonej jednostki od wszelkich form i przymusu i koercji seksualnej. Naruszenie tak rozumianej wolności oznacza równocześnie naruszenie dobra ogólnego, o ponadindywidualnym wymiarze, jakim jest obyczajowość seksualna, której jednym ze składników jest wolność od przymusu seksualnego”. *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym* (w:) „Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze”, z. 2, Warszawa 1997, s. 17.

Stwarza to wrażenie, iż niektórzy autorzy ustalając przedmiot ochrony przepisów art. 176 dawnego i art. 200 obecnego k.k. idą po najmniejszej linii oporu, dokonując tego głównie wg tytułu rozdziału, w którym przepisy te się znajdują. Jest to taktyka o tyle wygodna, iż zawsze można się podeprzeć „wołą ustawodawcy”.

<sup>19</sup> J. Leszczyński, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, Państwo i Prawo 1992 r., z. 2, s. 81.

<sup>20</sup> Zob. przypis 16.

być wolność seksualna”<sup>21</sup>. Jak utrzymuje dalej tenże Autor: „*in concreto*, w odniesieniu do popełnionego już czynu, tak zapewne może się zdarzyć, jednak w płaszczyźnie abstrakcyjnej, z punktu widzenia ustawodawcy (...) art. 200 § 1 k.k. przewiduje ochronę więcej niż jednego tylko dobra prawnego”<sup>22</sup>. J. Warylewski niestety nie pisze wyraźnie jakich jeszcze dóbr prawnych powinien ponadto bronić wymieniony przepis. Można z lektury dalszego tekstu jedynie domniemywać, iż byłyby to „wolność seksualna i obyczajność”. Rzeczywiście – w kontekście czynu lubieżnego trudno oprzeć się wrażeniu, że weszliśmy na płaszczyznę daleko idącej abstrakcji.

Muszę w tym miejscu zauważyć, iż tego rodzaju wolność, gdy nie jest naruszana wola ofiary, da się niezwykle łatwo sprowadzić do obyczajności. Nosicielem „wolności”, o której pisał M. Filar<sup>23</sup> nie jest bowiem w istocie pokrzywdzony małoletni, lecz ustawodawca. Tak rozumiana wolność, istnieje tylko i wyłącznie w świadomości ustawodawcy i wynika wprost z przyjętej przez niego obyczajności. Tak więc wolność w kontekście czynu lubieżnego nie jest w istocie niczym innym jak pochodną obyczajności reprezentowanej przez ustawodawcę.

Skrytykować należy także tezę, iż priorytetowym przedmiotem ochrony przy przestępstwie z art. 200 § 1 k.k. może być „obyczajność”. Swego czasu M. Filar zdecydowanie protestował przeciwko wprowadzeniu takiego pojęcia do tytułu rozdziału dotyczącego tzw. przestępstw seksualnych, co skończyło się burzliwą polemiką z J. Leszczyńskim<sup>24</sup>. Uważam, iż wszędzie tam, gdzie w grę wchodzi sankcja karna, nie ma miejsca na równie niedookreślone byty jak „obyczajność” (obyczaj) <sup>25</sup>. Oczywiście można zgodzić się z J. Leszczyńskim, iż „przestępstwa tzw. seksualne (...) nie dadzą się sprowadzić do czynów, które naruszają wolność seksualną człowieka”<sup>26</sup>, ale wymienianie moralności i obyczajności jako przedmiotów ochrony w kontekście czynu lubieżnego, musi budzić poważne wątpliwości. Należy pamiętać, iż wymienione dobra są bytami samoistnymi, których instalowanie *expressis verbis* w ustawie spowodować powinno zdecydowane opory. Dobra te wyposaża-

<sup>21</sup> J. Warylewski, *Karnoprawna ochrona małoletniego przed wykorzystaniem seksualnym w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, Prokuratura i Prawo 9, 1999, s. 97.

<sup>22</sup> *Op. cit.*

<sup>23</sup> Zob. przypis 13.

<sup>24</sup> M. Filar określił J. Leszczyńskiego „ostatnim Mohikaninem”, *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*. „Palestra” 1995, nr 7–8, s. 32 (przypisy), zarzucając mu prezentowanie archaicznych poglądów, na co ten replikował, iż „ostatni Mohikanin w odróżnieniu od swych adversarzy był człowiekiem szlachetnym”. *Przestępczość tzw. seksualna a reforma prawa karnego w Polsce*, „Palestra” 1996, Nr 3–4, s. 98.

<sup>25</sup> Przykładowo obyczajność (obczyaje) romskie dopuszczają rozpoczęcie życia seksualnego przez małoletnich poniżej 15 roku życia. Warto też zauważyć, iż dla jakiejś (znaczej) części społeczeństwa nieobyczajny będzie seks przedmałżeński, pozamałżeński, korzystanie z materiałów pornograficznych, ekshibicjonizm etc., co nie jest jednak dostateczną przesłanką kryminalizowania wymienionych czynów.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, J. Leszczyński, *Przestępczość tzw. seksualna...*, s. 98.

zione są we własne, integralne mechanizmy obronne. Naruszanie norm *stricte* obyczajowych powinno rodzić sankcję społeczną lub ewentualnie administracyjną, nigdy zaś karną<sup>27</sup>. Czyn lubieżny spenalizowany został po to, aby chronić małoletnich przed nadużyciem (wykorzystaniem)<sup>28</sup> seksualnym prowadzącym do szkód w ich rozwoju, a nie po to, aby uspokajać czyjąś (subiektywną) moralność i wrażliwość.

Trzeba też zaznaczyć, iż u źródeł tworzenia norm obyczajowych, często leżały racjonalne przesłanki. Dana społeczność widziała szkodliwość jakiegoś postępowania, ale z uwagi na to, iż jej poziom edukacyjny i kulturowy był niski, nie potrafiła jeszcze sprecyzować jej powszechnie zrozumiałych podstaw. Wytwarzały się wówczas normy obyczajowe przyjmowane „jako takie, które są”, intuicyjnie, a nie rozumowo. To takim normom przypisać możemy działanie w myśl zasady „nie wolno, bo nie wolno”. Dzisiaj, gdy poziom nauki i edukacji jest nieporównywalnie wyższy niż np. jeszcze na początku ubiegłego wieku, nie ma najmniejszej potrzeby odwoływać się do obyczajności jako samodzielnego i priorytetowego przedmiotu ochrony przepisów karnych. Racjonalny ustawodawca powinien kierować się dziś zasadą „nie wolno, gdyż taki czyn zagraża następującym racjonalnym dobrom...”. W czasach, gdy twierdzenie o szkodliwości czynu lubieżnego dla rozwoju psychofizycznego małoletniego nie powinno budzić niczych wątpliwości<sup>29</sup>, z pełnym spokojem możemy odesłać „obyczajność” do karnoprawnego lamusa.

Ponadto uznać należy, iż tytuł rozdziału XXV określony został niewłaściwie. Jako przedmioty ochrony wymienione zostały „wolność seksualna” i „obyczajność”. Sugeruje to, iż ustawodawcy chodziło o obyczajność ogólną, abstrakcyjną a nie tylko tę, która dotyczy zachowań płciowych człowieka. Jeśli byłoby inaczej, tytuł powinien brzmieć „Przestępstwa przeciwko wolności i obyczajności seksualnej”. Tak się jednak nie stało. Jeśli taka ogólna, abstrakcyjna „obyczajność” została wymieniona jako rodzajowy przedmiot ochrony przepisów z Rozdziału XXV a pominięto ją przy ustalaniu nazw innych rozdziałów, należałoby konsekwentnie przyjąć (przeprowadzając rozumowanie *a contrario*), że pozostałe czyny opisane w części szczególnej

<sup>27</sup> Doskonałym przykładem depenalizacji czynu wymierzonego w obyczajność jest ten opisany w art. 177 dawnego k.k. Polegał on na „dopuszczaniu się czynu nierządowego w obecności osoby poniżej lat 15 albo publicznie”. Obecnie zachowanie takie – przynajmniej w części dotyczącej odbywania stosunków seksualnych publicznie – może być ścigane jedynie na podstawie przepisów kodeksu wykroczeń, chociaż dużo dolegliwsze dla sprawcy będzie z pewnością napiętnowanie takich zachowań przez najbliższe środowisko – znajomych, sąsiadów, współpracowników itp.

<sup>28</sup> Wprowadzenie terminu „wykorzystanie” przy penalizacji czynu lubieżnego domagał się M. Filar, *Problemy reformy prawa...*, op. cit., s. 26.

<sup>29</sup> M. Filar zauważa jednakże, iż „w piśmiennictwie kryminologiczno-seksuologicznym podkreśla się (...), iż szczególnie traumatyzujący wpływ takich czynów seksualnych z nieletnimi, przy których nie występowały elementy zmuszania, nie został nigdy przekonywująco udowodniony i ma raczej charakter tezy intuicyjnej”. *Problemy reformy prawa...*, op. cit., s. 26.

k.k. są obyczajne. Obyczajnymi byłyby np. kradzież, zabójstwo, oszustwo, znęcanie się, wzięcie zakładnika etc. Wywody powyższe prowadzą do, co najmniej absurdalnych wniosków i mogą jedynie potwierdzać, iż ustawodawca zatytułował Rozdział XXV dość niefortunnie. „Obyczajność” równie dobrze może być przedmiotem ochrony w przypadku czynu lubieżnego, jak i niemal każdego innego przestępstwa z części szczególnej k.k. Przemawia to za ostateczną rezygnacją z tego – nieco już archaicznego – pojęcia.

Te teoretyczne na pierwszy rzut oka rozważania mają jednak swój silny aspekt praktyczny, gdyż dokładne określenie przedmiotu ochrony jest podstawowym problemem przy kryminalizacji określonych zachowań seksualnych. Ma też swoje niebagatelne znaczenie przy określaniu stopnia społecznej szkodliwości czynu – szczególnie przy wyjątkowych przypadkach przestępstwa z art. 200 § 1 k.k.

Przypadki te można podzielić na dwie grupy. Sprawcy z grupy pierwszej to osoby młode (przynajmniej 15-letnie<sup>30</sup>), które kierowane zaangażowaniem emocjonalnym i ciekawością decydują się na kontakty seksualne z osobą nieco młodszą od siebie, która nie ukończyła 15 roku życia. Jak można sobie bez trudu wyobrazić, samo uruchomienie w takiej sytuacji maszyny karnoprocesowej (lub postępowania w sprawach nieletnich), musi spowodować wysoce negatywne skutki w psychice zarówno osoby „pokrzywdzonej” jak i „sprawcy”. Obie strony, niezależnie od sposobu zakończenia postępowania, mogą w swym dorosłym życiu uznawać seksualizm za „brudną”, zakazaną dziedzinę życia, w którą wejście prowadzi do nieuchronnej kary. Ingerencja prawna może spowodować, iż to, co wydawało się piękne, radosne i integrujące dla młodych ludzi, okaże się być przyczyną wysoce traumatycznych przeżyć. Nie polemizując z tezą o możliwych negatywnych skutkach, jakie niosą ze sobą stosunki płciowe niedojrzałych małoletnich, muszę jednocześnie zauważyć, iż prawo karne, jako *ultima ratio* nie powinno zastępować rodziców, opiekunów i nauczycieli w wykonywaniu ich wychowawczych obowiązków oraz być traktowane jako panaceum na wciąż jeszcze niski poziom seksualnej edukacji.

Sprawcy z grupy drugiej nie wyróżniają się niczym szczególnym, natomiast ich ofiary to małoletni wysoce zdemoralizowani i przedwcześnie dojrzały, np. 14-letnia prostytutka<sup>31</sup>. Można założyć, iż dla takiej osoby odbycie kogoś z kolei stosunku

<sup>30</sup> Część autorów np. L. Garodcki, *Prawo karne*, op. cit., s. 247 uważa – co, jak sądzę, powinno spotkać się z aprobatą – iż stosunek seksualny dwojga np. 14-latków nie stanowi przestępstwa opisanego w art. 200 § 1 k.k. Podobnie M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim...*, Rozprawy UMK, s. 100–101; M. Rodzyńkiewicz, op. cit., s. 554. Odmienne J. Warylewski, *Karnoprawna ochrona małoletniego...*, op. cit., s. 99.

<sup>31</sup> Możliwe są także inne warianty „wyjątkowości” konkretnego czynu lubieżnego np. osoba pokrzywdzona może być wcześniej dojrzała z uwagi na przynależność do innej rasy, kultury i religii. Ustawodawca nie może pozostawać obojętny wobec tego rodzaju różnic w sytuacji, gdy Polska staje się docelowym punktem migracji obywateli różnych państw.

w życiu, nie doprowadzi już do przeżyć traumatycznych i nie pogłębi demoralizacji. Oczywiście zjawisko takie budzi silny społeczny sprzeciw, jednak powinien on być ukierunkowany głównie w stronę represji karnej wobec sutenera i stręczyciela opisanej małoletniej. Nacisk musi zostać położony na walkę z przyczynami, a nie ze skutkami. Opisuując niegdyś kwestię błędu co do faktu – co, moim zdaniem, odnosi się też po części do opisanego wyżej przypadku – M. Filar stwierdził: „trzeba widzieć różnicę między pedofilem wywabiającym dzieci z piaskownicy za pomocą obietnicy kupienia lizaka, a lekkomyślnym amatorem wdzięków młodych dziewcząt, który uległ nagabywaniom (...)”<sup>32</sup>.

W opisanych sytuacjach, jeśli precyzyjnie ustalimy przedmiot ochrony jako prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniego, dojdziemy do nieuniknionego wniosku, iż czyny lubieżne popełnione z „pokrzywdzeniem” wyżej opisanych osób, nie będą stwarzały najczęściej nawet abstrakcyjnego zagrożenia dla takiego dobra. Oczywiście nie będzie to miało wpływu na kwestię wyczerpania znamion przestępstwa z art. 200 § 1 k.k., ale powinno skutkować uznaniem braku społecznej szkodliwości w czynie sprawcy – ewentualnie stwierdzeniem jej znikomego stopnia. *Quasi* definicję tego pojęcia zawiera art. 115 § 2 k.k., według którego „przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody (...)”. Jak stwierdza natomiast art. 1 § 2 k.k. „nie stanowi przestępstwa czyn, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”. Co więcej, zgodnie z art. 53 § 1 k.k. „Sąd wymierza karę (...) uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu (...)”.

To, że czyn lubieżny należy do przestępstw „abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego”<sup>33</sup>, nie zmienia faktu, iż głębokiej weryfikacji powinna podlegać kwestia, czy do takiego narażenia w ogóle doszło, czy mieliśmy do czynienia z jakimkolwiek niebezpieczeństwem dla dobra prawnie chronionego<sup>34</sup>. Przyjęcie innej tezy przy tego rodzaju przestępstwach spowodowałoby, że organy procesowe stałyby się bezduszną machiną działającą na zasadzie automatu, którego rola byłaby ograniczona jedynie do prostej subsumpcji. Naturalną konsekwencją akceptacji takiego stanu rzeczy byłoby twierdzenie, iż przy tego rodzaju przestępstwach „abstrakcyjnego narażenia” szkodliwości społecznej nie bada się. Z wywodami takimi, rzecz jasna, nie wolno się jednak w żaden sposób zgodzić. Badanie stopnia naruszenia przedmiotu ochrony („rozmiarów wyrządzonej lub grożącej szkody”) i, co za tym idzie, społecznej szkodliwości czynu powinno mieć miejsce zawsze. Obliguje do tego art. 1 § 2 k.k.

Warto też zauważyć, iż w przypadku uznania, że przedmiotem ochrony przepisu z art. 200 § 1 k.k. jest – jak w tytule rozdziału – „wolność seksualna”, odbierzemy

<sup>32</sup> *Op. cit.*, M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym...*, s. 33.

<sup>33</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 84. Podobnie również SN V K.K.N. 306/97.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, J. Warylewski, *Karnoprawna ochrona małoletniego...*, s. 94.

organom procesowym możliwość orzeczenia o znikomym stopniu szkodliwości społecznej czynu, gdyż wysoce utrudnione będzie wtedy stwierdzenie braku zagrożenia dla tego dobra prawnego. Stanie się tak dlatego, iż „wolność seksualna”, na płaszczyźnie czynu lubieżnego, wykazuje cechę niemożliwości określenia stopnia jej zagrożenia, a co gorsza, wyklucza przyjęcie, iż w wypadku wyczerpania znamion z art. 200 § 1 k.k. mogłoby w ogóle nie dojść do jej naruszenia. Możemy oczywiście wywodzić, że czyn seksualny z osobą 5-letnią bardziej zagraża jej wolności niż takowy czyn z osobą 14-letnią i w dodatku kupczącą swym ciałem, ale zachwieje to konstrukcją „absolutnego domniemania”, na której oparty jest przepis z art. 200 § 1 k.k. W tym miejscu wypada jedynie powtórzyć za M. Filarem, iż „seksualizm jest taką dziedziną życia, gdzie wszelkie domniemania, tym bardziej absolutne, sprawdzają się z najwyższym trudem”<sup>35</sup>.

Niezwykle ważną kwestią jest granica wieku małoletniego jaką wyznaczył ustawodawca określając znamiona czynu lubieżnego. W przypadku art. 200 k.k. stanowi ona nerw całego przepisu. Należy zadać sobie pytanie, czy została ona zbudowana na naukowych podstawach i czy da się racjonalnie uzasadnić. Aby jednak udzielić satysfakcjonującej odpowiedzi, musimy wpierw precyzyjnie ustalić przedmiot ochrony wymienionego przepisu. Dopiero wówczas gotowi będziemy do rozważań nad zasadnością wyznaczenia akurat takiej, a nie innej granicy wieku. Trzeba bowiem założyć, iż ustawodawca przyjął, że pewne dobra chronione zostają naruszone w przypadku kontaktów seksualnych z małoletnim poniżej 15 roku życia. Rozumując *a contrario* w przypadku takowych kontaktów z osobą powyżej 15 roku życia dobra te – zdaniem ustawodawcy – naruszone już nie będą. Jeśli zgodnie z wcześniejszymi rozważeniami przyjmiemy, iż jedynym przedmiotem ochrony jest prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniego, wtedy jako granica powinien zostać przyjęty moment osiągnięcia dojrzałości płciowej (fizycznej i psychicznej), a więc czas kiedy wspomniany rozwój jest już w jakimś sensie zakończony. Jest sprawą oczywistą, iż rozwój ten przebiega u każdej jednostki indywidualnie a ustalanie sztywnych granic wieku – jak czyni to prawo karne – nieraz budzić będzie wątpliwości. Teoretycznie tylko jeden dzień różnicy w wieku osoby małoletniej może zadecydować o bycie przestępstwa i wymierzeniu sprawcy kary nawet do 10 lat pozbawienia wolności. Z drugiej strony trzeba podkreślić, iż tylko bezwzględne, liczbowe określenie znamienia wieku małoletniego realizować będzie funkcję gwarancyjną prawa karnego i nie naruszy zasady *nullum crimen sine lege certa*. W innym przypadku (np. określenia granicy wieku przy wykorzystaniu medycznej definicji pedofilii), każdy kto decydowałby się na kontakty seksualne z osobą nawet 18-letnią nie miałby pewności, czy nie zostanie ukarany, gdyż o zaistnieniu przestępstwa decydowałby w istocie nie organ procesowy, lecz biegli.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, M. Filar, *Problemy reformy...*, s. 25.

Warto także – choćby pobieżnie – zastanowić się nad konsekwencjami ewentualnych przesunięć bezwzględnej granicy wieku małoletniego. Obnażając ją, spowodujemy dekryminalizację szeregu czynów, jednak dopuścimy jednocześnie do narażenia jakiejś liczby małoletnich niedojrzałych płciowo na niebezpieczeństwo zakłócenia ich prawidłowego rozwoju. Oczywiście możemy też przyjąć odmienną postawę i podwyższyć granicę wiekową do lat np. 17, co wykluczy, iż dojdzie do naruszenia wspomnianego dobra u np. wyjątkowo niedojrzałej szesnastoletniej osoby. To z kolei rozwiązanie z miejsca narazi się na zarzut nieżyciowości, wyalienowania od realiów codzienności i funkcjonujących postaw społecznych. Należy zauważyć, iż seksualizm z roku na rok zajmuje coraz ważniejszą pozycję w życiu człowieka, rośnie poziom edukacji seksualnej, powszechnie przyjmowane są postawy hedonistyczne, które z utrzymywania kontaktów seksualnych uczyniły źródło rozrywki i przyjemności. Całkowicie – szczególnie wśród młodych ludzi – zmarginalizowana została rola seksu jako narzędzia prokreacji<sup>36</sup>. Takie wzorce rozpowszechnione w mediach i kulturze masowej powodują, iż coraz niższy jest wiek inicjacji seksualnej, a modę na „zachowanie cnoty” zastąpiła moda na jak najszybsze się jej pozbycie. Tego rodzaju łatwo dostrzegalne zjawiska nie mogą być ignorowane przez ustawodawcę. Mają one przede wszystkim swój wymiar obyczajowy, ale zdają się powodować przyspieszenie procesu seksualnego dojrzewania małoletnich<sup>37</sup>.

Wydaje się więc, iż granica 15 roku życia jest swego rodzaju złotym środkiem głęboko zakorzenionym w polskiej myśli karnistycznej i mającym swe racjonalne medyczne podstawy<sup>38</sup>. Została ona wyznaczona jeszcze przez twórców kodeksu z 1932 r. i przetrwała do dzisiaj, co świadczyć może o ponadczasowości uregulowań *Lex Makarewicz*. Należy też zauważyć, iż jeśli kiedykolwiek dojdzie do przesuwania górnej granicy wieku małoletniego chronionego przez obecny art. 200 k.k. to przesunięcie takie może – w obliczu opisanych tendencji – zasadnie nastąpić jedynie „w dół”, nigdy zaś „w górę”.

Oderwanie się od racjonalnego przedmiotu ochrony, jakim jest rozwój psychofizyczny małoletniego i wejście na grunt głębokiej abstrakcji wolnościowej, skrępuje ręce prawnikom w codziennej praktyce funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Co więcej, do minimum zredukuje możliwość właściwej oceny przypadków wyjątkowych, gdzie uruchamianie mechanizmów karnoprosesowych będzie nieakcep-

<sup>36</sup> Do podobnych wniosków doszedł M. Filar, *Problemy reformy prawa...*, op. cit., s. 14 i n.

<sup>37</sup> Piśmiennictwo seksuologiczne używa nawet pojęcia „akceleracja seksualnego dojrzewania cieleśnego” K. Imieliński, *Człowiek i seks*, Warszawa 1986, s. 136. Tenże Autor uważa, iż dojrzewanie płciowe kobiet i mężczyzn zostało w ciągu ostatnich 80 lat przyspieszone o 2 lata.

<sup>38</sup> J. Godlewski, *Życie płciowe człowieka*, Warszawa 1968, s. 14, pisze „W naszej szerokości geograficznej, a więc i w naszym umiarkowanym klimacie chłopcy osiągają dojrzałość płciową przeciętnie pomiędzy 14 i 16 rokiem życia, dziewczęta – pomiędzy 12 i 14 rokiem życia. Od tych przeciętnych bywają nierzadko dość znaczne odstępstwa (...)”.

towane społecznie i doprowadzić może do faktycznej i jaskrawej wiktyimizacji osoby „pokrzywdzonej”. Problemem obecnych uregulowań jest fakt, iż nie rozróżniają one aktu seksualnego zadurzonych w sobie nastolatków od najbardziej nawet rażących czynów wykorzystania małoletniego przez w pełni dojrzałego sprawcę-lubieżnika. Oczywistym środkiem zaradczym byłoby wprowadzenie wspomnianego wcześniej pojęcia „wykorzystania”<sup>39</sup> lub „nadużycia”. Nie sądzę, aby tego rodzaju zniamię sprawiło organom procesowym wiele kłopotów interpretacyjnych, natomiast wprowadziłoby z pewnością możliwość pełnej, nieskrępowanej i racjonalnej oceny czynu. Materia życia seksualnego człowieka jest na tyle delikatna, iż organy procesowe powinny postępować z niezwykłą rozwagą i wyczuciem. Chciałbym jednak wyraźnie podkreślić, iż powyższe rozważania dotyczą sytuacji wyjątkowych, nie zaś „dobrego wujka” zwabiającego pięciolatka do piwnicy, ojca zakradającego się co noc do łóżka 10-letniej córki czy dorosłego, dojrzałego mężczyzny, który z całym rozmysłem uwodzi naiwną 14-letnią dziewczynkę. Takie przypadki zawierają w sobie silny element wykorzystania, najczęściej poważnie naruszają rozwój psychofizyczny małoletniego i muszą spotkać się ze zdecydowanym odporem prawa karnego.

---

<sup>39</sup> *Op. cit.*, M. Filar, *Problemy reformy prawa...*, s. 26.

## PSYCHIATRYCZNO-PSYCHOLOGICZNE ASPEKTY SPRAW Z WERSJĄ OBRONY KONIECZNEJ

### I. Wprowadzenie

W miarę drażenia instytucji obrony koniecznej rośnie jej atrakcyjność. Historia prawa do odpierniania bezpośredniego zamachu na dobra prawem chronione sięga czasów antycznych. Z tamtych czasów przypomina się sławną mowę Cycerona w obronie bliskiego mu Milona [31, 60]. Także w Polsce już w XIV wieku znano przejawy tejże instytucji pod hasłami: „początku”, „krzyku” czy „śladu” [1]. Dojrzały kształt przybrała w kolejnych kodeksach karnych z 1932 r. (art. 21 § 1–2), 1969 r. (art. 22 § 1–3) i z 1997 r. (art. 25 § 1–3). Obronę konieczną reguluje również kodeks cywilny w art. 343 § 1–3 oraz w art. 423. Nie ma potrzeby analizowania w tym miejscu wielu podstawowych problemów przedmiotowej instytucji. Ich opis zawierają podręczniki, monografie i komentarze naukowe [13, 14, 27, 29, 32, 51, 57]. Prawo do odparcia bezprawnej agresji potwierdza, aczkolwiek w dość restrykcyjnym zakresie, art. 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji Praw Człowieka [6].

Istota norm art. 25 k.k. oraz art. 343 i 423 k.p.c. nęci ponadto kontekstem wyłączenia organów państwa powołanych do strzeżenia prawa przez samych atakowanych. W ten sposób weryfikuje się stara prawda, że bez wsparcia obywatelskiego żadna policja nie sprosta zadaniom ochrony porządku prawnego. Wszak nie może być wszędzie, gdzie jest on zagrożony.

Ustawową konstrukcję obrony koniecznej cechuje prostota i komunikatywność. Na tle dorobku judykatury i teorii prawa karnego rzecz doznaje komplikacji wskutek ukazania jej ciekawych wątków psychiatryczno-psychologicznych, socjologicznych, językowych, etycznych i kulturowych, które inspirują niniejszą wypowiedź. Pomija się w niej problematykę art. 31 § 1–3 k.k. jako wykraczającą poza granice założeń autora.

### II. Dane z badań praktyki

Celem badań było ustalenie przyczyn, dla których sądy na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 *in fine*, 414 § 1 zd. drugie k.p.k. oraz art. 25 § 1 k.k. uniewinniają oskarżonych

po trwających niekiedy latami procesach. Głośno o nich w mediach. Te wydarzenia stały się bezpośrednim bodźcem do przeanalizowania 51 spraw z lat 1996–2001 w celu zorientowania się w poziomie jednostronnej praktyki śledczej i sądowej. Wyniki badań potwierdzają często bezzasadne pociąganie do odpowiedzialności osób *de facto* działających w obronie koniecznej. W pokaźnym odsetku spraw wcale nie należało wszczynać postępowania przygotowawczego. Pierwsze informacje uzasadniały zastosowanie art. 17 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k.

Zdarzały się sprawy, w których w ramach wstępnej kontroli oskarżenia sąd powinien był – ale zaniechał – na posiedzeniu umorzyć postępowanie (art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k.). Wielce znaczące jest ustalenie, że na 25 wniesionych aktów oskarżenia wszystkie okazały się nietrafne. Pewien ujemny wpływ na chybione formułowanie decyzji oskarżycielskich wywarły wadliwe, płytkie opinie biegłych. Fundamentalnej przyczyny błędów należałoby jednak upatrywać w słabości praktyki budowy wersji i planów śledztwa (dochodzenia). W konsekwencji prowadzono je jednostronnie, powierzchownie, bez respektowania wielowarstwowości przypadków, w których po macoszemu odnoszono się szczególnie do potrzeb starannego badania psychologicznych i psychiatrycznych pól niewiedzy [17, 18, 19].

Zastanawiać musi okoliczność, że mimo złożonego charakteru procesu psychicznego, prowadzącego do działania w obronie koniecznej, ani razu nie skorzystano z pomocy ekspertów, aby zyskać dodatkowe przesłanki dla oceny, na czym polega zawinienie oskarżonego, czy w konkretnej sytuacji mógł się zachować inaczej. Skorzystanie ze specjalnej wiedzy m.in. psychiatry i (lub) psychologa mogłoby sprzyjać przyjmowaniu i weryfikowaniu hipotezy obrony koniecznej.

Aby to udowodnić, w pierw trzeba w kilku zdaniach zarysować obraz tej instytucji w oczach prawników.

### III. Prawniczy punkt widzenia art. 25 k.k.

Po przeczytaniu dyspozycji art. 25 § 1 k.k. i zestawieniu jej treści z normami art. 26 k.k. zwłaszcza nieprawnik dochodzi do wniosku, że obronę konieczną zdefiniowano samymi oczywistościami. Powszechnie akceptuje się brzegowe kryteria kwalifikowania przypadku z art. 25 k.k., to jest wymogi: a) nieprzekraczania sposobem obrony granicy niezbędnej do skutecznego odparcia bezprawnego zamachu, b) podejmowania obrony tylko w czasie trwania ataku, c) przestrzegania odpowiedniej proporcji między wartością dóbr chronionych i dóbr poświęcanych, aby nie było rażącej dysproporcji, d) konieczności reakcji [4, 34, 52, 58].

Idylliczny nastrój ustępuje miejsca wątpliwościom z chwilą wniknięcia w literaturę przedmiotu i kazuistykę sądową. Roztrząsając indywidualne przypadki obrony koniecznej oraz syntetyzując ich zbiory z zastosowaniem reguł naukowej analizy zjawisk społecznych, niby się coś wyjaśnia, ale bynajmniej nie likwiduje źródeł systematycznie odżywiających znaków zapytania. Granice skrupulatnych interpretacji

jakoś nie mogą się domknąć, ponieważ horyzonty i sens szczegółów stale ewoluują. Praktyka śledcza nie upora się z tymi przeszkodami, dopóki nie zerwie z patrzaniem na konkretne zdarzenie jednowymiarowo, sztampowo, płasko, bez interdyscyplinarnej optyki.

Szkicując znamiona obrony koniecznej stwierdza się, że bezpośredniość nie może być pojmowana abstrakcyjnie. Zamach rozpoczyna się w momencie, gdy zachowanie sprawcy ukierunkowane na naruszenie dobra prawnego jest tak zaawansowane, że brak przeciwdziałania sprowadzi istotne niebezpieczeństwo dla tegoż dobra. Atak zachowuje jednocześnie cechę bezpośredniości do chwili jego zakończenia, które następuje wraz z ustaniem niebezpieczeństwa wywołanego przez napastnika (wyroki Sądu Najwyższego z 4 lutego 2002 r. V KKN 507/99, Prokuratura i Prawo 2002, nr 9, poz. 2 i z 11 czerwca 1979 r. I KR 122/79 niepubl.). Niewiele więcej konkretów użytecznych dla praktyki śledczej wnoszą również inne orzeczenia, według których bezpośredniość zagrożenia zaistnieje, gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że zagrożone dobro zostanie zaatakowane bezwzględnie, co należy oceniać głównie na podstawie zachowania się atakującego podczas całego zajścia (wyrok SN z 11 grudnia 1978 r. II KR 266/78, OSNKW 1979, z. 6, poz. 65; uchwała SN z 31 marca 1988 r. I KR 60/88, OSNKW 1988, z. 9–10, poz. 64). Tak wyjaśnia się *idem per idem*.

Ustawowe cechy terminów z art. 25 § 1 k.k. zazębiają się. Czas dozwolonej obrony pokrywa się z czasem trwania ataku. Riposta zagrożonego zamachem musi być natychmiastowa. Chodzi o reagowanie, które nie jest rewanżem czy zemstą za wcześniej doznane krzywdy. Istnieje wymóg działania z zamiarem obrony bezpośrednio atakowanego dobra, a więc jej rozpoczęcie i zakończenie jest ograniczone granicami czasu kontynuowania agresji. W konkretnym przypadku Sąd Najwyższy stwierdził, że „moment przejścia narzędzia przestępstwa z rąk napastnika do rąk oskarżonego w sytuacji, gdy użycie tego właśnie narzędzia (siekiery) było najbardziej istotnym elementem zamachu – stanowił radykalną zmianę sytuacji. Z chwilą, gdy siekiera znalazła się w rękach oskarżonego – nie było już potrzeby użycia jej do odparcia ataku, i to w sposób, który doprowadził do zabójstwa napastnika” (wyrok SN z 12 października 1984 r., IV KR 228/84, OSNPG 1985 r., z. 5, poz. 64; zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w K. z 23 stycznia 1997 r. II AKa 283/96, Prokuratura i Prawo 1998 r., nr 5, poz. 20; wyrok SA w L. z 15 stycznia 1998 r. II AKa 187/97, Prokuratura i Prawo 1999 r., nr 1, poz. 23; wyrok SA w K. z 20 września 2001 r. II AKa 299/01, Prokuratura i Prawo 2002, nr 7–8, poz. 13). W cytowanym wyroku Sąd Najwyższy dość niefortunnie oznaczył koniec zamachu. Wszak utrata siekiery *eo ipso* nie musiała likwidować zagrożenia ze strony napastnika, który mógł nadal atakować np. pięścią czy obutą nogą. Z uzasadnienia wyroku nie wynika czy tak było.

Judykatura jednolicie przywiązuje duże znaczenie do ustaleń motywu. Obrona konieczna ma miejsce tylko wtedy, gdy sprawca działa z zamiarem obrony bezpośrednio atakowanego dobra, o czym już była mowa (bliżej zob. wyrok SN z 3 listo-

pada 1977 r. II KR 238/77 niepubl.; wyrok SN z 19 lutego 1997 r. IV KKN 292/96, Prokuratura i Prawo 1997, nr 7–8, poz. 1; wyrok SA w Ł. z 15 stycznia 1998 r. II AKa 187/97, Prokuratura i Prawo 1999, nr 1, poz. 23; wyrok SA w B. z 3 listopada 1999 r. II AKa 174/99, Prokuratura i Prawo 2000, nr 6, poz. 13). Zapratrywanie sądów zgadza się z wiedzą socjologiczną i psychologiczną. Działanie staje się obroną konieczną wskutek wyposażenia go w sens (w znaczenie). Z tym, że znaczenia psychologiczne mogą mieć i zazwyczaj mają wiele warstw. Pozornie proste zachowanie może być stymulowane złożonym systemem sensów płytszych i głębszych, ubocznych i dominujących. Na proces motywacyjny składa się z reguły kłębowisko motywów, niełatwych do dzielenia [47, 48, 53].

Praktyka orzecznicza nie ustaje w opisywaniu szczegółowych aspektów instytucji z art. 25 k.k. W wyroku z 14 kwietnia 1977 II KR 68/77 (niepubl.) Sąd Najwyższy podniósł, że kwalifikację działania jako obrony koniecznej można uzasadniać także względami „etyczno-moralnymi”. One świadczą o subiektywnym przekonaniu sprawcy, że – kontynuuje swe rozważania SN – znalazł się w sytuacji uprawniającej go do odpierania zamachu.

Bodaj największe splątanie znaków zapytania i wątpliwości niesie za sobą wykładnia dyrektyw z jednej strony umiarkowania, a z drugiej – skuteczności obrony. Subtelność esencji ekscesu intensywnego i ekstensywnego sama przez się nie ułatwia ich stwierdzania w konkretnym położeniu. Zastanówmy się nad zdaniami, że: a) o dopuszczalności obrony koniecznej decyduje jej konieczność tudzież podjęcie jej w taki sposób i takimi środkami, które są niezbędne i nie wykraczają poza granice rzeczywistej potrzeby podyktowanej okolicznościami, b) obrona musi być miarkowana stopniem niebezpieczeństwa zamachu, grożącego odpowiedniemu dobru oraz wizją skutków odpierania agresji, c) broniący się ma obowiązek oceniania zagrożenia kryteriami atakowanego dobra, rodzajem, siłą i sposobem użycia środków zamachu, warunkami czasu i miejsca zajścia, jego dynamiką, właściwościami osobowości napastnika, jego determinacją i wypowiedzanymi groźbami, d) napadnięty powinien wybierać narzędzie najmniej drastyczne spośród dostępnych, aby nie narazić się na zarzut przekroczenia granic obrony koniecznej, e) owym narzędziem zawsze ma mierzyć w mniej wrażliwe części ciała, żeby nie doszło do powstania skutków niekoniecznych. Przykładowo, strzelając do napastnika należy celować w nogi lub ręce, a nie w głowę lub w korpus ciała. Wybór metody bronięcia się w pewnym stopniu zależy od właściwości osobistych sprawcy (wyrok SN z 5 kwietnia 1978 r. V KR 42/78, Gazeta Prawnicza 1978, nr 19; wyrok SN z 14 kwietnia 1977 r. II KR 68/77 niepubl.; wyrok SN III KR 67/82, Gazeta Prawnicza 1983, nr 3; wyrok SN z 14 czerwca 1984 r. I KR 123/84, OSNPG 1985, z. 4, poz. 51; wyrok SN z 17 września 1997 r. III KKN 316/96, Prokuratura i Prawo 1998, nr 3, poz. 1; wyrok S.A. w Ł. z 14 września 2000 r. II AKa 126/2000, Prokuratura i Prawo 2001, nr 6, poz. 15).

Szkiełkiem i okiem ważąc powyższe aspekty stanu faktycznego ocenia się – najpierw w postępowaniu przygotowawczym, a potem w sądzie – czy i która z sytuacji, opisanych w art. 25 § 1–3 k.k., zachodzi *in concreto*.

#### IV. Rzeczywiste zapotrzebowanie na ekspertyzy psychiatryczno-psychologiczne i pokrewne

Suche słowa ustawy jaskrawo – jak widać – kontrastują z cieniowanymi i po iście aptekarsku ważonymi kryteriami przyjęcia obrony koniecznej, ewentualnie z przekroczeniem jej granic. Realista, sceptyk zapyta wszelako czy proces dochodzenia do odnośnych ocen w gabinetach prokuratora i uczonego teoretyka, a przede wszystkim w ciszy sędziowskiego pokoju narad, jest w zasięgu możliwości *sprawcy* (w jakim stopniu?) także na *quasi* polu bitwy. Zdrowy rozsądek jednak każdorazowo zdaje się zmuszać do namysłu, co innego mógłby robić napadnięty, często umysłowo prymitywny, psychopata, nerwowiec, kulturalnie ograniczony, gdy wypadki rozwijały się lawinowo, w sposób zaskakujący.

W tych konstatacjach faktów empirycznie dowiedzionych własnymi badaniami i doświadczeniem zawodowym zawarte jest *implicite* pytanie o celowość dopuszczania ekspertyzy, szczególnie psychiatryczno-psychologicznej, w myśl art. 193 § 1 k.p.k. Najogólniej rzecz ujmując chodziłoby w niej o wyjaśnienie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygania poszczególnych kwestii z zakresu specyficznych procesów psychicznych sprawcy *tempore criminis* w świetle przepisów art. 25 § 1–3 k.k.

Dalsze rozważania będą zmierzać do poszukiwania racji, o których gdzie indziej już napomykano [18] i snucia wniosków dla praktyki użytecznych. Trywialnie mówiąc „opłacalność” współpracy ze znawcami człowieka w zakresie wykraczającym poza problematykę poczytalności prakseolog umotywowalby sentencją, że dobrze postępuje, kto trzy razy pomyśli, a raz robi. Respektowanie tej zasady chroni śledztwo przed popełnianiem błędów praktycznych, na przykład przed pochopnością umarzania postępowania lub wnoszenia aktów oskarżenia, wskutek braku namysłu przed wykonaniem kolejnego kroku, co w danej sytuacji jest decydujące. W zbadanej zbiorowości spraw – przypomnijmy – oskarżano całkiem bezpodstawnie, bo działających rzeczywiście w obronie koniecznej, albo „na wyrost”, gdyż podsądni jedynie przekraczali granice obrony koniecznej, często pod wpływem strachu lub wzburzenia. Nieco znajomości prawideł sprawnego działania mogło zapobiec błędom [28].

Dokonując takich a nie innych wyborów decyzyjnych w określonych śledztwach (dochodzeniach) zawsze zważyć należy, że:

1) proces karny nie zna zamkniętego katalogu dowodów. Dowodem może być wszystko, co stwierdza się bez naruszenia zakazów dowodowych, a jednocześnie co przyczynia się do ukształtowania trafnej oceny stanu faktycznego przez właściwy organ procesowy. Ta zasada dotyczy również ustaleń ze sfery psychicznej i umysłowej podejrzanego,

2) postępowanie sprawcy determinują czynniki sytuacyjne, bodźce zewnętrzne, osobiste doświadczenie i zmienne osobowościowe. Jak wszyscy ludzie zagrożeni atakiem, także sprawca nie wybiera sposobu reagowania całkiem swobodnie, lecz zgodnie z wymienionymi, ewoluującymi uwarunkowaniami. Odpowiedź napadniętego wynika nie tyle z woli, co przede wszystkim z określonego procesu psychicznego, wyrażającego się w wybieraniu danego zachowania ze zbioru możli-

wych zachowań. Na ten proces składają się: spostrzeganie, uwaga, pamięć, czas reakcji, pole widzenia, wrażliwość na różnorakie bodźce [7, 8, 41, 42, 49, 54, 55],

3) w każdej sytuacji każdy człowiek może postąpić inaczej. Indywidualizacja postępowania zależy od psychicznych odmienności poszczególnych ludzi, od niepowtarzalności sposobów panowania nad impulsami na skutek pobudzania mechanizmów popędowo-emocjonalnych w położeniu skomplikowanym i stresującym. Odnośne zakłócenia cechuje nieswoistość, wymagająca od zagrożonego zamachem nagłego przystosowania organizmu do zawsze swoistego – jak wyżej powiedziano – położenia jednostki. Raz po raz podejmowane próby *sui generis* uśrednień albo uniwersalizacji norm sposobów reagowania sprawcy w sytuacji, która się nie powtarza, mogą wynikać z niezrozumienia problemu [8, 10, 30, 37, 45],

4) strach, lęk, wzburzenie są przeżyciami niezmiennie charakteryzującymi osobę zagrożoną atakiem. Przeżywanie strachu jest czymś indywidualnym, o głębokości wywołanej nim destrukcji decydują osobnicze właściwości, cechy zamachu jako bodźca wyzwalającego obronę itp. determinanty. Mowa tu o impulsie z reguły zaskakującym, zmuszającym do bronięcia się natychmiast. Subiektywne i obiektywne możliwości deliberowania o wyborze metody reakcji, narzędzia i sposobu posłużenia się nim, aby napastnikowi wyrządzić szkodę tylko niezbędną, są zwykle ograniczone lub nawet żadne. Rozpraszenie i dekoncentracja uwagi, zmniejszanie świadomości sprawcy, selektywność spostrzeżeń zależą od czułości zmysłów, inteligencji, sądów, doświadczeń i innych jego uzdolnień [2, 5, 9, 24, 25, 43]. Nie wolno ignorować faktu, że również w normalnej sytuacji człowiek spostrzega w zasadzie ledwie fragment rzeczywistości, na ogół dwuznacznej. Wskutek płynności obrazu postrzegania muszą biec zryganiem, wzdłuż linii łamanej, w chaosie wizualnym i dźwiękowym,

5) motyw obrony warunkuje kwalifikację zdarzenia z art. 25 k.k. To jedno z tych nieodzownych ustaleń, które wymaga dowodowej precyzji. Wobec tego należy podzielić pogląd, że psychologia motywacji najkompetentniej wypowiada się o procesie motywacyjnym (12, 21 oraz wyrok SN z 6 czerwca 1974 r. II KR OSNKW 1974, z. 10, poz. 187; wyrok SN z 7 czerwca 1979 r. II KR 118/79, OSNPG 1980, z. 1, poz. 2; wyrok SN w L. z 15 stycznia 1988 r. II AKa 187/97, Prokuratura i Prawo 1999, nr 1, poz. 23; wyrok SA w B. z 3 listopada 1999 r., II AKa 174/99, Prokuratura i Prawo 2000, nr 6, poz. 13),

6) interpretacja strony podmiotowej podejmowania obrony koniecznej przed niektórymi atakami fizycznymi i zniewagami może być wyjątkowo trudna. Sensowną rzeczą byłoby korzystanie wtedy z fachowej umiejętności i wiedzy specjalnej z takich dziedzin, jak: lokalny zwyczaj i obyczaj, symbolika i treść pozawerbalnych środków miejscowego komunikowania się, hierarchii uznawanych w danym środowisku wartości, społeczno kulturowe determinanty „prawidłowego” reagowania w określonej sytuacji. Osobowość człowieka jest wytworem kultury i samą kulturą, w której nie ma ostrych podziałów. W przypadku np. oczerniania ważna rola przypada właściwemu zrozumieniu przez organ procesowy tego, co w istocie wyrażają konkretne gesty, groźny wyraz twarzy, dana postawa, „straszny” wzrok, chwila mil-

czenia, które nigdy nie jest puste etc. Socjolog, językoznawca, a może psycholog mógłby wyjaśnić, co faktycznie, z której strony, gdzie i dlaczego boleśnie ukuło sprawcę, że zachował się akurat tak, a nie w inny sposób [16, 26, 36, 40, 50, 59].

Definiowanie wszelkich sygnałów, a przede wszystkim słów, które mogą być odbierane jako zawierające groźbę, łączy się z nie lada kłopotami. Rozumienie wyrazu zależy od samowiedzy o otwartości i płynności znaczeń danego zespołu dźwięków mowy ludzkiej, od osobistych doświadczeń delikwenta, jak również od środowiskowej „tradycji, która jest językiem pokoleń” [23, 38, 46]. Pewnego swej omnipotencji, w zakresie tłumaczenia tegoż zjawiska społecznego, powinno przekonać do szerszej współpracy, z posiadającymi wiadomości specjalne ekspertami, stanowisko znakomitego pisarza-myśliciela, że „słowo jest wielką tajemnicą. (...) Magiczna siła słowa tkwi w jego zdolności do wywoływania obrazów. Te same słowa mogą się złożyć w modlitwę, w wyuzdaną piosenkę, w oszczerstwo i kłótnię...”. Zależy to od sposobu i okoliczności operowania danym wyrazem” [35].

## V. Wybrane aspekty prawne sugerowanego opiniowania

Organom procesowym doskwiera mizéria budżetu i przeciążenie pracą. Autor ma tego świadomość, ale przecież nikt nie zaprzeczy, że warunkująca sprawiedliwe orzekanie prawda nie ma ceny. Dlatego w otwieraniu na oścież drzwi praktyki, lub przeciwnie – ich zatrzaśnięciu przed sygnalizowanymi tutaj propozycjami – kluczową rolę należałoby przypisać dwóm czynnikom. Pierwszy sprowadza się do efektu wykładni terminu „wiadomości specjalne” w pojęciu art. 193 § 1 k.p.k. Zwolennikom koncepcji lansowanych w tej pracy nie ułatwia zadania pogląd Sądu Najwyższego, jakoby przedmiotowe „wiadomości były dostępne dla człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym, wykształceniu i zasobie wiedzy ogólnej” (wyrok SN z 15 kwietnia 1976 r. II KR 48/76, OSNKW 1976, z. 10–11, poz. 133). Zbliżone stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w K. (wyrok z 5 czerwca 1996 r. II AKa 125/96, cyt. za L.K. Paprzyckim i współ. w „Opiniowaniu psychiatrycznym i psychologicznym w procesie karnym. Orzecznictwo i piśmiennictwo”, IES, Kraków 2000, nr 211). Od tego nurtu orzecznictwa odbiega w dobrym kierunku zapatrywanie innego sądu, że ocena np. stanu silnego wzburzenia (dla porządku zauważmy – art. 25 k.k. nie operuje przymiotnikiem „silny”), wiążącego się z zasadniczym ograniczeniem funkcji intelektu, bez wątpienia wymaga wiadomości specjalnych z zakresu psychologii (wyrok Sądu Apelacyjnego w L. z 7 kwietnia 1998 r. II AKa 8/98, OSA 1999, z. 5, poz. 37).

Drugim czynnikiem, który może i powinien określać w tym przypadku praktykę śledczo-sądową, jest stwierdzenie użyteczności dyskutowanego opiniodawstwa. Psychologowie, na przykład, murem obstają przy poglądzie o przydatności ich wiedzy specjalnej do zapewnienia prawidłowych ocen procesów psychicznych, jakie przebiegają w toku rozwoju sytuacji człowieka [15, 22, 33, 39]. Wszak istnieją – twierdzi prof. Stanik – trzy poziomy wiedzy psychologicznej: a) naukowa, stosowana

przez psychologów i dzięki niej daje się wyjaśniać konkretne wątpliwości procesualistów, b) naukowa wiedza psychologiczna wykorzystywana przez m.in. prawników, c) potoczna wiedza psychologiczna, stosowana na co dzień [44]. W sukurs psychologom i innym ekspertom przychodzi Marc Bloch. Píše bowiem o niedoskonałości zmysłowego spostrzegania, zależnego od emocji, znużenia, motywów itp. czynników osobowościowych, wymagających profesjonalnego wytłumaczenia [3].

Słusznie stwierdza Sąd Najwyższy, że niedopuszczalne jest upraszczanie podejścia do zachodzących wątpliwości. Każda powinna być wyjaśniona *lege artis* przez wszechstronną inicjatywę dowodową (wyrok SN z 25 czerwca 1991 r. WR 107/91, OSNKW 1992, z. 1–2, poz. 14). Przełożona na grunt problematyki obrony koniecznej cytowana teza SN oznacza zalecenie wydobywania, zwłaszcza w śledztwie, na powierzchnię wszystkiego, co znajduje się w głębi zagadnienia, a może pomóc w podjęciu decyzji w przedmiocie czy, a jeśli tak, to co należy zarzucić podejrzanemu, Prokurator (policjant) powinien wystrzegać się jak ognia samopoczucia, że wie, a nawet – dobrze wie. Tylko ten, kto pyta, znajduje czas na refleksję nad multidyscyplinarnością stwierdzania obrony koniecznej bądź jej odrzucania. Ten kto pyta, żyje godniej i pracuje efektywniej.

## VI. Kilka uwag o szczegółach pytań

Trzeci aneks do „Traktatu o dobrej robocie” nosi wyrazisty tytuł „Kryształy myśli praktycznej”. Do skarbcza kryształów Filozof-prakseolog zaliczył sentencję „kto pyta o drogę, nie błądzi”. Ten aforyzm może zarówno zaczynać, jak też puentować tematykę formułowania szczegółowych zadań dla biegłych rozmaitych dyscyplin wiedzy.

Precyzowanie przedmiotu i zakresu ekspertyzy szczególnie w tak czułej materii, jak tu poruszana, nastrocza spore trudności. Do ich pokonania trzeba doświadczenia, polotu myśli i przynajmniej propedeutycznych wiadomości specjalnych, aby nawiązać z biegłym dialog, ściśle określić jego powinności, a w końcu należycie ocenić opinię. Nie do pomyślenia jest konstruowanie wzorca pytań przydatnego dla grupy spraw. Postanowienie z art. 194 k.p.k. musi być – z przyczyn oczywistych – zindywidualizowane na miarę badanego przypadku. Z ogólniejszych wskazówek warto wskazać tylko żądanie szczelnego pokrywania pytaniami pola wątpliwości, dotyczących „człowieka w sytuacji” złożonej.

Dla ilustracji można podać kilka kwestii, do których w razie zachodzącej potrzeby ekspert powinien się ustosunkować, a więc:

- KIM jest człowiek naruszający, a *de facto* może broniący porządku prawnego, co można powiedzieć o jego osobowości?
- dlaczego w danych okolicznościach podejrzany zachował się w taki, a nie inny sposób?
- czy, jak głęboko i wskutek jakich przyczyn zaburzeniu uległy świadomość, postrzeganie, myślenie, uwaga itp. procesy psychiczne sprawcy?

- jaki wpływ na jego postępek wywarły lub mogły wyrzucić miejscowe obyczaje, normy powinności w dziedzinie zachowań i kultury,
- czy, dlaczego i które z ustalonych, użytych środków wyrazu: słowa, ich stylizacja, postawa ciała, gesty, wykrzywienie twarzy, specyficzne patrzenie, względnie sama osobowość pokrzywdzonego mogły być odczytane przez podejrzanego, jako: a) akt zniewagi, b) początek agresji fizycznej?

Wyłącznie wzgląd na realne wskazania stanowi o doborze pytań i biegłego, który potrafi udzielić na nie prawidłowej odpowiedzi. Ostatecznie organ procesowy, zgodnie z własnym sumieniem, orzeknie w stosownym postanowieniu, że chce więcej wiedzieć, albo przeciwnie – że już zebrane dowody spełniają jego aspiracje poznawcze.

### Wykaz literatury

1. Abramski A., Konieczny J.: *Justycjariusze – Hutmeni – Policjanci. Z dziejów służb ochrony porządku w Polsce*, Wydawnictwo „Śląsk”, Katowice 1988, s. 9–10.
2. Baley S.: *Psychologia wychowawcza w zarysie*, PWN, Warszawa 1965, s. 78–79.
3. Bloch M.: *Pochwała historii*, cyt. za Kapuścińskim R. „Lapidarium”, Gazeta Wyborcza – Duży Format z 8 sierpnia 2002.
4. Buchała K.: *Granice obrony koniecznej*, „Palestra” 1974, nr 5, s. 41.
5. Daszkiewicz K.: *Przestępstwo z premedytacją*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1968, s. 63, 100, 101, 143.
6. Europejska Konwencja Praw Człowieka, Wprowadzenie P. Hofmański, Zakamycze, Kraków 2000.
7. Gierowski J.K.: *Stan silnego wzburzenia jako przedmiot sądowej ekspertyzy psychologicznej*, „Palestra” 1985, Nr 3–4, s. 108–109.
8. Gierowski J.K.: *Rola biegłego psychologa w opiniowaniu o poczytalności – problemy kompetencyjne, diagnostyczne i etyczne*, (w:) *Współczesna sądowa ekspertyza psychologiczna – niewykorzystane możliwości*, red. M. Gręar, IES, Kraków 1990, s. 55–59.
9. Gierowski J.K.: *Rola biegłego psychologa...*, Kraków 1990, s. 59.
10. Gierowski J.K.: *Opiniowanie sądowo-psychologiczne*, (w:) *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, red. Gierowski J.K. i Szymusik A., Collegium Medicum UJ, Kraków 1996, s. 179.
11. Gierowski J.K.: *Rola biegłego psychologa...*, Kraków 1990, s. 59.
12. Gierowski J.K.: *Przedmiot i zakres ekspertyzy psychologicznej*, (w:) *Ekspertyza sądowa*, red. J. Wójcikiewicz, Zakamycze, Kraków 2002, s. 391–394.
13. Góral R.: *Kodeks karny – praktyczny komentarz*, Wydawnictwo ZPP, Warszawa 1998, *passim*.
14. Górniok O., Hoc S., Przyjemski S.M.: *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 1999, *passim*.
15. Górski H.: *Diagnostyczno-orzecznicze problemy zaburzeń osobowości w sądowym postępowaniu dowodowym*, (w:) *Materiały z II Ogólnopolskiej Konferencji nt. Współpraca psychologiczno-psychiatryczna w ekspertyzach sądowych*, Zakład Psychologii Klinicznej Uniwersytetu Śląskiego i Społeczny Komitet Przeciwdziałania Oddział Katowice, red. J.M. Stanik i Pobocho J., Katowice 1983, s. 29–36.
16. Gręar M.: *Rola i znaczenie ekspertyzy psychologicznej w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, (w:) *Współczesna sądowa ekspertyza psychologiczna – niewykorzystane możliwości*, red. M. Gręar, IES, Kraków 1990, s. 4, 11.
17. Gurgul J.: *Biegli i specjaliści w procesie karnym w sprawach z tłem obrony koniecznej w świetle wyników badań akt*, *Problemy Kryminalistyki* 2002, s. 236, 27–33.
18. Gurgul J.: *Profilaktyczne oraz wykrywczo-śledcze zagadnienia obrony koniecznej*, *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 9, s. 131–145.
19. Gurgul J.: *Prowadzenie i nadzorowanie spraw w aspekcie ustalania obrony koniecznej*, *Problemy Kryminalistyki* 2002, s. 37.
20. Gurgul J.: *Profilaktyczne oraz wykrywczo-śledcze...*, *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 9.

21. Hilgard E.R.: *Wprowadzenie do psychologii*, PWN, Warszawa 1967, s. 190.
22. Jaśkiewicz-Obydzińska T., Czereddecka A., Gierowski K.K.: *Ekspertyza psychologiczna*, (w:) *Ekspertyza sądowa*, red. Wójcikiewicz J., Zakamycze Kraków 2002, s. 381 i n.
23. Kapuściński R.: *Lapidarium V. Tupet ignorantów*, Gazeta Wyborcza – Duży Format 2002, z 17 listopada 2002.
24. Kępiński A.: *Lęk*, PZWL, Warszawa 1987, s. 13–14.
25. Kępiński A.: *Rytm życia*, Wydawnictwo Literackie, Kraków–Wrocław 1983, wyd. IV, s. 159.
26. Kępiński A.: *Schizofrenia*, PZWL, Warszawa 1981, s. 68.
27. *Kodeks cywilny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, s. 260, 415, 416.
28. Kotarbiński T.: *Traktat o dobrej robocie*, wyd. VI, Wydawnictwo im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1975, s. 295, 329 i *passim*.
29. Krukowski A.: *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1965.
30. Lipowska-Teutsch A.: *Bezradność wobec przemocy i nadużyć – motywem samobójstwa*, (w:) *Współczesna sądowa ekspertyza psychologiczna...*, red. M. Gręar, IES, Kraków 1990, s. 76.
31. Marek A.: *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1979, s. 10, 11.
32. Marek A.: *Obrona konieczna...*, *passim*.
33. Milewska E.: *Psychologiczna diagnoza tzw. poczytalności* (w:) *Materiały VII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP „Teoria i praktyka oceny poczytalności”*, red. Rutkowski R. i Majchrzyk Z., Warszawa 1988, s. 104–109.
34. Nesterowicz M.: *Czyny niedozwolone* (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. Winiarz J., Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989, s. 415–416.
35. Parandowski J.: *Alchemia słowa*, Czytelnik, Warszawa 1986, s. 116, 119, 126.
36. Prusak F.: *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego (za rok 1985)*, *Nowe Prawo* 1986, nr 7–8, s. 157–158.
37. Selye H.: *Stres okiełznany*, PIW, Warszawa 1978, 15, 25 i *passim*.
38. Skarga B.: *Musisz zmienić życie*, Gazeta Wyborcza 2002, s. 90.
39. Sokołowska J.: *Ekspertyza psychologiczna w postępowaniu sądowym w sprawach nieletnich*, *Psychologia Wychowawcza* 1970, nr 5, s. 566.
40. Sowa J.: *Kulturowe założenia pojęcia normalności*, PWN, Warszawa 1984, s. 4, 17.
41. Stanik J.M.: *Związki psychologii z prawem*, *Przegląd Psychologiczny*, 1985, nr 4, s. 987.
42. Stanik J.M.: *Psychologiczne opiniodawstwo sądowe w sprawach o zabójstwo z afektu*, (w:) *Wybrane obszary praktyki biegłego sądowego psychologa*, *Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego*, Katowice 1997, s. 10, 14.
43. Stanik J.M.: *Psychologiczne opiniodawstwo...*, s. 14.
44. Stanik J.M.: *Związki psychologii z prawem...*, s. 987.
45. Szczepaniec M.: *Przekroczenie granic obrony koniecznej motywowane strachem lub wzburzeniem usprawiedliwiającym okoliczności zamachu*, *Prokuratura i Prawo* 2000, nr 9, s. 19.
46. Szczepaniec M.: *Przekroczenie granic obrony...*, s. 19.
47. Szewczuk W.: *Psychologia*, t. I, wyd. trzecie, PZWS, Warszawa 1980, s. 201, 202.
48. Sztompka P.: *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Znak, Kraków 2002, s. 48–49.
49. Sztompka P.: *Socjologia...*, s. 49.
50. Sztompka P.: *Socjologia...*, s. 258–259.
51. Śliwowski I.: *Prawo karne*, Warszawa 1975, *passim*.
52. Świda W.: *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1967, s. 131.
53. Tomaszewski T.: *Aktywność człowieka*, (w:) *Psychologia jako nauka o człowieku*, Książka i Wiedza, Warszawa 1966, s. 208.
54. Tomaszewski T.: *Człowiek w sytuacji*, (w:) *Psychologia*, red. Tomaszewski T., PWN, Warszawa 1975, s. 17.
55. Tyborowska K.: *Problemy współczesnej psychologii*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1964, s. 106–107.
56. Tyborowska K.: *Problemy współczesnej psychologii...*, s. 106.
57. Wolter W.: *Prawo karne*, Gebethner i Wolff, Warszawa 1947.
58. Wolter W.: *Nauka o przestępstwie*, PWN, Warszawa 1973, s. 165.
59. Wolter W., Lipczyńska M.: *Elementy logiki. Wykład dla prawników*, PWN, Warszawa–Wrocław 1980, s. 16–18.
60. Zakrzewski W.: *Historia powszechna*, t. I, wydanie VII, Główny Skład w Księgarni G. Gebethnera i Sp., Kraków 1911, s. 196–197.

# WAŻNE DLA PRAKTYKI

*Roman Nowosielski, Bogusław Kosmus*

## Kasacyjna ruletka

Autorzy niniejszego artykułu pragną podzielić się z czytelnikami swoimi obawami rodzącymi się na tle praktyki Sądu Najwyższego, przy rozpoznawaniu kasacji, pod rządami k.p.c. w wersji po nowelizacji z maja 2000 r.

Rozważania nasze chcemy w tym miejscu ograniczyć do niezwykle istotnej kwestii obowiązku autorów kasacji wskazania tzw. „okoliczności uzasadniających rozpoznanie kasacji” w rozumieniu przepisu art. 393 i art. 393<sup>3</sup> k.p.c.

Głównym problemem okazuje się interpretacja przepisu art. 393 k.c. Należy przypomnieć, że przepis ten umożliwia SN odmowę przyjęcia kasacji do rozpoznania w trybie tzw. „przedsądu”, jeżeli w sprawie nie występuje istotne zagadnienie prawne lub nie istnieje potrzeba wykładni przepisów prawnych wywołujących rozbieżności w orzecznictwie (art. 393 § 1 pkt 1 i 2 k.p.c.). Natomiast SN nie może wyeliminować kasacji od dalszego rozpoznania, nawet gdy nie zachodzą ww. przesłanki, w sytuacji, gdy zaskarżone orzeczenie jest dotknięte nieważnością lub oczywiście narusza prawo.

Godzi się wskazać, iż cytowany powyżej przepis nie formułuje w sposób pozytywny katalogu „okoliczności uzasadniających rozpoznanie kasacji”, do których odwołuje się przepis art. 393<sup>3</sup> § 1 pkt 3 k.p.c. Tym samym należy owe „okoliczności” w drodze interpretacji przepisu art. 393 k.p.c. skonstruować *a contrario*. To właśnie zadanie przysparza zarówno orzecznictwu największy problem i jest polem do skrajnych wręcz rozbieżności.

Silnie reprezentowane jest w orzecznictwie SN stanowisko rygorystyczne, w myśl którego jedynie przepis art. 393 § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. zawiera zakodowane okoliczności uzasadniające rozpoznanie kasacji – tj. tylko istnienie istotnego zagadnienia prawnego lub potrzeby wykładni (...) stanowi omawiane okoliczności. Natomiast określone w § 2 sytuacje (nieważność orzeczenia, oczywiście naruszenie prawa) okoliczności takich nie stanowią, są natomiast wyłącznie adresowaną do SN dyrektywą nieelimino-

wania w przedsądzie tych kasacji, które pomimo niezasadnego powołania w ich treści kategorii okoliczności z art. 393 § 1 k.p.c., wskazują na oczywiste naruszenie prawa lub nieważność postępowania odwoławczego. Innymi słowy nieważność, czy oczywiste naruszenie prawa nie są samodzielnymi okolicznościami w rozumieniu art. 393 § 1 k.p.c., w związku z czym ich powołanie w kasacji, jako tych okoliczności nie jest prawnie skuteczne. Konsekwencją takiego poglądu jest uznanie, iż kasacja przywołująca jako okoliczności uzasadniające jej rozpoznanie wyłącznie nieważność postępowania, lub oczywiste naruszenie prawa nie zawiera przedstawienia okoliczności uzasadniających rozpoznanie kasacji, czego skutkiem jest konieczność odrzucenia kasacji jako dotkniętej nieusuwalnym brakiem.

Taki pogląd został zawarty w następujących orzeczeniach: postanowieniu SN z 21 czerwca 2002 r., II UKN 539/01 (niepublikowane), postanowieniu SN z 11 stycznia 2002 r., III 570/01 (Biul. SN 2002/7/10), postanowieniu SN z 7 listopada 2001 r., III CKN 268/01 (Prok. i Pr. 2002/4/42), postanowieniu SN z 10 maja 2001 r., II CZ 35/01 (OSNC 2002, z. 1, poz. 11), postanowieniu SN z 4 maja 2001 r., I CZ 30/01 (OSNC 2001, z. 11, poz. 168), postanowieniu SN z 30 października 2001 r., IV CKN 172/01 (OSNC 2002, z. 4, poz. 55).

Swoistym zwieńczeniem tej linii judykatury stało się postanowienie SN z dnia 27 listopada 2001 r., III CKN 462/01 (OSNC 2002, z. 4, poz. 56), którego teza zasługuje na zacytowanie: *„Zawarte w kasacji stwierdzenia, (...) że zaskarżone orzeczenie oczywiście narusza prawo, lub że zachodzi nieważność postępowania, mogą być kwalifikowane jako element uzasadnienia podstaw kasacyjnych, nie stanowią natomiast przedstawienia okoliczności uzasadniających przyjęcie kasacji do rozpoznania (art. 393 § 1 pkt 3 k.p.c.)”*.

Generalnym uzasadnieniem dla tego rodzaju rozstrzygnięć ma być publiczno-prawny charakter kasacji powodujący, że prymat uzyskuje przy rozpoznawaniu tego środka zaskarżenia nie ochrona słusznych praw strony (co ma się odbywać w dwóch niższych instancjach), lecz rozwój myśli prawniczej poprzez tworzenie generalnych wskazówek dla praktyki prawa. Z tej perspektywy usuwanie oczywistych aktów obrazy prawa, w ocenie SN, nie jest wystarczająco doniosłym zadaniem, tak aby mogło spowodować zajęcie się przez ten Sąd oceną stosowania przepisów nie nastroczających wątpliwości. Inaczej ujmując, SN może niejako „przy okazji” zająć się potencjalnie istotnym zagadnieniem prawnym, skorygować oczywistą obrazę prawa. Jednak autorytet najwyższej instancji sądowej nie powinien być angażowany tymi orzeczeniami, którym zarzuca się wyłącznie oczywiste naruszenie prawa lub nieważność postępowania.

Krańcowo odmienna myśl jest zawarta w „świeżo opublikowanym” postanowieniu SN z 10 kwietnia 2002 r., II UKN 190/02 (OSNAP-wkl. 2002/9/3) *„Wskazanie przez stronę wnoszącą kasację, że zaskarżone orzeczenie w sposób oczywisty narusza prawo, bądź że w sprawie doszło do nieważności postępowania, jest spełnieniem wymagania przedstawienia okoliczności uzasadniających jej rozpoznanie (art. 393 § 1 pkt 3 k.p.c.). Sąd Najwyższy, dochodząc do przekonania, że orzeczenie nie*

*narusza w sposób oczywisty prawa, odmawia przyjęcia kasacji do rozpoznania, jeżeli tylko taka okoliczność miałaby uzasadniać przyjęcie kasacji do rozpoznania”.*

Zdecydowana większość przedstawicieli nauki jednoznacznie popiera taką interpretację.

Tytułem przykładu należy przywołać wypowiedź A. Górkiego (Rzeczposp. 2002/1/31) z artykułu pt. „Przesądzi przedsąd”. Autor stwierdził, iż istnieją cztery przesłanki uzasadniające rozpoznanie kasacji, a w tej liczbie także oczywiste naruszenie prawa lub nieważność w postępowaniu odwoławczym (oprócz przesłanek analizowanych powyżej).

Podobnie uważają J. Iwulski w artykule „Kasacja po nowelizacji” (PiZS 2000/12/26 – t. 2) oraz A. Zieliński w głosie do postanowienia SN z 30 października 2001 r., IV KKN 172/01 (M. Prawn. 2002/9/424 – t. 4).

Autorzy niniejszego artykułu jednoznacznie opowiadają się za drugim z prezentowanych poglądów. Wychodząc od założeń generalnych, nie sposób podzielić zapatrywania, że na gruncie obecnego stanu prawnego funkcja kasacji ogranicza się wyłącznie do wytyczania kierunków orzecznictwa i rozstrzygania najważniejszych zagadnień prawnych. Owszem, funkcja kontrolna kasacji została znacznie ograniczona po noweli z 2000 roku, ale jednak w fundamentalnym dla praworządności zakresie została podtrzymana i zaakcentowana przez ustawodawcę. Przecież to właśnie przepis art. 393 k.p.c., obligujący SN do baczenia na oczywiste naruszenia prawa – i to z urzędu – stoi na straży pewnego minimum poprawności orzeczeń badanych w trybie kasacji. Teoretycznie można by twierdzić, że w toku dwuinstancyjnego postępowania wszelkie rażące uchybienia winny być już wyeliminowane, jednak doświadczenie podpowiada, iż nie każde orzeczenie sądu odwoławczego wolne jest od fundamentalnych uchybień. Wreszcie teza o wystarczającej kontroli w toku postępowania dwuinstancyjnego staje się bezprzedmiotowa w wypadku samoistnych uchybień sądu odwoławczego. Stoimy na stanowisku, że gdyby woła ustawodawcy było pominięcie elementu kontrolnego kasacji, w interesie indywidualnym stron postępowania, to nie zamieszczałby w art. 393 k.p.c. paragrafu drugiego. Zresztą, gdyby zadaniem SN miało być formułowanie abstrakcyjnych rozstrzygnięć, w oderwaniu od indywidualnego interesu stron, to kognicja SN mogłaby zostać z powodzeniem ograniczona do udzielania odpowiedzi na pytania prawne, co zapewniałoby realizację owego celu publicznego kasacji.

Podzielamy w pełni pogląd wyrażony przez A. Górkiego (*op. cit.*), iż zawężająca interpretacja katalogu okoliczności uzasadniających rozpoznanie kasacji byłaby sprzeczna z treścią art. 393 § 2 k.p.c. oraz z elementarnym poczuciem słuszności i celowości. A. Zieliński (*op. cit.*) zauważył trafnie, że „doprowadzanie do uprawnocnienia się wyroków dotkniętych nieważnością postępowania, z przyczyn sztucznie stwarzanych przeszkód formalnych, godzi w powagę wymiaru sprawiedliwości, a także w konstytucyjną zasadę demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP)”.

SN nie może, jako najwyższy autorytet prawny, tolerować trwania orzeczeń, któ-

re urągają podstawowym kryteriom praworządności. Odmowa usunięcia z obrotu prawnego ewidentnie niesłusznego rozstrzygnięcia, poważnie godzącego w podstawowe interesy stron, podważałaby zaufanie obywateli do najwyższej instytucji wymiaru sprawiedliwości. W konfrontacji z bezprawiem formalizm proceduralny nie powinien stanowić wartości nadrzędnej, tym bardziej iż brak do niego podstaw w prawie przedmiotowym.

Warto w tym miejscu pokusić się o analizę skutków przyjęcia rygorystycznej interpretacji omawianych przepisów. Otóż, jeśli uznać, że oczywiste naruszenie prawa, względnie nieważność postępowania nie stanowią okoliczności uzasadniające rozpoznanie kasacji, to wypada zauważyć, że w lepszej sytuacji prawnej znajdują się osoby, w których sprawach doszło do niejednoznacznych i wątpliwych naruszeń prawa, niż osoby pokrzywdzone jawnie niesprawiedliwymi orzeczeniami. Stanie się tak, bowiem w wypadku uchybień dyskusyjnych będzie można powoływać się na istnienie istotnego zagadnienia prawnego (np. precedensowy charakter), względnie potrzebę wykładni (...). Natomiast w przypadku zwykłego pogwałcenia w orzeczeniu podstawowych norm prawnych kwalifikowanych przez ustawodawcę, jako oczywiste naruszenia prawa, czy też przyczyna nieważności, *ex definitione* brak będzie podstaw na powołanie się na jedną z dwóch przesłanek. Nie można naturalnie twierdzić, że oczywiste naruszenie prawa związane jest z potrzebą wykładni lub istotnym zagadnieniem prawnym. Oczywiście naruszenia zachodzi bowiem wtedy, gdy nieprawidłowo stosuje się przepisy, których interpretacja nie nastręcza żadnych obiektywnych wątpliwości.

Zatem powstaje sytuacja iście absurda. Ustawodawca przewidział wprawdzie po stronie SN merytoryczny obowiązek rozpatrzenia kasacji od wyroku oczywiście naruszającego prawo, jednakże przytoczenie jako wyłącznej okoliczności uzasadniającej rozpoznanie kasacji właśnie tego oczywistego naruszenia prawa powodować by miało odrzucenie kasacji z przyczyn formalnych (brak koniecznego elementu konstrukcyjnego kasacji). Otrzymujemy zatem swoistą kwadraturę koła: SN ma obowiązek zająć się merytorycznie oczywistą obrazą prawa, ale wcześniej ma obowiązek odrzucić z przyczyn formalnych kasację, która odwołuje się do okoliczności tego właśnie oczywistego naruszenia prawa. Przy takiej interpretacji oba opisane obowiązki SN stoją w rażącej logicznej kolizji. Warto w tym miejscu odwołać się do naczelnej zasady interpretacyjnej polegającej na przyjęciu koncepcji racjonalnego ustawodawcy. Zasada ta nakazuje tak wyklądać przepisy, aby wyinterpretowana z nich treść była racjonalna i wewnętrznie spójna. Opisany paradoks rygorystycznej wykładni katalogu okoliczności uzasadniających rozpoznanie kasacji nakazuje odrzucić ten rodzaj egzegezy, jako kłócący się z założeniem racjonalnego ustawodawcy. Nie po to ustawodawca nakazał eliminować z obrotu prawnego rażąco wadliwe orzeczenia, by kasacje odwołujące się do oczywistej obrazu prawa podlegały wcześniejszemu odrzuceniu.

Wszelkie nieracjonalne i sztuczne bariery prowokują naturalną skłonność do poszukiwania dróg ich ominięcia. Zastanówmy się zatem, czy osoba zamierzająca

zaskarżyć kasacją oczywiście wadliwe orzeczenie (co do którego nie zachodzi żadna potrzeba wykładni, czy istotne zagadnienie prawne) ma jakieś „pole manewru” przy rygorystycznej wykładni omawianych przepisów.

Nie będzie skuteczne nazwanie uchybienia o charakterze oczywistym mianem sytuacji wymagającej wykładni, czy rodzącej poważne zagadnienie prawne. Pomijając już względy profesjonalizmu i pewnej uczciwości zawodowej, uważamy, że co do zasady należy zaaprobować następujący pogląd prawny SN z wyroku w sprawie II UKN 593/01 *„Przedstawienie okoliczności uzasadniających rozpoznanie kasacji nie może być powołaniem okoliczności dowolnych, istotnych w ocenie samej strony. Muszą one ściśle nawiązywać do przesłanek odmowy wskazanych w art. 393 k.p.c.”*.

Powyższy cytat byłby także adekwatny do innej próby „obejścia” zagrożeń związanych z możliwością odrzucenia kasacji, polegającej na „stworzeniu” na użytek przyjęcia kasacji do etapu przedsądu (bez odrzucenia) fikcyjnego na gruncie danej sprawy „zagadnienia prawnego” lub „potrzeby wykładni”. Tego rodzaju patologiczna praktyka stawiałaby w dwuznacznej sytuacji autora kasacji, lecz także uchybiałaby powadze sądu kasacyjnego.

Tak więc całościowa ocena możliwych skutków rygorystycznej wykładni przedmiotowych przepisów proceduralnych prowadzi do wniosku, że jedynie uznanie nieważności postępowania i oczywistego naruszenia prawa za pełnoprawne i samodzielne przesłanki uzasadniające rozpoznanie kasacji może uchronić przed sytuacją trudną do pogodzenia z zasadami praworządności i pewnej kultury prawnej.

Żadnym argumentem przeciwko szerszemu katalogowi przesłanek rozpoznania kasacji nie może być ekonomika procesu, tak szeroko akcentowana jako jedna z przyczyn nowelizacji k.p.c. w zakresie przepisów o kasacji. Otóż jeżeli przedsąd odbywa się w składzie jednoosobowym, na posiedzeniu niejawnym, tak samo jak ewentualne odrzucenie kasacji, to z punktu widzenia sprawności postępowania brak jest różnicy. Oczywiście, gdyby przyjąć, że ekonomika procesu ma być osiągnięta kosztem eliminowania spod osądu SN jak największej liczby spraw, niezależnie od tego, jaka jest ranga zarzucanych uchybień, to być może skrajny formalizm byłby skutecznym narzędziem. Jednakże takie założenie kłóci się z podstawowymi standardami praworządności i konstytucyjnie zagwarantowanym prawem do sądu.

Odpowiedź na pytanie o zakres dopuszczalnych okoliczności uzasadniających rozpoznanie kasacji ma fundamentalne znaczenie dla praktyki prawa w naszym kraju. Obecnie mamy do czynienia z dwoma całkowicie skrajnymi kierunkami orzecznictwa SN. Wydaje się, że zaistniała sytuacja wymaga jednoznacznego stanowiska, najlepiej w drodze rozstrzygnięcia poszerzonego składu SN, optymalnie w drodze zasady prawnej. Panująca obecnie niepewność uderza w stabilność obrotu prawnego, powodując istotne dylematy stron postępowania cywilnego, rozważających celowość wnoszenia kasacji.

Odpowiedź na powyższe pytanie będzie miała także znaczenie szersze, a mianowicie rozstrzygnie jaki model postępowania kasacyjnego przeważy. Pierwszy

model byłby w naszej ocenie skrajnie formalistyczny, obojętny na przypadki jaskrawego łamania prawa, całkowicie wyizolowany od konkretnej sytuacji prawnej stron poszukujących przed Sądem Najwyższym elementarnej sprawiedliwości, której nigdzie indziej nie mogły wywalczyć.

Drugi model, bardziej liberalny, nie utraci swojej zasadniczej publicznoprawnej funkcji, a jednocześnie zapewni funkcjonowanie swoistego „wentyla bezpieczeństwa”, nie pozwalając, by orzeczenia jawnie łamiące prawo kształtowały rzeczywistość prawną i społeczną. Rola SN jako najwyższego arbitra powinna obejmować prócz formułowania „kroków milowych” w rozwoju prawa także sprawowanie minimalnej funkcji kontrolnej nad sądami niższych instancji, co niewątpliwie będzie sprzyjać praworządności i przestrzeganiu praw jednostek.

Niebagatelne znaczenie ma także poddanie polskiego wymiaru sprawiedliwości kontroli Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Niedobrze stałoby się, gdyby ze względu na ortodoksyjną interpretację prawa procesowego polski wymiar sprawiedliwości utracił ważny instrument do eliminowania uchybień, które narażają nasz kraj na utratę prestiżu na arenie międzynarodowej, niosąc przy tym za sobą dotkliwe konsekwencje finansowe.

# Polemiki

*Piotr Hofmański*

## CISZEJ NAD TRUMNĄ NIEWAŻNOŚCI...

I. W numerze 3–4 „Palestry” z 2003 r. opublikowano znakomity tekst Sędziego SN Stanisława Zabłockiego pt. „Pożegnanie z nieważnością”. Wnikliwe przedstawienie tła i przyczyn doniosłej zmiany ustawodawczej, jaką niewątpliwie jest wyrugowanie z kodeksu postępowania karnego instytucji nieważności orzeczeń, zwalnia mnie od konieczności powracania do związanych z tym kwestii. W ogromnej większości twierdzenia Autora zasługują na afirmację. Jeśli zaś chwytam za pióro, to czynię to z potrzeby wypowiedzenia się w kwestii, która może nie jest zagadnieniem tej wagi, co sama decyzja ustawodawcza o zniesieniu instytucji nieważności orzeczeń, niemniej przykuła uwagę S. Zabłockiego nie na żarty. Poświęcił jej bowiem 7 spośród 9 stron swojego tekstu. Chodzi o intertemporalne konsekwencje skreślenia art. 101–104 k.p.k. Z wnioskami, do jakich doszedł, pogodzić się nie mogę.

Zagadnienia intertemporalne z pewnością nie należą do łatwych. Dość powiedzieć, że na zachodnich uniwersytetach prawo intertemporalne wykładane jest jako odrębny przedmiot, zaś mędrcy nieustannie toczą boje o hierarchię reguł rządzących konsekwencjami zmian normatywnych. W przypadku instytucji nieważności sprawa jawi się jako wyjątkowo skomplikowana, a to z uwagi na charakter tej instytucji oraz charakter prawny dotyczących jej i skreślonych nowelą styczniową przepisów. Oto bowiem art. 101 k.p.k., który wskazuje sytuacje, w których orzeczenie jest nieważne, jest przepisem „materialnym” w relacji do przepisów art. 102–104 k.p.k., które jedynie określają tryb procedowania z orzeczeniami nieważnymi. Ta fundamentalna między nimi różnica nie pozwala – jak czyni to S. Zabłocki – „wrzucić ich do jednego garnka”. O ile zmiana przepisów procesowych powoduje, że nowe niejako „chwytają sprawę w locie” (o ile przepis intertemporalny nie stanowi inaczej), o tyle z przepisami materialnymi sprawa jest nieco bardziej skomplikowana. W przypadku przepisu, z mocy którego orzeczenie w określonej proce-

sowej sytuacji i z określonych prawem przyczyn jest nieważne, swoistość prawnych konsekwencji zmiany normatywnej polega na tym, iż przepis w nowym brzmieniu odnosić się może tylko do orzeczeń wydanych w czasie, gdy obowiązywał. Tak więc jeśli nowelą lipcową skreślono art. 101 § 1 pkt 8 k.p.k., to wcale nie oznaczało to, iżby orzeczenia wydane przed jej wejściem w życie, a dotknięte wadą, o jakiej mowa w tym przepisie, stały się na skutek wspomnianej zmiany normatywnej ważne. W związku z tym orzekając po dniu wejścia w życie noweli lipcowej badaliśmy, czy orzeczenia wydane przed dniem jej wejścia w życie, są nieważne z punktu widzenia art. 101 w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania danego orzeczenia. Przyjęte tą samą nowelą zmiany proceduralne, dotyczące trybu stwierdzania nieważności (art. 102–104) spowodowały zaś, że od dnia 1 września 2000 r. procedowaliśmy według przepisów nowych.

Nie inaczej będzie w dniu 1 lipca 2003 r. Z tym dniem przepis art. 101 zostanie z k.p.k. wyrugowany, co oznaczać może jedynie tyle, że orzeczenia wydane po dniu 30 czerwca br. nie mogą być już nieważne (pomijam tu poruszaną przez S. Zabłockiego problematykę zakresu obowiązywania intertemporalnego przepisu art. 5 noweli styczniowej, która wymaga głębszej analizy). Kwestia ważności orzeczeń wydanych przed dniem 1 lipca br. musi być zaś nadal oceniana z punktu widzenia przepisów obowiązujących w dniu ich wydania. Jeśli zapadły z obrazą prawa uznaną *tempore procedendi* za przyczynę nieważności, są po prostu *ipso iure* nieważne i fakt ten wymaga procesowego stwierdzenia. W związku z tym nie jest możliwe ich uchylenie w trybie zwyczajnych, czy też nadzwyczajnych środków zaskarżenia, albowiem orzeczenia nieważne nie stały się – co zupełnie oczywiste – ważne z chwilą wejścia w życie noweli styczniowej (dalibóg, nie ma przepisu przejściowego, który by to deklarował). Zresztą, w toku kontroli odwoławczej prawidłowość kontrolowanego orzeczenia podlega zawsze kontroli przez pryzmat przepisów obowiązujących w dniu jego wydania, czyli tych, które sąd powinien był stosować. Uniemożliwia to korygowanie nieważnych orzeczeń w toku kontroli uruchamianej na skutek środków zaskarżenia, co zdaje się sugerować S. Zabłocki.

Różnica pomiędzy datą 1 września 2000 r. i datą 1 lipca 2003 r. polega w gruncie rzeczy tylko i wyłącznie na tym, iż z dniem 1 lipca 2003 r. nie zmodyfikowano przepisów o nieważności, ale je skreślono. Konsekwencje tego stanu rzeczy muszą kształtować się rozmaicie w zależności od tego, czy dotyczą samej nieważności, czy trybu jej stwierdzania. Błąd w rozumowaniu S. Zabłockiego polega na niedostrzeżeniu tej fundamentalnej – z punktu widzenia reguł intertemporalnych – różnicy.

Jeśli idzie o tryb, sprawa zdaje się być prosta. Skoro skreślono przepisy art. 102–104 k.p.k., to przewidziany tymi przepisami tryb wyrugowano z kodeksu i koniec. Jeśli zaś chodzi o przepis materialny, jakim jest – w powyżej przyjętym znaczeniu – art. 101 k.p.k., skreślenie go nie może przecież powodować, że orzeczenia, które w dacie swojego wydania, *ipso iure* i od samego początku są nieważne, stają się ważne z dniem wejścia w życie noweli styczniowej. Wnioskowanie prowadzące do takiego rezultatu, dotknięte jest zasadniczym błędem, jako prowadzące do pogwał-

cenia jednej z podstawowych reguł wykładni prawa zgodnie z którą nie wolno odmówić zastosowania przepisu materialnego zasłaniając się brakiem trybu, w którym przepis ten może być zastosowany. Innymi słowy, z faktu skreślenia przepisów procesowych (bo, jak wskazano powyżej, skreślenie art. 101 może działać jedynie *ex nunc*, a nie *ex tunc*) nie można wnioskować o braku możliwości zastosowania przepisu materialnego.

Tak więc uważam, że z dniem 1 lipca 2003 r. staniemy nie przed pytaniem: czy należy stwierdzać nieważność orzeczeń wydanych przed tym dniem, lecz w jakim trybie możemy to czynić. W tym kontekście trzeba dobitnie powiedzieć, że rezygnując z zaproponowanego w przedłożeniu prezydenckim przepisu intertemporalnego (art. 7: W postępowaniu w przedmiocie nieważności orzeczeń wydanych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe) ustawodawca postawił nas przed nie lada wyzwaniem. Uważam, że rezygnacja z tego przepisu jest najpoważniejszym błędem noweli styczeniowej. Doprawdy trudno mi uwierzyć koledze Zabłockiemu, iż była to decyzja świadoma (jakoś wydaje mi się, że któraś z parlamentarnych maszynistek nieopatrznie nacisnęła przycisk „DEL”). Jeśli zaś taką naprawdę była, to najwyraźniej parlamentarzyści dali się przekonać, iż skreślenie owego przepisu intertemporalnego pozwoli na wyrugowanie instytucji nieważności od razu i bezpowrotnie. Bardzo się jednak pomylili.

II. Oczywiście rację ma S. Zabłocki gdy twierdzi, że po dniu 1 lipca 2003 r. nie można stosować skreślonych przepisów art. 102–104 k.p.k. i to zarówno wtedy, gdy chodzi o rozpoznawanie skutecznych przecieży (art. 6 noweli styczeniowej) wniosków o stwierdzenie nieważności złożonych przed tym dniem, jak i w postępowaniach w przedmiocie nieważności, które będą w toku w dniu 1 lipca 2003 r. Te bowiem postępowania nowa ustawa „chwyci w locie”. I tu zbliżamy się do kwestii zasadniczej, dotyczącej sposobu procedowania w przypadku pojawienia się wątpliwości co do ważności orzeczenia wydanego w czasie, gdy przepisy o nieważności obowiązywały. Zagadnienie nie jest proste, jako że interpretator staje przed zadaniem, którego nie udało się wykonać nawet przysłowiowemu Salomonowi. Nie jest to wszelako zadanie niewykonalne.

Rysuje się kilka rozwiązań. Po pierwsze można twierdzić, iż skoro są w obrocie prawnym orzeczenia nieważne, brak jest zaś procedury stwierdzania nieważności, to nieważność nie wymaga jej stwierdzania w drodze procesowej. Taką interpretację odrzucam z uwagi na jej niepragmatyczność i ryzyko powstania chaosu w obrocie prawnym. Każdy mógłby bowiem dowolnie twierdzić, iż określone orzeczenie jest *ipso iure* nieważne, a twierdzenie to nie poddawałoby się weryfikacji w drodze procesowej. Po drugie, można przyjąć, iż w demokratycznym państwie prawa strony procesowe nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji ewidentnego błędu ustawodawcy polegającego na przeoczeniu wprowadzenia przepisu intertemporalnego i być „skazane” na tolerowanie orzeczenia nieważnego, którego w żadnym trybie nie można unicestwić. Opierając się na tych przesłankach można dojść do przekonania, iż pomimo braku przepisu nakazującego stosować dotychczasowe

przepisy proceduralne w postępowaniu w przedmiocie nieważności orzeczeń, należy jednak to czynić. Przeciwko tej opcji przemawia możliwość narażenia się na zarzut stosowania procedury *contra legem*. Procedura stwierdzania nieważności określona w uchylonych nowelą styczniową przepisach art. 102–104 k.p.k. jest przy tym nadmiernie sformalizowana i trudno np. byłoby wymagać od strony procesowej uiszczenia opłaty (art. 102 § 4 k.p.k.), czy sporządzenia wniosku przez adwokata lub radcę prawnego (art. 102 § 3 k.p.k.) w sytuacji, gdy przepisy przewidujące takie wymogi formalnie nie obowiązują.

Właściwe jest rozwiązanie trzecie, polegające na próbie skonstruowania procedury stwierdzania nieważności orzeczeń w oparciu o te instrumenty procesowe, które ustawodawca w naszych rękach pozostawił. Podejmuję zatem polemikę ze stwierdzeniem S. Zabłockiego, według którego w przedmiocie nieważności procedować nie możemy, bowiem „nie mamy armat”. Otóż chyba jednak – z wyżej wyliczonych powodów – musimy je znaleźć. Spróbujmy zatem znaleźć odpowiedź na pytanie, jakie instrumenty są nam niezbędne. Po pierwsze, musimy potrafić określić właściwość sądu. Po wtóre, musimy wiedzieć, czy sąd rozstrzyga z urzędu, czy na wniosek. Po trzecie musimy określić forum i skład sądu. Po czwarte – reguły udziału stron w postępowaniu. Po piąte w końcu określić musimy rodzaje orzeczeń, które mogą zapaść i odpowiedzieć na pytanie, czy podlegają one kontroli odwoławczej, ewentualnie kontroli w drodze nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Nie na wszystkie te pytania łatwo jest znaleźć odpowiedź. Jeśli jednak uważnie czytamy kodeks, potrafimy to zrobić.

Zacznijmy od kwestii wdrożenia postępowania w przedmiocie nieważności. Zagadnienie to reguluje art. 9 k.p.k. Zgodnie z § 1 tego przepisu organy procesowe prowadzą postępowanie i dokonują czynności z urzędu, chyba że ustawa uzależnia je od wniosku określonej osoby, instytucji lub organu albo od zezwolenia władzy. Ponieważ w odniesieniu do postępowania w przedmiocie stwierdzenia nieważności ustawa nie uzależnia jego wszczęcia od jakiegokolwiek wniosku lub zezwolenia, zasadnym jest przyjęcie, że po dniu 1 lipca 2003 r. jedynym trybem, w ramach którego dopuszczalne jest wdrożenie postępowania w przedmiocie nieważności jest procedowanie z urzędu. Zgodnie jednak z art. 9 § 2 k.p.k. strony i osoby zainteresowane mogą składać wnioski o dokonanie również tych czynności, które organ może lub ma obowiązek podejmować z urzędu. Wnioski tych podmiotów traktowane być jednak powinny jako impulsy do działania z urzędu. Jeśli przed dniem 1 lipca 2003 r. wniesiono wniosek o stwierdzenie nieważności, zachowuje on skuteczność po dniu wejścia w życie noweli styczniowej (art. 6 tej noweli), jednak dalsze postępowanie, w locie chwycone przez nowe przepisy, toczy się z urzędu. Jak słusznie bowiem wywiódł S. Zabłocki, nie dotyczy go reguła intertemporalna określona w art. 5 noweli.

Z pewnością najpoważniejszy problem dotyczy kwestii właściwości sądu. Rysują się przy tym dwie możliwości interpretacyjne. Pierwsza polegałaby na odwołaniu się do reguły, zgodnie z którą tzw. właściwość ogólna przysługuje sądowi rejonowemu, zaś inny sąd właściwy jest do rozpoznania danej kwestii tylko wówczas, gdy

ustawa tak stanowi. Regułę taką można byłoby interpretować z art. 24 § 1 k.p.k. Przeciwko uznaniu tej interpretacji za trafną przemawiają dwa argumenty. Pierwszy odwołuje się do charakteru przepisu art. 24 § 1 k.p.k., który określa właściwość rzeczową sądu rejonowego, a nie jego właściwość funkcjonalną. Drugi zaś do negatywnych konsekwencji praktycznych przyjęcia tego rozwiązania. Okazałoby się bowiem, że sąd rejonowy może stwierdzić nieważność każdego orzeczenia, także orzeczenia Sądu Najwyższego (niezależnie od składu SN). Druga możliwość interpretacyjna zasadza się na powiązaniu właściwości do stwierdzenia nieważności orzeczenia z właściwością do jego wydania. Uznając tę właśnie wykładnię za trafną proponuję przyjęcie, iż każdy sąd właściwy jest do stwierdzania nieważności orzeczenia przez siebie wydanego. Niebezpieczeństwa, jakie wiążą się z przyjęciem takiej wykładni sprowadzają się do obaw, iż wskazana tu droga może być traktowana jako sposób na reasumpcję orzeczeń. Wydaje się jednak, iż zagadnienie ma charakter marginalny tak ze względu na wyjątkowość uchybień stanowiących przyczyny nieważności w praktyce sądowej jak i ze względu na temporalny zasięg działania uchylonego z dniem 1 lipca 2003 r. art. 101 k.p.k.

Sąd orzekał będzie na posiedzeniu. Zgodnie z art. 95 zd. 1 k.p.k. sąd orzeka na rozprawie jedynie w wypadkach przewidzianych w ustawie, zaś w pozostałych wypadkach na posiedzeniu. Ponieważ wobec skreślenia art. 102 k.p.k. ustawa niczego nie stanowi jeśli chodzi o forum orzekania w przedmiocie nieważności, zasadnym jest przyjęcie, że w kwestii tej sąd orzeka na posiedzeniu. Możliwe jest wszelako, iż postanowienie w przedmiocie nieważności wydane zostanie na rozprawie ze względu na treść art. 95 zd. 2 k.p.k., zgodnie z którym orzeczenia podejmowane na posiedzeniu mogą zapadać także na rozprawie. Warunkiem jest jednak, iż orzekając na rozprawie sąd dostrzeże przyczynę nieważności własnego orzeczenia, co zdarzyć się może tylko wyjątkowo (np. przy ferowaniu wyroku łącznego – art. 573 § 1 k.p.k.).

Z uwagi na forum, na jakim następuje orzekanie w przedmiocie nieważności sąd rejonowy zawsze orzekał będzie w składzie 1 sędziego, zaś sąd okręgowy, apelacyjny oraz SN – w składzie 3 sędziów. Zgodnie z art. 30 § 1 k.p.k. składy takie przewidziane są na posiedzeniu, jeśli ustawa nie stanowi inaczej, w przypadku zaś stwierdzenia nieważności orzeczenia, nie stanowiąc nic, nie stanowi inaczej.

Zagadnienie udziału stron w posiedzeniu sądu musi być rozstrzygane w oparciu o reguły ogólne określone przez art. 96 k.p.k. Jeśli ustawa nie stanowi inaczej (a wobec braku jakiegokolwiek regulacji dotyczącej posiedzenia w przedmiocie nieważności nie stanowi) strony oraz inne osoby, jeżeli ma to znaczenie dla ochrony ich praw lub interesów mogą wziąć udział w posiedzeniu jeśli się stawią. Oznacza to, że sąd nie zawiadamia nikogo (także prokuratora) o terminie i miejscu posiedzenia w przedmiocie nieważności, jednak jeśli strony (i inne osoby, o których mowa w art. 96 § 1 k.p.k.) stawią się po ustaleniu terminu i miejsca posiedzenia we własnym zakresie, powinny być do udziału dopuszczone, jako że nabywają uprawnienie do udziału poprzez fakt stawiennictwa (art. 96 § 2 k.p.k.).

Rozstrzygnięcia wymaga także zagadnienie formy orzeczenia sądu. Nie byłoby prawidłowe odpowiednie zastosowanie w tej sytuacji procesowej art. 456 k.p.k., według którego (między innymi) o uchyleniu wyroku sądu pierwszej instancji orzeka się wyrokiem. Stwierdzenie nieważności nie jest bowiem w żadnym wypadku uchyleniem wyroku, a jedynie deklaratywnym potwierdzeniem, że jest on *ipso iure* nieważny. W związku z tym należy przyjąć, że forma orzeczenia stwierdzającego nieważność określona jest przez art. 93 § 1 k.p.k., zgodnie z którym jeśli ustawa nie wymaga wydania wyroku, sąd wydaje postanowienie. Kodeks dla stwierdzenia nieważności orzeczenia, niezależnie od tego, czy dotyczy to wyroku, czy postanowienia, nie wymaga wydania wyroku, w związku z czym zasadnym jest przyjęcie, że stwierdzenie nieważności orzeczenia następuje zawsze postanowieniem.

Powstaje pytanie, jakie orzeczenie następcze powinno być wydane przez sąd po stwierdzeniu nieważności. Odpowiedź na to pytanie nie może być jednolita i zależy od tego, jaka sytuacja procesowa powstanie po stwierdzeniu, że uprzednio wydane orzeczenie jest nieważne. Jeśli zatem np. sąd uzna za nieważny wyrok wydany w pierwszej instancji, powinien rozpoznać wniesiony akt oskarżenia. Jeśli jednak w międzyczasie nastąpiło przedawnienie karalności powinien – stosownie do art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. – postępowanie w sprawie umorzyć. Jeśli z kolei stwierdzono nieważność wyroku sądu odwoławczego, sąd powinien ponownie rozpoznać wniesiony środek odwoławczy (lub środki odwoławcze).

Odwołując się do reguł ogólnych w poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie o zaskarżalność orzeczeń stwierdzających nieważność orzeczeń, w pierwszej kolejności należy wskazać na art. 459 k.p.k., który pozwala przyjąć, iż zażalenie na postanowienie w przedmiocie nieważności przysługiwać może jedynie pod warunkiem, że postanowienie takie zostanie uznane za zamykające drogę do wydania wyroku, co oczywiście zależy od tego, czego dotyczyło orzeczenie uznane za nieważne. Na ogół jednak stwierdzenie nieważności orzeczenia niczego nie zamyka, lecz, wręcz przeciwnie: otwiera konieczność ponownego rozpoznania kwestii, której dotyczyło orzeczenie uznane za nieważne. Nie wchodzi przy tym w grę wydanie orzeczenia odmawiającego stwierdzenia nieważności orzeczenia, albowiem wykluczone jest orzekanie w tym przedmiocie na wniosek. Jeżeli jednak stwierdzenie nieważności orzeczenia zamykałoby drogę do wydania wyroku (np. stwierdzenie nieważności wyroku z konsekwencją w postaci umorzenia postępowania z powodu przedawnienia), pamiętać trzeba o przepisie art. 426 § 2 k.p.k., który wyklucza dopuszczalność zażalenia na postanowienia wydane przez sąd odwoławczy oraz przez Sąd Najwyższy. Jeśli więc np. sąd okręgowy stwierdzi nieważność wyroku wydanego po rozpoznaniu apelacji od wyroku sądu rejonowego, na postanowienie w przedmiocie nieważności zażalenie nie przysługuje nawet wówczas, gdyby zamykało ono drogę do wydania wyroku, albowiem postanowienie to nie należy do kategorii postanowień wymienionych w art. 426 § 3 k.p.k.

III. Zaprezentowane powyżej rozważania nie stanowią próby kompleksowego rozwiązania bardzo przecież skomplikowanego problemu. Moim zamiarem było

jedynie wskazanie alternatywnego kierunku myślenia w stosunku do tego, które zaprezentował na łamach „Palestry” S. Zabłocki. Mam przy tym pełną świadomość, że praktyka ujawnić może szereg dalszych, trudnych zagadnień interpretacyjnych.

Na koniec warto jeszcze zastanowić się, czy rzeczywiście jest o co kopie kruszyć. Otóż chyba warto. Nie chodzi przy tym o spór co do metody wykładni, nie chodzi o czystość jurydycznej konstrukcji. Chodzi zaś o to, by, jeśli to możliwe, jeszcze przed wejściem w życie noweli styczniowej podjąć próbę dojścia do jakiegoś kompromisu, który ograniczy zamęt towarzyszący wejściu w życie nowych przepisów. Z drugiej jednak strony mieć trzeba świadomość, że problem dotyczy jedynie bardzo ograniczonej klasy orzeczeń wyznaczonej temporalnym zasięgiem instytucji nieważności. Może nawet donioślejszy jest problem odnoszący się do orzeczeń zapadłych na tle k.p.k. z 1928 r., k.w.p.k. z 1936 r. i k.w.p.k. z 1945 r. (a także starych ustaw karnych skarbowych), niż orzeczeń wydanych pomiędzy 1 września 1998 r., a 30 czerwca 2003 r. Tym wszystkim, wobec których wydano nieważne orzeczenia, czego nie zdążono stwierdzić do końca czerwca 2003 r., jakoś trudno chyba sugerować „oczekiwanie na lepsze czasy”, które przecież nigdy mogą nie nadejść.

## A JEDNAK POŻEGNANIE Z NIEWAŻNOŚCIĄ

W tym miejscu miał znaleźć się kolejny artykuł z cyklu poświęconego najbardziej kontrowersyjnym kwestiom noweli styczniowej do k.p.k., dotyczący innej już problematyki. Oczywiście jest jednak to, że gdy zabrał głos tak znakomity polemista, jakim jest prof. Hofmański, nowy temat musiał poczekać. Kwestia, czy przepisy o nieważności mogą być po dniu 1 lipca 2003 r. stosowane w jakimkolwiek zakresie, czy też „brak armat” to uniemożliwia, jest zresztą kwestią tak wielkiej wagi, iż każda wypowiedź w tej materii winna być bacznie wysłuchana.

Poglądy prof. Hofmańskiego cenię niezwykle wysoko. Zapoznałem się zatem z najwyższą uwagą z Jego stanowiskiem i... pozostałem przy opinii wyrażonej już w samym tytule mego poprzedniego artykułu („Pożegnanie z nieważnością”).

*Amicus Plato, sed magis amica veritas.* Uważam zatem za niezbędne zauważyć, w największym skrócie, że :

1. Zagadnienie jest zbyt poważne, aby dyskutować nad nim w tonie „wrzucania do jednego garnka”, lub też w formule stanowiących przejaw klasycznego – jak mawiał Melchior Wańkowicz – chciejstwa stwierdzeń, że tak „musi być”, i to jeszcze „po prostu”. Zasluguje ono też na uważne przeczytanie tekstu adwersarza. Obawiam się jednak, że polemiście czasu na taką lekturę zabrakło. Niczym innym nie potrafię bowiem wytłumaczyć twierdzenia, że: „Różnica pomiędzy datą 1 września 2000 r. i datą 1 lipca 2003 r. polega w gruncie rzeczy **tylko i wyłącznie** na tym, iż z dniem 1 lipca 2003 r. nie zmodyfikowano przepisów o nieważności, ale je skreślono”. To „tylko i wyłącznie” sprowadza się, zauważmy, do tego, że eliminując w noweli lipcowej jedną z podstaw nieważności (figurującą do dnia 1 września 2000 r. w art. 101 § 1 pkt 8) **pozostawiono** jednakże **całą aparaturę służącą do procedowania w przedmiocie stwierdzania nieważności**. Właśnie to uwarunkowanie sprawiało, że sądy mogły w stosunku do orzeczeń wydanych przed dniem 1 września 2000 r. stwierdzać nieważność także i na podstawie art. 101 § 1 pkt 8 k.p.k. W tym zatem zakresie, że taka możliwość istniała, pełna zgoda. Wbrew

twierdzeniom prof. Hofmańskiego sędzę natomiast, że różnica konfiguracji prawnych powstałych po noweli lipcowej i po noweli styczniowej jest wręcz przepastna. Wyjaśniałem tę kwestię w poprzednim artykule na innym przykładzie, dotyczącym granicznej daty 1 września 2000 r., a mianowicie na ograniczeniach kasacyjnych wprowadzonych w noweli lipcowej, z zachowaniem jednak całego instrumentarium dotyczącego rozpoznawania kasacji.

2. Prof. Hofmańskiemu „jakoś wydaje się”, że decyzja o wyeliminowaniu przepisu przejściowego, petryfikującego tryb stwierdzania nieważności w stosunku do orzeczeń zapadłych przed dniem 1 lipca 2003 r., który w tzw. projekcie prezydenckim figurował jako art. 7, była rezultatem nieuwagi maszynistki, która „nieopatrznie nacisnęła przycisk >DEL<”. Wolno sędziemu, choć bardzo to przykre, nie wierzyć innemu sędziemu („doprawdy trudno mi uwierzyć koledze Zabłockiemu”). Dobrze byłoby jednak, aby wierzył on słowu pisanemu. Biuletyn z posiedzeń Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach z dni: 8 października oraz 16 października 2002 r., wydany przez Kancelarię Sejmu, Biuro Informacyjne (Nr 1027/IV kad. oraz Nr 1095/IV kad.) jednoznacznie wskazuje, że – tak jak pisałem – decyzja parlamentarzystów była w pełni świadoma. Zacytuję tylko drobny fragment wypowiedzi przewodniczącego obradom wicemarszałka Sejmu, posła Janusza Wojciechowskiego (k. 12 tego drugiego biuletynu), która finalizowała dyskusję prowadzoną na dwóch terminach obrad: ***Takie „pośmiertne” obowiązywanie prawa nie jest dobre (...) Czy jest sprzeciw wobec propozycji skreślenia art. 7? Sprzeciwu nie słyszę. Stwierdzam, że Komisja skreśliła art. 7.*** W związku z dalszym fragmentem wypowiedzi prof. Hofmańskiego pozwalam sobie zauważyć jedynie to, że obecny przy tym byłem nie tylko ja, ale także inni eksperci Komisji, a to prof. dr hab. Stanisław Waltoś oraz prof. dr hab. Piotr Kruszyński.

3. Czekam na najtrudniejszą część zadania. Przyznając bowiem rację, iż po dniu 1 lipca 2003 r. nie można stosować skreślonych przepisów art. 102–104 k.p.k., i szukając rozwiązania zastępczego, pisze skromnie mój adwersarz, że: „Zagadnienie nie jest proste, jako że interpretator staje przed zadaniem, którego nie udało się wykonać nawet przysłowiowemu Salomonowi”. Zaraz w następnym zdaniu prof. Hofmański rozwiewa jednak nasze niepokoje: „Nie jest to wszelako zadanie niewykonalne”. I przystępuje, z marszu, do jego wykonania. Pozostaje jednak pewien niepokój co do rezultatów zabiegów interpretacyjnych, zaproponowanych w dalszej części finezyjnego wywodu polemisty. Po pierwsze, jak się wydaje nawet niezmierna odwaga interpretacyjna prof. Hofmańskiego nie sięga tak daleko, aby właściwość do stwierdzania nieważności orzeczeń np. Sądu Najwyższego lub Sądu Apelacyjnego określić wg treści art. 24 § 1 k.p.k. (ale ta propozycja znajdowałaby przynajmniej jakieś zakotwiczenie w ustawie!). Sięga zatem do konstrukcji polegającej na: „powiązaniu właściwości do stwierdzania nieważności orzeczenia z właściwością do jego wydania”. Bardzo to piękna i interesująca konstrukcja. Problem tkwi jednak w tym, że nie znajduje ona żadnego umocowania w ustawie. Ba, nawet odwołanie się do analogii nie może okazać się przydatne. Wobec jakiej bo-

wiem instytucji miałyby owa analogia tu być stosowana? Czyżby zatem tak konstruowana właściwość funkcjonalna znajdowała swe uzasadnienie jedynie w pragnieniach Autora koncepcji? Teraz rozumiem, dlaczego i król Salomon czułby się bezradny. Po drugie, budzi niepokój także i to, że każdy sąd mógłby wystąpić w roli „sędziego we własnej sprawie” i stwierdzić nieważność swego własnego, po prostu nieudanego (co wcale nie znaczy, iż obarczonego jedną z przyczyn nieważności) orzeczenia. Po trzecie, jak wynika z dalszych wywodów Autora, orzeczenie takie, mogące zmierzać jedynie do reasumpcji poprzedniego stanowiska, nie podlegałoby zaskarżeniu, albowiem stwierdzenie nieważności, istotnie, nie tylko nie zamyka drogi do wydania wyroku (w rozumieniu art. 459 § 1 k.p.k.), ale wręcz na nowo ją otwiera. Brak byłoby natomiast podstaw do twierdzenia, że zażalenie przysługuje na podstawie art. 459 § 2 *in fine* k.p.k., tak jak to jest obecnie z uwagi na treść art. 102 § 9 *in principio* k.p.k. Po czwarte, konsekwencją koncepcji zaprezentowanej przez prof. Hofmańskiego byłoby stwierdzanie nieważności orzeczenia wydanego przez 3-osobowy skład sądu rejonowego przez skład jednoosobowy tego sądu, czy też stwierdzanie nieważności orzeczeń wydanych przez składy 7-osobowe (gdy idzie o Sąd Najwyższy) oraz 5-osobowe (gdy idzie o Sąd Najwyższy oraz sądy apelacyjne) przez jedynie 3-osobowe składy tych sądów. Gdy się pisze, że: „chodzi o czystość jurydycznej konstrukcji”, warto pamiętać i o takich drobiazgach.

4. Na koniec, jak zawsze, warto powrócić do źródeł. Cały wywód mego adwersarza oparty jest na założeniu, iż jeśli jakieś orzeczenie z materialnego punktu widzenia **jest** z mocy prawa nieważne, to niezbędne jest też instrumentarium dla stwierdzenia tego faktu. Proponuję jednak na moment odwrócić kierunek rozumowania i rozważyć pytanie: czy możemy, bez uprzedniego **zbada**nia zagadnienia, a *priori* twierdzić, że orzeczenie istotnie **było** w momencie jego wydania nieważne, a zatem aparatura do stwierdzenia tego faktu jest, istotnie, konieczna. Jeśli zaś ustawodawca zlikwidował całe instrumentarium badawcze, wyrażając tym samym wolę zaniechania prowadzenia dociekań charakteru orzeczeń pod tym właśnie kątem, to czy rzeczywiście *per fas et nefas* powinniśmy stosować „rewolucyjne” konstrukcje, wyraźnie niezgodne z wolą ustawodawcy (zob. elementy wykładni historycznej, przypomniane wyżej w pkt. 2), aby np. dojść do wniosku, że podejrzenia co do nieważności okazały się chybione. Czy nie lepiej jednak postąpić tak, jak czyniła praktyka przez całe lata po wejściu w życie kodeksu postępowania karnego z 1969 roku, która obciążona poważnymi wadami prawnymi orzeczenia (w tym także te, które wydane były przed dniem 1 stycznia 1970 r. i w dacie ich ferowania wady, którymi były obarczone, stanowiły tzw. przyczyny nieważności) eliminowała z obrotu prawnego przy zastosowaniu zwykłych środków odwoławczych oraz nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Pomimo uważnego przestudiowania bibliografii tematu nie znalazłem pozycji, w której prof. Hofmański zakwestionowałby wówczas tę praktykę, obowiązującą wszak aż do 1 września 1998 r.

# BEZ TOCI



*Stanisław Mikke*

## Pół wieku temu w Emslandzie

Nieraz zastanawiam się, na ile przyszły, z odległej perspektywy, czytelnik „Palestry” będzie mógł odczytywać znaki naszego czasu.

Niechże więc ów nieznany zstępny zada sobie pytanie w trakcie tej lektury: przypadkowo, czy też był ku temu jakiś powód, został wspomniany akurat teraz, w trzecim roku XXI wieku, pewien epizod sprzed kilkudziesięciu lat, dziś niemal całkowicie zapoznany?

Któż bowiem, prócz historyków i wnikliwych miłośników historii wie, że przez dwa lata, od 1945 do 1947 roku, Polskie Siły Zbrojne – 1 Dywizja Pancerna stworzona przez generała Stanisława Maczka (wtedy już dowodzona przez generała Klemensa Rudnickiego) oraz 1 Samodzielna Brygada Spadochronowa (która zasłynęła pod dowództwem generała Stanisława Sosabowskiego), okupowały terytorium niemieckie nad granicą holenderską. Polski obszar okupacyjny obejmował powiaty: Aschedorf – Hummling, Meppen i Lingen zwane Emslandem, krainę rozciągającą się na szerokiej równinie doliny rzeki Ems, oraz hrabstwo Bentheim, Bersebrück i Cloppenburg o łącznej powierzchni 6 470 km<sup>2</sup>.

Może warto przypomnieć, że polscy stratedzy wojskowi na Zachodzie już w 1942 roku przedstawili generałowi Władysławowi Sikorskiemu memoriał dotyczący powojennych „nabytków terytorialnych” Polski i tezy układu wstępnego w sprawie Niemiec. Dokument ten zawierał projekt ustanowienia po zakończeniu wojny dwóch rodzajów okupacji: „okupacji ogólnej”, która obejmowałaby tereny mające pozostać w granicach Niemiec oraz „okupacji ściślejszej”, później mówiło się o „okupacji pełnej”, ziem po Nysie Łużycką, Odrę, Zalew Szczeciński z wyspami, również Rugię, które miały być odłączone od Niemiec i byłyby okupowane do czasu „inkorporacji” przez Wojsko Polskie. (Tak więc granica na Odrze i Nysie Łużyc-

kiej nie była wiekopomnym pomysłem – darem Józefa Stalina, co propaganda komunistyczna usiłowała wmówić Polakom). We wrześniu 1943 roku powstał Inspektorat Zarządu Wojskowego, który w maju następnego roku przygotował „Instrukcję okupacyjną”. Wzbudziła ona zainteresowanie aliantów, tym bardziej, że zawierała plany rozbudowy Polskich Sił Zbrojnych; na terenie Rzeszy przebywało wówczas około 3 milionów Polaków deportowanych do pracy przymusowej oraz jeńców wojennych, wśród nich około pół miliona zdolnych do służby wojskowej.

Ale z wolna dojrzewiała zdrada Zachodu. Brytyjczycy zaczęli mówić o koniecznej zgodzie Związku Sowieckiego na rozwój polskiego wojska. Gdy 12 lutego 1945 roku ogłoszono wyniki Konferencji w Jałcie, wszystko stało się jasne – walka o suwerenną Polskę została przegrana. Kilka dni później generał Władysław Anders miał usłyszeć od Winstona Churchilla: „Mamy dziś dosyć wojska i waszej pomocy nie potrzebujemy. Może pan swoje dywizje zabierać. Obejdziemy się bez nich”. Ale 31 maja 1945 roku brytyjski premier skierował do Ministerstwa Wojny pismo, w którym napisał m.in.: „Z 128-tysięcznych oddziałów polskich, które walczyły dla nas i służyły pod naszym dowództwem powinno się sformułować korpus okupacyjny w takiej części strefy, która nie sąsiaduje ze strefą rosyjską (...). Rosjanie nie mają w tej kwestii nic do powiedzenia, czyż konsultowano się z nami, kiedy wywozili paręset tysięcy ludzi na Syberię”.

Tego samego dnia dowództwo 21 Grupy Armii ogłosiło zamiar utworzenia w Emslandzie wielkiej, liczącej być może 400 tysięcy ludzi, polskiej kolonii złożonej z wysiedleńców – *displaced person*, zwanych wówczas potocznie dipisami oraz z jeńców wojennych. Jednakże tak jak poszerzenie kadrowe jednostek polskich, tak i powstanie *polish enclave* napotykało na opór wyższych wojskowych struktur brytyjskich. Ostatecznie koncepcja stworzenia „miniaturowego państwa polskiego” (mówiło się o enklawie z centrum w Linden), upadła. Z wielu powodów. Realizacja tego pomysłu na taką skalę musiałaby pociągnąć konieczność masowych wysiedleń ludności niemieckiej, a Brytyjczycy już myśleli o wojnie ze Związkiem Sowieckim i zaangażowaniu do niej Niemiec. Z drugiej strony gwałtownie protestowały władze sowieckie. Dobrym przykładem jest tekst, pisany pod sowieckie dyktando, jaki ukazał się 9 czerwca 1945 roku w jednej z londyńskich gazet, a atakujący „brytyjskie koła rządowe, które popierają polskich reakcjonistów tworzących swoje „państwo” w Niemczech. Jak donoszą, niemieckie miasta (...) zamieniono w obozy, w których polscy faszyci gromadzą wszystkich wyswobodzonych od Niemców Polaków. Polscy awanturnicy marzą o stworzeniu bazy dla swych prowokacyjnych akcji przeciwko nowej Polsce i ZSRR”.

Polskie enklawy jednak powstawały, choć w znacznie mniejszym zakresie niż planowano. Duże skupisko Polaków powstało właśnie w Emslandzie, we wsiach i na terenach dawnych obozów oraz w miasteczku Haren, z którego 2 Korpus Kanaadyjski wysiedlił mieszkańców w maju 1945 roku.

Wkrótce po zamieszkaniu Polaków w Haren, przyjechał tam Naczelny Wódz generał Tadeusz Bór-Komorowski, szef sztabu generał Stanisław Kopański oraz generał Stanisław Maczek, wówczas już jako dowódca 1 Polskiego Korpusu.

23 czerwca 1945 roku odbył się uroczysty chrzest miasta, któremu nadano nazwę Maczków, na cześć uwielbianego przez żołnierzy pierwszego dowódcy 1 Dywizji Pancernej, Stanisława Maczka. Ulicom nadano nazwy: Armii Krajowej, Legionów, Jagiellońska, Zygmuntowska, Lwowska, Łyczakowska, Wileńska, Polna, Ogrodowa, Kopernika, Mickiewicza, Akademicka. Pieczęć miejska przedstawiała tarczę herbową z przedstawionym kwiatem maku, nad tarczą umieszczono hełm i skrzydło husarskie jako znak 1 Dywizji Pancernej.

Wysoki rangą oficer brytyjski donosił entuzjastycznie o zorganizowaniu przez Polaków własnej administracji, działalności oświatowej i duszpasterskiej, o wydawaniu gazetki, zaopatrywaniu miasta przez własne piekarnie i zakłady rzeźnicze, o planowaniu otwarcia kin i teatrów. W pierwszych tygodniach polskiego miasta w północno-zachodnich Niemczech odbył się koncert sławnego skrzypka Yehudi Menuhina i akompaniującego mu pianisty Beniamina Brittena. Jak po latach wspominał wielki skrzypek, Maczków ujrzał jako oazę radości i beztroski, gdzie odbywały się liczne wesela a ulicami krążyły „umajone kwiatami powozy”.

Wkrótce, 19 czerwca 1945 roku powstał Teatr Ludowy im. W. Bogusławskiego, który zorganizował wyzwolony z obozu jenieckiego Leon Schiller; był jednym z tych, którzy nawoływali do powrotu do kraju. Można powiedzieć, że życie kulturalne kwitło nie tylko w Maczkowie, ale i w innych polskich osiedlach. Koncerty, uroczystości z okazji patriotycznych rocznic, kina – to była codzienność. Wydawana polska prasa, gazety „Dziennik” i „Defilada” osiągały początkowo nakład 90 tysięcy egzemplarzy. Powstało kilkanaście polskich przedszkoli i szkół, a w samym Maczkowie gimnazjum, liceum oraz Polskie Gimnazjum Mechaniczne.

W pierwszym okresie Maczków był administrowany przez burmistrza i Zarząd Miasta z nominacji dowództwa 1 dywizji Pancernej. Ale już w marcu 1946 roku odbyły się powszechne, tajne, bezpośrednie i proporcjonalne wybory do Rady Miejskiej, składającej się z 12 członków i 12 ich zastępców. Rada wybrała burmistrza, kandydował m.in. adwokat Witold Nowakowski, który przegrał z Mieczysławem Futą.

Dzieje miasta Maczków-Haren i polskiej społeczności w tamtym rejonie Niemiec oraz „okupację” przedstawił w niezwykle bogato udokumentowanej książce pt. *„Polska okupacja” w północno-zachodnich Niemczech 1945–1948* Jan Rydel (z tych, w prostej linii Rydlów), wydanej trzy lata temu, a z której wybrałem kilka zaledwie wątków. Interesujące są w niej także te rozdziały, które przedstawiają zachowania Polaków w stosunku do niemieckiej ludności. Oto relacja z wejścia w dniu 7 maja 1945 roku polskiego pododdziału dowodzonego przez porucznika Zbigniewa Sztumpfą: „Do czołgu podbiegła delegacja z burmistrzem i proboszczem na czele. (...) (Burmistrz) prosi o zgodę na wywieszenie na domach polskich flag, wierzy bowiem, że polscy bohaterowie nie zrobią wówczas mieszkańcom żadnej krzywdy. Sztumph wysłuchał spokojnie całego przemówienia, po czym oświadczył, że żadnych polskich flag wywieszać nie wolno. Natomiast na każdym domu wisieć ma biała flaga o rozmiarach metr na osiemdziesiąt centymetrów, która ma być pra-

na we wtorki i piątki. W drodze wyjątku na wieży kościelnej może być wywieszona flaga o barwach papieskich dowolnych wymiarów”.

Pułkownik Franciszek Skibiński, którego Rydel cytuje, tak pisał o chwilach wkraczania polskich oddziałów: „Nade wszystko rozkazałem kategorycznie, bez względu na obiektywne trudności, zrobić przed wymarszem zbiórkę całych pułków i batalionów i wytłumaczyć żołnierzom – przemówić im do ambicji, honoru i do rozumu – żeby zachowywali się z godnością. Mają być dumnymi zwycięzcami. Niemcy mają się ich bać jak ognia, ale muszą ich jednocześnie szanować”.

Obawy, że Polacy będą mścić się, okazały się niesłuszne. Jak pisze Rydel, powołując się na źródła niemieckie, Niemcy używali na określenie zachowania wkraczających polskich żołnierzy m.in. słowa *korrekt*, aczkolwiek nie obywało się później bez przykrych, ale sporadycznych incydentów.

Autor w zakończeniu tej niezwyklej książki napisał, że eksperyment w postaci „polskiej okupacji” nie powiódł się. Dobrze zorganizowane skupisko Polaków uległo w Emslandzie likwidacji, a energia społeczna stracona.

Świeże wojenne rany, wzajemna wrogość w skomplikowanej jeszcze sytuacji politycznej utrudniała w tamtych latach myślenie o porozumieniu poza sferą prywatną, w której, jak wynika z przekazów, wzajemne relacje między Polakami i Niemcami układały się poprawnie a nawet serdecznie.

Przy lekturze tej książki trudno oprzeć się i takiej refleksji, niezależnie od oceny dzisiejszych naszych zaangażowań, że tym, których ostatnio komentarze najbardziej były głośne i złośliwe, warto chyba przypomnieć fragment nie tak odległej znów przeszłości (praca Jana Rydla akurat teraz wychodzi po niemiecku), i życzyć niektórym trochę więcej taktu, a może jeszcze odrobinę pokory, którą podpowiada historia.



Marian Filar

## PISKI WIOSENNE

W sprawach zawodowych coraz bardziej nie lubię mieć racji. Bo tak się dziwnie składa, że jak już okaże się, że miałem rację, to za bardzo nie ma się z czego cieszyć, bo nic dobrego z tej mojej racji nie wynika. No i jak tu w takiej sytuacji puszyć się dumnie za pomocą zarozumiałej formuły „a nie mówiłem”? W poprzednim felietonie ostrzegałem przed konsekwencjami dubeltowego, prokuratorsko-speckomisyjnego rozwiązywania afery Rywina, zwłaszcza zaś wirami i porohami postępowania przed speckomisją. No i niestety sprawdziło się! Niestety, postępowanie to, przy gasnącym zainteresowaniu opinii publicznej coraz bardziej przypomina atmosferę magiel niewiele mający wspólnego z procedurą mającą na celu ustalić jakieś fakty w ustalonym prawem *quasi* karnym trybie. No i mamy istny festiwal wzajemnych połajanek i wymiany inwektyw między zeznającymi przed komisją świadkami a jej członkami. Czy wyobrażacie sobie drodzy Czytelnicy jakikolwiek normalny sąd karny (a postępowanie przed Komisją ma się odbywać w zasadzie według przepisów postępowania karnego), w którym świadkowie kłóciliby się z sędziami i obrzucali ich inwektywami, ci zaś nie pozostawaliby im dłużni w tej metodzie? Czy wyobrażacie sobie jakikolwiek normalny sąd karny, w którym sędziowie zadają świadkom pytania nie mające już na pierwszy rzut oka nic wspólnego ze sprawą zaś mające tylko jeden krzycząco widoczny cel – pokazać jaki „be” jest pytany i ugrupowanie polityczne, które reprezentuje, a jaki „cacy” jest pytający i jego ugrupowanie? I czy widzieliście Państwo sąd karny, w którym próby takich praktyk tolerowałby jego przewodniczący? Toć tylko czekać, gdy któryś z „komisjantów” zada kolejnemu świadkowi pytanie czy umył dziś szyję, indagowany zaś zeklnie go

najzwyczajniej na takie *dictum*! Nie ma co, ładny precedens stworzyliśmy sobie dla działania parlamentarnych speckomisji w Polsce. Teraz każda następna ochoczko wskoczy w buty uszyte przez tę antyrywinowską. I tak konstytucyjna idea komisji sejmowej zostanie na długie lata pogrzebana, prawdy, nawet tej politycznej nigdy nie ustala się w maglu. I to nie jest niestety już „pisk w prawie”, to jakiś donośny, wierzący w uszach zgrzyt!

Kto wie, czy wiosenną porą nie zafundowaliśmy sobie kolejnego prawnego pisku, tym razem poprzez nowelizację antykorupcyjnych przepisów kodeksowych. Gdy piszę te słowa, nie wiem jeszcze jak zachowa się tu Senat i Prezydent, choć sprawa wydaje mi się przesądzona, gdyż „nakręcona” przez media opinia publiczna domaga się tu krwi i wątpię, czy te dwa podmioty sprzeciwią się temu żądaniu. Pomijając szczegóły, reforma ta sprowadza się do dwu zasadniczych kwestii – istotnego rozszerzenia zakresu podmiotowego znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną” oraz ustawowej klauzuli bezkarności dla łapownika czynnego, który wobec organu ścigania dokona samodenuncjacji. Wiem, że polityka kryminalna to twarda gra a nie zabawa dla dorastających panienek. I że w grze takiej tzw. zasady ogólnej moralności nie są w cenie. Ale te najnowsze nowelizacyjne „odkrycia” nie są żadną nowością, tylko po prostu odgrzaniem zapomnianego PRL-owskiego kołteta, który w tym względzie serwował kodeks karny z 1969 r. z wiadomym zresztą skutkiem!

Ba, regulacja ta idzie jeszcze dalej! I jak tu nie obawiać się, że w rozhisteryzowanej i pozbawionej wszelkich zasad atmosferze naszej obecnej rzeczywistości przepis o bezkarności samodenuncjacji łapownika czynnego nie stanie się po prostu narzędziem szantażu i wymuszania decyzji na znacznie rozszerzonym gronie osób „podpadających” w świetle rozwiązań noweli pod pojęcie „osoby pełniącej funkcję publiczną” (wygląda na to, że „wszyscy będziemy funkcjonariuszami”). A wtedy nowelizacja taka nie tylko nie przyczyniłaby się do skutecznego ograniczenia zjawiska korupcji, lecz wręcz jeszcze bardziej spatologizowałaby sytuację w tym względzie. Oj, coś mi się wydaje, że nie tędy droga panowie nowelizatorzy! Ale nie chcę mieć racji. Obym się mylił! Bo ostatnio coraz bardziej nie lubię mieć racji.



*Andrzej Bąkowski*

## Józef Światło na falach RWE

Pamiętam doskonale te pierwsze dni przełomu września i października 1954 r., gdy w określonych godzinach tysiące Polaków przywierało do radioodbiorników, by z narastającym napięciem wysłuchać kolejnej audycji Głosu Wolnej Polski Radia Wolna Europa z Monachium. Na falach tej rozgłośni, jakże zasłużonej dla sprawy naszej suwerenności „szedł”, właśnie do Kraju cykl „Za kulisami bezpieki i partii”. Do końca 1955 r. podpułkownik Józef Światło, zastępca dyrektora X departamentu Ministerstwa Bezpieczeństwa Publicznego obnażał komunistyczny reżim w Polsce. Było to 159 programów z jego wystąpieniami i ponad 30 programów specjalnych opracowanych na podstawie relacji ppłk. Światło.

Nazwać te audycje bombą rozsadzającą ustrój PRL na ówczesnym etapie to niezwykle mało. Ludzie przygnieceni terrorem komunistycznym lat 1944–55, aresztowaniami opozycji politycznej, wyrokami śmierci szafowanymi szczodrze za AK, NSZ oraz WiN, nękani dekretemi za tzw. faszyzację, słynnym „małym kodeksem karnym”, wsadzani do więzienia za tzw. szeptaną propagandę, walczący z szarą nędzą codziennego bytowania, prostowali się psychicznie, odżywali, budzili się z zakodowanego strachu, nabierali nadziei, że nie wszystko stracone. Skoro wolny świat wie o zbrodniach reżimu w Polsce, zaczną się tu jakieś zmiany. To był efekt widoczny już po niewielu dniach relacji ppłk. Światło na falach RWE.

Jestem pod wrażeniem świeżo przeczytanej książki Zbigniewa Błażyńskiego „Mówi Józef Światło. Za kulisami bezpieki i partii 1940–1955”, Wydawnictwo LTW 2003 r., s. 320.

Józef Światło urodzony w 1905 r. na kresach Rzeczypospolitej, w biednej żydowskiej rodzinie był niewątpliwie przez całe dorosłe życie komunistą. Błażyński swoją książkę oparł na wypowiedziach radiowych w RWE ppłk. Światło. Będąc re-

daktorem tych audycji Błażyński uważał swojego rozmówcę za przekonanego komunistę, aczkolwiek do komunizmu rozczarowanego. Błażyński sądził także, że ucieczka J. Światła na Zachód, oddanie się na „łaskę” Amerykanów była również spowodowana poczuciem osobistego zagrożenia. Światło, jako zastępca dyrektora X Departamentu MBP zajmującego się ochroną czystości i jedności partii posiadał wiedzę absolutną o wszystkich zbrodniach ustroju. W swoich sejfach zgromadził najbardziej kompromitujące dokumenty najwyższej postawionych osób z kręgu władzy komunistycznej. Wszystkich, z wyjątkiem Bieruta, ponieważ ten pozostawał do wyłącznej dyspozycji Kremla i tam znajdowały się jego „papiery”. Światło do komunistów w Polsce, swoich towarzyszy partyjnych zwracał się jako komunista, mówił z pozycji ustrojowej o zbrodniach ustroju, penetrował najgłębiej chronione tajemnice systemu.

Podczas setek rozmów z Błażyńskim, Światło roztoczył swoją koncepcję polityczną. Oto zamierzał zasiał jak najwięcej nienawiści, zamieszania i niepewności w czołówkach partii, rządu i bezpieki. Chciał odciągnąć jak największą liczbę członków partii i władzy od centrali w Moskwie i Warszawie. Po imieniu i nazwisku wskazywał zbrodniarzy i ich zbrodnie. Wiedział, o czym mówił. To on aresztował osobiście najbardziej znaczące postacie z opozycji antykomunistycznej i ludzi władzy. Na pytania nieco naiwnych Amerykanów, czy sam torturował aresztowanych, Światło roześmieszony odpowiedział: „Nigdy nikogo nie zabiłem, ani nie torturowałem. Ja tylko wydawałem rozkazy”. Wedle Błażyńskiego nie lubił być indagowany. We właściwy mu sposób opisywał ustrój zbrodni. Audycje nagrywał po jej gruntownym przygotowaniu. Fachowiec w każdym calu. Amerykanie dla dobra wyższego, dbali, aby nie wymieniał opozycjonistów w partii, gomulkowców, titoistów, trockistów, czy „rozpracowanych” agentów sowieckich. To zrozumiałe. Nie chciano, aby ich „spalił” przed organami bezpieczeństwa. Rolę Moskwy Światło uważał za zgubną dla Polski. Osobiście, jako komunista, stawiał na titoizm, w Polsce na PPS. Miał prywatne marzenie. Chciał zostać członkiem emigracyjnego PPS, jednakże jednocześnie bał się tej emigracji. Był cyniczny. Obciążał swoich najbliższych przyjaciół, którym zawdzięczał karierę, Romkowskiego, Fejgina, Różańskiego. Mało interesował go los siostry, żony i dzieci, które zostawił w Polsce. „Niech się sami ratują”.

Na pytanie, kto rządzi Polską Światło zdecydowanie odpowiadał, że Stalin, o nim Bierut ze służalczością mówił „Gospodarz”. To Moskwa, stała według Światła, za taktyką prześladowania Kościoła, procesem biskupa Kaczmarka, aresztowaniem Prymasa Stefana Wyszyńskiego, to Moskwa aranżowała ustrój gospodarczy w Polsce, ba, nawet plan sześcioletni opracował ze swoją ekipą, dygnitarz sowieckiego Gosplanu, Nikitin.

Światło w sposób wnikliwie prześmiewczy kreśli sylwetkę Bieruta: „Z fotografii, portretów na konferencjach i zjazdach patrzą na nas chytre, lisie oczy. Na ustach czai się grymas uśmiechu, który ma być wyrazem dobroduszości i szczerości. Spójrzcie głęboko w te oczy i powiedźcie mu wzrokiem, że wiecie o nim wszystko. Wszystko co wstydlive kryje i chytrze maskuje. Niech wie, że wy, wiecie kim jest i

kim był naprawdę”. Opowiadał, jak nad spreparowanym życiorysem Bieruta pracowała w KC cała komisja „aby w jakiś sposób z brudnego i małego agenta NKWD zrobić działacza komunistycznego”. Ten sensualny styl ppłk. Światło sprowadził postać Bieruta do jego rzeczywistych wymiarów. Uświadomił milionowej rzeszy towarzyszy partyjnych, komu w istocie służyli. I w innym miejscu programu radiowego „spójrzcie mu głęboko w oczy... I wtedy w waszych oczach tow. Tomasz (okupacyjny pseudonim Bieruta) dojrzy niezgłębioną przepaść odrazy, obrzydzenia i nienawiści. W waszych oczach dojrzy los, który go czeka”.

Podobnie charakteryzował inne postacie Politbiura: Bermiana. Minca, Rokossovskiego, drugiego po Bierucie wojskowego namiestnika Rosji w Warszawie, Radkiewicza, Ochaba, Cyrankiewicza, Żymierskiego. Kreślił postacie aparatu terroru, Sierowa–Iwanowa, sowieckiego twórcy polskiej bezpieki, słynnej dyrektorki V Departamentu MBP Luny Brystygierowej. Oprócz zawodowej działalności w sposób nieoficjalny prowadziła coś w rodzaju salonu polityczno-literackiego, do którego np. spraszała literatów warszawskich. Ubowcy ministerialni pisali na siebie soczyste donosy do NKWD, a nie do żadnego tam polskiego MBP. Różański skarżył się ppłk. Światło na towarzyszkę Lunę Brystygier: „Pomyślcie towarzyszu, że ta k..... napisała raport na mnie..., ale ja mam dłuższą karierę w NKWD niż ona”.

Światło odsłaniał precyzyjnie prywatne, amoralne życie wysokich funkcjonariuszy partyjnych i państwowych, ich apetyt na luksus konsumowany w ukryciu przed masami (słynne sklepy za żółtymi firankami). Pogoń za karierami po trupach towarzyszy partyjnych. Opowiadał o morderczych grupach formowanych przez partię i bezpiekę, likwidujących opozycję peeselowską, o zbrodniczej roli Informacji Wojskowej względem oficerów LWP, o gnębieniu „nacjonalistycznego odchylenia”. Scharakteryzował początki PPR-u w Polsce jako ścisłej agentury sowieckiej, jej organizacji „Miecz i Pług”, wysługującej się Gestapo. Odsłonił mechanizm sfałszowanego referendum z 1946 r. i wyborów z 1947 r., komenderowania literaturą, sztuką i oświatą. Obnażył tło i okrutne kulisy śledztw i procesów pokazowych, opowiadał o nieznanym społeczeństwu procesach tajnych. Instruował jak bronić się w więzieniach przed „agentami celnymi”, nasłanymi funkcjonariuszami bezpieki dla wydobycia wyznań od udrczonych torturami więźniów politycznych w celach więziennych. Opowiadał wreszcie, odsłaniając głębokie tajemnice bezpieki, o zakonspirowanych lokalach kaźni. Światło był najbardziej kompetentnym rozmówcą w Radiu Wolna Europa o ówczesnych procesach Rajka, Noela Fielda na Węgrzech, Slanskiego w Pradze. Był tych procesów obserwatorem z ramienia MBP.

Efektom audycji z udziałem J. Światła było rozwiązanie Ministerstwa Bezpieczeństwa Publicznego, usunięcie Radkiewicza na boczny tor, aresztowanie dygnitarzy tego resortu, Różańskiego, Romkowskiego, Fejgina, późniejsze ich procesy i wymierzone kary. Zbliżająca się „odwilż” polityczna spowodowała zwolnienie z więzień tysięcy niewinnych ludzi, a nawet towarzyszy partyjnych Gomułka i Spy-

chalskiego. „Trybuna Ludu” oznajmiła, iż reforma służb bezpieczeństwa oznacza likwidację państwa w państwie. Równocześnie ta sama „Trybuna Ludu” określała J. Światło jako Judasza klasy robotniczej i agenta imperializmu amerykańskiego.

Nie wiemy do końca, co kierowało człowiekiem, który osobiście „dyrygował” ciężkimi zbrodniami komunistycznymi pierwszego okresu Polski Ludowej, gdy przed rozgłosną RWE składał swe relacje. Nie wiemy, czy była to chęć ekspiacji, korygowania systemu władzy, czy też zniszczenia reżimu.

# PROCESY ARTYSTYCZNE

Marek Sołtysik

## DZIURY W POWIETRZU

Julian Fałat był znakomitym akwarelistą. Jego pejzaże zimowe stały się ozdobą salonów. Sielskie motywy mogą kojarzyć Fałata z zaściankiem. Nic bardziej mylącego. Artysta, rodem z Tuligłówna, przerwał naukę we Lwowie i uciekł do Krakowa na studia w Szkole Sztuk Pięknych. Przez 10 lat był w Berlinie nadwornym malarzem cesarza pruskiego Wilhelma II.

Zachwycił talentem księcia Wilhelma – jeszcze przed jego intronizacją – w roku 1886 na polowaniu u Radziwiłłów w Nieświeżu. Miał wtedy 33 lata, a za sobą szmat drogi: po studiach w Krakowie był rysownikiem u archeologa w guberni chersońskiej, potem w biurze architektonicznym w Odessie, skąd protektor pchnął go na studia politechniczne do Zurychu. Pracował jako kreślarz przy budowie szwajcarskich kolei. Zdobył szlify w Akademii Monachijskiej i w Rzymie. Miał osiąść w Warszawie, ale wciąż wyjeżdżał na Żmudź i na Litwę. Potem Paryż, Hiszpania – wreszcie podróż dookoła świata...

Ale oto już koniec roku 1894: jesteśmy w Berlinie w momencie, kiedy sympatia Wilhelma II przechyla się w stronę innego polskiego malarza, Wojciecha Kossaka. Fałat zwraca się doń – jako współautora głośnej *Panoramy Racławickiej* (niepomny, że w trakcie pracy bezkompromisowy Kossak gonił partnera, Jana Stykę, po rusztowaniach, jak pisze Boy, „chcąc go obić”) – z propozycją współudziału w malowaniu panoramy *Przejście Napoleona przez Berezynę w 1812*, 15 metrów wysokości, 120 metrów obwodu. Bagatelka! Kończy się wiek XIX. Ludzkość potrzebuje widowiska innego niż teatr. Niebawem będzie to kino. Ale na razie jest luka, w którą świetnie wpisuje się panorama. Rozpięte wewnątrz rotundy płótno wysokości czteropiętrowej kamienicy zapęłnić setkami namalowanych realistycznie postaci w ruchu, końmi – w pejzażu, który musi być sugestywny i podparty pierwszym planem... złożonym z przedmiotów autentycznych, z prawdziwych kamieni, trawy, ziół, drzew, krzewów, wozów, odrzuconej broni? Jak to zrobić, żeby widz miał absolutną iluzję żywego świata?!

*Panorama Racławicka* stoi i się opłaca. Dla Styki i Kossaka tantiemy, połowa zysku za bilety, połowa z ewentualnej sprzedaży obrazu. Panoramy w świecie sztuki wprawdzie traktowano jako merkantylny efekciarstwo, ale *Panorama Racławicka* była tak dobrze namalowana, że Kossak – główny autor – zyskał sławę wielkiego batalisty. Teraz Fałat i Kossak wybrali temat „ogólnoświatowy” – *Berezynę*, pole do popisu dla mistrzów pejzażu i batalistyki. W Berlinie – w specjalnym budynku dla panoramy, przy Herwarthstrasse – prócz nich pracowali: Michał Wywiórski, Kazimierz Pułaski, kuzyn Kossaka, Jan Stanisławski, Antoni Piotrowski. Jedną z grup pozostawiono dla Fałata: to – nomen omen – most z maruderami. Malarka Pia Góraska notowała: „poczęto malować z wrodzoną sobie werwą kulisty obraz (...). Wszędzie drabiny, paki, rusztowania, tu walające się pędzle szerokości dłoni, tam miski napełnione cieczą różnorodnych farb, a przy nich kartki z napisami: «śnieg w cieniu», «niebo», «most», «horyzont», «lasek». (...) malowanie na metry (...) praca zaplanowana, fabrykowanie przestrzeni i optycznych złudzeń (...). Bawił mnie widok pierwszego planu, na którym nie mogłam w żaden sposób poznać, który wóz jest malowany na płótnie, a który prawdziwy”.

Robota trwała szesnaście miesięcy. Kossakowi najlepiej się malowało, kiedy nie było starszego o trzy lata Fałata. Ten zaś miał inne obowiązki, machnął pejzaż jak się patrzy i tyle go było widać – choć to sam Kossak pojechał nad *Berezynę* i tam porobił studia pejzażu. Płótno zapełniał życiem, ruchem, ciężką i grozą. To, co wyszło spod jego pędzla, do dziś zaleca się siłą decyzji i celnym gestem. Stwierdził, że *Berezyna* jest jego. Koledzy – łącznie z Fałatem – to „pomocnicy doskonali, nic więcej”. Jak demiurg stwarzał nowe, niezapowiedziane w szkicu figury, ładował je – konne – na piękny, czysty śnieg Fałata... Fałat tymczasem został mianowany dyrektorem Szkoły Sztuk Pięknych w Krakowie, do Berlina dojeżdżał z Krakowa. Kossak nareszcie bez siły zwierzchniej!

Malujących odwiedzał cesarz Wilhelm z małżonką. O panoramie było głośno. Kossak zawsze był na posterunku – przychodził o świcie, wychodził ostatni, kiedyś przyjął niezapowiedzianą parę cesarską ubrany w spodnie, całe w farbie, i w góralski półkożuszek narzucony na dezabil. Cesarz i cesarzowa rozanieleni – nie tylko efektami pracy, lecz i samym artystą, który wiedział, co znaczy dobrze się znaleźć.

Ugryzło to Fałata. Cesarz – który stwierdził, że prócz Dettail’a i Kossaka nie ma współcześnie malarza, który by tak potrafił oddać życie i ruch bez szkody dla prawdy – stając się rozmówcą Fałata, musiał doprowadzić do sytuacji, kiedy Fałat, obecny przy panoramie, pytany o najbardziej cesarza interesujące fragmenty, musiał odpowiadać nieodmiennie: *Vom Kossak*.

„Malowanie panoramy, mającej tysiąc osiemset metrów kwadratowych – pisał Wojciech Kossak we *Wspomnieniach* – jest pracą fizyczną ciężką”. – Wyobraźmy sobie: „Rusztowania ruchome, na żelaznych szynach, toczące się wokoło płótna, przez samą swą wysokość chwieją się ciągle. Płótno, choć obciążone wielkimi głazami co kilka metrów, usuwa się pod naciskiem szerokich pędzli i denerwuje, sprządzając zawrót głowy. Co jednak najwięcej wyczerpuje z sił, to te tysiące scho-

dów dziennie, które trzeba na dół i do góry przebywać. Stojąc na rusztowaniu nie ma się wcale odstępu. Aby móc ocenić efekt swojej pracy z tego punktu, z jakiego się na nią patrzeć będą, trzeba co kwadrans mniej więcej schodzić z rusztowania na dół żelaznymi schodkami, lecieć na podium, stamtąd osądzić, czy wykonana przed chwilą figura daje złudzenie prawdy, schodzić znowu z podium i drapać się na rusztowanie z powrotem. Żelaznych ścięgien i mięśni trzeba zaiste, aby rok w tych warunkach pracować. (...) brak wentylacji. W lecie bezmiary szkła dachu rozpalonego słońcem robią z tego zamkniętego koliska łaźnię turecką, a przeraźliwe piwniczne zimno w zimie. Wreszcie trujące wyziewy, szczególnie z początku, gdy niewyschnięte cetnary farb, pełnych kwasów ołowianych i cynkowych, parują i wypełniają cały budynek”.

Kossak wydobywa życie i ruch, dynamikę, z kontrolowanym szaleństwem nakładając szpachlę i wcierając szczecinowym pędzlikiem farby na specjalne płótno, tkane w Belgii. Nazywa kolegę Fałaciną; po obiedzie z przedstawicielami komitetu panoramy, gdy Fałat publicznie przestrzega Kossaka, by nie używał sztucznych środków dla osiągnięcia naturalistycznych efektów, ten wstaje i mówi: „– Dyrektor Akademii [monachijskiej], wielki Kaulbach powiedział do swoich uczniów: «Malen Sie mit Dreck, aber malen Sie gut» [malujcie nawet gównem, ale malujcie dobrze]. Otóż przyjm tę zasadę i w Szkole [w krakowskiej Szkole Sztuk Pięknych], a jeszcze więcej przy twojej grupie [wspomnianej grupie maruderów przy moście, z którą Fałat jakoś nie dawał sobie rady], a możesz być przekonany, że choćbyś gównem malował, to ja się w to wtrącać nie będę, jeśli będzie dobrze”.

W połowie maja 1895 roku Kossak z Pułaskim są świadkami upiornego miotania się Fałata po rotundzie panoramy. Nie wiadomo, czy bardziej mu chodzi o artystyczne wpływy Kossaka, czy o pieniądze – dość że koledzy wnioskuje, że „coś się w tym łbie popsuło”. Fałat – czterdziestodwuletni, chudy, łysy, brodaty pan – od niedawna zaczął korzystać z życia. Jeszcze w styczniu Kossak, podekscytowany nocnym zdarzeniem, kiedy do jego pokoju, gdzie spał nagi, wpadła, pomyliwszy drzwi, „metresa Fałata”, stwierdza, że gdyby podobny tryb życia Fałat prowadził w Krakowie, „to by miał daleko więcej reputację lekkiego człowieka jak ja”. Sam był człowiekiem o legendarnym temperamencie. Wszyscy jeszcze mają w pamięci jego niedoszły pojedynek z hrabią Pułowskim i związaną z tym romansową otoczkę... Dokucza mu Fałat „zacięty i zazdrośny Rusyn” (Kossak miał się bardziej podobać hrabiance Gnoińskiej, Fałata narzeczonej, i podobno przez Kossaka nici z mariażu). Fałat z powodu opóźnienia rat honorariów na znak protestu zamknął budynek panoramy na klucz, a Kossak, który gdy chciał malować, nie myślał o pieniądzach, sam posłał po ślusarza.

Minie pięć lat wypełnianych tłumionymi wyrazami niechęci. 17 grudnia 1900 roku wybuchło. Píše Kossak: „Mówią, że Fałat, wyczerpawszy się na żonie [młodszą Marii Comello], zażył jakieś *drogues*, niby to dające siły do tego, i że to początki bzika, który zwykle z tego przychodzi. (...) Przed godziną w Ursynowie strzelałem do niego, chybiłem (czego nie żałuję), a on nie chciał do mnie strzelać,

tylko stał, jakby żądając śmierci. Ponieważ jeszcze dwa razy mogłem strzelać i on także, poprosiłem Olesia [sekundanta], aby go zapytał, czy i nadal nie chce się bronić. – Nie! – odpowiedział. Na to ja rzuciłem pistolet o ziemię i powiedziałem sekundantom, że do bezbronnego strzelać nie mogę. Nie podawszy mu ręki, wsiałem z moimi kochanymi sekundantami do karety”.

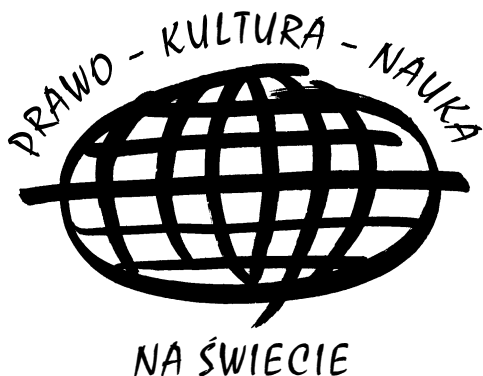
„Tygodnik Polski” odnotował: „Honorowi stało się zadość. Dwie dziury w powietrzu protokolarnie zarejestrowane”. Jak doszło do pojedynku?

Działo się to na fali olbrzymich sukcesów artystyczno-towarzyskich Kossaka. Cesarz Wilhelm II po tryumfie *Berezyńy* zamówił u artysty serię dużych obrazów historyczno-batalistycznych, potem i płótna rejestrujące współczesną prężność armii. Zakochał się w jego malarstwie. Przydzielił Kossakowi pracownię w swoim zamczku Monbijou. Co zrobił wyzuty z łask cesarza Fałat 15 grudnia 1900 roku? Co wywołało potępienie go (w związku z czym „Czas” wydrukował list protestacyjny 35 przedstawicieli polskich twórców – z komentarzem: „Możemy tylko wyrazić najgłębsze ubolewanie, że artysta postawiony na czele instytucji tak poważnej jak Akademia Sztuk Pięknych [Szkoła Sztuk Pięknych w Krakowie właśnie w roku 1900 uzyskała status Akademii] zapomniał się do tego stopnia i wywołał publiczne zgorzienie”)?

Co zaszło podczas inauguracji nowego gmachu warszawskiej Zachęty? Akwarele tracącego na popularności Fałata wisiały w bocznej salce, za to Kossaka *Walka o sztandar* wzbudzała podziw u przedstawicieli władz. Progi Zachęty przekroczyli zastępca zmarłego nagle generał-gubernatora warszawskiego, księcia Aleksandra Imertyńskiego, Podgrodnikow, oraz generał Komarow. Kossak liczył na to, że może Moskałe się ugną (Imertyński, dzięki któremu złagodzone cenzurę, już był bliski, ale cóż, los) i w końcu dadzą pozwolenie na zbieranie funduszy i malowanie panoramy *Somosierra*. Wykrzesał w sobie potencję dyplomatyczną. Jakiś utytułowany i bogaty starzec trzymał jego futro zdjęte w czasie długiej rozmowy mistrza we fraku i w orderach z generalicją.

Kossak do żony: „Kończy się wszystko, przeciskam się z powrotem przez tłum do mego futra i do Fuchsa, naciągam je i chcę wychodzić, Ajduś znowu przy mnie [Ajduś – to Tadeusz Ajdukiewicz, malarz dworu Franciszka Józefa, w czasie trwania uroczystości trzymał się Kossaka „jak pijany płotu, a on Fałatowi ręki nie podaje i szuka z nim awantury na swoje konto”], słyszę za sobą głos Fałata: – Jak się masz, Wojtek? – Udamę, że nie słyszałem, idę dalej. Wtem zadzwoniło mi w ucho – to on z tyłu paskudnie uderzył mnie około ucha ręką. Dzięki Bogu zeszytywniałem i nie rzucałem się na niego. Pomyśl, co by to było wobec tych Moskali i całej Warszawy, okropność pomyśleć. Wyleciałem zaraz i posłałem mu sekundantów...”

To wersja Kossaka. Inaczej rzecz widział Fałat, jeszcze inaczej taki Komarow. A w tydzień później ów niby tryumfalny obraz Kossaka *Walka o sztandar* recenzent „Tygodnika Polskiego” nazwał „antypatyczną apoteozą lejbhuzarów pruskich”.



*Tadeusz Biliński*

## Triady – chińska mafia

### Patrioci i kryminaliści

W ubiegłym roku Li Hu-wei, obywatel brytyjski pochodzenia chińskiego, przedsiębiorca z branży elektronicznej przyjechał do Kantonu, jednego ośrodków przemysłu i bankowości ChRL. Dwa dni później Li wyszedł z hotelu i zniknął. Dyrekcja zawiadomiła policję, która rozpoczęła poszukiwania, ale bez większych rezultatów. W tym czasie mieszkająca w Londynie narzeczona Li, również Chinka, otrzymała telefoniczną wiadomość, że Li żyje i znajduje się w „bezpiecznym miejscu, które wszakże może stać się niebezpiecznym, jeśli w ciągu czterech dni na jedno z kont w szanghajskim banku nie wpłynie określona suma”. Żądany okup nie był mały, ale pozostawał w granicach rozsądku nie wykraczając poza finansowe możliwości porwanego. Chinka skrupulatnie wypełniła żądania porywaczy i Li po paru dniach niewygodny wrócił do hotelu cały i zdrow błogosławiąc, jak można sądzić, rozsądek narzeczonej, która nie próbowała nawet zawiadomić policji. Dla Chińczyka, młodego, czy starego, nie ulega wątpliwości, że starannie zaplanowane i profesjonalnie wykonane porwanie nie może być dziełem ulicznych chuliganów ale zawodowców. Jeśli zaś zawodowców, to najprawdopodobniej członków jednego z chińskich przestępczych ugrupowań zwanych triadami.

Zwalczanie triad było i jest bardzo trudne. W całej historii triad jedno ugrupowanie powstawały, inne znikwały, lub łączyły się ze sobą, ale nigdy nie było sytuacji w

której triad nie byłoby wcale. Mogły tymczasowo nie istnieć na jakimś obszarze, np. w ChRL za rządów Mao, kiedy presja sił bezpieczeństwa była wyjątkowo duża a możliwości prowadzenia zyskowej działalności przestępczej niewielkie, ale już w sąsiednim Hong Kongu, na Tajwanie, w Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Kanadzie, Singapurze i Australii triady rozkwitały. Rozwijały się bujnie wszędzie tam, gdzie mieszkała chińska mniejszość oceniana dziś na ponad 60 mln ludzi rozrzuconych prawie na całym świecie. Niewiele wiadomo na przykład o działalności chińskich zorganizowanych grup przestępczych na Węgrzech, gdzie w połowie lat 90. osiedliło się ok. 200 tys. Chińczyków, ale nie znaczy to, że ich tam nie ma. Należy raczej przyjąć, że władze po prostu mało jeszcze o tym wiedzą. I nic dziwnego. Triady to grupy hermetyczne, połączone więzami klanowymi, najczęściej składające się z emigrantów z jednej prowincji, nierzadko tylko tego samego powiatu. Porozumiewają się swoim lokalnym slangiem, w stosunku do obcych przestrzegają, zupełnie jak sycylijska mafia, zasady milczenia. Mają swoje tajne znaki rozpoznawane wyłącznie przez wtajemniczonych, swoje rytuały inicjacyjne i karę za zdradę równie starą jak same triady – śmierć od „tysiąca mieczy”.

Triady są stare, ale nie spetryfikowane. Wciąż poszukują coraz to nowszych, korzystniejszych sposobów zarabiania. Od porwań, wymuszeń, do produkcji fałszywych kart bankowych, nielegalnych kopii filmowych i nagrań do handlu żywym towarem. Żywy towar eksportuje się z Chin nie tylko, jak się powszechnie uważa do nielegalnej pracy, ale również jako „części zastępcze”. Medycyna, szczególnie zaś transplantologia, poczyniła w ostatnich latach duże postępy. Wiele organów można już zupełnie bezpiecznie przeszczepiać, jest też mnóstwo chętnych pacjentów. Cóż z tego, kiedy brakuje organów. Handlem ludźmi-nosicielami „części zamiennych” zajęły się triady. Setki młodych Chińczyków wyjeżdża nielegalnie za granicę, wielu nie daje później znaku życia. Czemu się tu dziwić, świat jest wielki i niebezpieczny a i poczta nie wszędzie sprawnie działa. Niestety, często prawda jest bardziej okrutna. Dziś człowieka można, jak skradziony samochód, sprzedać na części. Idzie prawie wszystko: skóra, oczy, niektóre mięśnie, kości, nerki, wątroba, krew.

Tajne stowarzyszenia istniały w Chinach nieomalże od zarania dziejów tej najstarszej cywilizacji. Ale wątpliwe, by można było zaliczać je do tej kategorii triad, jaką znamy dzisiaj. Były to raczej ugrupowania samopomocowe, często zawodowe, skupiające mieszkańców tej samej prowincji, miasta, albo gminy. Stawiały sobie różne cele, w tym także polityczne, zmierzające nierzadko do obalenia istniejącej władzy. W Chinach nie było systemu pozwalającego na pokojową, zgodną z prawem wymianę ekip rządzących. Władca tworzył dynastie i sprawował władzę tak długo, dopóki nie pojawił się pretendent dostatecznie silny aby go obalić. Pretendent nierzadko korzystał z pomocy tajnych stowarzyszeń, które przygotowywały rebelię, gromadziły broń, środki, prowadziły działalność wywiadowczą. W przypadku powodzenia ich członkowie przejmowali władzę, w wypadku klęski szli pod topór.

Dobrym przykładem takiego ugrupowania były Żółte Turbany, organizacja częściowo o religijnym, częściowo politycznym i wojskowym charakterze założona przez Chang Chueh, którego wyznawcy traktowali jak bóstwo. Powstanie Żółtych Turbanów doprowadziło do upadku dynastii Han i późniejszego podziału kraju na trzy odrębne królestwa. Trzej najbardziej znani generałowie Żółtych Turbanów, wyrosli w miarę upływu czasu na mitycznych bohaterów narodowych. Jeszcze za życia, jak chce legenda, spotkali się, w brzoskwiowym gaju, złożyli w ofierze białego konia i czarnego wołu – symbole dobra i zła oraz poprzysięgli sobie wieczną wierność scementowaną krwią. Jeden z tych trzech generałów, Kwan Yu, został w końcu szesnastego wieku uznany za bóstwo przez cesarza Wan Li z dynastii Mingów. Znany jest jako Kwan Ti – bóg wojny, bogactwa, literatury i tajnych stowarzyszeń. Do dzisiaj jego wizerunek zajmuje ważne miejsce podczas ceremonii inicjacyjnej nowych członków triad.

Nierzadko stowarzyszenia stawiały sobie cele patriotyczne, zmierzające do wyzwolenia Chin spod obcej okupacji. W XIII wieku Chiny trafiły pod panowanie Mongołów, władców wyjątkowo brutalnych i niepopularnych. Na całym terenie cesarstwa powstawały różne sekretne antymongolskie grupy, ale najważniejsze wyrosły na południu kraju, gdzie tajne ugrupowania były szczególnie wpływowe. Ostatecznie to tam właśnie doszło do aliansu sił znanego miejscowego pirata Fang Kuo-chen, buddyjskiego mnicha Chu Yuan-chang i Stowarzyszenia Białego Lotosu. W 1344 roku Stowarzyszenie Białego Lotosu i kilka innych ugrupowań doprowadziło do wybuchu powstania przeciwko mongolskim władcom Chin. W 1368 roku wojska Stowarzyszenia znane jako Czerwone Turbany pokonały Mongołów, a na tron wstąpił nowy, rdzennie chiński cesarz Hung Wu, założyciel dynastii Ming. Nigdy wcześniej tajne stowarzyszenie nie obaliło całej, potężnej dynastii i nie przyczyniło się do założenia nowej. Przez następne trzy stulecia Stowarzyszenie Białego Lotosu istniało nie niepokojone przez władze, ale tak było tylko do kolejnego buntu (w którym brało udział), zakończonego długotrwałą wojną domową, której skutkiem był z kolei podbój Chin przez mandżurską dynastię Cingów. Po raz kolejny na tronie w Pekinie zasiedli cudzoziemcy. Ale Chińczycy nie zapomnieli o swoich legalnych, jak uważano władcach – dynastii Mingów. W różnych częściach kraju powstawały coraz to nowe sprzysiężenia, wybuchały powstania, w podziemiu kwitły tajne stowarzyszenia, które łączyło wspólne hasło: „obalić Cingów, przywrócić Mingów”.

W 1662 roku władze mandżurskie wydały edykt delegalizujący wszystkie tajne stowarzyszenia na terenie Chin. W szczególności wymieniono stowarzyszenia: Białej Lilii, Pałących Kadzidła, Narodzin Chaosu, Narodzin Smoka i Hung. Skutkiem cesarskiego rozporządzenia było ostateczne zejście tajnych stowarzyszeń do podziemia. Ugrupowania zaczęły się dzielić i łączyć, jedne znikwały inne powstawały, albo zmieniały nazwę. Wykryształizowały się wspólne rytuały inicjacyjne, specyficzny język i tajne znaki, dzięki którym nie znający się nawzajem członkowie odczytywali przynależność do tej samej organizacji. Tak narodziły się triady.

Historycznie jednym z ważniejszych i bardziej wpływowych ugrupowań było Stowarzyszenie Hung, znane też jako Hung Mun, powstałe najprawdopodobniej w 1674 roku, a w początku XVIII już dobrze znane w wielu częściach kraju, jednak najaktywniejsze w Kantonie, na południu kraju. Członkiem tego stowarzyszenia, a niewykluczone, że również jego twórcą był słynny chiński pirat znany w literaturze europejskiej jako Koxinga. Koxinga, syn wysokiego urzędnika dynastii Mingów zwalczał zaciekle nowych mandżurskich uzurpatorów, łupił statki nowych władców i najeżdżał na kontrolowane przez Cingów miasta na wybrzeżu. Odnosił sukcesy wojskowe, ale cesarska marynarka wojenna okazała się jednak silniejsza. W 1661 roku Koxinga został pobity i schronił się na Tajwanie usuwając stamtąd wcześniej holenderskich osadników. Przekształciwszy Tajwan w swoją bazę wypadową próbował walczyć z rządem cesarskim korzystając z finansowej pomocy chińskich osadników zamieszkujących pobliskie Filipiny.

Za panowania trzeciego cesarza dynastii Cing, Yin-chen, władze nasiliły walkę z tajnymi stowarzyszeniami. Na listy proskrypcyjne trafiały coraz to nowe ugrupowania, w tym Stowarzyszenie Hung. To również za jego panowania zniszczony został znany w Chinach klasztor Shao Lin. Mnisi z tego klasztoru, słynni w całych Chinach eksperci strategii wojennej i sztuki walki dopomogli wcześniej wojskom rządowym w kampanii przeciwko jednemu z mongolskich plemion z dalekiej, północno-zachodniej części Chin. Po zakończeniu ekspedycji cesarz, który uznał mnichów za politycznie niebezpiecznych i zbyt potężnych, postanowił ich zniszczyć. Kiedy nie powiodła się próba podstępnego otrucia winem, wojska cesarskie zaatakowały i podłożyły ogień pod klasztor. Tylko dzięki wstawiennictwu Buddy, ze 110 mnichów ocalało osiemnastu. Spośród nich zaś tylko pięciu – później w mitologii triad nazywanych Pięcioma Pierwszymi Przodkami, przeżyło pościg wojsk mandżurskich. Cała historia tej ucieczki jest niezwykle zagmatwana, pełna prorocत्व i cudownych zdarzeń, ale w jej trakcie siła mnichów cały czas rosła, ponieważ przyłączali się do nich wszyscy niezadowoleni z brutalnej władzy mandżurskich urzędników. Wkrótce liczba przodków wzrosła do ośmiu i dziewięciu aż z biegiem czasu ruch ogarnął prawie wszystkich niezadowolonych z rządów dynastii Cing. Pośród tysięcy ochotników był również chłopiec imieniem Chu Hung-chuk, w którym rozpoznano w prostej linii dziedzica dynastii Ming i uznano za prawowitego następcę tronu.

Buntownicza organizacja przyjęła nazwę Nieśmiertelne Stowarzyszenie Mingów Góry Kam Toi a jej oddziały natychmiast podjęły działania przeciwko wojskom cesarskim. Początkowo szczęście sprzyjało powstańcom, w których ręce po krótkiej walce wpadła cała południowa prowincja Fujian. Następnie rebelianci ruszyli na północ, na Nankin, ale koordynacja różnych oddziałów Nieśmiertelnego Stowarzyszenia była zła i liczniejsze od powstańców oddziały cesarskie atakowały i rozбивały, jeden po drugim kolejne kolumny powstańców. Ostatecznie powstanie upadło, śmierć poniosło ponad 100 tysięcy zwolenników Mingów. Mingowski następca tronu zniknął i ślad po nim zaginął, resztki armii powstańczej wycofały się na południe.

Ale nie był to jeszcze koniec walk. Nowym dowódcą rebeliantów został Sze Kam-ming, któremu w ciągu roku udało się zgromadzić nową, potężną armię i po ciężkich walkach podbić siedem południowych prowincji. Ponieważ nie udało mu się jednak pokonać ostatecznie wojsk cesarskich powstańcy postanowili o zmianie strategii i rozproszeniu sił. Nie należało, tak rozumowali, przygotowywać jednego wielkiego powstania, ale wiele mniejszych, co zmusi wojska rządowe do rozdrobnienia, sił przez co staną się łatwiejsze do zniszczenia. Przed ostatecznym rozstaniem Przodkowie opracowali system hasel i tajnych znaków dzięki którym przeciwnicy Cingów będą mogli porozumiewać się w sposób niezrozumiały dla przeciwnika. System zachował się do dziś, chociaż oczywiście niekoniecznie zachowały się stare znaki czy hasła. Tym samym budowa podwalin przyszłych, nowoczesnych triad była już prawie zakończona.

Stowarzyszenia kontynuowały działalność skierowaną przeciwko władzom mandzurskim. W 1814 roku eunuchowie-członkowie tajnych stowarzyszeń z pałacu cesarskiego w Pekinie podnieśli bunt, w którym wiodącą rolę odegrało Stowarzyszenie Białego Lotosu, Trzech Kadzideł, Białego Pióra i Ośmiu Diagramów. Nikt tak naprawdę nie wie dziś czym różniły się od siebie te ugrupowania. Jedni sądzą, że tworzyły wspólnotę, inni, że w istocie były to tylko różne nazwy tej samej organizacji. Bunt w Pekinie zbiegł się w czasie z powstaniami w dwóch innych, dość odległych od stolicy prowincjach i jest mało prawdopodobne, żeby mogło to być wyłączenie dziełem przypadku. Walki były krwawe i długotrwałe, ale ostatecznie siły rządowe pokonały powstańców i wzięły krwawy odwet. W mieście Hua ścięto ponad 20 tysięcy mieszkańców, zresztą w większości niewinnych, zgodnie z panującą wtedy doktryną odpowiedzialności zbiorowej. Stowarzyszenie Białego Lotosu nie przestało jednak istnieć, ta nazwa pojawia się w północnych Chinach w różnych dokumentach jeszcze w 1900 roku.

We wszystkich ważniejszych miastach i portach cesarskich Chin Stowarzyszenia miały swoje siatki szpiegowskie, które informowały o ruchach wojsk rządowych i ich morale, o stanie zaopatrzenia, starały się wyłuskać wśród lokalnych urzędników tych, którzy mogliby we właściwym momencie przejść na stronę przeciwników Cingów. Ze swojej strony władze w najmniejszym stopniu nie zamierzały tolerować stowarzyszeń. Każdy złapany członek był natychmiast ścinany, pomocnicy i sympatycy również, po wcześniejszym poddaniu ich dość wymyślnym torturom dla uzyskania informacji o wszystkim co wiedzą o triadach. Ale w praktyce, szczególnie w mniejszych miejscowościach, oddalonych od ważniejszych ośrodków władzy miejscowi urzędnicy nierzadko sami byli szpiegami pracującymi dla stowarzyszeń, a jeśli nawet nie sympatyzowali z podziemiem, to się go bali. Zbytня gorliwość w zwalczaniu triad nierzadko kończyła się skrytobójczym mordem, albo uprowadzeniem członka rodziny. Niektórzy cingowscy mandaryni sami nierzadko sprzyjali większej aktywności triad na swoim terenie, ponieważ owocowało to z kolei większymi dotacjami finansowymi rządu na zwalczanie ich. Z reguły te środki trafiały do prywatnego skarbcza zarządcy prowincji albo okręgu. Żeby wykazać się przed zwierzchni-

kami organizowano „zakrojone na szeroką skalę” akcje przeciwko stowarzyszeniom, o których wcześniej zawiadamiano miejscowych przywódców triad.

W miarę upływu czasu, w sposób zupełnie naturalny doszło do nawiązania kontaktu między patriotycznymi stowarzyszeniami i kryminalnym podziemiem. W wielu miejscowościach oba te nurty złąły się w jeden. Trudno powiedzieć, dlaczego z biegiem lat górę zaczął brać element kryminalny, ale być może zadziałało tu naturalne poniekąd prawo, że zła moneta wypiera dobrą. Być może swoją rolę odegrała też ostatecznie frustracja i zmęczenie brakiem powodzenia w walce z Cingami. Bo ileż lat można czekać na sukces, który nie nadchodzi? Nie znaczy to, że świat podziemny pokochał nagle Cingów, raczej nauczył się z nimi współżyć.

I tak, w XIX–XX wieku Chiny miały już dobrze zorganizowaną, ogarniającą prawie wszystkie dziedziny życia podziemną strukturę kryminalną. Więcej, przekształciła się ona w całą subkulturę zintegrowaną z dominującymi w tamtym okresie narodowymi mitami i skalą wartości. W latach 30. i 40. triady sięgały szczytów władzy i tylko niewielką przesadą będzie konstatacja, że w istocie rządziły najludniejszym krajem świata.

*Koniec części pierwszej*

# SYLWETKI WYBITNYCH ADWOKATÓW

Krzysztof Pol

## Wojciech Trąmpczyński (1860–1953) W 50. rocznicę śmierci

*„Wpierw musimy Państwu zapewnić byt, a potem dopiero możemy prowadzić wewnętrzne walki o to, jaka forma bytu jest najlepsza” – postulował w mowie sejmowej 28 listopada 1922 r. Wojciech Trąmpczyński. Dzieje parlamentaryzmu polskiego wiążą się nierozzerwalnie z jego postacią jako marszałka Sejmu Ustawodawczego lat 1919–1922. Wcześniej jednak, na terenie ziem zaboru pruskiego – gdzie polską odrębność narodową było zachować najtrudniej – był adwokatem, obrońcą w sprawach politycznych, działaczem społecznym i niepodległościowym, posłem broniącym praw Polaków w sejmie pruskim i parlamencie Rzeszy Niemieckiej oraz organizatorem i uczestnikiem walk niepodległościowych 1918/19 w Wielkopolsce. Wybierany w II Rzeczypospolitej marszałkiem Sejmu i Senatu, z chwilą obioru zawieszał swoje członkostwo w partii politycznej. W całym swym długim, bo 93-letnim życiu W. Trąmpczyński cieszył się szczególnym uznaniem i szacunkiem w całym społeczeństwie polskim.*

Wojciech Trąmpczyński urodził się 8 lutego 1860 r. w Dębłowie pod Gnieznem jako syn właściciela majątku ziemskiego. W domu rodzinnym panowała patriotyczna atmosfera, której nie były w stanie zakłócić posunięcia unifikacyjne i germanizacyjne ówczesnych władz pruskich. Po naukach początkowych w domu rodzinnym, uczęszczał do szkoły ludowej w Trzemesznie, a po jej ukończeniu – wyjechał do Poznania, gdzie kontynuował naukę w znanym Gimnazjum św. Marii Magdaleny. W gimnazjum tym wstąpił do uczniowskiego kółka tajnego Towarzystwa Tomasza Zana, w którym uczniowie na drodze samokształcenia i dyskusji pogłębiali wiadomości z zakresu historii i literatury polskiej, jakich drogą oficjalną w zgermanizowanej szkole zdobyć nie mogli. W 1877 r. złożył egzamin dojrzałości i uzyskał maturę.

Chociaż dostęp Polaków do zawodu prawniczego w sądownictwie pruskim był wówczas systematycznie ograniczany – młody W. Trąmpczyński wybrał studia prawnicze na Uniwersytecie Berlińskim. Po pierwszym roku studiów, zrażony antypolską atmosferą panującą w stolicy Niemiec, przeniósł się na Wydział Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego. I tam działał w tajnym młodzieżowym ruchu narodowym i w legalnych organizacjach polskich, głównie oświatowych. Studia ukończył w 1881 r. ze stopniem doktora praw.

Po ukończeniu studiów W. Trąmpczyński powrócił do rodzinnego domu w Dębłowie i zamierzał podjąć praktykę w sądownictwie pruskim. Ponieważ nie udało się w Sądzie Okręgowym w pobliskim Gnieźnie, wybrał stolicę Wielkopolski, gdzie była – z racji większej liczby sądów – większa szansa na rozpoczęcie kariery prawniczej. Niebawem wyjechał do Poznania na stałe i w latach 1881–1886 rozpoczął jako referendariusz służby przygotowawczej praktykę zawodową, aplikacje: sędziowską i adwokacką. Po zdaniu egzaminu referendarskiego został mianowany asesorem sądowym i po nominacji na adwokata przy Sądzie Ziemskim otworzył w Poznaniu własną kancelarię adwokacką. Szybko zyskał opinię zdolnego, rzetelnego i solidnego adwokata, szczególnie biegłego specjalisty w sprawach związanych z obrotem nieruchomościami, co przy niezmiernie aktywnej działalności pruskiej Komisji Kolonizacyjnej, wykupującej przy czynnym poparciu rządu ziemię z rąk polskich ziemian i chłopów sprawiała, że kancelaria mec. W. Trąmpczyńskiego cieszyła się dużym wzięciem.

Jako adwokat, obywatel i patriota, Trąmpczyński podejmował się przede wszystkim obrony w licznych podówczas w Wielkopolsce sprawach politycznych (kolejna fala tzw. rugów polskich, posługiwanie się zabronionym przez ustawę o zgromadzeniach językiem polskim, przenoszenie nauczycieli i in.) oraz w ograniczających działalność prasy polskiej niemniej licznych procesach prasowych. Przez cały ten czas W. Trąmpczyński brał czynny udział w tajnym nauczaniu języka polskiego. Równolegle interesował się także problematyką cywilistyczną i w 1892 r. – na co pozwalał ówczesny system organizacji pruskiego wymiaru sprawiedliwości – otworzył także kancelarię notarialną.

Dociekania cywilistyczne Trąmpczyńskiego przybierały również charakter dociekań teoretycznych: ich owocem, a równocześnie dowodem uznanej pozycji w palestrze wielkopolskiej, był wygłoszony w 1893 r. na III Zjeździe Prawników i Ekonomistów Polskich (ze wszystkich trzech zaborów) w Poznaniu i przyjęty z zainteresowaniem przez uczestników Zjazdu referat pt.: *Czy obowiązująca ordynacja subhastacyjna (wywłaszczeniowa) pruska jest polecenia godna pod względem ekonomicznym?* W. Trąmpczyński prezentował w nim pogląd, iż przepisy pruskie przyspieszały proces dewastacji majątków ziemskich w Wielkopolsce. W 1901 r. adw. W. Trąmpczyński wybrany został do Rady Miejskiej m. Poznania i wkrótce dał się poznać jako jeden z czołowych wyrazicieli opinii polskiej w sprawach politycznych. Wielokrotnie zabierał głos na wiecach w sprawie strajku dzieci wrzesińskich i procesu ich rodziców w Gnieźnie.

W 1910 r. adw. W. Trąmpczyński został wybrany posłem z prowincji poznańskiej na Sejm Pruski. Dzięki swej sumienności, wybitnym zdolnościom, znajomości prawa i języka niemieckiego, wkrótce stanął w szeregu wybitnych parlamentarzystów. W dwa lata później wszedł w skład Reichstagu. Chociaż Trąmpczyńskiego zaliczano do grupy „młodych” posłów, bynajmniej nie był młodzikiem, karierę parlamentarną rozpoczął bowiem w wieku co najmniej statecznym, bo lat 50-ciu, a więc dosyć późno. Mógł imponować postawą: wysoki, przystojny, dobrze zbudowany, żeby nie powiedzieć – tęgi, o dostojnej, senatorskiej prezencji, znakomitą, popartą doskonałą znajomością rzeczy i kulturą słowa wymową, szybko wybił się na czoło mówców parlamentarnych. Wielokrotnie ostro, z niezwykle celną argumentacją polemizował z nacjonalistycznymi wystąpieniami zarówno ministrów, jak i parlamentarzystów niemieckich, a przy okazji rzeczowo piętnował przed opinią publiczną pruską politykę germanizacyjną. Swą wnikliwą argumentacją odpierał zarzuty o radykalizmie narodowym Polaków i nienawiści wobec Niemców.

Z chwilą wybuchu I-ej wojny światowej Wojciech Trąmpczyński rozpoczął niezwykle ożywioną działalność. Od dawna związany był ze Związkiem Ludowo-Narodowym (póź-

niej Stronnictwem Narodowo-Demokratycznym), jednakże w tym ugrupowaniu politycznym nie był członkiem czynnym, działaczem partyjnym (prezesem Związku Ludowo-Narodowego był wówczas adwokat poznański i poseł, B. Chrzanowski). W 1914 r. poseł W. Trąmpczyński wszedł w skład tajnego Koła Międzypartyjnego, skupiającego polskich polityków i działaczy społecznych w zaborze pruskim. Zadaniem Koła było nawiązanie kontaktów z podobnymi organizacjami w innych zaborach i z działaczami polskimi na zachodzie Europy. Z ramienia Koła W. Trąmpczyński utrzymywał bezpośrednie kontakty z politykami ugrupowań polskich w Królestwie Polskim i w Galicji, z kolei jego bliski współpracownik, poseł Wł. Seyda, współdziałał z Komitetem Narodowym Polskim w Paryżu. W 1916 r. owe Koło Międzypartyjne przekształciło się w Tajny Komitet Międzypartyjny. Zajmując wyraźne stanowisko polityczne po stronie państw Ententy, W. Trąmpczyński przygotowywał alianse polityczne, które mogły być użyteczne po klęsce państw centralnych. Jednocześnie w swych wystąpieniach parlamentarnych, wraz z posłami W. Korfantym i Wł. Seydą, kładł nacisk na przyznanie Polakom prawa do decydowania o własnym losie i jedność wszystkich ziem polskich, a więc – włączenia ziem zaboru pruskiego do przyszłego państwa polskiego.

W lipcu 1918 r. w oparciu o wspomniany Tajny Komitet Międzypartyjny powstał w Poznaniu Centralny Komitet Obywatelski (CKO) jako kierownictwo polityczne współdziałające z paryskim Komitetem Narodowym Polskim (uznanym przez państwa Ententy za przedstawicielstwo polskie). W. Trąmpczyński wszedł w skład CKO i organizował sieć komitetów lokalnych, przygotowując je do przejęcia administracji z rąk niemieckich. 7 października 1918 r. członkowie Koła Polskiego w parlamencie Rzeszy (m.in. Wł. Seyda, W. Trąmpczyński, W. Korfanty) uznali się za obywateli państwa polskiego, żądając przyłączenia doń ziem zaboru pruskiego (na 13 punkt prezydenta T. W. Wilsona powoływał się później W. Korfanty). 11 listopada, gdy w Warszawie i Krakowie uroczysto świętowano wskrzeszenie Polski, w Poznaniu CKO przekształcił się w Radę Ludową m. Poznania. Jej przewodniczącym wybrano W. Trąmpczyńskiego. Pod jego też kierownictwem prowadzono przygotowania do zwołanego na dzień 3 grudnia 1918 r. w Poznaniu Polskiego Sejmu Dzielnicowego.

Na trzecim posiedzeniu plenarnym Polskiego Sejmu Dzielnicowego (5 grudnia), jako najwyższy organ przedstawicielski władzy polskiej w zaborze pruskim wybrano 80-osobową Naczelną Radę Ludową (NRL). Jej prezesem został adw. W. Trąmpczyński. Mając dobry przegląd sytuacji i oceniając wybuch powstania przeciwko Niemcom za przedwczesny, przewodnicząc NRL kierował się w swych działaniach przede wszystkim rozsługą, w czym sekundowali mu tacy politycy jak W. Korfanty i Wł. Seyda. Jako kandydat Naczelnej Rady Ludowej na Naczelnego Prezesa Prowincji i Prezesa Rejencji Poznańskiej, (został nim wybrany w połowie grudnia 1918 r.) przyjmował w Poznaniu szefa rządu Prus, socjaldemokratę Paula Hirscha.

26 grudnia 1918 r. przejeżdżał przez Poznań z misją dyplomatyczną Komitetu Narodowego Polskiego (KNP) Ignacy Paderewski. Przyjazd wielkiego artysty do Poznania dał okazję do zorganizowania wielkiej manifestacji narodowej mieszkańców stolicy Wielkopolski. Z kolei Niemcy odpowiedzieli w Poznaniu kontrmanifestacją. Nastrojów powstańczych nie dało się dłużej hamować. Prowokacyjne zachowanie się żołnierzy niemieckich 27 grudnia wywołało spontaniczny zryw zbrojny ludności Wielkopolski, walczącej o przyłączenie ziem zaboru pruskiego do Polski – jedyne w dziejach Polski zwycięskie powstanie... 16 stycznia 1919 r. naczelne dowództwo objął gen. J. Dowbór-Musnicki, który zreorganizował armię powstańczą, tworząc 4 grupy frontowe. Pod koniec stycznia armia wielkopolska liczyła ok. 200 oficerów i ponad 27 tys. żołnierzy, w marcu 1910 r., gdy szła na odsiecz pod Lwów – liczyła już ponad 70 tys.! 16 lutego 1919 r. pod naciskiem mocarstw zachodnich i sukce-

sów wojsk powstańczych podpisano w Trewirze rozejm z rządem niemieckim, potwierdzający zwycięstwo powstania wielkopolskiego, które wywołało również żywe echa na Pomorzu i Górnym Śląsku.

W wyniku porozumienia z KNP w Paryżu, stanowisko prezesa Rady Ministrów objął 16 stycznia 1919 r. Ignacy Paderewski. 10 dni później, na podstawie dekretu Tymczasowego Naczelnika Państwa z 28 listopada 1918 r. o ordynacji wyborczej do Sejmu Ustawodawczego, odbyły się w wolnej części kraju wybory do pierwszego Sejmu niepodległej Polski. Jako dawny poseł do parlamentu Rzeszy, posłem do Sejmu Ustawodawczego został (obok innych dawnych posłów z b. zaboru pruskiego) adw. W. Trąpczyński. 10 lutego 1919 r. Naczelnik Państwa Józef Piłsudski dokonał uroczystego otwarcia obrad Sejmu Ustawodawczego. Już w pierwszym dniu obrad, chociaż w Izbie panował szczytny duch porozumienia pomiędzy politykami różnych stronnictw i partii, zaczęła się walka o stanowisko marszałka Sejmu. Kandydowali: W. Trąpczyński, W. Witos i Wł. Seyda. Gdy doszło do głosowania, Trąpczyński otrzymał 155 głosów, Witos – 149. Jeszcze tego samego dnia ogłoszono wybór: W. Trąpczyński został marszałkiem Sejmu Ustawodawczego.

Pierwszym krokiem nowego marszałka Sejmu Ustawodawczego było oświadczenie o rezygnacji z przynależności do jakiegokolwiek partii politycznej. Swęj niezależności i stanowczości dał wyraz już w następnym sporze parlamentarzystów: sprzeciwił się bowiem postulowanemu przez posłów prawicy (z której szeregów przecież się wywodził) zawieszeniu w sali obrad Sejmu krzyża, przeciwko czemu z kolei protestowali liczni przedstawiciele lewicy. Dalsze spory sejmowe umiejętnie łagodził i rozwiązywał dzięki swemu wcześniejszemu doświadczeniu parlamentarnemu. Wiele uwagi poświęcał marszałek W. Trąpczyński zasadniczym pracom niezbędnym w zakresie porządku prawnego: unifikacji i kodyfikacji prawa, które zapoczątkowała powołana przez Sejm Ustawodawczy w czerwcu 1919 r. Komisja Kodyfikacyjna RP.

Największe jednak walki w Sejmie Ustawodawczym rozgorzały przy pracach nad jego zadaniem podstawowym: uchwaleniem nowej konstytucji. Prace te, a zarazem ogromne spory międzypartyjne, zwłaszcza o senat jako drugą Izbę oraz wybór i uprawnienia prezydenta, toczyły się głównie w Komisji Konstytucyjnej, która pod przewodnictwem posła E. Dubanowicza przygotowywała projekt konstytucji. Różne jej warianty przenoszono na obrady plenarne Sejmu Ustawodawczego. To właśnie kompromisowej i pełnej taktu, ale też hartu i stanowczości postawie marszałka W. Trąpczyńskiego idea kompromisu w imię wspólnej sprawy – choć sporów i rozbieżności wśród stronnictw politycznych jak wiadomo było wiele – objęła w końcu prawicę, centrum i lewicę parlamentarną. To właśnie marszałek W. Trąpczyński swym doświadczeniem i umiejętnościami, a wreszcie kulturą polityczną sprawił, że uchwalenie konstytucji w dn. 17 marca 1921 r. odbyło się bez jakiegokolwiek pogwałcenia samodzielności moralnej i intelektualnej każdego z partnerów. Przyjęto konstytucję demokratyczną w każdym calu, której ani Polska, ani jej twórcy, nie musieli się wstydić przed światem.

Sejmowi Ustawodawczemu, mimo iż zwołany on został dla określonego celu uchwalenia konstytucji, przewodniczył marszałek W. Trąpczyński jeszcze po jej uchwaleniu: od marca 1921 do września 1922 r. W tymże roku startował (obok m.in. bp. A. Sapiehy, gen. J. Hallera i W. Korfanteo) z listy Chrześcijańskiego Związku Jedności Narodowej (ChZJN) w wyborach do Senatu. W wyborach na funkcję marszałka Senatu były dwie kandydatury: W. Trąpczyńskiego i K. Praussa (PPS). Dzięki poparciu posłów PSL „Piast” zwyciężył W. Trąpczyński.

Zgodnie z konstytucją obie izby parlamentu, połączone w Zgromadzenie Narodowe, przystąpiły 9 grudnia 1922 r. do wyboru prezydenta RP. W piątej turze głosowania prezydentem wybrano prof. G. Narutowicza. Wybór ten wywołał ogromne protesty zwolenni-

ków prawicy, zwłaszcza młodzieży endeckiej, te z kolei powodowały kontrmanifestacje lewicy. 16 grudnia 1922 r. w gmachu Zachęty Sztuk Pięknych, związany z endecją malarz E. Niewiadomski zastrzelił pierwszego prezydenta niepodległej Polski. W Sejmie narastał kryzys. Dawały o sobie znać „niedoróbki” Konstytucji Marcowej. Coraz częściej określano parlamentaryzm polski mianem „sejmowładztwa” i „partijniactwa”.

Upadały kolejne gabinety, a parlament cieszył się coraz mniejszym poparciem wyborców. W tej sytuacji nawet tak doświadczony polityk i zaprzysięgły zwolennik demokracji, jak marszałek W. Trąmpczyński, proponował zwiększenie uprawnień prezydenta i zmianę ordynacji wyborczej. 10 maja 1926 r. W. Witos jako premier sformował (już trzeci) rząd centrowy. Lewica uznała ten fakt za wezwanie do kolejnej konfrontacji politycznej. Następane dni (12 maja – 15 maja) przyniosły zamach majowy marszałka J. Piłsudskiego i walki uliczne w Warszawie (zginęło wówczas 379 osób, w tym 215 żołnierzy).

Przewrót majowy oznaczał zamach na rząd legalny. Najmniej zareagowała na przewrót majowy Wielkopolska, opowiadająca się za legalnym rządem W. Witosy. Stamtąd generałowie: W. Langner, M. Rola-Żymierski i K. Ładoś prowadzili na Warszawę z pomocą rządowi znaczne siły, łamiąc po drodze opór strajkujących kolejarzy (opowiedzieli się za marszałkiem Piłsudskim). Marszałek W. Trąmpczyński był zdecydowanym przeciwnikiem przewrotu majowego, starał się jednak opóźnić pochód wojsk w kierunku Warszawy i uspokajał nastroje w Wielkopolsce.

Po przewrocie majowym W. Trąmpczyński odnosił się dość niechętnie do marszałka J. Piłsudskiego, któremu wprost zarzucał ciągoty autorytarne. Do nowych rządów, prowadzących „sanację kraju” wyrażał także zdecydowanie negatywne stanowisko i z trybuny parlamentarnej wielokrotnie atakował fakty nadużyć oraz nieprzestrzeganie praworządności. Godność marszałka Senatu sprawował aż do końca kadencji, tj. do listopada 1927 r. Wówczas też odznaczony został najwyższym polskim odznaczeniem – Orderem Orła Białego.

Kolejny mandat poselski do Sejmu II-ej kadencji z okręgu poznańskiego uzyskał W. Trąmpczyński z ramienia Związku Ludowo-Narodowego 4 marca 1928 r. Jako poseł był w zdecydowanej opozycji do obozu rządowego, który już latem 1928 r. przystąpił do opracowywania nowego projektu konstytucji. Podobnie, jak w poprzedniej kadencji, głośnie stały się jego wystąpienia z trybuny sejmowej, wskazujące na systematyczne naruszanie przez władzę praworządności. Z ubolewaniem bowiem, sędziwy, bo już prawie 70-letni pos. W. Trąmpczyński dostrzegał, jak wartości, które od młodości wyznawał: poczucie odpowiedzialności za kraj, poczucie obowiązku, uczciwość i rzetelność zaczęły słabnąć, a na jaw wychodziły wszystkie niedoskonałości systemu i instytucji państwa.

30 sierpnia 1930 r. prezydent I. Mościcki rozwiązał Sejm i Senat, zapowiadając nowe wybory. Już 9 września tegoż roku (po krakowskim czerwcowym kongresie) aresztowano 19 posłów „Centrolewu” (Związku Obrony Praw i Wolności Ludu). Wśród wtrąconych do wojskowego więzienia w twierdzy brzeskiej i brutalnie traktowanych aresztowanych było 6 socjalistów z H. Liebermanem i N. Barlickim na czele, 5 ludowców z W. Witosem i Wł. Kiernikiem, 2 posłów z Narodowej Partii Robotniczej, A. Dębski z enedecji, W. Korfanty z chadecji i 5 posłów ukraińskich. Przeciw temu bezprawnemu aresztowaniu protestowały szerokie koła opinii publicznej: profesorowie uniwersytetów i młodzież akademicka, adwokatura, znani literaci i publicyści. Rzecz dziś mało znana: otóż na liście posłów do aresztowania znalazł się także (wraz z Marianem Seydą) sędziwy, bo już 70-letni eks-marszałek Sejmu i Senatu W. Trąmpczyński. Jak wieść niesła, tylko pewnej prywatnej interwencji (zapewne aż u marszałka J. Piłsudskiego) zawdzięczali swe ocalenie przed pobytem w twierdzy brzeskiej...

W wyborach listopadowych 1930 r. W. Trąmpczyński został wybrany posłem III-ej kadencji Sejmu. Zeznawał też w głośnym „procesie brzeskim” jako świadek obrony. W Sejmie protestował przeciw zamachom na autonomię uniwersytetów, niezawisłość sądów i sędziów oraz utworzeniu obozu w Berezie Kartuskiej. Po uchwaleniu konstytucji kwietniowej w 1935 r., która ustanawiała system rządów autorytarnych z niezwykle silną pozycją prezydenta. Posł. W. Trąmpczyński mówił wówczas w Sejmie m.in.: *„Twierdzimy wciąż i twierdzić będziemy, że nowa konstytucja zupełnie nielegalnie doszła do skutku”*. Posłem pozostawał do tegoż 1935 r. W kolejnych wyborach już nie kandydował, bowiem endecja je zbojkotowała. Jako działacz Narodowej Demokracji, b. marszałek Sejmu i Senatu, 75-letni już W. Trąmpczyński, związany był z grupą starszych działaczy (m.in. z Wł. Seydą, R. Rybarskim, St. Strońskim i St. Rymarem). Nadal występował publicznie, domagając się powrotu do praworządności, wolności prasy i zgromadzeń, niezawisłości sądów i adwokatury.

W życiu prywatnym W. Trąmpczyński uważany był za człowieka towarzyskiego i dowcipnego. Z czasem jego sympatie polityczne skierowały się ku Frontowi Morges, ugrupowaniu pozostającemu pod wpływem Ignacego Paderewskiego, ze względu jednak na podeszły wiek W. Trąmpczyński coraz bardziej ograniczał czynną działalność polityczną. Wybuch wojny w 1939 r. zastał go w Poznaniu. Wkrótce został przez Niemców wysiedlony do Generalnej Guberni i przebywał na terenie Warszawy. Tutaj utrzymywał ściśle kontakty polityczne, m.in. ze swym młodszym kolegą-prawnikiem, b. ministrem spraw wewnętrznych i prezydentem m. Poznania, a podczas wojny – Delegatem Rządu RP na Kraj (do sierpnia 1942 r.), C. Ratajskim.

Po powstaniu warszawskim 1944 r. W. Trąmpczyński przebywał przez kilka miesięcy w Milanówku pod Warszawą, po czym powrócił do Poznania. Tutaj też spędził ostatnie lata swego długiego – zasłużonego w służbie dla kraju i dla dobra publicznego – życia. Zmarł 19 października 1953 r. w wieku 93 lat. Pochowany został na poznańskim Cmentarzu Zasłużonych na Wzgórzu św. Wojciecha.

### Najważniejsze źródła i literatura

Sprawozdania stenograficzne z posiedzeń plenarnych Sejmu (1919–1939); Sprawozdania stenograficzne z posiedzeń plenarnych Senatu (1922–1939); 2. WEP PWN 1968, t. 11, s. 637; Łoza 1938, s. 756; Rzepecki K., *Naprzód czy wstecz?*, Pz. 1912; Rzepecki T., *Sejm RP 1919 r.*, Pz 1920; Rzepecki T. i W., *Sejm i Senat 1922–1927*, Pz. 1923; Konopczyński W., *Sejm 1922–1927 bez osłonek*, Kr. 1928; Parlament RP 1919–1927, W.1928; Album sterników nawy Państwa Polskiego w pierwszym dziesięcioleciu niepodległości, W. 1929; Sprawa brzeska 1930–1932, Kat. 1932; Jakóbczyk W., *Studia nad dziejami wielkopolski*, Pz 1967; tenże: *Pruska komisja osadnicza 1886–1919*, Poznań 1976; Hemmerling Z., *Posłowie pruscy w parlamencie Rzeszy Niemieckiej i Sejmie pruskim 1907–1914*, W. 1968; Mićkowski A., *W cieniu marszałka Piłsudskiego*, W.1968; Trzeciakowski W., *Pod pruskim zaborem 1850–1918*, W.1973; Holzer J., Molenda J., *Mozaika polityczna Drugiej Rzeczypospolitej*, W.1973; Czajkowski J., Majchrowski J.M., *Sylwetki polityków Drugiej Rzeczypospolitej*, Kr.1987; Czubiński A., Grot Z., Miśkiewicz B., *Powstanie wielkopolskie 1918–1919. Zarys dziejów*, W.-Pz 1988; Łyczywek R., *Pierwszy marszałek Sejmu II RP, „Palestra”* 1993, z. 1–2; Kisa A., Krzeminski Z., Łyczywek R., *Historia adwokatury polskiej*, W.1995; Pol K., *Poczet prawników polskich*, W.2000.

# CZASOPISMIENNICTWO PRAWNICZE

Stanisław Milewski

## *„Themis Polska” – „Piórem ojczystym nietknięte pole”*

### *Część III*

Od stycznia 1828 roku zaczął ukazywać się miesięcznik „Themis Polska – czyli pismo nauce i praktyce prawa poświęcone” – pierwszy w Polsce periodyk naukowy z tego zakresu. Jego założycielami było grono dydaktyków i absolwentów Uniwersytetu Warszawskiego, uczelni funkcjonującej od czasów Księstwa Warszawskiego. W składzie redakcji znalazło się kilku adwokatów, kilku też z nią ściśle współpracowało. Pismo przyjęło za dewizę maksymę *Qui juris nodos legumque aenigmata solvat* wziętą z Juwenalisa. Czy wyjaśniając owe zawiłości prawne i enigmatyczność ustaw redakcja dobrze wywiązywała się ze swego zadania?

1. Razem z odchodzeniem swobód konstytucyjnych i z nawrotem tendencji zachowawczych następowały w Królestwie Polskim przekształcenia w kierunku reakcyjnym. Wprowadzono tajność obrad sejmowych, a w sądownictwie nie dopuszczano do wykształcenia się instytucji kasacyjnej.

„Themis Polska” ostro i zdecydowanie polemizowała z przeciwnikami kasacji niemal od początku swego istnienia. Już w poszycie trzecim autor piszący pod kryptonimem X.L. przedstawił „Niektóre uwagi o sądzie kasacyjnym”, opowiadając się jako jego „głęboki zwolennik”. Zachęcał też do szerokiej dyskusji, jako że w tym czasie trwały prace nad „statutem organicznym sądownictwa”. X.L. zwalczał pogląd, że instytucja kasacji przedłuża postępowanie sądowe. Nawołując do wypośrodkowania w tym względzie, napisał słowa, które do dziś nie straciły swej aktualności, bo wymiar sprawiedliwości ciągle staje przed tym samym problemem.

„Pośpiech w rozsądzaniu – czytamy tam – jest ze wszech miar zbawienny, jeżeli jednak tego rodzaju szybki sposób postępowania nie zabezpiecza sprawiedliwości, wybieramy co jest lepsze: czyli szybką sprawiedliwość, lub spóźnioną pewność wymiaru sprawiedliwości”. Swoje rozważania autor kończył inwokacją: „Może obierze się rodak zacny, więcej ode mnie ugodny, który tej pracy poświęci się, a prawdziwą zjedna sobie zasługę w narodzie”.

Był to wyraźny ukłon w stronę adwokata, ówczesnie sędziego – Damazego Dzierożyńskiego, członka redakcji, który w tym właśnie czasie ogłosił dzieło pt. „Rzecz o sądownictwie

najwyższym, czyli o potrzebie przywrócenia zupełnego sądu kasacyjnego w Królestwie Polskim". Ogłoszenie o prenumeracie tej książki dano w tymże, trzecim poszycie; w następnym zamieszczono jego fragment z komentarzem, który świadczy, że z poglądami Dzierzynskiego identyfikowała się cała niemal redakcja. „Przedmiot ze wszech miar dla nas ważny – napisano tam – usprawiedliwia pośpiech redakcji w podaniu publiczności próbki, dla pokazania jak autor rzecz swoją traktuje”. Najogólniej można powiedzieć, że za wzór stał sąd kasacyjny francuski.

W dalszych numerach problematyka ta wracała jeszcze kilkakrotnie. Cyprian Zaborowski, dokonując rozbioru dzieła Dzierzynskiego, polemizował z nim w szczegółach, natomiast niewątpliwie ktoś spoza redakcji, ukrywający się pod kryptonimem S.K., w krótkim artykuliku wystąpił zdecydowanie, chociaż gołosłownie, przeciwko sądownictwu kasacyjnemu, argumentując, że z konstytucji nie wypływa konieczna potrzeba jego przywrócenia.

Wkrótce redakcja opublikowała bardzo obszerny, wieloodcinkowy materiał omawiający funkcjonowanie sądu kasacyjnego w czasach Księstwa Warszawskiego. Wynikało z niego jasno, że taki model jest nieodzowny w państwie konstytucyjnym. Gorącym zwolennikiem sądownictwa kasacyjnego był także August Heylman, który w rozprawie „Wywód zasad ogólnych nauki prawa i prawodawstwa” poświęcił mu liczne i obszerne fragmenty. W szczególności dowodził na przykładzie Francji, że instytucja kasacji nie powoduje zwłoki w wymiarze sprawiedliwości. Wytrącał w ten sposób argumenty tym wszystkim, którzy podnosili ten praktyczny i pozornie słuszny aspekt zagadnienia.

W licznych publikacjach ich autorzy nieraz zupełnie mimochodem i niejako przy okazji wyrażali opinie, które z dzisiejszej perspektywy uderzają swoją trafnością i są świadectwem prawidłowego rozwoju polskiej myśli prawniczej. Ignacy Maciejowski, na przykład, wołał o jednakowo wnikliwe badanie i traktowanie wszystkich spraw karnych. „Żadna sprawa – pisał – nie może być za mniej lub więcej ważna w obliczu prawa, zwłaszcza w stosunku do obwinionego, którego dotknąć mająca kara zawsze jest karą kryminalną: różnica tedy co do przedmiotu sprawy nie usprawiedliwia różnicy co do sposobu wybadania istoty czynu”.

Egalitaryzm wobec prawa – to zasada, którą w „Themis Polskiej” akcentowano bardzo często. Gdy w praktyce zdarzyło się, że za to samo przestępstwo wymierzono jednym karę aresztu, a inni płacili tylko grzywnę – autor o kryptonimie W.B. (VII, 1) zaatakował ową fakultatywność i zwracał uwagę, że prawo faworyzuje bogatych. „W ogólności prawodawca nasz chciał – przypominał – aby bez względu na urodzenie, znaczenie i majątek prawo karne wszystkich mieszkańców zarówno obowiązywało i zarówno chce mieć karanych tak klasę najniższą, jako i klasę najwyższą. Skoro więc wszyscy w obliczu prawa są równi, zarówno też dla wszystkich wymiar sprawiedliwości następować musi”.

Interesujące i nowatorskie jest spojrzenie adwokata J. K. Wołowskiego na styk prawa karnego z cywilnym. W „poszycie” pierwszym t. III zwracał uwagę na pewne kolizje praw kryminalnych z cywilnymi, natomiast w t. VII wysunął postulat ujednolicenia obu procedur.

2. Już sam podtytuł – pismo nauce i praktyce prawa poświęcone – wskazywał na kierunek zainteresowań redaktorów. Liczyli na dialog z czytelnikiem, nawoływali do dyskusji nad obowiązującym prawem i do krytycznego na nie spojrzenia przez pryzmat praktyki.

Do współpracy z „Themis Polską” zachęcała praktyków i ówczesna prasa stołeczna. Po kilku miesiącach ukazywania się pisma zarekomendowała je swoim czytelnikom „Gazeta Polska” (członkiem redakcji był w niej Romuald Hube), podkreślając jednocześnie pionierski charakter periodyku. „Roztwiera się przed nimi obszerne, bogate i nowe, bo żadnym prawie piórem ojczystym nietknięte pole – napisano tam pod adresem „Themis”. – Prawdzi-

wi nauk miłośnicy cieszą się z ich pięknego przedsięwzięcia i pragną najgoręcej, aby zamierzonemu celowi, aby oczekiwaniu i potrzebie kraju odpowiedzieć zdołali, słowem, aby okazali się godnymi tej zaszczytnej palmy”.

Po dwu latach, w 1830 roku, na temat prawniczego periodyku wypowiedziano się na łamach „Powszechnego Dziennika Krajowego”: „Cieszymy się pismem wyłącznie nauce prawa poświęconym, lecz z tęsknotą oczekujemy żywszego nim zajęcia się. Niewielka liczba artykułów Temidy stała się przedmiotem następnego w pismach rozbioru, a te prawie wszystkie z praktycznego brane były stanowiska. To postrzeżenie powodować winno Redakcją do zajęcia swego pisma więcej praktycznymi artykułami”.

Ów przytyk był o tyle niezawiniony, że redakcja czyniła intensywne starania, by przyciągnąć praktyków. W tomie V Hube pisał z goryczą: „Prawdziwie z żalem przychodzi wspomnieć, że pomimo udzielonej rok temu drogi sposobności zasilania się wzajemnymi obserwacjami zebranymi na polu rozległej praktyki, kilku tylko urzędników sądowych raczyło dotąd pospieszyć się z wypłaceniem się ze świętego długu, który względem swego kraju zaciągnęli”.

W tej sytuacji publikowano skwapliwie wszystko, cokolwiek nadesłano, przeciwko czemu oponowali z kolei czytelnicy. „Jako prenumerujący czuję się być upoważnionym do oświadczenia: aby (redakcja) nadal artykułami podobnymi więcej do Kuriera, niżeli do Themidy należącymi, pisma swego nie zapełniała” – protestował jeden z nich po takiej próbie. W komentarzu czytamy, że redakcja, pragnąc otworzyć „pole popisu dla młodych prawników” – nie odrzuciła materiału, który do zamieszczenia „nie zalecał się z żadnej strony”.

Interesujące są przy tym dociekania przyczyn niechęci środowiska prawniczego do publicznego zabierania głosu. „Przyczyną tego u nas wstrętu do naukowego pisania – stwierdził, jak można sądzić, Hube – upatrywałbym raczej w pewnym rodzaju nieśmiałości, obawie zaczęcia, podnieconej przez masę tak zwanych krytyków gotowych do napaści na każdego, który przed publicznością z pismem wystąpić poważy się. Jeśli bowiem jest u nas wstręt do pracy naukowej, to znowu silny jest zapal i ochota do nicowania cudzych poglądów”. Jak z tego widać, tępienie w środowisku gorliwców „wychylających się” ma historyczną tradycję.

Owa wstrzemięźliwość w zabieraniu głosu przez praktyków sprawiała, że „Themis Polska” bardziej z konieczności niż z programowych zamierzeń popadała w skrajność polegającą na przeteoretyzowaniu zamieszczanych na jej łamach publikacji. Można byłoby to traktować jako korzystną przeciwwagę dla uniwersytetu, który w tym czasie nastawiony był więcej na praktycystyczny utylitaryzm niż na rozwijanie teorii prawa, gdyby nie fakt, że jednej skrajności nigdy nie udaje się wyrównać przez drugą.

# PALESTRA

PRZED LATY

**Rok 1962 (nr 1–2)**

## **Miejsce i rola adwokatury w wymiarze sprawiedliwości**

### OBRADY PLENUM ZG ZRZESZENIA PRAWNIKÓW POLSKICH

W dniach 2 i 3 grudnia 1961 r. w Warszawie obradowało Plenum Zarządu Głównego Zrzeszenia Prawników Polskich. W obradach wziął także udział Wiceminister Sprawiedliwości Kazimierz Zawadzki.

Pierwotny porządek dzienny przewidywał poświęcenie pierwszego dnia obrad na przedyskutowanie problemów adwokatury, drugiego zaś – na zagadnienie prawa pracy.

W toku obrad okazało się, że dyskusja na temat pierwszego punktu porządku dziennego pochłonięła czas przeznaczony na punkt drugi. Obok spraw adwokatury zdołano omówić jedynie najważniejsze sprawy organizacyjne związane ze zbliżającym się Zjazdem ZPP oraz uchwalić rezolucję potępiającą delegalizację Komunistycznej Partii Stanów Zjednoczonych.

Podstawę dyskusji o adwokaturze stanowił referat wygłoszony przez Prezesa ZG ZPP Mariana Mazura.



*Stanisław Siekierko*

## **Rzymska Konwencja o ochronie artystów-wykonawców**

W październiku ub. r. obradowała w Rzymie konferencja dyplomatyczna, której celem było zawarcie międzynarodowej konwencji o ochronie artystów-wykonawców, producentów nagrań dźwiękowych oraz organizacji radiowo-telewizyjnych. W konferencji brali udział delegaci 43 państw, w tym również i Polski. Ponadto uczestniczyli w obradach – na prawach obserwatorów – przedstawiciele 18 zainteresowanych organizacji międzynarodowych. Konferencja zwołana została wspólnie przez UNESCO, Międzynarodową Organizację Pracy oraz Biuro Unii Berneńskiej.

Obrady Konferencji w Rzymie doprowadziły do ustalenia treści konwencji międzynarodowej, która na posiedzeniu końcowym została od razu podpisana przez delegatów 18 państw. Inne państwa, które uczestniczyły w konferencji rzymskiej, będą mo-

gły podpisać Konwencję do 30 czerwca 1962 r. W ten sposób wieloletnie starania artystów, do których przyłączyli się inni zainteresowani, zostały uwiecznione realnym wynikiem. (...)

## Problem ochrony artystów-wykonawców w Polsce

Delegacja polska, która brała czynny udział w obradach konferencji, nie podpisała jednak w Rzymie zawartej Konwencji. Stanowisko to jest zrozumiałe, gdyż dotychczas ochrona artystów-wykonawców nie jest u nas w kraju unormowana specjalnymi przepisami prawnymi, art. 26 zaś zawartej Konwencji wymaga od państwa ratyfikującego możliwości jej stosowania zgodnie ze swoim ustawodawstwem krajowym.

Jest jednak faktem oczywistym, że również i u nas narastają problemy związane z ochroną artystów-wykonawców oraz mnożą się na tym tle konflikty z zainteresowanymi instytucjami. Jeden z takich charakterystycznych konfliktów dopiero niedawno został zażegnany. Chodziło o to, że nieraz w muzycznych audycjach telewizyjnych występowali jedni artyści, głos zaś był „podkładany” innymi artystów. Działo się to bez wiedzy i zgody zainteresowanych artystów-wykonawców. Przeciwno tym praktykom naszej Telewizji wystąpili artyści-spiewacy i w rezultacie ukazało się w tej sprawie Zarządzenie Komitetu do Spraw Radia i Telewizji z dnia 14.VIII.1961 r. Zarządzenie to stwierdza, że „wykorzystywanie utrwalonego w formie nagrań archiwalnych głosu śpiewaków-solistów jako głosu innych osób występujących w programie telewizyjnym może nastąpić wyłącznie za zgodą śpiewaka-solisty, którego głos ma być wykorzystany”. Ponadto zarządzenie to przyznaje śpiewakowi-solście, którego głos został za jego zgodą wykorzystany, dodatkowe wynagrodzenie, obliczane w stosunku procentowym do wynagrodzenia, jakie w swoim czasie otrzymał za nagranie archiwalne.

Odwrotna sytuacja miała miejsce wtedy, gdy Polskie Radio – bez zgody artystów-wykonawców – wykorzystało taśmę dźwiękową z ich nagraniami, wziętą z audycji telewizyjnej. Protest zainteresowanych artystów został w końcu uwzględniony i przyznano im dodatkowe wynagrodzenie.

„Polskie Nagrania” starają się we własnym zakresie ustalić warunki, na jakich artyści-wykonawcy wyrażą zgodę na przekazywanie innym instytucjom taśm z ich nagraniami.

Te wzięte z codziennej praktyki przykłady wskazują na to, że zainteresowane instytucje starają się – każda na swoją rękę – empirycznie regulować wyłaniające się problemy związane z ochroną artystów-wykonawców. W tej sytuacji uzasadniony staje się postulat organizacji artystycznych domagających się jednolitego prawnego unormowania całego zagadnienia. Niewątpliwie, odmienność naszych warunków społecznych i ekonomicznych może nam dyktować własne rozwiązania, które nie będą w pełni zbieżne z postanowieniami Konwencji rzymskiej. Można i należy dyskutować o zakresie i formie ochrony artystów-wykonawców, sama jednak potrzeba takiej ochrony również u nas w kraju nie może być negowana.



## „Kwestia kobieca” w naszej adwokaturze

Niebezpiecznie jest zaczynać *ab ovo*, ponieważ może nie starczyć miejsca na sedno tematu. Respektując tę uwagę, trudno mi jednak nie poświęcić kilku zdań tzw. kwestii kobiecej w ogóle oraz fragmentom historii zawodu adwokackiego kobiety.

W odległych dziejach kwestia kobieca pojawiła się wówczas, gdy ustała samowystarczalność gospodarstwa domowego i gdy usamodzielnienie się rzemiosła poza tym gospodarstwem spowodowało nadmiar kobiecych sił roboczych w domu. Mimo przeciwnie pozory, we wczesnym średniowieczu samodzielność zawodowa kobiety była wydatniejsza niż później, kiedy cechy – w większości przecież w składzie męskim – uznały, że należy wyzbyć się kobiet wykonujących rzemiosło, np. hafciarek czy tkaczek, dla ratowania swojej pozycji gospodarczej. Powstanie manufaktur dało kobietom z klas nieposiadających sposobność zatrudnienia, nie rozwiązywało to jednak istoty problemu, który swym zasięgiem obejmował przyznanie zarówno pełni praw publicznych, jak i wykonywania zawodów wyższego rzędu, uznawanych wciąż jeszcze za „męskie”.

Znamy historię walki kobiet o swe prawa, dotychczas jeszcze nie wszędzie w pełni zakończone. Aktualny rezultat tej walki obrazuje m.i. ciekawy artykuł Marii Regentowej, przedstawicielki Polski na XV sesji Komisji Praw Kobiet ONZ, odbytej w 1961 r. w Genewie.

Z chwilą odzyskania niepodległości w r. 1918 kobiecie przyznano prawa polityczne na równi z mężczyzną. Kobieta ma więc w Polsce nieograniczoną możliwość zajmowania stanowisk publicznych i wykonywania wszystkich zawodów, nie biorąc pod uwagę pewnych tylko zakazów z dziedziny ustawodawstwa ochronnego, mających raczej charakter przywilejów niż ograniczeń.

Mimo jednak formalnoprawnych rozstrzygnięć zasady równouprawnienia, pozostają co do niej jakieś zastrzeżenia faktyczne, skoro słyszymy głosy słusznie usiłujące relikty te niweczyć.

Stan prawny znoszący formalnie podział zawodów na męskie i kobiece, ściślej biorąc – wyłącza pewnej ich kategorii dla mężczyzn, nie oznacza bynajmniej, że jedno z nich odpowiada bardziej mężczyznom, inne kobietom. Wpływa to z różnic psychofizycznych. Słusznie podnosi Janina Waluk, że w miarę postępu technicznego, gdy czynnik fizyczny traci na znaczeniu, przestaje on zarazem oddziaływać na większą przydatność jakiejś pracy dla mężczyzny.

Nie można także bez narażenia się na zarzut braku realizmu twierdzić, że natura, obciążając kobietę macierzyństwem, nie ogranicza jej w swobodzie wyboru i wykonywania zawodu. Jednakże ten wzgląd nie decyduje w rozważaniach dotyczących pracy zawodowej kobiety nie skrępowanej obowiązkami wypływającymi z macierzyństwa, a przecież takich sytuacji jest sporo.

Zakorzenione pojęcie o słabości płci żeńskiej doprowadza często do przyjętych tradycyjnie konwenansów. Nieraz np. wydaje się, że kobieta na pewno poprowadziłaby lepiej motocykl niż mężczyzna. Jednakże owo kierowanie tak przylgnęło w tych wypadkach do mężczyzny, że

uważamy je za coś wręcz koniecznego. Zachowując wszelkie proporcje, można powiedzieć, że tak samo nieracjonalnie wyodrębniamy często różne inne zawody „męskie”.



Stare przysłowie głosi, że historia jest nauczycielką życia, jednakże jakże często odbiega ono od prawdy przy konfrontacji z późniejszym doświadczeniem. Przekonywają o tym wymownie przykłady najbardziej charakterystycznych poglądów, które pochodzą z dalekiej i bliskiej przeszłości, a dotyczą kobiety w zawodzie adwokackim.

Pretorzy zabronili kobietom podejmowania się zastępstw sądowych, „gdyż nie powinny one, wbrew skromności właściwej ich płci, mieszać się do cudzych spraw i iść się zająć męskich”. Zakaz ten według Ulpiana wywołany został natręctwem niejkiej Cai Afranii, „najbezwstydniejszej kobiety”, naprzykrzającej się sądowi swoim pieniacstwem.

W dwadzieścia wieków później, w okresie burzliwej dyskusji, jaka towarzyszyła opracowywaniu zasad ustroju i warunków wykonywania zawodu adwokackiego w Belgii, te same argumenty przytaczane były przeciwko dopuszczeniu kobiet do adwokatury. „Zostawcie – mówiono – mężczyznom sprawy do nich należące: rządy w państwie i życie publiczne, do czego nie jesteście stworzone; pozostawcie kobietami. Kobieta z natury swej nie jest przeznaczona do tej roli. Gniew i entuzjazm mówcy źle odbijają się na sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, zapalczywość i egzaltacja uczuć przesadne przejęcie się sprawą klienta, którego kobieta nie potrafi oddzielić od samego procesu – zaciemnia to, co powinno być wyjaśnione”.

W starożytnym dekreście Alfonsa Mądrego, zakazującym kobietom zajmowania się adwokaturą, wszystko to było wyrażone krócej i dosadniej: „(...) gdyż od chwili, gdy wyzbęda się nieśmiałości, bardzo trudno je słuchać i niepodobieństwo z nimi dyskutować”.

W roku 1889 Rorelin, doktor prawa, przywódczyni ruchu feministycznego w Belgii, podjęła oficjalne starania o dopuszczenie jej do brukselskiej adwokatury. Starania te popierał jeden z najstarszych i najszanowniejszych adwokatów brukselskich – minister Guillery. Zarówno sąd apelacyjny, jak i sąd kasacyjny odrzuciły prośbę Rorelin, przy czym pierwszy z nich powołał się na słabość płci i na szczególną misję kobiet w ognisku domowym, a drugi przytoczył prawo rzymskie, „gdzie zawód adwokata traktowany był jako zajęcie męskie, według panujących obyczajów niezgodne z wymaganym od kobiety prowadzeniem się”.

Wprawdzie w ówczesnej adwokaturnie belgijskiej liczebna przewaga była po stronie antyfeministów, jednakże najwybitniejsi jej przedstawiciele wypowiadali się na rzecz dopuszczenia kobiet do adwokatury.

Po stronie kobiet wypowiedzieli się także – nieomal jednocześnie – najwybitniejsi prawnicy i adwokaci francuscy. Kwestia dostępu kobiet do adwokatury również we Francji wypłynęła dopiero pod koniec XIX wieku. W roku 1897 Cour De Paris orzekł, że kobieta nie może wykonywać zawodu adwokata. Wyrok ten wywołał olbrzymią dyskusję, w której poddano go ostrej krytyce. W szczególności argumentowano, że jest on pozbawiony logiki, jeżeli bowiem kobiety dopuszczone są do wyższych studiów i kończą je z wybitnymi wynikami, to jak można usprawiedliwić stanowisko, iż nie mogą one pełnić zawodu, do którego zdobyły pełne przygotowanie.

W rezultacie znakomici prawnicy i politycy: Leon Bourgeois, Leveille, Paul Deschanel i Poncaré przeprowadzili w roku 1900 ustawę, na mocy której kobiety zostały dopuszczone do zawodu. Historię tej ustawy, a w szczególności interesujące motywy do niej, przytacza w swej książce prezes narodowego zrzeszenia adwokatów (Association Nationale des Avocats inscrits aux Barreaux de France), profesor prawa Jean Appleton.

Kiedy potem w dniu 7 grudnia 1900 roku pierwsza kobieta adwokat – Madame Petit – z pochodzenia Rosjanka, wystąpiła przed paryskim trybunałem apelacyjnym, pisma bulwarowe podały szczegółowy opis jej wytwornej togi, która różniła się od męskiej obfitymi fałdami. Wybitny austriacki adwokat Edmund Benedikt, nawiązując do tego faktu pisał: „Oby te różnice w kroju szaty były jedynym złem, jakie powstanie z pracy obydwu płci w adwokaturze. Kto wie, jakie niebezpieczeństwa dla bezstronności i nieugiętości wyrokowania gotują owe specyficzne stosunki możliwe pomiędzy kobietą-obrońcą a sędzią i prokuratorem, gdy złączą się oni w tej nieskończoności jawnych i ukrytych pobudek, nie obcych żadnemu grzesznemu człowiekowi? – W stosunkach tych możliwe są przecież te niebezpieczeństwa dla wymiaru sprawiedliwości, których obecnie nie może być poza nikczemnym przypadkiem skłonności homoseksualizmu” (...).

W kilkanaście lat później Jean Appleton tej tak patetycznie, a dla nas wysoce humorystycznie wyrażonej obawie przeciwstawia takie stwierdzenie: „Zastosowanie prawa (dopuszczającego do zawodu adwokackiego kobiety – przyp. mój – Z.A.) dowiodło, że podstawowe obiekcje podniesione przeciwko niemu okazały się płonne. Adwokatura nie została zdławiona przez kobiety. Ich obecność w niej nie doprowadziła do żadnego skandalu; ich urok nie zwiódł sprawiedliwości z drogi prawa. Rodzina nie została rzucona na pastwę losu; związki małżeńskie nie uległy rozbiću”.

(...)



Chciałbym przedstawić swoje osobiste spostrzeżenia (których trafność może być, naturalnie, jak najbardziej dyskusyjna) z dziedziny porównań kobiety z mężczyzną na odcinku adwokatury.

Sądzę, że egzamin kwalifikacyjny dla kandydatów ubiegających się o wpis na listy aplikantów adwokackich jest szczególną sposobnością uwydatnienia intelektualnego poziomu kandydatek. Egzamin ten – przede wszystkim z ogólnej wiedzy humanistycznej – pozwala chyba na supozycję, że młode kandydatki przewyższają wiadomościami swych męskich rówieśników. Krótko mówiąc, podczas naszych egzaminów kandydatki przeciętnie okazały się inteligentniejsze od kandydatów. Oczywiście trzeba tu uczynić stanowcze zastrzeżenie co do wyjątków zarówno na korzyść kandydatów, jak i na niekorzyść kandydatek.

W okresie odbywania aplikacji nie zarysowuje się już intelektualna przewaga aplikantek, co jest zrozumiałe, gdyż spośród mężczyzn z reguły wpisani zostają na listę kandydaci mający najlepsze wyniki egzaminacyjne.

Na egzaminach zaś adwokackich kobiety i absolutnie, i proporcjonalnie mają mniej wyników niedostatecznych niż mężczyźni.

Po złożonym egzaminie przedmiotem porównawczych spostrzeżeń staje się już kobieta-adwokat. Przewidywania „feministów”, zwolenników dopuszczenia kobiet do zawodu adwokackiego, okazały się słuszne. Kobiety z reguły wnoszą do procesu czynnik miarkujący temperamenty, wymuszają kurtuazję na rozprawach sądowych i podnoszą dzięki temu ich kulturę. Mówią poprawnym językiem, argumentują przekonywająco, zwłaszcza jeśli chodzi

o tezy sięgające głębiej w psychikę kobiety, ich ironia ma poprawną formę pozbawioną brutalności, wywołującej – niestety dość często – pożałowania godne starcia procesowych przeciwników.

Kobieta-adwokat reprezentuje z reguły wysoki poziom etyczny. Daje temu wyraz zarówno nasze codzienne doświadczenie, jak i statystyka spraw dyscyplinarnych oraz rzadsze niż w stosunku do mężczyzn utyskiwania ze strony magistratury, kolegów, a także klientów.

W zacytowanym już wyżej ciekawym artykule Janina Waluk zainteresowała się również trudnościami w podnoszeniu kwalifikacji zawodowych kobiet pracujących. Trudności wynikają, zdaniem autorki, przede wszystkim z konieczności łączenia pracy zawodowej z pracą domową. Jestem skłonny przypuszczać, że podobna trudność występuje również dla kobiety w adwokaturze. W miarę powstawania i wzrostu obowiązków rodzinnych, kobiety częściowo świadomie rezygnują z ambicji zawodowych. Przestają wspinać się po szczeblach wiedzy i doświadczenia na taki poziom, jakie predystynował im początek kariery zawodowej. Nie przejawiają zainteresowań zagadnieniami organizacyjnymi w zawodzie ani pracą społeczną w ogóle.

Uznając, że wysiłki kobiety dla podłożenia obowiązkom rodzinnym stanowią wkład niewymiernej wartości do ogólnej skarbnicy społecznej, trzeba stwierdzić, że swe walory zawodowe, etyczne i intelektualne kobieta-adwokat składa często w ofierze właśnie tym wysiłkom, z nieuniknioną szkodą dla kariery zawodowej.

Jest znamienne, że mimo znacznego odsetka kobiet w adwokaturze i jego stałego wzrostu, nie mają one przedstawicielek w organach samorządu zawodowego. Wyjątki w tym względzie są zupełnie nieliczne. O ile wiem, tylko w dwu wypadkach kobiety sprawowały funkcje dziekanów; wypadki te dawno już poszły w zapomnienie właśnie z przyczyny zamążpójścia.

W publicystyce zawodowej, poza nielicznymi chlubnymi wyjątkami, kobiety także nie manifestują swej obecności. Byłoby przecież bardzo interesujące dowiedzieć się od nich samych, jak się czują w zawodzie i co widzą w nim złego.

Podstawowym elementem prawidłowo rozwijającej się praktyki adwokata jest zaufanie, jakim obdarzają go klienci. Jak z tego punktu widzenia kształtuje się stosunek klienta do kobiety-adwokata?

W tej dziedzinie dokonała się już pełna ewolucja, jeśli nie rewolucja pojęć. Początkowe zastrzeżenia, które szeroką falą płynęły ze strony „antyfeministów”, wyznawali także i klienci, zwłaszcza wiejscy; ci najdłużej trwali na pozycjach rezerwy wobec kobiet-sędziów i kobiet-adwokatów. W miarę osławiania się ze zjawiskiem kobiecym w tych zawodach, a przede wszystkim w miarę poznawania rezultatów „babskiej” pracy, rezerwa zaczęła ustępować zaufaniu. Praca w mieszanych zespołach przekonywa, że płeć nie jest tym czynnikiem, który przy powierzaniu sprawy zachęca lub powstrzymuje klienta. Klient przychodzi do zespołu z reguły z własną lub też urobioną opinią o adwokacie, kobiecie lub mężczyźnie, że jest on „dobry” albo „słaby”. Naturalnie, dokonuje on wyboru również ze względu na ustaloną specjalność adwokata oraz szczególne cechy sprawy. W „gardłowych” np. sprawach klienci szukają raczej obrońców wśród swojej własnej płci. W wielu sprawach cywilnych zarówno mężczyźni, jak i kobiety zwracają się o pomoc chętniej do kobiet. Wydaje się, że mężczyźni, zwłaszcza w drastycznych sporach z kobietami, przymyślnie powierzają sprawy kobietom. Gdy mężczyzna odczuwa niepokój i liczy się z niebezpieczeństwem złego „wyglądu” w procesie rozwodowym lub alimentacyjnym, wydaje się, że pod skrzydłami kobiety-adwokata będzie mu lepiej. Wyobraża sobie wówczas, że adwokat-kobieta nie tyl-

ko wiedzą prawniczą wesprze jego stanowisko, lecz osłoni go także przez zarzutem wyrządzenia krzywdy innej kobiecie. Przecież zaprzeczenie takiej krzywdy jest bardziej przekonujące, gdy głosi je również kobieta!

Tak to męska przebiegłość usiłuje niekiedy narazić kobietę-adwokata na konflikt z interesami swojej własnej płci!

Ponieważ zacząłem od uwag zmierzających do stwierdzenia, że zaufanie do obu płci w adwokaturze jest prawie wyrównane, opisane zjawisko świadczyłoby nawet o specyficznej przewadze kobiet w zawodzie. Nie przesądzajmy jednak i nie dramatyzujmy, a przede wszystkim nie zapisujemy nic z tego na minus koleżankom! Trzeba pamiętać, że zgodnie z ustawą nie mogą one nikomu odmawiać pomocy prawnej, a więc i chytremu mężczyźnie, a następnie, przyjmując sprawę najbardziej nawet nieprzyjemną dla klienta, nie wyrzekają się koniecznego obiektywizmu.

Słyszysz się niekiedy, że mężczyźni, traktując zawód adwokata jako „swój”, utrudniają kobietom do niego dostęp. Myślę, że insynuacje takie odpiera statystyka oraz fakt, że o wpisach na listę adwokatów decydują jak dotychczas mężczyźni. Gdyby jednak ktoś pytał, dlaczego mówi się o stosunku mężczyzn do kobiet, a nie odwrotnie, to dlatego, że oni, a nie one są pionierami zawodu adwokackiego i że stanowią w nim nadal przeważającą większość. Jednakże stosunek ten jest z pewnością obiektywny i koleżeński. Mężczyźni nie obawiają się jakiegś specjalnej kobiecej konkurencji; widzą ją raczej w nowych wpisach w ogóle. Nie lekceważą sobie przeciwniczek procesowych wiedząc, że często górują nad nimi starannością w przygotowaniu sprawy.



Zbliżając się ku końcowi swych rozważań, chciałbym jeszcze dotknąć problemu, który nieco wychodzi poza granice określone dla tego artykułu. Mieści się on raczej w sferze rozważań – żeby nie użyć patosu – bardzo ogólnoludzkich.

Słyszysz się, że kobieta w naszym zawodzie narażona jest, jak w żadnym innym na utratę swego naturalnego wdzięku. Z ciągłego przeciwstawiania się poglądom przeciwnika zrodzić się może skłonność do sprzeczek i kłótniowości. Stykając się w zawodzie – jakże często – z najbardziej brutalnymi instyktami, kobieta może przytępić właściwą sobie subtelność i rozwiać aureolę czystości, którą pragnie widzieć wokół niej mężczyzna. Kobiety mogą wprawdzie powiedzieć: Nie martwcie się, to jest nasza sprawa. Jednakże, czy nie lepszy byłby kompromis: to jest wspólna sprawa!

Jan Wolfgang Goethe, uznany geniusz, poeta, a z przygotowania zawodowego adwokata, szukając dla swego Fausta szczęścia w sytuacjach życiowych najbardziej – wydawałoby się – po temu wdzięcznych, na zakończenie tej osobliwej wędrówki woła głosami mistycznego chóru: *„Das Ewig Weibliche, zieht uns hinan!”* Goethe musiał w tym widzieć wielką prawdę, skoro wypowiedział ją w ostatnim zdaniu swego nieśmiertelnego dzieła, choć zdawało się przecież, że Faust znalazł całkowite szczęście we wspólnej pionierskiej pracy wolnych ludzi.

Arcymistrz poetów i filozof tworzył na przełomie epoki u wrót romantyzmu. Mimo że nasze patrzenie na świat może być bardziej ziemskie, z nie mniejszym zachwytem składamy hołd temu, „co wiecznie kobiece”. Jeżeli wykonywanie zawodu adwokata istotnie kryje w sobie jakieś niebezpieczeństwo, to jego świadomość w parze z niezawodną intuicją pozwoli je kobiecie przezwyciężyć.

Wnioski ostateczne, które na dzisiaj chcę wyprowadzić z zawodowej pracy kobiet w adwokaturze, są z pewnością pozytywne. Kobieta podnosi kulturę obyczajów w zawo-

dzie. Będąc lepszą powiernicą dla klientki, dzięki osobistym dyspozycjom kobieta-adwokat ułatwia rozwiązywanie kobiecych problemów psychologicznych. Poza tym, według moich spostrzeżeń, przejawiając większą skłonność do dyscypliny, dopomaga do przestrzegania właściwego poziomu etyki zawodowej i organizacyjnego scalania zawodu.

Jeżeli kobieta nie zawsze rozwija w dostatecznym stopniu swe kwalifikacje zawodowe, to nie z powodu naturalnego upośledzenia, lecz z reguły ze względu na utrudnienia natury rodzinnej. Ta sama przyczyna działa w dziedzinie społecznej i publicystycznej pracy koleżanek-adwokatek.

## Prasa o adwokaturze

Tak więc problem adwokatury stał się problemem otwartym. Dyskusja nad zjawiskami zachodzącymi w adwokackiej społeczności wyszła poza ramy środowiskowe, nabierając imponujących wprost rozmiarów. W ciągu ostatnich dwóch miesięcy nie było chyba czasopisma, ba – gazety codziennej, które by nie zajęły się tym tematem. „Lektor” tonie prawie w powodzi wycinków różnego formatu, notatek i artykułów, przeważnie atakujących, zawsze pełnych namietności i pasji, choć nie zawsze obiektywnych i wyważonych.

Ta powódź może co wrażliwszych przyprawić o ból głowy, spokojniejszych – o refleksje na temat sytuacji w adwokaturze i wniosków stąd płynących. Nic jednak na to nie poradziemy. Fakty są faktami, a każdy z nich ma jednoznaczną wymowę. Zresztą zawód adwokata ma to do siebie, że usytuowany jest w najbardziej newralgicznych strefach życia społecznego.

I niech sobie inni mówią, co chcą, a ja w tym niezwykle szerokim zasięgu zainteresowania sprawami palestry widzę elementy pozytywne i krzepiące. Jakież to bowiem walor społeczny muszą mieć zawód i wykonujące go środowisko, jeśli ich sprawy budzą tak namietne dyskusje i zabierają tak wiele uwagi opinii społecznej! Lepiej zapewne i przyjemniej być chwalonym niż krytykowanym, ale i krytyka, byleby mieściła się w ramach rzeczowej i konkretnej atmosfery, nikomu jeszcze nie zaszkodziła. A właśnie takim tenorem zaczynają coraz bardziej rozbrzmiewać głosy prasy.

Harcownicy, prześcigający się w efektownym pustostłowi i niewybrednych sformułowaniach, zaczynają ustępować przed bardziej rozważnie poczynającymi sobie zastępami wiecznych piór dziennikarskich. Zamyka niejako ten etap Kazimierz Kąkol artykułem zamieszczonym w numerze 24 „Prawa i Życia” (z 1961 r.) pt. „Kariera «konkubiny»”, próbując raz jeszcze przekonać czytelników że niesławnej pamięci reportaż Rowińskiego był pożyteczny i spełnił rolę drożdży w dyskusji o adwokaturze.

Jeżeli to były drożdże, to bardzo pośledniego gatunku, ale niech „Prawu i Życiu” wyjdą na zdrowie.

(...)

*Lektor*

# 100 LAT TEMU

## KRAJ

### **Petersburg, 16 (29) maja 1903 r. Nr 20**

Prawo i sądy.

Z książki pamiątkowej warszawskiego okręgu sądowego na rok 1903, która w tych dniach opuściła prasę, okazuje się, że z końcem r. 1902 pozostało w sądach okręgu warszawskiego wiele niezalatwionych spraw. I tak: w sądzie warszawskim: karnych –

3,532, cywilnych – 6,211; w piotrkowskim sądzie: karnych – 2,194, cywilnych – 3,552; w suwalskim: karnych – 1,813, cywilnych – 68. Podobnie wielkie zaległości znajdują się także w Izbie sądowej, gdzie pozostaje nierozstrzygniętych 4,447 spraw karnych a 4,352 cywilnych.

### **Petersburg, 23 maja (5 czerwca) 1903 r. Nr 21**

Prawo i sądy.

Czy korzystanie z cudzego biletu wolnej jazdy może być uważane za przestępstwo? Pytanie to było niedawno rozstrząsane przez władze sądowe. Zjazd sędziów po-koju w Radomiu, Jasińskiego, któ-

ry jechał pociągiem za cudzym biletem wolnej jazdy, skazał na więzienie, jako za oszustwo; skazany odwołał się do senatu, gdzie wyrok zjazdu został uchylony i całe postępowanie karne zostało umorzono.

### **Petersburg, 13 (26) czerwca 1903 r. Nr 24**

Prawo i sądy.

W Lizbonie zaszedł zatarg poważny między sądami a adwokatami.

W czasie procesu bankowego, obrońca głównego oskarżonego, głośny adwokat miejscowy, p. Bra-

ha, ostro krytykował postępowanie władzy śledczej; prezes obrońcę, a gdy to nie poskutkowało, wydalł go z sali. Stronne postępowanie prezesa obraziło adwokatów i sędziów przysięgłych, którzy uniewinnili wszystkich oskarżonych, adwokaci zaś postanowili nie występować w sądzie apelacyjnym, zanim sąd nie da im właściwej satysfakcji.

W lwowskim sądzie karnym odbyła się przed trybunałem sędziów przysięgłych rozprawa przeciw znanemu artyście i krytykowi Stanisławowi Witkiewiczowi, oskarżonemu o obrazę czci przez lekarza zakopiańskiego, d-ra Jana Gaika. Witkiewicza bronił adwokat dr. Grek, imieniem oskarżającego, d-ra Gaika, występował dr. Askenazy. Bezpośrednią przyczyną oskarżenia był ustęp broszury

Witkiewicza: „Bagno”, skierowany przeciw d-rowi Gaikowi, w której Witkiewicz twierdzi, że polityką d-ra Chramca i jego stronników jest „wygryzanie” każdorazowego lekarza stacji klimatycznej w Zakopanem. Rozprawa skończyła się uwolnieniem Witkiewicza, któremu publiczność lwowska urządziła owację.

Teodor Łukaszczyk, redaktor polskiej „Gazety Robotniczej” w Prusach, został skazany na 3 miesiące więzienia przez Izbę karną w Bytomiu, za artykuł, omawiający nieszczęście, które wydarzyło się w szybie królowej Ludwiki. W nim sąd dopatrzył się podburzania klas robotniczych przeciw ludziom posiadającym majątek, których w artykule zbrodniarzami nazwano.

### **Petersburg, 20 czerwca (3 lipca) 1903 r. Nr 25**

Ruch kobiecy.

Akademja lekarska w Petersburgu zezwoliła kobietom-lekarzkom na studia w oddziałach: psychiatrycznym i ostrych chorób zaraźliwych, do których dotąd dostępu nie miały.

Prawo i sądy.

Ważne znaczenie dla praktyki sądowej ma orzeczenie Senatu w sprawie Połujektowych. Po śmierci Konstantego Połujektowa, który zginął przy wypadku na statku Towarzystwa żeglugi Azowskiej, siostry jego wytoczyły powództwo o odszkodowanie za

śmierć brata. Izba sądowa powództwo to odrzuciła, gdyż art. 657, t. X, cz. I, w liczbie osób, mających prawo do odszkodowania, wymienia tylko rodziców, małżonka i dzieci zmarłego, wyszczególnienie to zdaniem Izby ma charakter wyczerpujący. Od tej decyzji powódki odwołały się do Senatu, dowodząc, że art. 683, t. X, cz. I nadaje prawo do odszkodowania od przedsiębiorstw kolejowych i parostatkowych każdemu, który wskutek czyjejś śmierci lub kalectwa, poniósł stratę i że przeto wyszczególnienie osób w art. 657 ma znaczenie przykładu tyl-

ko. Do tej interpretacji przyłączył się Senat, uchylając wyrok Izby sądowej wskutek obrazu art. 657 i 683, t. X, cz. I Sw. Zak.

### **Petersburg, 29 czerwca (12 lipca) 1903 r.**

Prawo i sądy.

Prawo obowiązujące zabrania grzebania chrześcijan bez udziału osoby duchownej danego obrządku o ile wezwanie duchownego nie było zbyt uciążliwym. Winni przekroczenia tego przepisu karani są aresztem na czas do 3 miesięcy. Niedawno włościanin gub. czernihowskiej, Iwan Moczko, za pochowanie żony bez udziału parocha skazany został na 3 tygodnie aresztu. Skazany apelował do Izby sądowej kijowskiej, wskazując, że zmuszony był do pochowania nieboszczki bez udziału duchownego, gdyż paroch wymagał od niego za pogrzeb 7 rubli, on zaś tej sumy dać nie mógł. Izba sądowa, zgodnie z wnioskami prokuratora, zmniejszyła podsądnemu karę do 3 dni aresztu policyjnego.

Orzeczenie to Senatu rozszerza znacznie koło osób, które mogą dochodzić strat wskutek wypadków na kolejach i statkach.

Niedawno adw. przys. Kierski, wracając z żoną z Falenicy do Warszawy za biletami drugiej klasy, był zmuszony stać całą drogę dla braku miejsca, przyczem nadkonduktor i kontroler, na żądanie jego wskazania mu miejsc, zagrozili mu sporządzeniem protokołu. Wobec tego p. Kierski pozwał zarząd kolei Nadwiślańskiej o zwrot 48 kopiejek, stanowiących różnicę między ceną biletów klasy drugiej a czwartej, gdyż tylko w czwartej klasie pasażer nie dostaje miejsca do siedzenia, zapłaciwszy zaś za przejazd w wyższej klasie, na mocy art. 20 og. ust. kol., ma prawo wymagać właściwego miejsca. Sędzia pokoju uznał słuszność powództwa p. Kierskiego, zasądzając na jego rzecz 48 kop., oraz 5 rb. kosztów sądowych.

## **GAZETA SĄDOWA WARSZAWSKA**

### **Warszawa dnia 31 Maja (13 Czerwca) 1903 r. Nr 24**

Spostrzeżenia i informacje.

W dniu 6 Czerwca odbył się w Warszawie zjazd wychowawców b. Szkoły Głównej. Nie będziemy powtarzali szczegółów, przez dzienniki przytoczonych. Zaznaczymy tylko, że wśród obecnych przeważali prawnicy i że w uroczystości udział wzięła

większość żyjących profesorów dawnej wszechnicy. Kulminacyjnym punktem zjazdu była mowa p. Aleksa Świętochowskiego, pełna głębokich myśli, wypowiedziana nadto przecudownym językiem. Imieniem prawników głos zabrał pan mecenas Kraushar, który barwnym słowem

skreślił znaczenie wydziału prawni-  
czego dla społeczeństwa.

Dla kandydatów do posad są-  
dowych przy izbie sądowej i są-  
dzie okręgowym charkowskim  
władza urządza zajęcia praktycz-  
ne, na których rozstrzygane by-  
wają pytania z prawa i postę-  
powania cywilnego i karnego.  
Przedmiotem rozstrząsań jedne-

go z ostatnich posiedzeń, mają-  
cych miejsce w Kancelaryi sądu,  
była sprawa dwojga bohaterów –  
zabójców ze znanej sztuki Gor-  
kiego – „Na dnie”. Sąd, prokura-  
turę, obronę i oskarżonych stano-  
wili kandydaci i sekretarze sądu.  
Przysięgliymi byli kanceliści sądo-  
wi. Obaj oskarżeni zostali unie-  
winnieni.

### **Warszawa dnia 7 (20) Czerwca 1903 r. Nr 25**

Spostrzeżenia i informacje.

Donosiliśmy już, że komisya,  
wydelegowana przez sąd  
okręgowy warszawski do opraco-  
wania przepisów dla konsultacji  
adwokatów przysięgłych, ukoń-  
czyła swe prace i że złożyła uło-  
żony przez siebie projekt sądo-  
wi. Obecnie na zasadzie decyzji  
ogólnego zebrania sądu z d. 6  
Czerwca r. b. powołany projekt  
przesłany został członkom komi-  
syi, adwokatom przysięgłym, z  
żądaniem, aby ci przejrżeli go  
łącznie z innymi adwokatami i  
opinię swoją zakomunikowali  
sądowi w czasie możliwie naj-  
krótszym.

W dniu 8 Czerwca r. b. zmarł  
w Starem pod Grodziskiem Wła-  
dysław Kudelski, długoletni adwo-

kat przysięgły przy sądzie okręgo-  
wym w Lublinie.

W tym samym zeszycie spoty-  
kamy ciekawy artykuł p. Campo-  
longo, który stwierdza, iż pogwał-  
cenie grobów było u Rzymian za-  
wsze zagrożone nader surowemi  
karami. Zdjęcie całunu z trupa,  
jego wygrzebanie dla stanów  
uprzywilejowanych, pociągało –  
zesłanie, dla winnych zaś z warstw  
niższych – karę śmierci. Najmniej-  
sze nawet znieważenie grobu było  
karanem znaczną karą pieniężną i  
pociągało infamję z pozbawie-  
niem wszelkich praw cywilnych.  
Za cesarza Juljana karano też sko-  
szenie trawy z grobu, przyczem  
surowe te kary zachowały moc  
swoją aż do ostatnich chwil istnie-  
nia cesarstwa rzymskiego.

## **KURJER WARSZAWSKI**

### **Warszawa 6 (19) maja 1903 r. Nr 137**

Niezwykłą sprawę rozpozna-  
wać będzie w d. 20-ym b. m. sąd  
okręgowy w Moskwie. Podsądni:  
Bromberg, Hurewicz i Aronowicz

oskarżeni są o wypuszczenie 2,177  
sfalszowanych weksli na sumę  
około 24 mil. rubli. Przysięgłym  
sformułowano 9,000 pytań. Czy

możliwe odpowiedzieć dokładnie w czasie kadencji sądowej na tyle pytań? – zapytuje słusznie Now. wremia.

Ze świata.

Proces przeciw wróżbiarce. W Dreźnie toczył się w tych dniach proces, przypominający bardzo niedawną sprawę „medjum kwiatowego” Anny Rothe. Oskarżona była 53-letnia Teresa Pander wróżąca z kart i z ręki; twierdziła, że „zawód” swój oparła na nauce, a mianowicie na badaniu rąk. Ponieważ wyłudziła przy tej sposobności od rozmaitych kobiet większe i

mniejsze sumy, razem 25,779 mar., wmawiając w nie rzeczy, których spełnić nie mogła, wykazał jej sąd świadome oszustwo w 28 przypadkach i skazał na 8 lat aresztu, 1500 m. grzywny i utratę praw honorowych na lat 10. Gdy sobie przypomnimy rozegrane w ostatnich czasach procesy szarlatana Nardenk Öttera i Anny Rothe, mimowoli zdumiewać się trzeba, że właśnie w Niemczech, kroczących niby na czele cywilizacji, najczęściej słyszy się i czyta o procesach odkrywających prawdziwą otchłań przesądów i zabobonów.

Wybór: *Karolina Stremška*

# DRAWO ZA GRANICĄ

Arkadiusz Wudarski

## ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SZKODY PRENATALNE NA TLE ORZECZNICTWA SĄDÓW NIEMIECKICH I AUSTRIACKICH

Prawo cywilne musi sprostać coraz to nowym wyzwaniom, które pojawiają się w związku z rozwojem nauki, a które nie były znane w okresie jego tworzenia. Do takich dziedzin nauki, które są motorem zmian w ustawodawstwie należy zaliczyć medycynę oraz genetykę. Przeszczep organów, zmiana płci, zapłodnienie *in vitro* czy klonowanie komórek stwarzają konieczność dokonania w nim wielu istotnych zmian oraz dostosowania do nich odpowiedniej regulacji prawnej. Za szybkim postępem w medycynie często jednak nie nadąża ustawodawstwo. Coraz częściej też pojawiają się sprawy, których rozstrzygnięcie ma charakter precedensowy. Wydaje się jednak, że niektóre wątpliwości dadzą się rozstrzygnąć na podstawie obowiązujących przepisów prawnych.

Zagadnienie, które stało się ostatnio bardzo aktualne, da się sprowadzić do odpowiedzi na pytanie **czy dziecko można uznać za szkodę?** Już samo sformułowanie tego pytania wydaje się być absurdalne, a odpowiedź oczywista. Można ją oprzeć na przepisach konstytucyjnych, które potwierdzają nienaruszalność przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka jako źródła wolności i praw<sup>1</sup>. Jednakże pogodzenie tej odpowiedzi z zasadami odszkodowawczymi wywołuje kontrowersje i poprzez odmienną argumentację prowadzi do całkowicie rozbieżnych rozstrzygnięć. Precyzując postawione pytanie nale-

---

<sup>1</sup> Art. 30 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483); por. § 1 ustawy zasadniczej Niemieckiej Republiki Federalnej z 23 maja 1949 r. (BGBl. S. 1)/BGBl. III/FNA 100-1/ ze zm., a także § 16 i § 22 austriackiego powszechnego kodeksu cywilnego (ABGB) z dnia 1 czerwca 1811 r., JGS nr 946 ze zm.

ży rozważyć, czy rodzice mogą domagać się naprawienia szkody, która powstała w ich majątku w wyniku urodzenia się dziecka „niechcianego” czy też „nieplanowanego”. Inaczej mówiąc, czy dziecko, które „zawdzięcza” swoje istnienie błędowi lekarza, aptekarza, czy też producenta leków można uznać dla celów odszkodowawczych za szkodę w majątku rodziców.

Warto przyrzeć się tej sprawie w aspekcie prawnoporównawczym. Poniższe rozważania ograniczają się do przedstawienia orzecznictwa i dyskusji naukowej w Niemczech i Austrii. Należy jednak podkreślić, że problem ten jest znany i dyskutowany także w innych krajach<sup>2</sup>.

Orzecznictwu niemieckiemu znane są przypadki, w których to z winy lekarza doszło do zapłodnienia, co w konsekwencji spowodowało konieczność ponoszenia przez rodziców kosztów utrzymania „niechcianego” dziecka. W jednej z takich spraw rozpatrywanej przez niemiecki Sąd Najwyższy<sup>3</sup> rodzice upośledzonej od chwili urodzenia umysłowo i fizycznie córki zostali skierowani przez lekarza domowego do kliniki uniwersyteckiej w celu przeprowadzenia specjalistycznych badań, które miały wykazać czy zachodzą dziedziczne powikłania genetyczne. Rodzice chcieli bowiem przed zdecydowaniem się na kolejne dziecko wykluczyć jego genetyczną ułomność. Lekarz w wydanym orzeczeniu stwierdził, że dziedziczność powikłań jest bardzo mało prawdopodobna i nie ma powodu aby odradzać rodzicom kolejnej ciąży. W związku z tak pozytywną opinią lekarską rodzice zdecydowali się na kolejne potomstwo, które niestety dotknięte zostało tą samą chorobą co poprzednie. Rodzice uznali udzieloną poradę lekarską za błędną i wniosli sprawę do sądu przeciwko lekarzowi oraz kierownikowi zakładu genetyki klinicznej instytutu antropologii i genetyki, a także przeciwko uniwersytetowi, w ramach którego klinika ta działała. W pozwie domagali się całkowitego naprawienia powstałej i mogącej powstać w przyszłości szkody związanej z nieprawidłową budową mózgu dziecka, w zakresie, w jakim nie zostaną one pokryte przez ubezpieczenie społeczne. Ponadto matka i upośledzone dziecko domagały się zadośćuczynienia za wyrządzone szkody niematerialne (krzywdę). Sąd pierwszej instancji (*Landesgericht*) oddalił powództwo. Sąd drugiej instancji (*Oberlandesgericht*) uznał natomiast apelację

<sup>2</sup> Odpowiedzialność za tzw. „bezprawne życie” (wrongful life) i „bezprawne narodzenie” (wrongful birth) prawo angielskie reguluje w *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* z 1976 r. Odrzuca ono roszczenie odszkodowawcze dziecka ułomnego, przyznaje natomiast obszerne roszczenia odszkodowawcze dla rodziców w przypadku nieplanowanego porodu. Zakres roszczenia obejmuje odszkodowanie za uciążliwości związane z ciążą, koszty utrzymania, a także rekompensatę za utratę możliwości zarobkowych matki, a nawet odszkodowanie za obciążenie psychiczne spowodowane przez urodzenie dziecka ułomnego. W podobnych sprawach orzekały też sądy francuskie. *Cour de Cassation* oddalił roszczenia odszkodowawcze matki w związku z nieplanowanym ale całkowicie normalnym porodem. Natomiast w przypadku nieplanowanego porodu dziecka ułomnego francuski sąd kasacyjny przychylił się do roszczeń odszkodowawczych matki, a także dziecka, przy czym roszczenia tego ostatniego zostały zakwestionowane przez *Conseil d'Etat*. Ustawodawstwo amerykańskie charakteryzuje się natomiast różnorodnością przeciwstawnych rozstrzygnięć; Zob. bliżej: Stürmer, *Juristenzeitung* (JZ) 1998, s. 321 i n.; por. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, 1998, s. 118 i n.; Safjan, *Odpowiedzialność za wadliwą diagnozę prenatalną w świetle orzecznictwa USA*, PiP 10/1985, s. 99 i n.

<sup>3</sup> Orzeczenie szóstej izby niemieckiego Sądu Najwyższego (*Bundesgerichtshof* – BGH) z dnia 16 listopada 1993 r. (w:) zbiorze orzeczeń niemieckiego Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych (BGHZ) s. 124, 128, 136 i n. = JZ 1994, s. 305 i n.

za uzasadnioną i zasądził od kierownika zakładu genetyki klinicznej odszkodowania za szkodę materialną powstałą w wyniku narodzenia się dziecka ułomnego, a także przyjął jego odpowiedzialność za szkody mogące powstać w przyszłości z tego tytułu. Sąd zobowiązał ponadto solidarnie kierownika i lekarza udzielającego porady do zapłaty zadośćuczynienia na rzecz matki dziecka w wysokości 10 000 DM. Pozostałe roszczenia sąd oddalił. Rewizję od wyroku wniesioną przez kierownika zakładu genetyki klinicznej Sąd Najwyższy uznał za nieuzasadnioną w zakresie dotyczącym szkody materialnej.

W podobnej sprawie w Austrii rodzice dziecka, które, nieoczekiwanie dla wszystkich, urodziło się bez rąk oraz z innymi zniekształceniami ciała, zaskarżyli szpital o odszkodowanie w wysokości zwiększonych kosztów utrzymania dziecka, wynikających z jego ułomności. W czasie ciąży zrobiono zdjęcia ultrasonograficzne embrionu, na których przy wnikliwej analizie uszkodzenie płodu było wyraźnie widoczne. Lekarz nie zauważył jednak zniekształceń płodu i nie poinformował o tym rodziców. W jednym z zarzutów podniesionych w pozwie stwierdzono, że przy odpowiednio wcześniej udzielonej informacji nienarodzone dziecko zostałoby usunięte. Nie byłoby więc zwiększonych kosztów utrzymania dziecka, wynikających z jego ułomności. Podczas gdy sądy niższej instancji oddaliły pozew, austriacki Sąd Najwyższy<sup>4</sup> opowiedział się za przyznaniem żadanego odszkodowania.

W dyskusji naukowej<sup>5</sup> można wyróżnić dwa przeciwstawne stanowiska. Punktem spornym jest interpretacja pojęcia szkody. Według prostego modelu odszkodawczego<sup>6</sup>, chodzi o zawinione i bezprawne wyrządzenie szkody majątkowej rodzicom w postaci kosztów utrzymania dziecka. Jeżeli przeciwstawimy rzeczywisty majątek rodziców przed urodzeniem dziecka temu, który posiadaliby po jego urodzeniu, to koszty utrzymania dziecka określimy jako szkodę. Dokonuje się więc tu oddzielenia osoby dziecka od kosztów jego utrzymania i w takim rozróżnieniu upatruje się podstaw modelu odszkodowawczego. Argumentację taką przyjął niemiecki Sąd Najwyższy<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Orzeczenie austriackiego Sądu Najwyższego (*Oberster Gerichtshof* – OGH) z 25 maja 1999 r., 1 Ob. 91/99k (OLG Wien 29.10.1997, 16 R 158/97s; LGZ Wien 1.7.1996, 21 Cg 312/93v); (w:) *Juristische Blätter* (JBl.) 1999, s. 593 i n.

<sup>5</sup> Wyczerpujące omówienie problematyki dziecka jako przyczyny odszkodowawczej ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa niemieckiego i austriackiego zob. Bydlinski F., *Kind als Schadensursache im österreichischen Recht* (w:) *European Tort Law*, 2000, s. 29 i n.

<sup>6</sup> Za przyznaniem odszkodowania opowiedzieli się między innymi: Deutsch, *Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden*, (w:) *Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung* (VersR) 1995, s. 613 i n.; Deutsch, *Berufshaftung und Menschenwürde*: Akt III (w:) *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1998, s. 510; Giesen, JZ 1994, s. 286 i n.; Wagner, *Das behinderte Kind als Schaden?*, NJW 2002, s. 3379 i n.

<sup>7</sup> Niemiecki Sąd Najwyższy wypowiadał się w tej kwestii już wielokrotnie; zob. następujące grupy orzeczeń: 1) orzeczenia dotyczące błędnej porady lekarskiej wskutek czego urodziło się dziecko ciężko upośledzone (BGH 18.1.1983 – VI ZR 114/81 = BGHZ 86, 240 i n. = JZ 1983, 447; BGH, 22.11.1983 – VI ZR 85/82 = BGHZ 89, 95 i n. = JZ 1984, 886, a także BGH, 7.7.1987 – VI ZR 193/86 = VersR 1988, 155 i n.); BGH – VI ZR 136/01 = NJW 2002, 2636 i n.; 2) orzeczenia dotyczące nieudanej sterylizacji (BGH, 18.3.1980 – VI ZR 105/78 = BGHZ 76, 249 i n. = JZ 1980, 406; BGH, 18.3.1980 – VI ZR 247/87 = BGHZ 76, 259 i n. = JZ 1980, 409; BGH, 18.3.1980 – VI ZR 15/78 = VersR 1980, 719; BGH, 2.12.1980 – VI ZR 175/78 = VersR 1981, 278 i n.; BGH 10.12.1981 – VI ZR

Zwolennicy przeciwnego modelu<sup>8</sup>, określanego mianem **prawnoosobowego**, zwracają szczególną uwagę na godność ludzką, która stanowi istotną wartość każdego człowieka, a więc też dziecka. Nie można jej lekceważyć poprzez abstrakcyjne oddzielenie istnienia dziecka od kosztów jego utrzymania. Przemawia za nim fakt, że nikt, komu urodziło się dziecko, nie twierdził dotąd, że przez powstałe koszty jego utrzymania doznał szkody. Ogół niematerialnych i majątkowych stosunków prawnych między rodzicami a dzieckiem nie jest odbierany jako „szkoda”. Zwolennicy tego modelu są zdania, że dziecko wraz z nierozdzielnie związanymi z nim wydatkami nie może być uznane za szkodę.

Jak trudny to dylemat widać najlepiej w słynnym sporze obu izb niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego<sup>9</sup>. Za modelem prawnoosobowym opowiedziała się druga izba<sup>10</sup> niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. W orzeczeniu z 28 maja 1993 r.<sup>11</sup> określiła ona zasadę, zgodnie z którą zakwalifikowanie dziecka jako przyczyny odszkodowawczej jest konstytucyjnie niedopuszczalne i sprzeczne z art. 1 niemieckiej Konstytucji, która gwarantuje poszanowanie i ochronę godności ludzkiej<sup>12</sup>. Orzeczenie to jest wyrazem bezwzględnej poparcia dla życia ludzkiego jako dobra samego w sobie. Wychodząc z tego założenia Izba nakłada na rodziców oraz społeczeństwo obowiązek akceptacji dziecka oraz opowiada się za porzuceniem jakichkolwiek sporów co do jego prawa do istnienia z chwilą urodzenia. Prawo rodziców do świadomego planowania rodziny oraz odpowiedzialność lekarza ustępują prawu do życia z chwilą poczęcia, a ostatecznie z chwilą urodzenia się dziecka. Oznacza to, że kwestia zgodnego czy też sprzecznego z prawem narodzenia się człowieka nie powinna być w ogóle podnoszona<sup>13</sup>.

Argumentacji tej zarzuca się przede wszystkim nieuwzględnienie zasad prawa odszkodowawczego, w szczególności zaś ignorowanie jego funkcji rekompensacyjnej i prewencyjnej. Mimo wystąpienia przesłanek odpowiedzialności, przeczy on bowiem powstaniu szkody majątkowej z powodu powiązania jej z dobrami niematerialnymi<sup>14</sup>. Rekompensata szkód majątkowych korzyściami niematerialnymi nie jest z reguły możliwa. Z orzeczeniem tym polemizuje też

202/79 = VersR 1981, 730 i n.; BGH, 19.6.1984 – VI ZR 76/83 = VersR 1984, 864 i n.; BGH, 30.6.1992 – VI ZR 337/91 = VersR 1992, 1229 i n.); 3) orzeczenia dotyczące nieudanego zabiegu przerywania ciąży (BGH, 9.7.1985 – VI ZR 244/83 = BGHZ 95, 199 i n. = JZ 1986, 140; BGH, 27.11.1984 – VI ZR 43/83 = VersR 1985, 240 i n. = JZ 1985, 331 i n.; BGH, 25.6.1985 – VI ZR 270/83 = VersR 1985, 1068 i n.; BGH, 15.4.1986 – VI ZR 72/85 = VersR 1986, 896 i n.; BGH, 25.2.1992 – VI ZR 44/91 = VersR 1992, 829 i n.).

<sup>8</sup> Zob. m.in. Picker, *Schadenersatz für das unerwünschte Kind* (w:) Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 195 (1995) 483 i n.; Stürner, *Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur?*, JZ 1998, 317 i n.

<sup>9</sup> Zob. np. Deutsch, NJW 1998 510; Stürner, JZ 1998, 317 i n.

<sup>10</sup> Dosł. Senat.

<sup>11</sup> Orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego 88, 203 = wydanie specjalne JZ 1993; zob. też JZ 1998, 356 i n.

<sup>12</sup> Art. 1 „(1) Godność ludzka jest nienaruszalna. Szanować ją i chronić jest obowiązkiem wszelkiej władzy państwowej. (2) Naród niemiecki uznaje nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka jako podstawę każdej społeczności ludzkiej, pokoju i sprawiedliwości na świecie”.

<sup>13</sup> Zob. Stürner, JZ 1998, 317.

<sup>14</sup> Zob. np. Deutsch, NJW 1998, 510.

pierwsza izba niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego<sup>15</sup>, która w ślad za orzeczeniem szóstej izby cywilnej Niemieckiego Sądu Najwyższego<sup>16</sup> podkreśla prawo rodziców do świadomego i odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci i opowiada się za modelem odszkodowawczym. Jeżeli bowiem postęp medycyny umożliwia pomoc lekarską w zakresie świadomej prokreacji, to funkcją prawa odszkodowawczego zarówno *ex contractu* jak i *ex delicto* jest chronić zagrożone przez ten postęp prawa osobiste człowieka, nienaruszalność cielesną kobiety, a także prawa rodziców do samookreślenia. Gdyby bowiem zawinione działanie lekarza pozostało bez żadnych sankcji, to jego skutkami obciążeni byłiby wyłącznie rodzice.

W przedstawionej wyżej sprawie Niemiecki Sąd Najwyższy podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, zgodnie z którym w przypadku błędnej porady lekarskiej, nieudanej, zawinionej przez lekarza sterylizacji, a także w przypadku uniemożliwienia lub błędnego przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży, można dochodzić od lekarza odszkodowania w wysokości kosztów utrzymania dziecka. Sąd uznał w prezentowanym orzeczeniu, że z dokonanych ustaleń wynikało bezspornie, że rodzice nie zdecydowaliby się na kolejne potomstwo gdyby udzielono im prawidłowej i pełnej porady lekarskiej. Jeżeli doszło więc do urodzenia się dziecka genetycznie upośledzonego w wyniku błędnej porady lekarskiej, to rodzice mają prawo domagać się całkowitego pokrycia kosztów utrzymania dziecka<sup>17</sup>. Nie-  
wywiązanie się z przyjętego przez lekarza zadania musi bowiem pociągać za sobą odpowiedzialność odszkodowawczą<sup>18</sup>. Umowa, której celem jest uzyskanie porady genetycznej, tak samo jak umowa o dokonanie sterylizacji czy też zabiegu przerwania ciąży prowadzi do odpowiedzialności za skutek<sup>19</sup>. Tak więc jeżeli lekarz przy wypełnianiu obowiązków wynikających z takich właśnie umów popełni błąd, w rezultacie którego dojdzie do urodzenia się dziecka, to jego odpowiedzialność musi obejmować związane z tym skutki finansowe<sup>20</sup>.

Sąd odrzucił jednak roszczenia samego dziecka z tzw. „*wrongful life*”. Prawo do świadomego decydowania o posiadaniu dzieci przysługuje tylko rodzicom, a nie dziecku, które powinno przyjąć swoje istnienie tak, jak stworzyła je natura. Nie przysługuje mu roszczenie z tytułu urodzenia się<sup>21</sup>. Nie jest bowiem możliwe porównanie życia z upośledzeniem, a nienarodzeniem się<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> JZ 1998, 352 i n.

<sup>16</sup> Zob. przypis 4, a także Giesen, JZ 1994, 286 i n.

<sup>17</sup> Niemiecki Sąd Najwyższy nie stosuje jednak tego modelu konsekwentnie, ponieważ przyznaje rodzicom tylko zwykle koszty utrzymania dziecka (plus koszty opieki), a nie zwiększone o kwotę, którą dobrze sytuowani rodzice mogliby przeznaczyć na jego kurację. Jest to z punktu widzenia prawa odszkodowawczego niezrozumiałe; Bydliński F., 2000, 34 i n.

<sup>18</sup> Por. orzeczenie BGH z dnia 18 czerwca 2002 r. VI ZR 136/01, NJZ 2002, 2636 i n.; Wagner NJW 2002, 3379 i n.

<sup>19</sup> JZ 1994, 307.

<sup>20</sup> Tak też Deutsch, NJW 1998, 510 odwołując się do USA (Gallagher v. Duke University, 852 F 2 d 773 (*wrongful conception*), gdzie koszty utrzymania dziecka w takich przypadkach uważa się za szkodę, a odpowiedzialność zawodowa ginekologa czy genetyka w świetle rozważań o godności człowieka nie jest kwestionowana; por. Nestorowicz, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa*, PiP 1/1999, 17 i n.

<sup>21</sup> Zob. JZ 1998, 352; Stürner; JZ 1998, 318; tak samo orzecznictwo austriackie por. przypis 5.

<sup>22</sup> Tak też Bydliński F., 2000, 64 i n.; zob. Zimmermann 1997, 131; na tle porównawczym zob. Stürner; JZ 1998, 322; por. Wojtaszek, *Odpowiedzialność cywilna z tytułu szkód wyrządzonych dziecku przed jego poczęciem*, NP 10–12/1990, 96.

Sąd Najwyższy podzielił natomiast pogląd drugiej izby niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym dziecko nie może być uznane za szkodę<sup>23</sup>. Podkreślił jednak, że szkodą nie jest dziecko, a koszty jego utrzymania. Tym samym Sąd Najwyższy dokonał oddzielenia osoby dziecka, jako podmiotu prawa od kosztów związanych z jego utrzymaniem, które zakwalifikował jako szkodę wyrządzoną w majątku rodziców. Przy takim ujęciu problemu rodzice nie będą oczywiście zwolnieni z obowiązku opieki nad dzieckiem, a odszkodowanie ma jedynie rekompensować ich finansowe obciążenie.

Podtrzymując tę argumentację pierwsza izba niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego podniosła ponadto, że uznanie podmiotowości dziecka nie polega przecież na przejęciu kosztów utrzymania go przez rodziców. Urodzenie się dziecka jest tylko jednym z warunków, od których prawo cywilne<sup>24</sup> uzależnia powstanie obowiązku ponoszenia kosztów jego utrzymania, który nawet wtedy nie zawsze powstaje<sup>25</sup>. Obowiązek ponoszenia kosztów utrzymania i rodzicielstwo nie muszą się zawsze pokrywać<sup>26</sup>, a adopcja pólseroty nie oznacza obowiązku ponoszenia całkowitych kosztów jej utrzymania<sup>27</sup>. Tak samo objęcie *nasciturusa* ubezpieczeniem od nieszcześliwych wypadków nie zakłada przecież, że narusza się jego godność poprzez to, że osoby zobowiązane do alimentacji otrzymają świadczenia z tytułu ubezpieczenia<sup>28</sup>.

Stosując metodę dyferencyjną należy więc w celu określenia wysokości szkody dokonać porównania stanu majątku rzeczywistego z majątkiem hipotetycznym, który posiadaliby rodzice nie obciążeni kosztami utrzymania dziecka. Sąd podkreśla tu jednak wyraźnie, że nie chodzi o porównanie istnienia i nieistnienia dziecka. W takim bowiem przypadku narodzenie się dziecka należałoby ocenić negatywnie. Przedmiotem porównania jest tutaj sytuacja majątkowa rodziców.

Sąd Najwyższy uznał również, że przyznanie odszkodowania nie tylko nie narusza godności i podmiotowości dziecka, ale może przynieść mu wymierne korzyści, w szczególności poprawić sytuację finansową oraz podnieść jego pozycję w rodzinie. Wprowadzenie natomiast zakazu partycypowania w kosztach utrzymania, temu, kto w wyniku nienależytego wypełnienia swoich obowiązków przyczynił się do ich powstania z pewnością nie poprawi sytuacji dziecka. W omawianym przypadku Sąd Najwyższy nie ograniczył się tylko do zaszeregowania odszkodowania w wysokości wykraczającej poza zwykłe koszty utrzymania, a związanych z ułomnością dziecka, a wychodząc z funkcji rekompensacyjnej prawa odszkodowawczego przyznał odszkodowanie w pełnej wysokości<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> Zob. także: BGH, 18.3.1980 – ZR 105/78 = BGHZ 76, 249, 253 i n. = JZ 1980, 406 i n.

<sup>24</sup> Zob. § 1601 i n. (obowiązek alimentacyjny) niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) z 18 kwietnia 1896 r., BGBl. III 400-2 ze zm.

<sup>25</sup> § 1602 ust. 2 BGB: „(2) Młodzież i niepożostające w związku małżeńskim dziecko może domagać się od swoich rodziców, nawet jeśli ma swój własny majątek, zapewnienia środków utrzymania, o ile przychody z tego majątku oraz dochody z jego pracy nie są wystarczające na pokrycie kosztów utrzymania”; por. art. 133 § 1 polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

<sup>26</sup> Por. BGHZ 72, 299; BGH NJW-RR 1987, 898; BGHZ 129, 297.

<sup>27</sup> Por. § 1755 ust. 1 zd. 2 BGB w zw. z § 48 ust. 6 księgi VI niemieckiego kodeksu socjalnego (SGB).

<sup>28</sup> JZ 1998, 355; zob. też orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego 45, 376 = JZ 1977, 751 in.

<sup>29</sup> JZ 1994, 309. Sąd uznał, że nie da się podzielić kosztów utrzymania, na takie które rodzice powinni ponieść w przypadku urodzenia się dziecka zdrowego, oraz te które są wyłącznie związane z

Ponadto pierwsza izba Trybunału Konstytucyjnego odrzuciła argumentację skarżącego, zgodnie z którą dotychczasowe orzecznictwo niemieckiego Sądu Najwyższego narusza zasady prawa rodzinnego. Izba nie podzieliła też obawy, że dziecko narażone będzie na duży, trudny nawet do określenia szok psychiczny, kiedy dowie się, że nie powinno było się w ogóle urodzić. Wystąpienie takiej sytuacji pierwsza izba uzależniła bowiem od ukształtowania się stosunków rodzinnych między rodzicami i dzieckiem, a nie od finansowego obciążenia rodziców<sup>30</sup>.

Zdaniem Sądu Najwyższego, popartego orzeczeniem pierwszej izby Trybunału Konstytucyjnego, przyznanie odszkodowania nie godzi w godność człowieka, a wprost przeciwnie, wspiera ją i chroni.

Nie brak jednak głosów odrzucających taką argumentację<sup>31</sup>. Przeciwnicy wyżej wskazanego poglądu zarzucają dogmatyczną niepoprawność rozróżnienia dziecka i kosztów jego utrzymania i twierdzą, że takie rozdwojenie jest nie do pogodzenia z zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej. Wynika to z funkcjonalnego powiązania sposobów naprawienia szkody (tj. restytucji naturalnej oraz zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej). Zapłata sumy pieniężnej jest tylko alternatywą – obok restytucji naturalnej – formą naprawienia szkody. Oczywiście nie oznacza to, że w każdym przypadku można domagać się przywrócenia stanu poprzedniego. Zawsze jednak odszkodowanie pieniężne służy rekompensowaniu stanu, który spowodował powstanie strat majątkowych. Tak więc roszczenie o odszkodowanie pieniężne powstaje wtedy, gdy restytucja naturalna ze względów faktycznych, normatywnych lub umownych nie jest możliwa. Jest więc ono rozwiązaniem zastępczym, a często „wyjściem awaryjnym”<sup>32</sup>. Podkreśla się przy tym, że próba definiowania szkody jako kosztów utrzymania w abstrakcyjnym wyizolowaniu ich od dziecka jest poglądem chybiotnym, ponieważ jest to podział sztuczny i tak samo nie do przyjęcia, jak twierdzenie, że nie wgniecenie blachy w samochodzie, a dopiero koszty jego naprawy, nie nabycie przez pełnomocnika rzeczy z przekroczeniem zakresu umocowania, a dopiero wynikające z tego skutki finansowe<sup>33</sup>, czy też w końcu nie trwałe uszkodzenie ciała, a dopiero wywołane przez nie podwyższone potrzeby poszkodowanego uznać należy za szkodę<sup>34</sup>.

Ponadto przyznanie prawu rodzicom do planowania rodziny charakteru bezwzględnego<sup>35</sup>, uwidacznia przedmiotowe traktowanie dziecka. W całym tym procesie zakłada się bowiem istnienie „nieplanowanego” dziecka za stan niepożądany, naruszający swobodę (prawo) rodziców. Prawo do planowania rodziny oznaczałoby więc „wolność” od „niechcianych” dzieci. Tak więc samo istnienie dziecka niezależnie od kosztów jego utrzymania naru-

---

ułością dziecka. Niezbędne nakłady dla zapewnienia egzystencji dziecka ciężko upośledzonego nie dają się podzielić; zob. też BGH 22.11.1983 – VI ZR 85/82 = 89, 95, 105.

<sup>30</sup> JZ 1998, 355.

<sup>31</sup> Picker, AcP 195 (1995), 503 i n.; Zimmerman, JZ 1997, 131.

<sup>32</sup> Picker, AcP 195 (1995), 503 i n.

<sup>33</sup> Inaczej BGBZ 76, 249, 253.

<sup>34</sup> Picker, AcP 195 (1995), 504.

<sup>35</sup> Tak np. Giesen (w.): *Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1970, 569; Fischer (w.): *Juristische Schulung* (JuS) 1984, 437 i n.; Stürner, FamRZ 1985, 760 i n. Przeciwno tej koncepcji: np. Mertens, FamRZ 1969, 252 i n.; Reinelt; FamRZ 1970, 572 i n.; Selb JZ 1971, 207.

szałoby prawo rodziców, którzy chcieliby uniknąć potomstwa niekoniecznie ze względów finansowych, ale chociażby w związku z przyjętym sposobem życia, wykonywanym zawodem, chęcią zachowania swobody i nieograniczonej dyspozycyjności. Czynniki finansowy nie odgrywa więc tu pierwszorzędnej roli, a naruszenie prawa następowaloby już w wyniku samego urodzenia się dziecka, które w ten sposób stałoby się przedmiotem, a nie podmiotem praw. Sprawą bardzo trudną jest wycena tak powstałej szkody. Należy bowiem odpowiedzieć na pytanie ile są warte cierpienia, czy też niedogodności rodziców związane z urodzeniem się niechcianego dziecka. Warto tu również wspomnieć, że przesunięcie punktu ciężkości w kierunku zapewnienia rodzicom prawa do planowania rodziny nie rozwiązuje istniejącego problemu, a jedynie przesuwa ją na inną płaszczyznę.

W literaturze niemieckojęzycznej<sup>36</sup> podnosi się też, że negatywne skutki psychiczne dla dziecka są nie do uniknięcia, szczególnie zaś w przypadku dziecka o normalnym rozwoju umysłowym. Kiedy dorastające dziecko dowie się, że w przeciwieństwie do innych dzieci jest dzieckiem „nieplanowanym” a koszty jego utrzymania pokrywane są z zasądzonej sumy odszkodowania nastąpi obciążenie psychiczne, a tym samym naruszenie przez porządek prawny psychiki człowieka.

Zastosowanie modelu odszkodowawczego może wywołać też niepożądane skutki w środowisku lekarskim. Dla uniknięcia odpowiedzialności lekarze będą bowiem przyjmować pozycję defensywną polegającą na unikaniu pozytywnych ocen wyników swoich badań przy jednoczesnym nadmiernym podkreślaniu nie dającego się przecież całkowicie wykluczyć ryzyka, co w żadnym wypadku nie oznacza podniesienia jakości świadczonych przez nich usług. W przypadku zaś badań patologicznych embrionu „najbezpieczniejsza” droga może często prowadzić w praktyce do „usprawiedliwionych” zabiegów przerywania ciąży. Tendencja ta może też przybierać na sile<sup>37</sup>. W związku z postępami medycyny w zakresie analizy rozwoju *nascitursa* powiększają się bowiem paradoksalnie granice niepewności i ryzyka.

Podsumowując, model osobowy prowadzi do ignorowania odpowiednich zasad prawa odszkodowawczego i odrzuca przyznanie jakiegokolwiek odszkodowania. Model odszkodowawczy natomiast, przez całkowite abstrakcyjne wyizolowane sfery majątkowej, nie uwzględnia podmiotowości dziecka. Zasady odnoszące się do godności osobistej i opieki rodzinnej przemawiają za modelem prawnosobowym, natomiast prawnoodszkodowawcze podstawy odpowiedzialności za rozwiązaniem odszkodowawczym. Mamy więc tu do czynienia z kolizją zasad prawnych. Zasady te nie mogą być realizowane w pełnym zakresie. Należy więc dokonać ich wzajemnego porównania, które określi relacje między nimi. Nie chodzi tu jednak o wykazanie nadrzędności czy też podrzędności którejkolwiek z nich. Metoda porównawcza dwóch kolidujących ze sobą zasad prawnych powinna wskazać rozwiązanie pośrednie, które jest nie tylko prawnie możliwe, ale nawet uzasadnione<sup>38</sup>. Niezbędne okaże się więc ograniczenie stosowania kolidujących ze sobą zasad. Dokonując takiego ograniczenia należy jednak pamiętać, że ograniczenie zakresu stosowania jednej zasady jest dopuszczalne o tyle, o ile jest to niezbędne do realizacji innej zasady.

<sup>36</sup> Stürner JZ 1998, 324 i n.; w prawie austriackim: Bydlinski F. 2000, 50 i n., 60 i n.

<sup>37</sup> W roku 2001 w Niemczech dokonano 135 000 legalnych zabiegów przerywania ciąży, Wagner NJW 2002, 3380.

<sup>38</sup> Zob. Bydlinski F., 2000, 38 i n.

Takie pośrednie rozwiązanie wybrał austriacki Sąd Najwyższy<sup>39</sup>. Tym samym odrzucił obydwa modele w ich skrajnej postaci i opowiedział się za przyznaniem ograniczonego odszkodowania<sup>40</sup>. Najpierw wypowiedział się wyraźnie przeciwko uznaniu narodzin dziecka niechcianego jako przyczyny odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę majątkową. Jednakże powstające stosunki rodzinne ocenił jako niekorzystne, a więc uznał je za szkodę, jeżeli stanowią one dotkliwe obciążenie dla rodziców. Za takie obciążenie austriacki Sąd Najwyższy uważa wzrost kosztów utrzymania powstałych w związku z upośledzeniem dziecka. Rozwiązanie przyjęte przez austriacki Sąd Najwyższy leży więc między odszkodowawczym, a prawnosobowym punktem widzenia. Dopuszcza się tu, jak to zazwyczaj ma miejsce przy porównaniu zasad, różne rozwiązania pośrednie, np. podział kosztów utrzymania dziecka na dwie części: alimentacyjną i odszkodowawczą. Dokładne zbadanie problemu prowadzi do wniosku, że należy dać pierwszeństwo kryterium „dotkliwego obciążenia”. Uznaje ono wartość dziecka samą w sobie za pierwszoplanową aż do chwili, kiedy to funkcje rekompensacyjne i prewencyjne prawa odszkodowawczego zostają dodatkowo wzmocnione zasadą minimum egzystencji, chroniącą prawnie osobę, a więc do czasu, kiedy rodzicom i dziecku grozi dotkliwe obciążenie finansowe, spowodowane dysponowaniem niskimi środkami utrzymania<sup>41</sup>. Podstawą ustaleń rzeczywistej szkody majątkowej nie jest więc tutaj istnienie dziecka, ale obniżenie standardu życia rodziny, spowodowane brakiem odszkodowania. Wysokość tego odszkodowania powinna zostać ustalona przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów określających minimum egzystencji. Dziecko nie jest traktowane jako szkoda, stanowią ją finansowe obciążenia związane z jego istnieniem. Koszty jego utrzymania ponoszą w zasadzie rodzice, jeżeli jednak zasądzi im się w ten sposób odpowiednie odszkodowanie, to będzie ono dotyczyć istotnej wartości osoby ludzkiej tylko w marginalnym zakresie.

W piśmiennictwie niemieckim należy odnotować też propozycję szukania rozwiązania w systemie ubezpieczeń i pomocy socjalnej<sup>42</sup>. Jeżeli tak rozumiana szkoda wyrządzona zostaje poprzez udzielanie porady genetycznej, dokonywanie zabiegów sterylizacji, czy też usuwanie ciąży, proponuje się stworzenie odpowiedniego funduszu, z którego można byłoby dodatkowo zaspokajać potrzeby dzieci. Fundusz miałby być zasilany środkami pochodzącymi z zakładów świadczących takie usługi, a także od rodziców korzystających z nich i świadczenia z niego powinny być wypłacane niezależnie od tego, czy ma miejsce błąd lekarza, jeżeli stosując się do wskazań lekarskich doszło do urodzenia się „nieplanowanego” dziecka. Kolejne źródło finansowania upatruje się w umowach ubezpieczeniowych. Lekarze oraz ośrodki medyczne byłiby również dotknięci skutkami źle wykonanej pracy. Rodzice mogliby domagać się od nich dodatkowych świadczeń, jednakże w ograniczonym zakresie. Należy jednak zauważyć, że świadczenia z systemu opieki socjalnej, a także ubezpieczeń społecznych mają charakter subsydiarny i nie mają one na celu zastępowania odpowiedzialności odszkodowawczej<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Zob. przypis 5.

<sup>40</sup> W austriackiej literaturze wypowiedzieli się za takim rozwiązaniem m.in. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht* (1997), 33 i n.; Mirecki, *Bemerkungen zum Ersatz des Unterhaltsschadens*, (w:) *Österreichische Juristen-Zeitung* (ÖJZ) 1990, 796 i n.; Bydlinski F., 2000, 46, 65 i n.

<sup>41</sup> Bydlinski F., (2000), 45 i n.

<sup>42</sup> Stürmer, JZ 1998, 325 i n.

<sup>43</sup> Por. Bydlinski F., 2000, 46.



Prezentowane zagadnienie stało się ostatnio bardzo aktualne w naszym kraju. Przed Sądem Okręgowym w Łomży wszczęto bowiem postępowanie, w którym matka domaga się naprawienia szkody, która powstała w jej majątku w wyniku urodzenia się dziecka ułomnego. Winą obciąża lekarza, który nie wypełnił swoich obowiązków zawodowych i nie skierował jej na specjalistyczne badania prenatalne, w wyniku czego urodziło się dziecko upośledzone.

Przy rozważaniu powyższego problemu należy uwzględnić jeszcze kwestię dopuszczalności przerywania ciąży. Gdyby bowiem aborcja była prawnie zabroniona, to dochodzenie odszkodowania stałoby się bezprzedmiotowe, ponieważ niedozwolone korzyści nie mogłyby prowadzić do powstania obowiązku odszkodowawczego. Kosztów utrzymania dziecka ułomnego można byłoby więc uniknąć tylko w przypadku popełnienia czynu zabronionego, to jest aborcji. W Polsce kwestię dopuszczalności przerywania ciąży reguluje ustawa z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży<sup>44</sup>. Art. 4a cytowanej ustawy dopuszcza możliwość przerywania ciąży przez lekarza w trzech enumeratywnie wymienionych przypadkach<sup>45</sup>. Zabieg jest dopuszczalny, kiedy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, a także kiedy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. Jednocześnie art. 2 ust. 2a zapewnia kobiecie swobodny dostęp do informacji i badań prenatalnych, szczególnie wtedy, gdy istnieje podwyższone ryzyko bądź podejrzenie wystąpienia wady genetycznej lub rozwojowej płodu, albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu płodu.

Zakładając spełnienie jednej z wymienionych przesłanek należy uznać, że aborcja była prawnie dopuszczalna, choć niekoniecznie moralnie usprawiedliwiona. Do celów odszkodowawczych należałoby również założyć, że gdyby wyniki badań prenatalnych wykazały nieodwracalne uszkodzenie płodu, to matka zdecydowałaby się na jego usunięcie<sup>46</sup>. W przeciwnym razie brak byłoby związku przyczynowego między odmową przeprowadzenia badań przez lekarza, a ponoszeniem kosztów utrzymania dziecka ułomnego przez rodziców.

Przedstawione modele stanowią ciekawe tło prawnoporównawcze dla polskiego orzecnictwa. Opowiadam się za przyjętym przez austriacki Sąd Najwyższy rozwiązaniem „pośrednim”. Uważam, że zachowuje ono pełną zasadność także na gruncie prawa polskiego. Jeżeli zważyć nadto, że w warunkach polskich koszty utrzymania dziecka są w stosunku do dochodów bardzo wysokie, a dodatkowe koszty związane z ułomnością dziecka dotyczą rodziny w bardzo złej sytuacji materialnej, to można byłoby się także wspomóc pojęciem zasad współżycia społecznego. Dlatego też opowiadam się za przyznaniem matce odszkodowania w wysokości zwiększonych kosztów utrzymania dziecka, wynikających z jego ułomności.

<sup>44</sup> Dz.U. z 1993 Nr 17, poz. 78 ze zm.

<sup>45</sup> Ponadto muszą być spełnione inne dodatkowe przesłanki; bliżej zob. Nestorowicz, 1998, 113 i n.

<sup>46</sup> Ciężar dowodu przeciwnego obciąża lekarza; por. JZ 1984, 866 i n.

Agnieszka Machnicka

## PRAWO INDIAN DO ZIEMI NATURA I CHARAKTER *ABORIGINAL TITLE* W PRAWIE KANADYJSKIM

### Część I

Historia i kultura Kanady są w ogromnym stopniu powiązane z rdzennymi społecznościami żyjącymi na tym kontynencie od wieków. Nie sposób pominąć tradycji i kultury pierwszych mieszkańców Kanady. Dla nich zaś ziemia jest jednym z ważniejszych elementów<sup>1</sup>, jest częścią ich tożsamości oraz niezbędnym i niezastąpionym źródłem egzystencji. Zatem ta szczególna relacja autochtonów do ich ziemi powinna być zagwarantowana i dostatecznie zabezpieczona przez system prawny. Pomimo specyficznej i niekonięcznie chlubnej historii europejskiej kolonizacji w Ameryce Północnej, współczesne demokratyczne społeczeństwa powinny stworzyć odpowiednie regulacje prawne chroniące prawa ludności autochtonów, a zwłaszcza prawo do ziemi.

Celem niniejszego artykułu jest analiza prawnej regulacji *Aboriginal title* (prawa autochtonów do ziemi, także: *Indian title*, *Native title*), obowiązującej aktualnie w Kanadzie. Regulacja ta jest w pełni ukształtowana przez orzecznictwo sądowe, w głównej mierze kanadyjskie. Należy mieć jednak na uwadze, iż niektóre orzeczenia sądów amerykańskich oraz angielskiej Izby Lordów miały istotny wpływ na kształt kanadyjskiego *common law*.

---

<sup>1</sup> J. J. Borrows & L. I. Rotman, *Aboriginal Legal Issues. Cases, Materials & Commentary*, Butterworths: Toronto and Vancouver, 1998, s. 1 (dalej: Borrows & Rotman).

Jako że charakter *Aboriginal title* określony przez sądy jest dosyć złożony, konieczne wydaje się porównanie tego prawa do innych praw rzeczowych ukształtowanych w prawie kanadyjskim, jak również odwołanie się w jego ocenie do uniwersalnych zasad, właściwych dla współczesnych demokratycznych systemów prawnych.

## I. TREŚĆ I ZAKRES *ABORIGINAL TITLE*

W prawie kanadyjskim ukształtował się pogląd, iż prawo Indian do ziemi wynika z ogólnych zasad *common law*, jest uznawane przez sam system prawny, niezależnie od jakichkolwiek ustawowych, bądź innych, regulacji prawnych<sup>2</sup>. Nie jest zatem jego źródłem również



Królewska Proklamacja z 1763 roku, mimo iż takie było stanowisko angielskiej Privy Council w sprawie *St. Catharine's Milling & Lumber C. v. The Queen*<sup>3</sup>.

W Królewskiej Proklamacji, wydanej 7 października 1763 roku przez króla Jerzego ogłoszono m.in.: „(...) jest właściwe i rozsądne, a także istotne dla naszych Interesów, oraz dla Bezpieczeństwa naszych Kolonii, aby poszczególne Narody i Plemiona Indian, z którymi łączą nas rozmaite związki, i którzy znajdują się pod naszą Opieką, nie były niepokozone i aby nie zakłócano ich Posiadania co do tych części naszych Terytoriów i Dominiiów, które nie zostały nam przekazane, bądź przez nas nabyte, a przeznaczone zostały dla nich jako ich Grunty Łowieckie”<sup>4</sup>.

Pomijając motywy Korony Brytyjskiej, z fragmentu tego wynika, że *Aboriginal title* dotyczy tych terytoriów, które nie zostały przekazane (*ceded*), bądź zakupione (*purchased*) przez Koronę. Jednakże wszystkie wspomniane terytoria i tak należą do monarchy (*Our Dominions and Territories*), a są jedynie przeznaczone do wyłącznego korzystania (*reserved*) przez Indian. W Proklamacji nie ma ani słowa na temat charakteru prawnego uprawnień Indian do ziemi, wspomina się je-

<sup>2</sup> *Hamlet of Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development* [1980] 1 F.C. 518, paragraf 78 (dalej: *Baker Lake*).

<sup>3</sup> (1888) 14 App. Cas. 46 (PC) (dalej: *St. Catharine's*).

<sup>4</sup> *The Royal Proclamation*, October 7, 1763, R.S.C. 1985, app. II. no. 1 (dalej: *Royal Proclamation* 1763).

dynie, że terytoria te są przeznaczone do korzystania przez Indian (*for the use of the said Indians*). Warto również zauważyć, iż omawiana Proklamacja nie ma zastosowania do całości obecnego terytorium Kanady, lecz jedynie do enumeratywnie w niej wymienionych terytoriów. Jednak dla określenia treści oraz ewolucji *Aboriginal title* istotne jest odwołanie się do tej regulacji.

W sprawie *St. Catharine's Milling & Lumber C. v. The Queen*<sup>5</sup>, Privy Council pod wpływem decyzji wydanych przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych<sup>6</sup>, stwierdziła, że w stosunku do wszelkich gruntów „Korona zawsze posiadała tytuł własności, który to tytuł po zjednoczeniu (Kanady) znalazł się w rękach (poszczególnych) prowincji”. Sąd ten uznał również, iż tytuł Indian do ziemi zawsze był „jedynie ciężarem” (*a mere burden*) na prawie przysługującym Koronie Brytyjskiej. W omawianym orzeczeniu bardzo jasno zostało określone, iż Indianie nie mogli swobodnie zbyć swoich uprawnień do gruntów, mogli jedynie przekazać je na rzecz Korony.

### ***Aboriginal title*, jako uprawnienie do korzystania z ziemi**

Kolejnym krokiem, jeśli chodzi o określenie charakteru *Aboriginal title*, była decyzja wydana w sprawie *Calder v. Attorney – General of British Columbia*<sup>7</sup>. Powodami w tej sprawie byli członkowie społeczności Nishga, złożonej z czterech plemion (Gitlakdami, Canyon City, Greenville oraz Kincolith), którzy domagali się uznania, iż *Indian title* w stosunku do spornego terytorium nigdy nie wygasł, mimo że strona królewska dokonała pewnych nadań i rozporządzeń co do tych ziem (zgody na eksploatację pól i lasów, pozwolenia na wydobywanie kopalin, gazu, ropy). Jednak pomimo iż sąd w swej argumentacji posunął się dalej, niż w sprawie *St. Catharine's*, zwłaszcza jeśli chodzi o stwierdzenie, iż Proklamacja z 1763 roku nie była jedynym źródłem uprawnień Indian do ziemi<sup>8</sup>, to omawiana decyzja nie daje wyczerpującej charakterystyki tych uprawnień. Sędzia Judson stwierdził, iż *Indian title* oznacza tyle, że Indianie, którzy zamieszkiwali obszar obecnej Kolumbii Brytyjskiej „zorganizowani w społeczności i zajmujący terytoria, tak jak czynili to ich przodkowie od wieków”, mają prawo „dalej zamieszkiwać i żyć na swoich ziemiach”<sup>9</sup>. Zbędne wręcz, w tych okolicznościach, wydaje się dodanie, iż owe prawo jest „zależne od dobrej woli Suwerena (monarchii brytyjskiej)”<sup>10</sup>. Sąd w uzasadnieniu swojej decyzji powołuje się na amerykańską sprawę *Tee-Hit-Ton*, w której to *Aboriginal title* został określony, jako nie będący prawem własności, lecz prawem zajmowania terytorium (*right of occupancy*). Prawo to jest nadane przez suwerena i chronione przed jakąkolwiek ingerencją ze strony osób trzecich, może ono jednak zostać zakończone z woli suwerena, bez żadnego prawnego obowiązku rekompensaty dla Indian<sup>11</sup>.

Reprezentujący Indiańskie plemię Nishga, powód *Calder*, w czasie procesu opisuje wykonywane przez członków plemienia sposoby korzystania z gruntów, jako – posiadanie, zajmowanie i wykorzystywanie terytoriów, na których to Indianie Nishga polowali, rozbijali

<sup>5</sup> *St. Catharine's*, jw.

<sup>6</sup> *Worcester v. State of Georgia* (1832), *Johnson and Graham's Lessee v. M'Intosh* (1823).

<sup>7</sup> (1973) S.C.R. 313 (dalej: *Calder*).

<sup>8</sup> *Guerin et al. v. The Queen* (1984) 2 S.C.R. 335 (dalej: *Guerin*).

<sup>9</sup> *Calder*, jw., s. 328.

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

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 339.

swoje obozowiska, chowali zmarłych, wykonywali wszelkie uprawnienia przysługujące wolnym ludziom<sup>12</sup>. Ten opis prawa, do którego roszczą pretensje członkowie Nishga, wydaje się pokrywać z treścią praw do korzystania z ziemi (*right of occupancy*), których istnienie dopuszczają sądy.

Jednakże, co uważam za niezwykle istotne, a co zdaje się być pomijane przez sądy, to różnice w rozumieniu i ocenie tych praw przez ludność autochtonską i przez Europejczyków. Podczas gdy europejskie podejście do kwestii ziemi jest czysto materialne i rozumiane w kategoriach własności, rdzenni mieszkańcy Ameryki Północnej od wieków mówią o korzystaniu z gruntów, dzieleniu się nimi (i to nie tylko z istotami ludzkimi, ale także ze zwierzętami), relacji, jaką posiadają z zamieszkwanym terytorium, a także wspólnym posiadaniu przez wszystkich członków plemienia zajmowanych ziem. Jest to rezultat odmiennego podejścia i zupełnie innej filozofii, niż ta, która charakteryzuje społeczeństwa zachodnie<sup>13</sup>. Zatem nie jest słuszne formułowanie oceny autochtonskiej koncepcji tych uprawnień z zupełnie odmiennej, europejskiej perspektywy prawnej. Niestety, takie zdaje się być stanowisko większości sądów w kwestii *Aboriginal title*. Toteż opis tytułu prawnego Indian, jako „słusznego” i „będącego prawem użytkowania i zajmowania ziem oraz korzystania z pożytków przynoszonych przez grunty, lasy, rzeki, strumienie, co w żaden sposób nie umniejsza głównych praw Korony uznawanych przez prawo narodów”<sup>14</sup>, sformułowany przez sędziego Halla, jest w pewien sposób krzywdzący i zdecydowanie pomijający koncepcje autochtonów.

Następnie, w 1984 roku Sąd Najwyższy Kanady w sprawie *Guerin v. R.*<sup>15</sup> zebrał i połączył wszystkie dotychczasowe stwierdzenia, uznając, iż nie ma żadnej sprzeczności pomiędzy scharakteryzowaniem *Indian title*, jako „szczególnego rodzaju interesu prawnego” (*a beneficial interest of some sort*), a oceną tego tytułu, jako „prawa użytkowania o charakterze osobowym” (*a personal, usufructuary right*)<sup>16</sup>. Wydaje się jasne, że sąd odnosi i przyrównuje *Indian title* do praw o charakterze względnym, nie zaś do praw rzeczowych.

Następujący fragment uzasadnienia do powołanego orzeczenia jest rodzajem kompilacji dotychczasowego stanowiska sądów w kwestii określenia treści *Aboriginal title*:

„Indianie mają prawo do zajmowania i posiadania ziem, których własność jest w rękach Korony. Pomimo iż ich uprawnienie nie mieści się w kategoriach własności, nie jest ono jedynie prawem osobowym. Słuszne jest stwierdzenie, że *sui generis* tytuł do ziemi, który autochtoni posiadają jest osobowy w tym sensie, iż nie może zostać przeniesiony na inny, niż sama Korona, podmiot; lecz jednocześnie tytuł ten stwarza szczególnego rodzaju zobowiązanie po stronie Korony, do podejmowania takich decyzji w sprawach ziemi, które będą korzystne dla Indian. Te dwa aspekty *Indian title* są ściśle ze sobą połączone, bowiem powodem, dla którego Korona uznała tytuł za niezbywalny na rzecz innych, niż ona sama podmiotów, było zapewnienie i ułatwienie reprezentowania Indian w stosunkach z osobami trzecimi”<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 349.

<sup>13</sup> Opisuje to m.in.: L. Littlebear, *A Concept of Native Title* (1976) C.A.S.N.P. Bul. V, 30.

<sup>14</sup> *Calder*, jw., s. 380.

<sup>15</sup> *Guerin*, jw.

<sup>16</sup> *Guerin*, jw., s. 382.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 382.

Wynika z tego, iż prawo Indian do ziemi, jako istniejące od wieków, wywodzące się z faktu zamieszkiwania przez ludność autochtonicką ich terytoriów, nie zaś stworzone przez brytyjski system prawny, składa się z niekwestionowanego uprawnienia do zajmowania i posiadania określonych terytoriów. Jednakże prawo to nie zostało w żaden sposób włączone do systemu praw rzeczowych uznanych przez *common law*, a jedynie opisane jako swego rodzaju prawo użytkowania (*sui generis usufructuary right*).

### **Aboriginal title prawem konstytucyjnym**

Aby w pełni opisać *Aboriginal title* należy odnieść się także do przepisów Konstytucji Kanady, a dokładnie s. 35 (1) ustawy z 1982 roku (*Constitution Act 1982, Schedule B*). Nowelizacja ta wprowadziła przepis, który głosi, iż „istniejące oraz powstałe na mocy traktatów prawa ludności autochtonickiej Kanady zostają prawnie uznane i potwierdzone”<sup>18</sup>. Wydawać by się mogło, iż w ten oto sposób prawu temu nadano szczególną pozycję pośród innych praw rzeczowych, jednak sędzia Lamer stwierdził w sprawie *R. v. Van der Peet*<sup>19</sup>, iż s. 35 (1) jest próbą pogodzenia istniejących roszczeń autochtonów do ziem, które teraz stanowią terytorium Kanady, z zapewnieniem brytyjskiego zwierzchnictwa nad tym terytorium<sup>20</sup>.

Można odnieść wrażenie, iż *Aboriginal title* jest uznawany tylko w takim stopniu, w jakim nie ingeruje w fakt zwierzchnictwa Korony, będącego wartością nadrzędną. Jest on również zależny od Korony i pozostaje w stosunku podrzędności do suwerennych uprawnień brytyjskiej monarchii. Jednakże, co się niejednokrotnie podkreśla, tytuł ten wynika z historycznego faktu zamieszkiwania przez Indian obecnego terytorium Kanady. Toteż jego poddanie zwierzchnictwu Korony angielskiej, aby było logicznie spójne, jest tłumaczone poprzez szereg teorii, z których powszechnie uznana jest teoria odkrycia (*doctrine of discovery*). Głosi ona, iż pierwsi odkrywcy nowego, niezajętego dotąd terytorium przejmują nad nim zwierzchność. Początkowo teoria ta ograniczała się do *terra nullius*, jednakowoż w późniejszym okresie pojęcie to rozszerzono o ziemie niezamieszkane przez „cywilizowane społeczeństwa”<sup>21</sup>.

### **Przełomowe orzeczenie Sądu Najwyższego Kanady**

Istotne zmiany w orzecznictwie kanadyjskim dotyczącym *Aboriginal title* osiągnięte zostały dzięki decyzji w sprawie *Delgamuukw v. British Columbia*<sup>22</sup>, w której plemiona Gitksan i Wet’suwet’en żądały uznania ich praw do zajmowanych przez te społeczności terytoriów w północnej części Kolumbii Brytyjskiej. Jak zauważa K. McNeil, przed wydaniem tej decyzji wszelkie wypowiedzi na temat *Aboriginal title* były bardzo niejasne<sup>23</sup>. Autor stwierdza, iż sądy zawsze były niechętne wytyczaniu granic *Aboriginal title*, szczególnie jeśli chodzi o zagadnienie uprawnień odnoszących się do lasów, złóż minerałów i innych zasobów naturalnych znajdujących się na terytoriach będących przedmiotem *Native title*. Profesor McNeil

<sup>18</sup> *Constitution Act, 1982, Schedule B*.

<sup>19</sup> (1996) 137 D.L.R. (4th) 289 (dalej: *Van der Peet*).

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 305.

<sup>21</sup> Borrows & Rotman, jw., s. 6.

<sup>22</sup> (1997) 3 S.C.R. 1010 (dalej: *Delgamuukw*).

<sup>23</sup> K. McNeil, *Defining Aboriginal Title in the 90's: Has the Supreme Court Finally Got It Right?*, Roberts Centre for Canadian Studies, York University, Toronto 1998, s. 8.

przedstawia argumenty obu stron w sporze o kształt *Aboriginal title*. Z jednej strony – pozycję rządu, który uznaje, iż prawo ludności indiańskiej jest ograniczone do takiego sposobu korzystania z zamieszkiwanych ziem, jaki cechował i był faktycznie wykonywany przez rdzennych mieszkańców Ameryki przed pojawieniem się tam europejskich kolonizatorów. Po przeciwnej stronie jest koncepcja proautochtońska, która głosi, że Indianie posiadają prawo do pełnego wykorzystania zamieszkiwanych terenów, nawet jeśli pewne sposoby eksploataowania ziemi nie były praktykowane w przeszłości, jak na przykład wydobywanie pokładów i złóż naturalnych<sup>24</sup>.

Sędzia Lamer w uzasadnieniu orzeczenia *Delgamuukw* określa treść i charakteryzuje *Aboriginal title* odwołując się do jego cech wyróżniających, jak: niezbywalność, źródło powstania oraz fakt, że jest uprawnieniem przysługującym grupie, a nie poszczególnym jednostkom; podkreśla przy tym, iż *Aboriginal title* nie jest formą *fee simple* (prawo własności na gruncie *common law*, o czym dalej)<sup>25</sup>. Konkluzją sądu jest, iż *Aboriginal title* „zawiera w sobie prawo do wyłącznego zajmowania terytorium będącego przedmiotem tego prawa i korzystania zeń dla rozmaitych celów, które nie muszą być w żaden sposób powiązane z praktykami, zwyczajami i tradycjami wykonywanymi i charakterystycznymi dla autochtonskich społeczności; (...) jednakże te sposoby korzystania z ziemi nie mogą być sprzeczne z samą naturą i przywiązaniem określonej grupy do ziemi”<sup>26</sup>. Zatem *Aboriginal title* jest nadal uważany za szczególnego rodzaju uprawnienie wraz ze wszystkimi charakterystycznymi dlań ograniczeniami, jednakże omawiane orzeczenie daje jasno do zrozumienia, iż sposoby korzystania z ziemi nie są ograniczone jedynie do tych, które wynikają ze zwyczajów i praktyk właściwych dla rdzennej ludności.

Profesor McNeil rozwijając argumentację sądu w tym względzie, głosi, że ludność autochtońska może swobodnie dokonywać wydobywania kopalin, gazu, wycinania drzew, itd., nawet jeśli nie korzystała w ten sposób ze swych ziem w przeszłości<sup>27</sup>. Wyraża on wszakże dezaprobatę pod adresem sformułowanych przez sąd nieodłącznych, właściwych temu uprawnieniu ograniczeń (*inherent limitation*), uważa bowiem, że aktualny sposób korzystania z ziemi nie powinien być ograniczony do, lecz ograniczony przez zwyczaje i tradycje praktykowane w przeszłości<sup>28</sup>. Ocenia on pozycję sądu, jako paternalistyczną.

Opisane podejście skłania do pewnych refleksji. Po pierwsze, czy brak pełnej swobody jest ograniczeniem samego prawa, czy też należy do jego istoty. Z jednej strony, jeśli weźmiemy pod uwagę prawa podmiotowe, w tym prawa rzeczowe, stwierdzamy, iż żadne z nich nie jest nieograniczone. Prawo własności, najszerze spośród praw rzeczowych jest ograniczone przez takie same prawa innych podmiotów, jak również obowiązek takiego postępowania, które nie prowadzi do powstania szkód po stronie osób trzecich. Sędzia Lamer zaś tłumaczy istnienie ograniczeń *Aboriginal title* (m.in. niezbywalności), koniecznością zabezpieczenia i ochrony szczególnej relacji, jaką Indianie posiadają w stosunku do ziemi; owe restrykcje mają zatem zagwarantować ciągłość tej relacji i dlatego są ściśle powiązane z inną charakterystyczną cechą *Native title*, a mianowicie jego kolektywnym charakterem. Przeto, reguły utrudniają-

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 9.

<sup>25</sup> *Delgamuukw*, jw., s. 1014.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 1015.

<sup>27</sup> McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, s. 11.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 12.

ce Indiańskim społecznościom dysponowanie uprawnieniami do ziemi, uzasadnione są poprzez odwołanie do nieekonomicznych wartości, które ziemia przedstawia dla tych grup<sup>29</sup>. Z drugiej jednak strony, ograniczenia te sprawiają, iż treść *Aboriginal title* jest w pewnym stopniu „zamrożona”, pozbawiona możliwości swobodnego ewoluowania. Pomimo iż stwierdzono, że społeczności autochtońskie są uprawnione do zmian przeznaczenia gruntów, to jednak dopuszczalne zmiany nie są nieograniczone. Autochtoni nie są uprawnieni do dokonywania zupełnych zmian swych zwyczajów, a to może być uznane jako znaczne ograniczenie swobody oraz możliwości samookreślenia tych grup. *Nota bene*, podobne ograniczenia nie zostały przewidziane w stosunku do innych terytoriów, zwłaszcza tych, które są przedmiotem własności Korony, bądź europejskich osadników.

Czy ludność autochtońska musiała czekać aż do 1997 roku, aby „nadano” jej to prawo? I czy prawo to rzeczywiście zostało wówczas, w decyzji *Delgamuukw*, „nadane”, czy też „uznane”, czy może jedynie „potwierdzone”?

Hamar Foster czyni w swej pracy niezwykle interesujące spostrzeżenia. Przedstawia on mianowicie obserwacje dokonane przez adwokata T.R.E. MacInnes, zatrudnionego wówczas przez rząd Laurier<sup>30</sup>. Tenże, w 1909 roku sporządził na polecenie rządu raport na temat pozycji i natury *Indian title* w Kanadzie („*Report on the Indian Title in Canada with Special Reference to British Columbia*” 1909). Niektóre z jego konkluzji zdają się pokrywać z brzmieniem decyzji wydanej w sprawie *Delgamuukw*. MacInnes stwierdza, że „*Indian title*, mimo, że może zostać zbyty jedynie na rzecz Korony, zawiera w sobie wszelkie istotne cechy właściwe prawu własności”<sup>31</sup>. Twierdzi dalej, że „ziemie należące do Indian to nie tylko te, które zostały przeznaczone na utworzenie Rezerwatów, ale także te, które były zajmowane przez plemiona Indiańskie od czasów niepamiętnych”<sup>32</sup>. Uważa on także, iż „ani władze prowincji, ani rząd federalny, nawet jeśli działałyby wspólnie, nie mają prawa doprowadzić do wygaśnięcia *Indian title*, jest on bowiem chroniony przez prawo narodów – a ono wymaga zgody samych zainteresowanych, tj. Indian, na wygaśnięcie ich tytułu”<sup>33</sup>. Profesor Foster uważa, że wszystkie argumenty przedstawione przez sędziego Lamera były już sformułowane w 1909 roku, toteż sąd wcale nie musiał tworzyć nowych reguł prawa, a jedynie je zastosować. W gruncie rzeczy, wedle tego autora nie jest szczególnie istotne kiedy koncepcja *Aboriginal title*, jako prawa rzeczowego została sformułowana po raz pierwszy, lecz to czy opiera się ona na istniejących i słusznych zasadach prawa<sup>34</sup>.

Interesujące jest porównanie tych spostrzeżeń (*Delgamuukw* – nie jako stworzenie nowych reguł, lecz zastosowanie już istniejących i ugruntowanych zasad) z komentarzami, jakie padały w mediach po wydaniu tej decyzji. Zostało to mianowicie opisane, jako „fatalny błąd” (*breathhtaking mistake*), „oparty na wymyślonych zasadach prawnych”, zaś opis *Aboriginal title* został uznany za „bezprecedensową i wyłącznie osobistą definicję tego prawa stworzoną przez sędziego Lamera, opartą głównie na własnych przemyśleniach i pełnych radykalnie utopijnych myśli artykułach profesorów prawa” („*Globe and Mail*”, „*Vancouver*

<sup>29</sup> *Delgamuukw*, jw., s. 1015–1016.

<sup>30</sup> H. Foster, *Aboriginal Title and the Provincial Obligation to Respect It: Is Delgamuukw v. British Columbia Invented law?* (1998) 56 *The Advocate* 221.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 223.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

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

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

*Sun*)<sup>35</sup>. Przykłady te są ilustracją podejścia i mylnego rozumienia tego problemu przez większość kanadyjskiego społeczeństwa, co wydaje się mało optymistyczne.

Niektórzy autorzy uważają, że współczesne regulacje *Aboriginal title* zapewniają solidną ochronę terytoriów i zasobów naturalnych Indian<sup>36</sup>. Profesor Bartlett z Australii badając reguły uzasadniające istnienie tego prawa, doszedł do wniosku, że Sąd Najwyższy w sprawie *Delgamuukw* szukał złotego środka pomiędzy pragmatycznym sposobem pogodzenia sprzecznych interesów z jednej strony, a zasadami równości z drugiej<sup>37</sup>. Zwraca on uwagę na podobieństwa w uznaniu *Aboriginal title* w Stanach Zjednoczonych, Kanadzie i Australii, stwierdzając, że wynika to z faktu, iż we wszystkich tych krajach sądy opierają się na regule „równość wobec prawa”, która to reguła zrównuje rdzennych mieszkańców podbitego terytorium z osiadłymi tam kolonizatorami w ich prawach do ziemi<sup>38</sup>. Autor ten uważa, że zasady równości wymagają, aby *Aboriginal title* stwarzał wyłączość w korzystaniu z określonego terytorium, a to z kolei pociąga za sobą konieczność zapewnienia pełnego uwłaszczenia grupy, której ten tytuł przysługuje<sup>39</sup>. Jednak, o ile mi wiadomo, zastosowanie tych zasad w życiu i codziennej praktyce dalekie jest od obrazu, jaki stwarzają decyzje sądowe i ich interpretacje.

Czy zatem tytuł Indian do ziemi (*Indian interest*), opisany przez sędziego Dicksona w decyzji *Guerin*, jako „prawo do zajmowania i posiadania terytoriów” jest takim samym prawem, jak *fee simple*? Z szeregu orzeczeń zdecydowanie wynika, że nie. Wobec tego, co oznacza powoływana przez sądy i licznych autorów „zasada równości”, jak również sama „równość” wobec prawa? Czy jest to równość pomiędzy wszystkimi obywatelami tego samego państwa, czy też specyficzna odmiana równości, która dzieli tych obywateli? Ponadto, czy równość ma oznaczać, że rdzenni mieszkańcy mają otrzymać dokładnie takie same uprawnienia, jak pozostali obywatele Kanady? Być może właściwe reguły sprawiedliwej równości domagałyby się, że powinni otrzymać więcej. Wszak prawo niejednokrotnie, w imię równości i sprawiedliwego traktowania, uprzywilejowuje pewną grupę. Wydaje się to tylko pozornie sprzeczne, bowiem silniejsza ochrona słabszej strony (np. konsumentów) ma na celu wyrównanie przewagi, jaką posiada silniejsza (np. przedsiębiorcy). To właśnie może oznaczać prawdziwa równość.

Wydaje się, że idea wyodrębnienia praw ludności autochtonicznej, w tym m.in. *Aboriginal title*, ma (albo powinna mieć) na celu pewien rodzaj uprzywilejowania tych grup (dowodem może być choćby nadanie tym prawom rangi konstytucyjnej). Założeniem winno być stworzenie gwarancji tego, że Indianie mogą prowadzić tradycyjny sposób życia, kontynuować swe tradycje i zwyczaje, lecz mogą zdecydować się także na przejście europejskiego stylu życia. Odnoszę jednak wrażenie, iż omawiane orzeczenia w dużej mierze próbują wytlumaczyć i usprawiedliwić istniejącą dyskryminację oraz faktyczny brak równości. Profesor Bartlett również konkluduje, że Sąd Najwyższy Kanady niechętnie stwierdził, iż u podstaw *Aboriginal title* leżą zasady równości<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 222.

<sup>36</sup> P. Macklem, *What's Law Got To Do With It? The Protection Of Aboriginal Title in Canada* (1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 125, s. 128.

<sup>37</sup> R. H. Bartlett, *The Content of Aboriginal Title and Equality Before the Law* (1998) 61 *Sask. L.R.* 377.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 380–381.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 382.

<sup>40</sup> *Ibidem*, s. 391.

## II. NARUSZENIE ABORIGINAL TITLE

*Aboriginal title*, jako wyłączne uprawnienie do korzystania z określonego terytorium, jest chronione przed jakąkolwiek ingerencją oraz zakłóceniem w korzystaniu z tego prawa<sup>41</sup>. Profesor McNeil twierdzi, iż „jako prawu rzeczowemu, *Aboriginal title* przysługuje taka sama ochrona, jaką posiada każde inne prawo rzeczowe w Kanadzie”<sup>42</sup>. Jednakże ochrona ta nie jest nieograniczona. Autor powołuje orzeczenie *R. v. Sparrow*<sup>43</sup>, w którym Sąd Najwyższy sformułował warunki, po których spełnieniu ustawodawca federalny może naruszyć *Aboriginal title*, jako jedno z szeregu praw przysługujących ludności Indiańskiej<sup>44</sup>. Konieczne jest zatem, by władza państwowa udowodniła istnienie ważnego interesu prawnego uzasadniającego to naruszenie; ponadto wymagane jest, aby respektowane były zobowiązania Korony w stosunku do Indian (tzw. *fiduciary duty*). Ten ostatni warunek oznacza, że prawom ludności autochtońskiej należy nadać priorytet w stosunku do innych praw i interesów<sup>45</sup>. Ochrona ta wynika z konstytucyjnej gwarancji praw Indian. Przed wprowadzeniem s. 35 (1), sąd w orzeczeniu *Calder* stwierdził, że brytyjski monarcha, jako suweren, ma prawo wprowadzać w życie ustawy, które umożliwiają przymusowe nabywanie ziem na cele publiczne, jednakże stosowne odszkodowanie musi zostać przyznane każdemu, kto mieszkając na takim terytorium posiadał w stosunku do niego tytuł z racji przynależności do rdzennej społeczności. Sądy będą zobowiązane przyznać mieszkańcom takich terytoriów właściwe do ich interesów odszkodowanie, nawet, jeśli rodzaj i natura tych interesów są nieznane prawu angielskiemu<sup>46</sup>.

Profesor McNeil twierdzi, że w decyzji *Sparrow* oraz kolejnych orzeczeniach ochrona praw Indian została znacznie osłabiona<sup>47</sup>. Mimo iż wydaje się, że prawa ludności rdzennej mogą być naruszone tylko w wyjątkowych okolicznościach i to jedynie za pośrednictwem ustawy, sąd stwierdził, że rozporządzenia federalne mogą ograniczać te prawa, jeśli jest to konieczne dla zaspokojenia ważnego interesu chronionego przez prawo (jak na przykład ochrona zasobów rybnych, bądź innych bogactw naturalnych). Rząd jest obowiązany wykazać, że jego działania są zgodne z powinnościami, jakie ma wobec Indian. Nie może jednak usprawiedliwić naruszenia praw autochtonów działając w „interesie publicznym” – który to termin jest zbyt szeroki i mało precyzyjny, aby uzasadnić ograniczenie praw gwarantowanych przez Konstytucję<sup>48</sup>. Sąd stwierdził także, iż zasadność naruszenia musi opierać się na ocenie „czy naruszenie zostało dokonane w sposób minimalny, taki jedynie, aby osiągnięty został określony cel; czy w sytuacji wywłaszczenia przyznane zostało stosowne odszkodowanie; oraz czy dokonano konsultacji z grupą ludności, której praw naruszenie dotyczy”<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> McNeil, *Defining Aboriginal Title*..., s. 16.

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

<sup>43</sup> (1990) 1 S.C.R. 1075 (dalej: *Sparrow*).

<sup>44</sup> McNeil, *Defining Aboriginal Title*..., s. 17.

<sup>45</sup> *Sparrow*, jw., s. 1113.

<sup>46</sup> *Calder*, jw., s. 380.

<sup>47</sup> McNeil, *Defining Aboriginal Title*..., s. 17.

<sup>48</sup> *Ibidem*, s. 18; *Sparrow*, jw., s. 1113.

<sup>49</sup> *Sparrow*, jw., s. 1119.

W 1996 roku w orzeczeniu *R. v. Gladstone*<sup>50</sup>, sąd uznał za konieczne skorygować tekst ustanowiony w decyzji *Sparrow* oraz przystosować go do nowych potrzeb<sup>51</sup> (połów ryb dla zdobycia pożywienia i celów ceremonialnych – w decyzji *Sparrow*, oraz połów ryb dla celów handlowych – w decyzji *Gladstone*). Sędzia Lamer wygłosił, że:

„Prawa autochtonów zostały uznane i potwierdzone przez s. 35 (1), aby pogodzić fakt istnienia odrębnych społeczeństw indiańskich przed przybyciem Europejczyków do Ameryki Północnej z jednoczesnym zapewnieniem Królewskiego zwierzchnictwa nad tym terytorium. (...) Jednakże, skoro te odrębne indiańskie grupy żyją w ramach i są częścią większej politycznej i ekonomicznej społeczności, w stosunku do której Korona jest zwierzchnikiem, istnieją okoliczności, uzasadniające wprowadzanie ograniczeń niektórych praw dla osiągnięcia ważnych dla całej społeczności celów. (...) Ograniczenia obejmujące prawa Indian są niezbędnym elementem pogodzenia dwu powołanych wartości, pod warunkiem, że cel, dla którego się je wprowadza stanowi istotne znaczenie dla szerszej społeczności”<sup>52</sup>.

Profesor McNeil uważa, że powyższe stwierdzenia są w istocie wprowadzeniem „interesu publicznego”, jako przesłanki uzasadniającej naruszanie praw Indian<sup>53</sup>. Sugeruje on, iż orzeczenie to dopuszcza naruszenie praw autochtonów za pośrednictwem ustawodawstwa, dla celów dokonywania podziału bogactw naturalnych pomiędzy wszystkich członków społeczeństwa, co w efekcie jest przykładem dominacji praw nieuznanych wprost przez Konstytucję nad tymi, które są konstytucyjnie chronione<sup>54</sup>.

Zagadnienie naruszenia praw Indian zostało również poruszone w orzeczeniu *Delgamuukw*, gdzie sędzia Lamer stwierdził, że pogodzenie faktu zamieszkiwania Ameryki Północnej przez społeczności rdzenne z zapewnieniem brytyjskiego zwierzchnictwa zakłada i usprawiedliwia naruszanie tych uprawnień<sup>55</sup>. Sędzia posuwa się dalej w swym twierdzeniu i głosi, że rozwój rolnictwa, leśnictwa, górnictwa, itd., jak również ogólny rozwój określonego terytorium są wystarczającym uzasadnieniem dla dokonywania ograniczeń *Aboriginal title*<sup>56</sup>. Takie podejście zdaje się cofać osiągniętą już pozycję *Aboriginal title*, jako prawa wyłącznego zajmowania terytorium, pozwalającego na „najpełniejsze z niego korzystanie zgodnie z przyjętym stylem życia” przez określoną grupę, bądź społeczność<sup>57</sup>. Jest to również dalekie od zasad, dawno już przyjętych w orzecznictwie amerykańskim (sprawa *Mitchel v. United States*, 1835), gdzie uznano, że „ocena posiadania i zajmowania ziem przez ludność indiańską musi zakładać istnienie ich zwyczajów oraz stylu życia; ich terytoria łowieckie są w takim samym stopniu w ich posiadaniu, jak pola uprawne białych; a ich prawa do wyłącznego z nich korzystania w dowolnie obrany sposób i dla dowolnie wytyczonych celów są tak samo respektowane przez prawo (...)”<sup>58</sup>.

<sup>50</sup> [1996] 2 S.C.R. 723 (dalej: *Gladstone*).

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*, paragraf 73.

<sup>53</sup> McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, jw., s. 18.

<sup>54</sup> *Ibidem*, s. 19.

<sup>55</sup> *Delgamuukw*, jw., § 165.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Bartlett, jw., s. 381–382.

<sup>58</sup> B. Slattery, ‘Some Thoughts on Aboriginal Title’ (1999) 48 U.N.B.L.J. 19, s. 25 (dalej: Slattery).

Skoro w orzeczeniu *Delgamuukw* zostało powiedziane, że treść *Aboriginal title* nie może zostać „zamrożona” do tradycyjnych tylko sposobów korzystania z ziemi<sup>59</sup>, wydaje się zatem, iż zgodnie z zasadami interpretacji norm prawnych (zasada *a maiori ad minus*), prawa tego nie można ograniczać z racji, iż grunty nie są wykorzystywane w bardziej nowoczesny i wydajny sposób. Jeśli bowiem podmiotom przysługuje możliwość wykonywania szerszych uprawnień, tym bardziej mogą one wykonywać węższy ich zakres, a z pewnością nie powinny być pozbawione swych praw li tylko z powodu niewykorzystywania przysługujących im możliwości.

Wypowiedzi sędziego Lamera zostały poddane ostrej krytyce przez profesora McNeil. Autor ten porównuje uzasadnienie orzeczenia do „znanego powszechnie sposobu usprawiedliwiania procesów wywłaszczania ludności Indiańskiej w szczytowym okresie europejskiej kolonizacji wschodnich terenów Ameryki Północnej”<sup>60</sup>. Jego oburzenie jest spowodowane faktem, iż „sędzia Lamer nie odwoływał się do sytuacji w XVII, bądź XVIII wieku, lecz wypowiadał się na temat czasów współczesnych i sytuacji obecnej, zaraz po tym, kiedy to w 1982 roku prawa autochtonów zyskały gwarancje konstytucyjne!”<sup>61</sup>. Profesor konkluduje, iż w praktyce ograniczenia praw Indian są dokonywane w celu sprzyjania interesom finansowym wielkich, międzynarodowych korporacji.

Wydaje się, że ta część orzeczenia *Delgamuukw* pogłębia wątpliwości co do rzeczowego charakteru *Aboriginal title*. Prawa rzeczowe są uprawnieniami bezwzględными, *erga omnes*, które posiadają ochronę przed jakimkolwiek zakłóceniem, czy ingerencją ze strony podmiotów nieuprawnionych, w tym również przed działaniami władzy publicznej, chyba że ta posiada wyraźne upoważnienie (zazwyczaj ustawowe, które z kolei oparte jest na normach konstytucyjnych). Natomiast *Aboriginal title*, mimo iż chroniony bezpośrednio przez Konstytucję Kanady, jest zdecydowanie bardziej podatny na ingerencje władzy wykonawczej, niż pozostałe prawa rzeczowe, co do których Konstytucja nie zawiera wyraźnych norm<sup>62</sup>.

Orzeczenie *Delgamuukw* przewiduje pewne ograniczenia dla dokonywania naruszeń, z których głównym jest obowiązek konsultowania decyzji z rdzenną ludnością; „natura i zakres obowiązku dokonywania konsultacji zależne są od okoliczności – w przypadkach, gdy naruszenie jest stosunkowo niewielkie, obowiązek ten ogranicza się jedynie do przedyskutowania decyzji, które zostaną podjęte w stosunku do terytorium objętego *Aboriginal title*; (...) inne sytuacje mogą natomiast wymagać pełnej zgody zainteresowanej społeczności”<sup>63</sup>. Sąd podkreśla obowiązek przeprowadzania konsultacji w dobrej wierze. Omawiana decyzja podejmuje także kwestię odszkodowania, uznając je za niezbędny element działania zgodnego z prawem. Wysokość odszkodowania zależna jest od charakteru konkretnego *Aboriginal title* oraz od stopnia dotkliwości jego naruszenia<sup>64</sup>.

K. McNeil zauważa, że rozważania sędziego Lamera zakładają, iż prawo Indian do ziemi może być ograniczone tak przez działania Parlamentu federalnego, jak również

<sup>59</sup> R.H. Bartlett, *iw.*, s. 382.

<sup>60</sup> McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, s. 20.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*, s. 21.

<sup>63</sup> *Delgamuukw*, *iw.*, paragraf 168.

<sup>64</sup> *Ibidem*, paragraf 169.

przez legislatury poszczególnych prowincji<sup>65</sup>. To jednakże pozostaje w sprzeczności z s. 91 i 92 ustawy konstytucyjnej z 1867 roku, które dokonują wyraźnego podziału kompetencji ustawodawczych pomiędzy Parlament, a legislatury prowincji<sup>66</sup>. S. 91 (4) powierza Parlamentowi wyłączne uprawnienia ustawodawcze w kwestiach „Indian i terytoriów przeznaczonych dla Indian”<sup>67</sup>. Mimo że z kolei s. 92 (13) nadaje prowincjom wyłączność decydowania w sprawach „własności i innych praw obywateli na terytorium prowincji”<sup>68</sup>, w orzeczeniu *Delgamuukw* wyraźnie stwierdzono, że tereny objęte *Aboriginal title* są włączone w zakres pojęcia „terytoriów przeznaczonych dla Indian”<sup>69</sup>. Autor zwracając uwagę na tę sprzeczność, stwierdza, że prowincje nie mają prawa ingerować w istniejące uprawnienia Indian do terytoriów, ponieważ należy to do wyłącznej jurysdykcji federalnej i jest niezgodne z zasadą zabraniającą prowincjom wprowadzania norm w dziedzinach będących domeną Parlamentu federalnego. Konkluzją autora jest, iż Sąd Najwyższy będzie musiał powrócić do tego problemu w przyszłości, aby wyeliminować istniejącą nieścisłość<sup>70</sup>.



W drugiej części niniejszego opracowania przedstawiona zostanie problematyka związana z uznawaniem przez sądy istnienia *Aboriginal title*. Próba szczegółowej analizy obejmie zasadnicze przesłanki oraz czynniki mające wpływ na decyzje sądów w materii praw ludności autochtonicznej do ziemi.

<sup>65</sup> „(...) niektóre sytuacje mogą nawet wymagać pełnej zgody społeczności rdzennej, zwłaszcza, gdy prowincje wprowadzają przepisy regulujące polowania oraz połowy ryb w stosunku do terytoriów autochtonów”; *Ibidem*, paragraf 168.

<sup>66</sup> McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, jw., s. 22.

<sup>67</sup> *The Constitution Act, 1867*.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, jw., s. 24; *Delgamuukw*, jw., paragraf 176.

<sup>70</sup> McNeil, *Defining Aboriginal Title...*, jw., s. 24–25.

# PRAWA CZŁOWIEKA



Michał Płachta

## Prawa człowieka w kontekście przeszkód ekstradycyjnych

Prawa człowieka w sposób nieunikniony przenikają także do sfery międzynarodowej współpracy w sprawach karnych. Tutaj chciałbym się skoncentrować na najstarszej z form tej współpracy, a mianowicie ekstradycji. Z uwagi na spore zainteresowanie tą problematyką w literaturze zagranicznej konieczne<sup>1</sup> jest ograniczenie pola rozważań wyłącznie do jednego aspektu: przeszkód ekstradycyjnych<sup>2</sup>.

### 1. Kategorie praw człowieka

Naruszenia praw człowieka w państwie występującym z wnioskiem o wydanie ściganego, albo też prawdopodobieństwo wystąpienia tych naruszeń, nie w każdym wypadku muszą sta-

---

<sup>1</sup> Zob. np. J. Dugard, Ch. Van den Wyngaert, *Reconciling Extradition with Human Rights*, *American Journal of International Law* (dalej: AJIL) 1998, t. 92, s. 187; Ch. Van den Wyngaert, *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?*, *International and Comparative Law Quarterly* 1990, t. 39, s. 757; O. Lagodny, S. Reissner, *Extradition Treaties, Human Rights and „Emergency Brake” – Judgments: A Comparative European Survey*, *Finnish Yearbook of International Law* 1994, t. 2, s. 232; O. Lagodny, W. Schomburg, *International Cooperation in Criminal Matters and Rights of the Individual from a German Perspective*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1994, t. 2, s. 379; A.H.J. Swart, *Human Rights and the Abolition of Traditional Principles*, (w:) *Principles and Procedures for a new Transnational Criminal Law*, red. A. Eser, O. Lagodny, Freiburg 1992, s. 505; G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Nijhoff – Dordrecht 1991, s. 79–93; C.H.W. Gane, *Human Rights and International Cooperation in Criminal Matters* (w:) *Crime Sans Frontieres*, red. P.J. Cullen and W.C. Gilmore, Edinburgh University Press 1998, s. 186. Spośród polskich autorów zob. W. Hermeliński, *Ekstradycja a prawa człowieka*, „Palestra” 2001, nr 1–2, s. 126–134; M. Płachta, *Human Rights in the Context of Extradition*, *Comparative Law Review* 2001.

<sup>2</sup> Szerzej nt. przeszkód ekstradycyjnych zob. M. Płachta, *Zasady i przeszkody ekstradycyjne*, Prokuratura i Prawo 2000, nr 7–8, s. 23–40.

nowić przeszkodę ekstradycyjną. Zarówno uniwersalny system ochrony praw człowieka ustanowiony na bazie Międzynarodowych Paktów Praw Obywatelskich i Politycznych (MPOP)<sup>3</sup> wraz z protokołami fakultatywnymi<sup>4</sup>, jak i systemy regionalne: europejski oparty na europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC)<sup>5</sup> i amerykański oparty na Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka (AKPC)<sup>6</sup>, rozróżniają trzy kategorie praw<sup>7</sup>:

1. prawa, które mogą zostać ograniczone lub zawieszone w pewnych ściśle określonych przypadkach takich jak bezpieczeństwo publiczne, konieczność ochrony porządku publicznego, zapobieganie przestępczości czy ochrona praw i wolności innych osób;

2. prawa ograniczane tylko w przypadku stanu wyjątkowego, wojennego lub w przypadku wojny;

3. prawa, które nie mogą być ograniczone ani zawieszone w żadnym wypadku. Są to prawa będące normami *ius cogens*.

Do pierwszej kategorii zalicza się prawo do wolności słowa i wolności zrzeszania się. Druga kategoria praw zawiera między innymi prawo do wolności i prawo do rzetelnego i uczciwego procesu (*fair trial*). Regulacje zezwalające zawieszenie tych praw zawarte są w art. 4 MPOP – przyczyną zawieszenia może być: „wyjątkowe niebezpieczeństwo publiczne zagrażające istnieniu narodu”. Konwencja europejska reguluje to w art. 15, gdzie wymienia się jako powód zawieszenia: wojnę lub inne niebezpieczeństwo publiczne zagrażające życiu narodu. Konwencja amerykańska poszerza katalog przyczyn zawieszenia o „inną wyjątkową sytuację, która zagraża niepodległości lub bezpieczeństwu Państwa-Strony”.

Do trzeciej grupy praw – praw absolutnych należą tak fundamentalne prawa jak prawo do życia, zakaz niewolnictwa, zakaz tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania, zakaz dyskryminacji. Wspomniany podział praw człowieka nie w pełni przystaje do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów<sup>8</sup>. Niemniej jednak z uwagi na jej odmienną strukturę zawarte w niej prawa można podzielić na absolutne i względne, które mogą być ograniczone w interesie bezpieczeństwa narodowego, zdrowia lub wolności innych osób<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Uchwalone przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 16 grudnia 1966 r., ratyfikowane przez Polskę 3 marca 1977 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

<sup>4</sup> Pierwszy protokół fakultatywny uchwalony razem z MPOP 16 grudnia 1966 r., ratyfikowany przez Polskę 14 października 1991 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 23, poz. 80). dotyczy uznania kompetencji Komitetu Praw Człowieka do przyjmowania i rozpatrywania skarg podlegających jego jurysdykcji. Drugi protokół fakultatywny uchwalony 15 grudnia 1989 r., dotyczy zniesienia kary śmierci.

<sup>5</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. ratyfikowana przez Polskę 15 grudnia 1992 r. Konwencja była uzupełniana protokołami fakultatywnymi. Polska ratyfikowała tekst konwencji wraz z protokołami nr 2, 3, 5, 8, a następnie protokoły nr 1 i 4 ratyfikowane 26 lipca 1994 r. oraz protokół nr 6 ratyfikowany 14 kwietnia 2000 r.

<sup>6</sup> Amerykańska Konwencja Praw Człowieka uchwalona w San José 22 listopada 1969 r. oraz dwa protokoły dodatkowe: Protokół z San Salvador (17 listopada 1988 r.) i Protokół w sprawie zniesienia kary śmierci (8 czerwca 1990 r.). Zob. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa człowieka dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1996, s. 311–312.

<sup>7</sup> Szerzej nt. hierarchii norm i źródeł w obrębie praw człowieka zob. T. Meron, *On a Hierarchy of International Human Rights*, AJIL 1986, t. 80, s. 1. Zob. także *ILA Report 1994: Report of the 66th Conference of the International Law Association*, Buenos Aires 1994, s. 153.

<sup>8</sup> Zob. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *ibidem*, s. 344–359.

<sup>9</sup> Zob. Raport ILA z konferencji w Buenos Aires (1994), *ibidem*.

Wyodrębnienie trzech grup praw pozwala na wstępne określenie, które z praw człowieka mogą stać się przeszkodą ekstradycyjną. Niewątpliwie kategoria praw absolutnych, zwłaszcza tych, które zostały ujęte w umowach, których państwo jest stroną, ale także prawa stanowiące drugą kategorię np. prawo do sprawiedliwego i słusznego procesu, mogą stać się w pewnych okolicznościach podstawą odmowy wydania uciekiniera państwu wzywającemu. Natomiast naruszenie praw zaliczanych do pierwszej grupy raczej nie będzie stanowić samoistnej podstawy odmowy wydania. Oczywiście nie jest to zasada absolutna i w określonych sytuacjach państwo może oprzeć na którymś z praw należących do tej grupy, odmowę wydania, wydaje się jednak, że w istocie będzie to tylko zasłona dla rzeczywistych powodów nieuwzględnienia prośby ekstradycyjnej.

## 2. Poszczególne prawa człowieka jako potencjalne przeszkody ekstradycyjne

### A) KARA ŚMIERCI

Zwyczajowe prawo międzynarodowe nie zawiera zakazu stosowania kary śmierci. Wprowadzie drugi protokół fakultatywny (1989 r.) do MPPOP, szósty protokół fakultatywny do EKPC (1983 r.) oraz protokół fakultatywny z 1990 r. do AKPC wprowadzają zakaz stosowania kary śmierci oraz to, że większość krajów rozwiniętych wycofało karę śmierci ze swoich katalogów kar, lub *de facto* zrezygnowało z jej stosowania, to jest ona nadal w pełni legalną i stosowaną karą w wielu krajach<sup>10</sup>. Mimo że brak jest podstaw prawnych, wyjąwszy odpowiednie klauzule zawarte w pewnych umowach ekstradycyjnych<sup>11</sup>, do odmowy wydania osoby ściganej w sytuacji, gdy w stosunku do niej mogłaby zostać orzeczona kara śmierci, to państwa, które zrezygnowały ze stosowania tej formy kary starają się utrudniać ekstradycję do kraju, w którym kara śmierci jest nadal stosowana. W zaistniałej sytuacji państwo składające wniosek o wydanie jest zmuszane albo do zmiany kwalifikacji prawnej zarzucanego czynu na taką, która nie przewiduje sankcji w postaci kary śmierci np. zabójstwo zamiast morderstwa, co powoduje nierzadko powstanie pewnej fikcji prawnej<sup>12</sup>. Innym sposobem jest złożenie gwarancji, że w konkretnej sprawie nie zostanie orzeczona kara śmierci.

Rodzaj to jednak pytanie, kto jest uprawniony do składania takich gwarancji? Rząd państwa wnioskującego o ekstradycję, organy prokuratury czy sąd? Jakiegolwiek rozwiązanie powoduje powstanie wątpliwości prawnych. Władza wykonawcza w praworządnym państwie nie ma prawa wkraczać w sferę zarezerwowaną dla władztwa sądowniczego. Deklaracja tego rodzaju złożona przez prokuratora, że nie będzie wnioskował o orzeczenie kary śmierci nie ma żadnej mocy wiążącej w stosunku do sądu. Natomiast deklaracja tego rodzaju złożona przez sąd nie mogłaby być w żaden sposób później wyegzekwowana<sup>13</sup>. Wydaje się, że jedyną w pełni legalną formą takiej deklaracji byłoby oświadczenie parlamentu kraju

<sup>10</sup> W. A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Boston 1993, s. 34.

<sup>11</sup> Por. np. art. 67 umowy między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Białoruś o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych (Dz.U. z 1995 r. Nr 128, poz. 619).

<sup>12</sup> J. Dugard, Ch. Van der Wyngaert, *Reconciling Extradition with Human Rights*, *American Journal of International Law* 1998, t. 92, s. 197.

<sup>13</sup> Zgodnie z zasadą niezawisłości sędziowskiej.

wnioskującego, które pociągałoby za sobą zmianę, choćby czasową, prawa w kłopotliwej kwestii. W praktyce oświadczenia tego typu są składane przez państwa i są realizowane na zasadzie wzajemnego zaufania. Państwa rezygnują z zastosowania kary śmierci zadowalając się możliwością osądzenia, zwłaszcza że dysponują ekwiwalentami kary zasadniczej w postaci dożywotniego lub wieloletniego bezwzględnego pozbawienia wolności.

Państwa mające na uwadze dalszą współpracę w zwalczaniu przestępczości dążą do przestrzegania składanych przez siebie deklaracji, aby nie spotkać się z odmową ekstradycji w przyszłości. Sytuację taką dobrze obrazuje sprawa *Short* przeciwko Holandii<sup>14</sup>. Holenderski Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że istnieje nierozwiązywalny konflikt pomiędzy NATO *Status of Forces Agreement (NATO SOFA)*<sup>15</sup> regulującym stacjonowanie wojsk NATO w Holandii, a EKPC. Tymczasem na podstawie *NATO SOFA* Short, będący amerykańskim żołnierzem, miał zostać wydany władzom Stanów Zjednoczonych, które oskarżały go o zamordowanie żony. Konflikt dodatkowo zaostrzał fakt, iż Holandia ratyfikowała szósty protokół dodatkowy do EKPC zakazujący stosowania kary śmierci. Holenderski Sąd Najwyższy uznał, że interes jednostki jest ważniejszy w tym przypadku od zobowiązań państwa w stosunku do drugiego państwa. Ostatecznie Short został wydany po uprzedniej zmianie kwalifikacji zarzucanego mu czynu, dzięki czemu nie groziło mu już skazanie na karę śmierci<sup>16</sup>.

Inną drogą poszedł Europejski Trybunał Praw Człowieka rozstrzygając sprawę *Soering* przeciwko Wielkiej Brytanii<sup>17</sup>, gdzie, aby usprawiedliwić odmowę ekstradycji w sprawie, w której orzeczenie kary śmierci było niemal pewne, Trybunał wołał powołać się raczej na zakaz nieludzkiego traktowania, niż dopuścić do wydania ściganego.

## B) ZAKAZ TORTUR

Stosowanie tortur czy możliwość ich zastosowania przez organy władzy państwowej w każdym wypadku stanowi przeszkodę ekstradycyjną. Wszystkie konwencje dotyczące praw człowieka zawierają zakaz ich stosowania, ponadto istnienie specjalnych konwencji dotyczących tej kwestii (Konwencja przeciwko torturom oraz innemu okrutnemu, nieludzkemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu z 1984 r., Międzypaństwowa Konwencja o zapobieganiu torturom z 1985 r., Europejska Konwencja o zapobieganiu torturom oraz nieludzkemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 1987 r. wraz z dwoma protokołami dodatkowymi z 1993 r.) powodują, że nie ma wątpliwości co do istnienia całkowitego zakazu stosowania jakichkolwiek fizycznych czy psychicznych tortur. Zatem żadne państwo nie będzie miało kłopotów z uzasadnieniem odmowy ekstradycji, jeśli przypadki stosowania tortur<sup>18</sup> zdarzają się w państwie występującym z wnioskiem o

<sup>14</sup> Wyrok holenderskiego Sądu Najwyższego z 30 marca 1990 r. Zob. *The Netherlands: Opinion of the Advocate-Generaal and Supreme Court Decision in the Netherlands v. Short*, 29 I.L.M. 1375 (1990); J. E. Parkerson, S. J. Lepper, *Short v. Kingdom of the Netherlands*, AJIL 1991, t. 85, s. 698.

<sup>15</sup> Londyn 1951 r., ratyfikowana przez Polskę 27 maja 1999 r. (Dz.U. z 1999 r. Nr 21, poz. 257).

<sup>16</sup> B. Swart, *Extradition*, (w:) *International Criminal Law in the Netherlands*, red. B. Swart, A. Klip, Freiburg 1997, s. 114.

<sup>17</sup> *Soering v. United Kingdom*, ETPC, Ser. A, nr 161 (1989).

<sup>18</sup> Amnesty International dokonała przeglądu raportów ze 195 krajów i terytoriów za okres od roku 1997 do połowy roku 2000. Przegląd wykazał, iż od roku 1997 AI otrzymała raporty dotyczące przypadków stosowania tortur i brutalnego traktowania przez funkcjonariuszy państwowych w ponad 150 krajach. W ponad 70 krajach tortury i brutalne traktowanie przez funkcjonariuszy państwowych były

wydanie<sup>19</sup>. Jeśli o jakimś prawie człowieka da się powiedzieć, że bez cienia wątpliwości należy ono do kategorii norm *ius cogens*, to jest nim zakaz stosowania tortur. Wątpliwości mogą natomiast rodzić się na gruncie wykładni pojęcia tortur. Jednakże, jeśli nawet konkretne praktyki organów państwa nie zostaną uznane za akt stosowania tortur to niewątpliwie będą mogły zostać zakwalifikowane jako okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie, co w istocie stanowi równie solidną podstawę odmowy wydania osoby ściganej.

### C) ZAKAZ OKRUTNEGO, NIELUDZKIEGO I PONIŻAJĄCEGO TRAKTOWANIA I KARANIA

Szeroki zakres pojęcia okrutne, nieludzkie i poniżające traktowanie i karanie oraz jego ogólność pozostawia szerokie pole na jego interpretację. Rodzi to duże rozbieżności w jego rozumieniu i kwalifikowaniu poszczególnych sytuacji jako naruszeń praw człowieka. Należy zatem każdorazowy przypadek rozpatrywać oddzielnie w świetle towarzyszących mu konkretnych okoliczności.

#### (I) SYNDROM KORYTARZA ŚMIERCI (*DEATH ROW PHENOMENON*)

Kazus tzw. fenomenu korytarza śmierci (nazwa ta oznacza stan traumatyczny spowodowany przebywaniem w trudnych warunkach w celi śmierci przez długi okres czasu, od kilku do kilkunastu lat, spowodowany trwającym procesem rozpatrywania kolejnych odwołań składanych przez skazanego) powstał przy okazji rozpatrywania sprawy *Soeringa* przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, który odrzucił możliwość ekstradycji *Soeringa* do Stanów Zjednoczonych, opierając swoje orzeczenie na artykuł 3 EKPC. *Soering*, któremu groziła kara śmierci, zmuszony byłby po wydaniu go do Wirginii do długoletniego przebywania w celi śmierci w oczekiwaniu na egzekucję. Biorąc pod uwagę jego wiek i stan psychiczny, w jakim znajdował się w chwili popełnienia przestępstwa<sup>20</sup>, Trybunał zdecydował, że w jego przypadku wydanie stanowiłoby naruszenie przepisów konwencyjnych (art. 3). Trybunał stworzył w ten sposób precedens, który posłużył jako wskazówka dla wielu innych sądów.

Jednakże orzecznictwo w tej sprawie nie jest jednolite, gdyż odmiennie w podobnej kwestii orzekł Komitet Praw Człowieka ONZ. W sprawie *Kindler v. Canada* Komitet stwierdził, że: skoro przedłużający się okres przebywania w celi śmierci jest wynikiem korzystania przez skazanego z kolejnych środków apelacyjnych i próśb o ulaskawienia, to nie jest to przypadek naruszenia praw człowieka w postaci złamania zakazu okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania. W związku z tym nie może on uzasadniać odrzucenia wniosku o wydanie ściganej osoby<sup>21</sup>. Ten punkt widzenia podzielają sądy Stanów Zjednoczonych i Kanady. Ponadto złożyły zastrzeżenia zarówno do MPPOP jak i do Konwencji przeciwko torturom, w których wyłączyły możliwość takiej interpretacji tego artykułu.

Rozbieżność w orzecznictwie w tej kwestii stanowi źródło chaosu (*rich chaos of 'death-row' phenomenon*)<sup>22</sup>. Komitet Praw Człowieka twardo stoi na swoim stanowisku nie do-

---

rozpowszechnioną praktyką, a w ponad 80 krajach praktyki takie spowodowały zgon ofiar. Na podstawie Raportu *Amnesty International* wydanego w związku z kampanią przeciwko stosowaniu tortur 2000 r. ACT 40/16/00.

<sup>19</sup> Zob. orzeczenie amerykańskiego Sądu Apelacyjnego w sprawie *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876, 880 (ed Cir. 1980).

<sup>20</sup> Szerzej: M. A. Nowicki, *Ekstradycja i tortury*, Rzeczpospolita z 28 października 1993 r.

<sup>21</sup> *Kindler v. Canada*, CCPR/C/48/D/470/1991.

<sup>22</sup> J. Dugard, C. Van der Wyngaert, *op. cit.*, s. 199.

puszczając żadnych wyjątków. Kwestią sporną dla zwolenników przyjęcia „*death row phenomenon*” za barierę ekstradycyjną jest to, czy w każdym wypadku będzie on wystarczająco usprawiedliwiał odmowę uwzględnienia wniosku ekstradycyjnego, czy też każdorazowo należy brać dodatkowo pod uwagę indywidualne okoliczności, takie jak w przypadku sprawy Soeringa. Wydaje się, że specyfika współpracy międzynarodowej, wymagająca dużej elastyczności regulujących ją norm, zmusza do przyjęcia stanowiska kompromisowego i dopuszczenia możliwości ekstradycji, jeśli przeciwko niej nie przemawiają żadne inne okoliczności<sup>23</sup>.

## (II) SPOSÓB WYKONANIA KARY ŚMIERCI JAKO PRZYCZYNA PRZEDŁUŻONEGO CIERPIENIA

Sposób wykonywania kary śmierci może w określonych przypadkach być uznany za przypadek okrutnego, niehumanitarnego czy poniżającego traktowania. Skutkować to może odmową dokonania ekstradycji. Przykładem jest sprawa Ng przeciwko Kanadzie<sup>24</sup>, w rozstrzygnięciu której Komitet Praw Człowieka uznał, że dokonanie egzekucji przez uduszenie gazem, jakie jest praktykowane w Kalifornii, powoduje dodatkowe cierpienia, gdyż może trwać ponad 10 minut. Stanowi to ewidentne naruszenie art. 7 MPPOP<sup>25</sup>. Niewątpliwie do tej samej kategorii należy wykonanie kary śmierci poprzez ukamienowanie, ponieważ ta forma egzekucji ma w swej istocie i na celu zadanie skazanemu długotrwałego cierpienia.

Należy zauważyć, że obydwa wyżej wymienione powody są podnoszone niejako „zaślepczo” w razie niemożności użycia argumentu kary śmierci jako powodu odmowy wydania. Są one zatem wynikiem poszukiwań legalnego obejścia tego drażliwego problemu.

## (III) KARY CIELESNE

Kategoria kar cielesnych została wykreślona z katalogu dopuszczalnych środków, jakie mogą być użyte w stosunku do osoby podejrzanej o popełnienie czynu zabronionego, a także z katalogu kar jakie mogą orzekać sądy. Zakaz ich stosowania wynika zarówno z prawa międzynarodowego (Konwencja przeciwko torturom oraz innemu okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu, art. 1 ust. 1, jak również z prawa wewnętrznego wielu państw<sup>26</sup>. Mimo to kary cielesne stosowane są nadal w wielu krajach<sup>27</sup>. Wydaje się zatem, że ekstradycja do kraju, który nadal posługuje się tą formą karania może odbyć się tylko pod warunkiem złożenia przez państwo wnioskujące gwarancji, iż nie zostaną takie kary zastosowane. Przy okazji rozpatrywania kar cielesnych nie można zapomnieć

<sup>23</sup> Raport ILA z konferencji w Buenos Aires (1994), *op. cit.*, s.155.

<sup>24</sup> *Ng v. Canada*, CCPR/C/48/D/470/1991.

<sup>25</sup> *Report of the 66th Conference ILA*, Buenos Aires 1994 r. sek. 23.

<sup>26</sup> Art. 40 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., art. 143 § 1 kodeksu karnego wykonawczego, ustawa z 6 czerwca 1997 r., art. 32 kodeksu karnego, ustawa z 6 czerwca 1997 r.

<sup>27</sup> Z analizy raportów *Amnesty International* z lat 1997–2000 wynika, „iż najczęściej obecnie stosowaną metodą zadawania tortur i brutalnego traktowania przez funkcjonariuszy państwowych jest bicie, o czym donoszą raporty z ponad 150 krajów. Ludzie bici są pięściami, kijami, kolbami, batami, kijami bejsbolowymi, kablem elektrycznym”. Na podstawie Raportu *Amnesty International* wydanego w związku z kampanią przeciwko stosowaniu tortur 2000 r. ACT 40/16/00.

o stosowanych jeszcze w niektórych krajach azjatyckich karach polegających na fizycznym okaleczeniu skazanego (np. poprzez obcięcie rąk). Groźba zastosowania takiej kary w stosunku do ściganego musi niewątpliwie skutkować odmową wydania<sup>28</sup>.

#### (IV) CIĘŻKIE WARUNKI ODBYWANIA KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI

W tej kategorii naruszeń praw człowieka należy wymienić przepełnienie więzień, wymienione wyżej kary cielesne jako kary dyscyplinarne, którym podlegać mogą więźniowie, umieszczenie w ciemnej celi, zakuwanie w kajdany i łańcuchy, stosowanie kaftanów bezpieczeństwa czy też zmuszanie do pracy w szkodliwych warunkach. Opierając się na argumencie ciężkich warunków wykonywania kary pozbawienia wolności w kraju wzywającym, sądy amerykańskie kilkakrotnie odmawiały wydania osoby ściganej. Rozwiązaniem tego problemu mogłaby być wprowadzona w 1988 r. w Holandii instytucja „wydania warunkowego”<sup>29</sup>, zgodnie z którą Holandia zgadza się na wydanie swojego obywatela pod warunkiem, że wróci on z powrotem do Holandii w celu wykonania orzeczonej kary. Niestety praktyka holenderska nie znalazła naśladowców w innych krajach.

#### (V) DRASTYCZNE METODY ŚLEDTCZE

Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że stosowanie tzw. metod trzeciego stopnia w czasie postępowania przygotowawczego w celu uzyskania zeznań od podejrzanych stanowi naruszenie zakazu niehumanitarnego i poniżającego traktowania<sup>30</sup>. Rodzi się pytanie czy wystarczającą przesłanką jest fakt stosowania takich metod w państwie wzywającym? Czy też muszą istnieć przesłanki rodzące przypuszczenie, iż takie metody zostaną zastosowane w tym konkretnym przypadku? Przesłankami takimi może być wcześniejsze zastosowanie takich metod w stosunku do osoby ściganej. Zważywszy na trudności, jakie napotykają próby badania systemu prawnego drugiego państwa przez sąd prowadzący postępowanie ekstradycyjne należy raczej w postępowaniu sądowym skupić się na konkretnym przypadku. Holenderski Sąd Najwyższy wypracował następującą praktykę. W przypadku gdy istnieje wysokie ryzyko zastosowania omawianych metod w stosunku do ściganej osoby, sąd orzeka o niedopuszczalności ekstradycji. Jeśli jednak zachodzi drugi z wymienionych przypadków, sąd pozostawia decyzję w gestii Ministra Sprawiedliwości<sup>31</sup>.

Zagadnienie stosowania drastycznych metod śledczych pozostaje również w związku z prawem do rzetelnego i uczciwego procesu.

#### (VI) KARA DOŻYWOTNIEGO POZBAWIENIA WOLNOŚCI

Kara bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności jest przewidziana w niektórych systemach prawnych jako jedyna kara za popełnienie określonej zbrodni. Orzekana jest bez względu na osobiste uwarunkowania sprawcy. W tym kontekście sąd państwa wezwanego może stanąć na stanowisku, że wydanie osoby ściganej, które z dużą dozą pewności będzie skutkować orzeczeniem tej formy kary, może w konkretnym przypadku

<sup>28</sup> J. Dugard, Ch. Van der Wyngaert, *op. cit.*, s. 200.

<sup>29</sup> M. Plachta, *Zakaz ekstradycji obywatela polskiego w Konstytucji i kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, Prokuratura i Prawo 1998, nr 3, s. 38.

<sup>30</sup> Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Ser. A, nr 25 (1978).

<sup>31</sup> J. Dugard, Ch. Van der Wyngaert, *op. cit.*, s. 201.

przy uwzględnieniu osobistych uwarunkowań stanowić przypadek niehumanitarnego traktowania. Będzie to w tym wypadku przeszkoda ekstradycyjna. Należy jednak podkreślić, że kara dożywotniego pozbawienia wolności może stać się przeszkodą ekstradycyjną tylko w oparciu o szczególne okoliczności dotyczące ściganego, jak jego stan fizyczny czy psychiczny, który w uznaniu organu państwa wezwanego nie pozwala na zastosowanie tak surowej kary<sup>32</sup>.

Jednak w pewnych okolicznościach kara ta może stanowić bezwzględną przeszkodę ekstradycyjną – mianowicie wówczas, kiedy norma prawa konstytucyjnego w państwie wezwanym wyraźnie zabrania orzekania kary dożywocia (a taki stan prawny występuje w wielu krajach Ameryki Łacińskiej).

#### D) DYSKRYMINACJA

Zakaz dyskryminacji po raz pierwszy został włączony do prawa ekstradycyjnego przez artykuł 3(2) Europejskiej konwencji o ekstradycji. Wspomniany przepis zabrania ekstradycji: „jeżeli Strona wezwana ma poważne podstawy do przypuszczenia, że wniosek o wydanie za przestępstwo pospolite został złożony w celu ścigania lub ukarania osoby ze względu na jej rasę, wyznanie, narodowość lub poglądy polityczne, albo że jej sytuacja może ulec pogorszeniu z jednej z tych przyczyn”. Ten katalog przyczyn odmowy ekstradycji został wzbogacony w ONZ-owskiej modelowej umowie ekstradycyjnej z 1990 r. o pochodzenie etniczne i płeć.

Należy zaznaczyć, że osoba ścigana ma zazwyczaj duże trudności w dowodzeniu, że w wyniku wydania stanie się ofiarą dyskryminacji. Inaczej sprawa przedstawia się w przypadku gdy państwo żądające oficjalnie dyskryminuje pewne kategorie osób, posługując się przy tym specjalnymi aktami prawa<sup>33</sup>. Zazwyczaj jednak akty dyskryminacji są bardziej subtelne, dokonywane zwykle przez organy niższych instancji na niepisane polecenia lub za cichym przyzwoleniem organów nadrzędnych<sup>34</sup>, często bez żadnej podstawy prawnej lub w oparciu o akty wewnętrzne. Takie przypadki są trudne do udowodnienia przez osobę ściganą, a z drugiej strony sądy prowadzące postępowanie ekstradycyjne dalekie są od chęci badania rzeczywistej sytuacji w państwie wzywającym, aby nie narazić się na oskarżenie o ingerencję w wewnętrzne sprawy drugiego państwa. Dodatkowym powodem bywa chęć pomocy zaprzyjaźnionemu państwu w nadziei odwzajemnienia się przez nie w podobnej sytuacji<sup>35</sup>.

#### E) PRAWO DO RZETELNEGO I UCZCIWEGO PROCESU (*FAIR TRIAL*)

Prawo do bycia sądzonym przez uprawniony do tego sąd i prawo do rzetelnego procesu są jednymi z najważniejszych praw przysługujących oskarżonemu w demokratycznym państwie<sup>36</sup>. Pierwsze z nich nie wymaga dyskusji, ponieważ żadna umowa ekstradycyjna nie

<sup>32</sup> *ILA Report 1994: Report of 66<sup>th</sup> Conference of the International Law Association*, Buenos Aires 1994, s. 156.

<sup>33</sup> Przykłady historyczne to Trzecia Rzesza i ustawy norymberskie czy Republika Południowej Afryki z funkcjonującym tam do niedawna systemem apartheidu.

<sup>34</sup> Np. liczne przypadki dyskryminacji Czezeńców w Rosji, Palestyńczyków w Izraelu.

<sup>35</sup> J. Dugard, Ch. Van der Wyngaert, *op. cit.*, s. 202.

<sup>36</sup> M. Plachta, *Prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne podstawy ochrony praw oskarżonego w procesie karnym*, Gdańskie Studia Prawnicze 1999, t. IV, s. 15–52.

pozwała na uwięzienie bez wyroku skazującego na karę pozbawienia wolności, wyjąwszy oczywiście tymczasowe aresztowanie. Natomiast przestrzeganie drugiego prawa nie jest już takie proste w związku z szerokim zakresem spraw, które wchodzą w jego zakres. Różnice wynikające zarówno z charakteru postępowania karnego (inkwizycyjne lub kontradyktoryjne), a także багаż doświadczeń historycznych i kulturowych powodują dość zróżnicowaną interpretację tych samych pojęć<sup>37</sup>.

Punktem zwrotnym w rozumieniu znaczenia naruszeń prawa do rzetelnego procesu była sprawa *Soeringa*. Trybunał stwierdził, że można odmówić wydania w sytuacji, gdy ścigany stał się ofiarą naruszenia lub istnieje ryzyko rażącego naruszenia prawa do rzetelnego procesu w państwie wzywającym<sup>38</sup>.

Konwencje praw człowieka zawierają katalogi minimalnych wymogów jakie musi spełniać postępowanie sądowe, aby można było określić je mianem rzetelnego<sup>39</sup>. Problem pojawia się w momencie, gdy sąd państwa wezwanego ma ocenić, czy istnieje ryzyko wystąpienia naruszenia, bo jak można z góry przewidzieć czy osoba wydana zostanie prawidłowo poinformowana o zarzutach oskarżenia, czy zostanie dany jej wystarczający czas na przygotowanie obrony, czy będzie sądzony bez zbędnej zwłoki, czy zapewnione zostanie jej prawo do korzystania z pomocy obrońcy, zachowana zostanie zasada „równości broni”, czy będzie mogła skorzystać z pomocy tłumacza, gdy będzie to konieczne, oraz że nie zostanie zmuszona do zeznawania przeciwko sobie lub przyznania się do winy? Czy przestrzeganie tych praw może być stwierdzone dopiero po przeprowadzeniu postępowania sądowego? Na takim stanowisku stoi Komitet Praw Człowieka. Czy też dopuścić podnoszenie przez oskarżonego dowodów występowania naruszeń w oparciu o raporty organizacji pozarządowych<sup>40</sup>, które ukazują kwestię naruszeń praw człowieka w państwie wzywającym. W kontekście powyższych trudności właściwą wydaje się być droga, którą poszedł Trybunał w sprawie *Soeringa*. Zatem tylko ryzyko **rażącego** naruszenia prawa do rzetelnego procesu może rodzić skutek w postaci odmowy przeprowadzenia ekstradycji.

Należy jeszcze zastanowić się, jakim naruszeniom można nadać miano rażących? W literaturze zostały wysunięte następujące propozycje: powołanie trybunału specjalnego (*ad hoc*) dla osądzenia ściganego; oczywiste podporządkowanie systemu wymiaru sprawiedliwości władzy wykonawczej w państwie wzywającym; uniemożliwienie skorzystania z pomocy obrońcy; brak elementarnych środków obrony ściganego; w przypadkach retroaktywnego działania prawa karnego na niekorzyść oskarżonego<sup>41</sup>. Przykłady można by mno-

<sup>37</sup> A. Redelbach, *Prawa naturalne – prawa człowieka – wymiar sprawiedliwości*, Toruń 2000, s. 293 i n.

<sup>38</sup> „In circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country”.

<sup>39</sup> Międzynarodowe Pakty Praw Obywatelskich i Politycznych – art. 14, Europejska Konwencja Praw Człowieka – art. 6, Amerykańska Konwencja Praw Człowieka – art. 8, Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów – art. 7.

<sup>40</sup> Np. Amnesty International.

<sup>41</sup> S. Trechsel, *The Role of Organs Controlling Human Rights in the Field of International Cooperation*, (w:) *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, red. A. Eser, O. Lagodny, Freiburg 1992, s. 658.

żyć, wiele pytań wymaga badań i jest polem do popisu dla obrońców osób, które mają podlegać ekstradycji<sup>42</sup>.

Kolejną kwestią jest odmiennosc procesu inkwizycyjnego i kontradyktoryjnego. Sąd państwa wezwanego nie jest zwykle w stanie, ani nie jest zainteresowany wnikliwym badaniem, opartego na odmiennym modelu, postępowania karnego w państwie wzywającym<sup>43</sup>, gdyż dysponuje ograniczonymi środkami, brak mu wiedzy w tym zakresie, powodowałoby to przedłużenie postępowania. Może to powodować konsekwencje dwojakiego rodzaju. Sąd, nie zważając na potencjalne naruszenia, wydaje skazanego, który następnie staje się ofiarą nierzetelnego procesu, albo sąd odmawia wydania, na czym może ucierpieć wymiar sprawiedliwości oraz może skutkować to napięciami międzynarodowymi, gdyż państwo wzywające może poczuć się urażone negatywną oceną swojego systemu prawa, powołując się przy tym na naruszenie prawa międzynarodowego jeśli oba państwa łączy umowa ekstradycyjna.

Różnice dobrze uwidaczniają się przy badaniu zasady „równości broni”. Prawnicy z kręgu krajów *common law* interpretują art. 14 pkt 3 lit. e MPPOP jako nienaruszalne prawo do krzyżowego przesłuchania świadków (*cross examination*), tj. oskarżenia i obrony, podczas gdy systemy oparte na prawie kontynentalnym często tego prawa nie przyznają. Europejski Trybunał Praw Człowieka stanął na stanowisku, że odpowiednik tej normy zawarty w art. 6 pkt 3 lit. d nie zawiera tej gwarancji<sup>44</sup>. Zresztą logiczną konsekwencją podejścia prawników anglosaskich, tj. wymagania *cross examination* również w postępowaniu ekstradycyjnym, stałoby się zupełne zablokowanie możliwości wydania ściganych z państw systemu *common law* do państw systemu kontynentalnego.

#### F) PRAWO DO PRYWATNOŚCI I PRAWO DO ŻYCIA W RODZINIE

Zarzut, że ekstradycja naruszy prawo do prywatności i do życia w rodzinie jest szczególnie często podnoszony przez ściganych. Jednakże same konwencje, które przyznają to prawo, pozwalają na jego ograniczenie (np. art. 9 MPPOP, art. 15 EKPC), a ekstradycja zakończona prawomocnym skazaniem jest właśnie jedną z dopuszczalnych form takiego ograniczenia, niezbędną dla ochrony porządku publicznego w demokratycznym społeczeństwie<sup>45</sup>. W sprawie *X przeciwko Bundesrat für Polizeiwesen*<sup>46</sup> Szwajcarski Trybunał Federalny opierając się na orzecznictwie byłej Europejskiej Komisji Praw Człowieka odrzucił taki zarzut uzasadniając swoje orzeczenie tym, że bez względu na to, gdzie X zostałby skazany, jego prawo do prywatności i tak zostałoby ograniczone<sup>47</sup>.

Niewątpliwie uznanie naruszenia prawa do prywatności i prawa do życia w rodzinie za przeszkodę uniemożliwiającą ekstradycję doprowadziłoby do paraliżu międzynarodowej współpracy w sprawach karnych, przynajmniej na obecnym etapie rozwoju prawa ekstradycyjnego. W tym wypadku ponownie jako rozwiązanie można wskazać holenderską insty-

<sup>42</sup> Np. uchybienia w postępowaniu przygotowawczym, wydanie wyroku pod nieobecność oskarżonego.

<sup>43</sup> J. Dugard, Ch. Van der Wyngaert, *op. cit.*, s. 204.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Nijhoff Dordrecht 1991, s. 89.

<sup>46</sup> *X p-ko Bundesamt für Polizeiwesen*, ATF 117 Ib 210 (1991).

<sup>47</sup> J. Dugard, Ch. Van der Wyngaert, *op. cit.*, s. 204–205.

tucję „wydania warunkowego”. Rozpowszechnienie jej bez wątpienia zmniejszyłoby dolegliwość związaną z wykonywaniem kary pozbawienia wolności<sup>48</sup>.

### 3. Prawa człowieka jako nowa i odrębna przeszkoda ekstradycyjna?

Należy zdecydowanie podkreślić, że nie można podnosić zarzutu ogólnego łamania praw człowieka jako przeszkody ekstradycyjnej *sui generis*. Duże zróżnicowanie charakteru, zakresu derogacji praw człowieka, a także zróżnicowanie interpretacji i stosowania poszczególnych praw powodują istotne różnice w zakresie jaki państwa przyznają poszczególnym z nich. Wspominany na wstępie podział praw człowieka na trzy kategorie tłumaczy niemożność uznania dowolnego naruszenia praw człowieka za barierę ekstradycyjną. Przeciwnie podejście do tego zagadnienia, połączone z prawem aktywnego udziału ściganego w postępowaniu ekstradycyjnym, spowodowałoby załamanie współpracy międzynarodowej w ściganiu osób podejrzanych o popełnienie czynów zabronionych. Zwolennicy tego postępowania powołują się na normę zawartą w większości konwencji praw człowieka stanowiącą, że państwo-strona takiej konwencji zapewni przestrzeganie wszystkich zawartych w niej praw, w stosunku do wszystkich osób przebywających na jego terytorium<sup>49</sup>. Jednak takie rozumienie przestrzegania konwencji rodziłoby naruszenia innych zobowiązań międzynarodowych ciążyących na państwie, zwłaszcza zobowiązujących do zwalczania przestępczości międzynarodowej oraz ścigania i karania sprawców naruszeń praw człowieka<sup>50</sup>. Zmusza to do poszukiwania „złotego środka” pomiędzy obowiązkiem skutecznego zwalczania przestępczości a obowiązkiem całościowej ochrony praw człowieka. Temu właśnie celowi ma służyć rozwój nowoczesnego prawa ekstradycyjnego<sup>51</sup>.

Wiele naruszeń praw człowieka (np. tortury) stanowi bezwzględna i niepodważalna przeszkodę ekstradycyjną, inne (np. prawo do rzetelnego procesu) w zależności od okolicz-

<sup>48</sup> Niejednokrotnie jednak więźniowie wolą odbywać karę pozbawienia wolności w kraju skazania w związku z nieporównywalnymi różnicami w warunkach jej odbywania w stosunku do kraju ojczystego. Zob. M. Płachta, *Przekazywanie skazanych między państwami w celu wykonania kary*, Prokuratura i Prawo 1997, nr 3, s. 21.

<sup>49</sup> Międzynarodowe Pakty Praw Obywatelskich i Politycznych – art. 2; Europejska Konwencja Praw Człowieka – art. 1, Amerykańska Konwencja Praw Człowieka – art. 1; Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów – art. 1.

<sup>50</sup> Amerykańska Komisja Praw Człowieka stwierdziła, że amnestie ogłoszone w Urugwaju i Argentynie stanowiły naruszenie Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, gdyż chroniły one sprawców tych naruszeń przed słusznym oskarżeniem i karą. *Inter-Am. C.H.R. Report No. 29/92, OEA/Ser.L./V/11.82, doc 25 (1992)* (Urugwaj); *Inter-Am. C.H.R. Report No. 28/92, OEA/Ser.L./V/11/82, doc. 24 (1992)* (Argentyna).

<sup>51</sup> Przykładem są działania podejmowane na forum Unii Europejskiej w celu modernizacji systemu ekstradycyjnego. Zob. M. Płachta, *Konwencja o uproszczonej procedurze ekstradycyjnej między państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Komentarz*; tenże: *Konwencja w sprawie ekstradycji między państwami członkowskimi Unii Europejskiej opracowana na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej. Komentarz*, (w:) *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*, t. III: Dokumenty karne, red. E. Zielińska, Warszawa 2000, s. 23 i 71.

ności mogą spowodować odmowę wydania. Jeszcze inne (np. prawo do życia w rodzinie) nie są przeszkodą do przekazania ściganego państwu wzywającemu. To zróżnicowanie, jak wyżej zaznaczono, nie pozwala na podnoszenie ogólnego zarzutu naruszania praw człowieka w państwie wzywającym jako przeszkody ekstradycyjnej w państwie wezwanym<sup>52</sup>. Warto więc na koniec przytoczyć opinię Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Soeringa*: art. 1 EKPC (gwarantujący każdemu prawa i wolności w obrębie terytorium państw stron) nie może być interpretowany w sposób uzasadniający ogólną zasadę, zgodnie z którą – niezależnie od zobowiązań traktatowych w zakresie ekstradycji – państwo wezwane nie może wydać ściganego zanim się nie upewni, że wszelkie warunki oczekujące *extraditura* w państwie wzywającym w pełni i całej rozciągłości odpowiadają gwarancjom zawartym w Konwencji<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> *ILA Report 1996: Report of 67<sup>th</sup> Conference of the International Law Association*, Helsinki 1996, s. 226.

<sup>53</sup> *Soering*, *op. cit.*, § 86.

Marek Antoni Nowicki

## Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa

(styczeń–marzec 2003 r.)

### **Prawo do życia (art. 2)**

Nawet, gdyby uznać, iż kara śmierci jest nadal dopuszczalna na podstawie art. 2, arbitralne pozbawienie życia w rezultacie jej wymierzenia jest zakazane, bo prawo każdej osoby do życia podlega ochronie prawnej. Działanie arbitralne nie może być zgodne z prawem na podstawie Konwencji.

*Orzeczenie Ocalan v. Turcja, 12.3.2003 r.,  
Izba (Sekcja) I, skarga nr 46221/99, § 202.*

### **Zakaz tortur (art. 3)**

Względy porządku publicznego mogą skłaniać do tworzenia dla określonych kategorii więźniów zakładów karnych o reżimie maksymalnego bezpieczeństwa. Art. 3 Konwencji wymaga jednak od państw zapewnienia takich warunków, aby osadzeni w nich skazani byli pozbawieni wolności z poszanowaniem godności, a sposób i metoda egzekucji tego środka nie powodowała zagrożeń i udręki przekraczającej nieuniknione cierpienie związane z aresztowaniem.

*Orzeczenie Van der Ven v. Holandia, 4.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) I, skarga nr 50901/99, § 50.*

Należy zapewnić warunki, by – uwzględniając praktyczne wymagania pozbawienia wolności – zdrowie i dobro więźnia były odpowiednio zabezpieczone.

*Orzeczenie Van der Ven v. Holandia, 4.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) I, skarga nr 50901/99, § 50.*

Można by przyjąć, iż kara śmierci w okresie pokoju nie jest już akceptowana i uważana za nieludzką formę kary, niedopuszczalną na podstawie art. 3.

*Orzeczenie Ocalan v. Turcja, 12.3.2003 r.,  
Izba (Sekcja) I, skarga nr 46221/99, § 196.*

### **Prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 ust. 1)**

Biuro pomocy prawnej przyznało pomoc, chociaż reprezentacja przez adwokata nie była obowiązkowa. Uważało, iż fachowa pomoc była ważna, bo przeciwnikiem procesowym był adwokat. Trzech adwokatów kolejno rezygnowało, skarżący nie miał więc żadnej rzeczywistej pomocy prawnej. Dziekan izby adwokackiej, po dowiedzeniu się o tych rezygnacjach, powinien znaleźć innych na ich miejsce. Nie można było mieć pretensji do skarżącego, iż – ze względu na postawę dziekana i adwokatów – nie domagał się ponownie przyznania pomocy, widząc, iż pozostaje ona tylko na papierze. Możliwość osobistego udziału w sprawie, w której przeciwnikiem był adwokat, nie gwarantowała dostępu do sądu na warunkach pozwalających skutecznie korzystać z równości broni nieodłącznej od pojęcia „rzetelny proces sądowy”.

*Orzeczenie Bertuzzi v. Francja, 13.2.2003,  
Izba (Sekcja) II, skarga nr 36378/97, § 30-31.*

Obowiązek zachowania rozsądnej długości postępowania nie może być interpretowany tak samo w wypadku trybunału konstytucyjnego i sądu powszechnego. Do Trybunału Europejskiego należy jednak ostateczna kontrola przestrzegania tego obowiązku z uwzględnieniem okoliczności sprawy i kryteriów wynikających z orzecznictwa.

*Orzeczenie Niederboster v. Niemcy, 27.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) III, skarga nr 39547/98,  
§ 43 – dot. przewlekłości postępowania  
przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym*

Jeśli ustawa uzależnia dostęp do zawodu od określonych warunków, które zainteresowany spełnia, ma on prawo dostępu do tego zawodu.

*Orzeczenie Chevrol v. Francja, 13.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) II, skarga nr 49636/99, § 49.*

Art. 6 ust. 1 wymaga, aby sąd rozstrzygający spór dotyczący praw i obowiązków cywilnych był właściwy do rozważenia wszystkich kwestii faktycznych i prawnych istotnych z punktu widzenia tego sporu.

*Orzeczenie Chevrol v. Francja, 13.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) II, skarga nr 49636/99, § 77.*

Zaniedbanie władz podjęcia środków koniecznych do wykonania wyroku sądowego pozbawia art. 6 ust. 1 Konwencji wszelkiego realnego znaczenia.

*Orzeczenie Jasiuniene v. Litwa, 6.3.2003 r.,  
Izba (Sekcja) IIII, skarga nr 41510/98, § 31.*

Sformułowanie „ustanowiony ustawą” dotyczy nie tylko podstawy prawnej istnienia sądu, ale również jego składu w każdej sprawie.

*Orzeczenie Posokhov v. Rosja, 4.3.2003 r.,  
Izba (Sekcja) II, skarga nr 63486/00, § 37.*

Immunitet parlamentarny – szerszy lub węższy – odwołuje się do długowiecznej praktyki gwarantującej reprezentantom społeczności swobodne wypowiadanie się i uniemożliwiają-

cej stronicze ich ściganie. Nie byłoby jednak słuszne odrzucenie prawa do sądu za każdym razem, gdy wypowiedzi pochodzą od członka parlamentu.

*Orzeczenie Cordova v. Włochy (nr 2), 30.1.2003 r.,  
Izba (Sekcja) I, skarga nr 45649/99, § 56, 64.*

### **Domniemanie niewinności (art. 6 ust. 2)**

Domniemanie niewinności nie ogranicza się do postępowań karnych w toku. W pewnych wypadkach odnosi się również do decyzji sądowych podejmowanych po ich umorzeniu lub po wydaniu wyroku uniewinniającego.

*Orzeczenie Hammern v. Norwegia, 11.2. 2003 r.,  
Izba (Sekcja) III, skarga nr 30287/96, § 41.*

Przy ocenie, w jakim zakresie art. 6 ust. 2 ma zastosowanie, duże znaczenie mają podstawy przyznania lub odmowy przyznania odszkodowania.

*Orzeczenie Hammern v. Norwegia, 11.2. 2003 r.,  
Izba (Sekcja) III, skarga nr 30287/96, § 45.*

Rządy prawa i pojęcie rzetelnego procesu sądowego nie zezwalają władzy ustawodawczej ingerować w wymiar sprawiedliwości dla wywarcia wpływu na sądowe rozstrzygnięcie sporu. Art. 6 ust. 1 nie można jednak interpretować w sposób uniemożliwiający jakąkolwiek ingerencję władz publicznych w toczące się postępowanie sądowe, którego są stroną.

*Orzeczenie Forrer-Niedenthal v. Niemcy, 20.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) III, skarga nr 47316/99, § 60–61.*

### **Zakaz karania bez podstawy prawnej (art. 7)**

Gwarancja zawarta w art. 7 – istotny element rządów prawa – zajmuje ważne miejsce w systemie ochrony na podstawie Konwencji.

*Orzeczenie Veeber v. Estonia (nr 2), 21.1.2003 r.,  
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 45771/99, § 29.*

Art. 7 nie ogranicza się do zakazu retroaktywnego stosowania prawa karnego na szkodę oskarżonego, ale obejmuje także zasadę, iż jedynie prawo może definiować przestępstwo i określać karę (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) oraz zasadę, zgodnie z którą prawa karnego nie można interpretować rozszerzająco na szkodę oskarżonego.

*Orzeczenie Veeber v. Estonia (nr 2), 21.1.2003 r.,  
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 45771/99, § 30.*

### **Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8)**

Ludzie mają żywotny interes, aby uzyskać informacje konieczne do poznania i zrozumienia ich dzieciństwa oraz wczesnego okresu rozwoju.

*Orzeczenie Odievre v. Francja, 13.2.2003 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 42326/98, § 29.*

Każdy ma prawo znać swoje pochodzenie. Nie można jednak nie respektować życzenia matki, która chce pozostać anonimowa.

*Orzeczenie Odievre v. Francja, 13.2.2003 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 42326/98, § 44.*

Poza konfliktem interesów problemu anonimowych urodzeń nie można rozważać z pominięciem ochrony innych osób, głównie adopcyjnych rodziców, ojca i innych członków biologicznej rodziny. Ujawnienie przez władze, kto jest naturalną matką, bez zgody tej kobiety, mogłoby wiązać się z poważnym ryzykiem nie tylko dla matki, ale także dla rodziny adopcyjnej, która wychowała dziecko. Także dla jego biologicznego ojca i rodzeństwa. Każdy z nich ma bowiem prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

*Orzeczenie Odievre v. Francja, 13.2.2003 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 42326/98, § 44.*

Ochrona na podstawie art. 8 może obejmować również kancelarię osoby uprawiającej wolny zawód.

*Orzeczenie Roemen i Schmit v. Luksemburg, 25.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 51772/99, § 64.*

Przy ocenie, czy ograniczenie biernego prawa wyborczego ze względu na przeszłość polityczną było zamachem na prawo do poszanowania życia prywatnego, Trybunał podkreślił, iż dane te nie były objęte tajemnicą ani poufne, ale swobodnie dostępne w archiwach publicznych. Władze nie podjęły żadnych specjalnych działań, aby je uzyskać, nie były one archiwizowane ani w inny sposób rejestrowane, aby móc posłużyć się nimi w przyszłości. Działalność polityczna skarżącej wiązała się z wydarzeniami w okresie historycznym upadku Związku Radzieckiego i była szeroko publicznie znana. Skarżąca była znanym politykiem, aktywnie uczestniczącym w ówczesnym życiu politycznym. Była członkiem Rady Najwyższej Łotwy z ramienia partii komunistycznej. Działalność w partii była głównie częścią jej życia publicznego, a nie prywatnego, nie było więc ingerencji w rozumieniu art. 8 Konwencji.

*Decyzja Zdanoka v. Łotwa, 6.3.2003 r.,  
Izba (Sekcja) I, skarga nr 58278/00*

### **Swoboda wypowiedzi (art. 10)**

W demokratycznym społeczeństwie każdy może komentować i krytykować wymiar sprawiedliwości i jego funkcjonariuszy. Krytyka taka nie może jednak przekroczyć pewnych granic.

*Orzeczenie Lešník v. Słowacja, 11.3.2003 r.,  
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 35640/97, § 55.*

Prokuratorzy są urzędnikami uczestniczącymi w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. W ten sposób są częścią mechanizmu sądowego w szerszym tego słowa znaczeniu. W interesie ogólnym leży, aby korzystali – podobnie jak sędziowie – z publicznego zaufania. Może więc okazać się konieczne, aby państwo objęło ich ochroną przed bezpodstawnymi oskarżeniami.

*Orzeczenie Lešník v. Słowacja, 11.3.2003 r.,  
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 35640/97, § 54.*

Ochrona dziennikarskich źródeł informacji jest jednym z podstawowych warunków wolności prasy. Bez niej źródła mogą zrezygnować z pomocy prasie w informowaniu opinii publicznej o sprawach wzbudzających publiczne zainteresowanie. W rezultacie ważna funkcja prasy – publicznego obserwatora, może być osłabiona, a zdolność prasy przekazywania dokładnych i wiarygodnych informacji – ograniczona. Ze względu na znaczenie ochrony źródeł dla wolności prasy w demokratycznym społeczeństwie ingerencja jest niezgodna z art. 10 Konwencji, jeśli nie uzasadniają jej wymagania interesu publicznego ważniejszego od ochrony źródeł. Ograniczenia poufności źródeł dziennikarskich wymagają szczególnie skrupulatnej kontroli Trybunału.

*Orzeczenie Roemen i Schmit v. Luksemburg, 25.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 51772/99, § 46.*

Przeszukanie mające doprowadzić do ujawnienia źródła informacji dziennikarza – niezależnie od jego rezultatów – jest poważniejszą ingerencją niż wezwanie do ujawnienia tożsamości źródła.

*Orzeczenie Roemen i Schmit v. Luksemburg, 25.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 51772/99, § 57.*

### **Wolność zgromadzania się i stowarzyszania się (art. 11)**

Prawo do swobody zgromadzania się jest w społeczeństwie demokratycznym prawem fundamentalnym i – tak jak prawo do swobody wypowiedzi – jedną z jego podstaw. Nie można więc go restrykcyjnie interpretować. Obejmuje spotkania prywatne i publiczne, zgromadzenia w jednym miejscu i publiczne pochody. Mogą korzystać z niego pojedyncze osoby oraz organizatorzy zgromadzeń.

*Orzeczenie Džavit An v. Turcja, 20.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) III, skarga nr 20652/92, § 56.*

Państwa muszą nie tylko chronić prawo do pokojowego zgromadzania się, ale również powstrzymać się przed nieuzasadnionymi pośrednimi ograniczeniami tego prawa.

*Orzeczenie Džavit An v. Turcja, 20.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) III, skarga nr 20652/92, § 57.*

Chociaż art. 11 chroni jednostkę głównie przed arbitralną ingerencją władz publicznych, może również istnieć pozytywny obowiązek władz zapewnienia skutecznego z niego korzystania.

*Orzeczenie Džavit An v. Turcja, 20.2.2003 r.,  
Izba (Sekcja) III, skarga nr 20652/92, § 57.*

### **Ochrona mienia (art. 1 Protokołu nr 1)**

Art. 1 Protokołu nr 1 nie gwarantuje prawa do nabycia własności. Nie można go również interpretować w sposób prowadzący do ograniczenia swobody państw do wyboru warunków zwrotu mienia odebranego w okresie przed ratyfikacją Konwencji.

*Orzeczenie Jantner v. Słowacja, 4.3.2003 r.,  
Izba (Sekcja) IV, skarga nr 39050/97, § 34.*

### **Zakaz dyskryminacji (art. 14)**

Orientacja seksualna jest objęta art. 14 Konwencji, a uzasadnienie opartego na niej zróżnicowania wymaga szczególnie poważnych racji. We wcześniejszych sprawach dotyczących art. 209 kodeksu karnego Austrii Europejska Komisja Praw Człowieka stwierdziła, iż nie było naruszenia Konwencji, jednak później, w sprawie *Sutherland v. Wielka Brytania* (nr 25186/94), uznała, iż z braku jakiegokolwiek obiektywnego i rozsądnego usprawiedliwienia utrzymywanie wyższej granicy wieku zgody na stosunki homoseksualne niż na stosunki heteroseksualne narusza art. 14 w połączeniu z art. 8 Konwencji. Komisja uwzględniła ostatnie wyniki badań, z których wynika, iż orientacja seksualna staje się wyraźna zwykle przed okresem dojrzewania, a także to, iż większość państw Rady Europy nie wprowadza w takich wypadkach różnych granic wiekowych. Władze austriackie nie przedstawiły żadnych przekonujących i poważnych racji usprawiedliwiających utrzymywanie w mocy art. 209 kodeksu karnego, i w rezultacie skazania skarżących.

*Orzeczenie L. i V. v. Austria, 9.1.2003 r.,*

*Izba (Sekcja) I, skargi nr 39392/98 i 39829/98,*

*§ 47–54 – dot. różnego wieku zgody na stosunki homoseksualne i heteroseksualne.*

### **Wymogi dopuszczalności (art. 35)**

Trybunał przypomniał i przyjął pogląd Komisji dotyczący okresów zwłoki po przysłaniu przez skarżącego pierwszego listu. Jeśli nastąpił długi okres oczekiwania na przedstawienie dalszych informacji, należy zbadać szczególne okoliczności tej sytuacji, a dopiero później podjąć decyzję, jaką datę uznać za datę wniesienia skargi przerywającą bieg wymaganego terminu sześciu miesięcy.

*Decyzja Nee v. Irlandia, 30.1.2003 r.,*

*Izba (Sekcja) III, skarga nr 52787/99.*



## Statut Rady Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej (CCBE)

### I. NAZWA

Niniejszym zostaje powołane do życia międzynarodowe stowarzyszenie pod nazwą „CONSEIL DES BARREAUX DE L'UNION EUROPÉENNE”, w językach zaś poszczególnych krajów członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego nazwa ta brzmi:

|               |                                                                                                                                     |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AUSTRIA       | Rat der Anwaltschaften der Europäischen Union                                                                                       |
| BELGIA        | Conseil des Barreaux de l'Union Européenne<br>Raad van de Balies van de Europese Unie Rat der Anwaltschaften der Europäischen Union |
| DANIA         | Rådet for Advokaterne i Den Europæiske Union                                                                                        |
| FINLANDIA     | Euroopan Unionin Asianajajaliittojen Neuvosto                                                                                       |
| FRANCJA       | Conseil des Barreaux de l'Union Européenne                                                                                          |
| NIEMCY        | Rat der Anwaltschaften der Europäischen Union                                                                                       |
| GRECJA        | SUMBOULIO TWN DIKHGORIKWN SULLOGWN THS RWPAIKHS<br>ENWSHS                                                                           |
| ISLANDIA      | Ráð Lögmannafélaga í Evrópusambandinu                                                                                               |
| IRLANDIA      | Council of the Bars and Law Societies of the European Union                                                                         |
| WŁOCHY        | Consiglio degli Ordini Forensi dell' Unione Europea                                                                                 |
| LIECHTENSTEIN | Rat der Anwaltschaften der Europäischen Union                                                                                       |
| LUKSEMBURG    | Conseil des Barreaux de l'Union Européenne                                                                                          |
| HOLANDIA      | Raad van de Balies van de Europese Unie                                                                                             |
| NORWEGIA      | Rådet for Advokatforeningene i det Europeiske Fellesskap                                                                            |

|                 |                                                             |
|-----------------|-------------------------------------------------------------|
| PORTUGALIA      | Conselho das Ordens de Advogados da União Europeia          |
| HISZPANIA       | Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea     |
| SZWECJA         | Rådet för Advokatsamfundet i den Europeiska Unionen         |
| WIELKA BRYTANIA | Council of the Bars and Law Societies of the European Union |

## II. SIEDZIBA WŁADZ

Siedziba władz mieści się przy Rue Washington 40, B-1050, Bruksela. Stała Komisja może w każdym czasie przenieść siedzibę władz pod każdy inny adres w Brukseli. Powiadomienie o takiej decyzji musi być opublikowane w „Moniteur belge” w ciągu trzech miesięcy od jej podjęcia.

## III. PRZEDMIOT DZIAŁALNOŚCI

Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej jest gremium mającym za cel porozumiewanie się między sobą adwokatur i stowarzyszeń prawniczych państw członkowskich Unii Europejskiej oraz państw należących do Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Ma ono reprezentować wszystkie te adwokatury i stowarzyszenia prawnicze przed instytucjami europejskimi oraz przed innymi instytucjami międzynarodowymi.

Zadaniem Rady Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej jest – wolne od wszelkich motywacji mających na względzie jakiegokolwiek profity – przeprowadzanie analiz, organizowanie i promowanie wszelkich prac studialnych odnoszących się do norm rządzących bezpośrednio bądź pośrednio wykonywaniem zawodu adwokata, w szczególności w kontekście europejskiej transgraniczności.

W związku z tym, jest ona uprawniona do:

- występowania jako jednolity podmiot w imieniu adwokatur i stowarzyszeń prawniczych państw EEA (*Europejskiego Obszaru Gospodarczego*) we wszelkich kwestiach, włącznie ze stosowaniem traktatów unijnych, prawa wspólnotowego, porozumienia ustanawiającego EEA oraz porozumienia z 2 maja 1992 r. wraz z protokołem dostosowawczym podpisanym 17 marca 1993 r. przez kraje EFTA (*Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu* – „Porozumienie EFTA”) – w zakresie, w jakim stosuje się je do zawodu adwokata,
- koordynowania stanowisk, polityki oraz działań adwokatur i stowarzyszeń prawniczych Europejskiego Obszaru Gospodarczego w ich kontaktach z Unią Europejską, a także z instytucjami EEA i EFTA,
- tworzenia forum konsultacji i współpracy dla adwokatur i stowarzyszeń prawniczych EEA,
- upowszechniania osiągnięć i celów nakreślonych w traktatach unijnych, w porozumieniu ustanawiającym EEA oraz w porozumieniu EFTA – w zakresie, w jakim znajdują one zastosowanie w odniesieniu do zawodu adwokata,
- występowania jako jednolity podmiot w imieniu adwokatur i stowarzyszeń prawniczych EEA w procesie nadzorowania praktyki transgranicznej adwokatów w ramach EEA, a zwłaszcza w procesie doprowadzania – przez adwokatury i stowarzyszenia prawnicze, jak również przez same państwa – do prawidłowej implementacji dyrektywy, której celem jest umożliwienie wykonywania zawodu na stałych podstawach w kraju członkowskim innym niż ten, w którym dana osoba uzyskała kwalifikację,

- reprezentowania adwokatur i stowarzyszeń prawniczych działających w EEA w ich kontaktach z innymi organizacjami zrzeszającymi adwokatów, a także z innymi instytucjami i osobami trzecimi,
- analizowania wszelkich problemów dotyczących zawodu adwokata i wyszukiwania rozwiązań nakierowanych na harmonizację, koordynację i rozwój praktyki w tym zawodzie, w ujęciu zaś bardziej ogólnym – do obrony i wszelkich działań na rzecz interesów tego zawodu.

RADA ADWOKATUR I STOWARZYSZEŃ PRAWNICZYCH UNII EUROPEJSKIEJ jest uprawniona do podejmowania wszelkiej natury kroków, niezbędnych dla realizacji powyższych celów.

#### IV. PEŁNOPRAWNI CZŁONKOWIE

##### a) Warunki i zasady przyjmowania, wykluczenia i rezygnacji

Założyciele niniejszego stowarzyszenia wraz z organizacjami, które są reprezentatywne dla zawodu adwokackiego, zostały za takie uznane i wyznaczone do utworzenia narodowej delegacji przez władze każdego z państw członkowskich Unii Europejskiej bądź Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a nadto zostały przyjęte w takim charakterze na Sesji Plenarnej zgodnie z Artykułem VIII b) – są pełnoprawnymi członkami.

Pełnoprawny członek może zostać wykluczony podczas zwołanej w zwykłym trybie Sesji Plenarnej i zgodnie z postanowieniami Artykułu VIII b).

Pełnoprawny członek może złożyć rezygnację w każdym czasie, pisemnie powiadamiając o tym Sekretariat.

##### b) Formowanie narodowych delegacji przez pełnoprawnych członków

Pełnoprawni członkowie formują delegacje narodowe; w skład każdej z nich może wchodzić najwyżej 6 osób fizycznych.

Każda delegacja wyznacza Przewodniczącego delegacji, pisemnie powiadamiając o tym Sekretarza Generalnego.

Każda delegacja wyznacza także Rzecznika, którego zadaniem jest porozumiewanie się jego delegacji z innymi delegacjami oraz z Sekretariatem.

#### V. CZŁONKOWIE OBSERWATORZY

Członkami obserwatorami są organizacje (względnie pojedyncza organizacja), które są reprezentatywne dla zawodu adwokackiego w danym państwie i które zostały w takim charakterze przyjęte na Sesji Plenarnej, zgodnie z Artykułem VIII b), a także zaakceptowały niniejszy statut oraz przyjęły wzorcowy kodeks deontologiczny RADY ADWOKATUR I STOWARZYSZEŃ PRAWNICZYCH UNII EUROPEJSKIEJ.

Członkowie obserwatorzy mogą brać udział w posiedzeniach Sesji Plenarnej bez prawa do głosowania, będąc reprezentowanymi przez co najwyżej jedną osobę fizyczną; mogą także na zaproszenie Prezydenta brać udział w posiedzeniach Stałej Komisji.

Członek obserwator może złożyć rezygnację w każdym czasie, pisemnie powiadamiając o tym Sekretariat.

## **VI. ZGROMADZENIE OGÓLNE CZYLI SESJA PLENARNA**

### **a) Uczestnicy**

Zgromadzenie Ogólne, nazywane „Sesją Plenarną”, gromadzi pełnoprawnych członków, obecnych podczas posiedzenia w osobach członków swych narodowych delegacji.

### **KOMPETENCJE**

Zgromadzeniu Ogólnemu przysługują wszelkie kompetencje niezbędne do wypełniania celów stowarzyszenia.

Następujące kompetencje mogą być rozstrzygane wyłącznie na Sesji Plenarnej i nie mogą być delegowane:

- zatwierdzanie budżetu i bilansu;
- zmiana statutu;
- rozwiązanie stowarzyszenia;
- coroczny wybór Prezydenta, Pierwszego Wiceprezydenta oraz Drugiego Wiceprezydenta;
- zatwierdzanie, na wniosek Komisji Finansowej, wysokości składek należnych od każdej spośród narodowych delegacji i od członków obserwatorów;
- przyjmowanie i wykluczanie pełnoprawnych członków i członków obserwatorów;
- w razie potrzeby, ustalanie wewnętrznych reguł zarządzania.

### **ZASADY ZWOŁYWANIA**

Sesja Plenarna odbywa się przynajmniej raz w roku, a zwołuje ją i przewodniczy jej obradom Prezydent albo – w wypadku jego nieobecności – Pierwszy lub Drugi Wiceprezydent; powiadomienie o miejscu obrad może być dokonane w każdy dostępny sposób.

Sekretarz Generalny, jak również członkowie obserwatorzy oraz wszystkie inne osoby zaproszone przez Prezydenta mogą wziąć udział w posiedzeniu, lecz nie mogą głosować.

### **PROCEDURA**

Kworum, reguły i warunki odbywania głosowań, określenia niezbędnych większości w głosowaniach, tryb dokonywania powiadomień oraz wszelkie inne zasady proceduralne związane z funkcjonowaniem Sesji Plenarnej określone zostały poniżej w Artykule VIII.

## **VII. STAŁA KOMISJA**

### **a) Skład**

Działalnością Stowarzyszenia zarządza Stała Komisja, składająca się z tylu członków ile jest delegacji, przy czym minimalna ich liczba wynosi trzy – oraz z Prezydenta i dwóch Wiceprezydentów, którym służy przywilej obecności bez prawa do udziału w głosowaniach. Funkcję członka Stałej Komisji z ramienia każdej z delegacji powinien pełnić jej Przewodniczący bądź też inny, wyznaczony przezeń członek tej delegacji.

Mandat członka Stałej Komisji wygasa wtedy, kiedy w miejsce tego członka wchodzi inna osoba z danej delegacji narodowej.

Delegacja belgijska będzie zawsze reprezentowana przez osobę narodowości belgijskiej.

**b) Kompetencje**

Stałej Komisji służą kompetencje do zarządzania i administrowania, z wyjątkiem tych, które zastrzeżone są dla Sesji Plenarnej. Stała Komisja może delegować niektóre, poszczególne i ograniczone uprawnienia na jedną lub więcej osób.

**c) Zasady odbywania posiedzeń**

Każde posiedzenie Stałej Komisji zwołuje, i przewodniczy jej obradom, Prezydent albo – w wypadku jego nieobecności – Pierwszy lub Drugi Wiceprezydent; powiadomienie o miejscu obrad może być dokonane w każdy dostępny sposób.

Sekretarz Generalny, jak również każda osoba zaproszona przez Prezydenta może być obecna na posiedzeniu Stałej Komisji, bez prawa do udziału w głosowaniach.

**d) Procedura**

Kworum, reguły i warunki odbywania głosowań, określenia niezbędnych większości w głosowaniach, tryb dokonywania powiadomień oraz wszelkie inne zasady proceduralne związane z funkcjonowaniem Stałej Komisji określone zostały poniżej w Artykule VIII.

**VIII. REGUŁY PROCEDURALNE****a) Siła głosów**

Każda delegacja dysponuje określoną liczbą niepodzielnych głosów, przydzielonych w następujący sposób:

|                 |           |
|-----------------|-----------|
| Niemcy          | 18 głosów |
| Austria         | 6 głosów  |
| Belgia          | 7 głosów  |
| Dania           | 6 głosów  |
| Hiszpania       | 18 głosów |
| Finlandia       | 5 głosów  |
| Francja         | 18 głosów |
| Grecja          | 7 głosów  |
| Irlandia        | 6 głosów  |
| Islandia        | 3 głosy   |
| Włochy          | 18 głosów |
| Liechtenstein   | 2 głosy   |
| Luksemburg      | 5 głosów  |
| Norwegia        | 6 głosów  |
| Holandia        | 7 głosów  |
| Portugalia      | 7 głosów  |
| Szwecja         | 6 głosów  |
| Wielka Brytania | 18 głosów |

Każdemu z pełnoprawnych członków przysługuje liczba głosów identyczna z tą, jaka została ustalona w artykule 26 statutu Rady Europy, stanowiącego załącznik do niniejszego statutu.

Głosy w imieniu każdej delegacji oddaje jej Przewodniczący albo należycie ustanowiony jego przedstawiciel.

#### **b) Zasady głosowania obowiązujące w poszczególnych sprawach**

Większość kwalifikowana określona poniżej wymagana jest do podjęcia uchwały zarówno na Sesji Plenarnej, jak i na posiedzeniu Stałej Komisji – odpowiednio do ich uprawnień – w następujących sprawach: zasad wykonywania zawodu, zawieszenia poszczególnej delegacji w prawach do udziału w głosowaniach, zmiany statutu, przyjęcia lub wykluczenia pełnoprawnych członków, przyjęcia lub wykluczenia członków obserwatorów, wyboru Prezydenta, Wiceprezydentów oraz Przewodniczącego Komisji Finansowej, przyjęcia budżetu, ustalenia wysokości składek należnych od poszczególnych delegacji i od członków obserwatorów, zatwierdzanie – na wniosek Komisji Finansowej – bilansu, a także wszelkie inne decyzje nieodnoszące się do codziennych kwestii administracyjnych.

Jeżeli niezbędne jest przeprowadzenie drugiej tury głosowania w wyborach na Prezydenta, któregoś z Wiceprezydentów bądź Przewodniczącego Komisji Finansowej, w tej drugiej turze wybrany zostaje kandydat, który otrzymał największą liczbę głosów.

Wszelkie inne decyzje, w szczególności odnoszące się do codziennych kwestii administracyjnych oraz do ustanowienia Sekretarza Generalnego podejmowane są zwykłą większością głosów.

Pod określeniem „podwójnie kwalifikowana większość” należy rozumieć łączne spełnienie następujących przesłanek:

- liczba głosów jest równa lub większa od  $\frac{2}{3}$  liczby oddanych głosów i
- „za” głosowało co najmniej  $\frac{2}{3}$  liczby delegacji spośród tych, które oddały głosy.

Pod określeniem „zwykłej większości” rozumie się liczbę głosów wyższą niż połowa głosów oddanych.

#### **c) Korum**

Obrady Stałej Komisji tylko wtedy są ważne, kiedy co najmniej połowa delegacji dysponujących swymi uprawnieniami do głosowania jest obecna lub reprezentowana.

Obrady Sesji Plenarnej tylko wtedy są ważne, kiedy co najmniej dwie trzecie ogólnej liczby delegacji dysponujących swymi uprawnieniami do głosowania, tworzącymi w sumie bądź zawierającymi w sobie liczbę co najmniej równą dwóm trzecim ogólnej liczby głosów – jest obecne lub reprezentowane. W wypadku gdy na Sesji Plenarnej nie ma co najmniej dwóch trzecich delegacji, tworzących w sumie co najmniej dwie trzecie ogólnej liczby głosów, zwołuje się nową Sesję Plenarną, ta zaś obraduje w sposób ważny niezależnie od tego, jaka liczba delegacji jest obecna bądź reprezentowana ani też od tego, jaka siła uprawnień do głosowania jest obecna bądź reprezentowana.

#### **d) Zasady reprezentacji**

Poszczególne delegacje mogą być reprezentowane podczas Sesji Plenarnej przez inną delegację, posiadającą jej pisemne upoważnienie, które powinno zostać doręczone Sekretarzowi Generalnemu.

Jedna delegacja nie może dysponować więcej niż jednym pełnomocnictwem.

#### **e) Zawieszenie w prawach do udziału w głosowaniach**

Na początku obrad każdej Sesji Plenarnej bądź posiedzenia Stałej Komisji, odpowiednio – delegacje bądź członkowie Stałej Komisji mogą zdecydować o zawieszeniu w prawach do

udziału w głosowaniach delegacji, która nie uiściła składki należnej za rok bieżący bądź za lata poprzednie.

#### **f) Powiadomienia**

Powiadomienia o terminach Sesji Plenarnej oraz posiedzeń Stałego Komitetu powinny być rozsyłane nie później niż na 15 dni przed wyznaczonym terminem; powinny też zawierać porządek dzienny. Nadzwyczajna Sesja Plenarna albo nadzwyczajne posiedzenie Stałej Komisji mogą zostać zwołane w każdym czasie mocą decyzji Prezydenta bądź z woli co najmniej pięciu delegacji – z zachowaniem tych samych procedur.

#### **g) Porządek dzienny**

Nie jest możliwe podejmowanie uchwał w sprawach nieobjętych porządkiem dziennym. Porządek dzienny ustala Prezydent. Każda z delegacji może zażądać umieszczenia konkretnej sprawy w porządku dziennym najbliższego posiedzenia pod warunkiem, że żądanie takie zostanie zgłoszone co najmniej 10 dni przed tym posiedzeniem. W wypadku niedochowania tego terminu, dodanie nowego punktu do porządku dziennego może być dokonane za jednomyślną zgodą wszystkich delegacji lub członków Stałej Komisji, obecnych bądź reprezentowanych podczas posiedzenia.

#### **h) Ochrona mniejszości**

W wypadku, jeżeli którakolwiek z uchwał podjętych podwójnie kwalifikowaną większością ma być opublikowana lub zakomunikowana na zewnątrz (w tym także – adwokatutom i stowarzyszeniom prawniczym z grupy krajów Unii poszerzonych o kraje Europejskiego Obszaru Gospodarczego), każda delegacja mająca odmienne zdanie na temat owej uchwały może żądać, by jej opinia albo uzasadniony sprzeciw zostały opublikowane lub zakomunikowane w tym samym czasie i w taki sam sposób jak uchwała.

#### **i) Protokoły podjęcia uchwał**

Wszelkie uchwały Sesji Plenarnej bądź Stałej Komisji powinny być zakomunikowane każdej spośród delegacji, a także zapisane w rejestrach podpisywanych przez Prezydenta, następnie zaś przechowywane przez Sekretarza Generalnego, który udostępni je w siedzibie władz członkom, w celu umożliwienia im zapoznania się z ich treścią.

### **IX. PREZYDENT I WICEPREZYDENCI**

#### **a) Skład**

Prezydent jest wybierany na okres jednego roku, rozpoczynający się od 1 stycznia. Wybór Prezydenta na Sesji Plenarnej powinien być dokonany spośród Wiceprezydentów. Jeżeli obydwa Wiceprezydenci nie kandydują, wówczas wybiera się Prezydenta spośród grona członków delegacji.

Podczas Sesji Plenarnej, na ten sam okres, na jaki wybiera się Prezydenta, wybrani zostają dwaj Wiceprezydenci, zwani w dalszym ciągu Pierwszym Wiceprezydentem i Drugim Wiceprezydentem.

Pierwszego Wiceprezydenta wybiera się spośród grona składającego się z Drugiego Wiceprezydenta i członków delegacji.

Drugiego Wiceprezydenta wybiera się spośród grona członków delegacji.

Osoby sprawujące funkcje Prezydenta bądź Wiceprezydenta nie mogą być w tym czasie członkami narodowych delegacji.

W przypadku, gdy na stanowisku Prezydenta stworzy się z jakiegokolwiek przyczyny wakat, jego funkcje przejmuje Pierwszy Wiceprezydent, przy czym nie ogranicza to jego prawa do kandydowania na rok następny.

#### **b) Uprawnienia**

Prezydent albo – w wypadku jego nieobecności – Pierwszy lub Drugi Wiceprezydent kieruje stowarzyszeniem, przewodniczy jego posiedzeniom i reprezentuje je w stosunkach z osobami trzecimi. Wiceprezydenci wykonują funkcje powierzone im przez stowarzyszenie lub przez Prezydenta.

### **X. SEKRETARZ GENERALNY**

#### **a) Mianowanie na stanowisko Sekretarza Generalnego**

Sekretarz Generalny zostaje mianowany przez Stałą Komisję. Wysokość jego wynagrodzenia ustala stosownie do możliwości Stała Komisja, na wniosek Komisji Finansowej.

Sekretarza Generalnego mianuje się na trzyletnią kadencję, rozpoczynającą się od 1 stycznia, o ile nie zostanie inaczej ustalone. Kadencja ta może być odnawialna.

#### **b) Uprawnienia**

Sekretarz Generalny na co dzień zarządza sprawami stowarzyszenia, czyniąc to pod nadzorem Prezydenta, Wiceprezydentów oraz reprezentacji RADY ADWOKATUR I STOWARZYSZEŃ PRAWNICZYCH UNII EUROPEJSKIEJ przed instytucjami europejskimi. Jest on odpowiedzialny za administrowanie, organizowanie posiedzeń i przygotowywanie protokołów. Jest on zwierzchnikiem wszystkich innych pracowników.

### **XI. FINANSE**

#### **a) Składki**

Delegacje oraz członkowie obserwatorzy opłacają składki, których wysokość ustalana jest każdego roku przy uwzględnieniu treści wniosku Komisji Finansowej.

Procentowy udział kwoty, która ma zostać zapłacona przez każdą z delegacji, w całej puli składek powinien odzwierciedlać liczbę przydzielonych jej głosów w stosunku do ogólnej liczby głosów.

Odstępstwa od powyższej zasady mogą być czynione na Sesji Plenarnej, przy uwzględnieniu:

– liczby adwokatów<sup>1</sup> posiadających uprawnienia do prowadzenia praktyki w każdym spośród państw członkowskich,

---

<sup>1</sup> W angielskiej wersji oryginału: *lawyers*. Ponieważ z ramienia Polski członkami obserwatorami w CCBE są: Naczelna Rada Adwokacka i Krajowa Rada Radców Prawnych, należy przyjąć założenie, iż w

- PNB<sup>2</sup> każdego spośród krajów członkowskich,
- liczby ludności w każdym spośród krajów członkowskich.

Ustalenie dotyczące kwoty składek od każdej spośród delegacji na dany rok pozostaje w mocy aż do momentu zatwierdzenia przez Sesję Plenarną nowego budżetu bądź dokonania zmian w wysokości składek.

#### **b) Budżet i bilans roczny**

Rok obrachunkowy kończy się zawsze z dniem 31 grudnia.

Na wniosek Komisji Finansowej, Sesja Plenarna przyjmuje roczny budżet, zatwierdza bilans mijającego roku oraz udziela skwitowania dyrektorom.

#### **c) Komisja Finansowa**

Tworzy się Komisję Finansową o uprawnieniach doradczych i nadzorczych.

Składa się ona z trzech członków, z których jeden, pełniący funkcję Przewodniczącego, wybierany jest przez Stałą Komisję na dwuletnią kadencję, odnawialną według takich samych zasad, jakie dotyczą Prezydenta i Wiceprezydentów.

Komisja zapewnia prawidłowe prowadzenie ksiąg rachunkowych, a także corocznie weryfikuje wielkość przychodów i rozchodów oraz przedkłada sprawozdanie na ten temat Sesji Plenarnej.

### **XII. REPREZENTACJA STOWARZYSZENIA**

Wszelkie uchwały obowiązujące w stowarzyszeniu podpisywane są (z wyjątkiem przypadków istnienia pełnomocnictwa szczególnego) przez Prezydenta bądź przez Pierwszego lub Drugiego Wiceprezydenta, decyzje zaś dotyczące codziennego zarządu – przez Sekretarza Generalnego; nie mają oni obowiązku legitymowania się dowodem swoich uprawnień do dokonywania powyższych czynności.

Prawo występowania we wszelkich postępowaniach dotyczących stowarzyszenia, czy to w charakterze powoda, czy to pozwanego, służy Stałej Komisji, reprezentowanej przez Prezydenta albo Pierwszego Wiceprezydenta bądź Drugiego Wiceprezydenta.

### **XIII. WEWNĘTRZNE ZARZĄDZANIE**

Sesja Plenarna może przyjąć ustalenia ułatwiające działanie w ramach niniejszego statutu.

### **XIV. ZMIANA STATUTU I ROZWIĄZANIE STOWARZYSZENIA**

Kwestie zmiany statutu lub rozwiązania stowarzyszenia mogą być przedmiotem obrad Sesji Plenarnej jedynie wtedy, kiedy obecne jest na niej bądź reprezentowane co najmniej

---

przypadku uzyskania w przyszłości przez obydwie te korporacje zawodowe pełnego członkostwa organizacji, pod określeniem: *the number of lawyers* w wypadku Polski będzie należało rozumieć łączną liczbę adwokatów i radców prawnych (przyp. tłum.).

<sup>2</sup> Produkt Narodowy Brutto (przyp. tłum.).

dwie trzecie ogólnej liczby delegacji dysponujących swymi uprawnieniami do głosowania, tworzącymi w sumie bądź zawierającymi w sobie liczbę co najmniej równą dwóm trzecim ogólnej liczby głosów. Jednakże w wypadku nieprzybycia na Sesję Plenarną co najmniej dwóch trzecich ogólnej liczby delegacji dysponujących dwiema trzecimi ogólnej liczby głosów – zwołuje się nową Sesję Plenarną, ta zaś obraduje w sposób ważny niezależnie od tego, jaka liczba delegacji jest obecna bądź reprezentowana ani też od tego, jaka siła uprawnień do głosowania jest obecna bądź reprezentowana.

Wszelkie zmiany statutu mogą stać się skuteczne jedynie po zaakceptowaniu ich dekretem królewskim oraz pod warunkiem spełnienia wszelkich wymogów określonych w artykule 3 regulacji prawnej z dnia 25 października 1919 roku.

Jakakolwiek uchwała dotycząca rozwiązania bądź likwidacji stowarzyszenia może być podjęta jedynie na Sesji Plenarnej. Członkowi opuszczającemu stowarzyszenie nie służą żadne prawa do jakichkolwiek składników majątku stowarzyszenia.

## **XV. UGODOWE ZAŁATWIANIE KWESTII SPORYCH**

W wypadku zaistnienia, w kraju reprezentowanym w RADZIE ADWOKATUR I STOWARZYSZEŃ PRAWNICZYCH UNII EUROPEJSKIEJ, sporu dotyczącego statusu narodowej delegacji bądź członka obserwatora Prezydent, a gdyby on tego nie czynił – Stała Komisja – może wyznaczyć mediatora, którego zadaniem będzie negocjowanie pomiędzy stronami.

## **XVI. POSTANOWIENIA OGÓLNE**

Stowarzyszenie działa na podstawie belgijskiej regulacji prawnej z dnia 25 października 1919 roku, ze zmianami wprowadzonymi regulacją z dnia 6 grudnia 1954 roku.

W kwestiach nieuregulowanych w niniejszym statucie, w szczególności tych dotyczących obowiązku promulgacji w „*Moniteur belge*”, stosuje się obowiązujące normy prawa.

Przygotowanie i tłumaczenie: *Ewa Stawicka*

Wojciech Hermeliński

## Europejski nakaz aresztowania – aksamitna rewolucja

Taki tytuł widniał na monitorach zainstalowanych w sali konferencyjnej przy Ave. de Corntenbergh 71 w Brukseli, gdzie w dniach 24 i 25 lutego 2003 r. odbywała się konferencja na temat europejskiego nakazu aresztowania (*European Arrest Warrant*). Zorganizowało ją Biuro TAIEX, instytucja zasilana z funduszu PHARE, której celem jest asystowanie krajom akcesyjnym w implementacji prawa unijnego, wspólnie z Komisją Europejską. W konferencji uczestniczyli przedstawiciele Ministrów Sprawiedliwości, Prokuratorów Generalnych krajów ubiegających się o członkostwo w Unii Europejskiej. Polskie Ministerstwo Sprawiedliwości reprezentowali Panowie Igor Działuk i Andrzej Ryng, Prokuraturę Krajową Pani Anna Adamiak, Komitet Integracji Europejskiej Pan Filip Jasiński a Naczelną Radę Adwokacką niżej podpisany.

Zgodnie z założeniami Traktatu Amsterdamskiego (1997 rok) Unia Europejska w ciągu 5 lat od jego wejścia w życie miała stać się obszarem wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Takiego sformułowania używa tekst konkluzji posiedzenia Rady, które odbyło się w dniach 15 i 16 października 1999 r. w Tampere. Rada wezwała wówczas kraje członkowskie Unii (pkt 35) aby przyspieszyły ratyfikację Konwencji o (uproszczonej) Ekstradycji z 10 marca 1995 wraz z nowelą z roku 1996. Prace zmierzające do uczynienia z Unii obszaru „wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości” nabrały szczególnego tempa po terrorystycznym ataku na Stany Zjednoczone w dniu 11 września 2001 r. W grudniu 2001 r. gotowy był już projekt *European Arrest Warrant* (dalej: EAW), a w dniu 13 czerwca 2002 r. Rada Unii działając w oparciu o przepisy art. 31 i 34 Traktatu z Maastricht (1992 rok) wydała decyzję ramową (*Council Framework Decision 2002/584/JAI*) w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedurach dostarczania pomiędzy Państwami Członkowskimi (dalej: decyzja ramowa). Jak pisze Sławomir Wikariak („Rzeczpospolita” Nr 206 z 4 września 2002)

„Europejski nakaz aresztowania jest konsekwencją wdrażania koncepcji obywatelstwa unijnego. Mniej ważne, czy jest się Niemcem, Francuzem czy Anglikiem, przede wszystkim jest się obywatelem zjednoczonej Europy. Dla zwykłych ludzi oznacza to nowe uprawnienia, dla przestępców zaś większe, niż dotychczas ryzyko pociągnięcia do odpowiedzialności”.

Rozwiązania i procedury przyjęte w EAW wejdą w życie w Unii z dniem 1 stycznia 2004 r. Oczywiście jest, że w momencie wstąpienia do Unii, na Polskę będzie ciążył obowiązek implementowania decyzji ramowej do wewnętrznego ustawodawstwa.

Zgodnie z art. 1 decyzji ramowej EAW jest to decyzja sądowa wydana przez Państwo członkowskie w celu aresztowania i dostarczenia przez inne Państwo członkowskie poszukiwanej osoby w związku z prowadzonym przeciwko niej ściganiem karnym, lub dla wykonania kary lub środka zabezpieczającego polegającego na pozbawieniu wolności. Może ona być wydana wobec podejrzanych o popełnienie przestępstw zagrożonych karą co najmniej roku pozbawienia wolności, lub poszukiwanych w celu wykonania wydanego już wyroku, na mocy którego orzeczono karę pozbawienia wolności na okres nie krótszy, niż 4 miesiące. Decyzja zrywa z funkcjonującą od XIX wieku w prawodawstwach ekstradycyjnych zasadą podwójnej karalności czynu (tj. w kraju wzywającym i wezwanym) i wprowadza katalog 32 przestępstw (jak: udział w organizacji przestępczej, terroryzm, pornografia dziecięca, korupcja, nielegalny obrót środkami odurzającymi, bronią, pranie brudnych pieniędzy, fałszowanie pieniędzy, zabójstwo, rozbój, zgwałcenie, podpalenie, porwanie samolotu i in.).

Zniesione zostanie pośrednictwo, jak to ma miejsce dotychczas, prokuratury w procedurze ekstradycyjnej, bowiem zgodnie z założeniami art. 9 decyzji, gdy znane jest miejsce, w którym osoba poszukiwana przebywa, organ sądowy kraju wydania EAW może przekazać go bezpośrednio do organu sądowego kraju wykonania. Niknie przede wszystkim samo określenie „ekstradycja” i zastąpione zostaje słowem „przekazanie” (*surrender*). Ostateczna decyzja co do przekazania osoby poszukiwanej leży w rękach sądu, jednakże prawo do odmowy wydania ograniczone zostaje do wyjątkowych sytuacji. I tak np. nie wolno wydać osoby poszukiwanej, jeśli przestępstwo, którego dotyczy EAW jest objęte amnestią w kraju wykonania, lub jeśli w stosunku do osoby poszukiwanej zapadło prawomocne orzeczenie w odniesieniu do tych samych czynów a osoba ta odbyła już karę lub jest w trakcie jej odbywania. Decyzja ramowa wprowadza też szereg przyczyn fakultatywnych odmowy przekazania, jak np. ściganie osoby poszukiwanej w państwie wykonania za ten sam czyn, który stanowił podstawę wydania EAW, lub przedawnienie ścigania lub wykonania kary w państwie wykonania. Z treści art. 3 i 4 decyzji ramowej, które zawierają przesłanki obligatoryjnej i fakultatywnej odmowy przekazania wynika, iż nie figuruje wśród nich jedna z głównych bezwzględnych przeszkód dotychczasowej ekstradycji, tj. zakaz ekstradowania własnego obywatela (na gruncie polskim art. 55 Konstytucji i art. 604 pkt 1 k.p.k.). Oznacza to w praktyce konieczność zmiany naszej Konstytucji w tym zakresie, jakkolwiek poszukuje się rozwiązań, które mogłyby ten wymóg ominąć (czy EAW oznacza ekstradycję *sensu stricto*?).

Art. 13 decyzji ramowej przewiduje przyspieszoną procedurę przekazywania polegającą na wyrażeniu przez osobę aresztowaną zgody na jej przekazanie połączonej z rezygnacją z zasady specjalności (zakaz sądzenia za przestępstwa inne, niż te za które nastąpiło wydanie). Oświadczenie takiej osoby aresztowanej powinna złożyć przed organem sądowym państwa wykonania, po czym w terminie nie dalszym, niż 10 dni zostanie dostarczona do państwa wydania EAW. Przepis powyższy został już wprowadzony do polskiego kodeksu postępowania karnego drogą dodania art. 603 a normującego sytuację, gdy umowa międzynaro-

dowa, której Polska jest stroną stanowi, iż wniosek państwa obcego o zastosowanie tymczasowego aresztowania osoby ściganej zastępuje wniosek o wydanie. W takich bowiem wypadkach prokurator w trakcie przesłuchania ma obowiązek poinformować osobę ściganą o możliwości wyrażenia przez nią zgody na wydanie, także połączonej ze zrzeczeniem się dobrodziejstwa zasady specjalności. Jeśli osoba ścigana wyrazi chęć takiej zgody, prokurator kieruje sprawę na posiedzenie sądu okręgowego. Sąd Okręgowy podczas jednego posiedzenia rozstrzyga kwestię tymczasowego aresztowania, odbiera oświadczenie o wyrażeniu zgody na wydanie i zrzeczeniu się przywilejów zasady specjalności oraz wydaje postanowienie o dopuszczalności wydania. Powyższe reguły wejdą w życie w polskiej procedurze karnej z dniem 1 lipca 2003 (Dziennik Ustaw Nr 17 z roku 2003, poz. 155: ustawa z dnia 10 stycznia 2003 o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych).

Postępowanie wprowadzone decyzją ramową Rady Unii odbywać się będzie z poszanowaniem przepisu art. 5 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka, art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej, a osoba aresztowana w celu wykonania EAW ma prawo do udziału obrońcy i tłumacza (art. 11 decyzji ramowej).

Na zakończenie należy dodać, iż decyzja ramowa o europejskim nakazie aresztowania będzie przedmiotem seminarium w czerwcu 2003 w Biurze Przedstawicielskim NRA w Brukseli dla grupy polskich adwokatów. Prowadzącą seminarium będzie Pani Isabelle Jegou z Komisji Europejskiej, twórczyni EAW.

Na jesień i przyszły rok zaplanowane zostały następne seminaria, m.in. z zakresu prawa gospodarczego UE, które odbędą się także w siedzibie Biura Przedstawicielskiego NRA w Brukseli.

## CCBE – nieodległe pełne członkostwo

Polska adwokatura, na razie w roli członka-obszernika CCBE, organizacji skupiającej adwokatury i stowarzyszenia prawnicze krajów unijnych (ok. 500 000 prawników), po naszej akcesji z Unią Europejską stanie się pełnoprawnym członkiem CCBE. Zarówno Prezydium CCBE, jak też komitet finansowy (*Finance Committee*) oraz powołany specjalnie komitet do spraw rozszerzenia (*Enlargement Committee*) od pewnego już czasu pracują nad problemami wynikającymi ze spodziewanego poszerzenia CCBE o nowych pełnoprawnych członków. Rozpoczęły się też konsultacje z reprezentantami poszczególnych korporacji narodowych, w tym wspólną delegacją Naczelnej Rady Adwokackiej i Krajowej Rady Radców Prawnych. Jednym z problemów poruszanych podczas rozmów jest sprawa wysokości składki płaconej do kasy CCBE z tytułu członkostwa w tej organizacji. Nie jest to sprawa bagatelna, ponieważ dotychczasowa składka, płacona w formie pewnego ryczałtu, jednakowego dla wszystkich członków-obszerników, nie obciążała zbytnio budżetów poszczególnych korporacji. Natomiast skutkiem pełnego członkostwa będzie podwyższenie składki i opłacanie jej według takich samych kryteriów, jak czynią to korporacje krajów unijnych. Najważniejszym kryterium brany pod uwagę jest ilość prawników danego kraju, co z kolei przekłada się na ilość głosów jaką każdy kraj posiada w Radzie Europy. Najwyższe składki płać obecnie korporacje Niemiec, Hiszpanii, Francji, Włoch i Wielkiej Brytanii, które to kraje posiadają po 18 głosów w Radzie Europy i po 29 głosów według Traktatu Nicejskiego (wyjątkiem jest Hiszpania, która ma odpowiednio 12 i 27 głosów). Polska z 12 głosami w Radzie Europy i 27 w strukturach europejskich po wejściu do Unii Europejskiej, zobowiązana byłaby do uiszczania składki na stosunkowo wysokim poziomie. Z tego też względu reprezentanci 5 korporacji spośród krajów aspirujących do członkostwa w Unii (Polski, Słowacja, Czech, Węgry i Słowenia) postanowili zaprezentować w rozmowach CCBE wspólne stanowisko w kwestii obowiązków finansowych wobec tej organizacji. Opierając się na przepisach Statutu CCBE pozwalających na dostosowanie wysokości składki do wysokości pro-

duktu krajowego brutto, pięć korporacji zwróciło się z wnioskiem o określenie składki na wysokości nie wyższej, niż 40% składki płaconej obecnie przez adwokatury członkowskie, bowiem przeciętny PKB krajów akcesyjnych lokuje się na takim właśnie poziomie. Ponadto zgłoszony został także wniosek o zastosowanie 5-letniego okresu przejściowego, podczas którego składka wzrastała będzie stopniowo o 20% rocznie (przyjmując jako podstawę 40% składki adwokatur członkowskich).

Odbyły się w związku z tym dwa spotkania: jedno podczas posiedzenia stałego komitetu CCBE (*Standing Committee*) w kwietniu 2003 oraz kolejne zwołane przez Prezydenta CCBE Helge Kolruda oraz Sekretarza Generalnego Jonatana Goldsmitha w trybie nagłym tuż po Świątach Wielkiejnocy. Stanowisko 5 korporacji przyjęte zostało ze zrozumieniem i wstępnie zaakceptowane przez Prezydenta i Sekretarza. Obecnie wypowiedzieć się powinien komitet finansowy i dalsze rozmowy będą się toczyć podczas sesji plenarnej w końcu maja 2003 r. w Bergen oraz w listopadzie 2003 w Brugge.

Po uregulowaniu tej kwestii staniemy się pełnoprawnym członkiem CCBE z takimi samymi prawami, jak obecni jej członkowie.

# Z WOKANDY LUKSEMBURGA

Tomasz Tadeusz Koncewicz

## CZY ZASADA PIERWSZEŃSTWA PRAWA WSPÓLNOTOWEGO OBEJMUJE DECYZJE ADMINISTRACYJNE?

Uwagi na marginesie wyroku  
Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Erich Ciola*<sup>1</sup>

### **Jak daleko sięga zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego?**

Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed krajowym jest jedną z podstaw wspólnotowego systemu prawnego. Dzisiaj mogłoby się wydawać, że „konstytucyjne” wyroki<sup>2</sup> Trybunału Sprawiedliwości wydane we wczesnych latach istnienia Wspólnot wyjaśniły jej szczegółową treść oraz konsekwencje stwierdzenia sprzeczności: obowiązkiem sądu lub organu administracyjnego jest odmowa zastosowania sprzecznego przepisu krajowego i w jego miejsce stosowanie przepisu wspólnotowego. Wątpliwości jednak powstają nadal, o czym dobitnie świadczy wyrok wydany przez Trybunał w sprawie *Ciola* przekazanej przez sąd austriacki.

Na wstępie kilka słów o stanie faktycznym sprawy. Pan Ciola jest dyrektorem firmy ABC–Boots–Charter GmbH, która jest dzierżawcą terenu nad Jeziorem Bodeńskim. W 1990 r. firma uzyskała zezwolenie na założenie 200 miejsc postojowych (do cumowania) dla jachtów. Na wniosek firmy ABC właściwy organ administracyjny wydał w sierpniu 1990 r. decyzję administracyjną, której punkt drugi przewidywał, że od 1 stycznia 1996 r. tylko 60 łodzi należących do osób mających miejsce zamieszkania za granicami Austrii może korzystać z przyznanych stałych miejsc do cumowania w porcie. W decyzji z 10 lipca 1996 r. Niezależny Senat Administracyjny landu Voralberg uznał, że pan Ciola poprzez wynajęcie dwóch dodatkowych miejsc osobom nie mającym miejsca zamieszkania na terenie Austrii (w Liechtensteinie i Niemczech) przekroczył przyznany mu limit miejsc przeznaczonych do cumowania. Tym samym pan Ciola nie uczynił zadość warunkom decyzji, której był adresa-

---

<sup>1</sup> Sprawa C – 224/97, *Erich Ciola versus Land Voralberg*, [1999] ECR I – 2517.

<sup>2</sup> Mam na myśli zwłaszcza wyroki *Van Gend en Loos*, *Costa v Enel* oraz *Simmenthal*.

tem i uznany został za winnego wykroczeń oraz skazany na grzywnę w wysokości 75 tys. szylingów austriackich za każde z tych wykroczeń z osobna. Pan Ciola zaskarżył decyzję o wymierzeniu grzywny, zarzucając między innymi, że narusza ona prawo do swobodnego przepływu usług oraz warunki akcesji Austrii do Wspólnot. Sąd administracyjny, nie mając pewności co do prawidłowej interpretacji prawa wspólnotowego, uznał za wskazane przekazać Trybunałowi dwa pytania. W pierwszym chodziło o rozstrzygnięcie, czy prawo krajowe ograniczające liczbę miejsc do cumowania, które mogą być wynajęte cudzoziemcom, może być uznane za zgodne z przepisami Traktatu dotyczącymi swobodnego świadczenia usług, w drugim zaś o kwestię, czy prawo wspólnotowe<sup>3</sup> pozwala osobie świadczącej usługi, która ma miejsce zamieszkania (siedzibę) na terenie Austrii, na domaganie się nieegzekwowania w stosunku do niej przez sądy i organy administracyjne decyzji administracyjnej wydanej w 1990 r. której treść jest niezgodna z prawem wspólnotowym. Oba pytania są ze sobą w sposób ścisły powiązane i nie można ich rozpatrywać odrębnie: udzielenie odpowiedzi na pytanie drugie miało sens tylko w razie twierdzącej odpowiedzi na pytanie pierwsze.

### **Pytanie pierwsze: czy sprzeczność istnieje?**

Odpowiadając na pytanie pierwsze Trybunał nie miał żadnych wątpliwości. Podkreślił, że przedsiębiorca może korzystać przeciwko państwu z traktatowego prawa do swobodnego świadczenia usług, gdy odbiorcami usług przezeń świadczonych są osoby prowadzące działalność (mające miejsce zamieszkania, siedzibę) za granicą. Elementem transgranicznym – powodującym, że sprawa należy do *ratione materiae* prawa wspólnotowego – jest właśnie fakt, że usługa jest zaadresowana do kogoś, kto nie mieszka na terenie Austrii. Zasada swobodnego świadczenia usług zawiera w sobie prawo odbiorcy usługi udania się do innego państwa w celu jej odbioru w państwie świadczącego bez przeszkód i utrudnień. Limit miejsc do cumowania, które mogą być wynajęte osobom „zagranicznym”, narusza zasadę swobodnego przepływu usług, zgodnie z którą zabroniona jest wszelka dyskryminacja świadczących usługi, nawet pośrednia.

### **Pytanie drugie: w poszukiwaniu granic zasady pierwszeństwa**

Z punktu widzenia zasady pierwszeństwa fundamentalne znaczenie miała odpowiedź na pytanie drugie. Trybunał uznał, że drugie pytanie sprowadza się do tego, czy pochodzący sprzed 1996 r.<sup>4</sup> zakaz krajowy uznany za sprzeczny ze wspólnotową zasadą swobody świadczenia usług<sup>5</sup>, znajdujący się jednak nie w akcie krajowym o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, ale w konkretnej i indywidualnej decyzji administracyjnej, musi być pominięty (*must be disregarded* – ust. 21) przy ocenie legalności (zgodności z prawem) grzywny nałożonej w wyniku niezastosowania się do takiego zakazu już po dacie akcesji państwa członkowskiego. Wątpliwości sądu krajowego wynikały ze sposobu odczytywania przezeń orzecznictwa Trybunału dotyczącego zasady pierwszeństwa. Według sądu krajowego

<sup>3</sup> Sąd krajowy wskazał w swoim pytaniu w szczególności na art. 10 Traktatu rzymskiego.

<sup>4</sup> Austria przystąpiła do Wspólnot 1 stycznia 1995 r.

<sup>5</sup> Dlatego obydwa pytania były ze sobą powiązane. Warunkiem udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie była afirmatywna odpowiedź na pierwsze – uznająca, że prawo austriackie jest sprzeczne ze wspólnotowym.

orzecznictwo to statuuje jedynie zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed przepisami krajowymi abstrakcyjnymi i generalnymi. Dla sądu tego niejasne było natomiast, czy zasada pierwszeństwa znajduje również zastosowanie do indywidualnych aktów administracyjnych sprzecznych z prawem wspólnotowym<sup>6</sup>.

Trybunał podkreślił, że spór dotyczy nie tyle losu zakwestionowanej decyzji, ile raczej kwestii, czy oceniając legalność grzywny nałożonej za naruszenie decyzji administracyjnej, można nie wziąć takiej decyzji pod uwagę ze względu na jej niezgodność z zasadą swobodnego świadczenia usług. Skoro przepisy Traktatu rzymskiego są bezpośrednio stosowalne w systemach prawnych wszystkich państw członkowskich, a prawo wspólnotowe ma pierwszeństwo przed krajowym, to przepisy takie tworzą uprawnienia dla osób zainteresowanych, których ochrona i przestrzeganie jest obowiązkiem władz krajowych. Tym samym jakiegokolwiek przepis krajowy niezgodny z prawem wspólnotowym nie może być nadal stosowany. Jeżeli chodzi o art. 49 Traktatu Trybunał wskazał, że stał się on bezpośrednio stosowny z końcem okresu przejściowego i, jako taki, wyklucza stosowanie jakiegokolwiek sprzecznego z nim aktu prawa krajowego: według Trybunału z chwilą przystąpienia Austrii do Wspólnot „artykuł ten stał się bezpośrednim źródłem prawa”. Trybunał przypominał, że zasada pierwszeństwa przechodziła ewolucję. Obowiązek przestrzegania zasady pierwszeństwa został wraz z upływem czasu rozciągnięty na wszystkie organy administracji, w tym także te zdecentralizowane<sup>7</sup>, a podmioty prywatne uzyskały możliwość powołania się na pierwszeństwo przepisu prawa wspólnotowego w postępowaniu, w którym drugą stroną są krajowe organa administracyjne.

W sprawie *Ciola* Trybunał wskazał, że z dotychczasowego orzecznictwa wypływa w sposób logiczny wniosek, zgodnie z którym zwrot „krajowe przepisy administracyjne” należy rozumieć jako obejmujący nie tylko normy o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, ale także indywidualnym i konkretnym. W kluczowym ust. 33 wyroku czytamy: „nie ma powodu, dla którego ochrona prawna, jaka płynie dla jednostek z bezpośredniego skutku przepisów prawa wspólnotowego i której zapewnienie należy do obowiązków sądów krajowych, miałaby zostać tym jednostkom odmówiona w sprawach, w których spór dotyczy legalności aktu prawnego natury administracyjnej. *Istnienie takiej ochrony nie może zależeć od charakteru prawnego przepisu krajowego sprzecznego z prawem wspólnotowym*” (podkreślenie T. T. K.).

### Znaczenie wyroku w sprawie *Ciola*

Waga wyroku w sprawie *Ciola* polega na sprecyzowaniu zasięgu pierwszeństwa prawa wspólnotowego. Zarówno Adwokat Generalny Mischo jak i Trybunał podkreślili, że prawo wspólnotowe ma pierwszeństwo przed *jakimkolwiek* (any)<sup>8</sup> przepisem krajowego porządku

<sup>6</sup> W opinii rządu austriackiego, który zgłosił interwencję w postępowaniu przed Trybunałem, nie ma powodu dla automatycznego zastosowania, bez żadnych ograniczeń, orzecznictwa Trybunału w przedmiocie pierwszeństwa prawa wspólnotowego do indywidualnych aktów administracyjnych. Rząd austriacki wskazał, że wniosek taki jest uzasadniony wypracowaną w orzecznictwie Trybunału zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich. Uznanie, że prawo wspólnotowe ma pierwszeństwo przed podlegającymi wykonaniu decyzjami administracyjnymi, byłoby równoznaczne z zakwestionowaniem zasad pewności prawa, ochrony uzasadnionych oczekiwań oraz legalnie nabytych praw.

<sup>7</sup> Por. w tym względzie sprawę 103/88, *Fratelli Costanzo versus Commune di Milano*, [1989] ECR 1839, cytowaną przez Trybunał w sprawie *Ciola*.

<sup>8</sup> W swojej opinii Adwokat Generalny podkreślił słowo „toute”.

wewnętrzny. Zasada pierwszeństwa oznacza, iż w przypadku stwierdzenia sprzeczności pomiędzy prawem krajowym a bezpośrednio skutecznym przepisem prawa wspólnotowego obowiązkiem sądu krajowego jest odmowa zastosowania tego pierwszego. Dotyczy to także decyzji administracyjnych. W sprawie *Ciola* sąd austriacki występujący do Trybunału zgadzał się z doktryną *Simmenthal*, wskazując, że gotów jest dać pierwszeństwo prawu wspólnotowemu we wszystkich sytuacjach, w których konflikt dotyczy prawa krajowego o charakterze abstrakcyjnym i generalnym. Wydaje się więc, że problemy interpretacyjne sądu krajowego wynikały z przyjęcia przezeń zawężającej interpretacji sformułowania „jakiegokolwiek prawo krajowe”. Trybunał natomiast opowiedział się za jego szerokim rozumieniem, wskazując, że sformułowanie „jakiegokolwiek przepis prawa krajowego (*any provision of national law*) musi obejmować swym zasięgiem także przepisy prawa administracyjnego. Jeżeli treść decyzji nie daje się pogodzić z prawem wspólnotowym, to nie może być ona egzekwowana w stosunku do jej adresatów. W sprawie pana Cioli oznaczało to, że zakaz wynajmu więcej niż 60 miejsc postojowych w porcie osobom nie mającym miejsca zamieszkania (siedziby) na terenie Austrii nie może być podstawą ukarania adresata grzywną w razie niezastosowania się do takiego zakazu. Warunkiem powołania się przez pana Ciolę na zasadę pierwszeństwa było wykazanie, że art. 49 jest bezpośrednio skuteczny, znajduje zastosowanie w sprawie (ze względu na element transgraniczny, łączący stan faktyczny sprawy z prawem wspólnotowym), a przepis prawa krajowego (administracyjny, cywilny, konstytucyjny) nie da się z nim pogodzić. Jeżeli tak jest, to ustaje stosowanie każdego przepisu prawa krajowego. Bez znaczenia jest charakter przepisu prawa: zasadę pierwszeństwa wynikającą z art. 49 Traktatu stosuje się do przepisu zawartego w akcie ustawodawczym (to wiedzieliśmy już na podstawie *Simmenthal*), jak również do decyzji administracyjnych (na tym polega nowość sprawy *Ciola*). W zakresie pojęcia „krajowe przepisy administracyjne” musimy uwzględnić nie tylko normy ogólne i abstrakcyjne, ale także indywidualne i konkretne zawarte w decyzjach administracyjnych.

W ten sposób połączenie bezpośredniego skutku artykułu 49 Traktatu z zasadą pierwszeństwa zobowiązuje sędziego krajowego i każdy organ administracji do niestosowania zakazów wynikających z prawa krajowego znajdujących się w decyzjach administracyjnych niezgodnych ze wskazanym artykułem. Prawo wspólnotowe daje więc osobie (firmie) świadczącej usługi uprawnienie do domagania się, aby decyzja administracyjna zawierająca zakaz sprzeczny z prawem wspólnotowym nie była stosowana w postępowaniu, w którym dana osoba (firma) jest stroną.

# PRZED SĄDAMI WSPÓLNOTOWYMI

Anna Zawidzka, Maciej Taborowski

## Sądownictwo wspólnotowe po Nicei

Artykułem dotyczącym reformy sądownictwa wspólnotowego rozpoczynamy cykl poświęcony praktycznym aspektom funkcjonowania systemu wymiaru sprawiedliwości w Unii Europejskiej. Naszym zamiarem jest przybliżenie członkom adwokatury polskiej i wszystkim czytelnikom „Palestry” zasad organizacji i metod pracy sądów wspólnotowych. Znajomość tychże zasad będzie niezbędna każdemu praktykowi prawa w Polsce, ponieważ od momentu akcesji naszego kraju do Unii Europejskiej prawo wspólnotowe będzie stosowane przez wszystkie organy państwa, przede wszystkim przez polskie sądy, a polscy obywatele będą mogli dochodzić swych uprawnień wynikających z prawa wspólnotowego przed sądami polskimi oraz bezpośrednio przed sądami wspólnotowymi. Tym samym polscy prawnicy staną się także prawnikami europejskimi.

W kolejnych artykułach omówimy reguły postępowania i metody wykładni stosowane przez sądy wspólnotowe, warunki wnoszenia przez podmioty indywidualne skarg o stwierdzenie nieważności aktów instytucji wspólnotowych oraz skarg na bezczynność instytucji, a następnie zasady funkcjonowania i rolę systemu orzeczeń wstępnych, mającego zapewnić współpracę i wreszcie warunki dopuszczalności skargi o odszkodowanie z tytułu odpowiedzialności pozakontraktowej Wspólnoty wobec jednostek.

W jednym ze swych najbardziej znanych orzeczeń, a mianowicie podstawowym dla budowy wspólnotowego porządku prawnego orzeczeniu *Van Gend en Loos*<sup>1</sup>, Europejski Trybunał Sprawiedliwości sformułował słynne zdanie: „(...) prawo wspólnotowe nie tylko nakłada obowiązki na jednostki, ale ma także zapewnić im prawa, które stają się częścią ich dziedzictwa prawnego”. Wraz z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej to dziedzictwo prawne będzie również naszym udziałem, a jego jedności i wartości bronić będą polscy adwokaci i radcowie prawni.

Od lutego 2003 roku<sup>2</sup> francuskie miasto Nicea powinno kojarzyć się członkom polskiej palestry już nie tylko z Lazurowym Wybrzeżem i muzeami Matisse’a czy Chagalla, ale także

<sup>1</sup> Sprawa 26/62, [1963] ECR 1.

<sup>2</sup> Traktat Nicejski z 26 lutego 2001 (OJ C 80/1 z 10 marca 2001) wszedł w życie w dniu 1 lutego 2003.

z najszerzej zakrojoną reformą sądownictwa europejskiego od roku 1988, kiedy to powołano do życia Sąd Pierwszej Instancji (SPI)<sup>3</sup>.

Reforma, która miałaby w szczególności usprawnić i przyspieszyć rozpatrywanie spraw zalegających w coraz większych liczbach przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości (ETS) i SPI, postulowana była już od początku lat dziewięćdziesiątych<sup>4</sup>. Prace nad nią przyspieszyła konieczność przygotowania sądów wspólnotowych do zbliżającego się rozszerzenia Unii Europejskiej i związanego z tym nieuchronnego wzrostu liczby rozpatrywanych spraw. Dopiero jednak Traktat Nicejski (TN) dał wyraźny impuls reformie sądownictwa europejskiego. Ostateczny kształt tej reformy nie jest do końca przesądzony. Traktat Nicejski przewiduje, że niektóre rozwiązania szczegółowe, w wielu przypadkach mające znaczenie kluczowe, zostaną dopiero wprowadzone lub dookreślone w drodze zmiany Statutu Trybunału oraz Regulaminów ETS i SPI, bądź też na mocy decyzji Rady Unii Europejskiej. Zatem ostateczne rozwiązania, a więc także zakres podjętych reform, zależeć będą od wydania aktów prawnych, które obecnie znajdują się na etapie prac przygotowawczych<sup>5</sup>.

W niniejszym artykule postaramy się przybliżyć Państwu wyłaniający się wyraźnie na tle dostępnych rozwiązań obraz post-nicejskiego sądownictwa, w którym z uwagi na przyszłe członkostwo Polski w Unii Europejskiej będzie musiała się odnaleźć i funkcjonować także polska adwokatura. Najważniejsze zmiany dotyczą umocnienia statusu i rozszerzenia w istotny sposób kompetencji SPI, w tym przede wszystkim wprowadzenia możliwości wydawania przez ten sąd orzeczeń wstępnych, oraz związanej z tym zmiany charakteru ETS, przyszłego powołania trzeciego stopnia struktury sądowej w postaci zespołów sędziowskich<sup>6</sup>, a także uelastycznienia procedur wprowadzania zmian w organizacji pracy sądów wspólnotowych.

Sąd Pierwszej Instancji, utworzony decyzją Rady w roku 1988, nie był pierwotnie samodzielny organem sądowym. Pod względem organizacyjnym był on sądem utworzonym przy ETS, którego miał za zadanie odciążyć od spraw wymagających wnikliwego i wyczerpującego badania stanu faktycznego, zarazem niemających jednak istotnego znaczenia dla całości systemu prawa wspólnotowego. W latach dziewięćdziesiątych, wraz z pojawianiem się coraz większej ilości spraw, zyskiwał on stopniowo na znaczeniu. Ukoronowaniem tego procesu jest przyznanie SPI statusu samodzielnego organu sądowego, który wraz z ETS „za-

<sup>3</sup> Decyzja Rady nr 88/591 z 24 października 1988 roku (OJ L, 319 z 25 listopada 1988), uchylona (z wyj. art. 3) na mocy art. 10 Traktatu Nicejskiego.

<sup>4</sup> Obszerny przegląd propozycji reform powstałych przed podpisaniem Traktatu Nicejskiego, w szczególności w odniesieniu do procedury orzeczeń wstępnych, opisuje P.P. Craig, *The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered* w G. De Burca & J.H.H. Weiler (red.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001, s. 177–214.

<sup>5</sup> Wprowadzenie dalszych reform w organizacji i funkcjonowaniu sądownictwa wspólnotowego jest obecnie także przedmiotem prac Konwentu, patrz w szczególności dokument przedstawiający proponowane zmiany w tekście Traktatu, CONV 734/03 z 12 maja 2003.

<sup>6</sup> Naszym zdaniem termin „izby sądowe”, używany w polskiej literaturze przedmiotu dla oznaczenia organów, które mają zostać utworzone na mocy decyzji Rady na podstawie art. 225a TWE, a określanych w jęz. angielskim terminem „judicial panels” jest wprawdzie prawidłowe, ale może wprowadzać w błąd. Może ono mianowicie sugerować, że chodzi o jedną z izb, które są wewnętrzną jednostką organizacyjną ETS i SPI (np. o izbę złożoną z 3 lub 5 sędziów oraz Wielką Izbę – patrz art. 16 nowego Statutu). Ponieważ słowo „panel” można tłumaczyć także jako „zespół”, postulujemy, by posługiwać się właśnie tym terminem.

pewnia, każdy w zakresie swej właściwości, poszanowanie prawa w interpretacji i stosowaniu Traktatu” (art. 220 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej, dalej TWE).

Umocnienie pozycji SPI związane jest z zasadniczym rozszerzeniem zakresu jego kompetencji. I tak SPI rozpatrywał będzie w pierwszej instancji większość skarg bezpośrednich, przed reformą nicejską zastrzeżonych w znacznej mierze dla ETS, czyli skargi o stwierdzenie nieważności aktów prawa wspólnotowego (art. 230 TWE), skargi na bezczynność instytucji (art. 232 TWE), o odszkodowanie z tytułu odpowiedzialności pozakontraktowej Wspólnoty (art. 288 TWE) oraz powództwa wynikające z klauzul arbitrażowych (art. 238 TWE)<sup>7</sup>. Poza zakresem jurysdykcji SPI pozostaną sprawy wnoszone przeciwko państwom członkowskim na mocy art. 226 i 227 TWE o naruszenie prawa wspólnotowego, sprawy przekazane zespołom sędziowskim oraz na razie te, do których rozpatrywania na mocy Statutu właściwy jest w dalszym ciągu ETS, jak np. skargi składane przez państwa członkowskie, organy wspólnotowe lub Europejski Bank Centralny (art. 51 Statutu), a także m.in. odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich, zdymisjonowanie członka Komisji (art. 216 TWE), czy też członka Trybunału Obrachunkowego (art. 247 ust. 7 TWE). TN przewiduje jednakże, że w przyszłości, drogą zmiany Statutu, SPI mogą zostać przekazane do rozpatrywania inne sprawy (art. 225 ust. 1 TWE). Możliwe zatem i równocześnie bardzo prawdopodobne jest dalsze rozszerzenie jego kompetencji w przyszłości.

Orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji wydane w ramach wykonywania powyższych kompetencji mogą być przedmiotem odwołania do ETS, dotyczącego wyłącznie kwestii prawnych, z zachowaniem warunków i ograniczeń określonych w Statucie (art. 225 ust. 1 *in fine*). Statut przewiduje, iż podstawę odwołania może stanowić brak kompetencji SPI, wadliwość prowadzonego przed nim postępowania powodująca naruszenie interesów strony wnoszącej odwołanie, a także naruszenie prawa wspólnotowego przez SPI (art. 58 Statutu).

Najistotniejszą nową kompetencją SPI będzie możliwość wydawania orzeczeń wstępnych. Procedura orzeczeń wstępnych, od początku istnienia Wspólnot zastrzeżona była wyłącznie dla ETS. Jest ona najważniejszą i najczęściej stosowaną przed ETS procedurą. Wydane dotychczas orzeczenia wstępne zawierały rozstrzygnięcia najbardziej doniosłe dla rozwoju i kształtu prawa wspólnotowego. Przekazanie SPI kompetencji w tym zakresie stanowi istotne wzmocnienie jego pozycji. Jednakże o ile wiadomo, że SPI będzie właściwy do rozpatrywania pytań prejudycjalnych, o tyle nie wiadomo, w jakim dokładnie zakresie. TN przewiduje, że zakres ten zostanie określony w Statucie. Nowy Statut, załączony do TN, nie zawiera jednakże jeszcze odpowiednich postanowień. Z deklaracji nr 14 do TN wynika, że powinny one zostać wprowadzone najpóźniej w ciągu trzech lat od wejścia w życie TN. Ponowne rozpatrzenie orzeczenia wstępnego wydanego przez SPI będzie możliwe jedynie w wyjątkowych przypadkach, a mianowicie w razie wystąpienia poważnego ryzyka naruszenia jedności i spójności prawa wspólnotowego, z zachowaniem warunków i w granicach przewidzianych w Statucie. Sam SPI może przekazać sprawę do rozpoznania Trybunałowi Sprawiedliwości, jeżeli uzna, iż sprawa wymaga wydania orzeczenia o zasadniczym znaczeniu, które może mieć wpływ na jedność i spójność prawa wspólnotowego (art. 225 ust. 3 TWE). Wniosek o ponowne zbadanie orzeczenia może również złożyć, zgodnie z obecnym brzmieniem Statutu, Pierwszy Rzecznik Generalny<sup>8</sup>, jeżeli uzna, że istnieje „poważne ryzy-

<sup>7</sup> Rozpatrywanie tzw. *staff cases*, czyli spraw wnoszonych przez funkcjonariuszy przeciwko Wspólnocie przekazane ma być w przyszłości zespołom sędziowskim.

<sup>8</sup> Sposób powoływania i kompetencje Pierwszego Rzecznika Generalnego reguluje art. 10 Regulaminu ETS.

ko naruszenia jedności i spójności prawa wspólnotowego” (art. 62 Statutu). Należy zwrócić uwagę, iż odwołania takiego nie może złożyć sąd krajowy, którego wniosek był podstawą orzeczenia wstępnego wydanego przez SPI.

Reforma nicejska, a w szczególności rozszerzenie zakresu jurysdykcji SPI, spowodowało zmianę charakteru ETS. Kompetencje Trybunału zostały ukształtowane tak, że stanie się on czymś na wzór najwyższego sądu apelacyjnego, rozpatrującego przede wszystkim najistotniejsze dla prawa wspólnotowego zagadnienia prawne. ETS pozostanie więc właściwy do rozpatrywania niektórych skarg bezpośrednich, a także utrzymuje kompetencję do rozstrzygania w sprawach o istotnym dla Wspólnot znaczeniu. Ponadto będzie on rozpatrywał odwołania: w drugiej instancji od orzeczeń SPI oraz ewentualnie w trzeciej instancji od orzeczeń zespołów sędziowskich.

Jedną z najważniejszych zmian wprowadzonych przez Traktat Nicejski jest możliwość powołania jednomyślną decyzją Rady<sup>9</sup> trzeciego stopnia struktury sądownictwa wspólnotowego w postaci zespołów sędziowskich, których zadaniem ma być rozpoznawanie w pierwszej instancji „niektórych kategorii skarg wniesionych w ściśle określonych dziedzinach” (art. 225a TWE). Zespoły sędziowskie mają spełnić podobną rolę, jaką powierzono w 1988 roku Sądowi Pierwszej Instancji, a mianowicie zmniejszyć obciążenie sądów wspólnotowych, w szczególności gdy chodzi o rozpatrywanie tzw. *staff cases*, czyli spraw wnoszonych przez funkcjonariuszy przeciwko Wspólnocie, które zresztą w pierwszych latach funkcjonowania SPI stanowiły *gros* rozpoznawanych przezeń spraw. Orzeczenia wydane przez zespoły sędziowskie będą mogły być przedmiotem odwołania do SPI ograniczonego do kwestii prawnych (tak jak odwołanie od decyzji SPI do ETS) bądź, jeśli w decyzji o utworzeniu izby tak zostanie postanowione, obejmującego również kwestie faktyczne. Decyzje SPI w tej materii mogą być, wyjątkowo, ponownie rozpatrywane przez ETS, na warunkach i w zakresie ustalonym w Statucie, jeżeli zachodzi „poważne ryzyko naruszenia jedności lub spójności prawa wspólnotowego” (art. 225 ust. 2 TWE), przy czym według obecnego brzmienia Statutu odwołania takiego nie mogą wnieść strony, a jedynie Pierwszy Rzecznik Generalny (art. 62 Statutu). Tym samym w wyjątkowych przypadkach dopuszcza się trójinstancyjny tryb postępowania, chociaż przy relatywnie ograniczonej roli stron.

Godnym uwagi jest także fakt, iż w ramach reformy nicejskiej szereg kwestii dotyczących organizacji i funkcjonowania sądownictwa wspólnotowego zostało przeniesionych do Statutu ETS, ujętego w protokole do Traktatu Nicejskiego (Protokół w sprawie Statutu Trybunału Sprawiedliwości, Aneks V). Co więcej, jak to zostało wskazane powyżej, niektóre istotne zagadnienia dotyczące zakresu jurysdykcji sądów wspólnotowych i podziału kompetencji pomiędzy ETS i SPI również znalazły się w Statucie. Należy przy tym podkreślić, iż wprowadzenie zmian w Statucie ETS nie wymaga zastosowania skomplikowanej i czasochłonnej procedury zmiany Traktatu. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 245 TWE, Rada, stanowiąc jednomyślnie<sup>10</sup> na wniosek Trybunału Sprawiedliwości i po zasięgnięciu opinii Parlamentu Europejskiego oraz Komisji lub na wniosek Komisji po zasięgnięciu opinii Parlamentu Europejskiego i Trybunału Sprawiedliwości, może zmienić postanowienia Statutu, z wyjątkiem postanowień tytułu I, poświęconych podstawowym re-

<sup>9</sup> Konwent proponuje, aby decyzja Rady w tej materii podejmowana była kwalifikowaną większością głosów (CONV 734/03).

<sup>10</sup> Również w tym punkcie Konwent proponuje zmianę wymogu głosowania jednomyślnego na wymóg głosowania większością kwalifikowaną.

gulacjom dotyczącym statusu sędziów i rzeczników generalnych. Warto wspomnieć, iż na mocy poprzedniej wersji art. 245 TWE Rada mogła dokonać jedynie zmiany tytułu III, dotyczącego procedury, na wniosek Trybunału Sprawiedliwości i po zasięgnięciu opinii Komisji oraz Parlamentu Europejskiego.

Przyjęcie powyższych rozwiązań pozwala więc na znaczne zwiększenie elastyczności uregulowań odnoszących się do funkcjonowania wspólnotowego systemu sądowego, przy jednoczesnym zachowaniu przez nie statusu traktatowego. W tym miejscu godzi się dodać, iż od wejścia w życie reformy nicejskiej, regulaminy ETS i SPI wymagają zatwierdzenia przez Radę stanowiącą kwalifikowaną większością głosów (odpowiednio art. 223 i 224 TWE), a nie jak poprzednio jednomyślnie, co stanowi kolejny przykład uelastycznienia procedur związanych z działalnością sądów wspólnotowych.

Co się tyczy składu i funkcjonowania samego ETS, Nicea przynosi pewne zmiany obejmujące skład i organizację pracy Trybunału. Liczba sędziów Trybunału wynosi obecnie 15. Zmieniana ona będzie wraz z przystąpieniem każdego kolejnego nowego państwa, ponieważ zgodnie z postnicenskim brzmieniem art. 221 TWE, w skład Trybunału wchodzi „jeden sędzia z każdego państwa członkowskiego”. Nieco inaczej uregulowano liczbę sędziów SPI. Art. 222 Traktatu stwierdza bowiem, że w skład Sądu Pierwszej Instancji wchodzi „co najmniej jeden sędzia z każdego państwa członkowskiego”, przy czym liczbę sędziów określać ma Statut Trybunału Sprawiedliwości.

Od wejścia w życie Traktatu Nicejskiego ETS obraduje co do zasady w izbach (złożonych z 3 lub 5 sędziów), lub w tzw. Wielkiej Izbie (11 sędziów), zgodnie z odpowiednimi postanowieniami Statutu. Przed wprowadzeniem w życie reformy nicejskiej regułą było rozpoznawanie spraw w pełnym składzie, natomiast izby mogły być tworzone dla szczególnych kategorii spraw, co zresztą czyniono stosunkowo często, usprawniając tym samym pracę ETS. Obecnie Statut Trybunału określa, w jakich przypadkach ETS obradować ma w pełnym składzie (art. 16). Należy zauważyć, iż uczynienie z obradowania w izbach reguły stanowi kolejną próbę rozwiązania problemu, z jakim od lat zmagają się Trybunał Sprawiedliwości, a mianowicie wciąż rosnącej liczby wnoszonych spraw o coraz szerszym spektrum przedmiotowym.

Wraz z wejściem w życie reformy nicejskiej zmianie uległ zakres obowiązków rzeczników generalnych. Przed Traktatem Nicejskim opinia rzecznika konieczna była w każdej sprawie rozpatrywanej przez Trybunał. Według postanowień przyjętych w Nicei nie wszystkie sprawy wymagają opinii rzecznika, przy czym Traktat pozostawia Statutowi szczegółowe uregulowanie rzeczzonej kwestii (art. 222 TWE). W tej materii Statut przewiduje, iż Trybunał może, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, zdecydować o rozstrzygnięciu sprawy bez jego opinii wówczas, gdy uzna, że „sprawa nie zawiera żadnej nowej kwestii prawnej” (art. 20).

Przyjęte w Nicei zmiany, jakkolwiek szeroko zakrojone, otwierają jedynie drogę dla dalszych prac nad reformą sądownictwa wspólnotowego. Bardziej precyzyjne określenie podziału kompetencji pomiędzy ETS i SPI będzie wymagało wprowadzenia odpowiednich zmian w Statucie Trybunału. To jednak może okazać się niewystarczające dla rozwiązania podstawowego problemu, przed jakim stoją sądy wspólnotowe, a mianowicie wciąż rosnącej liczby wnoszonych spraw, co spowodowane jest rozszerzeniem przedmiotowego zakresu prawa wspólnotowego. Nicea tworzy więc ramy, które muszą zostać w przyszłości wypełnione.

# SYMPOZJA KONFERENCJE

## **98. Sesja Plenarna CCBE (Rady Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej) Bergen, 23–24 maja 2003 r.**

Na krótko przed spodziewanym ostatecznym rozstrzygnięciem kwestii członkostwa w Unii Europejskiej kolejnej grupy krajów, późnowiosenne spotkanie gremiów CCBE zostało w naturalny sposób, w znaczącym stopniu ukierunkowane na tę właśnie kwestię. Status członka-obszeryatora uzyskał samorząd adwokatury litewskiej; na wyjątkowo preferencyjnych warunkach, po długiej dyskusji, przyjęto w takim samym charakterze również Unię Adwokatów Ukraińskich. Sporo uwagi poświęcono nadto projektom rozwiązań finansowych, związanych z – najprawdopodobniej rychłym – przekształceniem pozycji kilku delegacji narodowych z obszeryatorów w pełnoprawnych członków. Wiążących projektów w tym zakresie wciąż jeszcze nie wypracowano, należy się spodziewać powrotu do kwestii budżetu organizacji i wpływu jego wskaźników na wysokość składek na kolejnej sesji plenarnej, która odbędzie się jesienią 2003 roku. Delegacje narodowe kilku członków-obszeryatorów, w tej liczbie delegacja polska, utworzyły parę miesięcy temu nieformalną grupę w celu wspólnego prowadzenia negocjacji na ten temat z ciałami decyzyjnymi CCBE; wewnętrzne prace tej grupy będą kontynuowane.

Pośród innych spraw, najżywiej zaprzatających uwagę delegacji polskiej, trzeba wyróżnić kwestię podatku od wartości dodanej nakładanego na usługi prawnicze. Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej przygotowała dokument zatytułowany „Dostęp do wymiaru sprawiedliwości a VAT”. Oto obszernie cytaty z tego opracowania:

(...) CCBE pragnie po raz kolejny podkreślić specyfikę świadczenia usług prawniczych na rynku wewnętrznym. Usługi prawnicze zajmują szczególne miejsce na rynku usług i dóbr. Z jednej strony – mają one tę przewagę nad obrotem towarowym, że mogą przecież dotyczyć podstawowych praw jednostek, więcej nawet: funkcjonowania całego systemu demokracji. Z drugiej strony – mają one wpływ na strukturę owego rynku wewnętrznego, w całości rządzącego się regułami prawa.

Usługi prawnicze polegające na reprezentowaniu stron w sporach, różnią się od innych usług. Po pierwsze, udział stron w sporach nie jest kwestią ich swobodnego wyboru. Strona wstępuje w spór albo dlatego, że zostaje pozwana, albo też dlatego, że dochodzi swoich praw. Podobnie jak usługi z dziedziny ochrony zdrowia – usługi prawnicze nie są częścią

sektora „usług codziennych” dla konsumentów. Po drugie, praworządność w takim samym stopniu dotyczy wszystkich, a zatem zasada równości stron i reguły sprawiedliwości każą jednakowo traktować podmioty procesujące się, i to zarówno w kwestii dostępu do wymiaru sprawiedliwości, jak i w sferze jego wykonywania.

Stosowanie VAT prowadzi do nierówności podmiotów, ponieważ podatek ten podwyższa cenę usług dla osób fizycznych, pozostając zarazem neutralnym dla podmiotów gospodarczych, które mogą tę daninę rozliczać. Państwo, które jest wszak depozytariuszem idei praworządności, nie może nakładać ani utrzymywać tego rodzaju nierówności w traktowaniu, ponieważ oznacza ona nierówność dla podmiotów uprawnionych.

Wobec powszechnej – na poziomie europejskim – rewizji i racjonalizacji reguł oraz wyjątków w stosowaniu obniżonych stawek VAT, CCBE pragnie przypomnieć wszystkim, których to w jakikolwiek sposób dotyczy, fundamentalne wymogi i zasady, w tym między innymi Art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a także Art. 47 Karty (Praw Podstawowych); czyni to niniejszym w tym celu, by VAT przestał być zarówno przeszkodą w dostępie do sprawiedliwości, jak i jej naruszeniem, niemożliwym do pogodzenia z regułą równego traktowania podmiotów uprawnionych. (...)

CCBE z całą mocą apeluje o zmianę Aneksu H do 6-tej Dyrektywy na temat VAT z dnia 17 maja 1977 r. (77/388/EEC) – w taki sposób, aby stosowane były obniżone stawki VAT do usług prawniczych polegających na zapobieganiu sporom bądź prowadzeniu sporów, a świadczonych na rzecz osób prawnych bądź osób fizycznych, o ile nie dotyczy to ich działalności gospodarczej objętej podatkiem VAT. (...)

Warto w tym miejscu skomentować, że problemy wynikające z prób traktowania usług prawniczych w taki sam sposób, jak wszelkich świadczeń konsumenckich, powracają na forum CCBE w różnych kontekstach, nieodmiennie budząc żywy sprzeciw przedstawicieli palestr europejskich. Problemy te wiążą się bardzo blisko z zagadnieniem „regulacji w wolnych zawodach i jej skutków”, konsultowanym ostatnio drobiazgowo przez Komisję Europejską. Organ UE włącza w nie cały szereg różnorodnych zawodów, w tym – zawód adwokata, CCBE natomiast – jako reprezentacja palestr europejskich – włącza się aktywnie w owe konsultacje. Stanowisko Rady Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej opiera się w znacznej mierze na opracowanym przez Austriacki Instytut Studiów Wyższych. Owo studium zawiera następującą, zasadniczą konkluzję: niski stopień regulowania działań wolnych profesji (a w szczególności wolnych zawodów prawniczych) przez organa państwowe nie jest przeszkodą, lecz przeciwnie: bodźcem dla rozwoju zdrowych tendencji w owych zawodach. Badania statystyczne w krajach Unii wykazują bowiem, że jeżeli w danym państwie przyjęto niższy stopień regulacji, dochody poszczególnych reprezentantów danej profesji są wprawdzie niższe, lecz za to wyższa jest ich liczba i wyższy jest łączny wypracowywany przez nich obrót. Pewne aspekty wolnego zawodu, takie jak np. postępowanie dyscyplinarne bądź wymogi stawiane kandydatom do danego zawodu, powinny być objęte regulacją – i sprzyja to interesom konsumentów. Nie sposób jednakże posługiwać się kryteriami wyłącznie ekonomicznej natury, gdy rzecz idzie o usługi prawnicze – stwierdza raport austriackiego instytutu badawczego.

Jednym z punktów obrad Sesji Plenarnej była także kwestia wypracowywania wspólnych europejskich standardów w dziedzinie szkolenia. Problem ten pojawia się na posiedzeniach gremiów CCBE dosyć często i bywa w związku z tym referowany w kolejnych sprawozdaniach. Warto zatem zwrócić obecnie uwagę jedynie na podstawowe kierunki dyskusji na ten temat. Po pierwsze – podkreśla się, że pierwszorzędnym zadaniem jest uzyskanie zhar-

monizowanego poziomu usług w różnych krajach. Po drugie – że mimo zróżnicowanych pól prowadzonej praktyki, każdy adwokat z któregośkolwiek z krajów unijnych powinien posiadać podstawową wiedzę na temat reguł prawa UE, prawa porównawczego oraz nowoczesnych technik umożliwiających dostęp do koniecznych w związku z tym informacji. Po trzecie – reformowanie systemu szkoleń (zarówno dla adeptów do zawodu, jak i dla praktykujących już prawników) w poszczególnych państwach winno iść w kierunku stopniowego zmniejszania różnic. Po czwarte wreszcie – CCBE jest uprawniona do nakładania i egzekwowania ogólnych standardów szkolenia, w tym – znajomości wzorcowego kodeksu etyki uchwalonego przez tę organizację.

Jak zwykle, sporą uwagę delegatów zgromadzonych na Sesji Plenarnej przyciągnęły nadto sprawy: negocjacji GATS, prawnych aspektów migracji praktykujących adwokatów, unijnych prób harmonizacji prawa kontraktów oraz ujednolicenia metod rozstrzygania drobniejszych spraw cywilnych o charakterze transgranicznym, a także nowych tendencji w ustawodawstwie Unii Europejskiej poświęconym zapobieganiu procederowi prania brudnych pieniędzy oraz obowiązkowego ubezpieczenia prawników od odpowiedzialności cywilnej.

Miejsce najbliższego, czerwcowego posiedzenia Stałej Komisji CCBE oraz Komitetu PECO – to Kraków.

*Ewa Stawicka*

# SPRAWOZDANIA



## **AKTUALNE PROBLEMY PRAWA MEDYCZNEGO (V Ogólnopolskie Forum Prawniczo-Medyczne) Wybrane zagadnienia**

Organizatorem forum było Biuro Szkoleń i Konferencji przy współpracy Fundacji Prawa Medycznego oraz ABACUS Biuro Promocji Medycznej. Patronat honorowy objęli: prof. dr hab. Marek Safjan – Prezes Trybunału Konstytucyjnego, prof. dr hab. Lech Gardocki – Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, prof. dr hab. Andrzej Zoll – Rzecznik Praw Obywatelskich, prof. dr hab. Janusz Piekarczyk – Rektor Akademii Medycznej w Warszawie, prof. dr hab. Jadwiga Słowińska-Strzednicka, adw. Stanisław Rymar – Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej, mec. Andrzej Kalwas – Prezes Krajowej Rady Radców Prawnych, dr Konstanty Radziwiłł – Prezes Naczelnej Rady Lekarskiej. W forum uczestniczyło ponad czterystu przedstawicieli środowisk prawniczych i medycznych, zarówno uznanych autorytetów naukowych jak i praktyków obu dziedzin oraz studentów.

Problematykę obrad usystematyzowano w postaci pięciu bloków tematycznych. Pierwszy blok zdominowała materia związana z funkcjonowaniem samorządu zawodowego lekarzy oraz samorządu zawodowego pielęgniarek i położnych. Wprowadzenia dokonał dr Marek Balicki – senator RP, Przewodniczący Komisji Polityki Społecznej i Zdrowia. Panel poprowadzili: prof. dr hab. Hubert Izdebski, dr Konstanty Radziwiłł oraz w imieniu Ilony Tułodzieckiej, Prezesa Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych – przedstawicielka samorządu pielęgniarek i położnych. Wystąpienia i późniejszą debatę poświęcono roli i funkcjom samorządu, głównie sprawowaniu pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu, oraz sposobom ich realizacji. Zwrócono uwagę na szczególne kwestie związane z rozumieniem pojęcia oraz wykonywaniem zawodu zaufania publicznego. Dr Marek Balicki podkreślił, iż wykonywanie zawodu lekarza jako zawodu zaufania publicznego powinno odbywać się w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Prof. dr hab. Hubert Izdebski w swoim wystąpieniu położył nacisk na konieczność zachowania równowagi pomiędzy zadaniami służącymi ochronie interesu danej grupy zawodowej a zadaniami stanowiącymi realizację interesu publicznego, zaznaczając jednocześnie, iż niejednokrotnie owa równowaga zostaje zachwiana, a niekorzystne zjawiska związane z funkcjonowaniem samorządu występują w wielu korporacjach.

Drugą sesję otworzyło wystąpienie dr hab. Teresy Dukiet-Nagórskiej poświęcone tajemnicy

lekarskiej i lekarskiemu obowiązowi współdziałania z organami ścigania. Dr hab. Teresa Dukiet-Nagórska naświetliła w swoim referacie istotny problem niedoskonałości obecnych uregulowań dotyczących obowiązku denuncjacji. Trudno bowiem wymagać od lekarza umiejętności dokonania właściwej kwalifikacji prawnej czynu, który, według art. 240 kodeksu karnego, stanowi przesłankę obowiązku powiadomienia organów ścigania. Zwracano na to uwagę również w trakcie dyskusji. Trafnie jednak podniesiono, iż w takim wypadku (mylnej kwalifikacji zachowania będącego podstawą do denuncjacji), zasadne jest wyłączenie bezprawności karnej przestępstwa złamania tajemnicy zawodowej poprzez konstrukcję błędu co do faktu (co również podkreślała dr hab. T. Dukiet-Nagórska). W konkluzji tej części obrad stwierdzono, iż „lekarz ma prawny obowiązek powiadomienia organów powołanych do ścigania przestępstw o popełnieniu zabójstwa kwalifikowanego z art. 148 k.k., zaś w przypadku innych przestępstw jest on do tego uprawniony i to tylko wtedy, gdy jest to zgodne z wolą pacjenta (...)”<sup>1</sup>. Kolejnym tematem tego bloku było prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczenia zdrowotnego i jego granice. W panelu udział wzięli prof. dr hab. Marian Zembala, prof. dr hab. Zbigniew Czernicki, prof. dr hab. Eleonora Zielińska oraz prof. dr hab. Andrzej Zoll. Pierwzoplanowym tematem dyskusji stała się możliwość powoływania się na klauzulę sumienia jako przyczynę odmowy udzielenia świadczenia. Następny blok tematyczny zatytułowany został: Obowiązek udzielenia pomocy – dylematy etyczne i prawne. Krótkie referaty zaprezentowali dr med. Krzysztof Kordel, prof. dr hab. L. Kubicki oraz prof. dr hab. Marian Filar. Dr med. K. Kordel oraz prof. dr hab. L. Kubicki omawiając problematykę przyczyn odmowy udzielenia pomocy skoncentrowali swoje wystąpienia na zagadnieniu strachu. Prof. dr hab. M. Filar podjął kontrowersyjny temat zgody pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego. W trakcie trwania tego bloku wywiązała się żywa i interesująca dyskusja prawnicza, dotycząca możliwości powołania się przez lekarza przy wykonywaniu zabiegu bez zgody, w niektórych sytuacjach, na stan wyższej konieczności (zwłaszcza w sytuacji kiedy za niemogące wyrazić zgody dziecko decydują rodzice). Podkreślając kontrowersyjność takiego rozwiązania na gruncie obecnego stanu prawnego, prof. Marian Filar opowiedział się za możliwością powołania się we wskazanym przypadku na stan wyższej konieczności (oczywiście, nie chodzi tu o działania s p r z e c i w i a j ą c e się zgodzie). Podkreślał on jednak, iż jest to pogląd, który nie jest podzielany przez wszystkich przedstawicieli nauki prawa medycznego. Wystąpienie prof. Mariana Filara spotkało się z aprobatą a nawet aplauzem dużej części audytorium, co wskazuje na praktyczną skalę problemu i przepaść jaka dzieli w tym względzie rzeczywistość medyczną i przepisy prawa.

Drugi dzień obrad poświęcony został po części zagadnieniom dotyczącym odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom oraz prawu farmaceutycznemu, w szczególności dylematom związanym z relacjami lekarzy z przemysłem farmaceutycznym. Prof. dr hab. M. Nestorowicz poruszył problem odpowiedzialności za szkody wyrządzone narodzonemu dziecku na tle sprawy odszkodowawczej z Łomży, w której z roszczeniami wobec lekarzy i szpitala występują rodzice dziecka narodzonego z poważną wadą genetyczną, którym odmówiono wykonania badań prenatalnych. Pojęcie, charakter oraz podstawy prawne zażośćuczynienia z tytułu krzywdy niemajątkowej stanowiły przedmiot referatu wygłoszonego przez prof. dr. hab. M. Safjana. Oceniając polskie orzecznictwo sądowe w sprawach

<sup>1</sup> Por. referat zamieszczony w materiałach konferencyjnych V Ogólnopolskiego Forum Prawno-Medycznego.

związanych z odpowiedzialnością medyczną prof. Safjan wskazał, iż orzekana wysokość zadośćuczynienia jest niejednokrotnie zbyt niska w odniesieniu do krzywdy, czyli jedynie w ograniczonym zakresie pełni funkcję kompensacyjną. Dr Marek Wójtowicz omówił konsekwencje finansowe dla publicznego zakładu opieki zdrowotnej wynikające z tytułu błędów medycznych. Mec. Elżbieta Barcikowska-Szydło przedstawiła tryb postępowania egzekucyjnego skierowanego przeciwko zakładom opieki zdrowotnej. Zaprezentowany referat klarownie objaśnił procedurę egzekucji świadczeń pieniężnych z rachunku bankowego dłużnika oraz z wierzytelności.

Blok poświęcony prawu farmaceutycznemu przybrał formę dyskusji moderowanej przez W. Kuźmierzewicza, prof. dr. hab. Piotra Zborowskiego oraz dr. Macieja Kijewskiego. Poruszono tu przede wszystkim dwie kwestie: problemy patentowe leków na tle prawodawstwa UE oraz etyczne problemy reklamy leków. Doprowadziło to do dyskusji, w której podniesiono niestosowność czy wręcz nieetyczność niektórych form reklamy i promocji leków, zwłaszcza zaś ich promocji wśród lekarzy. Jednym z głównych tematów tego panelu stało się wytyczenie norm etycznych korzystania z zasobów firm farmaceutycznych przez lekarzy. Wysłunięto wnioski, iż powinna istnieć ostra granica pomiędzy korzystaniem z tych pieniędzy w szeroko pojętych celach dydaktycznych czy szkoleniowych (wyjazdy lekarzy na konferencje szkoleniowe, które w przeciwnym razie nie mogłyby mieć miejsca) a sponsorowaniem pozanaukowych i pozadydaktycznych przedsięwzięć w oczekiwaniu stosowania leków danego producenta. Według biorących udział w dyskusji, podobnie ma się rzecz ze sponsorowanymi wykładami. Trafne wydaje się być podsumowanie dyskusji przez prof. Mariana Zembałę ze Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu, który stwierdził, iż każdy dydaktyk sponsorowany przez firmę farmaceutyczną powinien publicznie ogłosić lub wręcz napisać (jak ma to miejsce w wielu krajach) „nie mam konfliktu interesów”. Inną jednak kwestią jest praktyczna możliwość wprowadzenia tej propozycji w życie. Należy przy tym zaznaczyć, iż dyskutanci podkreślali również pozytywny wpływ „firmowych pieniędzy” na szeroko pojęty rozwój ochrony zdrowia w Polsce, w szczególności zaś na ustawiczne kształcenie lekarzy.

Wygłoszone referaty i dyskusje prowadzone podczas V Ogólnopolskiego Forum Prawniczo-Medycznego, zwłaszcza zaś pytania i wątpliwości lekarzy, zdają się uwidaczniać niedoskonałość wielu obecnych regulacji prawnych oraz potrzebę dalszej integracji środowisk prawniczych i medycznych w tworzeniu prawa na potrzeby ochrony zdrowia. Konfrontacja uregulowań prawnych z realiami pracy lekarza jest, naszym zdaniem, główną wartością tej i podobnych konferencji. O tym, czy częściowa dysfunkcja niektórych instytucji prawa medycznego oraz systemu ochrony zdrowia zostanie przynajmniej zniwelowana przekonamy się zapewne podczas kolejnego Ogólnopolskiego Forum Prawniczo-Medycznego.

*Adam Górski, Elżbieta Zatyka*

## **NOWE TENDENCJE W NIEMIECKIM I EUROPEJSKIM PRAWIE SPÓŁEK SEMINARIUM PROF. M. LUTTRA**

W dniu 16 maja br. odbyło się w Pałacu Kazimierzowskim na Uniwersytecie Warszawskim uroczyste wręczenie doktoratu Honoris Causa profesorowi Marcusowi Lutterowi z Wydziału Nauk o Państwie i Prawie Uniwersytetu Wilhelma w Bonn. Uroczystość otworzył

JM Rektor prof. Piotr Węgleński, a laudację wygłosił Promotor niemieckiego profesora – prof. Mirosław Wyrzykowski.

Profesor Lutter jest wybitnym znawcą prawa prywatnego, a zwłaszcza spółek kapitałowych i prawa umów gospodarczych. Prowadzone przez niego badania naukowe doprowadziły do powstania tzw. „szkoły Luttera” oraz kilkuset publikacji z zakresu prawa cywilnego, handlowego i pracy (monografie, komentarze, glosy, opinie), wśród których jest opublikowana w języku polskim fundamentalna praca pod jego redakcją „Podstawy prawne gospodarki wolnorynkowej” (Wydawnictwo C.H. Beck 1997). Prof. Marcus Lutter niezwykle aktywnie angażuje się we współpracę naukową wydziałów prawa Uniwersytetu w Warszawie i Bonn. Jego wyjątkową zasługą jest utworzenie Szkoły Prawa Niemieckiego przy Wydziale Prawa i Administracji UW. Profesor współpracował także z polskim Ministerstwem Sprawiedliwości, jako konsultant w sprawach dostosowania prawa cywilnego i handlowego do standardów unijnych oraz z korporacjami adwokatów i radców prawnych.

Tego samego dnia prof. Lutter poprowadził na Uniwersytecie seminarium naukowe pt. „Nowe tendencje w niemieckim i europejskim prawie spółek”. Poruszył na nim następujące kwestie:

### 1. Niemcy

W ubiegłym roku doszło do wydania przez niemieckiego ustawodawcę tzw. *Corporate Governance Codex*. Dokument ten, podobnie jak angielski *The Code of Best Practice* (1992), czy amerykańskie *American Law Institute Principles of Corporate Governance* ma na celu opracowanie i wdrożenie reguł dobrej praktyki w spółkach publicznych. Pojęcie *corporate governance* oznacza zasady oraz normy odnoszące się do szeroko rozumianego zarządzania spółką. Coraz częściej pojawia się ono w debatach prawnych i gospodarczych. Jest to reakcją na dotkliwie odczuwane przez inwestorów negatywne zjawiska występujące w spółkach publicznych – nadużywanie pozycji przez zarząd oraz niesprawny nadzór, prowadzące do dominacji zarządzania nad własnością. Niemiecki *Corporate Governance Codex* zawiera 61 zaleceń dla spółek dotyczących wzajemnych relacji pomiędzy udziałowcami, Zarządem a Dyrekcją.

Ponadto, do niemieckiej ustawy o spółkach handlowych dodano nowy paragraf 161. Nakłada on na przedsiębiorstwa notowane na giełdzie obowiązek corocznego składania oświadczeń, czy stosują się do zasad zawartych w *Corporate Governance Codex*. Natomiast decyzja o przestrzeganiu bądź nieprzestrzeganiu powyższych zasad ma charakter dobrowolny. Choć niezłożenie oświadczenia lub oświadczenie niezgodne z prawdą nie pociąga za sobą żadnych sankcji, to profesor sądzi, iż nie można wykluczyć osobistej odpowiedzialności Zarządu spółki w sytuacji, gdy inwestor, który zdecydował się w nią inwestować ze względu na złożone oświadczenie, poniesie szkodę.

Większość niemieckich spółek stwierdziło w oświadczeniach, że stosują się do zaleceń *Corporate Governance Codex*. Profesor Lutter powiedział, że można to uznać za sukces niemieckiego ustawodawcy w poprawianiu *corporate governance*. Jednakże, jak słusznie zauważyło audytorium, biorąc pod uwagę ogólny stopień przestrzegania norm etycznych wątpliwe będzie dalsze funkcjonowanie *Corporate Governance Codex* wyłącznie w oparciu o dobrą wolę adresatów tych zasad.

Dalsze zmiany w niemieckim prawie spółek dotyczą funkcjonowania rady nadzorczej w spółce z o.o. Jej dotychczasowe zadania (kontrola i kierownictwo zarządu, kontrola legalności i prawidłowości działania spółki, wybór członków zarządu i ich odwoływanie oraz skła-

danie sprawozdania rocznego i przedkładanie go zgromadzeniu) rozszerzono o obowiązek współdecydowania z zarządem o działaniach strategicznych dla spółki. Nowością są też: obowiązek rady do wyboru audytora, ustalania głównych tematów jego kontroli, oraz określania transakcji, które zarząd może zawierać tylko w porozumieniu z radą. To ostatnie należało wcześniej do fakultatywnych uprawnień rady.

Innowację stanowi też przyznanie osobowości prawnej spółce cywilnej.

Wprowadzono także odpowiedzialność osobistą wspólników spółki kapitałowej za „zburzenie” przedsiębiorstwa. Jest ona uruchamiana w sytuacji, gdy na skutek błędnych działań wspólników spółka nie jest w stanie wywiązać się z zobowiązań wobec wierzycieli. Regulacja ta wiąże się ze sprawą Bremer Vulkan (orzeczenie Niemieckiego Sądu Federalnego z 2001), o której mówił profesor. Stan faktyczny dotyczył spółki „córkę”, która na skutek błędnych decyzji podjętych przez zarząd spółki „matki” poniosła poważne straty finansowe. Sąd orzekł, że do odpowiedzialności zarządu spółki „matki” w tej sprawie nie mają zastosowania niejasno sformułowane zasady odpowiedzialności zawarte w statucie spółki, lecz odpowiedzialność deliktowa na gruncie prawa cywilnego oraz karna. Tak pojęta odpowiedzialność zarządu ma mniej polegać na sztywnych rozwiązaniach statutu, a bardziej uwzględniać konkretne działania zarządu oraz finansowy interes spółki.

## 2. Europa

W związku z wydanym pod koniec 2002 r. przez UE rozporządzeniem, począwszy od 1 stycznia 2005 roku wszystkie spółki państw członkowskich UE będą składać oświadczenia finansowe w oparciu o jednolity system, zgodny z tzw. International Accounting Standard. Regulacja ta jest wyjściem naprzeciw inwestorom, którzy często w spółkach wywodzą się z różnych krajów UE. Dotychczas rodziło to problemy z wyborem i stosowaniem jednego systemu rozliczania w spółce.

Od 2001 roku działa powołana przez Komisję tzw. High Level Group of Company Law Experts, zwaną grupą Güntera. Warto zaznaczyć, że działalność Grupy została rozszerzona na nieformalnym spotkaniu Ministrów Finansów Unii Europejskiej w świetle wydarzeń związanych z upadkiem firmy Enron. Celem grupy jest polepszenie funkcjonowania spółek w UE, zwłaszcza poprzez zastosowanie najlepszych światowych standardów wspomnianej już *corporate governance*. Komisja proponuje zmiany w zakresie roli dyrektorów i rady nadzorczej, wynagrodzeń zarządu, odpowiedzialności członków zarządu, w tym za oświadczenia finansowe oraz nowe regulacje dotyczące pracy audytorów.

Grupa sugeruje ponadto, by poszczególne kraje mogły same decydować o utrzymaniu bądź odejściu od systemu kapitału stałego w spółkach. Mówi się też o możliwości wyłączenia, na wzór amerykański, pewnych kwot od wypłaty dywidendy. Ten ostatni pomysł jest krytykowany przez prof. Luttera, który uważa, że nie można przeceniać stabilności systemu amerykańskiego. Dla Europy najważniejszą sprawą obecnie jest harmonizacja obowiązujących już prawa, a nie nowe rewolucyjne rozwiązania.

Ostatnim zagadnieniem poruszonym podczas seminarium było utworzenie przez UE tzw. europejskiej spółki akcyjnej (tzw. Societas Europea). Przepisy powołujące SE zostały wydane już 2 lata temu, jednak wejdą w życie dopiero 10 października 2004. Tak długi okres *vacatio legis* jest wynikiem obowiązku przygotowania w krajach członkowskich UE tzw. ustaw towarzyszących dla poszczególnych typów spółek. W tym miejscu profesor Lutter skierował pod adresem polskiego ustawodawcy ostrzeżenie, w związku z planowanym przystąpieniem przez Polskę do Unii Europejskiej, że prace nad polską wersją ustaw towa-

rzyszających powinny rozpocząć już teraz. Profesor powiedział, że Niemcy mają już gotowy projekt ustawy towarzyszącej a mimo tego obawiają się czy zdążą na czas. Przestrzegł, że w przypadku niewydania odpowiednich ustaw, Polsce grozi ustawodawczy chaos.

Warto zaznaczyć, że celem utworzenia Europejskiej Spółki jest możliwość łączenia spółek w różnych krajach z uniknięciem przeszkód, jakie rodzi istnienie piętnastu różnych systemów prawnych. Specyfiką spółki jest także to, że zapewnia ona jej pracownikom udział w nadzorze. Mogą oni też wpływać na strategiczny rozwój firmy poprzez udział w radzie nadzorczej bądź radzie administracyjnej (administrative board) lub, według innego modelu, poprzez specjalnie utworzony organ.

Statut SE będzie pozwalał państwowym członkowskim na wybór pomiędzy monistycznym (tzw. *sinle-tier*), a dualistycznym (tzw. *two-tier*) systemem zarządzania spółką. W pierwszym przypadku organami spółki byłoby walne zgromadzenie wspólników oraz tzw. rada administracyjna (administrative board). W drugim przypadku, spółka miałaby 3 organy: walne zgromadzenie, zarząd oraz radę nadzorczą. Oznacza to, że Zarząd zarządzałby spółką, a jego członkowie, powoływani i odwoływani przez radę, reprezentowali ją na zewnątrz. Jak słusznie zauważył profesor Lutter, SE w tej wersji byłaby *de facto* spółką z o.o.

Seminarium wygłoszone przez prof. Luttera zakończyły podziękowania prof. Wyrzykowski. Wyraził on podziw dla sposobu prowadzenia wykładu przez niemieckiego naukowca, zwanego nawet „stylem Luttera”. Chodzi mianowicie o umiejętność przedstawiania ważnych problemów w jasny i przejrzysty sposób. Seminarium na Uniwersytecie Warszawskim potwierdziło klasę tego znakomitego znawcy prawa i wykładowcy.

Wykłady profesora na Uniwersytecie w Bonn i w innych ośrodkach akademickich zawsze cieszyły się – i cieszą nadal – wielkim zainteresowaniem i uznaniem studentów.

Agnieszka Zakrzewska

### **SPRAWOZDANIE ZE SPOTKANIA Z KS. PROF. HENRYKIEM STAWNIAKIEM PT. „TRWAŁOŚĆ I NIEROZERWALNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA, A OCZEKIWANIA I POSTAWY OSÓB WYSTĘPUJĄCYCH W SPRAWACH O ROZWÓD”**

W dniu 25 kwietnia 2003 r. odbyło się zorganizowane przez Koło Adwokatów-Seniorów przy ORA w Warszawie spotkanie z księdzem profesorem Henrykiem Stawniakiem pt. „Trwałość i nierozzerwalność małżeństwa, a oczekiwania i postawy osób występujących w sprawach o rozwód”. Ksiądz Profesor mówił o podwójnej naturze małżeństwa jako instytucji prawa cywilnego, ale i sakramencie, w którego naturę wpisana jest nierozzerwalność. Instytucja rozvodu stoi z nią w nieuchronnej sprzeczności. Może to prowadzić do konfliktów wiary i sumienia u osób, które zajmują się kształtowaniem tego stosunku zawodowo, przede wszystkim sędziów i adwokatów.

#### **Trwałość małżeństwa w prawie polskim**

Chociaż zasady trwałości małżeństwa nie formułuje *expressis verbis* ani Konstytucja z 1997, ani kodeks rodzinny i opiekuńczy, to występuje ona w orzecznictwie sądowym i polskiej doktrynie prawa. Na mocy art. 11 Konkordatu z 1993 układające się strony wyraziły wolę współdziałania na rzecz obrony i poszanowania instytucji małżeństwa jako będącej fundamentem

społeczeństwa. Również art. 436 k.p.c. podkreśla społeczne znaczenie trwałości małżeństwa i rodziny. Ksiądz Profesor wyraził pogląd, że ustanowienie separacji świadczy o szczególnej wadze jaką polski ustawodawca przypisuje ochronie pożycia małżeńskiego. Natomiast, w opinii Księdza Profesora problemem jest to, iż „wymiar sprawiedliwości nie może pozbyć się myślenia o separacji jako jedynie o surogacie rozwodu. Jakby w mentalność była wpisana procedura skłaniająca do częstszego orzekania rozwodów niż separacji”.

### **Udział sędziów w sprawach rozwodowych i oczekiwane postawy**

W przypadku rozwodu to do sędziego należy ocena zupełności i trwałości rozkładu pożycia. Ksiądz Profesor stwierdził, że w praktyce napotyka ona na wiele trudności i może być też furtką do różnych nadużyć.

Ksiądz Profesor podkreślił, że sędzia na posiedzeniu pojednawczym nie powinien podchodzić do rozpoznania sprawy tylko od strony formalnej. W uchwale z 9 kwietnia 1976 SN zachęca do tworzenia przez sąd atmosfery życzliwości i cierpliwości, aby małżonkowie mogli swobodnie wypowiedzieć się co do przyczyn konfliktu i ewentualnego sposobu jego złagodzenia. Zgodnie z zaleceniami SN posiedzenie pojednawcze powinno odbywać się w warunkach ułatwiających działalność mediacyjną sądu. W opinii ks. prof. Henryka Stawniaka celowe jest by zawsze wtedy, gdy sędzia nie uzyska pojednania, skierował stronę do poradni małżeńsko-rodzinnej, a dopiero potem, na żądanie małżonków wyznaczył rozprawę. Przypomniał on, że także SN we wspomnianych zaleceniach wskazuje na celowość korzystania z porad specjalistów ds. rodzinnych, a nawet daje możliwość ich zapraszania na posiedzenie pojednawcze.

Ksiądz Profesor przytoczył też orędzie Jana Pawła II z 2002. Papież mówi w nim, iż pracujący w dziedzinie prawa cywilnego powinni unikać osobistego zaangażowania w to, co może oznaczać współdziałanie w zakresie rozwodu. W przypadku sędziów może to okazać się trudne, ponieważ, jak zaznaczył JP II, normy prawne nie pozwalają na zwolnienie sędziego od wydania orzeczenia z powodu sprzeciwów sumienia. W tej sytuacji powinni oni szukać skutecznych środków sprzyjających utrzymaniu małżeństwa, „zwłaszcza poprzez mądre prowadzenie postępowania pojednawczego”. W opinii profesora, w cytowanym wyżej fragmencie Jan Paweł II nie namawia do łamania prawa. Pokazuje jedynie płaszczyzną możliwych działań na rzecz nierozzerwalności małżeństwa – jest nią posiedzenie pojednawcze. Można bowiem uznać, że gdy przebiega ono zgodnie z normami k.p.c. i sędzia angażuje się w pełni w ochronę małżeństwa, wykorzystując także specjalistów, nie jest to przyczynianie się do rozwodu. Natomiast, według księdza o przyczynianiu się można mówić, gdy „sędzia o mentalności rozwodowej tylko rutynowo stawia pytania i odnotowuje odpowiedzi, bo nie traktuje rozwodu jako zła, które narusza prawo naturalne”.

Podsumowując, ksiądz Profesor nie uznał za wskazane, by sędziowie katolicycy i uznający naturalny charakter małżeństwa i jego nierozzerwalność nie pracowali w wydziałach sądów rozpoznających sprawy rodzinne. W jego opinii ich aktywna obecność jest bardzo wskazana, gdyż dzięki ich sumienności pojednanie może zakończyć się sukcesem – tzn. może pozwolić uniknąć procesu rozwodowego, np. poprzez orzeczenie separacji.

### **Udział adwokatów w sprawach rozwodowych**

Odnosząc się do udziału adwokatów w sprawach rozwodowych, profesor H. Stawniak przytoczył słowa papieża, który w odniesieniu do adwokatów zdecydowanie wskazał, że winni oni zawsze odmawiać wykorzystania swego zawodu w celu w sprzecznym ze spra-

wiedliwością, jakim jest rozwód. Oznacza to, że Kościół uznaje współdziałanie jedynie wtedy, gdy intencja klienta nie odnosi się do zerwania małżeństwa, lecz do innych skutków, które w określonym porządku mogą osiągnąć jedynie w drodze sądowej.

### **Jak można odnieść słowa papieża do praktyki sądowej?**

Z przemówienia papieskiego wynika wniosek, że adwokat nie powinien reprezentować klienta przed sądami w sprawach rozwodowych. Profesor stwierdził jednak, że w przypadku gdy adwokat ma pewność moralną, iż jeśli stronę będzie reprezentował inny adwokat, zwolennik rozwodów, to zostanie orzeczony rozwód, to wydaje się, że jest możliwe reprezentowanie strony przed sądem w sprawie rozwodowej. Swoim umiejętnym i mądrym zachowaniem może on przyczynić się do nieskorzystania z instytucji rozwodu. Zatem bierność adwokata nie jest najlepszym rozwiązaniem.

Prelegent zauważył, że w świadomości polskiego społeczeństwa dość mocno ugruntował się pogląd, że jedyną możliwością faktycznego rozłączenia ze skutkami cywilnoprawnymi jest rozwód. Rolą i zadaniem adwokatów powinno być więc uświadamianie i pouczanie o instytucji separacji. Ponadto, powinni oni zawsze odpowiedzieć na pytanie, czy dobrem klienta jest uzyskanie rozwodu czy rozwiązanie kryzysu małżeńskiego. Profesor H. Stawniak stoi na stanowisku, że gdy analizuje się tylko ten pierwszy cel, bo taka jest intencja klienta, to jest to bezpośrednio angażowanie się w rozwód. Jan Paweł II wyraził to słowami, iż „adwokaci nie mogą być zwykłymi technikami służącymi czyimś interesom”. Oznacza to, zdaniem księdza, że adwokat przekonany o nierozzerwalnym charakterze małżeństwa wpisanym w naturę ludzi właśnie w obronie interesów swojego klienta będzie zabiegał o słuszne rozwiązania prawne.

Na zakończenie Ksiądz Profesor zgłosił postulat, by środowisko prawnicze mające ogromne wpływy na projekty stanowionego prawa, brało aktywny udział w jego kształtowaniu na rzecz nierozzerwalności małżeństwa. Należy również dążyć do szerzenia klimatu umysłowego i obyczajów społecznych szanujących małżeństwo i rodzinę.

*Agnieszka Zakrzewska*

# Recenzje

## **Wypadki drogowe. Vademecum biegłego sądowego** **praca zbiorowa pod redakcją** **J. Wiercińskiego i A. Rezy**

Wyd. Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2002, s. 939.

Pojawienie się na rynku książki o tej problematyce uznać należy za ważny element w stałym, systematycznym i konsekwentnym dążeniu do podnoszenia poziomu postępowań w sprawach wypadków i „kolizji” drogowych. Spostrzeżenie to, w moim najgłębszym przekonaniu, świadczy o wysokiej klasie opracowania, stanowiącego niewątpliwym sukces merytoryczny nauki i praktyki. Jest ono bowiem efektem wieloletnich doświadczeń zespołu specjalistów z Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. dr. Jana Sehna w Krakowie, pracowników Politechniki Krakowskiej oraz prawnika znanego z licznych publikacji m.in. z zakresu bezpieczeństwa ruchu drogowego i cenionego za wnikliwość oraz analityczność prezentowanych rozwiązań. Zgodnie z supozycją autorów prezentowanego dzieła stanowi ono wszechstronne kompendium wiedzy z zakresu rekonstrukcji wypadków drogowych. Niewątpliwie cel ten został z powodzeniem osiągnięty, ponieważ w treści książki obok zagadnień *stricto* technicznych związanych z mechaniką ruchu samochodu i zderzeń pojazdów wiele miejsca przeznaczono na prezentację metod kryminalistycznego badania zarówno miejsca wypadku, jak i pojazdów oraz osób w nim uczestniczących. Podstawową jednakże część książki, co z uwagi na jej tytułowe zagadnienie jest zupełnie zrozumiale, stanowią rozważania poświęcone rekonstrukcji czasowo-przestrzennej zdarzeń drogowych, przy okazji których wykorzystano najnowsze opracowania w przedmiotowym zakresie, zarówno krajowe, jak i zagraniczne.

Autorzy opracowania z sympatyczną skromnością twierdzą, że nawet tak obszerna publikacja (939 stron) nie była w stanie wyczerpać istniejących problemów z natury rzeczy wyjątkowo rozległej dziedziny, jaką jest rekonstrukcja. No cóż, dowodzi to jedynie cennych wartości, bowiem tylko z prawdziwego zdarzenia autorytet w określonej dziedzinie nauki i praktyki niezależnie od tego jak dalece rzetelnie podejście do problemu zawsze będzie czuł niedosyt merytoryczny prezentacji swojej wiedzy i umiejętności. Rekomendowana książka stanowi najobszerniejszą, z dotychczas istniejących, prezentację współczesnych osiągnięć w zakresie kryminalistycznej rekonstrukcji zdarzeń drogowych. Z całą pewnością przyniesie czytelnikowi nie tylko satysfakcję z lektury i pomoc osobom profesjonalnie zajmującym się prawnymi problemami ruchu drogowego – o co słusznie zabiegają jej twórcy – ale również zaspokoi wymagania stosujących najostrejsze kryteria ocenne i powściągliwość w pochwałach cudzych osiągnięć. Dla najbardziej ambitnych Czytelników niewąt-

pliwie cennym walorem opracowania – za co chwala Autorom – jest zamieszczenie w każdym rozdziale właściwej literatury przedmiotu, która otwiera nieograniczony obszar sprzyjający własnym przemyśleniom prowadzącym do wypracowywania w toku analizy porównawczej właściwych rozwiązań konstruktywnie doskonalących proces ujawniania okoliczności zdarzenia oraz wyjaśniania przyczyn ich zaistnienia.

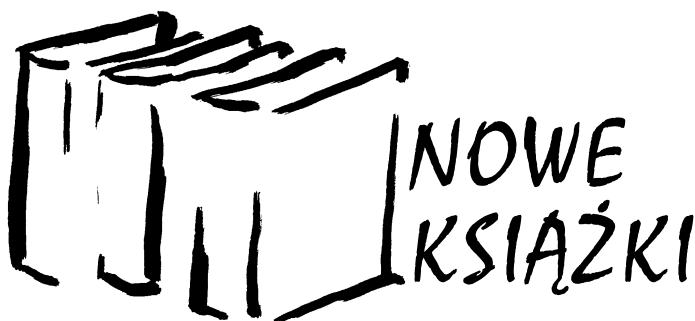
Książka obejmuje 11 rozdziałów i dwa suplementy. Otwierają ją dwa rozdziały poświęcone problematyce prawnej wypadków drogowych. Rozdział I – **Specyfika pracy biegłego** (s. 19–106), autorstwa dr. inż. Jacka Wiercińskiego, wskazuje drogę do poznania roli i znaczenia biegłego w postępowaniu w sprawach wypadków drogowych. Na podkreślenie zasługują obszernie i zarazem precyzyjne wskazówki skierowane zarówno do biegłego, jak i organu zlecającego biegłemu wydanie opinii, w przedmiocie określenia oczekiwań organu procesowego i sposobu ich realizacji przez biegłego. Zawartość rozdziału II – **Problematyka prawna wypadków drogowych** (s. 107–155), pióra dr. hab. Ryszarda A. Stefańskiego, koresponduje z pierwszym, bowiem obejmuje pełny zakres materii *stricte* wiążący się z przestępstwami przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji. Publikację niewątpliwie wzbogaca prezentacja dorobku orzecznictwa i nauki, wypracowanego na gruncie poprzednich ustaw, który nie stracił wartości merytorycznej przydatnej obowiązującemu prawu karnemu. Rozdział III – **Medyczno-sądowe problemy wypadku drogowego** (s. 157–189) w supozycji dr. med. Tomasza Wolnego jest próbą stworzenia wspólnej płaszczyzny porozumienia między medykami sądowymi, a prawnikami na tle problemów *stricte* wiążących się z rekonstrukcją wypadku drogowego. W rozdziale IV – **Podstawowe pojęcia i zasady budowy dróg** (s. 191–225) dr inż. Stanisław Gaca podkreśla – i ma rację – że znajomość podstawowych zasad projektowania i eksploatacji dróg ma istotne znaczenie zarówno w fazie dokumentowania zdarzeń drogowych, jak i dokonywania procesowej oceny ich przebiegu w kontekście ujawnionych warunków drogowych. Obszerny rozdział V – **Pojazdy** (s. 227–344) autorstwa dr. inż. Piotra Świdra, dr. inż. Jana Unarskiego i mgr. inż. Wojciecha Wacha, to wyniki wieloletnich badań specjalistycznych nad mechaniką ruchu pojazdu z uwzględnieniem wszystkich istniejących i zarazem możliwych czynników, zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych związanych z tytułowym zagadnieniem. Rozdział VI – **Podstawy mechaniki zderzeń** (s. 345–368) w zamierzeniu dr. inż. Witolda Jordana ma przybliżyć Czytelnikowi podstawy klasycznej teorii zderzeń ciał materialnych w różnych konfiguracjach i ich bilans energetyczny. W rozdziale VII – **Kryminalistyczne aspekty badania miejsca wypadku** (s. 369–388) dr inż. Jacek Wierciński zwięźle i rzeczowo prezentuje znaczenie miejsca wypadku jako źródła dowodowego, zasady dokumentowania wyników oględzin tego miejsca, wiele uwagi poświęcając konstrukcji szkicu sytuacyjnego oraz dokumentowaniu ujawnionych śladów. Ideą rozdziału VIII – **Powypadkowe badania pojazdów** (s. 389–475) autorstwa dr. hab. inż. Witolda Grzegożka, dr. inż. Aleksandra Kuranowskiego, dr. inż. Jana Unarskiego i dr. hab. inż. Romana Wielgosza jest wskazanie na istotę tych badań. Mają one w szczególności na celu ustalenie, czy uszkodzenie określonego elementu konstrukcji pojazdu nastąpiło w wyniku wypadku, czy też miało miejsce przed wypadkiem, a co za tym idzie miało lub mogło mieć wpływ na jego zaistnienie. W kolejnym rozdziale IX – **Wybrane zagadnienia przydatne w rekonstrukcji wypadku** (s. 477–584) dr inż. Witold Jordan, mgr inż. Adam Reza, dr inż. Jan Unarski i mgr inż. Wojciech Wach koncentrują uwagę na bardzo ważnych z punktu widzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego zagadnieniach, a mianowicie procesie reakcji kierowcy i czasowo-przestrzennej analizie wypadku. Najobszerniejszy rozdział X – **Metody rekonstrukcji typowych rodzajów wypadków** (s. 585–854) jest rezul-

tatem wiedzy doświadczeń dr. inż. Witolda Jordana, mgr. inż. Adama Rezy i dr. inż. Jana Unarskiego. Pełna rekonstrukcja przebiegu zdarzenia drogowego z udziałem pojazdów jest możliwa – na co zresztą Autorzy zwracają szczególną uwagę – pod warunkiem wszakże, iż każda jego faza została dokładnie utrwalona w pozostawionych śladach, które w toku oględzin miejsca wypadku zostały ujawnione i udokumentowane. W ostatnim rozdziale XI – **Komputerowe wspomaganie rekonstrukcji wypadków** (s. 855–891) mgr inż. A. Reza zaprezentował osiągnięcia techniki komputerowej w kontekście usprawnienia efektów rekonstrukcji wypadków drogowych, poświęcając wiele miejsca charakterystyce dostępnych programów komputerowych, metod ich wykorzystania, zwracając równocześnie uwagę na związane z tym zagrożenia.

Książkę zamykają dwa suplementy (A i B). Pierwszy autorstwa dr. inż. Jana Unarskiego, poświęcony jest omówieniu zasad funkcjonowania programów kontrolnych do sporządzania opinii (s. 893–907). Drugi pióra dr. Wojciecha Gubały, dotyczy problematyki oceny stanu trzeźwości uczestników wypadków drogowych (s. 909–939).

Prezentując książkę i gorąco ją polecając, chciałbym równocześnie podkreślić, iż przybliżyła ona Czytelnikom i wyjaśnia im wiele skomplikowanych kwestii, które z natury rzeczy stanowią przedmiot zawodowych zainteresowań prawników. Z całą pewnością publikacja powinna stać się lekturą obowiązkową adwokata, w szczególności zajmującego się szeroko rozumianą problematyką ruchu drogowego, bowiem ugruntowanie i stosowanie wskazówek autorytetów, za jakich uznaję twórców książki, niewątpliwie zaowocuje możliwością zweryfikowania opinii biegłego, a tym samym wzmocni skuteczność obrony.

*Wojciech Kotowski*



## UKAZAŁY SIĘ:

**Praca zbiorowa pod redakcją prof. Wojciecha Muszalskiego**

***Kodeks pracy. Komentarz***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003, wyd. III

Opracowanie przeznaczone jest dla prawników zawodowo zajmujących się prawem pracy, a więc sędziów sądów pracy, radców prawnych przedsiębiorstw, adwokatów i prokuratorów, państwowych inspektorów pracy, a także działaczy związków zawodowych. W komentarzu wykorzystano zarówno najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego, jak i orzecznictwo starsze – z okresu przed wydaniem Kodeksu pracy. Starano się zamieścić pełną informację o publikacji głos, ze względu na ich przydatność praktyczną dla bieżącego i przyszłego stosowania prawa.

**Ewa Skibińska**

***Kodeks spółek handlowych. Edycja 2003***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003

Obowiązująca od 1 stycznia 2001 ustawa Kodeks spółek handlowych reguluje zasady tworzenia, organizacji, funkcjonowania, rozwiązywania, łączenia, podziału i przekształcania spółek handlowych. K.s.h. zawiera kompleksową regulację spółek handlowych, lecz niewyczerpującą. Przepisy k.s.h. zawierają jedynie fragmentaryczne uregulowanie firmy i prokury – w odniesieniu do poszczególnych typów spółek. Do czasu nowelizacji części ogólnej k.c. – gdzie będą uregulowane te instytucje – mają zastosowanie odpowiednie przepisy k.h. (art. 632). Przepisy kodeksu zostały skorelowane z innymi aktami prawnymi współtworzącymi wraz z k.s.h. podstawowy trzon prawa przedsiębiorców, tj. z ustawą – Prawo działalności gospodarczej z 19 listopada 1999 r., ustawą o Krajowym Rejestrze Sądowym i ustawą – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym z 20 sierpnia 1997 r. Edycja 2003 została przygotowana dla potrzeb praktyki obrotu gospodar-

czego i zawiera wybór literatury, orzecznictwo Sądu Najwyższego, odwołania do innych aktów prawnych. Dzięki całościowemu opracowaniu tematyki prawa spółek handlowych, jest użytecznym narzędziem pracy.

**Robert Pabis**

***Spółka z o.o. Komentarz***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003

Komentarz zawiera zwięzłe omówienie obecnie najbardziej popularnej formy prowadzenia działalności gospodarczej – spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uregulowanej w art. 151–300 kodeksu spółek handlowych. Uchwalenie ustawy z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych stanowiło bodziec do napisania niniejszego opracowania, omawiającego przepisy dotyczące spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Układ komentarza odnosi się wprost do przepisów tytułu III działu I, niemniej jednak w uwagach do poszczególnych zapisów poruszone zostały zagadnienia zawarte w Przepisach ogólnych (Tytuł I), a także niektóre przepisy przejściowe. W komentarzu położono przede wszystkim nacisk na praktyczne spojrzenie na nową regulację, nie unikając jednak – w miejscach niezbędnych – założeń teoretyczno-prawnych.

**Robert Pabis**

***Spółka komandytowa i komandytowo-akcyjna***

Tom 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003

Niniejszy, drugi tom publikacji, dotyczy spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej. Obejmuje łącznie 148 wzorów usystematyzowanych wg logiki wynikającej z przepisów kodeksu spółek handlowych, jak i przede wszystkim bytu spółki: poczynwszy od etapu jej tworzenia oraz zarejestrowania, poprzez poszczególne przejawy jej funkcjonowania, aż do zamknięcia działalności. Szereg wzorów zawiera sekwencję wymaganych czynności tj. jeden bądź więcej aktów spółki oraz zgłoszenie tych zdarzeń do rejestru. Każdy ze wzorów opatrzony jest wyczerpującymi objaśnieniami, jak również wykazem literatury i orzecznictwa.

**Ewa Bieńkowska, Anna Walczak-Żochowska**

***Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003

Ustawa z 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, która weszła w życie 12 maja 1983 r., to pierwszy w Polsce odrębny akt prawny regulujący sposoby, zasady i tryb oddziaływania na przejawy antyspołecznych zachowań nieletnich. Komentarz zawiera szczegółowe omówienia ww. ustawy, wraz z jej największą nowelizacją z 2000 r., która nie tylko dostosowała przepisy do obowiązującej od 1 września 1998 r. nowej kodyfikacji karnej oraz wiążących Polskę standardów międzynarodowych, ale również zmodyfikowała cały dotychczasowy model postępowania z nieletnimi.

**Rafał Paprzycki**

***Prawnokarna analiza zjawiska satanizmu w Polsce***

Kantor Wydawniczy Zakamycze

Polskie Wydawnictwa Profesjonalne, Kraków 2002

Publikacja ta stanowi pierwsze w polskiej literaturze prawniczej opracowanie monograficzne, obejmujące zarówno zagadnienia karnomaterialne jak i kryminologiczne nowego zjawiska – satanizmu, które w wyniku zbadania przez autora okazuje się być szczególnego typu zdemoralizowaniem niewielkiej, na szczęście, grupy młodych ludzi, którzy bez znajomości rzeczy, odwołują się do ideologii satanizmu. W kolejnych rozdziałach przedstawione zostały: historyczny wizerunek szatana i satanistów w Biblii i kulturze, filozofia Światowego Kościoła Szatana, analiza przestępstw popełnianych przez osoby identyfikowane bądź identyfikujące się z satanizmem, przegląd spraw sądów polskich uznanych przez opinię społeczną za związane z tą ideologią, problematyka sekt satanistycznych, a także rozważona została kwestia przeciwdziałania tego rodzaju zjawisku, również na gruncie prawa karnego. Uwagi końcowe, to propozycje autora dotyczące niezbędnej reakcji społecznej na satanizm, a w zasadzie pseudosatanizm. Obszerna bibliografia pozwoli zainteresować się głębiej tą doniosłą społecznie problematyką.

## **POLECAMY:**

**Barbara Namysłowska-Gabrysiak**

***Odpowiedzialność karna osób prawnych***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003

W monografii omówiono problematykę odpowiedzialności karnej osób prawnych w świetle prawa europejskiego, ale również pod kątem funkcjonowania rozwiązań przyjętych w wielu państwach europejskich, podejmując przy tym próbę stworzenia modelu odpowiedzialności karnej osób prawnych w prawie polskim, z uwzględnieniem ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, która wchodzi w życie w 2003 roku. Zagadnienie odpowiedzialności karnej osób prawnych stało się aktualne w końcu XIX wieku, wraz z postępującą industrializacją i wzrostem przestępczości gospodarczej. Budziło jednak liczne zastrzeżenia i kontrowersje. Autorka przeprowadza analizę: co należy rozumieć pod pojęciem osoby prawnej? Czy jest to samoistny podmiot prawa, odrębny od członków, którzy go tworzą? Czy osobę prawną należy traktować jako rzeczywistość czy fikcję? Jaki charakter ma mieć odpowiedzialność prawna podmiotów zbiorowych w prawie polskim: administracyjny czy też karny? Jak odnieść się do standardów międzynarodowych w tym względzie?

**Agnieszka Pyrzyńska**

***Rozwiązanie umowy przez strony***

Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003, wyd. II

Jednym z podstawowych zdarzeń tworzących stosunek zobowiązaniowy jest umowa. Częstość później, w ramach tego samego stosunku zobowiązaniowego, zawierane są również dalsze umowy, modyfikujące treść umowy pierwotnej. Pojawia się pytanie, czy obejmują one również rozwiązanie umowy pierwotnej w drodze zgodnych oświadczeń woli stron. W literaturze został wyrażony pogląd, zgodnie z którym w każdej umowie tkwi potencjalna możliwość jej rozwiązania. Z reguły niebrana pod uwagę przez strony przy zawieraniu umowy. Niniejsza praca poświęcona jest instytucji prawa cywilnego, nieomawianej dotychczas szerzej w polskiej literaturze. Jej celem jest wykazanie, że umowa rozwiązująca umowę pierwotną (początkową) stanowi ogólny typ umowy, który w zasadzie może być stosowany w przypadku każdej umowy regulowanej przez prawo zobowiązań. Drugie wydanie książki poszerzono i zaktualizowano o najnowszy dorobek judykatury i orzecznictwa.

Opracowała: *Agnieszka Metelska*



# PYTANIA I ODPOWIEDZI PRAWNE

Andrzej Marcinkowski

## **Czy roszczenie z tytułu podziału majątku wspólnego byłych małżonków może być dochodzone tylko w postępowaniu nieprocesowym?**

Pytanie wyżej sformułowane powstało w sytuacji, gdy była małżonka sprzedała nieruchomość miejską, stanowiącą jej majątek odrębny wraz z nakładami w postaci wybudowanego domu jednorodzinnego, pochodzącymi bezspornie z dorobku małżonków.

Wydaje się, że treść art. 566, a zwłaszcza art. 567 k.p.c., nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że sprawa o zwrot nakładów stanowiących dorobek, poczynionych przez małżonków na majątku odrębnym jednego z nich, powinna być rozstrzygana w postępowaniu nieprocesowym.

W tym duchu wypowiadają się następujący autorzy:

1) Józef Stanisław Piątoski – *System prawa rodzinnego i opiekuńczego* – Ossolineum 1985, s. 434 i 501 i n.,

2) Janusz Gajda – *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, 2 wydanie, Wyd. Beck. W-wa 2000, s. 193,

3) Magdalena Lech-Chelmińska i Violetta Przybyła – *Kodeks rodzinny i opiekuńczy – praktyczny komentarz*, Wyd. ZPP Warszawa 1996, s. 107,

4) Andrzej Zieliński – *Postępowanie o podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej małżeńskiej*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1992, s. 91 i n.,

5) Stanisław Madałaj – *Postępowanie nieprocesowe w sprawach małżeńskich*, Wyd. Prawnicze 1978, s. 14, s. 105 i n.,

6) Jacek Gudowski – *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego* – część pierwsza – postępowanie rozpoznawcze – wydanie trzecie – Wyd. Prawnicze 2001, tom 2, s. 134 punkt h.

Wymienieni wyżej autorzy są również zgodni w poglądzie, że rozmyślne zbycie rzeczy ze szkodą dla drugiego małżonka stanowi czyn niedozwolony w rozumieniu art. 415 k.c. i podlega rozliczeniu w postępowaniu o podział majątku wspólnego.

W konkluzji stwierdzić trzeba, że wyłącznie w postępowaniu nieprocesowym powinno być dochodzone roszczenie odszkodowawcze byłego małżonka, który poniósł szkodę wskutek sprzedaży swojej nieruchomości przez współmałżonka, z nakładami stanowiącymi ich dorobek.

Z punktu widzenia klienta adwokata istotne jest również to, że w myśl § 23 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 17 grudnia 1996 r. w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 154 poz. 753 ze zmianami) opłata sądowa od wniosku wyniesie jedynie piątą część wpisu stosunkowego, a nie cały wpis, jak w postępowaniu procesowym.

*Zbigniew Strus*

## Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Cywilna

### **I. Prawo cywilne materialne**

1. Wątpliwość sądu odwoławczego rozstrzygana przez Sąd Najwyższy w uchwale z 16 kwietnia 2003 r., III CZP 22/03, dotyczyła roszczenia odszkodowawczego przysługującego, w stosunku do gminy, osobie uprawnionej do dysponowania lokalem mieszkalnym. Zwracam uwagę na konwencjonalne określenie jej jako „właściciela”, w mającym zastosowanie przepisie art. 18 ustawy o ochronie praw lokatorów (pełna nazwa niżej). Ustawodawca nie pozostawia wątpliwości (art. 2 ust. 1 pkt 2), że pod tym pojęciem kryje się wynajmujący lub inna osoba, z którą wiąże lokatora stosunek prawny uprawniający do używania lokalu. Dla ułatwienia odbioru trzeba też wspomnieć o zřębach rozwiązania przyjętego w art. 18, mającego godzić wartości podstawowe: zapobieganie bezdomności – art. 75 ust. 1 oraz ochronę interesów majątkowych jednostek – art. 64 ust. 2 konstytucji. Osoby zajmujące lokal bez tytułu prawnego są obowiązane zatem, co miesiąc płacić odszkodowanie w wysokości czynszu, jaki właściciel mógłby otrzymać z tytułu najmu. Natomiast eksmitowani – z prawem do lokalu zamiennego lub socjalnego mają przywilej płacenia odszkodowania równego takiemu czynszowi, jaki obowiązywałby, gdyby stosunek najmu nie wygał. Przywilej ten z reguły powoduje pomniejszenie przychodu właściciela, gdyż czynsze wolne są wyższe od czynszów regulowanych. Dlatego w art. 18 ust. 4 obciążono gminy, które nie dostarczyły eksmitowanemu lokalu socjalnego (a ten nadal zamieszkuje!) obowiązkiem wypłacania właścicielowi lokalu, różnicy między kwotą, którą mógłby otrzymać z tytułu najmu a kwotą płaconą przez byłego lokatora. Trudność ustalenia wysokości roszczenia wobec gminy powstaje wówczas, gdy był lokator nie płaci w ogóle albo płaci mniej niż wynosiłby czynsz regulowany. Gdyby przyjąć językową wykładnię art. 18 ust. 4 doszłoby się do wniosku, że gminę obciąża nie tylko różnica między czynszem wolnym a regulowanym, ale i zaległości powstające wskutek niepłacenia przez b. lokatora czynszu regulowanego.

Wykładni takiej nie zaakceptował Sąd Najwyższy, wyjaśniając we wskazanej wyżej uchwa-

le, że „**wysokość roszczenia odszkodowawczego przysługującego właścicielowi lokalu od gminy [art. 18 ust. 4 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 71, poz. 733 ze zm.)] stanowi różnica między odszkodowaniem jakie mógłby on otrzymać na podstawie art. 18 ust. 2 tej ustawy, a należnym od byłego lokatora uprawnionego do lokalu socjalnego**”.

Długi narastające po uprawomocnieniu się wyroku nakazującego opróżnienie lokalu z tytułu niepłacenia przez b. lokatora nawet odszkodowania uprzywilejowanego nie przechodzą zatem na gminę.

2. Odszkodowania od władzy publicznej dotyczy również uchwała z 21 marca 2003 r. sygn. II CZP 6/03. Wyjaśnia pojęcie szkody rzeczywistej, do której ogranicza się odszkodowanie dochodzone na podstawie art. 160 § 1 k.p.a. Pytanie sądu odwoławczego zmierzało do wyjaśnienia, czy szkoda rzeczywista w rozumieniu tegoż przepisu może polegać na nieuzyskaniu własności czasowej gruntu objętego działaniem dekretu z 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy, inaczej – na nieuzyskaniu aktywów, wskutek wydania z naruszeniem prawa decyzji administracyjnej odmawiającej przyznania tego prawa. Sąd pytał także o istnienie związku przyczynowego (art. 361 § 1 k.c.) między szkodą opisaną wyżej a wydaniem decyzji odmawiającej przyznania własności czasowej i stwierdzającej przejście na Skarb Państwa budynków.

Uchwała odpowiada pozytywnie na pierwsze pytanie i – słusznie – unika odpowiedzi na drugie, choć nie czyni tego wprost:

**„Uszczerbek majątkowy wynikły z niezaspokojenia uprawnienia do przyznania prawa wieczystej dzierżawy lub prawa zabudowy (własności czasowej, użytkowania wieczystego) gruntu objętego działaniem dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m. st. Warszawy (Dz.U. Nr 50, poz. 279), na skutek rażąco naruszającej prawo odmowy uwzględnienia wniosku złożonego na podstawie art. 7 tego dekretu, stanowi stratę w rozumieniu art. 361 § 2 k.c. i zarazem szkodę rzeczywistą w znaczeniu art. 160 § 1 k.p.a. O tym, w jakim zakresie szkoda jest normalnym następstwem niezaspokojenia wspomnianego uprawnienia, rozstrzyga ocena całokształtu okoliczności sprawy, mających znaczenie w świetle uregulowania zawartego w art. 361 § 1 k.c.”.**

3. Trudności z wykładnią przepisów o hipotece łącznej są znane; nie bez powodu rezygnowano z niej przy układaniu ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Jednakże żywotność hipoteki, jako sposobu zabezpieczenia, powoduje, że praktyka od przypadku do przypadku próbuje rozwikłać tę niełatwą konstrukcję prawną.

Przyczyną uchwały z 20 marca 2003 r. było zagadnienie, czy w świetle art. 76 ust. 1 ustawy o ks. wiecz. i hipotece dopuszczalne jest obciążenie hipoteką łączną wszystkich nieruchomości powstałych w wyniku zniesienia współwłasności nieruchomości przez jej podział w naturze, także wówczas, gdy przed podziałem hipoteka obciążała tylko część ułamkową nieruchomości stanowiącą udział współwłaściciela? Poza tym sąd odwoławczy pytał (niejednoznacznie) o dopuszczalność obciążenia hipoteką łączną, która przecież powstaje jako ustawowy skutek podziału nieruchomości obciążonej.

Uchwała nie rozstrzyga o rodzaju hipoteki powstałej w wyniku zniesienia współwłasności, poza tym ogranicza się do umowy jako podstawy podziału – dlatego niezbędne jest jej analizowanie razem z uzasadnieniem, aby zorientować się w jakim zakresie Sąd Najwyższy był skrupowany stanem faktycznym sprawy oraz jakie zagadnienie zostało rozstrzygnięte: o zakresie obciążenia, czy o rodzaju hipoteki, a może obydwa. Sentencja jest następująca:

**„Po zniesieniu współwłasności nieruchomości przez umowny podział fizyczny hipoteka na udziale współwłaściciela obciąża nowo powstałe nieruchomości w części odpowiadającej pierwotnie obciążonemu udziałowi”.**

4. W wyroku z 10 października 2002 r. sygn. V CKN 1253/00 dotyczącym wykluczenia ze spółdzielni mieszkaniowej członka nieplacącego należnych świadczeń znajdujemy następującą tezę: **„Nie stanowi naruszenia obowiązków statutowych, uzasadniającego wykluczenie członka ze spółdzielni mieszkaniowej, niesplacanie kredytu mieszkaniowego według zasad i w wysokości ustalonych przez spółdzielnię, jeżeli są one sporne. Na spółdzielni spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ustalenia żądanej od członka należności”.** Drugie zdanie ze względu na ogólny charakter w pewnych sytuacjach może być zbyt kategoryczne. Ciężar dowodu ma charakter dynamiczny i przechodzi w toku procesu, z jednej na drugą stronę. Treść zarzutów spółdzielcy odmawiającego płacenia, w oczywisty sposób rzutuje na zakres ciężaru dowodowego drugiej strony. Nie leżała zapewne w intencji składu orzekającego generalna aprobata dla postępowania członka, który np. odmawia zapoznania się z rozliczeniem kosztów działalności spółdzielni i zaprzecza wszelkim faktom bez wskazania dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Przełamanie „czystej negacji” przez spółdzielnię, pociągałoby za sobą w takim wypadku ogromne koszty analiz finansowych obciążające pozostałych członków.

5. W uzasadnieniu wyroku z 12 grudnia 2002 r. V CKN 1581/00 zawarto następujący pogląd: **„Przesłanką odpowiedzialności z art. 448 k.c. jest nie tylko bezprawne, ale i zwinione działanie sprawcy naruszenia dobra osobistego”.** Za tym lakonicznym zdaniem kryje się bogata treść. Przepis art. 448 k.c. budzi bowiem wątpliwości wielokierunkowe. Można mieć zasadnicze wątpliwości, czy jego zmiana w nowelizacji z 1996 r. niczego nie zmieniła poza podmiotem uprawnionym, jak utrzymują niektórzy. Wiadomo, że przepisy po uchwaleniu i promulgacji zaczynają „żyć własnym życiem” niezależnie od intencji autorów projektu. Wyciąganie wniosków z umiejscowienia art. 448 k.c. w tytule VI i traktowanie go jako jednego z przepisów regulujących odpowiedzialność w ramach czynów niedozwolonych jest m.zd. oparte na słabych podstawach. Gdyby pozostawić tę argumentację na uboczu, można dojść do wniosku, że art. 445 i 448 k.c. zawierają krzyżujące się normy o różnym zakresie, przy czym ostatni z wymienionych pozwala objąć również odpowiedzialność kontraktową ze względu na bezprawność naruszającego. Z pojęcia bezprawności nie można wyłączyć postępowania sprzecznego z zobowiązaniem, jeśli sprawcy można przypisać odpowiedzialność. W takim wypadku bezprawność działania usprawiedliwia postawienie zarzutu sprawcy naruszenia dóbr osobistych innej osoby, bez potrzeby wikłania się w ustalenie winy w jej aspekcie subiektywnym jako nastawienia psychicznego.

## II. Prawo cywilne procesowe

1. Na pierwszym miejscu musi znaleźć się uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego Izby Cywilnej oraz Izby Pracy, Ubezpieczeń i Spraw Publicznych z 25 kwietnia 2003 r. sygn. III CZP 8/03, której nadano moc zasady prawnej: **„Sobota nie jest dniem uznanym ustawowo za wolny od pracy w rozumieniu art. 115 k.c. w związku z art. 165 § 1 k.c.”.** Prawnikom nie trzeba tłumaczyć treści ani znaczenia uchwały oraz jej skutków jako zasady prawnej. Co do rozstrzygnięcia w zakresie wykładni: *Roma locuta, causa finita*. Należy jednak podnosić wątpliwości co do jakości i dopuszczalności takiego unormowania

w państwie prawa i domagać się jego zmian. Trudno bowiem uznać za prawidłowy stan, w którym terminy siedmiu dni zastrzeżone są dla wielu doniosłych czynności procesowych, lecz czas pracy instytucji wymiaru sprawiedliwości i służb publicznych (urzędów pocztowych) skracają je o jeden dzień.

2. Dopuszczalność drogi sądowej na styku prawa publicznego i prywatnego zawsze wywoływała wątpliwości. Wzmogły się one pod rządami art. 45 konstytucji stanowiącego w ust. 1, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. W poprzednim przeglądzie („Palestra” nr 3–4) przytoczono uchwałę składu siedmiu sędziów z 12 marca 2003 r. sygn. III CZP 57/02 dopuszczającą ochronę wierzytelności ZUS z tytułu nieuiszczonych składek wierzytelności w drodze powództwa opartego na przepisie art. 527 § 1 k.c.

Należy dodać, że postanowienie z 24 czerwca 1999 r., sygn. II CKN 298/99, publ. OSNC 2000, z. 1, poz. 15, gl. aprob. Z. Kwaśniewskiego – Pr. Bankowe 2000 nr 4 zawiera tezę, iż nie jest dopuszczalna ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika (art. 527 k.c.), jeżeli wierzytelność Skarbu Państwa wynika z wydanej decyzji organu podatkowego ustalającej zobowiązanie podatkowe dłużnika. Skład orzekający przypisał w tym orzeczeniu istotne znaczenie publicznoprawnemu źródłu wierzytelności. Uchwała składu siedmiu sędziów z 12 marca 2003 oznacza więc zmianę kierunku orzecznictwa.

W dniu 11 kwietnia br. podjęta została kolejna uchwała składu zwykłego, dotycząca należności z tytułu długu celnego. Sąd Okręgowy przedstawiając zagadnienie prawne zwrócił uwagę na to, że poza przepisem art. 527 § 1 k.c. nie ma innych unormowań zapewniających Skarbowi Państwa, jako wierzycielowi z tytułu należności celnych, ochrony przed czynnościami dłużnika działanymi z pokrzywdzeniem wierzyciela, gdyż należności celne nie mieszczą się w katalogu niepodatkowych należności budżetu państwa objętych przepisami Ordynacji podatkowej. Rozstrzygając to zagadnienie prawne Sąd Najwyższy w uchwale z 11 kwietnia 2003 r. orzekł, że **„droga sądowa w sprawie, w której Skarb Państwa – urząd celny domaga się na podstawie art. 527 k.c. ochrony należności z tytułu długu celnego, jest dopuszczalna”**.

3. W części dotyczącej zagadnień procesowych przytoczmy również uchwałę z 11 kwietnia 2003 r. sygn. III CZP 3/03, o następującej treści: **„W razie oddania protestu w polskim urzędzie pocztowym, termin przewidziany w art. 82 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.) jest zachowany tylko wtedy, gdy zamawiający mógł przed jego upływem zapoznać się z treścią protestu”**.

Czytelnikowi należy się wyjaśnienie, dlaczego wśród „zagadnień procesowych”. Otóż okoliczności faktyczne sprawy i zwrot „w polskim urzędzie pocztowym” kierują ku przepisowi art. 165 § 2 k.p.c., według którego oddanie pisma procesowego w wymienionym urzędzie jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu. Rozwiązanie analogiczne jest stosowane w innych postępowaniach (np. administracyjnym, wyborczym, przed organami samorządów, dyscyplinarnym itd.). Nieusprawiedliwione jest wszakże zapatrywanie, że istnieje ogólna zasada odnosząca się do wszelkich terminów (postępowania i prawa materialnego), według której złożenie pisma w urzędzie pocztowym oznacza ich zachowanie. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istnieją dwa etapy kontroli przestrzegania reguł wyboru kontrahenta: a) między stronami i b) przed organem zewnętrznym. W tym drugim, reguła znana z art. 165 § 2 k.p.c. jest stosowana na podstawie art. 86 i 92c; w pierwszym – brak podstaw do jej stosowania. Sąd Najwyższy podjął uchwałę o następującym

brzmieniu: „**W razie oddania protestu w polskim urzędzie pocztowym, termin przewidziany w art. 82 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.) jest zachowany tylko wtedy, gdy zamawiający mógł przed jego upływem zapoznać się z treścią protestu**”.

4. Kosztów sądowych (wpisu) dotyczą dwa orzeczenia

W uchwale z 27 marca 2003 r. III CZP 100/02 rozstrzygnięto pytanie o podstawę prawną określania wpisu apelacji wspólnoty mieszkaniowej w sprawie o uchylenie jej uchwały. Wątpliwości były uzasadnione, skoro w przepisie § 12 ust. 1 pkt 5 przewidziano wpis stały od pozwu w sprawie o uchylenie uchwały wspólnoty mieszkaniowej i nie ma innego przepisu regulującego w takich sprawach wpis od apelacji.

Sąd Najwyższy wyjaśnił, że „**Apelacja wspólnoty mieszkaniowej, którą tworzą właściciele lokali użytkowych, w sprawie o uchylenie uchwały tej wspólnoty podlega wpisowi stałemu określönemu w § 12 ust. 1 pkt 5 w związku z § 7 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 154, poz. 753 ze zm.)**”.

Druga z przedstawianych uchwał z 10 kwietnia 2003 r. sygn. III CZP 20/03 podjęta została w sprawie z powództwa Skarbu Państwa przeciw osobom fizycznym o uzgodnienie stanu prawnego wynikającego z treści księgi wieczystej ze stanem rzeczywistym. Liczna grupa osób zgłosiła w jednym piśmie interwencje uboczne po stronie powoda. Wówczas wyłoniło się zagadnienie opłat: jednego wpisu (od pisma) czy wielu wpisów (od osób). Rozstrzygając tę wątpliwość na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd Najwyższy podjął następującą uchwałę: „**Jeżeli kilka osób zgłasza interwencje uboczne w jednym piśmie procesowym, każda z nich uiszcza wpis od swojej interwencji**”.

5. Postępowania o wyjawienie majątku na wniosek wierzyciela należności publicznej dotyczyła uchwała Sądu Najwyższego z 20 lipca 1995 r. III CZP 90/95, (OSNC 1995, z. 12, poz. 171), wyjaśniająca, że do wniosku urzędu skarbowego, działającego na podstawie art. 71 § 1 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (jedn. tekst: Dz.U. z 1991 r. Nr 36, poz. 161 ze zm.), o nakazanie dłużnikowi wyjawienia majątku należy dołączyć administracyjny tytuł wykonawczy opatrzony sądową klauzulą wykonalności (art. 914 § 2 k.p.c.).

Stan prawny w zakresie egzekucji administracyjnej uległ poważnym zmianom, zwłaszcza po nowelizacji dokonanej w ustawie z dnia 6 września 2001 r. (Dz.U. Nr 125, poz. 1368). Obecne brzmienie przepisów art. 27 i art. 71 ust. 3 ustawy z 17 czerwca 1966 r. rodzi już wątpliwości, czy wymaganie dołączenia tytułu wykonawczego zaopatrzonego w sądową klauzulę wykonalności jest aktualne.

Udzielając odpowiedzi na przedstawione zagadnienie prawne SN w uchwale z 5 marca 2003 r. sygn. III CZP 98/02 stwierdził, że „**Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 1995 r. III CZP 90/95 (...) zachowała aktualność pod rządem art. 71 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (jedn. tekst Dz.U. z 2002 r. Nr 110, poz. 968) w brzmieniu tego przepisu ustalonym w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 125, poz. 1368)**”.

Zbigniew Szonert

## Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego  
z 20 listopada 2002 r., sygn. akt III SA 810/01

Zagadnienie prawne:

**Brak legalnej definicji potrzeb związanych z reprezentacją i reklamą na gruncie prawa podatkowego art. 2 ust. 3 pkt 1 ustawy z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50 ze zm.) daje organowi podatkowemu możliwość swobodnej oceny dowodów w tym zakresie, w granicach sensu użytych słów i w znaczeniu jakie nadaje im język potoczny.**

Z uzasadnienia wyroku: Zaskarżoną decyzją z 19 lutego 2001 r. (...), po rozpatrzeniu odwołania „I.” Spółka z o.o., od decyzji Inspektora Kontroli Skarbowej w O. z 27 listopada 2000 r. (...) utrzymano w mocy tę decyzję w części dotyczącej określenia kwoty zwrotu różnicy podatku, kwoty zawyżonego zwrotu oraz ustalenia dodatkowego zobowiązania podatkowego za miesiące lipiec i grudzień 1999 r. Natomiast uchylono ją w części dotyczącej określenia kwoty zwrotu różnicy podatku, kwoty zawyżonego zwrotu za styczeń 1999 r., określenia kwoty zobowiązania podatkowego w podatku od towarów i usług, zaległości podatkowej, określenia odsetek za zwłokę od zaległości podatkowych i ustalenia dodatkowego zobowiązania podatkowego.

Jak wynika z uzasadnienia powyższej decyzji, w toku przeprowadzonego postępowania podatkowego zaskarżoną decyzję Inspektor Kontroli Skarbowej wydał w oparciu o ustalenia kontroli źródłowej przeprowadzonej między innymi, w zakresie rozliczenia podatku od towarów i usług za poszczególne miesiące 1999 r. Powyższą decyzją stwierdzono, że Spółka w grudniu 1999 r. nie zadeklarowała należnego podatku od towarów i usług od przekazanych na cele reklamowe kalendarzy i bibularzy, czym naruszyła postanowienia art. 2 ust. 3 pkt 1 ustawy z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11 poz. 50 ze zm.).

W odwołaniu Spółka wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji. W uzasadnieniu odwołania zakwestionowała zasadność opodatkowania podatkiem należnym przekazania kalen-

darzy i bibularzy z logo firmy, rozprowadzonych wśród klientów twierdząc, iż taka forma promocji własnej działalności jest jedynie informacją handlową.

Izba Skarbowa w O. rozpatrując odwołanie uznała, iż stanowisko organu kontroli w przedmiocie wydatków związanych z zakupem bibularzy i kalendarzy jest słuszne, a zarzut podniesiony w tej kwestii chybiony.

Na powyższą decyzję „I.” Sp. z o.o., wniosła skargę do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Wnosząc w niej o uchylenie decyzji Izby Skarbowej w O. w całości, zarzuciła jej naruszenie prawa materialnego określonego treścią art. 2 ust. 3 pkt 1 i art. 19 ust. 1 i 3 ustawy z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11 poz. 50 ze zm.). W uzasadnieniu skargi pełnomocnik podważa między innymi zasadność opodatkowania podatkiem należnym czynności przekazania na potrzeby reprezentacji i reklamy materiałów biurowych (kalendarzy, bibularzy) opatrzonych logo firmy, jego klientom. Uważa, iż decyzja organów podatkowych w tym zakresie jest błędna i nie uwzględnia orzecznictwa i poglądów nauki prawa. Na potwierdzenie powyższego przytacza wyroki NSA oraz publikacje „Monitorze Podatkowym” z 1999, nr 3, s. 29.

Podnosi ona także, iż zakwestionowane przez Inspektora materiały biurowe nie zachęcały kontrahentów do nabywania towarów, oferowanych przez podatnika, zawierały bowiem jedynie informację teled adresową bez żadnych innych informacji handlowych.

W odpowiedzi na skargę Izba Skarbowa w O. wniosła o jej oddalenie, a zarzuty w niej zawarte uznała za bezzasadne i podtrzymała stanowisko zawarte w zaskarżonej decyzji wraz z przytoczoną tam argumentacją.

Rozpoznając niniejszą sprawę Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje.

Dokonując kontroli w zakresie legalności wydanej decyzji, a więc pod względem jej zgodności z prawem w myśl art. 21 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74 poz. 368 ze zm.), stwierdzić należy, iż wbrew zarzutom skargi decyzja ta nie narusza przepisów prawa materialnego ani przepisów prawa procesowego w stopniu uzasadniającym jej uchylenie. Skarga nie zasługuje zatem na uwzględnienie.

W toku przeprowadzonego w badanej sprawie postępowania podatkowego poza sporem pozostawał fakt, iż strona skarżąca przekazywała na rzecz swoich klientów materiały biurowe takie, jak kalendarze, długopisy, bibularze opatrzone logo podatnika, od których to towarów nie zadeklarowała należnego podatku od towarów i usług. Spór jaki w tym zakresie wynikł na tle decyzji Izby Skarbowej w O. dotyczy kwalifikacji owych towarów w świetle przepisów art. 2 ust. 3 pkt 1 powołanej ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym. Przepisy te bowiem każą uznawać przekazanie towarów na potrzeby reprezentacji i reklamy zakresem przedmiotowym podatku od towarów i usług na równi ze sprzedażą towarów, o której mowa w art. 2 ust. 1. W świetle zgromadzonego w sprawie materiału towary te zakwalifikowano jako mające charakter reklamowy. Zajmując takie stanowisko Izba Skarbowa szczegółowo je uargumentowała. Argumentacja ta nie jest pozbawiona logiki i nie abstrahuje od doświadczeń związanych z praktyką życia gospodarczego.

Mimo więc zarzutów zawartych w skardze trudno wskazać na dowolność ustaleń organu podatkowego w tym zakresie. Brak legalnej definicji potrzeb związanych z reprezentacją i reklamą na gruncie prawa podatkowego daje organowi podatkowemu możliwość swobodnej oceny dowodów w tym zakresie, oczywiście w granicach sensu użytych tu słów a więc w znaczeniu jakie nadaje im język potoczny. Nie bez znaczenia dla prawnopodatkowej kwalifikacji przekazywania przedmiotów opatrzonych logo podatnika swoim klientom jest też cel takiego działania w świetle reguł gospodarki rynkowej.

Mając na uwadze powyższe ustalenia sąd stwierdził, iż brak jest ustawowych podstaw do uwzględnienia skargi, w związku z czym należało ją oddalić na podstawie art. 27 ust. 1 powołanej wyżej ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego  
z 24 października 2002 r., sygn. akt III SA 1338/01

Zagadnienie prawne:

**Przepis § 1 pkt 12 rozporządzenia Ministra Finansów z 22 grudnia 1999 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 109, poz. 1245 ze zm.) nie może stanowić podstawy prawnej do rozszerzenia ustawowej definicji towaru (lokalu mieszkalnego).**

Z uzasadnienia wyroku: Zaskarżoną decyzją Izba Skarbowa w W. utrzymała w mocy decyzję Urzędu Skarbowego w G. z 29 grudnia 2000 r. (...) określającą Spółce „B.” S.A. nadwyżkę podatku naliczonego nad należnym oraz ustaliła dodatkowe zobowiązanie podatkowe w trybie art. 27 ust. 6 ustawy o VAT. Jako podstawę prawną wydania decyzji Urząd Skarbowy powołał art. 21 § 3 ustawy Ordynacja podatkowa, art. 10 ust. 2, art. 19 ust. 3, art. 25 ust. 1 pkt 3b i art. 27 ust. 6 ustawy z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11 poz. 50 ze zm.) oraz § 1 pkt 12 i § 42 ust. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Finansów z 22 grudnia 1999 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 109 poz. 1245). Podstawę faktyczną stanowiły ustalenia z kontroli podatkowej przeprowadzonej przez Urząd Skarbowy w G. w dniach 16, 17, 18, 21 i 22 sierpnia 2000 r.

Z uzasadnienia decyzji Urzędu Skarbowego wynika, że przedmiotem działalności Spółki jest budowa domów mieszkalnych na własnych gruntach i ich odsprzedaż oraz świadczenie usług budowlanych. Rozliczając zobowiązanie podatkowe z tytułu podatku od towarów i usług za miesiące marzec, kwiecień, maj i czerwiec 2000 r. Spółka wykazała sprzedaż opodatkowaną według stawki VAT „0” procent, którą stanowiły zaliczki wpłacone z tytułu sprzedaży mieszkań zlokalizowanych w zespole budynków wielorodzinnych. Na sprzedaż mieszkań zawarła z nabywcami umowy, określając w ich treści całkowitą cenę sprzedawanego mieszkania z wyszczególnieniem, że na cenę tę składa się: cena nabycia ułamkowej części działki, cena powierzchni mieszkalnej, cena balkonu, cena tarasu oraz cena miejsca postojowego w garażu podziemnym usytuowanym w ramach wznoszonego budynku mieszkalnego. Zdaniem Urzędu Skarbowego Spółka powinna zastosować zróżnicowaną stawkę VAT; przy sprzedaży garaży 22 procent, a przy sprzedaży lokali „0” procent. Swoje stanowisko urząd oparł na definicji lokalu mieszkalnego wynikającej z § 1 pkt 12 rozporządzenia Ministra Finansów z 22 grudnia 1999 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym wskazując, że prawo do zastosowania stawki VAT „0” procent przysługuje wyłącznie do sprzedaży lokali mieszkalnych. Za niezgodne z przepisami prawa materialnego uznał stosowanie stawki VAT „0” procent do sprzedaży miejsc postojowych w garażu znajdującym się w kondygnacji podziemnej budynku mieszkalnego. Według urzędu garaże znajdujące się w obiekcie budownictwa mieszkaniowego są lokalami użytkowymi, które nie służą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych i nie są przeznaczone na stały pobyt ludzi. Przy ustalaniu wartości miejsc garażowych przyjęto procentowy udział kosztów poszczególnych miejsc w całkowitej cenie poszczególnych mieszkań uznając, że wyszczególnienie w rachunkach uproszczonych, wystawionych nabywcom mieszkań, od-

rębnej pozycji „grunt” jest błędne, bowiem przedmiotem nabycia nie była część działki, lecz udział we współwłasności nieruchomości.

W odwołaniu od tej decyzji Spółka zarzuciła błędne ustalenie stanu faktycznego oraz naruszenie art. 4 i art. 6 ustawy z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym i § 63 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Finansów z 22 grudnia 1999 r. Odnosząc się do ustalonego przez Urząd Skarbowy stanu faktycznego podniosła, iż w sierpniu 2000 r. zawierała już umowy o ustanowienie odrębnej własności lokalu i jego sprzedaży, a zatem istniała możliwość ustalenia faktycznej treści stosunku prawnego będącego przedmiotem opodatkowania tj. umowy sprzedaży lokalu mieszkalnego w świetle art. 2 i art. 4 ustawy o VAT. Urząd Skarbowy badał treść stosunku prawnego w oparciu o umowę przedwstępną, zaś przedmiotem opodatkowania jest czynność określona w art. 2 jako sprzedaż. Określając zobowiązanie podatkowe wyłącznie na podstawie umowy przedwstępnej Urząd Skarbowy nie dokonał żadnych ustaleń w świetle art. 6 ust. 8 ustawy o VAT, który to przepis rodzi obowiązek podatkowy przed wydaniem towaru. Ponieważ w momencie będącym przedmiotem badania Strona nie przeniosła własności do lokali mieszkalnych na kupujących, a zatem organ podatkowy powinien dokonać ustaleń czy nastąpiło uiszczenie połowy ceny za przedmiot sprzedaży skutkujący powstaniem obowiązku podatkowego. Nie wiadomo o jakie kryteria ustalona została wielkość zawartej w cenie lokalu mieszkalnym wartość miejsca postojowego w garażu podziemnym. Organ podatkowy twierdząc, iż w ramach takiej umowy następuje sprzedaż towaru podlegająca obowiązkowi podatkowemu VAT powinien wskazać w zaskarżonej decyzji, iż w świetle art. 4 ustawy i przepisów o statystyce państwowej „miejsce postojowe w garażu podziemnym” jest towarem. Nie dopełniając powyższego Urząd Skarbowy nie wskazał podstawy prawnej rozstrzygnięcia zawartego w decyzji. Skarżąca podniosła, iż prowadzi działalność w zakresie robót budowlanych na własnych nieruchomościach i realizuje obiekty określone w PKOB w dziale 11, klasie 1122 i żaden z obiektów wykonanych przez Stronę nie mieści się w klasyfikacji obejmującej budynki garaży. Obowiązkiem Urzędu Skarbowego było ocenienie umowy pod kątem przepisów podatkowych i wykazanie, że zgodnie z treścią tych przepisów czynność prawna podlegała takim, a nie innym przepisom podatkowym.

Zdaniem Spółki z treści zawieranych umów wynika, iż Spółka sprzedaje wyodrębniony zgodnie z ustawą z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, samodzielny lokal mieszkalny oznaczony numerem o określonej powierzchni, położony na nieruchomości na Al. W. wraz ze związanymi z tym lokalem mieszkalnym prawami majątkowymi do: ułamkowej części nieruchomości i części wspólnych budynku.

Garaż jest częścią składową mieszkania, o czym świadczy fakt, że w umowie zagwarantowano, iż nie może być w przyszłości przedmiotem odrębnej sprzedaży. W odwołaniu podniesiono także zarzut wydania decyzji na podstawie powołanego rozporządzenia Ministra Finansów z 22 grudnia 1999 r. wydanego z przekroczeniem upoważnienia zawartego w art. 50 ustawy z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług, który nie stanowił upoważnienia do zdefiniowania pojęcia „lokal mieszkalny”. Według odwołującej się Spółki, przy definiowaniu tego pojęcia należy opierać się na określeniach zawartych w przepisach ustawy z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U. Nr 85 poz. 388), które jednoznacznie wskazują na możliwość uznania pomieszczeń garażowych za część lokalu mieszkalnego.

Izba Skarbowa w W. utrzymała w mocy decyzję organu podatkowego I instancji.

W uzasadnieniu decyzji stwierdziła, że definicja pojęcia „lokalu mieszkalnego” na potrzeby podatku VAT zawarta została w § 1 pkt 12 rozporządzenia Ministra Finansów z 22

grudnia 1999 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym. Nie ma zatem podstaw do stosowania art. 2 ustawy z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali. Zdaniem organu odwoławczego, przy interpretacji wykładni pojęcia „lokal mieszkalny”, ujętego w ustawie o VAT, uzasadnione jest posłużenie się definicjami zawartymi w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z 14 grudnia 1994 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. 1999 Nr 15 poz. 140), odnoszącymi się do pomieszczeń mieszkalnych i pomieszczeń pomocniczych. W świetle tych definicji garaże nie stanowią części lokalu mieszkalnego, zatem nie mogą być objęte stawką „0” procent podatku VAT. O sposobie kwalifikowania miejsc postojowych w garażu nie może też decydować treść zawartych umów sprzedaży. Izba Skarbowa podzieliła też stanowisko Urzędu Skarbowego co do tego, że do wyliczenia ułamekowej części wpłaty przypadającej na garaż i do ustalenia wartości miejsc postojowych należy uwzględnić całość wpłat dokonanych przez nabywców, jako ratę za mieszkanie, także tę część, która została ujęta jako wpłata za zakup gruntu z uwagi na to, że przedmiotem umowy kupna sprzedaży były lokale mieszkalne i związane z tymi lokalami udziały we współwłasności nieruchomości i częściach wspólnych budynków. Poszczególni nabywcy nie nabywali części działki (gruntu) ale udział we współwłasności nieruchomości, który to udział jest prawem właściciela związanym z własnością lokalu (art. 3 ust. 2 ustawy z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali). Udział we współwłasności nieruchomości gruntowej oznacza to, iż nie można być właścicielem lokalu nie będąc współwłaścicielem nieruchomości, a zatem nie można kupić lokalu mieszkalnego stanowiącego odrębną własność nie kupując udziału we współwłasności części wspólnych budynków i gruntu pod tym budynkiem.

W skardze do Naczelnego Sądu Administracyjnego, Spółka wniosła o uchylenie decyzji organów podatkowych obu instancji, podnosząc zarzut naruszenia prawa materialnego, a w szczególności art. 4, art. 50 i art. 51 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z 8 stycznia 1993 r. oraz naruszenia prawa procesowego, tj. art. 187, art. 210 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, przez niewyjaśnienie wszystkich okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz przez brak pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Izba Skarbowa w W. w odpowiedzi na skargę wniosła o jej oddalenie podtrzymując stanowisko zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji.

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna. Dla oceny legalności zaskarżonej decyzji istotne znaczenie ma określenie przedmiotu opodatkowania. W uzasadnieniu decyzji organy podatkowe I i II instancji uznając miejsca postojowe w garażu podziemnym za odrębny przedmiot opodatkowania podatkiem od towarów i usług przy sprzedaży lokali mieszkalnych, używają zamiennie określeń: garaż, miejsce postojowe dla samochodu bądź lokal użytkowy, co oznacza, że nie dokonały identyfikacji przedmiotu opodatkowania od strony rodzaju towaru. Według oceny sądu jest to skutkiem niedostatecznych ustaleń w zakresie stanu faktycznego i prawnego sprawy. W świetle materiału zgromadzonego w sprawie, jednoznacznie wskazującego na to, że Skarżąca Spółka zobowiązała się do ustanowienia własności lokali mieszkalnych na rzecz osób fizycznych, które dokonały w ratach wpłat na poczet ceny nabycia lokali mieszkalnych, dotychczasowe ustalenia organów podatkowych ocenić należy jako niewystarczające do stwierdzenia, czy przedmiotem sprzedaży były lokale mieszkalne wraz z ich częściami składowymi w postaci garaży będącymi pomieszczeniami przynależnymi, czy też nabywcy lokali mieszkalnych, nabyli prawo majątkowe w postaci prawa używania części po-

mieszczenia wspólnego, na co wskazywać mogą postanowienia późniejszej umowy o ustanowieniu własności lokali przedłożone przez Skarżącą.

W wyroku z 19 listopada 2001 r. (FSA 3/01) rozstrzygającym sprawę w składzie siedmiu sędziów Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że normatywna treść § 67 ust. 1 pkt 5 powołanego rozporządzenia z 15 grudnia 1997 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym, „uzupełniona” § 1 pkt 12 wymienionego aktu, wykracza poza materię określoną w upoważnieniu ustawowym, sformułowanym w art. 50 ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym. Upoważnienie to uprawniało Ministra Finansów jedynie do ustalenia listy towarów i usług, do których stosuje się zerową stawkę podatku, natomiast nie uprawniało do określania warunków, których dopełnienie stanowi podstawę do zastosowania wspomnianej stawki. Oznacza to, że § 1 pkt 12 rozporządzenia Ministra Finansów z 15 grudnia 1997 r. we wskazanym wyżej zakresie, jest niezgodny z art. 50 ustawy z 8 stycznia 1993 r. Niezgodność rozporządzenia z ustawą powoduje między innymi to, że dotknięty taką wadą akt normatywny nie może stanowić podstawy prawnej decyzji podatkowej. W wyroku z 26 października 2000 r. III SA 2854/99 Naczelny Sąd Administracyjny podzielając przedstawiony wyżej pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego – wyrok ten zapadł po rozpoznaniu skargi Spółki „B.” S.A. w G. na decyzję Izby Skarbowej w W., na tle zbliżonego stanu faktycznego – stwierdził, że ta sama konkluzja dotyczy § 1 pkt 12 rozporządzenia Ministra Finansów z 22 grudnia 1999 r. Według oceny sądu rozpoznającego niniejszą sprawę wskazany przepis nie może stanowić podstawy prawnej do rozszerzenia ustawowej definicji towaru.

Odnosząc się do definicji lokalu mieszkalnego zawartej w ustawie z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U. Nr 85, poz. 388 ze zm.) stwierdzić należy, że z treści tej ustawy jednoznacznie wynika, iż z wyodrębnionym lokalem związane jest prawo do nieruchomości wspólnej oraz części budynków i urządzeń, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokalu, a nadto, iż garaż może być częścią przynależną do lokalu mieszkalnego. Rację ma przy tym Skarżąca, że w tym ostatnim przypadku niezbędnym jednak jest by garaż był lokalem, a więc by był wyodrębniony trwałymi ścianami, co nie zachodzi w przypadku miejsca postojowego, które nie spełnia takich kryteriów. Samo miejsce postojowe w świetle ustawy o własności lokali nie może być odrębnym przedmiotem własności i mieści się w pojęciu prawa do części budynku, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali. Dla prawidłowego ustalenia obowiązku podatkowego niezbędne jest wnikliwe zbadanie czynności podlegającej opodatkowaniu tj. umowy przenoszącej własność oraz przedmiotu tejże umowy. Dopiero dokonanie w tym zakresie ustaleń pozwoli na stwierdzenie czy w przedmiotowej sprawie występuje przedmiot opodatkowania. Tylko w przypadku stwierdzenia, że ów przedmiot występuje konieczne będzie rozważenie pozostałych kwestii podnoszonych przez Skarżącą.

Podjęcie zaskarżonej decyzji oraz decyzji przez organ I instancji bez dokonania powyższych ustaleń stanowi o naruszeniu przepisów prawa materialnego oraz przepisów prawa postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy.

Z powyższych względów sąd na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 i 3 w zw. z art. 55 ust. 1 ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74 poz. 368 ze zm.) postanowił jak w sentencji.



## Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 18 października 2001 roku

(I KZP 22/2001)\*

Teza głosowanej uchwały brzmi:

**„Na podstawie art. 74 § 2 k.k. możliwe jest zwolnienie od dozoru każdego skazanego na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a więc także młodocianego sprawcy przestępstwa umyślnego oraz sprawcy określonego w art. 64 § 2 k.k.”.**

Głosowaną uchwałę Sąd Najwyższy podjął w składzie siedmiu sędziów na wniosek Ministra Sprawiedliwości motywowany potrzebą wyeliminowania istniejących w orzecznictwie rozbieżności co do rozumienia i stosowania art. 74 § 2 k.k. w zw. z art. 73 § 2 k.k. Sąd Najwyższy nie postanowił jednak o nadaniu tej uchwale rangi zasady prawnej. Nie ma ona zatem (co jest oczywiste) mocy wiążącej sądy powszechne, ale też nie nabrała cechy dyrektywy wiążącej wewnątrz Sąd Najwyższy<sup>1</sup>. To dobrze, bowiem łatwiej będzie wrócić do tego problemu Sądowi Najwyższemu w przyszłości. Potrzeba taka wydaje się być realną, gdyż argumentacja zaprezentowana w uchwale nie przekonuje; co więcej: uzasadnienie uchwały pomija szereg bardzo istotnych okoliczności, które – gdyby były wzięte pod uwagę przez Sąd Najwyższy – mogłyby doprowadzić do zajęcia zupełnie odmiennego stanowiska.

Na te pominięte przez Sąd Najwyższy okoliczności i argumenty zwrócona zostanie uwaga w glosie.

Sąd Najwyższy słusznie zauważa w uzasadnieniu uchwały, że interpretacja przepisów art. 73 § 2 i art. 74 § 2 k.k. powinna mieć miejsce przede wszystkim przy zastosowaniu metody językowej. Rzecz jednak w tym, że następująca po tym stwier-

---

\* Niepubl.

<sup>1</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 5 maja 1992 r., Kw. Pr. 5/92, OSNKW 1993, z. 1–2, poz. 1.

dzeniu argumentacja nie stanowi w istocie wykładni językowej tych przepisów, natomiast odwołuje się głównie do racji natury logicznej i celowościowej.

Tymczasem właśnie wykładnia językowa art. 73 § 2 k.k., w powiązaniu z wykładnią systemową, wsparta nadto wykładnią historyczną, prowadzi do zupełnie innego wniosku niż zawarty w głosowanej uchwale, mianowicie do takiego, iż nie jest możliwe zwolnienie od dozoru skazanego na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, o którym mowa w tym przepisie, a więc młodocianego sprawcy przestępstwa umyślnego oraz sprawcy określonego w art. 64 § 2 k.k.

Zacznijmy od wykładni historycznej. Odpowiednikiem art. 73 § 2 k.k. był w kodeksie karnym z 1969 r. art. 76 § 3. Do czasu nowelizacji z 1995 r. miał on następujące brzmienie: „W wypadku, gdy sprawcą przestępstwa umyślnego jest młodociany, oddanie pod dozór jest obowiązkowe”. Dokonując interpretacji tego przepisu w związku z art. 77 § 2 k.k. z 1969 r. (jego odpowiednikiem jest art. 74 § 2 k.k.), Sąd Najwyższy stwierdził<sup>2</sup>, że „Sąd może uchylić w okresie próby dozór kuratora zastosowany w związku z warunkowym zwolnieniem młodocianego, skazanego za przestępstwo umyślne, jeżeli przemawiają za tym względy wychowawcze”. Było to więc stanowisko zbieżne z wyrażonym w głosowanej uchwale. Nie można zatem twierdzić, jak to ma miejsce w uzasadnieniu uchwały, że „brak judykatów Sądu Najwyższego na ten temat”.

Do cytowanej uchwały Sąd Najwyższy słusznie jednak nie nawiązuje, bowiem w 1995 r. zdezaktualizowała się ona wobec zmiany stanu prawnego. Od tego czasu art. 76 § 3 k.k. z 1969 r. miał inne brzmienie: „Dozór jest obowiązkowy wobec młodocianego sprawcy przestępstwa umyślnego, a także wobec sprawcy określonego w art. 60 § 2”<sup>3</sup>.

Porównanie obu zacytowanych wersji art. 76 § 3 k.k. z 1969 r. prowadzi nie tylko do wniosku, że uległ rozszerzeniu przedmiot unormowań w nim zawartych. Bardzo istotne jest, że zwrot „oddanie pod dozór jest obowiązkowe” został zastąpiony zwrotem „dozór jest obowiązkowy”. Jest to ważna jakościowa zmiana. Dokonując tej zmiany ustawodawca uznał bowiem, że obligatoryjne jest nie tylko „oddanie” pod dozór, ale sam „dozór”. O ile konieczność oddania pod dozór nie przesądza jeszcze możliwości jego uchylenia w okresie próby, jeżeli względy wychowawcze za tym przemawiają, o tyle wola ustawodawcy wyrażona w stwierdzeniu o „obowiązkowym dozorze” nie dopuszcza takiej możliwości.

Art. 73 § 2 k.k. powtarza tę wolę ustawodawcy, wyrażoną stwierdzeniem: „dozór jest obowiązkowy”.

Wbrew temu, co mogłoby wynikać z uzasadnienia głosowanej uchwały (będzie jeszcze o tym mowa), zwrotów: „obowiązkowe oddanie pod dozór” i „obowiązkowy dozór” nie można uznać za synonimy. Świadczy o tym treść kilku przepisów kodeksu karnego i kodeksu karnego wykonawczego, które te pojęcia wyraźnie różnicują.

<sup>2</sup> Uchwała z 30 grudnia 1983 r., VI KZP 51/83, OSNKW 1984, z. 5–6, poz. 47.

<sup>3</sup> Zob. art. 1 pkt 3 ustawy z 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywn i nawiązek w prawie karnym, Dz.U. Nr 95, poz. 475.

Przechodząc zatem na grunt wykładni językowej i systemowej, należy zauważyć, że tam, gdzie ustawodawca chciał, aby obowiązkowe było tylko orzeczenie o dozorze, bez konieczności jego kontynuowania w całym okresie próby, wyraźnie to stwierdził, używając pojęcia „oddanie pod dozór jest obowiązkowe” (art. 159 k.k.w.) lub „oddaje go pod dozór” (art. 56 ust. 1 ustawy z 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii<sup>4</sup>). Natomiast w przypadkach, w których wolą ustawodawcy było, aby nie tylko samo oddanie pod dozór, ale i dozór był obowiązkowy (a więc trwał w całym okresie próby), jednoznacznie tę wolę sformułował poprzez użycie zwrotu „dozór jest obowiązkowy” (art. 73 § 2, art. 95 § 2, art. 98 k.k.). W tych sytuacjach art. 74 § 2 k.k., przewidujący możliwość zwolnienia od dozoru nie ma zastosowania, mimo iż nie wynika to wprost – jak chciałby Sąd Najwyższy – z treści tego przepisu. To, że nie jest możliwe zastosowanie instytucji zwolnienia od dozoru (przewidzianej w art. 74 § 2 k.k.) w odniesieniu do dozorów, o których mowa w art. 73 § 2, art. 95 § 2 i art. 98 k.k. wynika bezpośrednio z treści tych przepisów.

Nie ma podstaw, aby przypisywać ustawodawcy intencje, których nie wyraził w treści przepisów, a mianowicie, że w poszczególnych, wymienionych wyżej ustawach użył zamiennie zwrotów o „obowiązkowym oddaniu pod dozór” i o „obowiązkowym dozorze” na określenie tej samej instytucji.

Cytowani w głosowanej uchwale teoretycy prawa<sup>5</sup> formułują zasadę racjonalnego ustawodawcy i postulat jasności prawa, sprowadzające się do tego, że ustawodawca posługuje się jednolitym językiem prawnym w całym systemie prawnym, używając konsekwentnie jednoznacznych terminów i określeń prawnych dla oznaczenia jednakowych pojęć i instytucji.

Nie ma podstaw, aby twierdzić, że w omawianym przypadku ustawodawca nie był racjonalny i nie realizował postulatu jasności prawa. Negowanie realizowania przez ustawodawcę tych reguł stanowiłoby jednocześnie zarzut skierowany pod adresem autorytetów, będących rzeczywistymi autorami ustaw, w których użyto analizowanych pojęć.

Trzeba zatem przyjąć, że ustawodawca świadomie użył sformułowania o obowiązkowym oddaniu pod dozór w tych sytuacjach, w których chciał, aby obowiązkowe było tylko orzeczenie o dozorze z możliwością – jeżeli względy wychowawcze za tym przemawiają – zwolnienia od dozoru. Natomiast w tych przypadkach, w których obowiązkowe jest nie tylko oddanie pod dozór, ale i „dozór jest obowiązkowy”, ustawodawca – używając takiego właśnie sformułowania – dał wyraz temu, aby dozór trwał w całym okresie próby.

Takiemu rozwiązaniu prawnemu nie można odmówić słuszności. Te bowiem przypadki, w których wolą ustawodawcy jest, aby dozór trwał przez cały okres próby (art. 73 § 2, art. 95 § 2 i art. 98 k.k.) dotyczą szczególnych sytuacji, gdy z uwagi na niedoj-

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 75, poz. 468 ze zm.

<sup>5</sup> Zob. też np.: S. Wronkowska, *Postulat jasności prawa i niektóre metody jego realizacji*, PiP 1976, nr 10, s. 19 i J. Bafia, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1984, s. 130 i n.

rzałość psychiczną sprawcy lub wysoki stopień demoralizacji (art. 73 § 2 k.k.), czy też z uwagi na zaburzenia w sferze jego psychiki (art. 95 § 2 i art. 98 k.k.) niemożliwe lub ze swej istoty skazane na wadliwość byłoby prognozowanie, że względy wychowawcze pozwalają na zaprzestanie kontrolowania sprawcy w formie dozoru w okresie próby. Zarówno względy prewencyjne jak też wychowawcze zdają się przemawiać za potrzebą poddawania takich sprawców dozorowi w całym okresie próby.

Jak wynika z treści uzasadnienia głosowanej uchwały, Sąd Najwyższy nie rozważył tych wszystkich okoliczności, o których była dotąd mowa i arbitralnie zanegował słuszność przeważającego – jak zauważono w tym uzasadnieniu – stanowiska doktryny o braku możliwości zwolnienia od dozoru sprawców, o których mowa w art. 73 § 2 k.k.

Co więcej: Sąd Najwyższy utożsamia używane przez ustawodawcę pojęcia „obowiązkowe oddanie pod dozór” i „obowiązkowy dozór”, wymieniając je „jednym tchem” przy interpretacji art. 73 § 2 k.k. (cyt. „Przepis art. 73 § 2 k.k. określa natomiast dwa wypadki, w których **oddanie** (?) skazanego pod dozór jest obligatoryjne. Otóż **dozór jest obowiązkowy** (!) w razie skazania młodocianego sprawcy przestępstwa umyślnego oraz w wypadku skazania sprawcy określonego w art. 64 § 2 k.k., czyli wielokrotnego recydywisty”).

Także w końcowej części uzasadnienia, przy wskazaniu kilku przepisów traktujących o obligatoryjnych decyzjach sądu w przedmiocie dozoru, wymieniono szereg artykułów, w których – według Sądu Najwyższego – dozór jest obligatoryjny, mimo iż wcale z nich to nie wynika (np. art. 56 ust. 1 cyt. ustawy z 24 kwietnia 1997 r. i art. 159 k.k.w.), lub które dotyczą zupełnie innych kwestii związanych z wykonywaniem orzeczenia o dozorze (np. art. 167 i art. 239 k.k.w.).

Wyrażone wyżej stanowisko co do trafności rozwiązań zawartych w art. 73 § 2 k.k. (a także w art. 95 § 2 i art. 98 k.k.) jest tylko wyrazem oceny autora glosy. Można by się więc zastanowić, czy raczej celowościowe, do których odwołuje się Sąd Najwyższy rzeczywiście nie powinny uzasadniać możliwości zwolnienia od dozoru także sprawców, których dotyczy art. 73 § 2 k.k. Jednak dla uznania tych racji konieczna byłaby ingerencja ustawodawcy. Trwające prace nad nowelizacją kodeksów karnych dają sposobność do rozważenia tej kwestii.

Wspomniane racje nie mogą jednak uzasadniać takiej interpretacji przepisów, która zastępowałyby ustawodawcę. Słusznie stwierdził Sąd Najwyższy w jednej z uchwał<sup>6</sup>, że „żaden sąd, w tym i Sąd Najwyższy nie może wkraczać w kompetencje władzy ustawodawczej i – pod pozorem dokonywania wykładni określonego przepisu lub interpretacji wzajemnego stosunku przepisów prawa – tworzyć w istocie zupełnie nową treść analizowanych przepisów”. Wydaje się, że próba nadania w głosowanej uchwale takiej treści art. 73 § 2 k.k., która z tego przepisu nie wynika, wkracza na grunt zastrzeżony dla ustawodawcy.

*Kazimierz Postulski*

<sup>6</sup> Uchwała Pełnego Składu Izby Karnej z 11 stycznia 1999 r., I KZP 15/98, OSNKW 1999, z. 1–2, poz. 1.

## Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 24 lipca 2001 r.

**I KZP 15 / 01\***

Teza głosowanej uchwały brzmi:

**Dopuszczalna jest kasacja strony od wyroku sądu odwoławczego, którym orzeczono w przedmiocie odszkodowania i zadośćuczynienia na podstawie ustawy z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego (Dz.U. 1991 r., Nr 34, poz. 149 z późn. zm.), choćby nie podnoszono w niej zarzutu opartego na uchybieniu wymienionym w art. 439 § 1 k.p.k., gdyż nie dotyczą jej ograniczenia wnoszenia kasacji, określone w art. 523 § 2 i 3 k.p.k.**

Teza głosowanej uchwały została sformułowana jako odpowiedź na pytanie prawne przekazane powiększonemu składowi Sądu Najwyższego w następującej sytuacji procesowej: W dniu 5 października 2000 r. Sąd Apelacyjny w L. wydał wyrok, mocą którego utrzymano w mocy wyrok Sądu Okręgowego w L. oddalający wniosek Bogdana J. i Anny A., domagających się odszkodowania i zadośćuczynienia z tytułu niesłusznego aresztowania i pobytu w łagrze sowieckim Witolda J. w latach 1945–1948. Wyrok sądu odwoławczego został przez wnioskodawców zakwestionowany poprzez wniesienie kasacji. Zarządzeniem z dnia 11 grudnia 2000 r. przewodniczący Wydziału Sądu Apelacyjnego w L. odmówił przyjęcia nadzwyczajnego środka odwoławczego. W uzasadnieniu wskazano, iż po 1 września 2000 r., z uwagi na treść art. 523 § 2 k.p.k., w brzmieniu nadanym nowelą z dnia 20 lipca

---

\* Uchwała opublikowana (w:) OSNKW 2001, z. 9–10, poz. 74.

2000 r., kasacja strony od kwestionowanego wyroku, oparta na innych podstawach niż uchybienia wymienione w art. 439 § 1 k.p.k., jest niedopuszczalna. Decyzja tej treści została zaskarżona przez pełnomocnika strony. Uzasadniając wniesiony środek odwoławczy skarżący podniósł, iż dopuszczalność kasacji determinuje fakt wniesienia jej na korzyść nieżyjącej osoby, którą w przeszłości skazano na pozbawienie wolności.

Rozpoznając wniesiony środek odwoławczy Sąd Najwyższy uznał, iż kwestia dopuszczalności nadzwyczajnego środka zaskarżenia w postaci kasacji po dniu 1 września 2000 r., tj. po wejściu w życie noweli do kodeksu postępowania karnego z dnia 20 lipca 2000 r., stanowi zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy i w trybie art. 441 k.p.k. przekazał je poszerzonemu składowi Sądu Najwyższego.

Uzasadniając decyzję o wystąpieniu z pytaniem prawnym wskazano kilka odmiennych interpretacji znowelizowanego przepisu art. 523 k.p.k.

Pierwszą z możliwych wykładni przepisów o dopuszczalności kasacji zaprezentowano w kwestionowanym zarządzeniu, przyjmując, że art. 523 § 2 i 3 k.p.k. stanowi doprecyzowanie określonej w art. 519 k.p.k. grupy wyroków, które mogą być kwestionowane przez strony w drodze wniesienia kasacji. W konsekwencji, możliwość złożenia nadzwyczajnego środka zaskarżenia przez stronę z powołaniem się na inne rażące naruszenie prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, dotyczyłaby wyłącznie wyroków sądu odwoławczego kończących postępowanie o treści i kierunku określonych w § 2 i 3 art. 523 k.p.k.

Odmienny sposób interpretacji przepisów o dopuszczalności kasacji opiera się na potraktowaniu art. 523 § 2 i 3 k.p.k. jako wyjątku od ogólnej reguły określonej w przepisach art. 519 i 520 § 1 k.p.k., zgodnie z którą strona może wnieść kasację od wszelkich prawomocnych wyroków sądu odwoławczego kończących postępowanie. Mechanizm działania rygorów określonych w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. ograniczałby kasację stron, opartą na uchybieniach innych niż wady będące bezwzględными przyczynami uchylenia orzeczenia, tylko w stosunku do niektórych wyroków należących do grupy orzeczeń, mogących stanowić przedmiot skargi kasacyjnej wnoszonej przez strony procesowe.

Ostatnia możliwość interpretacyjna norm regulujących dopuszczalność kasacji wnoszonej przez strony zakłada, iż ograniczenia w zakresie możliwości wniesienia tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia określone w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. należy odnosić wyłącznie do wyroków rozstrzygających w przedmiocie odpowiedzialności karnej. Tym samym rygory te nie mogłyby znaleźć zastosowania w przypadku, gdy kwestionowane orzeczenie zakończyło postępowanie, którego przedmiotem była inna kwestia.

Rozpoznając przekazane zagadnienie prawne Sąd Najwyższy sformułował pogląd stanowiący tezę głosowanej uchwały.

Problematyka, której dotyczy głosowana uchwała, koncentruje się wokół dwóch kwestii. Pierwszą z nich stanowi próba określenia charakteru wprowadzonych w

art. 523 § 2 i 3 k.p.k. ograniczeń w zakresie dopuszczalności skargi kasacyjnej strony podnoszącej zarzut innego rażącego naruszenia prawa mogącego mieć istotny wpływ na treść kwestionowanego wyroku. Druga zawiera się w pytaniu: czy działanie rygorów zawężających możliwość wnoszenia kasacji należy odnosić wyłącznie do grupy wyroków rozstrzygających w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego, czy też znajdują one swoje zastosowanie także w przypadku określania dopuszczalności skargi kasacyjnej od wyroków ferowanych w ramach postępowań o odmiennym przedmiocie.

Twierdzenie, iż art. 523 § 2 i 3 k.p.k. zawiera enumeratywne wyliczenie grupy wyroków rozstrzygających w przedmiocie odpowiedzialności karnej, które – przy zachowaniu określonego kierunku – mogą być kwestionowane przez strony w drodze wniesienia kasacji opartej na zarzutach innego rażącego naruszenia prawa o potencjalnym istotnym wpływie na treść orzeczenia, zostało w znacznej mierze wsparte argumentami odwołującymi się do wykładni historycznej. Identyczna argumentacja wsparła także tezę odnoszącą stosowanie ograniczeń określonych w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. wyłącznie do wyroków ferowanych w ramach postępowań toczących się w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego. Fakt, iż przepisy zawężające możliwość wniesienia kasacji wprowadzono do kodeksu postępowania karnego w drodze nowelizacji dotychczasowych rozwiązań określających dopuszczalność tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia posiada bezspornie największe znaczenie dla ich wykładni. Zmiana obowiązujących przepisów pojawia się bowiem jako reakcja na niewłaściwe, niesprawne funkcjonowanie dotychczasowych rozwiązań. Czynniki decydujący o racjonalnej nowelizacji stanowić zatem powinny realne, konkretne potrzeby istniejące w momencie dokonywania zmian. Sposób w jaki potrzeby te postrzega ustawodawca determinuje treść znowelizowanych przepisów. Nie może zatem ulegać wątpliwości, iż zasadniczo interpretacja znowelizowanych przepisów powinna być dokonywana poprzez pryzmat intencji towarzyszących ustawodawcy przy ich uchwalaniu. Analiza uzasadnienia rządowego projektu ustawy nowelizującej przepisy o dopuszczalności kasacji wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, iż intencją towarzyszącą ustawodawcy przy konstruowaniu kryteriów uzależniających wniesienie skargi kasacyjnej przez strony, było obustronne ograniczenie prawa do kwestionowania prawomocnych wyroków. Z jednej strony zamysł ten miał być zrealizowany poprzez zawężenie możliwości inicjowania kontroli kasacyjnej przez strony do przypadków najbardziej dolegliwych skazań, z drugiej zaś – w drodze stworzenia rozwiązań gwarancyjnych, ograniczających w sposób maksymalny możliwość wzruszania prawomocnych wyroków w kierunku niekorzystnym dla oskarżonego<sup>1</sup>. Nie może budzić wątpliwości, iż skonfrontowanie tego rodzaju zamiarów ustawodawcy z treścią przepisu art. 523 § 2 i 3 k.p.k. prowadzi do wniosku zawartego w tezie glosowanej uchwały.

<sup>1</sup> S. Zabłocki, *Nowela k.p.k. z 20 lipca 2000 r. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 152.

Nie można jednak nie zwrócić uwagi na inny jeszcze aspekt wykładni historycznej, pominięty w rozważaniach przeprowadzonych przez Sąd Najwyższy. Otóż tworząc kryteria zawężające możliwość wnoszenia kasacji zmierzających do pogorszenia sytuacji procesowej oskarżonego, ustawodawca dążył do wyeliminowania kasacji o charakterze bezzasadnym, stanowiących około 80% skarg wnoszonych do Sądu Najwyższego<sup>2</sup>. Ich bezzasadność najczęściej była efektem formułowania zarzutu rzekomego naruszenia prawa materialnego lub procesowego w zakresie kary i kwalifikacji prawnej celem doprowadzenia do przyjęcia mniej korzystnej dla oskarżonego kwalifikacji prawnej oraz wymierzenia mu surowszej kary. Tym samym autorzy części tak sformułowanych skarg kasacyjnych naruszali zawarty w art. 523 § 1 k.p.k. *in fine* zakaz wnoszenia kasacji wyłącznie z powodu niewspółmierności kary. Należy podzielić pogląd Sądu Najwyższego, iż akceptacja tezy traktującej ograniczenia dotyczące kierunku, podstaw kasacji oraz treści kwestionowanego w ten sposób wyroku jako rozwiązań, stanowiących wyjątek od ogólnej reguły dopuszczającej kasację stron w przypadkach wskazanych w art. 519 § 1 k.p.k., oznacza m.in. możliwość wniesienia kasacji powołującej się na zarzuty rażącego naruszenia prawa, w kierunku niekorzystnym dla oskarżonego kwestionującej wyrok skazujący, którym wymierzono karę łagodniejszą aniżeli bezwzględna kara pozbawienia wolności. Tym samym, przepis mający w zamyśle ustawodawcy stanowić barierę uniemożliwiającą wnoszenie bezzasadnych kasacji, nie wykluczałby dopuszczalności skarg ukierunkowanych i powołujących się na zarzuty naruszenia prawa w sposób, który przed nowelizacją w znacznej części przypadków przesądzał o bezzasadnym charakterze nadzwyczajnego środka zaskarżenia. W dalszym ciągu istniałaby bowiem możliwość instrumentalnego formułowania zarzutu naruszenia prawa materialnego lub procesowego celem doprowadzenia do wymierzenia oskarżonemu surowszej kary.

Interpretacja zaproponowana przez Sąd Najwyższy, ograniczająca możliwość wnoszenia bezzasadnych kasacji, umożliwia tym samym osiągnięcie celu zgodnego z założeniami ustawodawcy. Skarga kasacyjna strony, oparta na zarzutach rażącego naruszenia prawa kwestionująca wyrok wymierzający karę jest bowiem dopuszczalna tylko w celu poprawienia sytuacji procesowej oskarżonego. Natomiast fakt, iż przedmiot skargi kasacyjnej strony opartej na zarzucie innego rażącego naruszenia prawa wnoszonej na niekorzyść oskarżonego, może stanowić wyłącznie wyrok uniewinniający lub umarzający postępowanie z przyczyn wyliczonych w art. 523 § 3 k.p.k., powoduje, iż w ogóle nie pojawia się element kary, stwarzający potencjalne niebezpieczeństwo formułowania bezzasadnych kasacji.

Kluczowe znaczenie dla określenia relacji pomiędzy regułą określającą przedmiot skargi kasacyjnej i podmiot uprawniony do jej wniesienia a przepisami za-

<sup>2</sup> Tamże, s. 152; L.K. Paprzycki, *Powinno być szybciej i sprawniej*, „Rzeczpospolita”, nr 204 z 1 września 2000 r.

węzającymi możliwość wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia stanowi zawarte w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. sformułowanie „jedynie”, użyte na oznaczenie okoliczności warunkujących wniesienie kasacji. Wniosek o tym, że posłużenie się tym sformułowaniem jest równoznaczne z dopuszczalnością kasacji od wyroku rozstrzygającego w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego, powołującej się na zarzut innego rażącego naruszenia prawa wyłącznie w okolicznościach opisanych w tych przepisach, można wesprzeć argumentem odwołującym się do sposobu posługiwania się przez ustawodawcę tego rodzaju określeniem bądź też określeniami podobnymi. Nie ulega wątpliwości, iż użycie tego sformułowania w połączeniu z wyliczeniem dopuszczalnych czynności bądź też z opisem okoliczności warunkujących dopuszczalność określonej czynności, oznacza możliwość dokonania wyłącznie wskazanych czynności lub możliwość ich dokonania wyłącznie z zachowaniem zawartych w ustawie warunków. Zasada ta znajduje zastosowanie zarówno w przypadku, gdy ustawodawca w sposób pozytywny wylicza sytuacje, w których dopuszcza możliwość dokonania czynności, jak i w razie, gdy wprowadzając pewne zawężenia reguł, wyczerpująco określa czynności możliwe do dokonania. Odwołując się do konkretnych przykładów można wskazać przepis art. 397 k.p.k., w którym ustawodawca konstruuje instytucję zwrotu sprawy prokuratorowi do uzupełnienia postępowania przygotowawczego wyczerpująco określa przesłanki warunkujące możliwość podjęcia tego rodzaju decyzji procesowej. Prowadzi to do wniosku, iż zwrot nie jest możliwy w innych niż opisane okolicznościach. Ilustrację drugiego ze wskazanych przypadków stanowić mogą przepisy określające przedmiot zaskarżenia zażaleniem. Regułą wskazującą katalog decyzji mogących stanowić przedmiot zaskarżenia zażaleniem zawiera przepis art. 425 § 1 k.p.k. Wyliczając decyzje, które mogą być kwestionowane w drodze wniesienia zwyczajnego środka zaskarżenia przepis ten posługuje się stwierdzeniem „orzeczenie”. Nie ulega wątpliwości, iż pojęcie to dotyczy zarówno wyroków, jak i postanowień. *Prima facie* mogłoby się zatem wydawać, że ustawodawca, formułując regułę kontroli instancyjnej orzeczeń ferowanych przez organy pierwszoinstancyjne, objął zakresem jej działania wszystkie postanowienia. Tę ogólną zasadę ograniczono jednak w ten sposób, że w rozdziale zawierającym przepisy specyficzne dla zażalenia ściśle wyliczono kategorie postanowień mogących stanowić przedmiot skargi zażaleniowej (mimo iż ustawodawca nie posługuje się tym sformułowaniem są to jednak przypadki, w których zażalenie jest „jedynie” dopuszczalne). Nie podlega dyskusji fakt, iż relacja pomiędzy regułą a przepisami stanowiącymi jej zawężenie kształtuje się w tym przypadku w ten sposób, iż te ostatnie stwarzają możliwość wniesienia zażalenia tylko w stosunku do niektórych, spośród ogólnej kategorii postanowień ferowanych przez organ pierwszoinstancyjny. Tym samym technika polegająca na tworzeniu limitów zawężających – w stosunku do reguły ogólnej – stosowanie pewnej instytucji w niektórych tylko, wyraźnie określonych sytuacjach, nie była obca regulacji karnoprosesowej. Tym większe więc prawdopodobieństwo, iż

ustawodawca wprowadzając bariery mające ograniczyć dopuszczalność nadzwyczajnego środka zaskarżenia posłużył się konstrukcją podobną do już funkcjonującej.

Nie można także pominąć odnotowanego przez Sąd Najwyższy spostrzeżenia, iż ustawodawca na określenie zarówno odstępstw od reguł określających zakres podmiotowy skargi kasacyjnej (art. 520 § 2 k.p.k.), jak i zawężeń przedmiotu zaskarżenia w trybie kasacji (art. 523 § 2 i 3 k.p.k.) używa sformułowania „ograniczenia” (art. 520 § 3 i 523 § 4 k.p.k.). Brak jakichkolwiek podstaw, by jednakowe określenia, użyte przez ustawodawcę na opisanie warunków dopuszczalności skargi kasacyjnej, traktować w sposób odmienny. Nakaz nadawania jednakowego znaczenia identycznym sformułowaniom występującym w tym samym akcie prawnym stanowi bowiem jedną z podstawowych językowych dyrektyw interpretacyjnych. Odstępstwa od takiego sposobu ustalania znaczenia tekstu prawnego są możliwe tylko wtedy, gdy przemawiają za tym umotywowane racje. W przypadku wykładni przepisów o dopuszczalności kasacji jedyną okolicznością, wywołującą pewne wątpliwości dotyczące relacji pomiędzy regułą określającą przedmiot zaskarżenia w trybie kasacji a jej ograniczeniami funkcjonującymi na gruncie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności karnej, jest umiejscowienie tychże ograniczeń. Nie sposób jednak nie zauważyć, że przepis art. 523 § 2 i 3 k.p.k. stanowi modyfikację reguł określających zarówno przedmiot zaskarżenia kasacją (art. 519 k.p.k.), podmiot uprawniony do wystąpienia ze skargą kasacyjną (art. 520 § 1 w zw. z art. 425 § 3 w zw. z art. 518 k.p.k.), jak również przepisu zawierającego wyliczenie podstaw kasacji (art. 523 § 1 i 4 k.p.k.). Samo jego usytuowanie nie może stanowić zatem zasadniczego argumentu. Tym samym, przepisy uzależniające możliwość wniesienia kasacji od zachowania określonego kierunku i treści kwestionowanego w ten sposób wyroku muszą być interpretowane w sposób zbieżny z wykładnią norm warunkujących kasację stron od dopełnienia przez nią stosownych czynności. Zgodnie z art. 520 § 2 k.p.k. strona, która nie zaskarżyła orzeczenia sądu pierwszej instancji, nie może wnieść kasacji od orzeczenia sądu odwoławczego, jeżeli orzeczenie sądu pierwszej instancji utrzymano w mocy lub zmieniono na jej korzyść. Przepis ten stanowi ograniczenie reguły, stosownie do której uprawnienie do wniesienia kasacji posiada strona procesowa. Relacja pomiędzy regułą a przepisem będącym jej ograniczeniem kształtuje się w ten sposób, że w ściśle określonym układzie procesowym realizacja ogólnego uprawnienia jest możliwa jedynie w wyliczonych przypadkach. Wskazana wyżej konieczność identycznej wykładni art. 523 § 2 i 3 k.p.k. przesądza o traktowaniu zawartych w nim określeń kierunku, podstaw i treści orzeczenia kwestionowanego w drodze kasacji, jako opisu warunków, w jakich nadzwyczajny środek zaskarżenia jest wyłącznie dopuszczalny.

Konstrukcja przepisów określających dopuszczalność kasacji wnoszonej przez strony z powołaniem się na zarzut innego rażącego naruszenia prawa opiera się zatem na wskazaniu, które spośród ogólnej kategorii prawomocnych wyroków

sądu odwoławczego kończących postępowanie mogą stanowić przedmiot skargi kasacyjnej<sup>3</sup>. Bariery ograniczające możliwość wniesienia kasacji zostały skonstruowane w taki sposób, iż werbalnie wskazują na orzeczenia mogące zapaść wyłącznie na gruncie procesu toczącego się w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego (skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, uniewinnienie oskarżonego, umorzenie postępowania z powodu znikomości społecznej szkodliwości czynu, wyłączenia przez ustawę karalności oraz niepoczytalności oskarżonego). *Prima facie* treść wyroków mogących stanowić przedmiot skargi kasacyjnej strony oraz fakt, iż ich wyliczenie ma charakter enumeratywny, pozwalają na wniosek o wykluczeniu możliwości zażalenia kasacją opartą na zarzucie innego rażącego naruszenia prawa wyroków ferowanych na gruncie postępowania, którego przedmiotem była inna kwestia niż odpowiedzialność karna oskarżonego. Byłby to jednak wniosek pochopny, generalnie bowiem samo posłużenie się przez ustawodawcę zapisem werbalnie odnoszącym możliwość zastosowania pewnej instytucji wyłącznie do postępowania w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego, nie oznacza jeszcze jej niedopuszczalności w postępowaniu toczącym się w innym nurcie niż zasadniczy przedmiot procesu. Gdyby tak było, należałoby np. uznać, iż rozwiązanie zakazujące rozstrzygania na niekorzyść oskarżonego po upływie 6 miesięcy od uprawomocnienia się orzeczenia nie znajdzie zastosowania w przypadku zażalenia decyzji wydanej w postępowaniu o odmiennym przedmiocie niż kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego. Statuując tego rodzaju zakaz ustawodawca posługuje się bowiem określeniem „oskarżony”, sugerującym, iż instytucja ta funkcjonuje wyłącznie na gruncie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności karnej. Jednakże potrzeba zapewnienia stabilności orzeczeń prawomocnie określających sytuację osób nimi objętych, stanowiąca *ratio legis* tego przepisu, przesądza o jego stosowaniu także w stosunku do decyzji ferowanych w postępowaniu toczącym się w innym przedmiocie niż kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego. W istocie bowiem skonstruowanie tego rodzaju limitów ma analogiczne znaczenie jak zapis odnoszący stosowanie określonej czynności (w tym przypadku kasacji strony opartej na zarzucie rażącego naruszenia prawa) wyłącznie do postępowania w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego. Argument przemawiający za dopuszczalnością tak sformułowanej

<sup>3</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Suplement do tomu II*, Warszawa 2000, s. 103–104; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. III, Warszawa 2001, s. 859.

<sup>4</sup> Postanowienie SN z 2 lutego 1994 r., II KRN 400/93, OSNKW 1994, z. 3–4, poz. 22.

kasacji w postępowaniu toczącym się w innym przedmiocie niż kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego, także w tym przypadku, stanowić będzie *ratio legis* przepisów statuujących ograniczenia określone w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. Nie ulega wątpliwości, iż rację tę stanowi chęć ograniczenia dopuszczalności kasacji wyłącznie na gruncie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego. Tym samym, należy uznać dopuszczalność kasacji stron opartej na zarzucie innego rażącego naruszenia prawa kwestionującej orzeczenie wydane na gruncie postępowania, którego przedmiotem jest inna kwestia niż odpowiedzialność karna oskarżonego.

Historyczny kontekst towarzyszący nieuchronnie wykładni znowelizowanych przepisów ma jeszcze inne znaczenie dla wykluczenia stosowania ograniczeń określonych w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. w stosunku do wyroków rozstrzygających w kwestii innej niż odpowiedzialność karna oskarżonego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przed wejściem w życie przepisów nowelizujących procedurę karną reguły określające katalog orzeczeń mogących stanowić przedmiot skargi kasacyjnej nie różnicowały możliwości zaskarżenia kasacją wyroków rozstrzygających o zasadniczym przedmiocie procesu oraz dopuszczalności nadzwyczajnego środka zaskarżenia od wyroków kończących postępowanie, którego przedmiotem była inna kwestia niż odpowiedzialność karna oskarżonego. Art. 519 k.p.k., zawierający katalog orzeczeń podlegających zaskarżeniu przez strony procesowe w drodze wniesienia kasacji posługuje się bowiem określeniem „prawomocny wyrok sądu odwoławczego kończący postępowanie”, co obejmuje swoim zakresem obie te kategorie orzeczeń. Nowelizacja przepisów, której uchwaleniu towarzyszyły intencje skonstruowania kryterium dopuszczalności kasacji odwołującego się do surowości kary, nie powinna zatem modyfikować uprawnień do kwestionowania wyroków rozstrzygających w kwestii innej niż zasadniczy przedmiot procesu. Twierdzenie to staje się jeszcze bardziej oczywiste, jeżeli uwzględni się, iż odmienna interpretacja musiałaby wynikać wyłącznie z odpowiedniej relacji pomiędzy art. 519 oraz 523 § 2 i 3 k.p.k. Powyżej wskazano bowiem, iż bariery ograniczające możliwość wniesienia kasacji zostały skonstruowane w taki sposób, iż werbalnie wskazują na orzeczenia mogące zapaść wyłącznie na gruncie procesu toczącego się w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego. Co prawda, przyjęcie tezy o tym, że w przepisie art. 523 § 2 i 3 k.p.k. znajduje się wyczerpujące wyliczenie wyroków rozstrzygających kwestię odpowiedzialności karnej oskarżonego mogących stanowić przedmiot zaskarżenia kasacją opartą na zarzutach innego rażącego naruszenia prawa, wydawałoby się argumentem na rzecz takiego sposobu wykładni, w którym o właściwej interpretacji może decydować ustalenie prawidłowej relacji pomiędzy regułą a pewnymi jej zawężeniami, jednakże nie można pominąć sposobów za pomocą których tego dokonano. Zasadniczym były argumenty natury historycznej, które w przypadku rozstrzygania zagadnienia stosowania ograniczeń określonych w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. do kasacji kwe-

stionującej orzeczenie kończące postępowanie, którego przedmiotem była inna kwestia niż odpowiedzialność karna oskarżonego, prowadzą do zgola odmiennych wniosków.

Teza, iż dopuszczalność kasacji kwestionującej wyrok rozstrzygający inną kwestię niż odpowiedzialność karna oskarżonego nie podlega ograniczeniom zawartym w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. ma oczywiście charakter uniwersalny, niemniej nie można zapominać, iż przyczynkiem do jej sformułowania było zagadnienie możliwości wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia na gruncie postępowania w przedmiocie zasądzenia odszkodowania i zadośćuczynienia z tytułu szkód i krzywd doznanych wskutek stosowania represji za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego. Ustawa z 23 lutego 1991 r. stanowić może jednak asumpt do jeszcze innych rozważań dotyczących dopuszczalności kasacji. Co prawda, jedynie pośrednio dotyczyć one będą zagadnienia stanowiącego przedmiot głosowanej uchwały, niemniej, ze względu na ich specyfikę warto poświęcić im nieco uwagi. Przedmiotowa problematyka wiąże się z kwestią zaskarżania orzeczenia dającego podstawę do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, tj. decyzji w przedmiocie stwierdzenia nieważności represjonującego orzeczenia. W uzasadnieniu głosowanej uchwały Sąd Najwyższy słusznie stwierdza, iż forma orzeczenia eliminującego z obrotu prawnego decyzję stanowiącą przejaw represji (postanowienie) wyklucza ewentualne dyskusje dotyczące stosowania, przy określaniu możliwości kwestionowania go w drodze kasacji, ograniczeń określonych w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. Stwarza to jednak dość specyficzną sytuację dotyczącą dopuszczalności kasacji. Przedmiotem postępowania rehabilitacyjnego określonego w ustawie lutowej jest bowiem kwestia odpowiedzialności karnej osoby represjonowanej, jednakże tylko w takim zakresie jaki jest niezbędny dla ustalenia istnienia lub wykluczenia przyczyn nieważności. Najogólniej – zakres ten będzie obejmował badanie tego czy osoba represjonowana istotnie dopuściła się czynu, którego dotyczy kwestionowane orzeczenie (w przypadku, gdy podstawą rehabilitacji jest fakt wydania orzeczenia w odwecie za działalność niepodległościową lub przeciwstawianie się w określony sposób ówczesnej polityce rolnej), lub ustalanie przestępności czynu faktycznie popełnionego przez osobę represjonowaną (w razie, gdy podstawą nieważności stanowi związek zarzucanego lub przypisanego czynu z działalnością niepodległościową, przeciwstawianiem się polityce rolnej lub popełnieniu czynu w celu uniknięcia represji za tego rodzaju działalność). Tym samym, prowadzi to do wyjątkowej sytuacji, w której prawomocne orzeczenie rozstrzygające kwestię odpowiedzialności karnej oskarżonego nie może być w żadnym przypadku kwestionowane w drodze kasacji wnoszonej przez strony. Przed skrytykowaniem takiego rozwiązania powstrzymują jednak dwa argumenty. Po pierwsze – cechy postępowania rehabilitacyjnego określonego w tejże ustawie (charakter reformacyjny, skargowość), jako niemal całkowicie zbieżne z regulacją kasacji i wznowienia postępowania, lokują je w grupie postępowań toczących się w ra-

mach nadzwyczajnych środków zaskarżenia<sup>5</sup>. W konsekwencji merytoryczna decyzja unicestwiająca represjonujące orzeczenie stanowi reformatoryjne rozstrzygnięcie podejmowane w postępowaniu toczącym się w ramach nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Wyłączenie możliwości wniesienia kasacji przez strony nie stanowi zatem żadnego ewenementu. Dopuszczalność kwestionowania tego rodzaju decyzji zapadającej na gruncie pozostałych nadzwyczajnych środków zaskarżenia w niektórych bowiem przypadkach wyłączono w sposób całkowity (art. 539, 547 § 4 k.p.k.). Drugim argumentem jest specyfika trybu i charakteru postępowania rehabilitacyjnego. Otóż koniecznym jest oddzielenie instytucji bezwzględnej nieważności, którą posłużono się dla unicestwienia bytu prawnego represjonujących orzeczeń od charakteru prawnego postępowania, w drodze którego następuje ich eliminacja. Fakt wykorzystania instytucji nieważności przesądza m.in. o sposobie kwestionowania decyzji zapadającej w następstwie przeprowadzenia postępowania rehabilitacyjnego. Jest on właściwy dla orzeczenia wydanego w postępowaniu toczącym się przedmiocie nieważności (zażalenie, kasacja podmiotów szczególnych, wznowienie postępowania<sup>6</sup>).

W świetle powyższych rozważań teza sformułowana przez Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale zasługuje na akceptację.

Katarzyna Sychta

---

<sup>5</sup> T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 793, T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1998, s. 1007; W. Daszkiewicz, T. Nowak, S. Stachowiak, *Proces karny. Część szczególna*, Poznań 1996, s. 14; K. Sychta, *Charakter prawny postępowania rehabilitacyjnego określonego ustawą z 23 lutego 1991 r.*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2001 r., z. 4, s. 121.

<sup>6</sup> Postanowienie SN z 6 września 1994 r., WO 128/93, OSNKW, z. 11–12, poz. 77.

# KRONIKA ADWOKATURY



## POSIEDZENIE NRA

W dniu 28 marca 2003 r. w siedzibie Warszawskiej Okręgowej Rady Adwokackiej Prezes NRA adw. Stanisław Rymar w obecności członków NRA i ORA w Warszawie oraz gości, adwokatów warszawskich, jak również zaproszonego Ambasadora Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej Michaela A. Pakenham, wręczył Odznakę „Adwokatura Zasłużonym” Russellowi Denoon Duncanowi.

W swoim przemówieniu Prezes NRA podniósł zasługi Denoon Duncana, wielkiego przyjaciela Polski, wybitnego prawnika brytyjskiego, jednego z założycieli Brytyjsko-Polskiego Stowarzyszenia Prawników i wieloletniego Prezesa tego Stowarzyszenia, które powołano w celu zbliżenia prawników brytyjskich i polskich.

Pan Denoon Duncan bardzo serdecznie podziękował Prezesowi NRA za Jego przemówienie i wręczenie mu najwyższego adwokackiego odznaczenia.

W dalszej kolejności przemawiał Ambasadorka Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, podkreślając zasługi brytyjskiego prawnika, który w jego ocenie jest najlepszym przyjacielem Polski i Polaków.

Prezes NRA adw. St. Rymar zakończył uroczystość dziękując za ciepłe słowa pod adresem polskiego środowiska adwokackiego, wygłoszone przez wysokich brytyjskich gości. Nastąpiła nieoficjalna część koktajlowa spotkania.



W dniach 29–30 marca 2003 r. w Grzegorzewicach nastąpiła druga część posiedzenia plenarnego NRA, poświęcona wyłącznie sprawom adwokatury.

Zgodnie z porządkiem obrad Prezes NRA powitał zaproszonych gości a następnie złożył obszerną informację na temat licznych działań Prezydium NRA w okresie od ostatniego plenarnego posiedzenia. Znalazła się tu relacja z wizyty u Prezydenta RP, która przebiegła w atmosferze życzliwości i zrozumienia problemów adwokatury. Prezy-

dent RP uważa, że poszerzanie nadzoru administracyjnego nad adwokaturą jest zbędne, natomiast zalecał elastyczne podejście wobec dostępu do zawodu adwokackiego.

W dalszej kolejności Prezes NRA poinformował o kontaktach z Ministerstwem Sprawiedliwości w sprawach funkcjonowania stołecznych sądów, a nadto o ewentualnym swoim udziale w zamierzonej Radzie Konsultacyjno-Legislacyjnej przy Sejmie RP.

Wiceprezesa NRA adw. adw. Wojciech Hermeliński i dr hab. Andrzej Kubas przedstawili informacje na temat szkoleń projektowanych sukcesywnie zarówno w Brukseli jak i w Polsce o tematyce poświęconej prawu europejskiemu. Złożyli też relacje z udziału w konferencjach międzynarodowych. Adw. dr hab. A. Kubas zreferował przebieg konferencji w Berlinie w dniach 22–24 marca 2003 r. zorganizowanej przez Bundesrechtsanwaltskammer poświęconej relacji przepisów o adwokaturze w krajach UE, a dyrektywami UE dotyczących znoszenia konkurencji. Wyrażano tam pogląd, że czasy, gdy adwokatury mogły wprowadzać własne ograniczenia dostępu do zawodu, już mijają. Następuje realizacja dyrektywy swobody przepływu usług, kapitału i znoszenia barier ograniczających konkurencję. Tak więc atak na zawody reglamentowane nie jest tylko polską specyfiką.

Stosowne sprawozdania i informacje złożyli inni członkowie Prezydium NRA adw. adw.: Andrzej Sandomierski, Andrzej Siemiński, a nadto adw. adw.: Andrzej Warfołomiejew i Ewa Stawicka.

Adw. Witold Antoniewski obszernie omówił potrzebę wspomagania instytucjonalnego adwokatów znajdujących się w trudnej sytuacji życiowej. Zgłosił postulat, aby organizować kasy zapomogowo-pożyczkowe oparte na dobrowolnych składkach.

NRA podjęła uchwałę wzywającą Polaków do głosowania za przystąpieniem do Unii Europejskiej.

*Uchwała Nr 19/03  
Naczelnej Rady Adwokackiej  
z 29 marca 2003 r.*

*Polacy stoją przed historycznym wyborem. W historii było tylko kilka takich wyzwań, kiedy własną wolą zadecydowaliśmy o przyszłości Ojczyzny.*

*Tak było w 966 roku, kiedy chrztem Polski włączyliśmy się w chrześcijańską Europę.*

*Tak było w 1385 roku, kiedy zawarliśmy w Krewie Unię z Litwą.*

*Tak było w 1569 roku kiedy Unią lubelską tworzyliśmy zręby unitarnej Rzeczypospolitej.*

*Tak było w 1791 roku, kiedy uchwalając konstytucję trzeciomajową tworzyliśmy nowoczesne państwo.*

*Tak być powinno w 2003 roku, kiedy Polska opowie się za wejściem do Unii Europejskiej, za swą przyszłą pomysłowością, bezpieczeństwem, i należną jej pozycją w Europie, a nie pozostanie na jej marginesie.*

*Adwokatura Polska wzywa rodaków do głosowania za przystąpieniem do Unii Europejskiej.*

Po długiej merytorycznej dyskusji uchwalony został regulamin aplikacji adwokackiej i egzaminu adwokackiego. W dyskusji udział wzięli adw. adw.: A. Kubas, A. Grabiński, A. Marcinkowski, S. Szufel, W. Abert, T. Kilian, Z. Dyka, W. Łyczywek, Z. Marciniak, J. Trela, L. Ławrowski, A. Kozielski, M. Bednarkiewicz, A. Warfołomiejew, G. Janisławski, P. Blajer, M. Mikołajczyk, S. Rymar, B. Szlanta, J. Kwietnicki, T. Przeciechowski, H. Rossa, E. Nowak.

Prezes St. Rymar podziękował wszystkim kolegom za udział w pracach komisji regulaminowej jak i twórczy wkład w dyskusji, która doprowadziła do uchwalenia regulaminu aplikacji i egzaminu adwokackiego.

Przeprowadzona została dyskusja w związku z przyjętym do rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny wniosku o stwierdzenie nieważności uchwał NRA z 17 kwietnia 1999 r. i 9 października 1999 r., dotyczących tajnej i świadomej współpracy adwokatów z organami bezpieczeństwa w latach 1944–1990. Dyskutanci opowiedzieli się za utrzymaniem dotychczasowej linii postępowania adwokatury.

Przybyły na posiedzenie plenarne NRA podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości Sylwiusz Królak przedstawił zebrany stanowisko Ministerstwa w sprawach związanych z funkcjonowaniem prawniczych samorządów zawodowych. W obszernym wywodzie minister S. Królak stwierdził, że nie uległo zmianie, a nawet zostało ugruntowane stanowisko braku potrzeby poszerzania już istniejących uprawnień Ministra Sprawiedliwości w stosunku do samorządu adwokackiego. Samorząd adwokacki ma swoją wieloletnią tradycję. Korporacja ma prawo do wyboru najlepszych kandydatów do adwokatury. Jest to stanowisko Ministra Sprawiedliwości, ale nie może on mówić w imieniu całej Rady Ministrów. Do wystąpienia odnieśli się w dyskusji adw. adw.: Zbigniew Dyka, Jacek Trela, Grzegorz Janisławski, Wojciech Hermeliński, Włodzimierz Łyczywek. Odpowiadał minister Sylwiusz Królak.

Obecnie w Polsce kadra sędziowska orzecznicza kształtuje się na poziomie 8500 etatów, kształci się ok. 1500 aplikantów sądowych. Prokuratorów jest ok. 5000.

Na pytanie, dlaczego nie wszędzie wypłacane są adwokatom w terminie wynagrodzenia za urzędówki minister odpowiedział, że w 2002 roku zastępstwo z urzędu kosztowało budżet 80 mln zł, z różnych tytułów zaległości za rok 2002 wyniosły 140 mln zł. W tym roku do budżetów sądów wpłynęło więcej pieniędzy niż w 2002 r. Coraz częściej podejmowana jest problematyka reorganizacji systemu obron z urzędu, rozwiązania tego problemu w taki sposób, by środki publiczne były wydawane na czas, w miarę potrzeby i w sposób gwarantujący najwyższy poziom praw procesowych, jakie posiada obywatel.

Rzecznik dyscyplinarny NRA adw. Jerzy Naumann poinformował zebranych o wszczętych sprawach dyscyplinarnych w 2002 r. Nie wzrosła liczba spraw, w których zastosowano wobec adwokatów tymczasowe aresztowanie. Występuje zjawisko, chyba niepożądane, spraw kwalifikowanych do postępowania wyjaśniającego a rozpoznawanych w postępowaniu skargowym. Pojawiły się już w związku z tym skargi na sposób załatwienia skargi. Należy też wypracować jednolitą politykę od-

noszenia się przez pion dyscyplinarny do adwokatów, wobec których wszczęto postępowanie karne. Nie zawsze wszczęcie postępowania karnego powinno automatycznie skutkować zawieszeniem adwokata w czynnościach, ale rozbieżność traktowania podobnych spraw w różnych izbach jest zbyt duża, aby na to zjawisko zamknąć oczy.

Prezes Wyższego Sądu Dyscyplinarnego adw. Jan Ciećwierz złożył sprawozdanie z prac sądu. W 2002 roku WSD rozpoznał 41 spraw, z których w 38 zapadły orzeczenia kończące postępowanie. WSD nie ma żadnych zaległości. Wszystkie sprawy są rozpatrywane na bieżąco.

Oba sprawozdania zostały przyjęte przez NRA do wiadomości.

Prezes St. Rymar podniósł, że adwokatura winna wystrzegać się wszelkich działań, które w odbiorze społecznym mogłyby mieć negatywny oddźwięk. Należy wystrzegać się takich działań, które mogłyby uchodzić za nepotyzm.

Adw. A. Siemiński, sekretarz Prezydium NRA stwierdził, że dwa kontrowersyjne projekty ustaw, o samorządach i zmianie ustawy o adwokaturze (projekt PIS), zdominowały dzisiejsze posiedzenie.

O potrzebie zwołania Nadzwyczajnego Zjazdu Adwokatury wypowiedziały się Okręgowe Rady Adwokackie w Warszawie, Lublinie, Bydgoszczy i w Poznaniu. Uchwały Okręgowych Rad Adwokackich w Łodzi, Rzeszowie i Siedlcach skierowały do NRA apel o podjęcie działań zmierzających do zanegowania tych projektów i podjęcie starań o niedopuszczenie do uchwalenia projektów obu ustaw.

Prezes St. Rymar zaproponował powołanie zespołu do opracowania strategii w związku z projektami ustaw niekorzystnych dla adwokatury i zagrożeniami, jakie projektowane zmiany niosą. Poprosił o zabranie głosu byłego Prezesa NRA adw. Czesława Jaworskiego.

Adw. Cz. Jaworski w obszernym, merytorycznym wystąpieniu wypowiedział się przeciwko zwołaniu Nadzwyczajnego Zjazdu Adwokatury. Poprzedni Nadzwyczajny Zjazd w 1996 roku był zwołany w najlepszym z możliwych terminów. Odniósł pełny sukces. Zostały utrzymane wszystkie funkcje i kształt adwokatury, które obecnie posiada. Teraz sytuacja jest inna. Państwo poszukuje innej formuły samorządu adwokackiego, która dla nas jest nie do przyjęcia. Państwo widzi duże liczby młodych ludzi szukających dostępu do zawodu. Chce problem bezrobocia absolwentów prawa zrzucić na barki samorządu adwokackiego. Dopóki gospodarka krajowa nie ruszy z miejsca i nie dojdzie do zmian w sensie globalnym, to w gruncie rzeczy nic w Polsce nie będzie się dziać pozytywnie. Zwołanie Nadzwyczajnego Zjazdu jedynie w celu wymiany poglądów nic nie da.

W dyskusji wzięli udział adw. adw.: M. Zdasiuk, Z. Dyka, B. Szlanta, S. Szufel, G. Janiśławski, A. Marcinkowski, E. Rzepka, R. Żuk, J. Naumann, St. Rymar, T. Przecichowski, Z. Marciniak. W zasadzie tenor dyskusji był przeciwny zwoływaniu Nadzwyczajnego Zjazdu już w chwili obecnej. Jednakże istniejące zagrożenia dla samorządności adwokatury powodują konieczność zachowania pełnej mobilizacji środowiska.

W dalszym toku obrad, już w dniu 30 marca 2003 r. uczestnicy posiedzenia plenarnego rozważali problemy finansowe podniesione przez skarbnika adw. Piotra Senddeckiego. Podjęto stosowne uchwały, które są do wglądu w okręgowych radach adwokackich.

Poruszono w dyskusji problem publikacji w prasie tzw. rankingu firm.

Adw. Warfołomiejew uważa, że jest to wstęp do nowego spojrzenia i wyznaczenia linii demarkacyjnej między informacją, a reklamą. Pojęcie informacji powinno być „przybliżone do życia”, a nie określane według skostniałych kryteriów.

Adw. Marcinkowski uważa, że adwokat prowadzący jednoosobową kancelarię nie ma żadnych szans zaistnienia w takim rankingu.

Prezes St. Rymar na wiadomość, że 3 czołowe firmy prawnicze mają biura w jednym z dużych miast stwierdził, że trzeba sprawę przeanalizować, należy jednak uwzględnić, że sieci międzynarodowe mają filie w dużych miastach i należy umożliwić polskim kancelariom pracę na podobnych warunkach.

Na zakończenie na wniosek Prezesa NRA zebrani uczcili minutą ciszy pamięć adw. Aleksandra Łopatka, niedawno zmarłego wybitnego działacza samorządowego.

*Andrzej Bąkowski*

## Z PRAC PREZYDIUM NRA

W dniu 25 lutego 2003 r. odbyło się kolejne 30 posiedzenie Prezydium NRA w obecnej kadencji. Do ważniejszych prac podjętych na posiedzeniu należały następujące sprawy:

Prezes NRA adw. Stanisław Rymar złożył informację o spotkaniu z Dziekanem Wydziału Prawa Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie prof. dr. hab. Cezarym Mikiem oraz innymi przedstawicielami tegoż Uniwersytetu. Podczas tego spotkania uzgodniono formy instytucjonalnej współpracy Uniwersytetu i NRA. Jest to pierwsza tego rodzaju inicjatywa, jaka wyszła ze środowiska uniwersyteckiego. Po dyskusji zapadła uchwała o podjęciu współpracy.

Następnie Prezes St. Rymar poruszył zagadnienie niewłaściwej – jego zdaniem – formy, w której Przewodniczący Komisji Śledczej Sejmu odnosił się do dwu pełnomocników, adwokatów asystujących Lwu Rywinowi w dniach 21 i 22 lutego 2003 r. podczas posiedzenia Komisji. Lekceważące potraktowanie adwokatów winno spotkać się z oceną Prezydium. Wywiązała się dyskusja, podczas której Rzecznik Dyscyplinarny NRA adw. J. Naumann wypowiedział się przeciwko podejmowaniu w tej mierze uchwały. Jego zdaniem, niestosowne zachowania miały miejsce z obu stron, a ponadto pełnomocnicy – adwokaci nie zrozumieli należycie swojej roli, której nie można oceniać w świetle k.p.k., tylko stosownego regulaminu Sejmu.

Pozostali członkowie Prezydium na ogół zgodzili się, że uchwałę trzeba podjąć bez oceny merytorycznej zasadności prezentowanych stanowisk. Zapadła uchwała wyrażająca pogląd, iż wykonywanie czynności zawodowej przez adwokata winno spotykać się z należytą powagą i zrozumieniem. Treść tej uchwały została opublikowana w „Palestrze” nr 3–4/2003, s. 265.

Przyjęto propozycję współorganizowania XVIII corocznego Kongresu European Lawyers Union w Polsce.

Sekretarz NRA adw. A. Siemiński złożył sprawozdanie z Konferencji w Ministerstwie Sprawiedliwości w dniu 22 lutego 2003 r. na temat „Sytuacja ofiar przestępstw w Polsce dzisiaj i jutro”, a nadto poinformował o piśmie Podsekretarza Stanu p. Marka Staszaka zawierającego rozporządzenie w sprawie szczegółowego trybu doręczania pism sądowych przez pocztę w postępowaniu cywilnym. Opinię w tej mierze opracował Wiceprezes NRA adw. dr hab. A. Kubas i została ona Ministerstwu przesłana.

Załatwiono szereg spraw związanych z udzielaniem pożyczek na remonty zgodnie z regulaminem funduszu inwestycyjno-remontowego oraz dofinansowaniem przedsięwzięć, w których tradycyjnie adwokatura uczestniczy (Skilex, Dni Prawnicze).



Posiedzenie Prezydium NRA w dniu 11 marca 2003 r. rozpoczęło się od podjęcia kilku decyzji personalnych w związku ze złożonymi odwołaniami od uchwał ORA.

Nadto zebrani uzyskali informację, że istnieje projekt PiS dotyczący zmian w Prawie o adwokaturze. Projekt ten nie został NRA doręczony.

Członek Prezydium NRA adw. A. Sandomierski, który uczestniczył w dniu 6 marca 2003 r. w spotkaniu przedstawicieli samorządów z Ministrem Hausnerem w sprawie projektu ustawy o samorządach, przekazał zebranim informację o przebiegu konferencji. Istnieje już obecnie czwarta wersja robocza tego projektu. Zadecydowano, że zarówno informację o zmianach Prawa o adwokaturze jak i w ustawie o samorządach należy niezwłocznie przesłać wszystkim ORA.



Prezydium NRA w dniu 25 marca 2003 r. zajmowało się m.in. sprawami wynikłymi z artykułów i doniesień prasowych związanych z adwokaturą i adwokatami. Adw. adw. Jerzy Naumann i Piotr Sendeci zwrócili uwagę na konieczność wystrzegania się przez organa adwokatury w sprawach personalnych (przyjęć na aplikację, egzaminy) decyzji wprowadzających legalnych, ale bulwersujących opinię publiczną. Daje to bowiem prasie i innym mediom asumpt do przedstawiania wizerunku adwokatury w niewłaściwym świetle. Następnie odbyła się dyskusja nad ewentualnym zwołaniem Nadzwyczajnego Zjazdu Adwokatury, celem przedstawienia ogółowi adwokatów zagrożeń samorządności wynikających z projektu PiS. Przeważało stanowisko, iż kwestię zwołania Zjazdu należy przedstawić na najbliższym plenarnym posiedzeniu NRA w dniach 28–30 marca 2003 r.

Adw. adw. W. Hermeliński, A. Siemiński złożyli sprawozdania z Konferencji Międzynarodowych w Mińsku i Brukseli oraz Chorwacji.

Prezes St. Rymar m.in. poinformował o spotkaniu z Podsekretarzem Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości panem Tadeuszem Wołkiem w związku z trudną sytuacją zalegania spraw w sądach stołecznych. Minister T. Wołek prosił o zrozumienie i życzliwe odnoszenie się do wyznaczania rozpraw sądowych w godzinach popołudniowych.



Na posiedzeniu Prezydium NRA w dniu 8 kwietnia 2003 r. powołano adw. Marka Mazurkiewicza na zastępcę Przewodniczącego Centralnego Zespołu Wizytatorów w związku ze śmiercią ś.p. adw. Aleksandra Łopatka, który tę funkcję pełnił do niedawna.

Prezydium NRA uchyliło uchwałę jednej z okręgowych rad adwokackich ustalającą wysokość opłat wpisowych od prawników zagranicznych ubiegających się o wpis na listę – na kwotę 20 000 euro. Uchwała w tej mierze podjęta jest sprzeczna z ustawą o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej i narusza zasadę równości traktowania wynikającą z tej ustawy a nadto jest sprzeczna z zasadami etyki.

Uzgodniono potrzebę spotkania z posłem PiS panem J. Kaczyńskim.

Wiceprezes W. Hermeliński zreferował raport z wizyty w Polsce w dniach 18–22 listopada 2002 r. opracowany przez Komisarza Praw Człowieka Rady Europy p. Alvaro Gil-Roblesa dla Komitetu Ministrów i Zgromadzenia Parlamentarnego w Brukseli. W raporcie w części poświęconej systemowi penitencjarnemu Komisarz zwrócił uwagę na skargi w przedmiocie niedostatecznego dostępu do adwokatów zgłaszane przez osadzonych w zakładzie karnym Warszawa–Białoleka – w sprawach z urzędu.

Prezydium po dyskusji, na skierowane do niego pytanie jednej z ORA, zdecydowało zagadnienie korzystania przez aplikantów na egzaminie adwokackim z programów komputerowych zawierających bazę danych, pozostawić do uznania okręgowych rad adwokackich.

Rzecznik Dyscyplinarny adw. J. Naumann zwrócił uwagę na falę zdarzeń medialnych w niekorzystnym świetle stawiających adwokaturę. Fakty i wypowiedzi adwokatów bywają zniekształcane. Prezydium powołało zespół pod przewodnictwem Wiceprezesa NRA adw. dr. A. Kubasa dla opracowania strategii wobec zagrożeń podważających samorządność adwokatury.

Redaktor Naczelny „Palestry” adw. St. Mikke zreferował przygotowania do obchodów 85-lecia Adwokatury Polskiej. Obchody odbędą się 10 grudnia 2003 r. na Zamku Królewskim w Warszawie.



W dniu 29 kwietnia 2003 r. w posiedzeniu Prezydium NRA wzięli udział zaproszeni członkowie Prezydium ORA w Warszawie z Dziekanem adw. Jackiem Trelą.

W posiedzeniu uczestniczyli zaproszeni posłowie PiS: dr Jarosław Kaczyński i Przemysław Gosiewski. Ze środowiska partii PiS wyszedł projekt nowego Prawa o adwokaturze. Prezes adw. St. Rymer dokonał krótkiego wprowadzenia do dyskusji stając na stanowisku, iż dotychczasowe rozwiązania ustawowe Prawa o adwokaturze należyście służą społeczeństwu. Bez samorządu adwokatury trudno sobie wyobrazić wykonywanie przez adwokatów ich roli i obowiązków zawodowych. Niedopuszczalne jest, by adwokatura nie miała wpływu na dobór kandydatów do zawodu.

Prezes PiS Jarosław Kaczyński stwierdził, że po raz pierwszy jest na spotkaniu z adwokaturą, przyszedł z zamiarem dyskusowania możliwości ewentualnych korekt w treści ustawy. Wskazał na trzy przesłanki nowego projektu ustawy Prawo o adwokaturze: 1) system przyjmowania kandydatów na aplikację; 2) przesłanki gospodarcze takie jak obniżanie kosztów obsługi prawnej; 3) dostęp do sądów i ochrony prawnej dla szerokiej rzeszy ludzi ubogich. W wystąpieniu J. Kaczyński poruszył małą dostępność do zawodów prawniczych, kryzys adwokatury w wymiarze moralnym: związki i relacje adwokatury ze światem przestępczym.

W dyskusji zabrał głos poseł Przemysław Gosiewski. Zasadniczym celem projektu jest integracja z Unią Europejską. Większość młodzieży prawniczej jest pozbawiona uprawnień zawodowych, a co za tym idzie nie może wykonywać zawodów na terenie UE.

Adwokat Andrzej Orliński poruszył sprawę kosztów obsługi adwokackiej. Ze sprawozdań Izby Adwokackich wynika iż wielka liczba adwokatów utrzymuje się ze spraw „z urzędu”. Biorąc pod uwagę koszty utrzymania działalności adwokackiej okazuje się, że w wielu wypadkach jest ona na granicy opłacalności.

Adw. Jacek Trela Dziekan ORA w Warszawie odniósł się do trzech tez wymienionych przez posła J. Kaczyńskiego. W ocenie adwokatury liczba adwokatów jest wystarczająca dla obsługi klientów. Odnotowujemy na rynku usług prawniczych bezrobocie. Konkurencja w zawodzie adwokata nie jest najważniejsza i nie jest elementem wiodącym. Adwokatura to również etyka, a nie tylko rynek. Dostępność do sądu leży w rękach sądu. To on decyduje, czy i komu potrzebna jest pomoc „z urzędu” opłacana przez Państwo. Nie można z jednostkowych faktów demoralizacji adwokatów wyciągać negatywnej opinii rzutującej na całe środowisko. Walczymy z patologią.

Wiceprezes NRA adw. dr hab. A. Kubas stwierdził, że myślenie, iż prawa rynku będą decydować o „być albo nie być adwokata”, jest chybione. Urzędniczy system naboru do zawodu (megakomisja z projektu PiS) stworzy możliwość manipulacji. Dlaczego media rozmawiają tylko z tymi, którzy nie dostali się na aplikację w wyniku konkursu, a nie z tymi, którzy konkurs przeszli pomyślnie? Egzamin adwokacki jest trudny i takim ma być. Ludzie nie dlatego unikają angażowania adwokata, że ich na to nie stać. Uważają że w inny sposób ich sprawa może być załatwiona.

Adw. Włodzimierz Barański wyraził zdziwienie, że projekt ustawy o adwokaturze wyszedł ze środowiska Prawa i Sprawiedliwości. Zwrócił uwagę na patologię wymiaru sprawiedliwości, która nie pochodzi od adwokatury.

Adw. Witold Abert stwierdził, że zarówno projekt rządowy jak i PiS zmierzają do likwidacji samorządności adwokatury. Adwokatura musi być zawodem liczbowo rozsądnie regulowanym, gdyż ściśle się to wiąże z interesem społecznym i zachowaniem zasad etyczno-moralnych korporacji.

Adw. Jerzy Naumann: czytając projekt odnosi się wrażenie, że zawarty jest w nim pomysł odbierania samodzielnego kształtowania i weryfikowania kryteriów przydatności do zawodu. Jeśli w komisji egzaminacyjnej na 15 członków tylko 3 ma wyłaniać adwokatura, to problem ten rysuje się jednoznacznie. Nie ma obecnie masowego przechodzenia sędziów czy prokuratorów do zawodu adwokackiego. Świadczy to wszystko o tym, iż rynek usług adwokackich jest nasycony. Nie ma potrzeby ulegania wzorcom amerykańskim w kształtowaniu adwokatury. Tam adwokaci mają fatalną opinię, nie mają zaufania publicznego, podczas gdy adwokat polski, na szczęście, ciągle jest osobą publicznego zaufania.

Prezes J. Kaczyński w odpowiedzi na głosy dyskusji stwierdził, że podniesione argumenty zostaną wzięte pod uwagę przy wnoszeniu ustawy. Nie odniósł wrażenia, że usługi adwokackie są tanie. Musi istnieć system weryfikacji usług adwokackich i samych adwokatów. Nie uważa, aby możliwy był nawrót do funkcjonowania adwokatury jak w latach 50. ubiegłego wieku.

W dalszym ciągu obrad Prezydium, pod nieobecność posłów, Prezes NRA adw. Stanisław Rymar wyraził pogląd, że adwokatura powinna pozostawać w gotowości do głośnego wyrażenia protestu przeciwko projektowi zagrażającym bezpośrednio samorządności adwokatury. Powiedział, że Nadzwyczajny Zjazd Adwokatury powinien być bardzo dobrze przygotowany i odbyć się w takim terminie, aby najlepiej mógł się przysłużyć obronie samorządności korporacji.

*Andrzej Bąkowski*



Z okazji 90. rocznicy urodzin dr. Jana Nowaka-Jeziorańskiego prezes NRA adw. Stanisław Rymar skierował na Jego ręce życzenia:

*Pan*

*Jan Nowak-Jeziorański*

*Wielce Szanowny Panie,*

*Z okazji 90. urodzin proszę przyjąć najlepsze życzenia zdrowia i wszelkiej pomyślności.*

*Zarówno ja osobiście jak i moje Koleżanki i Koledzy z palestry, mamy ogromny szacunek i podziw dla Pana – wielkiego Człowieka i patrioty, którego całe życie stało się wzorem dla kilku pokoleń Polaków. Niezlomność, upór i konsekwencja w dążeniu do przywrócenia niezawisłości naszego państwa, odwaga i kultura polityczna, wiara, że dobro musi zwyciężyć zło, wzmacniało w środowisku adwokatów przekonanie, że wypracowane w naszej korporacji demokratyczne zasady będą,*

być może w przyszłości, punktem odniesienia, jednym ze źródeł wiedzy dla tworzenia demokracji w Polsce.

Jest niekwestionowanym autorytetem dla milionów Polaków tu nad Wisłą i na wszystkich kontynentach.

Przywoływane przez Pana wartości, takie jak ojczyzna, patriotyzm, sprawiają, że decyzje, które wkrótce będziemy musieli podjąć w sprawie przystąpienia naszego kraju do Unii Europejskiej przekładają się w każdym z nas na imperatyw kategoryczny, stając się jednocześnie przejawem odzyskiwanej świadomości zbiorowej Polaków.

I za to wszystko adwokaci dziękują Panu.

Z wyrazami największego szacunku  
Stanisław Rymar

★

Adw. Stanisław Rymar Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej wystosował do pana Philippe Kirsch'a nowo wybranego Przewodniczącego Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze list gratulacyjny.

Szanowny Panie Przewodniczący

Proszę przyjąć moje gratulacje z okazji wyboru Pana na Przewodniczącego Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Utworzenie Międzynarodowego Trybunału Karnego pierwszego stałego, opartego na traktacie międzynarodowego sądu karnego, zajmującego się promowaniem rządów prawa jest wydarzeniem wielkiej, historycznej wagi.

Chciałbym podkreślić, że Naczelna Rada Adwokacka, jako członek International Criminal Bar, od początku aktywnie uczestniczyła w organizowaniu i rozwijaniu systemu pomocy prawnej osobom stojącym przed Trybunałem.

Życzę Panu Prezydentowi wszelkiego najlepszego, satysfakcji z pełnienia funkcji Przewodniczącego i sędziego Trybunału oraz wielu sukcesów zawodowych.

Z poważaniem  
adw. Stanisław Rymar  
Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej

W odpowiedzi Przewodniczący Międzynarodowego Trybunału Karnego Philippe Kirsch nadesłał list o następującej treści:

Szanowny Panie Prezesie,

Dziękuję za bardzo miły list z okazji mojego wyboru na Przewodniczącego Międzynarodowego Trybunału Karnego i wyrazy poparcia w chwili, gdy podejmuję się

pełnienia tej odpowiedzialnej funkcji. Bardzo cenię sobie stanowisko Naczelniej Rady Adwokackiej.

Jestem w pełni świadomy historycznej roli Trybunału a także tego, jak ważne będą pierwsze lata jego istnienia. Zapewniam Pana, że nie będę szczędził wysiłku, aby Trybunał spełnił pokładane w nim przez tak wielu ludzi nadzieje i oczekiwania.

Pozostaję z poważaniem  
Philippe Kirsch



W związku z publikacją w „Kronice” wydawanej przez ORA w Łodzi Prezes NRA adw. Stanisław Rymar skierował następujące pismo:

W związku z informacją zawartą w tekście zamieszczonym w Piśmie Izby Adwokackiej w Łodzi „Kronika”, nr 22, maj 2003 pt. „Nagonka na adwokaturę czyli uzasadnienie inicjatywy ustawodawczej” autorstwa adw. Zbigniewa Wodo jakoby na konferencji zwołanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP oraz Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej w kwietniu 2002 r. na temat „Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja vs. wolność wykonywania zawodu” nie zakwestionowałem błędnej interpretacji art. 17 Konstytucji RP, jaką podał zebrany Marszałek Senatu Longin Pastusiak oświadczam, iż:

prawdą zawartą w cytowanym tekście jest to, że brałem udział w tej konferencji. A brałem w niej aktywny udział i w sposób bardzo zdecydowany podkreśliłem rolę samorządu adwokackiego i rolę adwokata obrońcy.

Istotną część swojego wystąpienia poświęciłem problemowi adwokatury jako zawodu zaufania publicznego podnosząc argument, że o zakwalifikowaniu adwokatury do zawodów zaufania publicznego nie decyduje zamieszczenie odpowiedniego sformułowania w ustawie Prawo o adwokaturze (przypominając błędne stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w jednym z orzeczeń), ale sama istota adwokatury.

Po moim wystąpieniu nie było głosów kwestionujących przedstawioną tezę, wręcz przeciwnie reakcje ekspertów: prof. Michała Kuleszy, prof. Pawła Sarneckiego potwierdziły moje stanowisko.

Tego rodzaju informacja jak zamieszczona w „kronice” ukazująca się w tak trudnym dla adwokatury momencie, szkodzi interesowi całego środowiska.

Prezes Naczelniej Rady Adwokackiej  
(–)  
Adw. Stanisław Rymar

## Konferencja prasowa w Naczelnej Radzie Adwokackiej 3 kwietnia 2003 r. na temat: „Droga do advokatury”

W dniu 3 kwietnia 2003 r. odbyła się w siedzibie NRA w Warszawie konferencja prasowa pt. „Droga do advokatury” zorganizowana w związku z przygotowanym przez Klub Poselski „Prawa i Sprawiedliwości” projektem ustawy, zmieniającej ustawę Prawo o advokaturze.

W konferencji wzięli udział adw. adw.: Stanisław Rymar – prezes NRA, Andrzej Kubas – wiceprezes NRA, Ewa Stawicka – członek NRA, Czesław Jaworski – b. prezes NRA, Jacek Trela – dziekan ORA w Warszawie oraz Agnieszka Metelska – rzecznik prasowy NRA.

Na konferencję przybyli:

|                            |                      |
|----------------------------|----------------------|
| Małgorzata Snakowska       | TVP1                 |
| Wojciech Wilczyński        | TVP3                 |
| M. Kolińska-Dąbrowska      | Polskie Radio PRI    |
| Magda Bednarek             | Rzeczpospolita       |
| Ewa Siedlecka              | Gazeta Wyborcza      |
| Marta Pionkowska           | Gazeta Prawna        |
| Marcin Dzierżanowski       | Życie Warszawy       |
| Anna Rokicińska            | Polskie Radio PR III |
| Dariusz Prosiecki          | Radio Zet            |
| Piotr Wardziak             | Radio PIN            |
| Danuta Staczyńska-Rosiecka | PAP                  |
| Albert Stawiszyński        | Puls Biznesu         |
| Ewa Skrzypkowska           | Edukacja Prawnicza   |
| B. Falkowska               | IAR                  |
| Artur Janso                | Radio Puls           |
| Małgorzata Terlikowska     | Radio Puls           |
| Zenon Boraszewicz          | Nasz Dziennik        |
| Mariusz Pleśniewski        | Radio Niepokalanów   |
| Anna Józefowicz            | Radio ESKA           |

Poniżej przedstawiamy skróty wypowiedzi niektórych uczestników konferencji:

PREZES NRA, ADW. STANISŁAW RYMAR:

Chciałbym bardzo serdecznie podziękować państwu za skorzystanie z zaproszenia NRA. Nie będę sugerował tego, co dziennikarze powinni wynieść z konferencji i czego powinni się dowiedzieć słuchacze i czytelnicy. Naczelna Rada Adwokacka nie ma nic do ukrycia, ani do narzucenia. Chcielibyśmy przedstawić stan rzeczy, jaki istnieje i fakty, z których państwo będą mogli wyciągnąć odpowiednie wnioski i być może zweryfikować obiegowe prawdy, obiegowe opinie o zawodzie

adwokata i dostępności do tego zawodu, o rzeczywistych potrzebach zwiększenia liczby adwokatów.

Wczoraj na konferencji prasowej zwołanej przez pana prezydenta i pana premiera, dominował temat Unii Europejskiej. Będzie dominował co najmniej do czerwca br., i co najmniej przez najbliższe kilkanaście miesięcy. Nawiązę więc do Unii Europejskiej i tych zasad, jakie obowiązują adwokatów państw, które już są członkami tej organizacji. Po rozszerzeniu Unii tych zasad będą musieli przestrzegać również adwokaci polscy.

Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Unii Europejskiej opracowała już dawno i na bieżąco weryfikuje zasady Kodeksu Etycznego dla Prawników Unii Europejskiej. W najnowszym opracowaniu Kodeksu Etycznego już na wstępie mówi się o pozycji adwokata w społeczeństwie:

„W społeczeństwie zbudowanym na zasadach państwa prawa adwokat ma do wypełnienia szczególną rolę. Jego obowiązków nie wyczerpuje należyte i mieszczące się w prawnie określonych granicach wykonywanie zleconych mu czynności. Spoczywają na nim niezbywalne obowiązki zarówno w stosunku do wymiaru sprawiedliwości, jak i w stosunku do tych, których prawa i wolności zostały powierzone jego pieczy. Adwokat powinien zatem nie tylko dochodzić interesów swoich klientów, ale także stawać się jednocześnie ich doradcą. Pozycja adwokata nakłada nań zatem cały szereg obowiązków, zarówno natury prawnej, jak i moralnej, a m.in. w stosunku do społeczeństwa, dla którego istnienie wolnego, niezależnego i samorządnego zawodu, stanowi podstawowy środek ochrony praw ludzkich w ich zetknięciu z władzą państwową oraz z innymi kategoriami interesów odgrywających społeczną rolę”.

To tylko fragment zasad ogólnych, które mówią także wyraźnie o niezależności adwokata od wszelkich wpływów, o uczciwości i rzetelności, zaufaniu i wiarygodności, zachowaniu tajemnicy zawodowej – która jest zasadniczym prawem i zarazem obowiązkiem adwokata.

Są to drogowskazy również dla polskich adwokatów i jako samorząd musimy kontrolować naszych kolegów i dążyć, aby po złożeniu przysięgi na wierność zasadom adwokatury i państwa prawa, przestrzegali ich skrupulatnie.

WICEPREZES NRA, ADW. DR HAB. ANDRZEJ KUBAS:

Przedstawię państwu nasze stanowisko w kwestii zasadniczej: krytycznego stosunku do – błędnego naszym zdaniem – projektu ustawy, złożonego przez Prawo i Sprawiedliwość. Projekt, nie ukrywają tego autorzy, oparty jest na pewnych ideologicznych przesłankach, których nie podzielamy. Wynika on bowiem z zasadniczo krytycznego stosunku do instytucji samorządu zawodowego w ogóle.

Sposób myślenia o państwie i społeczeństwie, jaki jest prezentowany w tym projekcie ustawy, zmierza do rozszerzenia zakresu działania państwa i praktycznie do wyeliminowania samorządu zawodowego. Twórcy projektu ustawy nie ukrywają, że jest to „część” większej całości a mianowicie wstęp do wyeliminowania tzw. sa-

morządowego, czy też jak niektórzy to określają korporacyjnego sposobu organizowania się niektórych zawodów w naszym kraju.

Uważamy, że założenie generalnie polegające na tym, iż samorządy zawodowe są złem samym w sobie i że w miejsce funkcjonowania samorządów zawodowych powinno się wprowadzić organy państwa, jest założeniem politycznie i ideologicznie wadliwym. Mylne jest bowiem przekonanie o tym, że onnipotencja państwa jest zawsze rozwiązaniem najlepszym, ponieważ państwo i jego funkcjonariusze wszystko zrobią lepiej, niż ci, którzy urzędnikami państwowymi nie są.

Autorzy podają motywy, które nimi kierowały: przede wszystkim otworzyć drogę do tzw. wolnych zawodów prawniczych wielotysięcznej rzeszy absolwentów prawa. Bez takiej reformy, z powodu monopolistycznej, egoistycznej, a w konsekwencji aspołecznej polityki samorządu adwokackiego, radcowskiego czy notarialnego – dostęp młodej, zdolnej rzeszy ludzi do zawodu – wg twórców projektu – jest niemożliwy.

Wreszcie mówi się o tym zupełnie wprost w uzasadnieniu projektu, że funkcjonowanie samorządu adwokackiego w odniesieniu do polityki personalnej czyli naboru i egzaminu końcowego – czyli sprawdzania efektów szkolenia – jest przejawem patologii! Przy czym twórcy nie wskazując na czym owa patologia polega, odwołują się chętnie do opinii mediów, twierdząc, że preferowani są kandydaci z rodzin adwokackich.

Co nam proponuje projekt Prawa i Sprawiedliwości? Lekarstwo, które moim zdaniem jest stokroć gorsze niż choroba, której pewne objawy zawsze istnieją. Nieprawidłowości medialnie nagłaśniane, a potem są traktowane przez społeczeństwo jako prawdziwy obraz całego adwokackiego środowiska i wszystkiego co ono robi.

Zdarzają się, tak jak w każdej działalności, i w naszej działalności błędy, które trzeba wytknąć, wyeliminować. Natomiast absolutnie nie zgadzamy się z tym, aby skala tych błędów przekreślała samą ideę samorządu, sam sposób realizowania przez samorząd jego funkcji. PiS proponuje wprowadzenie w miejsce naboru prowadzonego do tej pory przez organy samorządu adwokackiego, egzamin komisyjny prowadzony przez jedną centralną komisję państwową, złożoną z dwudziestu kilku osób.

Komisja miałaby przeprowadzać raz w roku egzamin sprawdzający, konkurs na aplikację adwokacką dla co najmniej 5–6 tys. osób. Oczywiście liczba ta wzrastałaby w postępie arytmetycznym z roku na rok, ponieważ nasze uczelnie prawnicze produkują od 8 do 10 tys. absolwentów rocznie. Studentów jest ok. 80 tys. we wszystkich uczelniach prawniczych. Z tego zdecydowana większość na studiach płatnych.

Sąd przyjmuje na aplikację około 800 osób i liczba ta będzie maleć, ponieważ liczba etatów w sądzie wynosząca obecnie około 8,5 tys. sędziów, nie przekroczy 10–10,5 tys. Potrzeby kadrowe sądów wypełnione zostaną w ciągu najbliższych trzech lat.

Prokuratura przyjmuje rocznie zaledwie 200 osób w skali kraju. A przed bramami wymiaru sprawiedliwości stanąć ma wedle obecnych danych co najmniej kilka

tysięcy wykształconych prawników. Gdzie w najbliższej przyszłości będzie mogła znaleźć zatrudnienie tak liczna rzesza absolwentów wydziałów prawa?

Winni są ci, którzy organizują odpłatne studia prawnicze stojące nieraz na niskim poziomie, i którzy nie mówią studentom na początku, że będą mieli problemy ze znalezieniem pracy w wymiarze sprawiedliwości, że prawnik to nie jest człowiek, który musi znaleźć zatrudnienie w wymiarze sprawiedliwości. On może pracować wszędzie, bo prawnik to nie jest zawód. Prawnikiem to jest wykształcenie, a zawód zdobywa się wykonując jakikolwiek zawód prawniczy. Oczywiście, że marzeniem każdego młodego człowieka, który kończy studia jest być w wymiarze sprawiedliwości. Tak go przygotowały do tego media, jego wyobrażenie o tym, co chce osiągnąć dzięki studiom prawniczym. Mnie się wydaje, że początek tego dramatu tkwi w nadmiernej rozbudowie studiów prawniczych. Ale przejdźmy do tego, co Prawo i Sprawiedliwość proponuje.

Proszę państwa, Prawo i Sprawiedliwość proponuje, żeby taki egzamin był egzaminem przeprowadzonym przez komisję państwową dla kilku tysięcy ludzi i miałby być egzaminem tylko pisemnym, na wzór tych egzaminów, które dzisiaj przeważają na wyższych uczelniach. Proszę państwa, ja muszę powiedzieć, nie z uwagi na mój konserwatyzm i moje doświadczenie uniwersyteckie, że ta praktyka, która panuje na wyższych uczelniach, którą się chce przenieść do naszego zawodu wprowadzenia egzaminów wyłącznie pisemnych, bez kontaktu z egzaminowanym jest praktyką naśladującą wzorce amerykańskie, które się jednakowoż wzięły z zupełnie innych potrzeb związanych ze sposobem funkcjonowania tamtejszych uczelni, w odniesieniu do zawodów prawniczych, takich jak adwokat, czy radca prawny, jest to koncepcja chybiona. Na uczelniach jest zresztą także, i przynosi spadek poziomu wykształcenia, w odniesieniu do naszych warunków jest tym, co daje jedynie połowiczny obraz, ponieważ przeprowadzenie testu dla kilku tysięcy osób, testu wyboru, jak sobie możemy wyobrazić, polegającego na wypełnieniu odpowiedzi na kilkaset zapewne pytań, z których wybiera się jedną odpowiedź prawidłową, niczego nie mówi o przygotowaniu, a w każdym razie bardzo niewiele mówi o tym, czy ten ktoś jest przydatny, czy nie jest przydatny do wykonywania zawodu adwokata. Od adwokata wymaga się pewnego specyficznego, jeśli chodzi o testy czysto prawnicze, prawniczego sposobu myślenia, ale innego niż w innych zawodach prawniczych. A po drugie, wymaga się pewnych predyspozycji charakterologicznych, których w egzaminie pisemnym, w teście, sprawdzić nie można. Oczywiście nie jest tak, że my negujemy wartość testu pisemnego. My mówimy, że potrzebny jest nie tylko test pisemny, ale także bezpośredni kontakt z tym, który zdaje egzamin.

#### DZIEKAN ORA W WARSZAWIE, ADW. JACEK TRELA:

Izba Adwokacka w Warszawie jest największą Polsce: blisko 2 tys. adwokatów, z czego 1080 adwokatów wykonuje zawód czynnie. Szkolimy ok. 250 aplikantów adwokackich na wszystkich czterech latach, właściwie 3,5 latach aplikacji. Świad-

czy to o rozmiarze naszej izby i o rozmiarze problemu, dlatego zostałem zaproszony na dzisiajszą konferencję i chętnie odpowiem na państwa pytania.

Pan prezes Kubas przedstawił państwu krytyczne stanowisko: własne, Naczelnej Rady Adwokackiej oraz można powiedzieć advokatury w ogóle, wobec projektu poselskiego Prawa i Sprawiedliwości zmian w ustawie Prawo o advokaturze. Ja natomiast przedstawię państwu sprawy związane z naborem na aplikację, jej przebiegiem oraz egzaminem adwokackim.

Naczelna Rada Adwokacka we wrześniu ubiegłego roku uchwaliła nowy regulamin konkursu na aplikację adwokacką. Nowy dlatego, że ten poprzedni był poddawany krytyce społecznej, ale nie tylko zewnętrznej, również krytyce środowiskowej. My również widzieliśmy mankamenty tamtego regulaminu. W związku z tym zdecydowaliśmy się uchwalić nowy regulamin, który by wychodził naprzeciw różnym postulatam różnych środowisk. Ten nowy regulamin wszedł w życie 1 marca 2003 r., a zatem będzie już obowiązywał przy naborze w roku bieżącym. Co istotne: ujednolici on zasady naboru na aplikację adwokacką w całej Polsce. Nie będzie zatem tak, jak było do tej pory, że różne rady adwokackie w sposób odmienny organizowały konkurs na aplikację adwokacką. Obecnie możemy jasno powiedzieć, że wszystkich zdających czeka po pierwsze część pisemna egzaminu, czy konkursu, która ma charakter testu wyboru. To musi być test wyboru, nie żadne opracowanie tematu, które się trudniej weryfikuje. W teście musi być 100 pytań i jest określony czas na udzielenie odpowiedzi.

Za jedno pytanie, za prawidłową odpowiedź na każde pytanie, przysługuje 1 punkt. W ramach tego testu można maksymalnie uzyskać 100 punktów. Zostało również określone, to jest rzecz druga istotna, że uzyskanie minimum 85 punktów daje możliwość, czy daje przepustkę do drugiego etapu konkursu. Drugi etap konkursu to jest ustny egzamin, rozmowa z kandydatem, prowadzona przez 7-osobową komisję. Zostało przez regulamin dopuszczone to, że możliwy jest udział w pracach tej komisji, po pierwsze przedstawiciela Naczelnej Rady Adwokackiej w charakterze obserwatora oraz, również w takim samym charakterze, przedstawiciela środowisk akademickich. My chcemy otworzyć taką możliwość, ten regulamin daje taką możliwość, udziału szerszego, niż tylko środowiska adwokackiego w pracach takiej komisji. Jest również określona maksymalna ilość punktów, jakie mogą otrzymać kandydaci w ramach części ustnej, to jest od każdego egzaminatora maksimum 10 punktów. Jeżeli jest ich 7, a musi być 7 członków komisji, łatwo policzyć, że to jest 70 punktów oraz jest postanowione w regulaminie i ściśle sprecyzowane, jaka jest punktacja za tzw. – mówię w cudzysłowie – dodatkowe umiejętności. Mówię dlatego w cudzysłowie, bo chodzi o języki obce, ale również o doktorat z nauk prawnych, inne studia niż prawnicze ukończone, oraz stopień z obrony pracy magisterskiej na wydziale prawa. W ramach tych tzw. dodatkowych umiejętności, kandydat może uzyskać 11 punktów.

Otóż po pierwsze, nadwyżka ponad 85 punktów z części pisemnej, jest zaliczana kandydatowi do ogólnej punktacji. A zatem maksymalnie 15 punktów można

przenieść z części pisemnej na tę końcową punktację, plus maksymalnie 11 punktów za dodatkowe umiejętności, razem to daje 26 punktów. I teraz, co jest ważne, zostało również określone, odeszliśmy od limitu miejsc na aplikację. Mówimy, że wystarczy uzyskać 60 punktów, aby być rekomendowanym przez komisję okręgowej radzie adwokackiej do wpisu na listę aplikantów adwokackich. To teraz jeżeli mają państwo te wielkości: 60 punktów i 26 punktów z pierwszego etapu, bądź z dodatkowych umiejętności – łącznie mówię oczywiście o maksymalnej ilości punktów – to pozostaje w tej części ustnej uzyskać 34 punkty na 70 możliwych, a zatem mniej niż połowę, aby być przyjętym na aplikację adwokacką. Tak wygląda w skrócie ten regulamin, który będzie pierwszy raz w tym roku stosowany. Mam nadzieję, że on zda egzamin i że spowoduje, że pewne głosy niezadowolenia ucichną, bądź w każdym razie nie będą tak głośne, jak teraz.

Aplikacja adwokacka trwa 3,5 roku. Pierwsze pół roku aplikanci mają obowiązek odbyć praktykę w sądzie, bądź w prokuraturze. Po to, żeby poznać funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości nie tylko od strony ławy obrończej, czy ławy pełnomocników procesowych. To jest metoda sprawdzona, była stosowana do tej pory, jest zresztą zapisem ustawowym. Akceptujemy to i popieramy.

3,5 roku aplikacji to bardzo trudne lata: pracy i praktyki w kancelarii adwokackiej, albo w kancelarii adwokacko-radcowskiej, bądź w innych podmiotach, które zajmują się działalnością prawną oraz szkoleniem. Warszawskim aplikantom szkolenie teoretyczno-praktyczne zajmuje na przykład wszystkie soboty w roku. Od rana do popołudnia są prowadzone dla nich wykłady. Na to wszystko są wykładane pieniądze przez samorząd adwokacki.

I potem przychodzi egzamin adwokacki. Każda rada na terenie swojej izby adwokackiej, podejmuje uchwałę o dopuszczeniu aplikantów, poszczególnych osób, do egzaminu adwokackiego. Warunkiem dopuszczenia jest zdanie wszystkich egzaminów w trakcie szkolenia. Wszystkich kolokwiów. Niezdanie któregokolwiek z kolokwiów powoduje, że kandydat musi to uzupełnić i ubiegać się ponownie o dopuszczenie do egzaminu. Sam egzamin jest – jak mówi pan dr Kubas – bardzo trudny. Osobiście przewodniczę komisji od dwóch lat w izbie warszawskiej i muszę powiedzieć, że również mam pogląd taki, jak pogląd pana prezesa Kubasa, że to musi być trudny egzamin w interesie społecznym, dlatego że my nie możemy sobie pozwolić – my, to znaczy środowisko adwokackie – na wypuszczenie, czy wpuszczenie do naszych szeregów osób nieprzygotowanych do wykonywania zawodu. Jeżeli się chce poważnie – a my chcemy poważnie – traktować szkolenia aplikantów adwokackich i poważnie traktować wykonywanie tego zawodu, to egzamin adwokacki musi być egzaminem trudnym. Takim egzaminem jest i w Warszawie. Mogę państwu powiedzieć, w ostatnim roku, kiedy zdawało 50 osób, 3 osoby nie zdały egzaminu w pierwszym terminie, to znaczy dostały oceny niedostateczne. I tu pewnie państwa zaskoczę informacją: 2 spośród tych 3 osób to dzieci adwokackie.

Zarzuty, które się pojawiają w mediach o popieraniu się wzajemnie w ramach śro-

dowiska, są zarzutami niesprawdzalnymi. Odbieram te zarzuty jako zarzuty niesprawiedliwe, budowane często na plotkach i na przekór, a może na jakimś potocznym przekazie informacji, w żadnych razie nie mających uzasadnienia w rzeczywistości.

#### B. PREZES NRA, ADW. CZESŁAW JAWORSKI

Proszę Państwa, proszę o zwrócenie uwagi, że dobry ustawodawca z góry zakłada możliwość popełnienia błędów, czy nieprawidłowości. Jeśli państwo uważnie przeczytacie projekt PiS, on też zakłada, że mogą być nieprawidłowości. I powstaje pytanie, czy wystarczająco są zabezpieczone prawa człowieka, obywatela? Czy przed tymi nieprawidłowościami się obroni? W naszym przekonaniu system, który został zbudowany w naszej ustawie, daje całkowitą możliwość obrony interesu osoby, która uważa, że została skrzywdzona. Mnie się wydaje, że jak Państwo piszecie – zresztą macie absolutne prawo pisania na ten temat w sposób krytyczny, bo to tylko uczula organy samorządu adwokackiego na pewne nieprawidłowości – to byłoby dobrze jednak rzucić okiem na pewne statystyki wynikające z orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego. I muszę powiedzieć, że z orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego nie wynika, że system, który został przewidziany przez obowiązujące prawo, nie funkcjonuje. Czyli wychodzimy z takiego założenia, że jeżeli ten system prawidłowo funkcjonuje, jeżeli zdarzają się mimo wszystko jakieś niedoskonałości, to powinniśmy poprawiać w ramach tego systemu, a nie budować system zupełnie odmienny.

Muszę też powiedzieć, że mamy pewien obyczaj, już funkcjonujący w związku z działaniem różnych samorządów, i mamy również doświadczenie historyczne. W Polsce od roku 1945 obowiązywały ustawy, gdzie minister miał bardzo szerokie uprawnienia władcze w zakresie wpisu na aplikacje i na listy adwokackie. I wszyscy oceniamy ten tryb – nie my, jako adwokatura, lecz przede wszystkim społeczeństwo – negatywnie. Czy należy znów wracać do tego, żeby obdarzyć zaufaniem ministra sprawiedliwości, niezależnie od tego, w jakim on funkcjonuje systemie? Ten mechanizm został już sprawdzony i oceniony negatywnie.

Nie ma w Europie samorządu adwokackiego, który by nie miał prawa rekrutacji do zawodu i również prawa egzaminowania; czyli nie ponosił odpowiedzialności za stan osobowy adwokatury. Wprowadzenie tego rodzaju ograniczenia byłoby ograniczeniem sprzecznym z tym obyczajem i normami prawnymi, które obowiązują w Unii Europejskiej.

Chcę powiedzieć, że ten projekt PiS burzy pewną filozofię, na której jest oparty samorząd. Jeżeli on ją zburzy, to w gruncie rzeczy będzie można, cegiełka po cegiełce, wyjmować za chwilę postępowanie dyscyplinarne, za chwilę coś jeszcze i z tego samorządu stanie się organ państwowy, w gruncie rzeczy fasadowy z punktu widzenia samorządności. Ja chciałbym wtedy zapytać Państwa, jak byście taki stan oceniali, przede wszystkim wtedy, gdy zwracalibyście się z własnymi sprawami do takiej osoby, która byłaby pozbawiona w gruncie rzeczy niezależności. Każda adwokatura powinna być niezależna. Właśnie filarem niezależności m.in. jest samo-

rząd. Jeżeli wprowadzimy nadmiernie czynniki państwowe, w gruncie rzeczy ten filar zburzymy.

Chciałbym poruszyć jeszcze jeden problem. W Ameryce jest ileś tam setek tysięcy prawników, w Europie Zachodniej 80 tys. – 100 tys. Ale proszę Państwa, proszę łaskawie zwrócić uwagę, że po pierwsze tam, gdzie te liczby są duże, to adwokaci są obdarzeni w uprawnienia, które u nas wykonuje cały szereg zawodów prawniczych. Adwokaci spełniają funkcje notariuszy, adwokaci są doradcami podatkowymi. Różnego rodzaju zawody specjalistyczne wchodzi w skład tej grupy. I to się składa na te 80 tys., 40 tys. czy ileś tam. U nas od momentu wprowadzenia ustawy z 1997 r. o samorządzie radcowskim przy wykonywaniu zawodu trzeba brać pod uwagę liczbę wynikającą z liczby radców prawnych. Jeżeli byśmy w Polsce dodali radców prawnych, doradców podatkowych i innych, którzy spełniają te funkcje jakby prawnicze i adwokackie na Zachodzie, to mielibyśmy względnie porównywalną liczbę do tamtych. Poza tym, proszę zwrócić uwagę, że przecież buduje się pewną strukturę w oparciu o możliwości danego społeczeństwa i danego państwa. My porównujemy rozwój Polski do rozwoju na przykład niemieckiego i chcemy, żeby taka sama liczba adwokatów była w Polsce, jak w Niemczech, czy proporcjonalna do tej liczby. To jest rzecz niemożliwa. Rozwój gospodarczy danych społeczeństw jest zupełnie inny. Zamożność tamtych społeczeństw jest zupełnie inna. Mentalność i obyczajowość tamtych społeczeństw jest zupełnie inna. Ja posłużę się prostym przykładem. Ile w Polsce osób sporządza testamenty? Na Zachodzie jest to rzecz normalna. Każda osoba ma swojego prawnika, u którego trzyma testament i w ciągu roku kilka razy ten testament zmienia. Potrzeby są zupełnie inne. Nie możemy budować pewnej struktury pod założenia teoretyczne.

Konferencja zaowocowała następującą obecnością tematu w środkach masowego przekazu:

#### PRASA:

|                                          |                                                                                                                           |                            |
|------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| <b>Gazeta Prawna</b> ,<br>Nr 71 10.4.03  | „Korporacja broni swej niezależności”<br>Wywiad ze Stanisławem Rymarem, przedstawienie opinii NRA dotyczącej projektu PiS | (nastawienie<br>pozytywne) |
| <b>Gazeta Wyborcza</b> ,<br>Nr 80 4.4.03 | „Adwokat jak lekarz”<br>Komentarz podkreślający gotowość adwokatury do zmian                                              | (nastawienie<br>pozytywne) |
| <b>Gazeta Wyborcza</b> ,<br>Nr 80 4.4.03 | „Korporacja kontratakuje”<br>Relacja z konferencji prasowej, prezentująca zdanie NRA dotyczące propozycji PiS.            | (nastawienie<br>pozytywne) |

|                                         |                                                                                                                                                                                            |                            |
|-----------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| <b>Rzeczpospolita</b> ,<br>Nr 80 4.4.03 | „Nie ograniczajcie samorządności”<br>Relacja z konferencji prasowej, prezentująca<br>zdanie NRA dotyczące propozycji PiS.                                                                  | (nastawienie<br>pozytywne) |
| <b>Puls Biznesu</b> ,<br>Nr 67 4.4.03   | „Adwokaci bronią roli samorządu”<br>Przedstawienie argumentów NRA i wnioskodawców z PiS                                                                                                    | (nastawienie<br>neutralne) |
| <b>Życie Warszawy</b> ,<br>Nr 80 4.4.03 | „To zamach! <i>Adwokaci bronią korporacji</i> ”<br>Relacja z konferencji prasowej, prezentująca<br>zdanie NRA dotyczące propozycji PiS, oraz wywiad z posłem Przemysławem Gosiewskim z PiS | (nastawienie<br>neutralne) |

## RADIO:

|                                       |                                                                                                                                                               |                            |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| <b>Radio Eska</b> ,<br>3.4.03         | Relacja z konferencji prasowej oraz wywiady ze studentami prawa, którzy obawiają się, że w obecnym systemie nie będą mieli możliwości dostać się na aplikację | (nastawienie<br>neutralne) |
| <b>Radio ZET</b> ,<br>3.4.03          | Wypowiedź Stanisława Rymara oraz studenta prawa                                                                                                               | (nastawienie<br>neutralne) |
| <b>IAR</b> ,<br>3.4.03                | Przedstawienie argumentów NRA i wnioskodawców z PiS                                                                                                           | (nastawienie<br>neutralne) |
| <b>Polskie Radio</b> , pr I<br>3.4.03 | Wywiad z Andrzejem Kubasem, dotyczący stosunku NRA do projektu PiS                                                                                            | (nastawienie<br>pozytywne) |
| <b>Radio Puls</b> ,<br>3.4.03         | Relacja z konferencji prasowej                                                                                                                                | (nastawienie<br>neutralne) |

## TELEWIZJA:

|                              |                                              |                            |
|------------------------------|----------------------------------------------|----------------------------|
| <b>TVN</b> , Fakty<br>6.4.03 | Co niosą zmiany proponowane przez ustawę PiS | (nastawienie<br>neutralne) |
| <b>TVN</b> , Uwaga<br>5.4.03 | Kto w Polsce może się dostać na aplikację    | (nastawienie<br>neutralne) |

Przygotowała: Agnieszka Metelska

## Z DZIAŁALNOŚCI RZECZNIKA PRASOWEGO NRA

W związku z zamieszczeniem w Rzeczpospolitej z 7 kwietnia 2003 artykułu „Mecenas łamie prawo” z nadtytułem „Czy palestra wydali w końcu ze swoich szeregów M. B. oskarżonego o popełnienie wielu przestępstw” rzecznik wystosował do redakcji w dniu 8 kwietnia 2003 sprostowanie następującej treści:

*W związku z artykułem pt.: „Mecenas łamie prawo” autorstwa Tomasza Szymborskiego zamieszczonym w „Rzeczpospolitej” z 7 kwietnia 2003 r., którego nadtytuł brzmi: „Czy palestra wydali w końcu ze swoich szeregów M. B. oskarżonego o popełnienie wielu przestępstw” – proszę o uściślenie zawartych w tym tekście informacji. A mianowicie: adw. M. B. jest zawieszony w czynnościach zawodowych i zawodu nie wykonuje od 11 lutego 2002. Rzecznik dyscyplinarny Okręgowej Rady Adwokackiej w Bielsku Białej domaga się wymierzenia adwokatowi M. B. kary wydalenia z adwokatury. Termin najbliższej rozprawy dyscyplinarnej, na której ten wniosek będzie rozpatrywany został wyznaczony na 24 kwietnia 2003 r.*

★

Treść tego listu stała się fragmentem tekstu wydrukowanego w dniu 9 kwietnia 2003 w Rzeczpospolitej, w którym redakcja wyjaśniała dokładnie aktualny status adwokata M. B.

★

W związku z opublikowaniem w 14 numerze „Wprost” z 6 kwietnia 2003 r. artykułu pt. „Korporacénizm” Rzecznik Prasowy wystosował do redakcji sprostowanie następującej treści:

*W związku z opublikowaniem w numerze 14 „Wprost” z 6 kwietnia 2003 r. artykułu pt. „Korporacénizm” autorstwa Aleksandra Pińskiego i Jana Pińskiego zwracam się o opublikowanie sprostowania nieprawdziwych lub niepełnych informacji, które de facto dezinformują czytelników.*

*Dane CCBE, na które powołują się autorzy przedstawiają liczbę prawników w danym kraju, a nie adwokatów. W tej liczbie, poza adwokatami, są również radcowie prawni, doradcy podatkowi. Dla przykładu – w Wielkiej Brytanii w liczbie 156 493 prawników jest 14 852 adwokatów (podają za CCBE).*

*W Polsce liczba adwokatów i radców prawnych obsługujących rodzimy rynek wynosi 27 611. Na jednego prawnika przypada w Polsce ok. 1 376 obywateli a nie 5 000 klientów, jak podaje „Wprost”. Polski rynek usług prawnych jest porównywalny z rynkiem francuskim, na którym funkcjonuje 40 755 prawników.*

Autorzy błędnie podają także liczbę spraw, jaką jeden adwokat prowadzi rocznie. Nie można tej liczby wyprowadzić z prostego równania matematycznego dzieląc liczbę spraw przez liczbę adwokatów. Ogólna liczba spraw ujmowana w statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości obejmuje również te, w których adwokaci nie występują (np. sprawy rejestrowe, proste sprawy spadkowe, rodzinne, czy z zakresu wykroczeń). Przeciętnie adwokat prowadzi ok. 50 spraw rocznie, a nie 300 jak podają autorzy artykułu.

Artykuł pomija kwestię zasadniczą: odmienność polskiego rynku od rynku zamożnych krajów zachodnich. Polski rynek po prostu jest biedny. Konsekwencje tego są widoczne. Obecnie ok. 10% aplikantów adwokackich, którzy zdają egzamin adwokacki nie podejmuje własnej praktyki z powodu braku możliwości znalezienia klientów. Obserwujemy zjawisko bezrobocia wśród adwokatów (np. Łódź, Zamość).

Redakcja „Wprost” odmówiła opublikowania sprostowania.



W związku z opublikowaniem w „Polityce” z 17 maja 2003 Raportu pt. „Państwo prawników” Rzecznik Prasowy wystosował do redakcji list następującej treści:

Opublikowany w 20 numerze „Polityki” z 17 maja 2003 roku raport pt. „Państwo prawników” autorstwa Andrzeja Goszczyńskiego zawiera wprowadzające w błąd opinie publiczną błędy i uproszczenia w części dotyczącej rynku usług adwokackich. Wymagają one sprostowania.

Liczba adwokatów i radców prawnych obsługujących osoby fizyczne i podmioty gospodarcze w Polsce wynosi 27 611. I tylko tę liczbę można zestawiać z danymi dotyczącymi rynku usług prawnych w innych krajach europejskich.

Dane Europejskiego Stowarzyszenia Samorządów Prawniczych (CCBE), którymi posługuje się autor, przedstawiając rynek usług prawnych w Holandii, ilustrują liczbę prawników w danym kraju, a nie adwokatów. W tej liczbie są, poza adwokatami, również prawnicy wykonujący inne zawody niż adwokacki, np. doradcy prawni i doradcy podatkowi. Dla przykładu w Wielkiej Brytanii w liczbie 156 493 prawników jest 14 852 adwokatów (podają za CCBE). W Polsce na jednego prawnika przypada około 1 378 obywateli. Polski rynek usług prawniczych jest porównywalny z rynkiem francuskim, na którym działa 40 755 prawników.

Fakt, iż korporacja adwokacka jest przeciwna postulatowi, aby wewnątrz korporacyjny egzamin zastąpić państwowym, nie wynika z dążenia do utrzymania stałych cen na świadczone usługi.

Obecnie około 10 procent osób, które zdają egzamin adwokacki nie przystępuje do korporacji (co jest warunkiem wykonywania zawodu) z powodu braku możliwości znalezienia pracy. A np. w Łodzi czy Zamościu odnotowywane jest zjawisko bezrobocia adwokatów. Groźba pauperyzacji środowiska adwokackiego przy otwarciu szerszego dostępu do tego zawodu, z pominięciem samorządu zawodowego, niewątpliwie jest bardzo realna. A pauperyzacja taka odbije się negatywnie nie tylko na

stanie palestry, ale także na pracy sądów oraz, co może najważniejsze – na interesach obywateli, których ważne interesy życiowe nie będą odpowiednio chronione.

Adwokatura jest przeciwna sięganiu po mechanizmy podyktowane doraźną potrzebą, lekceważące historyczne uwarunkowania, wypracowane przez dziesięciolecia tradycje samorządowe, a także pozbawione zupełnie spójnej koncepcji – co jest tematem przekraczającym ramy odpowiedzi na opublikowany artykuł.

Szkoda, że tak szanowany tytuł jak „Polityka” sięga po schematyczne ujęcia prezentowanego tematu.

W przygotowaniu konferencja prasowa z datą wyznaczoną na dzień 3 czerwca 2003 dotycząca miejsca adwokatury polskiej w krajach Unii Europejskiej.

Ag. Met.

## Z ŻYCIA IZB ADWOKACKICH

### IZBA OLSZTYŃSKA

– ORA w Olsztynie tradycyjnie w ostatnią sobotę karnawału zorganizowała 1 marca 2003 r. Bal Adwokata w restauracji Villa Pallas w Olsztynie, w którym udział wzięli liczni adwokaci naszej Izby oraz przedstawiciele wszystkich zawodów prawniczych.

– Okręgowa Rada Adwokacka w Olsztynie oraz Wojskowa Prokuratura Garnizonowa w Olsztynie 12 kwietnia 2003 r. zorganizowała Mistrzostwa Warmii i Mazur w piłce siatkowej mężczyzn. Mistrzostwa wygrała drużyna Sądu Okręgowego w Olsztynie, która poniosła jedynie jedną porażkę – z drużyną adwokatów.

– ORA w Olsztynie zorganizowała 26 kwietnia 2003 r. w Ośrodku Rządowym w Łańsku Ogólnoiszbowe Szkolenie na temat zmian w ustawodawstwie karnym. Szkolenie przeprowadził SSN Feliks Tarnowski.

– 10 maja 2003 r. ORA w Olsztynie organizuje mecz piłki nożnej na stadionie WARMII w Olsztynie pomiędzy drużyną sędziów i adwokatów.

– 24 maja 2003 r. reprezentacja piłkarzy adwokatów weźmie udział w turnieju piłki nożnej w Ostródzie, który organizuje Sąd Rejonowy w Ostródzie i Prokuratura Rejonowa w Ostródzie. W turnieju wezmą udział reprezentacje prawników z okręgu elbląskiego.

– ORA w Olsztynie organizuje 12–15 czerwca 2003 r. w Iławie XV Ogólnopolski Rejs Żeglarski Adwokatów im. adw. Marii Budzanowskiej po Jezioraku. Serdecznie zapraszamy wszystkich chętnych do udziału w tym Rejsie. Organizatorzy szczególnie pozdrawiają i zapraszają zwycięzców regat z ubiegłego roku adw. Jerzego Mi-

chalewskiego i adw. Wojciecha Derezińskiego oraz szczególnie pozdrawiamy sympatyczną ekipę z Bydgoszczy. Tegoroczny Rejs zbiegł się z 15. rocznicą śmierci patronki naszego Rejsu Pani Prezes NRA adw. Marii Budzanowskiej, która wielokrotnie uczestniczyła w naszym Rejsie.

– 28 czerwca 2003 r. ORA w Olsztynie wraz z Sądem Rejonowym w Iławie oraz TKKF w Iławie organizuje VIII Międzywojewódzki Piknik Sportowy Prawników, na który zaprasza wszystkich chętnych. Piknik odbędzie się w Iławie o godz. 10.00 na obiektach TKKF ul. Kościuszki.

– ORA w Olsztynie informuje, iż we wrześniu br. planuje zorganizowanie IV Ogólnopolskiego Pikniku Golfowego dla prawników „TOGA-GOLF” w Naterkach k/Olsztyna.

Bliższych informacji o powyższych imprezach udziela Biuro Rady ORA tel.: 89 527-34-45.

*Dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej  
adw. Andrzej Kozielski*

# MEMORI CUSTODIRE

## OŚRODEK AIN-KAREM

30 maja 2003 r. w Kościele o.o. Dominikanów w Warszawie pod wezw. Św. Jacka odbyła się uroczystość odsłonięcia i poświęcenia tablicy upamiętniającej istnienie w latach 1942–1947 w Ain-Karem w Palestynie (dziś przedmieście Jerozolimy) polskiej szkoły, internatu i drużyn harcerskich. Tablica, której forma ujmuje czystością i prostotą, to także hołd tym wszystkim, którzy przyczynili się do ocalenia polskich dzieci i wyrwania ich z zesłania na Syberii.

Ośrodek Ain-Karem, w którym przebywały i uczyły się przede wszystkim dziewczęta, córki żołnierzy Armii Generała Władysława Andersa oraz polskie sieroty, które udało się ewakuować ze Związku Sowieckiego pozostawał pod opieką 2. Korpusu Polskich Sił Zbrojnych na Zachodzie, Delegatur: Ministerstwa Pracy i Opieki Społecznej, Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego oraz Komendy Chorągwi Harcerskiej w Palestynie.

Dla zachowania ciągłości tradycji szkolnictwa polskiego dziewczęta ubrane były w granatowe mundurki, fartuszki szkolne oraz szare mundurki harcerskie.

Na uroczystość odsłonięcia tablicy wychowanki Ośrodka Ain-Karem przyjechały z całego świata: Kanady, Stanów Zjednoczonych, Australii oraz z krajów europejskich, głównie z Wielkiej Brytanii.

Jedną z wychowanek jest pani Irmina Stypułkowska, matka znanej francuskiej adwokat Hanny Stypułkowskiej-Goutierre<sup>1</sup>, obecnie prezesa Polsko-Francuskiej Izby Gospodarczej. Pani Hanna Stypułkowska-Goutierre jest wnuczką wybitnego adwokata Zbigniewa Stypułkowskiego, praktykującego przed wojną w Warszawie, podczas okupacji członka Tajnej Rady Adwokackiej w Warszawie.

W 1979 roku w Londynie powołano Związek Aim-Karem. Podczas uroczystości przemawiała prezes tego Związku pani Danuta Matlach oraz wiceprzewodniczący

---

<sup>1</sup> Wywiad z H. Stypułkowską-Goutierre ukazał się w numerze 1/89 „Palestry” (Palestra Młodych), s. 94–99.

Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, która wsparła, także finansowo, powstanie tablicy. Powiedział on m.in., że „mamy obowiązek dbać o tę pamięć i przekazywać ją następnym, tym którzy przyjdą po nas. Naszym obowiązkiem jest przypominać przed Bogiem i Historią tamte tragiczne fakty, cierpienie i poświęcenie, aby z jednej strony nie dopuścić do zamazywania przeszłości, z drugiej zaś, żeby dobrze rozpoznawać teraźniejszość i wybierać właściwą drogę na przyszłość”.

*Stanisław Mikke*

# SZPALTY PAMIĘCI

## Adwokat Aleksander Łopatek (1938–2003)

Aleksander odszedł w dniu 19 marca 2003 r., nagle, jakby bez pożegnania. Wyszedłem właśnie z sali Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, kiedy zadzwonił telefon komórkowy. Pracownik Naczelnej Rady Adwokackiej powiedziała krótko: „Dziekan Łopatek nie żyje”.

Aleksandra poznałem jesienią 1979 r. w lokalu Zespołu Adwokackiego nr 4 w Warszawie. On był już wiele lat adwokatem o ugruntowanej pozycji w zawodzie, ja początkującym aplikantem adwokackim stawiającym pierwsze kroki zawodowe pod kierunkiem adw. dr. Władysława Pocięja. Przychodził do naszego Zespołu, bo był ze wszystkimi jego członkami zaprzyjaźniony i oni byli jego przyjaciółmi. Odwiedzał nas przy okazji różnych spotkań zespołowych. Zawsze uśmiechnięty i przyjazny otoczeniu.

Aleksander urodził się w Warszawie 26 lutego 1938 r. Tu też w roku 1960 ukończył studia na Uniwersytecie pisząc pracę magisterską na temat: „Środki prawne w dawnym procesie polskim w wiekach XVI–XVIII”. Egzamin sędziowski zdał w Sądzie Wojewódzkim w Warszawie w roku 1963. W tym samym roku dostał się na aplikację adwokacką i ślubował w kwietniu tegoż roku. Aplikował w Zespole Adwokackim nr 1 w Wołominie, z którym związany był też później, aż do końca. Ślubowanie adwokackie złożył przed Dziekanem Rady Adwokackiej w Warszawie w dniu 4 sierpnia 1965 roku, po zdaniu egzaminu adwokackiego w komisji, w skład której wchodził tak znakomici adwokaci jak dr Zdzisław Krzeмиński i Tadeusz de Virion.

Aleksander był wybitnym działaczem samorządowym. W latach 1970–1979 pełnił funkcję wizytatora Rady Adwokackiej w Warszawie. W okresie 1979 do 1988 był zastępcą Rzecznika Dyscyplinarnego. W latach 1989–1992 był zastępcą członka ORA w Warszawie, zaś od roku 1992 w wyniku wyborów został członkiem Prezydium i Rzecznikiem Dyscyplinarnym ORA, pełniąc tę funkcję do roku 1995. W roku 1995 ORA w Warszawie, na wniosek nowo wybranego Dziekana powołała Aleksandra na funkcję Wicedziekana. Rychło okazało się, że jest szczególnie predestynowany do pełnienia tej funkcji, bo potrafił rozmawiać z tymi, którzy odwiedzali go w czasie dyżurów dziekańskich, bo potrafił dobrze i życzliwie im doradzać i umiał ich słuchać. Lubili go i cenili aplikanci za jego życzliwość i wyrozumiałość na egzaminach adwokackich i konkursach na aplikację adwokacką. Świadczy o tym nekrolog podpisany przez aplikantów Izby warszawskiej, zamieszczony w jednym z dzienników po śmierci Aleksandra. Ostatnią funkcją samorządową, którą pełnił od roku 2002 była funkcja Zastępcy Przewodniczącego Zespołu Wizytatorów NRA.



Aleksander miał pasję, która integrowała go z pozostałymi członkami Prezydium ORA w Warszawie w latach 1995–2001. Był wielkim miłośnikiem Tatr Wysokich. Jeszcze teraz pamiętam Aleksandra jak stoi obok mnie wczesnym wrześniowym popołudniem 1985 roku na szczycie Gerlacha, i uśmiechnięty smakuje widok olbrzymów tatrzańskich, które nas otaczają. Na początku maja tego roku mieliśmy razem z członkami byłego Prezydium ORA w Warszawie pojechać w Tatry do „Chaty Adwokata” w Zakopanem. Niestety, realizacji tej wyprawy stanęła na przeszkodzie śmierć Aleksandra, który jako wieloletni przewodniczący Komisji ds. „Chaty Adwokata” dużo energii i zapału poświęcił jej wyremontowaniu i podniesieniu standardu.

Dziś, kiedy nie pełnię funkcji samorządowych, wracam myślami do tych dni, kiedy razem z Aleksandrem działaliśmy w zespołach Kolegów podejmujących często bardzo trudne decyzje samorządowe. Pamiętam jego mądre rady, spokój i opamiętanie, roztropność, wiedzę, czytanie, dojrzałość i doświadczenie, na których nigdy się nie zawiedliśmy.

Aleksandra żegnało wielu ludzi, zaś sztandar Adwokatury Polskiej uświetniał tę smutną uroczystość. Odszedł z naszego środowiska prawdziwy przyjaciel, człowiek o wielkim optymizmie i świetny adwokat.

Żegnamy Cię, Olku.

*Andrzej Tomaszewski*

## **Adwokat Henryk Pieliński (1917–2003)**

W dniu 9 kwietnia 2003 r. w Warszawie zmarł adwokat Henryk Pieliński, przez całe swoje życie zawodowe związany z Warszawą.

Urodził się w dniu 1 lutego 1917 roku w Sandomierzu.

Gimnazjum Ks. Ks. Salezjanów w Sokołowie Podlaskim ukończył w czerwcu 1934 roku, po czym rozpoczął studia na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego. Stopień magistra uzyskał w roku 1938, następnie powołany został do Szkoły Podchorążych Rezerwy Piechoty w Równem Wołyńskim. Już w randze podporucznika wziął udział w kampanii wrześniowej. Do niewoli nie poszedł, natomiast wziął czynny udział w walce podziemnej w szeregach ZWZ – AK. Był uczestnikiem „Akcji Burza” oraz walk partyzanckich.

Po wojnie – czynny w Światowym Związku Żołnierzy Armii Krajowej, posiadał tytuł Weterana Walki o Niepodległość, odznaczony Krzyżem Armii Krajowej i innymi odznaczeniami. Został mianowany do stopnia kapitana.

Aplikację adwokacką rozpoczął 5 listopada 1946 r. pod patronatem adw. Antoniny Grabowskiej. Przyrzeczenie adwokackie złożył 21 listopada 1950 roku.

Był adwokatem, który nie zamykał się jedynie w pracy zawodowej. Społecznik z przekonania, głęboko przywiązany do stanu adwokackiego – nie potrafił stać z boku.

Czynnie, z oddaniem służył adwokaturze, aż do ostatnich chwil życia. Gdy z dniem 28 lutego 1987 roku na zasadzie haniebnych zarządzeń pozbawiony został prawa wykonywania zawodu, nadal z pełnym zaangażowaniem pracował w licznych agendach adwokackich, jak w Zarządzie Koła Seniorów, jako przewodniczący Komisji Kultury, organizator życia klubowego i Komisji Klubowej, czynny w Radzie Naukowej Ośrodka Badawczego Adwokatury, w szkoleniu aplikantów oraz w wielu innych akcjach.

Był delegatem na wszystkich Zjazdach Adwokatury poczynając od 1981 roku.

Przez okres lat dwudziestu stale wybierany w skład Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie.

Niezastąpiony animator wszystkich zebrań i uroczystości gromadzących adwokatów, wiele serdecznej uwagi poświęcał wszystkim zebraniom kolegów emerytów i rencistów.

Dzięki Niemu zebrania świąteczne posiadały swój niepowtarzalny nastrój i urok. Promieniował na nich swoim przyjaznym uśmiechem, życzliwością, humorem.

Koło Adwokatów Seniorów, w którym przez szereg lat pełnił funkcję zastępcy przewodniczącego, zawdzięcza mu wiele.



Jego zapał i energia przy organizowaniu spotkań i dyskusji, stała troska, aby Koło dobrze służyło żywotnym sprawom adwokatury dominowała we wszystkich staraniach.

Ostatnie, w październiku 2002 roku zorganizowane spotkanie z Jego inicjatywy z Janem Nowakiem Jeziorańskim – na które dostojnego gościa wprowadzał uroczyste do sali przepełnionej klaszczącymi uczestnikami – było, niestety, ostatnim, w którym tak czynnie brał udział.

Posiadał wiele odznaczeń państwowych i organizacyjnych i najwyższe adwokackie – „Adwokatura Zasłużonym”, nadane za wiele lat ofiarnej pracy dla naszego stanu.

Niech znajdzie tak potrzebnych naśladowców.

Pamięć o Nim, my, Jego przyjaciele, zachowamy na zawsze.

*Stanisław Śniechórski*



## Szkolne lata adwokata Józefa Szelchauza

Nawiązując do wspomnień o adwokacie Józefie Szelchauzie, zamieszczonych w nr. 3–4/2003 „Palestry” chciałbym do nich dopisać swoje wspomnienia.

Józefa Szelchauza poznałem w 1919 r., gdy jako uczeń Państwowego Gimnazjum Męskiego w Ostrowcu odwiedzał swoich kolegów, którzy zamieszkiwali na stacji w moim mieszkaniu.

Józef Szelchauz pochodził z Denkowa, miasta które zostało ostatnio włączone do Ostrowca, a w dawnych latach było miastem znanym jako ośrodek wyrobów garncarskich.

W 1924 r. zostałem uczniem wspomnianego gimnazjum, które w 1923 roku przyjęło jako patrona Joachima Chreptowicza. W tym czasie z Józefem Szelchauzem spotykałem się na co dzień. Należał on do gimnazjalnej drużyny harcerskiej, którą założył prefekt szkoły Ks. Muszalski. Szelchauz był wybitnie zdolnym uczniem, cieszył się szczególnymi względami naszych wychowawców, a jako korepetytor udzielał skutecznej pomocy w nauce liczny kolegom z młodszych klas. Po ukończeniu szkoły z wyróżnieniem, rozpoczął studia na Uniwersytecie w Poznaniu. Od tego czasu straciłem kontakt z Józefem Szelchauzem. Dopiero w latach trzydziestych doszły do mnie wiadomości, że jest on w Rzymie i pracuje jako adwokat św. Roty Rzymskiej.

W roku 1970 miałem radosną niespodziankę, bo odwiedził mnie Kolega Józef Szelchauz! Długo ciągnęły się nasze rozmowy o minionych latach i o trudnych i smutnych latach po ostatniej wojnie. Na pamiątkę tego spotkania kolega Józef Szelchauz zostawił mi swój bilet wizytowy. To było moje ostatnie spotkanie z adwokatem Józefem Szelchauzem moim kolegą z czasów gimnazjalnych i kolegą z przynależności do adwokackiej korporacji.

*Witold K. L. Zapalowski*

## Czytając Odojewskiego

W numerze 3–4/2003 „Palestry” przeczytałem prozę Odojewskiego. Rzecz wstrząsająca w wyrazie, mimo że to tylko fragment. Spokój i szorstka elegancja formy literackiej – przy pulsującej narracji – daje efekt piorunujący: dość wspomnieć, że czytałem późnym wieczorem, a w nocy (co się dotąd nie zdarzało) mój krzyk przez sen obudził wszystkich w domu... Poza oczywistym dramatem ludzkim ukazanym przez Odojewskiego i obok naszkicowanych dylematów moralnych bohatera – których konsekwencjom czytelnik chciałby już towarzyszyć – ta proza właśnie zaprasza!

Zaprasza – tak; zaprasza, jak zapraszają utwory pisarzy, którzy wolą scalać rzeczywistość zdegradowaną, niż degradować scaloną czy ocalałą. Bardziej więc Dickens niż Dostojewski. I ta aura, malowana przez Odojewskiego: bliska najwcześniejszemu Lemowi, temu jeszcze sprzed science-fiction „Szpitalowi Przemienienia” (pierwsza część tryptyku, potem Edward Żebrowski zrobił z tego znakomity film), tuż powojennemu Jerzemu Broszkiewiczowi („Oczekiwanie”) – myślę o klasie pisarskiej i o pewnym specjalnym nastroju, obecnym również w prozie Mariana Promińskiego z tamtego okresu. Zatrzymana aura. Z jej światłem, z zapachami, z śladami potu i krwi; z namalowanymi, nie sfotografowanymi, rękami opisywanej kobiety. Tylko bardzo dobry pisarz potrafi to zrobić. A dopiero po pisarzu – filmowiec.

Doskonałą kłamrą tego numeru „Palestry” jest stojący na straży pamięci artykuł o tym, co uczyniono Generałowi Fieldorfowi. Pomyśleć, że ci konfidenci i zdrajcy nie dość, że uniknęli kary, to w dodatku rozrzucili ziarno, a teraz im podobni stali się dorośli i – jak kiedyś tamci – chodzą śladami przyszłych ofiar!...

Bardzo dobrze, że pisze się o tym w „Palestrze” – i o tych, którzy już nawet nie to, że nie pamiętają (to, że są młodzi, ich nie tłumaczy), ile że nie chcą wiedzieć, nie mają interesu w tym, żeby wiedzieć. A już żeby przekazywać...!

*Marek Sołtysik*



## **MIĘDZYNARODOWY KONKURS PRAWNIKÓW**

Naczelna Rada Adwokacka pragnie poinformować, że Rada Adwokacka i Miasto Caen organizują piętnasty, jubileuszowy konkurs dla adwokatów w zakresie ochrony praw człowieka. Udział w konkursie może wziąć każdy adwokat a jedynym warunkiem formalnym jest przedstawienie dokumentu potwierdzającego wpis na listę adwokatów wraz z podaniem daty złożenia ślubowania. Osoby chętne do uczestnictwa powinny w okresie pomiędzy 6 czerwca 2004 a 17 listopada 2003 przesłać do *Le Memorial de Caen* 10-stronicowe wystąpienie oparte na prawdziwych faktach związanych z naruszeniem praw człowieka na adres: [vdurel@memorial-caen.fr](mailto:vdurel@memorial-caen.fr). Z nadesłanych prac w grudniu 2003 wyselekcjonowanych zostanie 10, których autorzy zostaną zaproszeni do Caen, aby w dniu 25 stycznia 2004 zaprezentować swoje ustne wystąpienia przed jury. Przewidziane są nagrody pieniężne w wysokości od 7 600 do 760 Euro.

Więcej szczegółów osoby zainteresowane znajdą na stronie internetowej NRA: [www.adwokatura.pl](http://www.adwokatura.pl)

Zapraszamy wszystkie Koleżanki i Kolegów do udziału w Konkursie.

*Adw. Wojciech Hermeliński  
Wiceprezes NRA*

## **SZKOLENIE DLA ADWOKATÓW**

Naczelna Rada Adwokacka pragnie poinformować, że CCBE wraz z Rechtsakademie w Trier organizują szkolenia dla adwokatów, którzy chcieliby w przyszłości występować jako obrońcy bądź pełnomocnicy pokrzywdzonych przed Międzynarodowym Trybunałem w Hadze.

W okresie pomiędzy grudniem 2003 a lutym 2005 przewidziane są cztery 5-dniowe seminaria, które odbywać się będą w Hadze. Koszty uczestnictwa pokryte będą przez organizatorów.

Osoby chętne do uczestnictwa w szkoleniu proszone są o wypełnienie kwestionariusza i przesłanie go na adres mailowy NRA: [nra@nra.pl](mailto:nra@nra.pl) najpóźniej do dnia 15 lipca 2003.

Dla adwokatów z krajów Europy Środkowej i Wschodniej przewidzianych jest 85 miejsc.

Więcej informacji oraz formularz zgłoszeniowy można znaleźć na stronie internetowej NRA: [www.adwokatura.pl](http://www.adwokatura.pl)

Zachęcamy Koleżanki i Kolegów do wzięcia udziału w szkoleniu.

*Adw. Wojciech Hermeliński*  
*Wiceprezes NRA*

## Table of Contents

|                                                                                                                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Mariusz Jabłoński</b> , Oh. D. Wrocław University<br>National referendum, selected issues . . . . .                                                                                                                                    | 9   |
| <b>Dorota Ziemkiewicz</b> , Ph. D., assistant professor, Silesian University (Katowice)<br>About new Bankruptcy Act . . . . .                                                                                                             | 20  |
| <b>Arkadiusz Buchenfeld</b> , legal counsel, candidate for doctor's degree, Lublin Catholic University<br>"Joint commercial representation irregular", selected issues . . . . .                                                          | 31  |
| <b>Monika Michalska</b> , assistant, Łódź University (Łódź)<br>The capacity to submit the last resort appeal in civil law procedure . . . . .                                                                                             | 39  |
| <b>Wojciech Sobala</b> , IT systems security specialist, O/R PKO BP in Poznań (Poznań)<br>Information technology exhibits in criminal proceedings . . . . .                                                                               | 49  |
| <b>Jacek Masiola</b> , advocate, Ph. D., The Economic Academy (Poznań)<br>Remarks on selected aspects of the National Court Register functioning . . . . .                                                                                | 55  |
| <b>Mirosław Gdesz</b> , (Warsaw)<br>Recovery of real property expropriation under expropriation decree from 7 April 1948 . . . . .                                                                                                        | 63  |
| <b>Sławomir Steinborn</b> , assistant, Gdańsk University<br>The validation of defective trial and partial reversal of judgment in the light of the absolute appeal reasons under art. 439 § 1 of the Code of Criminal Procedure . . . . . | 73  |
| <b>Wojciech Luniewski</b> , attorney trainee, candidate for doctor's degree, Warsaw University<br>About penalization of paedophilia manifestations . . . . .                                                                              | 91  |
| <b>Józef Gurgul</b> , Ph. D., retired attorney (Białystok)<br>Psychiatric and psychological aspects of cases with necessary defence version . . . . .                                                                                     | 103 |
| <b>IMPORTANT FOR PRACTICE</b>                                                                                                                                                                                                             |     |
| <b>Roman Nowosielski</b> , advocate (Gdańsk) & <b>Bogusław Kosmus</b> , barrister (Gdańsk)<br>The last resort appeal roulette . . . . .                                                                                                   | 113 |
| <b>POLEMICS</b>                                                                                                                                                                                                                           |     |
| <b>Piotr Hoffmański</b> , Prof., Ph. D. hab., the Supreme Court judge (Warsaw)<br>Silence at the invalidity coffin . . . . .                                                                                                              | 119 |
| <b>Stanisław Zabłocki</b> , the Supreme Court judge (Warsaw)<br>Anyway, goodbye to invalidity . . . . .                                                                                                                                   | 126 |
| <b>WITHOUT ROBE</b>                                                                                                                                                                                                                       |     |
| <b>Stanisław Mikke</b> , advocate (Warsaw)<br>A half century ago in Emsland . . . . .                                                                                                                                                     | 129 |

**WHAT'S HAPPENING IN THE LAW?****Marian Filar**, Prof., Ph. D. hab UMK (Toruń University)

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| The spring squeak ..... | 133 |
|-------------------------|-----|

**AFTER LECTURE****Andrzej Bąkowski**, barrister (Warsaw)

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| Józef Światło in Free Europe Radio ..... | 135 |
|------------------------------------------|-----|

**ARTISTIC LAWSUITS****Marek Sołtysik**, (Cracow)

|                        |     |
|------------------------|-----|
| The holes in air ..... | 139 |
|------------------------|-----|

**THE WORLD LAW – CULTURE – SCIENCE****Tadeusz Biliński**, (Warsaw)

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| The triads – Chinese mafia. Patriots and criminals – part I ..... | 143 |
|-------------------------------------------------------------------|-----|

**PROFILES OF OUTSTANDING LAWYERS****Krzysztof Pol**, (Warsaw)

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Wojciech Trąmpczyński (1860 – 1953). On the 50 <sup>th</sup> death anniversary ..... | 149 |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**LEGAL MAGAZINES****Stanisław Milewski** (Warsaw)

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| “Themis Polska” – „The field not touched by the native pen” (3) ..... | 155 |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|

**“PALESTRA” YEARS AGO**

Year 1962 (no. 1–2). The place and role of the Bar in jurisdiction. The Rome Convention on protection of artists – performers. “The feminine issue” in our Bar. The press about the Bar. ....

158

**A HUNDRED YEARS AGO (16)**

Selected by: **Karolina Stremaska**, advocate’s trainee (Warsaw) .....

166

**THE BAR ABROAD**

**Arkadiusz Wudarski**, candidate for doctor’s degree, scholar of the German Konrad Adenauer Fund (Hamburg)

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| The liability for prenatal damages in German and Austrian court jurisdiction ... | 171 |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|

**Agnieszka Machnicka**, candidate for doctor’s degree, Warsaw University

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| The Indian’s right to land. The <i>Aboriginal title</i> nature and character in the Canadian law – part I. .... | 181 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**HUMAN RIGHTS****Michał Płachta**, Prof., Ph. D. hab., Gdańsk University

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| The human right in context of extradition obstacles ..... | 193 |
|-----------------------------------------------------------|-----|

**Marek A. Nowicki**, advocate, Commissioner for Civil Rights Protection in Kosovo (Kosovo)

|                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| The European Court of Human Rights – review of jurisdiction (January – March 2003) ..... | 205 |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**BEFORE ENTERING THE UNION**

|                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| The Statute of the European Union Bars and Lawyers Associations Council (CCBE)<br>prepared and translated by <b>Ewa Stawicka</b> , advocate (Warsaw) . . . . .         | 211 |
| <b>Wojciech Hermeliński</b> , advocate, vice-president of the Central Board of Lawyers<br>(Warsaw)<br>The European warrant of arrest – the velvet revolution . . . . . | 221 |
| <b>Wojciech Hermeliński</b> , advocate, vice-president of the Central Board of Lawyers<br>(Warsaw)<br>CCBE – the full membership not far away . . . . .                | 224 |

**FROM LUXEMBURG CASE-LIST**

|                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Tomasz Tadeusz Koncewicz</b> , advocate (Wrocław)<br>Does the principle of EU law priority include administrative decisions? . . . . . | 226 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**AT EUROPEAN UNION COURTS**

|                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Anna Zawadzka</b> , Ph. D., Warsaw University, <b>Maciej Taborowski</b> (Warsaw)<br>The European Union judicature after Nice . . . . . | 230 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**SYMPOSIA AND CONFERENCES**

|                                                                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| The 98 <sup>th</sup> CCBE Plenary Session (European Union Bars and Lawyers Associations Co-<br>uncil), Bergen, 23-24 May 2003<br>prepared by <b>Ewa Stawicka</b> , advocate (Warsaw) . . . . . | 235 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**REPORTS**

|                                                                                                                                                                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| The current problems of Medical Law (The V. Polish National Legal and Medical<br>Forum)<br>prepared by: <b>Adam Górski</b> , assistant, Białystok University & <b>Elżbieta Zatyka</b> , can-<br>didate for doctor's degree, Białystok University . . . . . | 238 |
| New trends in German and European Company's Law – Prof. M. Luttr seminary<br>prepared by: <b>Agnieszka Zakrzewska</b> , student, Warsaw University . . . . .                                                                                               | 240 |
| Report from meeting with priest Prof. Henryk Stawniak "Permanence and indissolu-<br>bility of marriage and expectations and attitudes of persons in divorce cases"<br>prepared by: <b>Agnieszka Zakrzewska</b> , student, Warsaw University . . . . .      | 243 |

**REVIEWS**

|                                                                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| The collective work: The road accidents. The court expert hand-book<br>Review: <b>Wojciech Kotowski</b> , editor – in-chief in "Paragraf na drodze" monthly<br>magazine, editorial secretary in "Prokuratura i Prawo" magazine . . . . . | 246 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**NEW BOOKS**

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| prepared by <b>Agnieszka Metelska</b> , advocate (Warsaw) . . . . . | 249 |
|---------------------------------------------------------------------|-----|

**LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS**

|                                                                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Does the claim under division of joint property of former spouses can be pursued<br>only in non-litigious procedure?<br>prepared by <b>Andrzej Marcinkowski</b> , advocate (Poznań) . . . . . | 253 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## THE NEWEST JUDICIAL DECISIONS

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Zbigniew Strus</b> , the Supreme Court judge (Warsaw)<br>Review of the Supreme Court decisions – Civil Law Division .....                   | 255 |
| <b>Zbigniew Szonert</b> , Ph.D., the Supreme Administrative Court judge (Warsaw)<br>Review of the Supreme Administrative Court decisions ..... | 260 |

## GLOSSES

|                                                                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Gloss to the resolution of the Supreme Court from 18 October 2001 I KZP 122/2002<br>prepared by <b>Kazimierz Postulski</b> , the District Court judge (Lublin) .....                        | 266 |
| Gloss to the resolution of the Supreme Court from 24 July 2001 I KZP 15/01,<br>prepared by <b>Katarzyna Sychta</b> , candidate for doctor's degree, Silesian University<br>(Katowice) ..... | 270 |

## THE BAR CHRONICLE

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| The Central Board of Lawyers Meeting .....                                                         | 280 |
| From works of the Presidium of the Central Board of Lawyers .....                                  | 284 |
| The press conference in the Central Board of Lawyers, 3 April 2003, "The road to<br>the Bar" ..... | 291 |
| From activities of press spokesman of the Central Board of Lawyers .....                           | 300 |
| From Barristers' Chambers .....                                                                    | 302 |

## MEMORI CUSTODIRE

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| The Ain-Karem Centre<br>prepared by: <b>Stanisław Mikke</b> , barrister (Warsaw) ..... | 304 |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## RECOLLECTIONS

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Barrister <b>Aleksander Łopatek</b> (1938–2003)<br>prepared by <b>Andrzej Tomaszewski</b> , barrister (Warsaw) ..... | 306 |
| Barrister <b>Henryk Pielński</b> (1917–2003)<br>prepared by <b>Stanisław Śniechórski</b> , barrister (Warsaw) .....  | 308 |

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| <b>LETTERS TO EDITOR</b> ..... | 310 |
|--------------------------------|-----|

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| <b>ANNOUNCEMENT</b> ..... | 312 |
|---------------------------|-----|

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| Table of contents .....  | 314 |
| Table des matières ..... | 318 |
| Inhaltsverzeichnis ..... | 322 |

## Table des matières

|                                                                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Mariusz Jabłoński</b> , docteur, Université de Wrocław (Wrocław)                                                                                                                       |     |
| Référendum national. Problèmes choisis                                                                                                                                                    | 9   |
| <b>Dorota Zienkiewicz</b> , docteur, Université de Silésie, (Katowice)                                                                                                                    |     |
| De la nouvelle loi sur les faillites                                                                                                                                                      | 20  |
| <b>Arkadiusz Buchenfeld</b> , conseiller juridique, candidat au doctorat, Université Catholique de Lublin (Lublin)                                                                        |     |
| „Procuration générale incorrecte”. Problèmes choisis                                                                                                                                      | 31  |
| <b>Monika Michalska</b> , assistante, Université de Łódź (Łódź)                                                                                                                           |     |
| Capacité d’aller en cassation dans la procédure civile                                                                                                                                    | 39  |
| <b>Wojciech Sobala</b> , expert en sécurité des systèmes informatiques de la Filiale Régionale de la Banque PKO BP de Poznań (Poznań)                                                     |     |
| Preuves informatiques matérielles dans la procédure pénale                                                                                                                                | 49  |
| <b>Jacek Masiota</b> , avocat, docteur, Académie Économique (Poznań)                                                                                                                      |     |
| Remarques sur les aspects choisis du fonctionnement du Registre National Judiciaire                                                                                                       | 55  |
| <b>Mirosław Gdesz</b> , (Warszawa)                                                                                                                                                        |     |
| Recouvrement de l’immeuble exproprié en application du décret d’expropriation du 07 avril 1948                                                                                            | 63  |
| <b>Sławomir Steinborn</b> , assistant, Université de Gdańsk (Gdańsk)                                                                                                                      |     |
| Validation d’une audience vicieuse et une infirmation partielle d’une décision judiciaire dans la lumière des causes d’appel absolues de l’article 439 § 1 du code de la procédure pénale | 73  |
| <b>Wojciech Łuniewski</b> , procureur stagiaire, candidat au doctorat, Université de Varsovie (Varsovie)                                                                                  |     |
| De la criminalisation des traits de la pédophilie                                                                                                                                         | 91  |
| <b>Józef Gurgul</b> , docteur, procureur en retraite (Białystok)                                                                                                                          |     |
| Aspects psychologiques et psychiatriques des affaires liées à la version de la défense légitime                                                                                           | 103 |
| <b>IMPORTANT POUR LA PRATIQUE</b>                                                                                                                                                         |     |
| <b>Roman Nowosielski</b> , avocat, (Gdańsk) et <b>Bogusław Kosmus</b> , avocat (Gdańsk)                                                                                                   |     |
| Roulette de cassation                                                                                                                                                                     | 113 |
| <b>POLÉMIQUES</b>                                                                                                                                                                         |     |
| <b>Piotr Hoffmański</b> , professeur, juge à la Cour Suprême (Varsovie)                                                                                                                   |     |
| Pas si fort devant le cercueil de la nullité                                                                                                                                              | 119 |
| <b>Stanisław Zabłocki</b> , juge à la Cour Suprême (Varsovie)                                                                                                                             |     |
| Adieu à la nullité, quand – même                                                                                                                                                          | 126 |
| <b>SANS TOGE</b>                                                                                                                                                                          |     |
| <b>Stanisław Mikke</b> , avocat (Varsovie)                                                                                                                                                |     |
| Il y a un demi-siècle à Emsland                                                                                                                                                           | 129 |

**QU'EST-CE QU'IL Y A DE NOUVEAU DANS LE DROIT?****Marian Filar**, professeur, Université Nicolas Copernic (Toruń)

Des piailllements de printemps ..... 133

**APRÈS LA LECTURE****Andrzej Bąkowski**, avocat (Varsovie)

Józef Światło sur les ondes de la RWE (Radio Europe Libre) ..... 135

**PROCÈS ARTISTIQUES****Marek Sołtysik**, (Cracovie)

Les trous dans l'air ..... 139

**DROIT – CULTURE – SCIENCE DANS LE MONDE****Tadeusz Biliński**, (Varsovie)

Triades – la mafia chinoise. Patriotes et criminels – partie I ..... 143

**SILHOUETTES DES AVOCATS ÉMINENTS****Krzysztof Pol**, (Varsovie)

Wojciech Trąmpczyński (1860–1953). En 50e anniversaire de la mort ..... 149

**JOURNALISME JURIDIQUE****Stanisław Milewski**, (Varsovie)

„Themis Polska” – Le problème qui n'a jamais été exprimé en langue maternelle (1) ..... 155

**„PALESTRA” IL Y A DES ANNÉES**

L'An 1962 (numéro 1–2). Lieu et rôle du barreau dans l'administration de la justice.

Convention de Rome sur la protection des artistes – interprètes. „Question féminine” dans notre barreau. La presse sur le barreau ..... 158

**IL Y A CENT ANS [16]**Choisi par: **Karolina Stremśka**, avocat stagiaire (Varsovie) ..... 166**DROIT À L'ÉTRANGER****Arkadiusz Wudarski**, candidat au doctorat, boursier allemand de la Fondation Konrad Adenauer (Hambourg)

La responsabilité des dommages prénataux par rapport à la jurisprudence des tribunaux allemands et autrichiens ..... 171

**Agnieszka Machnicka**, candidate au doctorat, Université de Varsovie (Varsovie)Le droit des Indiens à la terre. La nature et le caractère de l'*Aboriginal title* dans le droit canadien – partie I ..... 181**DROITS DE L'HOMME****Michał Plachta**, professeur habilité, Université de Gdańsk (Gdańsk)

Droits de l'homme dans le contexte des obstacles d'extradition ..... 193

|                                                                                                                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Marek Antoni Nowicki</b> , avocat, Représentent des Droits de l'Homme à Kosovo (Varsovie)<br>La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme – revue de la<br>jurisprudence (janvier – mars 2003) . . . . . | 205 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## AVANT L'ADHÉSION A L'UNION

|                                                                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Statut du Conseil des Barreaux et Associations Juridiques de l'Union Européenne<br>(CCBE)<br>élaboré et traduit par: <b>Ewa Stawicka</b> , avocat, (Varsovie) . . . . .        | 211 |
| <b>Wojciech Hermeliński</b> , avocat, vice-président du Conseil Suprême du Barreau (Var-<br>sovie)<br>Ordonnance européenne de prise de corps – révolution de velours. . . . . | 221 |
| <b>Wojciech Hermeliński</b> , avocat, vice-président du Conseil Suprême du Barreau (Var-<br>sovie)<br>CCBE – la pleine affiliation qui vient . . . . .                         | 224 |

## AU RÔLE DU LUXEMBOURG

|                                                                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Tomasz Tadeusz Koncewicz</b> , avocat (Varsovie)<br>Le principe de la primauté du droit communautaire comprend-il les décisions<br>administratives? . . . . . | 226 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## DEVANT LES TRIBUNAUX COMMUNAUTAIRES

|                                                                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Anna Zawidzka</b> , docteur, Université de Varsovie (Varsovie), <b>Maciej Taborowski</b> ,<br>(Varsovie)<br>Juridiction communautaire après Nice . . . . . | 230 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## SYMPOSIUMS, CONFÉRENCES

|                                                                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 98e Session Plénière du CCBE (Conseils des Barreaux et des Associations Juridiques<br>de l'Union Européenne) – Bergen, 23–24 mai 2003<br>par <b>Ewa Stawicka</b> , avocat (Varsovie) . . . . . | 235 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## RAPPORTS

|                                                                                                                                                                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Problèmes actuels du Droit médical (Ve Forum National de Droit et de Médecine)<br>par <b>Adam Górski</b> , assistant, Université de Białystok (Białystok) et <b>Elżbieta Zatyka</b> ,<br>candidate au doctorat, Université de Białystok (Białystok) . . . . .                  | 138 |
| De nouvelles tendances dans le droit des sociétés allemand et européen – séminaire<br>du professeur M. Lutter<br>par <b>Agnieszka Zakrzewska</b> , étudiante, Université de Varsovie (Varsovie) . . . . .                                                                      | 240 |
| Compte-rendu d'une rencontre avec le prêtre Henryk Stawniak, intitulé „Durabilité<br>et indissolubilité du mariage, espérances et attitudes des personnes demandant le<br>divorce”<br>par <b>Agnieszka Zakrzewska</b> , étudiante, Université de Varsovie (Varsovie) . . . . . | 243 |

## CRITIQUES

|                                                                                                                                                                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Ouvrage collectif: Accidents routiers. Vade-mecum d'un expert judiciaire<br>critique: <b>Wojciech Kotowski</b> , rédacteur en chef du mensuel „Paragraf na Dro-<br>dze”, secrétaire de la rédaction de „Prokuratura i Prawo” . . . . . | 246 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**NOUVEAUX LIVRES**

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| par <b>Agnieszka Metelska</b> , avocat (Varsovie) ..... | 249 |
|---------------------------------------------------------|-----|

**QUESTIONS ET RÉPONSES JURIDIQUES**

|                                                                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La prétention au partage de communauté des ex – mariés ne peut-il être revendiquée que dans la procédure gracieuse? |     |
| par <b>Andrzej Marcinkowski</b> , avocat (Poznań) .....                                                             | 253 |

**LA PLUS NOUVELLE JURISPRUDENCE**

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Zbigniew Strus</b> , juge à la Cour Suprême (Varsovie)                             |     |
| Revue de la jurisprudence de la Cour Suprême – Chambre Civile .....                   | 255 |
| <b>Zbigniew Szonert</b> , docteur, juge à la Cour Suprême d'Administration (Varsovie) |     |
| Revue de la jurisprudence de la Cour Suprême d'Administration .....                   | 260 |

**GLOSES**

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Glose à la décision de la Cour Suprême du 18 octobre 2001 I KZP 22/2002                 |     |
| par <b>Kazimierz Postulski</b> , juge à la Cour Régional (Lublin) .....                 | 266 |
| Glose à la décision de la Cour Suprême du 24 juillet 2001 I KZP 15/01                   |     |
| par <b>Katarzyna Sychta</b> , candidate au doctorat, Université de Silésie (Katowice) . | 270 |

**CHRONIQUE DU BARREAU**

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Session du Conseil Suprême du Barreau .....                                                                | 280 |
| De travaux de la Présidence du Conseil Suprême du Barreau .....                                            | 284 |
| La conférence de la presse au Conseil Suprême du Barreau le 3 avril 2003 au sujet: „Voie au barreau” ..... | 291 |
| De l'activité du Porte-parole de la Presse du Conseil Suprême du Barreau .....                             | 300 |
| De la vie des ordres des avocats .....                                                                     | 302 |

**MEMORI CUSTODIRE**

|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| Centre Ain-Karem                                     |     |
| par <b>Stanisław Mikke</b> , avocat (Varsovie) ..... | 304 |

**COLONNES DE COMMÉMORATION**

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| Avocat <b>Aleksander Łopatek</b> (1938–2003)               |     |
| par <b>Andrzej Tomaszewski</b> , avocat (Varsovie) .....   | 306 |
| Avocat <b>Henryk Pielński</b> (1917–2003)                  |     |
| par <b>Stanisław Śniechórski</b> , avocat (Varsovie) ..... | 308 |

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| <b>LETTRES À LA RÉDACTION</b> ..... | 310 |
|-------------------------------------|-----|

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| <b>COMMUNIQUÉ</b> ..... | 312 |
|-------------------------|-----|

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| Table of contents .....  | 314 |
| Table des matières ..... | 318 |
| Inhaltsverzeichnis ..... | 322 |

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Mariusz Jabłoński</b> , Dr., Universität von Wrocław (Wrocław)                                                                                                       |     |
| Volksabstimmung. Ausgewählte Fragen                                                                                                                                     | 9   |
| <b>Dorota Zienkiewicz</b> , Dr. promovierter Hochschullehrer, Schlesische Universität (Katowice)                                                                        |     |
| Über neues Insolvenzrecht                                                                                                                                               | 20  |
| <b>Arkadiusz Buchenfeld</b> , Rechtsberater, Doktorand, Katholische Universität von Lublin (Lublin)                                                                     |     |
| „Gemeinsame nicht vorschriftsmäßige Prokura“, ausgewählte Probleme                                                                                                      | 31  |
| <b>Monika Michalska</b> , Assistent, Universität von Łódź (Łódź)                                                                                                        |     |
| Legitimation zur Einreichung der Kassation im Zivilverfahren                                                                                                            | 39  |
| <b>Wojciech Sobala</b> , Fachmann auf dem Gebiet der Sicherheit der Informationssysteme, Bezirksfiliale von PKO BP in Poznań (Poznań)                                   |     |
| Beweisstücke aus dem Bereich der Informationstechnik im strafrechtlichen Verfahren                                                                                      | 49  |
| <b>Jacek Masiota</b> , Rechtsanwalt, Dr., Ökonomische Akademie (Poznań)                                                                                                 |     |
| Bemerkungen zum Thema der ausgewählten Aspekte der Funktion des Landesgerichtsregisters                                                                                 | 55  |
| <b>Mirosław Gdesz</b> , (Warszawa)                                                                                                                                      |     |
| Zurückforderung der Immobilien, die anhand der Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft vom 7. April 1948 enteignet wurden                                                    | 63  |
| <b>Ślawomir Steinborn</b> , Assistent, Universität von Gdańsk (Gdańsk)                                                                                                  |     |
| Heilung der mangelhaften Verhandlung oder teilweise Aufhebung des Urteils im Sinne der absoluten Berufungsursachen entsprechend Art. 439 § 1 der Strafverfahrensordnung | 73  |
| <b>Wojciech Łuniewski</b> , Staatsanwaltsreferendar, Doktorand, Warschauer Universität (Warszawa)                                                                       |     |
| Über Kriminalisierung der Symptome von Pädophilie                                                                                                                       | 91  |
| <b>Józef Gurgul</b> , Dr., Staatsanwalt in Ruhezustand (Białystok)                                                                                                      |     |
| Psychiatrisch-psychologische Aspekte der Sachen mit Version der Notwehr                                                                                                 | 103 |

### WICHTIG FÜR PRAXIS

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Roman Nowosielski</b> , Rechtsanwalt (Gdańsk) und <b>Bogusław Kosmus</b> , Rechtsanwalt (Gdańsk) |     |
| Kassationsroulette                                                                                  | 113 |

### AUSEINANDERSETZUNGEN

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Piotr Hofmański</b> , Prof. Dr. hab., Richter des Obersten Gerichtes (Warszawa) |     |
| Ruhe über dem Sarg der Nichtigkeit                                                 | 119 |
| <b>Stanisław Zabłocki</b> , Richter des Obersten Gerichtes (Warszawa)              |     |
| Wir nehmen doch Abschied mit der Nichtigkeit                                       | 126 |

### OHNE ROBE

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| <b>Stanisław Mikke</b> , Rechtsanwalt (Warszawa) |     |
| Von einem halben Jahrhundert in Emsland          | 129 |

## WAS GIBT ES NEUES IM RECHT

- Marian Filar**, Prof. Dr. hab., Nicolaus-Copernicus-Universität (Toruń)  
Frühlingspiepen ..... 133

## NACH LEKTÜRE

- Andrzej Bąkowski**, Rechtsanwalt (Warszawa)  
Józef Światło auf den Wellen des Rundfunksenders Freies Europa ..... 135

## KÜNSTLERISCHE PROZESSE

- Marek Sołtysik**, (Kraków)  
Lichter in der Luft ..... 139

## RECHT – KULTUR – WISSENSCHAFT IN DER WELT

- Tadeusz Biliński**, (Warszawa)  
Triaden – chinesische Mafia. Patrioten und Kriminalisten – Teil I ..... 143

## SILHOUETTES DER BERÜHMTE RECHTSANWÄLTE

- Krzysztof Pol**, (Warszawa)  
Wojciech Trąpczyński (1860–1953). Zum 50. Jubiläum des Todes ..... 149

## JURISTISCHE ZEITSCHRIFTENWESEN

- Stanisław Milewski**, (Warszawa)  
„Polnische Themis“ – „Das Feld, das mit der vaterländischen Feder unberührt blieb“ (3) ..... 155

## „PALESTRA“ VOR JAHREN

- Jahr 1962 (Heft 1–2). Stellung und Rolle der Rechtsanwaltschaft in der Justiz. Römische Konvention über den Schutz der Künstler – Darsteller. „Frauenfrage in unserer Rechtsanwaltschaft. Presse über Rechtsanwaltschaft ..... 158

## VOR HUNDERT JAHREN [16]

- Auswahl getroffen durch **Karolina Stremška**, Referendar, (Warszawa) ..... 166

## RECHT IM AUSLAND

- Arkadiusz Wudarski**, Doktorand, Stipendiat der Konrad-Adenauer-Stiftung (Hamburg)  
Verantwortlichkeit für die pränatalen Schäden im Lichte der Rechtsprechung der deutschen und österreichischen Gerichte ..... 171  
**Agnieszka Machnicka**, Doktorandin, Warschauer Universität (Warszawa)  
Recht der Indianer auf Boden. Natur und Charakter von *Aboriginal title* im kanadischen Recht – Teil I ..... 181

## MENSCHENSRECHTE

- Michał Plachta**, Prof. Dr. hab., Universität von Gdańsk (Gdańsk)  
Menschenrechte im Kontext der Auslieferungshindernisse ..... 193  
**Marek A. Nowicki**, Rechtsanwalt, Sprecher für Bürgerliche Rechte in Kosovo (Kosovo)

|                                                                                                                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Rechtssprechung des Europäischen Tribunals für Menschenrechte – Durchsicht der Rechtssprechung (Januar – März 2003) . . . . .                                                                         | 205 |
| <b>VOR DEM BEITRITT AN UNION</b>                                                                                                                                                                      |     |
| Statut des Rates der Rechtsanwaltschaften und der Juristenverbände der Europäischen Union (CCBE)                                                                                                      |     |
| Vorbereitung und Übersetzung: <b>Ewa Stawicka</b> , Rechtsanwalt (Warszawa) . . . . .                                                                                                                 | 211 |
| <b>Wojciech Hermeliński</b> , Rechtsanwalt, Stellvertreter des Präsidenten des Obersten Verwaltungsgerichtes (Warszawa)                                                                               |     |
| Europäischer Verhaftungsbefehl – Samtrevolution . . . . .                                                                                                                                             | 221 |
| <b>Wojciech Hermeliński</b> , Rechtsanwalt, Stellvertreter des Präsidenten des Obersten Verwaltungsgerichtes (Warszawa)                                                                               |     |
| CCBE – nicht weit entfernte volle Mitgliedschaft . . . . .                                                                                                                                            | 224 |
| <b>AUS DER TERMINLISTE VON LUXEMBURG</b>                                                                                                                                                              |     |
| <b>Tomasz Tadeusz Koncewicz</b> , Rechtsanwalt (Wrocław)                                                                                                                                              |     |
| Erstreckt sich das Prinzip des Gemeinschaftsrechts auf die Verwaltungs-Entscheidungen? . . . . .                                                                                                      | 226 |
| <b>VOR DEN GERICHTEN DER GEMEINSCHAFT</b>                                                                                                                                                             |     |
| <b>Anna Zawidzka</b> , Dr., Warschauer Universität (Warszawa), <b>Maciej Taborowski</b> , (Warszawa)                                                                                                  |     |
| Gerichtswesen der Gemeinschaft nach Nizza . . . . .                                                                                                                                                   | 230 |
| <b>SYMPOSIEN, KONFERENZEN</b>                                                                                                                                                                         |     |
| 98. Plenarsitzung von CCBE (Rat der Rechtsanwaltschaften und der Juristenverbände der Europäischen Union), Bergen, 23.–24. Mai 2003                                                                   |     |
| Erarbeitet durch <b>Ewa Stawicka</b> , Rechtsanwalt (Warszawa) . . . . .                                                                                                                              | 235 |
| <b>BERICHTE</b>                                                                                                                                                                                       |     |
| Aktuelle Probleme des medizinischen Rechts (V. Allpolnisches Forum über Recht und Medizin)                                                                                                            |     |
| Erarbeitet durch <b>Adam Górski</b> , Assistant, Universität in Białystok (Białystok) und <b>Elżbieta Zatyka</b> , Doktorand, Universität in Białystok (Białystok) . . . . .                          | 238 |
| Neue Trends im deutschen und europäischen Recht der Gesellschaften - Seminar von Professor Lutter                                                                                                     |     |
| Erarbeitet durch <b>Agnieszka Zakrzewska</b> , Studentin, Warschauer Universität (Warszawa) . . . . .                                                                                                 | 240 |
| Bericht über das Treffen mit dem Priester Prof. Henryk Stawniak zum Thema „Festigkeit Und Untrennbarkeit einer Ehe und Erwartungen und Verhalten von Personen, die In den Scheidungssachen auftreten“ |     |
| Erarbeitet durch <b>Agnieszka Zakrzewska</b> , Studentin, Warschauer Universität (Warszawa) . . . . .                                                                                                 | 243 |
| <b>REZENSIONEN</b>                                                                                                                                                                                    |     |
| Sammelwerk: Straßenunfälle. Vademekum des Gerichtsgutachters                                                                                                                                          |     |

Rezension: **Wojciech Kotowski**, Chefredakteur der Monatsschrift „Paragraph Auf der Straße“, Sekretär der Redaktion von „Staatsanwaltschaft und das Recht“ . . . 246

## NEUE BÜCHER

Erarbeitet durch **Agnieszka Metelska**, Rechtsanwalt (Warszawa) . . . . . 249

## JURISTISCHE FRAGEN UND ANTWORTEN

Können die Ansprüche wegen der Aufteilung des gemeinsamen Vermögens der ehemaligen Eheleuten nur im Rahmen des nichtstreitigen Verfahrens geltend gemacht werden?

Erarbeitet durch **Andrzej Marcinkowski**, Rechtsanwalt (Poznań) . . . . . 253

## NEUESTE RECHTSSPRECHUNG

**Zbigniew Strus**, Richter des Obersten Gerichtes (Warszawa)

Durchsicht der Rechtssprechung des Obersten Gerichtes – Zivilkammer . . . . . 255

**Zbigniew Szonert**, Dr., Richter des Obersten Verwaltungsgerichtes (Warszawa)

Durchsicht der Rechtssprechung des Obersten Verwaltungsgerichtes . . . . . 260

## GLOSSEN

Glosse zum Beschluss des Obersten Gerichtes vom 18. Juni 2001 I KZP 22/2002

Erarbeitet durch **Kazimierz Postulski**, Richter des Appellationsgerichtes (Lublin) 266

Glosse zum Beschluss des Obersten Gerichtes vom 24. Juli 2001 I KZP 15/01

Erarbeitet durch **Katarzyna Sychta**, Doktorand, Schlesische Universität (Katowice) 270

## CHRONIK DER RECHTSANWALTSCHAFT

Sitzung des Obersten Rechtsanwaltsrates . . . . . 280

Aus Arbeiten des Präsidiums des Obersten Rechtsanwaltsrates . . . . . 284

Pressekonferenz im Obersten Rechtsanwaltsrat am 3. April 2003 zum Thema „Weg zur Rechtsanwaltschaft“ . . . . . 291

Aus Tätigkeit des Pressesprechers des Obersten Rechtsanwaltsrates . . . . . 300

Aus Leben der Rechtsanwaltskammer . . . . . 302

## MEMORI CUSTODIRE

Zentrum Ain-Karem

Erarbeitet durch **Stanisław Mikke**, Rechtsanwalt (Warszawa) . . . . . 304

## GEDÄCHTNISSPALTEN

Rechtsanwalt **Aleksander Łopatek** (1938-2003)

Erarbeitet durch **Andrzej Tomaszewski**, Rechtsanwalt (Warszawa) . . . . . 306

Rechtsanwalt **Leszek Pielniński** (1917-2003)

Erarbeitet durch **Stanisław Śniechórski**, Rechtsanwalt (Warszawa) . . . . . 308

BRIEFE AN REDAKTION . . . . . 310

MITTEILUNGEN . . . . . 312

Table of contents ..... 314

Table des matières ..... 318

Inhaltsverzeichnis ..... 322

Mam mówić o etyce zawodów prawniczych. Etyka zawodu zakłada istnienie pewnego związanego z nim etosu. Etos w rozumieniu przyjętym w tym referacie jest znaczeniowo bliski słowom „moralność” czy „etyka” w ich odniesieniu do oceny zachowań ludzkich, z tym, że postrzegam etos nie tylko w perspektywie sytuacji konfliktowych wymagających oceny „etyczny - nieetyczny”, lecz obejmuję nim całość treści normatywnych (normy, postawy, obyczaje, konwencje...) uznanych za miarodajne dla zachowań i działań ludzkich. W pojęciu etosu mieszczą się przeto treści opisowe, wartościujące i normatywne.

O etosie można mówić w horyzoncie uniwersalnym lub bardziej partykularnym. W horyzoncie uniwersalnym rysują się treści normatywne rozpoznawane przez analizę natury ludzkiej i uwarunkowania współżycia ludzi. Mówi się wtedy o moralności ogólnoludzkiej. Etos postrzegany w horyzoncie partykularnym to etos grup społecznych stawiających przynależnym do nich wymagania dotyczące zachowań. Wymagania te zakładają istnienie pewnych wspólnych przekonań etycznych wyrażających się w oczekiwaniach odnośnie do zachowań członków grupy.

Rozróżnienia etosu uniwersalnego i partykularnego dokonuje się w celach analitycznych. W ich faktycznym oddziaływaniu moralność ogólnoludzka i moralność obowiązująca w danej grupie społecznej, często zachodzą na siebie i łącznie wpływają na podejmowane decyzje moralne.

Wśród grup społecznych o własnym etosie są też grupy tworzone w oparciu o kryterium zawodowe. Stąd etos zawodu wzgl. etyka zawodowa. Etos ten nie może kształtować się w oderwaniu od etosu ogólnoludzkiego ani od przyjętych na płaszczyźnie bardziej elementarnej zasad życia społecznego. Właśnie dlatego termin „etyka zawodowa” występuje w trzech znaczeniach: 1) norm określających, jak przedstawiciele danego zawodu winni się zachowywać, 2) przekonań moralnych przedstawicieli danego zawodu, 3) ocen etycznych zachowań przedstawicieli danego zawodu. Etyka zawodowa wspiera się na etyce ogólnej i wyrasta z niej, etos zawodu zakłada istnienie etosu „ogólnego” „fundamentalnego” („bazowego”). Nie tracąc z oczu tego powiązania skoncentruję się na specyficznym etosie zawodów prawniczych. Przyjmuję jako nie wymagającą ani uzasadnienia ani rozwinięcia tezę, że przyzwoity prawnik winien być (najpierw) przyzwoitym człowiekiem. Rezygnacja z sięgania w tę fundamentalną warstwę etyczną ma charakter roboczy, bo w konkretnej osobie nie da się rozdzielić przyzwoitości osobistej i zawodowej. Przyzwoitość (lub jej brak) nie cechuje człowieka „jako takiego”, lecz w jego zachowaniach i w jego roli społecznej, w tym także w wykonywaniu zawodu i to w rozumieniu nie zacieśnionym do samych czynności zawodowych, lecz w rozumieniu pewnej ogólnej postawy życiowej, obejmującej w szczególności stosunek do ludzi. Nie brak autorów odnoszących się krytycznie do samego pojęcia etyki zawodowej, ale przecież już w starożytności podkreślano, że wśród relacji międzyludzkich są takie, które stawiają człowieka wobec specyficznego wyzwania etycznego. Chodziło zwłaszcza o te, w których człowiek zdaje się na drugiego człowieka: by wyleczył go z choroby, by pomógł mu uregulować jego stosunki z innymi

ludźmi, by wsparł go w ułożeniu jego spraw z Bogiem. Ci, którzy podejmowali się jednego z tych zadań – lekarze, prawnicy, duchowni – składali przed jego podjęciem *professio*, publiczne wyznanie i zobowiązanie. Stąd też każdy z tych trzech – i tylko te – zawodów był nazywany *professio*: zawód w znaczeniu klasycznym, o wysokiej randze wynikającej z zajmowania się podstawowymi wymiarami egzystencji ludzkiej. Wszelkie działania związane z jego wykonywaniem podpadały pod zobowiązanie zaciągnięte przez publicznie złożoną *professio*. Jednak już w czasach, gdy nauki odpowiadające tym zawodom znajdowały symboliczny wyraz w trzech nawach katedry gotyckiej, dostrzeżono i doceniono społeczną rolę innych zawodów, a w społeczeństwie średniowiecznym etos zawodu należał do cech wyróżniających poszczególne stany. Jeszcze gdy formowała się Europa, dużo uwagi poświęcano etyce urzędu pojmowanego jako funkcji określonej i związanej prawem, w szczególności urzędu władcy („iura faciunt regem”) oraz rycerstwa. Dziś trudno byłoby klasyfikować zawody według kryterium „zajmowania się człowiekiem”. Równocześnie też utraciło swoją wymowę pojęcie służby: nawet klasyczne *professiones* stały się sposobem na życie, co – żeby już mówić o zawodach prawniczych – najwyraźniej zaznacza się w wadze, jaką przy wyborze kierunku studiów przypisuje się przyszłym szansom zawodowym.

Motywacja dzisiejszego kandydata na studia prawnicze jest zgoła inna niż średniowiecznych scholarów, którzy zewsząd garnęli się na uniwersytety dla poznania *id quod verum*, by móc czynić *id quod bonum* – pełnione następnie funkcje społeczne były pochodną formacji zdobytej na uniwersytecie, a determinowanej pojęciami prawdy i dobra. Roli społecznej, do której przygotowuje współczesny uniwersytet, nie wyznaczają już hasła „prawda i dobro”, lecz podział pracy wymagającej wysokiego przygotowania fachowego. Nie przypadkiem w literaturze z zakresu etyki pisze się przede wszystkim o pracy wzgl. o „pracy zawodowej”. Niektórzy stwierdzają po prostu, że „pracę wykonuje się dziś głównie w ramach zawodu”, a problematykę etyczną zawodu traktują jako uszczegółowienie problematyki pracy. Dość powszechnie jednak uznaje się konieczność rozróżnienia pracy oraz zawodu i podkreśla, że etyka zawodu nie wyczerpuje się w etyce pracy. Zarazem też podejmuje się próby nowego zdefiniowania zawodu.

Zawód to we współczesnej literaturze pojęcie socjologiczne. Wykonując zawód człowiek odgrywa jakąś rolę społeczną zawód to „funkcja całości”, ważna dla integracji i stabilizacji społecznej. Stąd postulat, by jego postrzeganie jako „sposobu na życie” nie zacieśniać do zaspokajania potrzeb materialnych. W definicjach zawodu wykazuje się cztery elementy: rzeczywiste zaangażowanie, zabezpieczenie utrzymania, przyczynek dla dobra całości i uczciwe wykonanie. (...)

**Fragment artykułu ks. prof. Remigiusza Sobańskiego „Uwagi o etyce zawodów prawniczych”, który będzie opublikowany w następnym numerze.**

*W tym numerze między innymi:*

**MARIUSZ JABŁOŃSKI**

Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia

**DOROTA ZIENKIEWICZ**

O nowym Prawie upadłościowym

**ARKADIUSZ BUCHENFELD**

„Prokura łączna nieprawidłowa”. Wybrane zagadnienia

**WOJCIECH SOBALA**

Informatyczne dowody rzeczowe w postępowaniach karnych

**MIROSŁAW GDESZ**

Rewindykacja nieruchomości wywłaszczonych  
w trybie dekretu wywłaszczeniowego z 7 kwietnia 1948 r.

**MICHAŁ PŁACHTA**

Prawa człowieka w kontekście przeszkód ekstradycyjnych

**AGNIESZKA MACHNICKA**

Prawo Indian od ziemi. Natura i charakter  
*Aboriginal title* w prawie kanadyjskim

**KRZYSZTOF POL**

Wojciech Trąpczyński (1860–1953). W 50. rocznicę śmierci

**a także:**

- najnowsze orzecznictwo SN i NSA
- glosy • recenzje • i inne stałe pozycje