

styczeń–luty

1–2/2015



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej



Szanowni Czytelnicy,

To już 105. rok istnienia tytułu „Palestra” i 91. rok od utworzenia „Palestry” warszawskiej; rozpoczynamy 76. rocznik wydawniczy (1910, 1924–1939, 1957–2015) – uwzględniając okresy, w których pismo Adwokatury Polskiej nie ukazywało się (1911–1923 i 1940–1956). Jako środowisko posiadamy najstarsze i jedno z najbardziej prestiżowych w kraju czasopism prawniczych, którego zasięg nie zamyka się w granicach Polski, ale obejmuje dziś właściwie cały świat bo dzięki platformom cyfrowym „Palestra” może być odbierana niemal wszędzie.

„Palestra” od początku swego istnienia łączy naukę prawa z praktyką adwokacką, będąc instrumentem służącym poszerzaniu wiedzy prawniczej oraz ośrodkiem informacji o Adwokaturze. Stanowiła i stanowi medium, do którego każdy może wracać niezależnie od tego ile czasu upłynęło od wydania danego zeszytu.

W rok 2015 „Palestra” wchodzi z nowym układem, nową stroną internetową, z nowym składem Kolegium oraz z „nową-starą” punktacją Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego – 6 pkt.

Zapraszamy do lektury, odwiedzania naszych stron internetowych, profilu na Facebooku (duch czasu!), a także do goszczenia na łamach „Palestry” – Pisma Adwokatury Polskiej.

Adw. Czesław Jaworski
Redaktor Naczelny



styczeń–luty

1–2/2015

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 LX nr 685–686



Naczelna Rada Adwokacka

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Redaktor Naczelny: Czesław Jaworski
Zastępca Redaktora Naczelnego: Adam Redzik

Kolegium:

Stanisław Balík, Zbigniew Banaszczyk, Andrzej Bąkowski,
Antoni Bojańczyk, Lech Gardocki, Jacek Giezek,
Maciej Gutowski (przewodniczący),
Piotr Kardas (wiceprzewodniczący),
Jan Kuklewicz, Erik Luna,
Maciej Łaszczuk (wiceprzewodniczący),
Elwira Marszałkowska-Krześ, Andrzej Mączyński,
Frank Meyer, Marek Antoni Nowicki, Lech K. Paprzycki,
Mychajło Petriw, Krzysztof Piesiewicz,
Krzysztof Pietrzykowski, Adam Redzik, Stanisław Rymar,
Philippe Sands, Piotr Sendeci, Tomasz Siemiątkowski,
Tomasz Sójka, Ewa Stawicka, Stephen C. Thaman,
Andrzej Tomaszek, Andrzej Warfołomiejew,
Paweł Wiliński, Witold Wołodkiewicz,
Józef Wójcikiewicz, Małgorzata Wrzołek-Romańczuk,
Stanisław Zabłocki, Robert Zawłocki

Autor okładki: Krzysztof Ciesielski
Redaktor techniczny: Hanna Bernaszuk

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

Wykonanie: Agencja Wydawnicza MakPrint, www.makprint.pl

Ark. wyd.: 23,9.
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe.

„Palestra” znajduje się w wykazie czasopism naukowych
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

Spis treści

<i>Piotr Kardas</i> , adwokat, prof. dr hab., UJ (Kraków) Podstawy i ograniczenia przeprowadzania oraz wykorzystywania w procesie karnym tzw. dowodów prywatnych	7
<i>Teresa Gardocka</i> , dr hab., prof. SWPS (Warszawa) Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyp sztuki?	24
<i>Maciej Siwicki</i> , dr, adiunkt UMK (Toruń) Przetwarzanie danych informatycznych w chmurach obliczeniowych. Wybrane aspekty prawnokarne i procesowe	31
<i>Tomasz Bergel</i> , apl. radc., doktorant UJ (Kraków) Jaka skargowość? Wpływ instytucji cofnięcia aktu oskarżenia na zasadę skargowości w znowelizowanej procedurze karnej	41
<i>Joanna Bodio</i> , dr, adiunkt UMCS (Lublin) Interes prawny a interes publiczny prokuratora wytaczającego powództwo w trybie art. 7, 57 i 189 k.p.c.	50
<i>Diana Krawiec</i> , apl. adw. (Warszawa) Odpowiedzialność „absolutna” kierownika jednostki sektora finansów publicznych – uwagi krytyczne do praktyki orzeczniczej na gruncie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych	60
<i>Tomasz Gałczyński</i> , adwokat (Warszawa) Zasada <i>volenti non fit iniuria</i> w sytuacji ingerencji prasy w prywatność uprawnionego – wybrane aspekty	69
<i>Andrzej M. Świątkowski</i> , prof. dr hab., UJ (Kraków) W kierunku ustawowej dyferencjacji praw i obowiązków pracowniczych zatrudnionych	76
<i>Ewelina Kowalska-Benasiewicz</i> , apl. adw., doktorantka UG (Gdańsk) Zadośćuczynienie za mobbing. Zbieg roszczeń	89
<i>Marian Liwo</i> , dr, adiunkt WSiLiZ (Rzeszów), <i>Edyta Nowosiadły-Krzywonos</i> , adwokat (Rzeszów) Bezpieczeństwo zawodników podczas uprawiania sportu i uczestnictwa we współzawodnictwie sportowym jako jeden z rodzajów bezpieczeństwa. Świadczenia odszkodowawcze z tytułu wypadków i schorzeń mających związek z tymi okolicznościami	98

Punkty widzenia

Michał Maldziński , adwokat, doktorant INP PAN (Warszawa)	
Problematyka zatrzymania wadium przez zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych	113

Glosy

Radosław Koper , dr hab., UŚ (Katowice)	
Glosa do wyroku SN z 22 stycznia 2014 r., IV KK 313/13 [o obowiązku pouczenia świadka, art. 191 § 2 k.p.k.]	120
Anna Błachnio-Parzych , dr, adiunkt INP PAN (Warszawa)	
Glosa do postanowienia SN z 10 lipca 2013 r., II KK 20/13 [o oszustwie polegającym na utworzeniu podmiotu gospodarczego w celu zwrotu nadpłaconego VAT] .	127
Jakub Szczepański , apl. adw. (Płock)	
Glosa do postanowienia SA w Białymstoku z 6 kwietnia 2011 r., I ACz 279/11 [o tajemnicy telekomunikacyjnej]	133
Jan Ciechorski , doktorant UŚ (Katowice)	
Glosa do wyroku SA w Poznaniu z 13 lipca 2011 r., I ACa 57/11 [o zgodzie pacjenta na zabieg inwazyjny]	138
Michał Warciński , dr, adiunkt UW (Warszawa)	
Glosa do postanowienia SN z 6 lipca 2011 r., I CSK 157/11 [o zasiedzeniu służebności przesyłu]	148
Michał Niedośpiał , dr (Kraków)	
Glosa do postanowienia SN z 9 września 2011 r., I CSK 248/11 [o nieważności testamentu notarialnego]	152
Renata Pietruszka , dr, adiunkt UŁ (Łódź)	
Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17 lipca 2013 r., SK 9/10 [o niekonstytucyjności art. 75 § 1 k.k.]	157

Najnowsze orzecznictwo

Monika Strus-Wołos , adwokat, dr (Grójec)	
Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych	171
Zbigniew Szonert , dr, sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa)	
Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego	175
Michał Jackowski , adwokat, dr (Poznań)	
Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (październik–grudzień 2014 r.) .	179
Marek Antoni Nowicki , adwokat (Warszawa)	
Europejski Trybunał Praw Człowieka (lipiec–wrzesień 2014 r.)	184
Radosław Baszuk , adwokat (Warszawa)	
Przegląd orzecznictwa Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury	190

Z wokandy Luksemburga

Tomasz T. Koncewicz , adwokat, dr hab., prof. UG (Gdańsk)	
Parlament Europejski jako gracz sądowy. Kilka refleksji o „polityce orzeczniczej” sądu unijnego	192

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka, adwokat (Warszawa)

Czy powaga rzeczy osądzonej w postępowaniu cywilnym opiera się na przesłance tożsamości faktycznej, czy również tożsamości prawnej przedmiotu rozstrzygania? 195

Pytanie o obronę

Antoni Bojańczyk, adwokat, dr hab., prof. UW (Warszawa)

„Obrona na żądanie” – czyżby jeszcze jeden krok w kierunku hipergwarancyjności procesu karnego? 197

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski (Warszawa)

Zachowane granice swobodnej oceny dowodów 202

Co piszczy w prawie

Marian Filar, prof. dr hab., UMK (Toruń)

Prawodawcy albo ciekawe czasy 207

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek, adwokat (Warszawa)

Strategia otworu w ścianie, czyli prawnicy jutra według Richarda Susskinda . 209

Po lekturze

Andrzej Bąkowski, adwokat (Warszawa)

Łacińskie reguły prawne – tym razem w pigułce 213

Sylwetki wybitnych adwokatów

Adam Redzik, adwokat, dr hab., UW (Warszawa)

Emil Henryk Szlechter (1906–1995) – w dwudziestą rocznicę śmierci 215

Les maximes anciennes sont l'esprit des siècles...

Witold Wołodkiewicz, adwokat, prof. dr hab. (Warszawa)

Acus, czyli igła 224

Procesy artystyczne

Marek Sołtysik (Kraków)

Motywy intymny (cz. 1). Bestia nad Wisłą 231

Recenzje i noty recenzyjne

Tomasz J. Kotliński, *Prezydenci izb adwokackich (1862–1932)*

Stanisław J. Jaźwiecki, adwokat (Kraków) 237

Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Michel Levinet, <i>Les grandes arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme</i> Zbigniew Cichoń , adwokat (Kraków)	239
Krzysztof Grabowski, <i>Dyrektywa o prawach akcjonariuszy. Studium tworzenia prawa i przewodnik po dyrektywie</i> Maciej Kwiek (Warszawa)	241

Sympozja, konferencje

Zjazd Katedr Prawa Karnego i Kryminologii, Warszawa, 19–21 września 2014 r. Martyna Sepko (Warszawa), Sławomir Zóttek , dr, adiunkt UW (Warszawa) ...	243
V Ogólnopolski Zjazd Cywilistów, Poznań, 26–27 września 2014 r. Katarzyna Szczepańska , apl. adw., doktorantka UAM (Poznań)	248
58. Kongres Union Internationale des Avocats, pod hasłem „Ochrona twórczości – Prawo sztuki, mody i wzornictwa”, Florencja, 29 października–2 listopada 2014 r. Magdalena Niewelt , apl. adw., doktorantka UŚ (Katowice)	253
Konferencja „Sąd, oskarżyciel, oskarżony – triumwirat procesu karnego”, Kraków, 10–11 grudnia 2014 r. Magdalena Tokarska , doktorantka UJ (Kraków)	254

Kronika adwokatury

Posiedzenie plenarne NRA	256
Z posiedzeń Prezydium NRA	258

Ośrodek Badawczy Adwokatury

Sprawozdanie z działalności Ośrodka Badawczego Adwokatury im. adw. Witolda Bayera za okres od 1 stycznia 2014 r. do 31 grudnia 2014 r.	260
---	-----

Szpalty pamięci

Adwokat Grzegorz Janisławski (1953–2014) Wojciech Biegański , adwokat, dziekan ORA (Wałbrzych)	262
--	-----

Varia

Nagroda im. Ludovica Trarieux dla adwokat Mahinour El-Massry Zbigniew Cichoń , adwokat (Kraków)	265
Minister i wiceminister sprawiedliwości	267
Profesor Karol Weitz sędzią Sądu Najwyższego	267
Pierwsze posiedzenie Kolegium „Palestry” kadencji 2015–2018	267
Gdzie śmieje się Temida Jacek Kulisiewicz , adwokat (Warszawa)	268
Table of contents	270

PODSTAWY I OGRANICZENIA PRZEPROWADZANIA ORAZ WYKORZYSTYWANIA W PROCESIE KARNYM TZW. DOWODÓW PRYWATNYCH

1. Uchwalona w dniu 27 września 2013 r. tzw. wielka nowelizacja polskiej procedury karnej z uwagi na poszerzenie zakresu kontradyktoryjności postępowania dowodowego na etapie jurysdykcyjnym w nowym świetle stawia problem tzw. „dowodów prywatnych” w postępowaniu karnym¹. Zmieniając zasady przeprowadzania dowodów poprzez przeniesienie kompetencji w tym zakresie na strony procesu, sprawia, że przeprowadzenie dowodu przestaje być czynnością związaną przede wszystkim z aktywnością organu procesowego lub instytucjonalnych uczestników postępowania. Gromadzenie, przeprowadzanie i wykorzystywanie dowodów w znacznej części na gruncie znowelizowanych przepisów łączy się z aktywnością nieinstytucjonalnych (prywatnych²) stron procesu. Tym samym z tego punktu widzenia, jeśli pojęcie dowodu

prywatnego łączyć – zgodnie z formułowanymi w tym zakresie w piśmiennictwie propozycjami – właśnie z podejmowanymi przez nieinstytucjonalnych (prywatnych) uczestników procesu czynnościami polegającymi na zdobywaniu informacji o środkach dowodowych, ich wyszukiwaniu, gromadzeniu, zbieraniu, zabezpieczeniu, utrwalaniu, wytwarzaniu lub zleceniu sporządzenia dla celów postępowania karnego – to na gruncie znowelizowanych przepisów zasadne wydaje się posługiwanie pojęciem „dowody prywatne”, jako terminem z jednej strony porządkującym złożoną i w znacznej części charakteryzującą się elementem nowości problematykę prawa dowodowego, z drugiej zaś stwarzającym podstawy do wyodrębnienia i uporządkowania zagadnień związanych z podstawami oraz granicami czynności dowodowych realizowanych przez

¹ Co do pojęcia „dowody prywatne” zob. w szczególności A. Bojańczyk, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawoporównawczej*, Warszawa 2011.

² Chodzi tutaj o status podmiotu będącego uczestnikiem postępowania karnego. Z jednej bowiem strony uczestnikami postępowania karnego są podmioty instytucjonalne, publiczne, których status i zasady funkcjonowania określają przepisy zaliczane do sfery prawa publicznego, z drugiej nieinstytucjonalne strony, tj. podejrzany, oskarżony, pokrzywdzony, których w żadnym zakresie nie można zaliczyć do kategorii podmiotów, których status regulowany jest przez przepisy prawa publicznego. Jakkolwiek wszystkie czynności podejmowane przez organy procesowe i instytucjonalne oraz nieinstytucjonalne strony procesu regulowane są przez Kodeks postępowania karnego oraz przepisy wykonawcze, bez wątplenia zaliczane do sfery prawa publicznego, to jednak nie zmienia to niczego z punktu widzenia ich statusu. W tym kontekście można – jak się wydaje – posługiwać się pojęciami „prywatna” lub „nieinstytucjonalna strona procesu”, a w dalszej konsekwencji pojęciem „dowód prywatny”, jako określeniem odnoszącym się do dowodów wyszukiwanych, zgromadzonych, zabezpieczonych, wytworzonych lub przeprowadzonych przez nieinstytucjonalne strony procesu. Inną kwestią, wymagającą szerszych analiz, jest problem znaczenia podziału stron procesu na instytucjonalne i nieinstytucjonalne oraz funkcji pojęcia „dowody prywatne” i skorelowanego z nim terminu „dowody publiczne”. Z zagadnieniem tym wiąże się problem statusu i funkcji pełnionych przez prawnych przedstawicieli nieinstytucjonalnych stron procesu – obrońców i pełnomocników, w tym również znaczenie sposobu rozstrzygania tych kwestii dla funkcji, znaczenia oraz przydatności wykorzystywania w analizach z zakresu dogmatyki prawa procesowego pojęcia „dowód prywatny”. Przedstawienie chociażby skrótowych uwag dotyczących tych zagadnień przekracza ramy niniejszego opracowania. Zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, *Adwokat jako obrońca – funkcja publiczna czy usługa prywatna?*, (w:) *Adwokatura w systemie organów wymiaru sprawiedliwości*, red. J. Giezek, Warszawa 2010, s. 67–100.

nieinstytucjonalnych uczestników postępowania karnego³.

2. Dostrzegając teoretyczną, dogmatyczną i pragmatyczną użyteczność wyodrębnienia kategorii tzw. dowodów prywatnych oraz posługiwania się tym pojęciem w analizach poświęconych prawu procesowemu, nie można stracić z pola widzenia, że problematyka tzw. dowodów prywatnych oraz podstaw ich wprowadzania i wykorzystywania w procesie karnym, a także ewentualnych ograniczeń w tym zakresie ma na gruncie polskiego systemu prawa szczególnie instytucjonalny i dogmatyczny kontekst. Z uwagi na historyczne zaszczości w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie w zasadzie nie funkcjonuje ani pojęcie „dowodów prywatnych”, ani też łączące się z nim ewentualne ograniczenia wprowadzania i wykorzystywania takich dowodów w pro-

cesie karnym⁴. Wynika to ze specyficznego ukształtowania polskiego procesu karnego. Obowiązujące w Polsce regulacje proceduralne oparte są bowiem na tzw. mieszanym – inkwizycyjno-kontradycyjnym – modelu procesu, w ramach którego wyraźnie wyróżnia się trzy jego stadia, poddawane ścisłej regulacji ustawowej: przedjurysdykcyjne (określane na gruncie polskiej procedury jako postępowanie przygotowawcze), jurysdykcyjne oraz wykonawcze. Pomijając przedstawienie dalszych podziałów wewnętrznych wymienionych etapów procesu⁵, wskazać trzeba, że w każdym z nich szczególną pozycję, funkcje oraz zadania pełnią organy publiczne. W stadium przedjurysdykcyjnym funkcję organu prowadzącego sprawuje prokurator, w stadium jurysdykcyjnym i wykonawczym sąd. Trzeba podkreślić, że w postępowaniu przygotowawczym pro-

³ W tym sensie uchwalona w dniu 27 września nowelizacja k.p.k. stanowi dodatkowy, normatywny argument przemawiający za zasadnością posługiwania się pojęciem „dowód prywatny” w polskim piśmiennictwie karnoprocesowym. O teoretycznoprawnym i dogmatycznym uzasadnieniu wykorzystywania tego pojęcia, jako terminu porządkującego analizy dotyczące problematyki dowodowej w procesie karnym, mogący mieć także – w razie wprowadzenia stosownych zmian – znaczenie dla praktyki stosowania prawa, interesująco pisał przed uchwaleniem noweli do k.p.k. A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, Warszawa 2011, s. 177 i n. Warto odnotować, że pojęciem dowodu prywatnego posłużył się K. Zgryzek w opinii dotyczącej projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego – zob. K. Zgryzek, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelaria Sejmu, Warszawa 2013, 1/2013, druk sejmowy nr 870, s. 11.

⁴ W piśmiennictwie wskazuje się, że przez lata w polskiej literaturze i orzecznictwie prawnoprocesowym w zasadzie nie posługiwano się pojęciem „dowód prywatny”. Termin ten nie ma charakteru normatywnego, w szczególności nie posługuje się nim ustawa procesowa w obowiązującym brzmieniu, nie wprowadza go także wielka nowelizacja k.p.k. uchwalona w dniu 27 września 2013 r. Dopiero w pierwszym dziesięcioleciu XXI wieku w polskim piśmiennictwie pojawiły się próby wprowadzenia tego pojęcia do analiz doktrynalnych z zakresu procedury karnej. Co do pojęcia „dowód prywatny” oraz kontekstu, w jakim termin ten wykorzystywany jest w polskim piśmiennictwie procesowym, zob. szerzej A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 177 i n. Zob. też: R. Kmieciak, *Dowodny prywatny i ich gromadzenie w sprawach karnych*, PIP 2004, z. 5, s. 23 i n.; A. Bojańczyk, *W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych w procesie karnym*, PIP 2004, z. 8, s. 105 i n.; A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004, nr 9–10, s. 44 i n.; G. Bucioń, *Dopuszczalność gromadzenia i wykorzystywania „dowodów prywatnych” w procesie karnym*, PSZ 2009, nr 7–8, s. 190 i n.; K. Dudka, *Dopuszczalność tak zwanych dowodów prywatnych a realizacja zasady prawdy materialnej*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, red. Z. Sobolewski, G. Artymiak, Warszawa 2006, s. 347 i n.; A. Taracha, *O dowodach prywatnych w świetle konstytucji – uwagi polemiczne*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 95 i n. Co do ograniczeń związanych z przeprowadzaniem i wykorzystywaniem dowodów w procesie, w szczególności zaś dowodów uzyskanych nielegalnie (z naruszeniem prawa), por. też A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres nowego zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego?*, „Palestra” 2014, nr 10, s. 102 i n.

⁵ W szczególności stadium jurysdykcyjne podzielić można na etap rozpoznawczy, etap odwoławczy oraz postępowania nadzwyczajne, tj. kasacyjne i mające na celu wznowienie postępowania prawomocnie zakończonego z uwagi na szczególne okoliczności. Podobnie wyróżniać można trzy etapy postępowania przygotowawczego: wstępny, mający ustalić okoliczności zdarzenia, postępowanie w fazie *in rem* oraz postępowanie w fazie *in personam*.

kurator nie realizuje funkcji oskarżenia, lecz wykonuje czynności mające na celu ewentualne przygotowanie procesu, tj. ustalenie, czy doszło do popełnienia przestępstwa, wykrycie jego sprawcy, zgromadzenie dowodów oraz przygotowanie skargi inicjującej i wyznaczającej granice postępowania jurysdykcyjnego. Ten etap procesu jest ściśle sformalizowany, dominującą zaś i w zasadniczej części władczą pozycję zajmuje w nim prokurator. To on jest zobowiązany i zarazem uprawniony do przeprowadzania wszystkich czynności dowodowych oraz wyjaśnienia sprawy. Jakkolwiek od momentu wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów⁶ podejrzany uzyskuje status strony tego stadium procesu, z czym łączą się zarówno określone obowiązki, jak i uprawnienia, to jednak z punktu widzenia czynności związanych z poszukiwaniem dowodów, ich gromadzeniem, a w szczególności mającym na gruncie polskiego procesu normatywny charakter przeprowadzaniem dowodów w określonej przez prawo formie⁷, ani podejrzany, ani jego ewentualny obrońca nie posiadają żadnych, wyraźnie przewidzianych w ustawie procesowej kompetencji⁸. Spoglądając z tego punktu widzenia na obo-

wiązujące regulacje procesowe, łatwo zatem dostrzec wyraźną dysproporcję: ustawa upoważnia i zobowiązuje prokuratora – jako organ procesowy postępowania przygotowawczego – do wykonywania wszystkich czynności dowodowych, zarazem w ogóle nie regulując tej kwestii w odniesieniu do podejrzanego. Identyczna sytuacja ma miejsce w przypadku pokrzywdzonego, który także ma formalnie status strony tego stadium procesu. Jedynym formalnie uregulowanym uprawnieniem podejrzanego i pokrzywdzonego jest możliwość składania do organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze wniosków o przeprowadzenie określonych dowodów. Jeśli powyższą charakterystykę uzupełnić o wskazanie, że prokurator ma możliwość przeprowadzania w stadium przedjurysdykcyjnym dowodów w przewidzianej przez prawo formie, a następnie wprowadzenia ich do stadium jurysdykcyjnego na podstawie przekazania do akt sprawy sądowej protokołów sporządzonych w trakcie przeprowadzania dowodów w postępowaniu przygotowawczym⁹, to widać wyraźnie, na podstawie czego przez lata w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie nie funkcjonowała kategoria dowodów prywatnych¹⁰. Jeśli bowiem

⁶ Z tym momentem postępowanie przygotowawcze przekształca się z postępowania wstępnego (wyjaśniającego) w postępowanie *in personam*, w którym podejrzany uzyskuje prawa strony procesu.

⁷ Trafnie podkreśla A. Bojańczyk, że „przeprowadzenie dowodu” jest pojęciem normatywnym i najogólniej rzecz ujmując, należy stwierdzić, że polega na „(...) szczególnym, procesowo kwalifikowanym wprowadzeniu danego dowodu do podstawy dowodowej (zbioru dowodów, na podstawie których należy rozstrzygać kwestię odpowiedzialności karnej podsądnego, a także inne kwestie podlegające rozstrzygnięciu w postępowaniu karnym, w tym zagadnienia o charakterze incydentalnym), którego istota wiąże się z zapoznaniem z dowodem przez organ procesowy i strony postępowania. Za przeprowadzony dowód można uznać jedynie taki dowód, który został uprzednio dopuszczony przez organ prowadzący postępowanie karne (por. m.in. art. 170 k.p.k. i art. 405 k.p.k.), a zarówno sam organ prowadzący postępowanie karne, jak i strony (...) zapoznały się z tym dowodem w trybie i formie, która jest – z reguły – przewidziana wprost i wyraźnie przez prawo procesowe” – *Dowód prywatny*, s. 205–206. Co do znaczenia pojęcia „przeprowadzenie dowodu” zob. też uwagi M. Cieślaka, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 413 oraz S. Waltosia, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 375.

⁸ Znamienne jest na gruncie obowiązujących przepisów stanowisko K. Dudki, wskazującej, że „samo przeprowadzenie dowodu odbywa się nie poprzez czynność wnioskodawcy, lecz w ramach procesu karnego w toku czynności prowadzonej przez organ procesowy” – K. Dudka, *Dopuszczalność*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, s. 348. Por. też uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 205 i n.

⁹ Chodzi tutaj o uprawnienia przewidziane w art. 389 k.p.k. i art. 391 k.p.k.

¹⁰ Szerzej pisze o tym problemie, uwzględniając perspektywę historyczną i prawnoporównawczą, A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*. Zob. też P. Kardas, *Pozaprocesowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 119 i n.

przez dowód prywatny rozumieć środek dowodowy wyszukany, zgromadzony albo sporządzony przez nieinstytucjonalnego uczestnika procesu – podejrzanego, pokrzywdzonego lub ich profesjonalnych pełnomocników¹¹ – to z uwagi na brak jakiegokolwiek regulacji w tym zakresie z jednej strony oraz posiadanie kompetencji do przeprowadzania dowodów przez prokuratora oraz sąd z drugiej¹², powszechnie przyjmuje się w literaturze i orzecznictwie, że dowód prywatny nie istnieje jako kategoria procesowa¹³. Z punktu widzenia regulacji zawartej w ustawie procesowej znaczenie mają jedynie dowody przeprowadzane w przewidzianej przez prawo formie przez instytucjonalne, publiczne organy procesowe, a więc z tego punktu widzenia dowody publiczne. Stanowisko negujące możliwość wykorzystywania w procesie karnym dowodów prywatnych jest ściśle powiązane z kompetencjami do przeprowadzania dowodów, które na gruncie obowiązującej

regulacji przysługują jedynie publicznym organom procesowym: tj. prokuratorowi w stadium przygotowawczym¹⁴ oraz sądowi w stadium jurysdykcyjnym. Podejrzanym, oskarżonym, pokrzywdzonym i ich procesowi pełnomocnicy nie mają bowiem w świetle obowiązujących przepisów możliwości przeprowadzania dowodów na żadnym etapie procesu. Ich uprawnienia, mocno zresztą ograniczone w postępowaniu przygotowawczym¹⁵, sprowadzają się do możliwości uczestnictwa w czynności przeprowadzania dowodów przez publiczne organy procesowe oraz składania wniosków o przeprowadzenie dowodów przez organy procesowe. W konsekwencji przez lata powszechnie twierdzono, że wykonywanie czynności związanych z wyszukiwaniem, gromadzeniem, tworzeniem lub przeprowadzaniem dowodów prywatnych jest co do zasady niedopuszczalne, a w każdym razie procesowo bezskuteczne¹⁶. W konsekwencji także ich ewentualny rezultat – dowody pry-

¹¹ Przyjmuję na potrzeby niniejszego opracowania definicję dowodu prywatnego zaproponowaną przez A. Bojańczyka, zgodnie z którą: „za dowód prywatny należy uznać każdy środek dowodowy zgromadzony, wyszukany, zebrany, utrwalony, stworzony, zamówiony lub zabezpieczony przez podmiot prywatny (a więc nie przez prokuratora, sąd lub inne organy publiczne uprawnione do wykonywania czynności dowodowych) dla celów postępowania karnego, niezależnie od tego, czy w czasie, kiedy dany dowód został zebrany, toczyło się postępowanie karne co do czynu, którego dowód dotyczy” – A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 229.

¹² Obowiązujący do 1 lipca 2015 r. przepis art. 167 k.p.k. stanowi, że „dowody przeprowadza się na wniosek stron, podmiotu określonego w art. 416 albo z urzędu”.

¹³ Znamienne są w tym zakresie uwagi A. Bojańczyka, podkreślającego, że „obowiązująca ustawa procesowa nie posługuje się pojęciem dowodu prywatnego (...) W doktrynie próżno szukać tego terminu, a próby jego wyodrębnienia i wprowadzenia są sprawą stosunkowo nową” – *Dowód prywatny*, s. 177. Zob. też A. Bojańczyk, *W kwestii dowodu*, s. 105 i n.; A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności*, s. 44 i n.; G. Bucóń, *Dopuszczalność gromadzenia*, s. 190 i n.; K. Dudka, *Dopuszczalność*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, s. 347 i n.; A. Taracha, *O dowodach*, s. 95 i n.

¹⁴ Pomijam w tym miejscu przedstawianie analizy ograniczonych możliwości przeprowadzania przez sąd dowodów w stadium przygotowawczym, uprawnienie to nie ma bowiem zasadniczego znaczenia z punktu widzenia problematyki dowodów prywatnych.

¹⁵ Ograniczenia związane są przede wszystkim z dyskrecyjną władzą prokuratora, który ma szerokie możliwości nieuwzględniania wniosków dowodowych składanych przez strony. Podstawą negatywnej decyzji co do przeprowadzenia dowodu jest art. 170 k.p.k., wskazujący, że „oddala się wniosek dowodowy, jeżeli: 1) przeprowadzenie dowodu jest niedopuszczalne, 2) okoliczność, która ma być udowodniona, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy albo jest już udowodniona zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, 3) dowód jest nieprzydatny dla stwierdzenia danej okoliczności, 4) dowodu nie da się przeprowadzić, 5) wniosek dowodowy w sposób oczywisty zmierza do przedłużenia postępowania”. Szczególne znaczenie mają przesłanki przewidziane w pkt 2 i 5, ten ostatni określany jest powszechnie jako procesowy instrument służący do przeciwdziałania obstrukcji procesowej stron.

¹⁶ Nawet bowiem przyjmując, że z technicznego punktu widzenia nieinstytucjonalne strony procesu mają możliwość zgromadzenia własnych dowodów, to na gruncie obowiązujących przepisów prawa nie ma możliwości wprowadzenia ich do procesu w sposób prawnie skuteczny. Sytuacja ta ulega pewnej zmianie na gruncie uchwalonej nowelizacji prawa procesowego, o czym jest mowa w dalszej części niniejszego tekstu.

watne – nie odgrywa żadnej bez mała roli w procesie¹⁷. W powyższym kontekście trudno było sensownie rozważać granice możliwości wprowadzania do procesu karnego tzw. dowodów prywatnych¹⁸.

3. Zasadniczą zmianę podejścia do problematyki dowodów prywatnych przynosi z sobą sygnalizowana już powyżej, uchwalona we wrześniu 2013 r., nowelizacja polskiej procedury karnej, oparta na wprowadzeniu wielu elementów kontradiktoryjności do polskiego procesu karnego. Nie wchodząc głębiej w przedstawianie istoty przyjętych w nowelizacji rozwiązań, wskazać jednak trzeba, że z punktu widzenia problematyki dowodów prywatnych oparta została na dwóch różnych założeniach. Postępowanie przygotowawcze pozostaje stadium z dominacją elementów inkwizycyjnych¹⁹; postępowanie jurysdykcyjne staje się w znacznej części postępowaniem opartym na zasadzie kontradiktoryjności²⁰. Konsekwencją takiego podejścia jest brak jakichkolwiek regulacji dotyczących czynności dowodowych podejrzanego, pokrzywdzonego i ich profesjonalnych reprezentantów w postępowaniu przygotowawczym oraz wyraźne wskazanie, że w postępowaniu

jurysdykcyjnym dowody przeprowadzane są przez strony, tj. prokuratora, podejrzanego, pokrzywdzonego oraz ich profesjonalnych pełnomocników, w zasadzie z wyłączeniem możliwości przeprowadzania czynności dowodowych przez sąd. W tym zakresie nowelizacja wprowadza zatem fundamentalne zmiany modelowe, rekonstruujące polski proces karny, jednocześnie nie modyfikuje reguł obowiązujących w postępowaniu przygotowawczym, w którym formalnie dowody przeprowadza prokurator oraz w ograniczonym zakresie sąd²¹. Co interesujące, wskazując, że w stadium jurysdykcyjnym oskarżony, pokrzywdzony i ich procesowi przedstawiciele przeprowadzają dowody potwierdzające zasadność prezentowanych twierdzeń, nie wprowadzono do ustawy procesowej żadnych regulacji dotyczących tego, w jaki sposób miałyby następować właściwe przygotowanie tych czynności, tj. wyszukanie dowodów przez nieinstytucjonalne strony procesu, ich zgromadzenie, wytworzenie lub sporządzenie przez inny podmiot na zlecenie strony nieinstytucjonalnej, wreszcie zabezpieczenie dowodów na potrzeby procesu²². Nieproporcjonalność regulacji proceduralnej widoczna jest w sposób

¹⁷ Pomijam w tym miejscu analizę złożonego zagadnienia możliwości wprowadzania do procesu dowodu z tzw. opinii prywatnej, co stanowi przedmiot uwag zamieszczonych w dalszej części tekstu.

¹⁸ Dodać trzeba, że w zasadzie jedynym zagadnieniem, które stanowiło przedmiot analiz doktryny i orzecznictwa, była kwestia tzw. prywatnej opinii biegłego, sporządzanej na zlecenie nieinstytucjonalnych stron. Taki dokument traktowany był jako informacja o dowodzie, na podstawie którego można było składać wnioski o przesłuchanie autora opinii prywatnej w charakterze świadka. Przeprowadzenie tej czynności nie pozwalało jednak wprowadzić do procesu opinii prywatnej jako dowodu prywatnego, lecz stwarzało możliwość skorzystania z dowodu z przesłuchania świadka. Zob. szerzej P. Kardas, *Pozaprocesowe czynności obrońcy*, s. 119–136.

¹⁹ Zob. w szczególności treść art. 167 § 2 k.p.k. w znowelizowanej wersji.

²⁰ Fundamentalna zmiana dotyczy art. 167 k.p.k., który otrzymuje brzmienie: „§ 1. W postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez prezesa sądu, przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może przeprowadzić dowód z urzędu. § 2. W innym postępowaniu przed sądem niż wymienione w § 1 oraz w postępowaniu przygotowawczym dowody przeprowadzane są przez organ procesowy prowadzący postępowanie. Nie wyłącza to prawa do zgłaszania wniosku dowodowego przez stronę”.

²¹ Brak dalej idących zmian w modelu postępowania przygotowawczego jest zresztą wskazywany jako jedno z poważniejszych utrudnień w realizacji zasady zwiększonej kontradiktoryjności postępowania jurysdykcyjnego. Por. K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 9 i n.

²² Zob. szerzej P. Kardas, *Pozaprocesowe czynności obrońcy*, s. 119–136; tenże, *Problem granic legalności czynności uczestników postępowania karnego i konsekwencji ich przekroczenia*, (w:) *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, red. J. Skorupka, D. Gruszecka, Warszawa 2015, s. 23 i n.

wyraźny: prokurator, pełniący funkcję oskarżyciela w stadium jurysdykcyjnym, został wyposażony w ustawie procesowej w kompetencje do przeprowadzania czynności dowodowych na etapie przygotowawczym w sposób sformalizowany, zachował także możliwość wprowadzania wprost do stadium jurysdykcyjnego dowodów przeprowadzonych przez siebie na etapie przedjurysdykcyjnym²³. W odniesieniu do pozostałych stron procesu brak jest w tym zakresie jakiegokolwiek regulacji. Zarazem nie ma wątpliwości, że by sensownie realizować funkcje w stadium jurysdykcyjnym, tj. przeprowadzać przed sądem dowody, nieinstytucjonalne strony procesu muszą mieć możliwość przygotowania tych czynności, tj. wyszukiwania, gromadzenia, zabezpieczania oraz sporządzania dowodów.

4. Próbując racjonalnie objaśnić przyjęte w nowelizacji rozwiązania, wskazuje się, że nieinstytucjonalne strony procesu mają możliwość przeprowadzania czynności związanych z wyszukiwaniem, sporządzaniem, zlecaniem sporządzenia przez inne podmioty oraz gromadzeniem dowodów na podstawie ogólnej zasady swobody dowodzenia powiązanej z brakiem wyraźnie określonego w ustawie

procesowej zakazu podejmowania tego typu czynności przez inne niż prokurator strony procesu²⁴. W ten sposób uzasadnia się możliwość wykonywania określonych czynności dowodowych, a w dalszej perspektywie możliwość funkcjonowania w procesie dowodów prywatnych. Podstawą takiego podejścia są zasadniczo trzy elementy: a) systemowy, związany z dominacją zasady kontrydiktoryjności w postępowaniu jurysdykcyjnym, z którego wynika powinność realizacji funkcji przeprowadzania dowodów przez strony, co z kolei wymaga możliwości odpowiedniego przygotowania tych czynności na wcześniejszych etapach procesu; b) materialny, związany z brakiem w ustawie procesowej zakresu wykonywania czynności dowodowych przez nieinstytucjonalne strony procesu; c) wreszcie formalny (proceduralny), oparty na interpretacji nowego zakazu dowodowego wprowadzonego przez nowelizację z września 2013 r., przewidzianego w art. 168a k.p.k.²⁵, na mocy którego niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie w procesie karnym dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego dla potrzeb postępowania karnego oraz wyrażonej

²³ Przepisy art. 389 i art. 391 k.p.k. umożliwiają wprowadzenie do materiałów postępowania jurysdykcyjnego i uczyńnię podstawą ustaleń faktycznych sądu protokołów z przesłuchań świadków przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora, czyniąc te dowody równoprawnymi z dowodami z przesłuchania świadka przed sądem. Przepis art. 389 § 1 k.p.k. stanowi: „Jeżeli oskarżony nie stawil się na rozprawę, odmawia wyjaśnień lub wyjaśnia odmiennie niż poprzednio albo oświadcza, że pewnych okoliczności nie pamięta, wolno na rozprawie odczytać tylko w odpowiednim zakresie protokoły jego wyjaśnień złożonych poprzednio w charakterze oskarżonego w tej lub innej sprawie w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę”. § 2. „Po odczytaniu protokołu przewodniczący umożliwia oskarżonemu biorącemu udział w rozprawie wypowiedzenie się co do jego treści i wyjaśnienie zachodzących sprzeczności”. Art. 391 § 1 k.p.k. stanowi: „Jeżeli świadek bezpodstawnie odmawia zeznań, zeznaje odmiennie niż poprzednio albo oświadczy, że pewnych okoliczności nie pamięta, strona może jedynie w niezbędnym zakresie odczytać treść protokołów złożonych poprzednio przez niego zeznań w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem w tej lub innej sprawie albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. Po odczytaniu odpowiedniego fragmentu protokołu strona umożliwia świadkowi wypowiedzenie się co do jego treści i wyjaśnienie zachodzących sprzeczności. Przepisu art. 394 § 2 nie stosuje się”. O znaczeniu pozostawienia tego rozwiązania na gruncie znowelizowanych przepisów oraz związanych z tym zagrożeniach dla realizacji zasady kontrydiktoryjności i bezpośredniości postępowania jurysdykcyjnego zob. szerzej P. Kardas, *Odstępstwa od zasady bezpośredniości a model postępowania przygotowawczego. Uwagi na marginesie propozycji zwiększenia zakresu kontrydiktoryjności w procesie karnym*, (w:) *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Koasonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 408–431.

²⁴ Szerzej pisze o tym A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 178 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

²⁵ Art. 168a k.p.k. stanowi: „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 kodeksu karnego”. Zob. też

w art. 393 § 3 k.p.k.²⁶ możliwości wprowadzenia przez strony dokumentów prywatnych, w tym także wytworzonych na potrzeby procesu karnego do materiału dowodowego. *A contrario* z obu powołanych przepisów wywodzi się, że po pierwsze, w ustawie procesowej nie zamieszczono zakazu przeprowadzania przez nieinstytucjonalne strony procesu czynności dowodowych mających na celu wyszukanie, zgromadzenie, zlecenie wykonania lub sporządzenie dowodów prywatnych, paradoksalnie także tych, których zgromadzenie łączy się z wypełnieniem znamion czynu zabronionego, wprowadzając jedynie specyficznie ukształtowany zakaz dowodowy przesądzający, że dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego są procesowo bezskuteczne, nieprzydatne. Tak uzyskane dowody nie mogą być bowiem przeprowadzone i wykorzystane w procesie karnym, co wynika zarówno z treści art. 168a k.p.k., jak i treści art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Z tego wyprowadza się twierdzenie, że nieinstytucjonalne strony procesu mają możliwość przeprowadzania wszelkich czynności dowodowych, których granice na płaszczyźnie prawa karnego materialnego wyznaczają konstrukcje ty-

pizujące poszczególne przestępstwa rodzajowe²⁷. Dopiero na płaszczyźnie prawa karnego materialnego odczytać można zatem zakaz nie tyle przeprowadzania określonych czynności dowodowych, ile popełniania przestępstwa, z którego wywodzi się, że jeśli czynność dowodowa związana jest z realizacją znamion przestępstwa, to z tego powodu jest zakazana przez prawo materialne²⁸. Zakaz dowodowy przewidziany w art. 168a k.p.k. precyzuje tylko procesowe konsekwencje naruszenia takiego zakazu, przesądzając, że nie jest dopuszczalne przeprowadzenie i wykorzystanie w procesie dowodów uzyskanych dla potrzeb procesu za pomocą czynu zabronionego²⁹. Zakaz procesowy z art. 168a k.p.k. w odniesieniu do nieinstytucjonalnych uczestników procesu aktualizuje się zasadniczo dopiero w sytuacji, gdy na etapie przedprocesowym doszło do uzyskania dowodu za pomocą czynu zabronionego, a więc przekroczenia przez stronę procesu zakazu wyrażonego przez przepisy prawa karnego materialnego.

5. W powyższej perspektywie należy wskazać, że rezultatem przeprowadzenia przez nieinstytucjonalne strony procesu szeroko

interesujące uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 415 i n.; A. Bojańczyka, *Jaki jest zakres*, s. 102 i n. oraz P. Kardasa, *Pozaprocessowe czynności obrońcy*, s. 119 i n.

²⁶ Przepis art. 393 § 3 k.p.k. stanowi: „Mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki”.

²⁷ Szerzej piszę o tym w opracowaniu P. Kardasa, *Problem granic legalności*, (w:) *Granice procesu karnego*, s. 56 i n.

²⁸ Trzeba jednak zaznaczyć, że trafnie wskazuje A. Bojańczyk, iż regulacja zawarta w prawie materialnym jest w znacznym stopniu autonomiczna wobec sfery procesowej, w tym w szczególności sensie, że „z samego faktu, że do prywatnego zgromadzenia dowodu [identycznie jest w odniesieniu do dowodów publicznych – dopisek mój, P.K.] nie wynika nic dla dopuszczalności dowodu. Tym obszarem (tj. obszarem dopuszczalności dowodów w postępowaniu karnym) rządzi tylko i wyłącznie ustawa postępowania karnego” – A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 416.

²⁹ Art. 168a k.p.k. przewiduje zatem instytucję (instrument) prawnoprocesową, która określa zasady eliminacji z podstawy dowodowej w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego. Stanowi zatem *iunctim* pomiędzy ustawą materialnoprawną a ustawą procesową, szczególnie instrument proceduralny służący do eliminowania z procesu (podstawy dowodowej) dowodów zgromadzonych z przekroczeniem prawa karnego materialnego, tj. uzyskanych w wyniku popełnienia czynu zabronionego przy spełnieniu dodatkowych, określonych w art. 168a k.p.k. przesłanek. W tym sensie art. 168a k.p.k. uzupełnia regulację procesową o brakujący do czasu uchwalenia wrześnieowej nowelizacji k.p.k. instrument, zapewniający w pewnym zakresie koherencję między naruszeniem wyrażonych w przepisach prawa karnego materialnego zakazów/nakazów w sposób połączony z realizacją znamion czynu zabronionego, z których samoistnie nie wynika żadne ograniczenie lub wyłączenie możliwości dowodowego wykorzystania rezultatów takich działań w obszarze procesu karnego, oraz rozwiązaniami procesowymi, stanowiąc podstawę do wyłączenia możliwości przeprowadzenia i wykorzystania w sposób prawnie skuteczny dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego dla celów postępowania karnego. Zob. też interesujące uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 415 i n.

rozumianych czynności dowodowych – ujmując rzecz w pewnym uproszczeniu – mogą być: a) informacje o dowodach, stanowiące podstawę wniosków składanych do prowadzącego postępowanie przygotowawcze o przeprowadzenie przez niego dowodów we właściwej procesowo formie lub wniosków składanych do sądu, których uwzględnienie otwiera możliwość przeprowadzenia określonego dowodu przez nieinstytucjonalną stronę w stadium jurysdykcyjnym – a więc dane dotyczące środków dowodowych, które mogą być wprowadzone pośrednio do procesu; b) różnorodne środki dowodowe – w postaci pism, notatek, nagrań, fotografii *etc.*, a także innych dokumentów sporządzonych przez strony nieinstytucjonalne lub na zlecenie stron nieinstytucjonalnych, które mogą zostać wprowadzone przez stronę (bezpośrednio) do materiału dowodowego jako „pełnoprawne” dowody; c) szczególnie środek dowodowy w postaci opinii prywatnej sporządzonej na zlecenie nieinstytucjonalnego uczestnika postępowania, który może zostać bezpośrednio wprowadzony do materiału dowodowego jako szczególnie dowód³⁰.

Stanowiące wynik czynności dowodowych wykonywanych przez nieinstytucjonalnych uczestników procesu informacje o dowodach, rozumiane jako dane mające znaczenie z punktu widzenia przedmiotu i sposobu prowadzenia czynności dowodowych w ramach danego postępowania, samoistnie nie stanowią dowodu, są bowiem jedynie informacją o takim dowodzie (swoi-

stym środkiem dowodowym). Z tego też powodu nie mogą zostać wprost wprowadzone do materiału dowodowego sprawy przez nieinstytucjonalną stronę procesu³¹. Jedynym racjonalnym sposobem ich wprowadzenia i wykorzystania jest podejmowanie przez nieinstytucjonalne strony procesu decyzji co do planowanych czynności dowodowych, w tym w szczególności składanie wniosków dowodowych o przeprowadzenie konkretnych dowodów oraz wykorzystywanie uzyskanych informacji w trakcie realizacji czynności dowodowych przeprowadzanych przez sąd lub innych uczestników procesu. Sposób ich wykorzystania nie podlega w zasadzie żadnej szczególnej reglamentacji ustawowej, z zastrzeżeniem ograniczenia związanego z zakazem dowodowym przewidzianym w art. 168a k.p.k. oraz oczywiście regulacji zawartych w art. 170 § 1 k.p.k. i art. 405 k.p.k.³² Zgodnie z treścią art. 168a k.p.k. niedopuszczalne jest przeprowadzanie i wykorzystywanie w procesie dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego dla celów postępowania karnego. Organ procesowy ocenia wnioski o przeprowadzenie dowodu w postępowaniu przygotowawczym lub wnioski o dopuszczenie możliwości przeprowadzenia dowodu przez stronę w postępowaniu jurysdykcyjnym przez pryzmat ograniczeń opisanych w art. 168a k.p.k. Ponieważ ten zakaz dowodowy ma także istotne znaczenie dla problematyki możliwości wprowadzania do procesu środków dowodowych przez strony nieinstytucjonalne, stąd też uwagi dotyczące-

³⁰ Szerzej na temat różnorodnych klasyfikacji tzw. dowodów prywatnych, przyjmowanych w piśmiennictwie kryteriów zob. A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 177 i n. O statusie procesowym tzw. opinii prywatnej oraz możliwościach wprowadzania i wykorzystania tego szczególnego dowodu w procesie karnym zob. też P. Kardas, *Pozaprocesowe czynności obrońcy*, s. 119 i n.

³¹ Tym samym odrzucam koncepcję, wedle której kryterium uzasadniającym podział na dowody publiczne i dowody prywatne może być inicjatywa dowodowa. Podobnie zagadnienie to ujmuje A. Bojańczyk, podkreślając, że kryterium inicjatywy dowodowej jest mało przydatne z teoretycznego punktu widzenia, nie opiera się bowiem na żadnej istotnej różnicy pomiędzy dowodem przeprowadzonym na wniosek i dowodem przeprowadzonym z urzędu, poza różnicą jedynie formalną, tj. charakterem podmiotu, od którego w danym przypadku wyszła inicjatywa dowodowa (organ procesowy – strona) – *Dowód prywatny*, s. 183.

³² Zob. też uwagi K. Dudki, *Dopuszczalność*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, s. 348. Por. też uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 205 i n.

go tego zakazu zostaną przedstawione łącznie w odniesieniu do obu kategorii³³.

Druga i trzecia ze wskazanych powyżej kategorii rezultatów pozaprocesowych czynności dowodowych nieinstytucjonalnych stron procesu spełnia kryteria tzw. dowodu prywatnego w wyżej zarysowanym ujęciu. Stąd też właśnie w odniesieniu do tej kategorii ograniczyć można dalsze rozważania dotyczące granic wprowadzania do procesu dowodów prywatnych.

6. Spoglądając z ogólniejszej perspektywy, można wskazać cztery kategorie ograniczeń wprowadzania do procesu tzw. dowodów prywatnych. Po pierwsze, sygnalizowane już ograniczenie, a w zasadzie wyłączenie związane z treścią powołanego wyżej zakazu dowodowego przewidzianego w art. 168a k.p.k. Po drugie, ograniczenie wynikające z treści art. 393 § 3 k.p.k., który umożliwia „bezpośrednie” wprowadzenie przez strony jedynie dowodów prywatnych w postaci tzw. dokumentów prywatnych. Po trzecie, ograniczenia wynikające z treści art. 170 § 1 k.p.k. oraz przepisów statuujących zakazy dowodowe. Po czwarte, specyficzne i w pewnym sensie pośrednie ograniczenie związane z zawartą w ustawie proceduralnej regulacją dotyczącą dowodu z opinii biegłego.

7. W analizach poświęconych wrześniowej nowelizacji k.p.k. przyjmuje się, że wprowadzony przez art. 168a k.p.k. nowy zakaz dowodowy stanowi specyficzny odpowiednik zasady *fruit of the poisoned tree*³⁴. Już jednak nieco tylko uważniejsza lektura przepisu

przekonuje, że jakkolwiek polskie rozwiązanie w pewnym sensie opiera się na konstrukcji zasady owoców z zatrutego drzewa³⁵, to z oczywistych wręcz względów nie jest jej odpowiednikiem. Zakaz dowodowy przewidziany w art. 168a k.p.k. ujęto bardzo wąsko, odnosi się bowiem wyłącznie do dowodów uzyskanych dla celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego. Literalnie nie obejmuje zatem dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, lecz nie dla celów postępowania karnego³⁶. Takie ujęcie omawianego przepisu sprawia, że jakkolwiek wyrażony w nim zakaz z podmiotowego punktu widzenia obejmuje wszystkich uczestników procesu karnego³⁷, zarówno instytucjonalnych, jak i nieinstytucjonalnych, to zarazem nie stanowi przeszkody w wykorzystaniu w procesie karnym jako „pełnoprawnego” dowodu środków dowodowych uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, jeśli czynność mająca na celu pozyskanie takiego środka dowodowego, realizująca znamiona czynu zabronionego, a więc bez wątpienia z systemowego punktu widzenia bezprawna, nie została przeprowadzona w celu pozyskania dowodów dla potrzeb postępowania karnego. Ma nadto wyłącznie charakter zakazu bezpośredniego i odnosi się wprost do środków dowodowych uzyskanych za pomocą czynu zabronionego (bezpośrednio), nie stanowi natomiast przeszkody w przeprowadzaniu i wykorzystaniu w procesie dowodu opartego na dowodzie uzyskanym dla celów procesu karnego za pomocą czynu zabronio-

³³ Por. K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 11.

³⁴ Za odpowiednik zakazu owoców zatrutego drzewa zdaje się uznawać regulację zawartą w art. 168a k.p.k. K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 11. Zob. też A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres*, s. 104 i n. Por. też niezwykle interesujące i instruktywne rozważania A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 160 i n. oraz powołaną tam literaturę przedmiotu i orzecznictwo. Co do amerykańskiej konstrukcji owoców zatrutego drzewa zob. szerzej S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa*, Kraków 2010 oraz powołana tam literatura przedmiotu.

³⁵ Zob. w tym zakresie S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa*, s. 23 i n.

³⁶ Takie zachowania są zakazane przez prawo materialne, jednak nie zostały objęte zakazem dowodowym, co sprawia, że z proceduralnego punktu widzenia nie ma przeszkód do przeprowadzania i wykorzystania w procesie tak pozyskanego dowodu.

³⁷ Z punktu widzenia zakresu podmiotowego został zatem ukształtowany w sposób zdecydowanie szerszy niż specyficzne ograniczenia i wyłączenia dowodowe przyjmowane w systemie amerykańskim, za to wykazuje pewne podobieństwo do rozwiązań przyjmowanych w Europie. Por. A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 160 i n. oraz s. 415 i n.

nego³⁸. Innymi słowy – przepis art. 168a k.p.k. nie statuuje i nie stwarza możliwości do wywiedzenia w drodze wykładni zakazu pośredniego³⁹. Już te dwie cechy sprawiają, że w zasadzie w przypadku art. 168a k.p.k. można mówić o pewnym tylko podobieństwie tej konstrukcji do zasady *fruit of the poisoned tree*. Przepis art. 168a k.p.k. wyznacza zatem granicę wprowadzania dowodów prywatnych o bardzo wąskim zakresie zastosowania.

Z perspektywy zasady prawdy materialnej wąskie ograniczenie możliwości wprowadzania do procesu dowodów, w tym dowo-

dów prywatnych, na podstawie powyższego przepisu może wydawać się interesujące, nie wyklucza bowiem możliwości procesowego wykorzystywania pewnej kategorii dowodów prywatnych uzyskanych w sposób bezprawny, za pomocą czynu zabronionego⁴⁰. To zaś w znacznym stopniu zwiększa prawdopodobieństwo poczynienia w procesie ustaleń odpowiadających prawdzie.

Z drugiej jednak strony stwarza takie same możliwości w odniesieniu do instytucjonalnych uczestników procesu, co z uwagi na funkcje przypisywane państwu, w imieniu i na

³⁸ Chodzi tutaj o sytuację, w której dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego dla potrzeb postępowania karnego stanowi źródło informacji o dalszych lub innych dowodach, umożliwiając tym samym ich uzyskanie. Jeśli uzyskanie tych kolejnych dowodów nie będzie następowało za pomocą czynu zabronionego, to przepis art. 168a k.p.k. wprost nie stanowi przeszkody do ich wykorzystania w procesie karnym.

³⁹ Podobnie normatywną zawartość art. 168a k.p.k. ocenia A. Bojańczyk, wskazując, że „pojęcie «wykorzystywanie» (stanowiące całkowitą nowość w kontekście dowodowym w ustawie postępowania karnego) może być rozumiane w dwojaki sposób. Albo szeroko (...), tj. jako wykorzystanie dowodu jako podstawy do dokonywania ustaleń faktycznych, ale także jako wykorzystanie dowodu jako podstawy dla źródła informacyjnego o dalszych czy innych dowodach, nieobjętych już wprost zakazem dowodowym określonym w art. 168a k.p.k. Uważam jednak, że silniejsze argumenty przemawiają za wąską (a raczej – ścisłą) interpretacją zakazu dowodowego zakodowanego w przepisie art. 168a k.p.k. Przede wszystkim chodzi o wzgląd na aksjologię procesu karnego i (nadal) czołowe miejsce, które zajmuje zasada prawdy materialnej. Stara to prawda, że zakazy dowodowe, które przecież w sposób wymierny ograniczają możliwość dokonania ustaleń prawdziwych w procesie karnym, powinny być interpretowane w sposób możliwie ścisły. Nie należy zatem «dopowiadać» do treści przepisu art. 168a k.p.k. tego, czego ustawodawca w nim wyraźnie jednak nie powiedział, pozostawiając dwuznaczność językową, która daje przy pewnej gymnastyce interpretacyjnej asumpt do dekodowania dwóch odrębnych zakazów dowodowych z tego przepisu” – *Jaki jest zakres*, s. 105. Odmienne zagadnienie to ujmuje K. Zgryzek, podkreślając, że „mamy tu więc wyraźnie do czynienia z uregulowaniem spornego zagadnienia tzw. owoców z zatrutego drzewa (dowody przeprowadzone w procesie i w nim wykorzystywane mogą być wyłącznie legalne, a ich cel wprowadzenia do procesu nie może tej legalności konstituować” – K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 11.

⁴⁰ O znaczeniu wyrażonej w art. 5 § 2 k.p.k. („podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne”) zasadzie prawdy oraz jej relacjach do kontradiktoryjnego postępowania dowodowego pisałem szerzej – P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej w perspektywie korespondencyjnej, koherencyjnej, pragmatycznej i konsensualnej teorii prawdy. Kilka uwag na tle propozycji nowego ujęcia przepisów dotyczących postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji oraz postępowania dowodowego w toku postępowania przygotowawczego*, (w:) *Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013, s. 174–202; P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej a kontradiktoryjność postępowania dowodowego. Przeciwstawne czy komplementarne zasady procesu karnego? (Rozważania o znaczeniu analiz dogmatycznych w procesie przygotowywania zmiany normatywnej na przykładzie prac legislacyjnych nad projektem nowelizacji kodeksu postępowania karnego)*, (w:) *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego. Konferencje naukowe Izby Adwokackiej we Wrocławiu*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 37–78. Szerzej co do problematyki zasady prawdy w procesie karnym zob. także: J. Zajadło, *Teoretyczno- i filozoficzno-prawne pojęcie prawdy*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 8 i n.; P. Wiliński, *Konstytucyjne podstawy zasady prawdy – pomiędzy karnoprosesowymi a konstytucyjnymi koncepcjami ujęcia prawdy*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 25 i n.; P. Hofmański, *Zasada prawdy w postulowanym modelu procesu karnego*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 43 i n.; W. Jasiński, *Model procesu karnego a efektywność dochodzenia do prawdy*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 48 i n.; S. Steinborn, *Aksjologiczne uwarunkowania ograniczeń w dochodzeniu do prawdy materialnej w procesie karnym*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim*

rzecz którego działają przeciw instytucjonalni uczestnicy procesu, wywoływać może poważne wątpliwości i zastrzeżenia. Z ogólnej perspektywy wątpliwości budzić może zaś ogólna zasada dająca się wywieść z tego rozwiązania, która umożliwiała, a wręcz prawnie sankcjonuje, oparcie rozstrzygnięcia sądu karnego na dowodach uzyskanych za pomocą czynu zabronionego⁴¹. Wyraźnie widoczny jest paradoks związany z sytuacją, w której reakcja sądu na popełnienie przestępstwa opiera się na rezultatach wynikających z zachowania naruszającego przepisy prawa oraz stanowiącego realizację znamion czynu zabronionego (a czasami przestępstwa)⁴². Oczywiście to zastrzeżenie ma szczególną wymowę w odniesieniu do wykorzystywania przez sąd dowodów pozyskanych za pomocą czynu zabronionego przez instytucje publiczne, w tym instytucjonalnych uczestników procesu. Nie można jednak go ignorować także w odniesieniu do dowodów pozyskanych za pomocą czynu zabronionego przez nieinstytucjonalnych uczestników procesu.

Niezależnie od wskazanej powyżej generalnej aksjologicznej i konstrukcyjnej wątpliwości regulacja zawarta w art. 168a k.p.k. generować może trudności w innych obszarach⁴³.

Poważne trudności łączyć się mogą ze sposobem ustalania przesłanki „uzyskania dowodu za pomocą czynu zabronionego”. Wykorzystane przez ustawodawcę sformułowanie wyraźnie odwołuje się do formalnych elementów w postaci znamion czynu zabronionego opisanych w ustawie, pomijając tym samym dwie pozostałe konstytutywne z punktu widzenia prawa karnego materialnego przesłanki odpowiedzialności za przestępstwo, tj. odpowiedzialnością zawartość bezprawia (stopień społecznej szkodliwości) oraz winę⁴⁴. Niezależnie od tego, upraszczającego procesowe wykazywanie tej przesłanki, ujęcia przepis art. 168a k.p.k. wymaga jednak stwierdzenia, że czynności prowadzące do uzyskania dowodów stanowiły realizację znamion czynu zabronionego. Ponieważ wykazanie tej okoliczności jest warunkiem aktualizacji zakazu dowodowego, ta zaś z uwagi na konsekwencje podlega kontroli, musi zostać oparta na określonej podstawie. Projektodawcy nowelizacji, w której zamieszczono także ten przepis, nie obudowali powyższego rozwiązania stosownymi regulacjami szczegółowymi, nie wskazali również w uzasadnieniu, w jaki sposób i przez jaki podmiot przesłanka ta miałaby zostać ustalona (wykazana). Brak ja-

procesie karnym, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 78 i n. Por. też rozważania K. Dudki, *Dopuszczalność*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, s. 348. Por. też uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 340 i n.

⁴¹ O różnorodnych aspektach tego złożonego zagadnienia w kontekście zasady prawdy materialnej oraz zasady proporcjonalności i standardu rzetelnego procesu pisze interesująco A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 415 i n. oraz 340 i n.

⁴² Podobnie powyższe zagadnienie ujmuje K. Zgryzek, podkreślając, że „działanie wbrew prawu ma eliminować nie tylko te dowody, które pozyskane zostały przez osoby prywatne, ale także nie dopuścić do procesu tych dowodów, których pozyskanie w wyniku działań operacyjnych podejmowanych przez organy państwa łączyło się z wykroczeniem poza ramy legalności. Państwo, które łamie prawo przez siebie ustanowione, nie może z wyników tego łamania uczynić podstawy dowodowej oskarżenia i skazania” – K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 11. Nie kwestionując trafności przytoczonych uwag, trzeba jednak podkreślić, że z uwagi na ograniczony zakres zastosowania art. 168a k.p.k. bynajmniej nie eliminuje wszystkich dowodów pozyskanych przez organy władzy publicznej lub organy państwa z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, co więcej – zdaje się nie stanowić odpowiedniej podstawy do eliminacji dowodów pozyskanych przez organy władzy publicznej lub organy państwa w wyniku popełnienia czynu zabronionego, jeśli realizacji znamion czynu zabronionego nie towarzyszyła intencja (zamiar) uzyskania dowodów dla potrzeb procesu karnego.

⁴³ Podobnie A. Bojańczyk, wskazując, że „na tle dyspozycji art. 168a k.p.k. pojawia się wiele niełatwych zagadnień interpretacyjnych” – *Jaki jest zakres*, s. 103.

⁴⁴ Co do warunków przestępności zachowania na gruncie polskiego systemu prawa karnego zob. regulację zawartą w art. 1 §2 i 3 k.k. Por. też interesujące rozważania A. Bojańczyka, kreślone przed wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego szczególnego zakazu dowodowego przewidzianego w art. 168a k.p.k. – *Dowód prywatny*, s. 415 i n.

kichkolwiek wskazań projektodawców co do sposobu rozumienia wprowadzonego rozwiązania powoduje, że możliwe są w tym zakresie różnorodne rozwiązania wykładnicze⁴⁵. Wydaje się, że z uwagi na funkcje zakazu określonego w art. 168a k.p.k. należy przyjąć, iż kompetencje do oceny wystąpienia w konkretnym układzie procesowym przesłanek z art. 168a k.p.k. posiada organ procesowy prowadzący dane stadium procesu, tj. prokurator w stadium przygotowawczym oraz sąd w stadium jurysdykcyjnym. W konsekwencji zdaje się również uzasadnione przyjęcie, że są to kompetencje samodzielne, w tym w szczególności znaczeniu, iż obejmują dokonywaną przez organ procesowy na danym etapie postępowania ocenę wystąpienia przesłanek z art. 168a k.p.k. w celu rozstrzygnięcia kwestii proceduralnej, tj. stwierdzenia niedopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania w procesie tak uzyskanego dowodu⁴⁶. Należy również przyjąć, że kompetencja organu procesowego odnosi się wyłącznie do aspektów proceduralnych i nie obejmuje problematyki ewentualnej odpowiedzialności karnej strony lub innej osoby, która uzyskała dowód za pomocą czynu zabronionego. Chodzi tutaj zatem o szczególnie rodzaj prawdopodobieństwa, innego niż wymagane dla decyzji o wszczęciu postępowania w sprawie odpowiedzialności za czyn zabroniony, za pomocą którego uzyskano dowód dla potrzeb procesu karnego. Wreszcie z uwagi na taki sposób rozumienia powyższej przesłanki należy przyjąć, że podlega ona ocenie w toku procesu, na podstawie tych samych zasad, które obowiązują przy ocenie dowodów.

W tym ujęciu kompetencje do stwierdzenia, że dowód, którego dotyczy wniosek strony o dopuszczenie przez organ procesowy tego dowodu lub który ma być bezpośrednio wprowadzony do procesu przez stronę, został uzyskany za pomocą czynu zabronionego dla potrzeb postępowania, należą do organu procesowego prowadzącego dane stadium procesu (tj. prokuratora w postępowaniu przygotowawczym lub sądu w postępowaniu jurysdykcyjnym). Stwierdzenie wystąpienia przesłanki z art. 168a k.p.k. wymaga ustalenia odpowiedniego stopnia prawdopodobieństwa, że dany dowód uzyskano za pomocą czynu zabronionego⁴⁷. Decyzja o eliminacji takiego dowodu przez organ procesowy jest na danym etapie procesu ostateczna i samodzielnie niezaskarżalna. Może natomiast stanowić jedną z podstaw oceny kończącego sprawę rozstrzygnięcia w toku kontroli odwoławczej.

Zarysowany powyżej model wykładni art. 168a k.p.k. jest tylko jednym z możliwych na gruncie uchwalonej nowelizacji. Wydaje się jednak, że powyższa koncepcja opiera się na racjonalnych przesłankach, w szczególności zaś na tym, iż art. 168a k.p.k. wyraża wyłącznie procesowy zakaz dowodowy. Nie odnosi się w żadnym zakresie do kwestii materialnoprawnych, w tym zwłaszcza nie wymaga stwierdzenia w sposób prawem przewidziany, że wartościowane czynności dowodowe zostały zrealizowane w sytuacji, w której procesowo możliwe jest ustalenie, że realizujący je podmiot dopuścił się czynu zabronionego, ani też nie obejmuje żadnych zagadnień związa-

⁴⁵ Zasadnie podkreśla A. Bojańczyk, że „wyjściowa propozycja Komisji Kodyfikacyjnej, tj. pierwszy przedstawiony projekt dużej nowelizacji kodeksu postępowania karnego, nie zawierała żadnych nowych zakazów dowodowych, brak też jakichkolwiek śladów w motywach «pierwszego» projektu, które wskazywałyby na to, że ta sprawa była w ogóle przez Komisję rozważana. Przepis art. 168a k.p.k. – a jest to przecież regulacja o niezwykle doniosłym znaczeniu dla całego procesu karnego, której nie sposób nazwać drugorzędną – pojawia się znienacka” – *Jaki jest zakres*, s. 103.

⁴⁶ Trafnie podkreśla A. Bojańczyk, że oparta na treści art. 168a k.p.k. kontrola poprawności postępowania dowodowego może mieć dwojaki charakter: prewencyjny, jeśli na podstawie art. 168a k.p.k. dojdzie do zapobieżenia przeprowadzenia określonego dowodu, lub następczy, jeśli do przeprowadzenia dowodu doszło, wówczas stanowi podstawę do wyłączenia możliwości wykorzystania tak przeprowadzonego dowodu. Zob. A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres*, s. 106.

⁴⁷ O paradoksach tej regulacji w kontekście tzw. czynów przepoławionych interesująco pisze A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres*, s. 106.

nych z ewentualną odpowiedzialnością karną za przeprowadzenie dowodu w sposób przestępny.

Z oczywistych powodów, jak każda nowa instytucja wprowadzana do systemu prawa, rozwiązanie zawarte w art. 168a k.p.k. generuje wiele różnorodnych niebezpieczeństw, w tym także ryzyko potencjalnej dysfunkcyjności. Na potrzeby niniejszego opracowania wskazać wystarczy tylko niektóre z nich.

Po pierwsze, nie jest jasne, w jakich relacjach pozostają postępowanie dowodowe w sprawie, w której wyłączono możliwość przeprowadzenia i wykorzystania dowodu z uwagi na uzyskanie go za pomocą czynu zabronionego, oraz ewentualne postępowanie w sprawie odpowiedzialności karnej za ten czyn zabroniony, którego dopuszczono się w związku z uzyskaniem dowodu dla potrzeb innego postępowania. Nie jest jasne, czy ewentualne wszczęcie postępowania w sprawie odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w związku z uzyskaniem dowodu za pomocą czynu zabronionego w trakcie trwania postępowania, w którym wydano rozstrzygnięcie o niedopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania w procesie takiego dowodu, powoduje stan zawieszenia skuteczności tej decyzji procesowej, czy też pozostaje bez wpływu na tok procesu, w którym wykorzystano zakaz dowodowy z art. 168a k.p.k. jako podstawę rozstrzygnięcia.

Po wtóre, nie jest jasne, jakie znaczenie dla procesu, w którym wydano rozstrzygnięcie na podstawie treści art. 168a k.p.k., ma ewentualne prawomocne stwierdzenie w innym postępowaniu, że czynności mające na celu uzyskanie tego dowodu zostały przeprowadzone bez naruszania prawa, a więc że ustalone w związku z decyzją o niedopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania dowodu prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego zostało w innym postępowaniu, dotyczącym tego czynu, całkowicie sfalsyfikowane. Nie jest jasne, czy w takim przypadku pojawia się możliwość, a być może z uwagi na szczególnie okoliczności procesowe wręcz powinność przeprowadzenia dowodu, co do któ-

rego uprzednio stwierdzono jego niedopuszczalność z uwagi na przyjęcie, że uzyskano go za pomocą czynu zabronionego. Nie jest także klarowne, czy ewentualne przeprowadzenie dowodu uprzednio uznanego za niedopuszczalny winno opierać się na swoistej „reassumpcji” postanowienia wydanego na podstawie art. 168a k.p.k., czy też przyjmować postać nowego postanowienia dowodowego wydanego na podstawie kolejnego wniosku dowodowego strony, uwzględniającego treść rozstrzygnięcia wykluczającego, że dowód uzyskano za pomocą czynu zabronionego.

Wątpliwości wywoływać może również kwestia związana z wymaganym dla aktualizacji przesłanek stosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. stopniem prawdopodobieństwa oraz ewentualnym znaczeniem procesowej zasady domniemania niewinności. Z jednej bowiem strony przesłanka popełnienia czynu zabronionego z art. 168a k.p.k. ma jedynie proceduralne znaczenie, stanowi podstawę aktualizacji zakazu dowodowego, nie ma zaś – jak wskazano powyżej – żadnego znaczenia z punktu widzenia potencjalnej odpowiedzialności karnej podmiotu, który przeprowadzał stosowne czynności związane z uzyskaniem dowodu. Z drugiej strony aktualizacja zakazu z art. 168a k.p.k. wymaga jednak stwierdzenia, że uzyskano dowody za pomocą czynu zabronionego, który następuje w procesowej formie w toku postępowania karnego. To może sugerować, że jakkolwiek organ procesowy podejmuje na podstawie tej przesłanki decyzję wyłącznie w przedmiocie dopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania dowodu, nie zaś w przedmiocie odpowiedzialności karnej osoby, która dany dowód uzyskała, to zarazem nie sposób stracić z pola widzenia, że w szczególności prokurator, związany zasadą legalizmu, w takich wypadkach powinien podejmować stosowne czynności z urzędu, mające na celu wszczęcie postępowania w sprawie odpowiedzialności karnej osoby uzyskującej dowód. To zaś może sprawiać, że z uwagi na związki procedury mającej na celu ustalenie przesłanek aktualizacji zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. oraz

przesłanek odpowiedzialności karnej powinno się dążyć do ujednoczenia stopnia prawdopodobieństwa stwierdzenia, że dowód uzyskano za pomocą czynu zabronionego, wyznaczonego przy uwzględnieniu procesowej zasady domniemania niewinności. Z tego punktu widzenia wątpliwości może wywoływać zawarte powyżej twierdzenie dotyczące autonomicznej kompetencji sądu prowadzącego czynności dowodowe do ustalenia stopnia prawdopodobieństwa uzyskania dowodu za pomocą czynu zabronionego i twierdzenie, że winien być on ustalony w innym, tj. mniejszym stopniu niż wymagany dla podjęcia decyzji o wszczęciu postępowania karnego przeciwko osobie, która uzyskała taki dowód.

Wątpliwości związanych z konstrukcją przewidzianą w art. 168a k.p.k. jest oczywiście zdecydowanie więcej, co sprawia, że dopiero po pewnym okresie funkcjonowania tego przepisu w praktyce będzie można nieco precyzyjniej stwierdzić, czy jest to instytucja prawidłowo ukształtowana i proceduralnie użyteczna. Już dzisiaj można jednak bez ryzyka popełnienia większego błędu twierdzić, że zakaz przewidziany w art. 168a k.p.k. został zakreślony zbyt wąsko z tego powodu, iż nie obejmuje wszystkich dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, a więc nie tylko dla celów postępowania karnego.

Nieco mniej skomplikowana jest kwestia bezpośredniego wprowadzania do procesu dowodów prywatnych na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. W tym zakresie ustawodawca jednoznacznie stwierdza, że mogą być odczytywane na rozprawie, a tym samym wprowadzane jako dowody prywatne do procesu, wszelkie dokumenty prywatne zgromadzone, wytworzone lub zlecone przez strony procesu. Przepis stwarza więc możliwość bezpośredniego wprowadzenia dowodów prywatnych do procesu. Możliwość ta nie jest jednak nieograniczona.

Przede wszystkim odczytanie na rozprawie wymaga stosownej decyzji sądu, wyrażające-

go zgodę na przeprowadzenie tej czynności. Ta decyzja, jak każde rozstrzygnięcie w sprawie dowodów, musi respektować zawarte w ustawie procesowej regulacje dotyczące zakazów dowodowych, a więc także treść art. 168a k.p.k. Tym samym przed wyrażeniem zgody na odczytanie dokumentów prywatnych sąd powinien sprawdzić, czy dokumenty te nie zostały przez stronę uzyskane dla potrzeb procesu za pomocą czynu zabronionego. W razie stwierdzenia okoliczności wskazanych w tym przepisie odczytanie dokumentów prywatnych i wprowadzenie ich jako dowodów do procesu nie jest – jak się wydaje – możliwe. Przesądza to, że z wykorzystaniem art. 393 § 1 k.p.k. jako formalnej podstawy wprowadzenia do procesu dowodów prywatnych łączą się ograniczenia wynikające z zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. Możliwość wprowadzenia do procesu dowodów prywatnych na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. związana jest – z oczywistych powodów – z tymi samymi wątpliwościami, które przedstawiono powyżej, analizując konstrukcję art. 168a k.p.k.

Niezależnie od ograniczenia wyrażonego w art. 168a k.p.k. możliwość odczytania i tym samym wprowadzenia do procesu dowodów prywatnych regulowana jest przez ogólny przepis art. 170 § 1 k.p.k. Sąd jest zatem uprawniony i zobowiązany do sprawdzenia, czy nie aktualizuje się żadna z negatywnych przesłanek dowodowych przewidzianych w art. 170 § 1 k.p.k., w szczególności zaś ma możliwość uznania, że dokument, który ma być odczytany przez stronę, dotyczy okoliczności, której nie da się wykazać za pomocą tego dowodu, okoliczności, która została już wykazana lub zmierza w sposób jednoznaczny do przewlekłości postępowania lub pozostałych przesłanek negatywnych wyrażonych w art. 170 § 1 k.p.k.⁴⁸ Wydaje się, że stwierdzenie tych przesłanek umożliwia sądowi odmowę zgody na odczytanie takich dokumentów na rozprawie. Pozwala to twierdzić, że przepis art. 170 k.p.k. wyraża zatem także

⁴⁸ Zob. treść przepisu art. 170 k.p.k. przytoczoną w przypisie nr 15 niniejszego opracowania. Zob. też rozważania K. Dudki, *Dopuszczalność, (w:) Zasada prawdy materialnej*, s. 346 i n. Por. też uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 205 i n.

specyficznie ujęty zakaz dowodowy i statuuje ograniczenie możliwości wprowadzania dowodów prywatnych do procesu.

Należy podkreślić, że przepis art. 393 § 1 k.p.k. jest wskazywany jako podstawa wprowadzenia do procesu tzw. opinii prywatnej. Z uwagi na rekonstruowaną z całości znowelizowanych przepisów k.p.k. zasadę swobody dowodzenia przyjmuje się, że strony nieinstytucjonalne mają możliwość zlecenia, w formie czynności pozaprosesowych⁴⁹, przygotowania przez osoby posiadające stosowną wiedzę opinii dotyczącej okoliczności istotnych z punktu widzenia procesu. Taka opinia nie ma jednak formalnie statusu dowodu z opinii biegłego, który został w sposób szczególnie uregulowany w ustawie procesowej. Należy zaakcentować, że dowód z opinii biegłego może być przeprowadzony wyłącznie na zlecenie instytucjonalnego organu procesowego (tj. sądu lub prokuratora), które przybiera postać postanowienia. Tym samym, jakkolwiek na podstawie zasady swobody dowodzenia nieinstytucjonalne strony procesu mają możliwość samodzielnego zlecenia sporządzenia opinii prywatnej, z uwagi na sformalizowany sposób przeprowadzania tego dowodu, opinia sporządzona na zlecenie strony nie ma formalnie statusu dowodu z opinii biegłego. W perspektywie art. 393 § 1 k.p.k. ma status dokumentu prywatnego, takiego samego jak każdy inny dokument wymieniony w tym przepisie. Jednocześnie z uwagi na treść art. 393 § 1 k.p.k. może być odczytana na rozprawie, jeśli m.in. nie zachodzą przesłanki z art. 168a k.p.k. oraz z art. 170 § 1 k.p.k., i w ten sposób zostaje jako dowód wprowadzona do procesu. W związku z zachowaniem szczególnego statusu dowodu z opinii biegłego na gruncie znowelizowanych przepisów pojawia się jednak wątpliwość dotycząca „wagi” czy też „znaczenia” procesowego opinii prywatnej. Nie jest to formalnie dowód z opinii biegłego. Materialnie

może jednak wykazywać, jeśli została sporządzona w prawidłowy sposób, wszystkie cechy, jakie łączą się z ustaleniami dotyczącymi wiado- mości specjalnych dokonywanymi w procesie przez specjalistów. W związku z powyższym przyjmuje się dwa alternatywne rozwiązania wskazanego zagadnienia. Wedle pierwszego, z uwagi na brak formalnej teorii dowodowej na gruncie polskiego procesu karnego wprowadzona na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. do procesu karnego opinia prywatna jest dokumentem równoważnym z opinią biegłego jako szczególnym rodzajem dowodu sporządzonym na zlecenie organu procesowego. Jeśli zatem opinia prywatna spełnia wszystkie cechy tego szczególnego dowodu, może stanowić podstawę ustaleń czynionych przez sąd, a w razie sprzeczności z opinią sporządzoną na zlecenie organu procesowego, jeśli opinia prywatna jest merytorycznie poprawna i metodologicznie nienaganna, stanowić podstawę pominięcia opinii sporządzonej na zlecenie organu procesowego. W tym ujęciu dowód z opinii ma zatem taki sam status i charakter jak dowód z opinii sporządzonej na zlecenie organu procesowego. Nie wynika to jednak wprost z regulacji proceduralnej, lecz stanowi wynik stosunkowo skomplikowanego procesu interpretacji, opartego na szeregu presupozycji⁵⁰.

Wedle ujęcia alternatywnego, z uwagi na sformalizowaną procedurę przeprowadzania dowodu z opinii biegłego w polskim procesie karnym, mimo możliwości odczytania na rozprawie opinii sporządzonej na zlecenie nieinstytucjonalnej strony procesu, taka prywatna opinia pozostaje dowodem z dokumentu, i z tego powodu ma formalnie inny status procesowy. Nie jest bowiem dokumentem sporządzonym na zlecenie organu procesowego i tym samym nie ma formalnie statusu dowodu z opinii biegłego. Tym samym jej znaczenie z formalnego punktu widzenia może być

⁴⁹ Należy podkreślić, że kwestia ta nie została w żaden sposób uregulowana w ustawie, stąd też czynności polegające na zleceniu sporządzenia opinii prywatnej na gruncie polskiej ustawy procesowej należy uznać za czynności pozaprosesowe.

⁵⁰ Zob. też w tej kwestii uwagi zawarte w pracy – P. Kardas, *Pozaprosesowe czynności obrońcy*, s. 119 i n.

nico inne. Ujmując rzecz skrótowo, można twierdzić, że dowód z opinii prywatnej jest dowodem o „mniejszej” formalnie wadze niż dowód z opinii biegłego sporządzonej na zlecenie organu procesowego.

Jakkolwiek istnieje wiele argumentów wskazujących zasadność pierwszego z zarysowanych ujęć interpretacyjnych, to nie można całkowicie lekceważyć uzasadnienia przedstawianego dla drugiego z zarysowanych modeli wykładniczych.

Mając na względzie powyższe ogólne uwagi, dotyczące jedynie kwestii zasadniczych, wydaje się, że zagadnienie wyszukiwania, gromadzenia, sporządzania, zlecenia oraz przeprowadzania tzw. dowodów prywatnych nie zostało w sposób kompleksowy uregulowane w uchwalonej nowelizacji. Wiele kwestii pozostało bowiem poza zakresem jakichkolwiek ustawowych rozwiązań, co sprawia, że wieloletnie funkcjonowanie polskiego procesu karnego w innym ujęciu modelowym, w którym negowano możliwość wykorzystywania tzw. dowodów prywatnych, generować może wiele komplikacji w praktyce stosowania prawa. Nie ma również wątpliwości, że jednym z tych obszarów potencjalnych trudności jest sfera nie w pełni uregulowanych zagadnień związanych ze statusem dowodów prywatnych oraz ograniczeniami wprowadzania tych dowodów do procesu. Nieprecyzyjność

regulacji stwarza podstawy do różnorodnych trudności.

Nadużycie konstrukcji stanowiących podstawę do eliminacji z procesu tzw. dowodów prywatnych prowadzić może do naruszenia zasady równości, a w dalszej perspektywie skutkować nieadekwatnymi ustaleniami sądu i ostatecznie nietrafnym i niesprawiedliwym rozstrzygnięciem sprawy. Podobne zagrożenia generować może nadmiernie szeroka możliwość wprowadzania do procesu tzw. dowodów prywatnych. Oba zagrożenia są wyraźnie dostrzegalne na gruncie znowelizowanych przepisów polskiej procedury karnej. Warto zatem problematykę dowodów prywatnych oraz zagadnienie ograniczeń ich przeprowadzania i wykorzystywania w procesie poddać szerszej analizie w okresie *vacatio legis* nowelizacji polskiej procedury karnej. Warto także podjąć trud spojrzenia na tę problematykę z perspektywy prawnoporównawczej, w szczególności angloamerykańskiej, w której problematyka ta jest znacznie głębiej prześlana i o wiele precyzyjniej uregulowana⁵¹. Takie analizy mogą okazać się nie tylko inspirowane z punktu widzenia prawnoporównawczych aspektów wykładni wprowadzonych na mocy wrześniowej nowelizacji przepisów, ale także w perspektywie wprowadzenia ewentualnych korekt przyjętych w Polsce rozwiązań.

⁵¹ W systemie amerykańskim obowiązują rozbudowane regulacje dotyczące tzw. prawa dowodowego, w których przewidziano wiele szczegółowych rozwiązań odnoszących się do zakazów dowodowych. Zob. w szczególności G. Weissenberg, J. J. Duane, *Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, Seventh Edition*, LexisNexis 2011. Zob. też interesujące rozważania A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 160 i n. oraz powołaną tam literaturę przedmiotu i orzecznictwo.

Summary

Piotr Kardas

THE GROUNDS AND LIMITATIONS OF THE EXAMINATION AND USING OF SO CALLED PRIVATE EVIDENCE IN A CRIMINAL TRIAL

The work is devoted to the analysis of the possibility of gathering and using so called private evidence in a trial and the new inadmissibility in evidence introduced pursuant to the amendment from September 2013 including evidence obtained by means of an illegal act referred to in

art. 168a of the code of criminal procedure. The text contains a draft definition of the term “private evidence” and the characteristics of the significance of evidence division into private and public from the viewpoint of the rules of the law of evidence resulting from the revised regulations of the code of criminal procedure. Moreover, it includes reflections on the normative content of the inadmissibility from art. 168a of the code of criminal procedure, the premises of its updating and its scope of application. It suggests that it is possible to assume that art. 168a of the code of criminal procedure also establishes an indirect inadmissibility in evidence obtained by means of an illegal act. Further, it points out to a number of interpretative difficulties connected with the construction of the inadmissibility in evidence referred to in art. 168a of the code of criminal procedure assumed by the legislator as well as some remarks concerning the possibility of implementing and using evidence from private documents and evidence from so called private expert opinion in a criminal trial.

KEY WORDS: private evidence, evidence, searching for evidence, gathering evidence, examination of evidence, using evidence, parties to the proceedings, inadmissibility in evidence, obtaining evidence, illegal act

POJĘCIA KLUCZOWE: dowód prywatny, środek dowodowy, wyszukiwanie dowodów, gromadzenie dowodów, przeprowadzanie dowodów, wykorzystywanie dowodów, strony postępowania, zakazy dowodowe, uzyskanie dowodu, czyn zabroniony

CZY W POLSKIM PRAWIE KARNYM POTRZEBNY JEST KONTRATYP SZTUKI?

Niewątpliwie katalog tak zwanych kontratypów pozaustawowych¹ nie jest katalogiem zamkniętym². Kształtuje się zgodnie z potrzebami społecznymi. Nowe sytuacje kontratypowe powstają pod wpływem zdarzeń społecznych, a stare zanikają, gdy ich znaczenie społeczne wyczerpie się. To właśnie spotkało zupełnie niedawno pozaustawowy kontratyp karcenia nieletnich³ w jego podstawowym zakresie, czyli w zakresie fizycznego karcenia (zwykle naruszenie nietykalności cielesnej). Najpierw fizyczne karcenie nieletnich utraciło społeczną aprobatę, a następnie zostało wprost zakazane przepisem ustawy⁴. Nadal za sytuację kontratypową uważa się inne formy karcenia nieletnich, wyczerpujące znamiona przestępstwa, np. krótkotrwale pozbawienie małoletniego wolności (zakaz wyjścia z domu za karę). Jednocześnie obserwuje się ewolucję kontratypu zwyczajowego, dyskutowanego przez środowiska, których może dotyczyć, zarówno co do sytuacji społecznej (np. komu i w jakich okolicznościach można wręczać prezent wyrażający wdzięczność za jego pracę), jak i co do cech kontratypu (jakiego rodzaju prezenty można uznać za zwyczajowo przyjęte).

Kontratypy pozaustawowe mają opis teoretyczny, określający ich warunki, a także wcale

nierzadko bywają rozważane w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Na podstawie tych przede wszystkim źródeł powstaje stosowany w praktyce orzeczniczej opis kontratypu. M. Cieślak nazywa te kontratypy nieskodyfikowanymi⁵. Wynikają one, jego zdaniem, ze zwyczaju bądź sformułowane są przez naukę prawa i respektowane przez praktykę.

Kontratyp sztuki, gdyby uznać jego istnienie, byłby kontratypem pozaustawowym odnoszącym się do sytuacji, w których sztuka wiąże się z popełnieniem czynu zabronionego.

Rozważania szczegółowe odnoszące się do kontratypu sztuki należy poprzedzić przedstawieniem ogólnych racji, uzasadniających istnienie kontratypów w ogóle. Interpretacja tych racji pozwala uznać hipotetyczne sytuacje za kontratypowe lub nie. Spełnienie wymagań kontratypu prowadzi do stwierdzenia, że czyn zabroniony nie jest przestępny. Oczywiście oznacza to, że rozważania, czy w konkretnym przypadku ma miejsce kontratyp, można rozpocząć dopiero w momencie, w którym stwierdzamy, że zdarzenie wypełnia znamiona przedmiotowe czynu zabronionego⁶. Wprawdzie brak winy wyłącza możliwość ukarania za przestępstwo (art. 1 § 3 k.k.), badanie winy

¹ Istnienie kontratypów pozaustawowych kwestionują A. Zoll i W. Wróbel, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 343 i n. Także A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 9, Warszawa 2009, s. 168, stwierdza za A. Zollem, że nie jest dopuszczalne tworzenie kontratypów pozaustawowych, ale zarazem wymienia i opisuje sytuacje, które powszechnie się za takie pozaustawowe kontratypy uznaje.

² Pisze o tym M. Mozgawa, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Zakamycze 2006, s. 216.

³ Zob. L. Andrejew, *Oceny prawne karcenia nieletnich*, Warszawa 1964.

⁴ Zob. na temat karcenia małoletnich L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 18, Warszawa 2013, s. 135–136.

⁵ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 218.

⁶ Z tego punktu widzenia proponowane przez J. Warylewskiego „kontratypy wiosenne” nie powinny być rozważane jako sytuacje kontratypowe, gdyż nie sposób wskazać, że czyn sprawcy (np. topienie Marzanny) wypełnił znamiona przestępstwa. Por. J. Warylewski, *Kontratypy wiosenne*, „Palestra” 1999, nr 7–8.

(w rozumieniu prawnokarnym) jest jednak zagadnieniem dalszym wobec kwestii ustalenia istnienia kontraktynu.

Wydaje się, że kontraktyn sztuki, gdyby przyjął potrzebę jego istnienia, jest najbardziej zbliżony do ustawowego kontraktynu stanu wyższej konieczności, uregulowanego w art. 26 k.k. Niewątpliwie bowiem punktem wyjścia dla rozważania potrzeby kontraktynu sztuki jest zaistnienie sytuacji, w której celu artystycznego nie da się zrealizować bez naruszenia prawa.

W doktrynie dzieli się stan wyższej konieczności na sytuacje wyłączenia karnej bezprawności (przy prawidłowym ważeniu dobra poświęconego i ratowanego, czyli gdy dobro poświęcone przedstawia wartość niższą niż dobro ratowane – dyspozycja art. 26 § 1 k.k.) oraz na przypadki wyłączenia winy, gdy proporcja wartości dóbr nie odpowiada tej dyspozycji (dobro poświęcone było takiej samej lub wyższej, ale nie oczywiście wyższej wartości niż ratowane – argument z art. 26 § 2)⁷. Sytuacja taka może mieć miejsce, gdy poświęcenie dobra takiej samej lub nieco (nie oczywiście) wyższej wartości niż dobro ratowane było świadomą decyzją sprawcy czynu, jak i wtedy, gdy popełnił on błąd przy ocenie wartości poświęcanego dobra. Jeżeli sprawca czynu skierowanego na ratowanie dobra poświęciłby świadomie dobro oczywiście wyższej wartości dla ratowania dobra o wartości mniejszej, nie wypełniłby znamion kontraktynu stanu wyższej konieczności i odpowiadałby na zwykłych zasadach. Poświęcenie świadomie dobra o wartości oczywiście wyższej niż ratowane jest, przy spełnieniu innych warunków stanu wyższej konieczności, przekroczeniem granic kontraktynu, co umożliwia zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienie od jej wymierzenia (art. 26 § 3 k.k.).

Wydaje się, że uznanie hipotetycznej sytuacji wypełniającej znamiona przestępstwa za kontraktynową wymaga wskazania racji co

najmniej równych tym, jakie przemawiają za uznaniem tego czynu za zabroniony. Racje te nie muszą być tego samego rodzaju, ale muszą być równej wagi. Uprawnienie do działania w ramach kontraktynu może być określone ogólnie lub też może wymagać ważenia dóbr (poświęconego i chronionego) w konkretnym przypadku. Ważenie dóbr, jeżeli jest przez prawo wymagane, musi przeprowadzić sprawca w chwili czynu i prawo dopuszcza przy tym możliwość błędu (art. 29 k.k.).

Dysproporcja dóbr, polegająca na tym, że dobro poświęcone jest wartości oczywiście wyższej, wyklucza kontraktyn stanu wyższej konieczności. Jeżeli jednak wynika to z usprawiedliwionego błędu sprawcy, który w usprawiedliwiony sposób przypuszcza, że zachodzi kontraktyn stanu wyższej konieczności (wartość mienia poświęconego jest niższa niż ratowanego) – sprawca nie popełnia przestępstwa. Natomiast gdy błąd jest nieusprawiedliwiony – sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 29 k.k.). Jeżeli konkretny przepis nie wymaga co do zasady ważenia dóbr w chwili czynu, prawo z góry uznaje czyn opisany w typie przestępstwa i sytuację kontraktynową za równoważne. Tak jest przy obronie koniecznej, do której człowiek jest uprawniony przy bardzo szerokim wachlarzu czynów zabronionych (czyn prowokujący obronę konieczną musi być bezprawny, a bezpośredni zamach może być skierowany przeciwko jakiemukolwiek dobru chronionemu prawem). Stwierdzenie nieproporcjonalności zastosowanych środków obrony do niebezpieczeństwa zamachu oznacza, że granice obrony koniecznej zostały przekroczone. Skutek przekroczenia jest taki, że czyn broniącego się uznany zostaje za przestępstwo z możliwością złagodzenia odpowiedzialności karnej (art. 25 § 2 k.k.).

Z tego punktu widzenia słuszne jest uznanie, że „podstawą wszystkich kontraktynów jest kolizja dóbr”⁸. To samo musiałoby dotyczyć kontraktynu sztuki, sytuacji, w której przy

⁷ Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 128.

⁸ Tak A. Zoll i W. Wróbel, *Polskie*, s. 339.

działalności artystycznej dopuszczono się czynu zabronionego związanego z tą działalnością i istnieją okoliczności pozwalające uznać sytuację za usprawiedliwioną ze względu na dobro pozostające w kolizji z tym, które jest chronione normą ustanawiającą typ przestępstwa popełniony przez sprawcę⁹. Dobrem przeciwstawnym przy kontratybie sztuki byłaby wolność artystyczna w obu wskazanych w Konstytucji aspektach.

Działalności artystycznej dotyczy norma konstytucyjna, zapisana w art. 73 Konstytucji RP, gwarantująca wolność twórczości artystycznej oraz wolność korzystania z dóbr kultury.

Jak wszystkie wolności konstytucyjne, i ta chroniona Konstytucją działalność musi mieścić się w granicach prawa¹⁰. Problem ewentualnego kontraktu i jego zakresu powstaje, gdy działalność artystyczna przekracza granice prawa pozytywnego. Oczywiście nie każde dobro może zostać naruszone (poświęcone) ze względu na sztukę. Artysta, świadomy naruszenia dobra, musi ważyć jego wartość w stosunku do dobra w postaci wolności artystycznej.

Usprawiedliwione, w sensie tworzące kontrakt, byłoby tylko naruszenie dobra o wartości co najwyżej równej dobru w postaci wartości artystycznej. Naruszenie dobra o wartości oczywiście wyższej nie uzasadniałoby przyjęcia kontraktu. Co najwyżej, przez analogię do stanu wyższej konieczności, można by uznać tę sytuację za przekroczenie granic kontraktu, uzasadniające nadzwyczajne złagodzenie kary. Przy czym ważenie dóbr nie jest wcale łatwe i wszelkie przykłady musiałyby przedstawiać sytuacje krańcowe (np. poświęcenie zdrowia człowieka dla osiągnięcia efektu artystycznego).

Sytuacja kontraktowa może mieć miejsce

na dwóch etapach działalności artystycznej: na etapie tworzenia dzieła artystycznego i na etapie rozpowszechniania tego dzieła (wystawiania, publikacji, udostępniania na rozmaitych polach eksploatacji).

Na etapie tworzenia dzieła artystycznego może mieć miejsce naruszenie różnych przepisów, między innymi z obszaru prawa pracy, prawa cywilnego, prawa ochrony zwierząt, prawa karnego. Warto rozważyć, czy i pod jakimi warunkami takie naruszenia mogą być usprawiedliwione poprzez uznanie za sytuację kontraktową. I czy jest potrzeba szukania tego rodzaju usprawiedliwienia. W polskiej literaturze przedmiotu kwestia ta była rozważana przede wszystkim na tle zarzutu postawionego Dorocie Nieznalskiej, którą oskarżono o naruszenie art. 196 k.k. przez prezentację dzieła artystycznego¹¹. Zaprezentowane dotychczas w polskiej literaturze prawniczej poglądy zostały obszernie streszczone przez M. Bieczyńskiego¹², który opatrzył je w niektórych punktach krytycznym komentarzem. Wszystkie koncepcje odnoszą się do zaprezentowanego dzieła, jeżeli z jego prezentacją wiąże się wypełnienie znamion przestępstwa.

Chciałabym najpierw rozważyć, czy mogą istnieć sytuacje, w których naruszenie prawa następuje na etapie tworzenia dzieła, i czy mogą one być rozważane jako sytuacje kontraktowe. Sytuacje mogą być różne, poczynając od streetartu, gdy sztuka powstaje z naruszeniem prawa własności, np. na ścianie cudzego domu. Czy cel artystyczny twórcy oraz wartość artystyczna dzieła mogą zostać uznane za kontrakt w przypadku zniszczenia mienia? Czy można ważyć dobra i doprowadzić do wyłączenia bezprawności w takim przypadku? Z reguły brak jest w tej sytuacji przesłanki

⁹ O kształtowaniu się kontraktu działalności artystycznej pisze A. Marek, *Prawo karne materialne*, Zakamycze 2006, s. 216.

¹⁰ Z tego powodu nie można uznać normy konstytucyjnej za podstawę konstruowania kontraktu. Konstytucja nigdy nie ustanawia wolności absolutnej. Art. 73 Konstytucji: „Każdemu zapewnia się wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury”.

¹¹ Dziełem tym była instalacja zatytułowana *Pasja*, której elementem był krzyż i męskie narządy płciowe.

¹² M. M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011, s. 311–323.

niemożliwości osiągnięcia celu artystycznego w inny sposób. Mogłoby się wprawdzie zdziwić, że mamy do czynienia z dziełem sztuki o charakterze agitacyjnym (propagandowym), ale i wtedy nie wydaje się, że cel artystyczny nie może zostać osiągnięty w inny sposób. Ustalenie przesłanki niemożności osiągnięcia celu w inny sposób wydaje się być pierwotne wobec ważenia dóbr i ustalenia artystycznego celu działania sprawcy¹³. Istnienie innej, niepowodującej naruszenia prawa, możliwości zrealizowania dzieła wyłącza możliwość rozważania kontraktynu sztuki jako podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej.

Sytuacją, w której rozważania dotyczące kontraktynu na etapie tworzenia dzieła mogą być uzasadnione, jest narażenie człowieka na niebezpieczeństwo w procesie tworzenia dzieła artystycznego, z reguły filmu. Kaskader wykonujący podczas zdjęć filmowych określone scenariuszem niebezpieczne zadania często zostaje narażony na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Narażenie człowieka na tego rodzaju niebezpieczeństwo wypełnia znamiona art. 160 k.k. i nie wydaje się, by przestępność tego czynu można było wykluczyć przez zgodę kaskadera (pokrzywdzonego). Wymagania co do zabezpieczenia prac kaskadera i innych prac niebezpiecznych podczas produkcji filmu określa rozporządzenie¹⁴. Zapewnienie wymaganych zabezpieczeń, a zarazem niemożność uzyskania odpowiedniego efektu artystycznego innym sposobem, wyłącza przestępność takiego narażenia poprzez kontraktyn sztuki, stosowany na etapie tworzenia dzieła artystycznego.

Pewne sytuacje kontraktynowe mogą mieć miejsce na etapie tworzenia filmu fabularnego w odniesieniu do zwierząt występujących w filmie jako swoiści aktorzy lub jako „rzeczy”,

wobec których dokonywane są określone czynności. Niedozwolone traktowanie zwierząt określone jest ustawą o ochronie zwierząt¹⁵, która określa, kiedy zabijanie zwierząt jest dozwolone, i opisuje czyny, które uznaje się za znęcanie. Czyny stanowiące znęcanie wymienione są w art. 6 ust. 2 ustawy niewyczerpująco („w szczególności”). Znanie są filmy zawierające sceny z udziałem zwierząt, odpowiadające pojęciu znęcania określonemu w ustawie, np. walki zwierząt, sceny bitewne z udziałem koni. Znanie są także filmy, w których są sceny zabicia zwierzęcia, co na potrzeby kręcenia filmu nie jest dozwolone (ustawa w art. 6 ust. 1 określa wyczerpująco dozwolone przypadki zabijania zwierząt). Znanie są również instalacje artystyczne, do których użyto wypchanych martwych zwierząt, które być może uśmiercono na potrzeby tych instalacji. Czy są argumenty przemawiające za tym, aby dopuścić na potrzeby produkcji artystycznej, np. filmowej, pewne czyny wobec zwierząt, które są zakazane?

Oczywiście z zachowaniem wstępnego warunku, że efekt artystyczny nie może być osiągnięty w inny, dozwolony sposób.

Ustawowe zakazy dotyczące pewnych czynów w odniesieniu do zwierząt przesądza, że dla osiągnięcia celu artystycznego, np. realizacji filmu historycznego z przewidzianą w scenariuszu sceną uboju rytualnego zwierzęcia albo sceną cyrkową z udziałem zwierząt, użycie zwierząt jest w zasadzie zakazane. Nie wydaje się, by cel artystyczny mógł przesądzić o uznaniu kontraktynowego charakteru takiego zachowania wobec zwierzęcia. Zapewne przyjęcie bezwzględного charakteru zakazów ograniczy możliwości twórczości artystycznej, np. nie będzie można nakręcić sceny uboju rytualnego lub odtworzyć widowiska cyrkowego z udziałem dzikich zwierząt. Pozostaje pytanie, czy dobro zwierzęcia nie należy do tych dóbr,

¹³ Tak twierdzą słusznie M. Budyn-Kulik i M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, (w:) M. Mozgawa, *Prawonokarne aspekty wolności*, Kraków 2006, s. 243.

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 15 marca 2011 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy produkcji filmowej, Dz.U. z 2011 r. nr 75, poz. 401.

¹⁵ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r., tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 856 ze zm.

które mogą być poświęcone dla zachowania wolności artystycznej. Wydaje się, że opowiedzenie się w tym przypadku za kontratypem sztuki z trudem znalazłoby dziś społeczną aprobatę. Z drugiej strony przy regulacji prawnej pozwalającej w ogóle zabijanie zwierząt w związku z określonymi potrzebami i przy jednoczesnym istnieniu sytuacji, w których cel artystyczny nie jest możliwy do osiągnięcia bez zabicia zwierzęcia (np. scena polowania), można bronić poglądu, że w tej sytuacji zabicie zwierzęcia na potrzeby realizacji filmu stanowiłoby kontratyp. Podobnie można twierdzić, że zabicie zwierzęcia na potrzeby realizacji filmu w sposób niedozwolony (np. rytualny) może być uznane za kontratyp.

Wydaje się jednocześnie, że coraz większa obecnie świadomość społeczna potrzeby zapewnienia odpowiedniej ochrony zwierzętom będzie powodowała, że i oceny prawne postępowania wobec zwierząt z naruszeniem norm ustawowych będą coraz dalsze od możliwości uznania ich za kontratypowe.

Jak natomiast przedstawia się kwestia w odniesieniu do prezentowania dzieł artystycznych¹⁶? Rozważam sytuację, w której prezentacja dzieła narusza dobro chronione prawem karnym. Najczęściej naruszenie dotyczy chronionych prawem wolności (np. obraza uczuć religijnych, propagowanie faszyzmu lub totalitaryzmu, znieważenie z powodu przynależności osoby do określonej grupy, a także pornografii). Wolność artystyczna zagwarantowana jest Konstytucją RP dla każdego, bez różnicowania twórców na profesjonalnych i nieprofesjonalnych, mistrzowskich i niemistrzowskich¹⁷. Rozważania dotyczą więc wszystkich dzieł o charakterze artystycznym na równi. Dzieła nie mogą być różnicowane według arbitralnie ocenianej estetyki (pięk-

na) czy jej braku. Piękno nie jest ogólną cechą charakterystyczną dzieła sztuki. Sztuka może mieć inne cele niż prezentowanie piękna. Piękno w tradycyjnym rozumieniu także jest cechą ocenianą arbitralnie, ocena może być bardzo różna i trudno określić jej kryteria. Jeżeli chcielibyśmy skonstruować kontratyp sztuki odnoszący się do przypadków, gdy prezentacja dzieła artystycznego narusza prawo karne, musiałby odnosić się on na równi do wszystkich tych dzieł.

Natomiast zdefiniowania wymaga pojęcie dzieła artystycznego. Wydaje się, że jedynym możliwym kryterium uznania dzieła za artystyczne jest wytworzenie go w celu artystycznym, bez względu na to, kto dzieło to wytworzył i bez względu na miejsce prezentowania. Ocenie z punktu widzenia zgodności z prawem mogą podlegać w zasadzie tylko dzieła prezentowane publicznie.

Dobrem chronionym przez kontratyp jest ekspresja artystyczna przekraczająca prawnie chronioną wolność artystyczną, określoną w Konstytucji, ze względu na wiążące się z nią specyficzne wartości. Jakie to mogą być wartości?

Po pierwsze, wartością taką może być świadomość historyczna, kształtowanie tej świadomości lub inaczej uzasadniony cel edukacyjny. Dzieło obiektywnie propaguje faszyzm, jednakże celem autora nie było propagowanie faszyzmu, a pokazanie mechanizmu rozpowszechniania się faszyzmu w latach trzydziestych XX w. Film fabularny przedstawia stosunki polsko-żydowskie, w tym znieważanie ludzi z powodów rasowych. Może mieć to na celu pokazanie zaszłości historycznych. Dzieło artystyczne obrażające uczucia religijne pewnych osób może być pokazane ze względu na inne z nim związane wartości, jeżeli potrafimy

¹⁶ Dzieło artystyczne rozumiem jako wytworzony w celu artystycznym przedmiot lub utwór bez oceny osoby artysty ani mistrzostwa wykonania.

¹⁷ Są w piśmiennictwie prawniczym próby konstruowania cech dzieła artystycznego. J. J. Nalewajko i R. Kubiak proponowali takie kryteria, jak m.in. cel artystyczny, zdrowy i zbawienny faktyczny efekt ogólny dzieła, szczerłość inspiracji, a także instytucjonalna autoryzacja (np. ekspozycja w galerii). Zob. J. J. Nalewajko i R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9–10, s. 31–43.

je wskazać. Na przykład dzieło artystyczne ma ostrzegać przed pedofilią, jako zjawiskiem rujnującym zdrowie psychiczne dzieci, będących jej ofiarami. Pedofilia bywa często rozważana w kontekście zachowań księży katolickich, co znajduje potwierdzenie w rzeczywistych zdarzeniach. Film ukazujący w fabularnej postaci to zjawisko może obiektywnie obrażać uczucia religijne pewnych osób, a zarazem wartość demaskatorska czy ostrzegawcza przemawia za prezentacją filmu. Przy ocenie okoliczności, które mogłyby uzasadniać przyjęcie kontratypu, istotny będzie nie tylko cel twórcy, ale również rzeczywista wymowa dzieła, oceniana obiektywnie. Trudno jest natomiast skonstruować przeciwwartość przemawiającą za prezentowaniem dzieła artystycznego o charakterze pornograficznym, mieszczącym się w zakresie pornografii bezwzględnie zakazanej (z udziałem małoletniego, zwierzęcia albo z prezentowaniem przemocy). Z pewnością za uzasadnieniem przyjęcia kontratypu sztuki nie może przemawiać sama wybitna wartość artystyczna dzieła. Nawet najwybitniejszy twórca niezwykłych dzieł artystycznych w zasadzie musi poruszać się w obszarze dozwolonym prawem.

W ustawie o ochronie zwierząt¹⁸ zawarty jest przepis (art. 17.6) zabraniający upowszechniania drastycznych scen zabijania, zadawania cierpienia lub innej przemocy ze strony człowieka, której ofiarami są zwierzęta, chyba że sceny te mają na celu napiętnowanie okrutnego zachowania wobec zwierząt. Zakaz wydaje się bezwzględny. Jeżeli jednak podobna scena zawarta jest w dziele artystycznym (np. filmie), możemy konstruować kontratyp, pokazując jako wartość przeciwną potrzebę pokazywania pewnych zjawisk historycznych, np. składania ofiar ze zwierząt w kulturach antycznych. Warto dodać, że scen tego rodzaju nie wolno pokazywać nawet wtedy, gdy są wygenerowane bez rzeczywistego cierpienia zwierząt (np. jako produkt animacji kompute-

rowej). Zakazu takiego nie ma co do scen pokazujących okrutne zachowania wobec ludzi, np. okrutne mordy lub sceny gwałtów w filmach fabularnych.

Jeżeli przyjmiemy, że zakaz pokazywania scen okrutnego traktowania zwierząt ma na celu nieoswajanie ludzi z cierpieniem zwierząt, powinniśmy być może podobny zakaz skonstruować także co do scen z udziałem ludzi. Zarazem jest oczywiste, że byłoby to drastyczne ograniczenie wolności artystycznej, szczególnie gdy chodzi o sztukę filmową. Kwestia tego rodzaju była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego¹⁹. Wyrok zawiera następującą tezę: „sformułowanie «treści pornograficzne związane z prezentowaniem przemocy» użyte w art. 202 § 3 k.k. obejmuje swoim zakresem także przedstawianie odegranych przez aktorów scen przemocy powiązanych z treściami, o jakich mowa w powołanym wyżej przepisie, jak też tego rodzaju sceny wytworzone za pomocą różnych innych technik wizualizacji”. Zawiera również uzasadnienie tego poglądu, wskazujące na to, że: obrazy zbrutalizowanych aktów płciowych niejednokrotnie rodzą przestępstwa seksualne; okrutne zachowania seksualne obniżają poziom wrażliwości, osłabiają zarówno u mężczyzn, jak i u kobiet współczucie wobec ofiar gwałtu; pornografia z użyciem przemocy zwiększa skłonność do agresywnego zachowania wobec kobiet, a także może kształtować dewiacyjne preferencje. Bezkrytyczne przyjęcie takiego poglądu może z jednej strony stanowić daleko idące ograniczenie wolności artystycznej. Z drugiej zaś strony ważne jest dostrzeżenie problemu obrazów wytworzonych z udziałem aktorów, a nawet zupełnie bez udziału ludzi, a tylko drogą komputerowej animacji.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że o kontratypie sztuki można mówić w dwóch momentach – na etapie tworzenia dzieła artystycznego oraz na etapie jego prezentacji; kontratyp sztuki może być

¹⁸ Ustawa z 21 sierpnia 1997 o ochronie zwierząt, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 856.

¹⁹ Wyrok SN z 23 listopada 2010 r., IV KK 173/10, niepubl.

rozważany dopiero w momencie, gdy twórca narusza normę prawną, wolność artystyczna może być bowiem bez przeszkód realizowana w granicach prawa; dziełem artystycznym jest dzieło stworzone z zamiarem artystycznym, niezależnie od jego oceny z punktu widzenia estetyki oraz niezależnie od formalnych kwalifikacji twórcy. Wyłączenie odpowiedzialności karnej poprzez kontratyp sztuki musi opierać

się na wskazaniu wartości co najmniej równych tym naruszonym, ze względu na które istnieje ochrona prawna. Naruszenie dobra chronionego ze względu na cel artystyczny, jeżeli nie jest możliwe wskazanie przeciwwartości usprawiedliwiających naruszenie, mogłoby być rozważane tylko jako okoliczność łagodząca przy wymiarze kary za przestępstwo.

Summary

Teresa Gardocka

IS THE JUSTIFICATION OF ART NECESSARY IN THE POLISH CRIMINAL LAW?

This article considers the need for recognition of art as a non-legislative lawful excuse for criminal liability in Polish criminal law. This excuse should operate at two separate stages: creation of the artistic work and its presentation. Excuse should probably apply to all artistic work whatever their value and whether by professional artists or not. Exclusion of criminal liability through this type of lawful excuse would require balancing, both at the stage of creation and at the stage of presentation of the artistic work, of the interest affected by the criminal act and the interest of achieving the intended artistic effect. It would also require a finding that the intended artistic effect could not have been achieved without affecting the interest protected by the criminal law.

KEY WORDS: non-legislative lawful excuse, art as a lawful excuse, artistic activity

POJĘCIA KLUCZOWE: kontratypy pozaustawowe, kontratyp sztuki, twórczość artystyczna

PRZETWARZANIE DANYCH INFORMATYCZNYCH W CHMURACH OBLICZENIOWYCH. WYBRANE ASPEKTY PRAWNOKARNE I PROCESOWE

WPROWADZENIE

Pojęcia takie jak: „chmura obliczeniowa” (ang. *cloud computing*), „wirtualna maszyna” (ang. *virtual machine*) oraz „dysk wirtualny” (ang. *virtual disk*) stosowane są do określenia zdalnego przetwarzania danych informatycznych¹ opartego na udostępnianiu użytkownikowi przez usługodawcę (zewnętrznego lub wewnętrznego) różnego rodzaju usług i zasobów technologii informacyjnych (np. środowiska uruchomieniowego programów, zasobów pamięci masowej itp.). W przypadku tych nowych metod przetwarzania danych prawie wszystkie zadania obliczeniowe, w tym instalacja, konfigurowanie i administrowanie usługami, odbywają się niezależnie od lokalizacji poszczególnych elementów fizycznych sprzętu komputerowego.

Wzrostowi zainteresowania powyższymi usługami towarzyszy pojawienie się wielu nowych problemów prawnych, które przekładają się m.in. na praktykę i zasady działania organów ścigania i karania. W ramach wykonywania różnego rodzaju czynności operacyjno-rozpoznawczych, dochodzeniwo-śledczych czy analityczno-informacyjnych pojawia się bowiem w szczególności konieczność uwzględnienia, że dane informatyczne, w tym m.in. elektroniczne zapisy wiadomości

przekazywanych poprzez chmurę obliczeniową, mogą być zapisywane na kilkunastu współdzielonych urządzeniach, w swoistej „chmurze serwerów” zlokalizowanych w różnych państwach.

Takie uniezależnienie systemów teleinformatycznych od funkcjonowania klasycznego środowiska pracy opartego na pojedynczej stacji roboczej i jednym systemie operacyjnym nasuwa przede wszystkim pytanie o zasadność reinterpretacji tradycyjnego rozumienia miejsca popełnienia przestępstwa oraz zabezpieczenia mienia w celach dowodowych, które wiąże się z przeszukaniem, jak i zabezpieczeniem danych przechowywanych w pojedynczym systemie informatycznym lub na nośnikach zlokalizowanych w jednym państwie.

Niniejsze opracowanie zostało podzielone na trzy części, poświęcone odpowiednio aspektom technicznemu, prawnokarnym i procesowym związanym z przetwarzaniem danych informatycznych w chmurze.

1. ASPEKTY TECHNICZNE FUNKCJONOWANIA CHMURY OBLICZENIOWEJ

Chmura obliczeniowa bazuje na wielu koncepcjach wykorzystywanych już od pewnego

¹ Na gruncie polskiego ustawodawstwa Kodeks karny posługuje się pojęciem „dane informatyczne”, które nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę. Nie jest to również termin stosowany powszechnie w informatyce. Wyrażne odwołanie się do informatyki sugeruje, że pod pojęciem „dane informatyczne” należy rozumieć wszelkie dane gromadzone, zapisywane, sortowane, przesyłane, analizowane czy też w inny sposób przetwarzane przez elektroniczne systemy przetwarzania informacji (np. komputer, system komputerowy, maszynę liczącą, mikroprocesor, serwer itp.) w celu przekształcenia ich w użyteczne dla człowieka informacje. Zob. więcej na temat pojęcia „dane komputerowe i informatyczne” np.: M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, Warszawa: C. H. Beck 2013, s. 86–94.

czasu w branży związanej z technologiami informacyjnymi (ang. *information technology*, dalej: IT), w tym w szczególności na architekturze zorientowanej na usługi informatyczne (ang. *Service-Oriented Architecture*²).

Główną funkcją chmury obliczeniowej jest dostarczanie na życzenie użytkownika różnego rodzaju usług. Do tych najpopularniejszych należą:

a) chmura aplikacyjna (ang. *cloud applications*), gdzie znajdują się usługi związane z dostarczaniem i dystrybucją oprogramowania,

b) chmura ze „środowiskiem oprogramowania” (ang. *Cloud Software Environment*, która też jest określana jako PaaS – *Platform as a Service*), a więc usługi polegające na udostępnianiu przez dostawcę wirtualnego środowiska (platformy) pracy,

c) chmura z infrastrukturą do oprogramowania (ang. *Cloud Software Infrastructure*) obejmująca:

- infrastrukturę informatyczną, czyli sprzęt, serwery i komponenty sieci odpowiedzialne za uruchamianie istniejących aplikacji i systemów operacyjnych (ang. *IaaS – Infrastructure as a Service*)³,
- usługi związane z przechowywaniem i gromadzeniem danych oraz udostępnianie ich na żądanie użytkownika (ang. *DaaS – Data as a Service*);
- usługi związane z zapewnieniem optymalizacji pracy programów poprzez kontrolę ich środowiska działania i procesu translacji kodu (ang. *CaaS – Communications as a Service*)⁴.

Użytkownik może w łatwy sposób zmie-

nić zakres usług, np. zwiększyć pojemność przestrzeni dyskowej służącej do przechowywania danych czy zmieniać liczbę wykorzystywanych rdzeni CPU i publicznych numerów IP.

Dostęp do usług świadczonych w chmurze obliczeniowej uzyskuje się poprzez komputer bądź specjalne urządzenie (terminal komputerowy) wraz z odpowiednim oprogramowaniem typu klient, które umożliwi obsługę aplikacji stworzonej w architekturze klient–serwer. Wymagania dla urządzeń klienckich są zazwyczaj niewielkie, nawet zaś w przypadku konieczności modyfikacji czy rozbudowy ze względu na wyższe wymogi funkcjonalne aplikacji po stronie klienta nie pojawia się konieczność modyfikacji jego infrastruktury IT. Podstawowe komponenty wymagane do przetwarzania danych, takie jak procesor, twardy dysk czy oprogramowanie, są bowiem udostępniane przez usługodawcę⁵. Szczególną cechą wskazanych usług jest zatem tzw. wirtualizacja, a więc oddzielenie warstwy logicznej od warstwy fizycznej systemu informatycznego, dzięki połączeniu wirtualnych maszyn w jeden fizyczny serwer oraz uniezależnieniu funkcjonowania systemu IT użytkownika od funkcjonowania klasycznego środowiska pracy, opartego zazwyczaj na pojedynczej stacji roboczej i jednym systemie operacyjnym⁶.

Kolejną cechą charakteryzującą przetwarzanie w chmurze obliczeniowej jest to, że dane informatyczne (np. pliki zawierające dokumenty tekstowe, programy komputerowe, sterowniki itp.) w czasie przesyłu do użytkow-

² Jest to architektura oparta na usługach obejmujących zestaw metod organizacyjnych i technicznych, mający na celu lepsze powiązanie biznesowej strony organizacji przedsiębiorstw z jej zasobami informatycznymi. Zob. więcej <http://www-01.ibm.com/software/solutions/soa/>; http://pl.wikipedia.org/wiki/Architektura_zorientowana_na_uslugach

³ Ta usługa jest również określana jako wirtualna maszyna (ang. *virtual machine*).

⁴ Usługi świadczone w ramach CaaS mogą obejmować m.in. telefonię internetową (VoIP – *voice over IP*), komunikatory internetowe, czy też zapewniać współpracę urzędzeń stacjonarnych i mobilnych w czasie wideokonferencji.

⁵ Zob. więcej na temat funkcjonowania chmury obliczeniowej M. Siwicki, *Ochrona praw autorskich, bezpieczeństwa systemów informatycznych, danych osobowych i tajemnicy telekomunikacyjnej w chmurach obliczeniowych*, „Prokuratura i Prawo” (w druku).

⁶ Zob. więcej <http://pl.wikipedia.org/wiki/Wirtualizacja>

nika mogą być w międzyczasie zapisywane (także tymczasowo) w kilku miejscach, tzn. na serwerach, które mogą być zlokalizowane w różnych państwach⁷. Taka dekoncentracja (rozproszenie) zasobów informatycznych dokonywana jest głównie ze względów funkcjonalnych i jest związana z charakterystyką techniczną chmury obliczeniowej, która bazuje na wyszukiwaniu optymalnego miejsca zapisu. Miejscem stałego zapisu danych nie zawsze będzie przy tym komputer, z którego korzysta użytkownik, ponieważ dzięki chmurze może on uzyskać dostęp do danych, które są gromadzone w zupełnie innym miejscu.

W powyższym układzie użytkownik nie tylko nie jest właścicielem sprzętu, ale zazwyczaj nawet nie zna jego lokalizacji, co więcej, nie musi on także ani znać procesów związanych z przetwarzaniem danych, ani wiedzieć, który sprzęt komputerowy w danym momencie faktycznie go obsługuje, pomimo że takie informacje mogą mieć istotne znaczenie dla mających zastosowanie ram prawnych. Zupełnie inaczej funkcjonowanie chmury obliczeniowej muszą oceniać organy ścigania, ponieważ ustawodawca w wyraźny sposób odróżnia zasady uzyskiwania danych informatycznych przechowywanych lokalnie od tych dostępnych zdalnie. Z powodu konieczności określenia lokalnego miejsca zapisu danych utrudnione jest m.in. określenie właściwości miejscowej sądu czy też kompetencji poszczególnych organów ścigania.

2. ASPEKTY PRAWNOKARNE

Ze względu na to, że dla chmur obliczeniowych charakterystyczne jest przede wszystkim przesyłanie danych pomiędzy systemem komputerowym użytkownika a infrastrukturą informatyczną dostawcy chmury, ataki hackerów⁸ skierowane są przede wszystkim na poufność przetwarzanych informacji, prawo do dysponowania nią z wyłączeniem innych osób, a także na bezpieczeństwo jej przekazywania. Przechwytywane przez sprawcę dane informatyczne obejmują jednak nie tylko treść komunikacji, ale również dane o charakterze technicznym, w tym takie jak: schematy blokowe, architektury, hierarchie programu i interfejsy, biblioteki, katalogi, topologie, taksonomie, wewnętrzne kontrole, metadane itd.⁹ Kwalifikacja prawna takiego czynu sprawcy może jednak budzić wątpliwości, ponieważ przepis art. 267 § 1 k.k.¹⁰ stawia dwa warunki konieczne do dokonania przestępstwa: naruszenie lub ominięcie zabezpieczeń chroniących informacje oraz „uzyskanie dostępu do informacji”.

Analizując powyższe zagadnienie, należy zauważyć, że po pierwsze, konieczne jest wyraźne rozróżnienie pomiędzy informacją oraz danymi informatycznymi¹¹. Nie wszystkie dane zawierają informację skierowaną do użytkownika np. w postaci elementów komunikacji, angażując jego zdolności percepcyjne. Dane informatyczne stanowią bowiem zarówno element komunikacji, jak i przetwarzania,

⁷ Dla przykładu najwięksi dostawcy wirtualnych dysków, tacy jak Amazon, Google i Microsoft, większość swojej infrastruktury technicznej lokalizują poza miejscem ich siedziby, czasami na setkach serwerów zlokalizowanych tam, gdzie jest to bardziej opłacalne. Zob. więcej M. Grecke, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Aspekte von Cloud Computing und Cloud Storage*, „Computer und Recht” 2010, nr 5, s. 347.

⁸ Jest to określenie osoby, która włamuje się do systemów komputerowych, pokonując zabezpieczenia broniące dostępu do zgromadzonej tam i przetwarzanej informacji (słowo to pochodzi z języka anielskiego: *hack* – siekać, rąbać, ciąć).

⁹ Por. M. Grecke, *Strafrechtliche*, s. 347.

¹⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 z późn. zm., dalej: k.k.

¹¹ Jak słusznie zauważa A. Adamski – dane są nośnikiem (medium) informacji, informacja jest zaś tym, co zdołamy z tego medium wyinterpretować. Jak zauważa autor, z tego też względu konieczne jest wyraźne rozróżnienie pomiędzy informacją oraz danymi komputerowymi, co ma istotne znaczenie z prawnego punktu widzenia. Posiadanie dostępu do danych nie jest zawsze równoznaczne z możliwością zapoznania się z treścią zawartych w nich informacji. Zniszczenie danych nie musi być równoznaczne ze zniszczeniem informacji. A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa: C. H. Beck 2000, s. 39.

interpretacji w programie komputerowym lub jego części, mogą zarówno być przeznaczone do wykonania odpowiedniej funkcji, np. wyświetlenia informacji na ekranie komputera użytkownika, jak również stanowić część procesu lub/i operacji wykonanych przez program komputerowy, komputer, system komputerowy lub sieć. Po drugie, na gruncie polskiego ustawodawstwa brak jest definicji danych informatycznych, która obejmowałaby również program komputerowy. Powoduje to wątpliwość, czy pojęcie to obejmuje te elementy programu komputerowego, które nie mają charakteru danych informatycznych. Jak bowiem zauważa się w literaturze przedmiotu, programy komputerowe zawierają nie tylko elektroniczne zapisy informacji bezpośrednio skierowane do użytkownika, ale mogą także przybrać formę czytelną wyłącznie dla systemu komputerowego (są przetwarzane przez procesor). Do danych komputerowych nie będzie można przykładowo zakwalifikować takich elementów programu komputerowego, jak: algorytm, struktura programu, interfejsy (łącza), protokoły komunikacyjne, metody obróbki danych komputerowych itp.¹² Po trzecie, ustawodawca dodatkowo ogranicza ochronę jedynie do tych danych informatycznych będących elektronicznym zapisem informacji, które są elektroniczne, magnetyczne, informatyczne lub też inaczej, szczególnie zabezpieczone (np. zaszyfrowane).

W kontekście powyższych uwag należy stwierdzić, że ochrona przed przechwytywaniem i zapisywaniem danych informatycznych przyjęta na gruncie polskiego ustawodawstwa jest obecnie fragmentaryczna. Wątpliwe jest przede wszystkim, czy dyspozycją tego przepisu objęte będzie przechwycenie danych na temat samego faktu komunikacji pomiędzy poszczególnymi osobami, przebiegu i charakteru procesu transmisji (np. danych co do faktu wy-

śłania e-maila, daty, czasu trwania połączenia telefonicznego itp.). W tym zakresie przepis ten nie jest także zgodny z art. 6 (niezgodne z prawem przechwytywanie) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotyczącej ataków na systemy informatyczne i zastępującej decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW (Dz.U. UE L z dnia 14 sierpnia 2013 r.), który nakazuje penalizację przechwytywania środkami technicznymi niepublicznych przekazów danych komputerowych, a nie informacji, i to jeszcze szczególnie zabezpieczonej.

Atak hackera przeciwko chmurze obliczeniowej może skutkować także nielegalną ingerencją w prawidłowe funkcjonowanie systemu teleinformatycznego, jak i w dostępność określonych informacji. W przypadku zniszczenia, uszkodzenia, zmiany lub utrudnienia zapoznania się z informacją zastosowanie może znaleźć art. 268 k.k. (utrudnianie dostępu i niszczenie informacji), w przypadku zaś utrudniania dostępu do danych informatycznych lub zakłócania pracy systemu komputerowego, np. poprzez przejście nad nim kontroli – art. 268a k.k. (ingerencja w dane i system) lub art. 269a k.k. (zakłócanie pracy systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej). Również te przepisy obarczone są pewnymi mankamentami utrudniającymi ich zastosowanie w przypadku ataku na chmurę obliczeniową.

Przestępstwo stypizowane w art. 268 k.k. może być zrealizowane w kilku odmianach, które polegają na zniszczeniu (tj. całkowitym unicestwieniu), uszkodzeniu („zepsuciu”), usunięciu lub zmianie zapisu istotnej informacji, przy czym chodzi tu o ingerencję dotyczącą wszelkich urządzeń lub przedmiotów zawierających zapis informacji¹³. Spektrum możliwych odmian czynności wykonawczej jest niezwykle szerokie i może obejmować np. zachowania polegające na wprowadze-

¹² Por. M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, s. 93–94, tam szerzej.

¹³ Czynność sprawcza może polegać również na innym sposobie udaremnienia lub znacznego utrudnienia osobie uprawnionej zapoznania się z informacją. Zob. W. Wróbel, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczegółowa, t. II. Komentarz do artykułów 117–277 k.k.*, Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business 2013, s. 1293.

niu szczególnych utrudnień dostępu do informacji przechowywanych na wirtualnym dysku poprzez szczególne obciążenie systemu komputerowego będące efektem jego zainfekowania lub też „wprowadzenia” do systemów trojana lub innych programów typu malware. Jednakże – jak słusznie zauważa się w literaturze przedmiotu – integralność zapisu informacji chroniona jest tylko wówczas, gdy następstwem nieuprawnionej ingerencji jest udaremnienie lub znaczne utrudnienie dysponentowi informacji lub innej osobie uprawnionej zapoznania się z informacją. Tym samym nie każde „zainfekowanie” systemu operacyjnego, jego rekonfiguracja, instalacja „tylnych drzwi” lub też wprowadzenie do systemu komputerowego „konia trojańskiego” narusza dyspozycję art. 268 § 2 k.k. lub § 3 tego przepisu, nawet gdy powoduje znaczną szkodę majątkową¹⁴. Podobnie w przypadku modyfikacji programu komputerowego odpowiedzialnego za właściwe funkcjonowanie wirtualnej maszyny czy też innych funkcji związanych z przetwarzaniem danych w chmurze sprawcy będzie można postawić zarzut na podstawie art. 268 § 2 lub 3 k.k. jedynie wówczas, kiedy wpłynie to również na zakłócanie lub uniemożliwianie automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych.

Podobnie zastosowanie art. 268a k.k., w przypadku ataków skierowanych na chmurę obliczeniową, może powodować pewne utrudnienia, ponieważ o popełnieniu tego przestępstwa decyduje „istotne zakłócanie” lub „uniemożliwianie” automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych, nie zaś sama nieupoważniona interakcja z jakimkolwiek urządzeniem służącym do przechowywania, przekazywania lub

gromadzenia danych lub programów komputerowych. Również w przypadku tego przepisu jego mankamentem jest brak definicji ustawowej pojęcia „dane informatyczne”, która np. na wzór definicji zawartej w art. 1b Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości (ETS/STE No. 185) w sposób wyraźny wolał ustawodawcy nadałaby temu pojęciu szersze znaczenie, obejmujące również programy komputerowe.

Brak definicji ustawowej pojęcia „dane informatyczne”, czy też brak wyraźnego uznania za dobro chronione przez art. 269a k.k. również procesu przetwarzania i gromadzenia programów komputerowych, powoduje sytuację, w której chronione będą tylko niektóre zakłócenia pracy systemów komputerowych chmury obliczeniowej. Nie każdy przecież sabotaż komputerowy wiąże się z niszczeniem, uszkodzeniem, usunięciem czy zmianą danych informatycznych¹⁵. Na przykład wirusy określane jako bakterie lub też króliki (ang. *bacteria*, *rabbits*) to programy, które w zasadzie nie niszczą plików ani nie modyfikują danych tekstowych. Ich jedynym celem jest samo kopiowanie z wykorzystaniem mocy obliczeniowej procesora, prowadzące do jego przeciążenia.

Kolejny problem, który ujawnia się w kontekście chmury obliczeniowej, jest związany z właściwym określeniem miejsca popełnienia czynu zabronionego, które z punktu widzenia prawa karnego międzynarodowego ma istotne znaczenie zarówno ze względów materialnoprawnych, jak też procesowych¹⁶. Pozwala to bowiem z jednej strony udzielić odpowiedzi na pytanie, czy znajdzie zastosowanie polska ustawa karna, czy też obca, z drugiej zaś strony ustalić właściwość miejscową sądu uprawnionego do rozpoznania sprawy, zapobiegając ewentualnym sporom kompetencyjnym organów procesowych.

¹⁴ A. Adamski, *Cyberprzestępczość – aspekty prawne i kryminologiczne*, St.Prawn. 2005, nr 4, s. 51.

¹⁵ Por. też M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, s. 161.

¹⁶ Przepisy rozdziału XIII dopuszczają uwzględnianie unormowań istniejących w obcych systemach prawnych w trzech przypadkach, uregulowanych w art. 111 § 2, art. 114 § 2, art. 114 § 4 (dot. mocy prawnej orzeczeń zagranicznych). Stosowanie tych przepisów uwarunkowane jest ustaleniem faktu popełnienia przestępstwa za granicą.

Polskie prawo karne w odniesieniu do miejsca popełnienia przestępstwa przyjmuje tak zwaną teorię wszędobylstwa (wielomiejscowości), według której przestępstwo może być popełnione w różnych miejscach. Miejsce popełnienia przestępstwa określone jest w art. 6 § 2 k.k., według którego przestępstwo uważa się za popełnione w miejscu:

- 1) gdzie sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany;
- 2) gdzie skutek przestępny nastąpił;
- 3) gdzie według zamiaru sprawcy skutek miał nastąpić.

Przyjęcie zasady „wielomiejscowości” rozszerza znacznie polską jurysdykcję na podstawie zasady terytorialności. W myśl tej zasady wystarczy, by jeden z elementów przestępstwa dotknął terytorium danego państwa, aby mogło ono uznać, że cały czyn podlega jego jurysdykcji.

Wskazane powyżej przestępstwa komputerowe nie powinny budzić większych wątpliwości przy określeniu miejsca działania sprawcy. W szczególności polska ustawa będzie znajdowała zastosowanie w sytuacji, w której sprawca, działając z terytorium Polski, będzie manipulował systemem komputerowym znajdującym się w innym państwie czy też system ten atakował.

Dużo większe wątpliwości może powodować określenie miejsca skutku, jak również zamierzonego skutku. W przypadku ataków skierowanych na chmurę obliczeniową powstaje w szczególności pytanie, czy należy brać pod uwagę wszystkie miejsca, w których wystąpiły jakiegokolwiek negatywne następstwa przestępstwa, oraz wszystkie miejsca rezultatów poszczególnych etapów działania sprawcy. Pojedyncze działanie sprawcy może bowiem wywołać skutek na terytorium kilku państw, w których znajduje się np.:

- a) system informatyczny służący podniesieniu efektywności (przyśpieszeniu) poprzez

czasowe i pośrednie zapisywanie informacji pochodzących z innych serwerów;

- b) serwer, za pomocą którego sprawca przesyła dane (tzw. *uploading*) w celu ich zapisu na wirtualnym dysku;

- c) serwer hostujący, na którym dochodzi do trwałego zapisu danych;

- d) system informatyczny, za pomocą którego dochodzi do wykorzystania danych informatycznych (np. miejsce odbioru treści, pobrania plików itp.).

Na tym tle pojawia się przede wszystkim wątpliwość, czy zbyt szeroka interpretacja miejsca skutku nie narusza zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege*, która na gruncie polskiego ustawodawstwa znajduje swe zakotwiczenie bezpośrednio w art. 42 pkt 1 Konstytucji RP oraz w art. 1 § 1 k.k. Z punktu widzenia wymogu przewidywalności czynu zabronionego dla zastosowania polskiej ustawy karnej konieczne jest istnienie normy prawnokarnej, która musi w rzeczywistości obowiązywać w miejscu popełnienia przestępstwa, a więc konstituować odpowiedzialność od strony materialnej i procesowej. W rezultacie konflikty przy określeniu terytorialnego obowiązywania norm prawnokarnych przy przestępstwach o charakterze pozaterytorialnym wymagają zarówno uwzględnienia panującego porządku prawnego w miejscu popełnienia przestępstwa, jak i istnienia realnego związku z państwem stwierdzającym własną jurysdykcję, realizując w ten sposób treść moralną wyrażającą się w założeniu, by sprawca przestępstwa odpowiadał za nie tam, gdzie je w rzeczywistości popełnił¹⁷.

Powyższe uwagi skłaniają do wniosku, że o właściwości polskiej ustawy nie powinno decydować jedynie to, że w danym państwie znajdują się takie części infrastruktury technologicznej chmury obliczeniowej, które są odpowiedzialne jedynie za transmisję (przesyłanie) danych pomiędzy poszczególnymi serwerami, czy też odpowiedzialne jedynie za incyden-

¹⁷ Zob. więcej M. Siwicki, *Podstawy określenia jurysdykcji cyberprzestępstw w UE*, EPS 2013, nr 9, s. 20–26, tam szersza literatura.

talny zapis tych danych na nośniku komputerowym. Należy bardziej zwrócić uwagę, gdzie w rzeczywistości doszło do nastąpienia skutku, np. do zniszczenia lub zniekształcenia zapisu istotnej informacji (całości lub części) lub uszkodzenia systemu komputerowego lub programu umożliwiającego zapoznanie się z informacją (art. 268 k.k.). Wszystko to powoduje konieczność każdorazowej oceny, jakie narzędzia i środki techniczne odpowiedzialne za wykonywanie określonych zadań związanych z przetwarzaniem danych informatycznych oraz w jakim zakresie stały się przedmiotem ataku hackera. Warto przy tym zauważyć, że w wielu przypadkach, w czasie śledztwa i dochodzenia, określenie właściwości miejscowej wymagać będzie współpracy z dostawcą usługi, bez którego określenie miejsca ataku, jak również miejsca fizycznego zapisu danych nie będzie możliwe.

3. ASPEKTY PROCESOWE

Regulacje dotyczące pozyskiwania dowodów elektronicznych znajdują się przede wszystkim w art. 218a, art. 236a i art. 241 k.p.k.¹⁸ Jest oczywiste, że danych informatycznych nie należy traktować jako rzeczy w rozumieniu karnoprosesowym, ponieważ stanowią one odrębną kategorię niematerialnych źródeł dowodowych¹⁹. Przepisy rozdziału 25 („Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie”), zgodnie z art. 236a k.p.k., znajdują do nich jednak odpowiednie zastosowanie.

W przypadku pozyskiwania danych przetwarzanych w chmurze zastosowanie znajdzie, po pierwsze, art. 217 k.p.k. w zw. z art. 236a, który dopuszcza żądanie wydania danych przechowywanych na urządzeniu, w systemie

lub na nośniku od dysponenta lub użytkownika tegoż urządzenia, nośnika lub systemu. Po drugie, możliwe będzie także przeszukiwanie urządzenia lub systemu informatycznego w celu znalezienia danych mogących stanowić dowód w sprawie (art. 236a w zw. z art. 219 k.p.k.). Jak słusznie zauważa się w literaturze przedmiotu, nie chodzi tu o przeszukiwanie w znaczeniu tradycyjnym, ale o penetrację (przy użyciu odpowiedniego oprogramowania) zawartych w urządzeniu lub systemie danych w celu znalezienia i zabezpieczenia ich dla procesu²⁰. Po trzecie, możliwe jest także żądanie wydania korespondencji elektronicznej, w tym załączonych do niej plików, przesłanej w systemie elektronicznym, oraz wykazów połączeń teleinformatycznych (art. 236a w zw. z art. 218 k.p.k.)²¹. Odpowiednie stosowanie regulacji z art. 217–219 k.p.k. oznacza, że dane informatyczne, które będą pozyskiwane, muszą być w pierwszej kolejności zgromadzone, tzn. zapisane na odpowiednim nośniku lub też na urządzeniu, w systemie komputerowym, czy też na serwerze, nawet wówczas, gdy zapis taki miał charakter przejściowy, incydentalny.

Jedną z technik pozwalających analizować pakiety przesyłane przez sieć komputerową pod względem treści jest tzw. głęboka inspekcja pakietów (ang. *Deep Packet Inspection*). Umożliwia ona m.in. podsłuchiwanie treści wiadomości przesyłanych przez Internet²². Na tym tle pojawia się pytanie, czy na gruncie polskiego ustawodawstwa możliwe będzie wykorzystanie tej techniki podsłuchu. W myśl art. 241 k.p.k. przepisy rozdziału 26 („Kontrola i utrwalanie rozmów”) stosuje się odpowiednio do kontroli oraz do utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej

¹⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. nr 89, poz. 555 z późn. zm., dalej: k.p.k.

¹⁹ Zob. więcej na temat natury danych informatycznych np.: A. Lach, *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń: TNOiK 2004, s. 94 i wskazana tam literatura.

²⁰ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa: Wolters Kluwer 2007, s. 211.

²¹ Zob. więcej A. Lach, *Dowody*, s. 103; M. Rusinek, *Tajemnica*, s. 212.

²² Zob. więcej http://pl.wikipedia.org/wiki/Deep_Packet_Inspection

почтą elektroniczną²³. Tym samym zastosowanie tego rodzaju podsłuchu wydaje się dopuszczalne. Warto jednak zauważyć, że ustawa ogranicza pod względem przedmiotowym stosowanie podsłuchu do enumeratywnie wyliczonych w § 3 art. 237 k.p.k. najcięższych przestępstw. Takie przedmiotowe ograniczenie podsłuchu komputerowego powoduje sytuację, w której jego zastosowanie będzie wyłączone w stosunku do najczęstszych cyberprzestępstw²⁴. Obecnie zakresem zastosowania kontroli i utrwalania treści rozmów objęte będą mogły być jedynie sprawy o szpiegostwo lub ujawnienie informacji niejawnych o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne”, przechowywanych w chmurze obliczeniowej.

Wskazane powyżej przepisy dają możliwość przechwytywania danych informatycznych w chmurze obliczeniowej niezależnie od tego, czy znajdują się one w jednym, czy też kilku miejscach, o ile dane są zapisywane lub przesyłane na terytorium RP²⁵. Pomimo że wskazane ograniczenie terytorialne możliwości pozyskiwania danych informatycznych nie wynika wprost z odpowiednich regulacji normatywnych, ograniczenie takie wyprowadzić jednak należy z zasady poszanowania suwerenności, nienaruszalności granic i integralności terytorialnej państw.

Wszystko to powoduje, że nie tylko lokalizacja oraz ujęcie przestępcy, ale przede wszystkim zgromadzenie dowodów umożliwiających pociągnięcie go do odpowiedzialności oraz stwierdzenie, czy będzie on podlegał pod ustawę karną danego państwa, to realne problemy, z jakimi konfrontowane będą coraz częściej organy ścigania i karania. Wskazane trudności pogarsza dodatkowo niejednolity reżim ochrony prawnej przyznawany poszczególnym dobrom prawnym w poszczególnych państwach, w których zlokalizowana może być infrastruktura techniczna chmury²⁶. Może to bowiem przyczyniać się do powstania wielu praktycznych problemów związanych z możliwością pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób uważanych za przestępców w części państw o bardziej restrykcyjnych regulacjach normatywnych, z drugiej zaś strony chronionych przez inne państwa, z racji przyznania im w tych państwach większej ochrony. Warto przy tym zauważyć, że dostęp do danych informatycznych jest także często znacznie utrudniony ze względu na stosowanie różnego rodzaju technik zabezpieczenia informacji przed nieuprawnionym dostępem do nich²⁷.

Naturalną odpowiedzią na prezentowane zjawisko powinno być zatem zarówno umiędzynarodowienie jego kontroli²⁸, jak i podję-

²³ Podmiotem uprawnionym do zarządzenia podsłuchu komputerowego w myśl art. 237 § 1 k.p.k. w związku z art. 241 k.p.k. jest wyłącznie sąd na wniosek prokuratora. W wypadkach niecierpiących zwłoki kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych może zarządzić prokurator, który jest obowiązany zwrócić się w terminie 3 dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia (art. 237 § 2 k.p.k.). Jak zauważa P. Kosmaty, „przepis art. 241 k.p.k. daje pełne podstawy do stosowania podsłuchu, także poza siecią telekomunikacyjną. Mówi on bowiem o kontroli i utrwalaniu przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów niż telefoniczne. Chodzi zatem o takie, które są prowadzone zarówno za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, jak i poza nią”. Zob. tenże, *Podsłuch komputerowy. Zarys problematyki*, „Prokurator” 2008, nr 4, s. 35; zob. też tenże, *Podsłuch procesowy – zamierzająca instytucja walki z przestępczością*, „Prokurator” 2009, nr 2, s. 9 i n.

²⁴ Zob. statystyki, np. M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, s. 47–77.

²⁵ W tym miejscu warto także zwrócić uwagę na art. 19 ust. 2 Konwencji RE o cyberprzestępczości (Przeszukanie i zajęcie przechowywanych danych informatycznych).

²⁶ Por. więcej na temat standardów karalności cyberprzestępstw w ujęciu międzynarodowym np. M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, s. 86–174.

²⁷ Zob. też M. Grecke, *Strafrechtliche*, s. 346.

²⁸ Obecnie jedynym aktem prawa międzynarodowego karnego dotyczącym współpracy międzynarodowej w zakresie ścigania cyberprzestępstw jest wspomniana Konwencja RE o cyberprzestępczości. Również na poziomie Unii Europejskiej podjęto liczne próby opracowania strategii wobec cyberprzestępczości. Zob. więcej M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, s. 21–47.

cie współpracy z organami ścigania z innych państw²⁹. Prowadzenie czynności śledczych na terytorium innego państwa może odbywać się w drodze pomocy prawnej w trybie określonym w rozdziale 62 k.p.k. („Pomoc prawna i doręczenia w sprawach karnych”). Postępowanie w takim trybie wymaga jednak spełnienia wielu formalności i postępowania zgodnie z określonymi procedurami.

Próbę rozwiązania problemów ujawniających się na tym obszarze podjęto m.in. w podpisanej w dniu 23 listopada 2001 r. w Bukareszcie pod auspicjami Rady Europy Konwencji o cyberprzestępczości, która jest obecnie uznawana na szczeblu międzynarodowym za najbardziej kompletny zbiór norm międzynarodowych w zakresie ścigania cyberprzestępstw. W tym dokumencie, w rozdziale III Konwencji („Współpraca międzynarodowa”), wskazano liczne instrumenty międzynarodowe, które powinny znaleźć zastosowanie w ramach współpracy w sprawach karnych. Zwrócono także uwagę na potrzebę wyznaczenia punktów kontaktowych dostępnych 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu w celu zapewnienia natychmiastowej pomocy w prowadzeniu czynności śledczych lub postępowań odnoszących się do przestępstw związanych z systemami i danymi informatycznymi lub dla zbierania dowodów w postaci elektronicznej dotyczących przestępstw (art. 35). Należy przy tym zauważyć, że zastosowanie w praktyce wskazanych instrumentów prawnych jest znacznie ograniczone ze względu na zauważalny powolny proces ratyfikacji Konwencji RE³⁰.

W Unii Europejskiej, będącej „przestrzenią wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości bez granic wewnętrznych” [art. 3 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE), art. 67 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³¹], istnieje

wiele instrumentów prawnych ułatwiających współpracę z organami ścigania z innych państw. Do tych najważniejszych na analizowanym obszarze zaliczyć należy ułatwienia w zakresie pomocy prawnej (art. 10 Konwencji ustanowionej przez Radę zgodnie z art. 34 Traktatu o Unii Europejskiej o pomocy prawnej w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej³²), wzajemne dopuszczanie dowodów, przesłuchanie świadków oraz biegłych w formie konferencji telefonicznej (art. 11 Konwencji), ułatwienia w pozyskiwaniu, zamrażaniu i przekazywaniu dowodów (np. art. 18 i n. Konwencji dotyczące przechwytywania przekazów telekomunikacyjnych) oraz możliwość prowadzenia eksterytorialnych śledztw [np. możliwość powołania wspólnych zespołów śledczych (art. 13 Konwencji) oraz prowadzenia operacji pod przykryciem (art. 14 Konwencji)]. System ten dysponuje przy tym wieloma strukturami czynnie zwalczającymi tego rodzaju przestępczość, opartymi głównie na sprawnie funkcjonującej współpracy pomiędzy adekwatnymi strukturami międzynarodowymi i poszczególnymi krajami³³. Z tego też względu – jak zauważa M. Grecke – współpraca w zakresie pomocy prawnej wśród państw członkowskich UE w ostatnich latach uległa znaczącej poprawie i umożliwia aktywne przeciwdziałanie atakom hackerów. Znacznie gorzej wygląda jednak pomiędzy państwami spoza tego regionu, gdzie taka współpraca należy do rzadkości³⁴.

PODSUMOWANIE

Ze względu na to, że w przypadku chmur obliczeniowych, wirtualnych maszyn i dysków kwestia przesyłu i miejsca zapisu danych

²⁹ Potrzebę takiej międzynarodowej współpracy wskazuje się także w niemieckiej literaturze przedmiotu. Zob. więcej M. Grecke, *Strafrechtliche*, s. 348 i tam wskazana literatura.

³⁰ Zob. więcej M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, s. 35–36.

³¹ Dz. Urz. UE C 83/47 z 30 marca 2010 r.

³² Dz. Urz. UE C 197/3 z 12 lipca 2000 r.

³³ Zob. więcej M. Siwicki, *Podstawa*, s. 20–26.

³⁴ M. Grecke, *Strafrechtliche*, s. 347.

stanowi jedynie zagadnienie o charakterze technologicznym, zasadne wydaje się stwierdzenie, że określenie właściwości miejscowej w sprawach karnych nie powinno opierać się jedynie na bezwzględny dążeniu do realizacji funkcji represyjno-prewencyjnej poprzez wykraczanie poza granice państwowe w sytuacji wystąpienia choćby najmniejszej części elementów stanu faktycznego przestępstwa na terytorium państwa, ale powinno przede wszystkim uwzględniać szczególny związek między zachowaniem sprawcy a terytorium danego państwa. Wskazanie takiego powiązania pomiędzy czynem sprawcy a terytorium, na którym działał lub zaniechał działania albo gdzie skutek stanowiący znanie czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić, może okazać się jednak dalece problematyczne, głównie ze względu na ko-

nieczność zwrócenia uwagi na mechanizm działania systemów informatycznych, w sposób uwzględniający nie tylko przyjęty w tych wypadkach *modus operandi* sprawców, ale także specyfikę poszczególnych rodzajów usług świadczonych w chmurze.

Wzrost zainteresowania chmurami obliczeniowymi postawił przed organami ścigania i karania wiele nowych problemów prawnych. Obecnie najpoważniejszym z nich wydaje się międzynarodowy charakter chmury obliczeniowej, który utrudnia w znaczący sposób prowadzenie śledztwa i pozyskiwanie dowodów elektronicznych. Należy przeto wyrazić nadzieję, że wzrost zainteresowania tym modelem przetwarzania danych zapoczątkuje dyskusję na temat potrzeby podjęcia międzynarodowej współpracy, wykraczającej także poza państwa UE.

Summary

Maciej Siwicki

DATA PROCESSING IN THE CLOUD COMPUTING. SELECTED ASPECTS OF CRIMINAL AND PROCEDURE LAW

This study has been devoted to selected aspects of criminal and procedure law related to the data processing in the cloud computing.

The increased interest in cloud computing set before law enforcement and prosecution a number of new legal problems. Currently, the most serious of them seems to be the international nature of the cloud, which significantly impedes investigating and obtaining electronic evidence. Equally important problems resulting in a lack of harmonization of criminal and procedural law in the field of cybercrime. This causes many difficulties, a specially to imprison the perpetrator due to the different standards of criminalization in individual countries in which the perpetrator acted.

This study was divided into three parts devoted to technical aspects, criminal-law and procedure aspects relating to the processing of information in the cloud.

KEY WORDS: cloud computing, data processing, criminal law

POJĘCIA KLUCZOWE: chmury obliczeniowe, przetwarzanie danych, prawo karne

JAKA SKARGOWOŚĆ? WPŁYW INSTYTUCJI COFNIĘCIA AKTU OSKARŻENIA NA ZASADĘ SKARGOWOŚCI W ZNOWELIZOWANEJ PROCEDURZE KARNEJ

Dużymi krokami zbliża się dzień wejścia w życie „wielkiej” nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, która poprzez m.in. zmianę treści art. 14 § 2 nie pozostanie bez wpływu na kształt zasady skargowości. Uchwalona 27 września 2013 r. przez Sejm nowela ma wejść w życie 1 lipca 2015 r. i zakłada zmianę obecnego rozwiązania przewidującego odstąpienie od oskarżenia na konstrukcję cofnięcia aktu oskarżenia.

Jeśli chodzi o samą zasadę skargowości, to jest ona jedną z naczelnych dyrektyw procesu¹, sprowadzającą się do tego, że postępowanie prowadzi się tylko na wniosek podmiotu bezpośrednio zainteresowanego tym postępowaniem i w wyniku tego wniosku². Zatem w postępowaniu przed sądem organ ten sam nie wszczyna postępowania, czyni to dopiero na skutek skargi uprawnionego oskarżyciela, którym jest z reguły organ państwowy, pełniący funkcję oskarżyciela publicznego³. W literaturze przedmiotu można spotkać się z rozróżnieniem zasady skargowości na rozumianą szerzej oraz na rozumianą wężiej⁴.

W tym pierwszym ujęciu, przyjętym przez M. Cieślaka⁵, skargowość obejmuje bardzo szeroki zakres procesu, w którym zawiera się nie tylko samo wszczęcie postępowania, ale także jego kontynuacja, i nie tylko na etapie postępowania zasadniczego, lecz również na każdym nowym etapie postępowania. Zasada skargowości w węższej formie, jak pisze S. Waltoś⁶ – tradycyjnej, to dyrektywa, zgodnie z którą skargowość ogranicza się tylko do wniesienia skargi przez uprawniony podmiot i popierania jej wyłącznie na etapie zasadniczym.

Doktryna nie jest jednolita w zakresie oceny, jak należy rozumieć zasadę skargowości⁷.

Wydaje się, że przy obecnym modelu polskiej procedury karnej, jak również przy nowym modelu, który będzie obowiązywał od 1 lipca 2015 r., trudno stwierdzić, że któraś ze wspomnianych definicji w swojej „czystej” formie odpowiada i odpowiadać będzie naszemu systemowi. Skargowość w ujęciu wąskim o tyle różni się od skargowości, którą zdekodować możemy z przepisów zawartych w polskim Kodeksie postępowania karnego, że nie

¹ Naczelne zasady procesu to społecznie ważne ogólne dyrektywy uregulowania najbardziej istotnych kwestii z zakresu procesu – S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 206.

² M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa: PWN 1971, s. 258.

³ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa: PWN 1994, s. 167.

⁴ J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC 2003, s. 277; J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze 2003, s. 83–84; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa: PWN 1999, s. 96; H. Paluszkiewicz, *O znaczeniu zasady skargowości dla modelu posiedzeń wyrokowych (Uwagi de lege ferenda)*, (w:) *Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Stanisławowi Stachowiakowi*, Warszawa 2008, s. 287–288; S. Waltoś, *Proces*, s. 269–270.

⁵ M. Cieślak, *Polska*, s. 258–259.

⁶ S. Waltoś, *Proces*, s. 269.

⁷ J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks*, s. 83; S. Stachowiak, *Zasada skargowości w systemie zasad polskiego procesu karnego*, WPP 1988, nr 4, s. 428.

uwzględnia np. możliwości wniesienia przez uprawniony podmiot wniosku o wszczęcie postępowania kontrolnego po uprawomocnieniu się wyroku (kasacja, wznowienie postępowania) czy też procesu adhezyjnego, a te przypadki bez wątplenia przejawem skargowości są⁸. W obecnym stanie prawnym oskarżyciel publiczny w mniejszym stopniu niż po wejściu w życie nowelizacji jest dysponentem własnej skargi, ponieważ ewentualne jej cofnięcie nie wiąże sądu, a jest tylko odstępianiem od oskarżenia⁹. Zatem wąskie rozumienie zasady skargowości, wynikające z treści art. 14 § 1, opierające się na ograniczeniu tej zasady do impulsu, do inicjowania procesu przez uprawniony podmiot w kształcie prezentowanym m.in. przez P. Hofmańskiego, E. Sadzik, K. Zgryzka¹⁰, jest jeszcze do obrony. Jednak od 1 lipca 2015 r., oceniając sytuację w świetle nowego modelu procesu karnego, zasady skargowości nie będzie można ograniczyć do terminu impulsu procesu. Daleko idącego ograniczenia dozna przeciwstawna jej zasada, tj. zasada działania z urzędu¹¹, i brak popierania skargi przez oskarżyciela publicznego, wobec pojawienia się nowej instytucji, jaką będzie cofnięcie aktu oskarżenia, przy braku możliwości działania przez sąd z urzędu, może często (co w dużej mierze zależy też od stadium procesu i zachowania innych stron procesowych) oznaczać brak skargi uprawnionego oskarżyciela (poruszone tu kwestie szerzej omówione zostaną w dalszej części pracy). Zatem jeśli brak poparcia dla skargi może finalnie oznaczać umorzenie postępowania wobec właśnie braku skargi

uprawnionego oskarżyciela, to należy dojść do wniosku, że jest to przejaw zastosowania zasady skargowości.

Konkludując, można wyprowadzić wniosek, że przyjęcie w znowelizowanej procedurze karnej (po wejściu w życie nowelizacji z 27 września 2013 r.) definicji skargowości w ujęciu rozumianym szerzej, tzn. obejmującej swym zakresem zarówno wszczęcie postępowania, jego kontynuację, jak również jego wszystkie etapy sądowe (łącznie z incydentalnymi), wydaje się właściwe. Należy jednak opowiedzieć się za skargowością w formie szerokiej, „miękkiej”, a nie skrajnej, która rozciąga zasadę skargowości dodatkowo na cały proces, nie ograniczając jej wyłącznie do postępowania sądowego¹², co trudno zaakceptować, mając na uwadze ugruntowane stanowisko doktryny¹³, iż zasada oficjalności (działania z urzędu) funkcjonuje i dominuje w postępowaniu przygotowawczym, oraz to, że nawet w stadium sądowym możemy odszukać wyjątki od zasady skargowości na rzecz zasady postępowania z urzędu (wydanie wyroku łącznego – art. 570 k.p.k., podjęcie postępowania warunkowo umorzonego – art. 549 k.p.k., wznowienie procesu – art. 542 § 3 k.p.k., odtworzenie zniszczonych lub zagubionych akt – rozdz. 18 k.p.k.¹⁴, postępowanie karne w sprawach nieletnich wszczynane w wyniku wydania przez sędziego rodzinnego odpowiedniego postanowienia¹⁵).

Kolejnym wątkiem wartym poruszenia oraz istotnym dla omawianego zagadnienia jest określenie pojęcia skargi, które to przez

⁸ A. Murzynowski, *Istota*, s. 170.

⁹ Wyrok SN z 28 grudnia 1976 r., VI KRN 286/76, OSNKW 1977, nr 3, poz. 25; wyrok SN z 7 kwietnia 1994 r., II KRN 18/94, OSNKW 1994, nr 5–6, poz. 35; A. Murzynowski, *Istota*, s. 167.

¹⁰ P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa: C. H. Beck 1999, t. 1, s. 101.

¹¹ W myśl tej zasady postępowanie może być prowadzone z własnej inicjatywy organu kierowniczego, tzn. niezależnie od czyjegokolwiek żądania – M. Cieślak, *Polska*, s. 258.

¹² Za takim ujęciem zasady skargowości opowiedzieli się T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie*, s. 96.

¹³ B. Bienkowska, (w:) P. Kruszyński (red.), *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2012, s. 46; T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa: Wolters Kluwer 2008, s. 76; A. Murzynowski, *Istota*, s. 169; S. Stachowiak (za M. Cieślakiem), *Zasada*, s. 428.

¹⁴ T. Grzegorzcyk, *Kodeks*, s. 76.

¹⁵ P. Hofmański (red.), *Kodeks*, s. 126.

M. Cieślaka¹⁶ zostało zdefiniowane jako wniosek (żądanie) podmiotu bezpośrednio zainteresowanego o przeprowadzenie postępowania. Takie pojęcie skargi jest dość szerokie w swych ramach i zawiera się w nim nie tylko akt oskarżenia, który ten sam Autor nazywa skargą w sensie wąskim, a rozumie przez nią skierowany do sądu wniosek uprawnionego oskarżyciela o stwierdzenie winy oskarżonego w popełnieniu określonego przestępstwa i wyciągnięcie stąd odpowiednich konsekwencji prawno-karnych¹⁷. Pod pojęciem skargi z całą pewnością kryje się również pozew cywilny, apelacja, kasacja, zażalenie, wniosek o wznowienie, jak też inne środki zaskarżenia, które inicjują wszczęcie i przeprowadzenie postępowania, a przysługują stronom procesowym.

Skargowość w formie obowiązującej po 15 lipca 2015 r., tak samo jak obecna, będzie należała do kręgu zasad skodyfikowanych¹⁸, jej zakres określony został przez ustawodawcę głównie (choć nie wyłącznie¹⁹) w artykule 14 Kodeksu postępowania karnego. Brzmienie § 1 tego przepisu, który nie został zmieniony nowelą z 27 września 2013 r., jest następujące: „wszczęciem postępowania sądowego następuje na żądanie uprawnionego oskarżyciela lub innego uprawnionego podmiotu”, § 2 tego artykułu, który przy okazji wspomnianej nowelizacji przyjął nowe brzmienie, stanowi zaś, że: „Oskarżyciel publiczny może cofnąć akt oskarżenia do czasu rozpoczęcia przewo-

du sądowego na pierwszej rozprawie głównej. W toku przewodu sądowego cofnięcie aktu oskarżenia dopuszczalne jest jedynie za zgodą oskarżonego. Ponowne wniesienie aktu oskarżenia przeciwko tej samej osobie o ten sam czyn jest niedopuszczalne”²⁰. Cytowany przepis niesie za sobą tak daleko idące zmiany, że można pokusić się o stwierdzenie, iż nada zasadzie skargowości, funkcjonującej w polskiej procedurze karnej od 15 lipca 2015 r., zupełnie inny wymiar. Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego to instytucja dotychczas nieznaną, nieprzewidziana w przepisach prawa procesowego²¹. Jeszcze przez krótki okres aktualny pozostanie pogląd Sądu Najwyższego²², zgodnie z którym żadne przepisy procedury nie dają podstawy do cofnięcia aktu oskarżenia, a zatem oświadczenie prokuratora, że cofa akt oskarżenia, należy rozumieć jako odstępianie od oskarżenia, co nie wiąże sądu. Zgodnie z obowiązującymi nadal przepisami cofnięcie wniesionego aktu oskarżenia jest czynnością bezskuteczną, ponieważ wniesienie aktu oskarżenia do sądu jest czynnością nieodwołalną²³. Treść nowego art. 14 § 2 k.p.k. statuuje podstawę do cofnięcia aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego, czyniąc cofnięcie czynnością wywołującą skutek. Jest to rezultat przyjęcia nowego modelu procesu, opartego na szeroko pojętej kontradyktoryjności, gdzie oskarżyciel publiczny jako strona postępowania w szerszym

¹⁶ M. Cieślak, *Polska*, s. 259.

¹⁷ Tamże, s. 260.

¹⁸ S. Stachowiak, *Zasada*, s. 429.

¹⁹ W całej rozciągłości należy zgodzić się ze stwierdzeniem S. Stachowiaka (*Zasada*, s. 429), iż „sformułowanie zasady procesowej w osobnym, ogólnym przepisie kodeksu nie oznacza, że przepis ten samodzielnie wyznacza zakres danej zasady w systemie procesowym”, ponadto słusznie A. Murzynowski (*Istota*, s. 167) twierdzi, że zakres zasady skargowości określa to, kto pełni funkcję uprawnionego oskarżyciela, w jakim stopniu oskarżyciel dysponuje skargą po jej wniesieniu do sądu, z jakimi innymi zasadami procesu karnego łączy się omawiana zasada. Nie sposób również nie zgodzić się z autorami T. Grzegorzcykiem, J. Tylmanem (*Polskie*, s. 98), którzy twierdzą, że faktycznie art. 14 § 1 jest najważniejszym przepisem w obowiązującym prawie, który konkretyzuje zasadę skargowości, jednak dodają, że przepis ten nie obejmuje całej zasady skargowości w jej konkretnym kształcie, wyznaczonym w naszym prawie także przez inne przepisy, a więc przez wszystkie przepisy stosowane łącznie.

²⁰ Obecnie art. 14 § 2 k.p.k. brzmi: „Odstąpienie oskarżyciela publicznego od oskarżenia nie wiąże sądu”.

²¹ J. Bednarzak, *Glosa do wyroku SN z dnia 28 grudnia 1976 r.*, VI KRN 286/76, OSPiKA 1977, nr 11–12, s. 503.

²² Wyrok SN z dnia 28 grudnia 1976 r., VI KRN 286/76, OSNKW 1977, nr 3, poz. 25.

²³ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 8, LexisNexis: Warszawa 2011, s. 39.

zakresie dysponuje przedmiotem procesu²⁴. Omawiane cofnięcie aktu oskarżenia będzie ograniczone czasowo, ponieważ oskarżyciel publiczny z cofnięcia będzie mógł skorzystać bezwarunkowo do chwili rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej. Należy podzielić pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w jednym z judykatów, że sformułowanie „do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej” nie może pozostawiać wątpliwości, iż chodzi tu nie o każdą rozprawę główną, lecz właśnie o pierwszą²⁵. Ostatni fragment nowego art. 14 § 2 zd. 1 k.p.k. „(...) na pierwszej rozprawie głównej” wskazuje, że po uchyleniu wyroku i przekazaniu sprawy sądowi pierwszej instancji, by ponownie ją rozpoznać, cofnięcie aktu oskarżenia nie będzie już możliwe, chyba że z ograniczeniami, ponieważ na etapie przewodu sądowego, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 14 § 2 zd. 2 k.p.k., który wejdzie w życie 15 lipca 2015 r., cofnięcie aktu oskarżenia dopuszczalne będzie jedynie za zgodą oskarżonego. Słuszną intencją Autorów projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego tworzących ten ostatni zapis było niejako zabezpieczenie interesów osoby, której zostały postawione zarzuty popełnienia przestępstwa²⁶. W interesie takiej osoby może być zapewne dążenie do zakończenia sprawy prawomocnym wyrokiem uniewinniającym, który w większym stopniu prowadzi do zrehabilitowania niż umorzenia postępowania z powodu cofnięcia skargi. Należy za aktualny uznać pogląd wyrażony przed laty przez J. Bednarzaka²⁷, że oskarżony ma prawo oczekiwać, iż jego sprawa zostanie wszechstronnie wyjaśniona i że rozstrzygnięcie będzie odpowiednie do ustaleń faktycznych odpowiadających prawdzie. Jeśli nie jest winien zarzucanego mu przestęp-

stwa, jeśli go nie popełnił, jeśli czyn, jaki mu zarzucono, nie zawiera ustawowych znamion przestępstwa, może się spodziewać, że zostanie oczyszczony z zarzutów przez uniewinnienie. Natomiast umorzenie postępowania z powodu braku skargi uprawnionego oskarżyciela we wskazanym wypadku narusza interesy oskarżonego i nie może być uznane za praworządne. Ponadto jeśli się uwzględni, że kontradyktoryjny model procesu daje stronom zarówno więcej inicjatywy, jak i większą możliwość decydowania o losach procesu, trudna do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której wyłącznie od jednostronnej czynności procesowej oskarżyciela publicznego, który jest taką samą stroną procesową jak oskarżony, zależałoby zakończenie postępowania umorzeniem wobec braku możliwości udowodnienia przed sądem też zawartych w akcie oskarżenia, przy tym oskarżony nie miałby szansy na wspomnianą rehabilitację, a taką częściowo może być wyrok uniewinniający.

Skorzystanie przez oskarżyciela publicznego z instytucji cofnięcia aktu oskarżenia przed rozpoczęciem przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej będzie wywoływało skutek w postaci powstania ujemnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., tj. braku skargi uprawnionego oskarżyciela, co też będzie zobowiązywało sąd do umorzenia postępowania. Jeśli zaś oskarżyciel publiczny sięgnie po ten instrument już po rozpoczęciu przewodu sądowego, skutek w postaci umorzenia postępowania na podstawie wspomnianego art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. wystąpi tylko wtedy, gdy oskarżony wyrazi zgodę na cofnięcie aktu oskarżenia. Brak zgody oskarżonego na cofnięcie skargi będzie oznaczał dla sądu obowiązek dalszego procedowania, aż do prawomocnego zakończenia postępowania.

²⁴ Uzasadnienie projektu ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych, druk sejmowy nr 870 z 8 listopada 2012 r., s. 13.

²⁵ Postanowienie SN z 11 sierpnia 2000 r., I KZP 19/00, Prok. i Pr. – wkł. 2000, z. 10, poz. 6.

²⁶ Uzasadnienie projektu ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych, druk sejmowy nr 870 z 8 listopada 2012 r., s. 13.

²⁷ J. Bednarzak, *Glosa*, s. 503.

nia. Zdaniem Autorów projektu²⁸ nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 27 września 2013 r.²⁹ rozwiązanie polegające na umorzeniu postępowania wobec cofnięcia aktu oskarżenia jest niezbędne, aby uniknąć sytuacji, w której mógłby się znaleźć sąd. Chodzi o to, że zgodnie z nowym brzmieniem art. 167 § 1 k.p.k., który zacznie obowiązywać od 1 lipca 2015 r., sąd nie będzie dopuszczał i nie będzie przeprowadzał co do zasady dowodów z urzędu. Dokonywać tego będą mogły strony postępowania, sąd zaś czynić to będzie mógł tylko w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, m.in. tych wymienionych w objętym nowelizacją art. 167 § 1 k.p.k.³⁰ W tych okolicznościach (przy braku uczestnictwa uprawnionego oskarżyciela w procesie oraz braku możliwości przeprowadzania przez sąd, co do zasady, dowodów z urzędu), gdyby sąd nie miał możliwości umorzenia postępowania, musiałby procedować, nie mając do tego instrumentów oraz stron postępowania (gdyby oskarżony, którego obecność, co do zasady, nie będzie obowiązkowa, nie stawał się). Dotarcie w ten sposób do prawdy materialnej byłoby niemożliwe.

Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego będzie w znowelizowanym procesie karnym wywierało również inne konsekwencje, które zostały ukonstytuowane w analizowanym art. 14 § 2 zd. 3 k.p.k., a mianowicie takie, że ponowne wniesienie aktu oskarżenia przeciwko tej samej osobie o ten sam czyn nie

będzie dopuszczalne. To bardzo istotny zapis, dający gwarancję oskarżonym, których proces zakończy się umorzeniem wobec braku skargi, że nie będą ponownie sądzeni o ten sam czyn, ponieważ postępowanie przeciwko nim będzie w sposób bezwzględny zakończone. Takie założenie na poziomie ustawowym zapewni realizację zasady *ne bis in idem* w rozumieniu przyjętym przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, czyli że zakaz *ne bis in idem* wynikający z art. 4 Protokołu nr 7 z dnia 22 listopada 1984 r. do EKPC³¹ nie ogranicza się jedynie do ponownego skazania, lecz tyczy się zarówno skazania, jak i ponownego sądzenia, a zatem prowadzenia postępowania³². Założenie to będzie miało więc zastosowanie do spraw, w których prowadzone postępowanie przeciwko danej osobie nie zakończy się jej skazaniem³³.

Inny kształt zasady skargowości, spowodowany nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z 27 września 2013 r. w zakresie dotyczącym przepisu art. 14 § 2 k.p.k., zdezaktualizuje pogląd W. Daszkiewicza, na który powołuje się S. Stachowiak³⁴, że: „Oskarżyciel publiczny traci władztwo nad skargą z chwilą złożenia aktu oskarżenia. Z tą chwilą skarga publiczna uzyskuje byt niezależny od woli oskarżyciela publicznego”. Po upływie okresu *vacatio legis* granica władztwa oskarżyciela publicznego nad skargą zostanie przesunięta zdecydowanie dalej – granicę tę wyznaczać będzie chwila zakończenia

²⁸ Uzasadnienie projektu ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych, druk sejmowy nr 870 z 8 listopada 2012 r., s. 13.

²⁹ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247).

³⁰ Zgodnie z nowym brzmieniem art. 167 § 1 sąd będzie przeprowadzał dowody w granicach tezy dowodowej w razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, oraz w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu sąd będzie mógł tylko w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach.

³¹ Protokół nr 7 został podpisany przez Polskę 14 września 1992 r., ratyfikowany 4 grudnia 2002 r. ze skutkiem od 1 marca 2003 r. (Dz.U. z 2003 r. nr 42, poz. 364).

³² Wyrok ETPCz z 29 maja 2001 r., 37950/97, *Fischer v. Austria*, § 29; tak samo w wyroku ETPCz z 3 października 2002 r., 48154/99, *Zigarella v. Włochy*, LEX nr 285901; powołane za C. Nowak, *Rzetelny proces karny*, (w:) P. Wiliński (red.), Wolters Kluwer: Warszawa 2009, s. 147.

³³ C. Nowak, *Rzetelny*, s. 147.

³⁴ S. Stachowiak, *Zawisłość spraw w sądzie a odstąpienie oskarżyciela publicznego od oskarżenia w polskim procesie karnym*, WPP 1989, nr 3, s. 296 oraz glosa do wyroku SN z 28 grudnia 1976 r., VI KR N 286/76, OSPiKA 1977, z. 11–12, s. 503.

przewodu sądowego przed sądem pierwszej instancji, choć twierdzenie, że jest to władztwo zupełne, byłoby chybione ze względu na istotny wpływ oskarżonego na losy skargi.

Uchwalona reforma Kodeksu postępowania karnego nakierowana jest na uczynienie postępowania sądowego bardziej kontradiktoryjnym niż jest obecnie³⁵. Kontradiktoryjność w kontekście omawianego kształtu skargowości ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ obie te zasady łączą się ze sobą bezpośrednio³⁶. W związku z powyższym refleksja na temat relacji, jakie zachodzą pomiędzy zasadą skargowości i kontradiktoryjności, wydaje się być na miejscu.

Kwestia relacji zachodzących pomiędzy omawianymi zasadami została poruszona w piśmiennictwie. Już S. Śliwiński uważał, że zasada kontradiktoryjności, którą nazywał „zasadą rozprawy stron przed sądem”, możliwa jest tylko w ramach procesu skargowego, choć wydaje się, że określając proces skargowy jako walkę oskarżyciela i oskarżonego, którzy stoją w charakterze równouprawnionych stron przed sędzią³⁷, uczynił to, o czym później w swoim dziele *Polska procedura karna* pisał M. Cieślak³⁸, a mianowicie połączył zasadę skargowości z zasadą kontradiktoryjności. Zależności występujące pomiędzy skargowością i kontradiktoryjnością w sposób obszerny przedstawił L. Schaff. Autor ten pisał, że „(...) pod rządami zasady kontradiktoryjnej jako zasady ogólnej spotyka się zasadę skargową”, a następnie wyróżnił zasady naczelną i tu zaliczył zasadę kontradiktoryjności jako tę, która określa formę procesu, wyróżnił także osobno zasady określające formę procesu, zaliczając do nich zasadę skargowości jako tę, która określa

funkcjonalne cechy systemu postępowania³⁹. Wynika z tego, że zasada skargowości zawarta jest w zasadzie kontradiktoryjności, co jest potwierdzeniem stanowiska L. Schaffa, iż zasady naczelną mają znaczenie dominujące, wpływają na całość procesu, a zasady określające formę procesu są rozwinięciem i przystosowaniem zasad naczelnych do poszczególnych sytuacji procesowych⁴⁰. Zasada kontradiktoryjności zakłada wyodrębnienie oskarżenia oraz sądownictwa, które to wyodrębnienie stanowi jeden z elementów zasady skargowości, reguły tworzące zasadę skargowości są punktem wyjścia dla kontradiktoryjnego ukształtowania postępowania⁴¹. Relacje pomiędzy zasadą skargowości i kontradiktoryjności według L. Schaffa są ściśle, ponieważ w jego ocenie, jeśli system procesowy opiera się na zasadzie skargowości jako tej, która określa sposób wszczęcia postępowania karnego przed sądem, wtedy również występuje zasada kontradiktoryjności, kształtująca kontradiktoryjną (skargową – jak pisze Autor) formę procesu⁴². Ścisłość powiązań ma wynikać też z tego, że zasada skargowości wyklucza wszczęcie postępowania sądowego z inicjatywy sądu, bo możliwe jest to wyłącznie na żądanie uprawnionego oskarżyciela, a z kolei takie wyodrębnienie czynności sądu oraz czynności oskarżyciela dyktowane zasadą skargowości uwidacznia powiązanie z zasadą kontradiktoryjności⁴³.

Również wspomniany wcześniej M. Cieślak pisał, że zasada kontradiktoryjności łączy się bardzo ściśle z zasadą skargowości, jednocześnie podkreślając, że zasady te nie są tożsame, nie są równoważne i nie można między nimi stwierdzić stosunku wynikania⁴⁴. Przywołał Autor

³⁵ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. 11, LexisNexis: Warszawa 2013, s. 636.

³⁶ A. Murzynowski, *Istota*, s. 171; S. Śliwiński, *Proces karny. Zasady ogólne*, Gebethner i Wolff: Warszawa 1948, s. 99.

³⁷ S. Śliwiński, *Proces*, s. 97.

³⁸ M. Cieślak, *Polska*, s. 258.

³⁹ L. Schaff, *Proces karny Polski Ludowej*, Wydawnictwo Prawnicze: Warszawa 1953, s. 153, 157 oraz 158.

⁴⁰ Tamże, s. 157.

⁴¹ Tamże, s. 10.

⁴² Tamże, s. 171.

⁴³ Tamże, s. 204.

⁴⁴ M. Cieślak, *Polska*, s. 288.

stoi na stanowisku, że proces skargowy w formie czystej, oparty na zasadzie kontradiktoryjności, charakteryzuje się uprawnieniem stron do przeprowadzenia dowodów i bierną rolą sądu w tym zakresie. Takie rozwiązanie powoduje, że strona sama przesłuchuje „swoich” świadków oraz „swoich” biegłych, strona odczytuje zebrane dokumenty, a także prezentuje zebrane dowody rzeczowe⁴⁵. M. Cieślak pisał, że nasza procedura karna w omawianym zakresie przypomina raczej model inkwizycyjny: główna rola w zakresie przeprowadzania dowodów przypada przewodniczącemu składu sądu⁴⁶.

Również A. Murzynowski wyraził swój pogląd na temat powiązań pomiędzy zasadą skargowości i kontradiktoryjności, twierdząc, że obie te zasady określają formę naszego procesu karnego, w którym występują trzy różne funkcje procesowe (oskarżenia, obrony, rozstrzygnięcia)⁴⁷. Forma procesu skargowego i kontradiktoryjnego wynika z działania prokuratora w roli strony, która ma prowadzić z oskarżonym równoprawny spór⁴⁸.

Oceniając relacje, jakie zachodzą pomiędzy zasadami kontradiktoryjności i skargowości, na tle obecnie jeszcze obowiązujących przepisów, należy wyrazić stanowisko, że są to relacje oparte na wzajemnych powiązaniach. Nie sposób stwierdzić, która zasada determinuje którą, ponieważ jedna zawsze „potrzebuje” drugiej, model kontradiktoryjny zawsze wiąże się z zasadą skargowości, co wynika choćby z tego, że nie można byłoby mówić o procesie spornym bez skargi uprawnionego podmiotu, która to skarga wszczyna, a później pozwala kontynuować postępowanie. Nie można byłoby też mówić o procesie, w którym obowiązuje zasada skargowości, gdyby uprawnionym podmiotem do wniesienia skargi był organ rozstrzygający, gdyż to charakteryzuje inkwizycyjność. Rów-

nież proces skargowy nie byłby takim, gdyby model procesu pozbawiony był zasady kontradiktoryjności. Wniosek taki wynika z założenia polegającego na tym, że gdyby proces nie był sporem stron walczących o korzystne dla siebie rozstrzygnięcia, to musiałby być to wyłącznie spór oskarżonego z organem rozstrzygającym. Oskarżyciel jako strona postępowania okazałby się zbędny, ponieważ organ rozstrzygający wszczynalby i prowadziłby postępowanie niezależnie od czyjejkolwiek skargi, co z kolei charakteryzuje zasadę ścigania z urzędu, która jest przeciwstawna względem zasady skargowości. Stanowisko oparte na twierdzeniu, że między zasadą kontradiktoryjności i skargowości nie można stwierdzić stosunku wynikania⁴⁹, jest słuszne, albowiem zasada skargowości oraz zasada kontradiktoryjności kooperują ze sobą, będąc, mimo wszystko, zasadami odrębnymi. Powyższe nie oznacza, że zasady te są od siebie niezależne, gdyż wzajemne powiązanie, które może być większe lub mniejsze, pojawia się zawsze tam, gdzie występują elementy wspólne. W przypadku zarówno zasady skargowej, jak i kontradiktoryjnej podstawowym i kluczowym elementem wspólnym, który jest niezbędny do funkcjonowania każdej z wymienionych zasad, jest wyodrębnienie trzech podstawowych funkcji procesowych. Słusznie A. Murzynowski twierdzi, że są to funkcje oskarżenia, obrony oraz rozstrzygnięcia o sprawie i każda z tych funkcji jest realizowana przez różne podmioty postępowania karnego⁵⁰. Przywołany Autor, niejako potwierdzając powyższe wywody o konieczności rozdziału trzech funkcji procesowych, pisze, że uzasadnieniem działania prokuratora w roli strony jest potrzeba nadania naszemu procesowi karnemu formy skargowej i kontradiktoryjnej, w procesie tym oskarżyciel ma prowadzić z oskarżonym równoprawny spór⁵¹. Na podob-

⁴⁵ Tamże, s. 290.

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ A. Murzynowski, *Istota*, s. 171.

⁴⁸ Tamże, s. 177.

⁴⁹ M. Cieślak, *Polska*, s. 288.

⁵⁰ A. Murzynowski, *Istota*, s. 171.

⁵¹ Tamże, s. 177.

nym stanowisku stał L. Schaff: „zasada kontradiktoryjności realizuje pod względem procesowym oddzielenie funkcji oskarżenia od funkcji sądenia i obrony, które (tj. oddzielenie) stanowi jedno z założeń zasady skargowości”⁵².

Poszczególne instytucje procesowe tworzą określoną formę procesu skargowego oraz kontradiktoryjnego, gdzie forma ta staje się szersza lub węższa w zależności od kierunku zmian. Wchodząca w życie z dniem 1 lipca 2015 r. nowelizacja ustawy Kodeks postępowania karnego nastawiona jest na skargowość znacznie szerszą od tej, którą tworzą obowiązujące przepisy k.p.k., będzie to skargowość bardzo ściśle powiązana z zasadą kontradiktoryjności. Zmiany polegające na przekazaniu inicjatywy dowodowej stronom oraz przekazaniu im uprawnień do przeprowadzania dowodów, ograniczeniu aktywności sądu, czyniącym go biernym organem rozstrzygającym, jaskrawo wskazują na szerszą kontradiktoryjność. Ta szersza kontradiktoryjność bardzo zbliży nowy model postępowania karnego do procesu skargowego, który M. Cieślak za S. Śliwińskim⁵³ nazwał „czystym”, gdzie strony przeprowadzają dowody, a rola sądu jest w tym zakresie bierna⁵⁴.

Aktualne pozostanie stanowisko, że układowi zasad: skargowości i kontradiktoryjności

przypada decydująca rola w zdeterminowaniu formy procesu⁵⁵, a zreformowany proces został tak przemodelowany, by postępowanie jurysdykcyjne było bardziej kontradiktoryjne⁵⁶, co – jak już wspomniano – wpłynie na skargowość i jej przeciwstawną zasadę działania z urzędu. Po wprowadzeniu przepisów modelujących proces jako bardziej kontradiktoryjny (np. art. 5 § 2, art. 167, art. 370 znowelizowanego k.p.k.) strony otrzymają więcej uprawnień, a przez to uprawnienia sądu zubożeją, zawężając tym samym zasadę działania z urzędu. Trudno będzie ostać się twierdzeniom, że funkcjonujące w naszej procedurze karnej zasady skargowości oraz działania z urzędu będą występowały w równych proporcjach, bez stanowczej przewagi którejkolwiek z nich⁵⁷. Decyzja oskarżyciela publicznego o cofnięciu aktu oskarżenia przed rozpoczęciem przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej będzie wiązała sąd, co oznacza, że działanie z urzędu zostanie w tym przypadku wyparte na rzecz skargowości, która wydaje się wyraźnie dominować nad zasadą działania z urzędu w sądowym stadium procesu. Po nowelizacji skarga będzie nie tylko impulsem procesu i jego etapów, ale również w wielu konfiguracjach procesowych warunkiem *sine qua non* prowadzenia sprawy karnej będącej w toku.

⁵² L. Schaff, *Proces*, s. 171.

⁵³ S. Śliwiński, *Proces*, s. 99.

⁵⁴ M. Cieślak, *Polska*, s. 290.

⁵⁵ S. Stachowiak, *Zasada*, s. 433.

⁵⁶ Uzasadnienie projektu ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych, druk sejmowy nr 870 z dnia 8 listopada 2012 r., s. 2.

⁵⁷ Przed laty pogląd taki, aktualny na ówczesne czasy, wyrażał S. Stachowiak, *Zasada*, s. 428.

Summary

Tomasz Bergel

WHAT ACCUSATORIAL PROCEDURE? THE IMPACT OF THE INDICTMENT WITHDRAWAL INSTITUTION ON THE ACCUSATORIAL PRINCIPLE IN THE AMENDED CRIMINAL PROCEDURE

This article is an attempt to answer the question of what form of the accusatorial procedure will be present in the Polish Criminal Justice System process after entry into force of the amendments to the Code of Criminal Procedure on 1 of July 2015.

The term „accusatorial procedure” used above is considered in regards to a new institution which will come into force with this amendment. New institution concerns indictment withdrawal. Furthermore, this article provides information on the formation of the accusatorial principle in the doctrine and links of this principle with a very important adversarial principle in the light of upcoming changes to the criminal procedure.

KEY WORDS: criminal procedure, grievance, accusatorial principle, adversarial principle, amendment to the Code of the Criminal Procedure, indictment withdrawal, public prosecutor

POJĘCIA KLUCZOWE: postępowanie karne, skarga, zasada skargowości, zasada kontradiktoryjności, nowelizacja Kodeksu postępowania karnego, cofnięcie aktu oskarżenia, oskarżyciel publiczny

INTERES PRAWNY A INTERES PUBLICZNY PROKURATORA WYTACZAJĄCEGO POWÓDZTWO W TRYBIE ART. 7, 57 I 189 K.P.C.

Asumpt do zajęcia się zagadnieniem interesu prawnego i interesu publicznego prokuratora wytaczającego powództwo w trybie art. 7, 57 i 189 k.p.c. dał wyrok Sądu Najwyższego z 3 lutego 1999 r., w którym stwierdzono, że „legitymacja z art. 7 i art. 57 k.p.c. polega na tym, że akcja prokuratora ma na celu obronę interesu publicznego, co nie jest jednakże równoznaczne z interesem prawnym w rozumieniu art. 189 k.p.c.”¹. Stosunek interesu prawnego do interesu publicznego prokuratora wywołuje spory w doktrynie i orzecznictwie. Rozważając tę kwestię w kontekście wytaczania przez prokuratora samodzielnego powództwa o ustalenie prawa lub stosunku prawnego, należy określić: 1) czym w ogóle jest interes prawny i publiczny (społeczny) prokuratora; 2) jaki jest związek między interesem prawnym a interesem publicznym; 3) pozycję procesową prokuratora wytaczającego samodzielne powództwo o ustalenie i związaną z tym kwestię wykazania istnienia interesu prawnego.

INTERES PRAWNY I INTERES PUBLICZNY (SPOŁECZNY) PROKURATORA – ZAGADNIENIA OGÓLNE

Ochrona interesu społecznego jest jedną (obok ochrony praworządności i praw obywa-

teli) z ustawowych przesłanek udziału prokuratora w postępowaniu cywilnym, określonych w art. 7 k.p.c. Udziału – rozumianego zarówno jako możliwość wszczęcia, jak i wstąpienia do toczącego się już postępowania. W doktrynie stwierdzono, że nie jest możliwe ściśle rozgraniczenie tych przesłanek w postępowaniu cywilnym. Nie można wykluczyć, że ochrona praw obywateli jest równocześnie ochroną interesu społecznego i ochroną praworządności, nie można również stwierdzić, że zawsze ochrona interesów indywidualnych stanowi równocześnie ochronę interesu społecznego². Z reguły ochrona praworządności i interesu społecznego wchodzi w grę w każdym przypadku wszczęcia lub przystąpienia przez prokuratora do postępowania, co wynika z pełnionej przez niego funkcji strażnika i rzecznika praworządności i interesu społecznego³.

Ochrona interesu społecznego rozumiana jest jako ochrona dobra (interesu) ogólnego, która wynika z art. 2 Konstytucji RP⁴. W szczególności dotyczy to ochrony małżeństwa, rodziny, małoletnich dzieci (ocenianej nie tylko w sferze stosunków majątkowych, ale i w aspekcie społecznym), a także ochrony i rozwoju instytucji demokratycznego państwa prawa, istniejących w nim stosunków własnościowych oraz systemu gospodarczego⁵. Istota interesu społecznego polega w procesie cywil-

¹ Wyrok SN z 3 lutego 1999 r., III CKN 167/98, LEX nr 483310.

² M. Jędrzejewska, K. Weitz, (w:) T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Tom 1*, Warszawa 2009, s. 112.

³ P. Wiśniewski, *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym. Część I*, „Prokuratura i Prawo” 1997, z. 10, s. 70; M. Sychowicz, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I*, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2001, s. 113; J. Jodłowski, (w:) J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2009, s. 252.

⁴ M. Sychowicz, (w:) *Kodeks*, s. 113.

⁵ W. Masewicz, *Prokurator w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1975, s. 39; M. Sychowicz, (w:) *Kodeks*, s. 113.

nym na zabezpieczeniu zarówno uprawnień procesowych, jak i faktycznej równości stron⁶.

B. Walaszek podkreśla, że interes społeczny wyznacza prokuratorowi określoną formę działania na gruncie prawa cywilnego czy rodzinnego. Nie ma przy tym znaczenia, czy interes ten będzie w określonej sprawie pokrywał się z interesem indywidualnym oznaczonego podmiotu, czy też nie⁷. Współzależność interesu indywidualnego i społecznego sprawia, że naruszenie pierwszego z nich na ogół stanowi naruszenie również drugiego⁸. W konsekwencji pozostawienie żądania ochrony jedynie inicjatywie podmiotu naruszonego prawa mogłoby – przy braku aktywności tego podmiotu – doprowadzić do naruszenia interesu społecznego⁹. Interes społeczny może być zatem realizowany także przez ochronę interesu indywidualnego¹⁰.

Jak wspomniano, interes społeczny jest jedną z ustawowych przesłanek udziału prokuratora w postępowaniu cywilnym, a więc także upoważnieniem do wytoczenia powództwa. Upoważnienie wynikające z art. 7 k.p.c. zawiera wskazanie kryteriów, którymi prokurator powinien się kierować, wytaczając wszelkiego rodzaju powództwa. Nie są to wszakże materialnoprawne przesłanki jakiegoś konkretnego powództwa o ustalenie. Przesłanką tą jest interes prawny określonej osoby w uzyskaniu ustalenia¹¹.

Artykuł 7 k.p.c. stanowi zatem jedynie podstawę legitymacji procesowej czynności prokuratora, tj. jego uprawnienia do wystąpienia jako podmiot inicjujący postępowanie (powód lub wnioskodawca)¹². Natomiast art. 57 k.p.c. stanowi normę prawną, która daje prokuratorowi generalną legitymację do wytaczania samodzielnych powództw lub do podejmowania innych działań określonych przepisami prawa w sytuacjach, gdy działanie prokuratora może doprowadzić do unicestwienia skutków prawnych czynności cywilnoprawnych, sprzecznych z zasadami praworządności, naruszających prawa obywateli lub szkodzących interesowi społecznemu¹³. Według E. Warzochy w procesie wytaczanym w celu ochrony praworządności czy interesu społecznego prokurator – jako powód – ma własną legitymację, szczególnego rodzaju, wynikającą z art. 7 k.p.c. Jego zdaniem przepis ten pełni przy samodzielnym powództwie podwójną rolę – jest podstawą dopuszczalności wystąpienia prokuratora w procesie oraz wypełnia materialnoprawną podstawę tego powództwa w celu uzyskania wyroku chroniącego dobra wskazane w przepisie art. 7 k.p.c.¹⁴ W większości przyjmuje się, że w procesie, w którym prokurator nie wytacza powództwa na rzecz oznaczonej osoby, posiada on własną legitymację procesową materialną (publicznoprawną)¹⁵.

Zatem interes społeczny jest ustawową prze-

⁶ A. Meszorer, *Stanowisko i czynności procesowe prokuratora w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1957, s. 100.

⁷ B. Walaszek, *Powództwo prokuratora w niektórych sprawach o prawa stanu a polskie prawo międzynarodowe prywatne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, nr 1, s. 111.

⁸ K. Lubiński, *Udział prokuratora w postępowaniu nieprocesowym w ujęciu prawnoporównawczym*, (w:) *Proces i prawo. Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jerzego Jodłowskiego*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 152–153.

⁹ S. Włodyka, *Powództwo prokuratora w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1957, s. 33; K. Lubiński, *Ewolucja udziału prokuratora w postępowaniu nieprocesowym w Polsce Ludowej*, „Problemy Praworządności” 1986, nr 8–9, s. 80.

¹⁰ E. Wengerek, *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym w świetle polskiej literatury prawniczej*, „Studia Cywilistyczne” 1963, nr 3, s. 177; W. Broniewicz, *Powództwo prokuratora o unieważnienie małżeństwa według k.p.c. i k.r.*, „Państwo i Prawo” 1961, z. 6, s. 943–944; P. Górecki, *Udział prokuratora w postępowaniu w sprawach nieletnich*, „Prokuratura i Prawo” 1997, z. 2, s. 135.

¹¹ E. Warzocha, *Ustalenie stosunku prawnego lub prawa w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1982, s. 109.

¹² W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2008, s. 73.

¹³ Z. Resich, *Podmioty procesu w nowym kodeksie postępowania cywilnego*, „Nowe Prawo” 1966, nr 2, s. 142.

¹⁴ E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 110–111.

¹⁵ Por. uzasadnienie postanowienia SN z 5 grudnia 1979 r., II CZ 121/79, OSNC 1980, nr 6, poz. 124; J. Jodłowski,

słanką udziału prokuratora w postępowaniu cywilnym, która uprawnia go do wytaczania (głównie) samodzielnych powództw. Ocena, czy interes społeczny przemawia za wytoczeniem tego rodzaju powództwa, zależy od uznania prokuratora i nie podlega badaniu sądu, w przeciwieństwie do oceny zaistnienia interesu prawnego, będącego podstawą do wytoczenia powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Nie ma wątpliwości co do tego, że przy powództwach o ustalenie interesu prawnego ma charakter przesłanki materialnoprawnej, konieczność jego udowodnienia jest zaś jednym z warunków skuteczności tego powództwa¹⁶ (o czym niżej).

Przy wykładni pojęcia interesu prawnego należy sięgnąć do poglądów wyrażonych w doktrynie i orzecznictwie, dotyczących art. 189 k.p.c. Ogólnie interes prawny określany jest jako interes dotyczący szeroko rozumianych praw i stosunków prawnych¹⁷. T. Rowiński definiuje interes prawny jako

obiektywną, rzeczywiście istniejącą, a nie tylko hipotetyczną i subiektywną potrzebę ochrony prawnej. W przypadku powództw o ustalenie jest ona określana jako obiektywna – w świetle obowiązujących przepisów prawnych – potrzeba ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa¹⁸, jako ochrona sfery uprawnień powoda przed grożącym jej naruszeniem bądź jako potrzeba usunięcia stanu niepewności co do istnienia prawa lub stosunku prawnego lub wątpliwości w zakresie sytuacji prawnej dotyczącej powoda¹⁹. Interes prawny może wynikać z zagrożenia majątkowej lub niemajątkowej sfery prawnej powoda²⁰.

Co do zasady interes prawny w procesie o ustalenie nie może – zdaniem E. Warzochoy – wynikać z faktu naruszenia prawa lub z faktów dających podstawę do ukształtowania prawa, gdyż powództwo to ma charakter prewencyjny. Jeżeli bowiem prawo zostało naruszone, to podmiotowi tych stosunków przysługuje środek prawny zmierzający do likwidacji tego

(w:) *Postępowanie*, s. 255; P. Telenga, (w:) J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki (red.), O. Marcewicz, P. Telenga, M. P. Wójcik, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 90; P. Pogonowski, (w:) H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), I. Gromska-Szuster, A. Jakubecki, J. Klimkowicz, K. Knoppek, G. Misiurek, P. Pogonowski, T. Zembrzusi, T. Żyznowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–366*, Lex 2013; nieco odmiennie: K. Lubiński, *Pozycja procesowa prokuratora w postępowaniu nieprocesowym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1990, Prawo CLXX, nr 1028, s. 98.

¹⁶ T. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 77–78.

¹⁷ M. Jędrzejewska, K. Weitz, (w:) *Kodeks*, s. 563; T. Rowiński, *Interes*, s. 22; T. Żyznowski, (w:) H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), I. Gromska-Szuster, A. Jakubecki, J. Klimkowicz, K. Knoppek, G. Misiurek, P. Pogonowski, T. Zembrzusi, T. Żyznowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–366*, Lex 2013.

¹⁸ T. Rowiński, *Interes*, s. 22, 25, 26; potrzeba prawna wynika z sytuacji prawnej, w jakiej się powód znajduje. Wydanie przez sąd wyroku ustalającego wynika ze stwierdzenia, że istnieje potrzeba tego rodzaju ochrony sądowej. Pojęcie interesu prawnego należy zatem rozumieć szeroko, tzn. nie tylko w sposób wynikający z treści określonych przepisów prawa przedmiotowego, lecz w sposób uwzględniający, oprócz treści tych przepisów, również ogólną sytuację prawną powoda – tak E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 48; zdaniem K. Piaseckiego pojęcie interesu prawnego w ramach konstrukcji powództwa o ustalenie powinno być interpretowane z uwzględnieniem szeroko pojmowanego dostępu do sądów w celu zapewnienia ochrony prawnej – jako zasadniczo jedynej możliwej w konkretnym wypadku – w formie ustalenia stosunku prawnego lub prawa w sensie pozytywnym lub negatywnym – tak K. Piasecki, *Postępowanie sporne rozpoznawcze*, Warszawa 2004, s. 150 i n.

¹⁹ E. Wengerek, *Powództwo o ustalenie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1959, nr 1, s. 14; D. Zawistowski, *Postępowanie zabezpieczające. Komentarz. Wybór orzeczeń*, Warszawa 2007, s. 29; E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 129; wyrok SA w Poznaniu z 18 czerwca 2013 r., I ACa 448/13, LEX nr 1342330; wyrok SN z 15 maja 2013 r., III CSK 254/12, LEX nr 1353202; wyrok SA w Katowicach z 5 lutego 2013 r., I ACa 991/12, LEX nr 1289430; wyrok SA w Lublinie z 29 listopada 2012 r., I ACa 566/12, LEX nr 124001; wyrok SN z 14 marca 2012 r., II CSK 252/11, LEX nr 1169345.

²⁰ H. Mądrzak, (w:) H. Mądrzak, E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2003, s. 143; wyrok SN z 2 czerwca 2006 r., I PK 250/05, „Monitor Prawa Prywatnego” 2006, nr 9, s. 491.

zagrożenia w postaci powództwa o świadczenie²¹.

W judykaturze podkreśla się, że interes prawny istnieje tylko wtedy, gdy powód może uczynić zadość potrzebie ochrony swej sfery prawnej przez samo ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Interes ten nie istnieje wówczas, gdy już jest możliwe wytoczenie powództwa o świadczenie, chyba że ze spornego stosunku prawnego wynikają jeszcze dalsze skutki, których dochodzenie w drodze powództwa o świadczenie nie jest możliwe lub nie jest jeszcze aktualne²². Interes prawny w rozumieniu art. 189 k.p.c. „występuje wtedy, gdy sam skutek, jaki wywoła uprawomocnienie się wyroku ustalającego, zapewni powodowi ochronę jego prawnie chronionych interesów, czyli definitywnie zakończy spór istniejący lub prewencyjnie zapobiegnie powstaniu takiego sporu w przyszłości, a jednocześnie interes ten nie podlega ochronie w drodze innego środka. Z kolei brak interesu prawnego jako przesłanki powództwa z art. 189 k.p.c. zachodzi wówczas, gdy strona nie ma jakiegokolwiek potrzeby ustalenia stosunku prawnego lub prawa, gdyż jego sfera prawna nie została ani naruszona, ani zagrożona przez pozwanego”²³.

Przy powództwach o ustalenie wytaczanych przez prokuratora chodzi o ustalenie istnienia normy prawnej indywidualno-konkretnej, obejmującej swoim działaniem z jednej strony prokuratora, z drugiej – osoby objęte odpowiednim stosunkiem czy statusem prawnym²⁴. Interes prawny nie musi mieć bowiem charakteru osobistego, gdyż może pojawić się w sytuacjach,

kiedy kto inny niż podmiot danego prawa jest uprawniony do wytoczenia powództwa (choć przyjmuje się z reguły, że interes prawny pojawia się u osób, których własna sfera prawna zostaje naruszona bądź zagrożona)²⁵.

STOSUNEK INTERESU PRAWNEGO DO INTERESU PUBLICZNEGO

Pomimo że nie można identyfikować interesu prawnego z ustawowymi przesłankami powództwa prokuratora określonymi w art. 7 k.p.c.²⁶, to przy samodzielnym powództwie o ustalenie interesy te w pewien sposób wiążą się ze sobą.

E. Warzocha zauważa, że upoważnienie wynikające z art. 7 k.p.c. jest podstawą do wystąpienia prokuratora w procesie cywilnym, zawierającym wskazanie kryteriów, którymi prokurator powinien się kierować, wytaczając powództwo. Nie są to wszakże materialno-prawne przesłanki konkretnego powództwa o ustalenie²⁷. Interes społeczny, jako czynnik wiążący prokuratora w kwestii dopuszczalności wytoczenia powództwa z art. 7 k.p.c., stanowi uprawnienie do udziału prokuratora w postępowaniu cywilnym²⁸. Jakkolwiek prokurator, wytaczając powództwo, ma na celu realizację interesu społecznego, to jednak ten abstrakcyjny interes społeczny (którego ocena należy wyłącznie do prokuratora) nie wystarczy do wytoczenia powództwa²⁹ o ustalenie. Przy wytoczeniu tego powództwa potrzebny jest interes prawny.

Interes prawny występuje bowiem jako podstawa powództwa o ustalenie, jako prze-

²¹ E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 19.

²² Wyrok SN z 30 października 1990 r., I CR 649/90, LEX nr 158145.

²³ Wyrok SA w Białymstoku z 7 lutego 2014 r., I ACa 408/13, LEX nr 1437870.

²⁴ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne*, s. 75.

²⁵ T. Rowiński, *Interes prawny*, s. 26–27.

²⁶ W. Masewicz, *Prokurator*, s. 79.

²⁷ E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 109.

²⁸ Por. M. Cieślak, *Interes społeczny jako czynnik warunkujący prokuratorskie objęcie oskarżenia w sprawie prywatnoskarżowej*, „Państwo i Prawo” 1956, z. 12, s. 1059; K. Lubiński, *Pozycja*, s. 98; K. Lubiński, *Postępowanie o ubezwłasnowolnienie*, Warszawa 1979, s. 81.

²⁹ Uchwała (7) SN z 10 kwietnia 1961 r., I CO 21/60, OSNC 1962, nr 1, poz. 2.

słanka materialnoprawna warunkująca skuteczność powództwa, będąca przesłanką samodzielną, niezależną od prawa podmiotowego, które ma być w procesie ustalone³⁰. Sąd Najwyższy podkreślił, że należy rozróżnić skuteczność i zasadność, jako przesłanki merytoryczne powództwa o ustalenie. Przesłankami skuteczności powództwa są okoliczności decydujące o dopuszczalności badania i ustalania prawdziwości twierdzeń powoda, że istnieje dane prawo lub stosunek prawny (należą do nich interes prawny i legitymacja procesowa rozumiana samodzielnie). Ich wystąpienie umożliwia przystąpienie do badania prawdziwości twierdzeń powoda, czyli zasadności powództw. Przesłankami zasadności powództwa, decydującymi o możliwości jego uwzględnienia, jest bowiem zgodność twierdzeń powoda ze stanem rzeczy. Co do zasady interes prawny powinien być badany w granicach wyznaczonych potrzebą udzielenia wskazanej ochrony i wyprzedzać badanie istnienia prawa (stosunku prawnego) objętego twierdzeniem powoda³¹. Powód w procesie musi zatem w pierwszej kolejności wykazać istnienie interesu prawnego w żądaniu ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego, która to przesłanka jest przesłanką merytoryczną i konieczną, po wykazaniu zaś przesłanki istnienia interesu

prawnego następuje dopiero dalszy bieg postępowania, polegający na badaniu wykazania twierdzeń powoda o nieistnieniu konkretnego stosunku prawnego³².

Pomimo że interes prawny nie może być, jak stwierdził Sąd Najwyższy, utożsamiany z interesem społecznym³³, to – jak wspomniano – przy samodzielnym powództwie prokuratora o ustalenie prawa lub stosunku prawnego interesy te pozostają ze sobą w specyficznym związku. Zdaniem E. Warzocha zsynchronizowanie przesłanki materialnoprawnej w postaci interesu prawnego z upoważnieniem wynikającym z art. 7 k.p.c. sprowadza się do tego, że treść interesu prawnego powinna wypływać z oceny prokuratora, czy nie zachodzi potrzeba ochrony praworządności lub interesu społecznego. Autor definiuje bowiem interes prawny jako potrzebę ochrony tych wartości. Przy samodzielnym powództwie prokuratora wytwarza się więc – jego zdaniem – oryginalna sytuacja procesowa, polegająca na tym, że sąd, który nie ma uprawnienia kontrolowania decyzji prokuratora co do wystąpienia z powództwem, przy powództwie o ustalenie dokonuje tej kontroli, poprzez badanie interesu prawnego prokuratora, na którego treść składają się kryteria wyznaczone przez artykuł 7 k.p.c.³⁴ Ciężar dowodu tych przesłanek

³⁰ A. Jarocho, *Interes prawny jako podstawa zabezpieczenia roszczeń w postępowaniu cywilnym*, (w:) *Proces cywilny. Nauka–Kodyfikacja–Praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, pod red. P. Grzegorzcyka, K. Knoppka, M. Walasika, Warszawa 2012, s. 437; W. Broniewicz, *Kilka uwag o projekcie kodeksu postępowania cywilnego*, „Nowe Prawo” 1961, nr 1, s. 71; W. Broniewicz, *W kwestii powództwa o zaprzeczenie ojcostwa*, „Nowe Prawo” 1963, nr 2, s. 165; W. Masewicz, *Prokurator*, s. 77, 79; S. Włodyka, *Interes prawny jako przesłanka dopuszczalności zaskarżenia orzeczenia w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo” 1963, nr 9, s. 931; E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 45, 47, 53; J. Lapiere, *Recenzja pracy T. Rowińskiego, Interes prawny w procesie cywilnym i postępowaniu nieprocesowym*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 3, s. 140; T. Rowiński, *Interes prawny*, s. 186; wyrok SN z 17 grudnia 1998 r., I CKN 681/98, LEX nr 1214461; wyrok SA z 27 marca 2013 r., I ACa 1177/12, LEX nr 1314822; wyrok SA w Warszawie z 11 stycznia 2011 r., I ACa 558/10, LEX nr 1120155; postanowienie SN z 7 kwietnia 2010 r., II PK 167/09, LEX nr 602241; postanowienie SN z 7 grudnia 2005 r., V CK 277/05, LEX nr 602316; wyrok SN z 27 czerwca 2001 r., II CKN 898/00, LEX nr 52613; wyrok SN z 14 lipca 1999 r., II CKN 422/98, LEX nr 528143; wyrok SN z 14 lipca 1999 r., II CKN 422/98, LEX nr 528143; wyrok SN z 17 grudnia 1998 r., I CKN 681/98, LEX nr 1214461; wyrok SN z 30 października 1990 r., I CR 649/90, LEX nr 158145.

³¹ Wyrok SN z 27 czerwca 2001 r., II CKN 898/00, LEX nr 52613; wyrok SN z 21 marca 2013 r., II CSK 406/12, LEX nr 1341660.

³² Wyrok SA w Katowicach z 29 maja 2013 r., V ACa 163/13, LEX nr 1322481; wyrok SA w Katowicach z 3 grudnia 2013 r., I ACa 743/13, LEX nr 1415941.

³³ Wyrok SN z 3 lutego 1999 r., III CKN 167/98, LEX nr 483310.

³⁴ E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 110.

spoczywa zgodnie z art. 6 k.c. na powódzie, sąd zaś ma obowiązek badania z urzędu, czy po stronie powoda występuje interes prawny w domaganiu się ustalenia³⁵.

Oznacza to, że wprawdzie samo wytoczenie przez prokuratora samodzielnego powództwa o ustalenie nie podlega ocenie sądu, jednakże dotyczy to wyłącznie realizacji przesłanek z art. 7 k.p.c.³⁶ Co do istnienia zaś interesu prawnego – sąd powinien zweryfikować, czy prokurator wykazał jego istnienie, gdyż prokurator jest traktowany jak każdy inny powód żądający ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Zatem w przypadku braku interesu prawnego sąd zastosuje w stosunku do niego takie same jak wobec innych powodów konsekwencje – w postaci oddalenia powództwa. Nie ma bowiem wątpliwości co do tego, że skutkiem braku interesu prawnego (będącego przesłanką materialnoprawną) jest oddalenie powództwa³⁷.

Związek interesu prawnego i społecznego wyraża się również w tym, że oba te interesy muszą istnieć rzeczywiście. Sam fakt wniesienia pozwu przez prokuratora wystarcza do przyjęcia, że wymaga tego interes społeczny³⁸. Ocena zaś, czy w danej sytuacji wykazano inte-

res prawny, powinna być zawsze dokonywana na tle konkretnych okoliczności sprawy, które pozwalają stwierdzić rzeczywistą potrzebę ochrony tej sfery prawnej³⁹.

POZYCJA PROCESOWA PROKURATORA WYTACZAJĄCEGO SAMODZIELNE POWÓDZTWO O USTALENIE (WYKAZANIE ISTNIENIA INTERESU PRAWNEGO)

Przyjmuje się, że prokurator, wytaczając powództwo w trybie art. 57 k.p.c., zajmuje samodzielną pozycję w procesie, nie realizuje bowiem prawa przysługującego innemu podmiotowi, ale własne prawo skargi⁴⁰. Materialnoprawny charakter skargi wyraża się w tym, że prokurator nie działa na rzecz określonej osoby fizycznej czy prawnej, tylko wnosi pozew przeciwko wszystkim osobom będącym stronami stosunku prawnego, którego dotyczy powództwo⁴¹. Występuje wówczas jako rzecznik praworządności lub interesu społecznego, czasami nawet wbrew woli zainteresowanych sprawą uczestników stosunku cywilnoprawnego⁴². M. Stypułkowska w swoich rozważaniach idzie jeszcze dalej, twierdząc, że prokurator, wnosząc samodziel-

³⁵ Wyrok SN z 30 listopada 2000 r., I CKN 903/00, LEX nr 512061; wyrok SA w Warszawie z 9 lutego 1999 r., I ACa 1105/98, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2000, z. 2, s. 35; wyrok SN z 30 października 1990 r., I CR 649/90, LEX nr 158145.

³⁶ M. Jędrzejewska, K. Weitz, (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks*, s. 112; W. Broniewicz, *Powództwo prokuratora w polskim procesie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1966, z. 7–8, s. 32–33; S. Włodyka, *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym w projekcie kodeksu postępowania cywilnego PRL*, „Państwo i Prawo” 1960, z. 8–9, s. 382; M. Piórkowska, *Kilka refleksji w związku z udziałem prokuratora w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1994, nr 5, s. 23; P. Wiśniewski, *Udział*, s. 72; W. Siedlecki, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 29 września 1954 r. (II C. 1370/53)*, „Państwo i Prawo” 1956, z. 11, s. 919; M. Sychowicz, (w:) *Kodeks*, s. 114; M. Jędrzejewska, K. Weitz, (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks*, s. 111–112; wyrok SA we Wrocławiu z 1 marca 2012 r., I ACa 111/12, LEX nr 1130913.

³⁷ Por. postanowienie SN z 7 grudnia 2005 r., V CK 277/05, LEX nr 602316; wyrok SN z 21 marca 2006 r., V CSK 188/05, LEX nr 1104890; postanowienie SN z 7 kwietnia 2010 r., II PK 167/09, LEX nr 602241; wyrok SA w Białymstoku z 28 lutego 2013 r., I ACa 735/12, LEX nr 1292638.

³⁸ W. Siedlecki, *Glosa*, s. 919.

³⁹ Uzasadnienie wyroku SN z 4 lutego 1999 r., II CKN 182/98, LEX nr 1214412.

⁴⁰ W. Masewicz, *Prokurator*, s. 91; M. Sychowicz, (w:) *Kodeks*, s. 273; M. Jędrzejewska, K. Weitz, (w:) *Kodeks*, s. 220.

⁴¹ J. Jodłowski, (w:) *Postępowanie*, s. 254.

⁴² W. Masewicz, *Prokurator*, s. 93–94; Z. Resich, *Podmioty procesu w nowym kodeksie postępowania cywilnego*, „Nowe Prawo” 1966, nr 2, s. 142; M. Jędrzejewska, *Prokurator w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym*, (w:) *Proces i prawo. Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jerzego Jodłowskiego*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 328.

ne powództwo, działa w imieniu własnym, dla ochrony wyłącznie interesu publicznego, który realizowany jest bezpośrednio wbrew interesowi indywidualnemu podmiotów prawa. Między interesem publicznym reprezentowanym przez prokuratora a interesem prywatnym podmiotów danego stosunku prawnego zachodzi zatem sprzeczność⁴³.

Aby ochrona interesu społecznego mogła być realizowana, prokurator musi posiadać uprawnienie do poszukiwania ochrony prawnej w konkretnej sprawie, czyli legitymację procesową⁴⁴. Legitymacja ta wypływa z art. 7 i 57 k.p.c., czyli z zadania ochrony praworządności lub interesu społecznego, rzadziej praw obywateli⁴⁵. Jeżeli prokurator oceni, że ochrona praworządności lub interesu społecznego wymaga wytoczenia przez niego powództwa, nabywa tym samym legitymację procesową czynną. Ponieważ ocena prokuratora nie podlega kontroli sądu, należy uznać, że prokurator, wytaczając samodzielne powództwo, zawsze będzie posiadał legitymację procesową czynną⁴⁶. W związku z tym pojawia się pytanie, czy posiadanie przez prokuratora legitymacji procesowej czynnej jest wystarczającym warunkiem do wytoczenia także samodzielnego powództwa o ustalenie, czy też musi on wykazać dodatkowo interes prawny, na którym opiera swoje żądanie. W tej sytuacji prokurator jest wszakże powodem, a art. 189 k.p.c. nakłada na powoda obowiązek wykazania interesu prawnego.

Stanowisko judykatury jest w tej kwestii niejednolite. Wbrew powołanemu we wstępie wyrokowi Sąd Najwyższy w innych orzeczeniach stwierdził, że obowiązek wykazania interesu prawnego prokurator ma tylko wtedy, gdy wytacza powództwo na rzecz oznaczonej osoby w trybie art. 55 k.p.c. Powinien wówczas wykazać interes prawny osoby zastępowalnej,

a nie własny. W takiej bowiem sytuacji kompetencje prokuratora nie są w pełni samodzielne, ponieważ zajmuje on tylko pozycję powoda w znaczeniu procesowym (formalnym), a powodem w znaczeniu materialnym pozostaje zawsze strona zastępowana⁴⁷. Zdaniem Sądu Najwyższego inaczej kształtuje się sytuacja, gdy prokurator wytacza powództwo samoistne na podstawie art. 57 k.p.c., pozywając wszystkie osoby będące stronami stosunku prawnego, którego dotyczy powództwo. „Wtedy działa w celu ochrony praworządności, w interesie publicznym, z reguły wbrew interesom pozwanym stronom, czerpiąc swoje umocowanie z art. 7 zdanie pierwsze k.p.c. Jeżeli zatem wytacza powództwo na podstawie art. 7 i 57 k.p.c., interes prawny pozwanym kontrahentów, występujących po stronie procesowo biernej, nie ma tu żadnego znaczenia, a po stronie procesowo czynnej nie da się zdefiniować jednostkowego interesu prawnego prokuratora w rozumieniu art. 189 k.p.c. Prokurator z mocy art. 7 i 57 k.p.c. zawsze bowiem działa w interesie publicznym dla ochrony praworządności. W konsekwencji Sąd Najwyższy przyjmuje, że uprawnienie prokuratora do wszczęcia postępowania cywilnego na podstawie art. 7 k.p.c. legitymuje go również do zgłoszenia na podstawie art. 57 k.p.c. powództwa o ustalenie nieważności czynności prawnej (art. 189 k.p.c.)”⁴⁸. „Skoro bowiem ustawa przyznała prokuratorowi takie uprawnienie to nie można – zdaniem Sądu Najwyższego – wymagać, aby wytaczając powództwo o ustalenie nieważności czynności prawnej, wykazał interes prawny przewidziany w art. 189 k.p.c., gdyż interes, o którym mowa w tym przepisie, przewidziany został dla podmiotów prawa cywilnego, a prokurator w takim procesie nie jest podmiotem prawa cywilnego, tylko podmiotem reprezentującym

⁴³ M. Stypułkowska, *Zakres uprawnień prokuratora w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo” 1957, nr 12, s. 69.

⁴⁴ J. Jodłowski, (w:) *Postępowanie*, s. 202.

⁴⁵ Tamże, s. 205.

⁴⁶ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne*, s. 146.

⁴⁷ Uzasadnienie wyroku SN z 2 sierpnia 2007 r., V CSK 109/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 107.

⁴⁸ Wyrok SN z 9 marca 1993 r., I CR 3/93, OSNC 1993, nr 9, poz. 165; wyrok SN z 2 sierpnia 2007 r., V CSK 109/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 107; wyrok SA we Wrocławiu z 1 marca 2012 r., I ACa 111/12, LEX nr 1130913.

interes publiczny, który przemawia za eliminacją nieważnych umów z obrotu prawnego⁴⁹.

Wydaje się jednak, że posiadanie przez prokuratora legitymacji procesowej czynnej (która – jak wspomniano – wypływa z art. 7 i 57 k.p.c., czyli z konieczności ochrony interesu społecznego) nie przesądza jeszcze samo przez się o istnieniu interesu prawnego dającego podstawę do uwzględnienia przez sąd powództwa o ustalenie. Jest to dopiero jeden z warunków, które muszą być spełnione, aby powództwo takie mogło być uwzględnione. Przyjęcie odmiennego stanowiska skutkowałoby koniecznością każdorazowego uwzględnienia powództwa przez sąd, w sytuacji kiedy prokurator działa w celu ochrony interesu społecznego. Tymczasem podstawowym warunkiem powództwa o ustalenie jest posiadanie interesu prawnego. Interes prawny musi być wszakże przez powoda wykazany. Zdaniem T. Rowińskiego, z uwagi na to, że interes prawny stanowi przesłankę powództwa o ustalenie, powinien go wykazać każdy, kto wytacza takie powództwo. Jeśli więc wytacza je prokurator, to i on – jako powód – powinien *lege non distinguente* wykazać interes prawny w ustalaniu istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Okoliczność, że prokurator działa w interesie społecznym, nie zwalnia go od wykazania interesu prawnego⁵⁰. Również S. Włodyka, E. Wengerek, W. Siedlecki i M. Sychowicz uważają, że prokurator, wytaczając powództwo o ustalenie, mimo że obowiązany jest kierować się interesem państwa, powinien wykazać interes prawny⁵¹. Także według E. Warzochy prokurator, wytacza-

jąc samodzielnie powództwo o ustalenie, powinien wskazać interes prawny, na którym opiera swoje powództwo, gdyż treść art. 189 k.p.c. ma charakter uniwersalny i odnosi się do wszystkich powództw o ustalenie⁵².

Potwierdzeniem tych poglądów jest stanowisko Sądu Najwyższego, który doszedł do wniosku, że warunkiem zgłoszenia żądania w sprawie o ustalenie nieważności umowy „było wykazanie przez powoda, również gdy jest nim prokurator, interesu prawnego (w rozumieniu art. 189 k.p.c.), który nie może być w tym wypadku utożsamiany z interesem społecznym, o jakim jest mowa w art. 7 i art. 57 k.p.c.”⁵³. Ażeby zatem powództwo prokuratora zostało uwzględnione, nie wystarczy istnienie którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 7 k.p.c., gdyż stanowią one jedynie podstawę decyzji prokuratora o wystąpieniu z powództwem, która nie podlega kontroli sądu. Nie stanowią one okoliczności materialnoprawnych zasadności powództwa, która powinna być oceniana przez sąd wyłącznie w świetle przesłanki interesu prawnego⁵⁴. Obowiązkiem powoda jest wykazanie interesu prawnego i jego udowodnienie w toku procesu, obowiązkiem sądu zaś – stwierdzenie, czy interes ten faktycznie istnieje. Sąd jest więc zobligowany do sprawdzenia istnienia lub nieistnienia interesu prawnego⁵⁵. Artykuł 189 k.p.c. nie różnicuje, czy obowiązek wykazania interesu prawnego dotyczy powoda w znaczeniu materialnym, czy formalnym, ale obejmuje każdego, kto występuje w tej roli. W takiej sytuacji prokurator, żądając ustalenia

⁴⁹ Uzasadnienie wyroku SA w Lublinie z 10 grudnia 2013 r., I ACa 587/13, LEX nr 1416187.

⁵⁰ T. Rowiński, *Interes prawny*, s. 29.

⁵¹ S. Włodyka, *Powództwo*, s. 131; E. Wengerek, *Powództwo*, s. 17; M. Sychowicz, (w:) *Kodeks*, s. 814; W. Siedlecki, (w:) W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2004, s. 147; podobnie: J. Iwułski, *Udział inspektora pracy w postępowaniu o ustalenie istnienia stosunku pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1998, nr 9, s. 28.

⁵² E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 98–99, 110–111; odmiennie stwierdził Sąd Najwyższy: „prokurator reprezentuje interes publiczny (praworządność, interes społeczny) powiązany z państwem lub społeczeństwem, nie będącymi podmiotami prawa cywilnego. Podmiotowość taką mają natomiast osoby fizyczne oraz prawne i tylko ich interes prawny (osobisty lub majątkowy) ma na względzie art. 189 k.p.c.” – uzasadnienie wyroku SN z 2 sierpnia 2007 r., V CSK 109/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 107.

⁵³ Wyrok SN z 3 lutego 1999 r., III CKN 167/98, LEX nr 483310.

⁵⁴ W. Broniewicz, *Powództwo prokuratora w polskim procesie cywilnym*, s. 34.

⁵⁵ E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 54.

stosunku prawnego lub prawa, zobligowany jest do wykazania interesu prawnego tego żądania. Nieudowodnienie przez powoda istnienia interesu prawnego będzie skutkowało oddaleniem powództwa. Oddalenie powództwa o ustalenie z braku interesu prawnego powoda oznacza, że w danej sytuacji powodowi nie przysługuje ochrona sądowa⁵⁶.

Jak wspomniano, prokurator – wytaczając powództwo zgodnie z art. 7 i 57 k.p.c. – nie działa na rzecz oznaczonej osoby, ale z reguły na rzecz ochrony praworządności lub interesu społecznego (w interesie publicznym). Prokuratora należy traktować w takim postępowaniu jak każdą stroną procesową⁵⁷. Skoro tak, to zobligowany jest on również do wykazania interesu prawnego, przesłanki wytoczenia powództwa przewidziane w art. 7 i 57 k.p.c. nie są bowiem tożsame z interesem prawnym, o którym mowa w art. 189 k.p.c.

W doktrynie podkreślono, że z art. 189 k.p.c. wynika, iż warunkiem uzyskania ochrony jest wykazanie przez powoda konkretnego interesu prawnego w żądaniu ustalenia stosunku prawnego lub prawa. Z interesu prawnego

powoda w uzyskaniu zamierzonego ustalenia wynika legitymacja do wytoczenia powództwa z art. 189 k.p.c. Legitymacja procesowa, jako instytucja materialnoprawna, oceniana jest w chwili wyrokowania, a wtedy decydującą rolę w każdym procesie o ustalenie odgrywa interes prawny i to on musi być czynnikiem decydującym dla oceny legitymacji procesowej stron. Interes prawny tworzy swego rodzaju więź łączącą strony, wskazującą, że właśnie te osoby legitymowane są materialnoprawnie do występowania w charakterze stron procesowych⁵⁸. Zdaniem M. Manowskiej nie jest wymagane, aby powód występujący z żądaniem ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa był jedną ze stron tego stosunku. Konieczne jest natomiast, żeby powód miał interes prawny w wysunięciu takiego żądania⁵⁹. Powództwo przewidziane w art. 189 k.p.c. ma bowiem znaczenie uniwersalne, a interes prawny w rozumieniu tego przepisu stanowi szeroką formułę, obejmującą wiele sytuacji prawnych, w które uwikłany może być podmiot występujący z powództwem o ustalenie istnienia (nieistnienia) prawa lub stosunku prawnego⁶⁰.

⁵⁶ J. Jodłowski, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 6 lipca 1962 r. (4 CR 566/62)*, „Państwo i Prawo” 1963, z. 12, s. 928.

⁵⁷ P. Pogonowski, (w:) *Kodeks*.

⁵⁸ T. Żyznowski, (w:) H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), I. Gromska-Szuster, A. Jakubecki, J. Klimkowicz, K. Knoppek, G. Misiurek, P. Pogonowski, T. Zembrzusi, T. Żyznowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–366*, Lex 2013; E. Warzocha, *Ustalenie*, s. 92 i n.; podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy: „różnica między powództwem o zasądzenie a powództwem o ustalenie wyraża się m.in. w tym, że legitymacja stron procesu opartego na art. 189 k.p.c. nie musi wynikać z istniejącego między nimi stosunku prawnego lub prawa, mającego być przedmiotem ustalenia. Przepis powyższy nie tylko nie wprowadza wymogu, aby stosunek prawny lub prawo, którego proces dotyczy, istniał między powodem a pozwanym, ale także, aby jeden z nich w ogóle był stroną danego stosunku prawnego. Wystarczający jest stosunek oparty na interesie prawnym powoda w uzyskaniu wyroku ustalającego skutecznego względem pozwanego. Innymi słowy, skoro strony procesu o ustalenie nie muszą być jednocześnie stronami spornego stosunku prawnego, to o ich legitymacji może zadecydować interes prawny oceniany z punktu widzenia powoda” – wyrok SN z 21 marca 2013 r., II CSK 406/12, LEX nr 1341660; Sąd Najwyższy stwierdził także, że „niezależnie od rozumienia zakresu pojęcia interesu prawnego proces o ustalenie jest sprawą cywilną pomiędzy równorzędnymi podmiotami o określonej legitymacji. Jeżeli nawet toczy się on nie pomiędzy podmiotami spornego stosunku lub nie pomiędzy podmiotem prawa a osobą, która swoim zachowaniem bezpośrednio zagraża temu prawu, to w każdym razie powoda legitymuje interes prawny jako stan rzeczy, do którego strona przeciwna ma określony stosunek ze względu na zainteresowanie niepiewnością prawną, której usunięciu służy proces o ustalenie. Nie można zatem skutecznie pozywać kogokolwiek, lecz tylko podmiot, który jest prawnie zainteresowany wynikiem postępowania – uchwała SN z dnia 25 stycznia 1995 r., III CZP 176/94, OSNC 1995, nr 5, poz. 74, OSP 1995, z. 12, poz. 247, z glosą A. Szpunara oraz OSP 1996, z. 2, poz. 27, z glosą E. Budnej.

⁵⁹ M. Manowska, *Ustalenie stanu prawnego. Dopuszczalność powództwa*, „Prawo Spółek” 1997, nr 2, s. 31.

⁶⁰ Uzasadnienie wyroku SN z 9 lutego 2012 r., III CSK 181/11, OSNC 2012, nr 7–8, poz. 101.

Summary

Joanna Bodio

LEGAL INTEREST AND THE PUBLIC INTEREST PROSECUTOR BRINGS AN ACTION PURSUANT TO ART. 7, 57 AND 189 CIVIL PROCEDURE CODE

The Author consider legal interest and the public interest prosecutor brings an action pursuant to art. 7, 57 and 189 Civil Procedure Code.

She consider what is the legal interest and the public (social) prosecutor, the prosecutor heading the process that brings an action for self-determination and the related issue of demonstrating the existence of a legal interest, and the relationship between legal interest – as a prerequisite for substantive and the public interest – as a prerequisite for participation process prosecutor in civil proceedings.

KEY WORDS: public interest, legal interest, the prosecutor's action, civil proceedings

POJĘCIA KLUCZOWE: interes publiczny, interes prawny, powództwo prokuratora, postępowanie cywilne

ODPOWIEDZIALNOŚĆ „ABSOLUTNA” KIEROWNIKA JEDNOSTKI SEKTORA FINANSÓW PUBLICZNYCH – UWAGI KRYTYCZNE DO PRAKTYKI ORZECZNICZEJ NA GRUNCIE USTAWY O ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH¹

Z uwagi na obszerność komentowanej Ustawy oraz wykształconej na jej gruncie praktyki orzeczniczej niniejsze opracowanie zostało ograniczone do jednego, choć bardzo istotnego zagadnienia. Rozważone w nim kwestie wskazują, że redakcja ww. Ustawy oraz orzeczenia na jej podstawie wydawane mogą prowadzić do ponoszenia przez osoby pełniące kierownicze funkcje w jednostkach sektora finansów publicznych odpowiedzialności za błędy innych osób na zasadzie odpowiedzialności absolutnej, z czym nie można się zgodzić z powodów podanych poniżej, a w szczególności z uwagi na zbieżność przepisów ww. Ustawy z przepisami Kodeksu karnego.

1. UWAGI OGÓLNE

Z charakteru zawartych w komentowanej Ustawie regulacji można wywieść wnioski, że kreują one odpowiedzialność zbliżoną do odpowiedzialności karnej. Co więcej, Ustawa ta zawiera regulacje, których treść odpowiada treści wybranych przepisów Części ogólnej Kodeksu karnego², w tym przykładowo art. 19 ust. 2 Ustawy, dotyczącego odpowiedzialności

na zasadzie winy, art. 23 ust. 2 Ustawy, dotyczącego wyłączenia odpowiedzialności ze względu na niepoczytalność czy art. 24 ust. 1 i 2 Ustawy, dotyczącego zasad stosowania nowej ustawy. Jednak próżno w niej szukać przepisów odwołujących się bezpośrednio do regulacji zawartych w Kodeksie karnym wprost w przypadku materii nieuregulowanych komentowaną Ustawą.

Analiza Ustawy prowadzi tymczasem do konstatacji, że przewidziano w niej odpowiedzialność zbliżoną do odpowiedzialności za tzw. sprawstwo polecające, natomiast zaniechano uregulowania odpowiedzialności na zasadzie współsprawstwa czy ewentualnie sprawstwa kierowniczego³. W Ustawie wyraźnie nie odróżniono również tzw. jedno-sprawstwa od pozostałych form sprawczych, wymienionych wyżej. Praktyka orzecznicza komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej: komisji orzekających) pokazuje tymczasem, że kierownikowi jednostki sektora finansów publicznych przypisuje się „sprawstwo” niemal w każdym przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez inne osoby, i to w przypadku, po pierwsze, braku działania kierownika, po drugie – braku jego porozumie-

¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 168), dalej: Ustawa.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 z późn. zm.), dalej: k.k. albo Kodeks karny.

³ Jedyną formą zjawiskową deliktu finansowego, uregulowaną w Ustawie, jest tzw. „sprawstwo polecające”, które zgodnie z art. 19 ust. 3 Ustawy polega na tym, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi także osoba, która wydała polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych (jest to zatem zmodyfikowana wersja sprawstwa polecającego z art. 18 § 1 Kodeksu karnego *in fine*).

nia co do wspólnego działania z pracownikami bądź odwrotnie, nawet pomimo powierzenia przez kierownika jednostki określonych czynności poszczególnym pracownikom tej jednostki. Powyższe wynika z tego, że jako punkt wyjścia do określenia zakresu jego odpowiedzialności komisje orzekające przyjmują przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁴, w których wskazuje się jako zasadę odpowiedzialność kierownika jednostki za całość gospodarki finansowej tej jednostki, a także ustawę z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości⁵, w której jako zasadę wskazuje się odpowiedzialność kierownika za wykonywanie obowiązków jednostki z zakresu rachunkowości. Z tym że – trzeba to wyraźnie podkreślić – omawiana Ustawa nie zawiera żadnego odesłania do ustawy o finansach publicznych ani też ustawy o rachunkowości w zakresie odpowiedzialności kierownika jednostki sektora finansów publicznych, a zatem w teorii stosowanie przepisów w nich zawartych przy ocenie odpowiedzialności kierownika jednostki sektora finansów publicznych powinno być wykluczone.

2. CHARAKTER REGULACJI USTAWY O ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH. RELACJA PRZEPISÓW USTAWY DO PRZEPISÓW KODEKSU KARNEGO

Przepisem, od którego pragnę rozpocząć niniejsze rozważania nad charakterem

omawianej Ustawy, jest art. 116 k.k., który stanowi, że przepisy części ogólnej Kodeksu karnego stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie. Pojęcie „odpowiedzialność karna” nie doczekało się dotychczas ustawowej definicji, w związku z czym budzi wątpliwości interpretacyjne, w szczególności jeśli wziąć pod uwagę brzmienie przepisu art. 121 Kodeksu karnego z 1969 r.⁶, który przewidywał stosowanie części ogólnej Kodeksu wyłącznie do przewidzianych w innych ustawach przestępstw. W tym miejscu należy jednak zgodzić się z przeważającym poglądem doktryny⁷, że powyższą normę, tj. wynikającą z art. 116 k.k., należy czytać literalnie i w związku z tym można stosować jedynie do tzw. ustaw karnych dodatkowych, czyli pozakodeksowego prawa karnego, przykładowo „przepisów karnych”, zawartych w art. 303–310 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej⁸, czy przepisów art. 329–360 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska⁹, przewidujących „odpowiedzialność karną” podmiotu naruszającego normy zawarte w tej ustawie (tzw. odpowiedzialność karna *sensu stricto*).

Odmierna koncepcja rozumienia art. 116 k.k. przyjmuje, że znaczenie terminu „odpowiedzialność karna” należy interpretować zgodnie z jego gwarancyjnym charakterem, a zatem przypisanie konkretnej odpowiedzialności miana karnej powinno zostać uzależnione od tego, czy ma ona charakter represyjny (tzw. odpowiedzialność karna *sensu largo*)¹⁰. Najbar-

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.

⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 330 z późn. zm.

⁶ Dz.U. z 1969 r. nr 13, poz. 94.

⁷ Zob. J. Raglewski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Tom I*, wyd. 4, Warszawa: LEX a Wolters Kluwer 2012, s. 1454–1459; M. Błaszczuk, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Tom II*, wyd. 2, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 1202.

⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 1410.

⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 686 z późn. zm.

¹⁰ Pogląd ten w odniesieniu do tzw. sankcji administracyjnych wyrażają K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, z. 1, s. 5; A. Lipiński, *Niektóre problemy nowego prawa energetycznego*, PUG 1998, nr 5, s. 8; W. Radecki, *Kary pieniężne w polskim systemie prawa. Czy nowy rodzaj odpowiedzialności karnej?*, PPK 1996, nr 14–15, s. 5.

dziej przekonujące wywoły o zasadności stosowania art. 116 k.k. do ustaw, które nie przewidują odpowiedzialności *stricte* karnej, czyli przykładowo do tzw. ustawy lustracyjnej¹¹ czy do ustaw przewidujących odpowiedzialność dyscyplinarną¹², prezentuje A. Bojańczyk¹³. Badając relacje odpowiedzialności karnej do odpowiedzialności dyscyplinarnej, posługuje się on dwoma kryteriami: wysokiego stopnia represyjności sankcji oraz powszechności norm statuujących odpowiedzialność, jako cech odróżniających odpowiedzialność *stricte* karną od innych rodzajów odpowiedzialności. Dochodzi on do przekonania, że kary przewidziane za przewinienia dyscyplinarne mają w zasadzie nie tylko podobny charakter do sankcji karnych, ale wręcz, w jednym z przypadków – orzeczenia o wydaleniu z zawodu – znacznie przewyższający surowością niektóre środki karne przewidziane w Kodeksie karnym. Co do powszechności A. Bojańczyk przypomina z kolei¹⁴, że nie wszystkie typy czynów zabronionych opisane w Kodeksie

karnym mają charakter powszechny, jak choćby przestępstwa stypizowane w części wojskowej Kodeksu, czy też poszczególne przestępstwa tzw. indywidualne właściwe, które w jego ocenie nie różnią się niczym od konstrukcji deliktów na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej¹⁵.

Na tle zarysowanego wyżej podziału odpowiedzialności karnej na *sensu stricto* i *sensu largo* w mojej ocenie można przyjąć, że odpowiedzialność przewidziana komentowaną Ustawą ma charakter odpowiedzialności karnej *sensu largo*¹⁶. Przemawia za tym jeden, aczkolwiek ważny przepis tej Ustawy, tj. jej art. 31 ust. 1, który zawiera katalog kar przewidzianych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁷, a w punkcie 4 ust. 1 – karę **zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi od roku do lat 5**. Pozostałe kary przypominają swoim charakterem kary przewidziane w ramach odpowiedzialności dyscyplinarnej, np. nagana, upomnienie czy kara pieniężna.

¹¹ Ustawa z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 1388).

¹² Przykładowo na gruncie ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 635) czy ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 164), ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 637), czy wreszcie ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 427 z późn. zm.).

¹³ A. Bojańczyk, *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną (na przykładzie odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych)*, PiP 2004, z. 9, s. 30.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Na gruncie przedmiotowej dyskusji w sposób jednoznaczny wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu 7 sędziów z 28 września 2006 r., I KZP 20/06, LEX nr 196396, w którym stwierdził, że na gruncie tej dyskusji zajmuje on „stanowisko wyraźnie przychylne pierwszej definicji odpowiedzialności karnej”. W uzasadnieniu Sąd podkreślił również, że nie jest wykluczone posilkowanie się – na zasadzie dopuszczalnej analogii – instytucjami Kodeksu karnego, czy też traktowanie tych instytucji jako modelowych rozwiązań określających zasady odpowiedzialności represyjnej. O charakterze odpowiedzialności karnej wypowiedział się również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 4 lipca 2000 r., 12/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 50; stwierdził wówczas, że odpowiedzialność karna jest tylko jedną z form odpowiedzialności, w związku z którą stosowane są środki o charakterze represyjnym.

¹⁶ Warto przypomnieć, że przed uchwaleniem ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny budżetowej przewidywała ustawa z dnia 5 stycznia 1991 r. – Prawo budżetowe (Dz.U. z 1993 r. nr 72, poz. 344 ze zm.), a następnie ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2003 r. nr 15, poz. 148 ze zm.). Ustawy te przewidywały odwołanie w kilku kwestiach nieregulowanych do Kodeksu wykroczeń i Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, przykładowo art. 60 ustawy – Prawo budżetowe przewidywał obowiązek dokonania oceny winy umyślnej i nieumyślnej według przepisów Kodeksu wykroczeń.

¹⁷ A. Kościńska-Paszowska, (w:) K. Borowska, A. Kościńska-Paszowska, T. Bolek (red.), *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa: LexisNexis 2012, s. 16.

Projektodawca wydawał się mieć jednakże nieco odmienny pogląd¹⁸, gdyż w uzasadnieniu do projektu ustawy stwierdził arbitralnie, że „odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie ma charakteru odpowiedzialności karnej, co wynika z jej zakresu podmiotowego i przedmiotowego, a także funkcji, jaką spełnia”. Dalej Projektodawca podnosił, że odpowiedzialność ta „ma charakter represyjny, ale nie jest sama w sobie odpowiedzialnością karną”, wobec czego nie ma konieczności zawarcia w Ustawie przepisów odwołujących się wprost do Kodeksu karnego czy Kodeksu wykroczeń¹⁹. W istocie pozwala to w konsekwencji na uniknięcie konieczności ewentualnych dalszych odwołań, choćby w drodze analogii do innych przepisów Kodeksu karnego (w przeszłości w ustawie Prawo budżetowe istniały enumeratywnie wskazane w art. 62 ustawy – Prawo budżetowe odwołania do Kodeksu wykroczeń²⁰) w kwestiach niejasnych i nieuregulowanych Ustawą. Tymczasem rodzi się pytanie, czy charakter deliktów finansowych, jakie przewiduje Ustawa, nie wymusza zasięgnięcia do instytucji prawa karnego materialnego w zakresie rozróżnienia na jednosprawstwo i postaci zjawiskowe przestępstwa, jeśli delikty te mogą zostać popełnione w takich właśnie formach, a Ustawa tych kwestii wyraźnie nie reguluje.

3. KRĄG OSÓB ODPOWIEDZIALNYCH NA GRUNCIE USTAWY O ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH A PRAKTYKA ORZECZNICZA KOMISJI ORZEKAJĄCYCH

Krąg podmiotów odpowiedzialnych na podstawie ustawy został zakreślony w jej art. 4, w myśl którego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają: członkowie kolegialnych organów wykonawczych, kierownicy jednostek sektora finansów publicznych, osoby, którym powierzono wykonywanie określonych obowiązków, oraz osoby spoza sektora finansów publicznych, tj. osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem nimi. Katalog osób, które potencjalnie mogą być odpowiedzialne za naruszenie zasad dyscypliny finansów publicznych, jest obecnie szerszy niż jeszcze dwa lata temu²¹.

Delikty przewidziane w ustawie będą miały zatem charakter deliktów indywidualnych, o ile przyjąć terminologię właściwą dla prawa karnego, ponieważ tylko osoby o określonych atrybutach, a w tym przede wszystkim dysponujące środkami publicznymi oraz pełniące

¹⁸ Uzasadnienie projektu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, druk nr 1958.

¹⁹ Na tej podstawie można dojść do wniosku, że Projektodawca celowo nie umieścił w nowej Ustawie, komentowanej w niniejszym opracowaniu, owych odwołań. Nie tylko ze względu na trudności związane z „rozproszeniem” przepisów, ale również ze względu na chęć uniknięcia sklasyfikowania tej odpowiedzialności jako odpowiedzialności karnej *sensu largo*; tak przykładowo A. Kościńska-Paszowska, (w:) *Odpowiedzialność za naruszenie*, s. 16.

²⁰ Dz.U. z 1991 r. nr 4, poz. 18 z późn. zm.); ustawa ta obowiązywała przed wejściem w życie ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. nr 249, poz. 2104 z późn. zm.).

²¹ W dniu 19 sierpnia 2011 r. uchwalono obszerną nowelizację Ustawy, tj. ustawę o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. nr 240, poz. 1429), którą poszerzono jej zakres podmiotowy. Od 10 lutego 2012 r., tj. od dnia wejścia jej w życie, do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych pociągnięte mogą być również osoby działające jako pełnomocnicy zamawiającego, niekoniecznie pracownicy danej jednostki. Jak czytamy w uzasadnieniu do nowelizacji ustawy, zmiana ta miała na celu uwzględnienie określonej w art. 15 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych możliwości powierzenia przez zamawiającego przygotowania lub przeprowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.

określone funkcje, mogą je popełnić. Z drugiej jednak strony przepisy zawierające opis deliktów finansowych zostały tak skonstruowane, że można w ich ramach wyodrębnić dwie grupy deliktów: te, które mogą zostać popełnione przez wszystkie wyżej wymienione osoby – będą to delikty z art. 5–18b ustawy, oraz delikty, które może popełnić tylko kierownik jednostki sektora finansów publicznych – delikty z art. 18c ustawy²². Nadto na wszystkie wyżej wymienione delikty, które mogą zostać popełnione przykładowo przez pracowników jednostki sektora finansów publicznych, nakłada się również możliwość przypisania kierownikowi jednostki polecenia popełnienia deliktu finansowego w formie deliktu polecającego, co wynika wprost z zacytowanego wyżej art. 19 ust. 3 Ustawy. W myśl art. 19 ust. 4 przepisu ust. 3 nie stosuje się do czynów, o których mowa w art. 18c. Gdyby zatem przyjąć, że do zasad odpowiedzialności przewidzianej Ustawą mają zastosowanie reguły zawarte w części ogólnej Kodeksu karnego, to wówczas można by uznać, że w przypadku wszystkich deliktów z art. 5–18b konieczne jest zawsze udowodnienie, że kierownik jednostki odpowiada za sprawstwo sam (jednosprawstwo) albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą (współsprawstwo) bądź też że polecił wykonanie określonej czynności innej osobie w celu naruszenia danego przepisu Ustawy. Wina kierownika jednostki sektora finansów publicznych powinna zostać zatem rozpatrywana w odniesieniu do tego, jaką rolę pełnił przy jego popełnieniu. Na marginesie należy dodać, że w przypadku powierzenia określonych czynności pracownikom (np. swoim zastępcom) odpowiedzialność kierownika jednostki powinna być wyłączona, jeśli nie zachodzi współsprawstwo bądź sprawstwo polecające.

²² Art. 18c Ustawy przewiduje, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w jednostce sektora finansów publicznych.

²³ LEX nr 196184; orzeczenie to zapadło w stanie prawnym, kiedy odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewidywała jeszcze ustawa o finansach publicznych.

²⁴ LEX nr 141278.

4. ANALIZA PRAKTYKI ORZECZNICZEJ NA GRUNCIE USTAWY A JEDNOSPRAWSTWO I INNE FORMY POPEŁNIANIA PRZESTĘPSTW

Znamienne jest to, że komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przyjmują zupełnie odmienną koncepcję od omawianej powyżej. Dla przykładu warto na początek wskazać orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej (dalej: GKO) z 24 czerwca 2002 r. (sygn. akt DF/GKO/Odw.-46/62/2002), w uzasadnieniu którego stwierdzono, że „niewłaściwe wykonywanie obowiązków przez główną księgową (...) nie zwalnia kierownika jednostki sektora finansów publicznych od odpowiedzialności za właściwy stan finansów jednostki”, a ponadto że „na kierowniku jednostki sektora finansów publicznych ciąży szczególnie obowiązek dbałości o dobro finansów publicznych, jak również nadzoru nad pracą podległych pracowników, szczególnie tych, którzy zajmują się realizacją planu finansowego jednostki”²³. Teza ta znalazła również swoje potwierdzenie w jednym z wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 czerwca 2003 r. (sygn. akt III SA 305/01), w którym stwierdzono, że „działanie w zaufaniu do głównego księgowego jednostki (...) nie wyłącza odpowiedzialności kierownika jednostki organizacyjnej”²⁴. Orzeczenia te zapadły z powołaniem się na treść art. 4 ust. 5 Ustawy o rachunkowości, zgodnie z którym kierownik jednostki sektora finansów publicznych ponosi odpowiedzialność za wykonywanie obowiązków w zakresie rachunkowości określonych ustawą, w tym z tytułu nadzoru, również w przypadku, gdy określone obowiązki w zakresie rachunkowości – z wyłączeniem odpowiedzialności za przeprowadzenie inwentaryzacji w formie spisu z natury – zostaną

powierzone innej osobie za jej zgodą. Jeszcze w innym orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że „osobą odpowiedzialną za prowadzenie gospodarki finansowej jest kierownik jednostki, który podejmuje decyzje o charakterze finansowym jednoosobowo lub wspólnie z głównym księgowym. Powierzenie pracownikom wykonywania tych czynności nie wyklucza odpowiedzialności kierownika”²⁵. W jeszcze innym orzeczeniu²⁶ Główna Komisja Orzekająca²⁷ wskazała w uzasadnieniu, że „kierownik jednostki za błędy popełnione przez pracowników odpowiada [na gruncie ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych – przyp. autora] osobiście. Może natomiast zastosować wobec pracowników przewidziane prawem pracy sankcje służbowe”. W sprawie, w której zapadło powyższe orzeczenie, kierownik jednostki sektora finansów publicznych został w pierwszej instancji uznany za winnego m.in. popełnienia deliktu z art. 5 ust. 1 pkt 1 Ustawy, tj. za nieustalenie należności Skarbu Państwa, gdyż akceptował wnioski przedkładane przez innych pracowników w sprawie nieuprawnionego umarzania lub windykacji należności jednostki. W drugiej instancji został on uniewinniony, albowiem GKO uznała, że kierownik jednostki nie posiadał wiedzy na temat prawidłowości wniosków, w związku z czym nie można było mu przypisać jakiegokolwiek winy. Co znamienne, komisja orzekająca nie podzieliła argumentacji obrońcy obwinionego, że w sprawie nieprawidłowo przyjęto, iż kierownik jednostki może ponosić odpowiedzialność za osoby trzecie, mimo że

powierzył im wykonanie obowiązków wynikających z przepisów ustawy o rachunkowości²⁸. Odpowiedzialność taką mógłby natomiast w mojej ocenie ponosić w takim przypadku ewentualnie na zasadzie art. 18c (delikty braku nadzoru), jeśli dane naruszenie Ustawy mieściłoby się w katalogu deliktów opisanych w punktach 1–13 art. 18c Ustawy. Wówczas jednak udowodnieniu podlegałyby okoliczności prowadzenia nieprawidłowego nadzoru bądź braku kontroli w jednostce, a nie wiedzy o konkretnym przypadku naruszeń.

W orzeczeniach komisji orzekających opisanych w niniejszym opracowaniu kwestie polecenia, współsprawstwa czy też powierzenia wykonania obowiązków schodzą na dalszy plan, są pomijane bądź wprost wykluczane z zakresu odpowiedzialności kierownika jednostki sektora finansów publicznych, również z uwagi na to, że w Ustawie brak pełnej w tym przedmiocie regulacji. W postępowaniach dotyczących naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie dokonuje się zatem jakichkolwiek ustaleń co do ewentualnego polecenia popełnienia deliktu, wydanego przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych oraz wszystkich tych elementów, które sąd w postępowaniu karnym bada np. w przypadku zarzucenia współsprawstwa. Adekwatnym podsumowaniem powyższych rozważań jest orzeczenie GKO z 21 maja 2009 r. (sygn. akt BDF1/4900/14/14/RN-2/09/534)²⁹, w którym wskazano, że jeżeli kierownik jednostki nie powierzy określonych obowiązków pracownikom bądź uczyni to niezgodnie z obowiązku-

²⁵ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 31 grudnia 2003 r.) w Warszawie z 6 sierpnia 2003 r., III SA 3148/00, LEX nr 141280.

²⁶ Orzeczenie z 14 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt BDF1/4900/16/19/11/914, LEX nr 798189.

²⁷ Zgodnie z art. 42 ust. 2 Ustawy organem orzekającym drugiej instancji jest Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, od której prawomocnych orzeczeń i postanowień kończących postępowanie stronom, na podstawie art. 169 ust. 1, przysługuje skarga do sądu administracyjnego.

²⁸ W kontekście tego zagadnienia warto również zapoznać się z treścią wyroku z 6 sierpnia 2003 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie w sprawie o sygn. akt III SA 3148/00, LEX nr 141280, który stwierdził, że w związku z tym, iż osobą odpowiedzialną za prowadzenie gospodarki finansowej jest kierownik jednostki, który podejmuje decyzje o charakterze finansowym jednoosobowo lub wspólnie z głównym księgowym, powierzenie pracownikom wykonywania tych czynności nie wyklucza odpowiedzialności kierownika.

²⁹ Biul. NDFP 2009, nr 3, poz. 9.

jącym w tym zakresie przepisem, tylko on podlegać będzie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych³⁰.

Wskazać należy, że – jak podnosi się w literaturze³¹ odnoszącej się do spraw karnych – konstytutywną przesłanką współsprawstwa jest porozumienie współsprawców, obejmujące wspólne popełnienie przestępstwa, które jest jednocześnie uzupełnieniem znamion typu czynu zabronionego wyrażonego w przepisie części szczególnej k.k. Kodeks karny nie wprowadza żadnych dodatkowych warunków dotyczących formy porozumienia. Może do niego dojść, jak wskazuje Sąd Najwyższy³², nawet w sposób dorozumiany, ważny jest jednak zamiar współdziałania z drugą osobą w wykonaniu czynu zabronionego. Współdziałający nie muszą się bezpośrednio kontaktować, natomiast muszą mieć świadomość wspólnego wykonania czynu zabronionego, a zatem wiedzieć o sobie i zdawać sobie sprawę, że podejmowana czynność składa się na realizację wspólnie wykonywanej całości przedsięwzięcia. Mając powyższe na uwadze i przekładając to na grunt omawianej Ustawy, nietrudno dostrzec, że jeśli kierownik jednostki sektora finansów publicznych podpisuje stosowny dokument wspólnie z innymi osobami, dokonując tym samym naruszenia określonych przepisów, popełniając tym samym delikt finansowy, wypełnia swoim zachowaniem jedynie znamię „wspólnie”, natomiast nie wy-

pełnia znamienia „w porozumieniu” (oczywiście jeśli w ogóle nie wiedział o „przestępnym” charakterze czynności). W praktyce orzeczniczej komisji orzekających nie doszukamy się konstrukcji „wspólnie i w porozumieniu”, ale spotkamy się ze stwierdzeniami, co zostało wskazane powyżej, że co prawda pewne czynności podejmowane były przykładowo wspólnie z księgową albo zastępcą kierownika jednostki, jednakże podpis złożony przez kierownika jednostki oznacza, że również on albo wyłącznie on odpowiada za popełnienie deliktu finansowego, mimo że znamię „w porozumieniu” w ogóle nie występuje. Poza jakimikolwiek rozważaniami, o czym była mowa wyżej, komisji orzekających pozostają również kwestie powierzenia innym osobom sprawowania określonych funkcji bądź wykonywania zadań, a także ewentualnego polecenia wykonania określonych czynności.

Organy prowadzące postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych niejako z góry jednak przyjmują, że skoro z art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wynika, iż to kierownik jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki, to jemu w pierwszej kolejności należy przypisać zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, bez względu na rzeczywisty zakres jego odpowiedzialności oraz zakres odpowiedzialności innych osób³³. Co więcej, wyrażonej w art. 53 ust. 1 „zasady domniema-

³⁰ Jedynie wyjątkowo można spotkać się z takimi orzeczeniami, w których komisje orzekające rzeczywiście pochylają się nad udowodnieniem sprawstwa i kwestią odpowiedzialności za cudze czyny, za przykład można podać orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 30 września 2013 r., sygn. akt BDF1/4900/39/44/RN-11/13/RWPD-338, LEX nr 1400148, w którym czytamy, że „znamieniem naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 11 Ustawy jest dokonanie wydatku ze środków publicznych. W takim przypadku kierownik jednostki sektora finansów publicznych nie może podlegać odpowiedzialności za działanie osoby trzeciej. Ewentualna odpowiedzialność w takim przypadku, kiedy pracownik jednostki dokonał wydatku bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem, ciążyć może na kierowniku jednostki sektora finansów publicznych w związku z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych określonym w art. 18c ust. 1 pkt 2 Ustawy”.

³¹ P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności za przestępne współdziałanie*, Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze 2001, s. 466.

³² Wyrok SN z 12 grudnia 2003 r., III KKN 371/00, LEX nr 74395.

³³ Zob. uzasadnienie orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt BDF1/4900/16/19/11/914, LEX nr 798189; uzasadnienie orzeczenia Resortowej Komisji Orzekającej z 8 lipca 2011 r., sygn. akt Ds. 16/11, LEX nr 1095994; orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 24 marca 2011 r., sygn. akt BDF1/4900/107/117/10/25, LEX nr 852737.

nia odpowiedzialności” nie precyzuje ustawa o finansach publicznych, brak w niej bowiem wyraźnego wskazania, o jaki w istocie rodzaj odpowiedzialności chodzi. Analogiczną uwagę należy poczynić w odniesieniu do art. 4 ust. 5 ustawy o rachunkowości. Są to zatem przepisy blankietowe, które stanowią niebezpieczną podstawę do przypisania kierownikowi jednostki sektora finansów publicznych, niejako z mocy ustawy, odpowiedzialności za popełnienie deliktu finansowego.

5. PODSUMOWANIE – UWAGI KRYTYCZNE DO USTAWY ORAZ PRAKTYKI ORZECZNICZEJ I POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Podsumowując powyższe rozważania, wypada zatem jeszcze raz podkreślić, że komentowana Ustawa, choć kreuje odpowiedzialność o charakterze *sui generis*, nosi bez wątpienia cechy odpowiedzialności karnej. To z kolei powinno wymuszać przynajmniej w praktyce orzeczniczej (a najdalej w perspektywie zmian legislacyjnych ustawy) konieczność stosowania przepisów Kodeksu karnego jako modelowych w kwestiach nieuregulowanych, a jednocześnie problematycznych na gruncie zasad tej odpowiedzialności. Do kwestii tych zaliczyć należy z pewnością rozumienie form popełnienia przestępstwa, w tym „sprawstwa” czy „współsprawstwa”, a także zasady indywidualizacji odpowiedzialności. Znamienne jest w tym kontekście uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 marca 2002 r. w sprawie

o sygn. SK 2/01³⁴, w którym Trybunał stwierdził, że „do istoty odpowiedzialności karnej, a tym samym aplikowania określonych środków represyjnych, należy zasada stosowania tego rodzaju odpowiedzialności na podstawie indywidualnej, jednostkowej winy sprawcy. Inaczej sytuacja przedstawia się na gruncie prawa cywilnego, gdzie możliwe jest istnienie odpowiedzialności powiązanej z obiektywnym naruszeniem prawa, a nawet odpowiedzialności za cudze czyny (np. wina w nadzorze – art. 427 k.c., wina w wyborze – art. 429 k.c.), czy szkodę wyrządzoną przez zwierzęta (art. 431 k.c.) i rzeczy (art. 433 i 434 k.c.)”. Istotne jest, że zarówno na gruncie uprzednio obowiązującej ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak i na gruncie obecnie obowiązującej ustawy konieczne jest badanie winy „sprawcy”³⁵. W kontekście wywodów Trybunału wykluczyć należałoby zatem stosowanie wobec obwinionych (tu: kierowników jednostki sektora finansów publicznych) swoistego rodzaju odpowiedzialności za cudze czyny w przypadku deliktów opisanych w art. 5–18 Ustawy, co na gruncie omówionych przepisów ustawy o finansach publicznych oraz przedmiotowej ustawy o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych materializuje się w praktyce orzeczniczej komisji orzekających³⁶.

Brak zatem jednoznacznego odwołania w ustawie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych do Kodeksu karnego (czy też Kodeksu wykroczeń, jak miało to miejsce uprzednio) jest rozwiązaniem w mojej ocenie wadliwym i wymaga zmiany. Z tej perspektywy za zasadne i pożądanе należałoby

³⁴ W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny badał zgodność z Konstytucją art. 17² rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe.

³⁵ Zgodnie z art. 19 ust. 2 Ustawy odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

³⁶ Warto na tym tle wskazać, że swoistą odpowiedzialność za cudze czyny w rozważanym aspekcie przewiduje przykładowo art. 9 § 3 k.k.s., zgodnie z którym za przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe odpowiada jak sprawca także ten, kto na podstawie przepisu prawa, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi, osoby fizycznej, osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną.

uznać wprowadzenie do omawianej ustawy odniesienia do przepisów części ogólnej Kodeksu karnego w zakresie chociażby art. 18 § 1–3 k.k. i art. 20 k.k. stosowanych odpowiednio bądź wprowadzenie do Ustawy przepisów odpowiadających treścią przepisom Kodeksu karnego, w tym przykładowo przepisu (jako art. 19 ust. 2a), który wprowadzałby zasadę, że „odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi tylko osoba,

która wykonuje czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych sama albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, ale także ta osoba, która kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę lub wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu”. Wprowadzenie do Ustawy kolejnych przepisów, analogicznie do § 2 i 3 art. 18 k.k. i art. 20 k.k., byłoby tylko konsekwencją powyższego uregulowania.

Summary

Diana Krawiec

„ABSOLUTE” RESPONSIBILITY OF THE HEAD OF THE PUBLIC FINANCE SECTOR UNITS – CRITICAL REMARKS TO JUDICIAL PRACTICE ON THE BASIS OF THE ACT ON LIABILITY FOR BREACH OF PUBLIC FINANCE DISCIPLINE

The article is an expression of a critical approach to judicial practice sentencing violation of public finance discipline on the basis of the Act of 17 December 2004 on liability for breach of public finance discipline. The article discusses the issue of the analogy of mentioned regulation to the criminal law regulations and the associated consequences of it for the evaluation of liability for breach of public finance discipline. The article criticizes the reception of the vicarious responsibility rule to the head of the public finance sector units liability.

KEY WORDS: criminal liability, perpetration, complicity, head of the public finance sector units, vicarious responsibility

POJĘCIA KLUCZOWE: odpowiedzialność karna, sprawstwo, współsprawstwo, kierownik jednostki sektora finansów publicznych, odpowiedzialność za osoby trzecie

ZASADA VOLENTI NON FIT INIURIA W SYTUACJI INGERENCJI PRASY W PRYWATNOŚĆ UPRAWNIONEGO – WYBRANE ASPEKTY

Zmiany ustrojowe w Polsce rozpoczęły dynamiczny rozwój mediów – zarówno technologiczny, jak i ilościowy. Rozwój ten jest potęgowany dodatkowo przez dynamicznie rosnącą rolę Internetu w przepływie informacji¹. Rozwojowi mediów towarzyszy obyczajowa ewolucja postrzegania prywatności, której ochrona w Polsce i przyjęcie w poczet dóbr osobistych

objętych ochroną art. 23 k.c. ma relatywnie krótką tradycję². W dzisiejszych czasach prasa ujawnia informacje, które jeszcze kilkanaście lat temu były uważane za poufne i wstydlive, a ich opublikowanie spowodowałoby zgorzsenie u czytelników. Dzisiaj prasa śmiało odpowiada na zainteresowanie społeczeństwa informacjami z życia prywatnego, zwłaszcza

¹ W kategorii mediów elektronicznych za prasę należy uznać również analogiczną do *stricte* prasowej w rozumieniu prawa prasowego działalność za pomocą Internetu, ale nie generalnie Internet, który jest jedynie nośnikiem przekazu (tak jak papier dla gazety, fala radiowa dla audycji radiowej). Wypełnienie przez Internet, a raczej konkretną stronę internetową, definicji prasy sformułowanej w art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo prasowe wymaga jednak analizy konkretnego przypadku i ustalenia, że w przypadku tym występuje periodyczność zamieszczania treści [por. J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków: UNIVERSITAS 1998, s. 33; *idem*, (w:) J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (red.), *Prawo mediów*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2008, s. 195], a także otwartości i niejednorodności, ukazywanie się nie rzadziej niż raz do roku oraz (ten warunek jest określany jako pomocniczy, a obowiązek jego realizacji nie jest jednoznaczny w doktrynie) opatrzenie analizowanej pozycji internetowej stałym tytułem albo nazwą, numerem bieżącym i datą (por. J. Chwalba, *Prawo prasowe a publikacje internetowe*, ZNUJ 2010, z. 109, s. 95; M. Zaremba, *Prawo prasowe. Ujęcie praktyczne*, Warszawa: Centrum Doradztwa i Informacji Difin 2007, s. 27). Prasowy charakter publikacji w Internecie w zakresie – będących już w zasadzie standardem – internetowych wydań tytułów prasowych został wprost usankcjonowany w znowelizowanym ustawą z dnia 14 września 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo prasowe (Dz.U. z 2012 r. poz. 1136) prawie prasowym, np. w art. 32 ust. 1 pkt 1 i pkt 6 mowa jest o „elektronicznej formie dziennika lub czasopisma”, w której zamieszczono materiał prasowy będący przedmiotem sprostowania.

² Na gruncie polskiego prawa cywilnego początek kształtowaniu się prawa do prywatności dała koncepcja sfer życia prywatnego (prywatności) A. Kopffa zawarta w artykule pt. *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, „Studia Cywilistyczne” 1972, T. XX, s. 36 i 37. A. Kopff ustalił, że dobro osobiste w postaci życia prywatnego to wszystko, „co ze względu na uzasadnione odosobnienie się jednostki od ogółu społeczeństwa służy jej do rozwoju fizycznej i psychicznej osobowości oraz zachowania osiągniętej pozycji społecznej”. Prawdopodobnie pierwszym stanowiskiem judykatury, które ustanawiało prawo do ochrony prywatności w dzisiejszym rozumieniu, był wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 1984 r., I CR 400/83, OSNC 1984, nr 11, poz. 195; por. L. Kański, *Prawo do prywatności, nienaruszalności mieszkania i tajemnicy korespondencji*, (w:) R. Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich 1991, s. 321–332; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo mediów*, Warszawa: LexisNexis Polska 2013, s. 167. Sąd Najwyższy w tym orzeczeniu stwierdził bowiem wprost, że „otwarty katalog dóbr osobistych (art. 23 i art. 24 k.c.) obejmuje także dobra osobiste związane ze sferą życia prywatnego, rodzinnego, ze sferą intymności”. Powszechnie uważa się (choć z zastrzeżeniem pierwszych pionierów nowego prawa podmiotowego do prywatności w doktrynie niemieckiej), że światowymi prekursorami zakwalifikowania prywatności w spektrum praw podmiotowych było dwóch sędziów z Bostonu – Samuel D. Warren i Louis D. Brandeis, którzy w 1890 r. w czasopiśmie „Harvard Law Review” opublikowali artykuł pt. *The Right to Privacy*. Samuel D. Warren i Louis D. Brandeis definiowali prywatność jako „prawo do pozostawania w spokoju” (*the right to be let alone*), które chroni nienaruszalną osobowość człowieka.

w wypadku tzw. celebrytów³ – popyt generuje podaż.

Okolicznością wyłączającą bezprawność ingerencji prasy w prywatność uprawnionego jest jego zgoda na takie działanie, w myśl zasady *volenti non fit iniuria* (chcącemu nie dzieje się krzywda). Zasada ta, sformułowana już w Digestach, wskazuje na konieczność brania pod uwagę akceptacji przez uprawnionego ryzyka doznania określonych krzywd⁴.

Konstrukcja prawna wydaje się prosta – nie ma zgody uprawnionego, nie ma legalności publikacji ingerującej w prywatność. Zgoda uprawnionego wyłącza zatem bezprawność naruszenia. Generalny wyjątek od tej zasady dotyczy sytuacji, w której ujawniona informacja z życia prywatnego wiąże się bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby (art. 14 ust. 6 pr. pras.)⁵. W wypadku ekspozycji prywatności materiałem zdjęciowym, zawierającym wizerunek uprawnionego, wyjątek dotyczy uprawnionego będącego osobą powszechnie znaną, w sytuacji, w której jego fotografię opublikowano w związku z pełnieniem funkcji publicznych, w szczególności politycznych, społecznych czy zawodowych (art. 81 ust. 2 pkt 2 pr. aut.)⁶.

Rozterek interpretacyjnych nie powinny generować sytuacje, w których dochodzi do ujawnienia informacji z prywatnej sfery życia osoby, która tego wyraźnie i jednoznacznie nie chce, a nie można ujawnianej informacji przypisać wspomnianej powyżej wagi publicznej, a także sytuacje, w których zgoda jest jednoznacznie sformułowana w formie pisemnej i określa szczegółowo, jakie informacje, kiedy i gdzie mogą zostać ujawnione (tak dzieje się z reguły w wypadku np. zakontraktowanego czy też autoryzowanego wywiadu). W praktyce orzeczniczej, a także na kanwie dyskusji przedstawicieli nauki prawa, problemy sprawia jednak prawna kwalifikacja innych niż wyartykułowana wprost zgoda dosłowna przejawów aktywności lub pasywności uprawnionego – dysponenta własnej prywatności, zarówno w kontaktach z prasą, jak i samodzielnie, np. za pomocą Internetu (fora internetowe, profile na portalach społecznościowych, blogi *etc.*).

Już samo pojęcie zgody uprawnionego wywołuje w doktrynie podział – część przedstawicieli (będąca w mniejszości) uznaje zgodę za oświadczenie woli jako element jednostronnej czynności prawnej o charakterze upoważniającym⁷. Pozostali przedstawiciele doktryny od-

³ Celebryta to osoba sławna, często pojawiająca się w środkach masowego przekazu, utrzymująca się z podtrzymywania zainteresowania mediów swoją osobą, której publiczne postawy i wypowiedzi mają ogromny wpływ na opinię publiczną. Pojęcie „celebryta” to synonim osoby publicznej (por. wyrok Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2008 r., I CSK 341/07, OSNC 2009, nr 3, poz. 45).

⁴ Por. D. Lyons, *Etyka i rzędy prawa*, Warszawa: ABC 2000, s. 170.

⁵ Używane powszechnie pojęcie „osoba publiczna” jest określeniem umownym, mającym zapewne w założeniu połączyć wspólnym mianownikiem osoby prowadzące działalność publiczną w rozumieniu art. 14 ust. 6 ustawy Prawo prasowe z pojęciem „osoba powszechnie znana”, o której mowa w art. 81 ust. 2 pkt 1 pr. aut. J. Sobczak (por. J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska 2008, s. 615) uważa, że termin „osoba publiczna” jest terminem niewłaściwym, niewystępującym w polskim języku prawnym.

⁶ Pomiędzy art. 81 ust. 2 pkt 1 pr. aut. a art. 14 ust. 6 pr. pras. zachodzi relacja krzyżowania się, w zależności od sytuacji w konkretnej sprawie. Porównywane przepisy nie muszą w pełni pokrywać swoją hipotezę tego samego przypadku – pojęcie osoby prowadzącej działalność publiczną w rozumieniu art. 14 ust. 6 pr. pras. jest węższe niż wskazane w art. 81 ust. 2 pkt 1 pr. aut. pojęcie osoby powszechnie znanej, której wizerunek został rozpowszechniony w związku z pełnieniem otwartego katalogu funkcji publicznych (por. J. Sobczak, *Prawo*, s. 620–622). Ponadto nie zawsze naruszenie prawa do prywatności naruszy autorskie prawo do wizerunku i odwrotnie.

⁷ Por. S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1957, s. 120; M. Wyrwiński, (w:) J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Media a dobra osobiste*, Warszawa: Wolters Kluwer 2009, s. 205; E. Traple, *Prawo reklamy i promocji*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2007, s. 827–831; T. Grzeszak, (w:) J. Barta (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 13*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2007, s. 556; Ł. Syldatk, (w:) B. Kosmus, G. Kuczyński, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2011, s. 259; Z. Banaszczyk, *Zgoda poszkodowanego jako okoliczność wyłączająca bezprawność*, Warszawa 1984, s. 83; W. Dubis,

mawiają zgodzie tego przymiotu, wskazując, że zgoda na naruszenie dóbr osobistych jest jedynie podobna do oświadczenia woli i stanowi jednostronne, odwołalne działanie prawne, będące prostym oświadczeniem, na podstawie którego wyrażający ją oznajmia, że przyjmuje naruszenie dobra prawnego przez drugą osobę⁸. Nawet jednak przeciwnicy uznania zgody za czynność prawną, w zakresie interpretacji danego zachowania jako zgody, odsyłają do ogólnych przepisów Kodeksu cywilnego regulujących kwestię oświadczenia woli. Do zgody należy zatem odpowiednio stosować przepisy o wadach oświadczenia woli. W szczególności bezskuteczna będzie zgoda wyrażona przez osobę niepoczytalną (art. 82 k.c.)⁹, zgoda pozorna (art. 83 k.c.) i wywołana podstępem lub groźbą (art. 86 i 87 k.c.). Jeśli zachodzą przesłanki określone w art. 84 § 2 k.c., bezskuteczna będzie również zgoda udzielona pod wpływem istotnego błędu dotyczącego jej treści.

Forma udzielenia zgody uprawnionego na ujawnienie informacji z jego życia prywatne-

go stanowi obiektywną przesłankę skuteczności tego oświadczenia¹⁰. Ponieważ ani Prawo prasowe, ani Kodeks cywilny nie wymagają szczególnej formy zgody na ujawnienie informacji z prywatnej sfery życia zainteresowanego, przepis art. 60 k.c. powinien mieć bezpośrednie zastosowanie jako zasada generalna. Rozwinięcie interpretacji oświadczenia woli (zgody), w kontekście jego formy i treści, znajduje się w kolejnych przepisach Tytułu IV k.c. Zgodnie z art. 65 k.c. oświadczenie woli należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (w wypadku umów należy raczej zwrócić uwagę na zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu). Forma udzielenia zgody pozostaje zatem dowolna, może być udzielona ustnie (tak się dzieje z reguły w okolicznościach dynamicznych, w relacjach „na żywo”) lub piśmiennie (w praktyce jest to forma powszechnie stosowana w zgodzie udzielanej ze względów

(w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2011, s. 709; P. Machnikowski, (w:) A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 6*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2009, s. 396; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora” 1998, s. 72. W. Lis określa zgodę jako „jednostronne oświadczenie woli” podlegające normalnej interpretacji na gruncie zasad przewidzianych w k.c. Por. W. Lis, P. Wiśniewski, Z. Husak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2012, s. 320. E. Ferenc-Szydelko (*Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska 2010, s. 123 oraz s. 143, gdzie jest mowa o zgodzie informatora na ujawnienie jego nazwiska przez dziennikarza, wskazanej w art. 16 pr. pras.) stwierdza, że pojęcie zgody powinno być ujmowane szeroko, zgodnie z art. 60 k.c., sugerując tym samym charakter zgody jako czynności prawnej.

⁸ Por. M. Wyrwiński, (w:) J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Media*, s. 205; M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, ZNUJ Prawo 1959, s. 136; P. Księżak, (w:) M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska 2009, s. 284; A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, RPEiS 1990, z. 1, s. 46; A. Szpunar, *Działanie na własne ryzyko*, RPEiS 1968, z. 3, s. 235; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Zgoda uprawnionego na ujawnienie przez prasę okoliczności z życia prywatnego*, PUG 2006, nr 9 s. 21; J. Sadowski, *Naruszenie dóbr osobistych przez media. Analiza praktyki sądowej*, Warszawa: IWS: Oficyna Naukowa 2003, s. 76; P. Ślęzak, *Ochrona prawa do wizerunku*, Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego 2009, s. 34; M. Safjan (M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa: Oficyna Naukowa 1998, s. 34–36) na gruncie rozważań o zgodzie pacjenta wskazuje, że jest ona aktem woli będącym przejawem przysługujących podmiotowi dóbr osobistych związanych z ochroną prywatności i integralności cielesnej. W tym znaczeniu, zdaniem autora, zgoda nie jest czynnością prawną, ponieważ jej istota nie sprowadza się do wywołania określonych skutków prawnych, ale do zadysonowania – w drodze autonomicznej decyzji – własnym dobrem osobistym.

⁹ Por. M. Wyrwiński, (w:) J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Media*, s. 206.

¹⁰ Por. M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych*, (w:) B. Kordasiewicz, E. Łętowska (red.), *Prace z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Józefa Stanisława Piątkowskiego*, Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich 1985, s. 70.

komercyjnych lub w sytuacjach, w których uprawniony lub przedstawiciel mediów wymagają takiej formy ze względów asekuracyjnych). Oczywiście nic nie stoi na przeszkodzie utrwaleniu zgody w formie szczególnej, np. w formie aktu notarialnego.

Niezbędnym warunkiem uznania dane go zachowania za zgodę uprawnionego jest stwierdzenie, że intencją leżącą u podstaw takiego zachowania było wywołanie określonego skutku prawnego. Takim skutkiem, w razie skonsumowania zgody, będzie w sferze faktycznej rozpowszechnienie informacji z prywatnej sfery życia uprawnionego, a w sferze prawnej wyłączenie odpowiedzialności prawnej (cywilnej, a zasadniczo także karnej) beneficjenta zgody.

Brak sprecyzowanych ustawowo wymogów dotyczących udzielenia zgody przez uprawnionego powoduje kontrowersje w doktrynie w odniesieniu do kwestii dopuszczalności zgody dorozumianej obok zgody wyraźnej. Nie widzę merytorycznie uzasadnionego powodu, by zgodę na ingerencję w prywatność traktować w sposób zasadniczo odbiegający od ogólnej wykładni oświadczeń woli, a ta jednoznacznie wskazuje na dopuszczalność formy dorozumianej (konkludentnej) – pod warunkiem zachowania poniżej wskazanych warunków. Ujawnienie woli osoby dokonującej czynności prawnej może nastąpić w sposób dorozumiany przez jakiegokolwiek zachowanie uzewnętrzniające tę wolę w sposób obiektywnie zrozumiały dla odbiorcy (np. przez mimikę, gesty, czyny)¹¹. I tak np. jeżeli osoba świadomie udziela dziennikarzowi wypowiedzi do mikrofonu z logo radiostacji, to

takie zachowanie ujawnia wolę publikacji tej wypowiedzi¹².

Elementem niezbędnym zgody dorozumianej jest zachowanie uprawnionego, rozumiane jako jego aktywność, realizująca się w określonym działaniu. Zgoda dorozumiana (konkludentna) jest aktem woli pochodzącym bezpośrednio od uprawnionego, wyrażonym w sposób wymagający interpretacji i badania jego właściwej treści na podstawie nie tylko wykładni językowej. Zgoda dorozumiana jest zgodą rzeczywistą, a więc musi wynikać z zachowania uprawnionego, chociażby to zachowanie nie zostało podjęte wprost w celu udzielenia zgody¹³. Również przepisy pr. aut. nie precyzują, w jaki sposób ta zgoda może być udzielona, jednakże fakt jej udzielenia nie może budzić wątpliwości¹⁴.

Interpretacja określonego zachowania człowieka jako dorozumiana zgoda musi rzeczowo oraz obiektywnie wiązać to zachowanie z konkretną informacją, która została ujawniona. Zgoda taka musi wynikać z określonych faktów, które w sposób jednoznaczny można interpretować jako jej wyrażenie¹⁵. Aktywne i świadome zachowanie uprawnionego w mediach w sposób odsłaniający własną prywatność jest formą wyrażenia zgody na ujawnienie informacji ze sfery życia prywatnego w zakresie objętym taką publiczną aktywnością – zgodnie z treścią art. 60 k.c. (każde zachowanie ujawniające wolę w sposób dostateczny). Uznanie takiego zachowania za zgodę dorozumianą wynika również z konstrukcji samej czynności prawnej zawartej w art. 56 k.c. Ustawodawca nie wymaga bowiem, by czynność prawna sama w sobie wyrażała skut-

¹¹ Por. S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2003, s. 240, z powołaniem się na wyrok Sądu Najwyższego z 28 września 1993 r., I CRN 74/93, OSNCP 1994, nr 7–8, poz. 162.

¹² Por. E. Ferenc-Szydelko, *Prawo*, s. 123.

¹³ Por. M. Pazdan, (w:) M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2012, s. 1277; *idem*, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2008, s. 157.

¹⁴ Por. E. Nowińska, *Wolność wypowiedzi prasowej*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska 2007, s. 166; J. Sobczak, *Ustawa prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa: Muza 1999, s. 179.

¹⁵ Por. K. Świąćka, *Okoliczności wyłączające bezprawność naruszenia dóbr osobistych przez prasę*, Warszawa: Difin 2010, s. 251.

ki dokonanej czynności prawnej – mogą one wynikać np. z ustalonych zwyczajów¹⁶. Zwracam w tym kontekście uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 3 kwietnia 1997 r. w sprawie I ACa 148/97¹⁷, w którym Sąd Apelacyjny wskazał, że zgoda powódki na ujawnienie niektórych faktów z jej życia prywatnego mogła być wyrażona także pośrednio, poprzez udział w rozmowie i niewyrażenie sprzeciwu wobec zapowiedzi udzielenia dalszych informacji przez osobę trzecią w sytuacji, w której powódka miała pełne rozeznanie co do osób zbierających informacje oraz celu tych osób.

Zgodę w sposób dorozumiany można wyrazić nie tylko werbalnie (przez udzielenie informacji), ale także przez określone zachowanie, zwłaszcza jeśli wskutek zachowania dojdzie do wyeksponowania życia prywatnego w sposób pozwalający utrwalić go dokumentacją fotograficzną. Stanowisko takie potwierdził np. Sąd Apelacyjny w Warszawie, uznając, że przeniesienie przez powódkę uroczystości ślubnej na otwarte dla wszystkich targi ślubne oznaczało włączenie tej sfery prywatności do działalności zawodowej i w ten sposób wyłączenie jej z konieczności uzyskania zgody¹⁸.

Uznanie istnienia zgody dorozumianej potwierdził również Sąd Najwyższy w często przywoływanym w doktrynie¹⁹ wyroku, w którym wskazał, że zabieganie przez znaną aktorkę o zainteresowanie mediów przez udzielanie wywiadów i informacji o swoim życiu osobistym stanowi wyrażenie, w sposób dorozumiany, zgody na informowanie przez media o tej sferze jej życia²⁰. Rozwinięcia tej tezy Sąd Najwyższy dokonał w uzasadnieniu wyroku,

wskazując, że „przez opisane działania, prowokujące zainteresowanie mediów, osoby takie dobrowolnie pozbawiają się części swojej prywatności, przez co – co najmniej w sposób dorozumiany – udzielają zgody na informowanie o ich życiu osobistym. Taka zgoda nie może być jednak utożsamiana z udzieleniem zezwolenia na ujawnianie wszystkich faktów należących do sfery ich życia prywatnego, udzielenie zgody w tej postaci i ewentualny jej zakres podlegają ustaleniu na podstawie zindywidualizowanych okoliczności danej sprawy”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, podkreślam moje zasadniczo krytyczne stanowisko wobec formuły zgody milczącej – braku sprzeciwu. Tylko wyraźny przepis ustawowy może stanowić podstawę do takiego traktowania milczenia (np. art. 68² k.c.). W wypadku zgody na publikację informacji dotyczących życia prywatnego nie ma takiej podstawy prawnej²¹. Brak sprzeciwu funkcjonuje jako pozbawiony doniosłości prawnej akt wewnętrzny, który ponadto z natury rzeczy nie określa dobra prawnego, które obejmuje, ani też zakresu i dopuszczalnego sposobu naruszenia tego dobra²². P. Machnikowski słusznie podkreśla, że milczenie, rozumiane jako brak aktywności, bierne zachowanie jednostki, może być sposobem złożenia oświadczenia woli tylko, jeżeli istnieją reguły znaczeniowe wiążące z nim sens w postaci woli wywołania skutku prawnego²³. Poza hipotetycznymi sytuacjami skrajnymi, przejawiającymi się długotrwałą, niezrozumiałą biernością uprawnionego, obiektywnie korzystającego z popularności, jaką daje mu regularna i niezakłócana ingerencja prasy

¹⁶ Analizując wykładnię art. 56 k.c., należy jednak pamiętać, że artykuł ten nie odnosi się do zasad tłumaczenia oświadczeń woli stron. Por. wyrok Sądu Najwyższego z 11 lipca 2001 r., V CKN 350/00, LEX nr 551153.

¹⁷ „Wokanda” 1998, nr 4, s. 40, przywołany też w: A. Korpała, *Prawo autorskie. Orzecznictwo*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska 2010, s. 545.

¹⁸ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 października 2009 r., VI ACa 337/09, niepubl.

¹⁹ Por. np. Ł. Syldatk, (w:) B. Kosmus, G. Kuczyński (red.), *Prawo*, s. 260.

²⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2008 r., I CSK 341/07, OSNC 2009, nr 3, poz. 45.

²¹ Por. K. Święcka, *Okoliczności*, s. 251, z powołaniem się na uchwałę Sądu Najwyższego z 17 września 1992 r., III CZP 83/92, OSNCP 1993, nr 3, poz. 24.

²² Por. P. Daniluk, *Głosa do wyroku SN z dnia 12 grudnia 2006 r.*, II CSK 280/06, teza nr 3, LEX 82958/3.

²³ Por. P. Machnikowski, (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks*, s. 183.

w jego prywatność, brak sprzeciwu nie powinien w ogóle być rozważany jako okoliczność prawnie relewantna w sprawach o naruszenie prywatności biernego (milczącego) uprawnionego. Zwięźle i przekonująco zagadnienie braku sprzeciwu ujął Sąd Najwyższy, wskazując, że zarówno zgoda, jak i wyrażenie sprzeciwu pozostają w sferze uprawnień poszkodowanego, a nie jego obowiązków, w związku z czym z postawy bezczynnej nie sposób czynić poszkodowanemu zarzutu²⁴.

Interpretacja konkretnego zachowania jako zgody uprawnionego nie może prowadzić do nadużyć, a zgoda dorozumiana musi być niewątpliwa.

W doktrynie podkreśla się, że zgoda uprawnionego może zostać ograniczona do konkretnej jednostki prasy (tytułu prasowego)²⁵. Takie zastrzeżenie jest przywilejem uprawnionego i należy uznać je za wiążące *de iure*. Uważam jednak, że dopóki uprawniony wyraźnie nie określi treścią swojej zgody konkretnej redakcji jako nośnika ujawnianych informacji ze sfery prywatnej, należy uznawać, że godzi się na jej ujawnianie przez wszystkie media analogiczne zasięgiem i tematyką do tytułu prasowego, w którym dokonał pierwotnego ujawnienia swoich informacji.

Zgoda uprawnionego, zwłaszcza ta dorozumiana, dotyczy określonych informacji (ewentualnie ich rodzaju w połączeniu z konkretnym kontekstem), a nie wszystkich informacji dotyczących sfery prywatnej. Ocena, jakiego zakresu dotyczy zgoda, wymaga ustalenia konkretnych okoliczności danej sprawy²⁶. Z drugiej strony rozpowszechnienie przez uprawnionego informacji z życia prywatnego

może spowodować następstwa wykraczające poza zakres samej zgody. Zwrócenie przez uprawnionego uwagi na określone kwestie z jego życia prywatnego niesie za sobą konieczność zaakceptowania takich konsekwencji i jest uznawane za akceptację np. tego, że prasa dokona publicznej weryfikacji rozpowszechnionych informacji²⁷.

Zgoda uprawnionego wyłącza bezprawność ingerencji w sferę prywatności tylko wobec tego, kto jej udzielił i kogo wyłącznie dotyczą ujawnione informacje lub też gdy inne osoby, których te informacje dotyczą, nie zostaną przedstawione w publikacji w sposób pozwalający je zidentyfikować – „wymóg «zgody osoby zainteresowanej» dotyczy «zgody każdej osoby zainteresowanej», niezależnie od przenikania (nakładania się) sfer życia prywatnego różnych osób, będącego efektem formalnych i nieformalnych związków między tymi osobami”²⁸.

Zgoda zasadniczo obowiązuje od daty jej udzielenia. Uprawiony może również zastrzec zasięg czasowy swojej zgody, wskazując na przykład, że zezwala na publikację danych informacji w pewnym okresie, a potem już nie, tj. po wskazanym terminie zgoda wygasa. Uprawiony może również zastrzec, że wyraża zgodę na publikację informacji o swoim życiu prywatnym np. pod warunkiem, że informacja ta ukaże się do określonego dnia. Kwestią odrębną jest wyrażenie zgody *ex post*, tj. już po dokonaniu publikacji ingerującej w prywatność uprawnionego. Nie budzi wątpliwości dopuszczalność takiego oświadczenia uprawnionego, spór dotyczy jego prawnego charakteru²⁹.

Zgodę uprawnionego na ingerencję prasy

²⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 12 grudnia 2006 r., II CSK 280/06, niepubl. Wyrok przytaczam za A. Cisek, (w:) E. Gniewek (red.) *Kodeks*, s. 62.

²⁵ Por. Ł. Syldatk, (w:) B. Kosmus, G. Kuczyński (red.), *Prawo*, s. 260; J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Media*, s. 217.

²⁶ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 października 2008 r., XXIV C 725/08, niepubl.; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 września 2009 r., I Aca 393/09, niepubl.

²⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 kwietnia 2004 r., I Aca 918/03, OSA 2004, nr 10.

²⁸ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 7 lutego 1992 r., ACr 26/92, LEX nr 62556.

²⁹ Por. J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska 2009 s. 151; A. Kubiak-Cyrul, *Dobra osobiste osób prawnych*, Kraków: Zakamycze 2005, s. 221; J. D. Sieńczyło-Chłabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Warszawa: Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006, s. 442;

w jego prywatność można odwołać³⁰. Odwołanie takie może zasadniczo nastąpić w każdym czasie³¹, chociaż powinno mieć miejsce przed podjęciem działania, na które się zgodzono (tj. przed publikacją ingerującego w prywatność materiału prasowego)³². Cofnięcie zgody jest też możliwe w trakcie trwania działania objętego zgodą³³. Cofnięcie zgody wywołuje skutki *ex nunc*³⁴. Zgoda jest odwołalna aż do podjęcia działań konsumujących zgodę³⁵. Publikacje dokonane po oświadczeniu o odwołaniu zgody są bezprawne, a wcześniejsze nie mogą stanowić skutecznej podstawy roszczeń o naruszenie prywatności, jeżeli były akceptowane przez uprawnionego³⁶.

Oświadczenie o odwołaniu zgody podlega zasadniczo takim samym regułom i wykładni, jak wyrażenie zgody przez uprawnionego.

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że trzeba – w mojej ocenie – zaakceptować dopuszczalność zgody dorozumianej, oprócz aspektów natury czysto prawnej nie sposób nie zauważyć, że taka forma zgody powszechnie funkcjonuje w świecie mediów. Zgodę taką należy jednak interpretować z ostrożnością, rozstrzygając wątpliwości na korzyść uprawnionego. Zasadniczo zgodą uprawnionego nie będzie jego bierność (milczenie). Skutki prawne skutecznej zgody mogą dotyczyć wyłącznie osoby, która jej udzieliła, i nie wyłączają bezprawności działania wobec osób dotkniętych publikacją, które takiej zgody nie udzieliły. Zakres zgody dotyczy konkretnych informacji. Zgodę na ingerencję można w każdym czasie cofnąć, co będzie miało realne znaczenie dla publikacji, które jeszcze nie miały miejsca.

M. Pazdan, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks*, s. 155; A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, RPEiS 1990, z. 1, s. 55.

³⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2004 r., I CK 495/03, „Glosa” 2005, nr 1, poz. 54.

³¹ Por. M. Sośniak, *Funkcje*, (w:) B. Kordasiewicz, E. Łętowska (red.), *Prace*, s. 65; A. Szpunar, *Zgoda*, s. 54.

³² Por. A. Szpunar, *Zgoda*, s. 55; J. Wierciński, *Niemajątkowa ochrona czci*, Warszawa: Kodeks 2002, s. 158.

³³ Por. J. Wierciński, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1998 roku, sygn. akt II CKN 734/97*, PIP 2000, z. 1, s. 105.

³⁴ Por. M. Pazdan, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks*, s. 157.

³⁵ Por. A. Szpunar, *Zgoda*, s. 46; M. Sośniak, *Funkcje*; s. 71; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie*, s. 442.

³⁶ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt VI ACa 1129/10, *Apel.-W-wa 2011, nr 4*, s. 39.

Summary

Tomasz Galczyński

VOLENTI NON FIT INIURIA RULE IN CASE OF INTERVENTION OF PRESS IN THE PRIVACY OF THE ENTITLED – SELECTES ISSUES

Consent of the entitled excludes the illegality of intervention of press in his or her privacy. Generally, the law allows for the option of implied consent. Silence is not deemed as consent. The entitled can, at any time, withdraw his or her consent effective *ex nunc*. The consent concerns only the entitled party himself and not information regarding other identified persons.

KEY WORDS: privacy, consent of the entitled, responsibility of the press for intervention in privacy, implied consent, express consent, silence of the entitled, withdrawal of consent, scope of consent

POJĘCIA KLUCZOWE: prywatność, zgoda uprawnionego, odpowiedzialność prasy za ingerencję w prywatność, zgoda dorozumiana, zgoda wyraźna, milczenie uprawnionego, odwołanie zgody, zakres zgody

W KIERUNKU USTAWOWEJ DYFERENCJACJI PRAW I OBOWIĄZKÓW PRACOWNICZYCH ZATRUDNIONYCH

Przyjęty w Polsce podział kategorii zatrudnionych na pracowników i pozostałe osoby wykonujące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych jest współcześnie główną przyczyną rozbieżności zapatrywań partnerów społecznych na pracę i zatrudnienie oraz stosunki prawne, w ramach których jest świadczona. Zgodnie z ukształtowanym w Polsce w dwudziestolecie międzywojennym podziałem zatrudnienia na pracownicze i niepracownicze podstawą prawną wykonywania pracy mogą być umowy o pracę oraz umowy cywilnoprawne. Przed wyodrębnieniem przez ustawodawcę polskiego prawa pracy z prawa cywilnego wszystkie rodzaje umów, których przedmiotem była praca, regulowane były przepisami prawa cywilnego. Wydanie przez prezydenta RP w dniu 16 marca 1928 r. dwóch odrębnych rozporządzeń o umowach o pracę, pierwszego – o umowie o pracę pracowników umysłowych¹ oraz drugiego – o umowie o robotników² zapoczątkowało dyferencjację zatrudnienia na pracownicze i niepracownicze. Zatrudnienie w ramach stosunku pracy poddane zostało regulacji pracy, gałęzi prawa, która z upływem czasu niemal całkowicie uniezależniła się

od prawa cywilnego. Ten dział prawa został wyodrębniony przede wszystkim ze względu na ochronną funkcję prawa pracy wobec pracowników jako „słabszej strony” stosunku prawnego. Należy zwrócić uwagę, że pierwsze stanowione przez państwo podstawowe akty prawne regulujące stosunki pracy oraz określające status prawny pracowników charakteryzowała szczególna cecha. Prawodawca międzywojenny jako podstawę zróżnicowania statusu prawnego pracowników przyjął charakter wykonywanej pracy³. Prace klasyfikowane jako „umysłowe” były regulowane odrębnym rozporządzeniem niż prace zaliczone do kategorii „robót fizycznych”. Powyższy podział pracowników, oparty na kryterium dychotomicznym, jakim był rodzaj świadczonej pracy, był kontynuowany po zmianie ustroju politycznego w PRL⁴. Dysproporcje w uprawnieniach do świadczeń urlopowych zostały zniwelowane w 1969 r. ustawą o pracowniczych urlopach wypoczynkowych⁵. Całkowite zatarcie różnic w uprawnieniach pracowniczych i socjalnych przysługujących zatrudnionym wykonującym pracę umysłową lub fizyczną w ramach stosunku pracy miało miejsce dopiero w dniu 1 stycz-

¹ Dz.U. z 1928 r. nr 35, poz. 323. Zob. J. Bloch, *Kodeks pracy: ustawy, rozporządzenia, dekrety, orzecznictwo, komentarz*, Warszawa 1936, s. 3 i n.

² Dz.U. z 1928 r. nr 35, poz. 324; J. Bloch, *Kodeks pracy*, s. 83 i n.

³ Pracownikami umysłowymi były osoby wymienione w art. 2 pkt 1–9 rozp. Prezydenta RP z 16 marca 1928 r., bez względu na wiek i wykształcenie, zarówno obywatele polscy, jak i cudzoziemcy. Rodzaj i wysokość wynagrodzenia oraz terminy jego płatności, nazwa lub tytuł pracownika nie miały znaczenia. Wyliczenie miało charakter wyczerpujący. J. Bloch, *Kodeks pracy*, s. 6, przyp. 4.

⁴ Zmiana ustrojowa została zaznaczona w zbiorze aktów prawnych (*Prawo pracy: przepisy, orzecznictwo, wyjaśnienia*, T. I–II, zbiór i opracowanie: J. Zieliński, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1969) poprzez przedstawienie na pierwszym miejscu rozp. Prezydenta RP o umowie o pracę robotników (Tom I, s. 55 i n).

⁵ Ustawa z 29 kwietnia 1969 r. o pracowniczych urlopach wypoczynkowych, Dz.U. nr 12, poz. 85; J. Zieliński, *Prawo pracy*, T. I. Ustawa ta zastąpiła obowiązującą do 31 grudnia 1968 r. ustawę z 16 maja 1922 r. o urlopach dla pracowników zatrudnionych w przemyśle i handlu, Dz.U. z 1949 r. nr 47, poz. 365 ze zm.

nia 1975 r., to znaczy w dniu wejścia w życie nadal obowiązującego Kodeksu pracy⁶.

W moim przekonaniu technika zastosowana przez państwowego prawodawcę (Prezydenta II RP) zasługuje na uwzględnienie podczas rozważań zmierzających do zastanowienia się, w jaki sposób jest możliwe współcześnie zaspokojenie odrębnych interesów pracowników oraz ustawowych przedstawicieli interesów oraz pracodawców i ich organizacji. Ustawowa, oparta na obiektywnych kryteriach, akceptowana przez partnerów społecznych, dyferencjacja uprawnień oraz obowiązków pracowniczych dwóch podstawowych grup społecznych, z których dla jednej – pracowników – główną podstawę zatrudnienia stanowi umowa o pracę, natomiast druga to zatrudnienie w prawnych ramach regulowanych przepisami prawa cywilnego, jest jedyną szansą utrzymania pokoju społecznego we współczesnej Polsce⁷.

Punktem wyjścia do rozważań nad podstawami prawnymi zatrudnienia powinna być, jak dotychczas, zasada wolności pracy. Należy jednak uzupełnić przepis art. 10 § 1 k.p., wprowadzając do niego deklarację o prawie stron stosunku prawnego, w ramach którego ma być świadczona praca, do wyboru podstawy prawnej zatrudnienia. Podstawa ta nie może ograniczać się wyłącznie do taksatywnie wymienionych w art. 2 k.p. prawnych form zatrudnienia pracowniczego. Konieczne jest wprowadzenie do Kodeksu pracy nowej normy prawnej zawierającej legalną definicję zatrudnionego. Stanie się wówczas powszechnie zrozumiałe, że ustawodawca aprobejuje podział stosunków prawnych, w ramach których może być świadczona praca, na zatrudnienie pracownicze i niepracownicze. Będzie to oznaczało, że ustawodawca dokonuje świadomego podziału osób zawodowo aktywnych na dwie kategorie:

pracowników i zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych. Tym samym zakres obowiązywania Kodeksu pracy zostanie rozszerzony na nowe kategorie osób. Wyłącznym kryterium wyodrębnienia prawa pracy z prawa cywilnego stanie się przedmiot regulacji prawnej. Będzie nim praca osobiście, dobrowolnie i odpłatnie wykonywana przez człowieka na rzecz osoby zatrudniającej albo podmiotu zatrudniającego – pracodawcy. Oznaczenie stron stosunku pracy: osoby świadczącej pracę (pracownika) oraz osoby lub podmiotu angażującego do pracy, „zatrudniającego” (pracodawcy), nie ulegnie zmianie. Status prawny i uprawnienia pracownicze przyznane zostaną wszystkim osobom aktywnym zawodowo w ramach więzi prawnych wyłącznie regulowanych przepisami prawa pracy. Propozycja postawienia znaku równości między dwoma pojęciami: „pracownik” i „zatrudniony” będzie logicznym następstwem konstrukcji prawnej zastosowanej przez ustawodawcę w art. 22 § 1¹ k.p. Według tej normy pozorne zatrudnienie niepracownicze (cywilnoprawne) jest uważane przez ustawodawcę za pracę na podstawie stosunku pracy (zatrudnienie pracownicze), bez względu na nazwę umowy cywilnoprawnej zawartej przez strony stosunku prawnego, w ramach którego wykonywana jest praca. Polski system prawa pracy, podobnie jak inne krajowe systemy tej gałęzi prawa, dokonuje podziału zatrudnienia na „zależne” i „niezależne”⁸. Z tego względu wszelkie uznane przez ustawodawcę za „zależne” stosunki prawne, w ramach których wykonywana jest praca, powinny być zaklasyfikowane do kategorii stosunków pracy. Status prawny „niezależnych” stosunków prawnych zawieranych, podobnie jak „zależnych” stosunków prawnych, dla uregulowania obowiązków osób lub podmiotów zobowiązanych do wykonywania

⁶ Ustawa z 26 czerwca 1974 r., tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. nr 21, poz. 94 ze zm.

⁷ Zob. A. M. Świątkowski, *Gwarancje prawne pokoju społecznego w stosunkach pracy*, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2013, *passim*.

⁸ A. Musiała, *Zatrudnienie niepracownicze*, Diffin, Warszawa 2011, s. 99 i n.; M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 75 i n.

pracy wynika z trzech okoliczności. Pierwszą, najbardziej widoczną, jest zatrudnianie do wykonywania pracy wyłącznie osób fizycznych. Zatem przymiotu „niezależności” nie można przypisać podmiotowi, a nie osobie fizycznej, zobowiązującemu się do wykonania określonej pracy. Nie jest to możliwe nawet wtedy, gdy powyższy obowiązek dobrowolnie podejmie osoba fizyczna, także zatrudniająca pracowników. W stosunkach prawnych regulowanych przepisami prawa pracy przestrzegana jest ściśle zasada rozgraniczenia ról społecznych. Z tego względu jedna i ta sama osoba nie może występować w dwóch różnych rolach społecznych: pracodawcy i pracownika. Drugą cechą różniącą stosunek pracy od zatrudnienia niepracowniczego jest występowanie po stronie zobowiązanej do dostarczenia pracy podmiotu, a nie osoby fizycznej. Prawo pracy bowiem nie reguluje stosunków prawnych, przedmiotem których jest praca, zawiązanych między jednostkami organizacyjnymi. Nie jest to możliwe także wtedy, gdy po stronie zatrudniającego pracodawcy występuje osoba fizyczna. Trzecią, równie ważną jak dwie pierwsze cechy, pozwalającą odróżnić zatrudnienie pracownicze od niepracowniczego, jest obowiązek podmiotu zatrudniającego (pracodawcy) stałego i systematycznego dostarczania pracy osobie obowiązanej do wykonywania pracy (pracownikowi). Powyższa powinność jest prawnie zabezpieczona normami zapewniającymi pracownikowi pozostającemu w gotowości do świadczenia pracy wynagrodzenie gwarancyjne. Jako przykład zatrudnienia „niezależnego” należy podać pracę wykonywaną, również osobiście przez osobę fizyczną, prowadzącą firmę, na własny rachunek, a nie na rzecz stałego odbiorcy.

Wymienione wyżej cechy charakterystycz-

ne: „zależność” oraz „niezależność” pozwalają odróżnić pracownika od osoby wykonującej pracę w ramach prowadzonej działalności gospodarczej na własny rachunek – „samozatrudnionego”. Ze względu na podobieństwo statusu prawnego opartego na zasadzie wymiany usług, polegających na wykonywaniu pracy za wynagrodzeniem, wymienione wyżej kryteria, stosowane przez ustawodawców oraz orzecznictwo w różnych systemach prawa pracy, również w polskim, nie pozwalają precyzyjnie odróżnić zatrudnienia pracowniczego od niepracowniczego. Podporządkowanie osoby wykonującej pracę jest bowiem cechą charakterystyczną dla zatrudnienia regulowanego przepisami prawa pracy i prawa cywilnego. Trudno więc dziwić się, że judykatura wykorzystuje dodatkowe cechy pozwalające odróżnić pracę świadczoną w ramach stosunku pracy od zatrudnienia na podstawie jednej z umów prawa cywilnego⁹. Należą do nich: „kierownictwo podmiotu zatrudniającego”, „stopień integracji osoby wykonującej pracę w zespole zatrudnionych”, „rzeczywistość gospodarcza”, „wzajemność zobowiązań”. One – wraz z „zależnością” – decydują o kwalifikacji stosunku prawnego, w ramach którego świadczona jest praca. Nie bez znaczenia jest również nastawienie sądu pracy utworzonego przez ustawodawcę w celu ochrony praw pracowniczych osób zatrudnionych. Podkreślana w orzecznictwie wola stron stosunku prawnego, którego przedmiotem (*dare, facere*) jest obowiązek wykonywania pracy, polegającej na wytwarzaniu uzgodnionych przedmiotów lub dostarczaniu określonych usług, przez osobę fizyczną, występującą w roli pracownika albo wykonawcy w zamian za wynagrodzenie (*do ut des, facio ut des*), nie ma znaczenia pierwszo-

⁹ Wyroki SN z: 14 września 1998 r., I PKN 334/98, OSNAPiUS 1999, nr 20, poz. 646; 2 grudnia 1975 r., I PRN 42/75, „Służba Pracownicza” 1976, nr 2, s. 28; 2 września 1998 r., I PKN 293/98, OSNAPiUS 1999, nr 18, poz. 582; 6 października 1998 r., I PKN 389/98, OSNAPiUS 1999, nr 22, poz. 718; 22 grudnia 1998 r., I PKN 517/98, OSNAPiUS 2000, nr 4, poz. 138; 12 stycznia 1999 r., I PKN 535/98, OSNAPiUS 2000, nr 5, poz. 175; 9 lutego 1999 r., I PKN 562/98, OSNAPiUS 2000, nr 6, poz. 223; 7 kwietnia 1999 r., I PKN 642/98, OSNAPiUS 2000, nr 11, poz. 417; 23 stycznia 2002 r., OSNP 2004, nr 2, poz. 30, glosa A. Góry-Błaszczkowskiej, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 4, s. 215 i n. Zob. A. M. Świątkowski, *Niepracownicze (cywilnoprawne) stosunki zatrudnienia*, (w:) *System prawa pracy*, red. K. W. Baran, T.VII, Wolters Kluwer, Warszawa 2015 (w druku).

planowego. Praca człowieka w tym kontekście jest więc towarem, mającym cenę uzgodnioną przez strony stosunków obligacyjnych. Stosunek pracy stanowi odmianę stosunku obligacyjnego. Mimo wyraźnego stwierdzenia w pierwszej części Deklaracji filadelfijskiej z 1944 r., dotyczącej celów i zadań Międzynarodowej Organizacji Pracy, że „praca nie jest towarem”, koncepcja prawna stosunku zobowiązaniowego jest oparta na wzajemności zobowiązań dobrowolnie zaciągniętych przez strony umów: o pracę, o świadczenie usług, na podstawie których osoba fizyczna oddaje swoje umiejętności, wiedzę oraz czas do dyspozycji innej osoby albo podmiotu w zamian za zobowiązanie wypłaty określonego wynagrodzenia. Podstawowa zasada – „praca nie jest towarem”, jedna z czterech, na których skonstruowana została działalność MOP¹⁰, organizacji międzynarodowej funkcjonującej w wymiarze globalnym, założonej z myślą o zapewnieniu powszechnego i trwałego pokoju światowego, opartego na zasadach sprawiedliwości społecznej, została stworzona i rozpropagowana w celu ochrony godności osób zatrudnionych. Umiejętności praktyczne, kwalifikacje ogólne i zawodowe są postrzegane przez prawników specjalizujących się w prawie pracy jako niezbędne przesłanki, umożliwiające człowiekowi podejmowanie i wykonywanie – za wynagrodzeniem – działalności zmierzającej do wytwarzania określonych dóbr materialnych lub kulturalnych albo świadczenia usług, będących podstawą i warunkiem rozwoju społeczeństwa ludzkiego. Przeto zależność formalna, osobista, organizacyjna, ekonomiczna jest wykorzystywana przez ustawodawcę oraz ju-

dykaturę jako główne kryterium pozwalające odróżnić pracę wykonywaną w ramach stosunku pracy od zatrudnienia niepracowniczego, realizowanego na podstawie umów cywilnoprawnych. Podporządkowanie pracownika pracodawcy w sprawach odnoszących się do miejsca, czasu oraz sposobu świadczenia pracy zostało uznane przez ustawodawcę w art. 22 § 1 k.p. za wyróżnik zatrudnienia pracowniczego. Treść wymienionego przepisu została określona ustawą uchwaloną na początku obecnego stulecia¹¹. Jednakże wyobrażenie ustawodawcy o pracy, sposobie i warunkach jej wykonywania nie oddaliły się zbyt od wyobrażeń ukształtowanych pod koniec XIX wieku przez „ustawodawstwo fabryczne”. Natomiast stosunki pracy w świetle art. 22 § 1 k.p. odpowiadają wczesnym stereotypom wypracowanym w początkowym stadium uprzemysłowienia w krajach anglosaskich, w których jako prototyp współczesnej nazwy *employment law* używano sformułowania *master and servant law*¹². Tym samym starano się zaakcentować trwałą zależność pracownika (*employee*), występującego w charakterze osoby w dużym stopniu podporządkowanej (*servant*) pracodawcy (*master*)¹³. Powyższe sformułowania podkreślały brak równości oraz podporządkowanie osobiste pracownika pracodawcy. Umowa o pracę, na podstawie której pracownik zobowiązał się wykonywać pracę, początkowo była określana jako *contract of service*. Współcześnie umowa taka występuje pod nazwą *contract of employment*¹⁴. Pracownik był więc osobą formalnie, osobiście oraz organizacyjnie, a także ekonomicznie uzależnioną od kierującego nim pracodawcy¹⁵. Podporządkowanie organizacyjne

¹⁰ Por. A. M. Świątkowski, *Międzynarodowe prawo pracy*, T. I – *Międzynarodowe publiczne prawo pracy*, vol. 1–3, C. H. Beck, Warszawa 2008.

¹¹ Dz.U. z 2002 r. nr 135, poz. 1146.

¹² J. R. Carby-Hall, *Principles of Industrial Law*, Ch. Knight & Co. Ltd., London 1969, s. 34 i n.

¹³ *The Making of Labour Law in Europe*, ed. B. A. Hepple, Mansell, London 1986, s. 11.

¹⁴ M. Terry, L. Dickens, *European Employment and Industrial Relations Glossary: United Kingdom*, Sweet and Maxwell, Office for Official Publications of the European Community, London–Luxembourg 1991, s. 57, pkt 118.

¹⁵ Przyjął koncepcję, że osoba zatrudniona na wymienionym stanowisku może być uznana za pracownika wykonującego pracę w warunkach podporządkowania autonomicznego – zob. wyrok SN z 7 września 1997 r., I PKN 277/99, OSNAPiUS 2001, nr 1, poz. 18. Podporządkowanie autonomiczne charakteryzuje się określeniem przez pracodawcę

miało bardzo duże znaczenie w okresach, w których procesy technologiczne, organizacja pracy wymagały od przedsiębiorców grupowania wykonujących pracę w ramach stosunków pracy (pracowników) w określonym miejscu i czasie. Zmiana organizacji pracy, oparta na podziale ról i współdziałaniu w procesie produkcyjnym, nie zmieniła zapotrzebowania na wykształcenie innego aniżeli podporządkowanie kryterium odróżnienia zatrudnienia pracowniczego od niepracowniczego. W brytyjskim leksykonie terminów z dziedziny prawa pracy określenie „samozatrudniony” (*self-employed*) jest używane dla oznaczenia osoby zatrudnionej na własny rachunek na podstawie nabytego uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej lub nawiązanej umowy regulowanej przepisami prawa gospodarczego prywatnego albo umowy cywilnoprawnej. Samozatrudniony jest więc uważany za osobę aktywną zawodowo, niekorzystającą z uprawnień pracowniczych i socjalnych gwarantowanych pracownikom przepisami prawa pracy. W istocie w brytyjskim prawie także występuje podział zatrudnienia na: pracownicze i cywilnoprawne. Osoba samozatrudniona jest bowiem oficjalnie definiowana jako „zatrudniony nie na podstawie umowy o pracę”¹⁶. Z powyższego wynikałoby, że w systemie prawa brytyjskiego występował wyraźny dychotomiczny podział osób zawodowo aktywnych na pracowników i samozatrudnionych. Tak rzeczywiście było w czasach, w których podobnie jak w Polsce w okresie dwudziestolecia międzywojennego pracodawca dokonał po-

działu pracowników na umysłowych i fizycznych. Pierwotnie bowiem w brytyjskim prawie pracy miał miejsce podział osób wykonujących pracę w ramach stosunków pracy na: *employees* i *workers*. Do tej drugiej kategorii z początku zaliczano wyłącznie robotników i innych pracowników wykonujących pracę fizyczną (*workman*)¹⁷. Zatem kryterium odróżnienia *employees*, do których początkowo zaliczano również „samozatrudnionych” (*self-employed*), od pozostałych zatrudnionych na podstawie umowy o pracę – *workers* był rodzaj wykonywanej pracy, klasyfikowanej jako „umysłowa” (*intellectual*) albo fizyczna (*manual*). Zmiana nazewnictwa nastąpiła w połowie lat 70. XX w. Ustawa o związkach zawodowych i stosunkach pracy (*Trade Union and Labour Relations Act – TULRA*) z 1974 r.¹⁸ zdefiniowała *workers* jako zatrudnionych na podstawie umowy o pracę lub świadczących osobiście jakąkolwiek pracę albo usługi. *TULRA* do kategorii *workers* wliczyła również samozatrudnionych (*self-employed*)¹⁹. Obowiązująca nadal ustawa o stosunkach pracy (*Employment Relations Act – ERA*) z 1996 r. do kategorii *workers* – poza pracownikami – zalicza osoby fizyczne, które zawarły inną – niż umowa o pracę – umowę, zobowiązującą ich do osobistego świadczenia pracy albo innych usług na rzecz drugiej strony zawartej umowy. W świetle obowiązujących przepisów prawa pracy Wlk. Brytanii i orzecznictwa określenie *workers* odpowiada polskiemu terminowi „zatrudnieni”, które to pojęcie jest używane w polskim systemie prawa dla oznaczenia osób aktywnych zawodowo, świadczących pracę na

zadań i czasu, w którym ustalone zadania powinny być realizowane. Charakterystyczną cechą tego podporządkowania jest brak ingerencji pracodawcy w sposób i kolejność wykonywania poszczególnych zadań składających się na rodzaj określonej pracy. Zob. A. M. Świątkowski, *Niepracownicze*.

¹⁶ „A self-employed person is someone who by definition does not work under the contract of employment”. M. Terry, L. Dickens, *European Employment*, s. 173, pkt 620.

¹⁷ Zob. orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Jivraj v. Hashwani* [2011] IRLR 827. Zob. C. McCrudden, *Two Views of Subordination: The Personal Scope of Employment Discrimination Law in Jivraj v. Hashwani*, „Industrial Law Journal” 2012, vol. 41, s. 30 i n.

¹⁸ A. Świątkowski, *Współczesne brytyjskie zbiorowe prawo pracy*, (w:) *Prawo pracy państw obcych*, T. III, red. M. Matey, Ossolineum, Wrocław 1989, s. 370 i n.

¹⁹ „Unlike the term «employee» it thus includes as «workers» those who are self-employed”. M. Terry, L. Dickens, *European Employment*, s. 221, pkt 794.

podstawie umów o pracę oraz innych umów cywilnoprawnych. Ponieważ wszyscy zatrudnieni, bez względu na rodzaj zawartej umowy oraz podstawy i ramy stosunku prawnego zatrudnienia (pracownicze, niepracownicze), wykonują pracę systematycznie w ustalonych w umowach okresach na rzecz podmiotów zatrudniających, wspólną, charakterystyczną cechą tego zatrudnienia jest wzajemna zależność zatrudnionych i zatrudniających (pracowników i pracodawców). Ci pierwsi są obowiązani pracę wykonywać, natomiast ci drudzy mają tym pierwszym obowiązek pracę zlecać i wypłacać wynagrodzenie za wykonaną pracę. Takiej zależności nie ma między samozatrudnionymi oraz nieokreślonymi odbiorcami produktów albo usług (klientami, konsumentami), stanowiących efekty pracy wykonanej przez osoby samozatrudnione. Patrząc na sprawę nie przez pryzmat art. 22 § 1¹ k.p., należy stwierdzić, że zakres pojęciowy terminu „zatrudniony” jest szerszy od zakresu określenia „pracownik”. W zakresie obydwu tych pojęć nie mieści się natomiast termin „samozatrudniony”. Występowanie wspólnych cech między określeniami „pracownik” oraz „zatrudniony” uzasadnia objęcie tych osób, aktywnych zawodowo, świadczących pracę, jedną regulacją prawną. Rozszerzenie podmiotowego zakresu obowiązywania Kodeksu pracy na zatrudnionych w ramach niepracowniczych stosunków pracy przyczyniłoby się do obniżenia skali napięcia społecznego, które istnieje na tle podstaw i ram prawnych postrzeganego obecnie jako uprzywilejowanego zatrudnienia pracowniczego i zatrudnienia niepracowniczego, określanego kolokwialnie jako praca wykonywana na podstawie umów „śmieciowych”. Zaznaczyć należy, że do kategorii tych umów krytycy obecnych polskich systemów prawa pracy i prawa cywilnego zaliczają, poza wielkością umów cywilnoprawnych²⁰, także umo-

wy atypowe (terminowe), regulowane przepisami prawa pracy. W artykule nie zajmuję się odrębnością zatrudnienia pracowniczego realizowanego na podstawie umów terminowych. Stanowią one dla mnie przykład zastosowanego przez ustawodawcę w przepisach Kodeksu pracy zróżnicowania sytuacji prawnej pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę zawieranych na czas nieokreślony oraz pracowników świadczących pracę w ramach umów terminowych. Powyższa dyferencjacja jest znacznie węższa od tej, której przeprowadzenie w Kodeksie pracy proponuję w niniejszym artykule. *De lege lata* ogranicza się do krytykowanych przez związki zawodowe krótszych okresów wypowiedzenia umów terminowych, braku obowiązku pracodawcy podania pracownikowi podstawy wypowiedzenia takiej umowy, wyłączenia możliwości – z wyjątkami określonymi w judykaturze, dotyczącymi długoterminowych umów atypowych – żądania reaktywowania niezgodnie z prawem rozwiązanej przez pracodawcę umowy terminowej oraz całkowitego braku uprawnień pracownika zatrudnionego na podstawie takiej umowy do domagania się odnowienia stosunku pracy, który z woli ustawodawcy (*ex lege*) ustał²¹.

W dalszej części artykułu prowadzę rozważania *de lege ferenda*. Uważam bowiem, że żądania coraz głośniejsze artykułowane przez związki zawodowe, zmierzające do ograniczenia, a nawet zaprzestania praktyki zatrudniania niepracowniczego na podstawie umów cywilnoprawnych, są utopijne. Nie odzwierciedlają globalnych procesów, wymuszających na pracodawcach korzystanie z powszechnie stosowanych w świecie form zatrudnienia, konkurencyjnych wobec typowej umowy zawieranej na czas nieokreślony w pełnym wymiarze czasu pracy, gwarantującej – jak to miało miejsce w przeszłości – zatrudnienie do czasu nabycia

²⁰ Z pewnością można skonstatować, że do kategorii umów „śmieciowych” nie są zaliczane kontrakty menedżerskie. Por. W. Gujski, *Kontrakty menedżerskie. Umowy cywilnoprawne o świadczenie pracy – z wzorami*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 15 i n.

²¹ A. M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, C. H. Beck 2012, s. 188 i n.

uprawnień emerytalnych (*long life employment contract*). Współcześni protagoniści pełnego i racjonalnego oraz równocześnie stabilnego zatrudnienia w ramach typowych stosunków pracy nie uwzględniają coraz szerszego wachlarza umów regulowanych przepisami prawa pracy, wykorzystywanych jako elastyczne podstawy zatrudnienia pracowniczego: *home-workers, freelancers, teleworkers, temporary agency workers, voluntary workers, zero-hours contract workers, part-time workers, fixed-term workers, seasonal workers*²². Używam fachowych określeń stosowanych w brytyjskim prawie pracy, albowiem – z wyjątkiem terminów: „praca tymczasowa”, „telepraca”, „umowa na czas określony”, „praca sezonowa”, „wolontariusz” – część z wymienionych wyżej, wykorzystywanych przez brytyjskie prawo pracy, specjalistycznych określeń nie ma polskiego odpowiednika. Proszę o zwrócenie uwagi, że w brytyjskim prawie pracy stosowane nazewnictwo profesjonalne jako punkt odniesienia w większości przypadków podaje pracowników wykonujących określone prace na podstawie atypowych, lecz nienazwanych przez ustawodawcę, umów o pracę, a nie wymienia – z jednym wyjątkiem (*zero-hours contracts*) – nazwy umów o pracę uważanych i stosowanych przez pracodawców jako elastyczne podstawy zatrudnienia pracowniczego.

Dwie są przyczyny wzrostu popularności zatrudnienia niepracowniczego. Pierwsza dotyczy rozbudowanych w krajowych systemach prawa pracy przepisów ochronnych. Druga natomiast jest związana z osłoną socjalną, początkowo gwarantowaną wyłącznie pracownikom, a z biegiem lat rozszerzaną na inne kategorie społeczne osób zawodowo aktywnych, w tym także zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych. Rozsze-

rzanie sfery wpływów prawa pracy oraz powiązanego z tą gałęzią prawa zabezpieczenia społecznego ma swoje ontologiczne i aksjologiczne uzasadnienie. Prawo pracy reguluje wyłącznie sferę stosunków pracy i gwarantuje wyższy poziom bezpieczeństwa prawnego i socjalnego pracownikom w porównaniu do ochrony prawnej, którą są w stanie zapewnić przepisy prawa cywilnego osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych. Przedmiot regulacji prawnej zatrudnienia pracowniczego i niepracowniczego jest identyczny. Jest nim praca zależna, odpłatnie wykonywana przez człowieka. Różne są jedynie konstrukcje prawne warunków zatrudnienia oraz wynikające z nich ograniczenia swobody podejmowania decyzji przez przedsiębiorców wobec osób zatrudnionych, jak i skutki finansowe podjęcia decyzji o wyborze jednej z dwóch możliwych koncepcji zatrudnienia. Mając do wyboru mniej rygorystyczny oraz tańszy model zatrudnienia niepracowniczego, polscy przedsiębiorcy, w dążeniu do wyrównania różnic, jakie ich dzielą od odpowiedników w państwach „starej” Unii Europejskiej, starają się zaoszczędzić na kosztach osobowych prowadzonej działalności i model ten wykorzystują. Często wykorzystują umowy cywilnoprawne ponad potrzebę i prawnie dopuszczalne granice dla regulowania jurydycznych aspektów pracy będącej przedmiotem tych umów. W związku z powyższym konieczne jest włączenie w zakres regulacji prawa pracy wszelkiej pracy wykonywanej przez człowieka, również tej, która jest regulowana przepisami prawa cywilnego²³, oraz przeprowadzenie przez ustawodawcę zróżnicowania poziomu uprawnień pracowniczych osób świadczących pracę w ramach zatrudnienia niepracowniczego. Zrównanie stopnia bezpieczeństwa praw-

²² A. M. Świątkowski, *Autonomiczna definicja pracownika*, „Monitor Prawa Pracy” 2014, nr 11, s. 567 i n. oraz podana tam literatura.

²³ Tę propozycję przedstawiałem w literaturze prawa pracy już kilkakrotnie. Por. A. Świątkowski, *Przyszłość prawa pracy*, (w:) *Polskie prawo pracy w procesie przemian*, red. A. Świątkowski, ZNUJ Prace Prawnicze, PWN, Warszawa–Kraków 2001, s. 9 i n.; tenże, *Przedmiot stosunku pracy. Rozważania de lege lata i de lege ferenda*, (w:) *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 47 i n.; tenże, *Ponownie o przyszłości prawa pracy*, (w:) *Przyszłość prawa pracy. Księga Jubileuszowa Profesora Michała Seweryńskiego*, red. Z. Góral, Z. Hajn, Łódź 2015 (w druku).

nego i socjalnego zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych z poziomem ochrony gwarantowanej przepisami prawa pracy pracownikom powinno następować stopniowo. W pierwszej fazie tego procesu, o której piszę w niniejszym artykule, ustawodawca powinien poprzestać na rozszerzeniu zakresu *rationae personae* Kodeksu pracy i włączyć w sferę oddziaływania ochronnych norm prawa pracy wszystkich zatrudnionych. Powinien także określić powszechnie obowiązujące minimalne warunki zatrudnienia, które wszyscy przedsiębiorcy winni respektować. Powszechnie obowiązujące, ustawowe minimum ochrony prawnej gwarantowanej na równych prawach wszystkim osobom mającym status prawny osób wykonujących pracę „zależną” (pracowników i innych zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych) winno obejmować następujące kategorie spraw: 1) obowiązek równego traktowania i jednakowej ochrony przed dyskryminacją w zatrudnieniu; 2) identyczną ochronę zdrowia i życia zatrudnionych, polegającą na egzekwowaniu obowiązku przestrzegania zasad i przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy wobec wszystkich osób pracujących, zatrudnionych, mających styczność z pracą oraz środowiskiem pracy; 3) ochronę prywatności zatrudnionych; 4) minimalne wynagrodzenie i jego ochronę prawną przed potrąceniami; 5) prawo zrzeszania się w związkach zawodowych. Ta ostatnia kategoria spraw, wymagająca nowelizacji art. 2 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych z 23 maja 1991 r., polegającej na zmianie redakcyjnej treści tego przepisu²⁴, ma na celu umożliwienie tej kategorii zatrudnionych tworzenia i przystępowania do organizacji związkowych, negocjowania układów zbiorowych pracy oraz innych porozumień rozszerzających ochronne przepisy Kodeksu pracy, odnoszące się do pracowników w dotychczasowym rozumieniu tego terminu, przez ustawodawcę na osoby wykonujące pra-

cę w ramach zatrudnienia niepracowniczego. Włączanie przez ustawodawcę osób zatrudnionych w inne sfery ochronnych przepisów prawa pracy powinno następować w kolejnych fazach rozłożonego w czasie procesu rozszerzania zakresu stosowania przepisów Kodeksu pracy wobec zatrudnionych na podstawie umów niepracowniczych.

Włączenie zatrudnionych niepracowników w orbitę zainteresowania przepisów prawa pracy nie wymaga ani nowelizacji, ani uchylecia przepisu art. 22 § 1¹ k.p., normy prawnej ustanawiającej domniemanie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Rozszerzenie obowiązywania Kodeksu pracy na osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych przy równoczesnym zróżnicowaniu przez ustawodawcę uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę w ramach stosunku pracy i pozostałych zatrudnionych utrzyma – co najmniej na dotychczasowym poziomie – zapotrzebowanie na dokonywanie ocen prawnych nowych, rozbudowanych podstaw zatrudnienia włączonych przez ustawodawcę w sferę wpływu znowelizowanego Kodeksu pracy. Znaczne różnice w poziomie ochrony prawnej w pierwszej fazie konwergencji procesu zainicjowanego w celu ujednoczenia zatrudnienia pracowniczego i niepracowniczego, zrównania praw pracowników i innych zatrudnionych będą nadal stanowić źródło interesu prawnego w żądaniu ustalenia pracowniczej podstawy zatrudnienia. Kontynuowane więc będą dotychczasowe i wszczynane nowe procesy przed sądami pracy o ustalenie podstaw i ram prawnych zatrudnienia. Mam wątpliwości, które przedstawiam w końcowej części artykułu, co do możliwości wykorzystania instytucji „podporządkowania” jako obiektywnego i zarazem sprawiedliwego kryterium różnicowania podstaw zatrudnienia na pracownicze i niepracownicze. Artykuł 22 § 1¹ k.p. jest nastawiony na zdefiniowanie cech

²⁴ Zastąpieniu obecnego sformułowania nowym: „Prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych mają pracownicy bez względu na podstawę stosunku pracy i inni zatrudnieni na podstawie umów cywilnoprawnych, niebędący pracodawcami”.

charakterystycznych dla zatrudnienia pracowniczego. Wymieniony przepis nakłada na sąd pracy obowiązek zidentyfikowania tych cech oraz określenia intensywności ich występowania w stosunku prawnym, w ramach którego świadczona jest praca na podstawie umowy cywilnoprawnej. W innym, znacznie obszerniejszym opracowaniu starałem się wykazać, że zastosowane przez ustawodawcę w art. 22 § 1¹ k.p. kryteria odróżnienia zatrudnienia pracowniczego od niepracowniczego nie pozwalają jednoznacznie przewidzieć ostatecznego rozstrzygnięcia²⁵. Gwarantują natomiast obiektywne i sprawiedliwe rozstrzygnięcie poszczególnych spraw. Umożliwiają bowiem przeprowadzenie klasyfikacji niejednakowych przypadków, porównywanych przez sąd pracy. Podstawową zaletą sądowej oceny poszczególnych przypadków jest nastawienie judykatury, dotychczas zobowiązanej do ustalenia rzeczywistej zależności zatrudnionego od zatrudniającego. Sądy pracy rozpoznając sprawę o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku pracy między zatrudnionym na podstawie umowy nazwanej przez strony umową cywilnoprawną, mającej w rzeczywistości cechy umowy o pracę, są zobowiązane stwierdzić i zadeklarować zatrudnienie pracownicze. Problem tkwi w tym, że ustawodawca, judykatura i doktryna nie korzystają wyłącznie z jednego kryterium odróżnienia umowy o pracę od umowy cywilnoprawnej. W takim przypadku sąd pracy powinien ocenić, które cechy charakterystyczne dla zatrudnienia pracowniczego lub cywilnoprawnego przeważają w zawartej umowie oraz nawiązanym na tej podstawie stosunku prawnym. W polskiej judykaturze nie wypracowano metodologii pozwalającej w miarę jednolicie, obiektywnie i sprawiedliwie dokonywać oceny natury prawnej umowy oraz charakteru stosunku prawnego, w ramach którego praca

jest świadczona. Nie zdołała tego dokonać nawet judykatura brytyjska, bardziej od polskiej doświadczona i zaawansowana w wynajdywaniu i stosowaniu kryteriów pozwalających odróżnić zatrudnienie pracownicze od niepracowniczego. Jej dorobek polega na wykorzystaniu w praktyce sądowej najpierw techniki tzw. „otwartego podejścia” (*open-ended approach*), a następnie „wielofunkcyjnego testu” (*a multi-factor test* albo *multiple test*)²⁶ do analizy i sądowej oceny treści spornej umowy oraz przeważającej praktyki jej interpretowania przez strony stosunku prawnego. W końcu jednak powyższe skomplikowane techniki porównawcze zostały przez judykaturę brytyjską ograniczone do udzielenia odpowiedzi na trzy pytania. Pierwsze, czy osoba fizyczna zgodziła się wykonywać pracę za wynagrodzeniem na rzecz zatrudniającego; drugie, czy poddała się w sposób wyraźny lub dorozumiany kontroli zatrudniającego; oraz trzecie, czy inne postanowienia zawartej umowy są zgodne z koncepcją prawną umowy, na podstawie której praca jest wykonywana²⁷. Simplifikacja metody badawczej została poddana krytyce przez brytyjską doktrynę prawa pracy²⁸. Charakterystyczne jest, że za bezużyteczne zostały uznane dwa pierwsze pytania, z których drugie, gdyby zostało zastosowane przez judykaturę, mogłoby przyczynić się w takim samym stopniu (a więc niewielkim), w jakim jest ono wykorzystywane w Polsce, do odróżnienia zatrudnienia pracowniczego od niepracowniczego. Krytyka – w mojej opinii – jest słuszna, albowiem drugie pytanie oparte jest na relacji charakteryzującej się zależnością zatrudnionego od zatrudniającego. Ponieważ zależność, wyrażająca się w podporządkowaniu wykonującego pracę osobie lub podmiotowi, na których rzecz praca jest świadczona, stanowi cechę w jednakowym stopniu charakteryzującą zatrudnienie pracownicze, jak i niepracow-

²⁵ A. M. Świątkowski, *Niepracownicze*.

²⁶ S. Deakin, Gillian S. Morris, *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford 2012, s. 169 i n.

²⁷ Tamże.

²⁸ Tamże.

nicze, przeto przydatność takiego ustalenia nie ma znaczenia dla określenia charakteru prawnego podstawy zatrudnienia. W jednym i drugim przypadku zatrudnienie pracownicze i niepracownicze jest uważane za zatrudnienie zależne. Podporządkowanie zatrudnionego zatrudniającemu jest więc cechą charakterystyczną dla pracy wykonywanej na podstawie umowy o pracę oraz na podstawie umowy cywilnoprawnej. Rzecz bowiem nie w zakresie i/lub stopniu podporządkowania, ale w samej jego istocie. W stosunkach pracy podporządkowanie pracownika pracodawcy występuje, natomiast cechą charakterystyczną pracy na własny rachunek (samozatrudnienia), poddanej regulacji prawnej przepisów prawa gospodarczego prywatnego, jest brak zależności – ze względu na nieistnienie trwałych związków prawnych – pomiędzy wykonawcą świadczącym usługę a osobą albo podmiotem (klientem, konsumentem), na którego rzecz dzieło lub usługa (praca) została wykonana. Drugie pytanie nie jest więc przydatne dla określenia cech odrębnych między takimi samymi rodzajami zatrudnienia, jakimi są zatrudnienie pracownicze i niepracownicze. Obydwa te rodzaje zatrudnienia, jak podkreślałem wcześniej, mają wspólną cechę – zależność osoby zatrudnionej od osoby albo podmiotu zatrudniającego.

Pierwsze pytanie natomiast jest wyłącznie przydatne dla ustalenia, czy oba analizowane stosunki prawne (pracy i cywilnoprawny) mają charakter zobowiązaniowy. Ustalenie takiej cechy jest zbyteczne, albowiem – z wyjątkiem wolontariatu – *de facto* każda praca będąca przedmiotem zobowiązania jest świadczona odpłatnie. Mimo że w ramach niektórych stosunków cywilnoprawnych dopuszczalne, aczkolwiek współcześnie rzadko praktykowane, jest wykonywanie pracy *pro bono*, tego typu więzi prawne nie podlegają regulacji prawa pracy i w związku z tym nie mogą być porównywane z umowami cywilnoprawnymi, przedmiotem których jest aktywność człowieka kwalifikowana jako praca.

W brytyjskim systemie prawa nie ma podziału na zatrudnienie pracownicze i niepracownicze. Obydwa typy zatrudnienia są regulowane przepisami prawa pracy. Istnieje natomiast zatrudnienie „zależne” (pracownicze i niepracownicze, nawiązane na podstawie umów cywilnoprawnych) i „niezależne” (samozatrudnienie). Podział ten nie ma w Wlk. Brytanii znaczenia, ponieważ w obu porównywanych systemach prawnych samozatrudnieni nie są objęci ochroną trwałości stosunku pracy. Nie wykonują bowiem pracy regulowanej przepisami prawa pracy. Nie mają więc do nich zastosowania przepisy o ochronie wynagrodzeń, normach dobowych, tygodniowych, rocznych czasu pracy, prawnych gwarancjach odzyskania części wynagrodzenia niewypłaconego przez pracodawcę z powodu upadłości lub likwidacji zakładu pracy. Powyższa obserwacja dowodzi, że przedmiotem regulacji brytyjskiego prawa pracy jest zarówno zatrudnienie pracownicze, jak i niepracownicze. Charakterystyczną cechą prawa pracy Wlk. Brytanii jest praca wykonywana przez człowieka, uważana przez prawników specjalizujących się w tej dziedzinie prawa za przedmiot regulacji tej gałęzi prawa²⁹.

Najbardziej przydatne z punktu widzenia konieczności odróżnienia zatrudnienia pracowniczego od niepracowniczego jest natomiast – ocenione jako bezwartościowe w literaturze brytyjskiej – pytanie trzecie. Ma ono zastosowanie do przypadków, które nagminnie zmuszone są rozstrzygać polskie sądy pracy. Po ustaleniu jednej lub kilku cech charakterystycznych dla zatrudnienia pracowniczego lub niepracowniczego sąd *meriti* jest obowiązany zbadać, czy inne elementy analizowanej umowy zobowiązaniowej, w ramach której wykonywana jest praca, nie pozostają w kolizji ze zidentyfikowanymi już cechami wskazującymi na przynależność analizowanej umowy do sfery wpływów prawa pracy lub prawa cywilnego. Chodzi o elementy umowy, których nie można zaliczyć do nieistotnych

²⁹ Tamże, s. 1.

(*not inconsistent*)³⁰. Klasyycznym przykładem ilustrującym znaczenie powyższej dyrektywy metodologicznej jest ustalenie podporządkowania osoby wykonującej pracę osobie zatrudniającej lub reprezentującej podmiot zatrudniającej. Ustalenie powyższej zależności przemawia za uznaniem stosunku prawnego, w ramach którego wykonywana jest praca, nawiązanego jednak na podstawie umowy cywilnoprawnej, za stosunek pracy. Powyższe domniemanie faktyczne (*praesumptio facti*) przybiera postać domniemanie wynikającego z ustawy (*praesumptio legis*), które może zostać podważone (*praesumptio tantum*). Ustalenie przez sąd pracy, że strony powyższej umowy zwolniły podmiot zatrudniającej z ryzyka dostarczenia pracy i wynikającego z niego obowiązku wypłaty wynagrodzenia gwarancyjnego zatrudnionemu za pozostawanie w gotowości do świadczenia pracy, sprawia, iż zachodzi kolizja między dwiema istotnymi cechami charakterystycznymi dla dwóch różnych umów, wykorzystywanych w polskim systemie prawa dla uregulowania podstaw i ram prawnych zatrudnienia. Tymczasem w przepisach materialnego prawa pracy nie ma norm kolizyjnych pozwalających rozwiązać problem wynikający ze sprzeczności dwóch istotnych cech, które obie – podporządkowanie i ryzyko pracodawcy – są uważane przez ustawodawcę i judykaturę za charakterystyczne dla prawa pracy. Odmienny niż ustalony w prawie pracy, zgodny z regułami obowiązującymi w prawie cywilnym, rozkład ryzyka stron umowy, w ramach której świadczona jest praca, zasadniczo zmienia wcześniejsze ustalenia. Sprawia, że praca mimo stwierdzonego podporządkowania jest wykonywana w ramach umowy cywilnoprawnej.

W doktrynie i w judykaturze panuje przekonanie, że podporządkowanie jest najistotniejszą, najbardziej charakterystyczną cechą

zatrudnienia pracowniczego. W powołanej wcześniej pracy na temat zatrudnienia niepracowniczego (cywilnoprawnego) starałem się podważyć takie przekonanie, pokazując cechy wspólne i różne obu form prawnych zatrudnienia, pracowniczego i niepracowniczego. W jednym z ostatnich orzeczeń Sąd Najwyższy trafnie orzekł, że „w umowie zlecenia mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania”. Zastrzegł jednak, że te same cechy stwierdzone w umowie o pracę i umowie zlecenia są „nie takie same, jak w zależności właściwej dla stosunku pracy (art. 22 § 1 i § 1¹ k.p. oraz art. 750 k.c.)”³¹. Mimo że nie podzielał stanowiska Sądu Najwyższego w sprawie podstaw regulacji prawnej w Kodeksie pracy cech kierownictwa i podporządkowania pracownika pracodawcy, uważam bowiem, że w powołanych przepisach art. 22 § 1 i § 1¹ k.p. nie określono ani zakresu kompetencji władczych pracodawcy wobec pracownika, ani stopnia podporządkowania pracownika pracodawcy, przestudiowałem starannie powołane orzeczenie. Nie znalazłem w uzasadnieniu przedstawionego wyroku wywodu na temat specyfiki podporządkowania w stosunkach pracy, jak również w stosunkach cywilnoprawnych, których przedmiotem jest odpłatne zatrudnienie. Zgadzam się natomiast z tezą Sądu Najwyższego na temat równorzędności źródeł prawa: Kodeksu pracy i Kodeksu cywilnego oraz konstytucyjnej wolności stron stosunków prawnych, w których ma być lub jest świadczona praca³², wyboru podstawy zatrudnienia (umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna). Jestem skłonny uwierzyć, że o wyborze rodzaju podstawy zatrudnienia decydują zainteresowane strony, albowiem stanowi tak przepis art. 353¹ k.c. stosowany w stosunkach pracy w związku z art. 300 k.p. Powołane w uzasadnieniu omawianego wyroku wcześniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego dokumentują

³⁰ Tamże, s. 170.

³¹ Wyrok SN z 11 września 2013 r., II PK 372/12, OSNP 2014, nr 6, poz. 80.

³² A. M. Świątkowski, *Prawo wyboru podstawy zatrudnienia*, (w:) *Księga Jubileuszowa Profesor Teresy Liszcz*, red. A. Kosut, Lublin 2015 (w druku).

tę tezę³³. Przepisy art. 22 § 1 i § 1¹ k.p. oraz funkcja korekcyjna, jaką powołane orzeczenia spełniają, podważają prawdziwość hipotezy o praktykowanej w Polsce wolności wyboru podstawy i ram prawnych zatrudnienia. Inne orzeczenia Sądu Najwyższego potwierdzają zasadność zgłoszonych zastrzeżeń³⁴.

Gdyby rzeczywiście tak było, jak twierdzi Sąd Najwyższy w wyroku z 11 września 2013 r., w sprawie II PK 372/12, moja propozycja objęcia „zależnego” zatrudnienia niepracowniczego przepisami Kodeksu pracy nie miałyby sensu. Uzasadniają ją wyłącznie radykalne żądania zjednoczonego w tej sprawie polskiego ruchu

związkowego. Zastrzegłem na wstępie, że nie jest to propozycja kompletna i zamknięta. Pomysł stopniowego włączania zatrudnienia niepracowniczego do przepisów prawa pracy zmierza do rozbudzenia zainteresowania partnerów społecznych dialogiem społecznym, którego ewentualnym efektem w przyszłości może być unifikacja podstaw i ram prawnych zatrudnienia. Przykład Wlk. Brytanii pokazuje, że jest to możliwe. W pierwszym stadium tego procesu proponuję ustawową dyferencjację uprawnień pracowniczych osób świadczących pracę w ramach zatrudnienia pracowniczego i niepracowniczego.

³³ Wyroki SN z: 5 września 1997 r., I PKN 229/97, OSNAPiUS 1998, nr 11, poz. 329; 28 stycznia 1998 r., II UKN 479/97, OSNAPiUS 1999, nr 1, poz. 34; 7 marca 2006 r., I PK 146/05, OSNP 2007, nr 5–6, poz. 670; 27 maja 2010 r., II PK 354/09, LEX nr 598002; 4 lutego 2011 r., II PK 82/10, LEX nr 817515.

³⁴ Wyroki SN z: 2 grudnia 1975 r., I PRN 42/75, „Służba Pracownicza” 1976, nr 2, s. 28; 16 stycznia 1979 r., I CR 440/78, OSPiKA 1979, nr 9, poz. 168; 25 kwietnia 1997 r., II UKN 67/97, OSNAPiUS 1998, nr 2, poz. 57; 5 września 1997 r., I PKN 229/97, OSNAPiUS 1998, nr 11, poz. 329; 28 stycznia 1998 r., II UKN 479/97, OSNAPiUS 1999, nr 1, poz. 34; 4 lutego 1998 r., II UKN 488/97, OSNAPiUS 1999, nr 2, poz. 68; 17 lutego 1998 r., I PKN 532/97, OSNAPiUS 1999, nr 3, poz. 81, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 1, s. 36 z głosem W. Cajsela; 3 czerwca 1998 r., I PKN 170/98, OSNAPiUS 1999, nr 11, poz. 369; 18 czerwca 1998 r., I PKN 191/98, OSNAPiUS 1999, nr 14, poz. 449; 2 września 1998 r., I PKN 293/98, OSNAPiUS 1999, nr 18, poz. 582; 14 września 1998 r., I PKN 334/98, OSNAPiUS 1999, nr 20, poz. 646; 23 września 1998 r., II UKN 229/98, OSNAPiUS 1999, nr 19, poz. 627; 6 października 1998 r., I PKN 389/98, OSNAPiUS 1999, nr 22, poz. 718; 22 grudnia 1998 r., I PKN 517/98, OSNAPiUS 2000, nr 4, poz. 138; 12 stycznia 1999 r., I PKN 535/98, OSNAPiUS 2000, nr 5, poz. 175; 9 lutego 1999 r., I PKN 562/98, OSNAPiUS 2000, nr 6, poz. 223; 4 marca 1999 r., I PKN 616/98, OSNAPiUS 2000, nr 8, poz. 312; 7 kwietnia 1999 r., I PKN 642/98, OSNAPiUS 2000, nr 11, poz. 417; 9 grudnia 1999 r., I PKN 432/99, OSNAPiUS 2001, nr 9, poz. 310; 5 grudnia 2000 r., I PKN 127/00, OSNAPiUS 2002, nr 15, poz. 356.

Summary

Andrzej M. Świątkowski

TOWARDS LEGAL DIFFERENTIATION OF EMPLOYEE'S RIGHTS AND DUTIES OF WORKERS

Polish employment law system draws a fundamental distinction between “dependent” and “independent” employment. According to the Author not only employees are subject to the employer’s powers of control. Also an individuals performing work under the civil law type of contracts should be treated as “dependent” workers. In their cases mutuality of obligations, formal control and economic reality ought to result in widening the scope of coverage and statutory protection of the Labour Code. An Author argues that in amended Labour Code individuals which undertake to perform personally any work or services for another party to the employment contract whose statutes is not by virtue of the contract called an “independent” should be treated by Polish labour law as workers. After all, unlike the term “employee” it thus includes as workers those who are self-employed.

KEY WORDS: employees, employment relation, dependent, independent employment, differentiations of legal rights, Labour Code, self-employed, workers

POJĘCIA KLUCZOWE: pracownicy, stosunek pracy; podporządkowanie, zatrudnienie „zależne” i „niezależne”, „pracownicze”, „niepracownicze”, dyferencjacja praw i obowiązków zatrudnionych, samozatrudnieni

ZADOŚĆUCZYNIENIE ZA MOBBING. ZBIEG ROSZCZEŃ

W dążeniu do racjonalnego wykorzystania relacji międzyludzkich w zatrudnieniu oraz w uzasadnieniu stosowania uprawnień przełożonych wobec podwładnych stwierdza się różnorodne zakłócenia, a ich przyczyny tkwią w postawach i zachowaniach tak pracowników, jak i pracodawców¹. Jednym z najpoważniejszych współczesnych zagrożeń dla zdrowych relacji pomiędzy stronami stosunku pracy jest sytuacja patologiczna, polegająca na poważnym zaburzeniu prawidłowej komunikacji w zespole pracowniczym, którą obejmuje się powszechnie dziś wykorzystywaną przez poszczególne dziedziny nauki i w znaczeniu potocznym nazwą mobbingu.

Dzięki wszechstronnym badaniom nie ma już współcześnie wątpliwości, że mobbing to przemoc psychiczna o destruktywnej sile, która stanowi zagrożenie dla prawidłowych relacji w zespole pracowniczym oraz międzyludzkich w ogóle. Mobbing to coś więcej niż zła atmosfera w pracy, intrygi czy też okazjonalne niesprawiedliwe traktowanie. Jest to systematyczne piętnowanie i długotrwałe znęcanie się psychiczne nad pracownikiem przez pracodawcę, przełożonego lub też innego pracownika, które ukierunkowane jest na zmuszenie go do opuszczenia grupy.

1 stycznia 2004 r. pojęcie mobbingu stało się określeniem polskiego języka prawnego. W Kodeksie pracy² pojawił się zapis art. 94³ § 1–5, który nałożył na pracodawców wieloaspektowy obowiązek przeciwdziałania mobbingowi, a pracownikom przyznał uprawnienia w postaci możliwości dochodzenia zadośćuczynie-

nia za rozstrój zdrowia spowodowany mobbingiem oraz odszkodowania za rozwiązanie umowy o pracę wskutek mobbingu. Pomimo że od wejścia w życie przepisów regulujących mobbing w polskim prawie pracy upłynęło ponad dziesięć lat, to przepisy te nadal budzą wiele wątpliwości i zmuszają do stałej dyskusji, pozostając również przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego. Głównie dotyczą one skomplikowanej konstrukcji prawnej definicji mobbingu oraz rodzaju roszczeń, które przysługują poszkodowanemu wskutek mobbingu pracownikowi.

Zgodnie z definicją legalną mobbing oznacza „działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na uporczywym i długotrwałym nękaniu lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną samoocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników” (art. 94³ § 2 k.p.).

Wyniki badań lekarskich są niepodważalne, mobbing może stanowić zarówno przyczynę zaburzeń na tle psychicznym i prowadzić do zakłóceń w postaci braku koncentracji, depresji, stanów lękowych, prób samobójczych, a ponadto także do zawału serca, chorób układu krążenia, a nawet choroby nowotworowej.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego powszechnie zaakceptowany jest pogląd, według którego stres będący rezultatem konfliktu w pracy może zostać uznany za przyczynę czy też współprzyczynę ciężkich chorób³. W wy-

¹ A. Szalkowski, *Problem mobbingu w stosunkach pracy*, PiZS 2002, nr 9, s. 3.

² Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. nr 21, poz. 94).

³ G. Jędrejek, *Cywilnoprawna odpowiedzialność za stosowanie mobbingu*, Warszawa 2004, s. 200.

roku Sądu Najwyższego z 11 lutego 1999 r.⁴ wskazano, że stres psychiczny, który został wywołany nieporozumieniem z przełożonym, może stanowić, zależnie od przebiegu i źródła konfliktu, zewnętrzną współprzyczynę udaru mózgu, wówczas gdy zwierzchnik w niewłaściwy sposób czyni użytek z upoważnienia do wydawania poleceń dotyczących pracy. W wyroku tym wskazano, że pomimo „twardych” warunków konkurencji panujących na rynku pracy pracodawca zobowiązany jest do szanowania pracowniczej godności i respektowania ukształtowanych w zakładzie pracy zasad współżycia społecznego. Dodatkowo podkreślono, że zarówno nietaktowne, jak i niekulturalne zwracanie się przełożonego do podległych mu pracowników, nie wspominając już o stosowaniu wobec nich fizycznej agresji, stanowi zachowanie bezprawne⁵.

Skutki, do jakich prowadzi mobbing, dostrzegł ustawodawca, który w art. 94³ § 3 k.p. przewidział prawo do dochodzenia od pracodawcy odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę w przypadku rozstroju zdrowia pracownika wywołanego mobbingiem. Artykuł 94³ § 3 k.p. stanowi o wywołaniu rozstroju zdrowia wskutek stosowania mobbingu, od zaistnienia którego uzależnione jest jedynie roszczenie o zadośćuczynienie, nie zaś samo zjawisko, jakim jest mobbing w rozumieniu art. 94³ § 2 k.p.⁶

Sama problematyka instytucji zadośćuczynienia dla ofiar mobbingu nie została w sposób kompleksowy unormowana w prawie pracy, które musi korzystać z pojęć wypracowanych przez prawo cywilne. W Kodeksie pracy ustawodawca określił jeden (prawdopodobnie najczęstszy) powód żądania zadośćuczynienia, wskazując rozstrój zdrowia, ale nie można wyeliminować sytuacji, w których mobbing będzie

naruszał także inne dobra osobiste pracownika⁷. Istotny dla przedmiotowych rozważań jest wyrok Sądu Najwyższego z 29 marca 2007 r., w którym dokonano analizy niejasności interpretacyjnych dotyczących zadośćuczynienia w przepisach prawa pracy regulujących mobbing oraz reguł, podstaw prawnych i kryteriów ustalania jego wysokości. W wyroku tym stwierdzono, że na gruncie regulacji prawnych podstawą prawną dla zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej jako zadośćuczynienia za doznaną krzywdę przez pracownika wskutek mobbingu stanowią regulacje ujęte w art. 94³ § 1–3 k.p., nie zaś bezpośrednio przepisy Kodeksu cywilnego⁸, które dopiero w sprawach nieunormowanych prawem pracy, zgodnie z art. 300 k.p., stosuje się odpowiednio, o ile nie są sprzeczne z zasadami prawa pracy. Sąd Najwyższy podkreślił, że instytucja mobbingu stanowi kwalifikowany delikt prawa pracy, a tym samym sankcje wynikające z jego stosowania to zdarzenia prawa pracy, które osądzone są głównie na podstawie przepisów prawa pracy przez sądy pracy, aczkolwiek następuje to z uwzględnieniem judykatury cywilistycznej, traktującej o zadośćuczynieniu pieniężnym za doznaną krzywdę (art. 445 § 1 k.c. i art. 448 k.c.) oraz dotyczącej kompensaty szkody wywołanej rozstrojem zdrowia (art. 444 § 1 k.c.).

W omawianym wyroku wskazano więc brak przeszkód, a nawet konieczność kierowania się przez sądy pracy kryteriami oraz zasadami wypracowanymi przez sądy cywilne, dotyczącymi zasądzania odpowiednich kwot tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę wywołaną mobbingiem. Z reguł tych wynika, że o odpowiedniej wysokości zadośćuczynienia przysługującego osobie poszkodowanej decydować powinien przede wszystkim rozmiar doznanej krzywdy, który wymaga oceny zakresu wywołanych cierpień

⁴ Wyrok SN z dnia 11 lutego 1999 r., II UKN 472/98, OSNAPiUS 2000, nr 7, poz. 292.

⁵ Tamże.

⁶ H. Szewczyk, *Ochrona dóbr osobistych pracownika (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, PiZS 2010, nr 1, s. 7.

⁷ G. Jędrejek, *Cywilnoprawna odpowiedzialność*, s. 199.

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 121).

fizycznych lub psychicznych, czasu ich trwania, intensywności, a także nieodwracalności konsekwencji doznanych krzywd oraz innych podobnych okoliczności towarzyszących wskazanej krzywdzie, które łącznie można określić pojęciem „całokształt sprawy”⁹.

Zadośćuczynienie przyznawane na podstawie Kodeksu cywilnego związane jest na ogół z rekompensatą krzywdy o charakterze niemajątkowym, natomiast uregulowane w Kodeksie pracy zadośćuczynienie za krzywdę spowodowaną mobbingiem przysługuje wyłącznie w sytuacji, kiedy stosowanie mobbingu doprowadziło do rozstroju zdrowia, ale obejmuje majątkowe i niemajątkowe następstwa tej krzywdy¹⁰. Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 29 marca 2007 r.¹¹ kompensata krzywdy w postaci rozstroju zdrowia pracownika wywołanego mobbingiem może wymagać, w zależności od rozmiaru i skutków doznanego rozstroju zdrowia, wydatków majątkowych, takich jak koszty koniecznego leczenia, a jeżeli efektem rozstroju zdrowia jest utrata zatrudnienia – także pokrycia kosztów związanych z potrzebą przekwalifikowania się do innego zawodu, w przypadku zaś utraty wskutek mobbingu zdolności do pracy – przyznania odpowiedniej renty, a ponadto naprawienia poczucia krzywdy w sferach niematerialnych, tj. psychicznej oraz psychologicznej. W przypadku zasądzenia renty będziemy mieli właśnie do czynienia z majątkowym elementem rozstroju zdrowia spowodowanego mobbingiem¹². Do powyższego wyroku nawiązano także w postanowieniu Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2013 r., wskazując, że zadośćuczynienia za rozstrój zdrowia spowodowany mobbingiem można dochodzić nie tylko za ten skutek mobbingu, ale za całokształt doznanej krzywdy¹³.

Potencjalna wielkość krzywdy, przyjmująca postać realnego rozstroju zdrowia wywołanego mobbingiem, będzie ustalona przez obliczenie odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego przy uwzględnieniu reguł oraz zasad naprawiania szkody wynikłej z rozstroju zdrowia poprzez odpowiednie zastosowanie art. 444 k.c. w związku z art. 300 k.p., jak i również naprawienia krzywdy niemajątkowej, która stanowi o wiele trudniejszy do wyliczenia składnik zadośćuczynienia, regulowany przez art. 94³ § 3 k.p.

Rozważenia wymaga kwestia, czy w przypadku zadośćuczynienia za mobbing nie powinno się wyróżnić dodatkowych kryteriów jego ustalenia. Na uwagę zasługuje tu sytuacja ekonomiczna pracodawcy. Jarosław Warylewski wskazuje, że w Stanach Zjednoczonych w przypadku procesów dotyczących ofiar molestowania seksualnego wysokość zadośćuczynienia determinowana jest liczbą zatrudnionych pracowników. Rzeczą niemożliwą jest podanie przez ustawodawcę konkretnych kwot czy też nawet hipotetycznego zarysu lub ram zadośćuczynienia, jednakże na jego wysokość wpływać powinien rodzaj („wielkość”) pracodawcy¹⁴. Przy określaniu wysokości zadośćuczynienia pamiętać należy o indywidualnych dla poszczególnych osób skutkach mobbingu – dla jednych może to być trwała choroba psychiczna, podczas gdy dla innych skutki te mogą być znikome. Wysokość zadośćuczynienia powinna być zależna od charakteru mobbingu oraz czasu jego trwania. Kryterium pomocnicze może stanowić tu liczba dóbr naruszonych przez mobbera. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt publicznego stosowania mobbingu oraz postawa zwierzchników mobbera, ponieważ w przypadku, gdy dążyli oni do ukrycia problemu i manipulowali

⁹ Wyrok SN z 29 marca 2007 r., II PK 228/06, OSNP 2008, nr 9–10, poz. 126. Zob. także wyrok SN z 21 czerwca 2013 r., III BP 4/12, LEX/el 2014, nr 1385860.

¹⁰ K. Kędziora, K. Śmiszek, *Prawo dla firm. Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa 2008, s. 218.

¹¹ Wyrok SN z 29 marca 2007 r., II PK 228/06, OSNP 2008, nr 9–10, poz. 126.

¹² Tamże.

¹³ Wyrok SN z 21 stycznia 2013 r., II PK 228/12, LEX/el 2014, nr 1284750.

¹⁴ J. Warylewski, *Molestowanie seksualne w miejscu pracy*, Sopot 1999, s. 50.

ofiara, powinno to także wpłynąć na wysokość zadośćuczynienia. Dodatkowo istotny jest fakt, czy dany mobber już wcześniej wykazywał tego typu postawy, jeżeli tak, to wówczas zadośćuczynienie powinno być odpowiednio wyższe¹⁵.

Postawić należy pytanie, czy pracownik uprawniony jest do dochodzenia od pracodawcy roszczeń zarówno za szkodę materialną, jak i za krzywdę, w sytuacji gdy naruszone zostaną inne dobra osobiste aniżeli zdrowie. W celu bliższego wyjaśnienia poszczególnych relacji, jakie zachodzą pomiędzy unormowaniami zawartymi w art. 94³ § 3 k.p. a normami ujętymi w art. 444 k.c., 445 k.c. i art. 448 k.c., należy podkreślić, że przepisy prawa pracy przewidują możliwość dochodzenia od pracodawcy odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę wyłącznie w sytuacji, gdy mobbing wywołał u pracownika rozstrój zdrowia, a ze względu na brak w prawie pracy unormowań dotyczących tego zagadnienia powstaje konieczność korzystania w tym zakresie z wykładni i praktyki wypracowanej przez prawo cywilne¹⁶.

We wzajemnych relacjach unormowań zawartych w Kodeksie pracy i w Kodeksie cywilnym należy wykluczyć możliwość dochodzenia od pracodawcy zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 94³ § 3 k.p. w zbiegu z art. 445 § 1 k.c.¹⁷, gdyż przepisy te regulują analogiczne roszczenie w przypadku uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, a tym samym ich jednocześnie powołanie stanowiłoby dążenie do podwójnego naprawienia takiej samej szkody niemajątkowej i z tej samej podstawy faktycznej. Jednak możliwość taką dopuszcza D. Dörre-Nowak, która uważa, że zbieg tych dwóch podstaw odpowiedzialności teoretycznie jest

możliwy w przypadku, kiedy pracodawca ponosiłby odpowiedzialność na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, działając jako bezpośredni sprawca i spełniając cechy uporczywości, długotrwałości nękania oraz zastraszania pracownika, które w rezultacie spowodowały u niego rozstrój zdrowia, a dodatkowo na podstawie odpowiedzialności z art. 94³ § 3 k.p. wówczas, kiedy wystarczającą przesłankę odpowiedzialności pracodawcy stanowiłaby sytuacja niewywiązania się z obowiązku przeciwdziałania mobbingowi. Na taką kumulację roszczeń nie pozwoliłaby jednak zasada sprawiedliwości społecznej.

Inny przypadek stanowi sytuacja pracownika, u którego mobbing spowodował rozstrój zdrowia, w związku z czym wystąpił on do sądu pracy z roszczeniem o zadośćuczynienie od pracodawcy, powołując się na przepis art. 94³ § 3 k.p., oraz dodatkowo skierował swoje roszczenie na podstawie art. 448 k.c. przeciwko współpracownikom lub współpracownikowi¹⁸. Artykuł 448 k.c. stanowi, że „w razie naruszenia dobra osobistego sąd może przyznać temu, czyje dobro osobiste zostało naruszone, odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę lub na jego żądanie zasądzić odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez niego cel społeczny, niezależnie od innych środków potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia”. Sąd może przyznać zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w przypadku, gdy naruszone zostanie jakiegokolwiek dobro osobiste. W powyższej sytuacji zbieg wskazanych roszczeń będzie dopuszczalny, ponieważ pracodawca poniesie odpowiedzialność na podstawie art. 94³ § 1 k.p. wobec niewywiązania się z obowiązku zapobiegania zjawisku mobbingu w miejscu pracy, a odpowiedzialność współpracownika oparta zostanie na uszczerbku w do-

¹⁵ G. Jędrejek, *Cywilnoprawna odpowiedzialność*, s. 207.

¹⁶ D. Dörre-Nowak, *Ochrona godności i innych dóbr osobistych pracownika*, Warszawa 2005, s. 261 i n.

¹⁷ Art. 445 § 1–3 k.c. zawiera szczególne reguły określające możliwość żądania zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę doznaną wskutek uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia, pozbawienia wolności lub skłonienia za pomocą podstępem, gwałtu lub nadużycia stosunku zależności do poddania się czynowi nierządnemu.

¹⁸ D. Dörre-Nowak, *Ochrona godności*, s. 261–263.

brach osobistych mobbowanego pracownika, powstałych wskutek osobistego działania tego współpracownika.

Wyłączyć należy możliwość ubiegania się o zadośćuczynienie od pracodawcy równocześnie na podstawie art. 94³ § 3 k.p. i art. 448 k.c., w przypadku gdy bezpośrednim sprawcą mobbingu jest właśnie pracodawca, którego działania w sposób oczywisty godzą w dobra osobiste mobbowanego pracownika. W takiej sytuacji, podobnie jak przy zbiegu art. 445 i 448 k.c., poszkodowany, którego dobro osobiste zostało naruszone, ma możliwość alternatywnego wyboru podstawy prawnej, na podstawie której będzie domagał się zadośćuczynienia. Taką interpretację potwierdza zasada, zgodnie z którą nie można tej samej krzywdy dwukrotnie wynagradzać w ten sam sposób.

Jednak sprawa mogłaby wyglądać inaczej w przypadku, kiedy pracownik dochodziłby od swojego pracodawcy zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, powołując się na przepis art. 94³ § 3 k.p., ze względu na rozstrój zdrowia spowodowany mobbingiem, a oprócz tego zgodnie z art. 448 k.c., w rezultacie naruszenia wobec niego przez pracodawcę godności jako pracownika i jako człowieka, zażądałby także odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny. W takiej sytuacji, szczególnie ze względu na treść art. 448 k.c., który stanowi, że roszczenia w nim zawarte pozostają niezależne od innych środków potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia, nie można odmawiać pracownikowi prawa do wystąpienia z obydwoma roszczeniami jednocześnie¹⁹.

Podkreślić należy, że art. 448 k.c. ma zastosowanie tylko w przypadku naruszenia dóbr osobistych w sposób zawiniony. Oznacza to, że podstawą odpowiedzialności sprawców naruszeń dóbr osobistych, w tym także pracodawcy, który stosuje mobbing, jest ich każdorazowe działanie zawinione, przy czym nie ma tu znaczenia, czy mamy do czynienia z winą

umyślną, jak w przypadku bezpośredniego mobbingu stosowanego przez pracodawców, czy też z winą nieumyślną w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa *sensu stricto*, gdy pracodawca poprzez milczenie bądź za pomocą cichej akceptacji lub wskutek złej organizacji zakładu pracy sprzyja wystąpieniu tego zjawiska w miejscu pracy (mobbing pośredni)²⁰.

Dla pełnego zrozumienia prawnych konsekwencji stosowania mobbingu należy poddać analizie jeszcze jedno zagadnienie, a mianowicie – Kodeks cywilny, niezależnie od regulacji zadośćuczynienia pieniężnego zawartego w art. 94³ § 3 k.p., przyznaje poszkodowanemu wskutek rozstroju zdrowia odpowiednie roszczenia w formie innych środków niż wskazane roszczenie o zadośćuczynienie na podstawie art. 445 § 1 k.c. Zgodnie z art. 444 § 1 k.c. „w razie uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia naprawienie szkody obejmuje wszelkie wyniki z tego powodu koszty. Natomiast na żądanie poszkodowanego zobowiązany do naprawienia szkody powinien wyłożyć z góry sumę potrzebną na koszty leczenia, a jeżeli poszkodowany stał się inwalidą, także sumę, potrzebną na koszty przygotowania do innego zawodu”. Roszczenie o rentę przysługuje poszkodowanemu w razie całkowitej lub częściowej utraty przez niego zdolności do pracy zarobkowej bądź też wówczas, gdy zwiększyły się jego potrzeby lub też zmniejszyły widoki powodzenia na przyszłość (art. 444 § 2 k.c.). Następstwa te powinny mieć trwały charakter, co nie oznacza, że muszą być one nieodwracalne. Ponadto poszczególne z tych okoliczności mogą wyznaczać samodzielnie podstawę do zasądzenia renty.

W przypadku częściowej utraty zdolności do pracy wysokość renty powinna być zdeteminowana różnicą pomiędzy zarobkami, jakie przypuszczalnie osiągnąłby poszkodowany w objętym rentą okresie, w sytuacji gdyby nie doznał rozstroju zdrowia lub uszkodzenia

¹⁹ Tamże.

²⁰ R. Poździk, *Odszkodowanie, zadośćuczynienie za mobbing w miejscu pracy*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 5, s. 137–138.

ciała, a zarobkami, jakie jest w stanie rzeczywistości osiągnąć w tym czasie. Sąd musi rozważyć wszystkie uzyskiwane w sposób legalny dochody poszkodowanego, a także te, które byłby w stanie otrzymać, gdyby nie wyrządzono mu szkody, tj.: nagrody okresowe, deputaty, dodatki za wysługę lat, premie, w miarę regularnie osiąganego zarobki za prace dorywcze, dochody z pracy twórczej itp. Od poszkodowanego wymaga się jednak, by wykorzystał pozostałą mu zdolność zarabkowania, przy uwzględnieniu realnie istniejących możliwości, lecz praca taka nie może w sposób radykalny odbiegać od jego wykształcenia i przygotowania zawodowego. Natomiast przy całkowitej utracie zdolności do pracy przez poszkodowanego renta powinna odpowiadać wysokości równej wszystkim prawdopodobnym zarobkom, które mógłby on uzyskać, gdyby szkody mu nie wyrządzono²¹.

W tym miejscu należy zastanowić się, czy przyznana przepisami Kodeksu pracy możliwość dochodzenia od pracodawcy odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę przez pracownika, u którego mobbing wywołał rozstrój zdrowia, stanowi wystarczającą dla jego ochrony regulację, która umożliwi jednocześnie wyłączenie w tym zakresie stosowania unormowań cywilnoprawnych. Powołując się na art. 300 k.p., można stwierdzić, że ustawodawca przesądził kwestie roszczeń, których pracownik może dochodzić od pracodawcy w razie wywołania rozstroju zdrowia na skutek mobbingu, co równoznaczne jest z zamknięciem drogi cywilnoprawnej. Artykuł 300 k.p. stanowi, że „w sprawach nie unormowanych przepisami prawa pracy do stosunku pracy stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy”. Wyartykułowana sprzeczność dotyczy przypadków, w których hipotezy dwóch norm prawnych przynajmniej częściowo się pokrywają, natomiast dyspozycje wzajemnie wykluczają²².

Tym samym można stwierdzić, że zadośćuczynienie za rozstrój zdrowia wywołany mobbingiem jest unormowane prawem pracy, więc już tu brak jest celowości sięgania w tym zakresie do przepisu Kodeksu cywilnego, po drugie zaś, można podnieść zarzut sprzeczności pomiędzy tymi przepisami. Oczywiście pominięto tu kwestie korzystania z dorobku prawa cywilnego w zakresie dokładnego sposobu określania zadośćuczynienia.

Moim jednak zdaniem, mając świadomość, że Kodeks pracy przyznaje konkretne roszczenie w ściśle określonym przypadku, jakim jest wywołanie rozstroju zdrowia wskutek mobbingu, nie można jednocześnie polegać tylko na tym jednym uprawnieniu. Mobbing jest zjawiskiem złożonym (wielopłaszczyznowym). W roli mobbera mogą występować różne osoby, a od strony prawnej inaczej wygląda sytuacja w przypadku, gdy mobberem jest pracodawca, a inaczej, gdy jest nim współpracownik mobbowanego. Ponadto mobbing składa się z wielu faz oraz może przebiegać w zróżnicowany sposób. Wszystkie poszczególne sytuacje należy badać w sposób indywidualny. Nie zawsze uzyskanie zadośćuczynienia od pracodawcy na podstawie art. 94³ § 3 k.p. będzie wystarczającą rekompensatą doznanej krzywdy. Pod uwagę można wziąć przykład, kiedy to pracodawca zapłacił odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia mobbowanemu przez współpracownika pracownikowi, ale ponieważ to nie on był bezpośrednim sprawcą mobbingu, poczucie sprawiedliwości mobbowanego nie zostało w pełni zaspokojone i dodatkowo będzie chciał on skorzystać z uprawnień, jakie daje mu, w związku z naruszeniem jego dóbr osobistych, Kodeks cywilny. Omawiany przepis Kodeksu pracy powinien być w możliwych ku temu przypadkach uzupełniany przez środki, jakie każdemu przyznaje prawo cywilne.

Nie ulega wątpliwości, że twierdzenie o niestosowaniu cywilnoprawnych roszczeń,

²¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 7, Warszawa 2006, s. 250.

²² U. Jackowiak, W. Uziak, A. Wypych-Żywicka, *Prawo pracy – podręcznik dla studentów prawa*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 64.

tam gdzie przesłanki do ich stosowania zostały spełnione dlatego tylko, że Kodeks pracy przyznaje jedno konkretne roszczenie o zadośćuczynienie, jest błędnym rozumowaniem. Pomijając nawet fakt o doniosłości i wadze takich dóbr jak życie czy zdrowie, podkreślić należy to, że Kodeks cywilny gwarantuje ochronę powszechną przed wszelkimi rodzajami naruszeń dóbr osobistych. Tymczasem zdrowie to tylko jedno z dóbr osobistych, które może zostać naruszone w wyniku mobbingu, a poza regulacją pozostają wówczas takie dobra osobiste jak godność, prawo do prywatności czy też cześć. Ich naruszenia mogą pojawić się obok rozstroju zdrowia albo wystąpić samodzielnie. Ponadto wskazane przepisy Kodeksu cywilnego zamieszczone zostały w rozdziale normującym czyny niedozwolone, w którym przesłankę skutecznego dochodzenia wszelkich roszczeń stanowi wina sprawcy, natomiast w przypadku przepisu zawartego w Kodeksie pracy mamy do czynienia z niczym nieograniczoną odpowiedzialnością pracodawcy, tym bardziej niezależną od tego, czy jest on bezpośrednim sprawcą mobbingu. Tym samym pracownikowi, u którego mobbing spowodował rozstrój zdrowia, przyznano pewne minimum w postaci zasądzenia odpowiedniej sumy zadośćuczynienia.

W sytuacji przypisania pracodawcy czy też współpracownikom mobbowanego winy polegającej na bezprawnych działaniach mobbingowych taki mobbowany pracownik będzie mógł dodatkowo skorzystać z zagwarantowanych prawem roszczeń cywilnych przysługujących w razie zagrożenia lub bezprawnego naruszenia dóbr osobistych. Takie stanowisko w pełni koresponduje z art. 23 k.c., zgodnie z którym dobra osobiste człowieka pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach, oraz z art. 24 § 3 k.c., który stanowi, że środki ochrony dóbr osobistych przewidziane w tym przepisie nie uchybiają uprawnieniom prze-

widzianym w innych przepisach. Koreluje to także z brzmieniem art. 448 k.c., który jest wyrazem autonomizacji instytucji zadośćuczynienia i możliwości wystąpienia przez poszkodowanego z żądaniem zasądzenia odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny²³.

Dodatkowo wspomnieć należy, że podstawą prawną odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez innego pracownika może być art. 430 k.c., który reguluje odpowiedzialność zwierzchnika za szkodę wyrządzoną przez podwładnego. Rozważyć należy także art. 422 k.c., zgodnie z którym za szkodę odpowiedzialny jest nie tylko ten, kto ją bezpośrednio wyrządził, ale także ten, kto nakłonił inną osobę do wyrządzenia szkody albo był jej pomocny, jak i również ten, kto świadomie skorzystał z wyrządzonej drugiemu szkody.

Sąd Najwyższy wypowiedział się pozytywnie o przysługującym pracownikowi prawie wystąpienia przeciwko pracodawcy z roszczeniami bezpośrednio opartymi na przepisach cywilnoprawnych w uzasadnieniu wyroku z 2 października 2009 r.²⁴ Podkreślono wówczas prawo pracownika do skorzystania z wielu roszczeń cywilnoprawnych, polegających na: ustaleniu, że ma lub miał miejsce mobbing stanowiący zdarzenie prawotwórcze, skutkujące odpowiedzialnością odszkodowawczą po stronie jego sprawcy (zgodnie z art. 189 k.p.c. powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny); żądaniu zaniechania naruszenia w związku z mobbingiem dóbr osobistych pracownika (art. 24 § 1 zd. 1 k.c.); dopełnieniu czynności potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia dóbr osobistych, w szczególności przez złożenie oświadczenia o odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (art. 24 § 1 zd. 2 k.c.); żądaniu zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę doznaną wskutek naruszenia dóbr osobistych lub polegających na zapłacie odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny (art. 24 § 1 zd. 3 i art. 448 k.c.); na-

²³ D. Dörre-Nowak, *Ochrona godności*, s. 264–265.

²⁴ Wyrok SN z 2 października 2009 r., II PK 105/09, LEX nr 571904.

prawieniu szkody wyrządzonej naruszeniem dóbr osobistych (art. 24 § 2 k.c. oraz art. 415 i nast. k.c.); naprawieniu szkody wyrządzonej rozstrojem zdrowia spowodowanego mobbingiem (art. 444 k.c.)²⁵.

Ponadto pamiętać należy, że ustawodawca wprowadził do Kodeksu pracy również odszkodowanie za rozwiązanie umowy o pracę z powodu mobbingu. Zgodnie z art. 94³ § 4 k.p. pracownik, który wskutek mobbingu rozwiązał umowę o pracę, ma prawo dochodzić od pracodawcy odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalane na podstawie odrębnych przepisów, przy czym w świetle § 5 wskazanego przepisu oświadczenie o rozwiązaniu umowy o pracę powinno nastąpić na piśmie, z podaniem mobbingu jako przyczyny uzasadniającej rozwiązanie umowy o pracę. Tym samym Kodeks pracy przyznaje pracownikom bezpośrednio dwa roszczenia związane z mobbingiem. Zasadności wprowadzenia artykułem 94³ § 3 k.p. roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę w postaci rozstroju zdrowia spowodowanego mobbingiem, w sytuacji kiedy na podstawie prawa cywilnego można wystąpić z identycznym roszczeniem, należy poszukiwać w dążeniu do wzmożonej ochrony osoby pracownika przez przepisy prawa pracy. Dzięki tej regulacji zwiększają się automatycznie szanse na uzyskanie zadośćuczynienia w konkretnej sytuacji, jaką stanowi rozstrój zdrowia. Taki stan rzeczy wynika z rozszerzenia kręgu osób odpowiedzialnych, ponieważ do odpowiedzialności możemy pociągnąć nie tylko bezpośredniego sprawcę mobbingu, ale także pracodawcę, który nie dołożył należytej staranności i nie wywiązał się z obowiązku przeciwdziałania mobbingowi w miejscu pracy. Dodatkowo pracodawca odpowiada niezależnie od swojej winy, podczas gdy dochodzenie omówionych roszczeń cywilnoprawnych uzależnione jest od spełnienia przesłanki zawinienia.

Ustanowienie warunku w postaci rozstroju zdrowia można uznać za kwalifikowaną postać

mobbingu, ponieważ w definicji legalnej tego zjawiska nie został podkreślony aspekt zdrowotny. Zaaprobować należy to, że ustawodawca w skrajnych, ale nierzadkich przypadkach stosowania mobbingu, którego skutkiem jest doprowadzenie pracownika do rozstroju zdrowia, przyznał mu konkretne roszczenie, regulowane przepisami prawa pracy. Natomiast w sytuacji przypisania pracodawcy czy też współpracownikom mobbowanego winy taki pracownik dodatkowo powinien korzystać z roszczeń zagwarantowanych prawem cywilnym.

Na końcu już zauważyć należy, że skuteczne dochodzenie przez pracownika roszczeń przysługujących w związku z mobbingiem jest utrudnione w pewien sposób przez rozkład ciężaru dowodu, który spoczywa właśnie na pracowniku. Niemniej jednak takie rozwiązanie może stanowić jednocześnie skuteczną ochronę pracodawcy przed pozornym zarzutem mobbingu. Niezrozumiały natomiast jest wyjątek od dyspozycji art. 6 k.c. w przypadku dochodzenia odszkodowania za naruszenie zasad równego traktowania w zatrudnieniu. Według tej regulacji to pracodawca musi udowodnić, że kierował się obiektywnymi powodami i nie naruszył wyżej wskazanych zasad. Taki stan rzeczy należy uznać za pewną niekonsekwencję ustawodawcy, ponieważ odszkodowanie za naruszenie zasad równego traktowania oraz odszkodowanie za ustanie stosunku pracy wskutek mobbingu powinny rządzić się takimi samymi regułami dowodowymi. Brak jest logicznego wytłumaczenia dla lepszego położenia pracowników nierówno traktowanych w stosunku do tych mobbowanych.

Powyższe uwagi w najmniejszy sposób jednak nie podważają istoty regulacji zadośćuczynienia za rozstrój zdrowia spowodowany mobbingiem. Przepisy zawarte w art. 94³ § 1–5 k.p. są niezwykle ważne dla środowiska pracy, ponieważ pokazują, że przemoc psychiczna w postaci mobbingu nie ma wymiaru wyłącznie moralnego, a prowadzi także do konse-

²⁵ Tamże.

kwencji czysto prawnych, nierzadko bardzo kosztownych, szczególnie w przypadku rozstroju zdrowia pracownika.

Jednak prawdziwy klucz do sukcesu stanowiłaby zmiana świadomości pracodawcy w zakresie pojmowania pojęcia pracy podporządkowanej. Nowoczesny stosunek pracy nie powinien skupiać się na dyrektywnych uprawnieniach przełożonego wobec pracownika. Pracodawca powinien postawić na samodzielność, wiedzę i kompetencję pracowników oraz oczekiwać od nich kreatywnego wkładu w pracę. Nadmierna kontrola oraz skupienie się na pozycji nadrzędnej mogą przynieść wprost odwrotne skutki, takie jak demotywa-cja, zniechęcenie czy też wypalenie zawodo-

we. Drugi aspekt stanowią relacje pomiędzy współpracownikami, ale to także w przeważającej części dział pracodawcy, który powinien zadbać o prawidłowe relacje w swoim zespole pracowniczym i nie stwarzać atmosfery niezdrowej rywalizacji, braku życzliwości oraz ciągłego napięcia.

Przeciążenie informacjami, presja czasu, znaczna konkurencja oraz praca „na wyniki” to przejawy współczesności, które w sposób destrukcyjny wpływają na stosunki w pracy, jej wykonywanie, a przede wszystkim, na pracownika i człowieka. Potwierdza to istotę oraz znaczenie prawnej regulacji mobbingu i konieczność dążenia do poprawienia jakości oraz przejrzystości tych unormowań.

Summary

Ewelina Kowalska-Benasiewicz

REMEDIES FOR MOBBING. CONFLUENCE CLAIMS

In January 2014 passed ten years since the introduction of legislation, which regulates mobbing in the Polish labour law, however, nonetheless regulation concluded in article 94³ § 1-5 Labour Code still raises doubts being the subject of constant discussion. It mainly concerns the complicated legal term of mobbing and the range of claims, which an employee, who is a victim of mobbing is entitled to.

The following article addresses the issues of remedies for mobbing regulated in article 94³ § 3 Labour Code and coincidence of these remedies with the other Civil Code regulations. The problem of institutions of remedies for mobbing is not completely regulated in the Labour Law, which has to use the terms developed by the civil law. However, this raises the issue about the relations between remedies for mobbing adjudged to a mobbing victim and remedies, which can be adjudged in selected situations indicated by the civil law.

There is no doubt, that theorem not to use civil claims, when conditions are satisfied, just because the Labour Code grants the victim concrete claim for remedies is fallacy.

Even apart from the fact about the importance and significance of such goods like life or health, it requires to be underlined, that the Civil Code guarantees common protection against all kinds of infringement of personal interests. *Ipsa facto* an employee, in whose case mobbing caused health disorder, has a certain minimum in the form of adjudged adequate sum of remedies.

KEY WORDS: mobbing, employer, employee, remedies, health disorder, personal interests

POJĘCIA KLUCZOWE: mobbing, pracodawca, pracownik, zadośćuczynienie, rozstrój zdrowia, dobra osobiste

BEZPIECZEŃSTWO ZAWODNIKÓW PODCZAS UPRAWIANIA SPORTU I UCZESTNICTWA WE WSPÓŁZAWODNICTWIE SPORTOWYM JAKO JEDEN Z RODZAJÓW BEZPIECZEŃSTWA. ŚWIADCZENIA ODSZKODOWAWCZE Z TYTUŁU WYPADKÓW I SCHORZEŃ MAJĄCYCH ZWIĄZEK Z TYMI OKOLICZNOŚCIAMI

I. ZAWODNICZY

Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. nr 127, poz. 857) nie zawiera określenia zawodnika, które występowało w ustawie z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. nr 236, poz. 1675 z późn. zm.). Według tej ustawy zawodnikiem była osoba uprawiająca amatorsko lub profesjonalnie określoną dyscyplinę sportu i uczestnicząca we współzawodnictwie sportowym. W myśl też tej ustawy sport mogli uprawiać zawodnicy posiadający status zawodnika profesjonalnego lub amatora, przy czym zawodnikiem posiadającym status zawodnika profesjonalnego była osoba uprawiająca sport na podstawie umowy o pracę lub na podstawie umowy cywilnoprawnej i otrzymująca za to wynagrodzenie. Posiadanie natomiast przez zawodnika statusu amatora uprawniało wyłącznie do otrzymywania stypendium sportowego. Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym (Dz.U. nr 155, poz. 1298 z późn. zm.) zniósła ten podział.

Według uzasadnienia projektu obowiązującej obecnie ustawy o sporcie odstąpiono w niej od określenia wielu pojęć, uzasadniając odstąpienie nie zawsze poprawnością dotychczasowych określeń, ich powszechną zrozumiałością bądź też potrzebą zwiększenia elastyczności i czytelności ustawy, co zamierzano uzyskać

pozostawieniem klasycznych pojęć dla sportu bez definicji ustawowych¹. Założenie to należy ocenić negatywnie. Brak bowiem określenia przez ustawodawcę występujących w ustawie pojęć powoduje różnego rodzaju wątpliwości, chociażby związane z pojęciem zawodnika na tle jego prawa do bezpieczeństwa w uprawianiu sportu i we współzawodnictwie sportowym, i wskazuje na niepoprawność legislacyjną w sprawach niezwykle istotnych.

O potrzebie sprecyzowania niektórych pojęć świadczy występowanie ich w regulacjach wewnętrznych polskich związków sportowych. Ma to np. miejsce w uchwale Zarządu PZPN nr III/39 z dnia 14 lipca 2006 r. w sprawie statusu zawodników, którzy występują w polskich klubach piłkarskich, która to uchwała w sposób budzący wątpliwości ze względu na zawarte w niej sformułowania określa pojęcie zawodników amatorów i profesjonalnych. Według bowiem tej uchwały amatorami są zawodnicy, którzy z tytułu uprawiania sportu piłki nożnej nie otrzymują wynagrodzenia bądź innego świadczenia pieniężnego lub rzeczowego innego niż zwrot rzeczywiście poniesionych wydatków związanych z udziałem w oficjalnych rozgrywkach organizowanych przez PZPN i/lub ligę zawodową. Zawodnikami profesjonalnymi są natomiast zawodnicy, którzy zawarli z klubem umowę według wzoru PZPN, będącą w swojej istocie kontraktem o profesjonalne

¹ S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 41.

uprawianie piłki nożnej. Do tych zawodników zaliczani są również zawodnicy, którzy otrzymują z tytułu uprawiania tej dyscypliny lub z działalności z nią związanej wynagrodzenie lub inne świadczenie rzeczowe wyższe aniżeli zawodników amatorów².

II. WIĘZI PRAWNE ŁĄCZĄCE ZAWODNIKA Z KLUBEM SPORTOWYM

Ustawa o sporcie nie zawiera sformułowania odnośnie do podstaw prawnych zatrudnienia zawodników przez klub, w tym także na podstawie umowy o pracę regulowanej przepisami ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. nr 21, poz. 94 z późn. zm.). Taką możliwość wywodzi się z treści art. 36 ust. 8 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. nr 69, poz. 415 z późn. zm.), który zawiera upoważnienie dla ministra właściwego do spraw pracy do określenia w drodze rozporządzenia klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania, z uwzględnieniem zawodów i specjalności występujących na rynku pracy oraz potrzeb pośrednictwa i poradnictwa zawodowego³.

Minister Pracy i Polityki Społecznej, regulując wskazane upoważnienie w załączniku do wydanego przez siebie rozporządzenia z dnia 27 kwietnia 2010 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania (Dz.U. nr 82, poz. 537 z późn. zm.), uwidoczniał między innymi w tej klasyfikacji zawodników dyscypliny sportowej, tj. sportowców, trenerów i pokrewnych. Pogląd ten, dopatrujący się potwierdzenia możliwości zawarcia umowy o pracę na podstawie powołanej ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, należy uznać za uzasadniony i w pełni uwzględniający zasadę swobody zawierania umów.

Niemniej jednak wynikającą z powołanego rozporządzenia klasyfikację zawodów należy oceniać wyłącznie jako wskazanie określonych specjalności i zawodów, których wykonywanie możliwe jest na podstawie różnych podstaw zatrudnienia, w tym także umowy o pracę. Każde jednak zatrudnienie winno być oceniane z uwzględnieniem przepisów dotyczących jego podstawy. W przypadku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę będą to przepisy określające pojęcia pracodawcy i pracownika, cechy charakterystyczne stosunku pracy itp.

Pojęcie pracodawcy wynikające z art. 3 Kodeksu pracy obejmuje wszystkie podmioty zatrudniające pracowników, a więc zarówno te, które występują w przewidzianych przez prawo formach organizacyjno-prawnych, jak też osoby fizyczne zatrudniające pracowników. W praktyce występują niekiedy trudności w ustaleniu, czy dane zatrudnienie winno być kwalifikowane jako będące wynikiem zawartego stosunku pracy. Należy wówczas to zatrudnienie rozpatrywać z uwzględnieniem treści art. 22 § 1 Kodeksu pracy, zawierającego cechy charakterystyczne tego stosunku.

W realiach polskiego prawa umowa o pracę jest jedną z podstaw zawarcia stosunku pracy. Istotne jest też pojęcie pracownika, wynikające z art. 2 Kodeksu pracy. Pracownikiem jest bowiem także osoba zatrudniona na podstawie powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę.

Należy mieć również na uwadze, że nie ma domniemania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, którego najczęstszą podstawą jest umowa o pracę, i w sytuacjach spornych należy w szczególności ustalić, jaki był cel i zamiar stron, składane przez strony oświadczenia woli, a także czy zatrudnienie spełnia przesłanki przewidziane dla stosunku pracy wynikające z treści art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Nie ma bowiem przeszkód zatrudnienia na innej podstawie aniżeli umowa o pracę również i w sporcie, jeżeli nie przemawiają za tym prze-

² Tamże, s. 42.

³ Tamże.

słanki zatrudnienia i charakterystyczne cechy właściwe dla jego rodzaju⁴.

Problem pojęcia pracownika i zakresu tego pojęcia w odniesieniu do sportowców był także przedmiotem orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 15 grudnia 1995 r., CC-415/93, w sprawie *Union Royale Belge des Societes de Football Association ASBL i inni v. Jean Marc Bosman i inni* (EXCR 1995, s. I-4921)⁵, w którym stwierdzono, że art. 48 Traktatu ma zastosowanie do reguł ustanowionych przez stowarzyszenia narodowe, które określają warunki, na jakich zawodowy sportowiec może zostać zatrudniony. W dalszej treści orzeczenie stwierdza, że sytuacja piłkarza zawodowego, który zawarł kontrakt zatrudnienia z klubem w innym państwie członkowskim w celu wykonywania płatnej pracy, nie może być klasyfikowana jako czysto wewnętrzna i niepodlegająca prawu wspólnotowemu. Należy w tym miejscu zauważyć, że akty prawne Unii Europejskiej są z reguły adresowane do pracowników. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej określa zazwyczaj pracownika jako osobę wykonującą pracę na rzecz innej osoby pod jej kierownictwem i za wynagrodzeniem⁶.

Zgodnie z dyrektywą 89/391, dotyczącą realizacji przedsięwzięć mających na celu poprawę bezpieczeństwa i ochrony pracowników podczas pracy, często nazywaną „ramową” ze względu na regulowanie przez nią w sposób

ogólny sprawy ochrony życia i zdrowia pracowników, pracownikiem jest każda osoba zatrudniona przez pracodawcę, z wyłączeniem służby domowej⁷. Podstawą zaliczenia do kategorii pracowników jest pozostanie w stosunku pracy. W europejskim prawie pracy obowiązuje też zasada, zgodnie z którą pracownikami są osoby fizyczne uznane za pracowników przez krajowe przepisy prawa pracy. Kodeks pracy odnosi w art. 2 pojęcie pracownika do stosunku pracy, wskazując w art. 22 § 1 charakterystyczne cechy tego stosunku. Z uwzględnieniem więc tego Kodeksu należy każdorazowo oceniać, czy w odniesieniu do określonego zawodnika ma miejsce zawarcie stosunku pracy, czy też została zawarta umowa o charakterze cywilnoprawnym. Europejskie prawo pracy odróżnia też umowy o pracę od świadczenia pracy na podstawie stosunku pracy, które to pojęcie traktowane jest jako szersze od umowy o pracę, podobnie jak i w Polsce⁸. Dyrektywa Rady Wspólnoty nr 91/533 z dnia 14 października 1991 r. w sprawie obowiązku pracodawcy informowania pracownika o warunkach umowy, dotycząca obowiązku informacyjnego stron umowy o pracę lub stosunku pracy, nie dotyczy jednak żadnych zagadnień związanych z treścią stosunku pracy i reguluje wyłącznie sprawy formalne, określając, kto i przez jaki okres, na jakich warunkach jest zatrudniony, a także na czyją rzecz świadczy pracę⁹.

W precyzowaniu treści postanowień umow-

⁴ J. Stelina, *Charakterystyka stosunku pracy*, (w:) *Prawo pracy*, red. J. Stelina, C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 90 i n.

⁵ Zob. W. Czaplinski, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, *Prawo Wspólnot Europejskich – orzecznictwo*, Warszawa 1997, t. II, s. 430; W. Czaplinski, *Sprawa J. M. Bosmana*, PPE 1997, nr 1, s. 107; W. Sanetra, *Przepisy ogólne*, (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. J. Iwulski, W. Sanetra, Librata, Warszawa 1999, s. 16–17.

⁶ Zob. L. Florek, *Europejskie prawo pracy*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 17; A. M. Świątkowski, *Bezpieczeństwo i higiena pracy*, Universitas, Kraków 2003, s. 170.

⁷ A. M. Świątkowski, tamże, s. 208.

⁸ Zob. C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford 2000, s. 436 i n., który zauważa, że niektóre państwa posługują się tylko pojęciem umowy o pracę.

⁹ I. Jackowska, M. Jankowska, B. Marczuk, I. Rakowska, B. Wiktorowska, *Prawo pracy i uprawnienia socjalne w Unii Europejskiej*. Dodatek „Gazeta Prawna” z 6–8 czerwca 2003 r.; W. Sanetra, *Europejskie prawo pracy a źródła polskiego prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2006, nr 6, s. 9 i n.; W. Sanetra, *Źródła europejskiego prawa pracy po zmianach traktatowych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2010, nr 3, s. 2 i n.; M. Matej-Typrowicz, *Polskie prawo pracy wobec integracji europejskiej*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 4–5, s. 118 i n.; L. Florek, *Dostosowanie polskiego prawa pracy do prawa unijnego ze szczególnym uwzględnieniem Kodeksu pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 1, s. 4 i n.; M. Tomaszewska, *Międzynarodowe i europejskie źródła pracy*, (w:) *Prawo pracy*, red. J. Stelina, s. 80 i n.

nych związanych z zawartym stosunkiem pracy stosowane są niekiedy zakresy czynności, jakkolwiek ich podstawa nie wynika z przepisów Kodeksu pracy. Treść tych zakresów czynności musi być jednak zgodna z umówioną pracą. W przeciwnym razie prowadziłyby one do zmiany istotnych warunków umowy wymagającej określonego postępowania poprzedzonego oceną zgodności zmiany z przepisami Kodeksu pracy.

W praktyce dotyczącej zawodowego uprawiania sportu mają miejsce postanowienia, które odbiegają niekiedy od postanowień tego Kodeksu dotyczących cech stosunku pracy. Wynikają one z różnego rodzaju postanowień o charakterze wewnętrznym polskich związków sportowych, a to z kontraktów, aneksów itp., które określają np. czas trwania kontraktu, ponoszenia określonego ryzyka związanego z formą sportową, zasady wynagradzania. Przypisuje się im konkretyzowanie praw i obowiązków zawodników profesjonalnych, a w szczególności w zakresie miejsca wykonywania pracy, wymiaru czasu pracy i innych postanowień szczegółowych¹⁰. Na przykład Regulamin Przynależności Klubowej w Sporcie Żużlowym przewiduje zawieranie kontraktów sportowych na czas określony, z uzależnieniem jego długości od wieku i obywatelstwa zawodnika, nie zakładając przy tym obligatoryjności wynagrodzenia – ale jego zalecenie¹¹.

Ze względu na cechy charakterystyczne stosunku pracy wynikające z art. 22 § 1 Kodeksu pracy wynagrodzenie jest jednakże obligatoryjnym warunkiem zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. Zatrudnienie więc z uwzględnieniem cech określonych w tym przepisie jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy (art. 22 § 1¹ tego Kodeksu).

III. BEZPIECZEŃSTWO ZAWODNIKÓW PODCZAS ROZGRYWEK SPORTOWYCH

Zapewnienie szeroko rozumianego bezpieczeństwa obywatelom jest jednym z podstawowych obowiązków Rzeczypospolitej, wynikającym z art. 5 Konstytucji RP. Obowiązek ten ma charakter prawa podmiotowego chronionego w sposób kwalifikowany. Z Konstytucji RP wynika również szeroki zakres podmiotowy i przedmiotowy obowiązków w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa i higieny pracy¹². W zakresie ochrony życia i zdrowia zatrudnionych stanowią je w szczególności następujące przepisy Konstytucji RP:

- Art. 24. „Praca znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej. Państwo sprawuje nadzór nad warunkami wykonywania pracy”;
- Art. 38. „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu prawną ochronę życia”;
- Art. 66 ust. 1. „Każdy ma prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy”;
- Art. 68 ust. 1. „Każdy ma prawo ochrony zdrowia”.

Dokonując analizy przepisów Konstytucji RP, należy zauważyć, że używa ona określenia „praca” w ujęciu bardzo szerokim, jako celowej działalności człowieka zmierzającej do osiągnięcia zamierzonego rezultatu, nie łącząc jej ze stosunkiem pracy. To szerokie rozumienie obowiązków na tle pojęcia „praca” znajduje również swój wyraz w treści art. 304 Kodeksu pracy. Przepis ten nakłada bowiem na pracodawcę między innymi obowiązek zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy w określonym zakresie także osobom fizycznym wykonującym pracę na innej podstawie aniżeli stosunek pracy.

Sposób realizacji tego prawa oraz obowiązki pracodawcy określa ustawa.

¹⁰ Zob. S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, s. 42 i literatura tam powołana.

¹¹ Tamże, s. 42.

¹² Zob. M. Liwo, *Ochrona pracy w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku i prawie Unii Europejskiej*, (w:) *Środki ochrony praw słusznie nabytych w świetle Konstytucji RP i prawa Unii Europejskiej*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 132 i n. oraz literatura tam powołana.

Problematyka bezpieczeństwa w procesie pracy jest też przedmiotem regulacji międzynarodowych, w tym Międzynarodowego Paktu Praw Społecznych, Gospodarczych i Kulturalnych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 169). Pakt ten w art. 7 uznaje prawo każdego do korzystania ze sprawiedliwych warunków zatrudnienia, obejmujących między innymi warunki odpowiadające wymaganiom bezpieczeństwa. Aktywna jest też w dziedzinie bezpieczeństwa Międzynarodowa Organizacja Pracy, która uchwaliła ponad 180 konwencji od 1919 r., z których 88 zostało ratyfikowanych przez Polskę¹³.

Bezpieczeństwu i higienie w procesie pracy poświęcony jest również art. 118a traktatu rzymskiego. W traktacie amsterdamskim w art. 137 posłużono się natomiast pojęciem „ochrona zdrowia i bezpieczeństwo pracowników” w miejsce wcześniejszego określenia „bezpieczeństwo i higiena pracy”¹⁴. Problematyka ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników była także przedmiotem art. 3 Europejskiej Karty Społecznej przyjętej w Turynie w 1961 r.

Integracja Polski z Unią Europejską, która nastąpiła 1 maja 2004 r., spowodowała wpływ regulacji prawnych Unii na ochronę pracy. Organy wspólnot wydały w tej sprawie ponad 100 dyrektyw, które wyłącznie bądź pośrednio regulują tę problematykę¹⁵. Najważniejszą z nich jest wskazana wcześniej dyrektywa 89/391/EEC. Przedmiotowa dyrektywa uchwalona przez Radę w dniu 12 czerwca 1989 r. wskazana została przez instytucję unijną jako podstawa prawna europejskiego systemu prawa bezpieczeństwa i higieny pracy, ze względu na nowe podejście do zagadnienia ochrony

zdrowia, przejawiające się w elastycznym sposobie regulacji oraz metodach stosowanych dla zapobiegania zagrożeniu¹⁶.

Ustawodawca polski nie zdefiniował dotąd zarówno pojęcia przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, jak i bezpiecznych warunków pracy. W art. 9 § 1 Kodeksu pracy zawarta została kodeksowa definicja prawa pracy, którą należałoby raczej określić jako definicję źródeł tego prawa. Nie ulega jednak wątpliwości, że wszystkie przepisy zawarte w dziale X Kodeksu pracy są przepisami związanymi z bezpieczeństwem i higieną pracy, bo taka jest wola ustawodawcy. Nie wszystkie jednak, ze względu na zawarte w nich treści, określają wymagania, jakim winny odpowiadać warunki środowiska pracy. Różny jest bowiem charakter tych przepisów (często informacyjno-instruktażowy), który nie spełnia przesłanek np. do wydawania na ich podstawie decyzji administracyjnych zmierzających do usunięcia nieprawidłowości¹⁷.

Podjętym problemem źródeł prawa w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy, nie należy pominąć zasad bezpieczeństwa i higieny pracy będących regułami postępowania wynikającymi z postępu naukowo-technicznego, doświadczenia życiowego itp. Nie mając charakteru norm prawnych, wskazują one jednak metodę wykonywania określonych czynności w procesie zatrudnienia w bezpieczny sposób. O uznaniu określonej reguły postępowania za zasadę decyduje przede wszystkim powszechność jej zakresu obowiązywania¹⁸.

Przepisy Kodeksu pracy zawarte między innymi w art. 207 § 2 pkt 2 zobowiązują do przestrzegania tych zasad. Większości tych zasad można również dopatrzeć się w zawodniczym i niezawodniczym uprawianiu sportu.

¹³ Zob. szerzej E. Kołodziejczyk, *Podstawy prawne bezpieczeństwa i higieny pracy*, (w:) *Bezpieczeństwo i higiena pracy*, Warszawa 2010, s. 16; D. Koradecka (red.), *Bezpieczeństwo i higiena pracy*, Warszawa 2008, s. 41 i n.

¹⁴ Treść traktatu została zamieszczona w opracowaniu *Dokumenty europejskie*, t. I, Lublin 1996, s. 106; zob. też T. Wyka, *Ochrona zdrowia i życia pracowników jako element treści stosunku pracy*, Warszawa 2003, s. 82–83.

¹⁵ L. Florek, *Europejskie prawo pracy*, s. 2007.

¹⁶ A. M. Świątkowski, *Bezpieczeństwo i higiena pracy*, s. 169–170.

¹⁷ Zob. M. Liwo, *Bezpieczeństwo i higiena pracy w służbach mundurowych*, (w:) *Status służb mundurowych i funkcjonariuszy w nich zatrudnionych*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 341.

¹⁸ R. Celeda, *Zasady bezpieczeństwa i higieny pracy*, „Informator Ochrony Pracy” 2009, nr 1, s. 15.

Spośród wielu definicji dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy należy wskazać definicję określającą to bezpieczeństwo i higienę jako ogół środków i urządzeń służących do zapewnienia warunków pracy eliminujących zagrożenie życia i zdrowia zatrudnionego poprzez ograniczanie bądź eliminowanie szkodliwości, do których należą różnego rodzaju zagrożenia¹⁹.

Bezpieczeństwo pracy to też stan:

- w którym zagrożenie utrzymywane jest pod kontrolą,
- zgodny z regulacjami prawnymi zmierzającymi do zapewnienia określonych jego rodzajów,
- w którym ryzyko utrzymywane jest na poziomie akceptowalnym.

To trzecie określenie bezpieczeństwa wskazuje na ryzyko jako prawdopodobieństwo zaistnienia zdarzeń powodujących straty²⁰.

Podane wyżej definicje bezpieczeństwa i higieny pracy można w pełni odnieść nie tylko do wykonywania pracy w ramach stosunku pracy, ale także do określonych prawnie czynności człowieka zmierzających do osiągnięcia zamierzonego rezultatu. Ochrona zdrowia i życia zatrudnionych bez względu na podstawę zatrudnienia jest też często określana jako fragment funkcji ochronnej prawa pracy. Nie jest ona jednakże wyłącznie domeną tego prawa. Ochrona interesów jednostki jest bowiem również przedmiotem zainteresowania między innymi prawa konstytucyjnego i administracyjnego, na co wskazują liczne regulacje zawarte w tych gałęziach prawa. Biorąc pod uwagę wartości chronione, oprócz zdrowia i życia obejmuje ona także inne dobra będące przedmiotem regulacji²¹.

Bezpieczeństwo w zatrudnieniu, tak jak każdy rodzaj bezpieczeństwa, nie jest zjawiskiem trwałym, stąd też niezbędna jest stała troska o jego stan. Ciągłe bowiem pojawiają się

coraz to nowe zagrożenia związane z różnymi zjawiskami, które uzasadniają potrzebę współdziałania wszystkich organów i podmiotów zobowiązanych do zapewnienia bezpieczeństwa, m.in. kierownictwa klubu sportowego, centralnego związku danej dyscypliny sportu, Ministerstwa Sportu i Turystyki. Efektów pozostałych działań można oczekiwać wyłącznie wtedy, gdy wszystkie podmioty zobowiązane doceniają realność zagrożeń i wynikających z nich strat. Stopień bezpieczeństwa w zatrudnieniu ocenia się na ogół przez pryzmat liczbowych i procentowych wskaźników wypadków przy pracy i chorób zawodowych. Liczby te powinny skłaniać do refleksji, czy zrobiono wszystko dla ochrony zdrowia ludzkiego, czy też można było zrobić więcej. Wypadki w sporcie, podobnie jak i w innych rodzajach działalności człowieka, wynikają z podobnych przyczyn, a to z niewłaściwej organizacji uprawiania sportu i współzawodnictwa sportowego, przyczyn ludzkich (nieprzestrzegania określonych uregulowań i zasad zarówno przez zawodników, jak i osoby sprawujące kierownictwo) oraz z przyczyn technicznych (niewłaściwego stanu technicznego urządzeń, sprzętu, pojazdów niezbędnych do uprawiania sportu i uczestniczenia we współzawodnictwie sportowym).

Ustawa o sporcie w rozdziale siódmym nie docenia problemu bezpieczeństwa w sporcie, traktując go w sposób bardzo pobieżny. Przejawia się to w ograniczeniu regulacji w art. 37 jedynie do obowiązku uzyskania orzeczenia lekarskiego o stanie zdrowia umożliwiającego bezpieczne uczestnictwo we współzawodnictwie sportowym.

W wyniku zawartego w ustawie upoważnienia w tym przedmiocie Minister Zdrowia rozporządzeniem z dnia 14 kwietnia 2011 r. w sprawie kwalifikacji lekarzy uprawnionych do wydawania zawodnikom orzeczeń

¹⁹ K. R. Szymański, T. Majda, *Leksykon ochrony pracy*, Warszawa 2007, s. 26 (tytuł oryg.: *Taschen Lexikon Arbeit und Gesundheit Wiesbaden*).

²⁰ Z. Niczyporuk, *BHP – co to jest?*, „Atest” 2006, nr 5, s. 4–5.

²¹ Zob. M. Liwo, A. Wolińska, *Ochrona pracy i system jej realizacji*, „Atest” 2008, nr 2, s. 4.

lekarskich o stanie zdrowia oraz zakresu wymaganych badań lekarskich niezbędnych do uzyskania orzeczenia lekarskiego (Dz.U. nr 88, poz. 502) określił rodzaje badań, jakim podlegają zawodnicy uczestniczący we współzawodnictwie sportowym organizowanym przez polski związek sportowy. Lekarzami tymi są w zasadzie specjaliści w zakresie medycyny sportowej, jakkolwiek przewidywane są odstępstwa w odniesieniu do określonych sytuacji. Koszty wydania orzeczenia lekarskiego w myśl art. 29 ust. 5 ustawy o sporcie, w tym koszty badań w stosunku do zawodników, którzy nie ukończyli 23 lat i nie otrzymują wynagrodzenia w związku z uprawianiem sportu, są finansowane ze środków publicznych na zasadach określonych przepisami o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Biorąc jednakże pod uwagę możliwość pracowniczego zatrudnienia zawodników, należy wskazać drugi przepis w randze rozporządzenia dotyczący badań lekarskich, wydany również przez Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej, z dnia 30 maja 1996 r. w sprawie przeprowadzania badań lekarskich pracowników, zakresu profilaktycznej opieki zdrowotnej nad pracownikami oraz orzeczeń lekarskich wydawanych do celów przewidzianych w Kodeksie pracy (Dz.U. nr 69, poz. 332 z późn. zm.). Według treści art. 13 tego rozporządzenia z 30 maja 1996 r. nie narusza ono jednakże między innymi przepisów dotyczących badań lekarskich wobec osób, dla których w myśl obowiązujących przepisów uzyskanie odpowiedniego orzeczenia lekarskiego jest warunkiem nabycia lub posiadania uprawnień do wykonywania określonego zawodu lub czynności.

Według danych Głównego Urzędu Statystycznego dotyczących roku 2011 (brak bowiem danych za rok 2012) na terenie obiektów sportowych miało miejsce w roku tym ogółem 960 wydarzeń powodujących urazy u osoby poszkodowanej w miejscu wypadku²².

Z podanej liczby 960 wypadków między innymi:

- 16 zaistniało w wyniku kontaktu z prądem elektrycznym, temperaturą, niebezpiecznymi substancjami i preparatami chemicznymi;
- 2 w wyniku tonięcia;
- 243 w wyniku zderzenia (uderzenia) z nieruchomym obiektem;
- 160 w wyniku uderzenia przez obiekt w ruchu;
- 36 w wyniku kontaktu z przedmiotem ostрым, chropowatym;
- 12 w wyniku uwięzienia, zmiżdżenia;
- 299 w wyniku obciążenia fizycznego lub psychicznego;
- 33 w wyniku przejawu agresji ze strony człowieka lub zwierzęcia;
- 157 na tle innych przyczyn.

Podane liczby wskazują na problem wypadkowości w sporcie, który obliuguje do działań profilaktycznych zmierzających do ograniczenia zjawiska, które istnieje, a które – jak wynika z informacji medialnych – nie jest przedmiotem szczególnego zainteresowania i oddziaływania środków masowego przekazu. Według tytułu powołanego opracowania z urzędu winny to być wypadki przy pracy. Powstaje zatem pytanie, jaka jest liczba wypadków w sporcie, gdy nie miało miejsca zatrudnienie pracownicze.

Przedmiotowa ustawa w rozdziale siódmym, dotyczącym bezpieczeństwa w sporcie, w art. 38 nakłada również obowiązek ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków w uprawianym sporcie. Obowiązkowi temu podlega zawodnik uczestniczący we współzawodnictwie sportowym organizowanym przez polski związek sportowy. Podmiotem odpowiedzialnym za dokonanie ubezpieczenia jest klub sportowy będący członkiem polskiego związku sportowego, a w przypadku zawodnika kadry narodowej – polski związek sportowy.

Na tle tych dwóch przepisów zawartych w ustawie o sporcie, mających na celu zgodnie

²² Główny Urząd Statystyczny, *Wypadki przy pracy w 2011 roku*, Warszawa 2011, Tabela 17, *Wydarzenia powodujące uraz u osoby poszkodowanej w miejscu powstania wypadku w 2011 roku*, Warszawa 2012.

z tytułem rozdziału siódmego ustawy „bezpieczeństwo w sporcie” uregulowanie tego bezpieczeństwa, należy podkreślić pominięcie w ustawie niezwykle ważnych problemów związanych z tym bezpieczeństwem, dotyczących:

- praw i obowiązków podmiotów odpowiedzialnych za to bezpieczeństwo z tytułu sprawowanego kierownictwa i funkcji nadzorczych,
- praw i obowiązków zawodników,
- bezpieczeństwa obiektów sportowych i pomieszczeń z nimi związanych,
- bezpieczeństwa urządzeń technicznych i sprzętu technicznego oraz pojazdów używanych dla uprawiania sportu,
- szkoleń z zakresu bezpieczeństwa związanych z uprawianiem sportu,
- obowiązków podmiotów w razie zaistnienia wypadku związanego z uprawianiem sportu i zakresu obowiązków związanych z tym wypadkiem,
- chorób zawodowych na tle uprawiania sportu,
- oceny ryzyka zawodowego związanego z uprawianiem określonych dyscyplin sportowych i zarządzania bezpieczeństwem i higieną w tym przedmiocie,
- kontroli realizacji obowiązków związanych z bezpieczeństwem i higieną na tle uprawiania sportu.

Ustawodawca mógł i powinien był odnieść się w tym przedmiocie co najmniej do niektórych postanowień rozdziału dziesiątego Kodeksu pracy, który dotyczy bezpieczeństwa pracy, a specyficzne zagrożenia właściwe dla uprawiania sportu uregulować odrębnie, tak jak to czynią przepisy rangi ustawowej wobec różnych podstaw zatrudnienia niepracowniczego.

Realizacja obowiązków w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa w sporcie mających wpływ na to bezpieczeństwo wymaga ustalenia podmiotów odpowiedzialnych w sposób odpowiadający charakterowi czynności

i zadań związanych ze współzawodnictwem sportowym. Podmioty praw i obowiązków w tym zakresie nie są określone w ustawie o sporcie w sposób niebudzący wątpliwości, tak jak to ma miejsce w Kodeksie pracy, gdzie zasadniczym podmiotem zobowiązanym do zapewnienia bezpieczeństwa pracowników jest, w myśl między innymi art. 15, art. 94 i art. 204, pracodawca i oprócz niego także inne osoby i podmioty związane bądź niezwiązane z nim²³. Podmiotów tych należy zatem poszukiwać z uwzględnieniem odmienności związanych z uprawianiem sportu.

W sytuacji gdy będzie miało miejsce zawarcie umowy o pracę z zawodnikiem lub inną osobą związaną z uprawianiem sportu, będzie to niewątpliwie podmiot, który zawarł taką umowę i w związku z czym posiada status pracodawcy, jak również i inne osoby sprawujące kierownictwo wobec zatrudnionych pracowników, zobowiązane do działań na rzecz zapewnienia bezpieczeństwa. W razie zatrudnienia na innej podstawie aniżeli umowa o pracę będzie to natomiast każdy podmiot, który nawiązał to zatrudnienie, jak też i inne osoby, które z upoważnienia tego podmiotu sprawują kierownictwo wobec zatrudnionych.

Odpowiedzialność wskazanych wyżej podmiotów i osób za bezpieczeństwo w sporcie winna tworzyć swoisty system zarządzania sprawami tego bezpieczeństwa, do którego winny być włączone również różnego rodzaju jednostki nadrzędne i sprawujące nadzór.

Bezpieczeństwo w sporcie to bowiem określony pozytywny stan rzeczy nie tylko podczas zawodów, ale także i treningów zmierzających do przygotowania do współzawodnictwa w sposób uwzględniający określone zagrożenia.

Na gruncie ustawy o sporcie będą to kluby sportowe (art. 3 ustawy), związki sportowe (art. 6 ustawy), Polski Związek Sportowy (art. 7–13 ustawy) oraz minister właściwy do spraw kultury fizycznej (art. 16 ustawy).

Określone obowiązki w zakresie zapewnienia

²³ Zob. T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2008, s. 415 i n.

nia bezpieczeństwa podczas imprez masowych w odniesieniu także do zawodników spoczywają na organizatorze imprezy na podstawie ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. nr 62, poz. 504 z późn. zm.).

Z przedmiotową ustawą związane jest kilka przepisów w formie rozporządzeń, które mają wpływ na bezpieczeństwo imprezy masowej. Spośród tych przepisów należy wskazać między innymi:

- rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 13 sierpnia 2009 r. w sprawie zakresu postępowania w przypadku powstania pożaru lub innego miejscowego zagrożenia w miejscu i czasie imprezy masowej (Dz.U. nr 135, poz. 1113);
- rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie przekazywania informacji dotyczących bezpieczeństwa imprez masowych (Dz.U. nr 54, poz. 329);
- rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 czerwca 2010 r. w sprawie warunków bezpieczeństwa, jakie powinny spełniać stadiony, na których mogą odbywać się mecze piłki nożnej (Dz.U. nr 21, poz. 820);
- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 sierpnia 2011 r. w sprawie wymogów, jakie powinny spełniać kierownik do spraw bezpieczeństwa, służby porządkowe i służby informacyjne (Dz.U. nr 183, poz. 108);
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 lutego 2012 r. w sprawie minimalnych wymagań dotyczących zabezpieczenia pod względem medycznym imprezy masowej (Dz.U. z 2012 r. poz. 181).

Przedmiotowa ustawa o bezpieczeństwie imprez masowych stwierdza, że imprezy sportowe mieszczą się w pojęciu imprezy masowej na warunkach w niej określonych, dotyczy również imprez podniesionego ryzyka. Przeprowadzenie imprezy warunkowane jest uzyskaniem zezwolenia od organu właściwego

ze względu na miejsce imprezy. Stroną postępowania jest organizator jako osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej lub osoba fizyczna.

Ustawa o sporcie wskazuje, które podmioty w jej treści są osobami prawnymi, a które w praktyce są najczęściej organizatorami imprez w rozumieniu ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych. Tymi podmiotami są w myśl art. 3 ustawy o sporcie klub sportowy i związek sportowy, art. 12 tej ustawy – polski związek sportowy, art. 15 tej ustawy – spółka kapitałowa zarządzająca ligą sportową.

Za bezpieczeństwo imprezy masowej odpowiada jednakże nie tylko organizator imprezy, ale również i organ wydający zezwolenie oraz podmioty współdziałające. Bezpieczeństwo imprezy masowej to bowiem bezpieczeństwo szeroko pojmowanych uczestników, w tym także zawodników. Stąd też wymóg obowiązkowego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej organizatorów imprez masowych wynikający z rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 11 marca 2010 r. w sprawie obowiązku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej organizatorów imprez masowych (Dz.U. nr 54, poz. 323). Z tego też względu również organizator imprezy odbywanej na nie jego obiekcie winien w sposób szczegółowy określić zakres oczekiwań i odpowiedzialności z właścicielem obiektu w celu wykluczenia wewnętrznych wątpliwości²⁴.

Na podstawie analizy pojęcia „masowa impreza sportowa”, zawartego w art. 3 omawianej ustawy wydaje się celowa zmiana progu liczby miejsc udostępnianych uczestnikom poprzez jego obniżenie. Nawet bowiem przy małej liczbie obecnych na imprezie sportowej mogą mieć miejsce różnego rodzaju zagrożenia bezpieczeństwa, którym należy przeciwdziałać. Niezbędne wydaje się również bardziej efektywne współdziałanie wszystkich podmiotów mających wpływ na bezpieczeństwo imprezy, a to między innymi: Policji, sądów, resortu sprawiedliwości. Z obserwacji zacho-

²⁴ Zob. szerzej S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, s. 93 i n.

wań i stosowanych środków karnych wynika bowiem niekiedy zbyt powolna reakcja sił porządkowych, nieuwzględniająca skali zagrożenia, a wymierzone kary są dalekie od przyjętych w nauce prawa okoliczności, które winny mieć wpływ na ich wysokość.

W poprzednim stanie prawnym wynikającym z powołanej ustawy o kulturze fizycznej za zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków uprawiania sportu ponosiły odpowiedzialność osoby fizyczne i prawne prowadzące działalność w zakresie kultury fizycznej. Przedmiotowa ustawa regulowała również problematykę bezpieczeństwa w określonych dyscyplinach sportowych, odsyłając do szczegółowych umocowań wydawanych przez ministra właściwego do spraw kultury fizycznej i sportu w rozporządzeniach, wskazując właściwe podmioty odpowiedzialne. Miał również miejsce obowiązek ubezpieczania zawodników od następstw nieszczęśliwych wypadków na tle uprawiania sportu, spoczywający na klubie bądź związku sportowym, do którego zawodnik należał lub który reprezentował²⁵. W wyniku mających miejsce zmian w regulacjach prawnych związanych z uprawianiem sportu ustawodawca w sposób niezrozumiały odstąpił od unormowania problematyki bezpieczeństwa w sporcie, zdając się nie zauważać znaczenia tego problemu dla ochrony zdrowia i życia osób uczestniczących w uprawianiu sportu i we współzawodnictwie sportowym.

Podjęwszy problem bezpieczeństwa w sporcie, należy zwrócić uwagę na niektóre dyscypliny sportowe, z uprawianiem których wiąże się szczególne niebezpieczeństwo. To niebezpieczeństwo nie jest wyłącznie właściwe dla sportu, występuje ono bowiem w wykonywaniu prac szczególnie niebezpiecznych, które są przedmiotem regulacji rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. nr 169, poz. 1650 z późn. zm.).

Nie ulega wątpliwości, że uprawianie dyscy-

plin sportowych, z którymi wiąże się szczególnie niebezpieczeństwo, winno zobowiązywać podmioty zatrudniające zawodników, bez względu na podstawę prawną zatrudnienia, do określenia (podobnie, jak ma to miejsce w powołanym rozporządzeniu) szczegółowych wymagań w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy uprawianiu tych dyscyplin. W szczególności za niezbędne należy uznać:

- zapewnienie właściwego sprzętu i urządzeń oraz pojazdów,
- systematyczne prowadzenie szkoleń zwracających uwagę na wymagania bezpieczeństwa przy uprawianiu określonych dyscyplin sportowych,
- ustalenie szczególnej kontroli nad uprawianiem tych dyscyplin poprzez określone osoby i podmioty.

Samo bowiem przyjęcie do wiadomości ryzyka sportowego, które ma miejsce przy uprawianiu niektórych dyscyplin sportowych, bez działań zmierzających co najmniej do jego zmniejszenia, jeżeli nie jest możliwe jego uniknięcie, byłoby zbyt dużym uproszczeniem obowiązków wobec uprawiających dyscypliny sportowe charakteryzujące się szczególnym niebezpieczeństwem.

Jak przyjmuje się w literaturze podejmującej zagadnienia ryzyka sportowego, uprawianie niektórych sportów wiąże się z naruszeniem nietykalności cielesnej zawodników w wyniku czynności, które nie są przestępcze z uwagi na to, że następują za zgodą zawodników, np. w zapasach czy walkach bokserskich.

Wypadki o różnych skutkach w takich sytuacjach wyłączają przestępczość czynu w razie spełnienia łącznie trzech warunków, a to:

- uprawianie określonej dyscypliny jest dozwolone poprzez wydanie stosownych przepisów,
- działanie sprawcy podjęte zostało dla realizacji celu sportowego, a nie dla realizacji innych zamierzeń,
- nie naruszono reguł określonej dyscypliny

²⁵ Zob. szerzej M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa, Wolters Kluwer 2011, s. 393 i n.

sportowej mających na celu bezpieczeństwo zawodników²⁶.

IV. WYPADKI W SPORCIE I CHOROBY ZAWODOWE

Wypadki i choroby zawodowe są wynikiem nieprzestrzegania przepisów i zasad bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu określonych czynności przez człowieka bez względu na podstawę prawną, według której odbywa się ich wykonywanie.

Ze stanem bezpieczeństwa i higieny w każdej działalności oraz przestrzeganiem obowiązujących w niej przepisów i zasad związane są bardzo ważne skutki społeczne i ekonomiczne. Stan ten ma głęboki wymiar humanistyczny – ogólnoludzki. Z tego też względu zapewnienie bezpieczeństwa w procesie zatrudnienia to nie tylko zadanie państwa, ale również podmiotów zatrudniających i kierujących oraz wykonujących zadania nadzorcze, które to zapewnienie powinno być przedmiotem szczególnej uwagi wszystkich zobowiązanych podmiotów i osób, które w jakimkolwiek charakterze mają wpływ na to bezpieczeństwo.

Obowiązki pracodawców w tym przedmiocie normują przepisy działu X Kodeksu pracy, które stanowią realizację konstytucyjnego prawa ochrony zdrowia i życia sprecyzowanego w art. 15 tego Kodeksu. Zobowiązuje on pracodawcę do zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy.

Obok konieczności przeciwdziałania tym negatywnym następstwom procesu zatrudnienia istotnym problemem staje się rekompensata szkody na osobie zatrudnionego, która jest najczęściej wynikiem naruszenia przepisów i zasad wiążących się z wykonywaniem określonych czynności.

Geneza i rozwój założenia kompensowania szkód na osobie zatrudnionej w procesie pracy były już w literaturze prawniczej wielokrotnie przedmiotem badań²⁷. Ujmując problem historycznie, należy stwierdzić, że rekompensata szkody obecnie, podobnie jak w okresie międzywojennym, zmierza do zabezpieczenia zatrudnionego i jego rodziny przed ryzykiem zawodowym, na jakie jest on narażony w procesie pracy. Rekompensata ta, wynikająca z treści obowiązujących przepisów, nie zawsze jednak wyrównuje wszystkie doznane szkody, stąd też mogą mieć miejsce również roszczenia cywilnoprawne, stanowiące niezbędną możliwość uzupełnienia otrzymanej rekompensaty.

Aktualnie obowiązującym aktem normatywnym w przedmiocie wyrównywania szkód z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych jest ustawa z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r. nr 167, poz. 1322 z późn. zm.). Zakres przedmiotowy tej ustawy jest bardzo szeroki. Świadczenia w niej określone przysługują bowiem nie tylko pracownikom, ale również i z innych tytułów określonych w art. 3 ust. 3, a to między innymi uprawiania sportu w trakcie zawodów i treningów przez osobę pobierającą stypendium sportowe w okresie ubezpieczenia wypadkowego z tego tytułu. Ustalenia okoliczności i przyczyn wypadku w takiej sytuacji dokonuje w karcie wypadku podmiot wypłacający stypendium sportowe, w stosunku do pobierających to stypendium (art. 5 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych). Ustalenie natomiast okoliczności i przyczyn wypadku przy pracy, jakiemu uległ ubezpieczony będący pracownikiem, a także stwierdzenie choroby zawodowej u pracownika następuje w trybie

²⁶ Zob. szerzej L. Gardocki, *Prawo karne*, C. H. Beck 2008, s. 126–127.

²⁷ Zob. m.in. I. Brol, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wypadki przy pracy i choroby zawodowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1981, s. 9 i n. oraz literatura tam powołana; I. Loga, *Wypadek przy pracy. Pojęcie prawne*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1981, s. 9 i n.; W. Zarychta, *Wypadki przy pracy w przepisach prawnych i orzecznictwie sądowym*, Ośrodek Szkolenia Państwowej Inspekcji Pracy, Wrocław 2000, s. 9 i n.

określonym w Kodeksie pracy (art. 5 ust. 2 ww. ustawy).

Wypadkiem przy pracy jest nagle zdarzenie wywołane przyczyną zewnętrzną powodujące uraz lub śmierć, które wystąpi w prawnie określonych okolicznościach. Brak szkody na osobie odbiera zdarzeniu z powołanej ustawy charakter wypadku przy pracy. Elementami niezbędnymi, które muszą wystąpić łącznie, są: nagłość zdarzenia rozpatrywana w kategoriach nagłości biologicznej, zewnętrzny charakter przyczyny pochodzącej ze źródła zewnętrznego i związek z pracą – będący związkiem czasowo-miejscowym o charakterze normatywnym, mający miejsce, gdy zdarzenie nastąpi w określonych prawnie okolicznościach faktycznych²⁸.

Choroba zawodowa natomiast to choroba mająca związek z wykonywaniem określonego zawodu i charakterem wykonywanej pracy. Dla uznania jej za chorobę zawodową spełnione muszą być łącznie dwa warunki, a to musi być ona ujęta w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych (Dz.U. nr 105, poz. 869, zm. 2012 r., poz. 662) oraz musi istnieć związek przyczynowy między stwierdzoną chorobą a warunkami środowiska pracy lub sposobem wykonywania pracy.

W odniesieniu do wykonywania sportu mogą to być np. choroby zawarte w poz. 19 załącznika wykazu chorób zawodowych do powołanego rozporządzenia Rady Ministrów, jeżeli została zawarta umowa o pracę np. z zawodnikiem lub trenerem zawierająca w jej treści wykonywanie czynności wskazującej na istnienie związku przyczynowego pomiędzy pracą a chorobą zawodową. Należałoby zatem rozważyć problem chorób zawodowych w ustawie o sporcie bez względu na podstawę zatrudnienia zawodnika. Nie ulega bowiem wątpliwości, że choroby związane z zawodowym uprawianiem sportu nie należą do rzadkości i powodują istotną utratę zdro-

wia, która nie może być kwalifikowana jako wypadek związany ze współzawodnictwem sportowym.

W porównaniu z odpowiedzialnością określoną w art. 435 Kodeksu cywilnego odpowiedzialność pracodawcy za wypadki przy pracy jest odpowiedzialnością zaostrzoną. Zgodnie bowiem z treścią art. 21 powołanej ustawy o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych świadczenia z ubezpieczenia wypadkowego nie będą przysługiwały ubezpieczonemu w razie umyślnego lub będącego skutkiem rażącego niedbalstwa naruszenia przez pracownika przepisów ochrony życia i zdrowia, jeżeli to było wyłączną przyczyną wypadku albo gdy pracownik będący w stanie nietrzeźwym lub pod wpływem środków odurzających lub substancji psychotycznych w znacznym, dominującym stopniu przyczynił się do wypadku.

Wskazane wyżej naruszenia przepisów winny być udowodnione przez pracodawcę. Świadczenia określone w powołanej ustawie o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych są według niej świadczeniami z ubezpieczenia społecznego. Oznacza to, że przysługują one od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a nie od pracodawcy, z wyjątkiem odszkodowania za utratę lub uszkodzenie przedmiotów osobistego użytku lub określonych przedmiotów niezbędnych do wykonywania pracy, które w myśl art. 237¹ § 2 Kodeksu pracy przysługują od pracodawcy.

Pracownicy, którzy utracili prawo do świadczeń z powołanej ustawy, mają prawo do świadczeń z ubezpieczenia społecznego na zasadach ogólnych, jeżeli przepisy normujące te świadczenia nie zastrzegają ich utraty z powodów w nich wskazanych.

Według art. 38 ustawy o sporcie zawodnik uczestniczący we współzawodnictwie sportowym organizowanym przez polski związek sportowy oraz zawodnik kadry narodowej

²⁸ Zob. m.in. M. Borzycka-Banaszczak, *Prawo pracy*, C. H. Beck, Warszawa 2008, s. 295 i n. oraz literatura tam powołana.

podlegają obowiązkowemu ubezpieczeniu od następstw nieszczęśliwych wypadków w uprawianym sporcie. Obowiązek ten spoczywa na klubie sportowym będącym członkiem polskiego związku, a w przypadku zawodnika kadry narodowej na polskim związku sportowym.

Jakkolwiek art. 38 ustawy nie określa celu tego ubezpieczenia, to przyjmuje się, że celem tym jest pokrycie zawodnikowi strat finansowych związanych z wypadkiem bądź zrekompensovaniem rodzinie zawodnika strat związanych z jego śmiercią lub inwalidztwem²⁹.

Należy w tym miejscu zauważyć, że komentowany art. 38 ustawy o sporcie zawiera w swej treści unormowania niezależne od postanowień ustawy o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych. Wynika bowiem z niego, że ubezpieczenie dotyczy następstw nieszczęśliwych wypadków w uprawianym sporcie, którego ustawodawca nie łączy z wypadkiem przy pracy i stosunkiem pracy, a z zaistnieniem okoliczności faktycznych określonych w tym przepisie, którymi są: uczestniczenie we współzawodnictwie sportowym organizowanym przez polski związek sportowy oraz status zawodnika kadry narodowej. Zawarcie umowy o pracę będącej jedną z podstaw zatrudnienia na podstawie stosunku pracy może mieć bowiem miejsce wyłącznie, gdy zatrudnienie spełnia warunki stosunku pracy wynikające z art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Stąd też szczególną regulację ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków w sporcie zawartą w art. 38 ustawy o sporcie należy uznać za uzasadnioną. Wydaje się jednak, że powinna ona, podobnie jak to czyni ustawa o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, przybliżyć przynajmniej niektóre kwestie związane z ubezpieczeniem od tych następstw, z odesłaniem do szczegółowych rozwiązań, które mają

zastosowanie do tego ubezpieczenia, którymi są przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umowy ubezpieczenia, w ogólności zawarte w art. 805–820, i przepisy dotyczące ubezpieczeń osobowych (art. 829–834) tego Kodeksu.

Ubezpieczenie od następstw nieszczęśliwych wypadków w uprawianym sporcie należy do kategorii ubezpieczeń osobowych i może zgodnie z art. 829 § 1 pkt 2 Kodeksu cywilnego przybrać formę ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków, obejmując ochroną uszkodzenie ciała, rozstrój zdrowia lub śmierć wskutek nieszczęśliwego wypadku. Świadczenie ubezpieczyciela przy ubezpieczeniu osobowym może obejmować zapłatę umówionej sumy pieniężnej, rentę lub inne świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie zdarzenia (art. 805 § 2 pkt 2 Kodeksu cywilnego).

Ze względu na podmioty zobowiązane do zawarcia umowy ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków w sporcie, którymi nie są zawodnicy, umowy te kwalifikowane są jako zawierane na cudzy rachunek (w myśl art. 808 Kodeksu cywilnego), jakkolwiek to zawodnikom wypłacane jest określone świadczenie³⁰.

Wskazuje się też na brak sankcji dla klubu sportowego i polskiego związku sportowego w razie zaniechania obowiązku ubezpieczenia, z wyjątkiem środków będących wynikiem kontroli i nadzoru ze strony właściwego ministra (art. 22 ustawy o sporcie)³¹. Do tego braku sankcji należy także nieokreślenie przez nią podmiotów i osób odpowiedzialnych za zapewnienie bezpieczeństwa w sporcie, czego konsekwencją są wypadki o różnych skutkach.

Jakkolwiek w praktyce odpowiedzialność za zawodnika w zakresie wypełniania określonych obowiązków może przybrać postać odpowiedzialności cywilnej z art. 415 Kodeksu cywilnego i karnej z art. 155–157 Kodeksu

²⁹ Zob. szerzej F. Przenośny, *Ubezpieczenie NNW osób zawodowo uprawiających sport, sytuacja obecna. Kierunki rozwoju*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2008, nr 3–4, s. 79.

³⁰ Zob. M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak, *Ustawa o sporcie*, s. 406 i n. i literatura tam powołana.

³¹ Tamże, s. 411.

karnego, to ze względu na ryzyko związane z uprawianiem sportu rzutujące na tę odpowiedzialność ustawodawca w ustawie o sporcie winien był odnieść się co najmniej skutkowo do tego problemu.

Należy podkreślić brak porządku i konsekwencji w uregulowaniu całego rozdziału siódmego ustawy o sporcie dotyczącego bezpieczeństwa w sporcie, w którym art. 37 normuje jedynie problem badań lekarskich umożliwiających bezpieczne uczestnictwo we współzawodnictwie sportowym, a następnie art. 38 podejmuje problem ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków w uprawianym sporcie, po to, by w art. 39 powrócić do bezpieczeństwa w górach i na zawodach, a w art. 40 podjąć jedynie problem ratownictwa wobec osób, które uległy wypadkowi lub są narażone na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia w górach.

Na tle tego rozdziału i zawartych w nim unormowań należy zauważyć, że:

- nie tylko badania lekarskie zawodników rzutują na bezpieczeństwo uprawiania określonego rodzaju sportu. Równie ważne są między innymi kwalifikacje i różne formy szkoleń, wyposażenie w różnego rodzaju bezpieczny sprzęt i urządzenia, w tym pojazdy, z którymi wiąże się uprawianie określonych dyscyplin,
- brakuje wskazania podmiotów i osób odpowiedzialnych, na których ciąży obowiązek zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków odbywania współzawodnictwa sportowego, do których to podmiotów należy zaliczyć m.in. kierownictwo klubu sportowego, centralny związek danej dyscypliny sportu, Ministerstwo Sportu i Turystyki. Nie ulega również wątpliwości, że określone obowiązki w zakresie sportu i współzawodnictwa sportowego ciąży także na samych zawodnikach. Wskazania te są analogiczne do rozwiązań zawartych w prawie pracy,
- brakuje rozwiązań w zakresie zarządzania bezpieczeństwem w uprawianiu określonych rodzajów sportu, poprzedzonego oceną ryzyka związanego z określonymi dyscyplinami,

- wprowadzenie kontroli i nadzoru nad bezpieczeństwem uprawiania określonego rodzaju sportu ze strony podmiotów i organów właściwych, chociaż wydaje się rozwiązaniem oczywistym, to zostało przez ustawodawcę pominięte.

V. ZAKOŃCZENIE I WNIOSKI

Ustawa o sporcie określa w swej treści zasady uprawiania i organizowania sportu, pomijając więzi prawne, a w szczególności więzi zatrudnienia, które łączą zawodników z podmiotem prowadzącym współzawodnictwo sportowe, co nie sprzyja ustaleniu praw i obowiązków, które z tych więzi winny wynikać.

Mając na względzie swobodę zawierania i rozwiązywania umów, należy stwierdzić, że mogą to być zarówno umowy o pracę, jeżeli charakter zatrudnienia spełnia przesłanki charakterystyczne dla stosunku pracy wynikające z polskiego prawa pracy, jak i inne umowy dostosowane do mających miejsce okoliczności faktycznych.

W praktyce przepisy wewnętrzne związków sportowych zawierają postanowienia precyzujące warunki zawieranych umów, które niekiedy nie uwzględniają cech charakterystycznych stosunku pracy. Wymaga to każdorazowego analizowania zamiaru stron na tle zawartej umowy i relacji wykonywanych czynności w odniesieniu do umowy, która winna być zawarta. Nie ma bowiem domniemania zawarcia umowy o pracę.

Uczestnictwo we współzawodnictwie sportowym na warunkach określonych w ustawie o sporcie wymaga zapewnienia uczestnikom co najmniej odpowiednich do stanu postępu technicznego, bezpiecznych i higienicznych warunków uprawiania sportu. Jest to bowiem niezbędne prawo każdego do bezpieczeństwa, które nie może być ograniczane i traktowane wybiórczo oraz ogólnikowo. Ustawa o sporcie zagadnienie bezpieczeństwa w sporcie traktuje jednakże w sposób nieuwzględniający rangi problemu, bardzo ogólnikowo i bez uwzględnienia w należytych stopniu ryzyka zawodo-

wego, które towarzyszy uprawianiu określonych dyscyplin, a które to ryzyko jest bardzo specyficzne. Stąd też rozwiązania ustawowe są w tym przedmiocie fragmentaryczne i niewystarczające. W pełni zatem uzasadnione są określone działania naprawcze omawianej ustawy, wskazane w treści opracowania w odniesieniu do statusu prawnego w szczególności zawodników i regulacji obowiązków w zakresie bezpieczeństwa i higieny w uprawianiu sportu.

Wzorzec do tych działań naprawczych mogłoby stanowić określone rozwiązanie prawne zawarte w szczególności w dziale X Kodeksu pracy i art. 304, i następstwach tego Kodeksu, a także wynikające z ustaw ustrojowych regulujących prawa i obowiązki zatrudnionych

w podmiotach publicznych w oparciu o różne podstawy zatrudnienia w sposób odpowiadający charakterowi zadań realizowanych w tych podmiotach, których regulacje dotyczą.

Należy przy tym również mieć na uwadze bardzo szerokie pojęcie pracy jako przemyślanej i racjonalnej działalności człowieka zmierzającej do osiągnięcia określonego rezultatu. Stąd też uprawianie sportu i uczestnictwo we współzawodnictwie sportowym zawierające w swej treści elementy pracy bez względu na podstawę prawną łączącą zawodnika z podmiotem zatrudniającym winno zobowiązywać do zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków tego uczestnictwa, z odpowiednim uwzględnieniem przepisów prawa pracy i specyfiki sportu.

Summary

Marian Liwo, Edyta Nowosiadły-Krzywonos

ATHLETES SECURITY IN SPORTS AS ONE TYPE OF SECURITY AND THE COMPENSATION CLAIM FROM THE ACCIDENTS AND ILLNESSES ASSOCIATED WITH SPORTS ACTIVITIES

The Act defines a sport in its content and organization of practicing the rules of sport apart from legal ties that connect athletes with any professional sports competition, which is not conducive to establishing the rights and duties which should arise from those links.

Given the freedom to conclude and solve contracts can be both a contract of employment, if the nature of employment meets the conditions characteristic of the employment relationship under the Polish labor law and other agreements tailored to the facts that occurred. In practice, the internal rules of sports associations contain provisions specifying the terms of the agreements, which sometimes do not take into account the characteristics of the employment relationship. This requires analyzing intention of the parties against the agreement each time and the relationship of their operations in relation to the contract, which must be included. There is no presumption of an employment contract.

Participation in sport competitions is the subject to the conditions set out in the Act that requires participants' fulfillment in the sport, at least relevant to the state of technical progress, health and safety of sport. In fact it is necessary right of every person to safety, which can not be mitigated and treated selectively and vague. Sport Act safety issue is treated in very general terms without taking into account the proper degree of professional risk that accompanies practicing certain disciplines, and that this risk is very specific. Therefore, legislative solutions are piecemeal and inadequate in the subject. Fully appropriate corrective actions are defined by the law in question of the content development for the legal status of the particular players and control responsibilities for health and safety in sport activities.

KEY WORDS: safety, sportsmen, sports competition, damages services

POJĘCIA KLUCZOWE: bezpieczeństwo, zawodnicy, współzawodnictwo sportowe, świadczenia odszkodowawcze

Punkty widzenia

Michał Matdziński

PROBLEMATYKA ZATRZYMANIA WADIUM PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO W TRYBIE ART. 46 UST. 4A USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH przed nowelizacją *Prawa zamówień publicznych* z 29 sierpnia 2014 r.

I. STRESZCZENIE

Przedmiotem niniejszej publikacji jest analiza normatywna przepisu art. 46 ust. 4a P.z.p. Praktyka stosowania omawianej regulacji nastrocza wiele wątpliwości interpretacyjnych, utrudniających zamawiającym prawidłowe zastosowanie norm zawartych we wskazanym przepisie. W ramach niniejszego artykułu przeprowadzona została analiza przesłanek umożliwiających zamawiającemu dokonanie zatrzymania wadium. Przytoczone zostały poglądy orzecznictwa oraz doktryny prawa związane z prawidłowym stosowaniem art. 46 ust. 4a P.z.p., wskazane zostały również rozbieżności w interpretacji tego przepisu prezentowane w nauce prawa.

II. WSTĘP

Przepis art. 46 ust. 4a został wprowadzony do P.z.p. nowelą z 4 września 2008 r. Wprowadzenie omawianego przepisu miało na celu przeciwdziałanie negatywnym praktykom stosowanym przez

wykonawców przy uzupełnianiu dokumentów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Opis działań, którym miała przeciwdziałać opisywana regulacja, znalazł się w uzasadnieniu do nowelizacji z 4 września 2008 r., gdzie czytamy: „Obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3. Mając to na uwadze, celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3, z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przyczyni się to do racjonalizowania wydatkowania środków

publicznych”¹. Wprowadzenie do porządku prawnego opisywanego przepisu wywołało wiele wątpliwości co do jego zastosowania zarówno w zakresie praktycznym przez zamawiających, jak również jurydycznym przez Krajową Izbę Odwoławczą i sądownictwo. Niniejsza publikacja ma na celu przybliżenie problematyki zatrzymania wadium przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 4a P.z.p.

III. ZASTOSOWANIE ART. 46 UST. 4A PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Stosownie do art. 25 ust. 1 P.z.p. zamawiający, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ma prawo żądania od wykonawców odpowiednich dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub spełnianie przez oferowane przez wykonawców usługi, dostawy, roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Rodzaje dokumentów, jakich zamawiający może żądać, określone są w rozp. RM, wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 P.z.p.

Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 P.z.p. zamawiający powinien wezwać wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych, zgodnie z art. 25 ust. 1 P.z.p., stosownych dokumentów i oświadczeń, do złożenia tych dokumentów, wyznaczając odpowiedni termin do dokonania tej czynności. Dokumenty złożone przez wykonawcę powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Jednocześnie wskazać należy, że zgodnie z § 7 ust. 1 rozp. RM dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej przez wykonawcę za zgodność z oryginałem, a w przypadku składa-

nia dokumentów elektronicznych powinny one być opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przepis § 7 ust. 3 rozp. RM stanowi *lex specialis* w stosunku do § 6 ust. 1 rozp. RM i wskazuje, że zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia stosownych dokumentów w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii tylko w ściśle określonych przypadkach, tj. w sytuacji, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a P.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 P.z.p., nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 P.z.p., lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Wskazać należy, że przepis art. 46 ust. 4a P.z.p. ma charakter kategoriyczny i nie pozostawia zamawiającemu możliwości decydowania o zatrzymaniu bądź niezatrzymaniu wadium. Innymi słowy, w sytuacji gdy wykonawca nie złoży wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu dokumentów i nie udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie, to zamawiający jest zobowiązany do zatrzymania wadium. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, dalej: u.o.d.f., który wskazuje, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest m.in. niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Zgodnie z poglądami wyrażonymi w doktrynie prawa niepobranie lub niedochodzenie należności ma miejsce wtedy, gdy wysokość należności przypadającej Skarbowi Państwa bądź innym podmiotom wymienionym w przepisach u.o.d.f. wynika z ustawy, aktu wykonawczego

¹ Zob. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 471 z 25 kwietnia 2008 r.

bądź uchwały samorządowego organu stanowiącego². Zatem stosownie do powyższego brak zatrzymania przez zamawiającego wadium, w sytuacji zaistnienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a P.z.p., będzie, zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 u.o.d.f., naruszeniem dyscypliny finansów publicznych przez zamawiającego.

Wskazać należy, że zarówno w art. 25 ust. 1 P.z.p., jak również art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4a P.z.p. oraz § 7 ust. 1 i 3 rozp. RM mowa jest o dokumentach. Zatem dla przedmiotu niniejszej publikacji istotne jest określenie, co należy rozumieć pod pojęciem „dokumenty”. W tym kontekście należy wskazać wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 20 maja 2010 r. (sygn. I ACa 357/10, publ. LEX nr 756566), gdzie sąd stwierdził: „Zakładając racjonalność ustawodawcy należy dojść do przekonania, że użyte przez niego pojęcia będą miały zawsze to samo znaczenie, chyba że na podstawie szczególnego przepisu, np. na potrzeby danego aktu prawnego posługuje się on legalną definicją danego pojęcia. (...) w art. 2 P.z.p. ustawodawca nie zdefiniował, jak na gruncie niniejszej ustawy należy rozumieć pojęcie dokument (...) Wobec czego należy sięgnąć do przepisów art. 244 k.p.c. i następane. Przy czym k.p.c. rozróżnia dokumenty urzędowe (art. 244) oraz prywatne (art. 245). Skoro nie ma wątpliwości, że w przypadku wezwania powoda do przedłożenia wykazu dostaw oraz sprawozdań finansowych chodziło o dokumenty prywatne, a zgodnie z art. 245 k.p.c. dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie, warunkiem konstytutywnym dla istnienia dokumentu jest utrwalenie w formie pisemnej treści oraz złożenie podpisu. Skoro kserokopia nie może być dowodem na to, że osoba, która ją podpisała, złożyła takie oświadczenie woli, właśnie dlatego, że nikt się na kserokopii nie podpisał, to nie jest ona dokumentem. Natomiast kserokopia opatrzona podpisem staje się

dokumentem, właśnie ze względu na złożenie na niej podpisu. Z tych względów należy art. 46 ust. 4a P.z.p. rozumieć w ten sposób, że przedłożenie w wyniku wezwania kserokopii dokumentu, nie jest równoznaczne z przedłożeniem dokumentu”. Przyjmując argumentację Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, należy stwierdzić, że za dokument prywatny można uznać jedynie dokumenty podpisane, zatem kserokopie przesłane za pomocą faksu czy też za pośrednictwem poczty e-mail nie stanowią dokumentu prywatnego. Zgodnie z powyższym orzeczeniem sądu należy uznać, że przesłanie przez wykonawcę na żądanie zamawiającego kopii dokumentów niepotwierdzonych przez wykonawcę za zgodność z oryginałem, co za tym idzie nieopatrzonych podpisem, nie stanowi dokumentu w rozumieniu art. 46 ust. 4a P.z.p.

W piśmiennictwie można znaleźć poglądy, zgodnie z którymi jeżeli w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca nie przedstawi żądanych oświadczeń i dokumentów lub też przedłoży takie dokumenty i oświadczenia, które nie spełniają wszystkich wymagań im postawionych, np. odnośnie do daty ich wystawienia lub ważności, formy, wreszcie treści, to zachodzi pierwszy warunek zatrzymania wadium³. Dodatkowo w doktrynie podnosi się argument, że przepis art. 46 ust. 4a P.z.p. posługuje się identycznym pojęciem jak przepis art. 26 ust. 3 P.z.p., dlatego nie ma powodu, aby interpretować zwrot „nie złożył oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1” inaczej niż we wspomnianym przepisie⁴. Tak też wypowiedział się Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z 7 listopada 2012 r. (sygn. akt IV CSK 121/12, publ. LEX nr 1274997), gdzie podkreślono, że: „(...) art. 46 ust. 4a ZamPubU odwołuje się nie tylko do wezwania, o jakim stanowi art. 26 ust. 3, ale wprost stanowi o niezłożeniu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Niewątpliwie chodzi więc o dokumenty, które powinien był złożyć wy-

² Zob. L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 5, wyd. el. LEX 2012.

³ Zob. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 46, wyd. el. LEX 2010. Także por. M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 46, wyd. 3, C. H. Beck 2009, s. 378–382.

⁴ Zob. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych*, komentarz do art. 46.

konawca wzywany w tym trybie, po to, aby z jego udziałem można było przeprowadzić postępowanie o złożenie zamówienia publicznego. Nie ma uzasadnionych podstaw, aby czynić jakiegokolwiek rozróżnienie pomiędzy desygnatami pojęć «dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1» użytego w ust. 3 art. 26 i użytego w art. 46 ust. 4a ustawy. Sprzeciwiałyby się temu wyniki wykładni językowej. Przyjęcie, że w ramach jednego aktu prawnego ustawodawca posługując się danym zwrotem językowym, nadał mu, w różnych sytuacjach, odmienną treść, musiałoby znaleźć potwierdzenie w treści samej ustawy, czego w przepisach Zam-PublU dopatrzeć się nie można⁵. Konsekwencją przyjęcia powyżej prezentowanego poglądu jest stwierdzenie, że przesłanie przez wykonawcę kopii stosownych dokumentów, czy to za pośrednictwem poczty tradycyjnej, czy to za pomocą faksu lub poczty e-mail, wypełnia przesłankę niezłożenia żądanych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 P.z.p., określonej w art. 46 ust. 4a P.z.p. Zatem dla określenia, czy w danym stanie faktycznym zamawiający jest zobowiązany do zatrzymania wadium, konieczne byłoby wykazanie spełnienia drugiej przesłanki przewidzianej w art. 46 ust. 4a P.z.p., rozumianej jako brak udowodnienia ze strony wykonawcy, że niezłożenie przez niego dokumentów wyniknęło z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W tym miejscu przywołać należy podnoszony przez niektórych autorów argument, że art. 46 ust. 4a P.z.p. powinien być interpretowany celowościowo, na podstawie uzasadnienia do rządowego projektu ustawy o zmianie P.z.p. z dnia 25 kwietnia 2008 r., gdzie wskazano, iż omawiana regulacja ma za zadanie przeciwdziałanie sytuacjom, w których wykonawcy, działający w porozumieniu, powodują, że zamówienie udzielane jest jednemu z tych wykonawców, który zaoferował najwyższą cenę, poprzez celowe składanie ofert przez tych wykonawców bez

niezbędnych dokumentów, co skutkować będzie wykluczeniem ich z postępowania i udzieleniem zamówienia wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Przy takim rozumieniu omawianej regulacji należałoby badać intencje wykonawców, m.in. poprzez analizę, czy niezłożenie przez nich żądanych dokumentów było celowym działaniem zmierzającym do uzyskania zamówienia przez konkretnego wykonawcę. Zgodnie z powyższą tezą wadium nie powinno zostać zatrzymane w stosunku do wykonawców, którzy obiektywnie nie mogliby uzyskać zamówienia, gdyż nie spełniają oni warunków lub wymagań określonych przez zamawiającego. Zdaniem zwolenników opisywanej interpretacji założeniem ustawodawcy było ukaranie wykonawców posiadających obiektywną możliwość uzyskania zamówienia, którzy celowo składają oferty bez wymaganych dokumentów tylko po to, aby zostać wykluczonymi z postępowania, co umożliwiłoby uzyskanie zamówienia przez z góry określonego wykonawcę. Karanie zaś wszystkich wykonawców, nawet tych, którzy nie byli w stanie uzyskać zamówienia ze względu na niespełnianie obiektywnych kryteriów, nie było, zdaniem zwolenników opisywanej tezy, intencją ustawodawcy⁵.

W orzecznictwie wskazuje się, że wadium ma na celu zabezpieczenie zamawiającego przed nieuczciwym lub nierzetelnym wykonawcą, jak również przed ewentualną znową wykonawców zmierzającą do uzyskania zamówienia publicznego⁶. Stosownie do powyższego uznać należy, że art. 46 ust. 4a P.z.p. sankcjonuje domniemanie, iż niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów jest zawinionym zaniechaniem wykonawcy, jednakże wykonawca ma możliwość wzruszenia tego domniemania poprzez udowodnienie, że do nieuzupełnienia żądanych dokumentów doszło z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi winy⁷. Ocena, czy w danych okolicznościach wykonawca ponosi

⁵ Zob. *Opinia Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy – Prawo zamówień publicznych*, http://www.uzp.gov.pl/cms/sws/page/?D;981;zatrzymanie_wadium_na_podstawie_art_46_ust_4a_ustawy_-_prawo_zamowien_publicznych..html (dostęp: 5 lipca 2014 r., godz. 15:00).

⁶ Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 54/11), LEX nr 717404.

⁷ Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 1002/11), LEX nr 84118.

winę za niedostarczenie żądanej dokumentacji, należy do zamawiającego i niejednokrotnie następuje pewnych trudności.

Dla rzetelnego zbadania, czy wykonawca ponosi winę za niedostarczenie żądanej przez zamawiającego dokumentacji, niezbędne jest określenie, co należy rozumieć pod pojęciem winy. Do pojęcia winy odwołuje się art. 415 k.c., który znajduje zastosowanie dla omawianej problematyki na podstawie art. 14 P.z.p., stanowiąc, że kto z winy swojej wyrządzi drugiemu szkodę, zobowiązany jest do jej naprawienia. Doktryna prawa cywilnego rozróżnia dwie postacie winy – umyślną i nieumyślną. Pod pojęciem winy umyślnej należy rozumieć dwie sytuacje – sprawca chce wyrządzić drugiemu szkodę (zamiar bezpośredni) lub co najmniej godzi się na powstanie szkody (zamiar ewentualny). Pod pojęciem winy nieumyślnej należy rozumieć niedbalstwo, czyli niedołożenie przez sprawcę należytej staranności⁸. Pojęcie należytej staranności definiuje art. 355 § 1 k.c. w zw. z art. 14 P.z.p., który stanowi, że przez należyłą staranność należy rozumieć staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju. Stosownie do powyższego dowody przedstawione przez wykonawcę należy zweryfikować jako wskazujące na brak winy wykonawcy albo w przypadku uznania, że ponosi on winę, rozstrzygnięcia, z jaką winą po stronie wykonawcy ma się do czynienia. Przy badaniu konkretnych zachowań wykonawcy należy brać pod uwagę umyślność działania czy też staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, innymi słowy – należy przyjąć za wzór model działania wykonawcy jako profesjonalisty w obrocie gospodarczym. W szczególności wykonawca jako profesjonalny podmiot nie powinien zasłaniać się niezajomością stosownych procedur czy przepisów, jeżeli ich znajomość jest ogólnie wymagana od podmiotów danego rodzaju.

Największym problemem, przed jakim stają zamawiający, rozpatrując możliwość zatrzymania wadium w stosunku do określonego wykonawcy,

jest zatem ustalenie, czy wykonawca ponosi winę za niezłożenie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 P.z.p. Przy czym wydaje się, że nie każde stwierdzenie zawinionego przez wykonawcę braku dostarczenia dokumentów będzie skutkowało obowiązkiem zatrzymania wadium przez zamawiającego. Wskazać w tym miejscu należy rozbieżności pojawiające się w orzecznictwie, dotyczące przypadków zawinionego działania wykonawcy, polegającego na niedostarczeniu żądanych przez zamawiającego dokumentów uzasadniających zatrzymanie przez zamawiającego wadium, przy czym za dominujący należy uznać pogląd mniej restrykcyjny dla wykonawców.

W judykaturze wskazuje się, że z zaistnieniem przesłanki braku udowodnienia przez wykonawcę, iż niezłożenie przez niego dokumentów lub oświadczeń wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie, mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca nie dochowuje należytej staranności, wymaganej w stosunkach danego rodzaju, i przez to nie przedkłada określonego, wymaganego w postępowaniu dokumentu. Przy czym, jak wskazano w tezie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 29 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 536/12; KIO 537/12, LEX nr 1148265): „Negatywna ocena przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów pod kątem opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu nie może prowadzić do podjęcia przez zamawiającego decyzji o zatrzymaniu wykonawcy wadium wraz z odsetkami, a jedynie do decyzji o konieczności wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. W orzecznictwie dominuje pogląd, że w przypadku gdy wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, złoży dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunków w postępowaniu lub zawierają błędy, zamawiający nie jest uprawniony do zatrzymania wadium wraz z odsetkami⁹. Podkreśla się również jednoznacznie, że nieprawidłowe lub niejasne wezwanie, niemożność zdobycia przez wykonawcę dokumentu opa-

⁸ Por. K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449*¹¹. Tom I, komentarz do art. 415, C. H. Beck 2008.

⁹ Zob. wyrok KIO z 30 września 2011 r., KIO 2018/11, LEX nr 969572.

trzonego wymaganą datą, niespełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, źle zrozumiany przez wykonawcę warunek – są okolicznościami, które należy uznać za przyczyny, dla których wykonawca nie mógł dokumentu uzupełnić prawidłowo, zatem są to przyczyny wyłączające możliwość zatrzymania wadium przez zamawiającego¹⁰. W tym miejscu warto przytoczyć tezę wyroku Sądu Najwyższego z 7 lipca 2011 r. (sygn. akt II CSK 675/10, LEX nr 951295), gdzie wskazano, że: „O istnieniu ryzyka zmywy wykonawców – czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja – można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego”, zaś w wyroku Sądu Najwyższego z 10 maja 2013 r. (sygn. akt I CSK 422/12, LEX nr 1331255) wskazano, że: „Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego”¹¹.

Stosownie do powyższych rozważań należy przyjąć, że przesłanki określone w art. 46 ust. 4a P.z.p., uzasadniające zatrzymanie przez zamawiającego wadium, zachodzą w sytuacji, gdy wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie złoży dokumentu związanego z treścią wezwania zamawiającego oraz nie udowodni, że niezłożenie tego dokumentu spowodowane było przyczynami niezależnymi od niego, a zatem że w danej sytuacji w szczególności zachował należytą staranność, nie miał zamiaru celowego niewykonania wezwania zamawiającego oraz nie uczestniczył w zmywie wykonawców. Przy czym brak będzie po stronie zamawiającego obowiązku zatrzymania wadium w sytuacji, gdy wykonawca wykaże, że nie zło-

żył żądanego dokumentu z uwagi na fakt, że nie zrozumiał wezwania czy też nie spełniał warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że w orzecznictwie pojawiają się również poglądy wskazujące na bardziej restrykcyjną, w stosunku do wykonawców, interpretację art. 46 ust. 4a P.z.p. W tym kontekście należy przywołać, cytowany już powyżej, wyrok Sądu Najwyższego z 7 listopada 2012 r. (sygn. akt IV CSK 121/12), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że: „w świetle art. 46 ust. 4a przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy, czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Do innego rozumienia wynikającej z tego przepisu normy nie prowadzi również jej sankcyjny charakter, a także cel, którym kierował się ustawodawca, wprowadzając tę regulację. Wykładnia powołanego przepisu przez przyjęcie, że chodzi wyłącznie o stan bierności wezwanego wykonawcy w niczym nie zapobiegnie zmywom cenowym”. Przedstawiony pogląd nie jest poglądem dominującym, co jednak nie oznacza, że nie zostanie on podzielony przez składy orzekające w innych sprawach, związanych z zatrzymaniem wadium w trybie art. 46 ust. 4a P.z.p. Wydaje się jednak, że ze względu na bardzo restrykcyjny charakter regulacji zawartej w art. 46 ust. 4a P.z.p. oraz cel, jaki przyświecał ustawodawcy przy wprowadze-

¹⁰ Zob. wyrok KIO z 24 sierpnia 2011 r., KIO 1712/11; KIO 1714/11; KIO 1718/11; KIO 1719/11, LEX nr 951203. Por. również tezę do wyroku KIO z 16 czerwca 2011 r., KIO 1134/11, LEX nr 846367, zgodnie z którą: „Nie można przyjąć, że samo niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. stanowi podstawę zatrzymania wadium, bez oceny okoliczności, w jakich do niezłożenia tych dokumentów lub oświadczeń doszło. Złożenie dokumentów niepotwierdzających spełnienia warunku, w przypadku działania w przekonaniu, że za ich pomocą wykazuje się spełnienie warunku, powinno być zbadane pod kątem okoliczności ekskulpcyjnych. Przepis art. 46 ust. 4a p.z.p. zezwala na zatrzymanie wadium, jedynie w sytuacji niezłożenia żądanych dokumentów, a nie w sytuacji, gdy złożone dokumenty są dokumentami żądanymi przez zamawiającego, ale nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu”.

¹¹ Analogiczny pogląd został wyrażony m.in. w: wyroku Sądu Najwyższego z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, LEX nr 1314392; wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 18 listopada 2013 r., I ACa 834/13, niepubl.

niu omawianego przepisu, dotychczasowa linia orzecznicza zostanie podtrzymana.

Stosownie do powyższego przyjąć należy, że zamawiający zobowiązany jest do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a P.z.p. tylko w sytuacjach, gdy z okoliczności sprawy wynikać będzie, że niedostarczenie dokumentów przez wykonawcę spowodowane było umyślnym lekceważeniem przez niego obowiązków wynikających z art. 26 ust. 3 P.z.p. Dodatkowo takie działanie wykonawcy winno mieć wpływ na prowadzone postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Innymi słowy – wypada uznać, że możliwość zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 4a P.z.p. należy dopuścić w sytuacjach ewidentnych, kiedy to zamawiający nie ma wątpliwości, że wykonawca celowo podejmuje działania (manipuluje postępowaniem przetargowym) zmierzające do uzyskania zamówienia przez innego, konkretnego wykonawcę.

IV. ZAKOŃCZENIE

Zatrzymanie wadium przez zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a P.z.p. niejednokrotnie naraża wielu trudności związanych z prawidłową interpretacją przesłanek umożliwiających dokonanie zatrzymania wadium przez zamawiającego. Na trudności w stosowaniu omawianego przepisu wskazują chociażby rozbieżności co do rozumienia treści normatywnej omawianej regulacji. Jednakże należy opowiedzieć się za mniej restrykcyjną, w stosunku do wykonawców, interpretacją przedmiotowej regulacji. W szczególności wskazać należy, że omawianą instytucję cechuje bardzo wysoka sankcyjność, co w połączeniu z szerszym,

niż jest to wskazane w uzasadnieniu do nowelizacji P.z.p. z 4 września 2008 r., rozumieniem zakresu zastosowania przepisu art. 46 ust. 4a P.z.p. prowadziłyby do nieuzasadnionego osłabienia pozycji wykonawców w stosunku do zamawiających, którzy uzyskaliby możliwość arbitralnego decydowania o zatrzymaniu, niejednokrotnie wysokich, kwot pieniężnych wnoszonych jako wadium. Taki stan rzeczy skutkowałby zapewne bardzo częstym zatrzymywaniem wadium przez zamawiających, którzy mając na względzie grożącą odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, dokonywaliby zajęcia wniesionego wadium w większości niejednoznacznych sytuacji, w celu uniknięcia potencjalnej odpowiedzialności za uszczuplenie wpływów Skarbu Państwa.

Stosownie do powyższego należy opowiedzieć się za przyjęciem interpretacji zawężającej, opartej na wykładni celowościowej, zgodnie z którą sankcja w postaci zatrzymania wadium powinna dotyczyć jedynie tych wykonawców, którzy przez swoje bierno, umyślne, celowe zachowanie nie podporządkowali się woli zamawiającego, przez co negatywnie wpłynęli na przebieg postępowania przetargowego. Takie rozumienie art. 46 ust. 4a P.z.p. jest względniejsze zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców, tym pierwszym nie przysparza tak znacznych trudności w ocenie konieczności zatrzymania wadium, tym samym zmniejsza obawy przed naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, tych drugich zaś nie obarcza ryzykiem utraty znacznych środków finansowych w sytuacji popełnienia nieznacznych nawet błędów w uzupełnianiu żądanej przez zamawiających dokumentacji.

Powyższe opracowanie powstało przed znowelizowaniem ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 29 sierpnia 2014 r. Owa nowelizacja w zasadniczym stopniu uwzględniła postulaty przedstawione w powyższym artykule. Autor przesłał do redakcji artykuł uwzględniający zmiany wprowadzone nowelizacją. Redakcja opublikowała jednak wersję pierwotną, jako część pierwszą opracowania; w następnym zeszycie (nr 3–4/2015) opublikujemy część drugą, w której Autor omawia problematykę na gruncie znowelizowanego Prawa zamówień publicznych – wskazując zalety przyjętych rozwiązań i możliwe problemy.

Radosław Koper

GŁOŚA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 22 STYCZNIA 2014 R., IV KK 313/13¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

Niemożliwość zrealizowania obowiązku pouczenia świadka o prawie do odmowy zeznań (art. 191 § 2 k.p.k.) nie stanowi przeszkody prawnej do odczytania i wykorzystania poprzednio złożonych przez tę osobę zeznań (art. 391 § 1 k.p.k.), gdy nie przysługiwało jej wtedy jeszcze uprawnienie z art. 182 k.p.k.

I. Głosowany wyrok zapadł na tle dość skomplikowanego stanu faktycznego. Z uwagi na ściśle powiązanie przedmiotu glosy ze wskazaną wyżej tezą SN stan faktyczny zostanie zarysowany tylko w pewnym zakresie, niezbędnym z punktu widzenia prowadzonych wywodów.

Wyrokiem z 23 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w G. skazał kilka osób za określone przestępstwa, w następstwie rozpoznania kilku spraw z tytułu łączności podmiotowo-przedmiotowej. Od prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego w K., który to wyrok zapadł w konsekwencji rozpatrzenia wniesionych apelacji, prokurator Prokuratury Apelacyjnej w K. złożył kasację, formułując kilka zarzutów. Jeden z nich dotyczył nieodczytania na rozprawie protokołu zeznań złożonych przez świadka D. B. w śledztwie, zawierających pomówienie W. R. i J. R. o współudział w kra-

dieży i niszczeniu elementów linii kolejowej, pomimo braku pewności, że ten świadek został oskarżony o współudział w przestępstwach objętych postępowaniem prowadzonym przed Sądem Okręgowym w G.

Odnosząc się do zarzutów kasacyjnych, Sąd Najwyższy ujawnił praktykę przyjętą w śledztwie wobec D. B. Wytknął bowiem prokuratorowi, że przez cały okres postępowania przygotowawczego, trwający blisko 8 miesięcy, nie doszło do przedstawienia D. B. zarzutów, mimo że istniały ku temu podstawy już na początku śledztwa. Podczas pierwszego przesłuchania D. B. w dniu 4 sierpnia 2011 r. – w charakterze świadka, jak się niетrudno domyślać – ujawnił on organowi ścigania informacje o działalności kryminalnej na szkodę kolei, tak swojej, jak i pięciu podejrzanych (późniejszych oskarżonych). Pomimo zatem, że zebrane dowody, a zwłaszcza wyjaśnienia złożone wówczas

¹ OSNKW 2014, nr 6, poz. 49.

przez A. D. oraz M. i R. O., stwarzały podstawę do przedstawienia zarzutów D. B., nastąpiło to dopiero w dniu sporządzenia aktu oskarżenia przeciwko pięciu podejrzany.

W trakcie prowadzonego wobec nich postępowania sądowego D. B. został wezwany do stawienia się w charakterze świadka, jako że w tym czasie jego sprawa była już przedmiotem odrębnego postępowania karnego, w którym posiadał, rzecz jasna, status oskarżonego. Z rozważań zawartych w uzasadnieniu komentowanego wyroku wynika, że nie można było D. B. doręczyć wezwania, ponieważ przebywał on za granicą. Zeznań D. B. pochodzących ze śledztwa nie włączono do materiału dowodowego w sprawie prowadzonej przed Sądem Okręgowym w G.

II. Zasadnicza część wywodów Sądu Najwyższego jest podporządkowana rozstrzygnięciu kwestii prawnej wiążącej się z przesłuchaniem sprawcy przestępstwa w charakterze świadka w „cudzej sprawie”, w procesie prowadzonym przeciwko współsprawcom. Rzecz sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy niestawienie świadka uprawnionego do odmowy zeznań na podstawie art. 182 § 3 k.p.k. usprawiedliwia odczytanie w trybie art. 391 § 1 k.p.k. protokołu jego zeznań złożonych jeszcze przed przedstawieniem mu zarzutów.

Nie trzeba wielkiej wnikliwości, aby dostrzec pozostawianie tego problemu w kręgu oddziaływania reguły *nemo se ipsum accusare tenetur*². W warunkach istnienia podstaw do przedstawienia zarzutów sprawca przestępstwa został bowiem przesłuchany w roli procesowej, która nie jest dla niego zarezerwowana, a w ten sposób był zmuszony wypełniać obowiązki ciężące na świadku i tym samym świadczyć przeciwko sobie. Na tym się jednak nie kończy,

skoro w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania przez SN zaktualizował się dodatkowo problem dopuszczalności ujawnienia zeznań złożonych podczas tego przesłuchania, przy czym chodzi o ujawnienie ich w razie absencji świadka-sprawcy w procesie toczonym przeciwko współsprawcom.

III. W uzasadnieniu głosowanego judykatu Sąd Najwyższy wprost akcentuje znaczenie reguły *nemo tenetur*, łącząc ją wyraźnie z uregulowaniem art. 182 § 3 k.p.k. Powołany przepis rozszerza krąg osób uprawnionych do odmowy zeznań, ponieważ wykracza poza zbiór wypadków uzasadniających ochronę więzi rodzinnych i osobistych. Przyznaje prawo odmowy zeznań świadkowi, który w innej toczącej się sprawie jest oskarżony o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem, w którym ma wystąpić w roli świadka. Nie sposób zatem podważyć tezy, w myśl której w omawianym przepisie ustawodawca rozwiązuje konflikt zachodzący między powinnościami świadka a gwarancjami interesów oskarżonego (podejrzanego) w procesie karnym³.

Trzeba przyznać rację Sądowi Najwyższemu, gdy analizuje kontekst związany z uprawnieniem określonym w art. 182 § 3 k.p.k. Punktem wyjścia jest w tym zakresie celne spostrzeżenie, że możliwa jest sytuacja polegająca na tym, że podstawy legitymizujące skorzystanie z prawa odmowy zeznań mogą się ujawnić dopiero w toku już trwającego procesu, nawet na jego zaawansowanym etapie. Wówczas świadek może skorzystać z prawa odmowy zeznań na podstawie art. 182 § 3 k.p.k., pod warunkiem że złoży stosowne oświadczenie przed rozpoczęciem chronologicznie pierwszego zeznania w postępowaniu sądowym, zeznania liczonego od momentu uzyskania uprawnienia prze-

² W kwestii istoty tej reguły zob. np. Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, s. 19 i n.; R. Kmieć, *Glosa do uchwały SN z dnia 20 września 2007 r., sygn. I KZP 26/07*, Prok. i Pr. 2007, z. 12, s. 163–165; tenże, *Prawo do milczenia zatrzymanej osoby podejrzanej (w świetle reguły nemo tenetur)*, Prok. i Pr. 2000, z. 7–8, s. 17–19.

³ M. Klejnowska, *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004, s. 114; P. K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004, s. 72–73; D. Lerman, *Współsprawca jako świadek w postępowaniu karnym*, Prok. i Pr. 2012, z. 3, s. 107.

widzianego we wskazanym przepisie⁴. Tylko bowiem wtedy, zgodnie z treścią art. 186 § 1 k.p.k., poprzednio złożone zeznanie nie może służyć za dowód ani nie może być odtworzone. W przeciwnym razie lub w razie nieskorzystania z prawa odmowy zeznań trudno byłoby sprzeciwić się możliwości wykorzystania tych wcześniejszych oświadczeń dowodowych złożonych w związku z pełnieniem roli świadka. Za istnieniem takiej możliwości przemawiają nie tylko względy powiązane z realizacją zasady prawdy, ale także potrzeba właściwego odczytania treści art. 391 § 1 k.p.k.⁵ W analizowanej sytuacji mamy co prawda do czynienia ze sprawcą przestępstwa, ale jednak przesłuchiwanym w charakterze świadka, który uprzednio też złożył zeznania jako świadek. Specyfika tej sytuacji nie wyłącza możliwości zastosowania art. 391 § 1 k.p.k., gdyż brak powodów, które by stały tutaj na przeszkodzie.

Skrótowe omówienie otoczki proceduralnej roztrząsanego problemu było niezbędne z dwóch przyczyn. Po pierwsze, wskazanie ogólnych uwarunkowań tego problemu to dotknięcie kwestii, których nie można utracić z pola widzenia podczas rozważania dopuszczalności odczytania protokołu zeznań świadka-sprawcy złożonych przed przedstawieniem zarzutów w sytuacji, gdy ta osoba uprawniona z art. 182 § 3 k.p.k. nie pojawia się w sądzie. Innymi słowy, choć wymienione okoliczności niekoniecznie muszą zasadniczo przesądzać o sposobie rozwikłania analizowanego problemu, to jednak stanowią w tym wypadku swoiste kwestie wstępne, których uporządkowanie i zaakcentowanie pozwala mocniej wyodrębnić przypadek uzewnętrzniony w tezie głosowanego orzeczenia. Po drugie, umożliwia też zajęcie stanowiska w przedmiocie tej tezy sprecyzowanej przez SN. O ile bowiem sposób

nakreślenia przez ten sąd kontekstu związanego z uprawnieniem określonym w art. 182 § 3 k.p.k. nie wywołuje wątpliwości, o tyle zastanawiający może być stopień aprobaty dla tezy przedstawionej przez Sąd Najwyższy w komentowanym wyroku.

IV. Jak już wynika z dotychczasowych rozważań, najwyższa instancja sądowa optuje za dopuszczalnością odczytania na rozprawie i dowodowego wykorzystania zeznań złożonych przez świadka-sprawcę z uwagi na jego niestawienie w toku rozprawy, jeżeli w trakcie składania tych zeznań nie sposób było pouczyć go o prawie z art. 182 § 3 k.p.k., skoro nie występowały wtedy podstawy do skorzystania z tego uprawnienia. Zdaniem SN odstąpienie od włączenia do materiału dowodowego takich zeznań stanowi uchybienie proceduralne, które może być rażącym naruszeniem prawa, mogącym wywrzeć istotny wpływ na treść wyroku w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k. Tak przynajmniej przyjął SN na gruncie rozpoznawanej przezeń sprawy.

Wydaje się, że takie ujęcie raczej nie załatwia całego problemu. Nie można przejść do porządku nad faktem, że w grę wchodzi dowodowe wykorzystanie zeznań złożonych przez faktycznie podejrzanego.

Uwypuklenie tej kwestii oznacza dotknięcie problematyki dotyczącej osoby podejrzanego, która odznacza się wysokim stopniem złożoności i trudności. Jakkolwiek nazwę „osoba podejrzana” definiuje się przy użyciu rozmaitych sposobów i konstrukcji⁶, wydaje się, że biorąc pod uwagę potrzebę eksplikacji terminologicznych w minimalnym zakresie, uzasadnionym ramami niniejszej glosy, można ograniczyć się do stwierdzenia, że mówiąc o osobie podejrzanego, należy mieć na uwadze dwie możliwe kategorie osób. Po pierwsze, będzie to osoba podejrzana *sensu stricto*, a zatem podmiot, co

⁴ A. Bojańczyk, T. Razowski, *Konsekwencje procesowe uzyskania i utraty przez świadka uprawnienia do odmowy składania zeznań*, „Palestra” 2007, nr 3–4, s. 17–22.

⁵ D. Lerman, *Współsprawca*, s. 110–111.

⁶ Zob. przejrzysty i czytelny przegląd tych definicji przedstawiony przez R. A. Stefańskiego, wraz z propozycją własnej definicji, *Prawo do obrony osoby podejrzanego*, (w:) *Z problematyki funkcji procesu karnego*, pod red. T. Grzegorzcyka, J. Izydorczyka, R. Olszewskiego, Warszawa 2013, s. 298–301.

do którego istniejące dane wskazują na uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, jednakże nie są to jeszcze informacje tego rodzaju, aby można było tej osobie przedstawić zarzut. Z drugiej strony osoba, w stosunku do której zebrano dowody dostatecznie uzasadniające podejrzenie popełnienia danego czynu, czyli osoba, która powinna uzyskać status podejrzanego w rozumieniu art. 313 k.p.k., a jednak organ ścigania zwleka z przedstawieniem jej zarzutów, przesłuchując ją w charakterze świadka, to osoba podejrzana *sensu largo*, inaczej mówiąc – faktycznie podejrzaną.

Gdyby zatem w sprawie rozpoznawanej przez SN świadek D. B. występował w roli osoby podejrzanego *sensu stricto*, w sumie trudno byłoby znaleźć argumenty przeciwko tezie przyjętej przez ten organ. Wprawdzie doktryna trafnie kładzie nacisk na zakaz występowania w charakterze świadka we własnej sprawie⁷, a podstawy jego obowiązywania można się doszukiwać *a contrario* w przepisach: art. 389 § 1 oraz art. 391 § 2 k.p.k., niemniej jednak nie da się ukryć, że jest to zakaz formalny, który nie ma charakteru jednoznacznego w sensie normatywnym, a w rezultacie nie jest bezwzględnie obowiązujący⁸. Należałoby tutaj jeszcze dopowiedzieć, że musiałyby zaistnieć warunki wskazywane przez Sąd Najwyższy, a wynikające z art. 391 § 1 k.p.k.: pobyt świadka za granicą, niemożność doręczenia wezwania, istnienie niedającej się usunąć przeszkody albo śmierć świadka.

Świadek D. B. uzyskał jednak status faktycznie podejrzanego, co silnie akcentował Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanego wyroku. Przesłuchanie faktycznie podejrzanego w charakterze świadka stanowi naruszenie prawa, ponieważ oznacza pozbawienie danej osoby istotnych gwarancji procesowych, jakie uzyskuje ona w wyniku nabycia statusu podejrzanego. Skoro w art. 313 § 1 k.p.k. wymaga się istnienia dostatecznych podstaw uzasadniających podejrzenie dokonania konkretnego czynu przez konkretną osobę, pośrednio wskazuje się w ten sposób właściwy moment czasowy, w którym powinna mieć miejsce instytucja przedstawienia zarzutów. Oznacza to, że opóźnianie tej czynności po to, by wydobyc określone informacje od sprawcy przesłuchiwanego w roli świadka, jest działaniem w pewnym sensie sprzecznym z normą dekodowaną z treści art. 313 § 1 k.p.k.⁹ W doktrynie określa się takie sytuacje jako wręcz patologiczne¹⁰, a nawet uprawnione – w określonym zakresie – byłoby nawiązanie do pojęcia nadużycia prawa. W tym ostatnim wypadku należy mieć na uwadze użycie danego narzędzia prawnego sprzecznie z celem, dla którego zostało ustanowione, niezgodnie z jego przeznaczeniem, z naruszeniem *ratio* danej normy i z oddziaływaniem na sferę interesów innych podmiotów¹¹.

V. Czy zatem dopuszczalne jest wykorzystanie dowodowe zeznań o takim charakterze?

W uzasadnieniu komentowanego judyka-

⁷ Na ten temat np. M. Klejnowska, *Oskarżony*, s. 105–108.

⁸ Zakres respektowania reguły *nemo se ipsum accusare tenetur* w jej ujęciu karnoprosesowym nie należy do zagadnień bezdyskusyjnych, skoro nie ograniczono ogólnie kręgu świadków, których wiarygodność będzie zabezpieczona przez karalność fałszywych zeznań, tak R. Kmiciek, *Glosa*, s. 163–164.

⁹ Por. uchwały SN: z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 4/07, OSNKW 2007, nr 6, poz. 45 oraz z 20 września 2007 r., I KZP 26/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 71.

¹⁰ S. Steinborn, *Status osoby podejrzanego w procesie karnym z perspektywy Konstytucji RP (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, pod red. P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, Warszawa 2012, s. 1782.

¹¹ Więcej na temat koncepcji nadużycia prawa zob. M. Warchoń, *Pojęcie „nadużycia prawa” w procesie karnym*, Prok. i Pr. 2007, z. 11, s. 48–67. W ramach zaprezentowanego ujęcia „nadużycia prawa” określone działanie charakteryzuje się też tym, że nie jest wyraźnie zakazane przez prawo, mieszcząc się w tzw. szarej strefie procesowej. Ten akurat element „nadużycia prawa” nie do końca występuje w omawianym wypadku, ponieważ – jak ustalono w tekście – przesłuchanie faktycznie podejrzanego w charakterze świadka jawi się jako zachowanie bezprawne.

tu SN wspomina o prawidłowo złożonej relacji przez D. B. w śledztwie, jako że ten specyficzny świadek został wówczas poinformowany o wynikającym z art. 183 § 1 k.p.k. uprawnieniu w zakresie uchylenia się od odpowiedzi na pytanie. Znaczenie praktyczne tej gwarancji jest jednak niewielkie, gdyż – jak słusznie zauważa się w literaturze i orzecznictwie – powołany przepis umożliwia świadkowi-sprawcy odmowę odpowiedzi na pytanie, ale zarazem pozwala zwrócić organowi procesowemu uwagę na okoliczności, o których świadek wolałby nie wspominać¹², ergo nie zapewnia skutecznej ochrony reguły *nemo tenetur*. Abstrahując od tego wyraźnego mankamentu, trzeba przypomnieć, że faktycznie podejrzany powinien występować już w innej roli procesowej, a w konsekwencji powinien korzystać z szerokiego wachlarza uprawnień przysługujących podejrzanemu. W rezultacie powoływanie się w omawianej sytuacji na możliwość zastosowania art. 183 § 1 k.p.k. brzmi niezrozumiale, skoro ta słaba w swej istocie gwarancja nie tylko nie przybliży do statusu podejrzanego, ale wręcz pogłębia przymusowość położenia świadka-sprawcy.

Wspomniana przymusowość, będąca odbiciem zróżnicowania sytuacji prawnej oskarżonego i świadka¹³, *de facto* umyka uwadze Sądu Najwyższego w komentowanym wyroku, przy czym wymaga wyeksponowania także w innym aspekcie. Można bowiem postawić pytanie: jeśli D. B. – zamiast przesłuchania w charakterze świadka – złożyłby wyjaśnienia jako podejrzany, czy nastąpiłaby jakaś wyraźna zmiana w zakresie możliwości późniejszego wykorzystania jego oświadczeń dowodowych? W takim układzie procesowym nadal istniałaby wskazana możliwość, skoro zgodnie z art. 391 § 2 k.p.k., w wypadku ujętym w art. 182 § 3 k.p.k. jest dopuszczalne odczytanie protokołu

złożonych uprzednio wyjaśnień w charakterze oskarżonego. Jeżeli zatem należałoby zaniegować dopuszczalność wykorzystania jako dowodu zeznań złożonych w charakterze świadka (będącego faktycznie podejrzanym), to czy sytuacja tej samej osoby ulega diametralnej poprawie w razie ujawnienia protokołu jej wyjaśnień? Nie da się ukryć, że stopień sygnalizowanej przymusowości jest w drugim wypadku jednak zdecydowanie mniejszy (a może nawet w ogóle jej nie ma), a to wobec zestawu uprawnień przysługujących oskarżonemu, a zwłaszcza prawa do milczenia. Obie sytuacje nie mogą więc być lokowane na jednej płaszczyźnie.

Można też zapewne kontrargumentować, że zakres uciążliwości związanej z ograniczeniem reguły *nemo tenetur* był w wypadku świadka D. B. mniejszy, ponieważ ujawnił on informacje o zachowaniach przestępnych współsprawców. Trudno wszak nie dostrzec, że ujawnił zarazem informacje o własnym udziale w przestępstwie. Nawet gdyby wyobrazić sobie w analogicznych wypadkach rozwiązanie polegające na przesłuchiwanie takiej osoby w charakterze świadka tylko co do okoliczności dotyczących działania przestępnego innych osób, to w razie występowania współsprawstwa nadal zachodzi obawa naruszenia reguły *nemo tenetur*. Elementy czynu zabronionego dotyczące współsprawcy przesłuchiwanego w charakterze świadka i jego udziału w przestępstwie oraz odnoszące się do pozostałych współsprawców, z natury rzeczy, wzajemnie się przenikają i zająbiają. Kontekst tak skonstruowanego przesłuchania jest więc tego rodzaju, że zapewne nie stwarza odpowiednich warunków, aby zagwarantować w pełni ochronę interesów sprawcy przesłuchiwanego w roli świadka.

Poza tym fakt niestawiennictwa świadka

¹² Np. P.K. Sowiński, *Prawo*, s. 126; D. Lapawa, *Problem pouczenia świadka o prawie do uchylenia się od odpowiedzi na pytanie*, WPP 2013, nr 1, s. 97–102; uchwała SN z 20 września 2007 r., I KZP 26/07.

¹³ Na co zwrócił uwagę SN w uchwale z 20 czerwca 1991 r., I KZP 12/91, OSNKW 1991, z. 10–12, poz. 46. Por. też Z. Kwiatkowski, *Głosa do uchwały SN z dnia 20 czerwca 1991 r. (I KZP 10/91)*, PS 1992, nr 7–8, s. 134 i n. oraz M. Warchoń, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego Izba Karna z dnia 26 kwietnia 2007/I KZP 4/07*, WPP 2007, nr 3, s. 109 i n.

na wezwanie sądu nie powinien być barierą przeszkadzającą w przyjęciu odmiennej tezy od tej, którą wyraził Sąd Najwyższy. Absencja świadka z przyczyn świadczących nawet o swoistej niesubordynacji w zakresie wypełniania ciężących nań obowiązków nie powinna raczej przesłonić faktu, że wykorzystanie oświadczenia dowodowego dotyczy w tym wypadku zeznań uzyskanych w sposób mogący świadczyć o naruszeniu prawa. Innymi słowy, świadek-sprawca nie powinien ponosić ujemnych konsekwencji polegających na zaprzeczeniu działania wobec niego reguły *nemo tenetur*, i to pomimo że sam nie stawiał się na rozprawę, a w rezultacie nie może być pouczone o przysługującym mu prawie odmowy zeznań. Niezależnie więc od tego, że niemożność doręczenia świadkowi wezwania musi zostać potwierdzona poczynaniami zmierzającymi do odnalezienia świadka, sam zaś pobyt za granicą musi wykazywać taki charakter, że będzie wykluczać przesłuchanie go przez sąd, a zatem – sądowi nie wolno korzystać z pretekstów do odczytania protokołu zeznań świadka uprawnionego do odmowy zeznań, czyli sąd winien dążyć – w takim zakresie, jaki tylko jest możliwy – do uzyskania oświadczenia świadka w przedmiocie prawa z art. 182 § 3 k.p.k.¹⁴, priorytetowo należy tutaj potraktować bezprawność przesłuchania faktycznie podejrzanego jako świadka.

Zresztą wypada podkreślić, że sąd pierwszej instancji powinien badać, czy w postępowaniu przygotowawczym miało miejsce owo przesłuchanie oznaczające opóźnienie momentu przedstawienia zarzutów. W wielu wypadkach tego typu nie będzie musiał dokonywać w tej materii wnikliwej analizy, ponieważ w razie odebrania od faktycznie podejrzanego zeznań w jego własnej sprawie i tak zawsze – w razie późniejszego składania w tej sprawie wyjaśnień – będzie obowiązywać bezwzględny zakaz ujawniania uprzednio złożonych zeznań, o którym to zakazie już wyżej nadmieniano.

Na tym tle nieco odmiennie prezentuje się kwestia składania przez sprawcę zeznań co do okoliczności popełnionego przezeń przestępstwa, ale w „cudzej sprawie”. W takich sytuacjach bezwzględny zakaz dowodzenia statuowany w art. 186 § 1 k.p.k. obowiązuje, jak wyżej akcentowano, w układzie procesowym zakładającym stawiennictwo świadka. Gdyby przyjąć stanowisko zaproponowane przez Sąd Najwyższy, nieobecność świadka, który był faktycznie podejrzanym, sprawia, że może on zostać pozbawiony zbliżonej rodzajowo ochrony.

VI. Sytuacja nie jest wszak całkowicie jednoznaczna, ponieważ wiele przemawia za tym, aby stwierdzić brak w rozważanej sytuacji zakazu dowodowego. Jeżeli pod nazwą „zakazy dowodowe” rozumiemy przepisy prawne wyłączające dowodzenie określonych faktów oraz wyłączające lub ograniczające wprowadzenie, przeprowadzenie i wykorzystywanie pewnych dowodów¹⁵, to w analizowanym wypadku uderza niemożność odniesienia go do tak skonstruowanej trafnej definicji. Kwestia ewentualnego zadekretowania w przepisach wyraźnej dezaprobaty ustawodawcy dla przesłuchiwanie faktycznie podejrzanego w charakterze świadka, także przez wskazanie potencjalnych wyłączeń dowodowych, jest otwarta i – szczerze mówiąc – też dość kontrowersyjna (w sensie: niełatwa w ocenie, wywołująca wiele wątpliwości) i znacznie przekracza ramy niniejszej glosy.

Dlatego można się ograniczyć do stwierdzenia akcentującego *de lege lata* posiadanie przez sąd kompetencji dotyczącej eliminacji zeznań złożonych przez faktycznie podejrzanego w charakterze świadka. W piśmiennictwie słusznie wskazuje się, że o ile nie każde uchybienie prawno-dowodowe skutkuje niedopuszczalnością dowodu, o tyle jego dyskwalifikacja nie powinna mieć miejsca tam, gdzie nie doszło do pogwałcenia zakazu dowodowego, chyba że naruszone normy miały

¹⁴ A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010, s. 342–343.

¹⁵ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001, s. 34.

charakter gwarancyjny¹⁶. Istnieje z pewnością zgoda co do gwarancyjnego znaczenia przepisu art. 313 k.p.k. W następstwie takiego stanu rzeczy nie jest nawet potrzebne ani pożądane, aby sąd dokonywał oceny zeznań faktycznie podejrzanego, jako dowodu wadliwego, pod kątem wymogów określonych w art. 7 k.p.k. Naruszenie bowiem normy gwarancyjnej o istotnym znaczeniu w toku postępowania dowodowego winno implikować dyskwalifikację takiego dowodu jako podstawy wyrokowania.

VII. W ramach podsumowania przeprowadzonych rozważań raz jeszcze należy podkreślić, że teza wyrażona przez Sąd Najwyższy mogłaby zaktualizować się w układzie pro-

cesowym dotyczącym zeznań współsprawcy w „cudzej sprawie” tylko w jednym generalnym wypadku. Trzeba mieć na myśli zeznania złożone przez osobę podejrzaną *sensu stricto*. Tam, gdzie w grę wchodzi zeznania faktycznie podejrzanego, wypadałoby przyjąć rozwiązanie odmienne, zasadzające się na tezie o naruszeniu prawa w razie przesłuchania osoby podejrzananej *sensu largo* w roli świadka. W pozostałym natomiast zakresie, dotyczącym skorzystania z prawa odmowy zeznań przez osobę najbliższą dla oskarżonego (art. 182 § 1 i 2 k.p.k.), stanowisko SN może zasługiwać na aprobatę, pod warunkiem dopełnienia przez sąd obowiązku umożliwienia świadkowi złożenia oświadczenia w tej materii.

¹⁶ R. Kmiecik (red.), *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 210, 214; tenże, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 60–104.

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 10 LIPCA 2013 R., II KK 20/13¹

Teza głosowanego postanowienia brzmi:

Osoba, która tworzy albo współtworzy podmiot gospodarczy jedynie w celu wykorzystania procedury zwrotu nadpłaconego VAT i podejmuje działania dla osiągnięcia tego celu przez nabywanie lub podrabianie dokumentów związanych z tym podatkiem, przedkładając je następnie odpowiedniemu organowi skarbowemu, bez prowadzenia poza tym jakiegokolwiek działalności gospodarczej rozliczanej ze Skarbem Państwa, dopuszcza się przestępstwa powszechnego, o jakim mowa w art. 286 § 1 k.k., a nie przestępstwa skarbowego określonego w art. 76 § 1 k.k.s.

Głosowane postanowienie dotyczy budzącej wiele kontrowersji problematyki kwalifikacji prawnej zachowania polegającego na wystawieniu faktury VAT nieodzwierciedlającej rzeczywistego zdarzenia gospodarczego (tzw. fikcyjnej lub pustej faktury VAT) i wprowadzeniu przy jej użyciu w błąd pracowników urzędu skarbowego w celu uzyskania kwoty odpowiadającej wysokości podatku VAT. Sąd Najwyższy zajął w nim stanowisko, zgodnie z którym osoba dopuszczająca się takiego zachowania popełnia przestępstwo powszechne, o którym mowa w art. 286 § 1 k.k., a nie przestępstwo skarbowe z art. 76 § 1 k.k.s. Zawarł przy tym zastrzeżenie, że to stwierdzenie odnosi się do sytuacji, gdy pustą fakturą VAT posłużył się podmiot nieprowadzący jakiegokolwiek działalności gospodarczej rozliczanej ze Skarbem Państwa, który został stworzony jedynie w celu wykorzystania procedury zwrotu nadpłaconego podatku VAT. Stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy zasługuje na

aprobatę, ale zauważyć należy, że nie jest ono odzwierciedleniem jednolitej linii orzeczniczej najwyższej instancji sądowej w tym przedmiocie. Dlatego celem glosy jest podkreślenie jego znaczenia jako istotnej wypowiedzi judykatury w przedmiocie tego zagadnienia, rozwinięcie argumentu dotyczącego wykładni określonych przepisów prawa podatkowego oraz odniesienie się do poczynionego przez Sąd Najwyższy zastrzeżenia ograniczającego zakres tezy tego postanowienia jedynie do sytuacji, gdy fakturą posługuje się podmiot nieprowadzący realnie działalności gospodarczej.

W kasacji złożonej w niniejszej sprawie podniesiony został m.in. zarzut dotyczący nieskorzygowania przez sąd odwoławczy kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu pomimo sformułowania tego zarzutu w apelacji. Zdaniem obrońcy zachowanie oskarżonego powinno zostać zakwalifikowane na podstawie Kodeksu karnego skarbowego. Uzasadniając ten zarzut, przywołał następujące orzeczenia

¹ OSNKW 2013, nr 10, poz. 91.

Sądu Najwyższego: wyrok z 19 marca 2008 r., II KK 347/07²; wyrok z 12 sierpnia 2008 r., V KK 76/08³; postanowienie z 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08⁴. W orzeczeniach tych najwyższa instancja sądowa przyjęła, że zachowanie polegające na doprowadzeniu do wypłaty przez urząd skarbowy nadwyżki podatku naliczonego nad należnym poprzez złożenie deklaracji VAT opartej na fakturze dotyczącej czynności fikcyjnej powinno zostać zakwalifikowane na podstawie art. 76 § 1 k.k.s. W pierwszym wyroku stwierdzono, że skoro do uzyskania określonego świadczenia wykorzystywane są regulacje z zakresu prawa podatkowego, a świadczenie realizowane jest na podstawie tych przepisów w oparciu o wprowadzenie w błąd właściwego organu, dochodzi do naruszenia obowiązku podatkowego. Z kolei w wyroku z 12 sierpnia 2008 r., V KK 76/08 oraz postanowieniu z 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08 Sąd Najwyższy powołał się na treść art. 108 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług⁵. Przepis ten, odmiennie niż jego odpowiednik na gruncie ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług⁶, czyli art. 33 ust. 1, stanowić ma, że wystawca faktury niemającej odzwierciedlenia w stanie faktycznym ma także obowiązek uiszczenia podatku VAT. W konsekwencji takie zachowanie oznaczać ma godzenie w obowiązek podatkowy.

W głosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy podkreślił, że kwestia kwalifikowania zachowań polegających na posługiwaniu się fakturami VAT nieodzwierciedlającymi rzeczywistych zdarzeń gospodarczych budzi rozbieżności w doktrynie. Obok głosów opowiadających się za kwalifikacją takich zachowań na podstawie Kodeksu karnego skarbowego⁷ wyrażane jest także stanowisko odmienne⁸. Dodać można, że zagadnienie to rozstrzygane bywa w sposób zbieżny z poglądem zaprezentowanym w kasacji w orzecznictwie sądów apelacyjnych⁹.

Jeśli chodzi natomiast o orzecznictwo Sądu Najwyższego, to stanowisko zgodne z wyrażonym w głosowanym postanowieniu zajęte zostało na gruncie nieobowiązującej już ustawy o VAT z 1993 r. W postanowieniu z 1 marca 2004 r., V KK 248/03¹⁰, Sąd Najwyższy stwierdził, że w przypadku gdy zachowanie sprawcy polega na działaniu fingującym istnienie obowiązku podatkowego w związku z upozorowaną transakcją, wyłącznie w celu osiągnięcia z tego tytułu korzyści z majątku Skarbu Państwa, powinno być ono kwalifikowane na podstawie Kodeksu karnego, a nie Kodeksu karnego skarbowego. W związku jednak z tym, że tak wielkie znaczenie przypisywane jest obecnie odmiennej treści art. 108 ust. 1 ustawy o VAT, orzeczenie to nie jest aktualne.

² OSP 2009, nr 4, poz. 3.

³ LEX nr 449041.

⁴ R-OSNKW 2009, poz. 901.

⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 177, poz. 1054 ze zm., dalej: ustawa o VAT.

⁶ Dz.U. nr 11, poz. 50 ze zm., dalej: ustawa o VAT z 1993 r.

⁷ P. Kardas, *O wzajemnych relacjach między przepisem art. 76 § 1 k.k.s. a przepisem art. 286 § 1 k.k.*, Prok. i Pr. 2008, z. 12, s. 13; tenże, *Prawnokarne aspekty uchylania się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku VAT – oszustwo skarbowe czy oszustwo klasyczne?*, Prok. i Pr. 2006, z. 5, s. 35–40 oraz tenże, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 685–691.

⁸ J. Duży, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r., IV KK 433/08*, PiP 2011, z. 10, s. 138; tenże, *Zorganizowana przestępczość podatkowa w Polsce. Zwalczenie przestępnego nadużycia mechanizmów podatków VAT i akcyzowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 103–145; T. Oczkowski, *Problematyka karnoprawnej oceny wyłudzenia podatku VAT*, Prok. i Pr. 2009, z. 7–8, s. 92; I. Stolarczyk, *Odpowiedzialność za nierzetelne wystawienie faktury VAT*, Prok. i Pr. 2010, z. 9, s. 97–116.

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 3 lutego 2011 r., II Aka 476/10, LEX nr 846492; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 1 czerwca 2011 r., II Aka 83/11, LEX nr 1001374; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 25 listopada 2011 r., II Aka 363/11, Biuletyn SAKa 2012, nr 1, poz. 5; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18 kwietnia 2012 r., II Aka 92/12, LEX nr 1165164.

¹⁰ OSNKW 2004, nr 5, poz. 51.

Znaczenie głosowanego postanowienia Sądu Najwyższego zasadza się właśnie na tym, że wykładnia przepisów prawa podatkowego uczyniona została kluczowym argumentem dla kwalifikacji prawnej zachowania oskarżonego. Dlatego poświęcić jej należy więcej miejsca. Jeśli chodzi zatem o art. 108 ust. 1 ustawy o VAT, to różnica pomiędzy jego brzmieniem a art. 33 ust. 1 ustawy o VAT z 1993 r. polegała na rezygnacji ze sformułowania odnoszącego się do zakresu jego zastosowania, czyli zwrotu: „także wówczas, gdy dana sprzedaż nie była objęta obowiązkiem podatkowym albo została zwolniona od podatku”. Niektórzy komentatorzy stwierdzili, że nie była to znacząca zmiana, gdyż zdanie to miało charakter doprecyzowujący. Zmiana ta pozostawać miała zatem bez wpływu na zakres zastosowania wcześniej obowiązującego przepisu¹¹. Warto jednak podkreślić, że wykładnia art. 33 ust. 1 ustawy o VAT z 1993 r.¹² również budziła wątpliwości i prowadziła do rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych¹³. Uległa ona jednak ujednoliceniu w związku z uchwałą 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 22 kwietnia 2002 r., FPS 2/02, ONSA 2002, nr 4, poz. 136.

Pomimo wyrażanego w doktrynie twierdzenia, że różnica między art. 108 ust. 1 ustawy o VAT a art. 33 ust. 1 ustawy o VAT z 1993 r. sprowadza się do zmian kosmetycznych, stała

się ona podstawą do wyciągania odmiennych wniosków co do konsekwencji zachowania polegającego na wystawieniu fikcyjnej faktury VAT także w orzecznictwie sądów administracyjnych. Jako przykłady można wymienić: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 czerwca 2010 r., IFSK 1057/09¹⁴; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z 12 stycznia 2011 r., I SA/Bd 748/10¹⁵; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 8 września 2011 r., I SA/Ol 465/11¹⁶; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z 10 listopada 2011 r., I SA/Rz 626/11¹⁷. W orzeczeniach tych przyjęto, że art. 108 ust. 1 u.p.t.u. jest podstawą samostanowienia powstania obowiązku podatkowego wskutek wystawienia faktury VAT. Jednocześnie w orzeczeniach tych sądy stwierdzały, że podatek, do którego zapłaty zobowiązany jest wystawca fikcyjnej faktury VAT, ma charakter „swoistej sankcji”. Co więcej, takie stanowisko znalazło także poparcie w doktrynie prawa podatkowego¹⁸.

Przywołane przez Sąd Najwyższy w głosowanym postanowieniu orzeczenia sądów administracyjnych, w których zajęte zostało odmienne stanowisko, nie stanowią zatem jednolitej linii orzeczniczej tych sądów. Są to: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 29 czerwca 2010 r., I FSK 584/09¹⁹ oraz z 19 listopada 2010 r., I FSK 1830/09²⁰, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kiel-

¹¹ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *VAT. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 1134.

¹² Przepis art. 33 ust. 1 ustawy o VAT z 1993 r. brzmiał: „W przypadku gdy osoba prawna, jednostka organizacyjna nie mająca osobowości prawnej lub osoba fizyczna wystawi fakturę, w której wykaże kwotę podatku, jest obowiązana do jego zapłaty także wówczas, gdy dana sprzedaż nie była objęta obowiązkiem podatkowym albo została zwolniona od podatku”.

¹³ Zob. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z 25 stycznia 1996 r., SA/Po 1164/95, LEX nr 26608; z 28 marca 1997 r., III SA 1814/95, „Monitor Podatkowy” 1997, nr 12, s. 381; z 18 marca 1998 r., I SA/Lu 208/97, LEX nr 33833; z 27 kwietnia 2000 r., SA/Łd 237/98, „Monitor Podatkowy” 2000, nr 11, s. 38.

¹⁴ www.orzeczenia.nsa.gov.pl

¹⁵ LEX nr 787307.

¹⁶ www.orzeczenia.nsa.gov.pl

¹⁷ LEX nr 1084640.

¹⁸ T. Michalik, *VAT 2008. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2008, s. 892–895; J. Kamiński, *Podatek od towarów i usług. Komentarz 2005*, komentarz do art. 108 ustawy o VAT, teza 5–6, system Legalis.

¹⁹ LEX nr 594070.

²⁰ LEX nr 744447.

cach z 27 stycznia 2011 r., I SA/Ke 684/10²¹, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 13 marca 2012 r., I SA/Wr 1732/11²². W judykatach tych stwierdzono, że wykazana na fikcyjnej fakturze VAT kwota nie jest podatkiem VAT. Po stronie wystawcy takiej faktury nie powstaje bowiem obowiązek podatkowy w zakresie VAT. Zobowiązany jest on wprawdzie na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy o VAT do jego zapłaty, ale jest to w przypadku faktur fikcyjnych obowiązek zapłaty kwoty jedynie wykazanej jako podatek VAT. Kwota ta „odgrywa rolę” podatku²³ bądź podszycia się pod ten podatek²⁴.

Obowiązek zapłaty podatku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 ustawy o VAT, powstaje zatem w oderwaniu od obowiązku podatkowego²⁵. Podzielając to stanowisko, a jednocześnie mając świadomość występującej w orzecznictwie sądów administracyjnych odmiennej wykładni wymienionego przepisu, zwrócić należy uwagę na to, kiedy zgodnie z ustawą o VAT powstaje obowiązek podatkowy. Przypomnieć należy, że art. 4 Ordynacji podatkowej²⁶ stanowi, że obowiązkiem podatkowym jest wynikająca z ustaw podatkowych nieskonkretyzowana powinność przymusowego świadczenia pieniężnego w związku z zaistnieniem zdarzenia określonego w tych ustawach. Przedmiotowy zakres opodatkowania na gruncie ustawy o podatku VAT określa

jej art. 5. Należy do niego: odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju; eksport towarów; import towarów; wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów za wynagrodzeniem na terytorium kraju; wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów. Ustawodawca nie wymienił w tym przepisie wystawienia faktury VAT nieodzwierciedlającej rzeczywistej czynności. Nie stanowi ono zatem zdarzenia objętego opodatkowaniem. Znaczenie ma również usytuowanie art. 108 ust. 1 ustawy o VAT w rozdziale zatytułowanym „Faktury”, czyli dotyczącym zagadnień technicznych związanych z wystawianiem faktur, a nie dotyczącym przedmiotu podatku i jego zapłaty²⁷. Za takim stanowiskiem opowiada się również część doktryny prawa podatkowego²⁸. Na sposób sformułowania innych przepisów ustawy o VAT, który ma znaczenie dla postrzegania obowiązku zapłaty kwoty wynikającej z fikcyjnej faktury VAT jako niewiążącego się z samoistnym powstaniem obowiązku podatkowego, zwrócił uwagę również Sąd Najwyższy w głosowanym postanowieniu. Wskazał treść art. 103 ust. 1 ustawy o VAT, który odrębnie wymienia podatników i podmioty wymienione w art. 108 ustawy o VAT.

Przyjąć zatem należy, że w art. 108 ust. 1 ustawy o VAT przewidziany został obowiązek zapłaty podatku w oderwaniu od powstania obowiązku podatkowego. Obowiązek ten stanowi mechanizm zabezpieczający interes

²¹ LEX nr 952264.

²² LEX nr 1145379.

²³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 13 marca 2012 r., I SA/Wr 1732/11, LEX nr 1145379.

²⁴ Wyrok NSA z 19 listopada 2010 r., I FSK 1830/09, LEX nr 744447; wyrok z 6 lipca 2011 r., I FSK 976/10, www.orzeczenia.nsa.gov.pl

²⁵ Zob. A. Żarkowska, *Zasady rozliczania „pustych faktur”*, „Doradca Podatkowy” 2010, z. 11, s. 6.

²⁶ Ustawa z 29 września 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 749 ze zm.).

²⁷ E. Radzisz, *Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 17 sierpnia 2010 r.*, I SA/Gd 182/10, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego” 2011, nr 3, s. 231. Więcej na temat wpływu zmiany ustawy o podatku VAT na kwalifikację prawną wystawienia fikcyjnej faktury VAT zob. A. Błachnio-Parzych, *Karnoprawna ocena wystawienia tzw. fikcyjnej faktury VAT*, (w:) *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa prof. Jana Skupińskiego*, pod red. J. Jakubowskiej-Hara, J. Kosonogi, H. Kuczyńskiej, A. Błachnio-Parzych, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 225–233.

²⁸ E. Radzisz, *Glosa*, s. 231; A. Żarkowska, *Zasady*, s. 6; M. Duda, *Obowiązek zapłaty kwoty bezpodstawnie określonej w fakturze jako VAT*, „Studia Prawnicze KUL” 2007, nr 1, s. 57–77.

Skarbu Państwa. W przypadku wystawienia fikcyjnej faktury VAT sprowadza się on do ciężaru finansowego stanowiącego kompensatę potencjalnej straty Skarbu Państwa²⁹. Gdyby ów podatek wynikający z fikcyjnej faktury został odliczony, państwo poniosłoby uszczerbek finansowy. Dlatego przyjęć należy, że jest to w istocie świadczenie publicznoprawne wynikające z ustawy podatkowej, niebędące jednak podatkiem³⁰.

Taki sposób postrzegania charakteru „podatku”, o którym mowa w art. 108 ust. 1 ustawy o VAT, zgodny jest również z funkcją, jaka przypisywana jest instytucji określonej w tym przepisie. Wprowadzenie takiej regulacji wynikało ze szczególnej roli faktury w systemie VAT. Dla podatnika otrzymującego fakturę staje się ona zwykle podstawą do obniżenia podatku należnego, czyli własnego zobowiązania podatkowego, albo podstawą do żądania zwrotu podatku. W konsekwencji w przypadku wystawienia faktury nieodzwoiercedlającej stanu faktycznego istnieje ryzyko potraktowania wykazanego w niej podatku jako podatku naliczonego podlegającego odliczeniu. Poprzez obowiązek zapłaty kwoty wykazanej na fakturze jako podatek VAT, nawet jeśli nieprawidłowości dotyczące odliczenia podatku VAT nie zostaną wykryte, chroniony jest interes finansowy Skarbu Państwa³¹.

W głosowanym postanowieniu konsekwencje takiej wykładni art. 108 ust. 1 ustawy o VAT Sąd Najwyższy ograniczył jednak do zachowania osób tworzących podmiot gospodarczy nieprowadzący w rzeczywistości żadnej działalności gospodarczej, utworzony jedynie w celu wykorzystania procedury zwrotu nadpłaconego podatku VAT. Sąd stwierdził: „Jest to zatem sytuacja odmienna od tej, w której określony podmiot, prowadząc realnie działalność gospodarczą, w rozliczeniach podatkowych,

poza rzetelnymi fakturami posługuje się również fakturami nierzetelnymi *stricte* lub pustymi, w której można byłoby rozważać kwestię, czy w takim wypadku wchodziłby w grę art. 76 k.k.s. i w jakim zakresie, skoro dotyczy to jednak rozliczeń podatnika z obowiązków podatkowych. (...) karalność narażenia na nienależny zwrot nadpłaty podatku, w tym także VAT, odnosić należy jedynie do uczestników sfery podatkowej, którzy prowadząc działalność gospodarczą, wykorzystują w rozliczeniach podatkowych poza fakturami rzetelnymi, także faktury nierzetelne”.

Z zacytowanego wcześniej fragmentu uzasadnienia głosowanego postanowienia wynika natomiast, że Sąd Najwyższy związał status bycia „uczestnikiem sfery podatkowej” z faktycznym prowadzeniem działalności gospodarczej, a nie jedynie z formalnym utworzeniem podmiotu, który tylko rejestruje się jako prowadzący działalność gospodarczą³². Wnosić należałoby, że ocena posłużenia się fikcyjną fakturą VAT w celu doprowadzenia Skarbu Państwa do wypłaty określonej kwoty różniłaby się, gdyby osoba mogła wykazać, że inne dokonywane przez nią czynności miały rzeczywisty charakter. W związku z tym powstaje pytanie, ile takich rzeczywistych czynności musi być dokonanych, aby uznać, że mamy do czynienia z realną działalnością gospodarczą. Pomijając, że takie ograniczenie kwalifikacji konkretnego zachowania polegającego na posłużeniu się fikcyjną fakturą VAT w stosunku do Skarbu Państwa prowadzi do trudności praktycznych, należy stwierdzić, że nie wydaje się, by było ono uzasadnione. Istotne znaczenie ma wykładnia art. 108 ust. 1 ustawy o VAT, która zachowuje swoją aktualność tym bardziej w odniesieniu do podmiotu prowadzącego rzeczywistą działalność gospodarczą i posługującego się, obok faktur rze-

²⁹ E. Radziusz, *Glosa*, s. 231.

³⁰ M. Duda, *Obowiązek*, s. 57–77.

³¹ J. Fornalik, (w:) *VI Dyrektywa VAT. Komentarz*, pod red. K. Sachsa, C. H. Beck, Warszawa 2003, s. 519.

³² Zgodnie z ogólną zasadą podatnikiem VAT jest każdy podmiot samodzielnie prowadzący działalność gospodarczą, bez względu na cel lub rezultat tej działalności, zob. art. 15 ust. 1 ustawy o VAT.

telnych, także fakturami pustymi. Zauważyć należy, że w doktrynie prawa podatkowego niektórzy autorzy wywodzą nawet, iż przepis art. 108 ust. 1 ustawy o VAT odnosi się jedynie do podatników VAT. Zdaniem Z. Modzelewskiego i G. Mularczyka tylko w przypadku wystawienia faktury fikcyjnej przez podmiot działający jako podatnik VAT można kwotę podaną na fakturze traktować jako podatek VAT. Powołują się przy tym na orzecznictwo ETS³³. Podobnie A. Piaseczny, który odniesienie określonego w tym przepisie obowiązku do każdego podmiotu sporządzającego fakturę ocenił jako jego nadinterpretację³⁴.

Znaczenie badania konkretnej czynności dla uznania, czy dana czynność jest opodatkowana, podkreślił również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu. W wyroku z 9 lutego 2010 r., I SA/Po 1015/09³⁵, stwierdził, iż: „Ani okoliczność, że dana czynność została wykonana wielokrotnie lub jednorazowo, lecz z zamiarem częstotliwości, ani nawet formalny status danego podmiotu jako podatnika zarejestrowanego, nie mogą przesądzać o opodatkowaniu tej czynności – bez każdorazowego ustalenia, że w odniesieniu do konkretnej czynności podmiot ten występował w charakterze podatnika od towarów i usług”.

Pamiętać jednak należy, że okoliczności

dotyczące nieprowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej zostały przez Sąd Najwyższy przywołane w związku z tym, iż jego zadaniem było rozpoznanie kasacji wniesionej w konkretnej sprawie. Sąd nie był zobowiązany do dokonania abstrakcyjnej wykładni prawa. Wynikające z zacytowanego wcześniej fragmentu uzasadnienia postanowienia zastrzeżenie potraktować należy jako zdystansowanie od rozstrzygnięcia kwalifikacji prawnej takiego zachowania w innych okolicznościach. W mojej ocenie jednak te same argumenty, odwołujące się do braku samoistnego powstania obowiązku podatkowego wynikającego z fikcyjnej faktury VAT, przemawiają za kwalifikacją takiego zachowania na podstawie Kodeksu karnego wówczas, gdy dopuszcza się go podmiot prowadzący rzeczywistą działalność gospodarczą.

Pomimo tego zastrzeżenia stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w głosowanym postanowieniu zasługuje na aprobatę. Znaczenie ma przede wszystkim odwołanie się w nim do przepisów prawa podatkowego i dokonanie, w mojej ocenie, trafnej ich wykładni, a jednocześnie odmiennej niż dotychczas występująca w orzecznictwie najwyższej instancji sądowej. Warto również zauważyć, że głosowane postanowienie zostało przywołane z aprobatą w kolejnych orzeczeniach Sądu Najwyższego, wydanych w ostatnim okresie³⁶.

³³ Z. Modzelewski, G. Mularczyk, *Ustawa o VAT. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 818. Odmienne P. Lewczyk, *Faktura VAT jako przedmiot wykonawczy przestępstwa karnoskarbowego*, Prok. i Pr. 2010, z. 6, s. 104–105.

³⁴ A. Piaseczny, (w:) A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 228–230.

³⁵ LEX nr 559520.

³⁶ Postanowienia Sądu Najwyższego: z 25 września 2013 r., I KZP 10/13, LEX nr 1369050; z 27 września 2013 r., II KK 242/13, LEX nr 1388224; z 25 lutego 2014 r., IV KK 426/13, LEX nr 1441283.

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU APELACYJNEGO W BIAŁYMSTOKU Z 6 KWIETNIA 2011 R., I ACz 279/11¹

Teza głosowanego postanowienia brzmi:

Ani prawo telekomunikacyjne, ani przepisy Kodeksu postępowania cywilnego nie stwarzają podstawy uzasadniającej wydanie przez sąd w sprawie cywilnej postanowienia dowodowego obligującego operatora do przetworzenia i przekazania temu sądowi danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną.

W komentowanym postanowieniu Sąd Apelacyjny w Białymstoku zajmował się zażaleniem jednego z operatorów telefonii komórkowej na postanowienie o ukaraniu grzywną za niezłożenie informacji żądanych przez Sąd Okręgowy, co jego zdaniem oznaczało naruszenie art. 248 k.p.c. Sąd ten bowiem zażądał od operatora informacji i billingów rozmów wychodzących i przychodzących oraz SMS-ów, z podaniem informacji, kto jest abonentem wskazanych numerów.

W pierwszej kolejności konieczne wydaje się ukazanie istoty i zakresu tajemnicy telekomunikacyjnej. Regulacji tej podjął się ustawodawca w dwóch zdaniach art. 49 Konstytucji RP: zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się; ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Poza sporem jest okoliczność, że przepis ten reguluje wszelkiego rodzaju sposoby porozumiewania się na odległość, w tym oczywiście za

pośrednictwem sieci telefonicznej, czy – jak to określa Trybunał Konstytucyjny – „wszelkiego rodzaju kontakty międzyludzkie”². Zasadą jest wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się, wszelkie ograniczenia zaś muszą wynikać z podstawy ustawowej, która dodatkowo winna wskazywać sposób ograniczeń.

Ustawodawca podjął się zakreslenia granic tajemnicy, nazywając ją „tajemnicą telekomunikacyjną”. W myśl art. 159 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne³ tajemnica ta obejmuje: dane dotyczące użytkownika (pkt 1), treść indywidualnych komunikatów (pkt 2), dane transmisyjne, w tym dane lokalizacyjne (pkt 3), dane o lokalizacji, które oznaczają dane lokalizacyjne wykraczające poza dane niezbędne do transmisji komunikatu lub wystawienia rachunku (pkt 4), dane o próbach uzyskania połączenia między zakończeniami sieci, w tym dane o nieudanych próbach połączeń, oznaczających połączenia między telekomunikacyjnymi urządzeniami

¹ OSAB 2011, nr 1, s. 36–38, LEX nr 787378.

² Wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64, LEX nr 155534.

³ Dz.U. nr 171, poz. 1800 z późn. zm.

końcowymi lub zakończeniami sieci, które zostały zestawione i nie zostały odebrane przez użytkownika końcowego lub nastąpiło przerwanie zestawianych połączeń (pkt 5).

W kilku zdaniach odnieść należy się do powyższego zakresu tajemnicy telekomunikacyjnej, pod kątem komentowanego orzeczenia.

Znamienny jest fakt, że odnośnie do pkt 1 art. 159 ust. 1 ustawodawca posłużył się pojęciem użytkownika zamiast konsumenta czy też abonenta. Niewątpliwie to pierwsze ma najszerze znaczenie, zresztą sam ustawodawca zdefiniował je jako „podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi” (art. 2 pkt 49 ustawy). Użytkownikiem będzie zatem każdy podmiot korzystający ze wskazanej usługi telekomunikacyjnej, niebędący nawet abonentem. Przywołać w tym miejscu należy nadto definicję „użytkownika”, którą posłużono się w dyrektywie 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniającej dyrektywę 2002/58/WE⁴. Otóż pod tym pojęciem należy rozumieć „każdą osobę fizyczną lub prawną korzystającą z ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej do celów prywatnych lub handlowych, niekoniecznie na podstawie abonamentu na te usługi”.

Jeśli chodzi o zakres podlegających ochronie danych użytkownika, to w drodze analogii należy się tu odwołać do art. 161 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, który wymienia: nazwisko i imię, imiona rodziców, miejsce i datę urodzenia, adres miejsca zamieszkania i adres korespondencyjny, jeżeli jest on inny niż adres miejsca zamieszkania, numer ewidencyjny PESEL – w przypadku obywatela Rzeczypospolitej Polskiej, nazwę, serię i numer dokumentów potwierdzających tożsamość, a w przypadku cudzoziemca, który nie jest

obywatelem państwa członkowskiego albo Konfederacji Szwajcarskiej – numer paszportu lub karty pobytu, zawarte w dokumentach potwierdzających możliwość wykonania zobowiązania wobec dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych wynikającego z umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. W ust. 3 tegoż artykułu dodatkowo wskazuje się numer rachunku bankowego, karty płatniczej, adres poczty elektronicznej czy też numer telefonu kontaktowego. Uznać jednak wypada, że ochronie podlegać będą również inne – niewymienione w tych przepisach – dane, które operator posiadał nawet niezgodnie z prawem.

Tajemnicą telekomunikacyjną objęta jest także treść indywidualnych komunikatów. Na gruncie Prawa telekomunikacyjnego pojęcie komunikatu oznacza każdą informację wymienianą lub przekazywaną między określonymi użytkownikami za pośrednictwem publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. W dalszej części definicji słownikowej, a zawartej w art. 2 pkt 17 Prawa telekomunikacyjnego, ustawodawca wskazał, że nie obejmuje on informacji przekazanej jako część transmisji radiowych lub telewizyjnych transmitowanych poprzez sieć telekomunikacyjną, z wyjątkiem informacji odnoszącej się do możliwego do zidentyfikowania abonenta lub użytkownika otrzymującego informację.

Jako ostatni element zakresu tajemnicy telekomunikacyjnej ustawodawca wskazał próby, w tym nieudane próby, uzyskania połączeń. I w tym miejscu należy odwołać się do przywołanej już wcześniej dyrektywy, w myśl której nieudaną próbą połączenia będzie „nawiązanie łączności, w którym połączenie nie zostało odebrane lub nastąpiła interwencja sieci”. Całość danych o próbach połączenia, w tym nieudanych próbach połączenia, będzie się składała na to, co w potocznym języku nazywa się billingiem, który dla ustawodawcy jest jednak pojęciem obcym.

Poza wskazaniem przedmiotu tajemnicy

⁴ Dz.U. L z 2006 r. nr 105, poz. 54.

telekomunikacyjnej w art. 159 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego określono czynności, które jako objęte tajemnicą są zakazane, a także podmiotowy zakres osób nieobjętych tajemnicą. Na wstępie przepisu postanowiono, że zakazane jest zapoznawanie się, utrwalanie, przechowywanie, przekazywanie lub inne wykorzystywanie treści lub danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu. Oznacza to, że wyłącznie uprawnionymi do przetwarzania danych stanowiących tajemnicę i bez żadnych ograniczeń są nadawca i odbiorca komunikatu.

Powyższy zakaz czynności na danych objętych tajemnicą ma charakter względny. Dopuszczalne bowiem będą czynności, gdy będzie to przedmiotem usługi lub będzie to niezbędne do jej wykonania, bądź też gdy nastąpi to za zgodą nadawcy lub odbiorcy, których dane te dotyczą, albo gdy dokonanie tych czynności jest niezbędne w celu rejestrowania komunikatów i związanych z nimi danych transmisyjnych, stosowanego w zgodnej z prawem praktyce handlowej dla celów zapewnienia dowodów transakcji handlowej lub celów łączności w działalności handlowej lub gdy będzie to konieczne z innych powodów przewidzianych ustawą lub przepisami odrębnymi. Zatrzymać się należy nad kwestią zgody. Przyjąć należy, że alternatywa „nadawcy lub odbiorcy” nakazuje obowiązek uzyskania zgody jednej strony. Na marginesie jednak stwierdzić trzeba, i tytułem uwag *de lege ferenda*, że jest to błędne rozwiązanie, niedające się pogodzić z konstytucyjnym prawem do prywatności i ochroną tajemnicy komunikowania się drugiej strony, która potencjalnie nie wyraża zgody.

Z uwagi na komentowane orzeczenie odnieść się należy do ostatniego kryterium uchylającego zakaz czynności, tj. gdy będzie to konieczne z innych powodów przewidzianych ustawą lub przepisami odrębnymi.

Rozważania te poprzedzić jednak trzeba odwołaniem się do systemu dowodów przyjętego w postępowaniu cywilnym. Pierwsze spostrzeżenie, na które trzeba zwrócić uwagę,

dotyczy braku w ustawie procesowej cywilnej regulacji analogicznej jak w art. 218 k.p.k., która uprawniałaby do żądania przedmiotowych informacji. Wydanie w postępowaniu karnym postanowienia w trybie art. 218 k.p.k. uchyla zakaz czynności na danych telekomunikacyjnych. Przepisy k.p.c., jak zostało to już wskazane, nie przewidują wprost takiej możliwości.

Wątpliwości, które – zdaje się – ma sąd pierwszej instancji w komentowanej sprawie, wynikają z dopuszczalności zastosowania, uregulowanego w art. 248 § 1 k.p.c., obowiązku tzw. edycji dokumentu. Stosownie do treści tegoż przepisu każdy obowiązany jest przedstawić na zarządzenie sądu w oznaczonym terminie i miejscu dokument znajdujący się w jego posiadaniu i stanowiący dowód faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy, chyba że dokument zawiera informacje niejawne. Pamiętać jednak należy, że ustawodawca sformułował w nim obowiązek przedstawienia tylko dokumentu istniejącego („znajdujący się w jego posiadaniu”), nie dotyczy on zaś już dokumentu, który nie istnieje lub nie jest w posiadaniu. Posiadanie, o którym traktuje przepis, nawiązuje do uregulowań art. 336 k.c.

Dokumentem prywatnym, bo taki należy tu mieć przede wszystkim na względzie, będzie oświadczenie, i to tylko takie, które jest podpisane (art. 245 k.p.c.). Dane, które natomiast funkcjonują w systemie informatycznym operatora telekomunikacyjnego, z całą pewnością nie są dokumentem. Przybiorą one jednak postać dokumentu po ich wyizolowaniu z systemu (opracowaniu, zestawieniu) i podpisaniu. Taki jednak zabieg powoduje, że dokument nieistniejący jest dopiero tworzony, a przepisy k.p.c. nie przewidują ani obowiązku wydania dokumentu nieistniejącego lub nieposiadanego, ani obowiązku sporządzenia dokumentu (co nagminnie sądy czynią, żądając zaświadczeń lekarskich lub zaświadczeń o osiąganym wynagrodzeniu). Ponadto pamiętać należy, że samo sporządzenie dokumentu na podstawie danych zawartych w systemie informatycznym operatora telekomunikacyjnego stanowi czynność na danych objętych tajemnicą teleko-

munikacyjną i jest zakazane. Wreszcie zwrócić trzeba uwagę, że art. 248 § 1 k.p.c. w ogóle nie traktuje o tajemnicy telekomunikacyjnej.

Powyższe rozważania uzupełnić należy doniosłą kwestią natury konstytucyjnej. Mianowicie zwrócić trzeba uwagę, że skoro tajemnica telekomunikacyjna bierze swoje źródło w art. 49 Konstytucji RP, to do wyznaczenia granic ingerencji w nią konieczne jest odwołanie do zasady proporcjonalności uregulowanej w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, a dokładniej – do zasady wyłączności ustawowej. Istota tejże zasady sprowadza się nie tylko do kwestii obowiązku wydania aktu rangi ustawowej, ale do szczegółowej regulacji na tym poziomie (tzw. nakaz kompletności unormowania ustawowego), tak by z ustawy wynikały wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa lub wolności⁵. Okoliczność ta sprzeciwia się uznaniu, że art. 248 k.p.c. dotyczy tajemnicy telekomunikacyjnej w jakimkolwiek stopniu. A domniemając konstytucyjność przywołanego przepisu oraz zakładając racjonalność ustawodawcy, nie można uznać, że chciał on, by przepis ten był tak pojemny normatywnie, by ingerował w komentowaną wolność w niemal nieograniczony sposób.

Ustrojodawca zawarł w Konstytucji jeszcze drugie ograniczenie, o którym nie można zapomnieć. W art. 51 ust. 1 postanowiono, że nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby. Dalej, bo w ust. 5 tegoż artykułu, wskazano, że zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa. Ponownie zatem to ustawa ma stanowić zupełne źródło ograniczenia.

Pozostając jeszcze przy tych rozważaniach, przywołać trzeba stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który dopuszcza oczywiście – co do zasady – możliwość ograniczeń wolności

komunikowania, z tym jednak zastrzeżeniem, że znajdzie to wyraz w ustawie, ze wskazaniem określonych przypadków i sposobu ograniczenia⁶. W dalszej części Trybunał dostrzegł, że przesłanką ograniczeń mogą być takie konstytucyjne wartości, jak bezpieczeństwo i porządek publiczny. Pogląd ten jest o tyle istotny, że charakter procesu cywilnego i wiedziony w nim spór dwóch podmiotów prawa prywatnego w ogóle winien wykluczać powoływanie się na przywołane wartości przez potencjalnego ustawodawcę nowelizującego. Innymi słowy, w świetle Konstytucji RP nie jest prawnie dopuszczalna recepcja w k.p.c. regulacji na kształt art. 218 k.p.k.

Podobnie, jak przy kwestii art. 248 k.p.c., rzecz ma się na gruncie art. 309, który z uwagi na otwarty katalog środków dowodowych uprawnia sąd do określenia przeprowadzenia innego dowodu, zgodnie z jego charakterem. Nie zmienia to sytuacji braku podstaw żądania informacji, która jest objęta tajemnicą telekomunikacyjną.

W konkluzji Sąd Apelacyjny w Białymstoku doszedł do wniosku, że skoro brak było podstaw do żądania udostępnienia danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną, nałożona przez sąd pierwszej instancji grzywna za niewykonanie tego obowiązku nie znajduje oparcia w przepisach prawa i podlega uchyleniu.

Stanowisko Sądu Apelacyjnego znalazło kontynuację w orzecnictwie choćby sądów administracyjnych. I tak np. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że przepisy odrębne, w rozumieniu art. 159 ust. 2 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego, muszą w sposób wyraźny i jednoznaczny określać powody, dla których ochrona tajemnicy telekomunikacyjnej może zostać przełamana, wskazał tu przykładowo art. 19 ust. 6 i 12 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁷.

⁵ J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe 2008, s. 118.

⁶ Wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132, LEX nr 181611.

⁷ Wyrok NSA z 20 lutego 2013 r., I OSK 368/12, LEX nr 1354099; tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 287, poz. 1687 z późn. zm.

Przedmiotowe postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku ma istotne znaczenie dla wyznaczenia granic tajemnicy telekomunikacyjnej oraz praw i obowiązków stron procesu cywilnego. Zwrócić trzeba uwagę, że zakres danych objętych tajemnicą leży potencjalnie w kręgu zainteresowanych w sprawach przede wszystkim rozwodowych oraz pozostałych rodzinnych. Ostatnie dziesięciolecie dało

natomiast społeczeństwu wiele przykładów łatwości w – nie bójmy się tego słowa użyć – inwigilacji za pomocą telefonu i wykorzystania tego przed sądem, np. lokalizacji małżonka za pomocą stacji BTS. Cieszy zatem i zasługuje na pełną akceptację zdecydowany sprzeciw wyrażony głosowanym postanowieniem i opowiedzenie się za poszanowaniem życia prywatnego.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W POZNANIU Z 13 LIPCA 2011 R., I ACa 57/11¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

Zgoda na zabieg inwazyjny z natury rzeczy nie obejmuje komplikacji i szkód, jakie mogą wyniknąć z pomyłkowego (przypadkowego) uszkodzenia przez lekarza innego organu. Rozważając jednak, czy takie działanie, polegające na przypadkowym uszkodzeniu organu pacjenta w czasie zabiegu lekarskiego, może być uznane za bezprawne, mieć należy na względzie metody i techniki możliwe przy przeprowadzaniu zabiegu, jakie pozostają w dyspozycji lekarza, a zależą też od świadomego wyboru pacjenta.

Orzeczenie to Sąd Apelacyjny wydał w następującym stanie faktycznym. Powód Bogdan G. pozwem skierowanym przeciwko Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 2 im. H. Świąteczkiego Akademii Medycznej w Poznaniu żądał zasądzenia:

- 1) 10 000 zł jako odszkodowania za uszkodzenie ciała i wywołanie rozstroju zdrowia;
- 2) 300 000 zł jako zadośćuczynienia za krzywdę doznaną w wyniku uszkodzenia ciała oraz wywołania rozstroju zdrowia;
- 3) comiesięcznej renty w wysokości 2000 zł, rekompensującej zwiększenie się jego potrzeb oraz utratę zdolności do pracy zarobkowej oraz
- 4) ustalenia odpowiedzialności pozwanego za mogące się ujawnić w przyszłości skutki zabiegu bronchoskopii.

Pozwany Szpital oraz występujący po jego stronie interwenient uboczny Powszechny Zakład Ubezpieczeń SA w Warszawie wnieśli

o oddalenie powództwa w całości. Wyrokiem z 23 listopada 2010 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo. Sąd ten ustalił następujący stan faktyczny. W dniu 25 listopada 2005 r. powód zgłosił się na ostry dyżur laryngologiczny pozwanego wskutek utknięcia gumy do żucia w przełyku. Bogdan G. zakrztusił się gumą w czasie jazdy samochodem w godzinach porannych. W Poradni Przyszpitalnej Laryngologicznej z uwagi na podejrzenie utknięcia gumy do żucia w tchawicy skierowano go do pozwanego Szpitala w celu jej usunięcia. W izbie przyjęć założono mu historię choroby oraz odebrano zgodę na leczenie operacyjne, przetwarzanie danych osobowych oraz zastosowanie preparatów krwiopochodnych. Powodowi na oddziale laryngologicznym zlecono inhalację ze środka przeciwbólowego. Poinformowano go o sposobie przeprowadzenia zabiegu, stwierdzając, „że będzie miał założoną rurę do tchawicy”. Przeprowadzono badanie aneste-

¹ LEX nr 898650.

zjologiczne, które nie stwierdziło przeciwskazań do zabiegu ani zmian morfologicznych w obrębie gardła dolnego i krtani, z kolei stwierdzono, że tkwiące w tchawicy ciało obce jest niewidoczne. W tym samym dniu przeprowadzono u Bogdana G. zabieg usunięcia ciała obcego poprzez zastosowanie metody bronchoskopii sztywnej po wcześniejszym znieczuleniu miejscowym. Zabieg ten okazał się trudny, albowiem guma przyklejała się i przy zdejmowaniu jej kleszczykami rwała się i była usuwana w kawałkach. Zabieg trwał krótko i przebiegał spokojnie, chory dwukrotnie poruszył się, co oznaczało, że odczuwa ból, co spowodowało konieczność zwiększenia znieczulenia. Lekarka prowadząca zabieg po jego wykonaniu dwukrotnie odwiedziła powoda, wówczas pacjent czuł się dobrze i nie zgłaszał dolegliwości. Tego samego dnia powód zgłosił lekarzowi dyżurnemu duszności, kaszel i rozpięające bóle w klatce piersiowej, dolegliwości te nasilały się, gdy znajdował się w pozycji leżącej. Konsultacja kardiologiczna wykluczyła problemy z sercem. Przeprowadzone badanie RTG klatki piersiowej nie umożliwiło postawienia diagnozy. Po podaniu środków przeciwbólowych stan Bogdana G. około północy ustabilizował się. Został przeniesiony na oddział pooperacyjny, gdzie poddano go ścisłemu nadzorowi, monitorowano parametry życiowe, powoda konsultowali lekarz internista i anestezjolog, codziennie wykonywano zdjęcie RTG klatki piersiowej, wdrożono antybiotykoterapię w dużych dawkach oraz podawano dożylnie płyny odżywcze. Początkowo powód nie gorączkował, następnie wystąpił u niego stan podgorączkowy, w czasie weekendu jego stan zdrowia się pogorszył. Został skonsultowany przez torako chirurga i pulmonologa, którzy wstępnie rozpoznali odmę śródpiersia o umiarkowanym nasileniu z cofaniem się objawów radiologicznych, co oznaczało zmniejszanie się odmy. Stan powoda uległ poprawie, zgłaszał jedynie dolegliwości bólowe w trakcie przelicywania. Bogdan G. został wypisany ze szpitala 5 grudnia 2005 r., przedtem został zbadany przez kierownika kliniki prof. W. S. i dr. M. W., którzy

nie stwierdzili podwyższonej temperatury, leukocytozy czy stanu zapalnego w gardle dolnym i krtani. Zalecono, aby w razie zaistnienia niepokojących objawów natychmiast zgłosił się do szpitala pełniącego całodobowy dyżur. Wezwany tego samego dnia wskutek pogorszenia się stanu zdrowia powoda na wizytę prywatną prof. W. S. stwierdził zapalenie śródpiersia, uznał konieczność ponownej hospitalizacji i skierował Bogdana G. do Kliniki Pneumologii Akademii Medycznej w Poznaniu, wchodzącej w skład Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1. Po przyjęciu zdiagnozowano u powoda obrzęk tkanek miękkich szyi, nad polami płucnymi obustronne liczne trzeszczenia z przewagą po prawej stronie, wskazujące na zapalenie płuc. Badania laboratoryjne wskazały podwyższone wskaźniki zapalne, RTG wykazało poszerzony cień śródpiersia i zagęszczenie zapalne w obu płucach. Wykonana bronchofibroskopia nie wykazała uszkodzenia dróg oddechowych ani zalegania w nich ciała obcego. Ocena stanu przelyku nie była możliwa z uwagi na jego obrzęk. W wyniku badania kontrastowego przelyku podejrzewano perforację jego tylnej części. Zastosowano odżywianie pozajelitowe i antybiotykoterapię. Stan powoda zaczął się poprawiać: ustąpiła gorączka, duszności, bóle w klatce piersiowej, wobec czego zastosowano u niego żywienie dojelitowe przez sondę. Po 3 dniach takiego żywienia powróciły objawy jak przy przyjęciu do kliniki: nieszczelność ściany przelyku i przeciek z przelyku do śródpiersia. Badanie i konsultacja laryngologiczna nie wykazały perforacji ściany tchawicy, występowały objawy przecieku, jednakże nie można było zdiagnozować miejsca przecieku. 27 grudnia Bogdan G. został przekazany do dalszego leczenia do Kliniki Laryngologii pozwanego Szpitala, gdzie wykonano u niego tomografię komputerową klatki piersiowej, rezonans magnetyczny oraz inne badania, które potwierdziły zapalenie śródpiersia. Konsylium złożone z chirurgów przewodu pokarmowego, torako chirurga i lekarzy z Kliniki Laryngologicznej pod kierunkiem prof. W. S. zdecydowało o wykonaniu

gastroskopii w celu umiejscowienia uszkodzenia przełyku. Przeprowadzona gastroskopia nie wskazała miejsca uszkodzenia. Z uwagi na zapalenie śródpiersia powód został przekazany do Kliniki Torakochirurgii, gdzie z powodu ropnego zapalenia śródpiersia poddano go interwencji chirurgicznej dla zbadania widocznych w śródpiersiu i opłucnej narządów: przełyku, oskrzeli i rozwidlenia tchawicy oraz oczyszczenia ich z treści ropnej, mechanicznego wypłukania jamy opłucnej i założenia drenów opłucno-śródpiersiowych. Zabieg ten nie doprowadził do ustalenia miejsca przetoki. Po dwóch dniach poprawy stwierdzono, że u powoda nadal występuje wyciek ropy, co wskazywało, że przyczyna zapalenia nie została usunięta. Z powodu braku rezultatów leczenia został on przekazany do Instytutu Gruźlicy i Chorób Płuc w Warszawie, gdzie zdiagnozowano perforację na pograniczu ujścia gardła i przełyku. Oczyszczono powodowi śródpiersie z ropy i 12 stycznia zaszyto perforację. Z powodu nietypowego umiejscowienia perforacji i utrzymującego się stanu ropnego doszło do ponownego otwarcia się przetoki. W okresie od 12 stycznia do 3 marca czterokrotnie zszywano u niego przetokę, a po wykonaniu endoskopii i stwierdzeniu gojenia się miejsca perforacji wypisano powoda z Instytutu. Został on ponownie przyjęty 2 kwietnia do Instytutu z powodu nawrotu przetoki i był hospitalizowany do 12 maja. Ponownie operacyjnie zszyto mu przetokę gardłową. Dopiero po tym zabiegu Bogdan G. był w stanie doustnie przyjmować pokarm. Po leczeniu pacjent musiał korzystać z zabiegów fizjoterapeutycznych z powodu zaburzeń równowagi mięśniowo-powięziowo-więzadłowej w obrębie tułowia, szyi i głowy. Z uwagi na uraz psychiczny wywołany długotrwałym leczeniem korzysta z pomocy psychoterapeuty. Przez długi czas utrzymywały się u niego dolegliwości bólowe szyi, klatki piersiowej, zaburzenia połykania, krztuszenie się, zaburzenia oddychania z uczuciem duszności, lęki, zaburzenia snu i trudności z koncentracją. Zespół biegłych powołanych przez Sąd z Zakładu Medycyny Sądowej Uni-

wersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu uznał, że postępowania pozwanego Szpitala nie można oceniać w kategoriach błędu medycznego. Zastosowanie bowiem sztywnego bronchoskopu stanowi klasyczną metodę w tego rodzaju przypadkach, chociaż można było użyć bronchoskopu giętkiego. Wskazaniem do przeprowadzenia tego zabiegu było pozostawanie ciała obcego w drogach oddechowych i nie można było się spodziewać, że zostanie samoczynnie wykrztuszone. Uszkodzenie poprzez przedziurawienie ściany gardła dolnego przy ujściu przełyku (tzw. zachyłek gruszkowaty) było powikłaniem operacyjnym. Uszkodzenia tego – zdaniem biegłych – nie należy traktować w kategoriach błędu medycznego, czyli błędnego postępowania lekarza. Powikłanie to występuje w 0,5 do 4% tego typu zabiegów. Postępowanie diagnostyczno-lecznicze od momentu rozpoznania przetoki było prawidłowe. Prawidłowo rozpoznano zapalenie śródpiersia, wdrożono prawidłowe działania lecznicze, zastosowano wszelkie dostępne metody diagnostyczne, przeprowadzono konsultacje specjalistyczne i wdrożono stosowną terapię. Według biegłych stan zdrowia nie był przeciwwskazaniem do wypisania powoda 5 grudnia. Jednakże zwrócili uwagę na rozbieżność pomiędzy informacjami wynikającymi z dokumentacji medycznej a stanem wynikającym z zeznań poszkodowanego. Powód zeznał, że w dniu wypisu czuł się źle, gorączkował, krztusił się i dusił, a ropnej wydzieliny było coraz więcej. Przyjęcie go tego samego dnia do Kliniki Pneumonologii w Poznaniu z rozpoznaniem zapalenia śródpiersia i w stanie ciężkim uprawdopodobnia wersję poszkodowanego, co wskazywałoby na niezasadne wypisanie go ze szpitala. W opinii podano, że wypisanie ze szpitala Bogdana G. można uznać za przedwczesne, przed wypisem należało przeprowadzić badanie kontrastowe przełyku. Szybkie wystąpienie objawów zapalenia śródpiersia świadczy o tym, że stan zapalny istniał w chwili wypisania pacjenta ze szpitala. Jednakże w opinii uzupełniającej biegli wskazali, że przyczyną rozszerzenia się perforacji było

spożycie przez niego w domu rosołu i przedostanie się treści pokarmowej do śródpiersia. Sąd Okręgowy wskazał ogólne przesłanki odpowiedzialności deliktowej, a przede wszystkim winę. Słusznie Sąd pierwszej instancji podniósł, że pozwany ponosi odpowiedzialność za zatrudnionych przez siebie lekarzy na zasadzie ryzyka (art. 430 k.c.). Przy takiej konstrukcji podstawy odpowiedzialności zakład opieki zdrowotnej nie może wskazywać braku winy w wyborze lub nadzorze jako przesłanek wyłączających jego odpowiedzialność. Jednakże przy odpowiedzialności na podstawie ryzyka jej konstytutywnym składnikiem jest wina podległego pracownika oraz wyrządzenie szkody przy wykonywaniu powierzonych czynności. Na podstawie art. 6 k.c. Sąd wskazał, że obowiązkiem powoda jest wykazanie winy podwładnego, szkody i związku przyczynowego. Rozpatrując postępowanie lekarzy, stwierdził, że musi ono być przede wszystkim bezprawne, czyli naruszające obowiązujące przepisy. Zauważył również, że bezprawność może polegać na niepoinformowaniu pacjenta o przebiegu leczenia oraz nieuzyskaniu jego zgody na udzielenie poszczególnych świadczeń zdrowotnych, co zostało podniesione przez powoda. Poszkodowany twierdził, że podpisał zgodę *ex post*, przy wypisie ze szpitala. Słusznie Sąd Okręgowy ocenił, że przewidziana w art. 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry pisemna zgoda pacjenta na zabieg operacyjny jest przejawem woli podobnym do oświadczenia woli w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. Powołany przepis ustawy nie określa skutków niezachowania formy pisemnej, tym samym należy zastosować przepisy Kodeksu cywilnego, co skłania do twierdzenia, że zastrzeżenie pisemności zgody ma jedynie rygor *ad probationem* – do celów dowodowych, nie eliminuje zaś skutków prawnych samej zgody. Z uwagi na powyższe Sąd pierwszej instancji przyjął, że powód uzewnętrzniał swoją wolę w sposób dostateczny, albowiem zgłosił się do wybranego przez siebie szpitala, po uzyskaniu informacji o zabiegu z użyciem bronchoskopu sztywnego podpisał

dokumenty dotyczące przyjęcia do szpitala, udzielił również wywiadu medycznego. Słusznie też Sąd przyjął, że samo udzielenie zgody w świetle art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry nie przesądza o jej skuteczności. Zgodnie z powołanym przepisem lekarz jest obowiązany udzielić pacjentowi przystępnej informacji o stanie jego zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych i możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania lub zaniechania, wynikach leczenia oraz o rokowaniach. Nieudzielenie powyższych informacji skutkuje przyjęciem, że lekarz działał bez zgody pacjenta. Powód wskazał również, że nie został poinformowany o metodzie zabiegu oraz o możliwych komplikacjach, w tym perforacji ścian przełyku i tchawicy. Według Sądu pracownicy pozwanego nie mieli obowiązku poinformowania o mogących zaistnieć powikłaniach w trakcie zabiegu, istniała bowiem sytuacja bezwzględnej konieczności jego przeprowadzenia. Zdaniem Sądu Okręgowego w takim przypadku lekarz ma jedynie obowiązek poinformowania pacjenta o celu i rodzaju operacji, a także o zwykłych jej następstwach. Uznał przy tym, że na lekarzach nie ciąży obowiązek informacji o powikłaniach rzadko występujących, mogłoby to bowiem negatywnie oddziaływać na pacjenta oraz doprowadzić do podejmowania przez niego nieracjonalnych decyzji, mogących mieć dramatyczne następstwa, kiedy to nieuzasadniona ocena ryzyka spowoduje odmowę poddania się operacji.

W uzasadnieniu przyjęto, że zabieg bronchoskopii był wykonywany w Klinice pozwanego rutynowo, a z uwagi na częstotliwość przeprowadzania zabiegu i fachowość lekarzy nie mieli oni obowiązku informowania o możliwości perforacji, była ona bowiem z tych względów bliska zeru. Za nieuzasadniony uznano zarzut błędu medycznego w postaci perforacji przełyku podczas bronchoskopii sztywnej, wskutek czego doszło do przedostania się śliny i treści pokarmowej do śródpiersia powoda, co spowodowało stan zapalny zagrażający jego życiu, a także niewykrycia podczas dwukrotnej ho-

szpitalizacji miejsca uszkodzenia i skutecznego jego zaleczenia. Opierając się na opinii Zakładu Medycyny Sądowej Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, uznano, że zastosowanie bronchoskopii sztywnej było w tym przypadku najlepszą metodą. Co prawda biegli wskazali, że użycie fiberobronchoskopu (bronchoskopu giętkiego) dawałoby dogodniejszy wgląd w drogi oddechowe w celu lokalizacji ciała obcego, a dopiero w przypadku niepowodzenia należałoby użyć bronchoskopu sztywnego, jednakże zastosowanie od razu drugiej metody nie może być uznane za błąd medyczny. Sąd uznał, że wystąpienie powikłania w postaci perforacji przetyku było niezawinione przez lekarzy, tym samym pozwany nie może ponosić odpowiedzialności na podstawie art. 430 k.c. Sąd stwierdził, że stan zdrowia powoda w dniu 5 grudnia nie stanowił przeciwwskazania do jego wypisania ze Szpitala. W przypadku powoda istotna trudność ze zlokalizowaniem miejsca perforacji była spowodowana jej niefortunnym umiejscowieniem, wskutek czego nie można było od początku przyczynowo leczyć zapalenia śródpiersia. Nie zlokalizowano perforacji pomimo wykonania badań laryngologicznych, RTG przetyku z kontrastem, a także oczyszczania i drenowania śródpiersia. Mogło to być również spowodowane okresowym zasklepieniem się tego przebiecia wskutek antybiotykoterapii i odżywiania dożylnego. Dopiero pogłębiający się proces chorobowy umożliwił umiejscowienie perforacji. Wskazano, że powód przebywał u pozwanego pod opieką wysoko wykwalifikowanych i doświadczonych lekarzy, którzy w celu postawienia prawidłowej diagnozy odbyli konsylium lekarskie, co zdaniem Sądu pierwszej instancji wyklucza przypisanie im niedołożenia należytej staranności.

W apelacji powód wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia, ewentualnie jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych odnośnie do wyrażenia przez powoda zgody na zabieg, ustalenia nagłego charakteru operacji ratującej życie, przyjęcia, że stan zdrowia powoda nie uzasadnia stwierdzenia, iż został

wypisany ze szpitala z zapaleniem śródpiersia, a ponadto naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez dowolną ocenę opinii Zakładu Medycyny Sądowej Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu w zakresie stanu zdrowia, w jakim został wypisany z pozwanego szpitala, oraz naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 430 k.c. w zw. z 415 k.c. i art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, poprzez ich niezastosowanie.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu za niewadliwe uznał ustalenia Sądu Okręgowego dotyczące przebiegu zdarzeń i przyjął je za własne. Jednakże nie podzielił oceny i wniosków Sądu pierwszej instancji z dwóch opinii Zakładu Medycyny Sądowej Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu w zakresie poprawności zastosowania metod i technik leczenia powoda oraz podstaw i konsekwencji związanych z wypisaniem go ze szpitala. Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska dotyczącego poprawności zastosowania użycia bronchoskopu sztywnego zamiast fiberobronchoskopu, bez poinformowania powoda o skutkach użycia każdego z nich, co było istotne z punktu widzenia zgody wyrażanej przez pacjenta. Nadto Sąd drugiej instancji nie podzielił oceny dotyczącej uznania stanu zdrowia powoda w dniu 5 grudnia za uzasadniający wypisanie go ze szpitala. Słusznie Sąd Apelacyjny podkreślił, że zgoda pacjenta na zabieg nie obejmuje komplikacji i szkód powstałych wskutek przypadkowego uszkodzenia przez lekarza innego organu. Przy kwalifikowaniu takiego postępowania jako bezprawne i przy ocenie metod i technik możliwych do zastosowania i pozostających w dyspozycji lekarza należy również mieć na uwadze świadomy wybór pacjenta w tym zakresie. W ocenie Sądu – zgodnie z opinią Zakładu Medycyny Sądowej – należało najpierw zastosować fiberobronchoskop, dopiero w przypadku niepowodzenia należało zastosować bronchoskop sztywny. Użycie bronchoskopu giętkiego minimalizuje bowiem ryzyko uszkodzenia przetyku i śródpiersia, które w przypadku bronchoskopii sztywnej wynosi 0,5–4%. Zdaniem Sądu należało o tych meto-

dach poinformować pacjenta i pozostawić mu wybór: czy woli przeprowadzenie bronchoskopii sztywnej o podwyższonym ryzyku, czy przy użyciu bronchoskopu giętkiego u innego świadczeniodawcy – obowiązek ten wynika z art. 34 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Sąd podniósł, że takie postępowanie byłoby zgodne również z obowiązkiem lekarza podejmowania działań dla dobra pacjenta z najwyższą starannością i eliminowania najmniejszych nawet zagrożeń, jakie niesie ze sobą metoda leczenia, która jest możliwa do zastąpienia przez inną, bardziej bezpieczną czy nawet całkowicie wykluczającą zagrożenie powikłań. Takiego działania należy wymagać od lekarza jako profesjonalisty, a uchybienia tej regule dają podstawę do postawienia lekarzowi zarzutu błędu w sztuce lekarskiej. Zarzut ten w rozpoznawanym przypadku jest tym bardziej uzasadniony, skoro pacjent w trakcie bronchoskopii wykazywał oznaki odczuwania bólu, na co jedyną reakcją było zwiększenie ilości środka przeciwbólowego. Wadliwe było również wypisanie poszkodowanego 5 grudnia, uskarżał się on bowiem w tym dniu na poblewanie w klatce piersiowej, co przy wcześniejszym rozpoznaniu (28 listopada) przez konsultującego torakochirurga odmy śródpiersia górnego stopnia z zaznaczonymi dyskretnymi cechami zapalenia śródpiersia górnego sugerowało możliwość przedziurawienia ścian dróg pokarmowych lub oddechowych.

Przeczy to ustaleniom Sądu pierwszej instancji wskazującego brak przeciwwskazań do wypisania powoda ze szpitala. Zgodnie z niekwestionowaną opinią Zakładu Medycyny Sądowej pacjent przed wypisaniem go ze szpitala powinien być poddany badaniu kontrastowemu przelyku, co ujawniłoby istnienie przetoki, przyspieszyłoby diagnozowanie powoda i mogło ograniczyć rozmiar ropnego zapalenia śródpiersia, pogłębionego spożyciem przez niego posiłku w domu. Zaawansowanie stanu ropnego zapalenia było przyczyną przeprowadzenia u powoda aż siedmiu zabiegów operacyjnych i stanu bezpośredniego zagrożenia jego życia. Z powyższych względów

Sąd drugiej instancji uznał, że zabieg bronchoskopii został przeprowadzony bez uzyskania poinformowanej zgody powoda o możliwych metodach terapeutycznych. Użycie bronchoskopu sztywnego nieracjonalnie zwiększało niebezpieczeństwo powikłań, a nieuzasadnione wypisanie powoda ze szpitala ze stanem zapalnym śródpiersia wydłużyło proces jego leczenia, naraziło na dodatkowe zabiegi operacyjne, a nawet zagroziło jego życiu. Ustalenia te pozwalają na podstawie art. 415 Kodeksu cywilnego uznać działanie lekarzy za zawinione, co uzasadnia odpowiedzialność pozwanego na podstawie art. 430. Sąd Apelacyjny, działając na podstawie art. 232 zd. 2 k.p.c., z urzędu dopuścił dowód z opinii Zakładu Katedry Medycyny Sądowej Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu w celu ustalenia rozmiaru krzywdy, rozmiarów kalectwa, czasu trwania cierpień, stopnia utraty zdolności do pracy i koniecznych wydatków na leczenie. Sąd uznał, że do właściwego rozpoznania sprawy niezbędne jest poczynienie wyżej wskazanych ustaleń, które wymagają wiedzy specjalistycznej. W wyniku analizy zgromadzonych dowodów Sąd przyjął, że uszczerbek na zdrowiu powoda wynosi 40%, a czas jego dolegliwości bólowych spowodowanych wadliwym leczeniem trwał od listopada 2005 r. do lutego 2007 r., do zakończenia leczenia. W tym czasie powód był całkowicie okresowo niezdolny do pracy, jaką wcześniej wykonywał. Będąc z zawodu inżynierem technologiemi drewna, pracował jako zarządca 778-hektarowego gospodarstwa rolnego dzierżawionego od Agencji Nieruchomości Rolnych, poza tym miał własne grunty rolne: 109 ha, uzyskiwał roczny dochód w wysokości 300 000 zł. W wyniku dziewięciu przebytych operacji poszkodowany ma rozległe liczne blizny na szyi wzdłuż mięśnia mostkowo-obojczykowego, na klatce piersiowej i śródbrzuszu, ma zaniki mięśnia mostkowo-obojczykowo-sutkowego lewego, ograniczenie ruchomości w stawie barkowym prawym. Ciągłe wymaga zajęć rehabilitacyjnych, które z uwagi na ograniczoną dostępność tych świadczeń w ramach refundacji Narodowego Funduszu Zdrowia był zmuszony doku-

pować w wymiarze 4 godzin miesięcznie (100–130 zł za godzinę). Z uwagi na obniżony nastrój spowodowany przebyciem leczenia wymaga psychoterapii i farmakoterapii. Sąd uwzględnił koszty leków, dojazdów na leczenie oraz wizyt członków rodziny. Wskazano, że rozmiar cierpień uzasadnia przyznanie zadośćuczynienia w wysokości 200 000 zł, o odszkodowaniu Sąd orzekł na podstawie przedłożonych przez powoda rachunków. Za okres ustalonej całkowitej niezdolności do pracy poszkodowanemu przyznano rentę w wysokości 2000 zł. Natomiast z uwagi na zwiększone potrzeby w postaci dodatkowych zabiegów rehabilitacji została mu zasądzona renta w wysokości ich kosztów do czasu zakończenia rehabilitacji. Dalej idące żądania z uwagi na ich nieudowodnienie zostały oddalone zgodnie z art. 6 k.c.

Głosowane orzeczenie w pełni uznać należy za trafne. W jego uzasadnieniu Sąd Apelacyjny w Poznaniu poruszył dwie kwestie o zasadniczym znaczeniu dla udzielania świadczeń zdrowotnych. Po pierwsze, wskazał wysoki stopień staranności wymagany od lekarzy (szerzej – personelu medycznego) wobec pacjenta przy udzielaniu mu świadczeń medycznych. Po wtóre, zdecydowanie opowiedział się za aktywnym, świadomym udziałem pacjenta przy wybieraniu metod postępowania leczniczego.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że działania lekarzy powinny być podejmowane dla dobra pacjenta i cechować się najwyższą starannością. Tym samym w głosowanym orzeczeniu

Sąd postawił działalności leczniczej wyższy próg staranności aniżeli określony w art. 355 § 2 k.c., który wymaga od dłużnika przeciętnej staranności w danym rodzaju działalności gospodarczej. W judykaturze wielokrotnie odnoszono się do poziomu staranności wymaganej od lekarza przy wykonywaniu zabiegów leczniczych i z reguły sądy przyjmowały, że chodzi tu o przeciętną staranność wymaganą od każdego lekarza w działalności zawodowej².

Uważam, że przy określaniu poziomu należytej staranności należy przede wszystkim dokonywać jego oceny z perspektywy dobra prawnie chronionego, jakie zostaje poddane ingerencji przy wykonywaniu czynności zawodowych. Truizmem jest stwierdzenie, że są to dobra najwyższe: życie i zdrowie człowieka, tym samym lekarzom należy stawiać bardzo wysokie wymagania dotyczące profesjonalizmu podejmowanych działań³. W moim przekonaniu powyższe znajduje właśnie umocowanie w treści art. 355 § 2 k.c. poprzez jego odniesienie do konieczności uwzględnienia zawodowego charakteru podejmowanych czynności. Zakłada to wysoki standard profesjonalizmu w podejmowanym leczeniu. Do takiego wniosku skłania między innymi również brzmienie art. 54 ust. 1 Kodeksu etyki lekarskiej, który nakazuje lekarzom stałe uzupełnianie i doskonalenie swej wiedzy zawodowej⁴. Uważam, że kryteria oceny staranności zawodowej lekarza powinny być adekwatne do przedmiotu podejmowanych czynności, co uzasadnia stawianie tej gru-

² Np. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 14 lutego 2013 r., I ACa 970/12, LEX nr 1289424, w którym stwierdził: „Nie chodzi zatem o staranność wyższą od przeciętnej wymaganej wobec lekarza, lecz o wysoki poziom przeciętnej staranności każdego lekarza jako staranności zawodowej (art. 355 § 2 k.c.) i według tej przeciętnej ocenianie konkretnego zachowania”. Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z 10 lutego 2010 r., V CSK 287/09, OSP 2012, nr 10, poz. 95, uznał, że: „O zawinieniu lekarza może decydować nie tylko zarzucenie mu braku wystarczającej wiedzy i umiejętności praktycznych, odpowiadającego aprobowanemu wzorcowi należytej staranności, ale także niezręczność i nieuwaga przeprowadzanego zabiegu, jeżeli oceniając obiektywnie nie powinny one wystąpić w konkretnych okolicznościach. Nie chodzi zatem o staranność wyższą od przeciętnej wymaganej od lekarza, jak to formuluje się w niektórych wypowiedziach, lecz o wysoki poziom przeciętnej staranności każdego lekarza jako staranności zawodowej (art. 355 § 2 k.c.) i według tej przeciętnej ocenianie konkretnego zachowania”.

³ Zarówno jeżeli chodzi o stan ich wiedzy fachowej – którego permanentne podnoszenie powinno być uznane za jeden z mierników należytej staranności – jak i doświadczenia.

⁴ Zważyć należy, że do zasad etycznych wykonywania zawodu odsyła art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

pie zawodowej bardzo wysokich wymagań. Powyższe implikuje twierdzenie, że nie powinien być uznawany za wystarczający przeciętny poziom staranności (choćby i wysoki) w leczeniu pacjentów. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w niektórych orzeczeniach, np. w wyroku z 13 stycznia 2005 r., sygn. III CK 143/04⁵, Sąd Najwyższy stwierdził: „Zarówno obowiązujące ustawy (art. 4 ustawy z 1998 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry), jak i zasady współżycia społecznego nakazują przeprowadzanie zabiegów operacyjnych zgodnie ze sztuką lekarską, aktualną wiedzą medyczną, etyką zawodową i należytą starannością. Wśród zasad tych mieści się niewątpliwie przeprowadzanie zabiegów operacyjnych z najwyższą starannością wymaganą od profesjonalistów, która wyklucza przypadkowe uszkodzenie innego niż będący przedmiotem zabiegu organu ciała pacjenta”. Z kolei Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 9 marca 2001 r., sygn. I ACa 124/01⁶, wprost stwierdził: „Od lekarzy wymaga się staranności wyższej niż przeciętna z uwagi na przedmiot ich zabiegów, którym jest człowiek i skutki, które często są nieodwracalne”. Za trafne należy uznać orzeczenia stawiające lekarzom wyższe wymagania niż wynikające z przeciętnej staranności. W literaturze pogląd taki prezentuje np. J. Bujny⁷, wskazując, że: „Ze względu na nadrzędną wartość życia i zdrowia ludzkiego postulowane zmiany powinny zmierzać w kierunku domagania się od lekarzy wykonywania zawodu ze szczególną starannością”. Nie bez znaczenia jest również fakt, że zawód lekarza jest zawodem zaufania publicznego, a pacjenci poddają się proponowanym zabiegom w zaufaniu do jego profesjonalizmu. Oczywiście powinno być, że pacjent, korzystając z pomocy medycznej, oczekuje wyleczenia (jeżeli jest to możliwe), ulgi w cierpieniach,

nie zaś pogorszenia się stanu zdrowia wskutek postępowania lekarzy.

Drugim istotnym aspektem poruszonym w omawianym orzeczeniu jest czynny udział pacjenta w procesach decyzyjnych dotyczących leczenia. Wydaje się, że powszechnie ustala się świadomość wśród personelu medycznego konieczności uzyskania od pacjenta zgody na poszczególne udzielane mu świadczenia zdrowotne, i to zgody poinformowanej, uświadomionej. Trafnie powyższy obowiązek i skutki jego niedopełnienia wskazał Sąd Okręgowy w zaskarżonym orzeczeniu. Jest to podstawowy warunek partnerskiej relacji między lekarzem a pacjentem. Obowiązek poinformowania pacjenta zgodnie z dyspozycją art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry jest warunkiem *sine qua non* podjęcia relewantnej zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Nie można zapominać, że to właśnie prawnie niewadliwe wyrażenie zgody legalizuje inwazyjne czynności lecznicze. Tak stwierdził Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 2 sierpnia 2012 r., sygn. I ACa 443/12⁸, w którym uznał, że: „Zgoda pacjenta w rozumieniu art. 34 ust. 1 ustawy z 1998 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry musi być zgodą «objaśnioną», «poinformowaną», a więc świadomie akceptującą przez pacjenta zrozumiałe przezeń ryzyko dokonania zabiegu i przejście na siebie tego ryzyka. Dopiero taka zgoda pacjenta wyłącza bezprawność interwencji lekarza”. Jest oczywiste, że pacjent musi być świadomy tego, na co wyraża zgodę, to z kolei implikuje zakres i treść obowiązku informacyjnego nałożonego na lekarzy. Co prawda lekarze są dysponentami informacji dotyczących stanu zdrowia pacjenta oraz możliwych i wskazanych sposobów leczenia. Jednakże – co należy bardzo wyraźnie podkreślić – nie mają oni dowolności w dysponowaniu

⁵ LEX nr 602709.

⁶ PS 2002, nr 10, s. 130.

⁷ J. Bujny, *Prawa pacjenta między autonomią a paternalizmem*, Wydawnictwo C. H. Beck, Monografie Prawnicze, Warszawa 2007, s. 113.

⁸ LEX nr 1237851.

tymi wiadomościami w stosunku do pacjentów. Nie powinno budzić zastrzeżeń twierdzenie, że lekarz powinien przekazać pacjentowi wiadomości o proponowanym zabiegu, które umożliwią podjęcie racjonalnej decyzji. Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku odwołał się do uprawnienia zawartego w art. 34 ust. 7 zd. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, które dopuszcza przeprowadzenie zabiegu bez zgody przedstawiciela ustawowego lub sądu opiekuńczego w przypadku, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Redakcja powołanego przepisu nie powinna budzić wątpliwości i *explicite* świadczy, że ma on zastosowanie w przypadku braku możliwości świadomego wyrażenia zgody przez pacjenta⁹. Jakkolwiek by oceniać stan powoda, czy był on nagłym zagrożeniem zdrowotnym w rozumieniu tego przepisu, czy też nie, to świadomość pacjenta i możliwość odebrania od niego zgody na zabieg w sposób oczywisty wyklucza dopuszczalność przeprowadzenia zabiegu z powołaniem się na art. 34 ust. 7 tej ustawy¹⁰. W całości należy podzielić stanowisko Sądu Apelacyjnego dotyczące prawa pacjenta do podjęcia decyzji o zastosowaniu określonej metody terapeutycznej, jeżeli tylko istnieje możliwy ich wybór. Pacjentowi przysługuje bowiem prawo decydowania o branych na siebie ryzyku zabiegu, który obciążony jest wyższym niebezpieczeństwem powikłań niż inny możliwy. Rację ma Sąd drugiej instancji, że pacjent powinien być poinformowany o alternatywnej metodzie zabiegu inwazyjnego, jeżeli stwarza ona mniejsze zagrożenie. Lekarz nie może uzurpować sobie prawa do decydowania za pacjenta, na jakie ryzyko wyraża on zgodę. Takie podejście jest niewątpli-

wie przykładem niedopuszczalnego paternalizmu w relacjach lekarz–pacjent. Stanowisko takie prezentuje również doktryna prawa, np. M. Świdarska zauważa, że: „Jeśli istnieją alternatywne metody diagnostyczne lub lecznicze, wybór jednej z nich należy do pacjenta. Wybór ten lekarz musi uszanować, nawet jeśli jego zdaniem nie jest on trafny. Zasada ta nie wynika wprost z przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, ale można ją wyprowadzić w drodze wykładni, w czym zgodna jest doktryna prawa medycznego. Aby pacjent mógł dokonać świadomego wyboru, musi zostać o alternatywnej metodzie poinformowany. Obowiązek taki wynika *expressis verbis* z art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, gdzie jest mowa m.in. o «proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych»¹¹. Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 15 listopada 2012 r., sygn. I ACa 596/12¹²: „Brak świadomej zgody pacjenta nadaje zachowaniu lekarza cechy czynu niedozwolonego, co uzasadnia odpowiedzialność zakładu opieki zdrowotnej za wszystkie negatywne następstwa wykonanego zabiegu – nawet wówczas, gdy był on wykonany zgodnie z zasadami sztuki medycznej”. Przemilczenie przez lekarza możliwości przeprowadzenia określonego zabiegu inną, mniej ryzykowną metodą powoduje, że pacjent nie wyraża skutecznej zgody, a tym samym nie przejmuje na siebie ryzyka wystąpienia powikłań operacyjnych. A ryzyko to obciąża lekarza, który nie wywiązał się należycie z obowiązku informacyjnego. Powyższe znajduje potwierdzenie w judykaturze: Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 26 lutego 2010 r., sygn. I ACa 51/10¹³, wskazał, że: „Jeżeli pacjent kwalifikuje się do leczenia (wykonania zabiegu operacyjnego) kilkoma różnymi

⁹ Podobnie D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, wydanie 2 poprawione i uzupełnione, Oficyna a Wolters Kluwer business, Monografie Prawnicze, Warszawa 2009, s. 409–410.

¹⁰ Na marginesie wskazać należy, że wykładnia tego przepisu dokonana przez Sąd pierwszej instancji jest wadliwa zarówno na poziomie językowym, funkcjonalnym, jak i systemowym.

¹¹ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 130 i podane tam piśmiennictwo.

¹² LEX nr 1246866.

¹³ POSAG 2010, nr 3, poz. 22–34.

metodami, to powinien zostać przez lekarza szczegółowo poinformowany o wszystkich konsekwencjach wynikających z zastosowania poszczególnych metod, w tym o stopniu i możliwym zakresie powikłań tak, aby mógł w sposób w pełni świadomy uczestniczyć w wyborze najlepszej dla siebie metody. Zaniedbanie przez lekarza wskazanego wyżej obowiązku poinformowania pacjenta narusza

dyspozycję art. 31 ustawy o zawodzie lekarza, jak również pozbawia pacjenta możliwości wyboru i współdecydowania o sposobie leczenia, przez co standardowe wyrażenie zgody na wykonanie zabiegu jedną z możliwych metod nie ma charakteru zgody uświadomionej". Reasumując powyższe rozważania, głosowany wyrok Sądu Apelacyjnego uznać należy za całkowicie trafny.

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 6 LIPCA 2011 R., I CSK 157/11¹

Teza głosowanego postanowienia brzmi:

Dla nabycia przez zasiedzenie służebności przesyłu (art. 292 w zw. z art. 305⁴ k.c.) nie jest niezbędne, by widoczne elementy trwałego urządzenia, będącego przedmiotem korzystania przez przedsiębiorcę przesyłowego, znajdowały się na nieruchomości, którą obciążać ma służebność.

I. Możliwość nabycia prawa podmiotowego wskutek zasiedzenia jest przez prawodawcę reglamentowana – po pierwsze, zamkniętym katalogiem praw, które można nabyć przez zasiedzenie, a po drugie – ścisłym określeniem przesłanek zasiedzenia. Wyjątkowość tej instytucji polega na tym, że system prawny aprobejuje i niejako nagradza nabyciem prawa podmiotowego tego, kto dopuszcza się bezprawia. Przy czym im dłużej ono trwa, tym bliższe jest nabycie prawa podmiotowego *ex lege*. Następuje to kosztem dotychczas uprawnionego, jedynie ze względu na jego bierną postawę, co przecież nie godzi w istotę prawa podmiotowego. Nie dziwi za-

tem, że w dawniejszym², jak i współczesnym³ piśmiennictwie wskazuje się wątpliwe podstawy moralne instytucji zasiedzenia⁴. Niemniej instytucja zasiedzenia jest przez poszczególne prawodawstwa, w różnym jednak zakresie i formie, akceptowana, stabilizuje bowiem sytuacje prawnorzeczowe przez uzgadnianie stanu faktycznego ze stanem prawnym⁵. Długotrwała dychotomia między tymi stanami jest niekorzystna dla obrotu prawnego, czyniąc go niepewnym. Pogodzenie wskazanych wartości, przynajmniej w pewnej mierze, jest możliwe dzięki ścisłemu określeniu przez prawodawcę przedmiotu zasiedzenia oraz jego przesłanek. W prawie polskim dopuszczalne

¹ OSNC-ZD 2012, z. B, poz. 45.

² Por. J. Zielonacki, *Nauka o posiadaniu i zasiedzeniu własności*, Lwów 1862, s. 140.

³ Por. S. Wójcik, *Zasiedzenie jako sposób nabycia praw podmiotowych (znaczenie oraz próba oceny niektórych uregulowań)*, (w:) *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci W. Czachórskiego*, red. J. Bleszyński, J. Rajski, Warszawa 1985, s. 153.

⁴ Zastrzeżenia tej natury wskazuje także Trybunał Konstytucyjny; por. wyrok TK z 25 maja 1999 r., SK 9/98, OTK 1999, z. 9, poz. 78.

⁵ Por. E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 611; A. Kunicki, *Zasiedzenie w prawie polskim*, Warszawa 1964, s. 6–7; J. Wasilkowski, *Nabycie własności przez zasiedzenie*, NP 1968, nr 7–8, s. 1100–1101; postanowienie SN z 18 stycznia 2008 r., V CSK 383/07, OSNC-ZD 2008, z. 4, poz. 106.

jest zasiedzenie własności oraz służebności gruntowej i przesyłowej⁶.

Zagadnienie, jakie rozstrzygnął Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu, dotyczy właśnie jednej z przesłanek zasiedzenia służebności przesyłu (korzystania z trwałego i widocznego urządzenia). Zasadność tezy komentowanego orzeczenia nie budzi wątpliwości z praktycznego (funkcjonalnego) punktu widzenia. Można mniemać, że tym przede wszystkim względem kierował się Sąd Najwyższy. Jednakże uzasadnienie stanowiska Sądu Najwyższego wymaga uzupełnienia w sferze rozważań o konstrukcji prawnej, która legła u podstaw jego rozstrzygnięcia. Sąd Najwyższy, powołując się bowiem na art. 292 k.c. w związku z art. 305⁴ k.c., właściwie poprzestał na utrwalonej wykładni art. 292 k.c., pomijając specyfikę służebności przesyłu, mającej odrębną wobec służebności gruntowej definicję. Ostrożnie można stwierdzić, że zastosowano art. 292 k.c. wprost, a nie „odpowiednio”, jak nakazuje art. 305⁴ k.c. W istocie, gdyby zagadnienie dotyczyło służebności gruntowej, komentowane orzeczenie wpisywałoby się w raczej utrwalony nurt judykatury, niebudzący większych kontrowersji także w piśmiennictwie. Artykuł 292 k.c. wymaga jedynie posiadania służebności przy wykorzystaniu trwałego i widocznego urządzenia. Nie wskazuje natomiast, gdzie urządzenie powinno się znajdować i w jakim związku pozostawać z nieruchomością władnącą lub obciążoną. Według zgodnej opinii wyrażanej w literaturze⁷ oraz judykaturze⁸ urządzenie, o którym

stanowi art. 292 k.c., nie musi być częścią składową nieruchomości obciążonej. Tymczasem zgodnie z definicją służebności przesyłu jest to prawo polegające na możliwości korzystania w oznaczonym zakresie z nieruchomości obciążonej za pomocą urządzenia, ale nie jakiegokolwiek, lecz tego, o którym stanowi art. 49 § 1 k.c. Odpowiednie stosowanie art. 292 k.c. do tej postaci służebności nakazuje uwzględnić ten element jej definicji. Poniżej podjęto się analizy tej kwestii oraz próby pogodzenia jej wyników z komentowaną tezą, która zasługuje na aprobatę.

II. Przed wejściem w życie regulacji służebności przesyłu orzecznictwo dopuszczało możliwość jej zasiedzenia, o ile stan faktyczny spełniał przesłanki zasiedzenia służebności gruntowej z art. 292 k.c.⁹ Przepis ten stanowi o konieczności posiadania służebności, które polega na korzystaniu z urządzenia trwałego oraz widocznego, przez okres dwudziestu (dobra wiara) lub trzydziestu lat (zła wiara). O ile definicja urządzenia z art. 292 k.c. nie budzi większych wątpliwości¹⁰, o tyle sporna jest kwestia położenia urządzenia. Według pierwszego stanowiska urządzenie powinno znajdować się na nieruchomości obciążonej, choć nie musi stanowić jego części składowej¹¹. Zgodnie z drugim poglądem urządzenie może znajdować się także na nieruchomości władnącej, choćby bez stykania się ze sferą nieruchomości obciążonej¹². Trafne jest jednak trzecie zapatrywanie, w myśl którego urządzenie nie tylko nie musi być częścią składową nieruchomości po-

⁶ Według powszechnej opinii możliwe jest również pod pewnymi warunkami zasiedzenie użytkowania wieczystego. Por. uchwałę SN(7) z 11 grudnia 1975 r., III CZP 63/75, OSNCP 1976, nr 12, poz. 259; Z. Truskiewicz, *Użytkowanie wieczyste. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2006, s. 494 i n. Pogląd ten jest jednak kontrowersyjny.

⁷ Por. A. Wąsiewicz, (w:) *System prawa cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, t. II, red. J. Ignatowicz, Ossolineum 1977, s. 689; S. Breyer, *Glosa do uchwały SN z dnia 6 października 1958 r. (2 CO 10/58)*, OSPiKA 1960, nr 1, poz. 5.

⁸ Por. uchwałę SN z 12 lutego 1980 r., III CZP 83/79, OSNC 1980, nr 9, poz. 158.

⁹ Por. uchwałę SN z 7 października 2008 r., III CZP 89/08, niepubl.

¹⁰ Urządzenie to powinno być trwałym oraz widocznym, zaplanowanym dziełem człowieka. Por. wyrok SN z 26 listopada 1959 r., I CR 516/59, OSNC 1962, nr 1, poz. 8; A. Wąsiewicz, (w:) *System*, s. 688; J. Winiarz, (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. I, red. J. Winiarz, wyd. 2, Warszawa 1989, s. 243; J. Szachulowicz, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, wyd. 4, Warszawa 2005, s. 759; B. Burian, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 445; R. Czarnecki, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. Z. Resich, Warszawa 1972, s. 738.

¹¹ Por. A. Wąsiewicz, (w:) *System*, s. 689.

¹² Por. S. Breyer, *Glosa do uchwały SN z dnia 6 października 1958 r. (2 CO 10/58)*, OSPiKA 1960, nr 1, poz. 5.

tencjalnie obciążonej¹³, ale także nie musi znajdować się na tej nieruchomości¹⁴. Wystarczy, że przynajmniej styka się z nieruchomością obciążoną. Takie wymaganie dostatecznie zapewnia właścicielowi nieruchomości potencjalnie obciążonej możliwość spostrzeżenia urządzenia, a więc także zagrożenia ograniczenia własności nieruchomości. Z drugiej strony nie zawęża bez powodu zastosowania art. 292 k.c. Wymienione koncepcje zgodne są jednak co do tego, że urządzenie nie musi być częścią składową nieruchomości obciążonej. Wystarczy, że co najmniej styka się ze sferą wyznaczoną przez granice przestrzenne własności gruntu obciążonego¹⁵.

III. Po wejściu w życie przepisów o służebności przesyłu bezpośrednie stosowanie art. 292 k.c. do zasiedzenia tego prawa jest wykluczone. Według art. 305⁴ k.c. do służebności przesyłu przepisy o służebności gruntowej mogą być stosowane odpowiednio. Oznacza to, że przy ich stosowaniu konieczne jest uwzględnienie specyfiki obydwu instytucji. W myśl art. 305¹ k.c. służebność przesyłu polega na możliwości korzystania przez przedsiębiorcę w oznaczonym zakresie z nieruchomości obciążonej, zgodnie z przeznaczeniem urządzeń, o których stanowi art. 49 § 1 k.c. Legalna definicja służebności przesyłu wskazuje na konieczność wykonywania tej służebności za pomocą urządzeń z art. 49 § 1 k.c. Jeżeli posiadacz służebności korzysta z urządzenia trwałego i widocznego, lecz nie takiego, o którym stanowi art. 49 § 1 k.c., nie może zasiedzieć służebności przesyłu, lecz tylko służebność gruntową (spełniając pozostałe przesłanki). Powołany przepis z kolei stanowi o tym, że urządzenia przesyłowe nie są częściami składowymi nieruchomości, jeżeli wchodzi w skład przedsiębiorstwa.

Przepis ten wprost nawiązuje do definicji części składowej z art. 47 § 2 k.c. Częścią składową gruntu nie jest jedynie urządzenie spełniające wymagania powołanego przepisu; wystarczy, że jest trwale z gruntem związane (art. 48 k.c.). Trwałość tego związania ma walor fizyczny; chodzi zatem o „solidność, ścisłość, moc związania w sensie technicznym”¹⁶.

Urządzenie z art. 49 § 1 k.c. powinno zatem spełniać przesłanki części składowej nieruchomości. W komentowanym orzeczeniu przyjęto natomiast, że urządzenia przesyłowe nawet nie muszą znajdować się „na nieruchomości” potencjalnie obciążonej. Można z tego wnosić, że urządzenie nie tylko nie musi być częścią składową nieruchomości obciążonej, ale także nie musi stykać się z częścią powierzchni ziemskiej traktowanej jako grunt. Powstaje pytanie, czy stanowisko to pozostaje w zgodzie z definicją służebności odwołującą się do urządzenia z art. 49 § 1 k.c.

IV. Kluczowe dla rozstrzygnięcia tego zagadnienia jest określenie pojęcia gruntu. Definicja tej postaci nieruchomości, mimo że unormowana, jest sporna. W istocie art. 46 § 1 k.c. niczego nie wyjaśnia, a jest powodem licznych teoretycznych trudności¹⁷. Dowodem tego jest wiele funkcjonujących w nauce koncepcji pojęcia gruntu. Według pierwszej opinii gruntem jest tylko „część powierzchniowej warstwy gruntu” i nie sięga dalej, niżby pozwalała na to „niejasny” art. 143 k.c.¹⁸ Zgodnie z drugim, tradycyjnym poglądem, z zestawienia art. 46 § 1 k.c. oraz art. 143 k.c. wynika, że gruntem jest nie tylko część płaszczyzny ziemi, ale także przestrzeń nad i pod nią, przy czym górną i dolną granicę wyznaczają przepisy ustawy (na przykład prawo lotnicze i górnicze) oraz społeczno-gospodarcze przeznaczenie gruntu¹⁹. W myśl

¹³ Por. jednak wyrok SN z 26 października 1959 r., II CR 483/59, OSPiKA 1961, nr 124.

¹⁴ Por. uchwałę SN z 12 lutego 1980 r., III CZP 83/79, OSNC 1980, nr 9, poz. 158.

¹⁵ Reguła ta dotyczy także pozostałych rodzajów nieruchomości – budynkowej oraz lokalowej.

¹⁶ Por. T. Dybowski, *Części składowe rzeczy*, NP 1969, nr 1, s. 89.

¹⁷ Przepis ten stanowi, że gruntem jest część powierzchni ziemskiej, a tymczasem „powierzchnia”, „płaszczyzna” nie jest przedmiotem materialnym, a więc rzeczą w rozumieniu art. 45 k.c.

¹⁸ Por. A. Agopszowicz, *Prawo wydobywania kopalin*, RPEiS 1966, nr 3, s. 24.

¹⁹ Por. S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Ossolineum 1974, s. 404–405.

trzeciego zapatrywania nieruchomości gruntowa nie jest przedmiotem materialnym, lecz konstrukcją normatywną, stanowiącą dwuwymiarową przestrzeń; jest nią sfera dozwolonego zachowania właściciela, wyznaczona przez granice na powierzchni ziemi²⁰. Wreszcie zgodnie z czwartym stanowiskiem nieruchomości gruntowa nie jest samoistnym przedmiotem materialnym, lecz konstrukcją normatywną. Grunt stanowi wyznaczoną przez ustawę trójwymiarową „sferę przestrzenną dozwolonego zachowania się właściciela oraz powiniennych zachowań niewłaściciela w ramach stosunku własności”²¹.

V. Bez względu na trafność powołanych koncepcji, w świetle którejkolwiek z nich, znaczenie pojęcia części składowej gruntu staje się problematyczne nie tylko na tle art. 47 § 2 k.c., ale także art. 48 k.c. Koncepcje te bowiem implikują konieczność zaakceptowania pojęcia części składowej „powierzchniowej warstwy gruntu” albo części płaszczyzny ziemi wraz z przestrzenią nad i pod powierzchnią, wreszcie części składowej dwu- lub trójwymiarowej przestrzeni. Brakuje tu zatem miejsca na jakąkolwiek formę fizycznego związku części składowej z rzeczą.

Z pewnością żaden z tych wniosków nie odpowiada potocznemu rozumieniu pojęcia części składowej gruntu. Wynika to stąd, że część składowa rzeczy, grunt, a nawet samo pojęcie

rzeczy według Kodeksu cywilnego to czyste konstrukcje normatywne, których znaczenie może odbiegać od potocznego ich pojmowania. Nie to jednak stanowi trudność w omawianym zagadnieniu. Potoczne rozumienie instytucji może ustąpić normatywnemu. Jednakże również z konstrukcyjnego punktu widzenia powyższe wnioski są wysoce problematyczne. Okazuje się zatem, że próba pogodzenia tezy postawionej przez Sąd Najwyższy z definicją służebności przesyłu nie jest większym wyzwaniem niż próba pogodzenia definicji części składowej gruntu, o której stanowi art. 47 § 2 k.c. lub art. 48 k.c., z definicją gruntu.

Zdając sobie sprawę z mankamentów proponowanego rozwiązania, można zatem zaryzykować koncepcję, w myśl której częścią składową gruntu jest jego fizyczny element, jednakże trwale z nim związany już choćby funkcjonalnie. W takiej formule mieści się również teza komentowanego orzeczenia. Tzw. napowietrzna linia energetyczna jest fizycznym, funkcjonalnie trwałym elementem obciążonej nieruchomości gruntowej. Została wzniesiona „na stałe”; ma trwać przez cały czas istnienia służebności; ma stanowić trwały element przestrzeni wyznaczonej przez granice przestrzenne własności nieruchomości obciążonej. Z tego punktu widzenia komentowane orzeczenie jest trafne ze względów nie tylko praktycznych, ale i teoretycznych.

²⁰ Por. W. Pańko, *Własność gruntowa w planowej gospodarce przestrzennej. Studium prawne*, Katowice 1978, s. 48, 55, 57, 60.

²¹ Por. A. Klein, *Ewolucja pojęcia nieruchomości w polskim prawie cywilnym*, (w:) *Prace z prawa cywilnego*, red. B. Kordasiewicz, E. Łętowska, Ossolineum 1985, s. 88–89, 90.

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 9 WRZEŚNIA 2011 R., I CSK 248/11¹

Teza głosowanego postanowienia brzmi:

Nieważny jest testament notarialny, w którym – obok złożonego odcisku palca – imię i nazwisko testatora wpisała i umieściła swój podpis osoba nieuczestnicząca w tej czynności.

1. Głosa dotyczy podpisu testamentu notarialnego przez osobę nieumiejącą lub nie mogącą pisać (art. 87 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie)².

2. Notariuszka w domu spadkodawcy sporządziła testament, którego spadkodawca nie mógł podpisać. Orzeczenie nie podaje, z jakich przyczyn, prawdopodobnie choroby. Jak się wydaje, dopiero w kancelarii notarialnej, po przyjeździe notariuszki od spadkodawcy (jest niewątpliwe, że pracownica kancelarii notarialnej była nieobecna przy składaniu oświadczenia woli przez spadkodawcę), wypisała jego imię i nazwisko oraz złożyła obok swój podpis. Sąd Najwyższy uznał ten testament z tego powodu za nieważny.

3. a) Artykuł 87 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. nr 189, poz. 1158 z późn. zm.) stanowi, co następuje: „Jeżeli osoba biorąca udział w czynnościach: 4) nie umie lub nie może pisać, powinna ona na dokumencie złożyć tuszowy odcisk palca;

obok tego odcisku zaś inna osoba wpisze imię i nazwisko osoby nie umiejącej lub nie mogącej pisać, umieszczając swój podpis”.

Artykuł 87 § 2 pr. o not. stwierdza, że: „O zachowaniu przepisów przewidzianych w § 1 pkt 2 i 3, a także o sposobie stwierdzenia okoliczności, o których mowa w § 1, bądź o niemożności złożenia podpisu lub tuszowego odcisku palca – notariusz czyni stosowną wzmiankę w treści sporządzonego dokumentu”.

Artykuł 92 § 1 pkt 8 pr. o not. stanowi, że „akt notarialny powinien zawierać: 8) podpisy osób biorących udział w akcie oraz osób obecnych przy sporządzaniu aktu”.

Natomiast art. 92 § 2 pr. o not. postanawia, że „jeżeli w akcie bierze udział osoba, która nie umie lub nie może pisać, notariusz stwierdza, że osoba ta aktu nie podpisała, i podaje, z jakich powodów”.

b) Artykuł 79 k.c. stanowi, co następuje: „Osoba nie mogąca pisać, lecz mogąca czytać może złożyć oświadczenie woli w formie pi-

¹ Orzeczenie opublikowane w OSN Zbiór Dodatkowy D 2012, poz. 72.

² Por. np. E. Drozd, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 155–157; A. Oleszko, *Prawo o notariacie*, cz. 2, t. 1 (art. 79–91), Warszawa 2012, s. 450–453; J. Florkowski, B. Tymecki, *Prawo o notariacie z komentarzem*, Warszawa 1993, s. 82, pkt 6; A. Redelbach, *Prawo o notariacie. Komentarz*, Toruń–Poznań 2002, s. 225–226, pkt 8.

semnej bądź w ten sposób, że uczyni na dokumencie tuszowy odcisk palca, a obok tego odcisku inna osoba wypisze jej imię i nazwisko umieszczając swój podpis [cz. I – 1. sposób, M. N.], bądź też w ten sposób, że zamiast składającego oświadczenie podpisze się inna osoba, a jej podpis będzie poświadczony przez notariusza lub wójta (burmistrza, prezydenta miasta), starostę lub marszałka województwa z zaznaczeniem, że został złożony na życzenie nie mogącego pisać, lecz mogącego czytać [cz. I – 2. sposób, M. N.]”.

c) Artykuł 79 cz. I k.c. ma swój odpowiednik w art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not. Natomiast art. 79 cz. II k.c. nie ma swego odpowiednika w art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not. ani w ogóle w prawie o notariacie. Przepisy prawa o notariacie nie są zsynchronizowane z art. 79 k.c.

4. Sąd Najwyższy przyjmuje, że „inna osoba” dokonująca poświadczenia podpisu musi być obecna co najmniej przy składaniu tuszowego odcisku palca. Stanowisko to jest trafne. *A contrario* z tezy Sądu Najwyższego wynika, że inna osoba dokonująca poświadczenia podpisu nie musi być obecna przy innych czynnościach (pozostałych stadiach) sporządzenia testamentu notarialnego. Stanowisko to jest trafne. Niemniej osobiście stanowczo zalecałbym, aby osoba taka była obecna przez cały czas sporządzania testamentu. Nie traktuję jednak tego jako przesłanki ważności testamentu notarialnego, tylko jako zalecenie stanowcze (bez sankcji nieważności testamentu w sytuacji opisanej w zdaniu poprzednim).

5. *A contrario* z postanowienia SN (tezy i uzasadnienia) wydaje się wynikać wniosek, że notariusz nie musi być, według SN, obecny przy poświadczaniu podpisu przez inną osobę, tylko ma być obecny przy złożeniu przez spadkodawcę tuszowego odcisku palca. Moim zdaniem co najmniej zalecane jest, aby notariusz był obecny także przy poświadczaniu podpisu (stanowisko 1, czyli „a”). Można w tym zakresie reprezentować stanowisko ostrzejsze, że notariusz musi być obecny nie tylko przy składaniu tuszowego odcisku palca przez spadkodawcę, lecz także przy poświad-

czaniu podpisu przez inną osobę pod rygorem nieważności testamentu notarialnego (stanowisko 2, czyli „b”). Interpretacja druga (2, b) wydaje się wynikać w sposób logiczny z wykładni wszystkich przepisów o testamencie notarialnym i o formie testamentu z k.c. i z ich ducha, intencji, zamiaru. Na pewno jest to, według mnie, co najmniej zalecane (stanowisko 1, a). Można jednak reprezentować stanowisko drugie (2, b). Moim zdaniem zbyt wiele formalności ma testament notarialny, aby je jeszcze bardziej obostrzać. Niemniej stanowisku drugiemu (2, b) nie można odmówić racji, ma ono także uzasadnienie. W sytuacji pierwszej (1, a) nie następowałaby nieważność testamentu. W sytuacji drugiej (2, b) następowałaby nieważność testamentu notarialnego. Moim zdaniem notariusz powinien w sposób staranny stosować przepisy o formie testamentu, w tym być stanowczo obecny przy poświadczaniu podpisu przez inną osobę. Tylko wyjątkowe przypadki mogłyby go od tego zwolnić, np. śmierć notariusza po złożeniu odcisku przez spadkodawcę, a przed poświadczaniem podpisu przez inną osobę. Wychodzę z założenia, które immanentnie tkwi u podstaw przepisów o formie testamentu notarialnego, że notariusz powinien być obecny przy wszystkich czynnościach sporządzenia testamentu notarialnego. Taki jest duch ustawy w tej mierze i prawidłowe przeprowadzenie sporządzenia testamentu notarialnego.

Nie zawsze da się bowiem zweryfikować prawdziwość odcisku palca spadkodawcy po jego śmierci (np. rozkład ciała). Pozostaje wtedy do dyspozycji sądu tylko poświadczenie zgodności tuszowego odcisku palca dokonanego na akcie notarialnym. Pismo bowiem zachowuje się, ciało ulega rozkładowi. Być może, że w drodze innych środków dowodowych (biegłych sądowych) można ustalić zgodność odcisku palca z prawdą, ale należy to do kompetencji opinii pismoznawczych, biegłych z zakresu kryminalistyki (i postępowania cywilnego). Nie mam na ten temat wiadomości fachowych, dlatego nie chcę na ten temat się wypowiadać.

6. Według A. Oleszki³ „inną osobą”, o której mowa w art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not., nie może być notariusz, w przeciwnym wypadku według tego autora testament notarialny jest nieważny (testament jako czynność prawna), a dokument (akt notarialny) nie ma cech dokumentu urzędowego. Moim zdaniem stanowisko to nie jest trafne, tą „inną osobą” może być także notariusz. Stanowisko moje może być dyskusyjne. Stanowczo zalecam, aby tą „inną osobą” była osoba trzecia (nie notariusz ani spadkodawca). Może być to osoba spokrewniona (lub małżonek) ze spadkodawcą. Nie stosuje się w tym wypadku art. 84 pr. o not.⁴ Moim zdaniem w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości prawnych lepiej jest, gdy taką „inną osobą” jest osoba, która może być świadkiem testamentu (art. 956, 957 k.c.) (i to samo dotyczy art. 84 pr. o not.), ale nie jest to konieczne. Jest to podyktowane tylko ostrożnością procesową, prawną.

7. Jeśli spadkodawca umie lub może się podpisać, a nie umie lub nie może pisać, to wystarcza jego podpis. Niepotrzebny jest tuszowy odcisk palca, ale jeśli będzie dodatkowo złożony, to nie powoduje to nieważności testamentu notarialnego, wystarcza bowiem sam podpis spadkodawcy.

8. Niejasny jest stosunek art. 87 § 1 pkt 4 do art. 92 § 2 pr. o not. Wydaje się, że art. 87 § 1 pkt 4 jest przepisem szczególnym do art. 92 § 2 (*lex specialis derogat legi generali*). Niemniej jednak, moim zdaniem, obok art. 87 § 1 pkt 4 stosuje się także art. 92 § 2 pr. o not., koniunkcja (dyskusyjne).

Przedmiotem orzeczenia SN nie była sytuacja, gdy spadkodawca nie może złożyć tuszowego odcisku palca (np. brak rąk). Wtedy wydaje się (a), że stosuje się odpowiednio art. 79 cz. II k.c., z tym że zamiast spadkodawcy składającego oświadczenie woli podpisze się

inna osoba, a jej podpis będzie poświadczony przez notariusza (a nie wskazaną osobę administracyjną w art. 79 cz. II k.c. – organ administracyjny). Można prezentować wtedy stanowisko drugie (b), że wystarczy wtedy stosować art. 92 § 2 pr. o not., czyli notariusz stwierdza, że spadkodawca nie podpisał aktu notarialnego, i podaje, z jakich powodów. Można też prezentować stanowisko trzecie (c), będące koniunkcją art. 79 cz. II k.c. i art. 92 § 2 pr. o not., czyli zamiast spadkodawcy podpisze się inna osoba, a jej podpis będzie poświadczony przez notariusza (art. 79 cz. II k.c.) oraz notariusz stwierdza, że spadkodawca nie podpisał aktu notarialnego, i podaje, z jakich powodów (art. 92 § 2 pr. o not.)⁵. Teoretycznie można stosować każde z tych trzech stanowisk, wydaje się jednak, choćby z punktu widzenia ostrożności prawnej i procesowej, że trafne jest stanowisko trzecie (c).

9. Według A. Oleszki⁶ inna osoba z art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not. nie musi być wymieniona w komparycji aktu notarialnego (art. 92 § 1 pkt 4 i 8), ale wystarczy według tego autora, że jest wymieniona w części końcowej aktu notarialnego (art. 94 § 1 pkt 7 i 8) (testament podpisała osoba inna, która wypisała imię i nazwisko spadkodawcy i podpisała się swoim imieniem i nazwiskiem, oraz notariusz stwierdza: że spadkodawca nie mógł podpisać testamentu i z jakich powodów testament nie został podpisany przez spadkodawcę). Moim zdaniem nie musi być ta inna osoba wymieniona ani w komparycji aktu notarialnego (części wstępnej aktu), ani w zakończeniu aktu notarialnego, wystarczy, że wypisała ona imię i nazwisko spadkodawcy i sama się podpisała własnym imieniem i nazwiskiem. Aczkolwiek stanowczo zalecam, aby ta inna osoba była wymieniona w komparycji (wstępie) i zakończeniu aktu notarialnego (art. 92 § 1 pkt 4 oraz 7 i 8) oraz

³ A. Oleszko, *Prawo o notariacie*, s. 453.

⁴ Tamże; postanowienie SN z 12 marca 1998 r., II CKU 147/97, OSNC 1998, z. 11, poz. 175, powołane przez A. Oleszkę.

⁵ Tak E. Drozd, (w:) *System*, s. 156, 157; A. Oleszko, *Prawo o notariacie*, s. 451, 452.

⁶ A. Oleszko, *Prawo o notariacie*, s. 452.

niezależnie od tego dokonała ona czynności, o których mowa w art. 87 § 1 pkt 4 (wypisanie imienia i nazwiska spadkodawcy oraz podpisanie się własnym imieniem i nazwiskiem przez tę inną osobę – obok tuszowego odcisku palca), a notariusz dopełnił czynności, o których mowa w art. 92 § 2 (notariusz stwierdza, że w akcie bierze udział osoba, która nie może lub nie umie pisać, oraz że osoba ta aktu nie podpisała, i z jakich powodów), oraz nadto cały akt notarialny powinien być podpisany także przez osobę obecną przy sporządzaniu testamentu (art. 92 § 1 pkt 7 i 8), czyli tę inną osobę (niezależnie od dokonania przez nią czynności, o których mowa w art. 87 § 1 pkt 4), wtedy nie powinno być wątpliwości prawnych, które mogą być, gdy inaczej się postąpi.

10. Według A. Oleszki w akcie notarialnym testamentu spadkodawca nie musi oświadczyć, że na jego „życzenie” zamiast spadkodawcy składającego oświadczenie woli podpisała się inna osoba, a jej podpis został poświadczony przez notariusza (art. 79 cz. II k.c. – niemożność postawienia odcisku palca), aczkolwiek jest to zalecane. Moje stanowisko jest takie samo. Wskazana byłaby tu nowelizacja art. 87 § 1 pkt 4 Prawa o notariacie w tym kierunku, co treść art. 79 k.c. W istocie chodzi tu tylko o część II art. 79 k.c., bo część I art. 79 k.c. ma swe odzwierciedlenie w art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not. W tym kierunku idą także propozycje A. Oleszki i E. Drozda⁷.

11. W tym stanie faktycznym, co jest ubocznym problemem tej glosy, najpierw spadkodawca wobec notariusza sporządził projekt (?) testamentu notarialnego, a prawdopodobnie złożył oświadczenie woli tej treści. Następnie notariusz na wydruku komputerowym sporządził projekt testamentu notarialnego. Z kolei notariusz (prawdopodobnie w innym dniu) przyjechał do chorego spadkodawcy i odebrał od niego oświadczenie woli (jak w projekcie testamentu notarialnego, całkowicie z nim zgodne). Potem notariusz nie sporządził na nowo dokumentu aktu notarialnego testamentu, tylko odczytał

spadkodawcy projekt testamentu notarialnego, który stał się według Sądu Najwyższego oryginałem aktu notarialnego. Trzeba przyjąć, że testament notarialny jest ważny i ma cechy dokumentu urzędowego (testament notarialny jako dokument urzędowy). Niemniej prawidłowo rzecz biorąc, należy stwierdzić, że najpierw spadkodawca powinien złożyć oświadczenie woli, następnie dopiero notariusz powinien sporządzić protokół testamentu notarialnego, dać go do podpisu spadkodawcy i sam podpisać (art. 87 § 1 pkt 4 i art. 92 § 2 pr. o not.). Niemniej bardzo często opisana w tym orzeczeniu praktyka jest stosowana w praktyce notarialnej. Według mnie należy przestrzegać zasady podanej w zdaniu uprzednim. Praktyka ta moim zdaniem jest zgodna z prawem, ale należy jej stanowczo unikać. Akt notarialny – oświadczenie woli testatora, protokół testamentu notarialnego – oryginał, podpisy osób, w tym spadkodawcy i notariusza – powinno to wszystko nastąpić *uno actu*, jednym aktem, być objęte jedną czynnością sporządzenia testamentu notarialnego (aktu notarialnego). Pisałem o tym w innych miejscach (pracach), że taka praktyka jest dozwolona, ale stanowczo niezalecana. Stanowisko innego sądu może być bowiem odmienne, na tle innej podobnej sprawy, i nie będzie mu można *a limine*, stanowczo, z góry odmówić racji.

12. Odcisk palca spadkodawcy (w praktyce kciuka, jako najbardziej odpowiedniego z punktu widzenia daktyloskopijnego, linii papilarnych palca) oraz wypisanie imienia i nazwiska spadkodawcy oraz podpisanie się przez tę inną osobę własnym imieniem i nazwiskiem nie jest podpisem spadkodawcy. Jest to surogat podpisu (podpis zastępczy spadkodawcy).

Artykuł 87 § 1 pkt 4 pr. o not. wymaga odcisku palca. W braku rozróżnienia (*lege non distinguente*) może to być dowolny palec. W domyśle chodzi w ustawie prawdopodobnie o palec ręki. W praktyce surogat podpisu składa się w postaci odcisku kciuka ręki prawej lub lewej, z uwagi na szczególne znaczenie papilarne (daktyloskopijne) tego palca.

⁷ Jw., w przypisie 2.

Ponieważ k.c. oraz pr. o not. nie mówią o palcu ręki, to teoretycznie może to być – ale w braku odcisku palca ręki (np. brak rąk) – odcisk palca dużego nogi prawej lub lewej (odpowiednika kciuka ręki prawej lub lewej), ale może to być także odcisk innego palca nogi. W praktyce – jak pisze A. Oleszko – dopuszcza się odcisk palca nogi, jeśli niemożliwy jest odcisk palca ręki (np. brak rąk, obandażowanie trwale palca ręki lub w gipsie cała ręka).

Przepis mówi o odcisku palca, czyli – literalnie rzecz biorąc – jednego palca. Moim zdaniem nie ma jednak przeszkód prawnych, aby był to odcisk dwóch (np. obu kciuków) lub więcej palców (np. pięciu lub obu rąk – dziesięciu), wtedy moim zdaniem powinno być zaznaczone w protokole testamentu notarialnego, odciski których palców i jakiej ręki – prawej czy lewej (lub którego palca) zostały zrobione, ale nie wiązałbym z tym rygorem w postaci nieważności czynności prawnej testamentu (testament jako czynność prawna) (art. 958, 950 k.c. w zw. z art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not.) z powodu uchybienia przepisom o formie testamentu (aktu notarialnego) czy też nie łączyłbym z tym braku cech dokumentu urzędowego (testament jako dokument prawny) (art. 2 § 2 pr. o not.). Zagadnienia te nie były poruszane w literaturze cywilistycznej – z tego, co mi wiadomo. Stanowczo należy zalecać, aby był to odcisk kciuka lub kciuków obu rąk (z zaznaczeniem wtedy, który jest prawej ręki, a który lewej ręki). Jeśli jest to odcisk palca (np. kciuka), to trzeba sprecyzo-

wać, której ręki (prawej lub lewej) – bez sankcji nieważności czynności prawnej testamentu lub braku cech dokumentu urzędowego przez akt notarialny (w tym ostatnim wypadku art. 2 § 2 pr. o not.).

13. Sąd Najwyższy trafnie uznał testament notarialny (czynność prawną) za nieważny na podstawie art. 958 w zw. z art. 950 k.c. i w zw. z art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not. oraz że sporządzony akt notarialny nie ma cech dokumentu urzędowego (art. 2 § 2 pr. o not.) (testament notarialny jako dokument prawny). Nieważna jest czynność prawna z powodu uchybienia przepisom co do formy testamentu notarialnego. Nie można mówić o nieważności aktu notarialnego jako dokumentu, lecz tylko o nieważności testamentu notarialnego jako czynności prawnej. Widać tu praktyczne znaczenie dwóch ujęć, znaczeń słowa testament: czynność prawna lub dokument. Takie też jest stanowisko SN w tej sprawie (w istocie).

14. W głosie tej nie omawiam problematyki testamentu ustnego, która przewija się równoległe do testamentu notarialnego, gdyż jest to odrębny problem teoretyczny i praktyczny (brak miejsca, krótkie ramy glosy nie pozwalają na to). Omawiam tylko kwestie testamentu notarialnego, a ściślej art. 87 § 1 pkt 4 pr. o not.

15. Na s. 25 w. 7 od góry zamiast „art. 952” powinno być „art. 950” k.c. (błąd drukarski w OSNC).

16. Konkludując, należy stwierdzić, że orzeczenie Sądu Najwyższego jest trafne.

GŁOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z 17 LIPCA 2013 R., SK 9/10 (DZ.U. Z 8 SIERPNIĄ 2013 R., POZ. 905)¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

I. Art. 75 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.) w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odstąpienia przez sąd od zarządzenia wykonania kary w sytuacji, gdy wobec skazanego ponownie orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jeżeli przemawiają za tym szczególne względy, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

II. Przepis wymieniony w części I traci moc obowiązującą z upływem 18 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Pogląd zawarty w tezie głosowanego orzeczenia zasługuje na aprobatę. Głosowany wyrok Trybunału Konstytucyjnego zapadł w wyniku wniesienia skargi konstytucyjnej, w której skarżący zarzucił: niezgodność art. 75 § 1 k.k. (ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny – Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.) z art. 2 w związku z art. 40 oraz art. 178 ust. 1 Konstytucji; niezgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji; niezgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 178 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji²; niezgodność art. 75

§ 1 k.k. i art. 178 § 2 k.k.w. (ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy – Dz.U. nr 90, poz. 557 ze zm.) z art. 45 ust. 1 w związku z art. 42 ust. 2 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji. Następnie skarżący, wezwany przez Trybunał Konstytucyjny do wskazania przysługujących mu konstytucyjnych praw lub wolności, naruszonych przez zaskarżony przepis art. 75 § 1 k.k., oraz określenia sposobu ich naruszenia, zmodyfikował swą skargę w ten sposób, że nie powtórzył on wzorców kontroli zawartych w art. 2, art. 32 ust. 2 oraz art. 178 ust. 1 Konstytucji.

¹ Wyrok został opublikowany w całości w: OTK-A 2013, nr 6, poz. 79.

² Przez to, że „narusza standard rzetelnego procesu w odniesieniu do postępowania wykonawczego, mającego za przedmiot kwestię zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 75 § 1 k.k., przez takie ukształtowanie procedury sądowej, które pozbawia sąd rozpoznający sprawę możliwości rozważenia wszystkich racji przemawiających za podjęciem sprawiedliwego rozstrzygnięcia w przedmiocie zarządzenia kary. Obligatoryjność rozstrzygnięcia w przedmiocie zarządzenia kary na podstawie art. 75 § 1 k.k. wyłącza po stronie sądu możliwość rozstrzygnięcia o pozbawieniu wolności osobistej, wprowadzając w odniesieniu do tej wolności niedopuszczalny w państwie prawnym element automatyzmu orzekania”.

Na skutek zmiany art. 178 § 2 k.k.w. (dokonałej ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw – Dz.U. nr 240, poz. 1431, która weszła w życie 1 stycznia 2012 r.) przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego, pod kątem zgodności z Konstytucją, stał się jedynie art. 75 § 1 k.k.

Regulacja zawarta w art. 75 § 1 k.k. dotyczy obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary, która uprzednio została orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. W myśl tego przepisu sąd zarządza wykonanie kary, jeżeli skazany w okresie próby popełnił podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności.

Należy podkreślić, że instytucja zarządzenia wykonania kary jest ściśle związana z istotą warunkowego zawieszenia wykonania kary, jednego ze środków – jak określa je ustawodawca – związanych z poddaniem sprawcy próbie, uregulowanych w rozdziale VIII Kodeksu karnego. Sens warunkowego zawieszenia wykonania kary tkwi w uzależnieniu losów sprawcy od przebiegu i wyników okresu próby. Ów element próby jest, co sugeruje zresztą sama nazwa, podstawowym składnikiem tych środków³, stanowiącym o jego sensie. Nadając mu bowiem cechy warunkowości i tymczasowości, dotyka samej istoty tej instytucji, która polega na tym, że sąd zawiesza wykonanie orzeczonej kary, ale to orzeczenie staje się ostateczne po pomyślnym upływie okresu próby⁴. Wtedy bowiem,

na podstawie art. 76 § 1 k.k., następuje zatarcie skazania z mocy prawa (z upływem 6 miesięcy od zakończenia okresu próby). Koniecznym następstwem warunkowego charakteru tej instytucji jest także możliwość odpowiedniej reakcji w przypadku niepowodzenia (choćby częściowego) próby. Ta reakcja – w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary – może polegać na zmodyfikowaniu przez sąd treści orzeczenia w zakresie obowiązków probacyjnych i dozoru⁵, a w ostateczności może przybrać postać zarządzenia wykonania kary.

Sensu zarządzenia wykonania kary nie sposób jednak oddzielić od podstawy stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary, w postaci ustalenia pozytywnej prognozy społecznej w stosunku do sprawcy przestępstwa. To prognozowanie jest dokonywane na podstawie przesłanek wskazanych przez ustawodawcę w art. 69 § 2 k.k., tj. przede wszystkim postawy sprawcy, jego właściwości i warunków osobistych, dotychczasowego sposobu życia oraz zachowania się po popełnieniu przestępstwa.

Jakkolwiek katalog tych przesłanek (czynników prognostycznych) nie jest wyczerpujący, na co wskazuje poprzedzenie go formułą „przede wszystkim”⁶ (wartość prognostyczną może mieć również typ rodzajowy przestępstwa, sposób jego popełnienia, rodzaj atakowanego czynem przestępnym dobra prawnie chronionego), to stanowi istotną dyrektywę interpretacyjną, zgodnie z którą w procesie ustalania prognozy społecznej sprawcy należy uwzględnić wszelkie okoliczności charakteryzujące osobę sprawcy⁷.

³ J. Bafia, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Warszawa 1987, s. 280.

⁴ Por. S. Leleńtal, *Wykład prawa karnego wykonawczego z elementami polityki kryminalnej*, Łódź 1996, s. 179, a także M. Leonieni, *Oznaczenie początku okresu warunkowego zawieszenia wykonania kary*, NP 1967, nr 1, s. 108.

⁵ Zgodnie bowiem z art. 74 § 2 k.k. wobec skazanego na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania sąd może, o ile przemawiają za tym względy wychowawcze, w okresie próby ustanawiać, rozszerzać lub zmieniać większość obowiązków probacyjnych oraz od tych obowiązków zwalniać. Może także oddać skazanego pod dozór albo od tego dozoru go zwolnić.

⁶ Zwraca na to uwagę S. Leleńtal, który treść art. 69 § 2 k.k. zestawia z treścią przepisu art. 77 § 2 k.k., stanowiącego o przesłankach warunkowego przedterminowego zwolnienia, w którym to przepisie brak jest takiego czy choćby zbliżonego wyrażenia [por. S. Leleńtal, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych. Lata 1998–2000 (I półrocze)*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2000, nr 28].

⁷ Por. M. Leonieni, *Uzasadnienie orzeczeń o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności w świetle ustawy i praktyki sądowej*, NP 1974, nr 1, s. 88.

Należy przy tym podkreślić, że nie wszystkie muszą kształtować się pozytywnie, tzn. nie wszystkie muszą przemawiać na korzyść sprawcy⁸.

Nie wdając się w szczegółowe dywagacje dotyczące sposobu rozumienia wskazanych pojęć, będące raczej przedmiotem wnikliwych badań psychologii, należy wszakże zwrócić uwagę na to, że prawidłowa ocena tych przesłanek wymaga ich analizy w pewnym (dłuższym) okresie. Dla przykładu „postawa” oznacza określony stosunek człowieka do pewnego obiektu, ale jej określenie jest możliwe dopiero na podstawie oceny całego ciągu jego zachowań⁹. Można więc stwierdzić, że postawą jest „to wszystko, co charakteryzuje stałość (...) ustosunkowania się do przedmiotów, instytucji społecznych, idei oraz wartości”¹⁰. Z drugiej strony postawa, która musi nosić znamiona względnej trwałości, determinuje zachowania ludzkie¹¹. W świetle tych uwag jawi się jasno ścisły związek z „postawą sprawcy” innej przesłanki, w postaci jego „dotychczasowego sposobu życia”. Właśnie o postawie sprawcy wnioskujemy na podstawie dotychczasowego sposobu życia¹². Określając zatem postawę sprawcy, dokonujemy już oceny jego sposobu życia. Podobnie rzecz ma się z „zachowaniem się po popełnieniu przestępstwa”, które mieści się w „dotychczasowym sposobie życia”, a wynika z „postawy sprawcy” i zarazem o niej świadczy. Pod pojęciem „właściwości sprawcy” rozumie się stopień jego rozwoju fizycznego i umysłowego, a także cechy charakteru i osobowość¹³, ta ostatnia zaś określana jest jako zespół względnie trwałych, ogólnych i istotnych

cech gwarantujących porządek, stałość oraz swoistość zachowania się konkretnego człowieka¹⁴.

W kontekście tej pobieżnej tylko analizy dotyczącej podstawowej przesłanki stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary, jaką jest pozytywna prognoza społeczna, oraz czynników służących ustaleniu jej istnienia (albo nieistnienia), należy podkreślić, że zarządzenie wykonania kary powinno następować wtedy, gdy sąd, po ponownym głębokim przeanalizowaniu wszelkich okoliczności związanych z osobą skazanego, w szczególności jego postawy, właściwości i warunków osobistych, dotychczasowego sposobu życia, zachowania się po popełnieniu przestępstwa, dojdzie do przekonania, że zastosowany środek probacyjny nie był (i nie jest) wystarczającą reakcją na przestępstwo, ponieważ nie zrealizował (i nie realizuje) wobec sprawcy celów (wychowawczych i zapobiegawczych) kary. Tego ostatniego nie można jednak wywodzić jedynie (i wprost) z faktu popełnienia przestępstwa, ponieważ nie musi on wynikać ze zbyt łagodnego potraktowania sprawcy i zastosowania względem niego środka probacyjnego, ale z jakiegoś fatalnego ukształtowania się okoliczności.

Tymczasem z przepisu art. 75 § 1 k.k. wynika, że sąd jest zobligowany do zarządzenia wykonania kary, jeśli zostaną spełnione łącznie następujące przesłanki:

- 1) warunkowo skazany popełnił przestępstwo w okresie próby;
- 2) przestępstwo to zostało popełnione umyślnie;

⁸ Por. wyrok SN z 28 lipca 1980 r., RW 258/80, OSNKW 1980, nr 12, poz. 91.

⁹ Por. J. Macharski, *Pojęcie „postawy” w polskim prawie karnym*, PiP 1976, z. 8–9, s. 130, 139.

¹⁰ Por. W. Kubala, *Z rozważań nad pojęciem „właściwości i warunków osobistych” w ujęciu kodeksu karnego z 1969 r.*, „Paletstra” 1977, nr 10, s. 33 oraz cytowana tam literatura.

¹¹ Por. J. Macharski, *Pojęcie „postawy”*, s. 139.

¹² Por. A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, s. 487.

¹³ Por. W. Kubala, *Z rozważań*, s. 26; a także M. Lipczyńska, *Warunkowość prowadzenia procesu (umorzenie warunkowe), skazania (zawieszenie wykonania kary) i przedterminowego zwolnienia jako trzy nurty przewodnie resocjalizacji sprawcy w współczesnym prawie karnym*, AUW „Przegląd Prawa i Administracji” 1976, nr 7, s. 119.

¹⁴ Por. J. Rejkowski, *Osobowość jako centralny system regulacji czynności*, (w:) *Psychologia*, red. T. Tomaszewski, Warszawa 1975, s. 464.

3) jest ono podobne do tego, za które sprawca został warunkowo skazany;

4) za przestępstwo popełnione w okresie próby sprawca został prawomocnie skazany na karę pozbawienia wolności.

Okres próby – realny wyraz warunkowości środka probacyjnego – który ustalany jest w wyroku i rozpoczyna się w momencie jego uprawomocnienia się (art. 70 § 1 k.k.)¹⁵, ma do spełnienia różne cele. Niewątpliwie okres próby służy przede wszystkim sprawdzeniu trafności dodatniej prognozy społecznej sprawcy, która stanowiła podstawę zastosowania wobec niego „sędziowskiego prawa łaski”¹⁶. W przypadku zawieszenia tzw. prostego jest to zresztą jedyny cel (o ile nie uwzględniać pewnego oddziaływania na sprawcę, jego psychikę, poprzez warunkowość zastosowanego środka, „groźbę” wykonania kary). Okres próby może pełnić rolę profilaktyczną – powstrzymywania skazanego od popełniania przestępstw¹⁷. Nie należy zapominać jednak o tym, że czas wyznaczony przez sąd jako okres próby może (i powinien) być wykorzystany na uruchomienie przez organy wykonujące orzeczenie zindywidualizowanego wychowawczego oddziaływania na sprawcę poprzez system zobowiązań oraz roztoczenie nad nim nadzoru (zarówno sądowego, jak i podmiotu sprawującego dozór)¹⁸, łącznie z prawem sądu do weryfikowania decyzji zawartych w wyroku, tj. prawem do ustanawia-

nia, rozszerzania lub zmiany nałożonych na skazanego obowiązków albo do zwolnienia od tych obowiązków, jak również prawem do odwołania skazanego pod dozór albo do zwolnienia go od tego dozoru (art. 74 § 2 k.k.).

Drugim warunkiem obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary jest to, aby przestępstwo popełnione w okresie próby było przestępstwem umyślnym¹⁹. Jak wynika z art. 9 § 1 k.k., czyn zabroniony jest popełniony umyślnie, jeśli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo, przewidując możliwość jego popełnienia, na to się jedynie godzi²⁰. Ta druga postać umyślności – zamiar ewentualny (wynikowy) – charakteryzuje się tym, że czyn nim objęty występuje zawsze w koniunkcji z innym zachowaniem objętym zamiarem bezpośrednim, które nie musi być karalne²¹. Należy więc podkreślić, że umyślność obejmuje również takie sytuacje, gdy bezpośredni cel działania sprawcy jest przez prawo karne dozwolony. W tym kontekście ocena, że ze strony sprawców przestępstw umyślnych płynie „szczególnie wysokie niebezpieczeństwo dla porządku prawnego”²², wydaje się być zbyt stanowcza i surowa.

Kolejną przesłanką obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary ustawodawca czyni podobieństwo przestępstwa popełnionego w okresie próby i przestępstwa, za które sąd orzekł karę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania²³.

¹⁵ Należy jednak podkreślić, że sprawca jest poddany kontroli już od momentu wydania orzeczenia o warunkowym skazaniu. Wskazuje na to treść przepisu art. 75 § 3 k.k., który uprawnia sąd do zarządzenia wykonania kary, jeśli skazany po wydaniu wyroku, lecz przed jego uprawomocnieniem się, rażąco narusza porządek prawny, a w szczególności gdy w tym czasie popełnia przestępstwo. Można więc mówić o tzw. wstępnym okresie próby, poprzedzającym próbę właściwą (po uprawomocnieniu się wyroku), która tym się różni od tej pierwszej, że w przeciwieństwie do niej może już wiązać się z nałożeniem obowiązków i dozoru (por. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 389).

¹⁶ W piśmiennictwie podkreśla się bowiem, że cel ten jest aktualny w każdym przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary, natomiast cele związane z oddziaływaniem na skazanego i jego otoczenie realizowane są jedynie w ramach warunkowego skazania w postaci probacyjnej – A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks*, s. 509.

¹⁷ Por. S. Lelental, *Wykład*, s. 180.

¹⁸ Tamże, s. 180; a także A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks*, s. 509.

¹⁹ Ustawodawca nie odnosi takiego wymogu do przestępstw, za które sprawca został warunkowo skazany.

²⁰ Przesłanka umyślności jest spełniona również wtedy, gdy skazany w okresie próby popełnia przestępstwo umyślnie-nieumyślnie [por. A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks*, s. 525].

²¹ Tamże, s. 94–95.

²² Taki pogląd wyraził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 5 kwietnia 2011 r., P 6/10, OTK-A 2013, nr 3, poz. 19.

²³ Por. postanowienie SN z 20 marca 2003 r., III KK 109/03, R-OSNKW 2003, poz. 593.

W języku potocznym „podobieństwo” oznacza „wspólność, zgodność (identyczność lub zbieżność) pewnych cech dwu albo więcej osób, przedmiotów itp.; prawie tożsamość w wielu szczegółach”²⁴. Podobnie definiował to pojęcie Władysław Wolter, który „podobieństwo” między przedmiotami rozumiał jako „stosunek zbieżności pewnych cech znamienych różnych przedmiotów”²⁵. Autor zwracał uwagę, że teoretycznie podobieństwo (jak prawdopodobieństwo) jest stopniowalne od zera, czyli niepodobieństwa, do jedynki, czyli do tożsamości, praktycznie zaś chodzi o taką zbieżność cech, która zbliża stosunek między przedmiotami do tożsamości²⁶.

Z przedstawionych definicji wynika, że ocena podobieństwa może być płynna, w zależności od przyjęcia takich czy innych kryteriów oraz od stopnia ich kumulacji. W dążeniu więc do minimalizacji tego relatywizmu ustawodawca wskazuje cechy, które mają przesądzać o podobieństwie przestępstw²⁷. Z treści art. 115 § 3 k.k. (który zawiera legalną definicję przestępstw podobnych) wynika, że za cechy decydujące w procesie ustalania podobieństwa przestępstw zostały uznane: tożsamość przestępstw (określenie „przestępstwa należące do tego samego rodzaju” wyraźnie wskazuje, że chodzi tu o tożsamość rodzajową, którą wyznacza rodzajowy przedmiot ochrony, obejmujący te same lub zbliżone przedmioty szczególne), zastosowanie przemocy lub groźby jej użycia (podobieństwo *modus operandi*; przy czym „przemoc” rozumiana jest jako fizyczne oddziaływanie

na człowieka, zarówno bezpośrednio, jak i za pośrednictwem osoby trzeciej, nawet rzeczy, jeśli tylko uniemożliwia ono opór lub go przełamuje bądź też wpływa na kształtowanie jego woli lub procesy motywacyjne w pożądanym przez sprawcę kierunku – czyli jako przymus absolutny i względny²⁸), popełnienie ich w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (w myśl przepisu art. 115 § 4 k.k. chodzi tu o korzyść nie tylko dla siebie, ale również dla innej osoby fizycznej lub prawnej, dla jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej oraz dla grupy osób prowadzącej zorganizowaną działalność przestępczą).

Ze sposobu sformułowania tego przepisu należy wnosić, że wskazane w nim kryteria stanowią pewien katalog zamknięty, co skutkuje niedopuszczalnością uznania podobieństwa porównywanych przestępstw, jeśli nie ziszcil się żaden z warunków, jak również niedopuszczalnością uzależniania przyjęcia tej cechy od istnienia innych, dodatkowych przesłanek, niewynikających z art. 115 § 3 k.k. (np. od kryterium podmiotowego „takich samych pobudek”²⁹). Warto wszakże podkreślić, że wskazane kryteria są od siebie niezależne, stanowią samoistne przesłanki podobieństwa przestępstw, a zatem dla jego uznania wystarczy ustalenie, że w odniesieniu do badanych czynów spełnione jest przynajmniej jedno z nich³⁰. Konsekwencją tego jest przyjmowanie podobieństwa przestępstw spełniających któryś z warunków wymienionych w art. 115 § 3 k.k. także wtedy, gdy w zakresie innych elementów (choćby wspomnianych wcześ-

²⁴ Por. *Mały słownik języka polskiego*, red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka, Warszawa 1969, s. 581.

²⁵ W. Wolter, *Problem ustalania podobieństwa między przestępstwami*, ZN ASW 1974, nr 4, s. 62.

²⁶ Tamże.

²⁷ Por. A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks*, s. 624–625.

²⁸ Por. uchwałę SN z 10 grudnia 1998 r., I KZP 22/98, OSNKW 1999, nr 1–2, poz. 2.

²⁹ Takie kryterium podobieństwa przestępstw występowało w Kodeksie karnym z 1969 r. (por. art. 120 § 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz.U. nr 13, poz. 94 ze zm.). Natomiast w myśl przepisów Kodeksu karnego z 1932 r. tożsamość pobudek była jedną (obok tożsamości rodzajowej przestępstw) z przesłanek obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary (por. art. 63 § 1 k.k. rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. nr 60, poz. 571 ze zm.).

³⁰ Por. A. Kabat, *Glosa do wyroku SN z 10 czerwca 1975 r. (I KRN 19/75)*, NP 1977, nr 3; a także A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 301.

niej pobudek sprawcy) wykazują nawet dość istotną odmiennosc.

Jakkolwiek więc powtórzenie przestępstwa rodzajowo tożsamego, powtórzenie określonego sposobu działania wyrażającego się w zastosowaniu przemocy lub groźby jej użycia, czy też celu osiągnięcia (bezprawnej) korzyści majątkowej najczęściej będzie świadczyć o trwałości pewnych negatywnych postaw sprawcy³¹, to jednak nie z a w s z e może być uznane za wskaźnik ustalenia antyspołecznej czy aspołecznej postawy sprawcy ponownie popełniającego przestępstwo³².

Kolejną przesłanką obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary ustawa czyni prawomocne skazanie sprawcy za przestępstwo popełnione w okresie próby na karę pozbawienia wolności.

W związku z użyciem przez ustawodawcę ogólnej formuły „kara pozbawienia wolności”, a nie sformułowania „kara pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania”³³, uznaje się, że podstawą obli-

gatoryjnego zarządzenia wykonania kary jest skazanie sprawcy zarówno na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, jak i na karę pozbawienia wolności, której wykonanie zostało warunkowo zawieszona³⁴.

To nie oznacza wszakże, iż nie dostrzegano wątpliwej wartości kryminalnopolitycznej tak ukształtowanej przesłanki. Zwracał na to uwagę Stefan Leleńtal, który zasadnie podnosił, że „sąd skazujący za przestępstwo popełnione w okresie próby na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary nie widzi celowości jej wykonania, wręcz nie chce, aby sprawca trafił do zakładu karnego”³⁵. Zwracała na to uwagę także Ewa Bieńkowska, która zarządzenie wykonania kary w sytuacji, gdy za umyślne przestępstwo podobne popełnione w okresie próby wymierzona została mu ponownie kara z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, uznała za przejaw niekonsekwencji, ponieważ ponowne warunkowe skazanie sprawcy oznacza, że „skazany – pomimo

³¹ Por. A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks*, s. 624; a także *Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego*, (w:) *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. – z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997, s. 175. Dla przykładu: w rozwiązaniach stawiających większe rygory w stosunku do sprawcy, który narusza ten sam przedmiot ochrony prawnej, G. Rejman dostrzega „ślady tego kierunku myślowego (socjologicznego, a nawet antropologicznego), który wiąże przestępczość człowieka z jego nastawieniem na atakowanie tych samych lub podobnych przedmiotów ochrony prawnokarne” [por. G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 1423].

³² Tak np. A. Wąsek, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Wąsek, tom II, Gdańsk 2000, s. 369–370.

³³ Taka formuła występowała w wersji pierwotnej art. 160 § 1 (do czasu wejścia w życie nowelizacji z 16 września 2011 r. – Dz.U. nr 240, poz. 1431, tj. do 1 stycznia 2012 r.), określającego przesłanki obligatoryjnego odwołania warunkowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności.

³⁴ Taki sposób interpretacji tej przesłanki dominuje w piśmiennictwie [por. A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks*, s. 526; a także Z. Hołda, *Prawo karne wykonawcze*, Kraków 1998, s. 119; M. Kalitowski, (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom II*, Gdańsk 2000, s. 214; A. Marek, *Kodeks karny z komentarzem – fragmenty*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, z. 13, s. 129; J. Lachowski, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 579–580; A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 225; K. Postulski, *Wykonywanie orzeczeń o warunkowym zawieszeniu wykonania kary (postępowanie przed sądem)*, „*Probacja*” 2010, nr 3–4, s. 12; J. Skupiński, (w:) M. Melezini (red.), *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie. Tom 6*, Warszawa 2010, s. 1057]. Tę wykładnię potwierdziła także praktyka (por. m.in. postanowienie SA w Krakowie z 4 czerwca 2002 r., II AKz 226/02, KZS 2002, z. 6, poz. 15; postanowienie SN z 9 sierpnia 2007 r., WZ 24/07, R-OSNKW 2007, poz. 1805). A jeśli „określony sposób rozumienia przepisu ustawy utrwalili się już w sposób oczywisty, a zwłaszcza jeśli znalazł jednoznaczny i autorytatywny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego bądź Naczelnego Sądu Administracyjnego, to należy uznać, że przepis ten – w praktyce swego stosowania – nabrał takiej właśnie treści, jaką odnalazły w nim najwyższe instancje sądowe naszego kraju” (por. wyrok TK z 28 października 2003 r., P 3/03, OTK ZU 2003, nr 8, poz. 82).

³⁵ Por. S. Leleńtal, *Probacja w systemie prawa karnego w Polsce oraz polityka orzekania środków związanych z probacją w latach 1990–1996*, (w:) *Probacja w systemie prawa karnego wykonawczego*, red. L. Bogunia, Wrocław 1998, s. 72.

dopuszczenia się tego typu czynu – nadal rokuje pozytywnie na przyszłość”³⁶. Dostrzegali to także Zbigniew Hołda i Kazimierz Postulski, którzy podkreślali zbytnią restrykcyjność takiego rozwiązania nie tylko dlatego, że fakt ponownego zawieszenia wykonania kary świadczy o tym, iż sąd nadal wyraża pozytywną prognozę co do przestrzegania przez niego porządku prawnego, ale i dlatego, że wymierzenie za przestępstwo kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania nie zawsze świadczy o tym, że to przestępstwo ma wyższy ciężar gatunkowy niż to, za które orzeczono inną karę wolnościową (niejednokrotnie bardziej dolegliwą dla sprawcy), której wymierzenie powoduje przekształcenie obowiązku w prawo sądu do podjęcia decyzji o zarządzeniu wykonania kary³⁷.

Można założyć, że uzasadnieniem dla zarządzenia (obligatoryjnego) wykonania kary w przypadku ponownego warunkowego skazania jest stopień społecznej szkodliwości (waga) przestępstwa. Skoro bowiem sąd orzekł karę pozbawienia wolności, to znaczy, że uznał, iż jest on na tyle wysoki, że nie pozwalał na zastosowanie kary grzywny czy kary ograniczenia wolności³⁸. Nie należy jednak tracić z pola widzenia, że kara pozbawienia wolności została orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Skoro więc sąd orzekł karę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (nawet jeśli jest to kara pozbawienia

wolności), to oznacza, że waga tego przestępstwa mimo wszystko nie stała na przeszkodzie do przyjęcia pozytywnej prognozy społecznej sprawcy. Taka sytuacja jest realna, gdy pewne elementy (przedmiotowe) będą świadczyć o wyższym stopniu społecznej szkodliwości, ale inne (podmiotowe) będą takiej ocenie przeczyć³⁹.

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, że wartość symptomatyczna przesłanek określonych w art. 75 § 1 k.k. nie jest niepodważalna. Popelnienie w okresie próby przestępstwa umyślnego i podobnego do poprzedniego, za które sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności (także z warunkowym zawieszeniem jej wykonania), nie musi świadczyć o radykalnej zmianie (na negatywne) rokowań co do osoby sprawcy i zachowania w przyszłości. Mogą bowiem zaistnieć jakieś szczególne okoliczności, w pewnym stopniu usprawiedliwiające zachowanie sprawcy polegające na popelnieniu przez niego w okresie próby przestępstwa (i to umyślnego, podobnego do poprzedniego, a jednocześnie takiego, za które sąd wymierzył karę pozbawienia wolności), jak chociażby popelnienie tego przestępstwa w warunkach przekroczenia obrony koniecznej, w wyniku prowokacji, poczucia pokrzywdzenia⁴⁰, na skutek groźby, szantażu.

„Najsłabszym ogniwem” wśród przesłanek

³⁶ E. Bieńkowska, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 1159.

³⁷ Por. Z. Hołda, *Prawo*, s. 119; a także K. Postulski, *Glosa do uchwały 7 sędziów SN z 17 września 1996 r. (I KZP 19/96)*, OSP 1997, nr 2, poz. 43, s. 91–92.

³⁸ Warto podkreślić, że kary te sąd może orzec nie tylko wtedy, gdy są przewidziane w sankcji naruszonego przepisu, ale także wtedy, gdy przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat, w szczególności jeżeli orzeka środek karny (art. 58 § 3 k.k.) lub gdy stosuje instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 6 pkt 3 i 4 k.k.).

³⁹ Należy podkreślić, że, zgodnie z art. 115 § 2 k.k., przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu bierze się pod uwagę zarówno elementy przedmiotowe, tj. rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popelnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również związane z czynem elementy podmiotowe, tj. postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia (por. K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie i środkach penalnych*, Warszawa 2002, s. 84).

⁴⁰ Por. P. Daniluk, *Konstytucyjne prawa do sądu oraz do obrony a obligatoryjne zarządzenie wykonania kary*, „Ius Novum” 2011, nr 2, s. 56 oraz powołana tam literatura; K. Wróblewski, *W kwestii zasadności przesłanek obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary (art. 75 § 1 k.k.)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2009, nr 80, s. 195.

zarządzenia wykonania kary jest jednak ostatnia z nich, tj. skazanie na karę pozbawienia wolności, gdy przybiera postać kary orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Ponowne warunkowe skazanie sprawcy powinno bowiem skłaniać do refleksji, że popełnienie przez niego nowego przestępstwa (umyślnego i podobnego do poprzedniego) nie przekreśliło jednak jego pozytywnej prognozy społecznej. A zatem niecelowe, czy wręcz szkodliwe, może okazać się wówczas zarządzenie wykonania kary. W sytuacjach, gdy skazanie za ponowne przestępstwo było również skazaniem warunkowym, sąd nie powinien być więc obligowany do odwołania wcześniejszego warunkowego skazania, i to obligowany bezwzględnie, tj. bez prawa odstąpienia od zastosowania tej instytucji w uzasadnionych wypadkach i możliwości spełnienia postulatów wynikających z zasady indywidualizacji postępowania z osobami, które weszły w konflikt z prawem.

Należy jeszcze raz podkreślić, że postanowienie w przedmiocie zarządzenia wykonania kary jest (powinno być) następstwem nieziszczenia się pozytywnej prognozy społecznej dotyczącej sprawcy, któremu warunkowo zawieszono wykonanie kary. Jeśli tak, to sąd powinien mieć możliwość oceny tej prognozy w każdym przypadku orzekania w tym przedmiocie (a już na pewno wtedy, gdy pojawiają się wątpliwości co do wspomnianej wartości symptomatycznej przesłanek), a przez to możliwość „merytorycz-

nego badania celowości zarządzenia wykonania kary z uwzględnieniem przyczyn ponownego dokonania przestępstwa i okoliczności towarzyszących jego popełnieniu”⁴¹.

Ustawodawca pozbawia jednak sąd możliwości takiego badania. Pojawia się bowiem bariera w postaci obligatoryjności zarządzenia wykonania kary, i to obligatoryjności bezwzględnej, bo nieprzewidującej żadnych odstępstw⁴². A zatem nawet pozytywne ustalenia sądu w zakresie oceny prognozy społecznej skazanego, związane z najbardziej szczególnymi okolicznościami sprawy, nie pozwalają sądowi na wydanie innego postanowienia niż takie, w którym zarządzi wykonanie kary. Dodajmy, że bezwzględność obligatoryjności zastosowania instytucji uregulowanej w art. 75 § 1 k.k. wzmacnia jeszcze formalny charakter jej przesłanek. Rola sędziego ogranicza się jedynie do sprawdzenia, czy kolejne przestępstwo jest przestępstwem umyślnym i podobnym do poprzedniego, czy zostało popełnione w okresie próby i czy wymierzono za nie karę pozbawienia wolności. Jeżeli te przesłanki są spełnione, sędzia nie może wydać innego postanowienia aniżeli zarządzenie wykonania kary. Merytoryczne badanie zasadności takiej decyzji byłoby bezcelowe⁴³. Taki stan rzeczy prowadzi nieuchronnie do sytuacji, w której zasada swobodnej oceny dowodów, obowiązująca w postępowaniu wykonawczym na mocy art. 1 § 2 k.k.w., doznaje poważnych ograniczeń⁴⁴, oraz do automatyzmu w stosowaniu instytucji określonej w art. 75 § 1 k.k.⁴⁵

⁴¹ Por. K. Wróblewski, *W kwestii zasadności*, s. 199.

⁴² Sędzia TK Wojciech Hermeliński wyraża jednak pogląd, że obligatoryjność zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności jest łagodzona poprzez fakt, czy wręcz – jak uważa sędzia TK Marek Zubik – jest ona iluzją z tego powodu, iż w prawie karnym wykonawczym funkcjonują instytucje, które pozwalają na odsunięcie wykonania kary, a nawet na uwolnienie skazanego od konieczności odbywania kary (por. zdania odrębne sędziów TK: W. Hermelińskiego i M. Zubika). Należy przeciwstawić się takiemu spojrzeniu na te kwestie, nie można bowiem tracić z pola widzenia tego, że instytucje te realizują odmienne cele i oparte są na innych – niż warunkowe zawieszenie wykonania kary – przesłankach.

⁴³ Por. K. Wróblewski, *W kwestii zasadności*, s. 197.

⁴⁴ K. Wróblewski wyraża pogląd, że regulacja z art. 75 § 1 k.k. skutkuje wręcz wprowadzeniem do postępowania wykonawczego elementów legalnej teorii dowodów, ponieważ wyrok skazujący na karę pozbawienia wolności za przestępstwo popełnione w okresie próby, umyślne i podobne do poprzedniego, staje się źródłem dowodowym najwyższej mocy (por. K. Wróblewski, *W kwestii zasadności*, s. 198).

⁴⁵ Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku podjęcia postępowania karnego na podstawie art. 68 § 1 k.k. (tj. z powodu popełnienia przez sprawcę w okresie próby przestępstwa umyślnego, za które został prawomoc-

Jak w świetle tego wszystkiego oceniać przepis art. 75 § 1 k.k. w kontekście regulacji z art. 45 ust. 1 Konstytucji, w skrócie nazywanej prawem do sądu?

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, jak i w piśmiennictwie wskazuje się pewne elementy składające się na konstytucyjne prawo do sądu. Zgodnie wymienia się: 1) prawo dostępu do sądu, czyli prawo do uruchomienia procedury przed sądem niezależnym, bezstronnym i niezawisłym; 2) prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej – jawnej, rzetelnej i sprawiedliwej; 3) prawo do wyroku sądowego, czyli uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia swojej sprawy przez sąd; 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy⁴⁶. Wszystkie te elementy współokreślają istotę konstytucyjnego prawa do sądu.

Regulacja z art. 75 § 1, b e z w z g l ę d n i e zobowiązująca sąd do zarządzenia wykonania kary, prowadzi do sytuacji, w której sąd nie dysponuje minimum wyłączności kompetencyjnej (przysługującej każdej z trzech władz,

tj. władzy ustawodawczej, wykonawczej i sędziowskiej), czyli pewnymi kompetencjami zasadniczymi (fundamentalnymi), których pozbawienie oznacza naruszenie istoty danej władzy⁴⁷. Bezwzględne zobowiązanie sądu do wydania postanowienia określonej treści, a w konsekwencji pozbawienie go minimum wyłączności kompetencyjnej, „uderza” w jego „tożsamość konstytucyjną wyznaczoną przez zastane pojęcie władzy sędziowskiej”⁴⁸, a tym samym narusza prawo do odpowiedniego ukształtowania p o z y c j i sądu rozpoznającego sprawę jako organu niezależnego i n i e z a w i s ł e g o⁴⁹. Niezawisłość sądu oznacza „dokonywanie przez sędziego samodzielnie wykładni prawa oraz oceny faktów, dowodów podczas wypełniania czynności z zakresu wymiaru sprawiedliwości”⁵⁰. Dzięki takiej pozycji sąd może wydawać zgodne z własnym sumieniem, bezstronne i sprawiedliwe rozstrzygnięcia, a przez to być organem szczególnej pieczy nad statusem jednostki, gwarantem ochrony jej praw i wolności⁵¹. W świetle tego niezawisłość sędziowska jawi się jako zasada o szczególnym znaczeniu, a jeśli tak, to „nie można jej ograni-

nie skazany) oraz w przypadku odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia na podstawie art. 160 § 1 pkt 1 k.k.w. (tj. z powodu popełnienia przez warunkowo zwolnionego w okresie próby przestępstwa umyślnego, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności – por. art. 160 § 1 i 5 k.k.w.), które to instytucje sąd musi bezwzględnie zastosować nawet w wyjątkowych wypadkach, przy wystąpieniu szczególnych okoliczności uzasadniających odstąpienie od ich zastosowania.

⁴⁶ Por. P. Sarnecki, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, komentarz do art. 45 Konstytucji RP, s. 3; P. Wiliński, *Rzetelny proces karny w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) *Rzetelny proces w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 309–312; P. Daniluk, *Konstytucyjne prawa do sądu*, s. 51; a także wyrok TK z 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109; wyrok TK z 19 lutego 2003 r., P 11/02, OTK-A 2003, nr 2, poz. 12; wyrok TK z 14 marca 2005 r., K 35/04, OTK-A 2005, nr 3, poz. 23; wyrok TK z 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK 2007, nr 9, poz. 108; wyrok z 26 lutego 2008 r., SK 89/06, OTK-A 2008, nr 1, poz. 7; wyrok TK z 3 lipca 2008 r., K 38/07, OTK-A 2008, nr 6, poz. 102.

⁴⁷ Por. P. Sarnecki, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom V, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, komentarz do art. 10 Konstytucji RP, s. 14–17; P. Daniluk, *Konstytucyjne prawa do sądu*, s. 52; także orzeczenie TK z 21 listopada 1994 r., K 6/94, OTK 1994, poz. 3; orzeczenie TK z 22 listopada 1995 r., K 19/95, OTK 1995, nr 3, poz. 16.

⁴⁸ Konieczność zachowania przez sąd rozpoznający sprawę swej tożsamości konstytucyjnej wyznaczonej przez zastane pojęcie władzy sędziowskiej podkreślał Trybunał Konstytucyjny, dodając przy tym, że ową tożsamość sądu (wymiaru sprawiedliwości) wyznacza m.in. oczywisty wymóg niezależności, bezstronności i niezawisłości (por. wyrok TK z 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 2).

⁴⁹ P. Sarnecki stwierdza nawet, że w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP mamy do czynienia z pewnym pleonazmem, ponieważ określenia „niezależny” i „niezawisły” tkwią już w samym pojęciu „sąd” [por. P. Sarnecki, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom III, komentarz do art. 45 Konstytucji RP, s. 4].

⁵⁰ Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 885.

⁵¹ Por. P. Sarnecki, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom III, komentarz do art. 45 Konstytucji RP,

czać tylko do strony formalno-dogmatycznej, ale ważną rolę odgrywa tutaj konieczność zapewnienia przekonania o jej przestrzeganiu. Dlatego z ostrożnością należy podchodzić do wszelkich regulacji, które modyfikują standardy niezawisłości i zwracać uwagę, czy nie prowadzą one do zmian w społecznej ocenie sądu jako instytucji niezawisłej⁵².

Skoro ustawodawca powierzył sądowi rozstrzygnięcia co do zarządzania wykonania kar (a nie sędziemu, który mógłby w tej sprawie wydawać zarządzenia), to dlatego, że dostrzegł ogromną wagę tych rozstrzygnięć. Postanowienia w tym zakresie w sposób istotny wpływają na zmianę sytuacji prawnej skazanego. Skutkują bowiem przekształceniem środka związanego z poddaniem sprawcy próbie w karę⁵³. Należy wszakże podkreślić, że warunkowego zawieszenia wykonania kary nie należy traktować jako sposobu jej wykonania. Jakkolwiek przejawia ono istotne związki z karą, której wykonanie warunkowo zawieszono, to jest ono jednak odrębnym środkiem reakcji prawnokarnej na przestępstwo, wykazującym istotne odmienności, uregulowanym w rozdziale VIII k.k., zatytułowanym właśnie „Środki związane z poddaniem sprawcy próbie”. Podkreślenia wymaga, że odrębne traktowanie warunkowego zawieszenia wykonania kary nie stoi w sprzeczności z art. 32 k.k., zawierającym kompletny katalog kar⁵⁴.

Nikt bowiem nie kwestionuje, że środki karne niewymienione w tym przepisie stanowią odrębny rodzaj środków prawnokarnej reakcji na przestępstwo (podobnie jak warunkowe zawieszenie wykonania kary czy też warunkowe umorzenie postępowania karnego). Należy też zaznaczyć, że postrzeganie warunkowego zawieszenia wykonania kary w kategoriach odrębnego środka nie oznacza, iż sąd zarządzający wykonanie kary, „wymierzając” skazanemu inną rodzajowo karę, kwestionuje orzeczenie sądu *meriti* w zakresie winy i kary czy przejmuje jego kompetencje. Temu rozumowaniu⁵⁵ przeczą bowiem funkcjonujące w prawie karnym wykonawcze instytucje kar zastępczych – rodzajowo różnych od kar, w miejsce których są one orzekane.

Ta zmiana sytuacji prawnej skazanego, związana z przekształceniem środka związanego z poddaniem sprawcy próbie w karę, jest dla niego szczególnie dotkliwa, gdy zarządzenie wykonania dotyczy warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności. Nie należy również zapominać, że kara pozbawienia wolności powinna być traktowana jako *ultima ratio*⁵⁶. W świetle tego orzeczenia w przedmiocie zarządzenia wykonania kary nie są (czy też raczej nie powinny być) prostą, „techniczną” decyzją o wykonaniu kary, której wykonanie uprzednio zawieszono⁵⁷, a sąd ferujący takie orzeczenia w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej nie może być sprowadzany do roli „roboty”⁵⁸.

W kontekście tego wydaje się także w pełni

s. 5; L. Garlicki, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, komentarz do art. 178, s. 3–4.

⁵² Orzeczenie TK z 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108.

⁵³ Już samo to powoduje, że trudno zgodzić się z poglądem (wyrażonym przez sędziego TK Mirosława Granatę w zdaniu odrębnym do głosowanego wyroku), że w przypadku zarządzenia wykonania kary „nie znajduje zastosowania standard konstytucyjny dotyczący regulacji prawnych z dziedziny prawa karnego materialnego” (por. zdanie odrębne sędziego TK M. Granatę do głosowanego wyroku TK). Jeśli zaś uznać odrębny charakter warunkowego zawieszenia wykonania kary, to sprzeciw będzie tym bardziej zdecydowany.

⁵⁴ Tym właśnie przepisem, jako argumentem służącym do udowodnienia tezy, że warunkowe zawieszenie wykonania kary stanowi jedynie sposób jej wykonania, posługują się sędziowie TK M. Granat, W. Hermeliński i M. Zubik – por. zdania odrębne sędziów TK: M. Granat, W. Hermelińskiego i M. Zubika do głosowanego wyroku.

⁵⁵ Por. zdanie odrębne sędziego TK M. Granatę do głosowanego wyroku.

⁵⁶ Ta powinność wynika z art. 58 § 1 k.k.

⁵⁷ Por. P. Daniluk, *Konstytucyjne prawa do sądu*, s. 55.

⁵⁸ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 marca 2002 r., P 9/01, OTK-A, nr 2, poz. 14.

uzasadnione traktowanie orzekania w kwestii zarządzenia wykonania kary w kategoriach „rozpatrywania sprawy”⁵⁹, które winno być „sprawiedliwe, co naturalnie koreluje z ogólną funkcją sądów, jaką jest wymierzanie sprawiedliwości”⁶⁰. Musi opierać się na zindywidualizowanej ocenie (konkretnych okoliczności sprawy, które mogą w jakimś stopniu tłumaczyć przestępne zachowanie warunkowo skazanego⁶¹, jego postawy, właściwości i warunków osobistych, dotychczasowego sposobu życia oraz zachowania się po popełnieniu przestępstwa), która uzewnętrznia się w odpowiedniej, zindywidualizowanej treści orzeczenia⁶². Jednakże takiej indywidualizacji stoi na przeszkodzie bezwzględny obowiązek sądu zarządzenia wykonania kary (dodajmy – kary określonego rodzaju i w określonym wymiarze), bez względu na to, w jakim świetle jawi się sprawca i jak ukształtowały się okoliczności (choćby ułożyły się w najbardziej nietypowy splot zdarzeń).

Pozbawienie sądu minimum wyłączności kompetencyjnej, poprzez odebranie mu moż-

liwości dokonania zindywidualizowanej oceny warunkowo skazanego i jego czynu, stanowi jednocześnie realne zagrożenie dla prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej (jawnej, rzetelnej i sprawiedliwej)⁶³, również składającego się na prawo do sądu, wyrażone w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Należy bowiem uznać, że chodzi tu nie tylko o procedurę określoną wprost regulacjami o charakterze procesowym, ale także będącą następstwem przepisów o charakterze materialnym, niejako przez te przepisy „narzuconą”⁶⁴.

Procedura sprawiedliwa „powinna zapewnić stronom uprawnienia procesowe stosowne do przedmiotu prowadzonego. Wymóg sprawiedliwego postępowania zakłada bowiem dostosowanie jego zasad do specyfiki rozpoznawanych spraw”⁶⁵. Jednym z istotniejszych warunków sprawiedliwości proceduralnej jest realizacja prawa do obrony, którą art. 75 § 1 k.k. czyni fikcją, sprowadzając rolę skazanego i jego obrońcy do „asystowania” przy obligatoryjnym zarządzeniu wykonania kary⁶⁶. Bezwzględne

⁵⁹ Tej oceny nie przekreśla fakt, że sąd rozstrzygający kwestię odpowiedzialności karnej za przestępstwo popełnione w okresie próby rozpoznawał już sprawę – z zachowaniem warunków określonych w art. 45 Konstytucji RP. Trzeba bowiem podkreślić, że owo „rozpoznanie” nie dotyczyło kwestii wpływu popełnionego przestępstwa na aktualizację zarządzenia wykonania kary (por. K. Wróblewski, *W kwestii zasadności*, s. 196–197). Pojęcie „sprawa” należy interpretować jako sprawę w zakresie głównego przedmiotu postępowania, a także kwestii incydentalnej, która związana jest z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji RP (por. uchwałę SN z 28 marca 2012 r., I KZP 26/11, OSNKW 2012, nr 4, poz. 36). W kontekście tego nie wydaje się słuszne ograniczanie pojęcia „rozpatrywanie sprawy” tylko do orzekania o odpowiedzialności karnej jednostki (taki ograniczający sposób rozumienia tego terminu prezentuje sędzia TK M. Zubik (por. zdanie odrębne sędziego TK M. Zubika do głosowanego wyroku).

⁶⁰ P. Sarnecki, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom III, komentarz do art. 45 Konstytucji RP, s. 5.

⁶¹ Por. T. Bojarski, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2008, s. 150.

⁶² Por. E. Łętowska, *Kara za zaborstwo kwalifikowane – problematyka konstytucyjna*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 10, s. 23. Autorka wyraziła pogląd, że orzeczenie sądu, stanowiące uzewnętrznienie zindywidualizowanej oceny konkretnego czynu i osobowo zdefiniowanego sprawcy, zawiera jednocześnie wskazanie zastosowanej „dobrej indywidualnie sankcji”.

⁶³ Por. P. Daniluk, *Konstytucyjne prawa do sądu*, s. 52.

⁶⁴ K. Wróblewski na tle art. 75 § 1 k.k. mówi o „ograniczeniach prawnoprocesowych będących następstwem regulacji karnomaterialnych” – por. K. Wróblewski, *W kwestii zasadności*, s. 198–199.

⁶⁵ Taki pogląd wyraził TK w wyroku z 16 listopada 2011 r., SK 45/09, OTK-A 2011, nr 9, poz. 97, wyjaśniając przy tym, iż: „Z Konstytucji nie wynika (...) założenie, że każde postępowanie sądowe musi operować tym samym instrumentarium procesowym. Swoboda ustawodawcy (...) w kształtowaniu odpowiednich procedur nie oznacza jednak dopuszczalności wprowadzania rozwiązań arbitralnych, ograniczających nadmiernie i bez istotnych racji prawa procesowe strony, których realizacja stanowi warunek prawidłowego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy”.

⁶⁶ Por. P. Daniluk, *Konstytucyjne prawa do sądu*, s. 59.

zobowiązanie sądu do wydania – w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 75 § 1 k.k. – postanowienia o zarządzeniu wykonania kary nie dopuszcza uwzględnienia przedstawionych przez skazanego i jego obrońcę okoliczności i tym samym czyni bezprzedmiotowym ich wysłuchiwanie⁶⁷.

Niesprawiedliwość proceduralna w postaci automatyzmu w stosowaniu instytucji zarządzenia wykonania kary może oczywiście pociągnąć za sobą niesprawiedliwość rozstrzygnięć. Taka sytuacja jawi się jako bardzo możliwa właśnie w takich przypadkach, w których doszło do orzeczenia za przestępstwo popełnione w okresie próby na karę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Fakt ponownego oceny sprawy jako zasługującego na poddanie go próbie i ponownego jego warunkowego skazania wyraźnie sugeruje, że efektywne wykonanie kary jest w jego przypadku i w danym czasie z jakichś powodów niecelowe, a zatem byłoby „karą na wyrost”, którą trudno uznać za sprawiedliwą⁶⁸. Orzeczenie zarządzenia wykonania kary w takim wypadku nie tylko więc „razi niekonsekwencją”⁶⁹, ale także zaprzecza realizacji idei sprawiedliwości. W świetle tego trudno nie przyznać racji twierdzeniu, że bez

sprawiedliwości, rzetelności proceduralnej, nie może być w pełni zrealizowane prawo do sądu. Pozbawione tych komponentów, byłoby ono, jak określa sam Trybunał Konstytucyjny, „prawem fasadowym”⁷⁰.

Tę obligatoryjność (nawet bezwzględną) można uzasadnić prawem ustawodawcy do kształtowania prawa zgodnie z założonymi celami politycznymi, także kryminalnopolitycznymi⁷¹. Tylko rodzi się pytanie, jakie cele kryminalnopolityczne przyświecały ustawodawcy bezwzględnie zobowiązującemu sąd do zarządzenia wykonania kary w sytuacji określonej w art. 75 § 1 k.k. Trzeba więc zapytać o motywy, które zadecydowały o takim właśnie kształcie przepisu⁷².

Czy było to uznanie, że przesłanki przez niego określone są tego rodzaju, iż zawsze przekreślają pozytywną prognozę społeczną⁷³ i tym samym uzasadniają zastosowanie kary w postaci bezwzględnej? Z wcześniejszych rozważań wynika, że co do zasady (*in abstracto*) można uznać słuszność takiego rozumowania, ale *in concreto* zasada ta może doznawać ograniczeń, zwłaszcza w sytuacji ponownego skazania sprawcy poddanego próbie na karę

⁶⁷ Por. tamże.

⁶⁸ C. Beccaria już w XVIII wieku stwierdził, że kara nieużyteczna jest sprzeczna ze sprawiedliwością, nieużyteczne okrucieństwo stanowi „narzędzie szaleństwa i fanatyzmu lub oznakę słabości tyranów” (por. C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Łódź 2014, s. 61, 88).

⁶⁹ Por. P. Daniluk, *Konstytucyjne prawa do sądu*, s. 56.

⁷⁰ Por. wyrok TK z 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 2.

⁷¹ Por. orzeczenie TK z 9 stycznia 1996 r., K 18/95, OTK ZU 1996, nr 1, poz. 1; wyrok TK z 9 października 2001 r., SK 8/00, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 211; wyrok TK z 5 kwietnia 2011 r., P 6/10, OTK-A 2011, nr 3, poz. 19.

⁷² Ustalenie motywów jest niezwykle ważne dla oceny jakiejś regulacji właśnie z punktu widzenia możliwości realizacji założonych celów.

⁷³ W tym miejscu warto zauważyć, że ustawodawca w innych regulacjach Kodeksu karnego dość elastycznie traktuje kwestię możliwości przyjęcia pozytywnej prognozy społecznej, np. z art. 69 § 3 w zw. z art. 64 § 2 w zw. z art. 65 k.k. wynika, iż nie przekreśla w sposób absolutny takiej możliwości nawet w stosunku do sprawcy skazywanego w warunkach recydywy wielokrotnej, sprawcy, który uczynił sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodów lub popełnił przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie lub związku mających na celu popełnienie przestępstwa czy też sprawcy przestępstwa o charakterze terrorystycznym; w art. 89 § 1 k.k. dopuszcza zastosowanie warunkowego zawieszenia wykonania kary (a więc i możliwość uznania, że zachodzi pozytywna prognoza społeczna sprawcy) w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia wykonania kary. Takie rozwiązania podkreślają wybitnie szczególnoprewencyjny charakter warunkowego zawieszenia wykonania kary [por. także: J. Skupiński, (w:) *System*, s. 1052–1053; a także E. Bieńkowska, (w:) *Kodeks*, s. 1159].

pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. To w połączeniu z bezwzględny nakazem zarządzenia wykonania kary powoduje, że trudno przepis art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim nie pozwala sądowi odstąpić od zarządzenia wykonania kary w sytuacji, gdy wobec skazanego ponownie orzeczono karę (pozbawienia wolności) z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, ocenić inaczej niż jako sprzeczny z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

A może wolą ustawodawcy było po prostu potraktowanie zarządzenia wykonania kary jako kary za niespełnienie warunków pewnej umowy, swoistego porozumienia pomiędzy sądem a oskarżonym⁷⁴, dodajmy – kary nieuchronnej (niezależnej od wszystkiego, w szczególności od oceny przyczyn niedotrzymania tej umowy) i w dodatku kary jedynej („sztynno” określonej). Czy jednak zarządzenie wykonania kary w takich okolicznościach stanowi jeszcze „wymiar sprawiedliwości”, „sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy przez niezależny i niezawisły sąd”? W kontekście wcześniejszych rozważań na temat sposobu rozumienia konstytucyjnego prawa do sądu trudno na to pytanie odpowiedzieć twierdząco. Jeśli prawo ustawodawcy do kształtowania prawa traktować w sposób nieograniczony (bezwartkowy), to oczywiście trudno będzie z tym argumentem polemizować, będzie on kończył każdą dyskusję na temat oceny rozwiązań prawnych (również pod względem ich konstytucyjności). W moim przekonaniu realizacja tego prawa musi jednak następować w zgodzie z Konstytucją RP, co oznacza, że ustawodawca nie powinien wychodzić poza ramy swobody regulacyjnej wyznaczone zasadami wynikającymi z art. 45 ust. 1.

Niezależnie więc od przyjętej przez ustawodawcę optyki ujawnia się sprzeczność regulacji z art. 75 § 1 k.k. – w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odstąpienia przez sąd od zarządzenia wykonania kary w sytuacji, gdy wobec skazanego ponownie orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jeżeli przemawiają za tym szczególne względy – z konstytucyjnym prawem do sądu, czyli uzyskaniem sprawiedliwego rozstrzygnięcia swojej sprawy przez niezawisły sąd, orzekający zgodnie z własnym przekonaniem i sumieniem, rozstrzygnięcia opartego na rzetelnym ustaleniu wszelkich okoliczności i ich ocenie z uwzględnieniem wskazań wiedzy, doświadczenia życiowego i poczucia sprawiedliwości.

Reasumując powyższe, należy stwierdzić, że już sama obligatoryjność bezwzględna stosowania określonej instytucji przez sąd jawi się jako bardzo ryzykowna w aspekcie konstytucyjnego prawa do sądu, a właściwie już stojąca z nim w sprzeczności⁷⁵. Jeśli jednak obligatoryjności bezwzględnej towarzyszy takie ukształtowanie przesłanek stosowania tej instytucji, które w konkretnym wypadku może być ocenione (również przez sąd orzekający) negatywnie z punktu widzenia wymagań racjonalnej polityki karnej, to taka sytuacja potwierdza ten stan sprzeczności (niekonstytucyjności regulacji). Jeżeli bowiem przepis, mimo wskazanych względów kryminalnopolitycznych, czy też wbrew nim, a także zasadom logicznego rozumowania czy zdrowemu rozsądkowi, bezwzględnie nakazuje zarządzić wykonanie kary, to taką sytuację trudno ocenić – i to nie tylko z perspektywy osoby stojącej przed sądem – jako „sprawied-

⁷⁴ Tak właśnie problem ten postrzega sędzia TK W. Hermeliński (por. zdanie odrębne sędziego TK W. Hermelińskiego do głosowanego wyroku).

⁷⁵ Obligatoryjność bezwzględna, pozbawiająca sąd choćby minimalnych kompetencji, oznacza właściwie sprzeczność z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Ocena sytuacji zmienia się, gdy obligatoryjność bezwzględna przekształca się w obligatoryjność względną, czyli pozostawiającą jednak sądowi jakieś „minimum kompetencji” poprzez możliwość dokonania merytorycznej oceny (materiałnych) przesłanek czy też możliwość uwzględnienia „szczególnych okoliczności”, „szczególnych względów”. W świetle tego trudno się tutaj zgodzić z poglądem sędziego TK M. Granata, który bagatelizuje tę różnicę i stawia te sytuacje niejako na jednym poziomie (por. zdanie odrębne sędziego TK M. Granata do głosowanego wyroku).

liwe rozpatrzenie sprawy przez niezależny, niezawisły sąd”.

Warto także podkreślić, że bezwzględna obligatoryjność zarządzenia wykonania kary w zakresie, w jakim dotyczy kary pozbawienia wolności, stoi w opozycji do Zaleceń nr R (92)16 Komitetu Ministrów Rady Europy z 1992 r., skierowanych do państw członkowskich w sprawie europejskich reguł dotyczących sankcji i środków alternatywnych, a ściślej do reguły 10, która stanowi: „Nie będą istniały przepisy prawa dopuszczające automatyczną zamianę sankcji i środków alternatywnych na karę więzienia w przypadku pogwałcenia warunków lub zobowiązań wynikających z tych sankcji i środków”. Zalecenia nie mają naturalnie charakteru wiążącego państwa członkowskie, jednakże wyznaczają pewne standardy w zakresie ochrony praw człowieka rodziny państw demokratycznych, do której to rodziny chęć przynależności zadeklarowała w 1991 r. (a potwierdziła to w art. 2 Konstytucji RP) także Polska⁷⁶.

Na koniec wypada jeszcze odnieść się do części II sentencji głosowanego wyroku, w której Trybunał Konstytucyjny odroczył utratę mocy

obowiązującej art. 75 § 1 k.k. o osiemnaście miesięcy (licząc od dnia ogłoszenia orzeczenia w Dzienniku Ustaw RP), zobowiązując ustawodawcę, by w tym czasie dokonał nowelizacji wskazanego przepisu i określił zasady zarządzenia wykonania kary w przypadku popełnienia w okresie próby przez warunkowo skazanego podobnego przestępstwa umyślnego, za które orzeczona byłaby kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Otóż owo odroczenie mogło rodzić wątpliwości co do stosowania przez sądy uchylonego przepisu w okresie *vacatio legis*. Wątpliwości te rozstrzygnął Sąd Najwyższy w uchwale podjętej 27 marca 2014 r., w której stwierdził: „Sąd może nie stosować art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r. (sygn. akt SK 9/10) uznał ten przepis za niekonstytucyjny, jeżeli obligatoryjny tryb zarządzenia wykonania kary wobec skazanego, co do którego w okresie próby orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, prowadziłby do naruszenia Konstytucji RP w większym stopniu niż odstąpienie od tego trybu, z uwagi na szczególne okoliczności sprawy”⁷⁷.

⁷⁶ M. Lewoc podkreśla zobowiązania Polski wynikające z faktu wejścia do Rady Europy oraz przystąpienia do Unii Europejskiej: „Polska, po 1989 roku na nowo wchodząc do rodziny państw demokratycznych, a po 2004 roku wstępując do Unii Europejskiej, wybrała kierunek rozwoju cywilizacyjnego, a wraz z nim przyjęła na siebie zobowiązania międzynarodowe dotyczące praw człowieka, w tym te, dotyczące sytuacji osób oskarżonych lub skazanych” [M. Lewoc, *Ocena stanu realizacji przez Polskę Zaleceń Komitetu Ministrów Rady Europy*, (w:) *Światowe standardy wykonywania orzeczeń*, „Probacja” 2009, nr 2, s. 59].

⁷⁷ Uchwała SN z 27 marca 2014 r., I KZP 30/13, <http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia%20prawne.aspx?el=Izba%20Karna&el2=2013>

Najnowsze orzecznictwo

Monika Strus-Wołos

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

Prawo cywilne materialne

Wymagalność roszczenia o zapłatę wierzycelności bezterminowej

W uchwale z 5 listopada 2014 r., III CZP 76/2014, Sąd Najwyższy rozstrzygnął, że wierzycelność jest wymagalna w rozumieniu art. 498 § 1 k.c. w terminie wynikającym z art. 455 k.c., a zatem niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do zapłaty. W sprawie tej pozwany powoływał się na złożone przez siebie przed procesem oświadczenie o potrąceniu (nie wzywał uprzednio kontrahenta do zapłaty), przy czym jego wierzycelność nie miała oznaczonego terminu zapłaty. Jak wiadomo, jednym z warunków skuteczności potrącenia jest wymagalność wierzycelności (art. 498 § 1 k.c.).

W doktrynie i orzecznictwie uwidoczniły się dwa nurty. Według pierwszego wymagalność roszczenia powstaje wraz z nadejściem ostatniego dnia pozwalającego dłużnikowi spełnić świadczenie zgodnie z treścią zobowiązania. Wezwanie zatem dłużnika przez wierzyciela do wykonania świadczenia o nieokreślonym terminie spełnienia jest postawieniem tego świadczenia w stan wymagalności. Dlatego wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych określa przepis art. 455 k.c. W konsekwencji oświadcze-

nie o potrąceniu bez uprzedniego wezwania dłużnika do spełnienia świadczenia jest bezskuteczne ze względu na brak wymagalności roszczenia osoby potrącającej w dacie składania oświadczenia o potrąceniu. Drugi nurt – którego SN w omawianej uchwale nie podzielił – opiera się na treści art. 353 § 2 k.c. i przyjmuje, że roszczenia bezterminowe są wymagalne już od chwili powstania zobowiązania, a wezwanie do spełnienia świadczenia określa jedynie termin spełnienia. Roszczenie zatem jest wymagalne, zanim dłużnik zostanie wezwany do spełnienia świadczenia, jeżeli tylko nie istnieją obiektywne przeszkody do takiego wezwania.

Można dodać, że wymagalność nie jest pojęciem jednolitym nawet na gruncie przepisu art. 498 § 1 k.c., który tylko pozornie zrównuje wymagalność obu stron potrącających. Potrącający **musi** mieć bowiem status wierzyciela z wymagalną wierzycelnością, natomiast w zakresie, w jakim potrącający jest dłużnikiem, **nie może istnieć** zakaz zapłaty jego długu przed terminem (z wyjątkiem sytuacji, gdy zakazuje tego umowa). Inaczej mówiąc – dłużnik będący wierzycielem **może potrącić** swoją wierzycelność z wierzycelności strony przeciwnej

z chwilą, kiedy jego wiarygodność stanie się wymagalna, jeżeli **mógłby** drugiej stronie zapłacić swój dług, choćby jeszcze niewyma-

galny. Dlatego tezy uchwały nie powinno się odnosić bezrefleksyjnie do obu stron czynności potrącenia.

Prawo procesowe

Związanie sądu decyzją administracyjną (pozwolenie na budowę)

W uchwale z 5 listopada 2014 r., III CZP 74/2014, SN orzekł, że jeżeli występują przesłanki przeprowadzenia drogi przewidziane w art. 145 § 2 i 3 k.c., droga konieczna może być przeprowadzona przez nieruchomości sąsiednią także wtedy, gdy istnieje potrzeba rozbiórki istniejącego na tej nieruchomości budynku – wzniesionego na podstawie pozwolenia na budowę albo zalegalizowanego na podstawie art. 49 i n. Pr. bud. Sąd bowiem jest związany decyzją administracyjną tylko w odniesieniu do tego, co jest bezpośrednim przedmiotem rozstrzygnięcia administracyjnego, a w skład rozstrzygnięcia o pozwoleniu na budowę nie wchodzi ustalenie, że wybudowanie obiektu zgodnie z pozwoleniem nie narusza uzasadnionego interesu osób trzecich.

Z uchwały wynika również, że osoba zainteresowana nie musi występować odrębnie o nakazanie usunięcia budynku dopiero po zakończeniu postępowania o ustanowienie drogi koniecznej, gdyż sąd może orzec nakazy lub zakazy niezbędne do urządzenia tej drogi już w postanowieniu o ustanowieniu służebności drogi.

Zachowanie terminu do wniesienia skargi na czynności komornika w razie wniesienia jej do sądu niewłaściwego miejscowo

Zgodnie z uchwałą SN z 5 listopada 2014 r., III CZP 73/2014, skargę wniesioną do sądu niewłaściwego miejscowo przed upływem przepisanej terminu uważa się za wniesioną z zachowaniem terminu. Uchwała rozstrzygnęła rozbieżność w orzecznictwie. Stanowi odpowiedź na pytanie prawne Sądu Okręgowego

w Warszawie, który w uzasadnieniu pytania podkreślał skomplikowany sposób ustalania właściwości miejscowej sądów w zależności od właściwości komorników oraz rodzaju prowadzonej przez komornika egzekucji, a ponadto nagminność udzielania przez komorników błędnych pouczeń w tym zakresie.

Wnioskodawca w postępowaniu sądowym o rozgraniczenie wszczętym na podstawie art. 33 ust. 3 P.g.k.

W uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 30 października 2014 r., III CZP 48/2014, Sąd Najwyższy rozstrzygnął pojawiającą się w orzecznictwie sądów powszechnych rozbieżność co do osoby wnioskodawcy. W razie przekazania sądowi sprawy o rozgraniczenie nieruchomości wszczętej na wniosek (art. 33 ust. 3 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne) wnioskodawcą w postępowaniu sądowym pozostaje osoba, która złożyła wniosek o przeprowadzenie rozgraniczenia, a nie strona postępowania administracyjnego, która będąc niezadowoloną z ustalenia przebiegu granic, żądała przekazania sprawy do sądu powszechnego. Ma to znaczenie dla rozstrzygnięcia, kto jest obowiązany do poniesienia opłaty sądowej od wniosku. Warto dodać, że Rzecznik Praw Obywatelskich jako autor pytania prawnego sugerował rozstrzygnięcie przeciwne, podnosząc m.in., że jeżeli wnioskodawca będzie stroną zadowoloną z rozgraniczenia administracyjnego, to chcąc, aby takie rozstrzygnięcie się ostało, może celowo nie uiszczać opłaty od wniosku. W chwili sporządzania niniejszego omówienia nie było jeszcze uzasadnienia uchwały, ciekawe zatem, jak Sąd Najwyższy odniesie się do tych argumentów RPO.

Ponowne wytoczenie powództwa przeciwko upadłemu po uchyleniu art. 182¹ k.p.c.

Historia przepisu art. 182¹ k.p.c. powinna przejść do podręczników legislatorów, jak nie należy tworzyć prawa. Najpierw mnóstwo zamieszania w praktyce wystąpiło po wprowadzeniu w marcu 2007 r. tego przepisu, który nakazał obligatoryjne umarzanie postępowań dotyczących masy upadłości w razie ogłoszenia upadłości likwidacyjnej (wcześniej postępowania takie były jedynie zawieszane). Nie wiadomo było np., jaki jest los zabezpieczeń udzielonych w toku postępowań umarzanych na podstawie tego przepisu (por. uchwałę SN z 28 kwietnia 2010 r., III CZP 2/2010). Sąd Najwyższy wydał na tle tego przepisu kilka orzeczeń, w których otwarcie krytykował jakość legislacji i wskazywał, że usterki wymagają przekraczania granic wykładni językowej, aby odtworzyć zasadnicze motywy wprowadzonych zmian (por. postanowienie SN z 3 kwietnia 2008 r., II CSK 561/2007).

Niestety, także uchYLENIA tego fatalnego przepisu dokonano bez przepisów przejściowych, wobec powyższego nie wiadomo było, czy wierzyciele upadłego, którzy do dnia utraty mocy przez art. 182¹ k.p.c. nie zdążyli uzyskać prawomocnej odmowy umieszczenia ich wierzycielności na liście w postępowaniu upadłościowym, mogą wytaczać ponowne powództwa na zasadach określonych w tym przepisie (a więc bez opłaty sądowej i bez powtarzania postępowania dowodowego), czy też mieliby zostać „ukarani” wnoszeniem powtórnej opłaty, skoro pierwotny proces został umorzony.

W uchwale III CZP 57/14 z 11 września 2014 r. SN opowiedział się za rozwiązaniem korzystnym dla takich wierzycieli, stwierdzając, że mogą oni nawet po uchyleniu przepisu art. 182¹ k.p.c. wytoczyć powództwo z zachowaniem skutków wynikających z tego przepisu w odniesieniu do opłaty sądowej.

Przesłanki dopuszczalności skarg o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego wyroku

Nie jest dla praktyków tajemnicą, że niezmiernie trudno jest wnieść skuteczną skargę

o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego wyroku. Oto garść najnowszych orzeczeń, które zawierają wskazówki w tej materii.

Jedną z przesłanek dopuszczalności skargi jest istnienie szkody wyrządzonej przez wydanie zaskarżonego wyroku, co oznacza, że między wydaniem wyroku a szkodą musi zachodzić normalny związek przyczynowy (art. 361 § 1 k.c.) oraz że szkoda musi wystąpić po wydaniu tego wyroku. Nie wolno zatem odwoływać się do hipotetycznej szkody, która jeszcze nie wystąpiła, w związku z czym nie stanowi szkody samo powołanie się na pasywa w majątku wynikające z tytułu egzekucyjnego, jakim jest zaskarżony wyrok (postanowienie SN z 22 października 2014 r., IV CNP 23/2014). Skarga powinna także zawierać informację dotyczącą czasu powstania szkody i określać związek przyczynowy z wydaniem orzeczenia niezgodnego z prawem. Ponadto musi powoływać się na sprecyzowane dowody, a nie jedynie odwoływać się do akt sprawy (postanowienie SN z 23 października 2014 r., V CNP 15/2014).

W skardze musi znajdować się wskazanie przepisu prawa, z którym zaskarżony wyrok jest niezgodny. Brak wskazania przepisu jest brakiem istotnym, nienaprawialnym w trybie właściwym dla usuwania braków formalnych i podlega odrzuceniu *a limine*. Niezgodność wyroku z prawem musi mieć charakter rażący. Nie stanowi takiego uchybienia opowiedzenie się przez orzekający sąd za jedną z możliwych interpretacji przepisów prawa, przeciwny bowiem pogląd zagrażałby takim wartościom, jak stabilność obrotu prawnego, swoboda sądu w ocenie materiału dowodowego i stosowaniu prawa (postanowienie SN z 15 października 2014 r., III CNP 13/2014). Dodać można, że wskazówek, jak Sąd Najwyższy rozumie rażące naruszenie prawa, należy poszukiwać także w orzecznictwie wydawanym na tle art. 398⁹ § 1 pkt 4 k.p.c. (przesłanka przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania z powodu jej oczywistej zasadności).

Inną przesłanką dopuszczalności omawia-

nej skargi jest wykorzystanie przez stronę przysługujących jej środków prawnych. Wyjątek od tej zasady przewiduje art. 424¹ § 2 k.p.c., który uzależnia dopuszczalność skargi od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: istnienia wyjątkowego wypadku oraz występowania niezgodności z prawem o kwalifikowanym charakterze, wynikającej z naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego lub konstytucyjnych wolności albo praw człowieka i obywatela. W uzasadnieniu postanowienia z 22 października 2014 r., IV CNP 21/2014, Sąd Najwyższy stwierdził, że negatywne przewidywania strony co do szans uwzględnienia przysługującego jej środka zaskarżenia nie mogą być uznane za usprawiedliwione nieskorzystanie z tego środka. Sąd Najwyższy podał tam także przykłady (z własnego orzecznictwa) tych wypadków wyjątkowych, które odpowiadają przesłance z art. 424¹ § 2 k.p.c.: ciężka choroba strony, jej stan psychiczny uniemożliwiający podjęcie rozsądnej decyzji co do zaskarżenia wyroku pierwszej instancji, katastrofę, klęskę żywiołową oraz uzyskanie błędnej informacji od pracownika sądu co do

sposobu i terminu zaskarżenia. Ten ostatni przykład może być cenny dla praktyków wobec nieodosobnionych wypadków błędnych pouczeń. Należy jednak pamiętać, że błędne pouczenie profesjonalnego pełnomocnika nie jest usprawiedliwieniem dla niedochowania przez niego terminu.

Formułowanie okoliczności uzasadniających przyjęcie skargi do rozpoznania

Na szkoleniach z zakresu skarg kasacyjnych niejednokrotnie adwokaci przestrzegani są przed nadmierną rozwlekłością i szczegółowością wywodów prawnych. Czasem mamy pokusę napisania wszystkiego, co może mieć znaczenie dla sprawy, ale więcej nie znaczy lepiej. Niech ostrzeżeniem będzie uzasadnienie postanowienia SN z 22 października 2014 r., I CSK 101/201, w którym SN, odmawiając przyjęcia skargi do rozpoznania, wytknął jej autorowi, że powoływane przez niego kwestie prawne przedstawione zostały w sposób tak drobiazgowy i subiektywny, że zatarte zostało ich sedno.

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

W sytuacji zapłaty podatku w cenie towaru nie można mówić o nadpłacie podatku. Nie można też zapłacić podatku za innego podatnika i również żądać zwrotu nadpłaty innego podatnika

Ze stanu faktycznego sprawy przyjętego przez sąd pierwszej instancji wynika, że skarżąca Spółka wnioskami z 30 grudnia 2011 r. wystąpiła o zwrot nadpłaconego podatku akcyzowego od energii wykorzystywanej w procesach metalurgicznych, uiszczonego przez podatnika w cenie zakupionej energii elektrycznej. W podstawie wniosku powołała art. 2 ust. 4 lit. b) dyrektywy Rady 2003/96/WE z 27 października 2003 r. w sprawie restrukturyzacji wspólnotowych przepisów ramowych dotyczących opodatkowania produktów energetycznych i energii elektrycznej (Dz.Urz. UE L. 2003.283.51), zwanej dalej: dyrektywą Rady 2003/96/WE, wywodząc, że energia elektryczna wykorzystywana m.in. do procesów metalurgicznych jest produktem energetycznym o podwójnym zastosowaniu i dlatego nie jest wyrobem akcyzowym. Naczelnik Urzędu Celnego w K. na podstawie art. 165a § 1 ord. pod. odmówił wszczęcia postępowania w sprawie o zwrot nadpłaconego podatku akcyzowego od energii wykorzystywanej w procesach metalurgicznych za sierpień 2006 r. objętego wnioskiem skarżącej, uznając, że nie przysługuje jej status strony. W uzasadnieniu stwierdził, że dla skutecznego wszczęcia postępowania podatkowego w sprawie stwierdzenia

nadpłaty w podatku akcyzowym konieczne jest, aby wniosek złożył podmiot uprawniony, którym jest podatnik podatku akcyzowego. Skarżąca w 2006 r. nie była podatnikiem podatku akcyzowego – nie składała deklaracji oraz nie dokonywała zapłaty tego podatku. Złożyła zgłoszenie rejestracyjne w zakresie podatku akcyzowego AKC-R dopiero w dniu 5 marca 2009 r. i było ono związane z zamiarem zużycia wyrobów akcyzowych zwolnionych od akcyzy, a zatem nie ma związku ze stanem faktycznym i prawnym mającym miejsce w 2006 r.

W wyniku zażalenia złożonego przez skarżącą Dyrektor Izby Celnej w K. utrzymał w mocy postanowienie organu pierwszej instancji.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w G. wyrokiem z 19 grudnia 2012 r., sygn. akt III SA/GI 1649/12, oddalił skargę O. Sp. z o.o. w K. na postanowienie Dyrektora Izby Celnej w K. z (...) sierpnia 2012 r. nr (...) w przedmiocie odmowy wszczęcia postępowania w sprawie zwrotu nadpłaty w podatku akcyzowym.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną Dyrektor Izby Celnej w K. wniósł o jej oddalenie.

NSA zważył, co następuje.

Skarga kasacyjna nie zasługiwała na uwzględnienie.

Skarżąca kasacyjnie Spółka podczas postępowania prowadzonego przez organy podatkowe, jaki w postępowaniu sądowoadministracyjnym, nie wskazała przepisów prawa materialnego, które pozwalałyby na uznanie istnienia po jej stronie interesu prawnego w żądaniu nadpłaty. Zasadnie organy podatkowe powołały się na fakt braku wpłaty przez Spółkę podatku.

W myśl bowiem art. 72 § 1 pkt 1 ord. pod. za nadpłatę uważa się kwotę nadpłaconego lub nienależnie zapłaconego podatku. Tak więc za nadpłatę uważa należy kwotę nadwyżki dokonanej przez podatnika wpłaty nad wynikającą z ustawy kwotą podatku, co oznacza, że podatek nadpłacony to podatek zapłacony w kwocie wyższej niż należna. Podatek zapłacony nienależnie to kwota uiszczona przez podatnika w sytuacji, gdy nie było ustawowego obowiązku jej zapłacenia, obowiązek ten nie istniał albo wygasł.

Nie mamy więc do czynienia z zapłatą podatku w rozumieniu przepisów Ordynacji podatkowej w sytuacji, gdy podatek ten płacony jest w ramach ceny kontrahentowi, od którego nastąpiło nabycie towaru. Tym samym nie można mówić też o nadpłacie podatku w sytuacji zapłaty podatku w cenie towaru.

W zakresie opodatkowania podatkiem akcyzowym energii elektrycznej, w ramach obowiązujących w tym okresie przepisów prawa, co do zasady podatnikiem jest zbywca energii elektrycznej, producent według przepisów krajowych, dystrybutor lub redystrybutor energii elektrycznej według przepisów wspólnotowych. Trzeba też zauważyć, że na gruncie krajowego podatku akcyzowego co do zasady nabywca dokonujący transakcji wyrobów akcyzowych nie jest podatnikiem podatku akcyzowego. Tylko w jednym przypadku może stać się on podatnikiem tej daniny, a mianowicie w sytuacji, gdy od nabywanego wyrobu nie została zapłacona akcyza. Zgodnie bowiem z art. 11 ust. 2 u.p.a. nabywca towaru akcyzowego staje się podatnikiem, jeżeli od wyrobów tych nie została zapłacona akcyza w należnej wysokości. Patrząc zatem i od tej strony na sporne zagadnienie prawne, nie można podzielić zapatrywań skarżącej kasacyjnie Spółki.

Przepisy regulujące system prawa podatkowego, co do zasady, nie przewidują obowiązku zapłaty podatku przez dwóch podatników. Niewątpliwie podatku nie jest zobowiązany zapłacić zbywca wyrobu akcyzowego i jednocześnie nabywca tego wyrobu. Pomijając kwestię podwójnego opodatkowania tego samego wyrobu, wskazać należy, że nie można uznać, iż podatnikami są: podmiot uiszczający ten podatek na rzecz Skarbu Państwa i jednocześnie ten podmiot, który płaci ten podatek w cenie swojemu kontrahentowi (zbywcy towaru). Podatnikiem podatku w rozumieniu regulacji systemu podatkowego jest tylko jeden podmiot, ten, który jest zobowiązany do dokonania wpłaty świadczenia pieniężnego na rzecz Skarbu Państwa.

Nie można także zaakceptować poglądu o możliwości wystąpienia o nadpłatę podatku innego podatnika. Inaczej mówiąc – żądania zwrotu podatku zapłaconego przez kogoś innego. Wniosek skarżącej kasacyjnie Spółki zmierza zaś właśnie do uzyskania zwrotu ewentualnej nadpłaty innego podatnika.

Skoro nie można zapłacić podatku za kogoś innego, czyli zapłacić podatku za innego podatnika, to nie można również żądać zwrotu nadpłaty innego podatnika. Zauważyć w tym miejscu można, że dopiero projektowane zmiany Ordynacji podatkowej przewidują możliwość zapłaty podatku za kogoś innego. Przy czym będzie to dotyczyło określonych przepisami przypadków, z ograniczeniem płaconej kwoty podatku włącznie. Kto będzie uprawniony do zwrotu nadpłaty takiego podatku, trudno w tej chwili powiedzieć.

Na gruncie prawa wspólnotowego, a konkretnie art. 21 ust. 5 dyrektywy Rady 2003/96/WE, podatnikiem jest dystrybutor lub redystrybutor energii elektrycznej. Wyjątkowo producent, jeśli produkuje energię na własne potrzeby (art. 21 ust. 5 akapit 3 tej dyrektywy). Podkreślić należy, że w powołanym przepisie prawodawca wspólnotowy jednoznacznie stwierdził, iż podatek jest nakładany i pobierany w każdym przypadku zgodnie z procedurami ustanowionymi przez każde państwo członkowskie. Nie da się tym samym wywieść z powołanych regu-

lacji wspólnotowych uprawnienia do żądania zwrotu nadpłaty przez nabywcę tego wyrobu w zakresie podatku, który został przez niego zapłacony w cenie towaru.

Wobec powyższego Naczelny Sąd Administracyjny uznał zarzuty skargi kasacyjnej za nieusprawiedliwione i oddalił skargę kasacyjną wyrokiem z września 2014 r. o sygn. I GSK 696/13.

Prowadzenie działalności gospodarczej przez radnego z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy

Wyrokiem z 29 stycznia 2014 r. WSA w Bydgoszczy oddalił skargę H. N. na zarządzenie zastępcze Wojewody Kujawsko-Pomorskiego z dnia (...) sierpnia 2013 r. w przedmiocie stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego.

W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, że zaskarżonym zarządzeniem zastępczym Wojewoda Kujawsko-Pomorski stwierdził wygaśnięcie mandatu radnego Rady Gminy G. H. N. w związku z powierzeniem mu przez Wójta Gminy G. wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej oraz w związku z prowadzeniem przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, polegającym na wykonaniu remontu pomostu drewnianego stanowiącego własność Gminy G., znajdującego się na kąpielisku gminnym w G.

Sąd zaznaczył, że istotną kwestią w sprawie jest interpretacja art. 24d ustawy o samorządzie gminnym. Zgodnie z tym przepisem wójt nie może powierzyć radnemu gminy, w której radny uzyskał mandat, wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej. Sąd zgodził się ze skarżącym, że językowe znaczenie tego przepisu jest jasne: adresatem zakazu powierzania radnemu gminy wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej jest wójt gminy, w której radny uzyskał mandat. Sąd podzielił jednakże pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego zawarty w wyroku z 28 września 2007 r., sygn. akt I OSK 1375/06, że zgodnie z dyrektywami postępowania interpretacyjnego, nawet jeżeli dany zwrot jest językowo jasny, należy go jednak poddać procedurze interpretacyjnej wedle dyrektyw funkcjonalnych. Jeżeli otrzymany w wyniku zastosowania tych dy-

rektyw rezultat będzie zgodny z wynikiem uzyskanym wedle dyrektywy językowej, to dojdzie jedynie do wzmocnienia wyniku wykładni językowej. Jeżeli natomiast wyniki te będą ze sobą kolidować, to wówczas należy sprawdzić, czy znaczenie językowe nie burzy podstawowych założeń o racjonalności ustawodawcy. Kierując się powyższymi zasadami, Sąd doszedł do wniosku, że uwzględniająca wartości określone w Konstytucji RP wykładnia celowościowa i systemowa art. 24 u.s.g. nakazuje przyjąć, że przepis ten jest jednym z kierowanych do radnego gminy zakazów, których naruszenie obwarowane jest sankcją wygaśnięcia mandatu wynikającą z art. 190 ust. 1 pkt 2a ustawy z dnia 16 lipca 1998 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw.

Przepis art. 24d u.s.g. jest jednym z przepisów antykorupcyjnych. Z jego treści wynika, że ma on służyć zapobieżeniu sytuacji, kiedy radny gminy będzie wykonywał pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej zawartej z gminą, w której uzyskał mandat. Pomimo że z literalnej treści art. 24d u.s.g. wynika, iż zakaz zawierania umowy z radnym jest kierowany do wójta gminy, to w istocie nie wójt jest podmiotem, którego prawa są ograniczane poprzez ten przepis.

W skardze kasacyjnej wniesionej od powyższego wyroku H. N., reprezentowany przez radcę prawnego, podniósł zarzut naruszenia prawa materialnego, „w szczególności” art. 24d ustawy o samorządzie gminnym, poprzez błędną jego wykładnię i błędne zastosowanie.

Naczelny Sąd Administracyjny, rozpoznając skargę kasacyjną, zważył, co następuje.

Uznając za trafny sformułowany w sposób

prawidłowy zarzut naruszenia art. 24d ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2013 r. poz. 594 ze zm.), wskazać należy, że – wbrew stanowisku zajętemu przez sąd pierwszej instancji – redakcja tego przepisu jest klarowna i nie pozostawia wątpliwości tak co do adresata normy, jak i zakresu przedmiotowego ustanowionego w tej normie zakazu. Jak stanowi powołany przepis, wójt nie może powierzyć radnemu gminy, w której radny uzyskał mandat, wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej. Naczelny Sąd Administracyjny w składzie orzekającym uznał, że nie zasługuje na poparcie podzielony przez sąd pierwszej instancji, niejednokrotnie wyrażany w orzecznictwie wojewódzkich sądów administracyjnych i w piśmiennictwie pogląd, zgodnie z którym zastosowana w powyższym przepisie formuła jest na tyle szeroka, by pozwalała na jej zastosowanie w odniesieniu do radnego, sankcjonując jej naruszenie poprzez zastosowanie instytucji wygaśnięcia mandatu radnego. Stwierdzić należy, że przede wszystkim na takie zastosowanie nie pozwala wykładnia językowa cytowanego przepisu, która w pełni umożliwia ustalenie znaczenia zawartej w nim treści normatywnej. Po pierwsze więc, w świetle tego przepisu to wójt (burmistrz, prezydent) ma zakaz zawierania umów zobowiązujących radnego do wykonywania pracy. Po drugie, zakaz ten obejmuje kontrakty cywilne zobowiązujące do wykonywania pracy w znaczeniu ścisłym. Zauważyć wypada, że o tym, z jakim stosunkiem prawnym mamy do czynienia, decyduje jego treść i istota. Nie obowiązuje bowiem zasada domniemania istnienia stosunku pracy, charakter więzi łączących strony każdorazowo należy ustalić na podstawie cech świadczenia pracy.

Z brzmienia art. 24d ustawy o samorządzie gminnym nie sposób skutecznie wywodzić, by regulowanym zakazem objęte były przypadki, w których – choćby jak w niniejszej sprawie – zobowiązanie dotyczyło incydentalnego wykonania przez radnego usługi na rzecz gminy. Rozszerzenie stosowania tego zakazu na wszystkie stosunki cywilnoprawne może również budzić wątpliwość w świetle konsty-

tucyjnej zasady państwa prawa. Wygaśnięcie mandatu radnego ma charakter sankcji, i to sankcji skutkującej poważnymi konsekwencjami ustrojowymi, co podkreślał Trybunał Konstytucyjny w licznych orzeczeniach. Nie można takiej sankcji domniemywać w drodze wykładni celowościowej i systemowej.

Stwierdzić zatem należy, że rezultat interpretacyjny, przy zastosowaniu wykładni językowej, w dostatecznie pełny sposób odzwierciedla wolę ustawodawcy (ustrojodawcy) zapisaną w art. 24d ustawy o samorządzie gminnym. Powyższe czyni nieuzasadnionym posłużenie się przez sąd pierwszej instancji analizą celowościową i systemową tego przepisu, co doprowadziło do rezultatu sprzecznego z wyraźnym zamierzeniem ustawodawcy.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zlecenie miało charakter jednorazowej usługi, której nie można utożsamiać z zatrudnieniem. Gdyby w drodze zlecenia wójt powierzył radnemu pełnienie obowiązków pracowniczych lub funkcji w jednostkach organizacyjnych, sankcja wynikałaby z zakazu zatrudnienia w urzędzie gminy i pełnienia funkcji w jednostkach organizacyjnych. Nie sposób zatem przyjąć, by zawarcie umowy cywilnoprawnej przez Wójta Gminy G. z H. N., na mocy której radny zobowiązał się do wykonania remontu pomostu drewnianego stanowiącego własność Gminy G., naruszało ustawy zakaz łączenia mandatu radnego z zatrudnieniem i wykonywaniem określonych funkcji lub działalności, co w świetle art. 190 ust. 1 pkt 2a ustawy z dnia 16 lipca 1998 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw (Dz.U. z 2010 r. nr 176, poz. 1190 ze zm.) prowadziłoby do wygaszenia mandatu radnego. Powyższe świadczy o nieuprawnionym działaniu Wojewody Kujawsko-Pomorskiego, który w dniu (...) sierpnia 2013 r. zarządzeniem zastępczym stwierdził wygaśnięcie mandatu radnego Gminy G. H. N.

Z tych względów Naczelny Sąd Administracyjny, działając na podstawie art. 188 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, uwzględnił skargę kasacyjną wyrokiem z dnia 2 września 2014 r. o sygn. II osk 1654/14.

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

(październik–grudzień 2014 r.)

1. W okresie od października do grudnia 2014 r. Trybunał Konstytucyjny wydał kilka kolejnych wyroków, w których dokonywał oceny konstytucyjności prawa represyjnego. W dniu 7 października 2014 r., w sprawie K 9/13 (OTK-A 2014, nr 9, poz. 101), badał konstytucyjność art. 25 § 2 Kodeksu wykroczeń. Przepis został zaskarżony w zakresie, w jakim ustanawia obligatoryjną zamianę grzywny na zastępczą karę aresztu. Prokurator Generalny zaskarżył ten przepis, wykonując, w jego ocenie, wyrok TK z 17 lipca 2013 r.¹

Orzeczeniem z 2013 r. TK zakwestionował art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim nie przewidywał możliwości odstąpienia przez sąd od zarządzenia wykonania kary w sytuacji, gdy wobec skazanego ponownie orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jeżeli przemawiają za tym szczególne względy. Uznał, że niezgodna z prawem do sądu jest regulacja, która powoduje, iż sąd jest zobligowany do wydania orzeczenia o pozbawieniu wolności bez rozpatrzenia istoty sprawy. Brak możliwości podjęcia przez sąd karny wykonawczy zindywidualizowanej decyzji co do tego, że wykonanie kary pozbawienia wolności nie jest konieczne, godzi w konstytucyjną treść kompetencji sądu.

Do tego judykatu nawiązano w sprawie K 9/13. Trybunał Konstytucyjny powtórzył, że ustawodawca nie może sprowadzić roli sądu zarządzającego wykonanie zastępczej kary aresztu w miejsce pierwotnie orzeczonej grzywny do roli fasadowej. Naruszałoby to prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez wyłączenie realnej roli sądu w podjęciu decyzji o pozbawieniu człowieka wolności osobistej. Niezgodne z Konstytucją byłoby formalne powierzenie sądowi decydowania o pozbawieniu człowieka wolności osobistej, ale bez możliwości oceny istotnych okoliczności zachodzących w konkretnej sprawie w dniu orzekania przez sąd wykonawczy. Po analizie przepisów Kodeksu wykroczeń TK stwierdził, że obligatoryjne zarządzenie wykonania zastępczej kary aresztu w miejsce pierwotnie orzeczonej grzywny uzależnione jest jednak od stwierdzenia przez sąd wykonawczy wielu przesłanek. Sąd musi bowiem stwierdzić, czy egzekucja grzywny okazała się bezskuteczna lub z okoliczności sprawy wynika, że byłaby ona bezskuteczna, a jeżeli tak, to konieczne jest ustalenie przez niego, czy zachodzi jedna z czterech dodatkowych przesłanek:

1) ukarany oświadczy, że nie wyraża zgody na podjęcie pracy społecznie użytecznej

¹ Wyrok TK z 17 lipca 2013 r., SK 9/10, OTK-A 2013, nr 6, poz. 79.

orzeczonej zastępczo w miejsce pierwotnie wymierzonej grzywny, której egzekucja okazała się bezskuteczna lub z okoliczności sprawy wynika, że byłaby ona bezskuteczna;

2) ukarany uchyła się od wykonania pracy społecznie użytecznej orzeczonej zastępczo w miejsce pierwotnie wymierzonej grzywny, której egzekucja okazała się bezskuteczna lub z okoliczności sprawy wynika, że byłaby ona bezskuteczna;

3) zamiana grzywny na pracę społecznie użyteczną jest niemożliwa;

4) zamiana grzywny na pracę społecznie użyteczną jest niecelowa.

Ponadto sąd wykonawczy ma możliwość oceny przyczyn niewykonania pierwotnej kary grzywny i w określonych wypadkach może grzywnę umorzyć w części, a wyjątkowo również w całości. Do zamiany grzywny na areszt zastępczy powinno dochodzić tylko wtedy, gdy to z przyczyn leżących po stronie ukaranego nie doszło do wykonania kary, a więc gdy mimo możliwości zapłacenia grzywny, choćby w ratach, nie uczynił on tego, a nie dysponuje przy tym mieniem, które można byłoby poddać egzekucji w celu ściągnięcia kary. Jeżeli zatem stan majątkowy ukaranego po prawomocnym skazaniu uległ z przyczyn od niego niezależnych znacznemu pogorszeniu, to sąd ten może, w szczególnie uzasadnionych wypadkach (np. utraty pracy w wyniku redukcji zatrudnienia, choroby, wypadku), grzywnę umorzyć w części, a nawet w całości.

Zarządzenie przez sąd wykonawczy egzekucji zastępczej kary aresztu nie może nastąpić, jeżeli warunki osobiste sprawcy uniemożliwiają odbycie tej kary. Ponadto na postanowienie w przedmiocie kar zastępczych przysługuje zażalenie, co zapewnia kontrolę instancyjną obligatoryjnego zarządzenia wykonania zastępczej kary aresztu w miejsce orzeczonej

grzywny. Rola sądu wykonawczego zarządzającego wykonanie zastępczej kary aresztu w miejsce orzeczonej grzywny nie sprowadza się zatem tylko do swoistej roli notariusza. W każdym przypadku sąd ten ma obowiązek dokonać stosownych ustaleń i ocen, czy możliwe jest zarządzenie wykonania zastępczej kary aresztu. Taką regulację uznano za zgodną z Konstytucją.

2. W dniu 21 października 2014 r., w sprawie P 50/13 (OTK-A 2014, nr 9, poz. 103), Trybunał Konstytucyjny rozważał, czy konstytucyjna jest regulacja dopuszczająca kumulowanie odpowiedzialności karnej za kradzież energii elektrycznej (z art. 278 § 5 Kodeksu karnego) oraz stosowania zryczałtowanej opłaty za nielegalny pobór energii (przewidzianej w art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego). Sąd, który przedstawił pytanie prawne, wskazał, że taka kumulacja narusza może zasadę *ne bis in idem* wynikającą z art. 2 Konstytucji RP².

Trybunał podkreślił, że sama możliwość pociągnięcia jednostki do odpowiedzialności w dwóch różnych postępowaniach o charakterze represyjnym nie oznacza, iż naruszona została zasada *ne bis in idem*. Istotny jest bowiem także charakter i cel określonego rodzaju odpowiedzialności o charakterze represyjnym. Procedura weryfikacji, czy określone przepisy naruszają tę zasadę z punktu widzenia zakazu dwukrotnego (wielokrotnego) pociągania do odpowiedzialności karnej za to samo zachowanie, powinna przebiegać dwuetapowo. Po pierwsze, należy ustalić, czy określone środki przewidziane przez ustawodawcę jako reakcja na określone zachowanie jednostki mają charakter represyjny. Po drugie, jeżeli dwa lub więcej środków mają taki charakter, konieczna jest weryfikacja, czy realizują one te same, czy odmienne cele. Dopiero realizacja identycz-

² O zasadzie *ne bis in idem* – por. wyroki TK: z 29 kwietnia 1998 r., K 17/97, OTK ZU 1998, nr 3, poz. 30; z 30 listopada 2004 r., SK 31/04, OTK ZU 2004, seria A, nr 10, poz. 110; z 14 października 2009 r., Kp 4/09, OTK ZU 2009, seria A, nr 9, poz. 134; z 8 października 2002 r., K 36/00, OTK ZU 2002, nr 2, poz. 63; z 3 listopada 2004 r., K 18/03, OTK ZU 2004, seria A, nr 10, poz. 103; a także M. Jackowski, *Konstytucjonalizacja zasady ne bis in idem w polskim porządku prawnym*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6, s. 79 i n.

nych celów przez różne środki o charakterze represyjnym winna co do zasady prowadzić do wniosku o naruszeniu zasady *ne bis in idem*.

Mając to na uwadze, Trybunał Konstytucyjny orzekł o zgodności obu tych norm z Konstytucją. Stwierdził, że opłata przewidziana przez Prawo energetyczne jest środkiem prawnym z dziedziny prawa cywilnego. Jest ona traktowana przez ustawodawcę jako alternatywna w stosunku do zasad ogólnych metoda dochodzenia odszkodowania za nielegalny pobór energii, zawierająca specyficzny sposób ustalania wysokości owego odszkodowania, która to wysokość ma gwarantować przedsiębiorstwu energetycznemu pełną restytucję szkód. Jest ona nakładana przez przedsiębiorstwo energetyczne, a zatem podmiot prywatny, a następnie egzekwowana na drodze postępowania cywilnego. Trybunał stwierdził, że realizuje ona funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną. Nie traci ona jednak charakteru środka prawnego z zakresu prawa cywilnego. Nie jest zatem środkiem prawnym z dziedziny szeroko rozumianego prawa karnego. Ma bowiem postać opłaty, a zatem wiąże się z obowiązkiem zapłaty sumy pieniężnej określonej w taryfie. Środek ten ze względu na swoją naturę nie ma charakteru wyłącznie represyjnego.

Także wysokość opłaty nie musi prowadzić do uznania tejże opłaty za środek o charakterze represyjnym. Wysokość ta może być bowiem uzasadniona co do zasady brakiem możliwości precyzyjnego ustalenia rzeczywistej ilości pobranej energii oraz liczby i rodzajów odbiorników, które użytkowały energię, koniecznością wyrównania innych szkód wynikłych z nielegalnego poboru energii niż tylko sama wartość zużytej energii czy też brakiem naliczania odsetek za zwłokę w zapłacie za użytkowaną nielegalnie energię. Wysokość opłaty ma tym samym zagwarantować przedsiębiorstwu energetycznemu, niezależnie od stanu faktycznego, pełną restytucję szkód.

W końcu przedsiębiorstwo energetyczne ma możliwość podjęcia alternatywnych środków w związku z nielegalnym poborem energii. Może pobrać opłatę z tytułu nielegalnego poboru energii w wysokości określonej w taryfie albo dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. Ma tym samym wybór sposobu dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu nielegalnego poboru energii.

Opłata określona w art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego pełni przede wszystkim funkcję kompensacyjną, związaną z restytucją wszystkich szkód wynikających z nielegalnego poboru energii, jakie poniosło przedsiębiorstwo energetyczne. Funkcja prewencyjna i represyjna stanowią jedynie pochodną funkcji kompensacyjnej i nie niwelują cywilnoprawnego charakteru odpowiedzialności³.

Istotne znaczenie ma również okoliczność, że środki prawne z dziedziny prawa karnego nakładane są na obywateli przez państwo i działające w jego imieniu organy. Tymczasem opłata z tytułu nielegalnego poboru energii nakładana jest na odbiorcę przez przedsiębiorstwo energetyczne, a zatem podmiot prywatny, a następnie opłata ta uiszczana jest również na rzecz przedsiębiorstwa energetycznego, czyli podmiotu prywatnego, a nie państwa. Winna być stwierdzona prawomocnym wyrokiem i podlega ściągnięciu na drodze cywilnego postępowania egzekucyjnego.

Zaklasyfikowanie opłaty określonej w art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego do środków prawnych z zakresu prawa cywilnego powoduje, że co do zasady nie stanowi naruszenia reguły *ne bis in idem* stosowanie tejże opłaty za czyn stanowiący nielegalny pobór energii elektrycznej równoległe z odpowiedzialnością karną za przestępstwo kradzieży energii z art. 278 § 5 k.k. Trybunał odszedł zatem od bardzo szerokiego rozumienia zasady *ne bis in idem*, wyrażonego szczególnie w wyroku z 18 listopada 2010 r., P 29/09, w którym przyjął, że

³ A. Szpunar, *O funkcjach odpowiedzialności cywilnej*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej” 1974, z. 1, s. 179; M. Kaliński, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Tom 6*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 73 i 78–79.

jej naruszeniem jest stosowanie każdej sankcji wobec tej samej osoby⁴.

3. Bardzo interesujący wyrok zarówno dla teorii prawa konstytucyjnego, jak i praktyki stosowania prawa karnego wydał Trybunał Konstytucyjny w dniu 2 grudnia 2014 r. w sprawie P 29/13.

Z jednej strony jest to wyrok, który próbuje udzielić odpowiedzi na pytanie, jakie prawo i w jaki sposób powinny stosować sądy po wydaniu przez TK wyroku odraczającego (tj. wyroku, w którym określony przepis zostanie uznany za niekonstytucyjny, ale na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji Trybunał odroczył termin utraty mocy obowiązującej przepisu), gdy w okresie odroczenia ustawodawca zmienił przepis. Taka zmiana stanowi normalną nowelizację prawa, z którą nie wiążą się skutki derogacji trybunalskiej. Interwencja ustawodawcy, nawet gdy będzie polegać na derogacji tożsamej z tą, która nastąpiłaby wskutek wyroku, wyłącza retrospektywne skutki zmiany normatywnej. Nowe przepisy będą podlegały zastosowaniu przy uwzględnieniu ogólnych zasad intertemporalnych, takich jak zasada *lex retro non agit*, albo zasad wiążących na tle danej gałęzi prawa (jak obowiązek stosowania ustawy względniejszej dla sprawcy w prawie karnym czy zasady wynikające z pwkc regulujących prawo międzyczasowe dla spraw w toku). Prawodawca może je również uregulować w sposób autonomiczny, w czym ograniczają go jednak zasady konstytucyjne.

W sprawie P 29/13 TK badał konstytucyjność takiej zmiany – art. 218 § 1 i § 1a Kodeksu karnego oraz ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych⁵. Prawodawca wykonał orzeczenie TK o sygnaturze P 29/09⁶, w którym orzeczono m.in. niezgodność z Konstytucją i aktami prawa międzynarodowego art. 218 § 1

k.k. oraz art. 24 ust. 1 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych przez to, że dopuszczają wobec tej samej osoby fizycznej, za ten sam czyn, odpowiedzialność za przestępstwo i dodatkową opłatę, o której mowa w art. 24 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Jednocześnie Trybunał odroczył utratę mocy obowiązującej przepisów na okres 18 miesięcy po to, aby ustawodawca mógł w tym czasie wyeliminować niekonstytucyjny mechanizm podwójnego karania za ten sam czyn. W ostatnim dniu okresu odroczenia weszła w życie ustawa nowelizująca, która dodawała w miejscu derogowanego art. 218 § 1 k.k. przepis § 1a o treści identycznej z treścią przepisu uchylonego. Jednocześnie ustawa wyeliminowała możliwość wymierzenia lub wyegzekwowania opłaty dodatkowej na podstawie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych wobec osoby prawomocnie skazanej za przestępstwo z art. 218 § 1a k.k., a także nakazała zwrot takiej opłaty, która została uiszczona lub ściągnięta od osoby następnie skazanej.

Rozstrzygając o następstwach tej zmiany normatywnej, Sąd Najwyższy uznał, że w systemie prawnym nie było okresu, w którym zachowanie polegające na złośliwym i uporczywym naruszaniu praw pracownika wynikających ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego przestało być zabronione pod groźbą kary przez ustawę⁷. Przyjął, że nie doszło do derogacji trybunalskiej, a zastosowanie ogólnych reguł wykładni prowadziło do wniosku, iż § 1 art. 218 k.k. został zastąpiony przez § 1a.

Taka technika wykonania wyroku TK – zastąpienie art. 218 § 1 k.k. przez § 1a o treści identycznej do przepisu uchylanego, z jednoczesnym wprowadzeniem normy zakazującej dwukrotnego sankcjonowania na drodze karnej i poprzez wymierzenie dodatkowej opłaty

⁴ Wyrok TK z 18 listopada 2010 r., P 29/09, OTK ZU 2010, seria A, nr 9, poz. 104; por. M. Jackowski, *Konstytucjonalizacja*, s. 97.

⁵ Ustawa z 10 maja 2012 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

⁶ Wyrok TK z 18 listopada 2010 r., P 29/09, OTK-A 2010, nr 9, poz. 104.

⁷ Postanowienie SN z 21 lutego 2013 r., IV KK 369/12, OSNKW 2013, nr 6, poz. 48.

– została zaakceptowana przez sam Trybunał. Badając zmienioną normę w sprawie P 29/13, podkreślił, że sytuacja prawna oskarżonego, którego sprawę rozpatrywał sąd przedstawiający pytanie prawne, nie odnosiła się do problemu konstytucyjnego rozpatrywanego przez TK w sprawie P 29/09. Oskarżony nie został bowiem pociągnięty do odpowiedzialności na podstawie przepisów ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Nie dotyczyła go zatem okoliczność podwójnego karania za ten sam czyn, wprowadzająca niekonstytucyjny mechanizm ustawowy. Trybunał dostrzegł potrzebę utrzymania w systemie prawnym normy przewidującej sankcję za naruszanie praw pracowniczych wynikającą z niepłacenia składek na ubezpieczenie społeczne i dlatego posłużył się mechanizmem odroczenia terminu utraty mocy obowiązującej art. 218 § 1 k.k. w maksymalnym dopuszczalnym wymiarze 18 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku. Zmiana tego przepisu dokonana przez ustawodawcę miała, w ocenie Trybunału, wyłącznie charakter techniczny. Dotyczyła jedy-

nie przypisania innej jednostki redakcyjnej normie, która w sposób ciągły obowiązywała w systemie prawa. Ustawa nowelizująca nie wprowadzała żadnej nowości. Ustawodawca świadomie zdecydował bowiem, aby norma objęta wyrokiem TK została utrzymana w systemie prawnym. W konsekwencji wyrok TK z 2010 r. nie wywarł żadnych skutków w zakresie stosowania prawa karnego w sferze praw osób oskarżonych lub skazanych na podstawie niekonstytucyjnego przepisu, które jednak nie były dwukrotnie oskarżane lub podwójnie karane. Sądy winny stosować art. 218 k.k. tak, jakby nie nastąpiła żadna zmiana normatywna⁸.

Trybunał Konstytucyjny ocenił również konstytucyjność bardzo krótkiego, jednodniowego *vacatio legis* ustanowionego ustawą nowelizującą Kodeks karny i ustawę o systemie ubezpieczeń społecznych. Uznał, że w przedmiotowej, wyjątkowej sytuacji, gdy ustawodawca dokonywał zmiany w celu dostosowania prawa do stanu zgodnego z Konstytucją, taki okres jest wystarczający i zgodny z ustawą zasadniczą.

⁸ Wyrok TK z dnia 2 grudnia 2014 r., P 29/13.

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (lipiec–wrzesień 2014 r.)

OBOWIĄZEK PRZESTRZEGANIA PRAW CZŁOWIEKA (ART. 1)

Przy ustalaniu jurysdykcji na podstawie Konwencji Trybunał uwzględnia konkretny kontekst faktyczny i wchodzące w grę zasady prawa międzynarodowego.

*Wyrok Jaloud v. Holandia, 20.11.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 47708/08, § 141.*

Test stosowany przy badaniu, czy istniała „jurysdykcja” na podstawie art. 1 Konwencji, całkowicie różni się od stosowanego przy ustalaniu odpowiedzialności państwa za międzynarodowe nadużycie na podstawie powszechnego prawa międzynarodowego.

*Wyrok Jaloud v. Holandia, 20.11.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 47708/08, § 154.*

PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

Można kwestionować niezależność, a w rezultacie skuteczność śledztwa w sprawie rzekomo bezprawnego pozbawienia życia, jeśli śledczy i osoba, przeciwko której się ono toczy, są ze sobą blisko związani.

*Wyrok Jaloud v. Holandia, 20.11.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 47708/08, § 188.*

Nie da się uniknąć korzystania przez prokuratorów w śledztwie z informacji i pomocy policji. Sam ten fakt nie wystarcza jednak do uznania, że w konkretnej sprawie nie są oni wystarczająco od niej niezależni.

*Wyrok Jaloud v. Holandia, 20.11.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 47708/08, § 192.*

Śledztwo nie spełnia standardów art. 2 Konwencji, jeśli nie pozwala na ustalenie, czy użycie siły przez funkcjonariuszy państwa nie wykroczyło poza wymagania wynikające z okoliczności.

*Wyrok Jaloud v. Holandia, 20.11.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 47708/08, § 199.*

Śledztwo pozwalające sądowi ustalić, czy w danych okolicznościach użyta siła była usprawiedliwiona, ma kluczowe znaczenie dla korzystania przez funkcjonariusza państwa ściganego w późniejszym postępowaniu karnym z prawa do obrony.

*Wyrok Jaloud v. Holandia, 20.11.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 47708/08, § 200.*

Sam tylko brak odpowiednich działań ze strony organów śledczych, np. przez szybkie przesłuchanie osób zamieszanych w sprawę, aby ograniczyć w ten sposób ryzyko porozumienia się z innymi w celu zakłamania prawdy,

może prowadzić do wniosku, że śledztwo było nieodpowiednie.

*Wyrok Jaloud v. Holandia, 20.11.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 47708/08, § 207.*

ZAKAZ TORTUR (ART. 3)

Wymaganie „specjalnej ochrony” osób starających się o azyl jest szczególnie ważne, gdy dotyczy to dzieci – ze względu na ich specyficzne potrzeby i krańcową bezbronność. Ma to zastosowanie nawet, gdy dzieciom ubiegającym się o azyl towarzyszą ich rodzice. Warunki przyjęcia takich dzieci muszą być dostosowane do ich wieku, aby nie były dla nich nazbyt traumatyczne. W innym przypadku pojawi się zagrożenie naruszenia art. 3 Konwencji.

*Wyrok Tarakhel v. Szwajcaria, 4.11.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 29217/12, § 119.*

PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Sprzeczne ze sobą orzeczenia w podobnych sprawach rozpatrzonych przez ten sam sąd, będący poza tym sądem ostatniej instancji w danej kwestii mogą – przy braku mechanizmu zapewniającego ich spójność – naruszać zasadę rzetelnego procesu sądowego i w rezultacie osłabiać publiczne zaufanie do sądownictwa, stanowiąc jeden z istotnych elementów państwa opartego na rządach prawa. Przy analizie, czy sprzeczne ze sobą orzeczenia tego samego sądu w podobnych sprawach naruszyły zasadę pewności prawnej wynikającą z art. 6 Konwencji, Trybunał ustala: (1) czy istniały „głębokie i długotrwałe różnice” we wchodzącym w grę orzecznictwie; (2) czy istniał w prawie krajowym mechanizm umożliwiający usunięcie niespójności w nim; oraz (3) czy miał on zastosowanie, a jeśli tak – jakie były jego efekty. W rezultacie państwa Konwencji mają obowiązek zorganizować swoje systemy prawne w sposób umożliwiający unikanie wydawania przez sądy niezgodnych ze sobą wyroków.

*Wyrok Emel Boyraz v. Turcja, 2.12.2014 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 61960/08, § 72.*

Przy ocenie zgodności przypadków przesłuchania policyjnego bez pomocy prawnej z art. 6 Trybunał odnosi się do dwóch odrębnych, chociaż powiązanych ze sobą kwestii. Pierwsza dotyczy istnienia „nieodpartych racji” opóźnienia zapewnienia dostępu do pomocy prawnej. Jeśli takie istnieją, ograniczenie nie będzie oznaczało naruszenia art. 6 ust. 1 albo ust. 3 lit. c. Skarżący jednak rzadko zarzucają ograniczenia pomocy prawnej w oderwaniu. Świadek albo podejrzany przesłuchany przez policję, a następnie zwolniony bez zarzutów, ma niewielki interes w podnoszeniu kwestii nieodpowiednich gwarancji proceduralnych. Zarzucony brak rzetelności generalnie rodzi się w przypadku wypowiedzi w trakcie policyjnego przesłuchania bez pomocy prawnej, które zostały następnie zaliczone do dowodów w postępowaniu karnym. W rezultacie, nawet jeśli ograniczenie dostępu do pomocy prawnej było usprawiedliwione z nieodpartych powodów i jako takie zgodne z art. 6, rzetelność postępowania może jednak w pewnych sytuacjach wymagać wykluczenia z późniejszego procesu karnego wszelkich wypowiedzi podczas przesłuchania w policji pod nieobecność adwokata. Rozważenia wymaga kwestia, czy ze względu na rzetelność całego postępowania przyjęcie za dowód takich wypowiedzi wyrządziło oskarżonemu w postępowaniu karnym nadmierną szkodę.

*Wyrok Ibrahim i inni v. Wielka Brytania,
16.12.2014 r., Izba (Sekcja IV),
skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08
i 40351/09, § 194–195.*

Wyjaśnienia złożone w fazie przedprocesowej przy braku gwarancji proceduralnych powinny być traktowane z ostrożnością. Przy ocenie, czy dopuszczenie wyjaśnień złożonych bez pomocy prawnej było zgodne z art. 6, Trybunał – w zakresie istotnym w danej sprawie – bada:

(a) ogólne ramy prawne mające zastosowanie i przewidziane w nich zabezpieczenia;

(b) czy jakość dowodu, w tym czy okoliczności jego uzyskania, budzą wątpliwości co do jego wiarygodności albo prawdziwości; w związku z tym istotne jest ustalenie, czy w trakcie przesłuchania policja zachowywała się właściwie, zwłaszcza czy nie stosowała nacisków ani nie maltretowała przesłuchiwanego oraz bezbronność podejrzanych;

(c) czy oświadczenia złożone podczas policyjnego przesłuchania zostały odpowiednio szybko wycofane, a zawarte w nich przyznanie się było następnie systematycznie dementowane, w szczególności po uzyskaniu przez podejrzanego porady prawnej;

(d) zabezpieczenia proceduralne w toku postępowania karnego, w szczególności czy skarżący mógł kwestionować autentyczność dowodu z takiego oświadczenia i sprzeciwiać się jego użyciu;

(e) moc innych dowodów oskarżenia w danej sprawie.

Wyrok Ibrahim i inni v. Wielka Brytania, 16.12.2014 r., Izba (Sekcja IV), skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09, § 196.

Przy ocenie, czy prawa skarżących z art. 6 zostały bezzasadnie ograniczone przez przyjęcie za dowód oświadczeń złożonych w policji bez możliwości skorzystania z pomocy prawnej, Trybunał musi zbadać, czy nawet gdyby decyzja o opóźnieniu dostępu do porady prawnej została uznana za usprawiedliwioną ze względu na okoliczności, oznaczałoby to bezzasadne ograniczenie prawa do rzetelnego procesu karnego.

Wyrok Ibrahim i inni v. Wielka Brytania, 16.12.2014 r., Izba (Sekcja IV), skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09, § 204.

PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)

Państwa Konwencji mają – co do zasady – prawo domagać się od cudzoziemców sta-

rających się o pobyt, aby złożyli odpowiedni wniosek za granicą. Nie mają one obowiązku zapewnienia cudzoziemcowi możliwości oczekiwania na wynik procedury imigracyjnej na swoim terytorium.

Wyrok Jeunesse v. Holandia, 3.10.2014 r., Wielka Izba, skarga nr 12738/10, § 101.

Jeśli państwo Konwencji toleruje obecność cudzoziemca na swoim terytorium, umożliwiając mu w ten sposób oczekiwanie na decyzję w sprawie wniosku o zezwolenie na pobyt, na rozpatrzenie odwołań od takich decyzji albo złożenie ponownego wniosku, pozwała cudzoziemcowi na uczestniczenie w życiu miejscowego społeczeństwa, nawiązywanie relacji z innymi i budowanie rodziny. Nie oznacza to jednak automatycznie, że z art. 8 Konwencji wynika obowiązek udzielenia mu zezwolenia na osiedlenie się. Podobnie prowadzenie życia rodzinnego nie oznacza, że państwo przyjmujące ma wynikający z art. 8 Konwencji obowiązek zgody na osiedlenie się rodziny. Trybunał już wcześniej uznał, że generalnie osoby znajdujące się w takiej sytuacji nie mogą oczekiwać przyznania im prawa pobytu.

Wyrok Jeunesse v. Holandia, 3.10.2014 r., Wielka Izba, skarga nr 12738/10, § 103.

Artykuł 8 nie nakłada na państwo ogólnego obowiązku poszanowania wyboru przez parę imigrantów związaną małżeństwem kraju jej pobytu albo zgody na połączenie rodziny na jego terytorium. Zakres obowiązku państwa przyjęcia na swoje terytorium krewnych osób już w nim przebywających różni się w zależności od szczególnych okoliczności odnoszących się do osób wchodzących w grę i interesu ogólnego. Uwzględnia się zakres, w jakim życie rodzinne zostałoby w rzeczywistości przerwane, więzi istniejące w państwie Konwencji, istnienie niemożliwych do przezwyciężenia przeszkód w prowadzeniu życia rodzinnego w kraju pochodzenia cudzoziemca oraz względy związane z kontrolą imigracyjną (np. historia

naruszeń prawa imigracyjnego) albo względu porządku publicznego przemawiające za wydaleniem.

Wyrok Jeunesse v. Holandia, 3.10.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 12738/10, § 107.

Ważne jest również ustalenie, czy życie rodzinne rozpoczęło się już po uświadomieniu sobie przez osoby wchodzące w grę, że ze względu na status imigracyjny jednej z nich jego trwanie w państwie przyjmującym będzie od początku zagrożone. W takim przypadku jedynie wyjątkowo wydalenie członka rodziny niebędącego obywatelem będzie oznaczało naruszenie art. 8.

Wyrok Jeunesse v. Holandia, 3.10.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 12738/10, § 108.

W sytuacji gdy wchodzi w grę dzieci, wymagane jest uwzględnienie ich najlepszych interesów. W tej konkretnej kwestii Trybunał potwierdził istnienie szerokiej zgody, w tym w prawie międzynarodowym, że wszystkie decyzje dotyczące dzieci i ich najlepszych interesów mają kluczowe znaczenie. Nie są one wyłącznie rozstrzygające, mają one jednak z pewnością duże znaczenie. W rezultacie krajowe ciała decyzyjne muszą co do zasady zwracać uwagę i oceniać dowody wskazujące na wymiar praktyczny, wykonalność i proporcjonalność wydalenia rodzica niebędącego obywatelem i w ten sposób zapewnić skuteczną ochronę i wystarczającą wagę najlepszych interesów dzieci bezpośrednio dotkniętych wydaleniem rodzica.

Wyrok Jeunesse v. Holandia, 3.10.2014 r.,
Wielka Izba, skarga nr 12738/10, § 109.

Artykuł 8 obejmuje integralność fizyczną osoby, jako że jej ciało jest najbardziej intymnym aspektem życia prywatnego. Interwencja medyczna nawet o niewielkim znaczeniu stanowi ingerencję w to prawo. Wrażliwy charakter procedury medycznej oraz fakt, że studenci medycyny są jej świadkami i w rezultacie mają dostęp do poufnych informacji medycznych dotyczących stanu pacjenta, oznacza ingeren-

cję w jego życie prywatne w rozumieniu art. 8 Konwencji.

Wyrok Konovalova v. Rosja, 9.10.2014 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 37873/04, § 40–41
– dot. obecności studentów medycyny podczas porodu w szpitalu.

Uprawniony interes ogółu w uzyskaniu informacji o dochodzeniu parlamentarnym w sprawie zachowania posła oraz jego rezultatach uległby osłabieniu, gdyby nie było ono z natury publiczne, a raporty z niego nie były powszechnie dostępne.

Decyzja o uznaniu skargi za niedopuszczalną Hoon v. Wielka Brytania, 4.12.2014 r.,
Izba (Sekcja IV), skarga nr 14832/11, § 37
– dot. posła, który padł ofiarą dziennikarskiej prowokacji.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Poruszanie się publicznie nago, aby w ten sposób wyrazić swoją opinię o niewinnej naturze ciała ludzkiego, można uznać za formę wypowiedzi objętą art. 10 Konwencji.

Wyrok Gough v. Wielka Brytania,
28.10.2014 r., Izba (Sekcja IV), skarga
nr 49327/11, § 150.

Pluralizm i demokracja muszą być oparte na dialogu i duchu kompromisu obejmującym rozmaite ustępstwa ze strony jednostek albo grup, usprawiedliwione w celu zachowania i promowania idei i wartości społeczeństwa demokratycznego. Poszanowanie przez państwo poglądów mniejszości przez tolerancję dla zachowań, które – jako takie – nie są niezgodne z wartościami społeczeństwa demokratycznego albo pozostają całkowicie poza obowiązującymi w nim normami zachowania, nie tylko nie rodzi niesprawiedliwych nierówności ani nie oznacza dyskryminacji, ale zapewnia w społeczeństwie spójny i stabilny pluralizm oraz promuje harmonię i tolerancję.

Wyrok Gough v. Wielka Brytania,
28.10.2014 r., Izba (Sekcja IV), skarga
nr 49327/11, § 168.

Wchodzący w grę margines swobody działania władz w przypadkach publicznego obnażania się, w odróżnieniu od regulacji samych tylko wypowiedzi albo argumentów na ten temat, musi być szeroki.

Wyrok Gough v. Wielka Brytania,
28.10.2014 r., Izba (Sekcja IV),
skarga nr 49327/11, § 172.

Osoba obnażająca się publicznie, realizując swoje prawo do wolności wypowiedzi, ma co do zasady ogólny obowiązek poszanowania obowiązującego prawa i realizowania zgodnie z nim woli doprowadzenia do zmian prawnych i społecznych. Może korzystać z wielu innych dróg wyrażania opinii na temat nagości albo podjęcia debaty publicznej na ten temat. Ma również obowiązek – zwłaszcza że domagała się tolerancji dla własnego zachowania – wykazywania tolerancji i wrażliwości na poglądy innych.

Wyrok Gough v. Wielka Brytania,
28.10.2014 r., Izba (Sekcja IV),
skarga nr 49327/11, § 175.

Artykuł 10 nie sięga tak daleko, aby umożliwiał jednostkom, nawet szczerze przekonanym o własnych racjach, uporczywie narzucanie swoich antyspołecznych zachowań innym, niechętnym im członkom społeczeństwa, a następnie zarzucanie nieproporcjonalnej ingerencji w korzystanie z wolności wypowiedzi, w sytuacji gdy państwo, wypełniając swój obowiązek ochrony społeczeństwa przed naruszeniami porządku publicznego, egzekwuje prawo w związku z takim umyślnym, uporczywie powtarzającym się antyspołecznym zachowaniem.

Wyrok Gough v. Wielka Brytania,
28.10.2014 r., Izba (Sekcja IV),
skarga nr 49327/11, § 176.

Zakazanie określonego zachowania przez prawo karne nie wystarcza do uznania, że przestało ono być objęte zakresem pojęcia „życie prywatne”.

Wyrok Gough v. Wielka Brytania,
28.10.2014 r., Izba (Sekcja IV),
skarga nr 49327/11, § 183.

W przypadku wyboru przez jednostkę sposobu jej pożądanego publicznego wyglądu – analogicznie jak przy stosowaniu art. 9 Konwencji do przekonanych religijnych – nie można powoływać się na art. 8 dla ochrony każdej możliwej do pomyślenia osobistej opcji w tej sferze: przypuszczalnie musi istnieć przynajmniej minimalny poziom powagi takiego wyboru.

Wyrok Gough v. Wielka Brytania,
28.10.2014 r., Izba (Sekcja IV),
skarga nr 49327/11, § 184.

Konwencja chroni wszystkich uczestników debat w kwestiach uprawnionej publicznej troski.

Wyrok Braun v. Polska, 4.11.2014 r., Izba
(Sekcja IV), skarga nr 30162/10, § 47.

Ocena, czy określone działanie albo zachowanie było objęte ochroną na podstawie art. 10 Konwencji, jest zależna od natury danego działania lub zachowania, w szczególności jego obiektywnie ekspresyjnego charakteru, a także celu i zamiaru osoby dokonującej danego aktu albo przejawiającej określone zachowanie. Obłanie farbą pomników można było uznać obiektywnie za akt stanowiący wypowiedź.

Wyrok Murat Vural v. Turcja, 21.10.2014 r.,
Izba (Sekcja V), skarga nr 9540/07, § 54.

Zasadniczo pokojowe i niewiążące się z prężnością formy wypowiedzi nie powinny być zagrożone karą oznaczającą pozbawienie wolności.

Wyrok Murat Vural v. Turcja, 21.10.2014 r.,
Izba (Sekcja V), skarga nr 9540/07, § 66.

PRAWO DO SKUTECZNEGO ŚRODKA ODWOŁAWCZEGO (ART. 13)

Trybunał nie może oceniać praktycznej dostępności środka prawnego bez uwzględnienia przeszkód językowych, możliwości dostępu do niezbędnych informacji oraz fachowych porad, warunków materialnych, na które powołuje się zainteresowany, oraz innych konkretnych okoliczności sprawy.

Wyrok Sharifi i inni v. Włochy i Grecja,
21.10.2014 r., Izba (Sekcja II),
skarga nr 16643/09, § 168.

ZAKAZ ZBIOROWEGO WYDALANIA CUDZOZIEMCÓW (ART. 4 PROTOKOŁU NR 4)

Trybunał nie kwestionuje prawa państw do prowadzenia suwerennej polityki w sferze imigracji, ewentualnie w ramach współpracy dwustronnej, ani obowiązków wypływających z ich przynależności do UE. Trudności, z jakimi mogą się one spotykać w zarządzaniu napływem migrantów albo przy przyjmowaniu wnioskujących o azyl, nie mogą jednak usprawiedliwiać sięgania do praktyk niezgodnych z Konwencją albo jej protokołami.

Wyrok Sharifi i inni v. Włochy i Grecja,
21.10.2014 r., Izba (Sekcja II), skarga
nr 16643/09, § 224.

ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 14)

Środek tak drastyczny jak zwolnienie ze stanowiska wyłącznie ze względu na płeć negatywnie wpływa na tożsamość danej osoby, jej wyobrażenie o sobie oraz poczucie własnej wartości, a w rezultacie na jej życie prywatne. Zwolnienie wyłącznie ze względu na płeć stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego. Poza tym ma wpływ na „wewnętrzny krąg” danej osoby, ponieważ utrata zatrudnienia musi być dolegliwa również materialnie dla niej samej i jej rodziny. Z tego powodu musi ona również cierpieć i obawiać się przyszłości. Zwolnienie odbija się na jej wielu relacjach z innymi ludźmi, w tym zawodowych, oraz możliwości wykonywania zawodu odpowiadającego kwalifikacjom. W rezultacie ma zastosowanie art. 14 Konwencji w połączeniu z art. 8.

Wyrok Emel Boyraz v. Turcja, 2.12.2014 r.,
Izba (Sekcja II), skarga nr 61960/08, § 44.

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA WYŻSZEGO SĄDU DYSCYPLINARNEGO ADWOKATURY

Tymczasowe zawieszenie w czynnościach zawodowych może ulegać zmianie stosownie do usprawiedliwionych sytuacją okoliczności sprawy.

*Postanowienie WSD z 18 stycznia 2014 r.,
WSD 81/13.*

Obowiązkiem adwokata w każdym postępowaniu jest uzyskanie zgody reprezentowanej strony na zaniechanie wniesienia środka odwoławczego, biorąc zaś pod uwagę krótkie terminy związane z wniesieniem środków, obowiązek ten oznacza konieczność niezwłocznego skontaktowania się z klientem po doręczeniu orzeczenia, które może zostać zaskarżone.

*Orzeczenie WSD z 15 lutego 2014 r.,
WSD 89/13.*

Nadużycie wykonywanego zawodu adwokata przy popełnieniu przestępstwa umyślnego płatnej protekcji albo okazanie przy popełnieniu tego przestępstwa, że dalsze wykonywanie zawodu adwokata zagraża istotnym dobrom chronionym prawem, z istoty swojej pociąga za sobą utratę przymiotu nieskazitelności charakteru oraz rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu, co uzasadnia wymierzenie kary dyscyplinarnej wydalenia z adwokatury.

*Orzeczenie WSD z 22 lutego 2014 r.,
WSD 88/13.*

§ 8 Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu nie może stanowić samodzielnej podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej. Materialnoprawną podstawą odpowiedzialności dyscyplinarnej musi być bowiem przepis rangi ustawowej, a kryterium tego nie spełnia uchwała wprowadzająca Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu, będąca aktem wewnętrznym organu samorządu zawodowego adwokatury.

*Orzeczenie WSD z 22 lutego 2014 r.,
WSD 95/13.*

Według przepisów Kodeksu postępowania karnego, stosowanego zgodnie z art. 95n ustawy Prawo o adwokaturze, brak jest możliwości wydania w postępowaniu dyscyplinarnym orzeczenia zaocznego. Niestawiennictwo na rozprawie obwinionego nie tamuje rozpoznania sprawy, przy czym orzeczenie w takim przypadku zapada pod jego nieobecność. Stosownie do art. 377 § 3 k.p.k. w zw. z art. 95n ustawy Prawo o adwokaturze postępowanie może toczyć się pod nieobecność obwinionego, chyba że sąd uzna jego obecność za niezbędną. Zgodnie z art. 377 § 6 k.p.k. w zw. z art. 95n ustawy Prawo o adwokaturze wyrok wydany pod nieobecność obwinionego nie jest traktowany jako wyrok zaoczny.

*Orzeczenie WSD z 22 lutego 2014 r.,
WSD 95/13.*

Artykuł 88a ustawy Prawo o adwokaturze stanowi, że od orzeczeń i postanowień kończących postępowanie dyscyplinarne stronom przysługuje odwołanie. Szczegółowe regulacje odnośnie do zaskarżania postanowień o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania przewiduje natomiast Kodeks postępowania karnego. Sąd, rozpoznając zażalenia na takie postanowienie, działa jako sąd odwoławczy, w związku z czym zgodnie z art. 426 § 1 k.p.k. zażalenie na takie postanowienie jest niedopuszczalne z mocy ustawy i jako takie podlega pozostawieniu bez rozpoznania na podstawie art. 430 § 1 k.p.k. w zw. z art. 429 § 1 k.p.k.

*Postanowienie WSD z 22 marca 2014 r.,
WSD 145/12.*

Wznowienie postępowania może nastąpić tylko w wypadku uprawdopodobnienia w wysokim stopniu występowania określonych, wskazanych w ustawie, błędów lub wad prawnych zaskarżonego rozstrzygnięcia. Prawny obowiązek wykazania istnienia podstaw wznowienia (formalny ciężar dowodu) oraz niekorzystny skutek wypływający z nie-

wykazania błędności kwestionowanego prawomocnego rozstrzygnięcia (tzw. materialny ciężar dowodu) spoczywa na podmiocie, który wnosi nadzwyczajny środek unormowany w rozdziale 56 k.p.k.

*Postanowienie WSD z 29 marca 2014 r.,
WSD 18/13.*

Zgodnie z art. 80 ustawy Prawo o adwokaturze, odpowiedzialności dyscyplinarnej podlegają jedynie adwokaci i aplikanci adwokaccy. (...) Warunkiem umożliwiającym prowadzenie postępowania dyscyplinarnego jest to, by w jego toku osoba, której postępowanie dotyczy, była adwokatem lub aplikantem adwokackim. Podstawą prawną postanowienia o umorzeniu postępowania z uwagi na fakt, że przewinienie dyscyplinarne popełnione zostało przez osobę niebędącą w toku postępowania adwokatem lub aplikantem adwokackim, jest art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 95n ustawy Prawo o adwokaturze (inna okoliczność wyłączająca postępowanie).

*Postanowienie WSD z 26 kwietnia 2014 r.,
WSD 105/12.*

Z wokandy Luksemburga

Tomasz Tadeusz Koncewicz

PARLAMENT EUROPEJSKI JAKO GRACZ SĄDOWY. Kilka refleksji o „polityce orzeczniczej” sądu unijnego

Niewiele osób zdaje sobie sprawę, że głosując w wyborach do Parlamentu Europejskiego (dalej: Parlament), nie dokonujemy wyboru wyłącznie składu jednej z europejskich instytucji politycznych, ale także wpływowego gracza na sali sądowej, dla którego prawo i jego interpretacja są narzędziami osiągnięcia celów niezrealizowanych w procesie politycznym, a sala sądowa staje się jednym z forów walki o te cele. Na samym początku istnienia Wspólnot Parlament nie korzystał ani z legitymacji czynnej (obok państw, Komisji i Rady) do złożenia skargi o unieważnienie unijnego aktu prawnego, ani też z legitymacji biernej, gdy akt prawny Parlamentu, obok Rady i Komisji, mógłby być przedmiotem takiej skargi. To milczenie wynikało z faktu, że Parlament nie korzystał wówczas z kompetencji prawodawczych. O ile z czasem status Parlamentu w procesie legislacyjnym ulegał wraz z kolejnymi zmianami Traktatów stopniowemu wzmocnieniu, o tyle Traktaty konsekwentnie milczały w zakresie sądowej legitymacji biernej i/lub czynnej Parlamentu. Równoległe do procesu politycznej zmiany Traktatów

przez państwa członkowskie mieliśmy za to do czynienia z subtelną działalnością kompensacyjną Trybunału Sprawiedliwości (TS)¹. Otwierając salę sądową przed Parlamentem, TS dla jednych kreatywnie interpretował Traktat, a dla innych w sposób niedopuszczalny zmieniał jego tekst. Jedno nie ulega wątpliwości. Patrząc wstecz, należy stwierdzić, że „sprawy parlamentarne” okazały się cezurą tak dla TS i jego roli w prawie europejskim, jak i dla samego prawa europejskiego oraz jego interpretacji.

POZWANY PARLAMENT, A TRAKTAT MILCZY

W sprawie *Les Verts v. Parlament Europejski*² TS został skonfrontowany ze skargą kwestionującą ważność aktu prawnego wydanego przez Parlament. Uznając skargę za dopuszczalną, podkreślił, że Wspólnota Europejska stanowi porządek oparty na prawie, w którym ani państwa członkowskie, ani instytucje nie mogą unikać kontroli, czy ich akty prawne są zgodne z podstawową

¹ Szeroko o tym aspekcie funkcji sądu unijnego pisałem w: *Traktat z Lizbony wobec operatywności unijnego systemu ochrony prawnej i modelu kooperacyjnego prawodawcy*, „Przeгляд Sejmowy” 2010, nr 4(99).

² Sprawa 294/83, [1986] ECR 1339.

kartą konstytucyjną – Traktatem³. Trybunał przyznał, że Traktat nie przewidywał typu skargi wniesionej przez skarżącego przeciwko Parlamentowi, jednakże zadanie ETS zapewnienia poszanowania prawa (dzisiaj art. 19 TUE) wymaga wzięcia pod uwagę ogólnego systemu Traktatu, którego celem jest umożliwienie wystąpienia ze skargą o unieważnienie przeciwko każdemu aktowi prawnemu instytucji, który wywołuje skutki prawne dla podmiotów trzecich. Interpretacja wykluczająca spod kontroli legalności akty prawne Parlamentu prowadziłyby do rezultatu sprzecznego zarówno z duchem Traktatu wyrażonym w nakazie poszanowania prawa, jak i z jego systemem. Wszystkie instytucje wspólnotowe (a więc i Parlament) muszą zostać poddane kontroli legalności ich działania sprawowanej przez sąd. Pozwolenie na wkraczanie przez Parlament w drodze wydawanych aktów prawnych w sferę kompetencji przyznanych innym instytucjom bez stworzenia możliwości sprawowania kontroli sądowej podważyłoby równowagę instytucjonalną pomiędzy instytucjami. Skoro akty prawne Parlamentu mogłyby ingerować w kompetencję Komisji, Rady lub państw, podmioty te muszą być w stanie chronić swoje własne prerogatywy, kwestionując te akty prawne.

PARLAMENT POZYWA, SĄD PRZEŁAMUJE TEKST

Po wyroku w sprawie *Les Verts* tylko kwestią czasu było podniesienie argumentu, że skoro Parlament korzysta z legitymacji bierniej, to musi także korzystać z legitymacji czynnej. Sprawą,

w której to nastąpiło, była tzw. sprawa *Chernobyl*⁴. Chodziło w niej o ochronę traktatowej prerogatywy Parlamentu do udziału w procesie prawodawczym. Parlament argumentował, że jego udział w procesie uchwalania zakwestionowanego rozporządzenia nie był wystarczający, a właściwą procedurą dla przyjęcia tego rozporządzenia była tzw. współpraca, a nie konsultacja, wybór zaś jednej kosztem drugiej miał bezpośredni wpływ na pozycję Parlamentu, skoro procedura współpracy była korzystniejsza dla Parlamentu w porównaniu z konsultacją.

Konieczny, ale już niewystarczający, był powrót na szlak wyznaczony przez *Les Verts*. Trybunał wyraźnie przyznał, że w systemie Traktatów istnieje luka o charakterze proceduralnym, skoro Parlament nie jest wymieniony jako jedna z instytucji, która może kierować do sądu skargę o unieważnienie. Trybunał wskazał, że unijna równowaga instytucjonalna wymaga, aby każda instytucja korzystająca ze swoich kompetencji respektowała jednocześnie kompetencje przysługujące innym instytucjom, oraz że każdej z instytucji musi przysługiwać środek ochrony prawnej w celu ochrony tych kompetencji. Instytucje mają wprawdzie charakter niezależny i autonomiczny wobec siebie, ale muszą respektować autonomię pozostałych. Zasada równowagi instytucjonalnej⁵ jest istotnym elementem rozumowania sądu z racji jej znaczenia jurysdykcyjnego, skoro TS wskazuje, że każde naruszenie tak rozumianej zasady musi podlegać sądowej kontroli legalności⁶. Gdy istnieje kompetencja, musi istnieć możliwość jej prawnej ochrony. Innymi słowy, *ubi praerogativa ibi remedium*⁷. W przeciwnym razie

³ O Traktacie jako konstytucji zob. świetną monografię B. Rischki-Słowik, *Konstytucja Sportu w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014. O roli takiego konstytucyjnego ujęcia w procesie interpretacji Traktatów zob. T. T. Koncewicz, *Traktat rzymski, czyli wspólnotowa karta konstytucyjna*, „Rzeczpospolita” z 23 listopada 2007 r. (tekst dostępny na www.prawo.rp.pl/arttykul/71250.html).

⁴ Sprawa C-70/88, *Parlament v. Rada*, [1990] ECR 2041.

⁵ O samej zasadzie zob. ogólnie m.in. T. Dubowski, *Zasada równowagi instytucjonalnej. Wybrane problemy*, (w:) C. Mik (red.), *Zasady ogólne prawa europejskiego*, Toruń 2007.

⁶ Szerzej J. Galster, *Zasada równowagi instytucjonalnej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Gdańskie Studia Prawnicze, Tom XXXI/2014, s. 109 i n.

⁷ Por. z uwagami sędziego TS K. Lenaerts, *Słowo wstępne*, (w:) T. T. Koncewicz, *Wspólnotowy kodeks proceduralny – Community Procedural Code*, Warszawa 2009.

kompetencja przyznana będzie miała charakter iluzoryczny. W rezultacie TS uznał wprawdzie, że skarga Parlamentu jest dopuszczalna, ale jej dopuszczalność uzależnił od wykazania przez Parlament, iż zmierza ona do ochrony jego prerogatyw.

TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI. RÓWNIJSZY WŚRÓD RÓWNYCH?

Zadaniem TS zobowiązanego do zapewnienia przestrzegania prawa w procesie interpretacji i stosowania Traktatów (art. 19 TUE) jest zagwarantowanie, że każde naruszenie kompetencji nadanych Parlamentowi jest poddane kontroli sądowej, a równowaga instytucjonalna respektowana niezależnie od istnienia szczegółowego przepisu proceduralnego. Prowadzi to w sposób nieuchronny do zadania na koniec tej krótkiej analizy frapującego pytania, czy sam TS jest związany zasadą równowagi instytucjonalnej. Trybunał Sprawiedliwości jako jedna z instytucji Unii jest podmiotem kontrolującym, ale winien także, zgodnie z logiką tej samej zasady, być podmiotem kontrolowanym. Tymczasem usytuowanie TS wobec tej zasady jest szczególne, skoro to właśnie TS jest instytucją, której Traktaty powierzają rolę zapewnienia i gwarantowania, że prawo i równowaga instytucjonalna są przestrzegane. W rzeczywistości (pamiętając o możliwości zmiany Traktatu przez państwa członkowskie) tylko TS jest władny kontrolować przestrzeganie przez siebie zasady równowagi instytucjonalnej i wyznaczać jej granice dla siebie! W konsekwencji jedna instytucja skupia w sobie kompetencję do wiążącej delimitacji zakresu zasady równowagi instytucjonalnej i jej konsekwencji dla wszystkich pozostałych. Diametralnie inaczej sytuacja przedstawia się w przypadku czterech pozostałych instytucji, ponieważ nigdy o naruszeniu zasady równowagi instytucjonalnej przez np. Komisję nie orzeka Komisja, ale tylko sąd.

PRAWO JAKO TEKST I DZIAŁANIE

Dzisiejszy kształt traktatowej skargi o unieważnienie aktu unijnego (obecnie Parlament korzysta z nieograniczonej legitymacji czynnej i legitymacji biernej, gdy jego akt wywołuje skutki prawne wobec podmiotów trzecich) jest wyrazem wieloletniej ewolucji Traktatu: od milczenia do stopniowego dostrzeżenia i uznania roli Parlamentu w systemie instytucjonalnym UE. Jest doskonałym potwierdzeniem komplementarności działania prawodawcy politycznego (państw jako „Panów Traktatu” odpowiadających za jego zmiany) wobec sądu i *vice versa*. Każdy z tych podmiotów wsłuchuje się w to, co mówi drugi, działa odpowiednio, planuje, reaguje i stale adaptuje swoje wybory do otoczenia. Ma to fundamentalne znaczenie, ponieważ prawo europejskie to nie tylko teksty, ale w równym stopniu działania aktorów teksty interpretujących⁸. To ważne, bo w Polsce cały czas zbyt często naszą analizę prawa europejskiego kończymy na tym pierwszym, lekceważąc wymiar faktycznego działania aktora *na tekście* i z tekstem. Integracja europejska toczy się dwiema ścieżkami: polityczną, wyznaczoną przez aktywność państw, i sądową, w której logikę i reguły dyktuje sala sądowa. Podczas gdy państwa kończą swoją trasę, podpisując Traktat (zawsze będący tylko niedoskonałym tekstem), sąd swoją własną dopiero rozpoczyna, bazując na tym, co zostawili poprzednicy, i budując nowe fundamenty dla przyszłych generacji sędziów. Orzecznictwo „*Les Verts/Chernobyl*” zajmuje szczególne miejsce w tej unijnej marszrucie i kluczowy element „pamięci” oraz „tożsamości instytucjonalnej” europejskiego sądu. W końcu, nawiązując do zadanego wyżej pytania, *Les Verts* i *Chernobyl* pozostają do dzisiaj najlepszym wytłumaczeniem, dlaczego w unijnym systemie instytucjonalnym, jak w orwellowskim świecie, wszystkie instytucje są równe, ale w rzeczywistości niektóre są trochę równiejsze!

⁸ O tym piszę (z dalszymi odesłaniami do prac A. Kozaka) w: *Prawo europejskie jako prawo tekstów i działań aktorów, czyli o wyzwaniu prawniczej wyobraźni i języka*, (w:) B. Rischka-Słowik, *Konstytucja Sportu w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY POWAGA RZECZY OSĄDZONEJ W POSTĘPOWANIU CYWILNYM OPIERA SIĘ NA PRZESŁANCE TOŻSAMOŚCI FAKTYCZNEJ, CZY RÓWNIEŻ TOŻSAMOŚCI PRAWNEJ PRZEDMIOTU ROZSTRZYGANIA?

Wprawdzie nieczęste są w praktyce wypadki, gdy pozew ulega odrzuceniu z przyczyny wskazanej w art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c., jednakże te nieliczne sytuacje, w których takie postanowienia mogą zapadać, prawie zawsze wynikają z bardzo interesujących – w sensie procesowym – warunków konkretnej sprawy. Podjętą w trzyosobowym składzie uchwałą z 21 listopada 2013 r., o sygnaturze III CZP 67/13, Sąd Najwyższy udzielił następującej odpowiedzi na pytanie jednego z sądów apelacyjnych: „O powadze rzeczy osądzonej decyduje, poza identycznością stron oraz przedmiotu rozstrzygnięcia, także tożsamość podstawy sporu”.

Nietrudno zauważyć, że w samej tezie nie sprecyzowano, czy przywołane pojęcie „tożsamość podstawy sporu” miałyby obejmować swoim zakresem tylko podstawę faktyczną, czy również prawną.

Rozważania w tej kwestii mają w istocie za przedmiot rozumienie pojęcia „powaga rzeczy osądzonej”, zdefiniowanego w art. 366 k.p.c. Z przepisu tego wynika, po pierwsze, że zarzut *rei iudicatae* może zostać postawiony jedynie w wypadku pokrywania się stron sporu. Po drugie zaś – że drugim, kumulatywnie współistniejącym warunkiem skutecznego wysunięcia takiego zarzutu jest tożsamość przedmiotu tego, o czym sąd miałby rozstrzygać.

W literaturze przedmiotu spotykany jest pogląd, wedle którego „przedmiotowe granice powagi rzeczy osądzonej wyznaczone są przez przedmiot rozstrzygnięcia sądu oraz podstawę faktyczną rozstrzygnięcia” (tak – E. Marszałkowska-Krześ, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 10, Warszawa 2014). Część komentatorów akcentuje natomiast istnienie tradycji orzeczniczej sięgającej lat 60. i 70. XX wieku, stawiającej wymóg tożsamości „podstawy faktycznej i prawnej” [tak m.in. K. Piasecki, (w:) K. Piasecki, A. Marciniak, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2014, t. I].

Dosyć rzadko natrafić można na taką analizę treści art. 366 k.p.c., która wyraźnie oddzielałaby od siebie użyte w tym artykule pojęcia: „podstawa sporu” i „przedmiot rozstrzygnięcia”. Nie podjęto próby odseparowania obydwu pojęć także w ramach rozbioru problemu dokonanego przez Sąd Najwyższy w wyroku z 8 maja 2014 r., sygn. akt V CSK 376/13. W motywach tego orzeczenia trafnie zaakcentowano, że negatywna przesłanka procesowa zwana *res iudicata* jest instytucją prawa procesowego, ale ściśle wiąże się ona z prawem materialnym. Dalej zaś stwierdzono, że „każdorazowo granice przedmiotu procesu są określone żądaniem pozwu, skonkretyzowanym

podstawą powództwa, zatem ramy procesu wyznacza akt woli i wiedzy powoda (art. 321 § 1 k.p.c.). Choć obie konstatacje niewątpliwie są słuszne, to jednak użyte w cytowanym zdaniu instrumentarium słowne w niewielkim stopniu przybliży odbiorcę ku jednoznacznemu rozwikłaniu myśli ustawodawczej zawierającej się w pierwszej części przepisu art. 366. Tożsamość przedmiotową przepis ten odnosi „do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia”. Ten dosłowny cytat rzeczywiście wydaje się stawić na pierwszym miejscu „przedmiot rozstrzygnięcia” – czyli żądanie pozwu, a jako wtórny element traktować „podstawę sporu”. Prawodawca poskąpił jednakże wskazówek, co należy rozumieć przez ową „podstawę” – choć w innych kodeksowych przepisach (choćby w art. 72 i 328 k.p.c.) w jasny sposób przywołał zarówno „podstawę prawną”, jak i „podstawę faktyczną”.

Pozostaje poza wszelkimi wątpliwościami, że tożsamość „podstawy” odnosi się do bazy faktycznej żądań, o których raz już prawomocnie orzeczono. Natomiast jest dyskusyjne, czy należy stawić podmiotowi powołującemu się w nowo wszczynanym procesie na zarzut *rei iudicatae* wymaganie, by wykazał również, że podstawy prawne roszczeń pokryłyby się w obydwu postępowaniach. Po pierwsze – zastosowana przez sąd podstawa prawna orzeczenia wydanego w pierwszym postępowaniu może być niełatwa do zidentyfikowania, jeżeli uprawomocniło się ono bez sporządzania uzasadnienia. Po drugie – pozew wniesiony w nowej sprawie może nie wskazywać przepisów prawa, na których jego autor opiera żądanie.

Problem, wbrew pozorom, wcale nie jest czysto teoretyczny. Przeciwnie: obydwie wska-

zane wyżej, niedawne orzeczenia Sądu Najwyższego zapadły w sytuacjach, w których istnienie dodatkowej przesłanki „tożsamości podstawy prawnej” miało kluczowe znaczenie dla sytuacji stron procesowych.

W uchwale o sygnaturze III CZP 67/13 problem sprowadzał się – by zrelacjonować go tutaj w dużym uproszczeniu – do skutków zmiany stanu prawnego polegającej na dopuszczeniu możliwości pozwania zakładu ubezpieczeń o zapłatę; zmiana ta wywołała wątpliwość, czy można to skutecznie uczynić, skoro pod rządami poprzednich przepisów prawomocnie oddalono roszczenie z podstawy deliktowej wysunięte przeciw ubezpieczycielowi.

Z kolei wyrok identyfikowany sygnaturą V CSK 376/13 miał za przedmiot (również sprawozdając tu w pewnym uproszczeniu) deliberacje, czy zarzut rzeczy osądzonej może skutecznie zahamować podniesienie w nowym procesie twierdzenia o nieważności podstawowego stosunku kontraktowego zabezpieczonego wekslem, skoro o roszczeniach wcześniej prawomocnie rozstrzygnięto na podstawie przepisów prawa wekslowego.

Być może zatem prawidłowa interpretacja art. 366 k.p.c. powinna zawsze odbywać się w szerszym kontekście – i prócz badania tożsamości faktycznej mieć za przedmiot również określanie, jaka podstawa prawna stała się przyczyną uwzględnienia bądź oddalenia powództwa we wcześniejszym procesie. Nie wydaje się, by wykładnia taka nosiła cechy interpretacji *contra legem*. Wywiedzenie braku prawnej tożsamości podstaw dawniej zakończonego sporu może się czasami okazać konieczne do otwarcia drogi do tego, aby prawne położenie powoda uczynić sprawiedliwym.

Pytanie o obronę (23)

Antoni Bojańczyk

„OBRONA NA ŻĄDANIE” – CZYŻBY JESZCZE JEDEN KROK W KIERUNKU HIPERGWARANCYJNOŚCI PROCESU KARNEGO?

1. Bez wątplenia do jednej z najbardziej doniosłych zmian wprowadzanych przez nowelizację do procedury karnej należy zaliczyć wprowadzenie tzw. obrony z urzędu na żądanie w postępowaniu jurysdykcyjnym. Z punktu widzenia rekonfiguracji prawa do korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu karnym jest to niewątpliwie zmiana *najważniejsza*. Oskarżony niemający obrońcy z wyboru będzie mógł wnioskować o wyznaczenie obrońcy z urzędu. Obrońcę wyznaczy prezes sądu, sąd lub referendarz (nowy przepis art. 80a k.p.k.). I to bez żadnych dodatkowych warunków, bez jakichkolwiek pytań o powody złożenia wniosku czy konieczności składania jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień ze strony oskarżonego. Jest w związku z tym oczywiste, że wraz z wejściem w życie tej regulacji prawo ubogich w formie znanej dzisiejszemu procesowi karnemu (art. 78 § 1 k.p.k.) utraci jakąkolwiek rację bytu. Naturalnie musi zatem dojść do istotnej korekty zakresu działania tzw. prawa ubogich. Tak się też w istocie stanie. Będzie ono po wejściu w życie nowelizacji ograniczone wyłącznie do postępowania przygotowawczego. Od początku lipca tego roku wyłącznie podejrzany będzie mógł się ubiegać o wyznaczenie

obrońcy na podstawie przesłanek związanych ze stanem majątkowym. Wprowadzana przez ustawodawcę instytucja obrony na żądanie nie będzie zatem funkcjonowała w postępowaniu przygotowawczym. Wniosek o wyznaczenie obrońcy na żądanie będzie mógł dotyczyć zarówno „ogólnego” wyznaczenia obrońcy do postępowania sądowego, jak i wyznaczenia do poszczególnych czynności w toku postępowania sądowego (przepis art. 80a § 2 k.p.k.).

2. W pierwszej kolejności wypada się odnieść do problemu zawartego w tytułowym pytaniu. Czy więc zmodyfikowanie dotychczasowych, dobrze sprawdzających się w praktyce zasad korzystania z pomocy obrońcy z urzędu (w każdym razie co do zasady poważniej niekwestionowanych ani w piśmiennictwie, ani w orzecznictwie) i wprowadzenie aż tak szerokiego dostępu do pomocy obrońcy z urzędu było rzeczywiście podyktowane racjonalnymi przesłankami, jak próbuje się to tłumaczyć w motywach projektu ustawy? Wbrew pozorom sprawa jest – moim zdaniem – nader wątpliwa. Zmiana ta – czytamy w uzasadnieniu projektu przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego (wydanie urzędowe, b.d.w., b.m.w., s. 65)

– „wynika zarówno z przekazania oskarżonemu większej swobody w zakresie realizacji prawa od obrony, rozszerzenia elementów kontrydiktoryjności, jak też z konieczności realizacji dyrektyw wynikających z orzecznictwa krajowych i międzynarodowych organów sądowych”. Dość ogólnikowe to uzasadnienie jak na tak istotną zmianę modelu pomocy prawnej świadczonej z urzędu (trzeba zresztą odnotować, że „odbiciem” normatywnym obrony na żądanie w postępowaniu jest – także nowa – instytucja pełnomocnika na żądanie). Szczególnie w zakresie owych bliżej nieskonkretyzowanych „dyrektyw” wynikających z orzecznictwa „organów sądowych”. Można się jednak próbować domyślić, o co przede wszystkim chodziło projektodawcy. Skoro w postępowaniu sądowym nastąpić ma istotne zwiększenie kontrydiktoryjności (a zatem sąd co do zasady nie powinien odgrywać roli dominującej na rozprawie, a w związku z tym nie będzie także realizować funkcji obrony w takim stopniu, jak to jest dzisiaj), to teoretycznie znacznie większa też będzie potrzeba korzystania z pomocy obrońcy. Zastanawiająca jest jednak jedna sprawa. Dlaczego ustawodawca zdecydował się na uczynienie aż tak wielkiej koncesji na rzecz oskarżonego w postępowaniu sądowym? Czyżby rzeczywiście korzystanie z pomocy obrońcy na zasadach określonych przez dziś obowiązujące przepisy procesowe natrafiało na aż tak trudne do przezwyciężenia przeszkody, stawiające pod znakiem zapytania możliwość korzystania z pomocy obrońcy, że konieczna jest tak głęboka i radykalna ingerencja ze strony ustawodawcy w model funkcjonowania pomocy prawnej świadczonej z urzędu? Dzisiejsze rozwiązania w zakresie korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu karnym czynią przecież całkowicie zadość wymogom zarówno Konstytucji RP (art. 42 ust. 2 zd. 2), jak i Konwencji Europejskiej (art. 6 ust. 3 lit. c). Naprawdę niczego w tym zakresie nie zmienia przemodelowanie przepisów ustawy w kierunku zwiększonej kontrydiktoryjności. Najistotniejsze jest bowiem to, że dzisiejsze ukształtowanie instrumentów procesowych

nakierowanych na należyte zapewnienie korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu karnym nie stwarza doprawdy żadnego ryzyka znaczącego obniżenia poziomu gwarancji zorientowanych na korzystanie z pomocy w postępowaniu karnym. Dlatego też trzeba powiedzieć, że zmiana, którą wprowadza nowelizacja, jawi się jako mało racjonalna i w istocie zbędna. Obecna, dwustopniowa regulacja sposobu ustanawiania obrońcy dla oskarżonego (a więc zasada prymatu korzystania z pomocy obrońcy z wyboru i subsydiarna instytucja obrony z urzędu w związku z tzw. prawem ubogich, art. 78 § 1 k.p.k.) w adekwatny sposób gwarantuje możliwość realizowania prawa do korzystania z pomocy obrońcy w procesie karnym. W każdym razie ten oskarżony, który chce z prawa tego skorzystać, raczej nie powinien mieć z tym większych kłopotów, niezależnie od tego, czy jest, czy nie jest wystarczająco majątny.

Jak już wspomniano wyżej, do tej pory zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie nie sformułowano żadnych poważniejszych zastrzeżeń pod adresem funkcjonalności przepisów dotyczących korzystania z pomocy obrońcy. Uważano bowiem – słusznie, jak się zdaje – istniejące instrumenty prawne za dostateczną gwarancję realizacji prawa do korzystania z pomocy obrońcy. Trzeba przyznać, że pewne zastrzeżenia w tym zakresie może wywołać brak przepisów pozwalających na zaskarżenie rozstrzygnięcia o odmowie wyznaczenia obrońcy z powodu niezamieszkania oskarżonego i poddania tej decyzji kontroli sądu. Obecnie odmowa wyznaczenia obrońcy może być kwestionowana albo poprzez złożenie nowego wniosku powołującego się na inne okoliczności uzasadniające jego uwzględnienie, albo przez zaskarżenie apelacją odmowy ustanowienia obrońcy z urzędu w warunkach prawa ubogich (przepis art. 447 § 3 k.p.k.). Ale przecież ta luka w ustawie postępowania karnego mogłaby bez trudu zostać usunięta za pomocą drobnej właściwie korekty legislacyjnej (i w istocie projekt takiej zmiany wyszedł z Senatu – por. druk sejmowy nr 2540). Wydaje

się zatem, że nie sposób potraktować wprowadzanej instytucji (niezależnie od jej znacznie negatywnych implikacji ustrojowych, o czym nieco więcej niżej) inaczej niż w kategoriach hipergwarancyjności procesu karnego, to znaczy wprowadzania instrumentów procesowych o charakterze nadgwarancyjnym w sytuacji, gdy już obowiązujące przepisy w sposób dostateczny chronią istotne interesy uczestników postępowania karnego.

3. Trudno się zresztą oprzeć nasuwającemu się dość uporczywie wrażeniu, że przy projektowaniu przepisów o obronie na żądanie twórcom projektu chodziło nie tylko czy nie przede wszystkim o dostosowanie modelu świadczenia pomocy prawnej z urzędu do postępowania kontradiktoryjnego. Przekonują o tym dwa następujące, już nieco bardziej konkretne fragmenty z uzasadnienia projektu nowelizacji procedury. Zacytujmy je *in extenso*. „Celem zmiany zasad wyznaczania obrońcy z urzędu, określonych w przepisie art. 80a § 1 k.p.k., jest rozszerzenie zakresu działania obrońcy, tak by jego udział w postępowaniu sądowym stawał się regułą, a nie wyjątkiem” (uzasadnienie, s. 65). Doprawdy trudno zgodzić się z tak zdefiniowanym celem legislacyjnym projektu. Takie ujęcie problemu ignoruje wszak kwestię zupełnie fundamentalną dla problematyki prawa do korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu karnym. Korzystanie z pomocy obrońcy w postępowaniu jest *pravem* oskarżonego, i to przecież wyłącznie od jego autonomicznej decyzji powinno zależeć, czy będzie on to prawo wykonywał. Zadanie regulowania tego, czy udział obrońcy w postępowaniu jest „regułą”, czy raczej „wyjątkiem” (z wyraźnym wskazaniem w projekcie na „regułę”), nie należy do ustawodawcy. Ustawodawca winien zadbać jedynie o to, by zostały stworzone warunki umożliwiające nieskrępowane zbędnymi rygorami formalnymi korzystanie z pomocy obrońcy, co w wystarczającym stopniu zapewniają dziś obowiązujące przepisy Kodeksu postępowania karnego. (Tu trzeba oczywiście lojalnie przyznać, że przewidziany w nowelizacji system wyznaczania obrońców

z urzędu w postępowaniu sądowym takie warunki również stwarza.) Znacznie istotniejsza jest jednak inna sprawa, związana z uzasadnieniem wprowadzenia przez ustawodawcę tzw. obrony na żądanie. Chodzi o następujące wytłumaczenie funkcji nowej obrony z urzędu na żądanie, o którym czytamy w uzasadnieniu projektu: „wprowadzona reguła zapobiegać ma paraliżowi postępowania sądowego lub późniejszego powoływania się na brak możliwości prowadzenia skutecznej obrony i faktyczny brak możliwości korzystania z profesjonalnego zastępstwa procesowego” (uzasadnienie, s. 65). Wynikałoby więc z tego, że wcale nie o zapewnienie prawa do korzystania z pomocy obrońcy przez oskarżonego tu idzie (a może – nie przede wszystkim o to), lecz także o swoiste zabezpieczenie się przed ryzykiem instrumentalnego traktowania faktu niekorzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu karnym. Obawy takie są jednak, jak się zdaje, całkowicie bezpodstawne. Szkopuł bowiem w tym, że przecież również i przy dziś obowiązującym, „dwupoziomowym” systemie ustanawiania obrońcy (pierwszeństwo do korzystania z ustanowionego przez mandanta lub inne do tego uprawnione osoby obrońcy z wyboru, dopiero w drugiej kolejności prawo do ubiegania się o ustanowienie obrońcy z urzędu w wypadku należytego wykazania, że podsądny nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku niezbędnego dla utrzymania siebie i rodziny) w praktyce niebezpieczeństwo „późniejszego” powoływania się przez oskarżonego na „faktyczny brak możliwości korzystania z profesjonalnego zastępstwa procesowego” jest mało realne (wyjąwszy bardzo rzadkie sytuacje nietrafnej odmowy ustanowienia obrońcy w razie istnienia warunków „prawa ubogich”; tego problemu nie należy jednak załatwiać przez wprowadzenie obrony na żądanie, lecz sprawę można załatwić, wprowadzając kontrolę decyzji o odmowie ustanowienia obrońcy z urzędu).

4. Projektodawcy nie przeprowadzili niestety żadnych symulacji co do przybliżonej liczby spraw, w których będą wyznaczani obrońcy na

żądanie, położyli nacisk wyłącznie na przejaśkrawiony aspekt gwarancyjny nowej regulacji, jednocześnie bardzo lekką ręką obdarzając adwokaturę i samorząd radców prawnych znaczącym zbiorem spraw z urzędu. Musi to budzić poważny niepokój o lawinę wręcz wniosków o wyznaczenie obrońcy z urzędu na żądanie. Wprawdzie z jednej strony czynnikiem hamującym napływ wniosków o obrońcę na żądanie może być ryzyko zwiększenia kosztów ostatecznie obciążających oskarżonego w razie zapadnięcia wyroku skazującego. Ustanowienie obrońcy z urzędu nie oznacza bowiem wcale, iżby pomoc świadczona przez niego była dla oskarżonego darmowa. O tym, kto ponosi koszty sądowe (w tym koszty nieopłaconej przez strony pomocy prawnej udzielonej z urzędu przez adwokatów), decyduje przecież przede wszystkim kierunek orzeczenia kończącego postępowanie (por. art. 627 i 632 pkt 2 k.p.k.), a jeśli wziąć pod uwagę miażdżący jednak odsetek wyroków skazujących, może to oznaczać, że oskarżeni będą dość wstrzeźliwie korzystali z obrony na żądanie. Zresztą trzeba wskazać, że ustawodawca wyszedł ze słusznego założenia, iż oskarżonego należy już wcześniej poinformować o ewentualnych negatywnych następstwach finansowych złożenia wniosku o wyznaczenie obrońcy z urzędu i jej tylko prowizorycznie darmowym charakterze (por. art. 338 § 1a k.p.k.). Wątpliwe jednak, by znaczącą rolę hamującą miało odegrać tu widmo konieczności zapłaty wynagrodzenia za uzyskaną przez podsądnego pomoc z urzędu. Chłodna kalkulacja przekonana podsądnego, że niejednokrotnie złożenie wniosku o wyznaczenie obrońcy z urzędu będzie dlań najzwyczajniej w świecie znacznie bardziej opłacalne niż ustanowienie obrońcy z wyboru, a to za sprawą sztywnych, ustalonych przez rozporządzenie stawek za obronę (jak wiadomo, stawka minimalna za obronę w postępowaniu zwyczajnym przed sądem rejonowym wynosi 420 zł, a sądy mają tendencję do przyjmowania stawki w granicach stawki minimalnej). W dodatku mandant korzystający z pomocy obrońcy ustanowionej na

żądanie może liczyć na dodatkową „premię” dla jego obrony: obrońca będzie musiał być obecny w toku całej rozprawy głównej. Należy przecież pamiętać, że zgodnie z brzmieniem nowego przepisu art. 80a § 1 k.p.k. obecność „obrońcy na żądanie” na rozprawie głównej będzie obowiązkowa.

Zważywszy na globalnie wielką liczbę spraw karnych, można się zapewne spodziewać znacznej (jeżeli chodzi o liczby bezwzględne) liczby wniosków o wyznaczenie obrońcy z urzędu. To zaś może okazać się bardzo groźne dla adwokatów, którzy będą masowo wyznaczani do pracochłonnych i czasowo absorbujących obron w sprawach karnych (wskaźnik czasu trwania postępowania sprawy podlegającej rozpoznaniu wg przepisów o procesie dla spraw karnych i wykroczeniowych wynosił w pierwszym półroczu 2013 r. 136 dni, dane za przygotowaną przez Ministerstwo Sprawiedliwości *Ewidencją spraw według działów prawa w sądach powszechnych w I-szym półroczu 2012 i I-szym półroczu 2013 r.*). Jakiej liczby wniosków można się spodziewać? Zestawienie statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości (*Ewidencja spraw*) podaje, że sam wpływ spraw karnych podlegających rozpoznaniu według przepisów o procesie (K) do sądów rejonowych w pierwszym półroczu 2013 r. wyniósł 227 tysięcy. Zakładając (bardzo ostrożnie, jak się wydaje), że tylko w co czwartej sprawie oskarżony będzie wnioskował o wyznaczenie mu obrońcy „na żądanie”, to i tak daje to prawie 50 tysięcy (!) obron w sprawach karnych w skali kraju w *jednym* półroczu, wystarczającą liczbę, by obdzielić sprawami karnymi każdego adwokata i radcę prawnego w kraju. Obecnie regulacja prawo ubogich stanowi naturalną i skuteczną barierę przed scedowaniem zbyt wielkiej liczby obron z urzędu na członków adwokatury. Zgodnie z nowelizacją (przepis art. 81a § 1 k.p.k.) powstać ma lista obrońców wyznaczanych do obron z urzędu, sposób jej ustalania i sposób wyznaczania obrońcy udzielającego pomocy prawnej z urzędu ma zostać określony w rozporządzeniu wykonawczym Ministra Sprawiedliwości (delegacja ustawowa

w art. 81a §2 k.p.k.). Rozporządzenie nie zostało do tej pory wydane. Wstępny projekt Ministra Sprawiedliwości z czerwca 2014 r. zakładał utworzenie dwóch list adwokatów (radców prawnych): listy adwokatów (radców prawnych) wyrażających wolę świadczenia pomocy prawnej w postępowaniu karnym i adwokatów (radców prawnych) uprawnionych do obrony w postępowaniu karnym. W projekcie przewidziano, że do obrony w sprawach karnych wyznaczani byłiby adwokaci i radcowie prawni z listy pierwszej wedle „kolejności wpływu wniosków i potrzeb wynikających z innych okoliczności uzasadniających wyznaczenie obrońcy z urzędu” (§ 5 pkt 1 projektu).

5. Inny – trzeba powiedzieć, że niezwykle istotny nie tylko dla interesów adwokatury, ale także bardzo wiele mówiący o sposobie i racjach rozkładania ciężarów ekonomicznych w państwie – aspekt tej nowelizacji to strona finansowa postulowanego rozwiązania. I tu pojawiają się wątpliwości zupełnie zasadniczej natury z punktu widzenia sprawiedliwości przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania.

Konkretnie chodzi o to, czy cele założone przez ustawodawcę w związku ze zmianą modelu procesu karnego w kierunku bardziej kontradyktoryjnym, tj. zapewnienie w zasadzie uniwersalnej i co do zasady bezpłatnej reprezentacji fachowej procesowej zarówno oskarżonemu, jak i oskarżycielowi posiłkowemu (por. przepis art. 87a k.p.k., który przewiduje tryb wyznaczania pełnomocnika na żądanie) we wszystkich postępowaniach karnych, nie będą w istocie zrealizowane kosztem członków adwokatury (i – z chwilą uzyskania uprawnienia do prowadzenia obrony w postępowaniu karnym – samorządu zawodowego radców prawnych). Czy zatem nie dochodzi do sytuacji, w której koszty znacznego rozszerzenia dostępu do pomocy obrońcy działającego z urzędu próbuje się przerzucić na samorządy zawodowe adwokatów i radców prawnych? Trzeba pamiętać, że stawki w niewielkiej mierze rekompensują świadczenie pomocy prawnej z urzędu. Sprawa wymaga jednak szerszej analizy i przyjdzie do niej powrócić w jednym z następnych odcinków naszego cyklu.

W następnym odcinku:

Czy znowelizowane przepisy procedury karnej pozwalają obrońcy na korzystanie z opinii prywatnych?

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

ZACHOWANE GRANICE SWOBODNEJ OCENY DOWODÓW

Rozpoznawany przez sąd problem wiążący się *stricte* z poważnym naruszeniem zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, zarzucanym obwinionemu, wbrew pozorom nie był jednoznaczny. Policja zarzuciła obwinionemu wypełnienie znamion aż pięciu wykroczeń drogowych, a mianowicie z: art. 92 § 1 k.w., art. 92 § 2 k.w., art. 86 k.w., art. 97 k.w. i art. 87 k.w. Zgodnie z relacją strony oskarżającej kierujący samochodem osobowym marki Golf, wyjeżdżając ze stacji benzynowej na drogę publiczną, nie zastosował się do znaku pionowego nakazującego skręcenie w prawo, wskutek czego skręcił w lewo, przekraczając równocześnie podwójną linię ciągłą. Następnie uciekając przed ścigającym go radiowozem policyjnym na odcinku około 20 km prowadzącym przez cztery miejscowości, nie stosował się do sygnałów policyjnych nakazujących zatrzymanie pojazdu, w tym omijając jedną blokadę, przekroczył dwukrotnie dozwoloną prędkość, spowodował zagrożenie bezpieczeństwa przez wyprzedzanie na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych. Gdy wreszcie udało się go zatrzymać, okazało się, że jest w stanie po użyciu alkoholu, w wyniku badania stwierdzono bowiem zawartość alkoholu we krwi sięgającą 0,50‰ (drugie badanie wykonane w odstępie 15 minut wykazało tendencję spadkową – 0,47‰).

Obwiniony wyjaśnił, że doskonale zna trasę przejazdu, często ją bowiem pokonuje, jadąc z reguły z żoną do znajomych i wracając do domu. Tego dnia wracali również od znajomych, przy czym – jak twierdził – nie naruszył zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym przez niestosowanie się do znaków i sygnałów drogowych, w tym również nakazujących zatrzymanie pojazdu. W ogóle nie wjeżdżał na stację benzynową, a zatem nie można mu zarzucić niezastosowania się do znaku nakazującego skręcenie w prawo i przekroczenie linii ciągłej. Ani on, ani też jego żona nie wiedzieli nic o policyjnym pościgu. Ich zaskoczenie było ogromne, kiedy po zatrzymaniu dowiedzieli się od policjantów, że była im poświęcona cała akcja policyjna. Owszem, podczas jazdy widzieli na trasie szereg radiowozów, niektóre nawet miały włączone niebieskie sygnały błyskowe. Wjeżdżając na odcinek drogi stanowiący obszar niezabudowany i równocześnie nieoświetlony, prowadzący dostrzegł stojący na poboczu samochód osobowy z wyłączonymi światłami oraz postać na ciemno ubraną, która dawała mu znaki do zatrzymania latarką ze światłem czerwonym. Nie rozpoznał jednak w osobie zatrzymującej policjanta, a więc nie zatrzymał się. Następnie widział również blokadę składającą się z dwóch stojących w poprzek jezdni radio-

wozów mających włączone sygnały błyskowe. Kierujący wyjaśnił, że radiowozy stały w ten sposób, iż zajmowały dwa pasy jezdni przeznaczone dla kierunków przeciwnych, prawy pas zaś, przeznaczony do skręcenia w prawo, właściwy dla kierunku ruchu jego pojazdu, był wolny. Widział też policjanta, który blokując jazdę na wprost, latarką wskazał mu jedyny możliwy kierunek jazdy – drogą skręcającą w prawo. W ten sposób zrozumiał znaki podawane przez policjanta, tymczasem jednak 5 km dalej został zatrzymany przez Policję.

Obwiniony wyjaśnił również, skąd się znalazła określona zawartość alkoholu w jego organizmie. Otóż będąc u znajomych, do kolacji wypił zawartość 0,5-litrowej butelki piwa, przy czym uznał, że może sobie na to pozwolić, bowiem u znajomych mieli pozostać kilka godzin. Jednakże niespodziewanie zatelefonowała matka żony obwinionego, mająca pod opieką ich roczne dziecko, informując, że dostało ono gorączki oraz wymiotów. Rodzice, nie zastanawiając się, wsiedli do samochodu i pojechali.

Przeanalizujemy chronologię wydarzeń pod kątem oceny dowodów osobowych w postaci wyjaśnień obwinionego i zeznań świadków w osobach żony obwinionego, znajomych, u których spędzali czas, oraz policjantów. Policjanci stwierdzili, że obwiniony wjeżdżał na jezdnię ze stacji benzynowej oraz skracając drogę, skręcił w lewo. Obwiniony i świadek w osobie żony obwinionego z całą stanowczością podali, że przejechali prawidłowo przez skrzyżowanie usytuowane w odległości około 30 metrów przed stacją z kierunku jazdy obwinionego (równocześnie za stacją z kierunku jazdy radiowozu policyjnego). Jest to wiarygodne, znali bowiem drogę, a więc nie wchodzi w rachubę element pomylenia trasy. Równocześnie nie mieli potrzeby wjazdu na teren stacji, ponieważ ani nie pobierali paliwa, ani też nie mieli innego celu. Policjanci stwierdzili, że udali się w pościg za pojazdem, wykonując manewr zawrócenia na poziomie wjazdu do stacji benzynowej oraz że pojazd w tym momencie znajdował się w odległości około 200 m od radiowozu. Nasuwa się zatem

pytanie, dlaczego funkcjonariusz po stwierdzeniu naruszenia przepisów nie dał kierującemu sygnału do zatrzymania przed wyminięciem się pojazdów. Kierujący radiowozem powinien włączyć sygnały błyskowe, a następnie za pomocą tarczy ze światłem czerwonym lub urządzeń nagłaśniających polecić kierującemu zjazd na pobocze i zatrzymanie. Tego jednak nie zrobił, mimo że zachodziła techniczna możliwość, a prawnie czynność taka była dozwolona. Można przypuszczać, że policjant w chwili wymijania się z innymi kierującymi nie był pewien, który kierujący popełnił wykroczenie. Nie można zatem wykluczyć, że ze stacji benzynowej wyjechał inny pojazd, ścigany zaś był obwiniony. Musimy pamiętać, że radiowóz znajdował się w dużej odległości od stacji benzynowej, skoro przed dojazdem do niej już wyminął się z pojazdem obwinionego.

Z kolei wbrew twierdzeniom policjanta samochód obwinionego nie był cały czas w polu widzenia z powodu początkowej odległości sięgającej 200 m, kiedy to prędkość radiowozu zbliżona była do zerowej wskutek zawracania na wąskiej jezdni. Zatem odległość między określonymi pojazdami niewątpliwie zwiększyła się. Ponadto trasa nie wiedzie w linii prostej, a zatem dostrzeżenie pojazdu, którym kierujący rzekomo uciekał, nie było możliwe. Jest zatem prawdopodobne, że funkcjonariusze pojechali za innym pojazdem, a w chwili kiedy zorientowali się, że ścigają nie tego, co trzeba, wrócili na właściwą trasę przejazdu obwinionego. Nie jest zatem możliwe, aby mieli w ogóle ścigany pojazd w polu widzenia. Dowodem tego są rozbieżności między wyjaśnieniami obwinionego a zeznaniami ścigającego policjanta w kwestii rozstawionych posterunków i sposobu organizacji blokady – zdaniem policjanta – składającej się z jednego radiowozu, w sytuacji gdy obwiniony i świadek widzieli dwa radiowozy. Myślę, że można dać wiarę obwinionemu, trudno sobie bowiem wyobrazić, iż nieprawdziwie zwiększałby rozmiary pościgu, działając tym samym przeciwko sobie. Ponadto trudno sobie wyobrazić blokadę trzech pasów ruchu w rejonie dużego skrzyżo-

wania z rozjazdem na wiadukt składającą się z jednego radiowozu. Rozbieżność w zeznaniach policjanta i obwinionego wskazuje prawie jednoznacznie na to, że ścigający radiowóz dojechał do owego skrzyżowania z blokadą po pewnym czasie, kiedy jeden z blokujących radiowozów odjechał. Budzi również wątpliwość, dlaczego blokujące radiowozy nie ruszyły w pościg za obwinionym. Dopuszczyć można to, że policjanci dokładnie nie wiedzieli, o jaki pojazd chodzi. Z kolei po zatrzymaniu obwinionego przez zastosowanie kolejnej blokady, ustawionej tym razem na całej szerokości jezdni, policjanci blokujący musieli dojść lub dobiec do samochodu obwinionego. Wiemy z zeznań policjantów, że dzieliła ich od tego samochodu duża odległość, był on bowiem zasłonięty przez samochód ciężarowy. Zdążyli obstawić samochód obwinionego i trzymać jadących jakiś czas pod bronią (tej relacji obwinionego i jego żony policjanci nie potwierdzili), a dopiero po kolejnym upływie czasu dojechali policjanci ścigający. Znaleźli się tam po uprzednim uzyskaniu drogą radiową wiadomości o zatrzymaniu ściganego. Ponad wszelką wątpliwość nie trwało to wszystko – jak zeznał policjant – dwie sekundy. Mogło natomiast trwać – jak wyjaśnił obwiniony – pięć minut. Z przebiegu akcji, zresztą lekkomyślnie podjętej (nie ściga się bowiem kierującego, który popełnił stosunkowo drobne wykroczenie), może wynikać – wbrew twierdzeniom oskarżenia – że obwiniony nie wiedział, iż jest ścigany, do momentu zatrzymania. Jako że przez 5 lat był policjantem, znał prawidłowy sposób zatrzymywania pojazdu. Mamy zatem do czynienia z alternatywą. Albo obwiniony celowo unikał zatrzymania z uwagi na pozostałości alkoholu w organizmie, albo nieudolność akcji sprawiła, że faktycznie, widząc radiowozy i wiedząc, że jest prowadzona akcja policyjna, równocześnie nie wiedział, że to właśnie on jest tej akcji adresatem. Osobiście przychyliłbym się do drugiego wariantu, i to z dwóch powodów. Po pierwsze, nie ma wątpliwości, że szwankował przepływ informacji przy użyciu łączności policyjnej, policjanci nie ustalili bowiem, co było stosunkowo proste, że

nie mają do czynienia z przestępcą jadącym skradzionym pojazdem. Wbrew twierdzeniom zeznającego policjanta ustalenie, czy pojazd nie jest poszukiwany przez Policję, nie trwało aż pięciu minut, pod warunkiem wszakże, że znany jest numer rejestracyjny pojazdu oraz radiostacja jest sprawna. Po drugie, jestem przekonany, że obwiniony w trakcie jazdy nie myślał o wypitym piwie, lecz o dziecku. Przekonanie moje nie słabnie przy prezentacji poglądu, że gdyby obwiniony wiedział, iż pościg jego dotyczy, zatrzymałby się i poprosił policjantów o pomoc w szybkim dotarciu do domu. Choć, z uwagi na nagminność zjawiska kierowania pojazdami w stanach po użyciu alkoholu lub nietrzeźwości, trudno liczyć na zrozumienie policjanta, to jednak nie można z góry zakładać, że w tym konkretnym przypadku obwiniony spotkałby się z obojętnością, gdyby wskazał, iż spieszą do małego dziecka, którego zdrowie jest zagrożone.

Sama obecność pewnej liczby radiowozów na trasie przejazdu obwinionego nie nakładała na niego żadnych dodatkowych obowiązków, poza ułatwieniem przejazdu radiowozom jadącym z włączonymi sygnalami.

Z kolei policjanci twierdzili, że kierujący znacznie przekroczył dozwoloną prędkość, cały czas jechał bowiem nie wolniej niż 150 km/h i nie szybciej niż 180 km/h, a więc średnio 165 km/h. Pomijając kwestię braku możliwości rozwinięcia takiej prędkości na wąskiej jezdni dwukierunkowej o jednym pasie dla każdego kierunku oraz posiadającej zakręty, to równocześnie policjanci ścigający nie mieli możliwości ustalenia tej prędkości ze względu na brak – wbrew twierdzeniom – kontaktu wzrokowego z kierującym. Obwiniony przejechał od miejsca domniemanego pierwszego wykroczenia do chwili zatrzymania odcinek długości około 20 km. Pościg trwał ok. 20 minut. Z akt sprawy wynika bowiem, że ok. godz. 23.00 obwiniony nie zastosował się do znaku pionowego nakazującego skręcenie w prawo. Następnie, około godz. 23.15, obwiniony nie zastosował się do sygnału nakazującego zatrzymanie na skrzyżowaniu przed skręceniem na wiadukt

w kierunku miejscowości P. Od miejsca blokady do miejsca zatrzymania obwiniony miał jeszcze do przebycia odcinek długości ok. 5 km. Został więc zatrzymany nie wcześniej niż ok. godz. 23.20. Dając wiarę zeznaniom ścigającego policjanta, eliminujemy tym samym podanie sygnału do zatrzymania w miejscu blokady (godz. 23.15). Gdyby bowiem kierujący prowadził pojazd z prędkością podaną przez policjanta w dolnych granicach, tj. 150 km/h, wówczas cały odcinek drogi przejechałby w czasie 8 minut. W rzeczywistości jednak przejechał ten odcinek w 20 minut, co wskazuje na średnią prędkość sięgającą 60 km/h (1 km/min.). Taka średnia prędkość, a nawet nieco ponad, dopuszczalna jest na omawianym odcinku ($40 \text{ km/h} + 60 \text{ km/h} + 70 \text{ km/h} + 90 \text{ km/h} = 260 \text{ km/h} : 4 = 65 \text{ km/h}$).

Zasadne było więc udzielenie przez Sąd obwinionemu dobrodziejstwa wątpliwości w kwestii niezastosowania się do znaków drogowych nakazujących określone zachowanie. Obwiniony miał prawo oczekiwać, że Sąd raczy wziąć pod uwagę owe wątpliwości i uwolni obwinionego od zarzutu popełnienia wykroczeń polegających na niezastosowaniu się do:

- znaku nakazującego skrócenie w prawo (art. 92 § 1 k.w.),
- znaków ograniczających prędkość (art. 92 § 1 i art. 97 k.w.) oraz
- sygnału policjanta nakazującego zatrzymanie pojazdu (art. 92 § 2 k.w.).

Udzielenie obwinionemu dobrodziejstwa wątpliwości *sensu stricto* wiązało się z zastosowaniem dyrektywy, w myśl której niedające się usunąć wątpliwości muszą być tłumaczone na jego korzyść. Chodzi o to, że w chwili gdy organ orzekający stoi przed dylematem „winnien czy nie winien?”, jest zobowiązany do uniewinnienia.

Pozostaje do rozstrzygnięcia ostatnia kwestia – zarzutu kierowania pojazdem w stanie po użyciu alkoholu, który to zarzut jest bezsporny. Zresztą obwiniony sam przyznał się do wypicia piwa w ilości 0,5 l. Nie może budzić wątpliwości, co zresztą znajduje podstawę w materiale dowodowym w postaci odczytu

alkomatu (0,50‰ ok. godz. 23.30 i 0,47‰ ok. godz. 23.45) i wyjaśnień obwinionego oraz zeznań świadków. Wszystkie te dowody są wiarygodne i zbieżne. Nadto potwierdzają, że obwiniony zakończył picie piwa ok. godz. 22.00. Otóż czas wchłaniania alkoholu, kiedy to wskaźnik jego zawartości w organizmie rośnie, wynosi ok. 90 minut. Po tym czasie organizm wchodzi w fazę spalania, a więc obserwujemy tendencję zniżkową. Potwierdza to drugi wynik badania alkomatem, które wykonano w odstępie 15-minutowym. Wykazuje to bezspornie, że między godz. 22.00 a 23.00 obwiniony nie spożywał żadnego alkoholu. Z kolei biorąc pod uwagę fakt, że rozpoczęty ok. godz. 23.30 proces spalania zawartości alkoholu tkwiącego w organizmie obwinionego zakończyłby się ok. godz. 2.30. Średnio bowiem w ciągu 1 godziny spalane jest od 0,1 do 0,2‰ alkoholu. Jednakże przyjmując wskaźnik właściwy dla organizmu obwinionego, tj. 0,12‰ w ciągu 1 godziny (można było obliczyć według różnicy między badaniami – 0,03‰ w ciągu 15 minut), a zatem w ciągu wspomnianych 3 godzin (od 23.30 do 2.30) spaliłby 0,36‰ alkoholu. W ten sposób w organizmie pozostałoby niespełna 0,14‰ alkoholu. Kierowanie pojazdem przy tej zawartości z tendencją spadkową nie stanowi wykroczenia. Przy założeniu kilkugodzinnego pobytu u znajomych, wypicie piwa o 22.00 nie wiązało się z naruszeniem prawa. Tymczasem jednak nieprzewidziany splot wydarzeń rodzinnych zmusił niejako obwinionego do wcześniejszego zajęcia miejsca za kierownicą.

Jest podstawa do twierdzenia, że kierowanie pojazdem przez obwinionego w stanie po użyciu alkoholu było usprawiedliwione okolicznościami, które go zaskoczyły. Chodzi o nieprzewidziany stan dziecka oraz niemożliwość zapanowania nad sytuacją osoby opiekującej się dzieckiem, która wykonała rozpaczliwy telefon, wzywający rodziców do natychmiastowego przyjazdu. Fakt ten został potwierdzony zarówno wyjaśnieniami obwinionego, jak i zeznaniami świadków.

Zważywszy zatem na dotychczasowy nie-naganny tryb życia obwinionego, który jest

dobrym mężem i ojcem małego dziecka, jego uprzednią niekaralność, pracę z dobrą opinią w Policji (od 1993 r. do 1998 r.), obecną pracę na stanowisku pracownika ochrony nie tylko bez zastrzeżeń, ale wskazującą (według opinii przełożonego) na pracowitość, obowiązkowość, rzetelność, solidność, koleżeńskość, a także cechę w obecnej rzeczywistości niezwykle cenną i równocześnie należącą do rzadkości, to znaczy bezinteresowną uczynność, organ procesowy miał pełną podstawę uzasadniającą zastosowanie wobec obwinionego przepisu art. 39 § 1 k.w. Przepis ten brzmi: „W wypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie można – biorąc pod uwagę charakter i okoliczności czynu lub właściwości i warunki osobiste sprawcy – zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary albo odstąpić od wymierzenia kary lub środka karnego”. Działanie sprawcy wykroczenia z art. 87 k.w. na tle jego nieskazitelnego charakteru

stanowi wypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie, skutkujące udzieleniem kredytu zaufania, że będzie należycie realizował obowiązek trzeźwości podczas kierowania pojazdem, i uznaniem, iż czas ponad 6 miesięcy, w którym obwiniony jest już pozbawiony możliwości kierowania pojazdami, stanowi wystarczający okres dla wypełnienia supozycji prewencji szczególnej.

Na tle powyższych rozważań należy wyrazić przekonanie, że rozstrzygnięcie organu procesowego, w ramach którego uznano obwinionego winnym i ukarano grzywną 2000 zł oraz orzeczono środek karny w postaci zakazu prowadzenia pojazdów na okres 10 miesięcy, należy uznać za sprawiedliwe i osadzone w kategoriach właściwej oceny wartości dowodów osobowych. Na marginesie wskazać warto, że oskarżyciel żądał ukarania grzywną w kwocie 4000 zł i orzeczenia zakazu prowadzenia pojazdów na ponad 12 miesięcy.

Co piszczy w prawie

Marian Filar

PRAWODAWCY ALBO CIEKAWE CZASY

Stare, chińskie złe życzenie brzmiało: „obyś żył w ciekawych czasach”. No i mamy ciekawe czasy! W Polsce ciekawe czasy to czasy wyborów. Ledwo się skończyły wybory samorządowe, a już u bram stają parlamentarne i prezydenckie. Oj, będzie ciekawie! A właściwie już jest.

Włączam stojące przy łóżku radio, by wysłuchać porannych wiadomości, i własnym uszom nie wierzę. Jakiś kandydat czy kandydatka z determinacją obwieszcza narodowi główny punkt swojego politycznego programu: „trzeba w Polsce napisać nowe prawo!”. A co!? Po co bawić się w partaniny z łataniem starego!? Napisze się całkiem nowe i będzie git! A że do napisania będą, z grubsza licząc, trzy całkiem nowe kodeksy karne – materialny, procesowy i wykonawczy, dwa grubaśne kodeksy cywilne – materialny i procesowy, prawo pracy, o legislacyjnej „drobnicy” nie wspominając, no to co z tego!? Weźmie się napisze i będzie spokój!

Niemal omdlały padam na ciepłe jeszcze poranne łóżko. Z zazdrością myślę o biblijnych społecznościach. Tam sprawa była prosta – Stwórca wzywał na jakąś górę plemiennego przywódcę i wręczał mu po prostu wyryte na twardym podłożu przykazania dla narodu wybranego, przywódca padał do nóg Stwórcy, wracał z przykazaniami do ludu czekającego

na dole, obwieszczał mu owe przykazania, no i było „po ptokach”.

My na taki legislacyjny komfort liczyć raczej nie możemy. Stwórca nie będzie się drugi raz fatygował, no i kandydatów na Mojżesza byłoby chyba trochę za dużo, a z każdym z osobna Pan gadał nie będzie! O wariancie „góry Synaj” musimy więc zapomnieć. Nowe prawo musielibyśmy napisać sobie sami. Ba, ale jak? Konkretnie rozwiązania legislacyjne musiałoby mieć jakieś źródła, ucieleśniać jakiś system wartości. Tylko czyj? Pamiętam, jak przed wielu laty, na pierwszym roku prawa uczono mnie, że źródłem prawa jest „wola ludu pracującego miast i wsi”. Brzmi to nawet niebrzydtko, ale ludu pracującego gdzie? W nadbałtyckich stoczniach, a może w śląskich kopalniach (że o wsiach już nie wspomnę!)? Tak czy inaczej rozumiana inteligencja podniosłaby larum, że od tego jest wypracowany system demokracji opartej na większości! Akurat w tymże radiu słyszę, że ma być tak, jak chce dzielna górnicza brać, a nie jakaś tam Pani Premier Kopacz i garstka jej podobnych jajogłowych posłów, których adresy brać górnicza dobrze zna i ze znajomości tej może zrobić w każdym przypadku użytek, gdyby jajogłowym przyszło do głów głosować inaczej, niż to brać sobie życzy! A jaki to byłby użytek? A że w telewizorze

pokazano wydrukowane już klepsydry Pani Premier, nie bardzo chce mi się wierzyć, że te klepsydry i że zapowiedzi, iż krnąbrnych posłów nie uratuje immunitet, to

nie o groźbę karalną tu chodzi. Zrobiło mi się zimno i schowałem się pod kołdrę. Kto do cholery życzył mi, bym żył w ciekawych czasach!?

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

STRATEGIA OTWORU W ŚCIANIE, CZYLI PRAWNICY JUTRA WEDŁUG RICHARDA SUSSKINDA

Kiedy menadżerom w firmie produkującej narzędzia elektryczne wyświetlono podczas szkolenia slajd z wizerunkiem wiertarki, zgodnie potwierdzili oni, że to jest właśnie produkt, który sprzedają klientom. Odpowiedź ta nie zadowolila szkolących. Na ekranie pojawił się slajd przedstawiający wywiercony tą wiertarką otwór w ścianie, a szkolący wyjaśnili, że to otwór, a nie narzędzie do jego wywiercenia jest produktem, za który płaci klient. Taką właśnie anegdotą profesor Robert Susskind ilustruje swoje rozważania o tym, czego poszukują klienci, zwracając się o pomoc prawną, i jak szkodliwa jest u prawników „mentalność wiertarki”, w swojej nowej książce pod wymownym tytułem *Prawnicy przyszłości (Tomorrow's Lawyers. An introduction to your future*, wyd. polskie Wolters Kluwer, Warszawa 2013, tłum. M. Grala-Kowalska).

Na pozór książka ta mogłaby mnie nie dotyczyć. Właśnie minęło dwadzieścia pięć lat od mojego egzaminu adwokackiego, a autor kieruje ją przede wszystkim do młodych prawników, którzy jego zdaniem będą przez dwie kolejne dekady aktywnie uczestniczyć w zmianach branży, donioślejszych niż w ciągu dwóch poprzednich stuleci. „Należy się spodziewać

– pisze Susskind – że w ciągu kolejnych 20 lat metody pracy prawników ulegną znacznym zmianom. Pojawią się zupełnie nowe sposoby świadczenia usług i tryb obradowania sądów. Tradycyjne kancelarie, które nie nadążą za tym procesem, będą skazane na porażkę” (s. 25). Zakładając zuchwale, że będę wykonywać zawód adwokata jeszcze drugie ćwierćwiecze, z zainteresowaniem przeanalizowałem wywody absolwenta Oxfordu, kawalera Orderu Imperium Brytyjskiego i profesora z ponad dwudziestoletnim stażem w jednej osobie i – z zastrzeżeniem odmienności pomiędzy brytyjskim i polskim środowiskiem prawnym – stwierdziłem, że są one warte uwagi polskich adwokatów. Zachęcam do przemyśleń także kolegów starszych ode mnie adwokackim stażem, bo zdaniem autora „(...) nadszedł czas, aby dojrzały partnerzy zastanowili się nad spuścizną, jaką chcą pozostawić swoim następcom” (s. 90).

Diagnoza jest następująca: „Zważywszy na obecne warunki gospodarcze, dążenie do liberalizacji i zawrotne tempo rozwoju technologii informacyjnych jest mało prawdopodobne, aby na przestrzeni najbliższych kilku lat instytucje i zawody prawnicze uniknęły

gruntownych przemian. W przypadku większości podmiotów branży prawniczej obecny model funkcjonowania jest nie tylko nietrwały, ale po prostu niesprawny” (s. 190). Susskind zakłada, że zjawisko rynku nabywcy utrzyma się jeszcze wiele lat, i wskazuje trzy istotne czynniki wymuszające odejście od dotychczasowego modelu świadczenia usług prawnych: realizację reguły „więcej za mniej”, liberalizację rynku usług prawnych i rewolucję w zakresie technologii informacyjnych.

Mechanizm „więcej za mniej” sprowadza się do żądania, w warunkach ostrej konkurencji rynkowej i limitowania środków na usługi adwokackie, przez klientów istotnego obniżenia ceny za usługi prawne. Ma to prowadzić do odstępowania od stawek godzinowych, poszukiwania nowych, tańszych sposobów wykonywania zleceń i obniżenia dochodów prawników. Nieuchronne jest zdaniem Susskinda odejście od „usług szytych na miarę” w kierunku ich komodytyzowania poprzez standaryzację, systematyzację i konfekcjonowanie. Klienci nie są zainteresowani płaceniem za ponowne wynalezienie koła i mogą czerpać wiedzę z odpowiednich pakietów dostępnych w Internecie, a dokumenty tworzyć samodzielnie, dokonując wyborów tak lub nie, prowadzeni przez odpowiednie programy komputerowe.

Według autora każda sprawa, niezależnie od swojej skali, może zostać rozbita (dekomponowana) na wiele mniejszych czynności składowych. Dla przykładu, obsługę sporu sądowego podzielić można jego zdaniem na następujące dziewięć grup usług: analiza dokumentów, analiza stanu prawnego, zarządzanie projektem, prowadzenie postępowania sądowego, publikowanie informacji, strategia, taktyka, negocjacje, zastępstwo procesowe. Poza strategią, taktyką i zastępstwem procesowym wszystkie inne grupy usług można zlecić tańszemu podwykonawcom, niektóre także nieprawnikom.

Liberalizacja oznacza zarówno dopuszczenie do świadczenia niektórych usług prawnych przez prawników bez licencjonowanych

uprawnień, jak i umożliwienie ich świadczenia w formie odmiennych niż dotychczas struktur z udziałem kapitałowym dowolnego pochodzenia i z zarządem nieprawników. Przyjęty przez londyński parlament w 2007 roku Legal Services Act dopuszczający świadczenie usług prawnych w ramach tzw. Alternative Business Structures (ABS) potwierdzać ma postępującą liberalizację, tym bardziej że zainteresowanie kapitałowe takimi strukturami wyraziły już British Telecom, Tesco, jak też duże towarzystwa ubezpieczeniowe i firmy audytorskie. Należy wszakże zauważyć, że rozpoczęcie działalności przez ABS wymaga uzyskania licencji od odpowiedniego organu władz adwokackich.

Susskind uważa w szczególności za przełomowe w branży usług prawnych następujące technologie informatyczne: automatyczne przetwarzanie dokumentów, stałą łączność, elektroniczny rynek usług, e-learning, porady prawne online, open-sourcing usług prawnych, zamknięte społeczności prawne, zarządzanie projektami i przepływem pracy, internetowe rozstrzyganie sporów, inteligentne wyszukiwanie usług prawnych.

W konsekwencji działania opisanych wyżej czynników kancelarie prawne będą musiały zmienić dotychczasowy model biznesowy. Największe „nie będą już dążyć do tworzenia dużych zespołów młodych prawników, które gwarantują wysoką rentowność działalności (...) aby przetrwać, prawnicy będą musieli uznać przestarzałość tego, co dziś zapewnia im byt” (s. 83). Kancelarie średniej wielkości będą musiały się łączyć i wspólnie poszukiwać inwestorów, „którzy sfinansują ich wewnętrzną reorganizację oraz opracować nowy, trwały długoterminowy model biznesowy. Przed tym segmentem rynku otwierają się duże możliwości – jego uczestnicy powinni dostrzec, że niezadowolone klientów z usług dużych graczy stwarza niepowtarzalne szanse na umocnienie pozycji rzetelnych dostawców usług prawnych. W tym celu muszą oni umocnić swoją reputację, markę i potencjał” (s. 85). O kancelariach skupiających tylko kilku wspólników Susskind pisze: „o ile nie uda im się zaoferować wysoce

wyspecjalizowanych lub personalizowanych usług, za które klienci będą gotowi zapłacić wyższą cenę, w długiej perspektywie trudno im będzie utrzymać się na rynku. W krajach, które dokonały już liberalizacji przepisów regulujących usługi prawne, banki i handlowcy będą rywalizować z samodzielnymi przedsiębiorcami i małymi firmami o bieżącą obsługę prawną prywatnych klientów (np. przy umowach kupna-sprzedaży czy odszkodowaniach). Jest możliwe, że te alternatywne struktury biznesowe, dofinansowywane przez zewnętrznych inwestorów i zarządzane przez doświadczonych menadżerów, dokonają standaryzacji, systematyzacji i konfekcjonowania usług prawnych, co przełoży się na znaczącą redukcję kosztów, wyższą wydajność i szersze doświadczenie w porównaniu z większością małych tradycyjnych kancelarii. To będzie kres działalności prawniczej realizowanej metodą chałupniczą” (s. 85–86).

Brzmi złowieszczo, a Susskind widzi realizację tej przepowiedni już po roku 2020. Jeśli zrealizuje się ona w krajach atlantyckich, to prędzej czy później będziemy z tym procesem mieli do czynienia w najbardziej rozwiniętych krajach Europy kontynentalnej, a następnie i u nas. Pod hasłem deregulacji doczekamy się spodziewanej przez Susskinda liberalizacji, a resztę wymusi reguła „więcej za mniej”. Może nie za sześć, ale za szesnaście lat małe niezależne kancelarie zostaną wypchnięte z rynku przez drenujące ceny sieciowe biura usług prawnych, jak małe sklepy detaliczne zostały wyparte przez sklepy dyskontowe i supermarkety. Jeśli praktycy sądowi wzruszają teraz ramionami, myśląc, że ich usługi są zawsze szyte na miarę i czarna wizja zawodowej przyszłości snuta przez Susskinda najmniej ich dotyczy, niech rozważą jego następującą opinię:

„Pomijając prawdopodobny wzrost popularności mediacji, środków opartych na współpracy czy innych metod alternatywnego rozstrzygania sporów, nowe technologie ukierunkowane na łagodzenie i unikanie sporów zapewne przyczynią się do spadku liczby spraw znajdujących swój finał w sądzie czy

choćby na schodach sądowego gmachu. Wystąpienia w sądach staną się rzadsze wraz z upowszechnieniem się wirtualnych przesłuchań, a systemy internetowego rozstrzygania sporów (ODR) zajmą miejsce wielu tradycyjnych pełnomocników procesowych” (s. 87).

Zmiany mają nastąpić w trzech etapach: zaprzeczenia, weryfikacji i przełomu. Pierwszy sprowadza się do złudnej nadziei, że zmian można uniknąć. „Podczas tego pierwszego etapu zmian niektóre kancelarie prawne pokusiły się o kilka symbolicznych gestów i wdrożyły – głównie na pokaz – niewielkie projekty alternatywnego pozyskiwania usług. Środki te mają być chlubnym przykładem prezentowanym docieklivym klientom, którzy nie przestają dopytywać się o przyjęte strategie redukcji kosztów. Celem jest granie na czas. To strategia odwlekania poważniejszych decyzji w nadziei, że rynek wykaże ożywienie, a klienci przestaną zaciskać pasa” (s. 108). Etap drugi – weryfikacji – sprowadzi się do przedstawiania się na nowe metody pracy i obniżenia kosztów np. poprzez outsourcing i centra wspólnych usług. „Na etapie weryfikacji alternatywne sposoby pozyskiwania usług będą polegały głównie na delegowaniu określonych czynności na tańszych wykonawców, co doprowadzi do optymalizacji kosztów pracy i znacznych oszczędności. Nie będzie to jednak kres rozwoju rynku prawniczego. Na trzecim etapie dojdzie do jeszcze bardziej radykalnych transformacji, dzięki wdrożeniu nowych, prężnych technologii informacyjnych. Będą to głównie technologie przełomowe, które podważą i zastąpią tradycyjne metody pracy prawników” (s. 110). Profesor nie wyjaśnia, na czym mają polegać owe przełomowe technologie, wskazuje analogie ze znanymi już dzisiaj programami księgowymi i medycznymi wymagającymi coraz mniejszej ingerencji użytkowników oraz możliwość szerokiego świadczenia usług online i rozwój wirtualnego sądownictwa.

Za antropologami przypomina, że ludzie przeszli przez cztery etapy podstruktury informacyjnej: komunikacji werbalnej, komunikacji pisanej, erę druku i obecną fazę, w której ko-

munikacja opiera się w znacznym stopniu na technologiach informacyjnych. Za kilkadziesiąt lat nadejdzie etap piąty, kiedy skumulują się osiągnięcia nanotechniki, robotyki, genetyki i IT (s. 190).

Aby wizja przyszłości nie wydawała się zbyt ponura dzisiejszej młodzieży, Susskind wymienia zawody prawnicze, które mogą ukształtować się w nowej rzeczywistości (jak np. inżynier wiedzy prawnej i specjalista od zarządzania ryzykiem prawnym), oraz typuje obiecujących pracodawców przyszłości w miejsce upadłych kancelarii. Stawia na ekspansję globalnych firm audytorskich oraz na duże wydawnictwa prawne, banki komercyjne i agencje wynajmu prawników. Krytykuje jednocześnie system kształcenia prawników oparty na łatwych jego zdaniem państwowych egzaminach zawodowych, poprzedzonych zbyt konserwatywnym programem studiów wyższych. „Na wielu uczelniach studia pro-

wadzone są wciąż tak, jak w latach 70. XX w. – przez profesorów, którzy niewiele wiedzą o rewolucji w branży prawniczej albo po prostu nie są nią zainteresowani. Zbyt często pomijają tak ważne tematy, jak globalizacja, komodytyzacja, technologie informacyjne, nowoczesne zarządzanie przedsiębiorstwem, ocena ryzyka, dekompozycja i alternatywne pozyskiwanie usług” (s. 166). Tradycyjne wykłady proponuje zastąpić e-learningiem i położyć nacisk na symulacje usług prawnych.

Kiedy dzieliłem się wrażeniami z lektury Susskinda, wielu moich rozmówców sceptycznie reagowało na jego prognozy, uzasadniając to dość przaśną sądową rzeczywistością i technologicznym opóźnieniem. Nie podzielałem tego sceptycyzmu. Jeśli spojrzymy, ile zmieniło się w Polsce przez ostatnie 25 lat, całkiem prawdopodobne, że kolejne ćwierćwiecze może przynieść zaskakujące z dzisiejszego punktu widzenia zmiany.

Po lekturze

Andrzej Bąkowski

ŁACIŃSKIE REGUŁY PRAWNE – TYM RAZEM W PIGUŁCE

Niedawno dostałem interesujący prezent. Myślę tu o niewielkiej książeczce i jej trzech Autorach: prof. dr. hab. Witoldzie Wołodkiewicz, dr. Agnieszce Kacprzak i dr. hab. prof. UWM Jerzym Krzynówku. Są to nazwiska znanych w świecie romanistycznym specjalistów z zakresu prawa rzymskiego. Wymieniłem Autorów inskrypcji łacińskich wydobytych z przestrzeni prawa rzymskiego, które znalazły swoje miejsce na 86 kolumnach gmachu Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej w Warszawie. Dodać należy, że trzem powyższym uczonym towarzyszyła w wyborze paremii prawniczych prof. dr. hab. Maria Zabłocka.

W dniu 11 listopada 1999 roku, jako sędzia Trybunału Stanu, wraz z innymi sędziami tegoż Trybunału byliśmy zaproszeni przez ówczesnego Prezesa Sądu Najwyższego prof. Adama Strzembosza, z mocy Konstytucji Przewodniczącego Trybunału Stanu, do udziału w uroczystym otwarciu nowo wybudowanego gmachu sprawiedliwości, siedziby Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego w Warszawie. W uroczystości tej brali udział przedstawiciele najwyższych władz Rzeczypospolitej oraz reprezentanci wszystkich środowisk prawniczych w Polsce. Tłum był gęsty. Wysłuchaliśmy kilku znakomitych mówców, często wzruszonych, chwalaących piękno i rozmach architekto-

niczny Pałacu Sprawiedliwości. Informacje dotyczące architektów, jak również ich pomysłu naniesienia inskrypcji łacińskich na kolumny (unikatowe rozwiązanie w skali światowej) również znalazły miejsce w omawianym opracowaniu.

Podczas uroczystości uczestnicy wyrażali pogląd, że oto skończył się wreszcie okres komunizmu i żyjemy w niepodległej Polsce. W Ojczyźnie sowietyzowanej gorliwie przez kilka dziesięcioleci na szczęście ostał się na uczelniach uniwersyteckich wykład w zakresie prawa rzymskiego. Pamiętam swoje i moich kolegów wrażenia z owych wykładów, że przedmiot uważany za trudny nobilituje nas w jakiś szczególny sposób i wiąże z systemem wartości świata Zachodu oraz idei, jakie ten nam oferował w czasach marksistowskiego nacisku ideologicznego.

Książeczkę czyta się z przyjemnością. Przewidziana jest wprawdzie dla młodzieży akademickiej, dla studentów wydziałów prawa, ale i starszej generacji prawników może z powodzeniem służyć. Autorzy cytują znamienne zdanie XVIII-wiecznego encyklopedysty Antoine'a Gasparda Bouchera d'Argisa, które w skrócie można by przełożyć na sentencję: „kto znałby tylko prawa swojego kraju i nie nauczyłby się prawa rzymskiego, ktoś taki

przez całe życie byłby człowiekiem powierzchownym, wydaje się nawet, że nie byłby prawnikiem, lecz tylko miernym praktykiem prawa". Truizmem jest stwierdzenie, że prawo rzymskie jest fundamentem cywilizacji światowych, ale nie sposób go w tym miejscu nie przywołać.

Uczestnicy przekazania imponującego Pałacu Sprawiedliwości Sądowi Najwyższemu RP i Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie uznali je za gest godny wolnego i niezawisłego Narodu.

„Wybór paremii był uwarunkowany ich uniwersalnością i możliwością znalezienia dla nich odniesienia we współczesnym prawie oraz przeznaczeniem części gmachu. Do wykazu 86 paremii dołączony jest szkic umożliwiający zlokalizowanie miejsca, w którym każda z nich się znajduje”.

Kończąc niniejsze wspomnienie o wydarzeniach, w których brałem udział, chciałbym jednocześnie wspomnieć, że w okresie Powsta-

nia Warszawskiego, w sierpniu 1944 r., na placu Krasieńskich broczył obficie krwią legendarny batalion „Parasol”. Walczyła w jego szeregach 16-letnia dziewczyna – Henryka Dziakowska (obecnie Dziakowska-Zarzycka) pseudo „Władka”, i tam została ciężko ranna. W konsekwencji musiała jako jeńiec wojenny przejść, po kapitulacji Powstania, przez niemiecki obóz. Na temat jej dziennika z okresu Powstania zamieściłem w swoim czasie obszerny szkic na łamach „Palestry”. Przez wiele lat wykonywała zawód adwokata. Dziś pozostaje na emeryturze, otoczona kochającą rodziną. Przy różnych przydarzających się okazjach wymieniamy swoje wspomnienia z tamtych lat. Mimo odniesionych ciężkich ran aprobuję w całej rozciągłości swoje wojenne przygody i określa je jako konieczne w owym czasie. Dzięki takim ludziom dziś możemy podziwiać odradzającą się polską architekturę, utwierdzeni w myśli, że także wpisujemy się w nurt wielkiej cywilizacji zakorzenionej w prawie rzymskim.

Sylwetki wybitnych adwokatów

Adam Redzik

EMIL HENRYK SZLECHTER (1906–1995) – W DWUDZIESTĄ ROCZNICĘ ŚMIERCI

Jeszcze przed rokiem prawdopodobnie nikt w Polsce nie pamiętał o człowieku, który przed wojną był wziętym lwowskim adwokatem, w czasie wojny żołnierzem Wojska Polskiego, potem Polskiej Organizacji Walki o Niepodległość we Francji, a po wojnie wybitnym znawcą praw antycznych i wykładowcą akademickim. Życie i dokonania tego człowieka zaginęły w pomroce dziejów i zapewne – gdyby nie przygotowanie książki poświęconej jego bratu Emanuelowi¹ – nadal wydawałoby się, że adwokat Emil Henryk Szlechter – podobnie jak brat – zginął w czasie Holokaustu². Tak jednak nie było.

Jakiś czas temu, czytając opracowanie z zakresu praw antycznych, w bibliografii spostrze-



Emil Henryk Szlechter w czasie służby w Polskiej Organizacji Walki o Niepodległość w 1944 r. Kserokopia legitymacji

głem nazwisko „E. Szlechter”. Pomyślałem, że pewnie potomek którejś z wielu rodzin noszących to nazwisko w Polsce przed II wojną światową, np. z Mazowsza. Wyszukiwarka internetowa pozwoliła mi ustalić, że Émile Szlechter opublikował dużo opracowań o prawach starożytnego Bliskiego Wschodu – sumeryjskim, asyryjskim, babilońskim. Nie zbliżało to jednak do połączenia Szlechter z Tuluzy ze Schlechtem ze Lwowa, tym bardziej że ten w Tuluzie zajmował się prawami antycznymi, a ten ze Lwowa był praktykującym adwokatem... odległe mimo wszystko obszary. Dopiero natknięcie się na wspomnienie napisane przez Reinholda Beuer-Tajovsky’ego – pasierba Emila – umieszczone w serwisie

¹ Efektem ich jest artykuł: A. Redzik, *Jak twórca szlagierów wszech czasów nie został adwokatem – rzecz o Emanuelu Schlechterze (1904–1943)*. W 110. rocznicę urodzin i 70. rocznicę śmierci, „Palestra” 2014, nr 1–2, s. 245–255. Zob też: A. Redzik, *Życie z piosenką. O lwowskim prawniku Emanuelu Schlechterze, którego śpiewamy, którym mówimy, którego nie pamiętamy*, „Kurier Galicyjski” 2013, nr 20 (192), 29 października–14 listopada 2013 r., s. 26–27.

² Takie informacje pojawiły się nie tylko w Polsce, ale też w Yad Vashem w Izraelu.

Wirtualny Sztetl³ – pozwoliło bez wątpienia ustalić, że mam do czynienia z młodszym bratem autora szlagierów wszech czasów Emanuela Schlechtera (Schlechtera)⁴.

Przypadająca 14 stycznia br. dwudziesta rocznica śmierci wydaje się dobrą okazją do przedstawienia życia i dzieła adwokata Emila Henryka Schlechtera (do 1939 r. Schlechtera), w rok po przypomnieniu na łamach „Palestry” dokonań jego wybitnego brata⁵. Słusznie wszak napisał wspomniany Reinhold Beuer-Tajovsky: „Emile Henryk Schlechter’s life stands out in that he also became one of Poland’s unsung war heroes”⁶.

Emil Henryk Schlechter (Schlechter) urodził się 14 stycznia 1906 r. we Lwowie w rodzinie Jakuba Jana (Leiba)⁷ – malarza pokojowego oraz Adelajdy (Adeli, Eidel) z domu Begeleiter⁸ – prawdopodobnie zajmującej się domem. Rodzina była zasymilowana, czego potwierdzeniem są postawy i losy potomstwa, szczególnie dwóch najstarszych synów – Emanuela i Emila.

Starszym bratem Emila Henryka był wspomniany Emanuel, urodzony 9 października 1904 r. Miał też młodszą siostrę Różę Marię, urodzoną w 1908 r., oraz młodszego brata Maurycego, urodzonego ok. roku 1914⁹. Wychowywał się w domu rodzinnym we Lwowie przy

ul. Lwowskiej 32. Ukończył pobliską szkołę ludową (w okresie I wojny światowej), po czym wstąpił do ośmioklasowego znakomitego Państwowego Gimnazjum nr V im. hetmana Stefana Żółkiewskiego – śladem starszego brata. W tymże gimnazjum zdał 19 maja 1926 r. egzamin dojrzałości¹⁰, po czym postanowił zapisać się na studia na Uniwersytet Jana Kazimierza we Lwowie (UJK). Podobnie jak brat wybrał studia prawnicze, z tym że Emanuel wkrótce po zapisaniu się na Wydział Prawa i Umiejętności Politycznych UJK w 1923 r. postanowił jednak, że woli studia polonistyczne na Wydziale Filozoficznym i jeszcze w tymże 1923/1924 roku akademickim rozpoczął owe studia, zarzucając na kilka lat studia prawnicze. Tymczasem Emil Henryk wybrał prawo i konsekwentnie studiował je na najlepszym fakultecie prawniczym w kraju – od 1926 do 1930 r.

W czasie czteroletnich studiów prawniczych wysłuchał wykładów wybitnych uczonych, takich jak romaniści Leon Piniński, Marcelli Chlamtacz, historycy prawa Oswald Balzer, Władysław Abraham i Przemysław Dąbkowski oraz m.in. Maurycy Allerhand, Aleksander Dołński, Ludwik Ehrlich, Roman Longchamps de Bérrier, Kazimierz Przybyłowski i Juliusz Makarewicz¹¹. Uczestniczył w seminariach z prawa

³ R. Beuer-Tajovsky, *The Three Lives of the Polish War Hero Emile H. Schlechter*, <http://www.sztetl.org.pl/en/article/lwow/16,accounts-memories/41827,the-three-lives-of-the-polish-war-hero-emile-h-slechter/> (dostęp: 11 stycznia 2015 r.).

⁴ Jeszcze przed rokiem nie miałem wiedzy o powojennym życiu Emila Henryka. A. Redzik, *Jak twórca szlagierów wszech czasów nie został adwokatem – rzecz o Emanuelu Schlechterze (1904–1943)*, s. 245–247.

⁵ A. Redzik, *Jak twórca szlagierów wszech czasów nie został adwokatem – rzecz o Emanuelu Schlechterze (1904–1943)*. Zob. http://palestra.pl/pdf_pliki/36_redzik_slechter.pdf

⁶ R. Beuer-Tajovsky, *The Three Lives of the Polish War Hero Emile H. Schlechter*.

⁷ Центральний державний історичний архів України, м. Львів (Centralne Państwowe Archiwum Historyczne Ukrainy we Lwowie), dalej: CDIAUL, f. 701, op. 2, spr. 976 – Spis wyborców członków do Rady Wyznaniowej Żydowskiej we Lwowie w 1898 r., k. 724v. Archiwum Główne Akt Dawnych w Warszawie (dalej: AGAD), zesp. 300, sygn. 599, s. 17; Zaświadczenie wystawione przez Konsulat RP w Tuluzie 22 stycznia 1945 r. – tu ojciec wymieniony jako Jan Jakób.

⁸ AGAD, zesp. 300, sygn. 599, s. 17. Державний архів Львівської області (Państwowe Archiwum Obwodu Lwowskiego), dalej: DALO, f. 26, op. 15, spr. 231, k. 392, 627.

⁹ R. Beuer-Tajovsky, *The Three Lives of the Polish War Hero Emile H. Schlechter*.

¹⁰ *Sprawozdanie dyrekcji Państwowego Gimnazjum V imienia Hetmana Stanisława Żółkiewskiego we Lwowie za rok szkolny 1925/26*, s. 19.

¹¹ Na pierwszym roku: prof. Kamil Stefko (teoria prawa), prof. Leon Piniński i prof. Marcelli Chlamtacz (prawo rzymskie), prof. Oswald Balzer (historia ustroju Polski), prof. Przemysław Dąbkowski (historia prawa polskiego i historia prawa zachodnio-europejskiego), na roku drugim: prof. Władysław Abraham (prawo kościelne), prof. Edward Dubanowicz (konstytucja RP), prof. Ludwik Ehrlich (prawo polityczne i prawo narodów), prof. Stanisław Grabski (ekonomia społeczna), prof. Stanisław Głąbiński (polityka ekonomiczna), doc. Leon Halban (stosunek kościoła do

rzymskiego (Piniński) i teorii prawa (Stefko)¹². W czasie studiów był członkiem Towarzystwa „Biblioteka Słuchaczy Prawa” (1926/1927)¹³, Towarzystwa Żydowskich Studentów Prawa (1926/1927)¹⁴, Żydowskiego Towarzystwa Prawników (1927–1929)¹⁵ i Związku Akademickiej Młodzieży Zjednoczeniowej (1929/1930)¹⁶.

Podczas studiów prawniczych Emil Henryk Schlechter zdał cztery egzaminy roczne (przed komisjami składającymi się z profesorów i docentów wykładających na danym roku)¹⁷. Zdanie czwartego egzaminu rocznego było równoznaczne z uzyskaniem stopnia magistra praw.

Po ukończeniu studiów rozpoczął staż kandydacki do adwokatury, czyli aplikację adwokacką, która na gruncie austriackiej ordynacji adwokackiej z 6 lipca 1868 r., ciągle obowiązującej w dzielnicy poaustriackiej, trwała siedem lat. W międzyczasie zmieniła się regulacja adwokacka, gdyż 1 listopada 1932 r. weszło w życie Rozporządzenie Prezydenta RP z 7 października

1932 r. *Prawo o ustroju adwokatury*, które w art. 120 stanowiło, że „kandydaci adwokaccy na obszarze mocy obowiązującej ustawy z dnia 6 lipca 1868 r. (Dz. u. p. austr. Nr 96) będą dopuszczeni do złożenia egzaminu według przepisów niniejszego prawa po odbyciu co najmniej pięcioletniej aplikacji, wliczając w to okres aplikacji sądowej”¹⁸. Na jej podstawie w 1935 lub 1936 r. Emil Henryk Schlechter został wpisany na listę adwokatów Izby Adwokackiej we Lwowie – najliczniejszej izby adwokackiej w Polsce. Wkrótce uruchomił kancelarię pod jednym z najlepszych adresów Lwowa – ulicy Akademickiej, pod numerem 23¹⁹. Jak radził sobie jako adwokat? Jakie sprawy prowadził? Jakie obroty i jakich klientów miała jego kancelaria? Czy angażował się w działalność samorządu adwokackiego? Na pytania te (jak i wszelkie związane z wykonywaniem zawodu) nie sposób odpowiedzieć z uwagi na zaginięcie podczas II wojny światowej wszelkiej dokumentacji Izby Adwokackiej

państwa), doc. Gustaw Załęcki (teoria inflacji), doc. Tadeusz Silnicki (źródła prawa kościelnego), na roku trzecim: prof. Juliusz Makarewicz (prawo i proces karny), prof. Julian Nowotny (historia filozofii prawa, prawo prasowe, proces karny), prof. Włodzimierz Sieradzki (medycyna sądowa i psychopatologia), dr Bronisław Łukomski (technika śledztwa), doc. Tadeusz Bigo (nauka administracji i prawo agrarne), dr Wiktor Hamerski (prawo leśne), prof. Stanisław Głabiński (prawo skarbowe), prof. Aleksander Doliński (prawo górnicze i naftowe), prof. Juliusz Makarewicz (polityka kryminalna), prof. Zbigniew Pazdro (ćwiczenia administracyjne), doc. Jan Piekalkiewicz (statystyka), na roku czwartym: prof. Roman Longchamps de Bériér (prawo cywilne zobowiązania i prawo cywilne wg Kodeksu Napoleona), prof. Kazimierz Przybyłowski (prawo cywilne rzeczowe i spadkowe), prof. Aleksander Doliński (prawo handlowe – wykład i ćwiczenia, prawo prywatne międzynarodowe, polskie prawo spółdzielcze), prof. Kamil Stefko (prawo procesowe i konkursowe), prof. Kamil Stefko (prawo procesowe międzynarodowe, organizacja sądownictwa), prof. Maurycy Allerhand (prawo egzekucyjne i konkursowe). DALO, f. 26, op. 15, spr. 220, k. 351–351v – Karta wpisu na rok pierwszy studiów 1926/1927; DALO, f. 26, op. 15, spr. 223, k. 334–334v – Karta wpisu na rok drugi studiów 1927/1928; DALO, f. 26, op. 15, spr. 227, k. 327–327v – Karta wpisu na rok trzeci studiów 1928/1929; DALO, f. 26, op. 15, spr. 231, k. 393–393v – Karta wpisu na rok czwarty studiów 1929/1930; DALO, f. 26, op. 15, spr. 464, k. 396–397v – Absolutorium Emila Henryka Schlechter.

¹² DALO, f. 26, op. 15, spr. 464, k. 396.

¹³ DALO, f. 26, op. 15, spr. 220, k. 351 – Karta wpisu na rok pierwszy studiów 1926/1927.

¹⁴ DALO, f. 26, op. 15, spr. 220, k. 351 – Karta wpisu na rok pierwszy studiów 1926/1927.

¹⁵ DALO, f. 26, op. 15, spr. 223, k. 334 – Karta wpisu na rok drugi studiów 1927/1928. DALO, f. 26, op. 15, spr. 227, k. 327 – Karta wpisu na rok trzeci studiów 1928/1929.

¹⁶ DALO, f. 26, op. 15, spr. 231, k. 393 – Karta wpisu na rok czwarty studiów 1929/1930.

¹⁷ Pierwszy egzamin roczny Emil Henryk Schlechter zdał z wynikiem dobrym 10 czerwca 1927 r. (prezesem komisji egzaminacyjnej był prof. Oswald Balzer), drugi z wynikiem dostatecznym, gdyż w terminie nie zaliczył prawa politycznego (prezesem komisji był prof. Władysław Abraham), dlatego poprawiał egzamin 28 listopada 1928 r., trzeci z wynikiem dobrym z odznaczeniem z nauki skarbowości – 4 lipca 1929 r. (prezesem komisji był prof. Stanisław Starzyński), czwarty zaś z wynikiem dobrym 30 czerwca 1930 r. (prezesem komisji był prof. Aleksander Doliński). DALO, f. 26, op. 15, spr. 220, k. 35; DALO, f. 26, op. 15, spr. 223, k. 334v; DALO, f. 26, op. 15, spr. 464, k. 396–397v.

¹⁸ Dz.U. z 1932 r. nr 86, poz. 733.

¹⁹ *Kalendarz informator sądowy na rok 1938*, oprac. J. Kiriczkenko, M. Krackiewicz, K. Rudzisz, Wydawnictwo „Biblioteka Prawnicza”, Warszawa 1937, s. 314.

we Lwowie. Można zaryzykować jednak stwierdzenie, że kancelaria musiała przynosić co najmniej dobre dochody, w przeciwnym razie nie byłoby go stać na prowadzenie jej w tak atrakcyjnym miejscu Lwowa. Od ok. 1937 mieszkał z rodziną przy ul. Balonowej 7 (Zamarstynów).

W sierpniu Emil Henryk Schlechter został zmobilizowany i prawdopodobnie brał udział w obronie Lwowa. Zapewne we wrześniu 1939 r. opuścił miasto, zostawiając w nim żonę oraz dzieci, i przedostał się do Rumunii²⁰. Granicę z Rumunią przekroczył prawdopodobnie jako żołnierz Wojska Polskiego. W wydanym w 2013 r. zbiorze dokumentów dotyczących uchodźców polskich w Rumunii w latach 1939–1947 wymieniony został jako Emil Schlechter (*sic!*)²¹. Dowiadujemy się z tego zbioru, że w październiku 1939 r. Emil Schlechter był w licznej grupie polskich uchodźców, którzy przybyli do okręgu Botoszany (rum. Botoșani), a wizę wyjazdową otrzymał w miejscowości Braiła (rum. Brăila) 11 października 1939 r.²²

Tylko w dniach 17 i 18 września 1939 r. granicę polsko-rumuńską przekroczyło kilkadziesiąt tysięcy ludzi – na lotnisku w Czerniowcach wylądowało 200 samolotów cywilnych i wojskowych, a przez przejście graniczne w Wyżnicy przejechało około 300 samochodów osobowych i ciężarowych oraz wkroczyło 10 kompanii piechoty Wojska Polskiego²³ – możliwe, że wśród owych żołnierzy był Schlechter. Badacze przyjmują, że szacunkowa liczba uchodźców w końcu września wynosiła 100 000²⁴. Rumuni przyjęli Polaków raczej bardzo dobrze, np. w Botoszanach, gdzie przebywał Schlechter, tylko 25 września oddali do dyspozycji dwóch tysięcy polskich

uchodźców ponad 300 przygotowanych przez siebie pomieszczeń – nawiasem mówiąc, prawie połowę z owych dwóch tysięcy uchodźców w okręgu Botoszany stanowili polscy Żydzi. Z kolei wpływowa gmina żydowska w Bacău stworzyła nawet Komitet Pomocy Uchodźcom Żydowskim z Polski. Aktywnie działał zorganizowany przez polskich dyplomatów przy wsparciu rządu rumuńskiego Centralny Polski Komitet Pomocy Uchodźcom z siedzibą w Bukareszcie²⁵. Władze Rumunii stworzyły osiemnaście obozów dla uchodźców oraz jedenaście obozów dla wojskowych, a ponadto dwa wyodrębnione miejsca dla dygnitarzy politycznych²⁶. Jesienią pozwoliły, aby Polacy mogli wyjeżdżać – przede wszystkim do Francji, ale też do Wielkiej Brytanii, Stanów Zjednoczonych, Turcji, na Bliski Wschód i do Północnej Afryki²⁷.

Dalsze losy wojenne Emila Henryka znamy dzięki wspomnianemu wyżej pasierbowi – *nota bene* amerykańskiemu weteranowi wojennemu²⁸. Jeszcze jesienią 1939 r. Emil Schlechter opuścił Rumunię i odbył wraz z licznymi kolegami tułaczkę w kierunku Francji. W marcu 1940 r. Schlechter został wcielony w skład pierwszej dużej jednostki Wojska Polskiego sformowanej we Francji, czyli 1 Dywizji Piechoty – do 1 Batalionu Grenadierów Warszawy i zarejestrowany pod nr. 39 800²⁹. Niewykluczone, że właśnie wtedy spolszczono pisownię jego nazwiska ze „Schlechter” na „Szlechter” i ta forma przeszła po naturalizacji do jego francuskiego stanu cywilnego.

1 Dywizja Piechoty tworzona była od 13 listopada 1939 r. w obozie Coëtquidan w Bretanii z żołnierzy i oficerów pochodzących z oddzia-

²⁰ *Polscy uchodźcy w Rumunii 1939–1947. Dokumenty z Narodowych Archiwów Rumunii, część pierwsza*, Warszawa–Bukareszt 2013, s. 592.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem* – numer Emila to 1730.

²³ *Ibidem*, s. CXXI.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Szerzej: *ibidem*, s. CXXVII.

²⁶ *Ibidem*, s. CXXIII.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ R. Beuer-Tajovsky, *The Three Lives of the Polish War Hero Emile H. Szlechter*.

²⁹ *Ibidem*.

łów polskich zgrupowanych w Coëtquidan oraz żołnierzy z ewakuacji z Rumunii i Węgier. 3 maja 1940 r. jednostkę nazwano 1 Dywizją Grenadierów (fr. *1ère Division des Grenadiers*). Początkowo 1 Dywizją dowodził gen. Stanisław Maczek (dowódca oddziałów polskich w Coëtquidan), a w styczniu 1940 r. zastąpił go płk dypl. Bronisław Duch (od 3 maja 1940 r. generał brygady). Wiosną 1940 r. Wojsko Polskie we Francji osiągnęło liczebność ok. 85 000 żołnierzy.

W drugiej połowie kwietnia 1940 r. 1 Dywizję Grenadierów rozlokowano w strefie przyfrontowej w okolicy Colombey-les-Belles w Lotaryngii, gdzie kontynuowano szkolenia i dostarczano sprzęt. Historycy wskazują, że żołnierze spotkali się z nieprzychylnością ludności cywilnej. 10 maja 1940 r. rozpoczęła się tzw. kampania francuska atakiem wojsk hitlerowskiej III Rzeszy Niemieckiej. 18 maja 1940 r. 1 Dywizja Grenadierów weszła w skład XX korpusu armii francuskiej – składającego się z francuskiej 52 Dywizji Piechoty i grupy fortecnej Sarry, która znajdowała się w rejonie Sarry – jednego z odcinków linii Maginota. Początkowo poszczególne oddziały Dywizji były rozdzielone pomiędzy jednostki francuskie, ale gdy 14 czerwca 1940 r. Niemcy uderzyli na wojska francuskie w tym rejonie, dywizja stanowała całość. Stan liczebny, jaki Dywizja osiągnęła w czerwcu, to 16 165 żołnierzy – była więc formalnie pełnowartościową jednostką bojową³⁰.

14 czerwca Grenadierzy walczyli z niemieckim 243 pułkiem (Infanterie-Regiment 243) płk. Emila Zellnera, wchodzącym w skład 60 Dywizji Piechoty gen. Georga Eberhardta.

W nocy z 14 na 15 czerwca tego roku bataliony 1 i 2 brały udział w obronie Honskirch, gdzie Szlechter został ranny³¹. Fatalne zaopatrzenie dla Dywizji ze strony francuskiej i problemy w dowodzeniu powodowały, że Polacy ponosili ogromne straty. 16 czerwca Dywizja broniła linii Dieuze–Azoudange – 2 batalion wycofał się w rejon Guinzeling, 1 batalion w rejon Loudrefing z zadaniem prowadzenia działań opóźniających i wycofania się w kierunku na Azoudange, 3 batalion został zaś skierowany do odvodu Dywizji³². W tym czasie, po opatrzeniu ran, Emil Szlechter znalazł się w wirze walki przeciwko 60 Dywizji Piechoty i 75 Dywizji Piechoty gen. Ernsta Hammera³³. Polacy ponieśli ogromne straty, które wyniosły ok. 5000 żołnierzy³⁴. Batalion Szlechterza został rozbity na południe od Lagarde (w departamencie Moselle), a ocaleni żołnierze, w tym Szlechter, dostali się do niewoli³⁵. Dywizja straciła 35% zdolności bojowej i 21 czerwca rozkazem gen. Władysława Sikorskiego została rozwiązana. Żołnierze, małymi grupami przedzierając się przez lasy, dotarli na południe Francji, skąd większość ich została ewakuowana do Anglii³⁶, część zaś pozostała we Francji.

Emil Szlechter do niewoli dostał się w St. Die (Vosges) 17 czerwca 1940 r. i był przez pewien czas internowany w niemieckim stalagu w górach Jura na pograniczu francusko-szwajcarskim. Po wyjściu na wolność został 24 października 1940 r. zdemobilizowany z powodu stanu zdrowia, a ostatecznie przeniesiony do cywila 2 października 1941 r.³⁷ Zamieszkał w Tuluzie, gdzie wkrótce został

³⁰ *Encyklopedia wojskowa. Dowódcy i ich armie, historia wojen i bitew, technika wojskowa*, N-Ż, Warszawa: PWN, Belona 2007, s. 118; J. Smoliński, *Polskie Siły Zbrojne na Zachodzie: 1939–1945*, Warszawa: Egros 1999. http://pl.wikipedia.org/wiki/1_Dywizja_Grenadier%C3%B3w#CITEREFZuziak2013; http://pl.wikipedia.org/wiki/1_Pu%C5%82k_Grenadier%C3%B3w_Warszawy (dostęp: 14 stycznia 2015 r.).

³¹ R. Beuer-Tajovsky, *The Three Lives of the Polish War Hero Emile H. Szlechter*.

³² http://pl.wikipedia.org/wiki/1_Pu%C5%82k_Grenadier%C3%B3w_Warszawy (dostęp: 14 stycznia 2015 r.).

³³ R. Beuer-Tajovsky, *The Three Lives of the Polish War Hero Emile H. Szlechter*.

³⁴ Zupełnie nie odpowiada tym liczbom *Wykaz poległych i zmarłych żołnierzy polskich sił zbrojnych na obczyźnie w latach 1939–1946*, Londyn 1950, s. 1–3.

³⁵ R. Beuer-Tajovsky, *The Three Lives of the Polish War Hero Emile H. Szlechter*.

³⁶ *Encyklopedia wojskowa. Dowódcy i ich armie, historia wojen i bitew, technika wojskowa*, N-Ż, s. 118.

³⁷ Ustalenie właściwych dat na podstawie dokumentu przekazanego autorowi przez prof. Sophie Démare-Lafont pn. *Fiche de démobilisation*, kopia w zbiorach autora.

żołnierzem Polskiej Organizacji Walki o Niepodległość „Monika” (dalej: POWN), utworzonej we wrześniu 1941 we Francji w tzw. wolnej strefie Vichy przez byłego konsula generalnego RP w Lille Aleksandra Kawałkowskiego (1899–1965), potem komendanta POWN.

Organizacja podlegała bezpośrednio Ministerstwu Spraw Wewnętrznych Rządu RP w Londynie. Zadaniem jej było przygotowanie akcji zbrojnej w okresie lądowania alianatów w północnej Francji, a także zapewnienie rezerw i uzupełnień dla Polskich Sił Zbrojnych na Zachodzie oraz utrzymanie wpływów politycznych władz polskich w Londynie w środowiskach Polonii francuskiej i belgijskiej. Członkowie POWN prowadzili działalność wywiadowczą (wywiad polityczny i gospodarczy), a także realizowali propagandę antyniemiecką i zwalczali wpływy komunistów. W 1943 r. wyodrębniono w Organizacji pion wojskowy „Monika W” pod dowództwem majora Antoniego Zdrojewskiego (1900–1989).

Emil Szlechter formalnie został członkiem POWN 10 listopada 1943 r. jako aspirant w Podgrupie Toulouse i kierownik Działu Łączności z Résistance Francuską (*Chef du Service de Liaisons avec la Résistance Française*) – używał pseudonimu „Grzywa”³⁸.

W 1944 r. oddziały „Moniki W” brały udział w wyzwolaniu Francji, stanowiąc autonomiczną część Francuskich Sił Wewnętrznych (*Forces françaises de l'intérieur* – FFI)³⁹. W walkach prawdopodobnie brał udział Szlechter. 11 września 1944 r. Komisarz Rejonu Wojskowego w Tuluzie powierzył podporucznikowi Szlechterowi misję organizacji Milicji Patriotycznej (*Milices Patriotiques*) w Tuluzie⁴⁰. 19 marca 1945 r. Szef

Główny POWN i jednocześnie Minister Pełnomocny Ambasady RP wysłał do Szlechtera pismo o treści: „Zaświadczam, że z tytułu zasług, oddanych sprawie obrony Państwa w szeregach Polskiej Organizacji Walk o Niepodległość, został pan mianowany z dniem 1-go września 1944 r. podporucznikiem na czas wojny. Jako Szef Główny POWN składam Panu z tego powodu jak najbardziej serdeczne życzenia”⁴¹. Owym Szefem Głównym był „Justyn”, czyli wspomniany wyżej Aleksander Kawałkowski. Kilka miesięcy później, zarządzeniem Prezydenta RP z 12 kwietnia 1945 r., Emil Szlechter odznaczony został Srebrnym Krzyżem Zasługi z Mieczami⁴².

Nie wiemy, czy w latach 1939–1943, czyli od początku wojny do prawdopodobnie śmierci ostatnich członków rodziny, Emil miał jakiś kontakt ze Lwowem – z żoną, braćmi, siostrą. Z pewnością pod koniec wojny domyślał się, jaki był ich los, ale długo żył nadzieją, że może jednak ktoś przeżył. Poszukiwał. Bezskutecznie.

Utrata wszystkich bliskich spowodowała, że Emil Henryk przeżył niewyobrażalną traumę. Uciekał w świat literatury i nauki. Wkrótce zerwał związki z ojczyzną, co nie może dziwić. Dzięki zasługom dla Francji w okresie wojny w 1949 r. otrzymał obywatelstwo francuskie, przy którym zachował się polski zapis jego nazwiska⁴³.

W latach czterdziestych XX wieku Emil Henryk Szlechter zaczął prowadzić badania nad prawami antycznymi. Znajomość łaciny wyniósł z gimnazjum we Lwowie, gdzie języka tego uczyli Marian Młodnicki, Edward Hauser i Władysław Hreczkowski⁴⁴ i gdzie mógł też nadobowiązkowo uczyć się greki

³⁸ Kopie legitymacji POWN we Francji, Belgii i Holandii – Grupa Południe – przekazanych autorowi w korespondencji z 15 października 2014 r. ze zbiorów prof. Sophie Démare-Lafont

³⁹ Informacje o POWN na podstawie: *Encyklopedia wojskowa. Dowódcy i ich armie, historia wojen i bitew, technika woj-skowa*, N–Ż, s. 158.

⁴⁰ Pismo Komisarza francuskiego Rejonu Wojskowego w Tuluzie z 11 września 1944 r. Kopia w zbiorach autora.

⁴¹ Kopia pisma w zbiorach autora, przekazana przez prof. Sophie Démare-Lafont. W tym czasie Szlechter mieszkał w Tuluzie przy ul. Philippe Fernat 1.

⁴² Kopia zaświadczenia wystawionego przez Szefa Gabinetu Naczelnego Wodza z 3 września 1945 r., j.w.

⁴³ R. Beuer-Łajovsky, *The Three Lives of the Polish War Hero Emile H. Szlechter*.

⁴⁴ Opublikował: Ladislaw Hreczkowski, *De Vergilii in Augustum animo*, Stryj, Nakł. Funduszu Naukowego, 1903.

pod kierunkiem Franciszka Harhali⁴⁵. Czy we Lwowie interesował się kulturą antyczną, pismem klinowym – trudno powiedzieć. Niewątpliwie zainteresowania historycznoprawne Emil przejawiał już w czasie studiów, gdyż nie wybrał seminarium z prawa obowiązującego, ale z prawa rzymskiego. Dostęp do języków semickich utarowała mu być może także nabyta w dzieciństwie znajomość hebrajskiego.

Józef Méléze-Modrzejewski zauważa, że przygoda Szlechter z prawami klinowymi zaczęła się w Tuluzie, gdzie spotkał dwóch uczonych, Georges Boyera (1896–1960) i Jeana Dauvilliera (1908–1983), „którzy go zachęcili do studiowania historii praw starożytnego Bliskiego Wschodu”⁴⁶.

W 1947 r. Emil Szlechter przygotował obszerną pracę o umowie spółki w Babilonii, Grecji i Rzymie, która ukazała się drukiem z przedmową prof. G. Boyera⁴⁷. W tym czasie Emil miał wykłady zleczone na uniwersytecie w Tuluzie⁴⁸. Jeszcze w 1947 r. Szlechter przeniósł się do Paryża i wkrótce dostał się do Narodowego Centrum Badań Naukowych (Centre National de la

Recherche Scientifique – CNRS), gdzie wspiał się do najwyższego szczebla „dyrektora badań” (*directeur de recherche*)⁴⁹. Wykłady zleczone odbywał w Instytucie Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa Uniwersytetu Paryskiego, ale nie stale, z powodu nikłej liczby słuchaczy. Prowadził natomiast żmudne badania, dokonywał przekładów na język francuski, komentował je i dużo publikował.

Emil Szlechter był członkiem licznych stowarzyszeń naukowych zajmujących się historią państwa i prawa – Société Internationale Fernand De Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité (SIHDA), Société d’Histoire du Droit (SHD), Société Jean Bodin pour l’Histoire Comparative des Institutions w Brukseli i Commission Internationale pour l’Histoire des Assemblées d’États w Paryżu⁵⁰.

Prawdopodobnie pierwszym czasopiśmie, w którym Emil Szlechter publikował, był „Archiv Orientalni” (ArOr)⁵¹, ale w następnych latach opracowania jego ukazywały się głównie w „Revue internationale des droits de l’antiquité” (RIDA)⁵² oraz „Revue d’assyriologie et d’archéologie orientale” (RAAO)⁵³. Prace

⁴⁵ Sprawozdanie dyrekcji Państwowego Gimnazjum V imienia Hetmana Stanisława Żółkiewskiego we Lwowie.

⁴⁶ Korespondencja z prof. Józefem Méléze-Modrzejewskim z 15 października 2014 r., w zbiorach autora. Także: G. Cardascia, *In memoriam. Emile Szlechter (1906–1995)*, „Revue historique de droit français et étranger”, Vol. 73, No. 1, 1995, s. 157–158.

⁴⁷ E. Szlechter, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome: étude de droit comparé de l’antiquité*, préf. de M. Georges Boyer, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1947.

⁴⁸ Korespondencja z prof. Józefem Méléze-Modrzejewskim z 15 października 2014 r., por. G. Cardascia, *In memoriam. Emile Szlechter (1906–1995)*, s. 157.

⁴⁹ Korespondencja z prof. Józefem Méléze-Modrzejewskim z 15 października 2014 r., w zbiorach autora.

⁵⁰ G. Cardascia, *In memoriam. Emile Szlechter (1906–1995)*, s. 157.

⁵¹ E. Szlechter, *Essai d’explication des clauses: muttatam gullubu, abuttam sakânu et abuttam gullubu*, ArOr 1949, vol. 17, s. 391–418.

⁵² E. Szlechter, *La nature juridique de la clause qaqqadam kullu – rêšam kullu*, RIDA 1950, vol. 5, s. 477–507; G. Boyer, E. Szlechter, *Introduction bibliographique à l’histoire du droit suméro-akkadien II (1939–1955)*, RIDA 1956, vol. 3, s. 41–79; E. Szlechter, *Les anciennes codifications en Mésopotamie*, RIDA 1957, vol. 4, s. 73–92; *De quelques considérations sur l’origine de la propriété foncière privée dans l’ancien droit mésopotamien*, RIDA 1958, vol. 5, s. 121–136; *La nature juridique de la clause ana qabe en droit babylonien*, RIDA 1959, vol. 6, s. 77–105; *Le régime des sûretés personnelles à l’époque de la première dynastie de Babylone*, RIDA 1963, vol. 10, s. 77–90; *La „loi” dans la Mésopotamie ancienne*, RIDA 1965, vol. 12, s. 55–77; *Des droits successoraux dérivés de l’adoption en droit babylonien*, RIDA 1967, vol. 14, s. 79–106; *La procédure accusatoire en droit suméro-babylonien*, RIDA 1969, vol. 16, s. 73–102; *L’interprétation des lois babyloniennes*, RIDA 1970, vol. 17, s. 81–115; *Les lois néo-babyloniennes*, RIDA 1971, vol. 18, s. 42–107, vol. 19, s. 43–127, vol. 20, s. 43–50; *Les Lois d’Eshmunna*, RIDA 1978, vol. 25, s. 109–219; *Délits mettant en cause les liens conjugaux et familiaux en droits sumérien et babylonien*, RIDA 1985, vol. 32, s. 69–95; idem, *Le „Droit de propriété” et la „Possession” (Codex Hammurapi)*, „Revue internationale des droits de l’antiquité” 1987, vol. 34, s. 11–23.

⁵³ E. Szlechter, *Le code d’Ur-Nammu*, RAAO 1955, vol. 49, s. 169–177; *Le Code de Lipit-Ishtar (I)*, RAAO 1957, vol. 51, s. 57–

uczynego publikowane były też w „*Studia et documenta historiae et iuris*” (SDHI)⁵⁴, „*Oriens Antiquus*”, „*Orientalia*”, „*Revue d'histoire et de philosophie religieuses*” i innych czasopismach fachowych⁵⁵. Wiele cennych prac Szlechter opublikował w serii „*Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris*”. Artykuły zamieszczał też w innych seriach wydawniczych i w pracach zbiorowych⁵⁶.

Z nauką polską po wojnie Emil Szlechter w zasadzie nie utrzymywał kontaktu. Jako znawca prawa starożytnego Bliskiego Wschodu został natomiast zaproszony przez Henryka Kupiszewskiego i Józefa Modrzejew-

skiego do udziału w wydaniu dedykowanego wybitnemu polskiemu papirologowi i znawcy prawa rzymskiego Rafałowi Taubenschlagowi specjalnego zeszytu czasopisma „*EOS*” z 1956 r. Józef Modrzejewski wspomina⁵⁷, że kontaktu bezpośredniego wówczas nie było, ale artykuł Emil Szlechter przesał i został on opublikowany⁵⁸.

Do najważniejszych prac Emila Szlechter należą *Tablettes juridiques de la Ire Dynastie de Babylone*⁵⁹, *Tablettes juridiques et administratives de la IIIe Dynastie d'Ur et de la Ire Dynastie de Babylone*⁶⁰ oraz wydania antycznych kodyfikacji jak Kodeks Ur-Nammu⁶¹, Kodeks Lipit-

82 i 177–196; *Le Code de Lipit-Istar*, RAO 1958, vol. 52, s. 74–90; *Le colonat partiaire à Suse et le Code de Hammurapi*, RAO 1961, vol. 55, s. 113–134; *Effets de la captivité en droit assyro-babylonien*, RAO 1963, vol. 57, s. 181–192; *Essai d'explication du terme Zêrânu*, RAO 1963, vol. 57, s. 57–63; *Effets de la captivité en droit assyro-babylonien*, RAO 1964, vol. 58, s. 23–35; *Quatre textes administratifs de Lagash*, RAO 1965, vol. 59, s. 111–114; *Nouveaux textes législatifs sumériens*, RAO 1967, vol. 61, s. 105–126; *Nouveaux textes législatifs sumériens*, RAO 1968, vol. 62, s. 147–160.

⁵⁴ M.in. *Revue critique des droits cunéiformes*, SDHI XXII, 1956, s. 478–499.

⁵⁵ E. Szlechter, *Le prêt dans l'Ancien Testament et dans les codes mésopotamiens d'avant Hammourabi*, „*Revue d'histoire et de philosophie religieuses*” (RHPR) 1955, vol. 35, s. 16–25; *Le cautionnement dans le contrat de louage de services en droit babylonien (F 19 et M 57)*, „*Rivista degli studi orientali*” (RSO) 1957, vol. 32, s. 667–674; *Tablettes juridiques cunéiformes conservées au Musée de l'Université de Manchester*, „*Manchester Cuneiform Studies*” 1958, vol. 8 SUPPLEMENT, s. 1–8; *Effets de l'absence (volontaire) en droit assyro-babylonien*, *Urartäische Bauten in den Königsinschriften*, „*Orientalia*” 1965, vol. 34, s. 289–311; *Inscriptions conservées au Musée Fitzwilliam à Cambridge*, „*Oriens Antiquus*” 1966, vol. 5, s. 149–156.

⁵⁶ E. Szlechter, *Le prêt dans l'Ancien Testament et dans les Codes mésopotamiens d'avant Hammourabi*, (w:) *La Bible et l'Orient: travaux du premier congrès d'archéologie et d'orientalisme bibliques (Saint-Cloud 23–25 avril 1954)*, Paris: Presses Universitaires de France 1955, s. 16–25; *La saisie illégale dans les lois d'Eshnunna et dans le code Hammurabi*, (w:) *Studi in Onore di P. De Francisci*, vol. I, Milano 1956, s. 272–281; *Tablettes juridiques inédites du Musée d'Art et d'Histoire de Genève*, (w:) *Comptes-Rendus des séances de l'année, 1957*, s. 215–223; *Tablettes juridiques cunéiformes du Musée de l'Université de Manchester*, (w:) *Comptes-Rendus des séances de l'année, 1959*, s. 77–85; *Tablettes juridiques cunéiformes du Musée Fitzwilliam de Cambridge*, (w:) *Comptes-Rendus des séances de l'année, 1960*, s. 224–233; *Inscription funéraire babylonienne conservée au Musée Fitzwilliam à Cambridge*, (w:) *Comptes-Rendus des séances de l'année, Janvier-Juin 1965*, s. 429–441. *Le statut juridique de la veuve dans la Mésopotamie ancienne*, (w:) XVIII. *Deutscher Orientalistentag*, Voigt Wolfgang, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag 1974, s. 45–61; *Le droit égyptien dans le cadre du droit comparé (droit babylonien)*, (w:) *Le droit égyptien ancien*, Aristide Théodoridès ed., Bruxelles: Institut des Hautes Études de Belgique 1974, s. 207–216; *Les sûretés personnelles dans le droit suméro-akkadien*, (w:) *Les sûretés personnelles. Première partie: synthèse générale, civilisations archaïques, antiques, islamiques et orientales*, Bruxelles: Editions de la Librairie Encyclopédique 1974, s. 173–221; *Code théodosien – Codes mésopotamiens*, „*Accademia Romanistica Constantiniana*” (Collectif. – Italy: Maggiori Editore) 1983, s. 49–58.

⁵⁷ Korespondencja z prof. Józefem Mëlze-Modrzejewskim z 19 stycznia 2015 r, w zbiorach autora.

⁵⁸ E. Szlechter, *Neuf tablettes juridiques datées du règne d'Abi-eshuh*, „*EOS*” 1956, vol. XLVIII, fasc. 1, s. 89–101.

⁵⁹ E. Szlechter, *Tablettes juridiques de la Ire Dynastie de Babylone conservées au Musée d'Art et d'Histoire de Genève: Première partie: Planches*, Paris: J.-B. Sirey 1958, ss. 70, *Deuxième partie: Transcription – Traduction – Commentaire*, Paris: J.-B. Sirey 1958, ss. XII + 207 (Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris 16).

⁶⁰ E. Szlechter, *Tablettes juridiques et administratives de la IIIe Dynastie d'Ur et de la Ire Dynastie de Babylone: Conservées au Musée de l'Université de Manchester et, à Cambridge, au Musée Fitzwilliam, à l'Institut d'Etudes Orientales et à l'Institut d'Égyptologie*, Tome I: *Planches*, Paris: J.-B. Sirey 1963, ss. 69; Tome II: *Transcription – Traduction – Commentaire*, Paris: J.-B. Sirey 1963, ss. XI + 237 (Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris 21).

⁶¹ E. Szlechter, *Le code d'Ur-Nammu*, RAO 1955, vol. 49, s. 169–177.

Isztar⁶², prawo z Esznunny⁶³ czy Kodeks Hammurabiego⁶⁴, a także opracowanie o prawie sumeryjskim pt. *Les lois sumériennes*⁶⁵. Profesor Méléze-Modrzejewski zauważa, że „wydania wielkich kodyfikacji, jak Prawa z Esznunna lub Kodeks Hammurabiego, zasługują na wielkie uznanie, w szczególności wśród historyków prawa, którzy nie mają bezpośredniego dostępu do źródeł w piśmie klinowym”⁶⁶.

W latach 80. XX wieku z inicjatywy Emila Szlechtera (CNRS) i prof. Guillaume’a Cardascii (Uniwersytet Paris II) zaczęto publikować bibliograficzne kroniki praw klinowych (*Chroniques bibliographiques de droits cunéiformes*) w „Revue Historique de Droit Français et Etranger” (RHD)⁶⁷.

Emil Henryk Szlechter pracował naukowo niemal do końca życia. Od lat pięćdziesiątych towarzyszyła mu druga żona H. (Hildegarda) V. Beuer-Szlechter. Zmarł w dniu swoich 89. urodzin, 14 stycznia 1995 r. w Paryżu⁶⁸. Spoczął obok żony na paryskim cmentarzu Montparnasse⁶⁹.

Profesor Sophie Démare-Lafont, wybitna znawczyni tzw. prawa klinowego, zauważa: „Mało osób osobiście zna historię E. Szlechtera, nie zawierał on żadnych znajomości (innych niż naukowe) z assyriologami. Jego prace nie

wywołały zbyt wielu komentarzy. Jego wydania ustaw albo źródeł były cytowane przez frankofonów aż do lat 80., ale artykuły cytowano już znacznie rzadziej”. Jak zauważa uczona, dziś nawet wśród francuskich naukowców zajmujących się tzw. prawami klinowymi dominują tłumaczenia angielskie, dlatego prace Szlechtera są coraz mniej przywoływane⁷⁰.

W 70. rocznicę wyzwolenia KL Auschwitz, w Międzynarodowym Dniu Pamięci o Ofiarach Holokaustu, przywołujemy nie tylko tych, którzy zostali zamordowani przez realizatorów zbrodniczej ideologii niemieckiej, ale i tych, którzy przeżyli, choć tak wiele w nich umarło; tych, którzy pozostali, choć już nie ci sami; tych porażonych Holokaustem. Zapewne liczni z nich zamknęli się przed światem i skryli się w zaciszu bibliotek, poświęcili nauce – tak było z przedwojennym polskim adwokatem we Lwowie Emilem Henrykiem Szlechterem.

Za konsultacje i okazaną pomoc w trakcie pracy nad artykułem uprzejmie dziękuję Panu Profesorowi Józefowi Méléze-Modrzejewskiemu, Pani Profesor Sophie Démare-Lafont z Paryża oraz Panu Reinholdowi Beuer-Tajovskemu z USA. Za pomoc w kwerendzie archiwalnej w DALO dziękuję Panu dr. Ihorowi Zemanowi.

⁶² E. Szlechter, *Le Code de Lipit-Ishtar (I)*, RAAO 1957, vol. 51, s. 57–82 i 177–196; *Le Code de Lipit-Ishtar*, RAAO 1958, vol. 52, s. 74–90.

⁶³ *Les lois d’Eshnunna: Transcription, traduction et commentaire*, Paris: J.-B. Sirey 1954, ss. 142 (Publications de l’Institut de Droit Romain de l’Université de Paris, 12).

⁶⁴ E. Szlechter, *Codex Hammurapi*, Roma: Pontificia Università Lateranense 1977, ss. 212 (w serii Pontificium Institutum Utriusque Iuris: Studia et Documenta, 3).

⁶⁵ E. Szlechter, *Les lois sumériennes*, Rome: Pontificia Universitas Lateranensis 1983, ss. 136.

⁶⁶ Korespondencja z prof. Józefem Méléze-Modrzejewskim z 17 października 2014 r., w zbiorach autora.

⁶⁷ „La publication des Chroniques bibliographiques de droits cunéiformes dans la Revue Historique de Droit Français et Etranger (RHD) a commencé dans les années 80, à l’initiative des Professeurs G. Cardascia (Paris II) et E. Szlechter (CNRS)” – wspomina redaktor serii prof. S. Démare-Lafont. <http://chroniqueassyrio.free.fr/> (dostęp: 16 stycznia 2015 r.).

⁶⁸ Profesor Wydziału Prawa w Paryżu i kolega Szlechtera Guillaume Cardascia poświęcił mu wspomnienie na łamach prestiżowego periodyku historycznoprawnego – G. Cardascia, *In memoriam. Emile Szlechter (1906–1995)*, „Revue historique de droit français et étranger”, Vol. 73, No. 1, 1995, s. 157–158.

⁶⁹ R. Beuer-Tajovsky, *The Three Lives of the Polish War Hero Emile H. Szlechter*.

⁷⁰ Korespondencja z Sophie Démare-Lafont z 17 października 2014 r., w zbiorach autora. Zob. też na temat Szlechtera: S. Démare-Lafont, *De Vincent Scheil à Guillaume Cardascia. Un siècle d’assyriologie juridique française*, (w:) Ch. Lauranson-Rosaz et D. Deroussin (red.), *Mélanges en l’honneur du professeur Nicole Dockès*, Paris, 2014, s. 191–206, szczególnie s. 197–199.



Les maximes anciennes sont l'esprit des siècles...

Witold Wołodkiewicz

ACUS, CZYLI IGŁA

Łacińskie słowo *ACUS* (*acus*) oznacza: „igłę”, „szpilkę”, „ostrzy koniec miecza”. Z kolei *ACUS* (*aceris*) oznacza: „łupinę”, „łuskę”, „plewę”. Raczej jednak to pierwsze znaczenie swego kolektywnego pseudonimu literackiego¹ widzieli Ewa Łętowska i Krzysztof Pawłowski, autorzy opublikowanej ostatnio książki *O operze i o prawie*².

Ta trójca (w dwójce) Autorów – a może w czwórce (gdyż Autorzy czasem odnoszą się do „połowy” *Acusa*) – obdarowała czytelników w zeszłym roku już jedną książką, której celem jest **wyostrzenie** problemów współczesnego prawa, jego tworzenia i praktyki stosowania oraz formacji prawniczej³. A wszystko to odbywa się z akompaniamentem takich zjawisk kultury, jak mitologia grecka czy współczesna opera. Warto również na łamach „Palestry” raz jeszcze⁴ (a może w przyszłym roku *Acus* znów coś wymyśli!) powrócić do pasjonującej lektury nowej książki „*Acusa-Igły*”, która – tak jak zeszłoroczna – stosuje podobną metodę twórczą, aby jej czytelnika „wciągnąć do Czarodziejskiego Ogrodu Prawa”⁵.

Głównym wątkiem książki *Acusa* jest **zagadnienie rozwoju prawa przez jego twórczą interpretację, a nie, tak jak to się odbywa w naszym kraju, przez jego zmiany (głównie przez częściowe nowelizacje)**. *Acus* w przedmowie pisze: „I opera i prawo – to dla Autorów «zjawiska performatywne». Operę, aby zaistniała dla widza i słuchacza, trzeba wyreżyserować, zagrać, zaśpiewać i wystawić. Prawo objawia się społecznie także o tyle tylko, o ile ktoś je pozna, zrozumie i zastosuje lub powoła się na nie. Prawo i opera podlegają więc interpretacji i to łączy oba zjawiska. (...) I prawo i opera to dzieło złożone. Opera to muzyka, słowa, inscenizacja, wykonawcy i wspólne (lub kontrproduktywne) działanie przesądające o sukcesie lub odrzuceniu. Trudno przy tym powiedzieć, który z tych elementów jest ważniejszy czy choćby decydujący. Prawo ma tekst, literę, znaczenie – nad którego wydobyciem trzudzą się uczeni, adwokaci, sędziowie, klienci” (s. 7).

Zagadnienie rozwoju prawa poprzez jego twórczą interpretację to główny wątek książki

¹ Dopuszczalne mogłoby być jednak i drugie znaczenie pseudonimu [wzorem serii felietonów wydawanych przez znanego romanistę włoskiego prof. Antonio Guarino, zatytułowanych *Trucioli di botega* („Wióry z warsztatu”)].

² E. Łętowska – K. Pawłowski – *Acus, O operze i o prawie*, Warszawa, Wolters Kluwer 2014 (dalej: *Acus*).

³ E. Łętowska – K. Pawłowski – *Acus, O prawie i o mitach*, Warszawa, Wolters Kluwer 2013.

⁴ Zob. W. Wołodkiewicz, *Mity są dobre na wszystko*, „Palestra” 2014, nr 1–2, s. 220–225.

⁵ Tak nazwca opery Piotr Kamiński we wstępie do ostatniej książki *Acusa* (s. 15).

składającej się z 32 rozdziałów⁶. Czytelnik – i to niezależnie od tego, czy lepiej zna się na operze, czy na prawie – przeczyta książkę jednym tchem.

Spróbujmy zapoznać się z kilkoma przykładami. Wartość opery zależy nie tylko od kompozytora i autora tekstu, jej ostateczny kształt i sceniczne powodzenie będzie zależało od aktualnego czynnika ludzkiego: dyrygenta, reżysera, scenografa i przede wszystkim od wykonawców – od solisty do ostatniego chórzysty, tancerzy, muzyków. „Bez nich wszystkich nie byłoby euforii udanej premiery, depresji towarzyszącej kłapie, chwili zachwytu nad szczególnie udanym pasażem czy bólu po szczególnie nieudanej frazie: muzycznej, wokalne czy innej (...) Bo dwie inscenizacje tego samego są jak dwie pieczenie z jednego jagnięcia – przyrządzone przez różnych mistrzów/mistrzynie rondla, nie smakują tak samo” (s. 91). „Nie inaczej jest z prawem. (...) Jest słowo, obraz i czynnik ludzki. Jest tu warstwa ustawodawcza, jest realizacyjna. Są autorzy i wykonawcy-interpretatorzy. Tak jak w operze – jest tekst – i jest jego wykonanie. I tak jak w operze bywa z tym różnie. Każdy artysta/prawnik uważa, że ma monopol na prawdę” (s. 92). „Zdarza się, że starzejącą się ustawę ratuje dynamiczna interpretacja, dostosowująca ją do nowych zmieniających się warunków, nadając nowe znaczenie dawnemu tekstowi, który wydawał się już pusty, bez znaczenia i sensu” (s. 93).

Tymczasem obecne podejście do tworzenia prawa opiera się na złudzeniu, że wszelkie niedomagania życia społecznego można naprawić przez stworzenie nowej ustawy lub przez nowelizację już istniejącej. Jest to zjawisko bardzo niebezpieczne. „Prawo, nieożywione twórczą i śmiałą – ale bez szaleństw – interpretacją,

kostnieje. I wtedy musi odejść do lamusa myśli. Tak jak barokowa opera, która kiedyś tam zastygła w geście, konwencji, afekcie i musiała zniknąć ze sceny” (s. 96).

Swego czasu autor tej rubryki „Palestry” opublikował artykuł zatytułowany *Ius et lex w rzymskiej tradycji prawnej*⁷. W Rzymie okresu republiki prawo stanowione cechowała duża stabilność. Wystarczy przypomnieć, że pochodząca z połowy V wieku p.n.e. ustawa XII tablic przestała formalnie obowiązywać dopiero po ogłoszeniu Kodyfikacji Justyniana.

Możliwość utrzymania stabilności prawa w Rzymie wynikała z tego, że jego rozwój odbywał się (jeszcze w okresie pryncypatu) na drodze twórczej interpretacji dokonywanej przez jurystów. Zgodnie ze słynnym stwierdzeniem Ulpiana, że *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*⁸, sama znajomość obowiązującego prawa nie wystarczała, aby osiągnąć umiejętność zwaną „prawoznawstwem” (*iuris prudentia*). Do osiągnięcia takiego atrybutu niezbędna jest również szeroka wiedza na temat relacji międzyludzkich oraz standardów zachowania uznawanych w danym społeczeństwie za właściwe (*humanarum rerum notitia*), a także na temat norm etycznych obowiązujących w tym społeczeństwie (*iusti atque iniusti scientia*). Jedynie tego rodzaju wiedza może zapewnić prawidłowe funkcjonowanie prawa. Rola prawoznawców (*iuri sprudentes*) w Rzymie okresu republiki i pryncypatu była dużo większa niż w dobie późnego cesarstwa (dominatu) i we współczesnych systemach prawa stanowionego. Jurysta rzymski przez dokonanie twórczej interpretacji przepisów prawnych znajdował rozwiązania dla konkretnych problemów, których rozstrzygnięcie nie wynikało wprost z obowiązujących norm prawnych. By znaleźć

⁶ Rzecz ciekawa, że w poprzedniej książce *Acusa* również znajdowały się 32 rozdziały. Czyżby liczba 32 miała dla autorów jakieś znaczenie magiczne?

⁷ „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 51–61. Zob też *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009, s. 37–46 (dalej: *Europa*).

⁸ D.1,1,10,2 (Ulpianus, Libro I Regularum): „Biegiłość w prawie (*iuris prudentia*) to znajomość rzeczy boskich i ludzkich oraz wiedza o tym, co słuszne i niesłuszne”. Tłumaczenie polskie według: *Digesta Iustiniani – Digesta Justyniana. Tekst i przekład*, pod redakcją Tomasza Palmirskiego, t. 1, Kraków 2014, s. 150–151 (dalej: Palmirski *Digesta*).

takie rozwiązanie, prawnik musiał odwoływać się nie tylko do prawa stanowionego – jakim były ustawy (*leges*), edykty urzędników, konstytucje cesarskie – lecz także do takich zjawisk, jak zwyczaj i praktyka prawna między Rzymianami (*mos maiorum*) oraz między Rzymianami i obcymi (*ius gentium*), wcześniejsze rozstrzygnięcia (*consuetudo*), standardy etyczne (*fides, aequitas*)⁹.

Prawo w rozumieniu interpretacji stosowanej przez uczonych prawników występowało w języku łacińskim pod nazwą *ius*. Termin ten miał w języku łacińskim dwa podstawowe znaczenia. Jedno z nich to „prawo” tworzone w drodze twórczej interpretacji przez biegłych jurystów; drugie to „wywar”, „sos”, „zupa”, „rosół”¹⁰. Zarówno w pierwszym, jak i w drugim znaczeniu mamy do czynienia z produktem operacji technicznej dokonywanej przez biegłych w swym fachu jurystę bądź kucharza. O smaku zupy – sosu (*ius*) decydują zarówno użyte składniki, jak i umiejętności szefa kuchni, który je przygotowuje. O wysokiej jakości prawa (*ius*) decydują źródła, na których opiera się porządek prawny (*leges et mores*), oraz odpowiednie ich przetworzenie i przygotowanie przez jurystę¹¹. W tym sensie działalność jurysty, jako niezbędnego elementu w procesie tworzenia prawa, nasuwa skojarzenie z działalnością kucharza, który przygotowując potrawę, posługuje się odpowiednimi składnikami i sposobami ich przyrządzania. Tę analogię

znaczeń podkreśla również Izidor z Sewilli, wedle którego „sos mistrza kuchni (*ius*) jest nazwany podobnie jak prawo (*ius*), gdyż ustawa jest składnikiem prawa”¹². W kontekście tych rozważań należy widzieć słynną definicję prawa pochodzącą od Celsusa, przekazaną przez Ulpiana w Digestach, że prawo jest umiejętnością stosowania tego, co dobre i słuszne (*ius est ars boni et aequi*)¹³.

Tego rodzaju podejście do rozwoju prawa mogło kształtować się w Rzymie w okresie republiki i w okresie wczesnego pryncypatu, gdy prawo stanowione było stabilne, a jego rozwój opierał się na autorytecie rzymskich *iuris prudentes*.

W okresie późnego pryncypatu zaczyna się jednak kształtować stopniowo zasada pełnej suwerenności władzy ustawodawczej cesarzy. Zmienia się też status rzymskich jurystów: z niezależnych *iuris prudentes*, reprezentujących arystokratyczne podejście do wykonywanej przez nich funkcji, stają się oni (w końcu II w. n.e.) zależnymi od władców „prawnikami biurokratami”. Dla Ulpiana, jurysty z przełomu II i III wieku, pełniące wysokie funkcje w strukturze władzy cesarskiej, zasada, w myśl której cesarz ma nieograniczoną możliwość stanowienia prawa, jest już oczywista. Zwrotem *princeps legibus solutus est* wyraża on, w sposób bezwarunkowy, brak związania cesarza obowiązującym prawem.

Trwający pół wieku (235–284) kryzys po-

⁹ Por. W. Wołodkiewicz, A. Kacprzak, J. Krzynówek, *Łacińskie reguły prawne w pigułce*, Warszawa 2014, s. 29–30.

¹⁰ Zob. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997.

¹¹ Zob. A. Corbino, *Nota minima ai valori di „ius”*, (w:) *Au-delà des frontières. Mélanges de droit Romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, t. 1, Varsovie 2000, s. 181 i n.: „*Ius – brodo e ius – diritto sono entrambi il frutto di un'operazione «tecnica» (del cuoco e del giurista) che permette all'esperto di ricavare da una realtà (le carni e le verdure, da una parte, le leges e i mores dall'altra), adeguatamente trattata, un risultato (il «brodo»), il «criterio di giudizio»*”. [Tłum. polskie: „Zarówno *ius – rosół*, jak i *ius – prawo*, są owocem zabiegu «technicznego» (kucharza albo prawnika), który pozwala znawcy wyciągnąć z należycie potraktowanych składników (mięsa i warzyw oraz ustaw i zwyczajów) odpowiedni rezultat – czy to «rosół», czy też «kryterium wyrokowania»”].

¹² Isidorus Hispalensis, *Etym.* 20,2,32: „*Ius coquinae magistri a iure nuncupaverunt, quia (ea) est lex condimenti eius. Hanc Graeci 'zémam' vocant*”.

¹³ D.1,1,1, pr. (Ulpianus lib. I Institutionum): „*Iuris operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*”. [Tłum. polskie według Palmirski *Digesta*: „<Ten, kto > zamierza studiować prawo, powinien w pierwszej kolejności poznać pochodzenie terminu prawo (*ius*). Pochodzi ono od słowa *iustitia* (sprawiedliwość, prawość, uczciwość). Jak to bowiem trafnie ujął Celsus, prawo jest sztuką (praktyczną umiejętnością) stosowania tego co dobre i słuszne”].

lityczny rzymskiego cesarstwa doprowadził do załamania ekonomicznego i finansowego państwa. Dioklecjan, obejmując władzę w roku 284, stworzył nowy typ ustroju o charakterze totalnym, zwany *dominatem*. Sposobem naprawienia kryzysu władzy państwowej miało stać się nowe podejście do tworzenia prawa. Ten nowy styl działania władzy – cesarza uważającego się za ojca swych poddanych – wyraża przekonanie o możliwości rozwiązania wszelkich skomplikowanych problemów życia społecznego i ekonomicznego przez działalność ustawodawczą. Stanowi to zasadnicze odstępstwo od dotychczasowej koncepcji prawa rozwijanego głównie przez twórczą interpretację. W okresie tym zanika zresztą twórcza działalność prawników¹⁴.

Idea prawa stanowionego, które wyrażając świętą wolę cesarza, nie powinno być przedmiotem interpretacji, znalazła swoje apogeum w Kodyfikacji cesarza Justyniana (w latach 528–534 n.e.). Cesarz ten zakazał posługiwania się pismami dawnych jurystów czy konstytucji wcześniejszych cesarzy, o ile nie były uwzględnione w jego Kodyfikacji. W konstytucji *Deo auctore*, początkującej prace nad *Digestami*, Justynian nakazuje traktowanie swej przyszłej Kodyfikacji jako dzieła zamkniętego, niedopuszczającego komentowania i interpretacji: „Postanawiamy następnie, że nasze dzieło, które za boskim przyzwoleniem zostanie przez nas ukończone, nosić będzie nazwę *Digestów* albo *Pandektów*, a żaden jurysta niech nie waży się w przyszłości dodawać do niego jakieś komentarze albo niweczyć swoim gadulstwem złożość wyżej wspomnianego dzieła, tak jak stało się to w dawniejszych czasach, kiedy w wyniku sprzecznych opinii interpretatorów całe prawo zostało wprowadzone w stan niemal całkowitego zamętu” (§ 11)¹⁵. A w konstytucji *Tanta*,

zatwierdzającej *Digesta*, Justynian stanowił: „Szanujcie zatem te oto prawa i przestrzegajcie ich, pozostawiając w spokoju wszystkie wcześniejsze. Niech nikt z Was nie waży się porównywać ich z wcześniejszymi albo badać, czy pojawiła się jakaś sprzeczność pomiędzy nimi a tamtymi, ponieważ sądzimy, że wszystko, co zostało tu umieszczone, jest jedynym prawem, które należy przestrzegać” (§ 19)¹⁶.

Zakaz dokonywania interpretacji dzieła Justyniana wynikał z wiary cesarza, że stworzył dzieło doskonałe, które nie będzie wymagało jakichkolwiek zmian przez jego interpretację i wykładnię. W rzeczywistości jednak dalsze dzieje dzieła Justyniana i jego trwanie było zasługą interpretacji dokonywanych przez późniejsze szkoły prawnicze: glosatorów, komentatorów, humanistów.

Również nowożytni i współcześni kodyfikatorzy żyją mitem doskonałości stworzonych przez nich praw. Podobnie jak inni twórcy wielkich kodyfikacji, Napoleon uważał swe dzieło za doskonałe i skończone. Przykładem niechęci Cesarza do uznania rozwoju prawa przez interpretację mogą być kolejne zmiany projektów części wstępnej kodeksu. W pierwszych projektach kodeksu znajdowało się kilka artykułów dotyczących interpretacji prawa. Jednak Pierwszy Konsul doprowadził do wykreślenia wszelkich przepisów dotyczących zasad interpretacji kodeksu. Z pierwszego projektu kodeksu pozostał artykuł 4 dotyczący odmowy wyrokowania przez sędziego (*déni de justice*), powołującego się na to, że prawo milczy, jest niejasne lub niedostateczne. Przepis ten opierał się na micie, że kodeks przewiduje wszystkie możliwe sytuacje prawne, a sędzia powołujący się na brak unormowania w kodeksie może podlegać odpowiedzialności¹⁷. Gdy w roku 1805 Jacques de Maleville, jeden

¹⁴ Por. W. Wołodkiewicz, *Mit omnipotencji prawa stanowionego (uwagi na marginesie edyktu Dioklecjana o cenach)*, „Palestra” 2007, nr 1–2, s. 154 i n. Zob. też: Europa, s. 308–309.

¹⁵ Konstytucja *Deo auctore* § 11. Tłumaczenie polskie według: Palmirski *Digesta*, s. 122–123.

¹⁶ Konstytucja *Tanta* § 19. Tłumaczenie polskie według: Palmirski *Digesta*, s. 150–151.

¹⁷ Art. 4 Kodeksu Napoleona: „Sędzia, który odmówi sądenia pod pozorem, że prawo milczy, że jest ciemne, lub niedostateczne, może być pociągnięty do sądu, jako winny odmówienia sprawiedliwości” (w tłumaczeniu polskim *Prawo cywilne obowiązujące w Królestwie Polskiem*, Warszawa 1914). Por. W. Wołodkiewicz, *Uwagi na temat roli prawa*

z twórców kodeksu cywilnego, opublikował kodeks opatrzony komentarzem będącym przejawem interpretacji, Cesarz miał ponoć wykrzyknąć: „*Mon code est perdu*”. Słowa te wyrażały przekonanie Napoleona o doskonałości jego dzieła¹⁸ – interpretacja mogłaby jedynie je zepsuć. Był to też przejaw oświeceniowych idei dotyczących prostoty i jasności prawa, wynikających z niechęci do nauki prawa, która wiąże się organicznie z wykładnią. Może to nasuwać skojarzenie z przekonaniem Justyniana, który w cytowanych powyżej konstytucjach zakazał tłumaczenia i interpretowania stworzonej przez niego kodyfikacji. W rzeczywistości jednak, zarówno w przypadku Justyniana, jak i Napoleona, ich dzieła mogły trwać przez wieki głównie dzięki twórczej interpretacji, która dostosowywała je do potrzeb, które nie mogły być przewidziane przez ich twórców.

Niestety współczesny prawnik i polityk widzi prawo jedynie jako zbiór przepisów, do czego przyczynia się również współczesna edukacja prawnicza, polegająca głównie na studiowaniu poszczególnych wyspecjalizowanych działów prawa. Jeżeli powstaje jakiś problem, który nie ma bezpośredniego odniesienia w obowiązujących przepisach, pojawia się natychmiast żądanie wysuwane przez prawników, polityków, a przede wszystkim przez media: **należy uchwalić nowe prawo lub dokonać nowelizacji istniejącej ustawy**¹⁹.

Acus porusza również ten wątek. W rozmowie z Wiktorem Osiatyńskim *Acus*, nawiązując do przestarzałej XIX-wiecznej wyobraźni inscenizacyjnej Wagnera (która *nota bene* była wykorzystywana przez ideologię III Rzeszy Hitlera), wspomina, że dzieło kompozytora po II wojnie światowej uratowały jego wnuki – wybitni reżyserzy, Wieland i Wolfgang – stwarzając nowoczesną inscenizację dzieł dziadka. *Acus*,

uzupełniając prawniczo motyw Wagnera, pisze: „A teraz może trochę o tym samym, tylko w prawie. Żyjąca interpretacja może uratować coś, co jest martwe, bo po prostu zmieniły się okoliczności” (s. 276–277).

Niestety braki kultury i edukacji prawnej powodują, że „stanowienie prawa stabilizuje świat: tworzy struktury, procedury, reguły. Prawo publikowane, a przez to przekazane adresatowi daje szansę na zrozumiałe, przewidywalne i powtarzalne relacje. Ale przecież płynna rzeczywistość jest zbyt płynna, aby prawo mogło ją ogarnąć i zatrzymać. (...) To dlatego proces legislacyjny, będący częścią otaczającej nas rzeczywistości, dostaje zadyszki: towarzyszą mu pośpiech, zniecierpliwienie i strach, że to i tak nie to, bo świat się zmienił. (...) Nie ma namysłu i powagi towarzyszącej przemyślanemu i rzetelnemu procesowi legislacyjnemu. Są: powódź śmieciowego ustawodawstwa; nowelizacje prawa w czasie biegnącej *vacatio legis*; prawa uchwalane metodą «skoku w ciemność» (uchwalimy, a potem jakoś to będzie albo TK poprawi i nikogo takie stawianie sprawy nie dziwi, nawet marszałkini Sejmu uważa to za normalność). (...) Ustawodawca jest bezradny i nie umie zawczasu «ogarnąć» tego co zamierza, co powinien uregulować (...)” (s. 221). Nic dodać ani odjąć od tych mądrych słów *Acusa*.

Zalew prawa stanowionego powoduje jego dewaluację, nieprzejrzystość oraz brak pewności i wiary w jego wiarygodność. Ustawodawstwo podlega ciągłym zmianom, najczęściej powodowanym żądaniami polityków i mediów²⁰. W wypowiedziach polityków piastujących najwyższe urzędy publiczne pojawia się często chwalenie się ilością zmian dokonanych w obowiązującym prawie (co często jednak prowadzi do rozwiązań, z których ustawodawcy powinni się ze wstydem wycofywać).

rzymskiego w pracach nad *Code civil des Français*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2005, t. LVII, s. 43–60. Por. *Europa*, s. 212–248,

¹⁸ Por. K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa 2007, s. 86.

¹⁹ Zob. W. Wołodkiewicz, *Vanae voces populi non sunt audiendae. Opinia publiczna i jej wpływ na legislację i na wymiar sprawiedliwości*, „Themis Polska Nova” 2012, nr 2(3), s. 5–14.

²⁰ Por. *ibidem*, s. 8 i n.

Warto zacytować tu słowa *Acusa*: „Dlaczego zaraz zmieniać? Przecież odpowiednie prawo jest. Na pewno nie najlepsze z możliwych, ale wystarczające, aby się tym zająć. Nie chodzi więc wcale o brak przepisów, lecz opieszałość w ich wykorzystywaniu i brak woli. Zawodzi tutaj nie warstwa tekstowa prawa, lecz interpretacyjno-aplikacyjna. Zawodzi także, jakże istotny dla pięknego brzmienia opery i, jak się okazuje ustawy, czynnik ludzki. A tego się już w ustawie nie zapisze! Ktoś: umie, chce, potrafi albo nie! I już. Nie trzeba tworzyć nowych przepisów lub zmieniać starych – wystarczy znaleźć tego solistę, który zechce uczynić użytek z tych ostatnich. Zwykle zresztą powinien wystarczyć dobry chórzysta. Bo prawo, tak jak i opera, to praca zbiorowa i efekt końcowy zależy od wspólnego wysiłku wszystkich” (s. 95). „Prawo jest częścią kultury. Wysokiej albo niskiej. Kultura wysoka nurza się w sensach, znaczeniach kodach kulturowych i znakach. Każdy z jej uczestników wie, że tekst nie jest jednoznaczny, a prawdy w nim przedstawione nie są absolutne. Jeżeli w ogóle tkwi w nich ziarno prawdy. Kultura niska tarza się w dosłowności. Nie lubi niuansów i sytuacji, w których jest coś więcej niż: tak – nie, czarne – białe, prawne – bezprawne” (s. 24).

Podanym przez *Acusa* przykładem ekscesywnej wykładni językowej („która burzy wiarę wielu w zdrowy rozsądek i kompetencje prawników”) może być wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 lipca 2011 r. (sygn. akt 9/11), który uznał, że nie można urządzić dwudniowych wyborów do Parlamentu Europejskiego, bo jest to niezgodne z art. 98 § 5 Konstytucji, mówiącym o „dniu przeprowadzenia wyborów”, używającym liczby pojedynczej. *Acus* zauważa, że przy tego rodzaju interpretacji normy prawnej należałoby odmówić różnych praw kobietom, bo Konstytucja mówi o przyznawaniu praw obywatelom²¹.

Acus podkreśla, że: „Na co dzieje rządzają nami

tekst i dosłowność, a nie znaczenie i kontekst. Naszym myśleniem o prawie i jego zjawiskach – niestety też. To tłumaczy zawrotną karierę wykładni językowej, dla niektórych – alfy i omegi kunsztu interpretacyjnego. Nic to, że ci mądrzejsi, z doświadczeniem, przestrzegają przed wiarą w to, że osiągnięcie jednoznaczności tekstu zwalnia od jakichkolwiek dalszych poszukiwań interpretacyjnych, sprawdzania czy jednoznaczność nie jest aby złudzeniem, gdy się konfrontuje z *ratio legis* albo spójnością systemu prawnego”²².

Wartość stanowienia i wykonania prawa zależy w pierwszym rzędzie od czynnika ludzkiego. I tu pojawić się musi pytanie, jak nauczymy prawa. Czy jest to nauka prawa traktowanego jako składny system oparty na formowanej przez stulecia wiedzy prawniczej i kulturze prawa, czy też jest to jedynie nauczanie przepisów (i ich interpretacji językowej) rozczłonkowanych, niełączących się z całym systemem prawa. Do ugruntowania przyszłych prawników w tego rodzaju podejściu do prawa i jego rozwoju przyczyniają się, tak na studiach, jak i na aplikacjach prawniczych, powszechnie prowadzone egzaminy testowe, polegające często na zakreśleniu właściwej odpowiedzi, wynikającej z nauczonych przepisów.

Przyszłością zawodu prawnika jest znajomość prawoznawstwa i samodzielnego wynajdywania stosownych przepisów, a nie tylko znajomość aktualnie obowiązujących – zmieniających się lawinowo – przepisów prawa²³. Dla współczesnego prawnika ważniejszą umiejętnością niż pamięciowa znajomość przepisów jest umiejętność wyszukania, zrozumienia i rozsądnego ich zastosowania. Do nabycia tej umiejętności nie wystarczy znajomość dziś obowiązujących przepisów, lecz niezbędne jest posiadanie szeroko pojętej kultury prawnej i umiejętności interpretacji normy prawnej.

Program studiów prawniczych był zawsze przedmiotem krytyk opartych na różnych prze-

²¹ Por. *Acus*, s. 24 oraz s. 282–283.

²² *Acus*, s. 23.

²³ Por. W. Wołodkiewicz, *Mit omnipotencji*, s. 304 i n.

slankach. Istotna jest tu odpowiedź na pytanie: czy studia te mają dać absolwentowi jedynie znajomość aktualnie obowiązujących przepisów, umożliwiających mu wykonywanie bezpośrednio po studiach różnych zawodów prawniczych, czy też powinny mu dać odpowiednią formację intelektualną, która umożliwi mu samodzielne rozwiązywanie problemów związanych z tworzeniem i stosowaniem prawa?

Idea studiów prawniczych o charakterze praktycznym dominuje, poczynając od roku 2005, w projektach wysuwanych przez kolejnych ministrów szkół wyższych i sprawiedliwości. Wątek studiów służących do uzyskania ściśle praktycznych wiadomości potrzebnych do wykonywania przyszłego zawodu pojawił się w pracach tzw. zespołu „deregulacyjnego”, którego ideą było, żeby absolwent studiów prawniczych mógł wykonywać, zaraz po ich ukończeniu, wszelką działalność zawodową, w zakresie umiejętności, które posiadał podczas studiów. Reformatorzy uważają bowiem, że studia te powinny go przygotować w odpowiednim stopniu do działalności praktycznej, głównie przez nauczanie przepisów prawa²⁴. Reformowanie studiów prawniczych nie zostało jeszcze zakończone. Jednak tendencje nowych uregulowań i ich dotychczasowe wprowadzanie w życie przez poszczególne uniwersytety i szkoły wyższe mogą budzić wątpliwości co do profilu przyszłego absolwenta. Czy będzie on nauczony jedynie przepisów prawa, czy też pozna prawoznawstwo, traktowane jako odrębny dział wiedzy ludzkiej? Ten pierwszy rodzaj kształcenia jest – biorąc pod

uwagę ogromny zalew i stałe zmiany prawa stanowionego – użyteczny jedynie na bardzo krótką metę. Drugi rodzaj kształcenia powinien dać absolwentowi pogląd na mechanizmy tworzenia prawa i dokonywania samodzielnej, rozsądnej wykładni przepisów prawa.

Studia prawnicze, uczące przede wszystkim przepisów prawa, produkują prawników, którzy w swej praktyce będą stosować głównie wykładnię językową prowadzącą do interpretacji tekstowo-werbalnej. Prawnicy tacy wychowani na „dogmacie, że decyduje dosłowne rozumienie tekstu, a nie kontekst sytuacyjny wskazujący na jego znaczenie”²⁵, nie zawsze potrafią wyjść poza werbalną interpretację tekstu. Studia uczące głównie przepisów będą coraz to bardziej kształcić prawników traktujących i interpretujących tekst w sposób dosłowny, co może niekiedy doprowadzić do absurdalnych rozwiązań w praktyce prawnej.

Prawnik humanista powinien zachować perspektywę wobec prawa jako zjawiska kulturowego, społecznego i historycznego. Przedmioty ogólnoforumujące powinny dać mu dystans do prawa, jego celów i przemian. Powinien on nie tylko znać przepisy, ale przede wszystkim umieć je twórczo interpretować, a nie oczekiwać na ich nowelizację, ilekroć pojawiają się trudności przy wykładni tekstu ustawy. Tylko taki prawnik będzie umiał podchodzić z rozsądkiem do zalewu prawa stanowionego. „Do wczoraj tego jeszcze nie uczono na skostniałych wydziałach prawa. Co będzie jutro zobaczymy” (s. 224) – pisze, z wyczuwalną obawą, *Acus*²⁶.

²⁴ Por. W. Wołodkiewicz, *Czy prawo rzymskie będzie istnieć? Uwagi na marginesie nowych prac nad reformowaniem studiów prawniczych*, „Palestra” 2012, nr 9–10, s. 203–212.

²⁵ *Acus*, s. 22–24.

²⁶ Por. też *ibidem*, s. 281.

Procesy artystyczne

Marek Sołtysik

MOTYW INTYMNY (cz. 1)

Bestia nad Wisłą

Czy jest możliwe, że kolega, który jeszcze wieczorem we wspólnym pokoju strzyże koledze włosy, nazajutrz przed południem zabije go podczas spaceru?

Prawnicy i lekarze nie mają wątpliwości: tak może być. Spotykają się w swej praktyce z przestępczymi sprawami, których motorem są ludzkie czyny do tego stopnia wręcz wyzywająco pokrętne, że pierwsze wrażenie eksperta to... troska. Troska o sprawców pewnych zbrodniczych przestępstw. Miły, ciepły wieczór, raczej pełna harmonia w sublokatorskim pokoju, dobrze przespana noc, z rześkim powiewem poranka wspólne wyjście z domu, wędrówka pośród wzmacniającego optymizmu wiosennego pejzażu i nagle kilkanaście pchnięć długim nożem, nie wiadomo, a może ciężkim tasakiem, następnie kilkadziesiąt nakłuć mniejszym ostrym narzędziem w martwiącej już ciało. Z premedytacją?... Troska ekspertów tu musi się przemienić w bezradny gniew. I w niepokieszenie. Bo aż dziw bierze, że ludzie, którzy utknęli w pełnym zlu i w nim egzystują, funkcjonują w życiu i radzą sobie całkiem-całkiem bez włączania logicznego my-

ślenia! A może ich logika jest jakaś szczególna? Tu już powiało wcale nie metafizyczną grozą.

W czwartek 25 maja 1933, w ważny dla chrześcijan dzień Zesłania Ducha Świętego, mieszkańcy nadwiślańskiego Przewozu¹, widząc jakieś niejasne nieporządki w osłaniających pole żyta, wysokich na ponad półtora metra krzakach tarniny, mówią o tym właścicielce pola, która zamierza pójść tam po obiedzie, żeby rzecz objąć gospodarskim okiem. Tymczasem siostry Wójcikówny, trzynastoletnia Rozalia i czternastoletnia Matylda, które od rana pasły w pobliżu krowy, wciąż pod wrażeniem opowieści koleżanek o wczorajszych rozmowach z nieznanymi panami, nie wytrzymały i weszły w tarninę pierwsze – pod pretekstem zbierania trawy.

– Patrz, co to? Palce w krzakach! Palce! To palce wylazły z rozdartych skarpet! Cofnij się, cofnij...

Zgroza! Natknęły się na zwłoki młodego mężczyzny, w pumpach, ale bez tych eleganckich półbutów. Tak, rozpoznały w nieżywym zmasakrowanym, z roztrzaskaną czaszką, jednego z tych dwu miastowych wędrówców, któ-

¹ To miejsce, obecnie z miejską zabudową, leży w granicach Krakowa.

rzy rano szli wzdłuż wału Wisły od Krakowa, dużo ze sobą rozmawiali, nawet dosyć głośno, a potem jeden z nich wypytywał koleżanki z sąsiedztwa o dwór, który, jak słusznie się domyślał, miał tutaj gdzieś być. Drugi pan nawet posłał ich kuzynkę po wodę do picia, w garnuszku.

Poszły do sąsiada, Kowalika, i informując, że odkryły trupa, powiedziały to wszystko. Kowalik kazał im spojrzeć; przy zwłokach leżał duży scyzoryk, taki w sam raz dla kawalera, idealny do krojenia chleba na skromnym gospodarstwie – złożony. Czyżby zabójca po wszystkim złożył scyzoryk i odrzucił go na miejscu zbrodni? – Uważajcie, dziewczuszki, nie gawędzić, nie stąpać – mruknął pan Kowalik – tu wszędzie są kawalki... – Kości roztrzaskanej czaszki rozprysły się na dwa kroki, jasnożółte widniały wśród trawy.

– Nie ma śladu, żeby ten, co zabił, uciekał przez zboże – powiedziała Rozalia.

– Nie ma śladu – potwierdził Kowalik. – To musiała być bestia, co się Boga nie boi. Ale co, buty nieboszczykowi ściągnął i poszedł z tymi butami do ludzi, jeszcze tak za widoku?

Prasa nie od razu doniosła, zrobiła to w dwa dni później², lecz to ze względu na dobro policyjnego śledztwa, przebiegającego w tym wypadku w tempie błyskawicy.

Kiedy bowiem gazeta trafiła do rąk czytelników, człowiek podejrzany o zabójstwo dwudziestotrzyletniego studenta Stanisława Lechowicza (którego ciało znaleziono w tarninie nazajutrz po śmierci) był już w zasięgu działań policji. Pojmany w to właśnie poniedziałkowe południe – przyznał się podczas intensywnego śledztwa. Po roku, już przed sądem, będzie mówił o naciskach policyjnego śledczego, wymuszających na nim nie zawsze prawdziwe zeznania, lecz faktu, że zamordował przyjaciela, nie odwoła ni razu.

W wypowiedziach tego człowieka – podobnie, co się okaże, jak w nim samym – śledczych policjantów i prawników będzie uderzać brak logiki. I jeszcze coś takiego, jakby Olejniczak sam się bawił nieustannie tymi zawikłanymi sprawami, i wtedy, kiedy dziwacznie sobie układał życie, i wtedy, kiedy ostro konfabulował wobec funkcjonariuszy policji, która po aresztowaniu na krakowskich Dębnikach, gdzie mieszkał, zabrała go najpierw do krakowskiego aresztu przy Kanoniczej, zwanego potocznie „Pod Telegrafem”, a potem na posterunek w Wieliczce, najbliższy miejsca, gdzie popełnił on zbrodnię. Przesłuchiwany przez całą noc, wywijał się dosyć wrednie z krzyżowego ognia pytań. Choć – i tu diabelskie jakieś niekonsekwencje – w areszcie „Pod Telegrafem” usiłował się powiesić na poskręcanym prześcieradle. Czujni strażnicy zapobiegli samobójstwu podejrzanego. Czyli co? Nie był przywiązany do życia?

Przyjrzyjmy się bliżej... Osoby dramatu to młodzi inteligenci, żyjący w niedostatku. Studiują, szukają gorączkowo swojego miejsca w świecie ogarniętym kryzysem ekonomicznym i duchowym. Jednym ze sposobów na przetrwanie jest wiara. Jest żarliwe poszukiwanie Boga w przypadku Lechowicza i poszukiwanie wygodnego miejsca przy tych, którzy służą Bogu, przez Olejniczaka. Oczywiście to charakterystyka postaci ciosana z grubsza. Niuanse dojdą, ukazane szczegóły przerażą.

Kim była Janina Pragnąca, osoba, która najprawdopodobniej jako druga po mordercy zobaczyła zmasakrowane zwłoki studenta Lechowicza? Co robiła, kręcąc się z płaczem w najbliższych okolicach miejsca zbrodni, nad Wisłą w podkrakowskim Przewozie owa tajemnicza kobieta rodem z Czeladzi w Zagłębiu, która nad Wisłę pod Przewozem przybyła

² Tekst osobnej notatki, napisany w niedzielę 28 maja, ukazał się z datą 29 maja („Ilustrowany Kurier Codzienny”, 29 maja 1933, *Tajemniczy trup w Przewozie*): „we wsi Przewóz obok Krakowa dokonano strasznego odkrycia (...) zwłoki straszliwie zmasakrowane. (...) Na miejsce morderstwa wyjechała natychmiast komisja sądowa i przedstawiciel powiatowej komendy Policji Państwowej. Wszczęto energiczne śledztwo, które niewątpliwie odsłoni kulisy tego morderstwa”.

Jeżeli nie podaję innego źródła, informacje czerpałem z ówczesnej prasy krakowskiej, głównie z „Czasu” oraz z IKC.

z okolic Limanowej i która potem powie, że doskonale знаła zabójcę... Podczas konfrontacji zabójca wyprze się znajomości: – Ja tę kobietę po raz pierwszy widzę na oczy!

O Lechowiczu, wytrwałym studencie V roku teologii, w chwili śmierci dwudziestotrzyletnim, wszyscy świadkowie będą mówić jako o młodzieńcu niespotkanej czystości, uduchowionym. O starszym odeń o rok Olejniczaku, byłym studencie teologii, jeszcze całkiem niedawno człowieku z powołaniem duchownego, starano się źle nie mówić, poza tym, że za bardzo interesował się posagiem dwu co najmniej panien naraz. Dwudziestosześcioletnia panna Pragnąca, która z niejednego pieca chleb jadła, a ostatnio była na nieoficjalnych występach w podgórskich okolicach Limanowej jako wróżbitka, zezna w śledztwie, że Olejniczak był jej kochankiem, mało tego, że ona mu służyła w każdej sytuacji, w każdym przedsięwzięciu podpadającym pod kodeks karny, i co miała robić, skoro Olejniczak na odcinku od Dąbrowy Górniczej po Limanową działał jako herszt szajki złodziejskiej! Niby niemożliwe, niby się nie zgadza – niby kiedy miałby to robić on, w Krakowie i na prowincji, w Wojakowej, miejscowości ze szkołą, położonej między Brzeskiem a Limanową, zabiegany między dwiema kobietami, z których każda z osobna mniemała, że jest kobietą jego życia, między salami Uniwersytetu, gdzie słuchał wciąż go interesujących wykładów, a dostatnim mieszkaniem syna restauratora, któremu udzielał lekcji języków – ale jednak najdrobniejsze szczegóły z życiorysu i codziennych spraw Lechowicza, doskonale znane Janinie Pragnącej, czyniły jej rewelację bliskimi prawdopodobieństwa. Czy jednak być może?

A najdziwniejsze – Pragnąca zapewnia, że zjawiała się w tym właśnie miejscu na wyraźną prośbę... Lechowicza. Lechowicz wiedział, że zagłębianka przebywa pod Limanową, gdzie wróży, znał jej adres kontaktowy i napisał. I przysłała nad Wisłę w Przewozie, i nie ukrywała się przed mieszkańcami, przechadzała się, oczekiwała, nie mogła się doczekać, weszła w zarośla. I zobaczyła.

Przytrzymana przez policyjnych wywiadowców aż za Biezanowem, osiem kilometrów od miejsca znalezienia zwłok Lechowicza, zostanie osadzona w areszcie.

– Tam musiał jeszcze ktoś być... – dźwięczą w uszach ludzi prowadzących śledztwo słowa wyszeptane przez zabójcę podczas przesłuchań.

Na ciele ofiary siedemdziesiąt jeden ran.

Bolesław Olejniczak zapewne nie miał powołania, miał natomiast nagłą potrzebę poznania rozmaitych religii. Miał chyba temperament reportera gazety codziennej: dowiedzieć się wielu rzeczy, zobaczyć je, niekoniecznie zgłębiać. Do efektów poszukiwań bardzo przydatne jest audytorium. Znajdował je w sypialniach seminariów duchownych, do których wstępował we Lwowie, w Poznaniu, w Pińsku, w Wilnie, w Krakowie i w Warszawie, samotności się raczej obawiał. Kiedy później zrezygnował z przytulisk zgromadzeń (kolejno trzech różnych wyznań!), zawsze w wynajmowanym pokoju mieszkał albo u jakiegoś kolegi, albo kolegę na wspólne mieszkanie zapraszał. W straszliwych dniach, kiedy jego wnętrzem targały nerwy i od środka syczała nieopanowana samotność, żeby znaleźć kumulację i kulminację w czynie, którego, o czym sam dobrze wiedział, być nie powinno, Bolesław Olejniczak był studentem pierwszego roku filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego, do niedawna słuchaczem czwartego roku teologii, żył w wolnym związku z Emilią Korczyńską, brzemenną (5 lipca 1933 urodzi się ich córka Basia) i z Anną Muszanką. W Wojakowej natomiast, gdzie Muszanka uczyła w szkole, Bolesław i Anna i uchodzili za wzorowe narzeczeństwo! Oficjalnie wiadomo, że żył głównie z korepetycji udzielanych studentom Eugeniuszowi i Piotrowi Pietrzakom, synom dzierzawców restauracji w Hotelu Francuskim, i że oprócz honorariów od starszego pana Erwina Pietrzaka należały mu się codzienne śniadania i kolacje z kuchni wytworzonego hotelu.

Na pytanie, czy знаła tak bliską swemu

narzeczonemu pannę Muszanę, Korczyńska odpowiedziała:

– Nie. Raz tylko – było to zdaje się w styczniu 1933 – spotkałam Bolesława na ulicy św. Gertrudy z jakąś niską, grubą kobietą. Przechadzali się ramię w ramię, w światłach reklam z witryny kina „Wanda”. Ja wtedy go zaczepiłam, tak, odciągnęłam Bolesława od tej osoby i natychmiast poczęłam mu robić wymówki. On mi spokojnie odpowiedział, że to jest ta pani, u której on daje te świetnie płatne lekcje (!).

Panna Korczyńska musiała przecież walczyć. Miała powody, żeby się bardzo niepokoić. Była w trzecim miesiącu ciąży. Olejniczak, broń Boże, nie będzie się wypierał ojcostwa, lecz przed ołtarzem nie stanie. W każdym razie nie teraz. Najpierw musi mocno stanąć na nogach. Do tej pory radził sobie. Właśnie – tylko sobie. 24 kwietnia 1933 Emilia, w zaawansowanej ciąży, po miesiącu wspólnego zamieszkiwania opuściła pokój w domu przy Konfederackiej 27, wynajmowany z jej inicjatywy przez Bolesława, ponieważ środki do życia wyczerpały się do tego stopnia, że nie było nawet na mleko. Rodzice przyjęli ją z otwartymi ramionami. Nie mogli patrzeć na tę nędzę... Inna sprawa, że matka Emilii, która wcześniej często odwiedzała córkę w jej pokoju dzielnym z Bolesławem, bardzo lubiła kandydata na zięcia. Podobali się sobie, przekomarzali się z wyraźnym zamiłowaniem. Ciekawe, Emilia była prawdopodobnie dobroduszną, nie grzeszyła błyskotliwością, była bardzo ładna, ale nie odziedziczyła po matce lekkości i wdzięku. Znużył sam na

sam z brzemioną narzeczoną Olejniczak nie tylko straszyl, że zwiąże się z jej siostrą, lecz tę siostrę zaczynał bałamucić. Udawał albo nie udawał. Teraz naprawdę nie wiadomo. Taki to był nieprzewidywalny człowiek.

Mieszkał i żył z Emilią Korczyńską, ją i jej rodziców, z którymi był w świetnych stosunkach, powiadomił na przykład, że jedzie do swoich rodziców aż do Brzeżan na święta, święta jednak spędził o wiele bliżej: w Wojakowej, u Anny Muszanki, nauczycielki, którą poznał z ogłoszenia matrymonialnego. Po Nowym Roku wrócił do Krakowa, zainstalował się z Muszaną, jako z narzeczoną, w mieszkaniu jej brata, Jana, na Podgórzu, narzeczeni cieszyli się sobą przez kilka dni ferii pani nauczycielki, wreszcie skoro świt Olejniczak odprowadził Muszanę na pociąg do Bochni, skąd miała blisko końmi do Wojakowej, i jak gdyby nigdy nic, wrócił do Emilii.

Sprawę Olejniczaka zagłuszy co najmniej równie potworna zbrodnia dokonana przez Maliszów³.

Rozprawa odbywa się w Gmachu Sądu Okręgowego w Krakowie – oczywiście nie w trybie doraźnym⁴, czego wcześniej się spodziewano – niemal w rok po zbrodni, 14 kwietnia 1934. Mniej dla przypomnienia przysięgłym, bardziej dla publiczności na sali sądowej rzucono garść niezbędnych szczegółów.

Bolesław Olejniczak urodził się w Niemczech, w Westfalii, gdzie jego ojciec pracował w kopalni węgla. Ukończył sześć lat szkoły nie-

³ Wszystkim znana – ale różnie naświetlana – sprawa potrójnego zabójstwa, ciężkiego poranienia czwartej osoby i kradzieży dużej sumy pieniędzy, zbrodniczych czynów dokonanych 2 października 1933 w mieszkaniu w centrum spokojnego do niedawna Krakowa przez Jana Maliszę w towarzystwie żony, bezrobotnych inteligentów, wstrząsnęła opinią publiczną. Sprawa, rozpatrywana przez sąd w postępowaniu doraźnym (zob. przypis następny), zamknęła się tedy już 4 listopada 1933 wyrokiem skazującym Maliszę na karę śmierci z rygorem wykonania wyroku w 24 godziny od jego ogłoszenia. Tzw. sprawa Maliszów jest przedmiotem wnikliwych dociekań autora „Procesów artystycznych”, których rezultat być może jeszcze w tym roku ukaże się na łamach „Palestry”.

⁴ W związku z dokonywaniem ruchów prowadzących do przebudowy ustawodawstwa polskiego w duchu wyraźnej antydemokratycznej, a mających na celu uzależnienie aparatu wymiaru sprawiedliwości od obozu rządzącego Drugiej Rzeczypospolitej – m.in. poprzez przygotowywanie dekretów zawieszających niezależność sędziowską, zezwalających ministrowi sprawiedliwości na usuwanie i przenoszenie sędziów ze stanowisk oraz podporządkowujących rady adwokackie władzom państwowym, wreszcie poprzez ograniczanie kompetencji Najwyższego Trybunału Administracyjnego, orzekającego o legalności aktów rządowych – od września 1931 r. na mocy uchwały Rady Ministrów wprowadzono w Polsce sądy doraźne.

mieckiej. Po wojnie, około 1921, przyjechał z rodzicami i z bratem do dziadka ze strony matki, Andrzeja Fichtala, w Poznańskim. Niebawem Olejniczakowie przenieśli się do Torunia, gdzie pan domu dostał pracę w policji. Pełnił służbę w Brzeżanach, przeniósł się więc tam z żoną i synami. Bolesław ukończył w Brzeżanach sześć lat gimnazjum i został przyjęty do małego seminarium duchownego we Lwowie. Po maturze wstąpił tamże do wielkiego seminarium duchownego. Studiował w roku akademickim 1928/1929, na wakacje wyjechał do rodziców do Brzeżan. We Lwowie zapisał się na drugi rok studiów, ale z początkiem 1930 wystąpił z seminarium, na przełomie marca i kwietnia odwiedził swego dziadka Andrzeja Fichtala w Poznańskim, podobno zamierzał wstąpić do seminarium w Poznaniu, lecz nagle zmienił plany i wyjechał do Pińska. Skoro w Poznaniu natrafił na trudności, to dlaczego nie bliżej domu dziadka, na przykład nie do Warszawy? Podobno dlatego, że najłatwiej było się tam dostać. W seminarium w Pińsku przebywał od kwietnia do połowy października. Potem był znowu w Brzeżanach na garnuszkach rodziców, aż do 5 maja 1931, kiedy to wyjechał do Krakowa z zamiarem zapisania się na Uniwersytet Jagielloński. Czas do października postanowił przeczekać w Krakowie. Zamieszkał na Dębnikach, po prawej stronie Wisły, ale to już blisko centrum miasta i miło. Wtedy jeszcze nie udzielał lekcji, musiał się utrzymać z tego, co dostawał z domu – od 40 do 50 zł miesięcznie. Zważywszy na rygor płatności za wynajmowany pokój, było to w sam raz, żeby mocno zaciskać pasa. Z początkiem

czerwca zamierzał nawet powrócić do Brzeżan, ale ostatecznie wybrał właściwą dla krakowian stronę Wisły i zatrzymał się u pani Marcinkowej przy ul. Bożego Ciała 24, na krakowskim Kazimierzu. Dzięki dodatkowej finansowej pomocy brata i dziadka Fichtala mieszkał tam sobie do końca sierpnia, kiedy przeważała w nim decyzja o kontynuacji tego, co zaczął. 1 września wysiadł z pociągu na dworcu w Warszawie i kroczył w stronę seminarium. Szybko wstąpił, wystąpił po czterech tygodniach. Po tak licznych próbach musiał stwierdzić, że nie ma powołania do stanu duchownego. Ciągnął go Kraków i wrócił tam z zamiarem zapisania się na Wydział Filozoficzny UJ. Ale to przecie koniec pierwszego semestru! Znow odłożył ten zamiar i w Krakowie, nie oglądając się na nic, wstąpił do Kościoła Narodowego⁵ na Bonarce. „Zostałem przyjęty – tłumaczył później – ale narodowcem jednak nigdy nie byłem”.

Zrobił to – jak się zdaje nie po raz pierwszy, ten niedoszły religioznawca – by się zapoznać z ideologią tego kościoła. Wystąpił stamtąd po kilku tygodniach, a pytany później o powody, mówił ogólnie, że nie odpowiadały mu tamtejsze warunki. Ciągnięty za język, dodał: „Zachowanie się i prowadzenie tych księży pozostawiało wiele do życzenia”. Ale tam właśnie, w kościele hodurówców⁶ na Bonarce, poznał się z dziewiętnastoletnią hafciarką Emilią Korczyńską. To nie było spontaniczne uczucie, nie młodzieńcza miłość, lecz spotkanie w następstwie listu panny Korczyńskiej, związanej z tym Kościołem, dostarczonego Olejniczakowi przez kolegę z seminarium, Kisiewicza, kandydata na duchownego polskokatolickiego. Dla-

⁵ Polski Narodowy Kościół Katolicki, którego idea (Jan Ostroróg, Andrzej Frycz Modrzewski) sięga XVI w. – ukonstytuowany w 1895 w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej – w latach 20. XX w. zakładał parafie i w Polsce. Ta, o której mowa, na Bonarce, na krakowskim Podgórzu, pod wezwaniem Zmartwychwstania Pańskiego, była pierwszą. Zorganizowana w 1922, w dwa lata później rozpoczęła swobodną działalność.

Nauka Kościołów polskokatolickich nie odbiega od wiary i tradycji Kościoła katolickiego. Różnice: Eucharystia pod dwiema postaciami: Ciała i Krwi Pańskiej; dwie formy spowiedzi: indywidualna i ogólna, z tym że dzieci i młodzież mają obowiązek przystępować do spowiedzi indywidualnej aż do sakramentu bierzmowania. Kościół polskokatolicki nie uznaje dogmatu o nieomyślności papieża.

⁶ Wyznawców Polskiego Narodowego Kościoła Katolickiego nazywano powszechnie hodurówcami – od nazwiska bp Franciszka Hodura (1866–1953), reformatora religijnego, pisarza, organizatora i na emigracji w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej pierwszego biskupa Polskiego Narodowego Kościoła Katolickiego.

czego panna chciała się z nim poznać – tego nie wiemy. Olejniczak nie wiedział także i chyba wiedzieć nie chciał, ponieważ list pozostawił bez odpowiedzi. Kisiewicz przychodził doń z wiadomościami, że Korczyńska nalega. Skoro tak, wystosował list z wyznaczonym miejscem i czasem spotkania. Stało się: w grudniu 1932 na Kalwaryjskiej, głównej ulicy krakowskiej dzielnicy Podgórze, leżącej po prawej stronie Wisły, rozpoczęła się ich znajomość, która nie od razu stała się zażyłością. W pierwszych tygodniach często się umawiali: w domu hodowców na Bonarce, na mieście. Na Boże Narodzenie Bolesław był po raz pierwszy w domu rodziców Emilii. Spodobał się, niebawem zaproszony przyszedł na Nowy Rok.

Na któreś z kolejnych już pytań przewodniczącego, dlaczego opuścił seminarium, Olejniczak odpowiedział bardziej precyzyjnie: – Księża obcowali z kobietami, a ponadto jeden z księży wyludzał od kleryków pieniądze.

Władze seminarium, odpowiadając pisemnie na pytania sądu, wyjaśniały, że Olejniczak opuścił mury uczelni i internatu nie z własnej woli i że odchodził z opinią kobieciarza, który ponadto nadużywa alkoholu.

Jak zapoznał się z grekokatolickim duchownym, kapelanem wojskowym Konstantym Siemaszką? Opowiada, że szedł sobie ulicą Wiślną z Rynku Głównego w stronę Plant i nagle zachwyił się chórem z kaplicy prawosławnej. A gdy wstąpił do tej świątyni⁷, to tak

mu się tam spodobało, że wyczekał na odpowiednią chwilę, żeby porozmawiać z księdzem Siemaszką. Zwierzał się, że od dawna pragnie się bliżej zapoznać z dogmatami i liturgią prawosławną. Zwrócił się w końcu do księdza z gorącą prośbą, by mu udzielał lekcji języka staro-cerkiewno-słowiańskiego i ruskiego. Ksiądz wyraził zgodę; spotykali się w kościele przy Wiślniej dwa razy w tygodniu. Olejniczak powziął myśl o wstąpieniu do seminarium prawosławnego. Musiał mieć jednak stosowną metrykę.

– Ksiądz Siemaszko wypisał mi tę metrykę bez żadnego przejścia z mej strony na wyznaczenie prawosławne.

– Pan podpisał jednak jakąś deklarację, że przyjmuje pan wiarę prawosławną – powiedział przewodniczący.

– Tak. I wyjechałem do Warszawy. Zgłosiłem się na Pradze do archimandryty Dionizego.

– Dlaczego pana nie przyjęto?

– W metryce były nieścisłości. Imię Bolesław nie zostało zmienione.

Wrócił do Krakowa, zamieszkał znowu po prawej stronie Wisły, najpierw u pani Buczkowej przy ul. Wielickiej (gdzie czterokrotnie gościł Emilię Korczyńską), później przy Salinarnej (bez śladu Emilii Korczyńskiej, jako zdeklarowany samotnik), u pani Królowej, której synowi, uczniowi szkoły powszechnej, udzielał lekcji i w ten sposób wypłacał się za mieszkanie. Jadał na mieście.

Cdn.

⁷ Miejsce w istocie pełne nieprzewycięzonego uroku. Przez trzynaście lat prawie codziennie, w drodze do redakcji przy ul. Wiślniej 2, przechodziłem pod murem tej zabytkowej cerkwi grekokatolickiej pod wezwaniem Podwyższenia Krzyża Świętego przy ul. Wiślniej 11, która była wówczas (od 1947 aż do 1989, kiedy parafia grekokatolicka ją odzyskała) katolickim kościołem Saletynów. Barokowa budowla, jako kościół św. Norberta, była przeznaczona dla Norbertanek. Po kasacie klasztorów przez władze austriackie kościół w 1808 przekazano parafii grekokatolickiej. Z końcem XIX w. w cerkwi wzniesiono ikonostas, projektu Tadeusza Stryjeńskiego – z ikonami pędzla Władysława Rossowskiego według projektu Jana Matejki.

Recenzje i noty recenzyjne

Tomasz J. Kotliński

Prezydenci izb adwokackich (1862–1932)

Jarosław: Wydawnictwo Państwowej Wyższej Szkoły Techniczno-Ekonomicznej
im. ks. Bronisława Markiewicza 2014, ss. 112.

Otrzymaliśmy książkowy zbiór życiorysów osób, które jako adwokaci przewodziły poszczególnym izbom adwokackim na terenie Galicji, tj. byłego zaboru austriackiego, w latach, kiedy kształtowała się samorządność adwokatury po wydarzeniach Wiosny Ludów. Najpierw po tych wydarzeniach w monarchii austriackiej przyjęto prowizoryczną ustawę o adwokatach, po czym zaczęto realizować zapowiedź utworzenia samorządu adwokackiego. Powstawały zatem pierwsze izby adwokatów we Lwowie i w Krakowie, a po nich utworzono jednostki samorządowe tego zawodu w takich miastach jak Przemyśl, Sambor, Stanisławów, Tarnopol, Tarnów i Złoczów. Najpóźniej, bo w 1919 roku – z ewidentnych przyczyn politycznych – utworzono izbę adwokacką w Cieszynie.

Wstęp omawianej książki stanowi wprowadzenie będące krótkim zarysem działań zmierzających do utworzenia izb adwokackich w 1862 r. i opartych ostatecznie na nowej ustawie adwokackiej z 1868 r. Jest on potrzebny, aby mieć odniesienie do faktografii zgromadzonej przy omawianiu zwłaszcza życiorysów pierwszych prezesów poszczególnych izb adwokackich.

Dobrym uzupełnieniem przedstawienia losów adwokatów piastujących stanowiska pre-

zesów poszczególnych izb jest umieszczenie na końcu opracowania pełnych znanych składów organów samorządu adwokackiego tych izb do roku 1932. Założeniem Autora tego opracowania jest przedstawienie sylwetek prezesów izb, urzędujących do 1932 roku. Data ta jest obraną przez Autora granicą związaną z wprowadzeniem na obszarze całej Polski – a więc obejmującym także były zabór austriacki – ustawy z tegoż roku, reformującej w sposób zasadniczy samorząd adwokacki. Ustawa ta zlikwidowała odrębność regulacji ustroju samorządu adwokackiego na tym obszarze i wprowadziła m.in. stanowisko dziekana na czele każdej z izb adwokackich w kraju.

Przedstawione życiorysy uwzględniają realia historyczne wynikające z działalności każdego z prezesów w ciągu wskazanego wyżej okresu. Da się równocześnie zauważyć wspólny mianownik tej działalności z wykorzystaniem możliwości, jakie austriackie władze zaborcze stworzyły w ramach galicyjskiej autonomii. Szczegółów podejmowanych działań nie sposób przedstawić w recenzji; można jedynie w ten sposób zachęcić do lektury opracowania. Jak słusznie zauważył Autor, adwokaci – a szczególnie wyróżnieni przez wybór na prezesów izb adwokackich – to postaci nie tylko wybitne zawodowo,

ale spełniające w społeczeństwie rolę jeśli nie przywódczą, to znamionującą ich poczucie misji w zakresie czynienia dobrych dla ogółu inicjatyw. Przynoczyć tu można ich udział w akcjach oświatowych, charytatywnych, wspomagających poziom życia społeczeństwa, wzbogacających i utrwalających patriotyzm w warunkach, na jakie pozwalała polityka zaborcy (np. organizacje „Sokoła”). Owo wyróżnianie się adwokatów, którzy następnie zostawali prezesami izb, było odczuwane także przez ogół miejscowej społeczności. Jeżeli wolno posłużyć się własną refleksją – przy okazji zapoznawania się z życiorysem adw. Michała Greka – przedostatniego prezesa izby adwokackiej we Lwowie, między innymi wybitnego mówcy sądowego – zrozumiałem, dlaczego przy podejmowaniu mojej osobistej decyzji o wyborze zawodu adwokata dostałem od mego Ojca (rocznik 1902) życzenia, aby obierając taki zawód, dojść do sukcesów osiągniętych przez tego właśnie adwokata. O skuteczności tych życzeń zamilczę, ale warto chyba przytoczyć i taki osobisty rezonans tej lektury.

Autor wykazał też pożądaną powściągliwość w przedstawieniu faktów z życiorysów tych prezydentów izb, których działalność na niwie „pozaadwokackiej” mogła przyćmić innych, bardziej poświęcających się sprawom samorządu adwokackiego. Mam na myśli takie postaci jak Mikołaj Zyblikiewicz, Mikołaj Kański czy Józef Rosenblatt. Dało to dobry efekt przy całościowym spojrzeniu na rolę prezesów jako przewodzących samorządowi adwokackiemu. Jest zrozumiałe, że brak źródeł dotyczących niektórych z postaci siłą rzeczy nie stwarzał możliwości wyrazistego ich przedstawienia.

Dla pokazania losów poszczególnych prezesów J. T. Kotliński dokonał nieomal benedyktyńskiej pracy, polegającej na sięganiu do źródeł wiadomości o nich. Tę cechę opracowania poznaje się poprzez uważne odczytanie przypisów ukazujących zbadaną literaturę. Wskazują one na sięganie nie tylko do opracowań jak *Polski Słownik Biograficzny* czy periodyków z omawianego okresu, jak np. „Przegląd Sądowy i Administracyjny”, ale w większości

przypadków do gazet z okresu działalności omawianych osób lub zawartych w nich wspomnień. Kiedy indziej są to tak niskonakładowe wydawnictwa jak „Cracovia Leopoldis”. Udało mi się ustalić tytuły 25 gazet, których roczniki wymagały przejrzenia. Niektóre z nich – jak mi się wydaje – dostępne jedynie w lwowskich archiwach Ossolineum. O umiejętnościach Autora docierania do źródeł związanych z Galicją wspominałem już przy okazji recenzowania innej jego pracy, a to *Historii Krakowskiej Izby Adwokackiej*. Dbalność o przedstawienie opisywanych postaci przejawiała się w książce poprzez umieszczenie dodatkowo ich portretów, jednak nie w każdym wypadku udało się Autorowi je zdobyć. Dobrym uzupełnieniem stało się w takich przypadkach przedstawienie fotografii grobowców, w których zostali pochowani.

Należy żałować, że omawiane opracowanie nie ukazało się jako kolejna pozycja dobrze zapowiadającej się biblioteczki o tematyce historyczno-adwokackiej w Wydawnictwie PETRUS, któremu w swej ubiegłej kadencji patronowała krakowska Rada Adwokacka. Życzę też Autorowi możliwości drugiego wydania tej pracy, co dałoby okazję do korekty działalności chochlika drukarskiego w przypadkach zauważonych przeze mnie błędów na s. 5, 9, 13, 58, 69, 89, 95, 103 i 105. W każdym z nich chodzi o drobne „literówki”.

Pewien niedosyt wywołuje opuszczenie w wykazie składu organów samorządu adwokackiego do roku 1932 Izby Adwokackiej we Lwowie okresu ponownej prezydentury adw. Maurycego Kabata, który po rocznej kadencji od marca 1866 r. przestał sprawować ten urząd, a następnie po śmierci prezesa Marcelego Madejskiego w 1889 r. – według relacji Autora – został wybrany prezydentem i piastował stanowisko do swej śmierci, a więc do 6 grudnia 1890 r. Tymczasem rzecz ta w powołanym „składzie” nie została odrębnie zaznaczona, chociaż można ją wydedukować.

Tak więc całość omawianego opracowania zasługuje na zauważenie i rozpropagowanie, chociaż wiadomo, że zainteresowania historyczne adwokaturą dotyczą stosunkowo wą-

skiego kręgu naszego środowiska. Natomiast można mieć nadzieję, że Autor nie ustanie w pracy badawczej, której się poświęcił, co wynika z publikowania w wielu numerach „Kra-kowskich Zeszytów Sądowych” życiorysów

– tym razem sędziów – z okręgu krakowskiego sądów w XIX wieku czy umieszczonej ostatnio w kwartalniku „Cracovia Leopoldis” (2014, z. 2) pierwszej części opracowania na temat proku-ratury państwa w monarchii austriackiej.

Stanisław J. Jaźwiecki

Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Michel Levinet

Les grandes arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme

6 édition mise à jour, Presses Universitaires de France 2011, ss. 944.

Wielkie wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, bo tak należy tłumaczyć francuski tytuł, jest już szóstą edycją obejmującą wyroki wydane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka do 2011 r., o największym znaczeniu dla obrony praw człowieka na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jest to praca zespołowa, autorstwa najlepszych znawców praw człowieka we Francji, a to prof. Frédéric Sudre z Uniwersytetu w Montpellier I, Jean-Pierre'a Marguénauda – profesora Uniwersytetu de Limoges, Joëla Andriantsimbazovina – profesora Uniwersytetu w La Rochelle, Adeline Gouttenoire – profesora Uniwersytetu de Bordeaux IV-Montesquieu, Michela Levineta, profesora Uniwersytetu w Montpellier, przy współpracy profesora Uniwersytetu w Montpellier I Gerarda Gonzaleza.

Opracowanie odbiega od klasycznego zbioru najważniejszych orzeczeń w sposób pozytywny tym, że zawiera wyczerpujące komentarze do wyroków, wskazując dotychczasową linię orzecznictwa Trybunału i jej rozwinięcie, bądź też zmianę. Również oryginalny jest sposób prezentacji orzeczeń, albowiem nie według kolejności artykułów Konwencji, lecz według podziału tematycznego gwarantowanych praw. I tak tytuł pierwszy dotyczy skuteczności ochrony praw i omówione są w nim wyroki, które stwierdzały wyraźnie, że Konwencja ma chronić prawa człowieka w sposób konkretny i efektywny, a nie iluzoryczny, w tym wyrok *Airey przeciwko Irlandii*, w którym uznano na-

ruszenie przez Irlandię Europejskiej Konwencji Praw Człowieka przez odmowę przyznania adwokata z urzędu w sprawie o separację, podkreślając, że państwo powinno umożliwić dostęp do sądu bądź przez ułatwienie procedury postępowania, bądź w przypadku jej skomplikowania, jak to ma miejsce w sprawach o separację w Irlandii, przez przyznanie adwokata z urzędu. W tytule tym są umieszczone także wyroki dotyczące marginesu swobody przyznanej państwom przy wprowadzeniu ograniczeń w korzystaniu z praw i wolności gwarantowanych w Konwencji, a także wskazujące wymóg udowodnienia przez państwo konieczności takiej ingerencji w demokratycznym społeczeństwie. Tytuł drugi dotyczy orzeczeń związanych z integralnością człowieka i zawiera między innymi omówienie ważnego wyroku *Selmouni przeciwko Francji* z 28 lipca 1999 r., stwierdzającego naruszenie art. 3 zakazującego tortur i niehumanitarnego traktowania. W wyroku tym Trybunał uznał naruszenie przez Francję tego artykułu i jego znaczenie polega na tym, że Trybunał w precedensowy sposób przyjął zmianę ciężaru dowodu co do przyczyn obrażeń ciała doznanych przez osobę pozbawioną wolności przez państwo. Mianowicie to państwo, a nie osoba pozbawiona wolności, ma wyjaśnić przyczyny obrażeń ciała, których przed tym pozbawieniem nie posiadała. Przyjęto zatem domniemanie spowodowania tych obrażeń ze strony funkcjonariuszy państwa wobec osoby pozbawio-

nej wolności, co stanowi wręcz rewolucyjną zmianę w interpretacji art 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W tytule tym znalazło się także orzeczenie w polskiej sprawie *Kudła* z 26 października 2000 r., dotyczące warunków tymczasowego aresztowania. W wyroku tym po raz pierwszy Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka przez działania władz pozbawiające właściwej opieki lekarskiej osobę w areszcie tymczasowym (w Krakowie), wymagającą pomocy psychiatrycznej. Trybunał podkreślił, że pozbawiony wolności ma prawo do warunków zgodnych z poszanowaniem godności ludzkiej, a państwo nie może stosować dalej idących ograniczeń niż te, które są immanentnie związane z owym pozbawieniem wolności. Następnie omówione są wyroki dotyczące wolności człowieka, a także prawa proceduralne, w tym prawo do rzetelnego procesu, równości broni stron procesowych, jak również prawo do egzekucji (wykonania wyroku) oraz prawo do obrony w sprawach karnych i domniemania niewinności oskarżonego oraz prawo do obrony przez adwokata. Tego ostatniego zagadnienia dotyczy wyrok *Salduz przeciwko Turcji* z 28 listopada 2008 r., w którym uznano, że Turcja naruszyła art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, nie gwarantując podejrzanemu obecności adwokata przy pierwszym przesłuchaniu. Trybunał zaakcentował, że dowód ten jest często determinującym wyniki procesu w razie oskarżenia, podkreślając niekorzystną sytuację, w jakiej znajduje się podejrzany postawiony przed policją lub prokuratorem bez obecności adwokata. Trybunał podkreślił, że gorszą pozycję podejrzanego od władz prowadzących postępowanie kompensuje obecność adwokata, którego zadanie polega na dopilnowaniu poszanowania praw podejrzanego, a zwłaszcza prawa do niesamooskarżania się. Następnie omówione jest prawo poszanowania życia rodzinnego, w tym niezwykle interesujące orzeczenie *Niemietz przeciwko Niemcom* z 16 grudnia 1992 r., uznające naruszenie art. 8 Konwencji przez dokonanie przeszukania kancelarii adwokata. Ważność tego orzeczenia

polega na podkreśleniu, że z racji obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej kancelaria adwokacka podlega podobnej ochronie jak życie prywatne i rodzinne. W rozdziale dotyczącym wolności myślenia i religijnej omówione zostały orzeczenia związane z wolnością prasy i poszanowaniem prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie z ich przekonaniami religijnymi i filozoficznymi. Podobnie w sprawach dotyczących wolności tworzenia stowarzyszeń autorzy zaprezentowali kilka orzeczeń. Odrębny rozdział został poświęcony prawu własności i omówiony w jego ramach został wyrok w sprawie *Sporrong i Lonnrothw*, w której Trybunał wypracował teorię wyłączenia *de facto*, kiedy to działanie państwa polega na takim ograniczeniu wykonywania praw własności, że mimo braku formalno-prawnego pozbawienia własności w istocie do tego dochodzi. W ostatnim rozdziale dotyczącym gwarancji poszanowania praw omówione zostały orzeczenia dotyczące kompetencji Trybunału, a także dopuszczalności skargi oraz wyroków, istoty wyroków Trybunału, w tym także ich egzekucji oraz odszkodowań zasądzonych przez Trybunał.

Omawiane dzieło jest cennym źródłem informacji dla każdego, kto interesuje się tematem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i funkcjonowania Trybunału w Strasburgu w praktyce, a dla adwokatów pożytecznym narzędziem pracy. Z analizy orzeczeń dokonanych przez autorów wynika, jak żywym instrumentem jest Europejska Konwencja Praw Człowieka, pochodząca przecież z 1950 r., stosowana przez sędziów jako narzędzie rzeczywistej, a nie iluzorycznej obrony tych praw. Cennym uzupełnieniem opracowania jest bardzo dokładny indeks hasłowy wydanych przez Trybunał orzeczeń, jak i wyroków Trybunału Kasacyjnego Francji (Cour de Casation) i Rady Stanu (Conseil d'Etat), tj. odpowiedników Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, co niezwykle ułatwia odnalezienie interesującego czytelnika tematu lub orzeczenia. Przytoczane orzeczenia najwyższych

instancji sądowych we Francji są doskonałą ilustracją, jak sądy krajowe stosują w praktyce Konwencję, co we Francji było dość żmudną drogą, niepozbawioną elementów kontestacji Konwencji i orzecznictwa Trybunału strasburskiego, nim wypracowano model respektowania i Konwencji, i jej interpretacji przez Trybunał. Jedynym mankamentem i kwestią do dyskusji może być przypisywanie orzeczeń nie zawsze adekwatne do konkretnych artykułów Europejskiej Konwencji Praw Człowie-

ka. W opracowaniu wymienione i omówione są także orzeczenia w sprawach polskich, a to obok wspomnianej sprawy *Kudła*, sprawa *Broniowskiego* – pierwsza w historii Trybunału sprawa pilotażowa, a także sprawa *Frasik* oraz *Hutten-Czapska*. Widać zatem, że polskie sprawy również znajdują poczesne miejsce wśród 75 wyroków uznanych przez autorów za najważniejsze w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału, który obejmuje obecnie 47 państw-członków Rady Europy.

Zbigniew Cichoń

Krzysztof Grabowski

Dyrektywa o prawach akcjonariuszy. Studium tworzenia prawa i przewodnik po dyrektywie

Kraków–Warszawa: Oficyna Allerhanda 2014, ss. 430.

Kilka miesięcy temu ukazała się wskazana w tytule monografia autorstwa specjalisty w zakresie rynku kapitałowego i ładu korporacyjnego, nauczyciela akademickiego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie, uczestnika prac legislacyjnych zarówno w kraju, jak i za granicą, pracownika wielu instytucji finansowych, a także autora licznych publikacji naukowych, Krzysztofa Grabowskiego. Jest ona wynikiem pracy naukowej zwieńczonej uzyskaniem stopnia doktora nauk prawnych.

Autor porusza istotny problem wpływu na ład rynku kapitałowego w Polsce przyjętej w lipcu 2007 roku dyrektywy 2007/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wykonywania niektórych praw akcjonariuszy spółek notowanych na rynku regulowanym (nazywanej potocznie dyrektywą o prawach akcjonariuszy).

Uchwalona ponad siedem lat temu dyrektywa WE zasadniczo przemodelowała organizację i przebieg walnych zgromadzeń, wprowadziła nowy system funkcjonowania spółek akcyjnych, nowe zasady uczestniczenia akcjonariuszy w walnych zgromadzeniach. Przy okazji omawiania dyrektywy K. Grabowski poruszył ciekawy wątek implementacji dyrektywy WE do polskiego systemu prawa, jak zauważa:

„można by sądzić, że tak radykalna zmiana spowoduje ogromne problemy i będzie niesłychanie trudna do wprowadzenia w polskim systemie prawa spółek handlowych, tymczasem Polska dokonała transpozycji wszystkich przepisów Dyrektywy już w grudniu 2008 r. i oficjalnie zgłosiła to do Komisji Europejskiej jako pierwsze państwo członkowskie Unii Europejskiej”.

W recenzji omawianej rozprawy prof. Krzysztof Oplustil z UJ napisał: „W dotychczasowej polskiej doktrynie brakowało pogłębionego studium, które ukazywałoby w całej złożoności proces planowania i przygotowania Dyrektywy na poziomie unijnym oraz opracowania projektu polskiej ustawy implementującej we współpracy z uczestnikami rynku kapitałowego. Lukę tę wypełnia monografia Krzysztofa Grabowskiego, która jest tym cenniejsza, że Autor aktywnie uczestniczył zarówno w pracach legislacyjnych nad Dyrektywą, będąc członkiem Grupy Roboczej Rady UE reprezentującym Polskę, jak i w przygotowaniu projektu ustawy implementującej Dyrektywę do prawa polskiego”.

Książka została podzielona na dziewięć rozdziałów. Rozpoczyna ją bardzo szczegółowy spis treści, a w dalszej kolejności znajduje się

Przedmowa, Wstęp, wreszcie Rozdział I wprowadzający do tematu. Autor porusza w nim zagadnienie dobrej komunikacji w procesie tworzenia prawa, a także wyjaśnia znaczenie dyrektywy WE dla ochrony prawa akcjonariuszy.

Rozdział II *Dyrektywa w procesie reformy prawa spółek* dotyczy zagadnienia pod tytułem *Company Law Action Plan*, czyli tak zwanego unijnego planu działania. W rozdziale III *Od Projektu do Dyrektywy* Autor przechodzi do omawiania toku prac nad dyrektywą WE, w których brała udział strona Polska, i ten fakt przyczynił się do szybkiego jej wdrożenia do polskiego prawa (właśnie w tym miejscu Autor wyjaśnia fenomen szybkiej ścieżki legislacyjnej dyrektywy WE).

Rozdział IV *Transpozycja Dyrektywy do prawa polskiego* przybliży czytelnikowi proces wprowadzania dyrektywy WE, a także sposób, w jaki konkretne zapisy dyrektywy zostały przeniesione bezpośrednio do prawa polskiego. Rozdział V *Konsultacje i współpraca środowiskowa* zawiera analizę skutków konsultacji rynkowych, które poprzedziły nowelizację Kodeksu spółek handlowych. W rozdziale VI *Pytania i rozstrzygnięcia bieżące* Autor podjął się próby odpowiedzi na pytanie, jaki wpływ na wynik procesu legislacyjnego ma sposób

prowadzenia konsultacji nad projektem legislacyjnym, oparty przede wszystkim na skoordynowanych i dobrze zaplanowanych działaniach.

Trzy ostatnie rozdziały (VII *Ocena uzyskanych efektów*, VIII *Dalsze prace oraz wnioski de lege ferenda* i IX *Uwagi końcowe*) to próba całościowego podsumowania, wyciągnięcia wniosków z postawionych pytań badawczych, na które składa się również wynik ankiety przeprowadzonej przez Autora wśród emitentów akcji notowanych na rynku (Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie). W ankiecie zapytano, czy prowadzenie procesu legislacyjnego w sposób skoordynowany, dobrze zaplanowany oraz we współpracy z podmiotami, których nowe przepisy będą dotyczyły, ma wpływ na wynik tego procesu.

Recenzentami naukowymi książki byli prof. dr hab. Aleksander Chłopecki (Uniwersytet Warszawski) i dr hab. Krzysztof Oplustil (Uniwersytet Jagielloński), a redaktorem prowadzącym dr Wojciech Rogowski.

Do lektury omawianej monografii należy zachęcić przede wszystkim uczestników procesu legislacyjnego, teoretyków i praktyków prawa oraz ekonomistów, a także samych zainteresowanych przedmiotem przeprowadzonych przez Autora badań, czyli akcjonariuszy.

Maciej Kwiek

Sympozja, konferencje

Zjazd Katedr Prawa Karnego i Kryminologii, Warszawa, 19–21 września 2014 r.

W dniach 19–21 września 2014 r. odbył się w Warszawie Zjazd Katedr Prawa Karnego i Kryminologii, zorganizowany przez Instytut Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Organizację konferencji wspierała Fundacja Instytut Studiów i Analiz Prawnych w Warszawie.

Zjazd Katedr Prawa Karnego i Kryminologii przyciągnął znamienitych przedstawicieli karnistyki z całego kraju. Konferencja spotkała się z dużym zainteresowaniem nie tylko członków katedr prawa karnego, ale także przedstawicieli praktyki.

Zjazd odbywał się na Kampusie Centralnym Uniwersytetu Warszawskiego. Pierwszego dnia, wraz z otwarciem konferencji, odbył się referat wprowadzający, połączony z posiedzeniem plenarnym i w głównej mierze skupiał się na perspektywie możliwych zmian dotyczących zasad odpowiedzialności znajdujących się w części ogólnej Kodeksu karnego. Następny dzień został podzielony na trzy bloki, w czasie których odbywały się po dwa równoległe panele dotyczące różnorodnej tematyki. Ostatniego dnia odbyło się uroczyste podsumowanie konferencji. Różnorodność paneli odzwierciedlała szerokie zainteresowania, a także pola działalności naukowej uczestników.

Referat otwierający Zjazd zatytułowany

był: „Część ogólna Kodeksu karnego (zasady odpowiedzialności). Perspektywy zmian” i poprowadził go, jako referent główny, adw. prof. Jacek Giezek (UWr). W swoim referacie zwrócił uwagę na to, że zasad odpowiedzialności karnej warto szukać w dalszych częściach Kodeksu karnego, a nie tylko w pierwszym rozdziale. Profesor postawił pytanie, czy istnieje potrzeba zmian obowiązujących zasad, i dodał, że zmiany powinny nastąpić wtedy, kiedy dostrzeżemy zachodzącą dysfunkcyjność. Przedstawił cztery zasadnicze kwestie, które potem stały się ramami wystąpień następujących prelegentów, a mianowicie zauważył kontrowersyjne zagadnienie, jakim jest sprawa obiektywnego przypisania skutku, następnie omówił stronę podmiotową czynu zabronionego w ujęciu projektu Komisji Kodyfikacyjnej – zauważył brak symetrii w odróżnieniu umyślności od nieumyślności, która opiera się na braku jakichkolwiek elementów pozytywnych w definicji nieumyślności. Kolejno podkreślił problem tożsamości czynu w kontekście art. 12 Kodeksu karnego, przy czym zastanowił się, czy Komisja Kodyfikacyjna zmierza do rozwiązania problemu dysfunkcyjności art. 12 k.k. ze wskazaniem na powagę rzeczy osądzonej, a na końcu zarysował problematykę form współdziałania według projektu Komisji Kodyfikacyjnej, czyli obniżenie górnej granicy sankcji za podzega-

nie i pomocnictwo. W swoim wystąpieniu prof. Giezek stwierdził, że odpowiedzialność karna powinna opierać się na podstawie ontologicznej i normatywnej, i zaznaczył, że dzisiaj to ta druga jest kreowana przez prawników i ma prym przed pierwszą.

Następnie głos zabrał prof. Andrzej Zoll, członek Komisji Kodyfikacyjnej, który w swoim wystąpieniu nawiązał do kilku zmian zaproponowanych przez Komisję. Wskazał m.in. konieczność wprowadzenia granicy między występkiem a wykroczeniem, wyjaśnił, że źródłem wprowadzenia zmian w art. 2 k.k. jest art. 9 k.k., który według Profesora powinien odnosić się wyłącznie do strony podmiotowej. Następnie wypowiedział się prof. Ryszard Dębski, który wyraził swój pogląd, że fundamentalna jest kwestia zmian, które dotyczą obiektywnego przypisania skutku, i postawił tezę, iż polskie prawo dojrzało do zamieszczenia tej kwestii w kodeksie. Jako ostatni wypowiedział się Prezes SN prof. Lech K. Paprzycki (ALK), który wskazywał problemy ze zdefiniowaniem poważnych zaburzeń osobowości, mających decydować o tym, czy dana osoba nadaje się do umieszczenia w zakładzie zamkniętym. Oceniał także, że sama koncepcja zakładu zamkniętego dla tzw. psychopatów jest ciekawym pomysłem, ponieważ jedynie perspektywa zamknięcia na zawsze w takim zakładzie będzie czynnikiem oddziałującym na takich ludzi.

Drugiego dnia jednym z paneli rozpoczynających był panel zatytułowany: „Prawo karne jako instrument wdrażania polityki unijnej”. Prowadzącą spotkanie była adw. prof. Eleonora Zielińska (UW), która rozpoczęła wskazaniem celu unijnej polityki karnej, którym jest zapobieganie i zwalczanie przestępczości, a także środków, które są potrzebne do realizacji tego celu, takich jak wzajemne uznawanie wyroków państw członkowskich czy zbliżanie do siebie przepisów karnych na terenie Unii Europejskiej. Profesor podkreśliła, że prawo karne służy do rozwijania przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości poprzez zwalczanie przestępstw, a także iż samo

w sobie może być uznane za środek służący do realizacji praw unijnych, szczególnie jeżeli chodzi o sankcje karne. Tematyka panelu skupiła się na korpusie przestępstw unijnych oraz fakcie, że Trybunał Sprawiedliwości opowiedział się za możliwością stosowania prawa karnego przy wdrażaniu polityki dawnego I filaru. Kolejnym prelegentem była prof. Małgorzata Wąsek-Wiaderek, która oprócz rozszerzania pojęcia tzw. unijnej sprawy karnej skupiła się w swoim wystąpieniu na oddziaływaniu prawa unijnego na prawo karne poprzez orzecznictwo. Profesor opowiedziała się za poglądem, że kompetencje państw członkowskich nie są kompetencjami konkurencyjnymi, a równoległymi, które są jednocześnie kompetencjami dzielonymi. Podkreśliła, że sąd orzekający w danej sprawie musi brać pod uwagę zarówno kontekst konstytucyjny, jak i kontekst konwencyjny, a także kontekst wyłaniający się z Karty Praw Podstawowych. Profesor Andrzej Sakowicz (UwB) był drugim referentem tego panelu i wskazał w swoim wystąpieniu, że dyrektywy pozajęzykowe powodują usunięcie niezgodności między przepisami krajowymi a unijnymi, a jednocześnie że to wykładnia językowa była spychana przez inne wykładnie, jak np. systemową, i aktualnie nie jest już uznawana w prawie unijnym za najważniejszą. Podkreślał, że powinna istnieć prounijna interpretacja przepisów krajowych, jako najlepsze rozwiązanie. Po wystąpieniach wywiązała się ożywiona dyskusja.

Równoległy panel dotyczył problematyki „Idealnego zbiegu przestępstw”. Prowadzącym, a zarazem referentem był adw. prof. Piotr Kardas (UJ), który szczegółowo zaprezentował zagadnienie zbiegu idealnego między przestępstwami i przestępstwami skarbowymi, w sposób szczególnie wnikliwy argumentując za koniecznością stosowania reguł wyłączenia wielości ocen w rozważanych przypadkach. Stanowisko przeciwne prezentował drugi referent, SSN Wiesław Kozielewicz, który podkreślał historyczne podłoże art. 8 § 1 Kodeksu karnego skarbowego oraz argumentował, że przyjęcie wskazanych reguł doprowadziłoby

do sytuacji, w której najpierw należałoby usuwać zbieg, a dopiero następnie zastanawiać się nad wyodrębnieniem czynu. Kolejny mówca, prof. Janusz Sawicki, poświęcił swój referat problematyce zupełności regulacji Kodeksu karnego skarbowego oraz odstępstw od tej zasady i skutków, jakie ma to dla regulacji idealnego zbiegu. Jako ostatni referat wygłosił dr hab. Przemysław Konieczniak (UAM), który zauważył, że zbiegi odpowiedzialności w stosunku do jednego czynu nie są niczym niezwykłym, kontrowersje wokół art. 8 § 1 k.k.s. wynikają jednak ze zbiegu dwóch reżimów odpowiedzialności penalnej, w równym stopniu uderzających w sprawcę. Przy okazji referent zaznaczył, że reguły wyłączenia wielości ocen mają charakter systemowy, o czym świadczy m.in. powszechna akceptacja w każdej gałęzi prawa reguły specjalności. Po wygłoszeniu referatów odbyła się dyskusja, której uczestnicy podzielili się na zwolenników regulacji idealnego zbiegu oraz przeciwników (wedle których instytucja ta powinna zostać usunięta z polskiego prawa). Zgoda panowała odnośnie do wątpliwości co do konstytucyjności art. 8 § 1 k.k.s. w przypadku prowadzenia przeciwko sprawcy dwóch niezależnych postępowań.

Drugi blok paneli rozpoczęty został panelem zatytułowanym „Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność administracyjna”. Prowadzącym oraz referentem była prof. Małgorzata Król-Bogomilska (UW); szeroko i wnikliwie prezentując tytułową problematykę, zwróciła uwagę m.in. na rosnącą liczbę deliktów administracyjnych i surowość kar nakładanych w trybie administracyjnym, specyficzne formy „przepełnienia” naruszeń (na przestępstwa i delikty administracyjne) czy zjawisko zakamuflowanej odpowiedzialności karnej, jakiej można dopatrzeć się w penalizacji czynów osób fizycznych niebędących przedsiębiorcami. Poruszyła również problem standardów praw w sprawach administracyjnych. Następnie głos zabrali prof. Marek Mozgawa (UMCS), który przedstawił problematykę z pogranicza prawa karnego i cywilnego. Na przykładzie prawa służącego zwalczaniu nieuczciwej kon-

kurencji ukazał nieuporządkowanie w kształtowaniu relacji między zakresem bezprawności cywilnej i karnej. Zaakcentował przy tym potrzebę zsynchronizowania terminologii prawnokarnej i cywilistycznej. Kolejny mówca, dr Marek Kulik (UMCS), podkreślił potrzebę dociekania przyczyn sięgania przez ustawodawcę do regulacji o charakterze administracyjnym, opartych na uproszczonej typizacji naruszeń i tworzących surogat kar kryminalnych – bez zapewnienia odpowiedniego poziomu standardów praw. Podkreślił daleko idące zbieżności w regulacjach prawnokarnych i administracyjno-karnych, co prowadzi do wykształcania się swoistego prawa „represyjnego”. Profesor UAM dr hab. Robert Zawłocki (UAM) przedstawił przykłady różnorodnych relacji między prawem karnym a prawem administracyjnym operującym sankcjami penalnymi na płaszczyźnie ochrony rynku kapitałowego. Zaczerpnął przykłady z trzech ustaw z 2005 r.: o obrocie instrumentami finansowymi, o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych i o nadzorze nad rynkiem kapitałowym. Ostatni referent, dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka (UJ), ukazała w szerokiej perspektywie relację między prawem karnym i administracyjno-karnym. Sięgnęła do korzeni tych dziedzin prawa i do różnych koncepcji dogmatycznoprawnych leżących u podłoża kształtowania się prawa wykroczeń i prawa administracyjno-karnego. Podkreśliła potrzebę wypracowania narzędzi i kryteriów, które należałoby stosować, podejmując decyzje o zaliczeniu określonych czynów do przestępstw, wykroczeń czy deliktów administracyjnych.

W drugim bloku paneli jako pierwszy odbył się panel kryminologiczny, zatytułowany: „Kryminologiczne aspekty współczesnych zmian w prawie karnym i prawie karnym wykonawczym”, w którym prowadzącym referentem była prof. Teresa Dukiet-Nagórska (UŚ). Panel skupił się na rozwiązaniach projektowanych w rządowym projekcie zmian ustawy karnej oraz ich ocenie z perspektywy

zapatrywać kryminologii. Profesor wskazała kierunki nowelizacyjnych posunięć, a mianowicie przeobrażanie modelu systemu środków penalnych, rozszerzanie się środków zabezpieczających wraz z rozważaniem na temat *ultima ratio* bezwzględnej kary pozbawienia wolności oraz wprowadzenie nowej formy środków penalnych, a mianowicie kary mieszanej. Następnie wypowiedział się prof. Andrzej Rzepliński (IPSiR UW), który postawił tezę, że zmienia się społeczna definicja przestępstwa. Zastanawiające było stwierdzenie, że pomimo ciągle spadającej liczby młodzieży nie spadła liczba przestępstw popełnianych przez młodocianych. Profesor wskazał także, że przydałoby się zminimalizować odsetek kobiet skazywanych na dożywocie, a za jedno z wyzwń współczesnej kryminologii uważa problem starzenia się populacji więziennej. Kolejnym prelegentem była prof. Grażyna Szczygieł (UwB), która w swoim wystąpieniu wskazała problem zaludnienia penitencjarnego. Przypomniała, że celem zamknięcia danej osoby w zakładzie karnym powinno być nauczanie jej, aby korzystała ze swoich praw, nie naruszając praw innych osób, a niestety w panujących w zakładach karnych warunkach trudno jest wypełnić ten postulat. Sądy nie dysponują zbyt dobrą wiedzą, kogo należy posłać do zakładu karnego, a kto zupełnie nie nadaje się do tego środowiska. Wskazała, że system programowego oddziaływania jest narzucany z góry, chociaż w praktyce bierze w nim udział może połowa skazanych. Ostatnim, który zabrał głos, był prof. Stefan Lelental (UŁ), który wskazał, że, według niego wadliwie, celem projektu zmian ustawy karnej jest dostosowanie struktury orzekanych kar do struktury przestępczości. Profesor podniósł, że sąd ma wybór, jaką karę należy w danym przypadku orzec, i nie należy tego wyboru ograniczać, szczególnie gdy sąd potrafi tę karę indywidualnie dopasować do sprawy. Przyznał, że kary pozbawienia wolności, ale także kary zastępcze są nieudolnie orzekane. Następnie wywiązała się dyskusja, która oscylowała wokół ocen wybranych części projektu zmian prawa karnego

przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego.

Następny panel poświęcony był zagadnieniu zatytułowanemu „Przestępstwa przeciwko czci – perspektywa dekryminalizacyjna”. Panel prowadził oraz wygłosił pierwszy referat prof. Jacek Sobczak (UAM), który zwrócił uwagę na niebezpieczeństwo wiążące się z tendencjami dekryminalizacyjnymi w zakresie tytułowych przestępstw. Podkreślił on, że żądanie zniesienia przestępności i karalności zniesławienia nie ma racjonalnych podstaw i jest wynikiem działalności środowiska dziennikarskiego, które wskazanym zakazem jest istotnie ograniczane. Zbieżny pogląd wygłosiła dr hab. Maria Szczepaniec (UKSW), która również argumentowała brak podstaw do dokonania dekryminalizacji przestępstw przeciwko czci. Kolejny referent, prof. Andrzej Adamski (UMK), zaprezentował wyniki badań, z których wynikało, że przestępstwa zniesławienia dokonane w postaci wpisów na forach internetowych spotkały się z faktyczną dekryminalizacją. Wynika to z praktycznego braku możliwości ustalenia autora wpisu internetowego, w szczególności w sytuacji, w której dostęp do konkretnego komputera miała szeroka grupa osób (np. domownicy). Jako ostatni referat wygłosił dr Piotr Kładoczny (UW), który – jako jedyny referent – był zwolennikiem zniesienia przestępności przestępstw przeciwko czci. W swoim wystąpieniu wskazał konieczność realizacji postulatu subsydiarności prawa karnego oraz argumentował za koniecznością oparcia się w omawianym zakresie wyłącznie na odpowiedzialności cywilnej, która w jego ocenie jest w pełni wystarczająca. Po wygłoszeniu referatów odbyła się długa dyskusja, w której dominowały poglądy o konieczności utrzymania przestępności zachowań uderzających w cześć innych osób, choć podkreślano problemy wynikające z przyjętego modelu odpowiedzialności (w szczególności w zakresie prywatnoskargowego trybu ścigania, który utrudnia pokrzywdzonym ustalenie sprawców przestępstw).

Kolejny był panel poświęcony tematowi: „Przemoc w ujęciu kryminologicznym”. Prowa-

dzącą referentką była prof. Monika Płatek (UW), która zaznaczyła, że wystąpienia referentów powinny się skupić na mówieniu o przemocy w inny niż potocznie przyjęty sposób, ponieważ kryminologia pozwala dotknąć pewnych obszarów, które mogą odpowiedzieć na takie pytanie, jak: skąd przemoc się bierze. Pierwszą mówczynią była prof. Anna Kossowska (INP PAN, ALK), która wskazała, że kiedy myśli się o przemocy, nasuwa się pojęcie agresji, które jest przecież innym pojęciem. Podkreśliła, że niestety ciągle tak jest, iż poszkodowanie przemocą jest postrzegane w społeczeństwie jako coś, czego nie powinno się zgłaszać, o czym nie powinno się mówić. Często towarzyszy temu poczucie wstydu. W referacie wskazane zostały uwarunkowania przemocy, takie jak: czynniki kulturowe (popkultura przemocy, popkultura twardej męskości) czy nierówności społeczne – wszystko to przyczynia się do zwiększenia zjawiska wiktyimizacji związanej z przemocą. Profesor pokazała, że przemoc w społeczeństwie wzrasta, i nie tylko chodzi tu o przemoc domową. Następną prelegentką była prof. Beata Gruszczyńska (IPSiR UW), która główny wątek swojej prelekcji poświęciła na omawianie rozmiaru przemocy wobec kobiet, choć jej zdaniem rzeczywisty zakres przemocy jest nieznanymi i trudnymi do oszacowania. Profesor przedstawiła badania m.in. na temat zgłoszeń przemocy, konsekwencji, jakie ciągnie za sobą przemoc, czy powodów niezgłaszania przemocy przez ofiary (wymieniła tu lęk przed sprawcą, wstyd, chęć samodzielnego poradzenia sobie z taką sytuacją). Kolejną referentką była dr Magdalena Budyn-Kulik (UMCS), która nie postrzegała wstydu jako czegoś negatywnego, ale jako naturalną reakcję na tak intymną sytuację. Wskazywała konieczność dostrzeżenia zmian społecznych, m.in. w zakresie rodzinnym. Jej zdaniem coraz częściej dochodzi do agresji w relacji dziecko–rodzic, co wywala „akcelerację wymuszoną”, która polega na tym, że rodzic wymusza na dziecku jego przyśpieszony rozwój, przez co relacja z dzieckiem ulega uprzedmiotowieniu

i prowadzi do „psychopatyzacji życia społecznego”, objawiającej się brakiem empatii czy brakiem lęku. Referentka stwierdziła, że zwalczanie przemocy przemocą jest paradoksem. Ostatnim prelegentem był prof. Zbigniew Lasocik (IPSiR UW), który opisał swoją wizytę w Rwandzie, gdzie przyjrzał się przemocy o niespotykanym natężeniu. Profesor wskazał, że według niego przemoc jest próbą uniknięcia wstydu, a także rodzajem niedemokratycznego zakłócenia interakcji między ludźmi. Określił rodzaje reakcji na przemoc, wskazując m.in. obronną, bierną, a także reakcję polegającą na akceptacji i wycofaniu się. Profesor Lasocik postawił pytanie, czy przemoc podszyta agresją jest tą samą przemocą, która nie jest nią podszyta. Po ostatnim wystąpieniu nawiązała się ożywiona dyskusja.

Dwa dni obrad podsumowali prowadzący panele, skonkludowania całego Zjazdu dokonał prof. Andrzej Szwarz, zamknęła zaś Zjazd adw. prof. Eleonora Zielińska.

Nadmienić należy, że po zakończeniu merytorycznej części drugiego dnia Zjazdu w Auli Adama Mickiewicza UW odbyło się spotkanie, podczas którego zaprezentowano dedykowaną prof. Lechowi Gardockiemu Księgę Jubileuszową, przygotowaną w związku z jego 70-leciem urodzin. Podczas uroczystości gratulacje Panu Profesorowi składali m.in. Jego Magnificencja Rektor Uniwersytetu Warszawskiego prof. Marcin Pałys, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji prof. Krzysztof Rączka, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego prof. Małgorzata Gersdorf, Prezes Sądu Najwyższego prof. Lech K. Paprzycki, Dziekan Rady Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie radca prawny Włodzimierz Chróścik i Redaktor Naczelny „Palestry” adw. Czesław Jaworski. Laudację wygłosiła prof. Eleonora Zielińska, mistrzem ceremonii był prof. Zbigniew Jędrzejewski, który wraz z innymi pracownikami naukowymi Uniwersytetu Warszawskiego wręczył prof. Lechowi Gardockiemu księgę pamiątkową. Uroczystość uświetnił występ Chóru Akademickiego Uniwersytetu Warszawskiego.

Martyna Sepko, Sławomir Żółtek

V Ogólnopolski Zjazd Cywilistów, Poznań, 26–27 września 2014 r.

W dniach 26–27 września 2014 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, w budynku Collegium Iuridicum Novum odbył się V Ogólnopolski Zjazd Cywilistów, który zgromadził ponad trzystu gości: znakomitych przedstawicieli ośrodków naukowych z całego kraju, a także wielu przedstawicieli praktyki.

Tematem Zjazdu były współczesne problemy prawa zobowiązań, ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień nowej kodyfikacji poświęconej prawu obligacyjnemu. W trakcie dwudniowych obrad udało się przedstawić 40 referatów, autorstwa 45 uczonych.

Po oficjalnym otwarciu Zjazdu dokonanym przez Rektora Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu prof. Bronisława Marciniaka oraz przemówieniach powitalnych zaproszonych gości rozpoczął się pierwszy panel Zjazdu poświęcony Profesorowi Zbigniewowi Radwańskiemu. Prof. Maksymilian Pazdan (UŚ) wskazał dwie główne role, które pełnił Profesor Radwański w polskiej nauce prawa cywilnego: kodyfikatora (koncepcja nowego Kodeksu cywilnego i projekt księgi pierwszej) i redaktora (*System Prawa Prywatnego*). Prof. Bronisław Ziemiński (USz) przypomniał, że prof. Radwański wrył się życie pokoleń studentów prawa jako mistrz surowy, lecz sprawiedliwy. Prof. Stanisław Sottysiński powiedział o znaczeniu paremii łacińskich formułujących reguły wykładni, takich jak *clara non sunt interpretanda*, *interpretation cessat in claris* czy *exceptiones non sunt extendendae* w pracy Profesora Radwańskiego. Z kolei prof. Janina Panowicz-Lipska (UAM) omówiła główne założenia projektu dotyczącego umów o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw, który powstał pod kierownictwem Profesora Radwańskiego. Na zakończenie panelu współpracę z Profesorem Radwańskim jako redaktorem *Systemu Prawa Prywatnego* wspomnieli adw. Jakub Jacyna z Wydawnictwa C. H. Beck, który przypomniał, że to z inicjatywy śp.

Uczonego ta prestiżowa seria ma w tytule „prawo prywatne”, a nie „prawo cywilne”. W tym miejscu należy zauważyć że zapowiedziana została pierwsza edycja konkursu im. Profesora Zbigniewa Radwańskiego na najlepszą pracę doktorską z zakresu prawa prywatnego, a główną nagrodą będzie publikacja zwycięskiej rozprawy w serii wydawniczej „Monografie Prawnicze” wydawnictwa C. H. Beck.

Panel ogólny Zjazdu moderował prof. Andrzej Koch (UAM). Jako pierwszy wystąpił z referatem prof. Jerzy Pisuliński (UJ), który przedstawił główne założenia projektu części ogólnej prawa zobowiązań. Omówił strukturę projektu. Wskazał główne zmiany, które dotyczyć będą w szczególności pojęcia zobowiązania wzajemnego, odpowiedzialności za szkodę czy obniżenia dolnej granicy odpowiedzialności małoletniego. Prof. Wojciech Katner (UŁ) przedstawił tematykę odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną naruszeniem zobowiązania według projektu części ogólnej nowego Kodeksu cywilnego. Prelegent wskazał, że projekt wprowadza nowe pojęcie, którym jest naruszenie zobowiązania i które powinno jeszcze zostać poddane dyskusji. Prof. Małgorzata Pyziak-Szafnicka (UŁ) przedstawiła uwagi na temat naprawienia szkody wyrządzonej przez wydanie prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji. Przypomniała, że orzecznictwo limituje pojęcie niezgodności z prawem. Sformułowała postulat, by przesłanki kasacyjne były różne od przesłanek stwierdzenia niezgodności z prawem i wskazała, że być może właściwym rozwiązaniem okazałoby się uregulowanie podobne do tego z Kodeksu postępowania administracyjnego, w którym tylko najpoważniejsze wady (jak niedopuszczalność drogi sądowej) prowadzą w ostatecznym rozrachunku do możliwości ubiegania się o odszkodowanie od państwa.

Dalsze obrady przebiegały w formule dwóch równoległych paneli. Zatem szczegó-

łowska relacja prezentowana jest z jednego z owych równoległych paneli.

W panelu trzecim, w którym nie uczestniczyłam, dr hab. Marcin Krajewski omówił zagadnienie pierwotnej niemożliwości świadczenia. Następnie dr Anita Lutkiewicz-Rucińska przedstawiła referat pt. *Zagadnienie wielości świadczeń głównych w stosunku zobowiązaniowym – rozważania na przykładzie umowy o dzieło*, dr Jan Lic – *Treść pojęcia solidarności dłużników*, a dr Agnieszka Pyrzyńska – *Świadczenie jednorazowe w umownym zobowiązaniu ciągłym*.

W równoległe obradującym panelu czwartym pierwszy referat przedstawił prof. Zbigniew Kuniewicz (USz), który wskazał, że status spółki cywilnej został w orzecznictwie ostatecznie przesądzony w ten sposób, iż nie ma ona zdolności prawnej. W zakresie odpowiedzialności wspólnika wstępującego do spółki cywilnej prelegent wskazał: 1) aby przyjąć odpowiedzialność wspólnika, który przystępuje do spółki, za długi spółki, odpowiedzialność ta musi się opierać na konkretnym przepisie prawa; 2) zmiany w składzie osobowym nie mogą pogarszać sytuacji wierzycieli spółki; 3) jeżeli spółka prowadzi przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne (art. 55¹ k.c.), to mamy do czynienia z odpowiedzialnością *pro viribus patrimonii*. Współautor referatu dr Przemysław Katner (UŁ) przedstawił z kolei zagadnienie odpowiedzialności wspólnika ustępującego ze spółki.

We wspólnym referacie prof. Jacek Górecki (UŚ) oraz dr Grzegorz Matusik (UŚ) przedstawili zagadnienie prawa pierwokupu w nowym Kodeksie cywilnym. Prof. J. Górecki zwrócił uwagę na fakt, że prawo pierwokupu jest dziś problemem prawa zobowiązań, że powinno być uregulowane w nowym Kodeksie cywilnym, za czym przemawia argument natury historycznej, a także na fakt, że konstrukcja tego prawa realizuje także cele publiczne – ustawowe prawo pierwokupu; z kolei cele prywatne realizuje umowne prawo pierwokupu. Należy zastanowić się, w jakim miejscu k.c. przepisy o prawie pierwokupu powinny zostać umieszczone, jaki winien być charakter prawny prawa pierwokupu (ograniczone prawo rzeczowe czy

prawo obligacyjne, za czym się opowiedział), jak ukształtować ochronę prawa pierwokupu (obecna regulacja jest niewystarczająca). Referent wskazał, że należy postulować rozszerzenie zakresu przedmiotowego prawa pierwokupu (rzeczy, a także prawa zbywalne). Dr Matusik zaproponował natomiast szerszy katalog umów, których miałyby dotyczyć prawo pierwokupu, przede wszystkim zaś zamiana, darowizna. Odnośnie do ustawowego prawa pierwokupu prelegenci postulowali, by je ograniczyć, gdyż niczym nieuzasadnione jest uprzywilejowanie Skarbu Państwa. Prelegenci postulowali powrót do konstrukcji art. 347 Kodeksu zobowiązań. Kierujący obradami dr hab. prof. UAM Adam Olejniczak wskazał, że wzmocnienie sytuacji podmiotu uprawnionego powinno być bezdyskusyjne, ale już rozszerzenie prawa pierwokupu na dalsze umowy jest kontrowersyjne.

Dr hab. Kamil Zaradkiewicz (UW) przedstawił referat na temat prawa zabudowy, przypominając, że prof. Radwański rozważał, co zrobić z instytucją użytkowania wieczystego w nowym Kodeksie cywilnym i niegdyś poprosił Prelegenta o przeanalizowanie podobnych rozwiązań w innych systemach prawnych. W efekcie zapadła decyzja o pracach nad projektem przepisów, które można określić jako modernizacja użytkowania wieczystego. Prof. Radwański nie był przeciwnikiem instytucji „prawa powierzchniowego”, ale podkreślał, że użytkowanie wieczyste w jego obecnym kształcie ma wady i należy je wyeliminować. Wynik analiz i dyskusji w łonie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego wskazywał, że w zasadzie można pozostawić użytkowanie wieczyste jako takie, ale wprowadzić przepisy usuwające wątpliwości czy braki tej instytucji. Zreformowane użytkowanie wieczyste jest czymś innym niż to, co obecnie rozumiemy pod tym pojęciem. Jest to trzecia droga (zaśługa prof. Radwańskiego), która polega na zmianie rozwiązania instytucjonalnego tak, by pasowało do potrzeb współczesnej gospodarki. Problemy wymagające rozstrzygnięcia to: możliwość umieszczenia urządzeń pod grun-

tem, ustanowienie służebności gruntowej na korzyść użytkownika wieczystego, zasiedzenie użytkownika wieczystego, łączenie lub podział gruntu przez użytkownika wieczystego, problematyczność 99-letniego użytkownika wieczystego, gdy użytkowaniem wieczystym jest powiązana odrębna własność lokalu.

Rejent dr Małgorzata Muszalska omówiła zagadnienie darowizny na wypadek śmierci. Wskazała problem dopuszczalności zawierania umowy darowizny na wypadek śmierci w świetle art. 926 k.c., art. 941 k.c., art. 1047 k.c. Zaproponowała: zakończenie dyskusji nad tym, czy taka umowa jest dopuszczalna; wprowadzenie przepisu stanowiącego, że ten typ darowizny nie może dotyczyć całego majątku darczyńcy, ale konkretnego przedmiotu; uregulowanie kwestii odpowiedzialność za długi; rozstrzygnięcie kwestii formy umowy (by wyłączyć możliwość konwalidacji) i jej charakteru [pod warunkiem zawieszającym czy terminowa (art. 157 § 2 k.c.)]; ustalenie, jaki ma wpływ na stosunki majątkowe małżeńskie; wpisanie rozszczenia do księgi wieczystej; wprowadzenie regulacji dotyczącej odwołania takiej darowizny; zmianę przepisów podatkowych. Prelegentka podkreśliła, że ważne jest to, by tworzyć kolejne instrumenty pozwalające rozporządzić majątkiem na wypadek śmierci, gdyż pozwala to na dopasowanie ich do konkretnej sytuacji majątkowej czy rodzinnej.

W trakcie dyskusji prof. Tadeusz Smoczyński (USz) zastanawiał się, czy prawo zabudowy ma zastąpić wieczyste użytkowanie w postaci „słabszej” postkomunistycznej, czy też jedno i drugie miałyby rację bytu i co należy zrobić w chwili wygaśnięcia tego prawa po 99 latach. Dr Konrad Osajda (UW) zgodził się z dr Muszalską, że darowizna na wypadek śmierci jest dopuszczalna *de lege lata*, ale powinna być lepiej uregulowana *de lege ferenda* i odniósł się do kwestii odpowiedzialności wstępującego do spółki cywilnej współnika, stwierdzając, że art. 864 k.c. jest jednoznaczny, odpowiadają współnicy z chwili pozwania. W kwestii tej wypowiedział się też dr Grzegorz Gorczyński (UŚ) i dr Marek Białkowski (USz), który

ponadto zapytał o czas odpowiedzialności za owe długi współnika wstępującego i zwrócił uwagę na kwestie tego, czemu służy instytucja użytkownika wieczystego w miastach. Podjęto ponadto kwestię rozszerzenia katalogu czynności objętych prawem pierwokupu na inne niż sprzedaż czynności prawne (dr Katarzyna Dadańska, USz).

Drugi dzień obrad rozpoczął prof. Jacek Napierała (UAM), moderator panelu piątego, który przywitał zebranych gości i zaprosił prof. SWPS Andrzeja Szlęzaka, który wyjaśnił pojęcie warunku potestatywnego, jako warunku zależnego od woli strony. Prelegent wskazał, że warunek potestatywny może być: 1) wyłącznie zależny od woli strony 2) zależny od woli strony i od zdarzeń innych albo 3) równoznaczny z takim postanowieniem umowy, które po interpretacji może prowadzić do wniosku, że czynności takiej nie dokonano. Zdaniem referenta trafny jest pogląd, który wynika z k.c., że warunek potestatywny to takie zastrzeżenie, które uzasadnia skutki prawne czynności od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Prelegent podkreślił brak potrzeby importowania na grunt polski rozwiązania ujętego w art. 1174 Kodeksu Napoleona. Prof. Z. Radwański nie widział problemu, żeby dopuścić warunek potestatywny, nawet jeżeli jest zależny od woli strony. W późniejszych wypowiedziach uczone ten poczynił jednak pewne zastrzeżenie: wątpliwości pojawiają się, gdy ta wola strony jest przemożna albo wyłączna. W *Zielonej Księdze Kodeksu Cywilnego* zaproponowano nowe rozwiązanie art. 128. Zdaniem Prof. A. Szlęzaka nie musimy się obawiać potestatywności jako czegoś, co nadmiernie burzy równowagę między stronami, gdyż możemy sięgnąć do regulacji art. 93 k.c., który zapewnia wystarczającą ochronę.

Prof. UW Jacek Jastrzębski wygłosił referat pt. *Konstrukcje prawa obcego a ustalone zwyczaje przy konstrukcji klauzul umownych*. Prelegent rozpoczął od wyjaśnienia, że w przypadku transakcji typu M&A przedsiębiorca może zapewnić o istnieniu lub braku określonych okoliczności (tzw. *warranties*) oraz postawił

pytanie, czy dopuszczalne jest sięgnięcie przy interpretacji takich klauzul do praktyki wykształconej w *common law*. Jeżeli na podstawie prawa właściwego można określić skutki prawne, nawet gdy są one swoiste, to wtedy sięgnięcie do prawa obcego jest zbędne. Jeżeli pozostanie na gruncie prawa polskiego prowadziłoby do niemożliwości wykładni klauzuli, to należy skierować uwagę w kierunku systemu, z którego klauzula pochodzi (*favor contractus*). Pomocna może się okazać kombinowana metoda wykładni. Kryterium ustalonych zwyczajów jest kryterium bardziej obiektywnym (im większa profesjonalizacja obrotu – jak w przypadku M&A, tym większe znaczenie ustalonych zwyczajów). Celowe jest przy interpretacji *warranties* sięgnięcie do porządków macierzystych – bez tego trudno byłoby osiągnąć identyczny rezultat interpretacyjny w prawie polskim. Po tym wystąpieniu prof. A. Szlęzak zwrócił uwagę na kwestie tego, czy jeżeli strony zapomniały o *essentialia negotii* umowy, to czy można je uzupełnić zwyczajem.

Następnie referat dotyczący rozróżnienia prawa prywatnego i publicznego na przykładzie umów obligacyjnych jako form działania administracji wygłosił dr hab. Rafał Szczepaniak (UAM). Prelegent wskazał na historyczny rozwój autonomicznej nauki prawa administracyjnego w opozycji do cywilistyki. Podkreślił, że umowa w rękach administracji zmienia częściowo swoją naturę (dlatego można mówić o tzw. umowie administracyjnoprawnej). Prelegent opowiedział się za domniemaniem faktycznym cywilnoprawnego charakteru umowy administracyjnoprawnej (umowa jest szczegółowo uregulowana w prawie cywilnym). Przedstawił postulat potrzeby wyodrębnienia podgrupy prawa cywilnego: cywilnoprawne zasady działania administracji (szczególna regulacja jako podgrupa prawa cywilnego – niekoniecznie jako grupa przepisów w k.c., wystarczyłoby w rozumieniu swoistego prawa sędziowskiego).

Na temat roli klauzuli *rebus sic stantibus* w XXI wieku mówił w zamykającym panel referacie dr Grzegorz Gorczyński (UŚ). Prelegent wskazał, że projekt k.c. w odniesieniu do klau-

zuli *rebus sic stantibus* posługuje się określeniem „nadzwyczajne okoliczności” – jest to bardziej rygorystyczne ujęcie. Skrytykował to rozwiązanie. Wskazał relację między zasadami prawa kontraktów *rebus sic stantibus* i *pacta sunt servanda*, które powinny być postrzegane jako uzupełniające się. Nie wydaje się zasadne, by zmieniać obecną formułę klauzuli *rebus sic stantibus*.

Panele kończyły się pasjonującymi i często inspirującymi uwagami. Np. dr Marcin Olechowski (UW) polemizował z tezami prof. Jastrzębskiego w kwestii sięgnięcia do konstrukcji anglosaskich, a prof. Maksymilian Pazdan (UŚ), odnosząc się do tego samego referatu, wskazał dwie płaszczyzny autonomii woli stron: – wybór prawa (kolizyjnoprawna) i – swoboda kontraktowa. Problem pojawia się na styku zwyczaju krajowego, zwyczaju międzynarodowego i wyboru prawa właściwego. Z kolei prof. Piotr Machnikowski (UWr) zwrócił uwagę na kwestie skutków i wpływu na interpretację umowy klauzuli *merger* oraz poziomu wiedzy kontrahentów, a radca Marek Miller (Prokuratura Generalna Skarbu Państwa) wyraził przekonanie, że przykład *warranties* został nietrafnie dobrany, gdyż oświadczenia i zapewnienia są już zakorzenione w Polsce, sądy już sobie z ich problemem poradziły. Przedmiotem dyskusji było też wystąpienie dr. Gorczyńskiego. Prof. J. Pisuliński zauważył, że dzisiejsze brzmienie art. 357¹ k.c. wskazuje, że sąd może „coś” zrobić w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków, ale nie zawiera kryteriów, w jaki sposób to zrobić, w projekcie zaś przyjęto rozwiązanie, że należy adaptować treść taką, jaką by strony przyjęły, gdyby zmieniły strukturę stosunku. Problematyczna jest możliwość ingerencji sądu w stosunek prawny – być może lepiej dla stron jest „dogadać się” niż decydować się na rozwiązanie stosunku przez sąd. Prof. ALK Przemysław Drapała zwrócił uwagę na fakt, że przepis regulujący klauzulę *rebus sic stantibus* jest przepisem dyspozytywnym, w związku z czym czy nie należy dostrzec pewnej systemowej kontroli przed zdarzeniami, które są poza kontrolą i poza możliwością przewidzenia przez strony. Dr Marcin Lemkowski (UAM) podniósł, czy nie

należałoby dać sądowi możliwości *ex post* ingerencji w zobowiązanie. Zapytał też, w jakim czasie po zakończeniu stosunku obligacyjnego można stosować klauzulę *rebus sic stantibus*. Dr G. Górczyński przyznał, że w niektórych przypadkach rozwiązanie umowy przez sąd byłoby dla sprzedawcy rozwiązaniem rewelacyjnym. W kwestii, jak dalece sąd ma ingerować w stosunek prawny, rozwiązanie „wszystko albo nic” nie jest właściwe; należy zdać się na rozsądek sędziowski. Z zainteresowaniem spotkały się ponadto tezy dr. hab. Szczepaniaka. Podniesiono, czy z faktu, że państwo oferuje wzór umowy, można przekreślać równorzędność stron. Marek Miller uznał, że nie, z czym jednak nie zgodził się Referent, wskazując, że nie mamy tu do czynienia z klasyczną równością stron. Wątpliwości co do metodologii wykładni oświadczeń woli w analizowanym układzie przedstawił dr Marcin Sokołowski (UAM).

W jakże aktualnym i ważnym panelu szóstym, w którym nie uczestniczyłam, prof. Elżbieta Traple przedstawiła referat pt. *Elektroniczny obrót utworami: sprzedaż towaru czy świadczenie usług?* Dr Krzysztof Czub mówił o treści umów licencyjnych w prawie autorskim i prawie własności przemysłowej, zastanawiając się, czy są one wspólnej natury, czy też regulacjami zasadniczo odmiennymi. Dr Kinga Michałowska przedstawiła referat pt. *Umowne zadysponowanie informacjami ze sfery prywatności*, a prof. UW r Jacek Mazurkiewicz w wystąpieniu o prowokacyjnym tytule „Cześć, prywatność i zgon pilnie sprzedam!” Wokół dopuszczalności rozporządzania prawami osobistymi zajął się ważną kwestią praw osobistych.

W pozostałych dwóch panelach Zjazdu przedstawiono referaty: *Czemu może dziś służyć bezpodstawne wzbogacenie* (mgr Mateusz Grochowski), *O potrzebie uchylecia art. 412 k.c. i zasadności wprowadzenia reguły wyłączającej żądanie zwrotu świadczenia niegodziwego* (dr Magdalena Wilejczyk), *Prawo właściwe dla formy czynności prawnych, których przedmiotem jest powstanie, łączenie, podział, przekształcenie lub*

ustanie osoby prawnej oraz rozporządzenie prawami udziałowymi (prof. UAM Maciej Mataczyński) – w panelu siódmym oraz: *Charakter (natura) świadczenia wyrównawczego w umowie agencyjnej* (dr Izabela Mycko-Katner), *Umowa agencyjna według Kodeksu cywilnego. Wybrane problemy de lege ferenda* (dr Krzysztof Topolewski), *Charakter prawny więzi łączącej dawne strony umowy najmu w razie dalszego zajmowania lokalu mieszkalnego* (dr Magdalena Olczyk) oraz *Dopuszczalność zastrzeżenia uprawnienia do odstąpienia częściowego w umowie o roboty budowlane* (dr Piotr Konik, dr Maciej Pannert) – w panelu ósmym.

Podsumowania V Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów dokonał prof. UAM Tomasz Sokołowski, który oceniając nowy projekt Kodeksu cywilnego, wskazał, że obecnie znane są jego zalety, a wady poznać można będzie dopiero w przyszłości, gdyby wszedł on w życie. Podkreślił, że wygłoszone podczas Zjazdu referaty można podzielić na kilka grup: niektóre przedstawiały analizę specjalistycznych aspektów obowiązującej regulacji; inne jasno wyrażały stanowisko w sprawie nowego Kodeksu cywilnego; jeszcze inne dokonywały bilansu i przedstawiały plusy i minusy obecnie funkcjonujących rozwiązań.

Zamykając Zjazd, prof. A. Olejniczak podziękował gościom za udział w dwóch dniach obrad i zaprosił na kolejny Ogólnopolski Zjazd Cywilistów, który odbędzie się za dwa lata, a organizatorem będzie Uniwersytet Szczeciński.

Patronat honorowy nad Zjazdem objęli Ministerstwo Sprawiedliwości oraz Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, a partnerami strategicznymi Zjazdu byli PKN Orlen SA, Notariat Rzeczypospolitej, Stowarzyszenie Notariuszy RP, Okręgowa Izba Radców Prawnych w Poznaniu, Naczelna Rada Adwokacka, kancelarie: Sołtysiński, Kawecki, Szlęzak; Sójka i Maciak; Wierciński, Kwieciński, Baehr, a także wydawnictwa: Wolters Kluwer, C. H. Beck oraz LexisNexis. Współorganizatorem Zjazdu była również Fundacja Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Katarzyna Szczepańska

58. Kongres Union Internationale des Avocats, pod hasłem „Ochrona twórczości – Prawo sztuki, mody i wzornictwa”, Florencja, 29 października–2 listopada 2014 r.

W dniach od 29 października do 2 listopada 2014 r. we Florencji odbył się 58. Kongres Union Internationale des Avocats, którego tematem przewodnim była „Ochrona twórczości – Prawo sztuki, mody i wzornictwa”.

Temat główny omawiany był w trakcie dwóch dni konferencji. Jednakże jeśli ktoś nie był zainteresowany tematyką przewodnią, mógł uczestniczyć w licznych wykładach organizowanych przez różne komisje tematyczne. W trakcie owych pięciu dni przeprowadzono różnorodne zajęcia, m.in. z prawa sportowego, problemów podatkowych, prawa upadłościowego, prawa rodzinnego, prawa karnego czy arbitrażu.

Konferencja miała charakter otwarty i pomimo że uczestnictwo w niej było płatne, cieszyła się bardzo dużym zainteresowaniem. Wynikało to między innymi z faktu, że zaproszeni na Kongres zostali wybitni światowi prelegenci. Wzięło w niej udział 817 uczestników, w tym przedstawiciele niemal wszystkich europejskich państw oraz Algierii, Argentyny, Australii, Brazylii, Burkina Faso, Chin, Filipin, Indii, Japonii, Kanady, Libanu, Maroka, Peru, Palestyny, Panamy, Republiki Konga, Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, Tanzanii czy Wybrzeża Kości Słoniowej.

Pierwsza część poświęcona głównemu tematowi dotyczyła ochrony dóbr kultury, sposobów odzyskiwania utraconych dóbr oraz zapobieganiu kradzieży. Ekspertami byli m.in. Cristina Acidini – kurator Muzeum we Florencji, Stefano Alessandrini – konsultant włoskiego Ministerstwa Kultury oraz Monica Dugot, która reprezentowała dom aukcyjny Christie’s. Moderatorami byli Ian de Freitas – przewodniczący Komisji Prawa Własności Intelektualnej oraz Fabio Moretti – adwokat specjalizujący się w prawie własności intelektualnej, wieloletni prawnik Giorgio Armaniego.

Następnie prelegenci analizowali problemy związane z grabieżami dokonanymi m.in.

w czasie wojen, jak również komplikacje związane z dziełami utraconymi. Proponowali także, w jaki sposób kraje mogłyby ściślej współpracować w zakresie odzyskiwania dzieł sztuki.

Później eksperci wskazywali najdziwniejsze przykłady zastrzeżeń praw autorskich w różnych krajach. Zgłębiali również najszlachetniejsze spory dotyczące znaków towarowych.

Druga część motywu przewodniego analizowana była następnego dnia. Uczestnicy pogłębiali problematykę z zakresu sztuki, mody oraz wzornictwa. Prelegentami było dwudziestu czterech ekspertów z całego świata, którzy przedstawiali sposoby ochrony twórczości w ich krajach.

Enrico Minio, dyrektor Fundacji Roberto Capucci, przedstawił niezwykle ciekawą pracę, w której wskazał przykłady, jak często projektanci czerpali inspirację z obrazów słynnych malarzy. Uprawdopodobnił tym samym, że moda wywodzi się ze sztuki. To samo potwierdził Massimo Sterpi, włoski adwokat, który badał relację pomiędzy sztuką a modą. Niewątpliwie liczne powiązania ze sztuką również wpływają na znaczenie prawa mody we współczesnym świecie.

Prawo mody stanowi połączenie kilku dziedzin prawa. W głównej mierze jest to własność intelektualna, jednakże obejmuje również problematykę prawa cywilnego, prawa pracy, a nawet bardzo wielu aspektów prawa karnego, uregulowań celnych, kwestii importu oraz eksportu czy kwestii administracyjnych poszczególnych krajów.

W Polsce idea prawa mody jest naprawdę bardzo świeża. Na świecie stanowi jednak odrębną gałąź prawa. Jako pierwsi potrzebę wyodrębnienia nowego obszaru dostrzegli Amerykanie. Nie ulega wątpliwości, że zarówno domy mody, jak i projektanci spotykają się z wieloma zagadnieniami, w których mogą im pomóc prawnicy rozumiejący aspekty branżowe, sezonowość projektów czy wiele ujęć związanych z walką z podróbkami.

Pierwszy prawniczy kurs z tegoż zakresu odbył się w 2006 r. w Nowym Jorku. Co ważne, nowojorskie stowarzyszenie adwokackie utworzyło już komisję prawa mody.

Prawo mody cieszy się coraz większym zainteresowaniem, dlatego też eksperci w trakcie drugiego dnia Kongresu poruszali jeden z największych problemów twórców związanych z ustaleniem granicy pomiędzy inspiracjami a kopiami projektów. Prelegentem był m.in. Wei Lin prowadzący praktykę adwokacką w Szanghaju, który podzielił się z uczestnikami problemami związanymi z chińskim orzecznictwem. Przedstawił również kwestie ochrony praw w Arabii Saudyjskiej, Indonezji i Indiach.

Podsumowania dyskusji panelowej dokonała adwokat Daniela Della Rosa. Przekazała swoje przemyślenia nt. koniecznych zabezpieczeń w trakcie tworzenia nowych marek odzieżowych.

W trakcie końcowej części debaty przeanalizowano również wiele międzynarodowych kasusów, a następnie jednogłośnie stwierdzono, że ochrona twórczości we wszelkich jej aspektach powinna być jedną z podstawowych funkcji prawa w dzisiejszym zglobalizowanym świecie.

Kolejny Kongres zorganizowany przez Union Internationale des Avocats odbędzie się od 28 października do 1 listopada 2015 r. w Walencji.

Magdalena Niewelt

Konferencja „Sąd, oskarżyciel, oskarżony – triumwirat procesu karnego”, Kraków, 10–11 grudnia 2014 r.

W dniach 10–11 grudnia 2014 r. w Krakowie odbyła się ogólnopolska konferencja zorganizowana przez Koło Naukowe Postępowania Karnego TBSP UJ. Patronat nad przedsięwzięciem objęła „Palestra” oraz ORA w Krakowie. Wydarzenie spotkało się z dużym zainteresowaniem ze strony środowisk akademickich.

Konferencja została podzielona na 5 paneli tematycznych. W czasie wszystkich sesji dużo uwagi poświęcono problematyce Wielkiej Nowelizacji k.p.k. z 27 września 2013 r.

Otwarcia pierwszego dnia konferencji dokonał dr hab. Andrzej Świątłowski (UJ), który w wykładzie inauguracyjnym zwrócił uwagę na problem (nie)jednolitości stosowania prawa karnego procesowego i błędnego utożsamiania modelowego kształtu danej instytucji z rzeczywistą sytuacją w różnych miejscach kraju.

Pierwszy panel rozpoczęło wystąpienie mgr Beaty Najman (UŁ), która skoncentrowała się na problematyce obecności dziennikarzy na sali sądowej. Następnie Zuzanna Ochońska (UJ) zwróciła uwagę na zagadnienie relacji procesowych i osobistych jako zagrożenia dla bezstronności sędziego. Kolejny referat, dotyczący zasad wyznaczania składu orze-

kającego w świetle bezwzględnych przyczyn odwoławczych, przedstawił Adrian Rycerski (UAM). Podał on w wątpliwość tezę, że szerszy skład sądu zawsze aktualizuje niewzruszalne domniemanie negatywnego wpływu uchybienia na treść orzeczenia. Rozważania na temat instancji poziomej w procesie karnym podjął Jędrzej Siarkowski (UAM). Poruszył on kwestię konstytucyjności zażalenia poziomego, jego wpływu na szybkość postępowania oraz realizację praw uczestników procesu.

Drugi panel konferencji rozpoczęła Monika Abramek (UWroc), która przedstawiła referat dotyczący obiektywizmu prokuratora w świetle założeń nowelizacji z 27 września 2013 r. Z kolei Marcin Klonowski (UJ) skoncentrował się na zagadnieniu wykonywania przez oskarżyciela funkcji rzecznika interesu publicznego w sytuacjach określonych w art. 55 § 4 i 60 § 1 k.p.k. Natomiast mgr Mateusz Wiśniewski (UMK) wskazywał, że wprowadzenie pełnej zasady kontradyktoryjności spowoduje, iż pełnienie roli prokuratorskiej będzie znacznie bardziej wymagające niż obecnie. Zmiany w zakresie obrony formalnej w nowym modelu postępowania karnego w sposób szczegółowy ukazali

mgr Kamila Majchrzak i mgr Piotr Misztal (UŁ). Następnie mgr Agnieszka Orfin (UAM) wygłosiła referat pt. *Oskarżyciel a obrońca w świetle modelowych zmian procesu karnego. Przeciwnicy procesowi czy partnerzy negocjacji?* Odmienną tematykę poruszył Piotr Potocki (UJ). W referacie dotyczącym roli inspektora pracy jako organu wykonującego uprawnienia pokrzywdzonego postulował przyznanie temu organowi funkcji oskarżyciela publicznego.

Trzecią sesję rozpoczęła Milena Garwol (UJ) referatem *Jak legalnie uchronić niewinnego przed skazaniem – sytuacja obrońcy na styku prawa materialnego i procesowego*. Prelegentka rozważała możliwość zastosowania kontratypu stanu wyższej konieczności w razie popełnienia przez obrońcę przestępstwa z art. 267 k.k. Następnie Daria Majewska (UAM) postawiła pytanie, czy oskarżony w polskim procesie karnym ma „prawo do kłamstwa”. Wskazała, że prawa tego nie można wywodzić zarówno z prawa do składania wyjaśnień, jak też z prawa do milczenia. W dalszej części panelu Anna Sikora i Mateusz Nowak (UJ) dowodzili, że oskarżony i prokurator po Wielkiej Nowelizacji nie będą stronami równymi sobie, ponieważ pozycja oskarżyciela publicznego jest znacznie silniejsza niż oskarżonego. Ostatnie wystąpienia pierwszego dnia konferencji dotyczyły osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa. Mgr Magdalena Tokarska (UJ) wskazała na złożoność problemów związanych z regulacją k.p.k. określającą status prawny osoby podejrzanej. Z kolei mgr Dorota Pankowska-Lipiec (KUL) skoncentrowała się na dwóch konfiguracjach procesowych, tj. przesłuchaniu osoby podejrzanej w charakterze świadka oraz zatrzymaniu policyjnym. Obydwie prelegentki dowodziły, że regulacja k.p.k. pozostaje w sprzeczności z konstytucyjnym prawem do obrony.

Drugi dzień obrad otworzył dr Paweł Czarnecki (UJ), który podkreślił przełomowe znaczenie Wielkiej Nowelizacji i wskazał, że istotę zmian można sprowadzić do dwóch pojęć: aktywizacji wszystkich uczestników procesu oraz odpowiedzialności za wynik procesu.

Następnie wysłuchano referatów czwartego panelu. Mgr Adrianna Pabian (KUL) dowodziła, że ograniczenie inicjatywy dowodowej sądu po Wielkiej Nowelizacji nie zagraża dyrektywie prawdy materialnej, zwiększa bezstronność i obiektywizm sądu oraz wzmacnia zasadę równości broni. Odmienny punkt widzenia przedstawił mgr Mateusz Popiel (UJ), który wyraził obawy, że kontradiktoryjność postępowania wpłynie negatywnie na zasadę prawdy materialnej. W kolejnym referacie Błażej Boch (UWroc) wyraził pogląd, że sądowa kontrola zatrzymania procesowego w postępowaniu przygotowawczym jest niewystarczająca i nie spełnia standardu konstytucyjnego i konwencyjnego odnoszącego się do gwarancji przysługujących osobie pozbawionej wolności. Następnie Martyna Sepko i mgr Piotr Karasek (UW) podjęli rozważania na temat czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w kontekście zasady domniemania niewinności i ich wpływu na wyłączenie sędziego.

Ostatni panel konferencji poświęcony był pokrzywdzonemu. Katarzyna Lewak (AKFM) pozytywnie oceniła kierunki nowelizacji w dostępie pokrzywdzonego do informacji procesowych na etapie postępowania przygotowawczego. Z kolei Katarzyna Hejnowicz (UJ) omówiła elementy kontradiktoryjności w postępowaniu przygotowawczym w świetle uprawnień pokrzywdzonego. Propozycję zmiany definicji pokrzywdzonego wyraził Michał Magdziak (UW) w wystąpieniu „Faktycznie pokrzywdzony przestępstwem na drodze ku sprawiedliwości”. Kolejny referat, przygotowany przez mgr. Filipa Nowaka i mgr. Jakuba Ławickiego (UŁ), dotyczył kompensacyjnego środka karnego z art. 46 k.k. W wystąpieniu wyrażono aprobatę dla projektowanych zmian, a jednocześnie zwrócono uwagę na dalsze mankamenty regulacji i postulowano ich usunięcie.

W toku ożywionej dyskusji podkreślano fundamentalne znaczenie Wielkiej Nowelizacji dla modelu procesu karnego. Konferencja była wyjątkową okazją wymiany poglądów i odważną próbą krytyki zarówno obowiązującego, jak i przyszłego stanu prawnego.

Magdalena Tokarska

Kronika adwokatury

Posiedzenia plenarne Naczelnej Rady Adwokackiej

POSIEDZENIE PLENARNE NRA W WOJANOWIE (IZBA WAŁBRZYSKA) W DNIU 20 WRZEŚNIA 2014 R.

Po powitaniu członków NRA i gości prezes adw. Andrzej Zwara poinformował, że z szeregów Adwokatury ubył wybitny adwokat Grzegorz Janisławski, człowiek na wskroś nowoczesny, o szerokich zapatrywaniach na wszystkie przejawy życia, nie tylko zawodowego, ale także kulturalnego, fascynat architektury i rozwoju infrastruktury w Polsce. NRA uczciła pamięć adwokata Janisławskiego minutą ciszy.

Z okazji 25-lecia wolnych wyborów w Polsce Adwokatura honoruje medalem pamiątkowym adwokatów, którzy w latach 70. i 80. w sposób szczególny stawali w obronie praw człowieka i obywatela, podejmując się tzw. obron politycznych. Tym razem medal otrzymał Andrzej Dzięcioł, znany z odwagi i determinacji w obronach i z głoszonych publicznie zasad niepodległościowych. Wzruszony adw. A. Dzięcioł podziękował za wyróżnienie.

Adwokat Wojciech Bergier z Krakowa przekazał prezesowi NRA książkę ks. A. Bonieckiego napisaną w obronie „wolnego słowa” oraz egzemplarz „Tygodnika Powszechnego”, hołdującego tym zasadom, dziękując jednocześnie środowisku adwokackiemu za pamięć i wsparcie „Tygodnika”. Prezes A. Zwara, dziękując, stwierdził, że wolność słowa jest dla Adwokatury Polskiej kapitalną wartością.

Prezes przedstawił szczegółowe sprawozdanie z działalności Adwokatury w ostatnim okresie. Wspominając o taksie adwokackiej, stwierdził, że tego rodzaju projekty są przez Ministerstwo traktowane z wyjątkową wstrzeмиęźliwością. Zauważył, że rozpoczął się proces informatyzacji adwokatury. Wiceprezes adw. Jacek Trela uzupełniał informacje Prezesa.

Adwokaci Maciej Łaszczuk, Jerzy Glanc, Andrzej Zwara i Jerzy Piniór brali udział w dyskusji nad dietami związanymi z pracą w samorządzie. Zarysowało się kilka stanowisk: za przyjęciem uchwały w tej mierze, przeciw jej przyjęciu albo postulujące pozostawienie tej kwestii bez zmian. W dalszej dyskusji udział wzięli adwokaci: Dariusz Wojnar, Władysław Finiewicz, Mirosława Pietkiewicz, Anisa Gnaticowska, Andrzej Grabiński, Andrzej Reichelt, Stanisław Kłys, Małgorzata Kożuch.

Prezes A. Zwara podsumował dyskusję, wskazując, że wynika z niej, iż istniejące dotychczas diety należy pozostawić. Adwokat dr hab. prof. UAM Maciej Gutowski złożył formalny wniosek o przeniesienie dalszej dyskusji na posiedzenie plenarne NRA w Krakowie 21 listopada 2014 r. Członkowie Zespołu opracowującego projekt uchwały muszą mieć czas na dopracowanie istniejącej propozycji uchwa-

ły. NRA przyjęła uchwałą wniosek adw. Gutowskiego.

Adwokat Rafał Dębowski stwierdził, że dziekani i sekretarze wskazują na nadużywane w niektórych izbach prawo dostępu do informacji publicznej. Zarówno członkowie samorządu, jak i osoby postronne interpretują przepisy ustawy zbyt szeroko, wychodząc z założenia, że każda informacja o działalności samorządu stanowi informację publiczną. Tymczasem ustawę należy interpretować zgodnie z art. 61 Konstytucji RP. Można i należy udzielać informacji publicznej o działalności samorządu w zakresie, w jakim wykonuje on władzę publiczną i gospodaruje majątkiem komunalnym lub mieniem państwowym. Tyle i aż tyle. Na takim stanowisku stoi Prezydium NRA. Uznano, że należy zorganizować spotkanie sekretarzy okręgowych rad adwokackich i wypracować jednolite stanowisko, by w podobnych sprawach nie przegrywać w sądach administracyjnych. Adwokat R. Dębowski zwrócił uwagę na sposób prowadzenia protokołów z posiedzeń organów Adwokatury, wskazując, że są w nich kwestie publiczne i kwestie samorządowe, czym innym jest informacja publiczna, a czym innym jest informacja samorządowa. Adwokaci mają prawo uzyskiwania informacji o działalności samorządu niebędącej wykonywaniem władzy publicznej – jest to prawo każdego adwokata jako członka samorządu, ale to nie jest informacja publiczna. W sprawach tych panuje spore zamieszanie i wydaje się, że wymagałoby to zmian legislacyjnych.

Adwokat Jacek Trela przypomniał, że na poprzednim posiedzeniu NRA zdecydowano, iż nadszedł czas, aby wypracować strategię i priorytety działań NRA. Wprowadzenia do dyskusji podjął się adw. Maciej Gutowski. Stwierdził, że musimy posiadać wizję Adwokatury za dziesięć lub więcej lat. Nie traktujmy młodych ludzi, którzy przyszli do Adwokatury, jako pewnego zła, ale jako wyzwanie na przyszłość. Wartością jest pełne informowanie adwokatów o postępie prowadzonych prac. Przed II wojną światową adwokatura polska miała podobne problemy – adwokatów było

wielu, ale pracy dla nich brakowało. Trzeba szukać udogodnień dla pracy adwokata i przez to zwiększać liczbę klienteli.

Prezes A. Zwara stwierdził, że od kilku lat adwokaci, architekci i urbanisci prowadzą wspólną batalię o nowelizację zasad planowania przestrzennego i prawa budowlanego. Jest to już zauważalne w sferze urzędów centralnych. Adwokatura nie była i nie jest zawodem czysto technicznym, musi starać się, aby być wszechstronnym zawodem zaufania publicznego. To oznacza, że nakłada się na nas obowiązek wypowiedzania się w publicznych debatach i w kwestiach, które budzą niejednokrotnie kontrowersje. Z historii Adwokatury wynika, że jest to element ciągły, choć Adwokatura na przestrzeni czasu ulegała pewnym przeobrażeniom.

Adwokat Stanisław Kłys, słusznie lansujący w Adwokaturze kierunek obracania się w kręgu kultury wysokiej, przypomniał, że jest to pole otwarte, i zaakcentował, że „taka będzie Adwokatura, jakie jej młodzieży wychowywanie”.

Adwokat Paweł Rybiński stwierdził, że należałoby Ośrodek Badawczy Adwokatury przekształcić w rzeczywisty ośrodek nacisku na procesy ustawodawcze.

Adwokat Maciej Gutowski podziękował za wszystkie głosy. Prezes A. Zwara zapowiedział umieszczenie tego punktu obrad na kolejnym posiedzeniu NRA.

Wiceprezes adw. Jerzy Glanc przypomniał, że nadal toczą się negocjacje dotyczące nowej umowy ubezpieczeniowej OC dla adwokatów. Podniósł, że w polu zainteresowania adwokatów są funkcje likwidatora, syndyka upadłości, które też będą wymagały ubezpieczenia.

Nadal toczy się dyskusja nad zamierzeniem realizacji filmów obrazujących pracę adwokata jako obrońcy w sprawach karnych. Wypowiedzieli się adwokaci: J. Trela, A. Zwara, A. Grabiński, S. Ciemny, A. Gnacikowska, R. Dębowski, E. Krasowska. Wyrażono zgodę na kontynuowanie prac w celu realizacji czterech odcinków filmu *Obrońcy*.

Adwokat Małgorzata Kożuch zwróciła się o zajęcie przez NRA stanowiska, w jakim

kierunku mają zmierzać działania Komisji Praktyk Rynkowych i Konkurencji w zakresie problematyki korzystania przez adwokatów z pośrednictwa portali internetowych. Problem uznano za ważki, ale z uwagi na nieobecność niektórych osób dyskusję przełożono na kolejne posiedzenie.

Adwokat Paweł Gieras poinformował, że ORA w Krakowie podjęła uchwałę, zgłaszając swoją kandydaturę jako organizatora Krajowego Zjazdu Adwokatury w 2016 roku.

Prezes A. Zwara podziękował kolegom z izby wałbrzyskiej za zorganizowanie posiedzenia NRA.

Andrzej Bąkowski

Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

I. POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 21 LISTOPADA 2014 R.

Prezes NRA poinformował, że odbyło się spotkanie poświęcone omówieniu warunków zawarcia porozumienia między NRA a Radą Adwokacką w Kijowie. Porozumienie nie zakłada żadnych kosztów po stronie NRA. Prezes dodał, że jest to projekt tymczasowy i ma pomóc w promowaniu idei ochrony praw człowieka w okresie transformacji na Ukrainie. Prezydium NRA zdecydowało o podpisaniu wyżej wskazanego aktu.

Prezydium rozpoznało i zatwierdziło wnioski dotyczące wydatków związanych z czynnościami przygotowawczymi i przedsięwziętymi postępowaniami przed Trybunałem Konstytucyjnym. Rozpatrzyło także kilka wniosków o sponsorowanie konferencji, szkoleń i wyjazdów.

Prezes NRA A. Zwara zwrócił uwagę na wyrok Sądu Najwyższego, który stwierdził, że samorząd radcowski nie może pociągać radcy prawnego do odpowiedzialności dyscyplinarnej za niewypełnienie obowiązku szkoleniowego. Wyraził zaskoczenie owym wyrokiem oraz wskazał, że być może ko-

nieczna będzie nowelizacja Prawa o adwokaturze.

Prezes A. Zwara przedstawił program powołania na sesji plenarnej CCBE w Brukseli w dniach 28–30 listopada nowego Prezesa tej organizacji w osobie Marii Ślęzak, która od 1992 roku wpisana jest na listę adwokatów w Izbie Adwokackiej w Gdańsku.

Prezydium zwróciło się do przewodniczących wszystkich komisji i zespołów działających przy NRA o nadesłanie sprawozdań z działalności w 2014 r.

Prezes NRA poinformował, że Adwokatura włączyła się w obchody 25-lecia wprowadzenia Konwencji Praw Dziecka – on osobiście poprowadził 19 listopada br. inauguracyjną lekcję dla uczniów gimnazjum im. Stanisława Staszica w Warszawie. Akcja przebiegać będzie na terenie całej Polski, adwokaci będą prowadzić lekcje w ponad 70 szkołach.

Prezydium w trybie obiegowym pozytywnie rozpatrzyło kilka wniosków o wsparcie finansowe inicjatyw podejmowanych przez komisje działające przy NRA oraz organy Adwokatury.

II. POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 2 GRUDNIA 2014 R.

Posiedzenie otworzył Prezes NRA adw. Andrzej Zwara, witając zebranych. Szczególnie serdecznie powitał adw. Tadeusza Wiatryka. W imieniu zgromadzonych złożył mu najlep-

sze życzenia z okazji 50-lecia pracy zawodowej i 25-lecia pełnienia funkcji Sekretarza Prawniczego NRA. Piękno Adwokatury, powiedział Prezes, jest w tym, że łączy ona kolejne po-

kolenia adwokatów. Adwokat T. Wiatrzyk podziękował za życzenia, dzieląc się z zebranymi – tradycyjnie – zasłyszonym żartem.

Adwokat prof. Piotr Kruszyński przedstawił sprawozdanie z prac Ośrodka Badawczego Adwokatury, wywołując obszerną dyskusję, w której udział wzięli adwokaci A. Zwara, J. Glanc, M. Pietkiewicz i J. Zięba. Działalność OBA została oceniona pozytywnie.

Prezes poinformował obecnych na posiedzeniu adw. dr. hab. Adama Redzika i Redaktora Naczelnego „Palestry” adw. Czesława Jaworskiego o powołaniu w ramach Kolegium Prezydium Kolegium w składzie: adw. dr. hab. prof. UAM Maciej Gutowski, adw. prof. dr. hab. Piotr Kardas i adw. Maciej Łaszczuk. Prezes zauważył, że na forum NRA potrzebne są osoby reprezentujące interesy „Palestry”. Adwokat Czesław Jaworski poinformował, że redakcja wysłała pisma do dziekanów, informując ich o możliwości wyboru wersji elektronicznej lub papierowej „Palestry”.

Adwokat Tomasz Korczyński poinformował, że toczą się prace nad systemem informatycznym SOA. Do końca roku program ma zostać zaimplementowany w 16 izbach, a do końca marca 2015 r. we wszystkich izbach i dopiero wówczas podjęte zostaną prace nad platformą ogólnopolską. Adwokat J. Glanc zaproponował, aby w styczniu 2015 r. odbyło się spotkanie poświęcone tej sprawie.

Poruszono zagadnienie funkcjonowania wyszukiwarki Find a Lawyer 2 i upoważniono adw. Tomasza Korczyńskiego do podjęcia działań w tej sprawie.

Prezydium NRA zdecydowało o umowie z TVP w sprawie realizacji filmu pt. *Obrońcy*.

Pozytywnie rozpatrzono wnioski adw. Wojciecha Sadowskiego, Prezesa Sądu Polubownego Adwokatury Polskiej, o przekazanie środków finansowych na stworzenie strony internetowej Sądu Polubownego.

Prezydium zaakceptowało koszty opracowania nowej strony internetowej „Palestry”.

Adwokat Mirosława Pietkiewicz poinformowała, że adw. dr. Małgorzata Kożuch nadesłała szczegółowe sprawozdanie z delegacji na posiedzenie IBA w Tokio. Adwokat dr. M. Kożuch złożyła również wnioski: o dofinansowanie konferencji organizowanej przez Komisję Praktyk Rynkowych i Konkurencji, o sfinansowanie tłumaczenia dokumentów IBA, o pokrycie kosztów spotkań z przedstawicielami portali internetowych. Prezydium pozytywnie rozpatrzyło wnioski, jedynie wniosek dotyczący stworzenia *helpline* dla adwokatów rozpatrzono negatywnie z powodów braku możliwości stworzenia zakładki internetowej na stronie www.adwokatura.pl.

Prezydium NRA podjęło uchwałę o powołaniu Gabriele van Blommestein w skład Rady Naukowej OBA (uchwała nr 50/2014), a także uchwałę w sprawie wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego o wyrażenie zgody na przedłożenie opinii *amicus curiae* w sprawie z wniosku RPO sygn. K 31/14 (uchwała nr 51/2014).

Prezydium NRA delegowało adw. Dominikę Stępińską-Duch na ceremonię „Rentree du Barreau de Paris”, która odbędzie się w dniach 10–12 grudnia br. w Paryżu.

Adwokat Jerzy Glanc stwierdził, że Prezydium NRA musi być szczegółowo informowane o pracach w CCBE, aby móc podejmować decyzje kierunkowe w istotnych sprawach.

Prezes A. Zwara poinformował, że rozpoczęły się prace nad ustawą o nieodpłatnej pomocy prawnej. Projekt zakłada, że całość rządowych pieniędzy będzie przeznaczona na taką pomoc świadczoną przez adwokatów i radców prawnych. Prezes przypomniał także, że na spotkaniu noworocznym adwokatury w styczniu odbędzie się aukcja organizowana we współpracy z Fundacją Między Niebem a Ziemią na rzecz osób potrzebujących wsparcia.

Andrzej Bąkowski

Od redakcji

Wszystkich adwokatów i aplikantów adwokackich uprawnionych do otrzymywania „Palestry”, którzy będą chcieli zrezygnować z wersji papierowej czasopisma na rzecz wersji elektronicznej, uprzejmie prosimy o zgłoszenie tego w biurze swojej okręgowej rady adwokackiej.

Ośrodek Badawczy Adwokatury

Sprawozdanie z działalności Ośrodka Badawczego Adwokatury im. adw. Witolda Bayera za okres od 1 stycznia 2014 r. do 31 grudnia 2014 r.

Zarząd OBA: adw. prof. Piotr Kruszyński – Dyrektor OBA, adw. Jan Kuklewicz – Zastępca Dyrektora OBA, adw. dr hab. Monika Zbrojewska – Sekretarz OBA, dr Andrzej Stoga – Dyrektor Muzeum Adwokatury.

Rada Naukowa OBA według stanu na dzień 2 grudnia 2014 r.: adw. Ryszard Bochnia, dr Gabriele van Blommestein, adw. dr hab., prof. UŁ Sławomir Cieślak, adw. dr hab., prof. UG Wojciech Cieślak (Prezes Rady Naukowej OBA), adw. Grzegorz Elias, adw. dr Dagmara Gruszecka, adw. Marcin Imiołek, adw. Jan Kuklewicz, adw. Roman Kusz, adw. Andrzej Malicki, adw. dr Szymon Pawelec (Wiceprezes Rady Naukowej OBA), adw. Radosław Potrzebszcz, adw. dr Tomasz Srogosz, dr Joanna Wyporska-Frankiewicz, adw. dr hab. Monika Zbrojewska.

Ekspertem OBA jest adw. Małgorzata Gruszecka. Etatowym pracownikiem Ośrodka jest mgr Iwona Usak-Bulikowska (sekretariat OBA, sekretariat Fundacji Adwokatury Polskiej i Biblioteka Adwokatury), jako koordynator projektów pracuje mgr Małgorzata Grzesiak.

Biblioteka Adwokatury. Zbiory Biblioteki liczą przeszło 4000 woluminów. Obecnie gromadzone są wyłącznie (m.in. ze względu na szczupłość miejsca, jakim dysponuje biblioteka) publikacje, których przedmiotem jest Adwokatura. Z księgozbioru oraz informatorium korzystali pracownicy i członkowie NRA, okręgowe rady adwokackie oraz goście zagraniczni

(dr Iryna Vasylyk). X Krajowy Zjazd Adwokatury zobowiązał NRA, by podjęła prace zmierzające do powołania Archiwum Adwokatury Polskiej i powierzyła jego zorganizowanie OBA (zob. „Palestra” 2014, nr 5–6, s. 287). Obecnie prace nad ww. tematem pozostają w gestii Wicedyrektora OBA adw. Jana Kuklewicza.

Funkcjonowanie modelu koleżeńskej pomocy socjalnej dla adwokatów seniorów przedstawione zostało w „Palestrze” 2013, nr 7–8, s. 308–309 oraz 2014, nr 5–6, s. 287–288. Omówiona w powyższych publikacjach ankieta wymaga przemyślenia. Problem został zgłoszony na Prezydium NRA w dniu 24 lutego 2014 r.

Konferencje:

– 25–26 kwietnia 2014 r. w Hotelu Marina Golf Club położonym nad brzegiem jez. Wulpińskiego w miejscowości Siła k. Olsztyna odbyła się konferencja naukowa nt. „Zagadnień związanych ze zmianami w procedurze karnej i roli adwokata w postępowaniu przygotowawczym oraz sądowym”. Sprawozdanie: „Palestra” 2014, nr 10, s. 147–148.

– 6 czerwca 2014 r. w Krakowie odbyła się konferencja III Forum Cywilistyczne „Autonomia woli stron w kształtowaniu stosunków cywilnych”, zorganizowana przez Ośrodek Badawczy Adwokatury, Sąd Apelacyjny w Krakowie oraz Okręgową Radę Adwokacką w Kra-

kwie. Konferencja zorganizowana na 40-lecie istnienia Ośrodka Badawczego Adwokatury im. W. Bayera miała miejsce w Państwowej Wyższej Szkole Teatralnej w Krakowie. Konferencji przewodniczył Dyrektor OBA adw. prof. dr hab. Piotr Kruszyński oraz SSA Krzysztof Sobierajski. Prelegentami natomiast byli: SSA Andrzej Struzik, prof. dr hab. Andrzej Kubas, adw. dr Julita Zawadzka, adw. Anisa Gnacikowska, adw. dr Małgorzata Kożuch, SSN dr hab. Marta Romańska, SSA Paweł Rygiel, SSA Józef Wąsik. Po konferencji odbył się koncert muzyki kameralnej w salach Klubu Adwokatów.

Na konferencji nie zabrakło delegacji z Ukrainy – Narodowej Asocjacji Adwokatów Ukrainy – kierownik komisji etyki adwokackiej adw. Andrzej Igorowycz Cyganow z p. adw. Nataliją Plisa oraz Dyrektor OBA na Ukrainie Iryną Vasylyk.

Patronaty:

16 maja 2014 r. OBA wraz z NRA objął patronat organizacyjny nad konferencją organizowaną przez Katedrę Prawa Gospodarczego i Handlowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego – konferencja IV Forum Prawa Spółek „Uchwały w spółkach handlowych”. Konferencja zgromadziła przedstawicieli świata nauki i praktyki. Referaty wygłoszone zostały przez prof. dr. hab. Andrzeja Kidybę, prof. dr. hab. Wojciecha Popiołka, prof. dr. hab. Zbigniewa Kuniewicza, prof. dr. hab. Andrzeja Herbata oraz Sędziego Sądu Najwyższego prof. dr. hab. Wojciecha Katnera. WPiA UŁ zapewnił adwokatom i aplikantom adwokackim bezpłatne uczestnictwo w konferencji i w panelu dyskusyjnym i tym samym możliwość uzyskania przez uczestników punktów szkoleniowych.

Ogólnopolskie Konkursy Krasomówcze dla Aplikantów Adwokackich

18 stycznia 2014 r. odbył się Finał Ogólnopolskiego Konkursu Krasomówczego im. adw. S. Mikke 2013. Sprawozdanie: „Palestra” 2014, nr 5–6, s. 285–286.

15 listopada 2014 r. odbył się Finał Ogólnopolskiego Konkursu Krasomówczego im. adw.

S. Mikke 2014 zorganizowany przez Okręgową Radę Adwokacką w Olsztynie, Komisję Kształcenia Aplikantów Adwokackich NRA oraz Ośrodek Badawczy Adwokatury. Do konkursu przystąpiło szesnastu aplikantów adwokackich z całej Polski. Pierwsze miejsce zajęła apl. adw. Nina Maciejczyk-Krysiak (ORA w Warszawie), drugie miejsce zajęła apl. adw. Ewa Labocha (ORA w Katowice), natomiast trzecie miejsce apl. adw. Monika Potera (ORA w Radomiu). Jury przyznało również dwa wyróżnienia dla apl. adw. Katarzyny Grzybowskiej (ORA we Wrocławiu) oraz apl. adw. Jakuba Szczepańskiego (ORA z Płocka).

Przewodniczącym jury był Dyrektor OBA adw. prof. dr hab. Piotr Kruszyński, natomiast w skład jury weszli: wiceminister sprawiedliwości oraz sekretarz OBA adw. dr hab. Monika Zbrojewska, zastępca dyrektora OBA adw. Jan Kuklewicz, ekspert OBA adw. Małgorzata Gruszecka, członek Prezydium NRA adw. Jerzy Zięba, dziekan ORA w Olsztynie adw. Andrzej Kozielski, członek Rady Naukowej OBA adw. Roman Kusz.

Doskonalenie zawodowe

Ośrodek współdziałał z Fundacją Adwokatury Polskiej w organizacji cyklu wykładów „Seminarium wymowy prawniczej”, wygłaszanych dla studentów prawa na Uniwersytecie Warszawskim i Uniwersytecie Gdańskim.

Ośrodek współdziałał z Fundacją Adwokatury Polskiej w organizacji dwóch szkoleń zawodowych: „Separacja, rozwód i roszczenia alimentacyjne – wybrane problemy praktyczne, aktualne orzecznictwo”, Wilga, 5–6 kwietnia 2014 r. oraz „Najnowsze zmiany w procedurze karnej 2013–2015 i ich wpływ na sposób prowadzenia postępowania przed sądem pierwszej instancji oraz postępowanie odwoławcze”, Wilga, 31 maja–1 czerwca 2014 r.

Uczestnictwo w ww. szkoleniach stanowiło formę doskonalenia zawodowego w rozumieniu § 4 pkt b) uchwały nr 57/2011 NRA z dnia 19 listopada 2011 r. dotyczącej doskonalenia zawodowego i zapewniło uzyskanie 10 z 12 punktów szkoleniowych.

Szpalty pamięci

ADWOKAT GRZEGORZ JANISŁAWSKI (1953–2014)

W dniu 23 sierpnia 2014 r. w Jeleniej Górze zmarł adw. Grzegorz Janisławski, zasłużony działacz samorządowy Adwokatury, przyjaciel i autorytet dla starszych i młodszych pokoleń palestry wałbrzyskiej.

Grzegorz Janisławski urodził się w Cieplicach Śląskich Zdroju 8 lutego 1953 r. Wraz z rodzicami Witoldem i Aliną, bratem Ludwikiem oraz siostrami Eweliną i Katarzyną mieszkał w Karpaczu, gdzie w 1972 r. ukończył Państwowe Liceum Ogólnokształcące im. Maurycego Mochnackiego, od 2013 r. noszące imię Polskich Olimpijczyków.

To w latach szkolnych trenerzy odkryli narciarski talent Grzegorza Janisławskiego. Należał więc do Klubu Narciarskiego „Śnieżka”, którego barwy reprezentował w licznych zawodach. Świetne umiejętności narciarskie spowodowały, że podjął działalność w Młodzieżowej Grupie GOPR. Swoje narciarskie pasje realizował także w okresie studiów w Akademickim Klubie Narciarskim.

Studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego odbył w latach 1973–1977. W 1977 r. na ocenę bardzo dobrą obronił ocenioną również bardzo dobrze pracę magisterską z zakresu prawa wynalaz-



czego, której promotorem był prof. Józef Fiema. Następnie, po odbyciu dwuletniej aplikacji sądowej (z roczną przerwą na służbę wojskową), złożył w 1980 r. z wynikiem bardzo dobrym egzamin sędziowski. Niedługo potem, uchwałą Okręgowej Rady Adwokackiej w Wałbrzychu z 8 grudnia 1980 r., został wpisany na listę aplikantów adwokackich Izby Adwokackiej w Wałbrzychu. Aplikację odbył w latach

1981–1983 w Zespole Adwokackim w Kłodzku, pod patronatem śp. adw. Kazimierza Gilewicza. Po ukończeniu aplikacji uchwałą ORA w Wałbrzychu z 9 kwietnia 1983 r. wpisany został na listę adwokatów Izby Adwokackiej w Wałbrzychu, z wyznaczeniem siedziby zawodowej w Jeleniej Górze.

1 września 1983 r. adw. Janisławski rozpoczął pracę w Zespole Adwokackim nr 1 w Jeleniej Górze, którego kierownikiem został już w 1986 r. Od 1992 r. zawód wykonywał w Spółce Adwokackiej BGJ s.c., następnie przekształconej w Adwokacką Spółkę Partnerską BGJ w Jeleniej Górze. Jego praktyka zawodowa była wszechstronna. Jeszcze w okresie stanu wojennego podejmował się obrony działaczy „Solidarności”. Bronił w głośnych i trudnych

sprawach kryminalnych. Był też znakomitym cywilistą i znawcą prawa gospodarczego. W dziedzinie prawa administracyjnego wyspecjalizował się w sprawach podatkowych.

Już w 1984 r. zaangażował się też w pracę samorządową na szczeblu izbowym, kiedy to powierzono Mu funkcję zastępcy rzecznika dyscyplinarnego w kadencji 1984–1986. W kadencji 1986–1989 został wybrany na członka Sądu Dyscyplinarnego, a w latach 1989–1992 pełnił funkcję rzecznika dyscyplinarnego ORA. W kadencji 1992–1995 ORA powierzyła mu funkcję wicedziekana i Referat Skarg i Wniosków.

W 1995 r. i następnie w 1998 r. Zgromadzenie Izby Adwokackiej wybrało adw. Grzegorza Janisławskiego na dziekana ORA – odpowiednio w kadencjach 1995–1998 i 1998–2001.

Adwokat Grzegorz Janisławski nieprzerwanie od 1986 r. uczestniczył we wszystkich Krajowych Zjazdach Adwokatury, jako delegat izby wałbrzyskiej bądź jako dziekan jej Okręgowej Rady Adwokackiej.

Na VII Krajowym Zjeździe Adwokatury we Wrocławiu w listopadzie 2001 r. adw. Janisławski został wybrany na członka Naczelnej Rady Adwokackiej.

Po raz trzeci i czwarty Zgromadzenie Izby Adwokackiej w Wałbrzychu w roku 2004 i w 2007 obdarzyło kolegę Grzegorza Janisławskiego zaufaniem i powierzyło mu funkcję dziekana ORA w kadencjach odpowiednio 2004–2007 i 2007–2010.

Na XI Krajowym Zjeździe Adwokatury w Gdańsku delegaci już drugi raz, doceniając kompetencje kolegi Grzegorza Janisławskiego, wybrali Go do Naczelnej Rady Adwokackiej.

Długoletnia aktywność adw. Grzegorza Janisławskiego w pracy samorządowej Izby Adwokackiej w Wałbrzychu oraz Naczelnej Rady Adwokackiej ujawniła jego wyróżniającą się przenikliwość w ocenie spraw Adwokatury, jego wysokie kompetencje i niezwykłą sprawność intelektualną oraz umiejętność rzeczowej, przekonywującej argumentacji prezentowanych poglądów. Cechowała Go wysoka kultura osobista, którą ujmował także polemicznych

adwersarzy. Dał się też poznać jako człowiek o poglądach postępowych, umiejący godzić zachodzące zmiany w sytuacji środowiska adwokackiego z jego bogatą tradycją samorządową i deontologiczną. Te m.in. cechy spowodowały, że Naczelna Rada Adwokacka w 2003 r. powołała go na członka Zespołu ds. opracowania projektu nowej ustawy *Prawo o adwokaturze* oraz członka Komisji Programowej NRA na Krajowy Zjazd Adwokatury w 2007 r. Pamiętamy również, że delegaci na Krajowe Zjazdy Adwokatury wielokrotnie wybierali Go na członka Komisji Wnioskowej.

Naczelna Rada Adwokacka bieżącej kadencji powierzyła adw. Grzegorzowi Janisławskiemu przewodniczenie Komisji Doskonalenia Zawodowego NRA.

Adwokat Grzegorz Janisławski od 1989 r. był wykładowcą Komisji Szkolenia Aplikantów Adwokackich w ORA w Wałbrzychu, członkiem i przewodniczącym Komisji Egzaminacyjnych oraz Komisji Kwalifikacyjnych. Był patronem wielu aplikantów, z którymi do końca pozostawał w bliskich i serdecznych relacjach.

Nigdy nie odmawiał pomocy osobom potrzebującym. Często udzielał pomocy prawnej *pro bono*, zaskarbując sobie wdzięczność i pamięć klientów. Służył też dobrą radą w osobistych i zawodowych sprawach koleżanek i kolegów adwokatów.

W 2001 r. został uhonorowany przez Naczelną Radę Adwokacką odznaczeniem „Adwokatura Zasłużonym”.

Od 1984 r. adw. Grzegorz Janisławski wraz z żoną Ireną mieszkał w Jeleniej Górze. Jego syn Adam w 2014 r. pomyślnie złożył egzamin adwokacki, a syn Maciej jest studentem Uniwersytetu Wrocławskiego.

W życiu pozazawodowym ciągle pozostawał miłośnikiem narciarstwa alpejskiego, czego dobitnym dowodem były dwukrotnie zdobyte tytuły Mistrza Polski Adwokatów w narciarstwie zjazdowym. Corocznie w listopadzie uczestniczył w organizowanych przez kolegów z izby wrocławskiej wyjazdach na lodowiec Stubai w Austrii. Niemal każdy zimowy weekend spędzał z synami i przyjaciółmi

na nartach w Czechach, w ulubionych Janskich Lazniach lub Spindlerovym Mlynie. Swoim poczuciem humoru, serdecznością i otwartością w relacjach koleżeńskich zaskarbił sobie przyjaźń wielu uczestników tych imprez.

Inną Jego namiętnością były letnie wyjazdy z żoną i synami na ciepłe wyspy Morza Śródziemnego i Atlantyku, zwiedzanie licznych

zabytków Dolnego Śląska, Łużyc i Saksonii. Z tych miejsc przywoził setki zdjęć unikatowej przyrody i krajobrazów, jego pasją była bowiem fotografika.

W dniu 22 czerwca 2014 r. nagle poważnie zachorował. Po dwu miesiącach pobytu w szpitalu odszedł.

Pozostanie na zawsze w naszej pamięci.

Wojciech Biegański

Nagroda im. Ludovica Trarieux dla adwokat Mahinour El-Massry

31 października 2014 r. we Florencji została wręczona egipskiej adwokatce Mahinour El-Massry nagroda im. Ludovica Trarieux, przyznana przez 24-osobowe jury w czasie posiedzenia w czerwcu 2014 r. W czasie obrad jury adwokat-laureatka była więziona przez władze egipskie na podstawie wyroku sądu pierwszej instancji, skazującego ją na dwa lata pozbawienia wolności za uczestniczenie w manifestacji publicznej w Aleksandrii, złagodzonego potem do sześciu miesięcy przez sąd drugiej instancji. Władze reżimu egipskiego wprowadziły zakaz manifestacji bez zgody ministra spraw wewnętrznych. Manifestacja odbyła się w obronie wolności i godności człowieka podlegającego opresji kolejnego reżimu, po obaleniu w czasie słynnej wiosny 2011 r. reżimu Hosniego Moubaraka i w geście solidarności z zamordowanym Ahmedem Saidie.

Po przyznaniu nagrody poinformowano o tym władze egipskie i zażądano natychmiastowego zwolnienia z więzienia adwokatki. Efektem tej presji było uwolnienie jej w dniu 21 września 2014 r. Laureatka przybyła do Florencji, by osobiście odebrać nagrodę. Wręczenie zbiegło się z 58. Kongresem Międzynarodowej Unii Adwokackiej. Nagrodę wręczył przewodniczący Międzynarodowej Unii Adwokackiej adwokat Stephen Dreyfuss, który wyraził zatroskanie Unii o przestrzeganie praw człowieka i podstawowych wolności, w tym wolności i godności wykonywania zawodu adwokata. Podniósł zasługi laureatki w walce

o te wartości. Gospodarzem uroczystości był Sergio Papai, dziekan Izby Adwokackiej we Florencji. Podkreślił on przywiązanie Florencji do obrony praw człowieka, przypominając o zniesieniu w Toskanii już pod koniec XVIII w. kary śmierci. Doceniając wybitne zasługi młodej adwokatki, stwierdził, że wszyscy powinniśmy czerpać wzór z jej postawy.

Głos zabrał też wicedziekan Izby Adwokackiej w Berlinie adw. Bernd Hausler, który podkreślił, że Niemcy z racji doświadczeń deptania praw człowieka w okresie narodowego socjalizmu są szczególnie wrażliwi w tej kwestii. Nie można rezygnować ze sprzeciwu wobec bezprawia, bo polityka milczenia doprowadziła do tak tragicznych następstw jak II wojna światowa.

Następnie zabrał głos dziekan Izby Adwokackiej w Genewie mec. Carnice. Przypomniał on piękne tradycje Genewy związane z prawami człowieka, w tym takie postacie jak Jean-Jacques Rousseau. Uwydatnił też zobowiązania adwokatów żyjących w państwach, w których szanowana jest wolność, niezależność i godność adwokata, wspierania adwokatów podejmujących walkę o taką pozycję adwokata w innych państwach. Walkę, której ceną niejednokrotnie jest utrata wolności, jak to było w przypadku laureatki.

Jak zwykle płomiennie przemówienie wygłosił mec. Bertrand Favreau, inicjator powstania nagrody i przewodniczący jury. Podkreślił on, że po raz pierwszy w historii przyznawania nagrody od 1985 roku, kiedy to otrzymał ją Nelson Mandela, nagrodę otrzymuje zaledwie

28-letnia adwokatka. Zauważył, że laureatka mimo młodego wieku wykazała ogromne zaangażowanie w obronie ludzi pokrzywdzonych, biednych i bezsilnych. Zaangażowanie to doprowadziło do prześladowań jej przez kolejny reżim, zakończonych pozbawieniem wolności. Nawiązał też do słów pierwszego laureata nagrody, Nelsona Mandeli, że prawdziwą wolność zdobywa się za cenę uwięzienia.

Na zakończenie ceremonii głos zabrała laureatka. Dziękując za przyznanie nagrody, stwierdziła skromnie, że to nie ona na nią zasługuje, lecz jej koledzy adwokaci, którzy nadal pozostają w więzieniach, a także wiele innych osób pozbawionych wolności. Dlatego też stwierdziła, że nagrodę tę przekazuje tym osobom, wymieniając wiele z nich z imienia i nazwiska. Stwierdziła, że nikt nie może człowiekowi zakazać upominania się o swe prawa, wręcz krzyczenia o nie, gdy są deptane przez totalitarne reżimy. Przypomniała, że w arabskiej wiosnie wolności 2011 roku ludzie, obalając tyrana, mieli nadzieję życia w wolności. Jednakże obalona tyrania została zastąpiona przez następną. Laureatka przypomniała, że według jej systemu wartości adwokat jest w pierwszej linii walczących o wolność i godność człowieka i przez to jego misją jest bronienie ludzi pokrzywdzonych, słabych i zmarginalizowanych, okazywanie im życzliwości i pomocy. Ostatecznie jest to piękna, twórcza misja uczestniczenia w zmianie świata na lepszy. Wystąpienie mecenas Mahinour El-Massry wywołało entuzjastyczne przyjęcie uczestników ceremonii. Przypomnieć warto, że nagroda Ludovica Trarieux przyznawana w kwocie 20 000 euro jest jedyną nagrodą przyznawaną przez adwokatów dla adwokata wyróżniającego się w wykonywaniu zawodu przez wybitne zaangażowanie w obronę praw człowieka, często za cenę prześladowań ze strony totalitarnych reżimów, w tym uwięzienia. Nazwa nagrody pochodzi od nazwiska Ludovica Trarieux – obrońcy oskarżonego pod koniec XIX wieku Dreyfusa. Proces Dreyfusa – francuskiego ofi-

cera oskarżonego o szpiegostwo, inspirowany pobudkami antysemickimi, był głośnym procesem, w którym skompromitował się francuski wymiar sprawiedliwości, skazując niewinnego człowieka. Obrońca Dreyfusa był dziekanem Izby Adwokackiej w Bordeaux i senatorem. W obronie Dreyfusa stanęli wybitni intelektualiści włącznie z Emilem Zolą. Ludovic Trarieux stwierdził, że sprawa Dreyfusa jest nie tylko jednostkową sprawą pojedynczego człowieka, ale dotyczy wszystkich, którzy mogą stać się przedmiotem bezprawia ze strony państwa. Powołał w związku z tym Ligę Obrony Praw Człowieka. Nie dożył rehabilitacji Dreyfusa, która nastąpiła już po jego śmierci. W blisko sto lat po sprawie Dreyfusa następca dziekana Izby Adwokackiej w Bordeaux – dziekan Bertrand Favreau – w 1984 roku zaproponował przyznanie nagrody im. Ludovica Trarieux adwokatowi wyróżniającym się w obronie praw człowieka. Fundatorami nagrody są Instytut Praw Człowieka Adwokatury Europejskiej oraz wielkie izby adwokackie z Europy. Nagrodę otrzymali adwokaci z różnych państw, i tak: Nelson Mandela pochodził z RPA (laureat 1985 r.), Karina Moskarenko z Rosji (laureatka 2010 r.), adwokat Rosiers, będący zarazem zakonikiem dominikaninem z Brazylii *etc.* Nagroda jest pięknym przejawem międzynarodowej solidarności adwokatów w walce o poszanowanie praw człowieka, których głównym strażnikiem jest zawsze i wszędzie adwokat.

Wielu członków jury, na czele z przewodniczącym Bertrendem Favreau, było wiele lat temu w Krakowie, uczestnicząc w konferencji zorganizowanej przez Komisję Praw Człowieka naszej izby. Wspominali ten fakt z sympatią, marząc o tym, by w Krakowie odbyła się jedna z ceremonii przyznania tej nagrody, i dziękując za moją obecność i pracę w jury. Ja zaś dziękuję Panu Dziekanowi Pawłowi Gierasowi za wsparcie i sekundowanie mi w tym wydarzeniu, dodając, że byłem jedynym reprezentantem z Europy Centralnej i Wschodniej uczestniczącym w pracach jury.

Zbigniew Cichoń, członek jury

Minister i wiceminister sprawiedliwości

22 września 2014 r. ministrem sprawiedliwości został adwokat Cezary Grabarczyk, dotychczasowy wicemarszałek Sejmu. Zanim poświęcił się polityce, był łódzkim adwokatem. Z kolei 4 listopada 2014 r. premier Ewa Kopacz na wniosek Ministra Sprawiedliwości powołała adw. dr hab. Monikę Zbrojewską, sekretarz Ośrodka Badawczego Adwokatury im. adw. Witolda Bayera i wykładowcę akademickiego Uniwersytetu Łódzkiego, na stanowisko podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości. Nowa wiceminister jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. W 2001 r. uzyskała stopień nauko-

wy doktora nauk prawnych, a w 2014 r. stopień naukowy doktora habilitowanego nauk prawnych. Opublikowała ok. 100 opracowań naukowych i popularnych z zakresu postępowania karnego, prawa karnego skarbowego oraz prawa wykroczeń i postępowania w sprawach o wykroczenia. W latach 2006–2014 prowadziła praktykę adwokacką. W resorcie wiceminister Zbrojewska nadzoruje departamenty prawa karnego, prawa cywilnego oraz Instytut Wymiaru Sprawiedliwości.

Gratulujemy i życzymy satysfakcji oraz sukcesów w pełnieniu obowiązków dla dobra wymiaru sprawiedliwości.

Redakcja

Profesor Karol Weitz sędzią Sądu Najwyższego

Postanowieniem Prezydenta RP z dnia 3 grudnia 2014 r. do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego powołani zostali dr hab., prof. INP PAN Dawid Miąsik do Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych oraz prof. dr hab. Karol Weitz do Izby Cywilnej. Uroczystość wręczenia aktów powołania odbyła się w Belwederze.

Profesor Karol Weitz od wielu lat jest stałym współpracownikiem naukowym „Palestry”, w której zamieszcza artykuły w dziale „Praktyczne zagadnienia prawne”. Jest profesorem nauk prawnych związanym z Uniwersytetem Warszawskim,

w którym ukończył studia i uzyskał stopnie naukowe. Specjalizuje się w prawie cywilnym procesowym, będąc jednym z najwybitniejszych przedstawicieli tej dyscypliny w polskiej nauce prawa. Od lat pracę naukową i dydaktyczną łączy z obowiązkami członka Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego oraz w Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, Radzie Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów oraz gremiach naukowych krajowych i zagranicznych.

Serdecznie gratulujemy i życzymy satysfakcji oraz wszelkiej pomyślności w pełnieniu służby.

Redakcja

Pierwsze posiedzenie Kolegium „Palestry” kadencji 2015–2018

15 stycznia 2015 r. w Sali posiedzeń Naczelnej Rady Adwokackiej im. Joanny Agackiej-Indeckiej odbyło się pierwsze posiedzenie Kolegium „Palestry” w kadencji 2015–2018. W posiedzeniu uczestniczył prezes NRA adw. Andrzej Zwara oraz wiceprezes NRA adw. Jerzy Glanc. Posiedzenie prowadził przewodniczący Kolegium adw. dr hab. prof. UAM Maciej Gutowski.

Podczas spotkania redaktor naczelny adw. Czesław Jaworski omówił aktualną problematykę związaną z wydawaniem Pisma Adwokatury Polskiej, zastępca redaktora naczelnego adw. dr hab. Adam Redzik przedstawił zaś inicjatywy zrealizowane w 2014 r. oraz plany na 2015 r.

Zebrani zostali poinformowani o zmianie

zasad kolportażu „Palestry”, począwszy od zeszytu 1–2/2014 r., o nowej stronie internetowej oraz zmianie szaty graficznej i układu pisma, które wprowadzono wraz z zeszytem nr 9/2014.

Przewodniczący Kolegium zachęcił do dyskusji na temat ewentualnych zmian w czasopiśmie, układzie, treści itp. Pojawiły się m.in. postulaty, aby rozważyć wydawanie „Palestry” w cyklu miesięcznym, zamieszczać na łamach pisma opracowania o prawie polskim w języku angielskim, wprowadzić mechanizm reagowania na aktualne orzeczenia, projekty legislacyjne, zmiany w prawie. Część owych postulatów spotkała się z rzeczową polemiką w łonie Kolegium. Ostatecznie podkreślono, że autorski charakter „Palestry” winien być utrzymany. Nadal należy profilować pismo w kierunku użyteczności

większości zamieszczanych opracowań praktyce adwokackiej, przy zachowaniu ich wysokiego poziomu naukowego.

Zgodzono się, że Prezydium Kolegium będzie służyć głosem doradczym redakcji „Palestry” oraz że posiedzenia Kolegium będą zwoływane przez Prezydium nieco częściej niż dotychczas.

Adwokat dr Stanisław Bałik, członek zagraniczny Kolegium, podkreślił, że „Palestra” jest czasopismem wzorcowym, przykład czeski zaś, gdzie przekształcono czasopismo adwokackie w kolorowe piśmko, które nie tylko niewielu interesuje, ale nie jest nawet poważną wizytówką środowiska, może być przestrożą. Z kolei adwokat z Ukrainy Mychajło Petriw podkreślił, że na Ukrainie podobne do „Palestry” czasopismo jest bardzo pożądane, ale w obecnych warunkach nieosiągalne.

Redakcja

Gdzie śmieje się Temida

W 2014 r. adwokat Jacek Kulisiewicz wydał zbiorek anegdot i opowiadań z sali sądowej (J. Kulisiewicz, *Gdzie śmieje się Temida. Anegdoty – opowiadki z sali sądowej*, Warszawa: Oficyna Wydawniczo-Poligraficzna Adam 2014, ss. 48), efekt własnych obserwacji, rozmów z mistrzami zawodu oraz koleżankami i kolegami. Zbiorek zilustrowany został rysunkami Autora.

Z inicjatywy Mecenas Kulisiewicza w kolejnych zeszytach „Palestry” zamieścimy wybrane anegdoty i historyjki. Zachęcamy do przesyłania podobnych do redakcji, jak i do Autora.

Redakcja

MARKS NA SALI SĄDOWEJ

Okres lat 50., zwany okresem minionym lub okresem błędów i wypaczeń albo zwyczajnie okresem stalinowskim, wymuszała na przedstawicielach władzy wypowiedzi naszpikowane ideologią, cytatami klasyków marksizmu *etc.* Sytuacja ta nie ominęła wymiaru sprawiedliwości, nie ominęła sal sądowych.

W pewnej sprawie rozpoznawanej w tamtym okresie prokurator w końcowej mowie powoływał się na teksty Marksa, Lenina, Stalina. Cytował je i nieudolnie dopasowywał do zwykłej sprawy karnej.

Gdy skończył, sąd udzielił głosu adwokatowi – obrońcy. Ten oświadczył, że całkowicie zgadza się z tezami Marksa, Lenina

i Stalina, i podziela ich poglądy. Jednak w tej sprawie musi powołać się na świadka Stańczyka, ponieważ on był przy zajściu, a przy zajściu nie było ani Marksa, ani Lenina, ani Stalina.

JĘZYK SĄDOWY

Zeznający w sprawie świadek zwracał się do sędziego per „proszę pani”. Sędzia poprawia: – Do sądu.

Świadek podchodzi bliżej i znowu zaczyna: – Proszę pani.

Sędzia ponownie: – Do sądu.

Świadek podchodzi do samego sędziowskiego stołu i mówi: – Przecież nie mogę już bliżej.

ATAK NA ADWOKATA

W minionej epoce, gdy adwokaci uważani byli za zło konieczne i wroga klasowego, zdarzały się na salach sądowych złośliwe ataki na nich. W pewnej sprawie prokurator w przemówieniu nie zajmował się meritem sprawy, lecz przypuścił trwający dość długo atak na obrońcę. Gdy skończył, sąd udzielił obrońcy głosu.

Adwokat rozpoczął przemowę następująco: Przed wojną po ulicach Warszawy chodził ksiądz Baudouin*. Zbierał datki dla ubogich, którymi opiekował się. Wszedł do kasyna hazardu. Na stołach leżały stopy pieniędzy. Przy nich gracze z czerwonymi, rozpalonymi twarzami. Ksiądz podszedł i poprosił o wsparcie ubogich. Wówczas jeden z podnieconych hazardzistów uderzył go w twarz. Niewzruszony ksiądz ze spokojem powiedział – dziękuję, to było dla mnie, a teraz poproszę o coś dla moich podopiecznych.

Pan prokurator atakował mnie i dokuczał. Dziękuję, to było dla mnie, a teraz poproszę o coś dla człowieka, którego bronię. O zajęcie



się jego sprawą. I rozpoczął wywód merytoryczny.

Zebrał Jacek Kulisiewicz

* Ks. Gabriel Pierre Baudouin (1689–1768), Francuz, prof. w Auxere, działacz charytatywny, pracował w Warszawie; wybudował Szpital Dzieciątka Jezus, był duszpasterzem w Kościele św. Krzyża. Przypis od autora.

TABLE OF CONTENTS

<i>Piotr Kardas</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated, Jagiellonian University (Kraków) The grounds and limitations of the examination and using of so called private evidence in a criminal trial	7
<i>Teresa Gardocka</i> , Ph.D. habilitated, professor of Warsaw School of Social Psychology (Warszawa) Is the justification of art necessary in the Polish criminal law?	24
<i>Maciej Siwicki</i> , Ph.D., senior lecturer of Nicolaus Copernicus University (Toruń) Data processing in the cloud computing. Selected aspects of criminal and procedure law	31
<i>Tomasz Bergel</i> , legal adviser's trainee, candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Kraków) What accusatorial procedure? The impact of the indictment withdrawal institution on the accusatorial principle in the amended criminal procedure	41
<i>Joanna Bodio</i> , Ph.D., senior lecturer of Maria Curie-Skłodowska University (Lublin) Legal interest and the public interest prosecutor brings an action pursuant to art. 7, 57 and 189 Civil Procedure Code	50
<i>Diana Krawiec</i> , advocate's trainee (Warszawa) „Absolute” responsibility of the head of the public finance sector units – critical remarks to judicial practice on the basis of the Act on liability for breach of public finance discipline	60
<i>Tomasz Gałczyński</i> , advocate (Warszawa) <i>Volenti non fit iniuria</i> rule in case of intervention of press in the privacy of the entitled – selectes issues	69
<i>Andrzej M. Świątkowski</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Jagiellonian University (Kraków) Towards legal differentiation of employee's rights and duties of workers	76
<i>Ewelina Kowalska-Benasiewicz</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of University of Gdańsk (Gdańsk) Remedies for mobbing. Confluence claims	89
<i>Marian Liwo</i> , Ph.D., senior lecturer of University of Information Technology and Management (Rzeszów), <i>Edyta Nowosiadły-Krzywonos</i> , advocate (Rzeszów) Athletes security in sports as one type of security and the compensation claim from the accidents and illnesses associated with sports activities	98
POINTS OF VIEW	
<i>Michał Małdziński</i> , advocate, candidate for doctor's degree of Institute of Law Studies of Polish Academy of Sciences (Warszawa) The issues of keeping the deposit by the ordering party under art. 46 part 4a of the Public Procurement Law	113
GLOSSES	
<i>Radosław Koper</i> , Ph.D. habilitated, University of Silesia (Katowice) Gloss to the sentence of Supreme Court of 22 nd January, 2014, IV KK 313/13	120
<i>Anna Błachnio-Parzych</i> , Ph.D., senior lecturer of the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences (Warszawa) Gloss to the decision of Supreme Court of 10 th July, 2013, II KK 20/13	127
<i>Jakub Szczepański</i> , advocate's trainee, (Płock) Gloss to the decision of Court of Appeal in Białystok of 6 th April, 2011, I ACz 279/11 ..	133
<i>Jan Ciechorski</i> , candidate for doctor's degree of University of Silesia (Katowice) Gloss to the sentence of Court of Appeal in Poznań of 13 th July, 2011, I ACa 57/11 ..	138
<i>Michał Warciński</i> , Ph.D., senior lecturer of University of Warsaw (Warszawa) Gloss to the decision of Supreme Court of 6 th July, 2011, I CSK 157/11	148

<i>Michał Niedośpiał</i> , Ph.D. (Kraków)	
Gloss to the decision of Supreme Court of 9 th September, 2011, I CSK 248/11	152
<i>Renata Pietruszka</i> , Ph.D., senior lecturer of University of Łódź (Łódź)	
Gloss to the sentence of Constitutional Tribunal of 17 th July, 2013, SK 9/10	157
RECENT CASE-LAW	
<i>Monika Strus-Wołos</i> , advocate, Ph.D. (Grójec)	
Review of Supreme Court's case-law in civil matters	171
<i>Zbigniew Szonert</i> , Ph.D., retired judge of NSA (Supreme Administrative Court) (Warszawa)	
Review of Supreme Administrative Court's case-law	175
<i>Michał Jackowski</i> , advocate, Ph.D. (Poznań)	
Review of Constitutional Tribunal's case-law (October – December 2014)	179
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , advocate (Warszawa)	
European Court of Human Rights – review of case-law (July–September 2014) . .	184
<i>Radosław Baszuk</i> , advocate (Warszawa)	
Review of case-law of the Higher Disciplinary Court of the Bar	190
FROM THE LUXEMBURG CAUSE-LIST	
<i>Tomasz T. Koncewicz</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of University of Gdańsk (Gdańsk)	
The European Parliament as a court player. A couple of reflections on “the adjudication policy” of the EU court	192
LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS	
<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa)	
Is <i>res judicata</i> in civil procedure based on the premise of the actual identity or also the legal identity of the subject of dispute?	195
QUESTION ABOUT DEFENCE	
<i>Antoni Bojańczyk</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of Warsaw University (Warszawa)	
“Defence on request” – is it another step towards the hyper-guaranteeing of a criminal suit?	197
ROAD ACCIDENTS	
<i>Wojciech Kotowski</i> , (Warszawa)	
Maintained limits of the free assessment of evidence	202
WHAT SQUEAKS IN THE LEGISLATION	
<i>Marian Filar</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Nicolaus Copernicus University (Toruń)	
Legislators or interesting times	207
LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES	
<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa)	
The strategy of a hole in the wall or the lawyers of tomorrow according to Richard Susskind	209
AFTER THE READING	
<i>Andrzej Bąkowski</i> , advocate (Warszawa)	
Latin legal rules – in a nutshell	213
PROFILES OF PROMINENT LAWYERS	
<i>Adam Redzik</i> , advocate, Ph.D. habilitated, Warsaw University (Warszawa)	
Emil Henryk Szlechter (1906–1995) – in his 20 th death anniversary	215
LES MAXIMES ANCIENNES SONT L'ESPRIT DES SIÈCLES...	
<i>Witold Wołodkiewicz</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated (Warszawa)	
<i>Acus</i> , or a needle	224

TRIALS IN THE ARTISTIC WORLD**Marek Sołtysik** (Kraków)

An intimate motive (part 1). The Beast on the Vistula river 231

REVIEWS AND NOTESTomasz J. Kotliński, *Prezydenci izb adwokackich (1862–1932)* [The presidents of Bar associations (1862–1932)]**Stanisław J. Jazwiecki**, advocate (Kraków) 237Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Goutte-noire, Michel Levinet, *Les grandes arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*
Zbigniew Cichoń, advocate (Kraków) 239Krzysztof Grabowski, *Dyrektywa o prawach akcjonariuszy. Studium tworzenia prawa i przewodnik po dyrektywie* (The shareholders' rights directive. The study of lawmaking and the directive guide)**Maciej Kwiek** (Warszawa) 241**SYMPOSIA AND CONFERENCES**The Congress of Law and Criminology Departments, Warsaw, 19th–21st September 2014**Martyna Sepko** (Warszawa), **Sławomir Zółtek**, Ph.D., senior lecturer of University of Warsaw (Warszawa) 2435th All-Polish Congress of Civilians, Poznań, 26th–27th September 2014**Katarzyna Szczepańska**, advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Adam Mickiewicz University (Poznań) 24858th Union Internationale des Avocats Congress entitled "Protection of artistic creation – the art, fashion and design law", Florence, 29th October–2nd November 2014**Magdalena Niewelt**, advocate's trainee, candidate for doctor's degree of University of Silesia (Katowice) 253A conference "The court, the prosecutor, the defendant – a triumvirate of the criminal trial", Kraków, 10th–11th December 2014**Magdalena Tokarska**, candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Kraków) 254**THE BAR CHRONICLE**

Plenary meeting of Polish Bar Council 256

From the meetings of Polish Bar Council's Presidium 258

THE BAR RESEARCH CENTREThe activity report of the Witold Bayer Bar Research Centre for the period from 1st January 2014 till 31st December 2014 260**COLUMNS OF MEMORY**

Advocate Grzegorz Janisławski (1953–2014)

Wojciech Biegański, advocate, dean of District Bar Council (Wałbrzych) 262**VARIA**

Ludovic Trarieux Award for the lawyer Mahinour El-Massry

Zbigniew Cichoń, advocate (Kraków) 265

The Minister and the Deputy Minister of Justice 267

Professor Karol Weitz – a judge of Supreme Court 267

The first meeting of the Board of "Palestra" in the term of office 2015–2018 267

Where Themis laughs

Jacek Kulisiewicz, advocate (Warszawa) 268

Informacje dla autorów

W „Palestrze” publikujemy artykuły naukowe, artykuły praktyczne, glosy, przeglądy orzecznictwa, recenzje, sprawozdania oraz teksty informacyjne. Czasopismo sprofilowane jest na szeroko ujęte prawo sądowe, czyli materialne i procesowe prawo cywilne (w tym prawo handlowe, prawo własności intelektualnej oraz prawo pracy) oraz materialne i procesowe prawo karne. Podejmowane są również zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz międzynarodowego, a także historyczno-prawne, ale dotyczące szeroko ujętej adwokatury.

Z uwagi na liczebność nadsyłanych opracowań, ich różnorodność i niejednorodność wprowadzone zostały wymogi wobec przesyłanego materiału w zakresie objętości oraz sposobu prezentacji treści, w tym konstrukcji odsyłaczy. Artykuły naukowe nie powinny przekraczać 10 stron tekstu (1 strona = 1800 znaków). Objętość glos to 5–8 stron, recenzji 2–5 stron, a sprawozdań i tekstów informacyjnych 1–3 stron.

Teksty prosimy przysyłać drogą elektroniczną na e-mail: redakcja@palestra.pl, ewentualnie tradycyjną drogą pocztową (ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa) z wydrukiem oraz edytowalną wersją elektroniczną na płycie CD lub DVD. Do artykułów (z pominięciem glos, recenzji, sprawozdań i tekstów informacyjnych) należy dodać tytuł w języku angielskim, streszczenie w językach angielskim i polskim (do 600 znaków), pojęcia kluczowe (również w językach angielskim i polskim). Wszystkie teksty należy zaopatrzyć w krótką informację o autorze/autorach (status zawodowy i naukowy, dane adresowe, numer telefonu) oraz oświadczenie, że tekst nie został przedstawiony innej redakcji.

Prosimy o jednolite wstawianie przypisów na dole strony, według następujących zasad. Książkę cytujemy wg wzorca: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, Warszawa, C.H. Beck 2009, s. 112. Gdy książka posiada wielu autorów, a jest pod redakcją jednego, wskazujemy cytowanego autora oraz stronę w redagowanej książce według wzorca: E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste*, (w:) Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 13 – *Prawo autorskie*, red. J. Barta, wyd. 2, Warszawa, C.H. Beck 2007, s. 239. Artykuł w czasopiśmie proszę powoływać w sposób następujący: pierwsza litera imienia, nazwisko, tytuł kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie lub jego skrót (np. KKP, PiP, PPIA), rok wydawniczy, numer zeszytu oraz strony – wszystkie elementy oddzielone przecinkiem (np. M. Filar, *Pierwsze – nie mieszać*, „Palestra” 2012, nr 7–8, s. 215–216). W przypadku kolejnego przywołania cytowanej wcześniej pozycji proszę wpisać pierwszą literę imienia, nazwisko, początek tytułu (kursywą) oraz strony (np. M. Filar, *Pierwsze*, s. 215). Gdy cytujemy tę samą pozycję, co w przypisie poprzednim proszę wpisać słowo „Tamże” oraz numer strony (Tamże, s. 216). W przypadku publikacji elektronicznych proszę podać – oprócz autora i tytułu – adres strony internetowej oraz – w nawiasie kwadratowym – datę dostępu. Dodatkowe informacje znajdują Państwo na naszej stronie internetowej (www.palestra.pl).

Wszystkie teksty przesyłane do redakcji poddawane są recenzjom. W przypadku artykułów i glos są to recenzje wewnętrzna i zewnętrzna. Wynik recenzji wpływa na decyzję o skierowaniu tekstu do druku.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania, wynikających z opracowania redakcyjnego, zmian w tekstach przyjętych do druku. Nadesłanie tekstu z zamiarem opublikowania go w „Palestrze” jest tożsame z udzieleniem zgody na publikację w Internecie. Tekstów niezamówionych nie zwracamy.

W numerze między innymi:

PIOTR KARDAS

Podstawy i ograniczenia przeprowadzania
oraz wykorzystywania w procesie karnym
tzw. dowodów prywatnych

TERESA GARDOCKA

Czy w polskim prawie karnym
potrzebny jest kontratyp sztuki?

MACIEJ SIWICKI

Przetwarzanie danych informatycznych
w chmurach obliczeniowych.
Wybrane aspekty prawnokarne i procesowe

TOMASZ BERGEL

Jaka skargowość? Wpływ instytucji cofnięcia
aktu oskarżenia na zasadę skargowości
w znowelizowanej procedurze karnej

ANDRZEJ M. ŚWIĄTKOWSKI

W kierunku ustawowej dyferencjacji praw
i obowiązków pracowniczych zatrudnionych

EWELINA KOWALSKA-BENASIEWICZ

Zadośćuczynienie za mobbing. Zbieg roszczeń
