

wrzesień–październik

9–10/2015



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej



UCHWAŁA **Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej**

z dnia 5 grudnia 2014 r.

w sprawie ustanowienia roku 2015 Rokiem Polskiego Teatru

W 250. rocznicę powołania Teatru Narodowego, a tym samym ustanowienia teatru publicznego w naszym kraju, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej postanawia oddać hołd ludziom i instytucjom tworzącym polski teatr, który jest jednym z najważniejszych obszarów życia kulturalnego i społecznego.

Powołanie Teatru Narodowego w 1765 roku stało się jednym z fundamentalnych wydarzeń ustanawiających system opieki państwa nad powszechnie dostępną kulturą. Akt ten stał się zarazem niepodważalnym świadectwem udziału Polski w procesie kształtowania nowoczesnej, demokratycznej Europy. Dziś bezpośrednimi spadkobiercami teatru powołanego przez króla Stanisława Augusta Poniatowskiego są Teatr Narodowy w Warszawie i Teatr Wielki – Opera Narodowa, które w roku 2015 będą świętować jubileusz 250-lecia istnienia. Spadkobiercami tej tradycji są także Narodowy Stary Teatr im. Heleny Modrzejewskiej w Krakowie oraz rozproszona po całym kraju sieć ponad stu teatrów – instytucji artystycznych – dotowanych ze środków publicznych. W ciągu 250 lat istnienia teatr publiczny w Polsce służył sztuce i społeczeństwu, podejmując dialog z tradycją, komentując otaczającą rzeczywistość oraz wytyczając nowe drogi rozwoju sztuki.

Współcześnie jednym z symboli siły, magii i kreatywności teatru polskiego sięgającego po różnorodne środki wyrazu jest Tadeusz Kantor – malarz, grafik, inscenizator, reżyser, twórca niezapomnianych instalacji, happeningów i spektakli. Jego dorobek artystyczny stanowi przykład twórczości niezwykle silnie zakorzenionej w kulturze polskiej, która jest w stanie zachwycić odbiorców na całym świecie. Czcząc w roku 2015 250-lecie polskiego teatru nie sposób zapomnieć o 100. rocznicy urodzin Tadeusza Kantora i o jego dorobku.

Sejm Rzeczypospolitej Polskiej ogłasza rok 2015 Rokiem Polskiego Teatru, w przekonaniu o jego wyjątkowej historii oraz roli, jaką odgrywa we współczesnym życiu naszego kraju.



wrzesień–październik

9–10/2015

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 693–694



Naczelna Rada Adwokacka

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Redaktor Naczelny: Czesław Jaworski
Zastępca Redaktora Naczelnego: Adam Redzik

Kolegium:

Stanisław Baliński, 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

Na okładce: Charles Claude Bachelier (ok. 1834–1880),
Varsovie, Teatr Wielki – Grand Théâtre, grafika,
wydanie Daziaro, Paris 1858 (fragment)

Opracowanie okładki: Artur Tabaka
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. Nakład: 19 250 egz.
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe.

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

S Spis treści

Piotr Kardas , adwokat, prof. dr hab., UJ (Kraków)	
Nowe ujęcie zasady <i>in dubio pro reo</i>	7
Aleksandra Rychlewska , doktorantka UJ (Kraków)	
O dyrektywie interpretacyjnej <i>in dubio pro reo</i> . Uwagi na tle ustawy nowelizującej postępowanie karne	23
Małgorzata Szeroczyńska , dr, prokurator PR (Warszawa)	
Czy ktoś chce wprowadzić bałagan w akta postępowania przygotowawczego?	32
Marcin Hotel , doktorant UJ (Kraków)	
Konstytucyjność przepisów karnych związanych z informacją poufną w świetle zasady <i>nullum crimen sine lege</i>	41
Michał Wojewoda , dr, UŁ (Łódź)	
Przedstawicielstwo w postępowaniu dotyczącym odpowiedzialności z tytułu zdarzeń medycznych	48
Piotr Poniatowski , apl. adw. (Lublin)	
Czynny żal sprawcy usiłowania (cz. 2)	59
Marta Kolendowska-Matejczuk , adw., dr, adiunkt EWSPA w Warszawie (Warszawa)	
Problematyka zgodności z zasadą <i>ne bis in idem</i> rozwiązania przyjętego w art. 10 § 1 Kodeksu wykroczeń	69
Tomasz Przesławski , dr, adiunkt UW (Warszawa)	
Akty stosowania prawa na przykładzie działalności Służby Więziennej	77
Maria Kierska , apl. adw., doktorantka UJ (Kraków),	
Tomasz Marek , apl. adw., doktorant UJ (Kraków)	
<i>Clara non sunt interpretanda</i> – za, a nawet przeciw	84
Joanna Kruszyńska-Kola , apl. adw., doktorantka UAM (Poznań)	
Czy zawiązanie do próby ugodowej powinno mieć wpływ na bieg terminu przedawnienia?	95
Sławomir Śliwowski , adwokat, doktorant UŚ (Sosnowiec–Katowice)	
Autorskie prawa majątkowe i licencje jako koszt podatkowy w jednoosobowej działalności gospodarczej	102

Żaneta Nowacka , apl. adw., doktorantka UAM (Poznań)	
Prawo patentowe – gdzie jesteśmy i dokąd zmierzamy?	107
Łukasz Panasiuk , adwokat (Świdnik)	
Problem ustanowienia i określenia kompetencji kuratora nieobecnego	115
Cezary Paluchniak (Warszawa)	
Klasyfikacja postanowień sądu w postępowaniu egzekucyjnym – wybrane zagadnienia	128
Stanisław Balík , adwokat, dr (Czechy, Praga)	
Rola adwokata w postępowaniu przed Sądem Konstytucyjnym Republiki Czeskiej	134

Adwokatura dziś i jutro

Maciej Gutowski , adwokat, prof. dr hab., UAM, dziekan ORA (Poznań),	
Czesław Jaworski , adwokat, redaktor naczelny „Palestry” (Warszawa),	
Andrzej Zwara , adwokat, Prezes NRA (Warszawa)	
Pomiędzy strategią a imponderabiliami	140

Glosy

Zbigniew Kuniewicz , dr hab., prof. US (Szczecin)	
Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 19 lutego 2013 r., III CZP 63/12 [o odpowiedzialności za zalanie lokalu położonego niżej – art. 433 k.c.]	150
Magdalena Budyn-Kulik , dr, adiunkt UMCS (Lublin)	
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 czerwca 2014 r., II Aka 134/14 [o „godzeniu się” jako elemencie stosunku psychicznego rozgraniczającego zamiar bezpośredni od świadomej nieumyślności]	154
Jacek Kędziński , adwokat (Łódź)	
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 22 kwietnia 2014 r., II Aka 37/14 [o odpowiedzialności za tzw. aborcję zagraniczną]	159
Jan Ciechorski , doktorant UŚ (Katowice)	
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 15 listopada 2012 r., I ACa 596/12 [o odpowiedzialności zakładu opieki zdrowotnej za wszystkie negatywne następstwa wykonanego zabiegu w przypadku braku świadomej zgody pacjenta]	164

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	174
Michał Jackowski , adwokat, dr (Poznań)	
Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego	179
Radostaw Baszuk , adwokat (Warszawa)	
Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych	184

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka, adwokat (Warszawa)

Czy władztwo nad nieruchomością, które Skarb Państwa objął na podstawie decyzji administracyjnej, następnie unieważnionej, traktowane jest jako samoistne posiadanie prowadzące do zasiedzenia? 189

Pytanie o obronę

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

Czy dodany przez nowelę lutową 2015 r. przepis art. 367a k.p.k. zmienia pozycję procesową stron prywatnych w zakresie gromadzenia dowodów? 192

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski (Warszawa)

Dowody osobowe a eksperyment procesowy 196

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek, adwokat (Warszawa)

Dzieło (nie)zapomniane, czyli o *Sztuce wymowy sądowej* 200

Po lekturze

Andrzej Bąkowski, adwokat (Warszawa)

Bitwa Warszawska – cud sprzed 95 lat 204

Procesy artystyczne

Marek Sołtysik (Kraków)

Motyw intymny (cz. 4). Niedośyt sprawiedliwości 206

Historia adwokatury

Ryszard Szawłowski, prof. dr (Warszawa)

Rafał Lemkin – warszawski adwokat (1934–1939), twórca pojęcia „genocyd” i główny architekt Konwencji z 9 grudnia 1948 r. („konwencji Lemkina”). W 55-lecie śmierci. Część III: A. Niespodziewanie trudne ostatnie dziesięć lat amerykańskich 1949–1959. B. Lemkin po śmierci – od pewnego zapomnienia do światowego powrotu od końca XX wieku 213

Sympozja, konferencje

Konferencja naukowa „Postępowanie wieczystoksięgowe a obrót nieruchomościami”, Katowice, 24 kwietnia 2015 r.

Anna Zgraja-Budzińska, doktorantka UŚ (Katowice) 238

Ogólnopolska konferencja naukowa „Współczesne problemy prawa pracy, pewność zatrudnienia a obawy”, Kraków, 29 kwietnia 2015 r.

Dobrosława Tomzik, apl. adw. (Katowice) 239

Konferencja naukowa pt. „Zawody prawnicze wobec reformy procedury karnej”, Warszawa, 27 maja 2015 r. <i>Anna Winczakiewicz</i> , apl. adw. (Warszawa), <i>Damian Tokarczyk</i> , apl. adw. (War- szawa)	242
--	-----

Kronika adwokatury

Z posiedzeń plenarnych NRA	245
Z posiedzeń Prezydium NRA	248

Varia

Ocalony od zapomnienia. Zygmuntowi Kłysowi <i>in memoriam</i> <i>Leszek Polony</i> , profesor Akademii Muzycznej w Krakowie (Kraków)	253
Obudź się, Adwokato!!! <i>Jerzy Szczepaniak</i> , adwokat (Łódź)	255
Konkurs Krasomówczy w Izbie Adwokackiej w Rzeszowie <i>Janusz Czarniecki</i> , adwokat (Przemyśl)	256
Skwer im. adwokata Zbigniewa Rysia we Wrocławiu <i>Jacek Ryś, Sebastian Ryś</i> (Wrocław)	257
Nagroda im. Ludovica Trarieux dla adwokata z Arabii Saudyjskiej Waleeda Abu al-Khaira <i>Zbigniew Cichoń</i> , adwokat (Kraków)	258
Promocja książki adwokata dr. hab., prof. UG Tomasza T. Koncewicza <i>Prawo z ludz- ką twarzą</i>	259
Nominacja profesorska dla adw. prof. Macieja Gutowskiego, przewodniczącego Kolegium „Palestry”	261

Szpalty pamięci

Adwokat Hilary Sobociński (1892–1939). Wspomnienie o Ojcu <i>Anna Sobocińska-Lorenc</i> , adwokat (Warszawa)	262
---	-----

Rok Polskiego Teatru

250 lat Teatru Narodowego <i>Anna Grabowska</i> (Warszawa)	264
---	-----

Table of contents	270
-------------------------	-----

NOWE UJĘCIE ZASADY *IN DUBIO PRO REO*

Ukształtowany przez nowelizację model procesu karnego, którego cechą charakterystyczną jest ograniczona (limitowana) kontradiktoryjność, zasadza się na nowym podejściu do postępowania dowodowego¹. Spośród wielu przepisów mających znaczenie z punktu widzenia rekonstrukcji elementów konstytutywnych dla nowych rozwiązań trzy odgrywają szczególną rolę. Są to, uporządkowane wedle ich normatywnego znaczenia: art. 167 § 1, art. 5 § 2 i art. 2 § 2 k.p.k. Centralne miejsce w triadzie zajmuje art. 167 § 1 k.p.k., określający reguły dowodzenia przed sądem w postępowaniu wszczętym z inicjatywy strony. Funkcje dopełniające pełnią: art. 5 § 2 k.p.k., wyrażający ujętą w nowej formie zasadę rozstrzygania wątpliwości na korzyść oskarżonego, oraz art. 2 § 2 k.p.k., wyrażający niezmodyfikowaną w warstwie językowej tzw. zasadę prawdy materialnej². Wskazanie triady tworzących trzon nowych rozwiązań proceduralnych przepisów jest oczywiście przeważnie daleko idącego skró-

tu myślowego, przepisów istotnych z punktu widzenia modelu opartego na limitowanej kontradiktoryjności jest bowiem znacznie więcej³. Charakter wprowadzonego hybrydowego modelu procesu pozwala jednak twierdzić, że dwa z wymienionych przepisów wprowadzają zasadnicze dla realizacji celu nowelizacji elementy normatywne⁴, trzeci to przeniesiony ze „starego modelu” wentyl bezpieczeństwa. W istocie tworzą specyficzny trójkąt, w którym wyraźnie akcentowana w art. 167 § 1 k.p.k. zasada sporności postępowania dowodowego prowadzonego przez strony pod nadzorem sądu, baczącego – jako bezstronny arbiter – by przestrzegane były przez uczestników procesu określone przez przepisy prawa i standardy etyczne reguły, wzmacniana jest przez zobiektywizowaną zasadę *in dubio pro reo*⁵. Zarazem ta sama reguła działania sądu jako bezstronnego arbitra „osłabiana” jest przez zasadę prawdy materialnej⁶. Reguła *in dubio pro reo* jest bowiem w pewnym sensie przeciwieństwem absoluty-

¹ Kontradiktoryjność w świetle znowelizowanych przepisów rozumiana jest właśnie jako określony sposób przeprowadzania dowodów. Co do różnych sposobów rozumienia kontradiktoryjności jako cechy procesu karnego zob. m.in. P. Kardas, *Instytucjonalne i interpretacyjne uwarunkowania skuteczności reformy procedury karnej*, (w:) *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B. T. Bieńkowska, Warszawa 2015, s. 198 i n.; M. Zbrojewska, *Nowe ujęcie zasady in dubio pro reo w postępowaniu karnym*, (w:) *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B. T. Bieńkowska, Warszawa 2015, s. 544 i n.

² Silne związki wskazanych przepisów na gruncie znowelizowanej procedury wskazuje J. Skorupka, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 15.

³ Już chociażby z tego powodu, że pomija znaczenie zasady swobodnej oceny dowodów i jej związki z kontradiktoryjnością postępowania dowodowego. Zob. w tej kwestii m.in. J. Skorupka, *Zasada swobodnej oceny dowodów i zasada legalnej oceny dowodów*, (w:) *System Prawa Karnego Procesowego. Zasady procesu karnego*, t. III, cz. 2, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 1127 i n.

⁴ Co do celów nowelizacji oraz zasadniczych instytucjonalnych i wykładniczych determinantów ich realizacji zob. szerzej P. Kardas, *Instytucjonalne*, (w:) *Wokół gwarancji*, s. 200–223.

⁵ Interesująco o powyższym powiązaniu pisze M. Sławiński, *Kontradiktoryjność procesu karnego a nowe brzmienie zasad procesowych z art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. – rozważania w kontekście modelowego ujęcia zagadnienia odpowiedzialności karnej*, (w:) *Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013, s. 446 i n.

⁶ Zob. w szczególności stanowisko T. Grzegorzczaka, wskazującego, że potrzeba ustalenia prawdy uzasadnia korzystanie przez sąd z możliwości przeprowadzania dowodów z urzędu na podstawie art. 167 § 1 *in fine* k.p.k. Por.

stycznie rozumianej zasady prawdy⁷. Formalizując proces ustaleń faktycznych, przesądza, że podstawą rozstrzygnięcia w określonych sytuacjach jest najkorzystniejsza dla oskarżonego wersja, niezależnie od tego, w jakim stopniu i czy w ogóle odpowiada ona postulatowi oparcia rozstrzygnięcia na prawdziwych ustaleniach faktycznych⁸. Balans między zasadą prawdy materialnej i regułą *in dubio*, wyważenie ich funkcji, a w szczególności przyznanie priorytetu jednej z nich w konkretnym ukła-

dzie procesowym, decydować będzie o tym, ile kontradiktoryjności oraz ile inkwizycyjności odnajdziemy w procesie prowadzonym na podstawie znowelizowanych przepisów⁹. O konstrukcji art. 167 § 1 k.p.k., jego normatywnej treści, funkcji i znaczeniu powiedziano już w polskiej literaturze wiele¹⁰. Znaczny jest także dorobek odnoszący się do zasady prawdy materialnej ocenianej w nowym kontekście normatywnym¹¹. Najmniej w dotychczasowej debacie nad kontradiktoryjnością napisano na

T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, wyd. 6, Warszawa 2014, s. 64. Por. też konserwatywne, uwiłkane w inkwizycyjność procesu karnego podejście do zasady prawdy B. Nity i A. Świątłowskiego, *Kontradiktoryjny proces karny (między prawdą materialną a szybkością postępowania)*, PiP 2012, z. 1, s. 48 i n.

⁷ Trafnie podkreśla M. Warchoń, że ustawodawca zezwala na wykorzystywanie tej reguły w ostateczności, „dlatego, że stanowi ona świadome odstępstwo od zasady prawdy materialnej” – M. Warchoń, *Istota reguły in dubio pro reo w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r.*, (w:) *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B. T. Bienkowska, Warszawa 2015, s. 490–491. Zob. też stanowisko P. Schwabenbauera, *Der Zweifelsatz im Strafprozessrecht*, Tuebingen 2012, s. 15. Por. też T. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 62. Zob. też postanowienie SN z 23 lipca 2014 r., V KK 23/14, LEX nr 1493927.

⁸ Zasadnie podkreśla M. Warchoń, że „(...) w odróżnieniu od zasady swobodnej oceny dowodów ustalenia dokonane w jej wyniku nie przystają z przymiotu ustaleń prawdziwych. (...). Funkcją tej reguły nie jest przemienienie wątpliwości w prawdę, lecz jedynie umożliwienie podjęcia rozstrzygnięcia” – M. Warchoń, *Istota reguły*, s. 490–491.

⁹ Znaczenie zasady prawdy ujawnia się w szczególności w odniesieniu do interpretacji zakresu i przesłanek korzystania z przewidzianego w art. 167 § 1 *in fine* k.p.k. uprawnienia sądu do przeprowadzania dowodów *ex officio*. Przyjęcie, jak wskazuje część przedstawicieli doktryny prawa procesowego, że wyjątkowe wypadki, uzasadnione szczególnymi okolicznościami, to „bez wątpienia potrzeba dotarcia do prawdy”, sprawia, że z uwagi na wyrażoną w art. 2 § 2 k.p.k. zasadę prawdy proces także po wejściu w życie nowelizacji pozostanie w znacznym stopniu domeną inkwizycyjnej (opartej na zasadzie oficjalności) działalności dowodowej sądu. Zob. w tej kwestii w szczególności stanowisko T. Grzegorzczaka, *Kodeks*, s. 64. Co do zasady kontradiktoryjności w świetle nowelizacji procedury karnej zob. szerzej P. Hofmański, *Zasada kontradiktoryjności*, (w:) *System Prawa Karnego Procesowego. Zasady procesu karnego*, t. III, cz. 1, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 635 i n.

¹⁰ Zob. w szczególności S. Zablocki, *Artykuł 167 k.p.k. po nowelizacji – wstępne nakreślenie problemów*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 156 i n.

¹¹ Zob. w szczególności propozycje zmiany sposobu rozumienia zasady prawdy na gruncie znowelizowanych przepisów w kierunku ujmowania jej przez pryzmat nieklasycznych definicji jako kierunkowej dyrektywy optymalizacyjnej zawarte w pracach P. Kardasa, *Zasada prawdy materialnej a kontradiktoryjność postępowania dowodowego. Przecistawne czy komplementarne zasady procesu karnego?*, (w:) *Aduwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, red. J. Giezek, A. Malicki, t. V, Warszawa 2012, s. 85 i n.; P. Kardas, *Projektowany model obrony z urzędu a zasada prawdy materialnej*, „Palestra” 2013, nr 5–6, s. 9 i n.; P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej w perspektywie korespondencyjnej, koherencyjnej 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 i n., a także aprobujące przedstawione wyżej ujęcie wypowiedzi J. Skorupki, *Głos w dyskusji*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 108 i n.; J. Skorupki, (w:) *Kodeks*, s. 15; J. Jodłowski, *Zasada prawdy materialnej – obowiązek ustalenia faktów zgodnych z rzeczywistością czy dyrektywa optymalizacyjna?*, (w:) *Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013, s. 553. Por. też ujęcie W. Jasińskiego, *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. oraz wstrzemięźliwe stanowisko S. Zablockiego, *Kontradiktoryjna rozprawa główna – sytuacja procesowa stron*, Prok. i Pr. 2015, z. 1–2, s. 197 i n.

temat zasady *in dubio*¹². Jej też poświęcony jest niniejszy szkic. By należycie „osadzić” tytułową zasadę w kontekście limitowanej kontradiktoryjności, warto spojrzeć na nią z historycznej perspektywy. Rekonstruując sposób jej rozumienia oraz funkcje przed nowelizacją, tworzy się tym samym kontrapunkt dla analiz związanych z nowym jej ujęciem w zmienionym normatywnym kontekście.

W okresie poprzedzającym nowelizację prawa karnego procesowego dokonaną w latach 2013–2015 przewidziana w art. 5 § 2 k.p.k. procesowa zasada *in dubio pro reo* stanowiła szczególne rozwiązanie proceduralne dotyczące sposobu dokonywania oceny materiału dowodowego¹³, powiązane ściśle z procesową zasadą domniemania niewinności¹⁴ oraz przyjmowanym na gruncie polskiej procedury karnej rozkładem ciężaru dowodu oraz ciężaru dowodzenia¹⁵. Jej procesowa funkcja była oczywista. Służyła do rozwiązywania nierozstrzygalnych w oparciu o ogólne zasady ewaluacyjne sytuacji procesowych, w których po wyczerpaniu przez organ procesowy wszystkich możliwości

dowodowych oraz przeprowadzeniu z pełną rzetelnością i wnikliwością oceny zgromadzonego w sprawie materiału w określonym obszarze – dotyczącym ustaleń faktycznych lub zagadnień prawnych – relewantnych dla rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej lub wynikających z ewentualnego przypisania jej konsekwencji, ujawniają się sygnalizowane przez organ procesowy wątpliwości, których nie można usunąć¹⁶. Klarownie określona była rola przepisu art. 5 § 2 k.p.k., powiązanego nierozzerwalnie z procesową zasadą domniemania niewinności w ten sposób, że odnosił się on do kwestii ciężaru dowodu i ciężaru dowodzenia przy uwzględnieniu zasady, iż oskarżony nie ma obowiązku aktywnego dowodzenia swej niewinności (tj. wykazywania niepopelnienia czynu, braku znamion lub istnienia innych okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną), powinność ta obciąża zaś oskarżyciela oraz – z uwagi na zasady prowadzenia czynności dowodowych z art. 167 k.p.k. powiązane z zasadą prawdy materialnej – także sąd¹⁷. Skoro w wyniku aktywności dowodowej organów

¹² Choć trzeba zaznaczyć, że zasada ta w ostatnim okresie stanowiła przedmiot kilku interesujących opracowań. Zob. w szczególności M. Warchol, *Istota reguły*, s. 490 i n.; M. Zbrojewska, *Nowe ujęcie*, (w:) *Wokół gwarancji*, s. 544 i n.; A. Lach, *In dubio pro reo i beyond reasonable doubt: dwie koncepcje rozstrzygnięcia wątpliwości w procesie karnym*, (w:) *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B. T. Bieńkowska, Warszawa 2015, s. 305 i n.

¹³ Z tego też powodu zasada *in dubio pro reo* nie jest uznawana za samodzielną zasadę procesową, lecz jest zaliczana do szerszej problematyki związanej z zasadą swobodnej oceny dowodów oraz w pewnym zakresie z zasadą prawdy materialnej. Zob. w tej kwestii w szczególności: J. Skorupka, *Zasada swobodnej oceny dowodów*, (w:) *System*, s. 1198 i n.

¹⁴ Zob. m. in. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2011, s. 66.

¹⁵ Trafnie wskazuje się w orzecznictwie, że „obowiązek udowodnienia odnosić należy jednak tylko do ustaleń niekorzystnych dla oskarżonego, jako że on sam korzysta z domniemania niewinności (art. 5 § 1 k.p.k.), a niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na jego korzyść (art. 5 § 2 k.p.k.). Ze względu na te zasady wydanie wyroku uniewinniającego jest konieczne zarówno wówczas, gdy wykazano niewinność oskarżonego, jak i wtedy – co chyba częściej ma miejsce – gdy nie udowodniono, że jest on winny popełnienia zarzucanego mu czynu przestępnego. W tym ostatnim wypadku wystarczy zatem, że twierdzenia oskarżonego, negujące tezy aktu oskarżenia, zostaną uprawdopodobnione” – wyrok SN z 28 marca 2008 r., III KK 484/07, LEX nr 370249. Zob. też stanowisko J. Skorupki, (w:) *Kodeks*, s. 27 i n.

¹⁶ Jednoznacznie ujmuje się powyższe w orzecznictwie, wskazując, że „przewidziany w art. 5 § 2 k.p.k. nakaz rozstrzygnięcia na korzyść niedających się usunąć wątpliwości nie ma zastosowania do sytuacji, gdy wątpliwości te są rezultatem niedokładnego i niewyczerpującego postępowania dowodowego. W sytuacji, gdy sąd przeprowadzi to postępowanie w sposób pełny i kompletny, i podda te tak zebrane dowody ocenie spełniającej rygory art. 7 k.p.k., to zastosowanie zasady z art. 5 § 2 k.p.k. nastąpi dopiero wtedy, gdy tak przeprowadzona ocena dowodów potwierdzi wciąż istnienie niedających się – w oparciu o nią – usunąć wątpliwości. Dopiero wówczas sąd musi je wy tłumaczyć na korzyść oskarżonego” – postanowienie SN z 17 września 2014 r., V KK 127/14, Prok. i Pr. 2015, z. 1–2, poz. 9.

¹⁷ Obciążenie sądu obowiązkiem przeprowadzania dowodów z urzędu było jednym z podstawowych zarzutów

procesowych, na których ciąży obowiązek wykazania – poprzez przeprowadzenie dowodów w sposób prawem przewidziany – procesowo rozumianej winy oskarżonego, nie doszło do ustalenia w sposób pewny okoliczności mających znaczenie dla odpowiedzialności karnej¹⁸, czego dowodem było istnienie (powzięcie) nieusuwalnych dowodowo wątpliwości występujących po stronie organu posiadającego kompetencje do dokonania rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej, to konieczne stawało się skorzystanie z zamieszczonej w ustawie szczególnej dyrektywy, określającej sposób rozstrzygania niedających się usunąć wątpliwości. Zasada *in dubio* pełniła w tym systemie funkcję instrumentu zamykającego skonwencjonalizowany i sformalizowany proces poznania, stosowanego dopiero po wykorzystaniu wszystkich dostępnych środków i możliwości dokonania niebudzących wątpliwości ustaleń faktycznych.

Z uwagi na funkcję zasady *in dubio* w procesie opartym na zasadzie działania sądu *ex officio* zakres jej zastosowania został określony w szczególności w sposób. Odwołanie się do niej uzależnione było bowiem od spełnienia trzech warunków: a) przeprowadzenia we właściwy sposób wszystkich możliwych w realiach danej sprawy dowodów mogących mieć znaczenie dla

ustalenia określonych okoliczności, b) dokonania wnikliwej i rzetelnej ich oceny przy wykorzystaniu ogólnych dyrektyw ewaluacyjnych przewidzianych w art. 7 k.p.k. oraz c) uznania w wyniku wykonania tych czynności przez organ procesowy, że w odniesieniu do stanowiącego przedmiot działalności dowodowej obszaru (zakresu okoliczności relewantnych dla rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej) występują niedające się usunąć wątpliwości, czego konsekwencją był brak możliwości przyjęcia przez organ procesowy w oparciu o ogólne dyrektywy ewaluacyjne za subiektywnie pewną jednej z ujawniających się na tle przeprowadzonych dowodów wersji jako podstawy rozstrzygnięcia¹⁹. Ponieważ ogólne dyrektywy ewaluacyjne okazywały się w takim przypadku nieprzydatne – każda forma ich zastosowania z uwagi na uzewnętrznione przez organ procesowy i niedające się usunąć wątpliwości miałyby postać ustalenia arbitralnego i tym samym dowolnego, niespełniającego bowiem ustawowo określonych zasad wnioskowań prawniczych i tym samym pozbawionego cech intersubiektywnej weryfikowalności rozstrzygnięcia²⁰ – konieczne było odwołanie się do specjalnej dyrektywy, przesądzającej w sposób konwencjonalny, mocą decyzji prawodawcy, metody dokonywania

formulowanych wobec poprzedniego modelu procesu karnego i zasadniczym elementem, który miał zostać zmieniony na mocy nowelizacji. Inną kwestią jest to, czy powyższe założenie udało się w sposób satysfakcjonujący zrealizować.

¹⁸ Trafnie podkreśla się w orzecznictwie i piśmiennictwie, że podstawą orzeczenia skazującego musi być subiektywna pewność sądu co do podstawy skazania. Lakonicznie tę myśl wyraził SA w Katowicach, podkreślając, że „dla wydania wyroku skazującego nie wystarczy «uzasadnione podejrzenie» popełnienia przestępstwa, ale całkowita pewność, brak jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie” – wyrok SA w Katowicach z 9 października 2014 r., II Aka 309/14, Biul. SA w Katowicach 2014, nr 4, poz. 7.

¹⁹ Warto przytoczyć w tym miejscu reprezentatywne stanowisko SN, podkreślającego, że „aktywizacja w procesie karnym działania nakazu rozstrzygania wątpliwości w kierunku korzystnym dla oskarżonego dopiero przecież następuje w ostateczności. W szczególności wówczas, gdy po przeprowadzeniu wszystkich możliwych i pomocnych dla wyjaśnienia danej kwestii dowodów i przeprowadzeniu ich oceny w sposób respektujący wymogi art. 7 k.p.k. oraz dokonaniu wynikłych z tej oceny ustaleń, nadal istnieją co do tej kwestii nieusuwalne wątpliwości. Wtedy to można i należy wytlumaczyć je na korzyść oskarżonego” – wyrok SN z 15 stycznia 2015 r., V KK 361/14, Prok. i Pr. 2015, z. 5, poz. 14. Przesłankę subiektywnej pewności oraz intersubiektywnej sprawdzalności jako podstawy wyrokowania wskazuje J. Skorupka, *Zasada swobodnej oceny dowodów, (w:) System*, s. 1128–1129 i n.

²⁰ Trafnie podkreśla J. Skorupka, że „sytuacja równoznaczna z «niedającymi się usunąć wątpliwościami» jest kategorią obiektywną w tym sensie, że zasady logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego lub nauki nie pozwalają ustalić określonego faktu” – J. Skorupka, (w:) *Kodeks*, s. 27.

ustaleń w zakresie objętym wątpliwościami²¹. Dyrektywa wyrażona w art. 5 § 2 k.p.k. służyła zatem do przyjęcia za podstawę rozstrzygnięcia opartej na konstrukcji fikcji prawnej jednej tylko, najkorzystniejszej dla oskarżonego, wersji. Taki sposób rozumienia zasady *in dubio* był wielokrotnie sygnalizowany w orzecznictwie, w którym odnoszono się przede wszystkim do sytuacji, gdy dochodziło do jej naruszenia. *A contrario* z tego ujęcia wynikały „pozytywne” przesłanki jej zastosowania oraz wynikające z użycia tego szczególnego instrumentu procesowego konsekwencje.

Z uwagi na funkcję wyrażonej w przepisie art. 5 § 2 k.p.k. dyrektywy z teoretycznego punktu widzenia miała ona postać reguły w ujęciu typologii R. Dworkina/R. Alexy'ego²². Stanowczy kształt dyrektywy *in dubio* sprawiał, że w razie spełnienia określonych w ustawie procesowej przesłanek jej zastosowanie stanowiło obowiązek organu orzekającego, sposób aplikacji nie był zaś stopniowalny²³. Wykorzystanie tej reguły prowadzić musiało do jednoznacznego rezultatu, tj. wyboru najkorzystniejszej dla oskarżonego spośród ujawniających się alternatywnych wersji. Z uwagi na przedstawiony wyżej zakres zastosowania reguły *in dubio pro reo* nie budzi wątpliwości, że pozostawała ona w szczególnych relacjach do ogólnych dyrek-

tyw ewaluacyjnych (zasad swobodnej oceny dowodów) określonych w art. 7 k.p.k. Skoro bowiem warunkiem odwołania się do dyrektywy wyrażonej w art. 5 § 2 k.p.k. na gruncie stanu prawnego obowiązującego do 30 czerwca 2015 r. było wyczerpanie wszystkich możliwości dowodowych oraz dokonanie rzetelnej i wnikliwej oceny materiału przy zachowaniu paradygmatu wnioskowań prawniczych określonego w art. 7 k.p.k., a w konsekwencji stwierdzenie, że na gruncie przeprowadzonych dowodów nie jest możliwe subiektywnie pewne i intersubiektywnie weryfikowalne przyjęcie za podstawę rozstrzygnięcia określonej wersji, to reguła wyrażona w art. 5 § 2 k.p.k. służyła do rozwiązywania sytuacji, których niepodobna rozstrzygnąć poprzez zastosowanie ogólnych zasad oceny dowodów²⁴. Tym samym przepis art. 5 § 2 k.p.k. miał w stosunku do art. 7 k.p.k. charakter subsydiarny, co sprawia, że w razie aktualizacji zakresu zastosowania reguły przewidzianej w art. 5 § 2 k.p.k. do związanych z niedającymi się usunąć wątpliwościami okoliczności nie znajdują już zastosowania ogólne dyrektywy ewaluacyjne, w ich miejsce zaś pojawia się reguła *in dubio pro reo*²⁵. W tym zakresie, po ujawnieniu wątpliwości, w sytuacji gdy spełnione były wymienione wyżej przesłanki wyczerpania wszyst-

²¹ „Wątpliwości niedające się usunąć odnoszą się bowiem z reguły do sytuacji, gdy z zebranego materiału dowodowego wynikają różne wersje, a żadnej z nich nie daje się wyeliminować drogą dostępnej weryfikacji. Brak możliwości jednoznacznego ustalenia, w oparciu o dostępne i ujawnione dowody, stanu faktycznego to nic innego jak stan «nie-dających się usunąć wątpliwości», do których nie tylko może, ale musi mieć zastosowanie reguła określona w art. 5 § 2 k.p.k.” – postanowienie SN z 18 grudnia 2008 r., V KK 267/08, LEX nr 485030.

²² Co do tej typologii oraz jej znaczenia w analizach normatywnych zob. w szczególności R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 60 i n.; R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010, s. 74 i n.; T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, z. 3, s. 16 i n.; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 149 i n.

²³ Z tego też powodu w orzecznictwie analizowano przede wszystkim przypadki niezastosowania reguły *in dubio* w sytuacjach, gdy aktualizowały się przesłanki jej zastosowania. Analizowano zatem przede wszystkim przesłanki naruszenia przepisu art. 5 § 2 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie.

²⁴ Por. stanowisko SN zawarte w postanowieniu z 17 września 2014 r., V KK 127/14, Prok. i Pr. 2015, z. 1–2, poz. 9. Zasadnie wskazuje się w piśmiennictwie niemieckim, że *in dubio pro reo* stanowi w istocie regułę rozstrzygania. Zob. T. Kleinknecht, L. Meyer-Gossner, *Kommentar zum § 261*, (w:) *Strafprozessordnung*, Muenchen 2006, s. 1001, powołanie za: M. Warchol, *Istota reguły*, s. 491.

²⁵ Subsidiarny charakter reguły *in dubio* wskazuje także M. Warchol, zasadnie podkreślając, że pełni ona funkcję subsydiarną wobec zasady prawdy i swobodnej oceny dowodów – *Istota reguły*, s. 492. Zob. też J. Skorupka, *Zasada swobodnej oceny dowodów*, (w:) *System*, s. 1194 i n.

kich środków dowodowych oraz rzetelnej i wnikliwej oceny dowodów, organ procesowy pozbawiony był jakiegokolwiek swobody ewaluacyjnej i zobowiązany do jednokierunkowego rozstrzygnięcia. Łatwo zauważyć, że z uwagi na charakter i treść reguły wyrażonej w art. 5 § 2 k.p.k., inaczej niż w przypadku ogólnych dyrektyw ewaluacyjnych, przedstawiał się krąg okoliczności stanowiących podstawę weryfikacji poprawności skorzystania z tej reguły w realiach konkretnego przypadku. Ocenie podlegały jedynie trzy kwestie: a) wyczerpanie możliwości dowodowych; b) rzetelność i wnikliwość oceny przeprowadzonych dowodów oraz c) ujawnienie przez organ procesowy tego, że powziął co do określonych okoliczności wątpliwości niedające się usunąć na bazie zgromadzonego materiału dowodowego.

Reguła z art. 5 § 2 k.p.k. nakazuje przyjąć za podstawę rozstrzygnięcia spośród jawiących się jako możliwe wersje określonych okoliczności tę, która jest najkorzystniejsza dla sprawy²⁶. Takie ukształtowanie omawianej zasady przesądza, że istotne znaczenie z punktu widzenia oceny poprawności jej zastosowania w realiach konkretnej sprawy ma zakres przedmiotowy, a innymi słowami – określenie, do czego odnosić się mogą ujawnione przez organ procesowy wątpliwości. Wedle dominującego ujęcia „reguła *in dubio pro reo* odnosi się przede wszystkim do wątpliwości natury faktycznej”. Znajduje również zastosowanie do pewnej kategorii wątpliwości natury prawnej²⁷. Odnosi się do przypadków,

w których ujawniają się zasadnicze trudności wykładnicze, skutkujące możliwością przyjęcia w ramach obowiązującego paradygmatu wykładniczego dwóch różniących się co do konsekwencji sposobów wykładni.

W piśmiennictwie wskazuje się, że w odniesieniu do wątpliwości natury faktycznej z reguły wyrażonej w art. 5 § 2 k.p.k. „wynikają określone dyrektywy co do sposobu dokonywania ustaleń faktycznych na tle przeprowadzonej przez organ procesowy swobodnej oceny dowodów”²⁸. Przywołane wyżej sformułowanie wymaga doprecyzowania w dwóch sferach. Po pierwsze, konieczne jest klarowne wskazanie, jak rozumieć sformułowanie „ustalenia faktyczne”, jako złożone wyrażenie określające przedmiot ujawnionych wątpliwości. Innymi słowami – wskazanie kręgu desygnatów tego pojęcia. Po wtóre, niezbędne jest wyjaśnienie relacji między „swobodną oceną dowodów” a wynikającą z art. 5 § 2 k.p.k. regułą dokonywania ustaleń faktycznych.

W odniesieniu do pierwszego z zagadnień, tj. zakresu desygnatów objętych wątpliwościami „ustaleń faktycznych”, nie ma wątpliwości, że dotyczy ono okoliczności faktycznych, które mają znaczenie dla odpowiedzialności karnej lub dla wynikających z ewentualnego jej przypisania konsekwencji. Chodzi tutaj zatem o określony element lub zestaw elementów faktycznych, co do których organ procesowy ujawnia istnienie niedających się rozstrzygnąć wątpliwości²⁹. W zależności od realiów

²⁶ Zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks*, s. 71.

²⁷ Zob. w tej kwestii m.in. T. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 63; A. Jezusek, *Zastosowanie reguły in dubio przy rozstrzygnięciu zagadnień prawnych*, PiP 2012, z. 6, s. 63 i n.; J. Potulski, *Glosa do uchwały SN z dnia 4 kwietnia 2005 r.*, I KZP 7/05, GSP. Przegląd Orzecznictwa 2006, nr 1, s. 105 i n.

²⁸ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks*, s. 67.

²⁹ Wedle powszechnie przyjmowanego w orzecznictwie stanowiska „dla zasadności zarzutu naruszenia zasady *in dubio pro reo* nie wystarczy zaprezentowanie przez stronę własnych wątpliwości co do stanu dowodów. O naruszeniu tego przepisu można więc mówić wówczas, gdy sąd (i tylko sąd, jako organ orzekający) ustalając, że zachodzą nie dające się usunąć wątpliwości, nie rozstrzygnie ich na korzyść skazanego” – postanowienie SN z 25 czerwca 2014 r., II KK 131/14, LEX nr 1480319. Trzeba jednak podkreślić, że subiektywne ujęcie zasady *in dubio*, wymagające wykazania, że sąd powziął wątpliwości, których nie dało się usunąć, w orzecznictwie wskazuje się również na obiektywne ujęcie podstawy zastosowania zasady *in dubio*. W tym wydaniu „dla oceny, czy została naruszona reguła *in dubio pro reo* nie są miarodajne wątpliwości strony procesowej, ale to, czy sąd orzekający wątpliwości takie powziął i rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego, albo to, czy w świetle realiów konkretnej sprawy wątpliwości takie powinien powziąć” – postanowienie SN z 12 marca 2014 r., II KK 42/14, LEX nr 1448327.

konkretnej sprawy objęte wątpliwościami okoliczności mogą mieć charakter przedmiotowy (obiektywny), podmiotowy (subiektywny) lub mieszany, przedmiotowo-podmiotowy (subiektywny). O zakresie tych okoliczności wedle dominującego ujęcia rozstrzyga *ad casu* organ procesowy, wskazując, w jakim zakresie lub – innymi słowy – w odniesieniu do jakiego typu okoliczności ujawniły się po jego stronie niedające się usunąć wątpliwości³⁰. W związku z powyższym w razie wskazania przez organ procesowy, że wątpliwości dotyczą określonego zdarzenia, reguła *in dubio pro reo* odnosi się do wszystkich składających się na to zdarzenie elementów, zarówno przedmiotowych (obiektywnych), jak i podmiotowych (subiektywnych). Przy czym stanowisko organu procesowego co do zakresu ustaleń faktycznych, wobec którego ujawniły się niedające się usunąć wątpliwości, jest wiążące z punktu widzenia nakazu zastosowania do nich reguły z art. 5 § 2 k.p.k. także dla tego organu.

W odniesieniu do drugiej z sygnalizowanych kwestii należy podkreślić, że sam fakt ujawnienia przez organ procesowy niedających się usunąć wątpliwości przesądza, iż w tym zakresie nie znajdują zastosowania ogólne dyrektywy ewaluacyjne (zasady swobodnej oceny dowodów), ich aplikacja skutkowała bowiem stwierdzeniem owych wątpliwości, w związku z czym nie jest w stanie doprowadzić do ich rozstrzygnięcia, skutkiem

czego konieczne jest skorzystanie ze szczególnej regulacji, przewidzianej w art. 5 § 2 k.p.k. W konsekwencji cały zakres okoliczności objętych ujawnionymi przez organ wątpliwościami musi być rozstrzygany przez zastosowanie dyrektywy *in dubio pro reo*, tj. poprzez przyjęcie jako podstawy rozstrzygnięcia najkorzystniejszej dla sprawcy opcji (wersji). W tym zakresie organ procesowy nie ma żadnej swobody decyzyjnej, jest bowiem związany, i to w sposób bezwzględny, nakazem wyrażonym w art. 5 § 2 k.p.k. Warto dodać, że istnieje zasadnicza różnica w dyrektywalnym charakterze przepisów art. 7 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. O ile bowiem określający ogólne dyrektywy ewaluacyjne (zasady swobodnej oceny dowodów) przepis art. 7 k.p.k. ma z punktu widzenia typologii R. Dworkina/R. Alexy'ego status zasady, która może być spełniona w określonym stopniu, określonym przez ustawodawcę w pewnej skali, której dolny próg oznacza granicę akceptowalności ustaleń i w konsekwencji pozostawanie ich pod „ochroną” art. 7 k.p.k.³¹, o tyle przepis art. 5 § 2 k.p.k. wyraża regułę w ujęciu powyższej typologii, której spełnienie nie jest stopniowalne. Przepis art. 5 § 2 k.p.k. statuuje bowiem bezwzględny nakaz rozstrzygnięcia wszystkich okoliczności, do których odnoszą się ujawnione przez organ procesowy wątpliwości, poprzez przyjęcie za podstawę rozstrzygnięcia najkorzystniejszej dla oskarżonego wersji³².

³⁰ W piśmiennictwie i orzecznictwie stosunkowo jednolicie wskazuje się, że o wykorzystaniu reguły *in dubio pro reo* można mówić dopiero wówczas, gdy sąd wyrazi wątpliwości co do treści dowodów.

³¹ Stopniowalność określonych w art. 7 k.p.k. zasad wnioskowań prawniczych, a więc możliwość ich spełnienia w większym lub mniejszym zakresie, wynika jednoznacznie z rozwiązań ustawowych wymaganych dla skutecznego wykazania ich naruszenia, do czego niezbędne jest wykazanie, że mogło ono mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia. Z punktu widzenia konstrukcyjnego zasady wnioskowań prawniczych mają charakter idealizacyjny, tworząc w danym systemie wzorzec „idealnego” dla tego systemu konwencjonalnego poznania procesowego. Jakkolwiek ich aplikacja w pełnym kształcie jest idealistycznie postrzeganym celem prawodawcy, to jednak ujmując rzecz realistycznie, dla niezarzucałnego procesowego poznania wystarczające jest przestrzeganie przez organ procesowy minimalnego standardu rozumowań prawniczych. Jakkolwiek zachowując standard minimalny, organ orzeczniczy nie spełnia wszystkich wymagań wynikających z idealistycznego wzorca, to mieści się w akceptowalnym sposobie poznania, stwarzając szansę na intersubiektywną weryfikowalność jego wyników. W ten sposób ustawodawca wyznacza skonwencjonalizowane granice „swobodnej oceny dowodów”, a innymi słowy – swobodnego poznania faktów przez organ procesowy.

³² Stąd też w piśmiennictwie i orzecznictwie wskazuje się przypadki naruszenia art. 5 § 2 k.p.k., z podkreśleniem, że ma ono miejsce jedynie wówczas, gdy sąd ujawni istnienie niedających się usunąć wątpliwości w pewnym zakresie

Uwzględniając przedstawione wyżej uwagi, można stwierdzić, że w razie aktualizacji przesłanek zastosowania reguły *in dubio pro reo* do okoliczności faktycznych objętych ujawnionymi przez organ procesowy wątpliwościami stosuje się wyłącznie regułę z art. 5 § 2 k.p.k. oraz nie stosuje się w żadnym zakresie ogólnych dyrektyw ewaluacyjnych z art. 7 k.p.k. W razie aktualizacji reguły z art. 5 § 2 k.p.k. organ procesowy nie ma żadnej możliwości rozwarstwiania (podziału) okoliczności faktycznych objętych wątpliwościami i rozstrzygnięcia ich w części (w jakimś zakresie) przy zastosowaniu reguły *in dubio pro reo*, w części zaś poprzez wykorzystanie ogólnych dyrektyw ewaluacyjnych (zasad swobodnej oceny dowodów). Konsekwencją zastosowania reguły z art. 5 § 2 k.p.k. jest obowiązek przyjęcia najkorzystniejszej wersji objętych wątpliwościami okoliczności. Przy czym ocena tego aspektu zastosowania reguły z art. 5 § 2 k.p.k. związana jest z całokształtem okoliczności objętych wątpliwościami organu procesowego w zakresie relewantnym dla podstaw odpowiedzialności karnej lub jej konsekwencji. Tyle na temat staro kształtu reguły *in dubio*.

Po nowelizacji art. 5 § 2 k.p.k. stanowi, że „wątpliwości, których nie usunięto w postępowaniu dowodowym, rozstrzyga się na korzyść oskarżonego”. Wprowadzone zmiany dotyczą zasadniczo dwóch elementów: przedmiotu wątpliwości oraz przesłanek aktualizacji obowiązku odwołania się przez organ orzeczniczy do reguły *in dubio pro reo*. W odniesieniu do przedmiotu wątpliwości wprowadzone rozwiązanie wyraźnie wyklucza możliwość wykorzystywania tej szczególnej reguły w odniesieniu do procesu wykładni prawa. Wątpliwości dotyczące kwestii prawnych muszą zostać po zmianach jednoznacznie rozstrzygnięte przez organ stosujący prawo. W sferze przesłanek

aktualizacji reguły *in dubio* na pierwszy plan wysuwa się obiektywizacja zasady *in dubio* wynikająca z pominięcia wymogu „nieusuwalności” wątpliwości³³. Istotne jest istnienie wątpliwości, wynikające z tego, że ich obiektywnie nie usunięto, nie zaś brak możliwości ich usunięcia. Znaczenie wprowadzonej zmiany przy uwzględnieniu kontekstu normatywnego, w jakim funkcjonuje art. 5 § 2 k.p.k. w nowym brzmieniu, jest jednak zdecydowanie dalej idące. Nowa konstrukcja zasady *in dubio* oparta została bowiem na obiektywnym ujęciu, odwołującym się do intersubiektywnie weryfikowalnych przesłanek ustalenia zakresu wątpliwości, które rozstrzygać należy poprzez tę regułę. Podstawą zastosowania zasady *in dubio pro reo* jest stwierdzenie, że wątpliwości obiektywnie istniejące („ustalalne”) nie zostały rozstrzygnięte w postępowaniu dowodowym. Chodzi zatem o „obiektywnie” istniejące wątpliwości, których nie da się jednoznacznie rozstrzygnąć przy zastosowaniu ogólnych zasad wnioskowań prawniczych. Zarazem nie ma żadnego znaczenia, czy wątpliwości te zostały ujawnione przez organy orzecznicze, czy też nie. Istotne jest jedynie to, że ich istnienie można obiektywnie stwierdzić, odnosząc do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego ogólne zasady wnioskowań prawniczych. Jeśli prawidłowo zastosowane nie pozwolą na usunięcie wątpliwości, aktualizuje się powinność skorzystania z reguły *in dubio*. W tym ujęciu istnienie wątpliwości może być wykazane przez stronę postępowania. Nie chodzi tu jednak o własne wątpliwości zaprezentowane przez stronę, lecz o wykazanie przez stronę, że na bazie zgromadzonego materiału dowodowego istnieje obszar, w którym niepodobna w oparciu o zasadę swobodnej oceny dowodów przyjąć za subiektywnie pewną jedną z jawiących się wersji³⁴.

i jednocześnie rozstrzygnie je na niekorzyść oskarżonego. Zob. w tej kwestii m.in. stanowisko T. Grzegorzcyka, *Kodeks*, s. 63.

³³ Wskazuje to w szczególności T. Grzegorzcyk, *Kodeks*, s. 64.

³⁴ W tym zakresie nie podzielam stanowiska M. Warchoła, wskazującego, że „dla zasadności tego zarzutu wystarczy więc zaprezentowanie przez stronę własnych wątpliwości co do stanu dowodów” – *Istota reguły*, s. 502.

Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie jest silnie powiązane ze zmodyfikowanymi zasadami prowadzenia postępowania dowodowego w stadium jurysdykcyjnym oraz zasadniczo odmiennie ujętym na gruncie znowelizowanych przepisów rozkładem ciężaru dowodu oraz ciężaru dowodzenia³⁵. Intencje prawodawcy dobrze oddaje stanowisko zawarte w uzasadnieniu projektu nowelizacji, w którym wskazano, że „konstrukcja przyjęta w art. 167 § 1 k.p.k. «lawninowo» wywołuje konieczność dalszych zmian legislacyjnych, wśród których najważniejsze to: – nadanie nowego kształtu zasadzie *in dubio pro reo* przewidzianej w art. 5 § 2 k.p.k.; zgodnie z tym przepisem w projektowanym brzmieniu na korzyść oskarżonego rozstrzygane być mają wątpliwości, których w postępowaniu nie usunięto. Przepis ten nie określa, na kim spoczywa obowiązek wyjaśnienia tych wątpliwości, niemniej jest jasne, że nie ciąży on na sądzie, albowiem ten nie jest zobowiązany do przeprowadzania dowodów z urzędu. Rezygnuje się także z zastrzeżenia, że mają to być wątpliwości «nieusuwalne». Dzięki temu to oskarżyciela będzie obciążać powinność usunięcia wątpliwości (w sensie materialnym także obronę)»³⁶. Zmiana kształtu zasady *in dubio* związana jest – jak wynika z przytoczonego fragmentu uzasadnienia – z modyfikacją zasad dowodzenia oraz wynikającymi z niej konsekwencjami. Z punktu widzenia przyjmowanych przez projektodawcę założeń zasadnicze znaczenie ma obiektywizacja „wątpliwości”, polegająca na wskazaniu, że zasada *in dubio* odnosi się do wszystkich tych wątpliwości, które nie zostały usunięte w trakcie prowadzonego postępowania dowodowego. W poprzednio obowiązują-

cym brzmieniu przepis art. 5 § 2 k.p.k. oparty był na założeniu, wedle którego zasadniczą podstawą aktualizującą nakaz wykorzystania zasady *in dubio* było nie tyle samo istnienie wątpliwości, ile ich nieusuwalność. Dopiero w razie wyraźnego stwierdzenia braku możliwości zgodnego z określonymi w art. 7 k.p.k. zasadami wnioskowań (rozumowań) prawnych przyjęcia za subiektywnie pewną jednej z alternatywnych wersji aktualizowała się powinność rozstrzygnięcia tych wątpliwości na korzyść oskarżonego, co do zasady poprzez wybór najkorzystniejszej z jawiących się alternatyw. Zakres kontroli poprawności decyzji organu orzeczniczego obejmował na gruncie starego ujęcia zasadniczo dwie kwestie: zupełność i kompletność możliwego do przeprowadzenia postępowania dowodowego oraz brak możliwości usunięcia jawiących się na tle przeprowadzonych dowodów wątpliwości. Podstawa zastosowania art. 5 § 2 k.p.k. była jednak na gruncie starych przepisów wyjątkowo niejasna. W szczególności nieklarowne były podstawy weryfikacji twierdzenia o istnieniu niedających się usunąć wątpliwości. Ten model umożliwiał weryfikację zarówno tych wypadków, gdy organ procesowy wskazywał istnienie wątpliwości, które rozstrzygał, odwołując się do zasady *in dubio*, jak i tych, gdy wątpliwości wskazywał, lecz nie stosował reguły z art. 5 § 2 k.p.k., wreszcie takich przypadków, w których organ orzeczniczy nie wskazał istnienia po jego stronie niedających się usunąć wątpliwości, takie stanowisko należało jednak przyjąć (wyrazić) w realiach konkretnej sprawy³⁷. W tym ujęciu to realia konkretnej sprawy oraz wynikająca z nich nieusuwalność wątpliwości stanowiły podstawę kontroli poprawno-

³⁵ Zob. szerzej J. Skorupka, (w:) *Kodeks*, s. 27–29. Por. też P. Wiliński, *Materialny ciężar dowodu winy oskarżonego – przyczynek do rozważań*, (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 1841 i n.

³⁶ Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego, (w:) Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karne. Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (projekt ustawy), Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2010, s. 57 i n.

³⁷ Warto w tym miejscu raz jeszcze przytoczyć stanowisko SN, wskazującego, że „dla oceny, czy została naruszona reguła *in dubio pro reo* nie są miarodajne wątpliwości strony procesowej, ale to, czy sąd orzekający wątpliwości takie powziął i rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego, albo to, czy w świetle realiów konkretnej sprawy wątpliwości

ści rozstrzygnięcia w kontekście zastosowania lub niezastosowania reguły *in dubio*. Z jednej strony możliwe było twierdzenie, że choć wyrażono wątpliwości i rozwiązano je poprzez odwołanie do zasady *in dubio*, uczyniono to jednak błędnie, w realiach konkretnej sprawy były one bowiem rozstrzygalne (usuwalne) poprzez właściwe wykorzystanie ogólnych zasad wnioskowań prawniczych, jak i stwierdzenie, że ujawniono wątpliwości, których nie można było usunąć, nie zastosowano reguły *in dubio*. Z drugiej strony w razie nieujawnienia przez organ procesowy wątpliwości możliwe było wykazanie, że niezasadnie ich nie wskazano, a w konsekwencji błędnie nie zastosowano w określonym przypadku reguły z art. 5 § 2 k.p.k.

Jakkolwiek obiektywne przesłanki zastosowania zasady *in dubio pro reo* w niewielkim tylko zakresie wpływały na sposób aplikacji tej dyrektywy w praktyce stosowania prawa w okresie obowiązywania poprzedniego modelu procesowego, to jednak ich znaczenie niepomierne wzrasta na gruncie nowego ujęcia omawianej zasady. Kluczowy z punktu widzenia nowego jej ustawowego kształtu element obiektywny, wyrażony w sformułowaniu „wątpliwości, których nie usunięto w postępowaniu dowodowym”, wskazuje, że w perspektywie przesłanek zastosowania zasady *in dubio* po nowelizacji zasadnicze znaczenie ma fakt istnienia „nieusuniętych” w trakcie prowadzo-

nego postępowania dowodowego wątpliwości. W związku ze zmianą ciężaru dowodu oraz ciężaru dowodzenia stwierdzenie takiej sytuacji procesowej aktualizuje nakaz zastosowania reguły *in dubio*. Organ procesowy nie jest już – co do zasady – zobowiązany do podejmowania różnorodnych czynności dowodowych mających na celu wyjaśnienie wątpliwości w sposób umożliwiający przyjęcie wersji odpowiadającej jej rzeczywistemu przebiegowi (a więc zgodnie z zasadą prawdy), lecz powinien odwołać się do zasady *in dubio*. Zasadnicze założenie, na którym oparte jest funkcjonowanie zasady *in dubio* w kontradiktoryjnym procesie karnym, opiera się zatem na modelu, wedle którego obiektywne istnienie wątpliwości, wynikające z faktu ich nieusunięcia w toku postępowania dowodowego, przesądza o wykorzystaniu dla poczynienia ustaleń w tym obszarze reguły *in dubio*.

Pomijając w tym miejscu analizę sytuacji, w których organ procesowy, po stwierdzeniu istnienia wątpliwości, zobowiązany jest do podjęcia określonej aktywności dowodowej mającej na celu ich usunięcie poprzez wykorzystanie wszystkich dostępnych środków dowodowych³⁸, stwierdzić należy, że fundamentalna zmiana w ujęciu zasady *in dubio* dotyczy dwóch elementów: obiektywizacji przesłanek jej zastosowania, w tym w szczególności pominięcia przyjmowanego powszechnie w praktyce wymogu „ujawnienia” faktu powzięcia

takie powinien powziąć – postanowienie SN z 12 marca 2014 r., II KK 42/14, LEX nr 1448327. Por. też stanowisko M. Warchola, *Istota reguły*, s. 502.

³⁸ Chodzi tutaj o nad wyraz sporne na gruncie znowelizowanych przepisów zagadnienie możliwości oraz ewentualnej powinności podejmowania przez sąd inicjatywy dowodowej z urzędu w związku z treścią art. 167 § 1 *in fine* k.p.k. Innymi słowy – odpowiedź na pytanie, jaki jest zakres „wyjątkowych wypadków, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami”. Trzeba jednak podkreślić, że stanowisko, wedle którego wyjątkowa aktywność dowodowa sądu z urzędu uzasadniana być może poprzez odwołanie się do zasady prawdy materialnej, może skutkować zachowaniem na gruncie znowelizowanych przepisów sposobu interpretacji zakresu zastosowania zasady *in dubio* wypracowanego w okresie obowiązywania poprzednich przepisów. Widać to dobrze w związku z analizą stanowiska T. Grzegorzczaka, wskazującego, że „rzecz jednak w tym, że sąd według przyjętych nowych rozwiązań będzie – po 1 lipca 2015 r. – mógł jednak «w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami» zarówno wprowadzić, jak i przeprowadzić dowód *ex officio* oraz poszerzyć zakres przeprowadzenia dowodu zgłoszonego przez stronę poza tezę dowodową takiego wniosku (nowy art. 167 § 1 k.p.k.). Bez wątpienia zaś takim wyjątkowym wypadkiem jest potrzeba dotarcia do prawdy, a więc zrealizowanie zasady określonej w art. 2 § 2, której przyjęta nowelizacja nie dotyka. Wydaje się zatem, że lepszym rozwiązaniem byłoby jednak przyjęcie, że chodzić ma o wątpliwości, których nie dało się usunąć w postępowaniu dowodowym, czego wszak nie uczyniono” – *Kodeks*, s. 64.

wątpliwości przez organ procesowy, oraz braku wynikającego z treści znowelizowanego art. 5 § 2 k.p.k. obowiązku podjęcia wszelkich dostępnych środków dowodowych w celu ustalenia pewnej, odpowiadającej prawdzie wersji, a więc wymogu „nieusuwalności”³⁹. Pierwszy element jest silnie związany z prezentowanym już na gruncie przepisów proceduralnych sprzed nowelizacji stanowiskiem, wskazującym, że obowiązek aplikacji reguły *in dubio* łączy się nie tylko z wypadkami ujawnienia przez organ procesowy wątpliwości w określonym zakresie, ale także z sytuacjami nieujawnienia takich wątpliwości przez organ w razie stwierdzenia, że w realiach konkretnej sprawy organ procesowy wątpliwości takie powinien był powziąć⁴⁰. A więc z sytuacją, gdy wątpliwości obiektywnie istnieją, nie zostały jednak ujawnione przez organ procesowy, choć z uwagi na ich nierozwiązywalność poprzez wykorzystanie ogólnych zasad wnioskowań prawniczych powinny zostać wyeksponowane. Ta wyjątkowa sytuacja w okresie obowiązywania poprzedniej regulacji staje się na gruncie nowego ujęcia reguły *in dubio pro reo* zasadą. W istocie przepis art. 5 § 2 k.p.k. nie wymaga, co sygnalizowano już powyżej, ujawnienia faktu powzięcia wątpliwości przez organ procesowy, lecz ich „obiektywnego” istnienia w realiach konkretnej sprawy. Chodzi zatem o sytuacje, w których zastosowanie wszystkich reguł i zasad wnioskowań prawniczych rekonstruowanych z art. 7 k.p.k. nie może bez naruszenia minimalnego standardu prowadzić do przyjęcia za subiektywnie pewną i intersubiektywnie weryfikowalną jedną z alternatywnych wersji okoliczności mających znaczenie dla odpowiedzialności karnej lub jej konsekwencji, a więc usunięcia wątpliwości poprzez prawidłową ocenę dowodów. Takie

ujęcie sprawia, że wedle nowego brzmienia art. 5 § 2 k.p.k. zasadniczą rolę odgrywa ocena poprawności wykorzystania w realiach konkretnej sprawy reguł oceny dowodów przewidzianych w art. 7 k.p.k. Dopóki istnieje możliwość jednoznacznego ustalenia określonych elementów ustaleń faktycznych poprzez aplikację zasad oceny dowodów, dopóty nie zachodzi sytuacja „wątpliwości, których nie usunięto w postępowaniu dowodowym”. Z drugiej strony brak możliwości rozstrzygnięcia określonych kwestii poprzez wykorzystanie ogólnych reguł i zasad wnioskowań prawniczych (art. 7 k.p.k.), niezależnie od stanowiska organu orzeczniczego w tym zakresie, przesądza o konieczności skorzystania z zasady *in dubio*. To twierdzenie ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia relacji między zakresem zastosowania ogólnych zasad wnioskowań prawniczych z art. 7 k.p.k. oraz reguły *in dubio*.

Nowe ujęcie art. 5 § 2 k.p.k. nie zawiera elementów nakładających na organ orzecznicy obowiązków podejmowania wszelkich dostępnych czynności dowodowych mających na celu wyjaśnienie ujawniających się wątpliwości. Przepis art. 5 § 2 k.p.k. odnosi się po nowelizacji do „wątpliwości”, których obiektywnie nie usunięto w postępowaniu dowodowym, a więc takich, które istnieją na bazie określonego materiału dowodowego, nie zaś do „wątpliwości”, których nie dało się usunąć, co postulowała część przedstawicieli doktryny. Tym samym z samej treści znowelizowanego art. 5 § 2 k.p.k., odmiennie, niż miało to miejsce przed nowelizacją, nie wynika ciążący na organie procesowym obowiązek podjęcia z urzędu (*ex officio*) działań zmierzających do wyjaśnienia istniejących na bazie dotychczasowego materiału dowodowego wątpliwości poprzez przeprowadzenie w tym zakresie

³⁹ Nie podzielam tym samym stanowiska prezentowanego przez M. Warchoła, że „istota reguły *in dubio pro reo* nie sprowadza się zatem do rozkładu ciężaru dowodu, ponieważ ona sama nie rozkłada, nie rozdziela ciężaru dowodu w procesie karnym, lecz nawiązuje do już istniejącego rozkładu ciężaru dowodu” – *Istota reguły*, s. 495. Stare brzmienie art. 5 § 2 k.p.k. nakładało bowiem na organ orzecznicy, w tym sąd, obowiązek przeprowadzenia wszelkich dających się pomyśleć dowodów w celu usunięcia ujawniających się wątpliwości i umożliwiało odwołanie się do reguły *in dubio* dopiero wówczas, gdy po wyczerpaniu wszystkich możliwości dowodowych wątpliwości nie dało się usunąć.

⁴⁰ Tak też M. Warchoła, *Istota reguły*, s. 502.

wszelkich możliwych dowodów⁴¹. Zakres czynności dowodowych realizowanych przez organ procesowy z urzędu w zakresie wątpliwości wyznaczają zatem po nowelizacji inne niż art. 5 § 2 k.p.k. przepisy. W tym kontekście warto raz jeszcze zaznaczyć ścisły związek zasady *in dubio pro reo* z zasadą domniemania niewinności oraz rozkładem ciężaru dowodu i ciężaru dowodzenia. W zakresie okoliczności mających znaczenie dla potwierdzenia zasadności skargi oskarżycielskiej zasadniczo powinności dowodowe ciążyą na oskarżycielu (publicznym lub prywatnym). W zakresie okoliczności przeciwnych, składających się na linię obrony – na oskarżonym oraz obrońcy. Jakkolwiek w art. 167 § 1 *in fine* k.p.k. nie zamieszczono postulowanego przez NRA ograniczenia możliwości realizowania z urzędu czynności dowodowych przez sąd wyłącznie na korzyść oskarżonego, to takie ograniczenie można jednak odczytać w związku z interpretacją wszystkich przepisów składających się na nowy model postępowania dowodowego. W istocie bowiem wedle prezentowanej przez projektodawców koncepcji możliwość przeprowadzania przez sąd czynności dowodowych z urzędu związana była z potrzebą stworzenia mechanizmu zapobiegającego wydaniu orzeczenia skazującego w sytuacji nieporadności oskarżonego lub jego obrońcy. Zarazem wyjątek przewidziany w art. 167 § 1 *in fine* k.p.k. nie miał stanowić podstawy do zachowania aktywności dowodowej sądu w przypadkach niedostatecznej aktywności lub skuteczności oskarżyciela⁴². Takie podejście podważałoby zasadniczy cel nowelizacji oraz funkcję wprowadzenia do polskiego procesu karnego zasady limitowanej

kontradiktoryjności. Spoglądając z tej perspektywy, łatwo dostrzec, że funkcję ochronną, zapobiegającą wydaniu wywołującego wątpliwości orzeczenia skazującego w razie niejednoznacznego obrazu materiału dowodowego w odniesieniu do elementów wskazanych w skardze oskarżycielskiej, pełni w sposób wystarczający i skuteczny zasada domniemania niewinności oraz znowelizowana zasada *in dubio*. W tym zakresie nie jest konieczne podejmowanie aktywności dowodowej *ex officio* przez sąd. Z drugiej strony nie wydaje się zasadne twierdzenie, że jakkolwiek znowelizowany art. 5 § 2 k.p.k. nie nakłada na organ procesowy powinności podejmowania z urzędu czynności mających na celu wyjaśnienie wątpliwości, których nie usunięto w związku z postępowaniem dowodowym prowadzonym przez strony, to obowiązek taki wynika z treści art. 2 § 2 k.p.k., statuującego niezmienną co do treści zasadę prawdy materialnej. Takie podejście oznaczałoby bowiem, że niezależnie od deklarowanej przez projektodawców i przebijającej się przez wszystkie regulacje składające się na nowelizację zasady uwolnienia sądu od obowiązku wspierania oskarżyciela poprzez dokonywane z urzędu czynności dowodowe, sens reformy polskiego procesu karnego w tym – fundamentalnym przecież – aspekcie niwelowałoby określone podejście do funkcji, roli i znaczenia zasady prawdy.

W konsekwencji przyjmując za podstawę rekonstrukcji norm ze znowelizowanych przepisów proceduralnych zasadę wąskiej wykładni przypadków powinności oraz możliwości działania sądu z urzędu w zakresie czynności dowodowych⁴³, można twierdzić, że zasad-

⁴¹ Trzeba przypomnieć, że poprzedni kształt art. 5 § 2 k.p.k. stanowił podstawę do twierdzenia, że to właśnie ten przepis obliguje organy procesowe do zwiększonego wysiłku. W szczególności zaś nakładał obowiązek uzupełnienia postępowania dowodowego z urzędu, aby ustalić fakty zgodnie z ich rzeczywistym przebiegiem i wyjaśnić nasuwające się w tym zakresie wątpliwości. Zob. rekonstrukcję sposobu rozumienia normatywnej treści art. 5 § 2 k.p.k. w poprzednim brzmieniu, przedstawioną przez J. Skorupkę, (w:) *Kodeks*, s. 27.

⁴² Widać to dobrze przy analizie stanowiska Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego – zawartego w uzasadnieniu projektu, w którym wskazuje się jednoznacznie, że obowiązek wyjaśnienia wątpliwości nie ciąży na sądzie, albowiem ten nie jest zobowiązany do przeprowadzania dowodów z urzędu. Inną kwestią jest to, czy założenia nowelizacji udało się zrealizować przez zaproponowanie określonego kształtu ustawowych rozwiązań.

⁴³ Interesującą perspektywę zakresu działania sądu z urzędu zawiera opracowanie S. Zabłockiego, *Artykuł 167 k.p.k. po nowelizacji*, s. 156 i n.

niczo z uwagi na rozkład ciężaru dowodu i ciężaru dowodzenia, a także konsekwencje wynikające z zasady domniemania niewinności, reguła *in dubio pro reo* odnosi się do wszystkich tych wątpliwości mających znaczenie dla ewentualnego przypisania odpowiedzialności karnej lub określenia jej konsekwencji, których w toku przeprowadzonego postępowania dowodowego nie usunięto⁴⁴. A więc takich, które oparte są na stwierdzeniu braku możliwości poczynienia jednoznacznych ustaleń w oparciu o ogólne zasady i reguły wnioskowań prawnych. Oznacza to, że wykazanie tej przesłanki aktualizuje obowiązek zastosowania reguły *in dubio*. W konsekwencji naruszenie art. 5 § 2 k.p.k. może wiązać się z sytuacją, w której organ orzeczniczy prawidłowo wyeksponuje wątpliwości i zarazem nie rozstrzygnie ich na korzyść oskarżonego, jak i z sytuacją, gdy organ procesowy wątpliwości nie poweźmie i ich w konsekwencji nie ujawni, jednak w realiach konkretnej sprawy istnieć będzie pewien obszar ustaleń, których nie sposób poczynić w sposób pewny i intersubiektywnie sprawdzalny przy wykorzystaniu ogólnych zasad wnioskowań prawnych⁴⁵. Pierwsza z wymienionych sytuacji wykazuje podobieństwo do przypadków, w których stosowana była zasada *in dubio* przed nowelizacją, z tą jednak różnicą, że po zmianach wystarczające jest „obiektywne” istnienie wątpliwości, nie jest natomiast wymagane wykazywanie, iż nie było możliwe ich usunięcie poprzez przeprowadzenie dodatkowych czynności dowodowych, w szczególności z urzędu. Drugi ze wskazanych przypadków opiera się na tym

samym zobiektywizowanym ujęciu wątpliwości, tj. wykazaniu, że na bazie materiału dowodowego sprawy nie istnieją możliwości poczynienia jednoznacznych ustaleń w oparciu o ogólne zasady wnioskowań prawnych, oraz wykazaniu, że organ orzeczniczy błędnie tych wątpliwości nie dostrzegł, a w konsekwencji wadliwie nie zastosował zasady *in dubio*. W obu przypadkach rolę fundamentalną odgrywa właściwa aplikacja ogólnych zasad wnioskowań prawnych, to bowiem brak możliwości poczynienia jednoznacznych ustaleń zgodnie z przyjmowanym paradygmatem swobodnej oceny dowodów przesądza o konieczności wykorzystania reguły *in dubio*⁴⁶. Łatwo zauważyć, że nowe ujęcie zasady *in dubio* jest silnie powiązane z zasadami wnioskowań określonymi w art. 7 k.p.k. i jest limitowane przez właściwie zakreślony obszar aktywności dowodowej z urzędu. Im szerzej wyznaczać się będzie zakres sytuacji, w których sąd może lub wręcz musi przeprowadzać dowody z urzędu, tym wężziej zakreśla się zakres zastosowania zasady *in dubio*. Zależność ta widoczna jest plastycznie w przypadkach, w których organ orzeczniczy, dokonując w oparciu o zasady z art. 7 k.p.k. ustaleń faktycznych na bazie przeprowadzonych przez strony dowodów, dostrzeże istnienie nieusuniętych w dotychczasowym postępowaniu wątpliwości. W takiej sytuacji, jeśli nie skorzysta z możliwości przeprowadzenia dowodów z urzędu po to, by sprawdzić możliwość usunięcia wątpliwości w wyniku tych czynności dowodowych, zobowiązany jest do zastosowania reguły *in dubio*. Jeśli jednak uzna, że w tym przypadku

⁴⁴ Tak też J. Skorupka, podkreślając, że „powołanie się przez sąd na zasadę *in dubio* nie będzie już wymagało «wyczerpania wszystkich możliwości poznawczych». Jeżeli oskarżyciel nie sprostą obowiązkowi, który na nim ciąży, wówczas będzie się aktualizować dyrektywa rozstrzygania wątpliwości na korzyść oskarżonego” – J. Skorupka, (w:) *Kodeks*, s. 28.

⁴⁵ Tak też M. Warchoła, *Istota reguły*, s. 502. Zob. też M. Zbrojewska, *Nowe ujęcie*, (w:) *Wokół gwarancji*, s. 544 i n.; A. Lach, *In dubio pro reo*, (w:) *Wokół gwarancji*, Warszawa 2015, s. 305 i n.

⁴⁶ W powyższym kontekście za wątpliwe uznać należy twierdzenie M. Warchoły, że „dla zasadności tego zarzutu (tj. naruszenia art. 5 § 2 k.p.k.) wystarczy więc zaprezentowanie przez stronę własnych wątpliwości co do stanu dowodów” – *Istota reguły*, s. 502. W rzeczywistości konieczne jest nie tylko wskazanie przez stronę wątpliwości, ale także wykazanie, że na podstawie przeprowadzonych dowodów nie można ich w realiach konkretnej sprawy rozstrzygnąć na podstawie ogólnych zasad wnioskowań prawnych (art. 7 k.p.k.).

spełnione są warunki przewidziane w art. 167 § 1 *in fine* k.p.k., wówczas przeprowadzi *ex officio* dodatkowe dowody i dopiero w zależności od rezultatu tych czynności, tj. usunięcia lub nieusunięcia wątpliwości, których ujawnienie spowodowało aktywność dowodową sądu, dopiero w razie braku możliwości poczynienia jednoznacznych ustaleń na podstawie uzupełnionych dowodów ocenianych przy zastosowaniu ogólnych zasad wnioskowań prawniczych będzie zobowiązany do zastosowania reguły *in dubio*. Przykład ten dobrze ilustruje zagrożenia związane z nadmiernie szeroką interpretacją zakresu możliwości lub ewentualnie powinności przeprowadzania przez sąd dowodów z urzędu. Przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym możliwość przeprowadzenia dowodów z urzędu aktualizuje się w każdym przypadku, gdy ujawnione zostaną nieusunięte w ramach przeprowadzonego postępowania wątpliwości, które sąd powinien usunąć, dążąc do ustalenia tzw. prawdy materialnej, skutkować będzie w praktyce brakiem zmian co do zakresu zastosowania reguły *in dubio*⁴⁷. Zarazem powiązanie reguły *in dubio* z zasadą domniemania niewinności oraz rozkładem ciężaru dowodu i ciężaru dowodzenia w procesie opartym na zasadzie limitowanej

kontradiktoryjności przesądza, że aktywność dowodowa sądu z urzędu w sytuacji wystąpienia nieusuniętych w związku z czynnościami dowodowymi stron wątpliwości co do zasady prowadzić będzie do działania wspierającego oskarżenie. Z punktu widzenia nieusuniętych wątpliwości w perspektywie obrony aktywność sądu w tych wypadkach co do zasady nie jest konieczna, sprawę rozstrzygają bowiem zasada domniemania niewinności oraz reguła *in dubio*⁴⁸. Z tych powodów właściwy balans między zasadami prawdy materialnej oraz regułą *in dubio* to jedna z fundamentalnych kwestii, od rozstrzygnięcia której uzależniona jest realizacja podstawowego celu nowelizacji procedury karnej⁴⁹. Przy czym nie chodzi tutaj o radykalny postulat pozbawienia sądu możliwości dokonywania jakichkolwiek czynności dowodowych z urzędu, lecz o właściwe wyważenie podstawowej funkcji niezaangażowanego w wiedziony przez strony spór arbitra oraz potrzebę pełnego wyjaśnienia sprawy⁵⁰.

Paradoksalnie zmiana treści art. 5 § 2 k.p.k. skutkować będzie powinnością rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść w sytuacji, gdy organ orzeczniczy wątpliwości tych nie dostrzeże i nie ujawni, ocena zaś przeprowadzonych w sprawie przez strony dowodów przy

⁴⁷ Takiej konsekwencji nie ukrywają zresztą zwolennicy tego ujęcia. Jednoznaczne jest w tym zakresie stanowisko T. Grzegorzcyka, wskazującego, że postulat działania sądu z urzędu w celu realizacji zasady prawdy w istocie oznaczać będzie dla reguły *in dubio*, iż jej zastosowanie możliwe stanie się na gruncie znowelizowanych przepisów dopiero wówczas, gdy pojawiają się wątpliwości, których nie dało się usunąć. Nie deprecjonując znaczenia zasady prawdy materialnej, trzeba jednak zauważyć, że w perspektywie zasady *in dubio* powyższy pogląd oznacza całkowite zmarginalizowanie zmiany normatywnej wprowadzonej do art. 5 § 2 k.p.k.

⁴⁸ Choć oczywiście rację ma J. Skorupka, wskazując, że w pewnych wypadkach, „gdy wątpliwości nie usunie oskarżony, zgłoszona przez niego teza upadnie” – J. Skorupka, (w:) *Kodeks*, s. 28.

⁴⁹ Zwraca na to uwagę również J. Skorupka, (w:) *Kodeks*, s. 28.

⁵⁰ Trafnie podkreśla J. Skorupka, że „sąd kierując się zasadą kontradiktoryjności procesu karnego nie powinien przejawiać inicjatywy dowodowej w wypadku bezczynności stron. Dopiero w sytuacji, gdy brak ustalenia określonych faktów groziłby wydaniem rozstrzygnięcia rażąco niesprawiedliwego, sąd może, a nawet powinien z urzędu przeprowadzić dowód. Klauzula «wyjątkowego wypadku» nie powinna być więc rozumiana jako dająca przyzwolenie na przeprowadzanie przez sąd dowodu z urzędu w każdym wypadku, gdy występują wątpliwości, co do zgodności dokonanych ustaleń faktycznych z rzeczywistością” – J. Skorupka, (w:) *Kodeks*, s. 28. W innym opracowaniu starałem się wykazać, jakie znaczenie dla realizacji celów reformy procesu mają przyjmowane przez interpretatorów założenia modelowe tworzące podstawowy kontekst czynności interpretacyjnych. Rekonstrukcja konstytucyjnych cech modelu procesu opartego na zasadzie limitowanej kontradiktoryjności to jedna z podstawowych presupozycji, bez których nie sposób dokonać sensownej wykładni znowelizowanych przepisów, a w konsekwencji osiągnąć zadowalającego stanu praktyki stosowania prawa. Zob. w tej kwestii szerzej P. Kardas, *Instytucjonalne*, (w:) *Wokół gwarancji*, s. 200–223.

zastosowaniu ogólnych zasad wnioskowań prawniczych prowadzić będzie do stwierdzenia, że istnieją w określonym obszarze nieusunięte wątpliwości. Wykazanie powyższego prowadzić powinno do zastosowania reguły *in dubio* w toku postępowania odwoławczego. Powinno, choć nie jest oczywiste, czy w praktyce rzeczywiście tak będzie. Także bowiem tutaj, tj. w odniesieniu do postępowania odwoławczego, pojawia się kwestia zakresu możliwości przeprowadzania przez sąd dowodów z urzędu. Szerokie zakreślenie ram tych czynności oparte na zasadzie prawdy materialnej przy odpowiednio ukierunkowanej skardze apelacyjnej prowadzić może do marginalizacji reguły *in dubio*. Wszak również tu potrzeba ustalenia prawdy materialnej rozumiana być może w ten sposób, że sąd odwoławczy, zanim zastosuje regułę *in dubio*, zobowiązany jest do uprzedniego sprawdzenia w toku przeprowadzanych z urzędu czynności dowodowych, czy nieusunięte na bazie postępowania dowodowego przeprowadzonego przez strony wątpliwości nie dadzą się w oparciu o poszerzone dowody przeprowadzone *ex officio* usunąć.

W świetle powyższych uwag można sformułować tezę, że realizacja zasadniczego celu nowelizacji uzależniona jest od właściwego balansu między zasadą prawdy materialnej i regułą *in dubio* jako dwoma elementami kontekstu normatywnego, w którym interpretowany będzie art. 167 § 1 k.p.k. Założenia przyjmowane w tym zakresie przez projektodawców zostały jednoznacznie i klarownie wyeksponowane w cytowanym powyżej uzasadnieniu projektu nowelizacji. Zdaniem projektodawców sąd nie jest podmiotem, na którym ciąży obowiązek usuwania wątpliwości związanych z podstawami skargi oskarżycielskiej. Zarazem już tylko w kontekście omawianych w tym opracowaniu

trzech przepisów widać, że projekt nowelizacji daleki był od teoretycznej spójności, wątpliwe też, czy został do końca przemyślany. Wprowadzenie wyjątku w art. 167 § 1 *in fine* k.p.k., pozostawienie bez jakiejkolwiek modyfikacji zasady prawdy materialnej, konserwatywne i zakorzenione w inkwizycyjności postępowania dowodowego przed sądem jej rozumienie przez część przedstawicieli doktryny prawa procesowego stwarza poważne zagrożenie związane z taką formułą interpretacji znowelizowanych przepisów, która ostatecznie skutkować będzie zachowaniem wypracowanego na bazie poprzednio obowiązujących przepisów sposobu prowadzenia postępowania dowodowego. To zaś oznaczałoby całkowite fiasko nowelizacji, która w razie spełnienia takiego scenariusza pozostałaby fasadową zmianą szeregu przepisów, dokonaną pod pozbawionym realnego znaczenia hasłem „w kierunku kontradykcyjności”. Ostatecznie zaś proces pozostałby w praktyce procesem o dominacji elementów inkwizycyjności postępowania dowodowego, który nie tylko nie byłby procesem kontradykcyjnym, lecz nie stałby się nawet procesem opartym na zasadzie limitowanej (ograniczonej) kontradykcyjności. Ponieważ o obrazie procesu decydować będą sędziowie wyznaczający zakres postępowania dowodowego z urzędu na podstawie art. 167 § 1 *in fine* k.p.k., przeto mając świadomość zagrożeń dla realizacji celów nowelizacji wynikających z wewnętrznie niespójnych i nie do końca przemyślanych rozwiązań, warto postulować, by rozstrzygali kwestie aktywności dowodowej *ex officio*, kierując się zasadą racjonalności⁵¹, a także tym, że zmiana obrazu polskiego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych i wyrwanie sędziów ze schizofrenicznej sytuacji działania za oskarżyciela, za obrońcę, wreszcie jako sędziowie, uzależniona jest od wstrze-

⁵¹ Zasadnie wskazuje J. Skorupka, że „zadaniem sądu powinno być obiektywne i bezstronne rozpoznanie sprawy, co wyraźnie podkreśla art. 360 § 1 k.p.k. Wymieniony przepis w nowym brzmieniu nie zawiera już ani uprawnienia, ani obowiązku baczności, aby zostały wyjaśnione wszystkie istotne okoliczności sprawy, a w miarę możliwości także okoliczności sprzyjające popełnieniu przestępstwa. Dlatego sąd powinien wykazywać daleko idącą ostrożność w przeprowadzaniu dowodów z urzędu” – J. Skorupka, (w:) *Kodeks*, s. 28.

mięźliwości w sferze decyzji uruchamiających proces dowodzenia z urzędu⁵², przy przyjęciu, że zasada prawdy materialnej, zwłaszcza na

gruncie znowelizowanej procedury, powinna być rozumiana jako kierunkowa dyrektywa optymalizacyjna⁵³.

⁵² Trafnie wskazuje S. Waltoś, że na gruncie „starego modelu procesowego”, który miał zostać zmieniony w wyniku nowelizacji, „równoległy obowiązek procesowy spoczywający na prokuratorze siłą rzeczy jest wypierany przez obowiązek nałożony przez ustawę i orzecznictwo Sądu Najwyższego na sąd. (...) Jak odbierane jest to w społeczeństwie? Źle. Źle dlatego, że uważa się, iż jest na Sali dwóch prokuratorów. Jeden z łańcuchem, drugi z czerwonym żabotem. Posądza się zatem sędziego, że zamienia się w prokuratora, iż występuje przeciwko oskarżonemu, tym samym nie jest bezstronny. Takie zachowanie wywołuje wcale często niechęć, a nieraz i wrogość do sądu” – S. Waltoś, *Kontrydiktoryjna rozprawa główna – sytuacja procesowa stron*, Prok. i Pr. 2015, z. 1–2, s. 194.

⁵³ Co do takiego ujęcia zasady prawdy zob. w szczególności P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej*, (w:) *Kontrydiktoryjność*, s. 174 i n. Por. też J. Skorupka, (w:) *Kodeks*, s. 15.

Summary

Piotr Kardas

THE NEW INTERPRETATION OF THE PRINCIPLE *IN DUBIO PRO REO*

The study is devoted to analyzing the normative character and function of the principle *in dubio pro reo* in the criminal trial based on the limited adversarial system. It includes considerations concerning the contents and scope of application of the *in dubio* principle before the amendment as well as a discussion of the modifications arising from the implemented normative changes. It emphasizes the status of the *in dubio* principle counted among the rule category in the typology adopted in the theory of law. It also contains the analysis of the conditions for the application of this principle in the amended procedure, in which it refers not only to the doubts revealed by the adjudicating authority but also to the ones that have not been noticed but that cannot be removed based on the evidence examined in the trial. Furthermore, it presents the proposal of determining the relationships between the *in dubio* principle and the material truth principle in the context of the burden of proof characteristic of the trial with dominating elements of the adversarial system. It shows the interpretation concept based on the principle of the adversarial system priority placing the parties under an obligation to demonstrate the legitimacy of the presented standpoint. It also emphasizes the need for restraint use by the court of the possibilities to examine evidence *ex officio* provided for in art. 167 § 1 *in fine* of the code of criminal proceedings as one of the conditions aimed at the amendment execution.

KEY WORDS: *in dubio pro reo* principle, adversarial system, material truth principle, burden of proof, onus of proving, evidentiary activity of the court, objective scope of a doubt, objectivisation of the *in dubio* principle, character of the *in dubio pro reo* principle, legal bases, principle of the free assessment of evidence, rules of legal reasoning, presumptions, settlement rule

POJĘCIA KLUCZOWE: reguła *in dubio pro reo*, zasada kontrydiktoryjności, zasada prawdy materialnej, rozkład ciężaru dowodu, rozkład ciężaru dowodzenia, aktywność dowodowa sądu, zakres przedmiotowy wątpliwości, obiektywizacja reguły *in dubio*, charakter reguły *in dubio pro reo*, podstawy zaskarżenia, zasada swobodnej oceny dowodów, reguły wnioskowań prawniczych, domniemania, reguła rozstrzygania

O DYREKTYWIE INTERPRETACYJNEJ *IN DUBIO PRO REO*. UWAGI NA TLE USTAWY NOWELIZUJĄCEJ POSTĘPOWANIE KARNE

I. Zakres zastosowania wyrażonej w art. 5 § 2 k.p.k. reguły *in dubio pro reo*, a to czy znajduje on zastosowanie jedynie do wątpliwości natury faktycznej, czy także natury prawnej, należał do kwestii zasadniczo spornych już na gruncie ustawy karnoprocesowej z 1969 r. (wówczas art. 3 § 2)¹. Wyjaśnić przy tym należy, że choć piśmiennictwo od lat jest tu podzielone, to zwłaszcza współczesne orzecznictwo zdaje się iść w jednym kierunku – iż zapisana tu reguła stanowi podstawę rozstrzygnięcia tych niedających się usunąć wątpliwości, które dotyczą zarówno treści ustaleń faktycznych, jak i wykładni prawa². Wchodząca w życie z dniem 1 lipca 2015 r. nowelizacja procedury karnej spór ten ma jednak zakończyć. Poprzez wskazanie, że na korzyść oskarżonego rozstrzygać się będzie „wątpliwości, których nie usunięto

w postępowaniu dowodowym”³, zakres zastosowania art. 5 § 2 k.p.k. ulec ma zawężeniu jedynie do sfery faktów. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej wyczytać można właśnie, że: „nowym brzmieniem art. 5 § 2 k.p.k. ustawodawca przesądzi także, iż podlegające rozstrzygnięciu na korzyść oskarżonego wątpliwości dotyczyć mogą jedynie kwestii dowodowych, a nie prawnych, co dotąd było rozmaicie ujmowane zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie”⁴.

Tym niemniej już teraz spotkać można glosy, że stosowanie reguły *in dubio pro reo* do zagadnień prawnych będzie w dalszym ciągu aktualne, a to choćby do tych wątpliwości interpretacyjnych, które dotyczą przepisów regulujących postępowanie dowodowe i wyłoniły się na jego kanwie⁵. Z tej perspektywy wątpliwo-

¹ Zob. M. Lipczyńska, *Znaczenie i funkcje zasady in dubio pro reo w procesie karnym*, PiP 1967, z. 10; J. Nelken, *Ciężar dowodowy w procesie karnym*, NP 1969, nr 6, czy P. Kruszyński, *Zakres obowiązywania reguły in dubio pro reo w procesie karnym*, PiP 1979, z. 10. *Notabene*, obecny k.p.k. ujmuje ją od strony pozytywnej, a to wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego. Kodeks z 1969 r. ujmował ją jednak od strony negatywnej – jako zakaz tłumaczenia tychże wątpliwości na niekorzyść oskarżonego. Por. A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN 1994, s. 258. O ile k.p.k. z 1928 r. jej nie wysławiał, już wówczas była ona powszechnie uznawana, a powoływali się na nią zwłaszcza obrońcy. Tak M. Lipczyńska, *Znaczenie i funkcje*, s. 551.

² W tym tonie m.in. orzeczenia SN kolejno z 11 października 2002 r., V KKN 251/01, KZS 2003, z. 12, poz. 8, s. 7; z 10 stycznia 2007 r., V KK 242/06, R-OSNKW 2007, poz. 117, czy z 29 kwietnia 2013 r., IV KK 105/13, SIP Legalis nr 684192. Zob. także orzecznictwo sądów apelacyjnych, m.in. wyrok SA w Warszawie z 9 grudnia 2013 r., II AKA 397/13, Legalis nr 754340; wyrok SA w Gdańsku z 27 listopada 2013 r., II AKA 291/13, Legalis nr 776347 czy wyrok SA w Katowicach z 24 kwietnia 2009 r., II AKA 81/09, LEX nr 519640. Wypowiedzi te odnosiły się przy tym do reguły *in dubio pro reo* jako zarzutu odwoławczego, wskazując, że naruszenie art. 5 § 2 k.p.k. tylko wówczas jest możliwe, gdy orzekający w sprawie sąd rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec niemożności ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego.

³ Zob. art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247).

⁴ Zob. Uzasadnienie Projektu ww. ustawy nowelizującej, s. 16–17 (dostępne na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości pod adresem: http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/projekty_aktow_prawnych/prawo_karne/proj_15042011b_uzasadnienie.doc; data wejścia 9 grudnia 2014 r.).

⁵ Zob. A. Jezusek, *Zastosowanie reguły in dubio pro reo przy rozstrzygnięciu zagadnień prawnych*, PiP 2012, z. 6, s. 63, przypis 4.

ści interpretacyjne nie zostałyby wyjęte spod zakresu zastosowania art. 5 § 2 k.p.k. *in genere*. Mówić by tu raczej należało o ograniczeniu „czasowym” – do wątpliwości powstałych na określonym etapie postępowania, a nie przedmiotowym. Jednocześnie wskazana nowelizacja zdaje się rodzić ciekawy problem wykładniczy. Przyjmując bowiem, że począwszy od 1 lipca 2015 r. reguła *in dubio pro reo* dotyczy już będzie (zgodnie z zamierzeniem projektodawców) jedynie wątpliwości co do faktów, to – w zależności od tego, jaki był jej uprzedni zakres zastosowania – w grę wchodziłby art. 4 § 1 k.k. Mianowicie jeśli art. 5 § 2 k.p.k. w istocie wysławiał materialnoprawną regułę interpretacyjną znajdującą zastosowanie przy niedających się usunąć wątpliwościach co do treści zakodowanej w przepisie normy prawnej (a tak podnoszą zwolennicy objęcia regułą *in dubio pro reo* zagadnień prawnych), to począwszy od 1 lipca 2015 r. pojawiłby się problem „ustawy względniejszej”. W ramach przypomnienia, art. 4 § 1 k.k. wysławia ogólną regułę intertemporalną, w myśl której „jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy”. Jako że zmiana w zakresie reguł walidacyjnych, w tym reguł interpretacji, może doprowadzić do merytorycznej zmiany treści systemu prawa, w szczególności materialnoprawnych warunków orzekania o przestępstwie, uznać ją należy za relewantną z punktu widzenia wskazanego przepisu „zmianę ustawy”⁶. To prowadzi tym

niemniej do zgoła paradoksalnej sytuacji, kiedy to wykładnia poszczególnych znamion typu czynu zabronionego popełnionego przed ową datą winna być (w razie niedających się usunąć wątpliwości) *in dubio*, wykładnia dokonywana zaś w odniesieniu do czynów popełnionych po tej dacie *in dubio* być nie musi.

Niniejszy artykuł stanowić będzie analizę zakresu zastosowania reguły *in dubio pro reo* z perspektywy zakreślonego powyżej problemu.

II. Regułę *in dubio pro reo* – w brzmieniu obowiązującym do 1 lipca 2015 r. – zwykle się definiować jako obowiązek tłumaczenia wszelkich niewyjaśnionych, a zarazem niemożliwych do wyjaśnienia wątpliwości na korzyść oskarżonego. W sytuacji gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy, oceniony w myśl art. 7 k.p.k. i zasady swobodnej oceny dowodów z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego⁷, nie przesądzały w sposób jednoznaczny, która z alternatywnych wersji wydarzeń jest prawidłowa (bardziej prawdopodobna⁸), a jednocześnie wyczerpane by zostały wszystkie dostępne środki dowodowe⁹, to wówczas sąd byłby zobowiązany przyjąć wersję korzystniejszą dla oskarżonego. Nowelizacja art. 5 § 2 k.p.k. o tyle zmienia istotę omawianej reguły, że dostosowuje ją do nowego – bardziej kontrydiktoryjnego – modelu postępowania karnego. Skoro w myśl nowelizowanego art. 167 k.p.k. ciężar postępowania dowodowego spoczywać ma na samych stronach (oskarżycielu broniącym tezy oskarżenia oraz obrońcy tezę tę podważającym), zaś kompe-

⁶ Zob. W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków: Zakamycze 2003, s. 86, gdzie autor odnosi się nawet do zmiany niebędącej następstwem aktu prawotwórczego. Na temat szerokiego zakresu zastosowania art. 4 § 1 k.k. zob. także wyrok SN z 2 lutego 2006 r., V KK 199/05, R-OSNKW 2006, poz. 271, czy wyrok SN z 1 lipca 2004 r., II KO 1/04, R-OSNKW 2004, poz. 1216, gdzie wskazano, że pojęcie „ustawa” oznacza cały stan prawny odnoszący się do badanego czynu, obowiązujący zarówno w chwili popełnienia przestępstwa, jak i w chwili orzekania.

⁷ Zob. choćby postanowienie SN z 4 kwietnia 2013 r., II KK 75/13, SIP Legalis nr 684158.

⁸ Na temat dowodzenia w procesie karnym por. postanowienie SN z 18 grudnia 2008 r., V KK 267/08, SIP LEX nr 485030. Także S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 223.

⁹ Tak wyrok SN z 25 czerwca 1991 r., WR 107/91, OSNKW 1992, nr 1–2, poz. 14, czy z 10 lutego 2011 r., V KK 281/10, OSNKW 2011, nr 2, poz. 20.

tencje sądu w tym zakresie ogranicza się tylko do wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadków¹⁰, to nie sposób odeń wymagać, by wyczerpał wszystkie dostępne środki dowodowe i wszechstronnie wyjaśnił okoliczności faktyczne sprawy¹¹. Po regułę *in dubio pro reo* wówczas będzie mógł sięgnąć, gdy powziętych wątpliwości nie będzie w stanie rozstrzygnąć w oparciu o przedstawiony przez strony materiał dowodowy, nawet – co istotne – gdyby sam dostrzegał jeszcze możliwości dowodowe¹².

Mając w dalszej kolejności na uwadze, że wyrażona w art. 5 § 1 k.p.k. zasada domniemania niewinności stanowi ustawowe założenie niewinności oskarżonego działające do chwili udowodnienia mu winy i stwierdzenia jej prawomocnym wyrokiem sądowym¹³, reguła *in dubio pro reo* – przed nowelizacją, jak i po niej – łączy się z nią w sposób oczywisty¹⁴. Owo domniemanie działa bowiem w ten sposób, że

przy rozstrzygnięciu kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego wyrok skazujący zapaść może tylko w sytuacji jego obalenia, a to wykazania winy w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu dowodowym. W razie nieudowodnienia w sposób pozbawiony wątpliwości faktu popełnienia przez oskarżonego przestępstwa objętego aktem oskarżenia zapaść może jedynie wyrok uniewinniający¹⁵ – na korzyść oskarżonego. Tym samym, jeśli w toku postępowania dowodowego nie wszystkie okoliczności przesądzające o winie zostaną należycie wykazane (udowodnione), to o przełamaniu domniemania niewinności nie będzie można mówić – owe wątpliwości muszą być bowiem rozstrzygnięte na korzyść podsądnego.

Przechodząc do *meritum* niniejszych rozważań – kwestią, która od lat budziła kontrowersje, jest zakres działania reguły *in dubio pro reo*. W szczególności pogląd, że art. 5 § 2 k.p.k. do-

¹⁰ Zob. art. 1 pkt 51 ww. ustawy nowelizującej z dnia 27 września 2013 r. Zgodnie z zamierzeniami projektodawców chodzić ma tu z jednej strony o dowody „obligatoryjne” (bez których nie sposób prawidłowo procedować), jak opinia biegłych psychiatrów w sytuacji powzięcia wątpliwości co do poczytalności oskarżonego czy dowód z karty karnej odnośnie do uprzedniej karalności, z drugiej zaś o możliwość weryfikacji stanu faktycznego w sytuacji, gdyby ten wynikający z przedstawionego przez strony materiału był mało wiarygodny. Tak Uzasadnienie Projektu ww. ustawy nowelizującej, s. 10 i 16.

¹¹ Zob. także art. 1 pkt 118 ww. ustawy nowelizującej z dnia 27 września 2013 r., który zmienia treść art. 366 § 1 k.p.k. w ten sposób, że ogranicza obowiązki przewodniczącego składu orzekającego tylko do formalnego kierownictwa rozprawą, a to do kierowania nią i czuwania nad jej prawidłowym przebiegiem.

¹² W szczególności, zgodnie z nowym art. 427 § 4 k.p.k. (zob. art. 1 pkt 146 ww. ustawy nowelizującej z dnia 27 września 2013 r.), skorzystanie bądź nieskorzystanie przez sąd z inicjatywy dowodowej nie będzie mogło się stać przedmiotem zarzutu. Tym samym, mając wątpliwości co do stanu faktycznego sprawy, sąd będzie mógł wyjątkowo przeprowadzić dany dowód w celu ich rozwiania, ewentualnie będzie mógł „od razu” rozstrzygnąć je na korzyść oskarżonego. Por. w tym kontekście M. Kalemba, *Zasada in dubio pro reo w kontradiktoryjnym procesie karnym*, (w:) *Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa: Wolters Kluwer 2013, s. 575–576, gdzie autorka sugeruje, że sąd winien być uprawniony (i obowiązany) do zwrócenia stronom uwagi na narosłe wątpliwości, a to w celu skierowania postępowania dowodowego „na właściwe tory”. Z propozycją tą o tyle nie sposób się zgodzić, że czynność taka niejednokrotnie mogłaby być poczytana jako sprzeczny z zasadą bezstronności wyraz wsparcia strony oskarżycielskiej – wszak niewyjaśnione tutaj wątpliwości odczytać się winno na korzyść oskarżonego.

¹³ Zob. A. Murzynowski, *Istota i zasady*, s. 247, czy T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa: LexisNexis 2014, s. 132–135. Por. także M. Cieślak, *Dzieła wybrane. Tom I. Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, red. S. Waltoś, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2011, s. 151.

¹⁴ Na marginesie, charakter związku istniejącego pomiędzy obiema tymi zasadami jest sporny w literaturze przedmiotu. Obecne są zarówno poglądy o podrzędnym charakterze reguły *in dubio pro reo* (tak A. Murzynowski, *Istota i zasady*, s. 259; także B. Bieńkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczek, *Wykład prawa karnego procesowego*, red. P. Kruszyński, Białystok 2003, s. 57), o charakterze nadrzędnym (M. Lipczyńska, *Znaczenie i funkcje*, s. 561–562), jak i o ich równorzędnej pozycji (J. Nelken, *Zasada in dubio pro reo w procesie karnym*, NP 1971, nr 3, s. 340 i n., czy T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie*, s. 140–141).

¹⁵ A. Murzynowski, *Istota i zasady*, s. 248. W tym tonie także wyrok SN z 24 lutego 1998 r., V KKN 362/97, Prok. i Pr. 1999, z. 7, poz. 11.

tyczyć miał zarówno wątpliwości co do faktów (rekonstrukcji przebiegu inkryminowanego zdarzenia), jak i wątpliwości co do prawa (interpretacji stosowanych *in concreto* przepisów prawa), zwykle się w pierwszej kolejności uzasadniać z powołaniem na argument *lege non distinguente*. Mianowicie przepis ten (w ślad za art. 3 § 3 k.p.k. z 1969 r.) ujęty został szeroko, w związku z czym brak jest podstaw, aby ograniczać go jedynie do ustaleń faktycznych¹⁶. Zwłaszcza że w praktyce stosowania prawa występować mają takie wątpliwości interpretacyjne, których w rzeczy samej nie sposób usunąć przy użyciu metod wykładniczych¹⁷. Ponadto, skoro przełamanie procesowego domniemania niewinności i przypisanie oskarżonemu przestępstwa wymaga dokładnego ustalenia zarówno faktycznej podstawy skazania, jak i podstawy prawnej, regułą gwarancyjną *in dubio pro reo* winno się odnieść do obu tych kwestii, a to faktów i prawa¹⁸. Konsekwentnie, regule *in dubio pro reo* przypisuje się odrębną funkcję – swoistej metanormy („normy stosowania norm”), stanowiącej regułą wykładni normy i regułą wyboru normy w przypadku kolizji¹⁹. Wskazywać by ona miała, którą interpretację normy prawa materialnego bądź procesowego winno się w danej sprawie zastosować, ewentualnie – w przypadku zbiegu przepisów (tak materialnoprawnych, jak i procesowych) – który przepis stanowi mającą pierwszeństwo

*lex specialis*²⁰. Z tej perspektywy art. 5 § 2 k.p.k. zawierałby (także) normę materialnoprawną, a ściśle – swoistą regułą egzegezy tekstu prawnego „działania na korzyść oskarżonego”.

Odnosząc się do kontrstranowiska – także ograniczenie reguły *in dubio pro reo* do sfery faktów zwykle się argumentować z powołaniem na związek z zasadą domniemania niewinności, którą to samą ograniczono do przedmiotu postępowania dowodowego, nakierowanego właśnie na wykazanie sprawstwa danej osoby (wykazanie realizacji znamion przedmiotowych i podmiotowych)²¹. Jednocześnie, o ile na tle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego rzeczywiście mogą powstać wątpliwości co do rzeczywistego przebiegu zdarzenia, a to z uwagi na brak możliwości ustalenia danych faktów, o tyle w przypadku wykładni prawa odrębna reguła rozstrzygnięcia takich wątpliwości nie jest potrzebna. W tym przypadku działają bowiem liczne zabiegi interpretacyjne, a sytuacja braku odpowiedniego narzędzia do poczynienia stosownych ustaleń nie może w zasadzie wystąpić²². *Notabene*, wśród owych metod wykładniczych zwykle się wyróżniać odpowiedni zakaz tłumaczenia wątpliwości prawnych na niekorzyść oskarżonego, który jednak nie znajdowałby zastosowania – jak reguła z art. 5 § 2 k.p.k. – dopiero w ostateczności²³. Pod tym kątem należy także rozpatrywać zakaz stosowania wykładni roz-

¹⁶ M. Cieślak, *Dzieła wybrane. Tom II. Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, red. S. Waltoś, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2011, s. 288–289.

¹⁷ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie*, s. 141.

¹⁸ Tak A. Jezusek, *Zastosowanie reguły*, s. 70–71.

¹⁹ Tak M. Lipczyńska, *Znaczenie i funkcje*, s. 555. Autorka wyróżnia tu jeszcze dalsze funkcje, a to (2) jako reguły dla ustaleń dokonywanych w toku procesu; (3) jako reguły w zakresie głosowania sędziów; (4) jako reguły prognozy kryminalnej.

²⁰ Tamże, s. 556–557.

²¹ Por. A. Murzynowski, *Istota i zasady*, s. 260–261.

²² Tamże. Zob. również J. Nelken, *Zasada in dubio*, s. 344.

²³ Zob. A. Murzynowski, *Istota i zasady*, s. 260. Zob. w tym kontekście orzeczenie SA w Lublinie z 10 października 2012 r., II AKA 162/12, LEX nr 1237251, gdzie dokonując wykładni opisanego w art. 173 § 1 k.k. znamienia „wielu osób”, przyjęto – z powołaniem właśnie na zasadę *in dubio pro reo* – że chodzi tu o dziesięć osób, a nie sześć, co doprowadziło do zmiany opisu przypisanego oskarżonemu czynu i przypisania mu odpowiedzialności nie za przestępstwo z art. 173 § 2 k.k. w zw. z art. 173 § 4 k.k., a z art. 177 § 2 k.k. Odwołanie do przedmiotowej reguły było tutaj jednym z kilku argumentów przemawiających za takim rozstrzygnięciem interpretacyjnym i bynajmniej nie służyło jako „ostatnia deska ratunku”.

szerzającej i analogii na niekorzyść oskarżonego. Wreszcie sposób, w jaki przepis art. 5 § 2 k.p.k. został sformułowany, przesądzać ma, że ustawodawcy chodziło tylko o wątpliwości wyłaniające się na tle okoliczności konkretnej sprawy. Tymczasem, skoro wątpliwości prawne mają zasadniczo charakter uniwersalny, winno się je rozstrzygać w sposób jednolity *in abstracto* – przy użyciu ogólnych metod i reguł interpretacyjnych²⁴. Z tej zatem perspektywy art. 5 § 2 k.p.k. ma charakter *stricte* procesowy, a o ile dyrektywa interpretacyjna „działania na korzyść” oskarżonego ma rację bytu, to zaliczyć ją trzeba do ogólnych metod wykładniczych i wywodzić raczej z materialnoprawnej zasady *nullum crimen sine lege*²⁵.

III. W świetle powyższego spór dotyczący zakresu zastosowania reguły *in dubio pro reo* da się sprowadzić do pytania, czy źródłem dyrektywy interpretacyjnej „działania na korzyść oskarżonego” jest art. 5 § 2 k.p.k., czy też upatrywać go należy w ogólnych dyrektywach interpretacyjnych. Z perspektywy wchodzącej w życie nowelizacji jest to zaś o tyle znaczące, że albo ta dyrektywa zniknie z systemu prawa (gdy powiążemy ją z prerredagowanym art. 5 § 2 k.p.k.), albo będzie istnieć dalej (gdy ją odeń oderwiemy).

Mając na uwadze z jednej strony istotę przedmiotowej reguły, polegającej na wyborze spośród kilku alternatywnych (sprzecznych ze sobą) wersji tej, która jest *in concreto*

korzystniejsza dla oskarżonego, z drugiej zaś strony założenie, że wykładnia prawa winna być oderwana od realiów konkretnej sprawy, w tym interesów oskarżonego, to nawet jeśli przepis art. 5 § 2 k.p.k. nie zawierał w dotychczasowym brzmieniu *explicite* ograniczenia do wątpliwości natury faktycznej, tak przyjmując mimo wszystko należy, że było ono weń zakodowane. Jako argument *in favorem* godzi się w tym miejscu przywołać wyrok Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2006 r., III KK 181/06, OSP 2007, nr 10, poz. 110. Potwierdzając możliwość stosowania reguły *in dubio pro reo* do zagadnień prawnych, zaznaczono tu bowiem, że w tych przypadkach ujmowana być ona musi w relacji do zagadnienia sprecyzowanego abstrakcyjnie, a stosowana tylko wówczas, gdy *in abstracto* będzie się dało stwierdzić, że dana interpretacja jest dla podsądnego korzystniejsza²⁶. W celu rozstrzygnięcia „niedających się usunąć wątpliwości interpretacyjnych” na korzyść oskarżonego należy się zatem posłużyć (*sic!*) abstrakcyjną wykładnią prawa. Zabieg ten wypacza tymczasem istotę art. 5 § 2 k.p.k. W szczególności, chcąc już odnieść przedmiotową regułę do wątpliwości prawnych, to winna ona działać w sposób analogiczny jak przy okolicznościach faktycznych. Różnica polegałaby tylko na tym, że wybór byłby dokonywany spośród dwóch (kilku) decyzji interpretacyjnych, a mówiąc precyzyjniej – konflikt pomiędzy dwoma (kilkoma) argumentami prawniczymi rozwiązywany byłby *in concreto* za pomocą kolejnego – opartego na

²⁴ Tamże. Zob. również B. Bienkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczyk, *Wykład prawa*, s. 58–59.

²⁵ Tak L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń: Wydawnictwo TNOiK 2002, s. 82, oraz tenże, *Zasady wykładni prawa*, Toruń: Wydawnictwo TNOiK 2006, s. 178.

²⁶ Warto dodać, że tłem dla przytoczonego orzeczenia był podniesiony w kasacji zarzut naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. w związku z zastosowaniem art. 392 § 1 k.p.k. jako podstawy do odczytania wyjaśnień podejrzanych, którzy zmarli w toku postępowania przygotowawczego. Obrońca miał argumentować, że w razie braku pozytywnych uregulowań procesowych pozwalających na takie działanie interpretacja istniejących w związku tym wątpliwości powinna być w konkretnej sprawie tłumaczona – w myśl reguły *in dubio pro reo* – na korzyść skazanych (oskarżonych). W konsekwencji dowodu tego nie należało przeprowadzać. SN uznał to stanowisko za oczywiście nietrafne. Podano, że art. 5 § 2 k.p.k. znaleźć może zastosowanie jedynie do zagadnień prawnych ujętych abstrakcyjnie, a skoro *in abstracto* nie sposób wyeliminować jakiegos dowodu jako korzystnego bądź niekorzystnego dla oskarżonego, to nie sposób oprzeć się tutaj na przedmiotowej regule. Konsekwentnie o naruszeniu art. 5 § 2 k.p.k. nie mogło być mowy. Por. także A. Jezusek, *Zastosowanie reguły*, s. 74–75, gdzie przytacza się przedmiotowe orzeczenie w celu podważenia argumentu o „konkretnym wymiarze” reguły *in dubio pro reo*.

regule *in dubio pro reo*²⁷. Za przykład służyć tu mogą wątpliwości dotyczące interpretacji tzw. znamion wartościujących, jak „szczególne okrucieństwo”. Niepewność, czy dane zachowanie kwalifikuje się jako takie, rodzi się na kanwie konkretnej sprawy, a w myśl art. 5 § 2 k.p.k. przyjąć by należało wersję korzystniejszą dla oskarżonego, a to, że nie mieliśmy w sprawie do czynienia ze „szczególnym okrucieństwem”²⁸. Jest to przy tym sytuacja o tyle specyficzna, że dochodzi tu *de facto* do spłotu wątpliwości co do prawa i co do faktów, nie sposób bowiem jednoznacznie określić, czy w rzeczywistości mamy do czynienia z desygnatem ustawowego pojęcia²⁹. Dopasowywanie tymczasem art. 5 § 2 k.p.k. do wątpliwości natury *stricte* prawnej poprzez wprowadzanie odrębnych, dodatkowych przesłanek, które aktualizować by miały regułę *in dubio pro reo* w tych przypadkach, jest już zabiegiem nieuprawnionym. Konsekwentnie, w grę wchodzi abstrakcyjna wykładnia prawa, a nie rozstrzyganie konkretnych wątpliwości na korzyść oskarżonego.

Problem, jaki się tutaj pojawia, sprowadza się jednak do nowelizacji art. 5 § 2 k.p.k. Mając bowiem na uwadze założenie racjonalnego ustawodawcy, który prawo stanowi w sposób przemyślany i nadaremno go nie zmienia, przyjąć by należało, że wcześniej art. 5 § 2 k.p.k. dotyczył i faktów, i prawa, a dopiero teraz – poprzez ograniczenie jego zasięgu

– dotyczyć będzie tylko faktów. Niewątpliwe jest przeto, że ustawodawca dostarcza w ten sposób mocnego argumentu przemawiającego za włączeniem wątpliwości prawnych w zakres zastosowania dotychczasowej reguły *in dubio pro reo*. Odwołać się tu niemniej trzeba do powyższej konstatacji, że ograniczenie zasięgu art. 5 § 2 k.p.k. do wątpliwości natury faktycznej wynikało z samej istoty tejże regulacji. Mianowicie skoro uadekwatnianie jej do rozstrzygania wątpliwości natury prawnej (podług zaleceń Sądu Najwyższego) o tyle zasięgu tego nie rozszerza, że prowadzi co najwyżej do abstrakcyjnej wykładni prawa, oderwanej w dalszym ciągu od interesów konkretnego oskarżonego, to prerredagowanie reguły *in dubio pro reo* nic w tym zakresie nie zmienia.

Godzi się w tym miejscu skonstatować, że skoro to nie art. 5 § 2 k.p.k. ustanawiał dyrektywę interpretacyjną „działania na korzyść”, to nowelizacja nie usunie jej z porządku prawnego. Jednocześnie zmiana redakcji przedmiotowego przepisu winna zakończyć toczący się od lat spór. W szczególności przytoczone na wstępie stanowisko, jakoby stosowanie reguły *in dubio pro reo* do zagadnień prawnych dalej było aktualne w stosunku do przepisów regulujących postępowanie dowodowe, z tego powodu jest nie do obrony, że skoro przedmiotem dowodu mogą być tylko fakty (*a contrario* do art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k.), sformułowanie „wątpliwości, których nie usunięto w postępowaniu

²⁷ Posługując się przykładem dopuszczalności odczytania wyjaśnień złożonych przez współoskarżonego, który zmarł – jeśli wykładnia prawa nie daje jednoznacznych rezultatów co do podstawy prawnej (dopuszczalności) przeprowadzenia takiego dowodu, a *in concreto* dowód ten może obciążyć oskarżonego, to winno się przyjąć interpretację dlań korzystniejszą – że brak jest podstawy dla przeprowadzenia tego dowodu.

²⁸ P. Kruszyński, *Zakres obowiązywania reguły in dubio pro reo w procesie karnym*, PiP 1979, z. 10, s. 79–80. Odwołując się do problemu interpretacji wieloznacznego aktu woli, autor pośrednio dopuszcza możliwość stosowania reguły *in dubio pro reo* do zagadnień prawnych tego typu. Odmienne D. Zając, który wskazuje, że wykładnia znamion ocennych uwzględnia zazwyczaj aksjologię systemu prawnego i obowiązującą w państwie ideologię, a odwoływanie się w tym kontekście do reguły *in dubio pro reo* z tego powodu jest niezasadne, że rozwiązywać by ona miała spór ideologiczny, a nie *stricte* prawniczy. Tak tenże, *Głosowanie nad winą oskarżonego a zasada in dubio pro reo*, „Palestra” 2014, nr 7–8, s. 67.

²⁹ Zob. P. Kruszyński, *Zakres obowiązywania*, s. 80. *Notabene*, wyrok SN z 24 czerwca 1994 r., WO 68/94, OSNKW 1994, nr 11–12, poz. 73, w którym dopuszczono stosowanie reguły *in dubio pro reo* do wątpliwości co do kwalifikacji prawnej przypisanego skazanemu czynu, niemożliwych do usunięcia wobec ujemnych przesłanek procesu karnego, także zdaje się dotyczyć takiego spłotu wątpliwości – mówiąc o wznowieniu prawomocnie zakończonego postępowania, kwestię uprzedniego skazania zaliczyć należy do stanu faktycznego, gdzie czyn objęty prawomocnym wyrokiem i jego kwalifikacja prawna stanowią jego element.

dowodowym”, może się odnosić tylko do nich. Innymi słowy, postępowanie dowodowe nie jest nakierowane na rozstrzygnięcie wątpliwości prawnych, w związku z czym tych – nawet jeśli miałyby dotyczyć przepisów procesowych je regulujących – nie sposób „objąć” tak przedredagowanym art. 5 § 2 k.p.k. Zaznaczyć tu jednak trzeba, że także nowy przepis winien mieć zastosowanie do wskazanych powyżej znamion wartościujących. W tych bowiem przypadkach problem z subsumpcją nie wynika w zasadzie z samej niejasności językowej przepisu, a właśnie z trudności z jednoznaczną oceną okoliczności faktycznych.

IV. Warto wskazać na koniec, że reguła *in dubio pro reo* długo funkcjonowała jako zasada nieskodyfikowana, wprowadzenie jej zaś do ustawy stworzyć miało możliwość konstruowania na jej podstawie zarzutu odwo-

ławczego. Wobec braku stosownego przepisu prawnego naruszenie przedmiotowej reguły podnoszone mogło być jedynie w sposób pośredni – poprzez zarzut obrazy prawa materialnego bądź procesowego, wynikającej z takiej jego wykładni, która sprzeniewierzała się zasadzie *in dubio pro reo*³⁰. Tym niemniej analiza wyrosłego na gruncie obowiązującej ustawy karnoprosesowej orzecznictwa sądów wyższego szczebla (sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego) prowadzi do wniosku, że w przeważającej części zarzut naruszenia art. 5 § 2 k.p.k. dotyczył i tak ustaleń faktycznych. Spośród zidentyfikowanych 36 orzeczeń³¹ odniesiony on został do wątpliwości natury prawnej tylko w jednym przypadku – w przytoczonym powyżej wyroku Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2006 r., gdzie nadto okazał się nieskuteczny³². Z drugiej jednak strony ogólna dyrektywa interpretacyjna „działania

³⁰ Tak M. Lipczyńska, *Znaczenie i funkcje*, s. 560. Zob. także J. Nelken, *Zasada in dubio*, s. 340–341.

³¹ Postanowienie SN z 14 czerwca 2013 r., II KK 133/13, LEX nr 1321736; postanowienie SN z 14 czerwca 2013 r., II KK 121/13, Legalis nr 680137; postanowienie SN z 29 kwietnia 2013 r., IV KK 105/13, Legalis nr 684192; wyrok SA we Wrocławiu z 20 lutego 2013 r., II AKA 24/13, Legalis nr 999499; wyrok SA w Warszawie z 9 grudnia 2013 r., II AKA 397/13, Legalis nr 754340; wyrok SA w Gdańsku z 27 listopada 2013 r., II AKA 291/13, Legalis nr 776347; wyrok SA w Warszawie z 20 listopada 2013 r., II AKA 374/13, Legalis nr 747211; wyrok SA we Wrocławiu z 19 września 2013 r., II AKA 255/13, Legalis nr 999566; wyrok SA we Wrocławiu z 26 września 2012 r., II AKA 259/12, LEX nr 1238644; postanowienie SN z 3 kwietnia 2012 r., V KK 335/11, LEX nr 1163975; postanowienie SN z 11 lutego 2011 r., IV KK 419/10, Legalis nr 509811; postanowienie SN z 14 grudnia 2010 r., III KK 378/10, LEX nr 736756; postanowienie SN z 22 grudnia 2010 r., II KK 308/10, LEX nr 686681; wyrok SA w Rzeszowie z 15 lipca 2010 r., II AKA 50/10, Legalis nr 385445; wyrok SN z 11 maja 2010 r., WA 9/10, R-OSNKG 2010, poz. 989; postanowienie SN z 28 stycznia 2010 r., V KK 353/09, R-OSNKG 2010, poz. 204; postanowienie SN z 13 stycznia 2010 r., V KK 228/09, R-OSNKG 2010, poz. 39; wyrok SA w Katowicach z 24 kwietnia 2009 r., II AKA 81/09, LEX nr 519640; wyrok SN z 9 października 2008 r., V KK 114/08, R-OSNKG 2008, poz. 1988; postanowienie SN z 4 kwietnia 2008, V KK 24/08, LEX nr 395213; ww. wyrok SN z 22 stycznia 2008 r., V KK 207/07; wyrok SN z 1 marca 2007 r., WA 8/07, R-OSNKG 2007, poz. 559; postanowienie SN z 22 grudnia 2006 r., II KK 85/06, LEX nr 322867; postanowienie SN z 10 stycznia 2007 r., V KK 242/06, R-OSNKG 2007, poz. 117; postanowienie SN z 8 stycznia 2007 r., II KK 176/06, R-OSNKG 2007, poz. 84; postanowienie SN z 20 grudnia 2006 r., IV KK 235/06, R-OSNKG 2006, poz. 2532; wyrok SN z 6 grudnia 2006 r., III KK 181/06, OSP 2007, nr 10, poz. 110; wyrok SA w Katowicach z 9 listopada 2006 r., II AKA 339/06, LEX nr 261544; postanowienie SN z 12 października 2006 r., IV KK 245/06, R-OSNKG 2006, poz. 1960; postanowienie SN z 20 września 2006 r., II KK 327/05, R-OSNKG 2006, poz. 1733; postanowienie SN z 23 lutego 2006 r., III KK 335/05, LEX nr 180797; postanowienie SN z 11 marca 2005 r., V KK 319/04, Legalis nr 71091; postanowienie SN z 9 czerwca 2005 r., V KK 438/04, R-OSNKG 2005, poz. 1132; wyrok SN z 11 października 2002 r., V KKN 251/01, LEX nr 81933; postanowienie SN z 13 maja 2002 r., V KKN 90/01, LEX nr 53913; postanowienie SN z 16 marca 2001 r., V KKN 19/99, Legalis nr 310862.

³² Na marginesie, w ww. orzeczeniu SA w Lublinie z 10 października 2012 r. (zob. przypis nr 28) zarzut podniesiony przez stronę na etapie postępowania kasacyjnego sprowadzał się – po prostu – do obrazy prawa materialnego i błędnej wykładni znamion art. 173 k.k., zaś na regułę *in dubio pro reo* (funkcjonującą niemniej jako dyrektywa interpretacyjna) zwrócił uwagę sam sąd.

na korzyść” także nie przyjęła się w praktyce. W szczególności wobec językowej niejasności przepisu i wynikających stąd wątpliwości co do rzeczywistej treści normy prawnej wybór – w oparciu o dyrektywę wykładni systemowej bądź funkcjonalnej – tego rezultatu, który przewiduje szerszy zakres penalizacji (przy normie materialnoprawnej), ewentualnie pociąga za sobą inne niekorzystne skutki dla oskarżonego (także przy normie procesowej), wcale nie jest zakazany³³. Tym samym decyzja interpretacyjna rodząca dla podsądnego negatywne skutki nie stanowi naruszenia prawa *per se* – musi być po prostu dobrze uargumentowana³⁴. Zauważyć przy tym należy, że sąd rzadko (jeśli nie nigdy) konstatuje, iż nie potrafi odczytać normy prawnej, i wybiera w związku z tym interpretację *pro reo*. Nawet jeśli rodzą się wątpliwości co do rzeczywistej treści przepisu prawnego, tak w świetle rozmaitych dyrektyw interpretacyjnych i technik argumentacyjnych, w tym wnioskowania *per analogiam* w przypadku „luki w prawie”³⁵, czy choćby argumentu *in dubio pro reo*³⁶. Na marginesie, obecny w orzecznictwie sądowym trend, aby regułą *in dubio pro reo* rozstrzygać

także wątpliwości interpretacyjne, jest całkowicie niezrozumiały.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że zakreślony tutaj problem wykładniczy związany z nowelizacją art. 5 § 2 k.p.k. stanowi niewątpliwie dywagację czysto teoretyczne. Rozstrzygnięcie wątpliwości prawnych na korzyść oskarżonego – niezależnie od tego, czy podstawą miałby tu być art. 5 § 2 k.p.k., czy ogólna dyrektywa wykładnicza, zakorzeniona choćby w zasadzie *nullum crimen sine lege* – w praktyce raczej nie funkcjonuje. O ile jednak obecnie ów argument interpretacyjny „na korzyść oskarżonego” nie odgrywa znaczącej roli, o tyle doniosłość idei, na której się on opiera, jest niezaprzeczalna szczególnie w odniesieniu do materialnoprawnych podstaw odpowiedzialności karnej. Wszak w celu dopasowania norm sankcjonujących do zmieniających się stosunków społeczno-gospodarczych konieczne jest posługiwanie się przez ustawodawcę znamionami ocennymi i klauzulami generalnymi, gdzie z góry się zakłada, że doprecyzowaniem ich treści – *ergo* określeniem – zajmie się orzecznictwo i doktryna³⁷. Żeby wywuknąć ową dyrektywę, konieczne zdaje się być jednak wprowadzenie jej *explicite* do ustawy.

³³ Por. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków: Wydawnictwo Znak 2010, s. 113–114. Jako przykład wskazać tu można uchwały SN kolejno z 19 stycznia 2012 r., I KZP 18/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 1, gdzie podano, że tzw. przesłanka grożącej wysokiej kary z art. 258 § 2 k.p.k. stanowi samodzielną przesłankę szczególną stosowania tymczasowego aresztowania, co *in abstracto* jest rozstrzygnięciem wątpliwości interpretacyjnych na niekorzyść podsądnego (*a contrario* rozstrzygnięciem korzystnym – ograniczającym sytuację, w których orzeka się ów środek zapobiegawczy – byłoby uznanie, iż jest to jedynie podstawa subsydiarna wobec § 1 z art. 258 k.p.k.), czy z 18 grudnia 2013 r., I KZP 19/13, OSNKW 2014, nr 1, poz. 1, gdzie wskazano, że przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa „prania brudnych pieniędzy” określonego w art. 299 § 1 k.k. są wymienione w tym przepisie środki majątkowe pochodzące bezpośrednio lub pośrednio z popełnienia czynu zabronionego, co jest rozstrzygnięciem *in detrimentum* – poszerzającym zakres penalizacji (*a contrario* – korzystnym rozstrzygnięciem byłoby przyjęcie, że przepis mówi jedynie o środkach pochodzących pośrednio z czynu zabronionego, czym zawężyła się hipotezę i normy sankcjonującej). Co zaś znamienne, o ile składy orzekające odwoływały się w swej argumentacji do systematyki aktu prawnego i funkcji, którą spełniać ma dana norma, o tyle brak było odniesienia do interesów oskarżonego.

³⁴ Zob. postanowienie SN z 28 lipca 2010 r., II KK 27/09, KZS 2010, z. 12, poz. 16.

³⁵ Na którą trochę niezasadnie powołuje się A. Jezusek, chcąc uzasadnić stosowanie reguły *in dubio pro reo* do wątpliwości natury prawnej (tenże, *Zastosowanie reguły*, s. 74, przypis 46). Problem sprowadza się bowiem do tego, że art. 5 § 2 k.p.k. – nawet jeśli miałby stanowić dyrektywę interpretacyjną – odnosi się do konkretnego stanu faktycznego.

³⁶ Jak we wskazanym wyroku SA w Lublinie z 10 października 2012 r.

³⁷ Zob. zwłaszcza wyrok TK z 12 września 2005 r., SK 13/05, OTK ZU 2005, nr 8/A, poz. 91, pkt 2.3., czy wyrok TK z 20 lutego 2001 r., P 2/00, OTK ZU 2001, nr 2, poz. 32, pkt 2.

Summary

Aleksandra Rychlewska

ON THE INTERPRETATIVE DIRECTION OF *IN DUBIO PRO REO*. REMARKS ON THE BACKGROUND OF THE ACT AMENDING THE CRIMINAL PROCEDURE ACT

It is controversial whether the Article 5 § 2 of the Polish Criminal Procedure Code, that is the *in dubio pro reo* rule, apply to both factual and legal doubts. The latest amendment aims at end this dispute by clarifying, that only facts are relevant. Nevertheless, this can give rise to an interesting problem with a construction of criminal provisions. Assuming that from 1 July 2015 the given rule will apply only to the factual circumstances, the Article 4 Paragraph 1 of the Polish Penal Code and issue of the 'lenient act' may come into question – depending on what was the previous scope of the *in dubio pro reo* rule, in particular, whether the legislature really gave up the substantive interpretative directive of *in dubio*. This article will provide an analysis of the selected problem.

KEY WORDS: *in dubio pro reo* rule, interpretative directive of *in dubio*, amendment to the Polish Criminal Procedure Code

POJĘCIA KLUCZOWE: reguła *in dubio pro reo*, dyrektywa interpretacyjna *in dubio*, nowelizacja procedury karnej

CZY KTOŚ CHCE WPROWADZIĆ BAŁAGAN W AKTA POSTĘPOWANIA PRZYGOTOWAWCZEGO?¹

W dniu 24 czerwca 2015 r. Prokurator Generalny wydał Zarządzenie nr 48/15 w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów oraz innych działów administracji w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury. Zarządzenie to w zasadzie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2016 r., poza kilkoma przepisami, które weszły w życie z dniem 1 lipca 2015 r. Chodzi tu głównie o przepisy dotyczące sposobu prowadzenia akt, przy czym zgodnie z § 215 ust. 2 Zarządzenia sposób prowadzenia akt przewidziany w treści tego Zarządzenia dotyczy spraw wszczętych po 8 kwietnia 2015 r., chyba że kierownik danej prokuratury zarządzeniem odstąpił od stosowania tych przepisów w sprawach, które zostały wszczęte między 8 kwietnia 2015 r. a 30 czerwca 2015 r., pod warunkiem że zostaną zakończone do 31 grudnia 2015 r. (§ 215 ust. 3).

Zmiana w sposobie prowadzenia akt miała być dostosowana do nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r., a dokładnie do nowego art. 334 k.p.k., zgodnie z którym z aktem oskarżenia do sądu nie są przekazywane już całe akta postępowania przygotowawczego, ale wybrane materiały, które prokurator uzna za istotne do uzyskania skazania oskarżonego.

Przypomnijmy na wstępie, jakie obecnie wymogi stawia art. 334 k.p.k. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu od 1 lipca 2015 r. z aktem oskarżenia przekazuje się sądowi jedynie materiały postępowania przygotowawczego związane z kwestią odpowiedzialności osób wskazanych w tym akcie za czyny w nim zarzucane, obejmujące:

1) postanowienia i zarządzenia dotyczące tych osób wydane w toku postępowania,

2) protokoły z czynności wymagane przez ustawę, załączniki do tych protokołów oraz adnotacje o przejrzeniu akt sprawy przez pokrzywdzonych, wobec których prokurator odstąpił od końcowego zapoznania,

3) opinie i dokumenty urzędowe i prywatne uzyskane lub złożone do akt sprawy.

Z żadnego przepisu k.p.k. nie wynika, że dokumenty wymienione w punktach 1–3 art. 334 § 1 k.p.k. mają być zawarte w odrębnych tomach, czy też w odrębnych zbiorach w jednym tomie, np. porozielniane od siebie kolorowymi kartkami. Nie ma więc żadnych przeciwwskazań, by ww. dokumenty były ułożone chronologicznie albo wątkami (w zależności od stopnia skomplikowania sprawy), np. po kolei: postanowienie o powołaniu biegłego (pkt 1), następnie opinia wywołana tym postanowieniem (pkt 3), następnie protokół przesłuchania biegłego dla uzupełnienia tej opinii (pkt 2), o ile tego biegłego prokurator nie chce przesłuchiwać na sali sądowej.

Jedynym zbiorem, który prokurator musi wyodrębnić, jest zbiór protokołów przesłuchania świadków, których wezwania na rozprawę żąda oskarżyciel (art. 334 § 3 k.p.k.). Tak więc te protokoły mają się fizycznie znaleźć w odrębnym tomie i przekładane są do akt sprawy dopiero, gdy dany świadek został przesłuchany, a ponadto konieczne było odczytanie mu przynajmniej częściowo tego protokołu, a więc gdy ten dokument stał się dowodem w sprawie.

Warto pamiętać, że konieczność umieszczenia w odrębnym zbiorze dotyczy tylko protokołów świadków, których prokurator

¹ Stan prawny i faktyczny na 26 lipca 2015 r.

chce bezpośrednio słuchać przed sądem. Oznacza to, że jeśli prokurator chce poprzestać na ujawnieniu zeznań jakichś świadków, to ich protokoły przekazuje sądowi w aktach głównych, zgodnie z art. 334 § 1 pkt 2 k.p.k. Co więcej, jeśli prokurator nie chce przed sądem korzystać z dowodu z zeznań jakiegoś świadka, to w ogóle nie przekazuje protokołu jego zeznań do sądu. Wyjątkiem są zeznania świadka, które – mimo że złożone nie po linii oskarżenia – dotyczą kwestii odpowiedzialności osób oskarżonych za zarzucane im czyny. W takim przypadku prokurator również przekazuje takie protokoły w aktach głównych, na podstawie tego samego przepisu.

Ponadto na żądanie strony (tak oskarżonego, jak i pokrzywdzonego), zgłoszone po końcowym zapoznaniu się z aktami, oskarżyciel publiczny dołącza do aktu oskarżenia również inne, wskazane w tym żądaniu, materiały postępowania przygotowawczego (art. 334 § 2 k.p.k.). Z treści tego przepisu wynika, że materiały te dołącza się do aktu oskarżenia, a nie do akt sprawy, a więc powinny być chyba przekazane w odrębnym zbiorze. Analogicznie art. 334 § 4 k.p.k. wymaga, by do aktu oskarżenia dołączyć informację z systemu teleinformatycznego ministra właściwego do spraw finansów publicznych, dotyczącą stosunków majątkowych i źródeł dochodu oskarżonego, w tym prowadzonych i zakończonych postępowań podatkowych, na podstawie aktualnych danych znajdujących się w tym systemie, uzyskaną nie wcześniej niż 30 dni przed wniesieniem aktu oskarżenia. Także ta informacja nie powinna zostać włączona do akt, ale stanowić załącznik do aktu oskarżenia.

Należy teraz porównać, jak zinterpretował brzmienie przepisu art. 334 k.p.k. Prokurator Generalny i jak nakazuje on prowadzić akta w sprawach wszczętych po 8 kwietnia 2015 r. (co skutkuje oczywiście obowiązkiem przełożenia uzyskanych już w tych sprawach materiałów, które do 1 lipca 2015 r. układane były chronologicznie albo wątkowo, zgodnie z § 42 Zarządzenia Prokuratora Generalnego z dnia 31 marca 2010 r.), a przynajmniej – jeśli interweniował w tej kwestii przełożony danej prokuratury – w sprawach prowadzonych od 1 lipca 2015 r.

Kwestię tę reguluje bardzo szczegółowo § 103 Zarządzenia nr 48/15. Zgodnie z ust. 1 tego paragrafu akta postępowania karnego, po wydaniu postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, prowadzi się w zbiorach i załącznikach wynikających z art. 148 § 2a–c w zw. z art. 156a k.p.k.² oraz z art. 333 k.p.k.³ i art. 334 k.p.k.

Z brzmienia tego przepisu wyraźnie widać, że nie dotyczy on postępowań, które zakończą się odmową wszczęcia. Wydaje się, że w takim przypadku akta mogą być układane chronologicznie, choć w Zarządzeniu brak jakiegokolwiek odniesienia do tej kwestii.

Ponadto ww. przepis wyraźnie mówi, że akta prowadzi się w zbiorach i załącznikach od momentu wszczęcia, a więc od samego początku postępowania, gdy w większości spraw w ogóle nie wiadomo, czy sprawa skończy się przed sądem, a wręcz przeciwnie – mając na uwadze, że aktami oskarżenia kończy się jedynie od 10 do 35% spraw zarejestrowanych w prokuraturze – prowadzenie spraw w zbiorach ma dotyczyć także postępowań, które

² Chodzi o konieczność umieszczania danych adresowych świadków w odrębnym zbiorze, który nie podlega w zasadzie ujawnieniu stronom, ale ujawniany jest sądowi, tzw. załącznik adresowy.

³ Nie bardzo wiadomo, jakie zasady prowadzenia akt miałyby według Prokuratora Generalnego wynikać z tego przepisu, który dotyczy sposobu budowy aktu oskarżenia. Jedyne § 3 tego artykułu mówi o konieczności dołączenia do aktu oskarżenia listy ujawnionych osób pokrzywdzonych z podaniem ich adresów, a także adresów osób, których wezwania na rozprawę żąda prokurator. Konieczność dołączenia do aktu oskarżenia takiego załącznika nie ma jednak żadnego wpływu na sposób prowadzenia akt postępowania przygotowawczego. W formie dygresji można jedynie wskazać, że brak zmiany brzmienia art. 333 § 3 k.p.k. powoduje, że w załączniku tym nie będzie podanego adresu oskarżonego, jeśli prokurator nie będzie żądał jego wezwania na rozprawę, co będzie standardem w przypadku oskarżonych nieprzyznających się do winy.

zakończą się umorzeniem. W Kodeksie postępowania karnego brak jakichkolwiek podstaw do dzielenia takich akt na zbiory, z wyjątkiem wyodrębnienia załącznika adresowego, o ile w sprawie byli słuchani świadkowie, których dane podlegają anonimizacji. Zasadność prowadzenia takich akt w zbiorach wydaje się więc całkowicie wątpliwa. Tym samym wątpliwa jest konieczność dzielenia akt na zbiory już od momentu wszczęcia postępowania.

Taką wątpliwość zauważa sam Prokurator Generalny, który w ust. 8 i 9 tego samego § 103 Zarządzenia dopuszcza, by akta nie były dzielone na zbiory, jeśli zamiast aktu oskarżenia ma być skierowany wniosek o skazanie w trybie art. 335 § 1 k.p.k. albo gdy prokurator w innych sytuacjach podejmie decyzję o skierowaniu do sądu całości materiałów postępowania przygotowawczego⁴. Z reguły jednak wiedzę, czy będzie kierowany do sądu wniosek w trybie art. 335 § 1 k.p.k. albo czy będą mu przekazywane wszystkie materiały, prokurator nabywa w końcowej fazie postępowania, przynajmniej po przedstawieniu zarzutów, jeśli nie po końcowym zapoznaniu się stron z aktami. Oczywiście przy złapanym na gorącym uczynku złodzieju, pijanym kierowcy czy posiadaczowi narkotyków, gdy zarzuty stawiane są natychmiast po zdarzeniu, taką wiedzą prokurator dysponuje od początku postępowania. Jednak zakładanie, że tylko takimi sprawami prokuratura w Polsce się zajmuje albo że tylko takie sprawy kieruje do sądu, jest po prostu nieżyliwowe, żeby nie powiedzieć uwłaczające dla tego organu. W sprawie gospodarczej, w sprawie o błąd medyczny, a także w dużej liczbie innych postępowań zarzuty są stawiane na ostatnim etapie postępowania, często po wielomiesięcznym postępowaniu, i dopiero wtedy prokurator się dowie, czy podejrzany się przyzna i będzie się chciał poddać karze. Po-

zostaje więc pytanie, na które trudno znaleźć odpowiedź wobec sprzecznych sformułowań ust. 1 i 8–9 § 103 Zarządzenia, czy prowadzenie akt w zbiorach naprawdę ma obowiązywać od momentu wszczęcia postępowania, czy też akta powinny być w rzeczywistości dzielone dopiero w fazie tworzenia aktu oskarżenia, co tak naprawdę jedynie miałyby sens.

Przyjmijmy jednak wykładnię literalną i odpowiedzmy na powyższe pytanie pozytywnie, uznając, że ust. 8 i 9 § 103 dotyczą tylko właśnie tych spraw prostych, w których wiadomo od początku, że sprawa się skończy w sądzie z wnioskiem o skazanie albo z całością materiałów. Jeśli wszystkie (w tym bardzo skomplikowane i wielotomowe) sprawy mają być prowadzone w zbiorach, to warto spojrzeć, o jakich zbiorach tak naprawdę mówimy, czyli jak będą zbudowane akta, z którymi będzie się zapoznawała strona, obrońcy i pełnomocnicy, a także sąd (czy przy czynnościach w toku postępowania przygotowawczego, czy po skierowaniu aktu oskarżenia lub innego wniosku o zakończenie sprawy przed sądem).

Poświęcony jest temu ust. 2 § 103 Zarządzenia, który zakłada podział akt na osiem zbiorów oznaczanych literami, przy czym każdy zbiór może się składać z wielu tomów, w zależności od ilości materiałów (w tomie bowiem tradycyjnie ma być po 200 kart). Kolejne zbiory to:

- A. postanowienia i zarządzenia dotyczące oskarżonych (podejrzanych),
- B. inne postanowienia i zarządzenia,
- C. protokoły przesłuchań świadków,
- D. załącznik adresowy,
- E. protokoły przesłuchań podejrzanych z postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ich dane osobowe i dane o karalności,
- F. protokoły przesłuchania biegłych i specjalistów, sporządzone przez nich opinie i dokumenty,

⁴ Co prawda nie bardzo wiadomo, kiedy i na jakiej podstawie prawnej prokurator mógłby taką decyzję podjąć. Nawet bowiem jeśli zażyczy sobie tego strona, to w zasadzie literalnie czytając art. 334 k.p.k., prokurator powinien do sądu przekazać akta złożone z materiałów, o których poinformował stronę podczas zapoznania końcowego, że chce je przekazać do sądu, pozostałe zaś, nawet wszystkie, materiały – jeśli jest taki wniosek strony – przekazać jako załącznik do aktu oskarżenia.

G. opinie i dokumenty urzędowe i prywatne,

H. protokoły z innych czynności i pozostałe materiały mogące podlegać ujawnieniu w postępowaniu sądowym.

Załączniki C i D mają być prowadzone odrębnie, jeśli dane świadków i pokrzywdzonych podlegają anonimizacji (§ 103 ust. 6), co oznacza, że pozostałe zbiory mogą być prowadzone w jednym tomie, np. rozdzielone kolorowymi kartkami, przy czym każdy zbiór numeruje się odrębnie (§ 123 ust. 1), co oznacza, że w każdym zbiorze musi być karta przeglądowa. Przy takim prowadzeniu akt każdorazowe włożenie czegoś np. do zbioru A będzie wymagało fizycznego wyjęcia pozostałych zbiorów i włożenia ich na powrót.

Powyższa lista już na pierwszy rzut oka wygląda nieczytelnie. Gdzie indziej są postanowienia, zupełnie gdzie indziej czynności zlecone tymi postanowieniami. Co więcej, dla niektórych dokumentów na pierwszy rzut oka nie ma miejsca. Niestety ta nieczytelność w praktyce tylko się pogłębia.

Wyobraźmy sobie przykładowo uporządkowanie według powyższego podziału jakichś prostych akt, choćby dotyczących pijanego kierowcy. Akta wcale nie zaczną się pierwszą czynnością, np. protokołem zatrzymania osoby i badania jej alkomatem, te dokumenty bowiem powinny się znaleźć dopiero w zbiorze H. Co więc będzie w zbiorze A? W takiej sprawie chyba tylko postanowienie o zatrzymaniu prawa jazdy i ewentualnie postanowienie o powołaniu biegłych psychiatrów czy zarządzenie o powołaniu specjalisty ds. uzależnień, bo dotyczą one podejrzanego. Ale czy do tego zbioru włożymy też kserokopię zatrzymanego prawa jazdy i pismo potwierdzające jego przesłanie do właściwego starostwa? Chyba nie, chyba te dokumenty powinny być w zbiorze G? A gdzie umieścić zwrotki od tych postanowień? Zgodnie z § 118 Zarządzenia postanowienia i zarządzenia podlegające doręczeniu pokrzywdzonemu i świadkom umieszcza się w kopii w zbiorze D. Za tą kopią umieszcza się kartę w kolorze innym niż biały (w opinii

Prokuratury Generalnej powinna być ona czerwona) i do niej przypina zwrotki. Na oryginale postanowienia czyni się jedynie adnotacje o terminie doręczenia. Ale w naszym przykładzie postanowienia nie podlegają doręczeniu świadkom i pokrzywdzonym (bo ich nie ma), ale podejrzanemu, którego dane nie podlegają anonimizacji, brak więc podstawy, by zwrotki wkładać do zbioru D. Powinny znaleźć się więc w zbiorze A za danym postanowieniem, czy może w zbiorze G jako inne dokumenty? A może powinny zostać w ogóle umieszczone jedynie w aktach podręcznych prokuratora?

Przejdźmy do zbioru B. Wydaje się, że w naszym przykładzie powinny się tam znaleźć jedynie postanowienia o wszczęciu postępowania i jego przedłużaniu oraz ewentualnie o jego zamknięciu. Z kolei zbiór C najczęściej nie będzie prowadzony odrębnie, bo jedynym świadkiem w takich sprawach jest z reguły policjant, który wskazuje adres do doręczeń we właściwej jednostce, co według Kodeksu postępowania karnego z zasady nie podlega anonimizacji. W takiej sprawie nie będzie też zbioru D, bo nie będzie czego anonimizować. Przy zbiorze C warto postawić sobie jeszcze jedno pytanie. Czy powinny się tam znaleźć pouczenia dla świadków? Na etapie postępowania przygotowawczego jest to zagadnienie mało istotne, jednak jeśli sprawa zostanie skierowana do sądu i prokurator zawnioskuje o przesłuchanie świadka, to zbiór C będzie zbiorem odrębnym i powinien zawierać tylko protokoły, które po wykonaniu czynności mogą, ale nie muszą (jeśli nie będą na rozprawie odczytywane), być dołączane do akt sprawy. Wydaje się natomiast, że pouczenia świadka (pokrzywdzonego) zawsze powinny znaleźć się w aktach sprawy. Znowu nasuwa się tutaj w zasadzie tylko zbiór G.

Postanowienie o przedstawieniu zarzutów, protokół przesłuchania podejrzanego, jego karta karna i (chyba) pouczenie podejrzanego znajdą się w zbiorze E. Pouczenie dla zatrzymanego chyba jednak powinno się znaleźć w zbiorze G, gdyż osoba otrzymała je jeszcze przed uzyskaniem statusu podejrzanego.

Z kolei uzasadnienie zarzutów chyba jednak powinno być umieszczone w zbiorze E, choć wbrew pozorom nie jest to takie oczywiste.

Jeśli nie będzie badań psychiatrycznych, to w naszym przykładzie zbiór F będzie pusty. Jeśli jednak takie badania by były, to opinia znalazłaby się w tym zbiorze, ale dokumentacja medyczna, na podstawie której została wydana, już w zbiorze G⁵. Wątpliwości budzi ankieta specjalisty ds. uzależnień – czy jest ona traktowana jako opinia (zbiór F), czy jako dokument urzędowy (zbiór G).

Zbiór G będzie zawierał w zasadzie wszystko, co nie pasuje gdzie indziej. Poza wymienionymi powyżej dokumentami narzuca się również umieszczenie tu notatek urzędowych, dowodów rzeczowych przechowywanych w aktach i ich wykazów, wezwań i zawiadomień, a także – co przy pijanym kierowcy bardzo istotne – świadectw wzorcowania urzędzenia do badania poziomu alkoholu. Problem się zaczyna, gdy badań było kilka. W zbiorze G umieszczonych zostanie kilka świadectw, podczas gdy protokoły z tych czynności znajdują się w zbiorze H. Osobiście nie mam pomysłu, jak przy takim układzie akt rozróżnić, które świadectwo odnosiło się do którego z urządzeń zastosowanego podczas poszczególnych pomiarów odnotowanych w różnych protokołach. W zbiorze H, oprócz protokołu pomiaru alkometrem, w naszym przykładzie znajdziemy również protokół zatrzymania i ewentualnie protokół końcowego zapoznania, o ile miało miejsce.

Konia z rzędem temu, kto się rozezna w tak prowadzonych aktach, w szczególności w sprawach (dużo) bardziej skomplikowanych, wielowątkowych, wieloosobowych, trwających latami, zwłaszcza zapoznając się z nimi w krótkim czasie tuż przed posiedzeniem aresztowym. Najpoważniejszy problem

będzie miał sąd orzekający w sprawie ze skargi na beczynność, bo ustalenie w tak niechronologicznie ułożonych aktach, czy owa beczynność miała miejsce, będzie chyba po prostu od sądu wymagało wyjęcia tych akt i ułożenia ich chronologicznie.

Jak wskazałam na wstępie, takie układanie akt miało służyć sądowi i ułatwiać przygotowanie akt zgodnie z art. 334 k.p.k. Pomijając nawet fakt, że owe osiem zbiorów treściowo nie odpowiada poszczególnym punktom i paragrafom art. 334 k.p.k., to trzeba przede wszystkim mieć świadomość, że i tak przed skierowaniem sprawy do sądu trzeba będzie przynajmniej z części tych zbiorów powymagować materiały. O ile zbiory A, B i E pozostaną bez zmian, o tyle wszystkie pozostałe takim zmianom mogą podlegać.

Przykładowo z odrębnego zbioru C usunięte zostaną protokoły zeznań świadków, których prokurator nie chce wnioskować⁶, a także tych, których zeznania chce jedynie odczytać. W tym ostatnim wypadku (oraz dla świadków tzw. alibistów) należy chyba zrobić nowy zbiór C, fizycznie łączny z pozostałymi, gdyż te protokoły jednak gdzieś do sądu przekazać trzeba, a opis zbioru C w Zarządzeniu nie świadczy o tym, że odpowiada on zbiorowi z art. 334 § 3 k.p.k., ale raczej sugeruje, iż zawiera wszystkie protokoły zeznań świadków, niezależnie od tego, czy i jak będą ujawniane przed sądem. Tak więc może się okazać, że do sądu zostaną przekazane dwa zbiory C: odrębny z protokołami przesłuchań świadków, których prokurator chce ponownie przesłuchać na rozprawie, i znajdujący się między zbiorami B i E (oddzielony kolorowymi kartkami) z pozostałymi protokołami przesłuchań świadków, które prokurator chce lub powinien do sądu przekazać.

Z kolei ze zbioru G mogą zniknąć różne no-

⁵ Choć jeśli literalnie czytać § 103 ust. 2 pkt 6, to w tym zbiorze powinny znaleźć się jedynie opinie sporządzone przez biegłych, którzy byli przesłuchiwanymi. W braku przesłuchań biegłego wszystkie opinie powinny się wtedy znaleźć w zbiorze G, który mówi o „opiniach i dokumentach”.

⁶ Analogicznie ze zbioru D należy usunąć wszystkie dane świadków, których protokołów nie umieszczamy w aktach dla sądu.

tatki urzędowe, które i tak nie mogą stanowić dowodu, chyba poza notatkami z rozpytania świadków, którzy nie byli przesłuchiwani na etapie postępowania przygotowawczego, a których prokurator chce przesłuchać na rozprawie. Analogiczne usunięcia mogą mieć miejsce w zbiorze H, odnośnie do protokołów z czynności, których prokurator nie zgłasza jako dowód w akcie oskarżenia.

Tak więc przed skierowaniem aktu oskarżenia i tak całe akta muszą z definicji ulec przemeblowaniu, co ponownie stawia pod znakiem zapytania takie prowadzenie akt od momentu wszczęcia postępowania. Zgodnie z § 119 Zarządzenia, jeśli do sądu nie są przekazywane wszystkie materiały postępowania przygotowawczego, to tworzy się nowe akta, tzw. akta sprawy, czyli w nowe okładki wkłada się materiały, które prokurator w poszczególnych zbiorach chce przekazać do sądu. Na początku każdego zbioru należy włożyć starą kartę przeglądową (§ 123 ust. 3) i chyba nową kartę przeglądową, w której wskazuje się kolejność faktycznie przekazanych materiałów, przy czym kart nie przenumerowuje się (§ 123 ust. 2), co rodzi wątpliwość, jak wypełnić nową kartę przeglądową. Ponadto, jak wynika ze wzoru takiej karty przeglądowej sporządzonego przez Prokuratora Generalnego (który to wzór nie został uregulowany w przedmiotowym Zarządzeniu), na karcie będzie się odznaczać, które materiały chciał przekazać prokurator, a które strona. Należy to chyba rozumieć w ten sposób, że według Prokuratora Generalnego materiały, których przekazania żądała strona, będą umieszczane w aktach sprawy – materiałach postępowania przygotowawczego przekazywanych do sądu (art. 334 § 1 k.p.k.), a nie odrębnie jako załącznik do aktu oskarżenia, co wynika wprost z art. 334 § 2 k.p.k. Takie rozwiązanie należy jednak uznać za sprzeczne z ustawą.

Pozostałe materiały, których prokurator nie przekazuje do sądu, pozostają w starych okładkach z kopią pełnego przeglądu akt i mają być nazywane aktami głównymi postępowania przygotowawczego (§ 119), w odróżnieniu od

akt podręcznych i akt wewnętrznych, które z kolei mają zawierać m.in. kopie protokołów przesłuchań, z których prokurator będzie korzystał, odczytując przed sądem zeznania lub wyjaśnienia (§ 107 i § 111). Z aktami głównymi postępowania przygotowawczego strony będą się mogły zaznajamiać nawet po skierowaniu aktu oskarżenia, w przeciwieństwie do akt wewnętrznych, do których strony wglądu nie będą miały.

Patrząc na to skomplikowanie i nieczytelność akt, zastanowić się należy, czy powyższymi uregulowaniami Prokurator Generalny nie wykroczył poza swoje uprawnienia prawodawcze, a wręcz czy nie wszedł w sferę zagwarantowaną dla ustawy. Wydaje się, że jednak takie przekroczenie uprawnień miało miejsce, i to na wielu poziomach.

Zarządzenie nr 48/15 wydane zostało na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy o prokuraturze, zgodnie z którym Prokurator Generalny określa, w drodze zarządzenia, organizację i zakres działania sekretariatów oraz innych działów administracji w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury, biorąc pod uwagę specyfikę zadań jednostek różnego stopnia i konieczność zapewnienia racjonalności funkcjonowania prokuratury. Prowadzenie akt z pewnością nie leży w kompetencji sekretariatów, ale w kompetencji prokuratora prowadzącego postępowanie. Poprzednie Zarządzenie z 31 marca 2010 r. dotyczyło jedynie sposobu opisywania okładek, sygnatur i innych oznaczeń, liczby kart i sposobu ich numerowania, czy potwierdzania za zgodność kopii, a także podziału na akta główne i podręczne oraz zawartości akt głównych, a więc *stricte* pracy sekretariatu. Sposobowi prowadzenia akt poświęcony był jeden przepis: § 42, zgodnie z którym akta prowadziło się w porządku chronologicznym lub innym, a decyzję o tym podejmował prokurator. Narzucenie prokuratorowi sposobu prowadzenia akt w ośmiu zbiorach ze wskazaniem ich zawartości z pewnością nie odnosi się do pracy sekretariatu, a więc przekracza delegację ustawową z art. 18 ust. 2 ustawy o prokuraturze,

a wręcz ingeruje w niezależność prokuratora, który jako prowadzący lub nadzorujący postępowanie ma pełne prawo tak ułożyć akta, aby były one dla niego i dla stron przejrzyste.

Jeśli Prokurator Generalny chciał już tę kwestię uregulować, to nie powinien tego czynić w przedmiotowym Zarządzeniu, ale ewentualnie w rozporządzeniu Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Analogiczne zastrzeżenie należy zgłosić do § 108 Zarządzenia, które nakazuje prokuratorowi przed czynnością końcowego zapoznania wydać zarządzenie określające, jakie materiały chce przekazać do sądu (ust. 1), a także po zapoznaniu z zarządzeniem dołączyć do nich materiały żądane przez strony (ust. 2). Pomijając już bezzasadność ostatniego zarządzenia, gdyż prokurator nie może do sądu żądanych materiałów nie przekazać, ani – co wspomniano powyżej – nie powinny one być dołączane do akt, ale stanowić załącznik do aktu oskarżenia, należy stwierdzić, że miejsce do regulacji tych kwestii jest w Regulaminie, a nie w Zarządzeniu o biurowości.

Kolejna kwestia, która budzi wątpliwości, to zakres obowiązywania zarządzenia. Prokurator Generalny zdaje się zapomnieć, że zarządzenie jest aktem wewnętrznym i obowiązuje tylko podległe mu jednostki organizacyjne, a więc prokuratury niższego szczebla. Postępowania przygotowawcze prowadzone są natomiast także (a obecnie głównie) przez inne podmioty – policję, izby skarbowe, izby celne, straż graniczną i in. Te organy nie są związane przedmiotowym zarządzeniem⁷. Oznacza

to, że prowadzonych przez siebie spraw nie muszą dzielić na zbiory zgodnie z § 103 Zarządzenia, w szczególności w sprawach, które nie podlegają nadzorowi prokuratora.

Należałoby chyba tak to interpretować, przynajmniej w sprawach, w których jest kierowany akt oskarżenia, że prokurator sam przekłada te akta zgodnie z § 103 ust. 2 Zarządzenia przed zatwierdzeniem aktu oskarżenia sporządzonego przez inny organ, co jednak w efekcie końcowym będzie powodowało konieczność zmiany wskazanych w akcie oskarżenia miejsc umieszczenia poszczególnych dowodów – bo nawet jeśli nie zmieni się numeracji, to wypadłoby sądowni wskazać, że przykładowo k. 1 jest w zbiorze G, a k. 15 w zbiorze H. W takiej sytuacji już naprawdę łatwiej i szybciej samemu napisać akt oskarżenia⁸.

Jak wskazano, Prokurator Generalny zdaje się tej kwestii w ogóle nie dostrzegać. Świadczy o tym choćby ust. 7 § 103, zgodnie z którym ocenę prawidłowości prowadzenia przez inne organy akt postępowania przygotowawczego, a także czynności związanych z klasyfikowaniem dokumentów do poszczególnych zbiorów i załączników, dokonuje sekretariat na podstawie i w zakresie określonym decyzją prokuratora. Trudno zrozumieć, o co w tym przepisie dokładnie chodzi. Czy według Prokuratora Generalnego sekretariat może pouczać policję, jak ma ułożyć akta, jeśli prokurator tak zarządzi?⁹ Czy też oznacza to po prostu, że jeśli akta nie są ułożone zgodnie z § 103 ust. 2, to prokurator wydaje zarządzenie sekretariatowi, jak ma je poprzerkładać?¹⁰ Czy też ma to oznaczać, że w każdej sprawie prokurator ma wydawać za-

⁷ *Nota bene* podobno Komendant Główny Policji przygotowuje analogiczne zarządzenie o prowadzeniu akt, dzieląc je na osiem zbiorów.

⁸ Na marginesie wskazać wypada, że prokuratury nie otrzymały w związku z nowelizacją k.p.k. żadnych środków finansowych (w tym na zwiększoną ilość okładek, papieru, tonerów czy kolorowe karty itp.) ani personelu, co będzie powodować, że układanie i przekładanie akt w różne zbiory będzie wykonywane przez obecnie zatrudnioną, i tak już poważnie przeciążoną, kadrę urzędniczą, albo wręcz przez prokuratorów samodzielnie, co na pewno nie jest przykładem prawidłowego zarządzania zasobami wysoko wykwalifikowanej kadry.

⁹ Oczywiście jest, że sekretariatowi brak takich kompetencji. Co więcej, w postępowaniach nienadzorowanych przez prokuratora nawet on nie ma takich uprawnień.

¹⁰ Zresztą tak naprawdę to przy każdym dokumencie, także w sprawach przez siebie prowadzonych, prokurator powinien sekretariatowi wydawać zarządzenie, wskazując, w którym zbiorze je umieścić, bo przy zaprezentowanej

rządzenie dla organu prowadzącego, jak ma ułożyć akta? Ta ostatnia interpretacja jest zresztą jako jedyna zgodna z obowiązującymi przepisami. O ile bowiem Zarządzenie Prokuratora jako takie innych organów prowadzących postępowanie przygotowawcze nie obowiązuje, o tyle zarządzenie prokuratora prowadzącego albo nadzorującego dane postępowanie wydane na podstawie art. 326 § 3 pkt 4 k.p.k. jest dla tych organów w pełni wiążące (oczywiście z wyłączeniem spraw, które nadzorowi nie podlegają).

Pozostaje jeszcze kwestia najważniejsza – uprawnienia stron. Nie ulega wątpliwości, że akta powinny być prowadzone w taki sposób, że każda osoba, która się z nimi zapozna, będzie mogła je zrozumieć, i to bez pomocy profesjonalisty, a więc sama będzie w stanie ustalić przebieg odtwarzanego zdarzenia, poprawność działań wykrywczych, ale też poprawność doręczeń czy terminowość podejmowanych czynności. Efektywne zapoznanie z aktami jest elementem skutecznego dostępu do sądu, prawa człowieka wynikającego z wielu aktów międzynarodowych, żeby wspomnieć tylko dyrektywę z 25 października 2012 r. ustanawiającą normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw i z 2 czerwca 2014 r. o prawie do informacji w postępowaniach karnych. Zaproponowany przez Prokuratora Generalnego sposób prowadzenia akt z pewnością nie spełnia wymaganych przez Unię Europejską standardów minimalnych, które zasadą czynią zrozumienie przez strony prowadzonych wobec nich działań w ramach postępowania karnego, a więc także zrozumienie akt. Przede wszystkim jednak niedopuszczalne jest, by przedmiotowa kwestia – ściśle powiązana z prawami człowieka – była regulowana na poziomie zarządzenia, a nie ustawy.

Mając na uwadze powyższe zastrzeżenia, należałoby poważnie rozważyć zasadność zaskarżenia do Trybunału Konstytucyjnego przedmiotowego Zarządzenia w zakresie

regulacji sposobu prowadzenia akt jako niezgodnego z Konstytucją, ustawą o prokuraturze, Kodeksem postępowania karnego i art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, czy nawet do Trybunału w Luksemburgu, wskazując jego niezgodność z wyżej wymienionymi dyrektywami (po upływie okresu przewidzianego na ich wcielenie w życie).

Na szczęście zgodnie z § 104 Zarządzenia kierownik każdej jednostki prokuratury może wydać zarządzenie przewidujące inny sposób prowadzenia akt i klasyfikowania materiałów. Ma to uczynić po uzgodnieniach z policją i innymi organami prowadzącymi postępowanie, a więc uwzględniając ich potrzeby i możliwości finansowe, osobowe i logistyczne, a także spójne reguły prowadzenia wszystkich akt we wszystkich postępowaniach. Istnieje jednak ryzyko, że każda prokuratura (rejonowa, okręgowa, apelacyjna) wyda własne zarządzenie, a więc w zależności od tego, gdzie sprawa będzie prowadzona, akta będą wyglądać inaczej. Nie zazdroścąc adwokatom i radcom prawnym zapoznawania się z wszędzie inaczej wyglądającymi aktami ani sądom sądenia na takich aktach, w szczególności jeśli połączone do wspólnego prowadzenia zostaną akta różnych jednostek kierujących się odmiennymi zasadami prowadzenia akt.

Pocieszające jest to, że na terenie Prokuratury Okręgowej w Warszawie prawie wszyscy prokuratorzy rejonowi przygotowali – i to niezależnie od siebie – bardzo zbliżone projekty przedmiotowych zarządzeń, wskazując, że akta mają być prowadzone jak dotychczas, a dzielone na zbiory dopiero przed przygotowaniem aktu oskarżenia, i to tylko na takie zbiory, których wymaga art. 334 k.p.k., przy czym dokumenty wymienione w art. 334 § 1 pkt 1–3 k.p.k. znajdowałyby się w jednym zbiorze ułożonym chronologicznie. Wypada teraz tylko mieć nadzieję, że Biuro Informatyzacji i Analiz Prokuratury Generalnej po-

powyżej nieczytelności podziału wskazanego w § 103 ust. 2 Zarządzenia sekretariat nie powinien samodzielnie tej kwestii rozstrzygać.

zytywnie zaopiniuje te projekty i że staną się one standardem w całej Polsce, choć będzie to wtórnie w pełni dowodziło niezyciowości i bezzasadności regulacji zawartej w tej kwestii w Zarządzeniu nr 48/15, czego sobie i Państwu życzę.

Summary

Małgorzata Szeroczyńska

WHO WILL UNDERSTAND CRIMINAL PROCEEDING FILES?

The paper presents the regulations of the Ordinance No. 48/15 the Attorney General on the organisation and scope of activities of secretariat and other organisational units in prosecutor's offices, concerning the structure and organisation of files in criminal proceedings. The authors proves that these regulations do not correspond to art. 334 of Criminal Procedure Code and in reality prevent effective judging. The most important, the regulations infringe the parties' right of access to the court, as they limit their right to effectively consult the file. Besides, the Ordinance was in this context issued in excess of statutory.

KEY WORDS: Ordinance No. 48/15, organisation of files in criminal proceedings, amendment of Polish Criminal Procedure Code

POJĘCIA KLUCZOWE: Zarządzenie nr 48/15, prowadzenie akt postępowania karnego, nowelizacja k.p.k.

KONSTITUCYJNOŚĆ PRZEPISÓW KARNYCH ZWIĄZANYCH Z INFORMACJĄ POUFNA W ŚWIELE ZASADY *NULLUM CRIMEN SINE LEGE*

1. WPROWADZENIE

Problem informacji poufnej reguluje ustawa o obrocie¹ oraz odsyłająca do niej ustawa o ofercie². Głównym celem tej regulacji jest niwelowanie tzw. asymetrii informacji na rynku kapitałowym, czyli przeciwdziałanie sytuacji, w której podmioty mające bezpośredni dostęp do informacji o emitencie lub jego instrumentach finansowych (np. członkowie zarządu) poprzez zawieranie odpowiednich transakcji mogłyby generować nieuprawnione zyski. Jak podkreśla się w literaturze, gwarancją efektywnego rynku jest powszechny i równy dostęp do informacji³. Może on być zapewniony jedynie przez uregulowania publicznoprawne, gdyż instrumenty finansowe same z siebie nie dają ich właścicielom uprawnień do pobierania informacji o emitencie i jego sytuacji ekonomicznej.

Skutkiem zmniejszenia asymetrii informacji jest zwiększenie efektywności alokacji kapitału. Asymetria informacji może prowadzić do wypierania towarów lepszych jakościowo przez te gorsze (tzn. negatywna selekcja)⁴. Skutkuje ona tym, że inwestorzy niemający wystarczających

informacji o poszczególnych instrumentach finansowych nie mogą ocenić w sposób prawidłowy ich wartości. Prowadzi to do sytuacji, w której z powodu niemożliwości porównania wybierają oni „towary” tańsze, a przez to „gorsze”. Emitenci „lepszych” instrumentów finansowych muszą natomiast obniżyć cenę swoich „towarów” poniżej ich rzeczywistej wartości, aby być w stanie wytrzymać konkurencję.

W interesującym dla niniejszej pracy zakresie ustawodawca stara się niwelować asymetrię informacji poprzez wprowadzenie zakazu *insider trading*⁵ oraz obowiązku przekazania do publicznej wiadomości informacji poufnych⁶. Swoistą motywacją dla uczestników rynku kapitałowego, mającą doprowadzić do przestrzegania regulacji prawnych, są przepisy karne: art. 180, 181 oraz 182 ustawy o obrocie, dotyczące zakazu *insider trading* (czyli czynienia użytku z informacji poufnych), a także art. 100 i 101 ustawy o ofercie, dotyczące obowiązków informacyjnych (w tym obowiązku przekazania informacji poufnej do wiadomości publicznej). Niniejszy artykuł dotyczy problemu pojęcia informacji poufnej w kontekście zasady *null-*

¹ Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi z dnia 29 lipca 2005 r. (Dz.U. nr 183, poz. 1538 z późn. zm.), dalej: ustawa o obrocie.

² Ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych z dnia 29 lipca 2005 r. (Dz.U. nr 183, poz. 1539 z późn. zm.), dalej: ustawa o ofercie.

³ T. Sójka, *Obowiązki informacyjne spółek publicznych i odpowiedzialność cywilna za ich naruszenie*, Warszawa: Wolters Kluwer 2008, s. 29.

⁴ F. Elżanowski, *Ekonomiczna analiza regulacji insider trading*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 12, s. 55.

⁵ Zakaz ten dotyczy osoby, która weszła w posiadanie informacji poufnej, i dotyczy jej wykorzystania, ujawniania oraz udzielania rekomendacji lub nakłaniania innej osoby na podstawie informacji poufnej do nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, których dotyczy ta informacja.

⁶ Oprócz przekazania informacji poufnej do publicznej wiadomości emitent powinien jednocześnie przekazać ją Komisji Nadzoru Finansowego oraz spółce prowadzącej rynek regulowany. W dalszej części niniejszej pracy określenia „obowiązek przekazania informacji do publicznej wiadomości” oraz „obowiązki informacyjne” będą używane naprzemiennie.

lum crimen sine lege, wynikającej z art. 42 ust. 1 Konstytucji⁷. Definicja pojęcia informacji poufnej zawiera wiele niejasności, co powoduje, że zachodzą poważne wątpliwości co do konstytucyjności przepisów karnych, dla których stanowi ona znamię typu czynu⁸. Problem ten nabiera istotności wraz z rozwojem rynku kapitałowego w Polsce i można przewidywać, że będzie coraz częściej występował w praktyce.

2. ZASADA DOSTATECZNEJ OKREŚLONOŚCI W PRAWIE KARNYM

Centralnym punktem dla rozważań, których dotyczy niniejszy artykuł, jest zasada dostatecznej określoności w prawie karnym (*nullum crimen sine lege certa*), która stanowi wyciniek zasady *nullum crimen sine lege*⁹. Zasada ta, zwana również zasadą legalizmu materialnego w prawie karnym, jest częścią ogólniejszej zasady praworządności i stanowi podstawowe założenie struktury przestępstwa. Stawia ona przed przepisem prawa wymóg bycia na tyle precyzyjnym, aby nie dochodziło do rozbieżnych

interpretacji rozszerzających lub zawężających zakres penalizacji¹⁰. Łącznie z zasadą *nulla poena sine lege* oraz *lex (severior) retro non agit* pozwalają one na realizację w prawie karnym funkcji gwarancyjnej¹¹. W literaturze zagranicznej podnosi się, że w głównej mierze chodzi tu o uprzednią nielegalność danego czynu¹². O podstawowym charakterze tej zasady dla prawa karnego przesądza ujęcie jej w art. 7 ust. 1 EKPC¹³, przez co nabywa ona charakteru „zasady sprawiedliwości” (ang. *a general principle of justice*)¹⁴. Jej doniosłość w szczególności podkreślana jest poprzez fakt, że ma ona charakter absolutny i nie można jej uchylić w żadnym wypadku¹⁵. Aby obywatele mogli w pełni korzystać ze swoich wolności, istnieje potrzeba określenia z góry ich granic, aby można było przewidzieć konsekwencje podejmowanych działań. Zasada *nullum crimen sine lege* chroni przed arbitralnymi rozstrzygnięciami państwa i pozwala na skalkulowanie efektów własnych poczynań. Jej obowiązywanie jest konsekwencją istnienia norm sankcjonujących, które ingerują najgłębiej w prawa jednostki i stanowią reakcję na jej zachowanie¹⁶. Można

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej: Konstytucja.

⁸ Typy czynów zabronionych, dla których znamieniem jest informacja poufna, można określić jako zawile, czyli takie, których zrozumienie związane jest z koniecznością mozolnego rozszyfrowywania. Por. K. Mamak, *Niejasny opis typu czynu a zasada nullum crimen sine lege*, (w:) I. Sepiolo (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 61.

⁹ Na zasadę *nullum crimen sine lege* składają się ponadto zasada typizacji czynów zabronionych przez ustawę (*nullum crimen sine lege scripta*) oraz zakaz stosowania wykładni rozszerzającej (*nullum crimen sine lege stricta*). Por. A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa: Zakamycze 2007, s. 40; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków: Zak 2010, s. 94. Z literatury zagranicznej M. Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court. Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Antwerpen–Oxford–New York 2002, s. 365.

¹⁰ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer 2010, s. 21.

¹¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie*, s. 44; A. Marek, *Kodeks*, s. 20.

¹² Por. K. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge 2009, s. 10.

¹³ Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Art. 7 ust. 1 stanowi, że: „Nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony”. Por. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18. Tom I. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2003, s. 462.

¹⁴ Por. K. Gallant, *The Principle*, s. 359; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa: C. H. Beck 2005, s. 58.

¹⁵ Por. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja*, s. 464; I. C. Kamiński, *Zakaz karania bez podstawy prawnej – orzecznictwo ETPCz za lata 2008–2010*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 11, s. 36; K. S. Gallant, *The Principle*, s. 359.

¹⁶ Por. C. Kreß, *Nulla poena nullum crimen sine lege*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf> (dostęp: 8 kwietnia 2015 r., godz. 19.54), s. 1–2.

tu również dostrzec funkcję prewencyjną. O ile bowiem obywatel jest w stanie odgraniczyć zachowania karalne od dozwolonych, będzie w stanie pokierować swoim postępowaniem w taki sposób, aby nie dopuścić się popełnienia czynu zabronionego¹⁷.

Na gruncie Konstytucji omawianą zasadę wywodzi się, po pierwsze, z art. 42 ust. 1, który ustanawia również zasadę wyłączności ustawy w stanowieniu prawa karnego¹⁸, a po drugie, z art. 31 ust. 3 Konstytucji, który z kolei ustanawiając zasadę stosunkowości, ma za zadanie zracjonalizować proces stanowienia norm prawno-karnych¹⁹. Oznacza to, że Konstytucja stawia wymogi nie tylko co do sposobu, w jaki określone zachowania mają być zabronione, ale także co do tego, jakie czyny będą uznane za karalne²⁰. Zasada określoności jest postulatem, aby jednostka była w stanie odróżnić czyn dozwolony od zakazanego pod groźbą kary²¹. Jak przyjmuje się w literaturze, powinno to nastąpić na podstawie samego tekstu ustawy²² oraz w sposób jednoznaczny²³. Podstawową wartością jest pewność co do tego, za które działania ponosi się odpowiedzialność karną, a za które nie. Trafnie zasadę tę opisał Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając, że istotne jest jednoznaczne wskazanie, kto może popełnić dany

czyn zabroniony, jakie są jego znamiona oraz jaka kara grozi za jego popełnienie. Wyznacza ona granicę norm blankietowych. Z tego też powodu Sąd Najwyższy słusznie uznaje, że przepis prawa materialnego określający znamiona przestępstwa, którego wyczerpanie pociąga za sobą odpowiedzialność karną, nie może podlegać interpretacji rozszerzającej na niekorzyść, gdyż prowadziłyby to do pozaprawnego poszerzenia odpowiedzialności karnej na zakres ustawą nieprzewidziany²⁴. Ustawodawca powinien zatem tworzyć normy prawno-karne w taki sposób, aby nie pozostawiać ich adresatom oraz organom stosującym prawo wątpliwości co do tego, czy określone zachowanie wypełnia znamiona typu czynu. Niedopuszczalne jest bowiem, aby jednostka nie była do końca świadoma, czy za dane zachowanie grozi jej określona sankcja. Wynika z tego, że sformułowania, które umożliwiają szeroką interpretację i utrudniają ściśle określenie ich desygnatów, nie spełniają wymogu zawartego w art. 42 ust. 1 Konstytucji²⁵. Typizacja czynów zabronionych może mieć bowiem miejsce jedynie w akcie prawnym o randze ustawowym, co nie wyklucza, że doprecyzowanie znamion może nastąpić w akcie niższego rzędu, np. w rozporządzeniu²⁶. Jak podkre-

¹⁷ Por. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie*, s. 96.

¹⁸ Fakt, że zasada *nullum crimen sine lege* została wyrażona również w Konstytucji, wymaga uwzględnienia przy jej wykładni również nadrzędnego umiejscowienia ustawy zasadniczej w hierarchii źródeł prawa. Por. M. Sławiński, *Konstytucyjne uwarunkowania zasady nullum crimen sine lege – uwagi na marginesie wykładni art. 42 ust. 1 Konstytucji RP*, (w:) I. Sepiolo (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 33.

¹⁹ Tamże, s. 102.

²⁰ A. Zoll, (w:) T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, s. 254.

²¹ A. Zoll, *Kodeks*, s. 49.

²² W. Wróbel, *Zmiana normatywna i reguły intertemporalne*, Kraków: Zakamycze 2003, s. 139.

²³ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 55.

²⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z 16 stycznia 1997 r., I KZP 33/96, „Prokuratura i Prawo” 1997, z. 3, poz. 1; wyrok Sądu Najwyższego z 4 kwietnia 2000 r., II KKN 335/99, „Prokuratura i Prawo” 2000, z. 9, poz. 1. Por. także wyrok Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2000 r., V KKN 511/99, niepubl., w którym wysłowiono bezwzględny obowiązek wobec sądów badania, czy czyn był w czasie jego popełnienia czynem zabronionym przez ustawę.

²⁵ Por. w szczególności wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 listopada 2003 r., SK 22/02, (Dz.U. z 4 grudnia 2003 r.); wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 maja 2008 r., P 50/07 (Dz.U. z 26 maja 2008 r.); wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 8 lipca 2003 r., P 10/02 (Dz.U. z 31 lipca 2003 r.).

²⁶ P. Kozłowska-Kalisz, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer 2010, s. 20. W tym miejscu warto podkreślić, że podstawą odpowiedzialności karnej może być tylko akt prawny promulgowany zgodnie z prawem, por. A. Marek, *Kodeks*, s. 20.

śla orzecznictwo, zasada określoności (postulat *lex certa*) wymaga, aby czyn zabroniony był od początku określony w ustawie karnej²⁷. Obywatel nie powinien bowiem mieć wątpliwości po jej lekturze co do tego, czy dane zachowanie jest karalne, czy też nie. Na marginesie warto zaznaczyć, że naruszenie zasady dostatecznej określoności typu czynu godzi także w legitymizację zasady *ignorantia iuris nocet*, ponieważ skoro nie można dokładnie ustalić zakresu zachowań karalnych, to wątpliwe jest wymaganie od jednostki, aby wystrzegała się ona podejmowania działań, co do których istnieją poważne wątpliwości, czy wchodzą one w zakres danego typu czynu, czy też nie²⁸.

3. PROBLEMY Z INTERPRETACJĄ INFORMACJI POUFNEJ

Informacja, aby nabyć charakteru poufnego zgodnie z art. 154 ust. 1 ustawy o obrocie, powinna się charakteryzować czterema atrybutami: (1) musi być precyzyjna, (2) mieć związek z emitentem lub instrumentem finansowym lub nabywaniem albo zbywaniem takiego instrumentu, (3) nie może zostać uprzednio przekazana do publicznej wiadomości (niepubliczny charakter) oraz (4) może w istotny sposób wpłynąć na cenę instrumentu finansowego (cenotwórczość). Zakres niniejszego opracowania

nie pozwala na całościowe zajęcie się problematyką definicji informacji poufnej i nie jest to nawet jego zadanie²⁹. Na potrzeby omawianej problematyki należy jedynie zasygnalizować największe kontrowersje, które uniemożliwiają jednoznaczne przesądzenie, czy w danym wypadku mamy do czynienia z informacją poufną. Dotyczą one przesłanki precyzyjności. Zgodnie z art. 154 ust. 1 pkt 1 informacja jest określona w sposób precyzyjny wtedy, gdy wskazuje okoliczności lub zdarzenia, które wystąpiły lub których wystąpienia można zasadnie oczekiwać, a jej charakter w wystarczającym stopniu umożliwia dokonanie oceny potencjalnego wpływu tych okoliczności lub zdarzeń na cenę lub wartość instrumentów finansowych lub na cenę powiązanych z nimi pochodnych instrumentów finansowych. Przepis ten stanowi transpozycję art. 1 ust. 1 dyrektywy wykonawczej 2003/124/WE³⁰. O ile nie budzi wątpliwości, że w przypadku zdarzeń, które już miały miejsce, muszą one mieć zawsze potwierdzenie w weryfikowalnych faktach (ang. *firm and objective evidence*)³¹, a ich odbiorca musi mieć dokładne wyobrażenie o zaistniałym stanie faktycznym lub zdarzeniu przyszłym³², o tyle niejasne jest, czym są zdarzenia, których wystąpienia można zasadnie oczekiwać (czy też używając sformułowania dyrektywy – w sposób uzasadniony przewidywać). Trybunał Sprawiedliwości w wyroku

²⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 21 grudnia 1995 r., II KRN 158/95, „Prokuratura i Prawo” 1996, z. 6, poz. 2.

²⁸ K. Mamak, *Niejasny*, s. 69.

²⁹ Szerzej na temat przesłanek informacji poufnej w polskiej doktrynie por. M. Glicz, (w:) M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2014, s. 1230–1241; T. Sójka, *Obowiązki*, s. 100–109; K. Haładaj, *Odpowiedzialność odszkodowawcza emitentów za naruszenie obowiązków informacyjnych*, Warszawa: C. H. Beck 2008, s. 186–206; K. Oplustil, M. P. Wiórek, *Europejskie i polskie regulacje dotyczące informacji poufnych na rynku kapitałowym (cz. I)*, „Prawo Spółek” 2005, nr 2, s. 3–6; M. Górecki, *Informacje poufne na rynku kapitałowym: podstawowe problemy regulacji prawnej oraz pojęcie informacji poufnej i insidera*, „Czasopismo Kwartalnego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego” 2007, nr 1, s. 69–104; A. Romanowska, *Informacje poufne w świetle nowych regulacji prawnych insider trading*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 9, s. 50–51. Na temat implementacji MAD i rozumienia pojęcia informacji poufnej w państwach członkowskich UE zob. R. Veil, (w:) R. Veil (red.), *European Capital Markets Law*, Oregon 2013, s. 144.

³⁰ Dyrektywa Komisji 2003/124/WE z 22 grudnia 2003 r. wykonująca dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie definicji i publicznego ujawniania informacji wewnętrznych oraz definicji manipulacji na rynku (Dz. Urz. UE L 339/70 z 24 grudnia 2003 r.).

³¹ CESR’s Advice on Level 2 Implementation Measures for the proposed Market Abuse Directive, nr ref. CESR/02-089d, grudzień 2002, s. 8.

³² M. Glicz, (w:) *Prawo*, s. 1477.

w sprawie *Geltl*³³ uznał, że są to zdarzenia, co do których występuje rzeczywista perspektywa, iż zaistnieją, przy czym przy tej ocenie nie należy brać pod uwagę intensywności wpływu danego wydarzenia na cenę instrumentów finansowych. Abstrahując od tego, że orzeczenie Trybunału zostało wydane w opozycji do opinii Rzecznika Generalnego³⁴, należy stwierdzić, że wywołało ono sporo kontrowersji, głównie w doktrynie zagranicznej³⁵. Również samo pojęcie „rzeczywista perspektywa” jest wysoce nieostre i jako takie nie pozwala na określenie, czy dana informacja jest precyzyjna. Nie budzi wątpliwości, że stwierdzenie, kiedy mamy do czynienia z rzeczywistą perspektywą wystąpienia danego zdarzenia, jest wysoce ocenne i częstokroć dla osoby, która nie ma doświadczenia w kwalifikowaniu danych informacji jako poufnych, będzie to zadanie niemożliwe. Drugą niewiadomą jest przesądzenie, kiedy charakter danej informacji w wystarczającym stopniu umożliwi dokonanie oceny potencjalnego wpływu tych okoliczności lub zdarzeń na cenę instrumentów finansowych. Wydawać by się mogło, stosując wykładnię literalną, że możliwość dokonania oceny potencjalnego wpływu oznacza możliwość określenia, jaki skutek wywrze dana informacja na cenę instrumentu finansowego (tzn. czy spowoduje ona jej wzrost, czy też spadek). Trybunał Sprawiedliwości uznał jednak w niedawno wydanym orzeczeniu w sprawie *Lafonta*³⁶, że wystarczające jest stwierdzenie wpływu danej informacji na cenę w ogóle, przy czym nie jest konieczne określenie jego charakteru (wzrost lub spadek ceny). Nie rozstrzygając w tym miejscu o słuszności wydanego orzeczenia (które zostało oparte na

wykładni celowościowej), należy stwierdzić, że z pewnością potwierdza ono to, jak wiele trudności niesie za sobą jasne określenie, czym jest informacja poufna.

4. PRZEPISY KARNE ZWIĄZANE Z INFORMACJĄ POUFNA

Ustawa o obrocie wprowadza trzy typy czynów zabronionych, których jednym ze znamion jest informacja poufna – art. 180 dotyczący ujawniania informacji poufnej, art. 181 dotyczący wykorzystywania informacji poufnej oraz art. 182 dotyczący udzielania rekomendacji lub nakłaniania do nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, których dotyczy informacja poufna. Zakresy przywołanych przepisów penalizują zakaz *insider trading*, o którym mowa w art. 156 ustawy o obrocie.

Ustawa o ofercie ustanawia karalność dwóch zachowań. Pierwsze, wymienione w art. 100, dotyczy podawania nieprawdziwej, zatajania prawdziwej lub w istotny sposób wpływania na treść informacji poufnej, która ma zostać przekazana do publicznej wiadomości. Drugie dotyczy podania nieprawdziwych danych, zatajania prawdziwych danych lub w sposób istotny wpływania na treść informacji przekazywanej do Komisji Nadzoru Finansowego w związku z opóźnieniem przekazywania informacji poufnej, o którym mowa w art. 57 ust. 1 ustawy o ofercie.

Indywidualnym przedmiotem ochrony wymienionych przepisów jest zaufanie do rynku kapitałowego oraz majątek jego uczestników³⁷. Ponadto przepisy te chronią powszechny i rów-

³³ Wyrok TS z 28 czerwca 2012 r., C-19/11 w sprawie *Markus Geltl v. Daimler AG* (Zb. Orz. UE C:2012:397), dalej: wyrok w sprawie *Geltl*.

³⁴ Opinia Rzecznika Generalnego Paolo Mengozziego z 21 marca 2012 r. (Zb. Orz. UE C:2012:153).

³⁵ L. Klöhn, *Das deutsche und europäische Insiderrecht nach dem Geltl-Urteil des EuGH*, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2012, nr 39, s. 1890; Ch. H. Seibt, *Europäische Finanzmarktregulierung zu Insiderrecht und Ad hoc-Publizität*, „Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht” 2013, nr 177, s. 401; A. Hellgardt, *The notion of inside information in the Market Abuse Directive: Geltl*, „Common Law Market Review” 2013, nr 50, s. 874.

³⁶ Wyrok TS z 11 marca 2015 r., C-628/13, w sprawie *Jean-Bernard Lafonta v. Autorite des marches financiers* (Zb. Orz. UE C:2015:162), dalej: wyrok w sprawie *Lafonta*.

³⁷ T. Krawczyk, *Normatywne ujęcie problematyki przestępczości „insider trading” w polskim prawie karnym*, „Studia Praw-

ny dostęp do informacji³⁸. *Ratio legis* wprowadzenia omawianej regulacji karnej, która przejawia się w trzech postulatach: przejrzystości, rzetelności i efektywności, było zapewnienie bezpieczeństwa obrotu instrumentami finansowymi. Emitenci mają publikować informacje poufne, a do tego czasu istnieje zakaz ich wykorzystywania, tak aby wszyscy uczestnicy mogli uzyskać w tym samym czasie i w taki sam sposób do nich dostęp. Ma to zapewnić odzwierciedlenie informacji w cenie danego instrumentu finansowego. Przedmiotem ochrony można w ogólności nazwać niezakłócone funkcjonowanie i uczciwość na rynku kapitałowym³⁹. Transparentność rynku pozwala na jego rozwój oraz, budując zaufanie, zachęca inwestorów do lokowania środków w instrumenty finansowe. To z kolei umożliwi przedsiębiorcom pozyskanie kapitału i przyczynia się do rozwoju gospodarczego.

Dokładne omówienie poszczególnych typów przekracza ramy niniejszego opracowania. Istotny w kontekście niniejszej pracy jest natomiast fakt, że jeśli wziąć pod uwagę opisane powyżej problemy interpretacyjne, jak również trudności praktyczne z wyznaczeniem ścisłego zakresu pojęcia „informacja poufna”, uznać można, że w wielu przypadkach dana osoba nie będzie w stanie określić, czy jej zachowanie jest czynem zabronionym, czy też nie, ponieważ nawet przy zachowaniu najwyższej staranności nie będzie w stanie stwierdzić, czy ma do czynienia z informacją poufną⁴⁰. To już natomiast oznacza, że przepi-

sy karne, posługujące się pojęciem informacji poufnej dla określenia znamion typu czynu zabronionego, pozostają w sprzeczności z zasadą *nullum crimen sine lege certa*, a tym samym z Konstytucją.

5. WNIOSKI

Przepisy prawnokarne, dla których znamieniem jest informacja poufna, wzbudzają poważne wątpliwości co do ich zgodności z Konstytucją. Nieczytelna typizacja czynu pozostawia zbyt wiele swobody organom stosującym prawo, co w rezultacie może prowadzić do sytuacji, gdy to sądy zamiast ustawodawcy będą określały, co jest zachowaniem penalizowanym, a to już może stanowić zarzut naruszenia trójpodziału władzy⁴¹. Ponadto całkowicie sprzeczne z podstawowymi intuicjami sprawiedliwości jest przypisywanie odpowiedzialności danej osobie za popełnienie przestępstwa w przypadku, gdy nawet najwybitniejsi znawcy przedmiotu nie są zgodni co do tego, czy dana informacja ma cechy poufności. Z drugiej strony bezsporne jest, że prawo karne wraz z jego funkcją ochronną zapewnia dużą motywację dla potencjalnych sprawców do przestrzegania zasad postępowania z taką informacją. Zachodzi więc pytanie o to, w jaki sposób możliwe byłoby rozstrzygnięcie tego dylematu.

Wydaje się, że odpowiedź na tak postawione pytanie może przynieść art. 5 § 2 Kodeksu postępowania karnego⁴², który jest przejawem za-

no-Ekonomiczne” 2000, nr LXI, s. 11; R. Zawłocki, P. Binas, (w:) S. Włodyka (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 10, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa: C. H. Beck 2012, s. 307.

³⁸ A. Błachnio-Parzych, (w:) M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1613–1618; M. Sucharski, *Prawnokarna ochrona giełdowego obrotu papierami wartościowymi*, Toruń: TNOiK, s. 110; M. Romanowski, *Zatajenie informacji mających znaczny wpływ na cenę akcji*, „Prawo Papierów Wartościowych” 2000, nr 3, s. 1.

³⁹ R. Zawłocki, P. Binas, (w:) *System*, s. 619.

⁴⁰ Przepisy związane z informacją poufną nie są jedyną dziedziną w prawie, która budzi takie kontrowersje. Podobne wątpliwości, aczkolwiek na gruncie prawa autorskiego, podnosi Z. Pinkalski, *Konstytucyjność terminu „utwór” w świetle przepisów karnych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2012, z. 2, s. 17.

⁴¹ K. Mamak, *Niejasny*, s. 67.

⁴² „Niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego”.

sady *in dubio pro reo*⁴³. Na etapie postępowania dowodowego powinno dojść do zbadania, czy w momencie popełnienia czynu zabronionego istniały obiektywne okoliczności, które pozwalałyby jednoznacznie przesądzić o charakterze danej informacji. Innymi słowy, podstawowym testem, jaki należałoby tu przeprowadzić, byłby test przewidywalności dla sprawcy. Jeżeli na podstawie poglądów doktryny, orzecznictwa i dotychczasowej praktyki organów nadzoru nad rynkiem kapitałowym możliwe byłoby zakwalifikowanie danej informacji dotyczącej ściśle określonego zdarzenia jako poufnej, należałoby uznać, że egzekwowanie odpowiedzialności karnej jest konstytucyjne. W przypadku natomiast odwrotnym wykluczone byłoby jej przypisanie.

Zaprezentowane rozwiązanie jest jednak bardziej praktyczne niż ściśle teoretyczne. W tej drugiej perspektywie należałoby uznać przepisy prawnokarne dotyczące informacji poufnej jako niekonstytucyjne i derogować je z porządku prawnego. W tradycyjnym bo-

wiem rozumieniu zasady *nullum crimen sine lege* to ustawa powinna być jedynym miejscem, w którym dochodzi do odgraniczenia zachowań karalnych od niekaralnych⁴⁴. Przekazanie kompetencji o decydowaniu o tym w ręce sędziów byłoby naruszeniem zasady trójpodziału władzy⁴⁵. Nie można jednak tracić z pola widzenia sensu karalności zachowań naruszających reżim *insider trading* oraz obowiązków informacyjnych. Usunięcie omawianych przepisów karnych mogłoby doprowadzić do poważnych perturbacji na rynku kapitałowym, związanych z bezkarnością osób wykorzystujących bezprawnie informacje poufne, co w efekcie odbiłoby się negatywnie na całej gospodarce. Z tego też powodu należy je uznać za „zło konieczne”. Reasumując reprezentowany tu pogląd, pozostaje żywić nadzieję, że sędziowie, stosując racjonalnie zasadę *in dubio pro reo*, będą w stanie doprowadzić do sytuacji, w której stosowanie omawianych przepisów pozostanie w zgodzie z Konstytucją.

⁴³ Podobnie, ale w odniesieniu do wątpliwości co do zgodności przepisów prawnokarnych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Z. Pinkalski, *Konstytucyjność*, s. 23.

⁴⁴ W. Wróbel, *Zmiana*, s. 139.

⁴⁵ S. Salmonowicz, *Prawo karne oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przełomu XVIII/XIX wieku*, Toruń: TNT 1966, s. 35; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa: LexisNexis 2009, s. 269–270.

Summary

Marcin Hotel

CONSTITUTIONALITY OF THE CRIMINAL LAW PROVISIONS CONCERNING INSIDE INFORMATION IN THE LIGHT OF NULLUM CRIMEN SINE LEGE RULE

Criminal law provisions concerning inside information are one of the pillar of the regulation of capital market. A part of them, describing criminal offences, mention as a sign of an offense inside information, which difinition is so inaccurate, that in many cases makes unable even for people dealing professionally with assesment of such informations ascertainment whether in a particular case they are dealing with inside informations. It awakens serious constitutional doubts in the light of *nullum crimen sine lege* rule, which requires a precise description of an offence in a bill.

KEY WORDS: constitutionality, inside information, *nullum crimen sine lege*

POJĘCIA KLUCZOWE: konstytucyjność, informacja poufna, *nullum crimen sine lege*

PRZEDSTAWICIELSTWO W POSTĘPOWANIU DOTYCZĄCYM ODPOWIEDZIALNOŚCI Z TYTUŁU ZDARZEŃ MEDYCZNYCH

1. WSTĘP

Znowelizowana w 2011 r. ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹ wprowadziła w rozdziale 13a pozasądowy tryb dochodzenia roszczeń związanych z tzw. zdarzeniami medycznymi². W art. 67a–67o UstPrP ustawodawca określił zasady oraz tryb ustalania odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych, które miały miejsce w szpitalach. Niewątpliwie słuszna i od dawna postulowana idea, dotycząca wprowadzenia alternatywnego sposobu rozstrzygnięcia sporów z zakresu odpowiedzialności za szkody medyczne, nie doczekała się niestety poprawnej implementacji. Regulacja ustawowa została poddana w literaturze wszechstronnej krytyce³. I choć nie wszystkie pojawiające się zarzuty są w pełni uzasadnione⁴, to nie ulega wątpliwości, że

omawiane unormowanie nie może stanowić wzoru prawidłowej legislacji.

Wśród różnych wątpliwości dotyczących nowej regulacji podnoszone są także zastrzeżenia dotyczące kwestii proceduralnych. Tryb postępowania przed wojewódzkimi komisjami został uregulowany bardzo lakonicznie. Odesłanie do ściśle określonych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, jakie znalazło się w art. 67o UstPrP, nie przynosi odpowiedzi na wiele istotnych pytań, a w niektórych przypadkach jest ewidentnie wadliwe⁵. Niniejsza wypowiedź będzie poświęcona jednej z kwestii szczegółowych o dużym walorze praktycznym, która na gruncie ustawy budzi poważne wątpliwości. Chodzi o możliwość działania podmiotu składającego wniosek przez pełnomocnika. Ustawa pomija to zagadnienie całkowitym milczeniem. Znamienne jest, że wśród przepisów procedury cywilnej, które

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 159 ze zm., dalej: UstPrP.

² Nowy rozdział 13a UstPrP został dodany ustawą z dnia 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. z 2011 r. nr 113, poz. 660).

³ Zamiast wielu zob. K. Krupa-Lipińska, *Od odpowiedzialność cywilna z tytułu zdarzeń medycznych w szpitalach*, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 11–12, s. 96 i n.; M. Serwach, *Charakterystyka i zakres odpowiedzialności za zdarzenia medyczne*, „Prawo Asekuracyjne” 2011, nr 3, s. 17 i n.; też, *Problematyka zdarzeń medycznych w praktyce komisji orzekających, podmiotów leczniczych oraz ich ubezpieczycieli*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2012, nr 4, s. 3 i n.

⁴ Przykładowo Trybunał Konstytucyjny nie dopatrzył się naruszenia przez analizowaną tu regulację ustawy zasadniczej w zakresie, w jakim UstPrP nie przewiduje udziału lekarza w postępowaniu przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, ani też nie przyznaje mu możliwości odwołania od rozstrzygnięcia komisji, zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 marca 2014 r., K 6/13, Dz.U. z 2014 r. poz. 348.

⁵ Zastanawiać musi, dla przykładu, odwołanie w art. 67o UstPrP do art. 170 k.p.c., który stanowi, że niedopuszczalne jest przywrócenie terminu do złożenia środka odwoławczego od wyroku orzekającego unieważnienie małżeństwa lub rozwód albo ustalającego nieistnienie małżeństwa, jeżeli choćby jedna ze stron zawarła po uprawomocnieniu się wyroku nowy związek małżeński. Trudno zgadnąć, w jakiej sytuacji powołany przepis miałby znaleźć odpowiednie zastosowanie w postępowaniu przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych.

są odpowiednio stosowane w postępowaniu przed wojewódzką komisją, pominięto regulację art. 86 i n. k.p.c., dotyczącą pełnomocników procesowych. Skłania to niektórych autorów do kategoriycznych stwierdzeń, że podmiot składający wniosek nie może działać przez pełnomocnika⁶. Stanowisko takie nie jest słuszne. Poniższe uwagi stanowią próbę związłego uporządkowania zagadnień dotyczących szeroko rozumianego przedstawicielstwa w postępowaniu przed wojewódzką komisją ds. orzekania o zdarzeniach medycznych, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki pełnomocnictwa udzielonego przez podmiot składający wniosek. Uprzedzając ostateczne konkluzje, należy z góry powiedzieć, że możliwość działania przez pełnomocnika da się w tym przypadku wyprowadzić bezpośrednio z przepisów Kodeksu cywilnego, dotyczących instytucji przedstawicielstwa (art. 95 i n. k.c.). Pogląd ten zostanie rozwinięty i odpowiednio uzasadniony w dalszej części wywodów.

2. PRZEDSTAWICIELSTWO W PRZEPISACH ROZDZIAŁU 13a USTPRP

Regulacja ustawowa dotycząca zasad i trybu ustalania odszkodowania oraz zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych wspomina o działaniu przedstawiciela lub pełnomocnika w kilku miejscach. Warto przyjrzeć się bliżej tym przypadkom.

a) Zgodnie z art. 67b ust. 1 pkt 1 UstPrP podmiotem uprawnionym do złożenia wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego jest, oprócz samego pacjenta, jego *przedstawiciel*

ustawowy. W takim przypadku – gdy postępowanie wszczyna przedstawiciel ustawowy – jego dane (imię i nazwisko) należy obligatoryjnie oznaczyć we wniosku (art. 67d ust. 1 pkt 2 UstPrP). W świetle całokształtu regulacji zawartej w rozdziale 13a UstPrP należy przyjąć, że przedstawiciel ustawowy pacjenta, który składa wniosek, jest samodzielnym podmiotem (stroną) postępowania. Nie zmienia to naturalnie faktu, że – zgodnie z istotą przedstawicielstwa ustawowego – cały czas działa on w imieniu i na rzecz reprezentowanego.

b) Podmiotem składającym wniosek mogą być także spadkobiercy pacjenta⁷ (art. 67b ust. 1 pkt 1 UstPrP). Jeżeli jest ich kilku, mogą oni występować przez wyłonionego ze swego grona *pełnomocnika*. Ustawa przewiduje, że w przypadku złożenia wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego przez „co najmniej jednego” ze spadkobierców, do wniosku, oprócz postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, należy dołączyć pełnomocnictwo do reprezentowania pozostałych spadkobierców (art. 67d ust. 2 pkt 3 UstPrP). Wniosek powinien wtedy wyraźnie wskazywać, który ze spadkobierców reprezentuje pozostałych (art. 67d ust. 1 pkt 4 UstPrP).

Choć przepisy ustawowe nie są w tym zakresie odpowiednio precyzyjne, a praktyka wojewódzkich komisji jest raczej liberalna, to można rozważać, czy celem ustawodawcy nie było wprowadzenie przymusu wyłonienia spośród spadkobierców ich wspólnego pełnomocnika. Warto zauważyć, że regulacja UstPrP w ogóle nie porusza problemu ewentualnego współuczestnictwa podmiotów składających wniosek. Nie przewidziano tu także stosowania odpowiednich przepisów k.p.c.⁸, które mo-

⁶ Zob. H. Frąckowiak, *Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami ds. orzekania o zdarzeniach medycznych – nowa procedura (nie) dla profesjonalnych pełnomocników*, „Radca Prawny” 2014, dodatek naukowy, nr 146, s. 14D; podobnie K. Frąckowiak, H. Frąckowiak, *Organizacja i funkcjonowanie wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych – rozważania na tle nowelizacji ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, „Palestra” 2013, nr 9–10, s. 134, choć w tej ostatniej publikacji autorzy wypowiadają się nieco łagodniej, zaznaczając, że możliwość skorzystania przez poszkodowanego z profesjonalnego pełnomocnika „zależna jest od suwerennej decyzji komisji”.

⁷ Wskazanie spadkobierców jako uprawnionych do złożenia wniosku budzi uzasadnione wątpliwości. Niestety ustawodawca nie skoordynował odpowiednio tego rozwiązania ze stosownymi regulacjami prawa cywilnego, zob. K. Krupa-Lipińska, *Odpowiedzialność*, s. 106–107 oraz M. Serwach, *Charakterystyka*, s. 23.

⁸ Zob. zwłaszcza art. 73 i art. 74 k.p.c.

głyby w tej kwestii służyć pomocą. Koncepcję obligatoryjnej reprezentacji spadkobierców pośrednio może uzasadniać brzmienie art. 67i ust. 2 pkt 3 UstPrP, zgodnie z którym cofnięcie umocowania dla spadkobiercy, wskazanego jako pełnomocnik pozostałych, prowadzi do obligatoryjnego umorzenia postępowania przed wojewódzką komisją. Dałoby się stąd wywieść wniosek, że sprawa nie może się toczyć, jeśli spadkobiercy nie mówią „jednym głosem” swego pełnomocnika⁹. Warto mieć na uwadze, że trudności z bieżącym uzgodnieniem stanowiska wszystkich spadkobierców, a także ewentualne rozbieżności zdań pomiędzy dziedzicami (np. co do sposobu prowadzenia postępowania dowodowego), mogą poważnie utrudniać pracę komisji i uniemożliwić wydanie orzeczenia w przewidzianym ustawowo terminie 4 miesięcy od dnia złożenia wniosku¹⁰. Obowiązek działania spadkobierców przez pełnomocnika jest jednak dyskusyjny, a cały problem zasługuje na osobne opracowanie.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że w postępowaniu przed komisją wojewódzką pełnomocnik spadkobierców podejmuje czynności zarówno w imieniu własnym, jak i w imieniu pozostałych dziedziców spadkodawcy. W tym kontekście za *superfluum* ustawowe należy uznać wzmiankę, jaka pojawiła się w art. 67d ust. 6 zdanie 2 UstPrP, zgodnie z którą oświadczenie o przyjęciu propozycji ubezpieczyciela co do należnego odszkodowania i zadośćuczynienia, składane przez

pełnomocnika spadkobierców, jest skuteczne wobec pozostałych.

c) Po trzecie, wyraźne odniesienie do przedstawicielstwa pojawia się także w ramach regulacji dotyczącej posiedzeń wojewódzkiej komisji ds. orzekania o zdarzeniach medycznych. Tym razem jednak przepisy UstPrP wspominają o *przedstawicielu kierownika podmiotu leczniczego prowadzącego szpital* oraz o *przedstawicielu ubezpieczyciela*, którzy – jak wynika z ustawy – mogą brać udział w posiedzeniach na równi z podmiotem składającym wniosek (art. 67i ust. 2 UstPrP). Sformułowanie powołanego przepisu wydaje się wysoce niefortunne. Z niezrozumiałych względów wspomina się tu tylko o przedstawicielach podmiotów, których odpowiedzialności za zdarzenie medyczne dotyczy postępowanie, podczas gdy można sobie wyobrazić, że dany podmiot zechce uczestniczyć w posiedzeniu osobiście. Prowadzącym szpital może być przecież przedsiębiorca będący osobą fizyczną¹¹, który mógłby wyrazić wolę wzięcia udziału w posiedzeniu komisji. Podobnie w przypadku osób prawnych lub tzw. ułomnych osób prawnych¹² w grę wchodzi obecność na posiedzeniu piastuna funkcji organu (lub członka ułomnej osoby prawnej). Jak wiadomo, zgodnie z art. 38 k.c., działanie organu jest działaniem samej osoby prawnej, a zatem organ nie jest przedstawicielem¹³, o którym stanowi art. 67i ust. 2 UstPrP. Pomimo nieprecyzyjnego sformułowania ustawy oczywiste jest jednak, że wskazanym wyżej kategoriom osób w żadnym razie nie powin-

⁹ Podobną logikę można dostrzec np. w regulacji Kodeksu spółek handlowych w odniesieniu do spółki jawnej czy komandytowej, gdzie w przypadku śmierci wspólnika jego spadkobiercy powinni co do zasady wskazać spółce jedną osobę, która będzie wykonywała ich prawa (zob. art. 60 oraz art. 124 k.s.h.).

¹⁰ Art. 67j ust. 2 UstPrP.

¹¹ Zgodnie z ustawą z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 217 ze zm.) podmiotem leczniczym, w tym także podmiotem prowadzącym szpital, może być każdy przedsiębiorca bez względu na formę prowadzenia działalności gospodarczej, w zakresie, w jakim wykonuje działalność leczniczą (art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy).

¹² Chodzi o jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 33¹ k.c.). Przykładowo, nie ma przeszkód, aby szpital był prowadzony przez spółkę jawną czy komandytową, będącą przedsiębiorcą.

¹³ Por. W. Robaczyński, (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego – część ogólna*, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, wyd. 2, Warszawa: Wolters Kluwer 2014, s. 1088, pkt 9.

no się ograniczać możliwości udziału w posiedzeniach.

Analizując brzmienie art. 67i ust. 2 UstPrP, można nadto zapytać, dlaczego przepis wspomina o przedstawicielu *kierownika*, a nie o przedstawicielu samego podmiotu leczniczego¹⁴. Trudno się zgodzić z tezą, że ewentualny przedstawiciel miałby reprezentować tylko kierownika, a nie podmiot leczniczy, którego odpowiedzialności dotyczy postępowanie. Naturalne wydaje się przy tym, że kierownik danej jednostki także powinien mieć możliwość udziału w posiedzeniu, a nie tylko jego przedstawiciel.

W świetle powyższych uwag należy zatem stwierdzić, że wyliczenie podmiotów upoważnionych do uczestniczenia w posiedzeniach wojewódzkiej komisji, zawarte w art. 67i ust. 2 UstPrP, w żadnym razie nie jest wyczerpujące. Konstatacja ta ma znaczenie w kontekście prowadzonych dalej rozważań dotyczących możliwości udziału w postępowaniu także innych osób, a w szczególności pełnomocnika podmiotu składającego wniosek.

d) Ostatnią wzmiankę o przedstawicielstwie w ramach szczególnej procedury orzekania o zdarzeniach medycznych można znaleźć w art. 67g ust. 2 pkt 5 UstPrP. Powołany przepis wśród różnych podstaw wyłączenia członka wojewódzkiej komisji z udziału w danym postępowaniu wymienia przypadek, gdy *członek składu orzekającego był lub jest pełnomocnikiem albo przedstawicielem ustawowym podmiotu składającego wniosek*. Regulacja ta, zgodnie z art. 67g ust. 6 UstPrP, znajduje zastosowanie także do osób, którym komisja zleciła przygotowanie opinii, w przypadku gdy stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla wydania orzeczenia wymaga wiadomości specjalnych.

To właśnie w tym miejscu, jedyny raz

w całej regulacji, pojawia się wzmianka o pełnomocniku składającego wniosek. Jak jednak wywodzi H. Frąckowiak, nie chodzi tu wcale o pełnomocnika, który został ustanowiony w postępowaniu przed wojewódzką komisją, gdyż – zdaniem autorki – w rzeczonym postępowaniu taki pełnomocnik nie może występować, co stanowi „olbrzymi mankament nowych przepisów”¹⁵. Powołany wyżej art. 67g ust. 2 pkt 5 UstPrP miałby dotyczyć wyłącznie tych sytuacji, w których członek składu orzekającego wojewódzkiej komisji (albo podmiot, któremu zlecono przygotowanie opinii) jest lub był pełnomocnikiem pokrzywdzonego, ale w postępowaniu karnym lub w postępowaniu dotyczącym odpowiedzialności zawodowej lekarza¹⁶, uregulowanym w art. 53 i n. ustawy z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich¹⁷.

W tym miejscu należy jednak zdecydowanie powtórzyć, że teza o niedopuszczalności ustanowienia pełnomocnika przez podmiot składający wniosek w postępowaniu przed wojewódzką komisją nie jest przekonująca. Pora przedstawić argumenty, które zweryfikują jej poprawność.

3. PEŁNOMOCNIK PODMIOTU SKŁADAJĄCEGO WNIOSK

Jak już wcześniej powiedziano i jak przekonuje przeprowadzony wyżej przegląd wybranych przepisów poświęconych postępowaniu przed wojewódzką komisją, ustawodawca nigdzie nie uregulował kwestii działania podmiotu składającego wniosek przez pełnomocnika. Brak jest w tym zakresie wyraźnych wzmianek w ustawie, nie wykorzystano też możliwości odesłania do regulacji Kodeksu postępowania cywilnego. Czy zatem rzeczy-

¹⁴ Przepisy o postępowaniu przed wojewódzką komisją bardzo niekonsekwentnie posługują się pojęciami „podmiot leczniczy prowadzący szpital” oraz „kierownik podmiotu leczniczego”.

¹⁵ Zob. H. Frąckowiak, *Postępowanie*, s. 14D.

¹⁶ Tamże, s. 16D.

¹⁷ Dz.U. z 2009 r. nr 219, poz. 1708; wyraźną podstawę do ustanowienia pełnomocnika przez pokrzywdzonego (tj. podmiot, którego dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przewinienie zawodowe) daje art. 57 ust. 2 ustawy o izbach lekarskich.

wiście podmiot składający wniosek nie może być zastępowany przez pełnomocnika, w tym w szczególności przez profesjonalistę (advokata lub radcę prawnego)?

Postawiona teza zdaje się opierać na założeniu, że to, co nie zostało wyraźnie dopuszczone w ramach specjalnej regulacji zawartej w rozdziale 13a UstPrP, jest zakazane. Założenie takie jest z gruntu nieprawidłowe. W ten sposób lekceważy się bowiem podstawowe reguły prawa cywilnego oraz rudymentarne założenia wykładni systemowej, która nakazuje, aby w przypadkach, gdy dane zagadnienie nie jest unormowane przepisem szczególnym, stosować regulację ogólną. W tym przypadku chodziłoby o unormowanie instytucji przedstawicielstwa zawarte w księdze pierwszej Kodeksu cywilnego (art. 95 i n. k.c.). Z regulacji tej wynika ogólna zasada dopuszczalności działania przez przedstawiciela, z zastrzeżeniem jedynie wyjątków przewidzianych w ustawie albo wynikających z właściwości czynności prawnej (art. 95 § 1 k.c.).

Powołując się na regulację Kodeksu cywilnego, należy jednak bliżej rozważyć kilka kwestii. Po pierwsze, dla porządku wypada zadać pytanie, czy w sprawach, które toczą się przed komisjami wojewódzkimi, Kodeks cywilny znajduje w ogóle zastosowanie. Odpowiedź wydaje się oczywista. Postępowanie przed komisją dotyczy odszkodowawczych stosunków cywilnoprawnych. Potwierdza to już sam tytuł rozdziału 13a UstPrP, posługujący się typowo cywilistyczną nomenklaturą. Przypomnijmy, że przepisy

powołanego rozdziału regulują „zasady i tryb ustalania odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych”. I choć „zdarzenie medyczne” jest specyficznym pojęciem definiowanym na potrzeby UstPrP¹⁸, a przy określaniu odpowiedzialności szpitala niekiedy świadomie unika się nazywania jej „cywilnoprawną”¹⁹, to cała regulacja dotyczy niewątpliwie stosunków odszkodowawczych pomiędzy osobami fizycznymi i osobami prawnymi, gdzie Kodeks cywilny musi znaleźć zastosowanie (zob. art. 1 k.c.). Wyjątki dotyczą tylko tych sytuacji, w których UstPrP – mająca charakter *legis specialis* – stanowi inaczej.

Po drugie, trzeba zapytać, czy podejmowane przed komisją wojewódzką działania podmiotu składającego wniosek mają charakter czynności prawnych, bo tylko wtedy w grę wchodzi przedstawicielstwo²⁰. Nie powinno jednak ulegać wątpliwości, że postępowanie prowadzone przed komisją zmierza do wywołania skutków prawnych, a zatem czynności w nim podejmowane mają przymiot czynności prawnych w rozumieniu prawa cywilnego²¹. Konstatacji tej nie zmienia okoliczność, że niektóre z tych czynności mają charakter czysto proceduralny. Czynności procesowe są bowiem zwykle uznawane za szczególną podgrupę czynności prawnych²². W praktyce zachowanie podmiotu składającego wniosek zawsze przekłada się na określone skutki prawne, związane z różnymi sposobami zakończenia postępowania przed wojewódzką komisją. Dotyczy to w szczególności czynności wnioskodawcy dotyczących

¹⁸ Zdarzeniem medycznym w rozumieniu art. 67a ust. 1 UstPrP jest zakażenie pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia pacjenta albo śmierć pacjenta, będące następstwem niezgodnych z aktualną wiedzą medyczną: 1) diagnozy, jeżeli spowodowała ona niewłaściwe leczenie albo opóźniła właściwe leczenie, przyczyniając się do rozwoju choroby, 2) leczenia, w tym wykonania zabiegu operacyjnego, lub 3) zastosowania produktu leczniczego lub wyrobu medycznego.

¹⁹ Ma to podkreślać specyfikę postępowania przed komisjami wojewódzkimi, gdzie o ustaleniu odpowiedzialności szpitala decydują nieco inne przesłanki niż te, które są badane w zwykłym procesie cywilnym dotyczącym szkód medycznych.

²⁰ Por. W. Robaczyński, (w:) *Komentarz*, s. 1086, pkt 4.

²¹ Odnośnie do pojęcia czynności prawnej zob. m.in. M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego – część ogólna*, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, wyd. 2, Warszawa: Wolters Kluwer 2014, s. 609 i n.

²² Zamiast wielu, zob. A. Kościółek, *Elektroniczne czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa: Wolters Kluwer 2012, s. 50 i n. oraz powołana tam literatura.

korzystania z inicjatywy dowodowej, powoływania odpowiednich twierdzeń i zarzutów, czy też podejmowania decyzji o przyjęciu lub odrzuceniu propozycji ubezpieczyciela co do wysokości odszkodowania lub zadośćuczynienia.

Przyjmując w tym miejscu, że w pełni uzasadnione jest, by ewentualną reprezentację podmiotu składającego wniosek do wojewódzkiej komisji ds. orzekania o zdarzeniach medycznych rozważać w kontekście przepisów k.c. o przedstawicielstwie, pozostaje jeszcze ustalić, czy nie zachodzi jeden z wyjątków przewidzianych w art. 95 § 1 k.c., kiedy możliwość działania przez przedstawiciela zostaje wyłączona.

Pierwszy z tych wyjątków dotyczy przypadku, w którym niedopuszczalność przedstawicielstwa wynika ze szczególnego przepisu ustawy. Regulacja rozdziału 13a UstPrP nigdzie jednak nie wprowadza zakazu działania przez pełnomocnika, a samo milczenie ustawy w tym względzie nie może być odczytywane jako przełamanie ogólnej zasady z art. 95 § 1 k.c. Także wzmianki o innych formach przedstawicielstwa obecne w przepisach regulujących postępowanie przed wojewódzkimi komisjami nie powinny służyć do wyprowadzania zbyt daleko idących wniosków w drodze rozumowania *a contrario*. Takie wzmianki da się wytłumaczyć bez potrzeby stawiania tezy o zakazie działania wnioskodawcy przez pełnomocnika. Przykładowo, gdy chodzi o art. 67b ust. 1 pkt 1 UstPrP, to przedstawiciel ustawowy pacjenta został wprost wymieniony jako podmiot uprawniony do złożenia wniosku, bo – jak już powiedziano – ma on samodzielną rolę w postępowaniu. Roli takiej nie przyznano natomiast pełnomocnikowi, który jeśli już pojawi się w sprawie, to będzie tylko „zastępcą” danej strony. W tym kontekście należy zauważyć, że – zakładając generalną dopuszczalność umocowania – pełnomocnikiem może się posłużyć nie tylko pacjent, lecz również jego przedstawiciel ustawowy, jeżeli to on składa wniosek. Konkluzja ta powinna być równie oczywista

jak okoliczność, że pełnomocnika może ustanowić także każda z osób, której odpowiedzialności dotyczy postępowanie, czyli prowadzący szpital podmiot leczniczy oraz ubezpieczyciel. Przeciwno możliwości korzystania z pełnomocników z pewnością nie przemawia również art. 67i ust. 2 UstPrP, który wskazuje, kto może uczestniczyć w posiedzeniach komisji. Jak już powiedziano, nie sposób przyjąć, że przepis ten zawiera zamkniętą listę podmiotów uprawnionych do udziału w posiedzeniu, skoro nie wspomina on o samym podmiocie leczniczym, kierowniku tego podmiotu czy o ubezpieczycielu. Analogicznie nie może być mowy o wykluczeniu obecności pełnomocnika podmiotu składającego wniosek. Udział w postępowaniu takiego pełnomocnika należy widzieć jako refleks ogólnych uprawnień „procesowych” przysługujących składającemu wniosek jako stronie postępowania przed wojewódzką komisją.

Przechodząc do drugiego kryterium, które zgodnie z art. 95 § 1 k.c. może przesądzać o niedopuszczalności przedstawicielstwa, a którym jest właściwość czynności prawnej, należy powiedzieć, że czynności dokonywane przed wojewódzkimi komisjami ds. orzekania o zdarzeniach medycznych nie wykazują specyfiki, która nakazywałaby przyjąć zakaz działania przez pełnomocnika. Przeciwnie – jest tu wiele analogii do sądowego postępowania cywilnego w sprawach odszkodowawczych, w których – jak wiadomo – korzystanie z pełnomocnika jest w pełni dopuszczalne (choć na specjalnych zasadach przewidzianych w Kodeksie postępowania cywilnego). Należy jednak pamiętać, że przepisy k.p.c. o pełnomocnictwie procesowym również wpisują się w ogólną konstrukcję przedstawicielstwa, uregulowaną w Kodeksie cywilnym. Także w procesie prowadzonym przed sądem powszechnym może się pojawić potrzeba odwołania do art. 95 i n. k.c. w celu rozstrzygnięcia rozmaitych kwestii szczegółowych²³. Owszem,

²³ Zob. np. uchwałę 7 sędziów SN z 8 lipca 2008 r., III CZP 154/07, LEX nr 396255, w której rozważana była możliwość potwierdzenia czynności procesowych dokonanych bez należytego umocowania w trybie art. 103–104 k.c.

w cywilnym postępowaniu sądowym, zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali*, pierwszeństwo mają przepisy k.p.c. Natomiast w postępowaniu przed wojewódzką komisją, wobec milczenia przepisów UstPrP i wobec braku odesłania do art. 86 i n. k.p.c., przyjęć należy, że bezpośrednie zastosowanie znajdują ogólne przepisy Kodeksu cywilnego.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że w ujęciu jurydycznym nie ma żadnych przeszkód, by którakolwiek ze stron postępowania przed wojewódzką komisją posłużyła się pełnomocnikiem. Trzeba jedynie odnotować, że w przypadku, gdyby to jeden ze spadkobierców, będący – zgodnie z art. 67d ust. 1 pkt 4 UstPrP – pełnomocnikiem pozostałych, zdecydował o ustanowieniu zastępcy, to w grę wejdzie art. 106 k.c. Taki zastępca będzie bowiem w istocie dalszym pełnomocnikiem, a zatem możliwość jego ustanowienia powinna znajdować podstawę w woli pozostałych spadkobierców, uwidocznionej najczęściej w pierwotnym pełnomocnictwie.

Jak się słusznie zauważa, w postępowaniu dotyczącym odpowiedzialności za zdarzenia medyczne pomoc pełnomocnika, w tym zwłaszcza pełnomocnika zawodowego, może się okazać nie tylko potrzebna²⁴, ale wręcz kluczowa dla powodzenia sprawy. Surowe konsekwencje złożenia nieprawidłowego wniosku²⁵, niejasne przesłanki uznania danego zdarzenia za zdarzenie medyczne²⁶, potrzeba przeprowadzenia postępowania dowodowego²⁷, obowiązek ustosunkowania się do twierdzeń strony przeciwnej²⁸ czy wreszcie ocena szans

powodzenia sprawy sądowej w razie odrzucenia propozycji ubezpieczyciela – to tylko niektóre problemy, które czynią zrozumiałą potrzebę skorzystania z usług adwokata lub radcy prawnego²⁹.

Trzeba jednocześnie zauważyć, że możliwości podmiotu składającego wniosek co do wyboru osoby pełnomocnika są w tym przypadku szersze niż w procesie cywilnym. W szczególności należy uznać, że w sprawie przed wojewódzką komisją pełnomocnikiem mogą być nie tylko podmioty wymienione w art. 87 k.p.c., który – jak już powiedziano – nie znajduje tu zastosowania, ale także inne osoby. Przepisy Kodeksu cywilnego nie wprowadzają w tym względzie ograniczeń. Przykładowo można sobie zatem wyobrazić, że pacjent ustanowi swym pełnomocnikiem lekarza, którego specjalizacja daje nadzieję na sprawne poruszanie się w ramach problematyki medycznej, będącej przedmiotem oceny komisji. Podobnie zupełnie racjonalne wydaje się, by dopuścić reprezentację pacjenta np. przez dalszego krewnego, który może zastępować wnioskodawcę w okresie, gdy ten nie jest w stanie – z różnych względów – uczestniczyć w postępowaniu lub należyście nim kierować. Dopuszczenie udziału bardzo szerokiego grona osób jako potencjalnych pełnomocników wydaje się przy tym zgodne z ogólnym celem nowej regulacji, która – poprzez wprowadzenie postępowania *sui generis*, o charakterze ugodoowo-mediacyjnym³⁰ – miała stanowić alternatywę dla sformalizowanego procesu sądowego.

Przyjmując zatem ostateczną konkluzję, zgodnie z którą każdy z uczestników postę-

²⁴ Por. H. Frąckowiak, *Postępowanie*, s. 14D–15D.

²⁵ Ustawa przewiduje zwrot niekompletnego lub nienależycie opłaconego wniosku bez możliwości uzupełnienia braków formalnych, zob. art. 67d ust. 5 UstPrP.

²⁶ Zamiast wielu, zob. M. Serwach, *Zasady i tryb ustalania odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych*, „Prawo Asekuracyjne” 2011, nr 4, s. 29 i n. oraz K. Krupa-Lipińska, *Odpowiedzialność*, s. 98 i n.

²⁷ Art. 67i ust. 5 UstPrP stanowi, że wojewódzka komisja rozpatruje dowody przedstawione przez podmiot składający wniosek.

²⁸ Zob. art. 210 k.p.c., stosowany odpowiednio przed wojewódzką komisją na podstawie odesłania z art. 67o UstPrP.

²⁹ Por. H. Frąckowiak, *Postępowanie*, s. 15D.

³⁰ Zob. projekt ustawy wprowadzającej postępowanie przed wojewódzkimi komisjami, Sejm RP, VI kadencja, druk sejmowy nr 3488 z 15 października 2010 r., s. 7 uzasadnienia projektu.

powania przed wojewódzką komisją może korzystać z pomocy pełnomocnika na zasadach przewidzianych w Kodeksie cywilnym, wypada dodać, że koncepcja ta jest zgodna ze stanowiskiem Ministerstwa Zdrowia. Rozważany tu problem prawny stanowił przedmiot interpelacji poselskiej złożonej w Sejmie w dniu 27 lipca 2012 r. Interpelacja obejmowała pytanie, czy w postępowaniu przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych wnioskodawca może ustanowić profesjonalnego pełnomocnika (radcę prawnego lub adwokata), a gdyby odpowiedź miała być negatywna, to czy nie zachodzi w tym względzie potrzeba nowelizacji ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta³¹. Na interpelację tę odpowiedział przedstawiciel Ministerstwa Zdrowia, który powołując się na regulację pełnomocnictwa w Kodeksie cywilnym, wywodził, że daje ona wystarczające podstawy do działania pełnomocnika wnioskodawcy w postępowaniu przed komisjami wojewódzkimi³². Tym samym resort zdrowia odrzucił sugestię o potrzebie nowelizacji ustawy. Stanowisko to zasługuje na akceptację.

4. PROCEDURALNE KONSEKWENCJE USTANOWIENIA PEŁNOMOCNIKA

W świetle poczynionych dotychczas ustaleń warto przyrzeć się bliżej wybranym przepisom k.p.c., do których odsyła art. 67o UstPrP, w kontekście ich odpowiedniego zastosowania w sprawach, w których strona (w tym zwłaszcza podmiot składający wniosek) skorzystała z prawa ustanowienia reprezentacji.

Po pierwsze, zauważmy, że jeżeli w sprawie

występuje pełnomocnik, to zgodnie z art. 133 § 3 k.p.c. doręczeń powinno się dokonywać pełnomocnikowi. Artykuł 141 k.p.c. wyjaśnia przy tym, że pełnomocnikowi kilku osób (np. spadkobierców) doręcza się jeden egzemplarz pisma, w przypadku zaś, gdy strona ustanowiła więcej niż jednego pełnomocnika, wystarczy doręczenie pisma jednemu z nich.

Po wtóre, art. 158 § 1 k.p.c. – dotyczący treści protokołu – nakazuje przyjąć, że pełnomocników stron obecnych na posiedzeniu wojewódzkiej komisji należy każdorazowo wymienić w protokole posiedzenia.

Po trzecie, warto pamiętać, że w razie uzasadnionej potrzeby przewodniczący może udzielać stronom niezbędnych pouczeń, a także zwrócić uwagę na celowość ustanowienia pełnomocnika procesowego (art. 212 § 2 k.p.c.).

Po czwarte wreszcie, w celu dokładniejszego wyjaśnienia stanu sprawy można zarządzić stawienie się stron lub jednej z nich osobiście albo przez pełnomocnika (art. 216 k.p.c.).

Jak przekonuje praktyka funkcjonowania wojewódzkich komisji, możliwość działania przez pełnomocnika wszystkich stron postępowania, w tym podmiotu składającego wniosek, nie jest zwykle kwestionowana. Konsekwencje proceduralne, wynikające z odpowiednio stosowanych przepisów k.p.c., są zresztą często uwzględniane w wewnętrznych regulaminach działania poszczególnych komisji wojewódzkich, uchwalanych na podstawie art. 67e ust. 13 UstPrP. Dla przykładu, Regulamin Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych w Poznaniu³³ w § 19 ust. 2 stanowi o sprawdzeniu tożsamości osób stawających na posiedzeniu oraz ich pełnomocników. Z kolei

³¹ Zob. treść interpelacji nr 7664 skierowanej do Prezesa Rady Ministrów przez posłankę Wandę Nowicką, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=1C0296A2> (data ostatniego dostępu – 15 grudnia 2014 r.).

³² Zob. <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=74405FDB> (data ostatniego dostępu – 15 grudnia 2014 r.). Nieco zaskakujące jest jedynie to, że uznając możliwość działania przez pełnomocnika przed wojewódzkimi komisjami ds. orzekania o zdarzeniach medycznych, przedstawiciel resortu zdrowia powołał się na konstrukcję pełnomocnictwa ogólnego (do czynności zwykłego zarządu), uregulowaną w art. 98 k.c.

³³ Tekst jednolity regulaminu z 30 stycznia 2012 r., uwzględniający późniejsze zmiany, jest opublikowany na stronie www.poznan.uw.gov.pl/system/files/zalaczniki/regulamin_wojewodzkiej_komisji_-_tekst_jednolity_2014r.doc (data ostatniego dostępu – 15 grudnia 2014 r.).

w § 21 zastrzeżono możliwość wezwania strony do stawiennictwa osobistego lub przez pełnomocnika (bez jakiegokolwiek zróżnicowania, o którą stronę chodzi). Natomiast § 29 ust. 2 pkt 3 powołanego regulaminu statuuje obowiązek odnotowania w protokole posiedzenia m.in. obecności podmiotu składającego wniosek oraz jego przedstawicieli ustawowych lub pełnomocników. Analogiczne postanowienia można znaleźć w posiadających niemal tożsame brzmienie regulaminach Wojewódzkich Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych w Łodzi³⁴ i w Opolu³⁵ (zob. § 24 ust. 2 zd. 1, § 27 oraz § 35 ust. 2 pkt 3 powołanych regulaminów).

Szczególnym przykładem jest natomiast Regulamin Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych w Warszawie³⁶. Również tutaj do regulaminu transponowano stosowne unormowania k.p.c. (zob. np. § 33 ust. 2, § 36, § 45 ust. 5 pkt 3 oraz § 54). Wątpliwości może jednak budzić regulacja zawarta w § 38 regulaminu. Z jednej strony znajdziemy tam zastrzeżenie, że uczestnicy postępowania (w tym pacjent) mogą działać przed wojewódzką komisją osobiście lub przez pełnomocników (§ 38 ust. 1 i 2), z drugiej jednak strony w dalszych ustępach pojawiają się dodatkowe zastrzeżenia, dla których trudno wskazać odpowiednią podstawę prawną. Przykładowo § 38 ust. 3 cytowanego regulaminu przewiduje, że pełnomocnikiem uczestnika może być adwokat lub radca prawny, jak również rodzice, małżonek, rodzeństwo lub zstępni pacjenta oraz osoby pozostające z pacjentem w stosunku przysposobienia. Regulacja ta jest ewidentnie

wzorowana na treści art. 87 § 1 *in fine* k.p.c. Gdyby przyjąć, że jest to wyliczenie wyczerpujące, oznaczałoby to ograniczenie możliwości osoby składającej wniosek w stosunku do uprawnień wynikających z Kodeksu cywilnego. Ograniczenie takie dla swej skuteczności musiałoby mieć jednak podstawę ustawową. Postanowienia wewnętrznego regulaminu uchwalonego przez wojewódzką komisję z pewnością nie są tu wystarczające. Łagodniej natomiast należy ocenić postanowienia zawarte w § 38 ust. 5–12 regulaminu komisji wojewódzkiej w Warszawie (także wzorowane na Kodeksie postępowania cywilnego), które dotyczą różnych zagadnień technicznych, takich jak np. możliwość udzielenia pełnomocnictwa do całej sprawy lub tylko do niektórych czynności, konieczność dołączenia do akt oryginału lub odpisu pełnomocnictwa, kwestia sposobu udzielenia umocowania w toku sprawy czy problem wygaśnięcia (w tym wypowiedzenia) pełnomocnictwa.

Błędu, jaki pojawił się w § 38 ust. 3 regulaminu komisji warszawskiej, nie powtarza natomiast Regulamin Wojewódzkiej Komisji do Spraw Orzekania o Zdarzeniach Medycznych w Krakowie³⁷. Regulamin ten, w rozważanej tu kwestii pełnomocnictwa, można uznać za wzorcowy. W jego § 43 ust. 2 najpierw wyraźnie przesądzono, że każda ze stron może występować osobiście lub przez pełnomocników, a w kolejnych ustępach (§ 43 ust. 3–11) uregulowano liczne kwestie proceduralne związane z działaniem pełnomocnika (w tym pełnomocnika zawodowego³⁸), nie wprowadzając jednak nieuzasadnionych zakazów i ograniczeń³⁹.

³⁴ Regulamin stanowi Załącznik do uchwały nr 1/2012 Wojewódzkiej Komisji do spraw Orzekania o Zdarzeniach Medycznych w Łodzi z 15 lutego 2012 r.

³⁵ Tekst jednolity regulaminu z 31 stycznia 2012 r., uwzględniający późniejsze zmiany, jest dostępny na stronie <https://bipouw.e-wojewoda.pl/pl/c/wojewodzka-komisja-ds-orzekania-o-zdarzeniach-medycznych.html> (data ostatniego dostępu – 15 grudnia 2014 r.).

³⁶ Zob. tekst regulaminu Komisji Wojewódzkiej w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r. opublikowany na stronie <http://www.mazowieckie.pl/download/1/20025/RegulaminWojewodzkiejKomisjidsOrzekaniaoZdarzeniach.pdf> (data ostatniego dostępu – 15 grudnia 2014 r.).

³⁷ Wersja ujednolicona z maja 2013 r. dostępna na stronie http://malopolska.uw.gov.pl/doc/prod_954038.pdf (data ostatniego dostępu – 15 grudnia 2014 r.).

³⁸ Zob. § 43 ust. 5 i ust. 10 regulaminu komisji wojewódzkiej w Krakowie.

³⁹ Należy dodać, że także inne postanowienia analizowanego regulaminu wyraźnie uwzględniają okoliczność,

5. KONKLUZJE

Mimo milczenia UstPrP możliwość korzystania z pełnomocników w sprawach prowadzonych przed wojewódzkimi komisjami ds. orzekania o zdarzeniach medycznych nie powinna być kwestionowana. Uprawnienie takie przysługuje każdemu podmiotowi składającemu wniosek, niezależnie od tego, czy jest nim pacjent, jego przedstawiciel ustawowy, czy spadkobierca poszkodowanego. Podstawy prawnej dla ustanowienia pełnomocnika należy upatrywać bezpośrednio w przepisach Kodeksu cywilnego (art. 95 i n. k.c.). Istniejący stan prawny nie wymaga przy tym pilnej interwencji prawodawcy, mimo że brak szczegółowej regulacji dotyczącej pełnomocnictwa w postępowaniu przed komisjami wojewódzkimi pozostawia naturalnie pewne znaki zapytania. Warto na przykład zauważyć, że koszty ewentualnego zastępstwa, zwłaszcza

ze strony profesjonalnego pełnomocnika, nie zostały zaliczone do kosztów postępowania, które podlegałyby odpowiedniemu rozliczeniu (zob. art. 67l ust. 5 UstPrP). Należy zatem przyjąć, że każda ze stron samodzielnie ponosi koszty swej reprezentacji w sprawie. Podmiot składający wniosek nie może liczyć na zwrot honorarium, jakie będzie musiał zapłacić reprezentującemu go adwokatowi czy radcy prawnemu, nawet jeżeli komisja orzeknie, że doszło do zdarzenia medycznego. Z drugiej strony, w razie niepowodzenia postępowania, nie ma podstaw do tego, by składającego wniosek obciążyć kosztami reprezentacji podmiotu leczniczego oraz ubezpieczyciela. Rozwiązanie takie – choć dyskusyjne – nie jest pozbawione racji. Można je uzasadnić celami analizowanej regulacji, która – jak wynika m.in. z art. 57l ust. 7 UstPrP – ma na względzie „zrównoważenie interesów pacjentów i szpitali”, także gdy chodzi o koszty postępowania⁴⁰.

że każda ze stron może być reprezentowana przez pełnomocnika, zob. np. § 20 ust. 4 lit. a i d, § 25 ust. 2, § 25 ust. 14 oraz § 26 ust. 2.

⁴⁰ Zgodnie z dyspozycją powołanego przepisu i na podstawie przewidzianej w nim delegacji ustawowej w rozporządzeniu z 23 grudnia 2011 r. Minister Zdrowia określił zryczałtowaną wysokość niektórych kosztów w postępowaniu przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych (Dz.U. nr 294, poz. 1740).

Summary

Michał Wojewoda

THE PROBLEM OF REPRESENTATION IN PROCEEDINGS CONCERNING LIABILITY FOR MEDICAL OCCURRENCES

The Polish law of November 6, 2008 on patient's rights and the Patient's Ombudsman - in its amended version that entered into force on January 1, 2012 - has introduced a new type of extrajudicial proceedings concerning the liability for medical occurrences. The decision whether a given situation is to be considered as a "medical occurrence" in the meaning of the statute is taken by special Voivodeship Commissions which are made of independent doctors and lawyers. Unfortunately the proceedings in front of the Commissions have not been regulated in a comprehensive way. To a limited extent the provisions of the Code of Civil Procedure are applicable but other details are decided in the rules of procedure adopted separately by each Voivodeship Commission. One of the important questions that is not answered directly by the statute is the right of a patient to be represented by a professional attorney. Statutory provisions regulating proceedings in front of the Commission make no mention of such possibility, also the reference to the Code of Civil Procedure does not cover rules on professional representation. The author argues, though, that the above situation could not lead to a conclusion that patients' representation is not permitted.

It must be kept in mind that proceedings in front of Voivodeship Commissions concern civil law relationships where the Civil Code is directly applicable. Thus, in absence of special provisions of the statute, patients' representation can be based on art. 95 ff of the Civil Code. In the light of the said provisions civil law subjects are not obliged to act in person but can avail themselves of the assistance of representatives of their choice. This rule holds true also in special proceedings concerning liability for medical occurrences. Consequently, it should not be contested that also professional attorneys can stand in front of Voivodeship Commissions on behalf of those patients who decided for such representation.

KEY WORDS: Voivodeship Commissions for medical occurrences, representation by professional attorneys

POJĘCIA KLUCZOWE: wojewódzkie komisje do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, reprezentacja przez zawodowego pełnomocnika

CZYNNY ŻAL SPRAWCY USIŁOWANIA (cz. 2)

IV. Sprawca, który dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi przestępstwu, nie podlega karze za usiłowanie (art. 15 § 1 k.k.). Karalność czynu jest jednym z elementów struktury przestępstwa¹. Ustawa, wprowadzając bezkarność sprawcy usiłowania, który przecież zrealizował znamiona określonego typu czynu zabronionego w formie stadialnej, wprowadza jednocześnie brak przestępności tego czynu. Klauzula bezkarności dekompletuje bowiem strukturę przestępstwa, eliminując jeden z koniecznych jej elementów². Wskazać trzeba, że na podstawie art. 17 § 2 k.k. sprawca, który uzyskał bezkarność, przejawiając czynny żal przy usiłowaniu, wolny jest od odpowiedzialności za wcześniejsze stadium *iter delicti*, czyli za przygotowanie, o ile jest ono w danym wypadku karalne (art. 16 § 2 k.k.). Ustawodawca wychodzi z założenia, że odpowiedzialność za przygotowanie jest subsydiarna w stosunku do odpowiedzialności za usiłowanie. W związ-

ku z tym, skoro człowiek wycofał się z dokonania przestępstwa na etapie usiłowania, to logiczne jest, że powinien również być wolny od kary za wykonanie karalnych czynności prowadzących do przestępstwa, z którego sprawca na wyższym etapie kontynuowania czynności przestępczych wycofał się³.

V. Trzecią formą czynnego żalu uregulowaną w art. 15 k.k. jest dobrowolne staranie się o zapobiegnięcie skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego⁴. Tzw. **bezskuteczny czynny żal** odnosi się jedynie do usiłowania zakończonego przestępstw materialnych. Sprawca, chociaż nie zapobiegł skutkowi, to starał się dobrowolnie zapobiec, a więc względy kryminalnopolityczne uzasadniają przyznanie mu jakiegoś przywileju. Tym przywilejem jest możliwość zastosowania przez sąd nadzwyczajnego złagodzenia kary⁵. Podkreślić trzeba, że sąd może równie dobrze orzec karę

¹ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, s. 177–178.

² Zob. wyrok SA w Katowicach z 22 listopada 2012 r., II AKa 464/12, LEX nr 1236458. Warto zauważyć, że w Kodeksie karnym z 1932 r. była mowa o tym, że sprawca wykazujący czynny żal „nie odpowiada za usiłowanie”. Sformułowanie takie rodziło wątpliwości, jakie powinny być prawne konsekwencje czynnego żalu. W. Wolter (*Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna. Tom I*, Warszawa 1947, s. 334) wskazywał, że czynny żal wyłącza przestępność czynu lub winę *ex post*. Podobnie zdaniem J. Makarewicza (*Kodeks*, s. 84) zwrot „nie odpowiada za...” jest identyczny ze zwrotem „nie popełnia przestępstwa”. S. Śliwiński (*Polskie prawo karne*, s. 308) wywodził jednak, że przy czynnym żalu występuje zarówno usiłowanie, jak i wina. Mamy więc do czynienia z „bezkarnym przestępstwem” (można to porównać do sytuacji odstąpienia od wymierzenia kary).

³ G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności*, s. 311. Regulacji takiej brakowało w poprzednim stanie prawnym, jednak stanowisko doktryny i orzecznictwa było zbieżne z normą wynikającą z art. 17 § 2 obowiązującego k.k. (zob. A. Wąsek, *Kodeks*, s. 234). Słusznie podkreśla J. Giezek (*Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2012, teza 4 do art. 17), że karalność przygotowania mogłaby zniechęcać sprawcę, który już w trakcie usiłowania był skłonny rozważyć powstrzymanie się od realizacji swego zamiaru, co – z punktu widzenia ochrony dobra prawnego – ma znaczenie priorytetowe.

⁴ Należy krytycznie odnieść się do stwierdzenia G. Rejman (*Zasady odpowiedzialności*, s. 301–302), że przepis art. 15 § 2 k.k. może mieć zastosowanie w przypadku współsprawstwa, jeżeli jeden z współdziałających, odstępując od dokonania, wpływa na innych do podjęcia takiego samego czynu, lecz bezskutecznie. Jak już wspomniałem wcześniej, opisana sytuacja powinna być kwalifikowana na podstawie art. 23 § 2 k.k.

⁵ Wskazana możliwość, a nie obowiązek, ma swoje konsekwencje procesowe. W przypadku gdyby sąd nie zastosował nadzwyczajnego złagodzenia kary, oskarżony (jego obrońca) nie mógłby postawić zarzutu odwoławczego naruszenia prawa materialnego poprzez niezastosowanie art. 15 § 2 k.k. Zauważyć należy, że w Kodeksie wykroczeń

w granicach ustawowego wymiaru. „Staranie się” sprawcy musi być ukończone w sensie subiektywnym. Sprawca powinien zrealizować wszystkie czynności, które zgodnie z jego wyobrażeniem są konieczne do zapobieżenia skutkowi. Jeśli więc sprawca podejmuje nieadekwatne i obiektywnie nieudolne starania o zapobieżenie skutkowi, będąc przeświadczonym co do skuteczności swoich działań, a skutek przestępny nie następuje z uwagi na zdarzenia niezależne od sprawcy, to może on liczyć na zastosowanie wobec niego dobrodziejstwa z art. 15 § 2 k.k.⁶ Jeśli natomiast sprawca zaprzestaje starań ze świadomością, że nie zapobiegnie skutkowi, to jego zachowanie nie może być uznane za przejaw czynnego żalu, choć sąd powinien pozytywnie uwzględnić nieukończone starania sprawcy przy wymiarze kary. Zachowanie sprawcy musi jednak być rzeczywiste, a nie pozorowane. Nie może ono być tak irracjonalne, że neguje istnienie po stronie sprawcy zamiaru zapobieżenia skutkowi⁷. Podobnie jak w przypadku skutecznego zapobieżenia skutkowi przestępnemu, sprawca, „starając się”, może korzystać z pomocy innych osób. Wskazać trzeba, że w sytuacji gdy do skutku przestępnego nie doszło, jednak czynności podjęte przez sprawcę lub inne oso-

by z jego inicjatywy były niewystarczające do zapobieżenia temu skutkowi, sprawca może liczyć najwyżej na nadzwyczajne złagodzenie kary na podstawie art. 15 § 2 k.k. Bezkarność nie wchodzi w grę, o skuteczności czynnego żalu nie decyduje bowiem samo niewystąpienie skutku, ale mające określoną wartość kausalną zapobieżenie jego wystąpieniu przez sprawcę⁸.

VI. Przejść teraz trzeba do omówienia podmiotowej przesłanki czynnego żalu, czyli **dobrowolności**⁹. Kwestia interpretacji tego znamienia nie jest do tej pory jednoznacznie rozstrzygnięta. Spowodowane jest to tym, że nie ma ustawowej definicji „dobrowolności”, więc ciężar wypełnienia treścią tego pojęcia spoczywa na doktrynie i orzecznictwie. Już w połowie XIX w. S. Budziński pisał, że „dwie są przyczyny, dla których człowiek zawiesza rozpoczęte działanie: nie chcieć lub nie móc”¹⁰. Blisko sto lat później na takim podziale usiłowania zaniechanego oparł się S. Śliwiński. Autor wskazał, że „dobrowolnie odstępuje ten, kto może powiedzieć «mogę dopiąć zamierzonego celu, ale nie chcę». Niedobrowolnie odstępuje zaś ten, kto musi powiedzieć: «chciałbym dopiąć zamierzonego celu, ale nie mogę»”¹¹. Podobnie

nie przewidziano instytucji bezskutecznego czynnego żalu. Jeśli więc sprawca dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi stanowiącemu zniamię czynu zabronionego (wykroczenia), może liczyć na nadzwyczajne złagodzenie kary tylko na zasadach ogólnych (art. 39 k.w.).

⁶ Zob. A. Liszewska, *System prawa karnego*, s. 792. Należy przywołać trafne orzeczenie SN (postanowienie z 24 listopada 2005 r., III KO 52/04, LEX nr 164384), zgodnie z którym „jeżeli chodzi o starania sprawcy o naprawienie szkody lub jej zapobieżenie, to podstawą nadzwyczajnego złagodzenia jest wyrażona w ten sposób pozytywna postawa sprawcy, który przejawia czynny żal i zmierza do zapobieżenia skutkom przestępstwa. W odróżnieniu od ustawowych klauzul niekaralności (zob. art. 15 § 1, art. 23 § 1 k.k.) **starania sprawcy nie muszą być w pełni skuteczne, muszą jednak świadczyć o jego pozytywnej postawie** [podkr. P.P.], wobec której wymierzanie kary w granicach ustawowego zagrożenia byłoby zbyt surowe”.

⁷ R. Zawłocki, *Kodeks*, s. 640–641. Zob. też A. Zoll, *Kodeks*, s. 228.

⁸ J. Giezek, *Prawo karne materialne*, s. 225–226. Zob. też A. Liszewska, *System prawa karnego*, s. 791, a także J. Wojciechowski, *Kodeks*, s. 49.

⁹ Należy zaznaczyć, że w odniesieniu do czynnego żalu sprawcy usiłowania przestępstwa skarbowego przesłanka dobrowolności nie ma zastosowania (art. 21 § 3 *in fine* w zw. z art. 20 § 4 Kodeksu karnego skarbowego). Powód odstąpienia lub podjęcia starań dla zapobieżenia dokonaniu czynu oraz wewnętrzne nastawienie sprawcy są ze względu na przedmiot ochrony prawa karnego skarbowego obojętne; istotne jest, aby interes finansowy Skarbu Państwa (jednostki samorządu terytorialnego) nie doznał uszczerbku.

¹⁰ S. Budziński, *Wykład*, s. 174.

¹¹ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne*, s. 308.

wypowiadali się m.in. K. Buchała¹², R. Frank, K. Mioduski i R. A. Stefański¹³. Jak już jednak wspomniałem wcześniej, w sytuacji, w której sprawca uważa, że realizacja zamiaru przestępnego jest niemożliwa (usiłowanie chybione), nie można w ogóle mówić o odstępieniu od czynu¹⁴. Należy więc stwierdzić, że wskazany wyżej sposób ustalania, czy sprawca zachował się dobrowolnie, trzeba odrzucić. Kwestię dobrowolności powinno się brać pod uwagę tylko wtedy, gdy sprawca **uświadamiał sobie możliwość dokonania czynu zabronionego**. W orzecznictwie Sądu Najwyższego spotkać można liczne judykaty świadczące o tym, że Sąd ten nie dostrzegał różnic między usiłowaniem chybionym a nie-dobrowolnym odstępieniem¹⁵.

Wskazać trzeba, jak podchodzą do omawianego zagadnienia inni przedstawiciele doktryny. Zdaniem A. Zolla „dobrowolność odstąpienia od dokonania czynu zabronionego można przyjąć wtedy, gdy sprawca uświadamia sobie możliwość kontynuowania zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania, ale nie ma już zamiaru popełnienia czynu zabronionego”; natomiast „dobrowolność zapobieżenia skutkowi będzie miała miejsce wtedy, kiedy

sprawca zdaje sobie sprawę z możliwości dopuszczenia do powstania skutku, lecz obecnie chce, aby skutek nie nastąpił”¹⁶. R. Zawłocki wskazuje, że „dobrowolność cechująca czynny żal sprawcy musi być wynikiem jego własnych przeżyć psychicznych, tj. aktem jego własnej woli”, która może być względnie determinowana przez okoliczności zewnętrzne, w tym zachowania innych osób¹⁷. Z kolei W. Świda podkreśla, że „dobrowolność odstąpienia od usiłowania zachodzi wtedy, gdy następuje ono niezależnie od istniejących zewnętrznych przeszkód”¹⁸. Zdaniem A. Spotowskiego „dobrowolne odstąpienie zachodzi wtedy, gdy sprawca swym zachowaniem przekonuje, że chce przestrzegać porządku prawnego; nie-dobrowolne odstąpienie zachodzi natomiast wtedy, gdy sprawca przerywa swą działalność przestępną nie po to, aby przestrzegać porządku prawnego, lecz ze względów taktycznych”¹⁹.

Omawiana kwestia była często przedmiotem rozstrzygnięć sądowych. Zgodnie z wyrokiem SN z 4 czerwca 1934 r.²⁰, „przy «dobrowolnem odstąpieniu od działania» w wypadku, gdy istnieją przyczyny tegoż ze-

¹² K. Buchała, *Prawo karne*, s. 366. Przy ustaleniu dobrowolności odstąpienia „może być pomocny test, według którego można stwierdzić, czy sprawca miał realną możliwość dokonania przestępstwa bez istotnego ryzyka wykrycia i z tej możliwości skorzystał nie chciał (*quia non voluit*), czy też odstąpił dlatego, że w danych warunkach nie mógł dokonać przestępstwa (*quia non potuit*)”. Autor jednocześnie podkreśla, że „zapobieganie stwarza bardziej klarowne sytuacje pod kątem oceny jego dobrowolności, która zachodzi, gdy brak było nacisku zewnętrznej sytuacji, a więc gdy – realnie biorąc – sprawca mógł nie zapobiegać, a mimo to chciał zapobiec”.

¹³ R. Frank, *Vollendung und Versuch, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, Berlin 1908, s. 231 (podają za: A. Spotowski, *O odstąpieniu*, s. 92); K. Mioduski, *Kodeks*, s. 58; R. A. Stefański, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 193.

¹⁴ Zob. A. Spotowski, *O odstąpieniu*, s. 92.

¹⁵ Zob. wyroki SN: z 3 stycznia 1980 r., I KR 329/79, OSNKW 1980, nr 9, poz. 73; z 20 lutego 1987 r., III KR 15/87, OSNPG 1987, nr 8, poz. 97; z 11 czerwca 1987 r., II KR 135/87, OSNKW 1987, nr 11–12, poz. 108. SA w Krakowie orzekł w wyroku z 17 czerwca 2004 r. (II AKA 115/04, KZS 2004, z. 7–8, poz. 45), że „oskarżony nie odstąpił dobrowolnie od zamiaru obrabowania pokrzywdzonej, gdy po pobiciu uwierzył jej słowom, że nie ma ona pieniędzy, których się domagał, bowiem powodem rezygnacji nie było zaniechanie zamiaru wskutek poruszenia widokiem broczącej krwią ofiary (...), ale stwierdzenie – błędne jak się okazuje – iż zamiaru nie może zrealizować”.

¹⁶ A. Zoll, *Kodeks*, s. 222 i 226. Podobnie J. Giezek, *Prawo karne materialne*, s. 223–224; S. Lelental, *Prawo karne*, s. 281; L. Tyszkiewicz, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2008, s. 58.

¹⁷ R. Zawłocki, *Kodeks*, s. 637. Podobnie J. Wojciechowski, *Kodeks*, s. 47.

¹⁸ W. Świda, *Prawo karne*, s. 219. Podobnie I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1978, s. 198; M. Mozgawa, *Kodeks*, s. 51; W. Wolter, *Nauka*, s. 273.

¹⁹ A. Spotowski, *O odstąpieniu*, s. 94.

²⁰ III K 573/34, OSN(K) 1934, nr 12, poz. 305.

wewnętrzne i wewnętrzne, należy ustalić, czemu dać przewagę, woli sprawcy, czy też okolicznościom zewnętrznym. (...) Zachodzi brak cechy «dobrowolnego odstąpienia od działania», jeżeli zewnętrzne okoliczności wpłynęły w ten sposób na wolę sprawcy przymusowo, że według doświadczeń życia praktycznego, te właśnie zewnętrzne okoliczności usunęły duchową podniętę, która ukształtowała już była wolę popełnienia przestępstwa”. Natomiast w innym orzeczeniu²¹ SN stwierdził, że „o dobrowolnym odstąpieniu od działania (...) może być mowa tylko wówczas, gdy sprawca zupełnie niezależnie od przeszkód zewnętrznych zaniechał przedsięwziętej realizacji swego zamiaru przestępnego”. Podkreślono również słusznie, że nie traci cechy dobrowolności odstąpienie od niezakończonego usiłowania pod wpływem dezaprobaty czynu wyrażonej przez osobę trzecią, jeżeli sprawca nie musiał poddać się wspomnianemu wpływowi, który w świetle doświadczenia życiowego nie stanowił przyczyny decydującej o odstąpieniu, lecz tylko stwarzał jeden z bodźców do rezygnacji z przestępnego zamierzenia²². W kolejnym orzeczeniu²³ stwierdzono, że „jeżeli sprawca odstępuje od usiłowania wskutek niezalezienia w konkretnym czasie odpowiednich środków bądź osób, za pomocą których miał zrealizować swój czyn przestępny, to nie ma zastosowania przepis art. 13 § 1 k.k., gdyż warunkiem uzasadniającym jego zastosowanie jest, aby sprawca decyzję taką podjął «dobrowolnie»”. SA w Krakowie wskazał, że „dobrowolność odstąpienia od czynu zachodzi wtedy, gdy sprawca – mimo istnienia możliwości

osiągnięcia zamierzonego celu przestępczego – przerywa swe działanie z własnej woli, a więc dlatego, że sam chce je przerwać, a nie dlatego że osiągnięciu celu sprzeciwiają się przyczyny od niego niezależne. Nie jest zatem dobrowolnym odstąpieniem od przestępstwa rozboju, gdy usiłowanie dokonania go zostało zatamowane skuteczną obroną pokrzywdzonego, a sprawca uciekł, bojąc się, że zostanie ujęty”²⁴. W wyroku z 23 kwietnia 1998 r.²⁵ SA w Białymstoku stwierdził, że „o dobrowolnym odstąpieniu od czynu wyłączającym karalność usiłowania można mówić tylko wtedy, gdy sprawca świadomie i dobrowolnie, z własnej woli i inicjatywy, zaniecha dalszych czynności wykonawczych niezbędnych do wypełnienia wszystkich znamion zamierzonego przestępstwa”. Należy uznać jednak, że sąd nietrafnie włączył do warunków dobrowolności działanie sprawcy z własnej inicjatywy. Ustawa nie wprowadza takiego wymogu, trzeba więc stwierdzić, że sprawca może wykazać czynny żal w rozumieniu art. 15 k.k. nawet wtedy, gdy czyni to za namową lub prośbą innej osoby, np. pokrzywdzonego. Odstąpienie od dalszego usiłowania dokonania czynu zabronionego nie ma jednak charakteru dobrowolnego, gdy powiązane jest z interwencją osoby trzeciej²⁶.

Problematyczną kwestią przy ocenie przesłanki dobrowolności jest **motywacja sprawcy**. W piśmiennictwie zarysowały się wyraźnie dwa podejścia do tego zagadnienia. Zgodnie z ujęciem psychologicznym za dobrowolne zachowanie można uznać tylko takie, które zostało podjęte z motywacji zasługującej na pozytywną ocenę moralną²⁷. Podkreślić trze-

²¹ Wyrok z 8 czerwca 1953 r., I K 1428/52, OSNCK 1954, nr 1, poz. 14. Zob. też postanowienie SN z 27 września 2013 r., II KK 223/13, LEX nr 1388594, a także wyroki SN: z 14 września 1967 r., V KRN 599/67, OSNKW 1968, nr 2, poz. 14 oraz z 1 lipca 1975 r., II KR 367/74, OSNKW 1975, nr 12, poz. 157.

²² Wyrok SN z 5 stycznia 1973 r., III KR 258/72, OSNKW 1973, nr 7–8, poz. 92.

²³ Wyrok SN z 24 listopada 1975 r., I KR 209/75, LEX nr 21693.

²⁴ Wyrok z 16 maja 1991 r., II AKr 41/91, KZS 1991, z. 5, poz. 6. Podobnie sąd ten orzekł w wyroku z 22 października 1992 r., II AKr 182/92, KZS 1992, z. 11, poz. 1.

²⁵ II AKa 38/98, OSP 2000, nr 4, poz. 50. Krytyczna glosa J. Warylewskiego tamże. Podobnie orzekł SA w Lublinie w wyroku z 3 kwietnia 2007 r., II AKa 60/07, KZS 2007, z. 9, poz. 57.

²⁶ Postanowienie SN z 6 lutego 2013 r., V KK 300/12, LEX nr 1277798.

²⁷ Zdaniem Z. Papierkowskiego (*Glosa do wyroku SN z 14 września 1967 r., V KRN 599/67, „Nowe Prawo” 1968,*

ba, że w doktrynie przeważa jednak tzw. ujęcie normatywne, zgodnie z którym dla przyjęcia dobrowolności przy czynnym żalu nie mają znaczenia motywy działania sprawcy²⁸. Na gruncie kodeksów z 1969 i 1997 r. takie podejście prezentowali m.in. W. Wolter²⁹, G. Rejman³⁰, W. Kubala³¹, I. Andrejew, K. Mioduski, K. Buchała, E. Szwedek, A. Wąsek, M. Mozgawa, R. A. Stefański, A. Zoll³² oraz J. Raglewski³³. Pośrednie stanowisko w omawianej kwestii

zajmuje D. Gajdus³⁴. Należy opowiedzieć się za podejściem normatywnym w kwestii motywów dobrowolnego zachowania się sprawcy. Artykuł 15 k.k. nie wskazuje żadnych ograniczeń co do możliwych pobudek mu przyświecających. Wbrew więc nazwie instytucji, która zapewnia mu określone przywileje, nie musi on przejawiać „żalu” w sensie moralnym. Ujęcie psychologiczne nie dość, że nie ma poparcia w ustawie³⁵, to jeszcze przeczy temu, dla czego

nr 8–9, s. 1236–1237) dobrowolność musi być „wynikiem czynnego żalu, tzn. takiego nastroju psychicznego, który jest wyłączną albo przynajmniej dominującą pobudką skłaniającą sprawcę do zaniechania dalszego działania przestępnego, bądź do zapobieżenia powstaniu skutku przestępnego”. Autor podkreśla, że „sprawca powinien działać **pod wpływem wyrzutów sumienia** [podkr. P. P.]”. Podobnie pisał M. Szerer („Dobrowolne”, s. 628–630), zdaniem którego „w bodźcach decydujących o dobrowolności (...) musi mieścić się jakiś plus moralno-społeczny i to dopiero tłumaczy wyrozumiałość ustawy okazaną w art. 13 k.k.”. W przepisie nie ma bowiem żadnych „wskazań na indyferentyzm moralny ustawy wobec pobudek dobrowolnego odstąpienia od usiłowania”. A. Spotowski (*O odstąpieniu*, s. 94) wskazywał natomiast, że można mówić o dobrowolności „tylko wtedy, gdy sprawca odstępując od usiłowania manifestuje **chęć powrotu do przestrzegania porządku prawnego** [podkr. P. P.]”.

²⁸ Już S. Budziński (*Wykład*, s. 176–177) pisał, że „obojętną jest rzeczą, jakie pobudki skłoniły sprawcę do zaniechania dokonania czynu. Wszystko jedno, czy sprawcę powstrzymało sumienie, obawa kary lub niebezpieczeństwo albo współczucie. Stanowczem jest to, czy pobudką zaniechania dokonania była wolna wola lub też wola pod przymusem zewnętrznych okoliczności pozostająca”. Również E. Krzymuski (*System prawa karnego*, s. 143–144) podkreślał, że istotne jest, aby oskarżony z własnej woli, bez względu na pobudki, odstąpił od dalszej akcji.

²⁹ W. Wolter, *Nauka*, s. 273. Autor wskazał, że „jest rzeczą obojętną, jakimi pobudkami kierował się sprawca, gdy zaniechał usiłowania. Nie muszą nim kierować jakieś pobudki etyczne, **nie musi on moralnie żałować** [podkr. P. P.] tego, co chciał dokonać”.

³⁰ G. Rejman, *W kwestii dobrowolnego odstąpienia od usiłowania*, „Nowe Prawo” 1969, nr 3, s. 436. Autorka zauważyła, że „sumienie, wewnętrzna walka i treść motywów jest domeną moralności, a nie prawa”.

³¹ W. Kubala, *Glosa (krytyczna) do wyroku SN z 1 lipca 1975 r., II KR 367/74*, „Palestra” 1976, nr 4–5, s. 121–122. Autor podkreślił, że „powody odstąpienia to jedno zagadnienie, a ich ocena to drugie, odrębne zagadnienie. (...) Intencją wprowadzenia do ustawy dobrodziejstwa z art. 13 § 1 k.k. jest zachęcanie sprawców do odstępowania od przestępstw, i dlatego należy je interpretować w sposób rozszerzający pojemność danej normy prawnej”.

³² I. Andrejew, *Polskie*, s. 198; K. Mioduski, *Kodeks*, s. 58; K. Buchała, *Prawo karne*, s. 366; E. Szwedek, *Glosa (krytyczna) do wyroku SN z 1 lipca 1975 r., II KR 367/74*, *OSPika* 1976, nr 12, s. 551; A. Wąsek, *Kodeks*, s. 230; M. Mozgawa, *Kodeks*, s. 51; R. A. Stefański, *Prawo*, s. 193; A. Zoll, *Kodeks*, s. 224.

³³ J. Raglewski, *Dobrowolne odstąpienie od czynu jako przesłanka instytucji czynnego żalu*, *Prok. i Pr.* 1997, z. 3, s. 43–44. Autor trafnie wskazuje, że „prawo karne nie może wymagać od ludzi, aby byli «świętymi», a poza tym sąd „nie jest w stanie w sposób nie budzący wątpliwości ustalić treści przeżyć psychicznych. (...) Zbyt głębokie «penetrowanie» wnętrza osobowości może rodzić potencjalne możliwości nieuzasadnionego ograniczania stosowania instytucji czynnego żalu”. Zob. też W. Józwicki, *O pojmowaniu dobrowolności jako warunku czynnego żalu*, *RPEiS* 2008, nr 1, s. 148–149.

³⁴ D. Gajdus, *Czynny żal*, s. 68–69. Autorka podkreśla, że „niestawianie żadnych wymagań co do oceny motywów, którymi kierował się sprawca, prowadzi nieuchronnie do ujęć skrajnie obiektywistycznych, czyniąc z instytucji czynnego żalu przedmiot kalkulacji i budzi moralne opory. Natomiast wymagania skrajnie subiektywistyczne, tj. motywów etyczne dodatnich, przeczą politycznokryminalnemu uzasadnieniu czynnego żalu, podważając jego funkcje”, w związku z tym „jedynie naganne w płaszczyźnie aksjologicznej motywy, zasługujące na repulsywną reakcję z punktu widzenia obowiązujących zasad etyki normatywnej, wykluczają uznanie zachowania sprawcy za czynny żal”. Autorka jednak zauważa, że zaproponowane przez nią ujęcie jest jedynie propozycją *de lege ferenda*, nie znajdując bowiem poparcia w regulacji ustawowej.

³⁵ Uznanie, że dobrowolność musi łączyć się z moralnie dodatnimi motywami, stanowi wykładnię zwężającą, która w prawie karnym jest zakazana, jeśli prowadzi do wyniku niekorzystnego dla sprawcy (*privilegia sunt amplianda*).

instytucja czynnego żalu została wprowadzona. Zgodnie bowiem z kryminalnopolitycznym podłożem tej instytucji ustawodawcy zależy na tym, żeby nie popełniano przestępstw. Jeśli więc sprawca swoim zachowaniem przejawia dobrowolny czynny żal, powinien skorzystać z bezkarności, względnie z możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary³⁶. Podkreślić trzeba, że również w orzecznictwie ugruntował się pogląd o **obojętności motywów zachowania sprawcy**. W wyroku z 13 czerwca 1980 r. SN wskazał, że dobrowolne odstąpienie „nie musi być podyktowane pobudkami zasługującymi na pozytywną ocenę moralną, jak wyrzuty sumienia lub uczucie żalu względem pokrzywdzonego. Taką pobudką może być również obawa przed odpowiedzialnością karną lub wykryciem przestępstwa w czasie realizacji zamiaru jego dokonania”³⁷.

³⁶ Słusznie jednak podkreśla D. Gajdus (*Czynny żal*, s. 65), że analiza motywu służy prawidłowej ocenie prawnej czynu sprawcy; motyw daje bowiem moralną charakterystykę podmiotu okazującego czynny żal. Ma to istotne znaczenie w przypadku, gdy sprawca dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi przestępnemu i wchodzi w grę możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary. W wyroku z 15 kwietnia 2009 r. (II AKa 45/09, KZS 2009, z. 6, poz. 64) SA w Krakowie wskazał, że „sprawca nie musi zrozumieć naganności swego działania, wyrządzonej krzywdy itd., by dobrowolnie odstąpić od usiłowania. Praktyka sądowa ujawnia rozmaite motywacje takich postępień, od najbardziej szlachetnych, przez moralnie obojętne aż po wątpliwe. W każdym z tych wypadków stosowanie art. 15 § 1 k.k. jest słuszne, a zwłaszcza celowe, bo sprzyja zmniejszeniu krzywdy ofiary przestępstwa i skłania innych sprawców do naśladowania, również z korzyścią dla ofiar przestępstw”.

³⁷ I KR 114/80, OSNPG 1980, nr 12, poz. 145. W innym wyroku SN wskazał, że „oskarżony w pewnym momencie zaprzestał zadawania ciosów, stanął bez ruchu, co pozwoliło pokrzywdzonej spokojnie i bez wysiłku zabrać mu młotek z ręki. Takie zachowanie oskarżonego wywołane zostało widokiem krwi ofiary, jej rozpaczliwym krzykiem i prośbami o darowanie życia. Całościowa ocena czynu oskarżonego prowadzi do wniosku, że miało miejsce usiłowanie zabójstwa, niekaralne z uwagi na dobrowolne odstąpienie od tego usiłowania. Motywy tego odstąpienia nie mają znaczenia dla oceny prawnej samego zachowania się oskarżonego, które wyraźnie ujawniło decyzję o nieprzymuszonym, dobrowolnym odstąpieniu od usiłowania spowodowania śmierci pokrzywdzonej” (wyrok z 30 sierpnia 1985 r., III KR 260/85, OSNPG 1986, nr 8, poz. 101). Konsekwencję takiej linii orzeczniczej podkreślił SN w wyroku z 20 lutego 1987 r. (III KR 15/87, OSNPG 1987, nr 8, poz. 97), stwierdzając, że „zdanem Sądu Najwyższego prezentowanym w licznych orzeczeniach, wykładnia art. 13 § 1 k.k. musi prowadzić do wniosku, że motyw dobrowolnego odstąpienia od usiłowania nie stanowią przesłanki zaistnienia czynnego żalu”. Podkreślić trzeba jednak, że obawa przed **konkretną odpowiedzialnością karną**, spowodowaną realną możliwością wykrycia przestępstwa, powinna raczej wyłączać dobrowolność, stanowi ona bowiem tak dominujący nacisk zewnętrzny na psychikę sprawcy, że nie można mówić już o jego wolnej woli. Inaczej sprawa ma się w przypadku obawy przed możliwą, ale **abstrakcyjnie** sytuowaną w świadomości sprawcy odpowiedzialnością za popełniony czyn. Inaczej, moim zdaniem nietrafnie, W. Józwicki, *O pojmowaniu dobrowolności*, s. 149. Kwestia nie jest jednak jednoznaczna.

³⁸ Zob. hasło „dobrowolny” w: *Maty słownik języka polskiego*, red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Lempicka, Warszawa 1969, s. 119.

³⁹ Inaczej, nietrafnie, orzekł SA w Lublinie w wyroku z 3 kwietnia 2007 r., II AKa 60/07, KZS 2007, z. 9, poz. 57. Zob. też wyrok SA w Łodzi z 30 września 2010 r., II AKa 133/10, KZS 2011, z. 9, poz. 65.

⁴⁰ Zob. postanowienie SN z 17 lipca 1975 r., VI KZP 15/75, OSNPG 1975, nr 10, poz. 92.

Trzeba więc stwierdzić, że „dobrowolność” zachodzi wtedy, gdy sprawca podejmuje zachowanie z własnej woli, nieprzymuszony do tego zewnętrznymi okolicznościami³⁸. Inaczej mówiąc – sprawca ma możliwość dokonania czynu zabronionego (i jest tego świadomy), ale nie ma już zamiaru z tej możliwości skorzystać. Zachowanie może być podjęte z wyłącznej inicjatywy sprawcy, ale też z inicjatywy innej osoby³⁹, np. ofiary, świadka zdarzenia, o ile wpływ tej osoby nie jest tego typu, że determinuje całkowicie lub w istotnej części decyzję sprawcy w taki sposób, że niejako wymusza podjęcie czynnego żalu⁴⁰. Do omawianego pojęcia można podejść również od strony negatywnej. A. Wąsek trafnie zauważa, że łatwiej jest powiedzieć, kiedy zachowanie sprawcy jest niedobrowolne. Jeśli ustalili się, że nie było ono niedobrowolne, to znaczy, że było dobrowolne. Autor podkreśla, że czynny żal sprawcy był

niedobrowolny, gdy postrzegał on możliwość dokonania zamierzonego czynu zabronionego, ale zdawał sobie przy tym sprawę, że wiązałyby się to dlań z tego rodzaju niekorzyściami, które nie byłyby według niego do racjonalnego zaakceptowania⁴¹. Trafnie orzekł SN w wyroku z 20 kwietnia 1973 r.⁴², że „nie może być mowy o dobrowolności (...) gdy w określonej sytuacji okoliczności zewnętrzne w taki sposób wpłynęły na psychikę (a zwłaszcza wolę) sprawcy, iż – według doświadczenia życiowego – został on niejako zmuszony do rezygnacji z zamiaru kontynuowania przestępnej akcji”. W innych orzeczeniach Sąd Najwyższy uznał, że dobrowolność wyłącza m.in. krzyk ofiary; stwierdzenie pokrzywdzonej (przy usiłowaniu zgwałcenia), że rodzice jadą za nią, a sprawca obawiał się ich przybycia; ujadanie psów lub zapalenie światła przez właściciela przy próbie włamania

do domu; stwierdzenie pokrzywdzonej (przy usiłowaniu zgwałcenia), że cierpi na chorobę zakaźną⁴³.

VII. Problematyka czynnego żalu z art. 15 § 1 k.k. wiąże się ściśle z **tw. usiłowaniem kwalifikowanym**⁴⁴. Sprawca, który dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego, uniknie kary za usiłowanie dokonania czynu zabronionego, który był przedmiotem jego zamiaru. Pozostaje jednak jeszcze kwestia odpowiedzialności za czyny zabronione, których znamiona zostały wypełnione przez sprawcę przed jego czynnym żalem. Przyjmuje się zarówno w piśmiennictwie⁴⁵, jak i orzecznictwie⁴⁶, że za taki czyn, popełniony niejako „po drodze”, sprawca powinien ponieść karę, realizując bowiem pierwotny zamiar, musiał

⁴¹ A. Wąsek, *Kodeks*, s. 228–229. Zob. też E. Kunze, *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1991, s. 105.

⁴² *Rw 354/73*, „Biuletyn SN” 1973, nr 4, poz. 2. Zob. też cytowany wyżej wyrok SN z 4 czerwca 1934 r.

⁴³ Zob. D. Gajdus, *Czynny żal*, s. 62–63 oraz powołane tam orzeczenia. Niemożność materialnego zaspokojenia się sprawców usiłowania rozboju, w sytuacji gdy pokrzywdzona miała przy sobie pieniądze, ale w mniejszej kwocie, niż chcieli sprawcy, również wyłącza dobrowolność (zob. wyrok SA w Katowicach z 28 lutego 2002 r., II AKa 549/01, Prok. i Pr. 2002, z. 12, poz. 27).

⁴⁴ K. Buchała (*Prawo karne*, s. 367) podkreśla, że nazwą „usiłowanie kwalifikowane” obejmuje się dwie grupy przypadków. Pierwsza wiąże się z tym, że (karalne) usiłowanie jednego przestępstwa może przejść przez etap dokonania drugiego (np. usiłowanie zabójstwa przechodzić może przez etap spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu). W grupie tej znaczenia nabiera zbieg przepisów, który może podlegać wyłączeniu albo skutkować kumulatywną kwalifikacją na podstawie art. 11 § 2 k.k. Na ten temat rozważania P. Księżyka w aprobującej głosie do uchwały SN z 16 grudnia 1993 r., II KRN 289/93, „Monitor Prawniczy” 1999, nr 7, s. 44–46. W uchwale tej SN przyjął trafnie, że „czyn sprawcy działającego z zamiarem zabójstwa człowieka, który celu tego nie osiąga, lecz powoduje ciężkie obrażenia ciała pokrzywdzonego, ciężką chorobę nieuleczalną lub długotrwałą, chorobę zazwyczaj zagrażającą życiu lub inny skutek wymieniony przez ustawodawcę w treści przepisu art. 155 § 1 k.k., podlega kumulatywnej kwalifikacji prawnej na podstawie art. 11 § 1 k.k., w zw. z art. 148 § 1 k.k. w zb. z art. 155 § 1 pkt 1 lub 2 k.k. (art. 10 § 2 k.k.)”. Druga grupa przypadków wiąże się z problematyką czynnego żalu i bezkarnością usiłowania.

⁴⁵ Zob. m.in. W. Wolter, *Nauka*, s. 275–276; K. Buchała, *Prawo karne*, s. 368; D. Gajdus, *Czynny żal*, s. 186–188; K. Mioduski, *Kodeks*, s. 58; A. Zoll, *Kodeks*, s. 228; A. Wąsek, *Kodeks*, s. 233; M. Mozgawa, *Kodeks*, s. 51.

⁴⁶ Zob. wyrok SN z 7 sierpnia 1967 r. (II KR 50/67, OSNWK 1968, nr 1, poz. 6), gdzie przyjęto, że „aczkolwiek w myśl przepisu art. 25 k.k. dobrowolne odstąpienie od usiłowania (od działania lub zaniechania) bądź zapobieżenie powstaniu skutku przestępnego powoduje bezkarności (nie odpowiada) za usiłowanie zamierzonego przestępstwa, to jednak nie można wysnuć z tej zasady dalszego wniosku, że działanie lub zaniechanie sprawcy nie może w takim wypadku wyczerpywać znamion innego przestępstwa. Okoliczność bezkarności usiłowania zamierzonego przestępstwa na podstawie art. 25 k.k. nie uchyla bowiem ani możliwości, ani konieczności przypisania sprawcy czynu przestępnego już dokonanego w chwili, gdy ten sprawca od dokonania innego przestępstwa odstępuje”. Podobnie: wyrok SN z 19 sierpnia 1974 r., I KR 35/74, OSNWK 1974, nr 12, poz. 225; postanowienie SN z 17 lipca 1975 r., VI KZP 15/75, OSNPG 1975, nr 10, poz. 92; wyrok SN z 30 października 1980 r., I KR 228/80, OSNPG 1981, nr 6, poz. 59; wyrok SN z 19 marca 1982 r., III KR 18/82, OSNPG 1982, nr 8, poz. 106; wyrok SN z 14 kwietnia 1987 r., IV KR 98/87, OSNPG 1988, nr 6, poz. 51; wyrok SA w Krakowie z 12 października 1995 r., II AKr 255/95, Prok. i Pr. 1996, z. 5, poz. 13; wyrok SA w Katowicach z 31 maja 2005 r., II AKa 35/05, KZS 2006, z. 2, poz. 47.

mieć świadomość, że może wypełnić znamiona innego przestępstwa. Przykładowo: sprawca, który chce zabić człowieka strzałem w głowę, ma świadomość, że jeśli nie spowoduje śmierci, to pokrzywdzony może zostać kaleką (art. 156 § 1 k.k.) albo co najmniej może go dotknąć rozstrój zdrowia na kilka dni (art. 157 § 2 k.k.), i jednocześnie co najmniej godzi się z taką możliwością. A. Zoll słusznie wskazuje, że wyłączenie karalności, związane z czynnym żalem sprawcy, dotyczy tego, co jest integralnym składnikiem usiłowania⁴⁷, a więc sprawca nie może odpowiadać np. za narażenie na niebezpieczeństwo tego dobra prawnego, które usiłował naruszyć, chociażby sprowadzenie takiego niebezpieczeństwa stanowiło odrębny typ czynu zabronionego⁴⁸. Narażenie dobra na niebezpieczeństwo należy do istoty usiłowania dokonania czynu zabronionego. Mamy więc do czynienia z działaniem zasady konsumpcji przy zbiegu przepisów⁴⁹. Odmienne rozwiązanie prowadziłoby w gruncie rzeczy do obejścia klauzuli bezkarności usiłowania, od którego sprawca odstąpił lub przy którym zapobiegł skutkowi przestępcemu⁵⁰.

VIII. Na koniec trzeba wskazać, jakie **konsekwencje w zakresie prawa procesowego** niesie ze sobą dobrowolne odstąpienie od dokonania lub zapobiegnięcie skutkowi stanowiącemu

znamię czynu zabronionego. Artykuł 15 § 1 k.k. stanowi, że sprawca przejawiający czynny żal „nie podlega karze”. Zgodnie z art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.⁵¹ w takim wypadku nie wszczyna się postępowania, a jeśli już zostało wszczęte, to należy je umorzyć (czy to na etapie postępowania przygotowawczego, czy sądowego⁵²). Ustawowo zagwarantowane niepodleganie karze jest więc negatywną przesłanką procesową. Zauważyć trzeba, że jeśli sprawca został prawomocnie skazany, a później ujawniły się nowe fakty lub dowody nieznanne przedtem sądowni, wskazujące na to, że sprawca nie podlegał karze ze względu na skuteczny czynny żal, sąd na wniosek strony wznowi postępowanie jurysdykcyjne (art. 540 § 1 pkt 2 lit. a oraz art. 542 § 1 w zw. z § 3 *a contrario* k.p.k.).

Odnieść trzeba się również do opisu czynu i kwalifikacji prawnej w omawianej sytuacji. Kwestia ta nabiera szczególnego znaczenia przy usiłowaniu kwalifikowanym. Opis czynu przypisanego oskarżonemu, aby mógł spełnić wymogi z art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., w przypadku takiego usiłowania nie może ograniczać się wyłącznie do opisu zachowania stanowiącego czyn przestępczy podlegający karze, lecz musi uwzględnić całość czynu jako zdarzenia historycznego, z zaznaczeniem, w której fazie czynu przestępczego sprawca dobrowolnie odstąpił od jego dokonania. Zachowanie się sprawcy,

⁴⁷ W wyroku z 19 lipca 2006 r. (III KK 403/05, LEX nr 193006) SN wskazał, że „przyjęcie przez sąd odwoławczy koncepcji czynnego żalu, powodującej z mocy art. 15 k.k. ustanie karalności przestępstwa z art. 13 § 1 w zw. z art. 197 § 3 k.k., nie wyłącza odpowiedzialności sprawców za skutki dla zdrowia pokrzywdzonej, **wykraczające poza integralne znamiona przestępstwa** [podkr. P.P.] z art. 197 § 3 k.k. Przyjęcie, że sprawcy dobrowolnie odstąpili od realizacji zamierzonego celu – to jest obcowania płciowego z pokrzywdzoną – nie zniwelowało bowiem skutków dla zdrowia pokrzywdzonej, jakie spowodowało ich zachowanie, podjęte w ramach bezkarnego usiłowania i nie wyłączyło karalności za inne przestępstwo zrealizowane tym zachowaniem”.

⁴⁸ A. Zoll, *Kodeks*, s. 229. Zob. na przykład art. 163 § 1 k.k. oraz art. 164 § 1 k.k.

⁴⁹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 289.

⁵⁰ A. Wąsek, *Kodeks*, s. 233–234.

⁵¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. nr 89, poz. 555 ze zm.).

⁵² Po wniesieniu aktu oskarżenia, a przed rozpoczęciem przewodu sądowego sąd powinien umorzyć postępowanie postanowieniem na posiedzeniu (art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k.), natomiast po rozpoczęciu przewodu sądowego sąd powinien wydać wyrok umarzający postępowanie (art. 414 § 1 k.p.k.). Gdyby postępowanie nie zostało umorzone na etapie sądowym w pierwszej instancji, sąd odwoławczy, w następstwie rozpoznania apelacji, powinien uchylić zaskarżony wyrok i umorzyć postępowanie (art. 437 § 2 k.p.k.). Nieumorzenie postępowania w sytuacji, gdyby sąd rozpoznający sprawę uznał, że sprawca wykazał czynny żal, stanowiłoby rażące naruszenie prawa procesowego (art. 414 § 1 w zw. z art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.), mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a więc mogłoby być podstawą kasacyjną (art. 523 § 1 k.p.k.).

które z mocy ustawy nie podlega karze, nadal pozostaje zachowaniem bezprawnym i winno być dokładnie określone w opisie przypisanego oskarżonemu czynu⁵³. Trafnie wskazał SA w Katowicach w wyroku z 11 kwietnia 2013 r., że zastosowanie art. 15 § 1 k.k. w omawianej sytuacji „winno wiązać się z wyeliminowaniem przepisu określającego czyn, od którego dokonania dobrowolnie odstąpiono, z podstawy prawnej skazania. Jednocześnie podstawą wymiaru kary winien być jedynie przepis, który odzwierciedla odpowiedzialność za skutek, nie zaś dodatkowo jeszcze norma art. 11 § 3 k.k. W ten sposób, pozostawiając w opisie czynu usiłowanie popełnienia zbrodni, od której dokonania sprawca dobrowolnie odstąpił, podstawa skazania nie obejmuje już kwalifikacji prawnej tego czynu, co do którego ustawodawca przewidział poprzez art. 15 § 1 k.k. wyłączenie karalności”⁵⁴.

Wskazać też trzeba, że niemożność przypisania oskarżonemu czynu ściganego z oskarżenia publicznego, pozostającego w kumulatywnej kwalifikacji prawnej z przepisem określającym przestępstwo prywatnoskargowe – z uwagi na zaistnienie okoliczności z art. 15 § 1 k.k. – nie stoi na przeszkodzie skazaniu go za ten frag-

ment czynu, który wyczerpał znamiona przestępstwa ściganego z oskarżenia prywatnego⁵⁵. Należy bowiem przyjąć, że w takim wypadku oskarżyciel publiczny objął – w trybie art. 60 § 1 k.p.k. – ściganiem również przestępstwo prywatnoskargowe; postępowanie co do tej „części” kwalifikacji kumulatywnej toczy się wówczas z urzędu (art. 60 § 2 k.p.k.).

Jeśli zaś chodzi o tenor wyroku, to wskazać trzeba, że sąd powinien przypisać oskarżonemu tylko czyn, za który podlega on karze, i nie odnosić się w ogóle do kwestii bezkarnego usiłowania, jak bowiem zauważył SA w Katowicach w wyroku z 26 lipca 2001 r.: „w odniesieniu do jednego czynu, stanowiącego jedno przestępstwo, może zapaść tylko jedno rozstrzygnięcie. W wypadku więc zarzucania oskarżonemu przestępstwa kumulatywnie kwalifikowanego, a polegającego na usiłowaniu zabójstwa i spowodowaniu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu oraz w razie ustalenia, że sprawca za usiłowanie zabójstwa nie podlega karze na podstawie art. 15 § 1 k.k., należy przypisać mu jedynie czyn polegający na spowodowaniu uszczerbku na zdrowiu, zaś ewentualnie tylko w uzasadnieniu wyroku wyjaśnić, dlaczego nie przypisano mu usiłowania zabójstwa”⁵⁶.

⁵³ Tak orzekł SA w Rzeszowie w wyroku z 28 listopada 2002 r., II Aka 110/02, OSA 2004, nr 2, poz. 8.

⁵⁴ II Aka 65/13, KZS 2013, z. 7–8, poz. 61. Katowicki Sąd Apelacyjny wypowiedział się tak samo w kwestii podstawy skazania w wyroku z 22 listopada 2012 r. (II Aka 464/12, LEX nr 1236458), wskazując, że „czyn niekaralny (...) nie stanowi przestępstwa i dla oddawania pełnej zawartości kryminalnej takiego czynu, jeśli byłby kwalifikowany jednocześnie z innego przepisu ustawy karnej, nie ma potrzeby włączania do podstawy skazania przepisu określającego przestępstwo, za które sprawca karany nie jest (...) Uwidocznienie w podstawie skazania w tym również przepisu art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. mogłoby niezasadnie rodzić dla oskarżonego negatywne skutki w przyszłości – w fazie wykonywania wyroku skazującego, czy przy uzyskiwaniu danych o jego karalności, gdyż w myśl art. 12 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym w rejestrze karnym odnotowane zostało jego skazanie za usiłowanie zabójstwa, za co skazany nie został”. Ten sam Sąd, w wyroku z 28 października 2010 r. (II Aka 324/10, LEX nr 686864), przyjął jednak nietrafnie, że „w wypadku przyjęcia przez sąd, iż sprawca dobrowolnie odstąpił od usiłowania dokonania zabójstwa, a więc nie podlega on karze za przestępstwo, które usiłował dokonać, powodując jednak obrażenia naruszające czynności narządów ciała lub rozstrój zdrowia pokrzywdzonego, powinno to wynikać nie tylko z uzasadnienia wyroku, czy opisu czynu przypisanego oskarżonemu, ale i przyjętej kwalifikacji prawnej, albowiem w sytuacji określonej w art. 15 § 1 k.k. samo tylko powołanie przepisu prawa wskazującego na ograniczoną odpowiedzialność za rzeczywisty skutek, nie oddaje w pełni zawartości kryminalnej czynu”.

⁵⁵ Tak orzekł SA we Wrocławiu w wyroku z 23 kwietnia 2009 r., II Aka 96/09, Prok. i Pr. 2010, z. 11, poz. 29.

⁵⁶ II Aka 264/01, OSA 2001, nr 10, poz. 62. Nieprawidłowe jest więc np. zamieszczenie dwóch rozstrzygnięć, a to uznania oskarżonego za winnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu i umorzenia w zakresie usiłowania zabójstwa ze względu na treść art. 15 § 1 k.k. Stanowi to obrazę art. 11 § 1 k.k., bowiem jeden czyn zostaje uznany za dwa przestępstwa. Zob. rozważania SN zawarte w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2006 r., III KK 403/05, LEX nr 193006.

Summary

Piotr Poniatowski

ACTIVE REPENTANCE IN ATTEMPTED CRIME

The objective of this article is to focus on the issue of an active repentance when considering the attempted crime – a legal institution that is very crucial to criminal law practitioners. The overall analysis was conducted taking into consideration all cases to which active repentance shall apply. These cases include the acts of desisting from crime, obviating the criminal result or attempting to obviate the criminal result. Because of its great importance and litigious nature, the very focus of this article was placed on the subjective condition (voluntariness) of active repentance. Furthermore, this article also discusses more detailed issues concerning active repentance like inapt attempt, the complex nature of missed crime, perpetrator's motives, criminal co-operative, qualified attempt as well as procedural effects that have their source in Article 15 of the Polish Penal Code. The provision states that a perpetrator who displayed an effective preventive function of active repentance shall not be subject to penalty for the crime (§ 1). Ineffective active repentance may result in an extraordinary mitigation of punishment to a perpetrator who has voluntarily attempted to prevent the consequence which constituted a feature of the prohibited act (§ 2).

KEY WORDS: active repentance, voluntariness, attempt, qualified attempt, inapt attempt, impunity, extraordinary mitigation of penalty

POJĘCIA KLUCZOWE: czynny żal, dobrowolność, usiłowanie, usiłowanie kwalifikowane, usiłowanie nieudolne, bezkarność, nadzwyczajne złagodzenie kary

PROBLEMATYKA ZGODNOŚCI Z ZASADĄ NE BIS IN IDEM ROZWIĄZANIA PRZYJĘTEGO W ART. 10 § 1 KODEKSU WYKROCZEŃ¹

Przepis art. 10 § 1 zdanie 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń² przewiduje podwójną karalność w przypadku tzw. idealnego zbiegu przestępstwa i wykroczenia, który zachodzi wówczas, gdy sprawca jednym czynem wypełnia znamiona określone w dwóch lub więcej przepisach stanowiących wykroczenie i przestępstwo jednocześnie³, a nie udaje się dokonać redukcji wielości ocen do jednego tylko przepisu⁴.

Jak wskazuje się w doktrynie, *ratio legis* art. 10 § 1 k.w. jest konieczność zapobieżenia uniknięcia odpowiedzialności za wykroczenie sprawcy, którego czyn wypełnia jednocześnie znamiona wykroczenia i przestępstwa prywatnoskargowego lub ściganego na wniosek,

w razie braku skargi oskarżyciela prywatnego lub wniosku o ściganie⁵.

Konsekwencją uregulowania przyjętego w art. 10 § 1 k.w. jest prowadzenie dwóch odrębnych postępowań, tj. postępowania o przestępstwo oraz postępowania o wykroczenie, których znamiona wypełnia sprawca, popełniając *de facto* jeden czyn, w następstwie czego dochodzi do dwóch skazań poprzez wymierzenie kar i środków karnych odrębnie w każdym postępowaniu⁶, co skutkuje wielością ocen prawnokarnych i przypisaniem sprawcy tylu czynów zabronionych, ile norm naruszył⁷. Powyższą konstrukcją odrzuca Kodeks karny, stanowiąc w art. 11 § 1 k.k., że ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo⁸, przyjmując w art. 11

¹ Niniejsza publikacja oparta jest na wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2014 r., którego projekt sporządziła autorka tego opracowania. Wniosek RPO dostępny na stronie: http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/ezd/sprawa_lista_plikow.asp?syg=K%2045/14; dostęp w dniu 5 grudnia 2014 r.

² Dz.U. z 2013 r. poz. 482. Zgodnie z art. 10 § 1 Kodeksu wykroczeń (dalej: k.w.): „Jeżeli czyn będący wykroczeniem wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa, orzeka się za przestępstwo i za wykroczenie, z tym że jeżeli orzeczono za przestępstwo i za wykroczenie karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny. W razie uprzedniego wykonania łagodniejszej kary lub środka karnego zalicza się je na poczet surowszych”. Obowiązujące brzmienie art. 10 k.w. nadane zostało na mocy art. 5 § 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. nr 106, poz. 1149 z późn. zm.).

³ Gdy dochodzi do krzyżowania się znamion tych czynów zabronionych. Przykładem takiej sytuacji może być zbieg art. 177 § 1 lub § 2 k.k. z wykroczeniem z art. 86 § 1 (por. postanowienie SN z 27 marca 2014 r., I KZP 1/14) czy np. art. 218 § 1 k.k. z wykroczeniem z art. 282 § 2 Kodeksu pracy (por. i szerzej M. Flasiński, *Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową w nowym kodeksie karnym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1998, nr 4).

⁴ M. Mozgawa, *Komentarz do art. 10 Kodeksu wykroczeń*, LEX 2009.

⁵ Por. W. Kotowski, *Komentarz do art. 10 Kodeksu wykroczeń*, LEX 2009 i cyt. tam literatura.

⁶ Powyższe negatywne następstwa dla sprawcy czynów zabronionych łagodzone mają być np. poprzez możliwość zaliczenia kar i środków karnych – por. art. 10 § 1–3 k.w. – (z pewnymi wyjątkami – por. art. 10 § 4 k.w.), o czym szerzej poniżej.

⁷ Jak podkreśla się w doktrynie, jeden czyn multiplikuje się do wielu czynów uznanych przez ustawę za wykroczenie i przestępstwo, co „faktycznie zwielokrotnia rzeczywistość, gdyż decydują o niej nie realne fakty społeczne, lecz świat norm prawnych” – T. Bojarski, (w:) T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 56.

⁸ Por. M. Mozgawa, *Komentarz*.

§ 2 k.k. koncepcję tzw. zbiegu kumulatywnego, polegającego na przypisaniu sprawcy jednego przestępstwa kwalifikowanego ze wszystkich przepisów, jakich znamiona swoim zachowaniem wyczerpał, co jest z kolei emanacją zasady *ne bis in idem*⁹. Niedopuszczalna jest jednak możliwość odpowiedniego zastosowania do idealnego zbiegu wykroczeń i przestępstw konstrukcji kumulatywnej kwalifikacji prawnej, określonej w art. 11 § 2 k.k., albowiem żaden z przepisów Kodeksu karnego, jak i Kodeksu wykroczeń nie zezwala na przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu, który jednocześnie wyczerpuje znamiona przestępstwa i wykroczenia, i wówczas – jak zostało to wskazane powyżej – zachodzi konieczność prowadzenia dwóch odrębnych postępowań, w których sprawca ponosi odpowiedzialność zarówno za przestępstwo, jak i za wykroczenie¹⁰.

Tymczasem zasada *ne bis in idem* wyklucza możliwość podwójnego karania za ten sam czyn. Jak podkreśla się w doktrynie, żadna z zasad proceduralnych nie jest bardziej fundamentalna i wszechobecna, a „historia zasady *ne bis in idem* jest historią procesu karnego”¹¹. Zasada ta ma kluczowe znaczenie zarówno dla porządku prawnego, jak i pozycji prawnej jednostki w ramach określonego systemu prawnego¹², stanowiąc zabezpieczenie jednostki przed ponownym wszczęciem postępowania karnego, a co za tym idzie – ważną barierę przed urzeczywistnieniem możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za czyn, który już raz został osądzony¹³, i gwarancję pohamowania władzy

przed nadmiernym nękaniami „jednostki poprzez wszczynanie kolejnych procesów, aż rezultat satysfakcjonujący organy państwa zostanie osiągnięty”¹⁴. Z tego też względu źródła tej zasady poszukiwać należy nie tylko w normach prawa wewnętrznego poszczególnych państw (zarówno konstytucyjnych, jak i w ustawach zwykłych), ale także w przepisach prawa międzynarodowego (w szczególności w art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁵, w art. 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁶ czy w art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen i art. 50 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej).

Na gruncie prawa polskiego zasada *ne bis in idem* nie jest ujęta *expressis verbis* w polskiej Konstytucji, jednak Trybunał Konstytucyjny wywodzi ją przede wszystkim z art. 2 Konstytucji, wskazując, że stanowi ona gwarant zachowania podstaw demokratycznego państwa prawa, podkreślając jednocześnie, że podwójne karanie tej samej osoby za ten sam czyn stanowi naruszenie zasady proporcjonalności reakcji państwa na naruszenie obowiązku prawnego, a wszelkie odstępstwa od tej zasady, w szczególności stworzenie organowi władzy publicznej kompetencji do dwukrotnego zastosowania środka represyjnego (nie tylko w odniesieniu do wymierzania kar za przestępstwo, lecz także przy stosowaniu innych środków represyjnych, w tym sankcji karnoadministracyjnych) wobec tego samego podmiotu za ten sam czyn, stanowiłoby naruszenie tej zasady¹⁷. W utrwalonym poglądzie

⁹ W prawie wykroczeń przyjęto natomiast koncepcję tzw. zbiegu eliminacyjnego (por. art. 9 § 1 k.w.), zgodnie z którą czyn wyczerpujący znamiona kilku wykroczeń zostanie zakwalifikowany jedynie na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą – por. i szerzej K. Witkowska, *Idealny zbieg czynów karalnych w Kodeksie wykroczeń a zasada ne bis in idem*, Cz. PKiNP 2012, nr 2, s. 128–129.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 września 2000 r., WZP 2/00, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 105.

¹¹ A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim*, Białystok 2011, s. 29 i cyt. tam poglądy doktryny.

¹² *Ibidem*, s. 465.

¹³ *Ibidem*, s. 43.

¹⁴ *Ibidem*, s. 71 i cyt. tam poglądy doktryny.

¹⁵ Dz.U. z 2003 r. nr 42, poz. 364; dalej: Europejska Konwencja.

¹⁶ Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167; dalej: Międzynarodowy Pakt.

¹⁷ Wyroki TK: z 15 kwietnia 2008 r., P 26/06, OTK-A 2008, nr 3, poz. 42; z 3 listopada 2004 r., K 18/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 103; z 18 listopada 2010 r., P 29/09, OTK-A 2010, nr 9, poz. 104.

Trybunału Konstytucyjnego zasada *ne bis in idem* stanowi również jeden z elementów prawa do sądu wynikającego z art. 45 ust. 1 Konstytucji¹⁸, przejawiającego się w zapewnieniu rzetelnej i sprawiedliwej procedury sądowej, opierającej się między innymi na zakazie dwukrotnego stosowania środka represyjnego wobec tego samego podmiotu za ten sam czyn¹⁹. Jak było to już podkreślone powyżej, zasada *ne bis in idem* swoje umocowanie ma również w regulacjach międzynarodowych, w tym w art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Europejskiej Konwencji²⁰ oraz w art. 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu²¹. Co istotne, przepisy te odnoszą się do prawa karnego *sensu largo*²², tj. zarówno do procedury karnej, karnoskarbowej, ale też do wykroczeniowej, deliktów administracyjnych czy wykroczeń administracyjnych²³, albowiem kluczowe znaczenie ma w tym przypadku natura czynu karalnego oraz penalny, odstraszący rodzaj sankcji grożącej za jego popełnienie²⁴. Istotna z perspektywy podnoszonej problematyki jest kwestia tzw. tożsamości czynu zabronionego.

Trybunał w Strasburgu w tym aspekcie trafnie stwierdza, że „art. 4 Protokołu nr 7 musi być rozumiany jako artykuł zakazujący oskarżenia i sądenia za drugie «przestępstwo» tak dalece, jak oskarżenie takie wynika z tożsamyh okoliczności faktycznych lub z okoliczności faktycznych, które są zasadniczo takie same. Kontrola Trybunału powinna tym samym koncentrować się na tych faktach, które przedstawiają korpus konkretnych okoliczności faktycznych, dotyczących tego samego oskarżonego i nierozzerwalnie powiązanych w czasie i przestrzeni, których istnienie musi zostać wykazane w celu zapewnienia skazania lub wszczęcia postępowania karnego”²⁵. Innymi słowy – decydujące znaczenie ma stan faktyczny, a nie przepis prawa. Ponadto zasada *ne bis in idem* rozumiana jest nie tylko jako zasada zakazująca podwójnego karania za ten sam ontologicznie czyn, ale również jako podstawa zabraniająca już samego wytoczenia kolejnego postępowania o ten sam czyn²⁶. Na marginesie wskazać należy, że uwagi poczynione w tym kontekście mają odniesienie

¹⁸ W doktrynie prezentowane są poglądy, że źródłem zasady *ne bis in idem* w polskiej Konstytucji jest także art. 30, który gwarantuje każdej jednostce ochronę godności. Wyrazem ochrony godności jednostki jest bowiem zagwarantowanie, że nie poniesie ona ponownie odpowiedzialności (nie będzie ponownie sądzona) za ten sam czyn – por. i szerzej A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem*, s. 43–46.

¹⁹ Wyrok TK z 15 kwietnia 2008 r., P 26/06 oraz cyt. tam orzeczenia TK.

²⁰ Zgodnie z art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Europejskiej Konwencji: „nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu przed sądem tego samego państwa za przestępstwo, za które został uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem lub uniewinniony zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego tego państwa”.

²¹ W myśl art. 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu: „Nikt nie może być ponownie ścigany lub karany za przestępstwo, za które już raz został prawomocnie skazany lub uniewinniony zgodnie z ustawą i procedurą karną danego kraju”.

²² Przyjmuje się szerokie rozumienie pojęć w nich użytych, tj. pojęcia „przestępstwo”, „postępowanie karne” oraz „procedura karna”.

²³ A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem*, s. 275 i cyt. tam doktryna oraz orzecznictwo ETPCz; M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 4 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, LEX 2013; por. C. Nowak, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego w świetle EKPC i orzecznictwa ETPCz*, (w:) P. Wiliński (red.), *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 147.

²⁴ Por. i szerzej: wyrok ETPCz z 8 czerwca 1976 r. w sprawie *Engel i inni przeciwko Holandii*, skarga nr 5100/71; wyrok ETPCz z 28 czerwca 1984 r. w sprawie *Campbell przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 7819/77; A. Błachnio-Parzych, *Pozorny zbieg znamion przestępstwa i wykroczenia a zasada ne bis in idem w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Palestra” 2008, nr 9–10, s. 66–67; M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Zakamycze 2000, s. 168 i cytowane tam orzeczenia ETPCz; C. P. Klak, *Czynności wyjaśniające w sprawach o wykroczenia a ochrona praw człowieka*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 90.

²⁵ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 10 lutego 2009 r. w sprawie *Zolotukhin przeciwko Rosji*, skarga nr 14939/03, LEX nr 479505.

²⁶ Wyrok ETPCz z 6 czerwca 2002 r. w sprawie *Sailer przeciwko Austrii*, skarga nr 38237/97; por. i szerzej P. Hofmański, *Komentarz do art. 4 Protokołu nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, (w:) *Konwencja*

do orzeczeń wydanych w jednym kraju, albowiem ww. regulacje prawa międzynarodowego mają ograniczenie do jurysdykcji wewnętrznej określonego państwa²⁷ i w tym stanie rzeczy odmiennie może być uregulowana w poszczególnych państwach – w kontekście zasady *ne bis in idem* – kwestia związania się orzeczeniem sądu zagranicznego²⁸. W końcu podkreślić należy, że zasada *ne bis in idem* nie ma charakteru absolutnego, jednakże wyjątki od niej, w zakresie prawa wewnętrznego, przewidziane w art. 4 ust. 2 Protokołu nr 7 do Europejskiej Konwencji, podobnie jak w art. 14 ust. 7 Międzynarodowego

Paktu²⁹, sprowadzają się jedynie do możliwości wznowienia postępowania zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego danego państwa, jeśli zaistnieją nowe lub nowo ujawnione fakty lub jeśli w poprzednim postępowaniu dopuszczono się rażącego uchybienia, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy.

Podkreślić jednakże należy, że konstrukcja przyjęta w powołanym art. 10 § 1 k.w. stanowi, jak się wydaje, niedopuszczalny wyjątek od zasady *ne bis in idem*³⁰, co budzi wątpliwości i krytykę zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie³¹. W tym kontekście wspomnieć należy

o *Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych*, tom II, red. L. Garlicki, Warszawa 2011, s. 662 i 663.

²⁷ Por. A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem*, s. 468; wyrok TK z 18 listopada 2010 r., P 29/09 i cyt. tam orzeczenie A. P. v. Italy, Communication No. 204/1986, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/43/40) at 242 (1980).

²⁸ Jak wskazuje A. Sakowicz, występujące w tym zakresie zasadnicze rozbieżności w porządkach wewnętrznych poszczególnych państw wynikają, w pierwszej kolejności, z różnic systemowych czy też kultur prawnych poszczególnych państw oraz ograniczonego zaufania do systemu prawnego innego państwa, a w dalszej kolejności z przywiązania do własnej tradycji, chęci realizacji *ius puniendi* czy polityki karnej. Autor ten wskazuje, że na podstawie analizy poszczególnych regulacji prawnych w państwach europejskich zostały wyróżnione trzy modele w zakresie stosunku do orzeczenia karnego wydanego za granicą. Pierwszy model wyraża się w traktowaniu wyroków zagranicznych jako podstawy uniemożliwiającej ponowne prowadzenie postępowania karnego, a jego uzasadnienie wynika z istoty zasady *ne bis in idem* oraz interesu wymiaru sprawiedliwości. Drugi model nie przewiduje przypisania powagi rzeczy osądzonej wyrokowi wydanemu za granicą, lecz koncentruje się na zakresie przedmiotowym zaliczenia kary uprzednio orzeczonej. Wynika on z przekonania, że każdemu państwu przysługuje wyłączne prawo do sprawowania władzy najwyższej w stosunku do własnych obywateli, a innym suwerennym podmiotom stosunków międzynarodowych nie wolno realizować jakichkolwiek aktów władczych na terytorium drugiego państwa przez jego uprawnione organy lub funkcjonariuszy i dlatego niektóre państwa akcentują konieczność realizowania własnej polityki karnej. Istnieje też trzeci model, tzw. mieszany, który uzależniony jest od zakresu zobowiązań międzynarodowych łączących państwa co do mocy prawnej orzeczenia zagranicznego. W tym modelu na plan pierwszy wysuwa się tzw. zasadę wyczerpania postępowania lub tzw. zasadę zaliczenia w zależności od uznania przez państwo rangi zasady samodzielności jurysdykcji krajowej w sprawach karnych – za i szerzej: A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem*, s. 465–466.

²⁹ Por. i szerzej A. Głiszczyńska-Grabias, K. Sękowska-Kozłowska, R. Wieruszewski, *Zasada ne bis in idem (art. 14 ust. 7)*, (w:) *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 337 i 338.

³⁰ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2001 r., III KKN 504/98, OSP 2001, nr 9, poz. 126; por. również K. Witkowska, *Idealny zbieg czynów*, s. 130 i cyt. tam poglądy doktryny.

³¹ Por. S. Waltoś, *Konsekwencje prawne zbiegu zmian przestępstwa i wykroczenia w czynie społecznie niebezpiecznym*, „Państwo i Prawo” 1970, z. 11; K. Witkowska, *Idealny zbieg czynów*; por. też uwagi A. Błachnio-Parzych, *Pozorny zbieg*. Istotne w tym kontekście są poglądy wypowiedziane już w latach siedemdziesiątych przez prof. S. Waltośa, który odnosząc się do kumulatywnego zbiegu przestępstw, wskazał, że „stwierdzenie, że jeśli czyn wyczerpuje znamiona kilku przestępstw w ten sposób, że żadne z nich nie wyczerpuje wszystkich elementów czynu, to trzeba wówczas przyjąć, iż sprawca popełnił szczególnie jeden czyn, odpowiadający wspólnemu polu krzyżujących się norm” – ma znaczenie jednak jeszcze bardziej uniwersalne. „Dotyczy ono również przypadku, gdy popełniony czyn wykazuje znamiona przestępstwa i wykroczenia. Jeśli zatem w takiej sytuacji mamy do czynienia z jednym czynem odpowiadającym wspólnemu polu krzyżujących się znamion wykroczenia i przestępstwa, to powinniśmy mieć do czynienia też z jednym tylko karaniem, jako że kwestionowanie zasady jednokrotnego karania za jeden i ten sam czyn oznaczałoby cofanie się co najmniej przed wiek XVIII. Rację trzeba więc przyznać tym, którzy twierdzą, że art. 10 § 1 k.k. [Kodeksu karnego z 1969 r.; obecny art. 11 § 1 k.k. – przypis autorki] jako przepis wyrażający ogólną zasadę powinien być trans-

o pytaniu prawnym, jakie zostało skierowane do Trybunału Konstytucyjnego przez Sąd Rejonowy w Grójcu, z 14 marca 2011 r., sygn. P 23/11³², w którym Sąd przedstawił zagadnienie, czy art. 10 § 1 k.w. w zakresie, w jakim dopuszcza stosowanie wobec tej samej osoby, za ten sam czyn, odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie, jest zgodny z art. 2 Konstytucji, art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz art. 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Sąd Rejonowy w Grójcu wskazał, że z istoty zawartej w przepisie art. 10 § 1 zd. pierwsze k.w. wynika zasada prowadzenia dwóch odrębnych postępowań w sprawie o przestępstwo i wykroczenie, a jednym z aspektów zasady *ne bis in idem* jest zakaz powtórnego stawiania tej samej jednostki w stan oskarżenia przed organem danego państwa, natomiast nie istnieją żadne efektywne regulacje, które przeciwdziałałyby dublowaniu się obowiązków uczestniczenia w czynnościach procesowych w dwóch różnych procesach i w tym stanie rzeczy powołany art. 10 § 1 k.w. – zdaniem Sądu – jest

sprzeczny z powołanymi wyżej standardami konstytucyjnymi i międzynarodowymi³³. Podkreślić w tym miejscu należy, że w sprawie zostały złożone stanowiska Prokuratora Generalnego (pismo z 22 lipca 2011 r., PG VIII TK 43/11) oraz Sejmu RP (pismo z 7 listopada 2011 r., BAS-WPTK-1068/11), w których zostały zawarte tożsame wnioski, że przepis art. 10 § 1 k.w. w zakresie, w jakim umożliwia ponoszenie, przy zbiegu wykroczenia z przestępstwem, odrębnej odpowiedzialności za wykroczenie i za przestępstwo – jest niezgodny z art. 2 Konstytucji oraz z art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i art. 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁴. Trybunał Konstytucyjny nie odniósł się jednak do istoty zagadnienia przedstawionego w pytaniu prawnym, albowiem postanowieniem z 11 grudnia 2013 r.³⁵, na zasadzie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym³⁶, umorzył postępowanie w sprawie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku³⁷.

Problematyka niezgodności uregulowania

ponowany także na relację: występki – wykroczenie (...) ciąg myślowy dopiero wtedy będzie pełny i logiczny, gdy przybierze postać: jeden czyn – jedno postępowanie – jedno ukaranie – jedno wykonanie kary (...) Każde rozwiązanie legislacyjne na płaszczyźnie prawno-materiałnej, jeśli ma być realne, musi znajdować swój odpowiednik na płaszczyźnie prawno-procesowej. Z tego właśnie powodu procesową konsekwencją zasady jednorazowego karania za jeden czyn jest zasada *ne bis in idem*, której w tym wypadku nie należy zacieśniać tylko do postępowania o wykroczenie lub do procesu karnego (o przestępstwo). To, że w razie takiego zbiegu sprawca popełnia jeden czyn, winno przesądzać sprawę na rzecz jednej odpowiedzialności karnej lub karno-administracyjnej. Dążeniu ku temu, by sprawcy nie dotknęły dwie kary za jeden czyn, powinno odpowiadać dążenie do przeprowadzenia tylko jednego procesu. Rozbicie kwestii odpowiedzialności za jeden czyn na dwie pozornie odrębne kwestie wyłącznie z tego powodu, że wypełnione zostały znamiona przestępstwa i wykroczenia, jest niczym innym jak sztucznym rozbijaniem kwestii stanowiącej naturalne następstwo jednego czynu (...)” (S. Waltoś, *Konsekwencje prawne*, s. 701–702).

³² Pytanie zamieszczone na stronie TK: http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/ezd/sprawa_lista_plikow.asp?syg=P%2023/11; dostęp w dniu 27 listopada 2014 r.

³³ Por. postanowienie SR w Grójcu z 14 marca 2011 r., s. 9 i n.

³⁴ Stanowiska dostępne na stronie TK: http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/ezd/sprawa_lista_plikow.asp?syg=P%2023/11; dostęp w dniu 27 listopada 2014 r.

³⁵ Z.U. 2013, nr 9A, poz. 142.

³⁶ Dz.U. z 2000 r. nr 102, poz. 643 ze zm.

³⁷ Zdaniem Trybunału w omawianej sprawie nie została wykazana zależność między odpowiedzią na pytanie prawne a rozstrzygnięciem sprawy zawisłej przed Sądem Rejonowym w Grójcu, albowiem w sprawie tej nastąpiło przedawnienie karalności za wykroczenie z art. 86 § 1 k.w., po wniesieniu pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego. Zdaniem TK sąd pytający w omawianej sprawie, niezależnie od merytorycznego rozstrzygnięcia przez TK, zobowiązany byłby umorzyć postępowanie na podstawie art. 5 § 1 pkt 4 k.p.s.w. Natomiast, jak wskazał to TK, pytanie prawne jest tylko wtedy relewantne, gdy ewentualne orzeczenie Trybunału o konstytucyjności zakwestionowanego

art. 10 § 1 k.w. ze standardami konstytucyjnymi i międzynarodowymi urzeczywistniającymi zasadę *ne bis in idem* może być jednak rozpoznana przez Trybunał Konstytucyjny, albowiem taką konieczność dostrzegł również Rzecznik Praw Obywatelskich, który we wniosku do Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2014 r.³⁸ domaga się stwierdzenia niezgodności powołanego art. 10 § 1 k.w. – w zakresie, w jakim przepis ten dopuszcza stosowanie wobec tej samej osoby, za ten sam czyn, odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie – z art. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz z art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i art. 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Rzecznik w uzasadnieniu wniosku podkreślił, że jeśli zarówno Trybunał Konstytucyjny³⁹, jak i Trybunał w Strasburgu⁴⁰ przyjmują szerokie rozumienie „prawa karnego”, do którego należą również sprawy o wykroczenie, to w tym stanie rzeczy ustawodawca, kreując przepisy postępowania w sprawach o wykroczenia, musi sprostać standardom wyrażonym w art. 2 Konstytucji, art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz w art. 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, również w zakresie respektowania zasady *ne*

bis in idem, a tak się nie dzieje w przypadku regulacji z art. 10 § 1 k.w., skoro ustawodawca dopuszcza możliwość multiplikowania czynów karalnych poprzez mnożenie prawno-karnych ocen tego samego czynu, doprowadzając do wielokrotnej oceny tego samego zachowania i w konsekwencji do prowadzenia dwóch postępowań, w przedmiocie tego samego ontologicznie czynu, w których autonomicznie orzeka się kary i środki karne⁴¹. Rzecznik jednocześnie wskazał, że nie ma w wewnętrznym porządku prawnym żadnych skutecznych regulacji, które mogłyby niwelować ujemne następstwa podwójnego karania przewidzianego w art. 10 § 1 k.w. Zdaniem Rzecznika do takich rozwiązań nie można zaliczyć przyjętych na gruncie art. 10 § 1–3 k.w.⁴² zasad zaliczania kar, albowiem zdaniem Rzecznika łągodzą one jedynie skutki podwójnego ukarania, a nie przeciwdziałają, wbrew standardom konstytucyjnym i międzynarodowym, prowadzeniu dwóch odrębnych postępowań o ten sam ontologicznie czyn. Ponadto, jak podkreślił Rzecznik, ww. gwarancje odnoszące się do niwelowania skutków ukarania nie zawsze mają zastosowanie w zbiegu wykroczenia i przestępstwa, albowiem możliwość zaliczenia kar i środków karnych wyłączoną jest, kiedy nie są to kary i środki „tego samego rodzaju”, oraz w sytuacji, o której mowa w art. 10

przepisu może wywrzeć bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie konkretnej sprawy, w związku z którą je przedstawiono. Przedawnienie czyni to postępowanie niedopuszczalnym z innych względów, na które nie ma wpływu ewentualne orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego co do niekonstytucyjności. Wobec tego Trybunał Konstytucyjny uznał, że zaistniała przesłanka do umorzenia postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku zgodnie z art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK – por. uzasadnienie postanowienia TK w sprawie P 23/11, s. 5 i 6.

³⁸ IL.566.7.2014.MK.

³⁹ Por. wyroki TK: z 19 lutego 2008 r., P 48/06, LEX; z 3 listopada 2004 r., K 18/03, OTK ZU 2004, nr 10/A, poz. 103; z 26 listopada 2003 r., SK 22/02, OTK ZU 2003, nr 9/A, poz. 97; z 28 listopada 2007 r., K 39/07, ZU 2007, nr 10/A, poz. 129.

⁴⁰ Por. M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, s. 168 i cytowane tam orzeczenia ETPCz: z 24 lutego 1994 r. *Bendenoun v. Francja*, nr 12547/86; z 22 maja 1990 r. *Weber v. Szwajcaria*, nr 11034/84 oraz z 23 września 1998 r. *Malige v. Francja*, nr 68/1997/852/1059; por. C. P. Klak, *Czynności wyjaśniające*, s. 90 i cyt. tam orzeczenia ETPCz.

⁴¹ Por. powołane przez RPO poglądy doktryny: K. Witkowska, *Idealny zbieg czynów*, s. 130 oraz stanowisko Sejmu RP złożone w Trybunale Konstytucyjnym do sprawy P 23/11, s. 9.

⁴² Jeżeli za przestępstwo i za wykroczenie orzeczono karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny, natomiast w razie uprzedniego wykonania łagodniejszej kary lub środka karnego, zalicza się je na poczet kar lub środków karnych surowszych (art. 10 § 1 k.w.), przyjmując, że przy zaliczaniu kar jeden dzień aresztu uznaje się za równoważny jednemu dniowi pozbawienia wolności, dwóm dniom ograniczenia wolności oraz grzywnie w kwocie od 20 do 150 zł (art. 10 § 2 k.w.), natomiast karę aresztu orzeczoną za wykroczenie uważa się za karę tego samego rodzaju co kara pozbawienia wolności orzeczona za przestępstwo (art. 10 § 3 k.w.).

§ 4 k.w.⁴³ Rzecznik wskazał następnie, że rozwiązaniem, które miałyby niwelować skutki podwójnego karania z art. 10 § 1 k.w., nie może być również regulacja z art. 61 § 1 pkt 1 k.p.s.w., przewidująca możliwość odmówienia wszczęcia postępowania, a wszczętego umorzenia, w sytuacji gdy w sprawie o ten sam czyn, jako mający jednocześnie znamiona przestępstwa i wykroczenia, postępowanie karne zostało już prawomocnie zakończone orzeczeniem skazującym lub toczy się postępowanie karne z oskarżenia publicznego. Argumentem uzasadniającym powyższą tezę jest przede wszystkim okoliczność, że zastosowanie regulacji z art. 61 § 1 pkt 1 k.p.s.w. ma charakter jedynie fakultatywny, a nie obligatoryjny, jak miało to miejsce przed nowelizacją z dnia 22 maja 2003 r.⁴⁴, a jak słusznie wywodzi to – zdaniem Rzecznika – Sejm RP, wynikający z zasady *ne bis in idem* zakaz ponownego prowadzenia postępowania ma charakter obligatoryjny, nie zaś fakultatywny (poza dopuszczalnymi wyjątkami w postaci wznowienia postępowania), ponadto znaczenie art. 61 § 1 pkt 1 k.p.s.w. dla zapewnienia standardu *ne bis in idem* jest istotnie osłabione przez art. 61 § 3 k.p.s.w., albowiem regulacja ta umożliwia podjęcie, a następnie prowadzenie postępowania wykroczeniowego w sytuacji, gdy w postępowaniu karnym (*sensu stricto*) o ten sam czyn prawomoc-

nie uniewinniono oskarżonego, a to zaś pozostaje w ewidentnej sprzeczności z zasadą *ne bis in idem*, która zabrania prowadzenia postępowania także wtedy, gdy w drugim postępowaniu „o to samo” oskarżonego prawomocnie uniewinniono⁴⁵. Panaceum na rozwiązanie tej problematyki nie może być – zdaniem Rzecznika – również ujemna przesłanka procesowa z art. 5 § 1 pkt 8 k.p.s.w, zgodnie z którą „nie wszczynają się postępowania, a wszczęte umarza, gdy postępowanie co do tego samego czynu obwinionego zostało prawomocnie zakończone lub wcześniej wszczęte, toczy się”. Przepis ten odnosi się bowiem wyłącznie do sytuacji, gdy ten sam czyn jest wykroczeniem, a nie do sytuacji, gdy to samo zachowanie jest jednocześnie przestępstwem⁴⁶. Z tych wszystkich względów Rzecznik uznał, że wniesienie wniosku w tej sprawie stało się konieczne⁴⁷.

Oczekując zatem na rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego⁴⁸, nie przesądzając jednocześnie jego treści, wskazać wypada, że obecny stan prawny może budzić wątpliwości natury konstytucyjnej⁴⁹. Wydaje się zatem, że ustawodawca winien poszukiwać rozwiązań, które wyeliminowałyby dwoistość postępowań o charakterze penalnym w zakresie tego samego ontologicznie czynu. Jak słusznie wskazuje Prokurator Generalny⁵⁰, mogłoby to nastąpić⁵¹

⁴³ Zaliczeniu nie podlegają dwa środki karne, tj. nawiązka, jeżeli za wykroczenie i za przestępstwo orzeczono je na rzecz różnych podmiotów oraz obowiązek naprawienia szkody, jeżeli za wykroczenie i za przestępstwo orzeczono je w związku z różnym rodzajem szkód (art. 10 § 4 k.w.).

⁴⁴ Por. T. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 61 Kodeksu wykroczeń*, LEX 2012.

⁴⁵ Stanowisko Sejmu RP złożone w Trybunale Konstytucyjnym do sprawy P 23/11, s. 13–14.

⁴⁶ Por. powołane przez Rzecznika: T. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 5 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia*, LEX 2012; postanowienie SN z 29 stycznia 2004 r., I KZP 40/03, OSNKW 2004, nr 2, poz. 22; stanowisko Sejmu RP złożone w Trybunale Konstytucyjnym do sprawy P 23/11, s. 14; stanowisko Prokuratora Generalnego złożone w Trybunale Konstytucyjnym do sprawy P 23/11, s. 46.

⁴⁷ Por. uzasadnienie wniosku Rzecznika z 19 listopada 2014 r. (II.566.7.2014.MK), s. 12–19.

⁴⁸ Sprawa otrzymała w TK sygn. K 45/14.

⁴⁹ Dla porządku wskazać również w tym miejscu wypada, że w doktrynie podnoszone są także wątpliwości co do zgodności z Konstytucją art. 181 § 1 k.k.s. (w zw. z art. 8 § 1 k.k.s.) w zakresie, w jakim dopuszcza prowadzenie dwóch odrębnych postępowań w przypadku idealnego zbiegu przestępstwa skarbowego i wykroczenia skarbowego – por. K. Witkowska, *Idealny zbieg czynów*, s. 130–133. Por. również P. Kardas, *Normatywna istota rozwiązania wyrażonego w art. 8 k.k.s. Podstawa wyjątku od zasady ne bis in idem*, LEX 2011, teza 3.2.2.

⁵⁰ W stanowisku Prokuratora Generalnego z 22 lipca 2011 r., złożonym w Trybunale Konstytucyjnym do sprawy P 23/11, s. 50.

⁵¹ Przy odpowiednich zmianach w k.p.k. i k.p.s.w.

poprzez zastosowanie reguł zbiegu kumulatywnego (na wzór art. 11 § 2 k.k.) w przypadku zbiegu przestępstwa i wykroczenia⁵² zachowanie tylko jednej procedury, tj. kar-

nej, w której sąd będzie mógł orzekać jednocześnie o dwóch zbiegających się ocenach prawnych tego samego zdarzenia (czy-
nu)⁵³.

⁵² Por. również uwagi w tym zakresie K. Witkowska, *Idealny zbieg czynów*, s. 133–136.

⁵³ Prokurator Generalny alternatywnie wskazuje również inny możliwy sposób rozwiązania tej problematyki, zasadnie dostrzegając wady proponowanego rozwiązania, a mianowicie wprowadzenia do postępowania karnego (do art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.) oraz do postępowania w sprawach o wykroczenia (art. 5 § 1 pkt 8 k.p.s.w.) autonomicznych dla obu tych procedur uregulowań, przewidujących ujemną przesłankę procesową wszczęcia lub kontynuowania postępowania o ten sam czyn, oceniany prawnie zarówno jako przestępstwo, jak i wykroczenie. Prokurator Generalny jednak słusznie zaznacza, że wprowadzenie do art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. ujemnej przesłanki procesowej w postaci zakazu wszczęcia bądź kontynuowania postępowania karnego o przestępstwo, gdy w tej samej sprawie przeciwko tej samej osobie zostało prawomocnie zakończone albo toczy się wcześniej wszczęte postępowanie o wykroczenie, „rodzi niebezpieczeństwo zaniechania postępowania o ten zakres kryminalnej zawartości zdarzenia (czynu), który będzie niejednokrotnie o wiele bardziej społecznie szkodliwy (naganny) niż zakres kryminalnej zawartości tego samego zdarzenia (czynu), prawnie ocenianej jako wykroczenie”.

Summary

Marta Kolendowska-Matejczuk

THE PROBLEMS OF COMPLIANCE WITH THE PRINCIPLE *NE BIS IN IDEM* OF THE SOLUTION ADOPTED IN ART. 10 § 1 OF THE PETTY OFFENCE CODE

The issue of compliance with the principle *ne bis in idem* solution adopted in Art. 10 § 1 of the Code of offenses, providing double criminality in the case of a perfect concurrence of crime and offence, is important from the point of view of constitutionally protected rights. This publication is showing defects accepted in Art. 10 § 1 solutions, and also is a kind of summary of the existing case-law of the Strasbourg Court and the Polish Constitutional Court, as well as expressed views of doctrine in this respect. The subject matter of the publication is more relevant, because as a result of the Ombudsman's application to the Constitutional Tribunal from 19 November 2014, this issue can become an object of analysis of the Tribunal.

KEY WORDS: democratic state of law, the right to fair procedures, a double punishment, the principle *ne bis in idem*

POJĘCIA KLUCZOWE: państwo prawa, prawo do sprawiedliwej procedury, podwójne karanie, zasada *ne bis in idem*

AKTY STOSOWANIA PRAWA NA PRZYKŁADZIE DZIAŁALNOŚCI SŁUŻBY WIĘZIENNEJ

Służbę Więzienną (dalej: SW) trudno jest jednoznacznie zakwalifikować z punktu widzenia struktury władz konstytucyjnych. Z jednej strony przez wyodrębnienie organizacyjne i podporządkowanie Ministrowi Sprawiedliwości należy ona ustrojowo do administracyjnego aparatu państwa¹, z drugiej ze względu na wykonywaną funkcję stanowi przedłużenie wymiaru sprawiedliwości *sensu largo*², jako instytucja ochrony prawnej, wykonująca rozstrzygnięcia sądów³.

Służba Więzienna, jak i poszczególne organy SW, będąc wyodrębnionymi organizacyjnie jednostkami w aparacie państwowym, w zakresie wykonywanych ustawowych zadań (wykonywania kary pozbawienia wolności i innych środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności) nie posiadają kompetencji w rozumieniu nauk administracyjnych.

Taka kompetencja przysługuje organom SW, ale wyłącznie w wąskim zakresie przy trwałej zmianie stosunku służbowego na płaszczyźnie organizacji służby, czyli w relacji organu SW do funkcjonariusza SW. Dlatego w dużej części ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więzienniej (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r.

poz. 1415 z późn. zm.), dalej: ustawa o SW, stanowi samodzielnie wyróżnione prawo organizacyjne, materialne i procesowe, które reguluje stosunki zachodzące wewnątrz systemu organów SW oraz prawa i obowiązki funkcjonariuszy SW (pracowników SW), jak również tryb ich realizacji.

Jest to więc prawo ustrojowe regulujące stosunki zachodzące wewnątrz struktury organizacyjnej SW, które w zasadzie nie stanowi części „typowego” prawa administracyjnego⁴. Stosunek prawny pomiędzy organem SW a funkcjonariuszem SW charakteryzuje się nierównorzędnością typu administracyjnoprawnego, który jednak nie wyklucza w zakresie części uprawnień dotyczących świadczeń pieniężnych istnienia równoległego stosunku cywilnego łączącego funkcjonariusza SW ze Skarbem Państwa reprezentowanym przez organ SW. Dla uprawnień organów SW wobec funkcjonariuszy SW w tej sferze organizacji służby rezerwujemy termin kompetencje wewnętrzne.

Z punktu widzenia dziedziny zewnętrznych stosunków społecznych regulowanych więzienną pragmatyką służbową (podobnie

¹ Art. 24 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 743 z późn. zm.); „Dział sprawiedliwość obejmuje sprawy: wykonywania kar (...) oraz sprawy pomocy postpenitencjarnej; (...) Ministrowi właściwemu do spraw sprawiedliwości podlega Centralny Zarząd Służby Więzienniej”.

² Wymiar sprawiedliwości *sensu stricto* określony jest w art. 175 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.), zgodnie z którym sprawują go: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe.

³ T. Przesławski, *Służba Więzienna. Administracja i podstawy działania*, WUW, Warszawa 2012, s. 32–50.

⁴ Sprawa ta wydaje się mieć charakter określonej konwencji. Jeżeli prawem administracyjnym obejmowałibyśmy przepisy prawne regulujące stosunki wewnątrz jednostek niebędących organami administracji państwowej, tak ukształtowane prawo nie byłoby wyłącznie prawem ustrojowym danej instytucji. W literaturze daleko wysunięty postulat rozbicia systemu prawa na dwie gałęzie prawa: ustrojowego i administracyjnego przedstawił W. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce*, PWN, Warszawa 1970, s. 29.

jak w przypadku przepisów ustrojowych) ustawa o SW nie stanowi prawa administracyjnego w rozumieniu norm prawnych, które wyodrębniają organizacyjnie i kompetencyjnie organy administracji państwowej i umożliwiają tym organom jednostronne wyznaczanie sytuacji prawnej obywateli w formie decyzji administracyjnych wydawanych w trybie ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.), dalej: k.p.a.

W ustawie o SW poza normami regulującymi organizację samej tylko służby daje się wyróżnić wiele przepisów poświęconych organizacji służby do realizacji świadczeń na rzecz osób pozbawionych wolności⁵. Tę sferę działalności SW ze względu na cel organizacji kary pozbawienia wolności (i innego środka przymusu prowadzącego do pozbawienia wolności) umownie nazywamy penitencjarną o charakterze wewnętrznym, chociaż od strony podmiotów uczestniczących w stosunku prawnym będzie to realizacja kompetencji zachodząca pomiędzy organem SW a funkcjonariuszem SW. W tej sferze będą się mieścić także stosunki prawne

pomiędzy organami SW⁶ występującymi także w roli organów postępowania wykonawczego a innymi podmiotami uczestniczącymi w tym postępowaniu⁷. Funkcja tych podmiotów została wzmocniona ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396) przez dodanie przepisu art. 38 § 1a. W ramach tej regulacji podmioty wymienione w art. 38 k.k.w. w zakresie zapobiegania przestępczości i readaptacji społecznej mają podejmować działania w celu zwiększenia efektywności działania organów państwowych oraz wzmacniania prawnego działania tych organów.

I wreszcie ostatnia z wyróżnionych sfer działania SW, którą możemy nazywać penitencjarną o charakterze zewnętrznym, obejmująca stosunki prawne pomiędzy organami SW pełniącymi funkcję organów postępowania wykonawczego zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90, poz. 557 z późn. zm.), dalej: k.k.w.⁸, a także funkcjonariuszami i pracownikami SW występującymi w roli przełożonych⁹ a osobami pozbawionymi wol-

⁵ Przykładowo wskazać można art. 11 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o SW: „Do zakresu działania Dyrektora Generalnego należy w szczególności: ustalanie kierunków prowadzenia oddziaływań penitencjarnych i nadzór nad ich realizacją; tworzenie warunków prawidłowego i praworządnego wykonywania kar pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania”; art. 12 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o SW: „Do zakresu działania dyrektora okręgowego należy w szczególności: koordynacja oddziaływań penitencjarnych prowadzonych w podległych jednostkach organizacyjnych i nadzór nad nimi; koordynacja sposobu i nadzór nad warunkami prawidłowego i praworządnego wykonywania kar pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania w podległych jednostkach organizacyjnych oraz kontrola przestrzegania w nich praw osób pozbawionych wolności”.

⁶ Wskazać można formy współdziałania SW z Policją określone w art. 23 ust. 2 ustawy o SW: „Siły Policji można wezwać w razie zagrożenia lub naruszenia bezpieczeństwa jednostki organizacyjnej albo konwoju w szczególności związanego z przygotowaniem, usiłowaniem lub dokonaniem zamachu terrorystycznego, napadem, buntem, zbiorową ucieczką osadzonych, najściem tłumy, pożarem, katastrofą lub klęską żywiołową”.

⁷ Chodzi tutaj o stowarzyszenia, fundacje, organizacje oraz instytucje, kościoły, związki wyznaniowe, osoby godne zaufania, których celem działania jest realizacja zadań z zakresu pomocy w społecznej readaptacji skazanych i pomocy postpenitencjarnej. Zgodnie z art. 38 ust. 2 k.k.w. podmioty te „mogą w porozumieniu z dyrektorem zakładu karnego lub aresztu śledczego uczestniczyć w prowadzeniu działalności resocjalizacyjnej, społecznej, kulturalnej, oświatowej, sportowej i religijnej w tych zakładach lub aresztach”.

⁸ Art. 2 pkt 5 ustawy o SW: „Organami postępowania wykonawczego są: (...) dyrektor zakładu karnego, aresztu śledczego, a także dyrektor okręgowy i Dyrektor Generalny Służby Więziennej albo osoba kierująca innym zakładem przewidzianym w przepisach prawa karnego wykonawczego oraz komisja penitencjarna”. Na marginesie zauważyć należy, że ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396) rozszerzono katalog organów postępowania wykonawczego w art. 2 pkt 6 k.k.w. o kierownika zespołu kuratorskiej służby sądowej.

⁹ Por. art. 72 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90, poz. 557 ze zm.), dalej:

ności. Stosunki te, podobnie jak stosunki typu administracyjnoprawnego, charakteryzują się nierównością, podporządkowaniem jednego podmiotu wobec drugiego, który wyposażony jest w funkcje władcze.

Prawo do organizowania wszelkich czynności związanych z wykonywaniem kary pozbawienia wolności (i innych środków przymusu), jak również prawo do rozstrzygania sytuacji prawnej i faktycznej osób pozbawionych wolności przez organy i funkcjonariuszy SW, stanowi kompetencję penitencjarną i stosować do niej można niektóre pojęcia wypracowane w doktrynie prawa administracyjnego.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że ustawowe zadania określone w ustawie o SW związane z wykonywaniem kary pozbawienia wolności i innych środków przymusu przynależą do całej struktury organizacyjnej SW¹⁰. To SW, traktowana jako system organów oraz ogół funkcjonariuszy w zakresie szczególnych czynności władczych wymienionych w rozdziale 3 ustawy o SW zatytułowanym *Zakres uprawnień Służby Więziennej*, jest pierwszym podmiotem kompetencji penitencjarnej. W drodze ustawy o SW kompetencja penitencjarna dekoncentro-

wana jest w postaci zakresów działań na poszczególne organy SW¹¹.

Rozważając pojęcie kompetencji penitencjarnej, rozróżnić należy dwie płaszczyzny analizowanego zagadnienia. Odnosząc ten termin do sytuacji prawnej organu SW, podejmowanych działań przez ten konkretny organ SW, w odróżnieniu od pozycji prawnej i działań pozostałych organów SW, możemy mówić o kompetencji w znaczeniu statycznym, co pozwala utożsamiać z nią normy zadaniowe czy też normy określające zakres działania, którymi posługuje się ustawa o SW. Jeżeli jednak interesuje nas kompetencja penitencjarna w znaczeniu dynamicznym, kompetencja w działaniu, a więc od strony treści, musimy sięgnąć do przepisów k.k.w.¹², w szczególności określających sytuacje, w których wydawana jest decyzja w postępowaniu wykonawczym.

Przez akt stosowania prawa rozumiemy kompetencję do dokonania czynności konwencjonalnej, która nie jest stanowieniem prawa powszechnie obowiązującego w świetle wyróżnionych źródeł prawa w Konstytucji RP¹³. Tak szerokie rozumienie aktu stosowania prawa pozwala na zaliczenie do tej kategorii wszelkich

k.k.w. „Funkcjonariusze i pracownicy zakładu karnego, w którym skazany przebywa, a także osoby kierujące jego pracą lub innymi zajęciami są, w zakresie wykonywanych przez nich czynności służbowych, przełożonymi skazanego”. Zob. też przyp. 8.

¹⁰ Art. 2 ust. 1 ustawy o SW: „Służba Więzienna realizuje na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90, poz. 557 z późn. zm.) zadania w zakresie wykonywania tymczasowego aresztowania oraz kar pozbawienia wolności i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności”.

¹¹ Tytułem przykładu podać można art. 13 ust. 2 pkt 1 ustawy o SW: „Do zakresu działania dyrektora zakładu karnego i dyrektora aresztu śledczego należy w szczególności: koordynacja oddziaływań penitencjarnych prowadzonych w podległej jednostce organizacyjnej i nadzór nad nimi”.

¹² Posiłkujemy się tutaj siatką pojęciową wypracowaną w literaturze prawa administracyjnego, por. M. Matczak, *Kompetencja w prawie administracyjnym*, (w:) *System Prawa Administracyjnego*, tom 1, *Instytucje prawa administracyjnego*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, Wydawnictwo C. H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2010, s. 372–380.

¹³ Na gruncie art. 87 ust. 1–2 Konstytucji RP nastąpiło zamknięcie systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Por. wyrok TK z 28 czerwca 2000 r., K 25/99; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2009, s. 118–120. Charakterystyczny w tym kontekście jest pogląd J. Zimmermanna, *Prawo administracyjne*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 280–281, na temat przepisów administracyjnych, które stanowią akty stosowania prawa w sensie tworenia następnych norm powszechnie obowiązujących, podobnie jak rozporządzenia. Użyte określenie „powszechnie obowiązujące” należy odnosić w takim wypadku do skutków rzeczywistych przepisów administracyjnych, skoro konstytucyjnie przymiot prawny powszechności obowiązywania przypisany jest do aktów wymienionych w art. 87 Konstytucji. Sam termin powszechnego obowiązywania ma charakter względny, od strony prawnej chodzi bardziej o uznanie potencjalnej możliwości uczynienia ogółu (wszystkich) adresatami norm prawnych, por. H. Rot, *Akty prawotwórcze w PRL. Koncepcja i typy*, Prace Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego, Seria A, nr 213,

prawnych form działalności SW, w tym czynności faktycznych mających postać zachowania językowego (wypowiedzi słownych, pisemnych czy gestów). Poza tak określonymi aktami pozostaną czynności faktyczne o charakterze nielin-gwistycznym z zakresu stosowania prawa typu organizatorskiego, np. czynność przeszukania więźnia, wykonawczego, np. zastosowanie siły fizycznej dla realizacji polecenia zakładowego, czy gospodarskiego, np. remont celi więziennej. Aktem stosowania prawa będzie więc zarówno wykorzystanie kompetencji organów SW do wydawania decyzji ustalającej prawa lub obowiązki adresata decyzji w określonym trybie (k.k.w., k.p.a.), wydawania aktów generalnych, przez które rozumiemy bądź tworzenie norm generalno-konkretnych, bądź tworzenie reguł do interpretacji norm prawnych, wydawanie aktów normatywnych w rozumieniu tworzenia norm generalno-abstrakcyjnych, jak również wykonywanie innych uprawnień i obowiązków na podstawie przepisów prawa, np. przez wydawanie opinii, poleceń służbowych czy poleceń zakładowych.

Akty stosowania prawa w kontekście działalności SW możemy rozpatrywać więc na trzech

poziomach: organizacji samej służby, penitencjarnej (organizacji wykonania kary i innych środków przymusu prowadzących do pozbawienia wolności), wreszcie administracyjnej.

Na poziomie organizacji samej służby, której celem jest utrzymanie jej funkcjonowania, będziemy mieli do czynienia z aktami indywidualnymi typu poleceń służbowych, rozkazów personalnych będących formą indywidualnych, jednostronnych, władczych aktów organów SW, a także decyzji, ale w rozumieniu zajęcia stanowiska, wypowiedzi sprawozdawczej, oświadczenia wiedzy co do spełnianych przez funkcjonariuszy kryteriów¹⁴. Ponadto mamy do czynienia z aktami kierownictwa wewnętrznego typu zarządzeń, instrukcji, wytycznych, regulaminów¹⁵, zawierających normy generalne i abstrakcyjne, które nie stanowią aktów prawnych w sensie formalnego konstytucyjnego źródła prawa (akty normatywne) bądź zawierających normy, które określić możemy jako hybrydowe, przede wszystkim akty generalno-konkretnie (ale także indywidualno-abstrakcyjne w postaci zakresów czynności). W grupie aktów organizacji służby znajdują się również nie-normatywne akty indywidualne o charakterze

Wrocław 1980, s. 42–44. Por. także definicje aktów stosowania prawa: A. Michalska, S. Wronkowska, *Zasady tworzenia prawa*, UAM, Poznań 1983, s. 15; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988, s. 7–9.

¹⁴ Por. np. art. 184 ust. 1 ustawy o SW: „Funkcjonariuszowi w służbie stałej, który spełnia warunki do przydziału lokalu mieszkalnego, a który lokalu tego nie otrzymał na podstawie decyzji administracyjnej o przydziale, przysługuje pomoc finansowa na uzyskanie lokalu mieszkalnego w spółdzielni mieszkaniowej albo domu jednorodzinnego lub lokalu mieszkalnego stanowiącego odrębną nieruchomość, położonych w miejscowości pełnienia służby lub miejscowości pobliskiej”, art. 41 ust. 1 u.s.w.: „Podejmując służbę, funkcjonariusz składa pisemne ślubowanie według następującej roty: „Ja, obywatel Rzeczypospolitej Polskiej, wstępując do Służby Więziennej, ślubuję uroczysto: rzetelnie wykonywać powierzone mi zadania funkcjonariusza tej Służby i polecenia przełożonych, przestrzegając Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i wszystkich przepisów prawa, jak również tajemnic związanych ze służbą, a także zasad etyki zawodowej, ze szczególnym uwzględnieniem poszanowania godności ludzkiej oraz z dbałością o dobre imię służby”. Ślubowanie może być złożone z dodaniem słów „Tak mi dopomóż Bóg”. Art. 157 ust. 1: „Funkcjonariusz jest obowiązany postępować zgodnie ze złożonym ślubowaniem oraz przestrzegać przepisów prawa, w szczególności niniejszej ustawy i przepisów wydanych na jej podstawie”.

¹⁵ Art. 11 ust. 2 u.s.w.: „W ramach realizacji swoich zadań Dyrektor Generalny może wydawać zarządzenia, instrukcje lub wytyczne”. Art. 14 ust. 6: „Dyrektor Generalny określa, w drodze zarządzenia, ramowy regulamin pobytu w Centralnym Ośrodku Szkolenia Służby Więziennej oraz ośrodkach szkolenia Służby Więziennej i ośrodkach doskonalenia kadr Służby Więziennej”. Art. 33 ust. 1 pkt 2-3: „Dyrektor Generalny określa w drodze regulaminu: sposób pełnienia służby przez funkcjonariuszy, z uwzględnieniem hierarchicznego podporządkowania funkcjonariuszy, drogi służbowej, obowiązków przełożonego i podwładnego, zasad usprawiedliwiania nieobecności lub spóźnień w służbie, uczestniczenia w naradach, szkoleniach i odprawach służbowych; ceremoniał Służby Więziennej oraz musztrę ceremonialną, z uwzględnieniem zasad oddawania honorów, służbowego przedstawiania się i składania meldunków przez funkcjonariuszy, zasad i form organizowania uroczystości, w tym z asystą honorową”.

informacyjnym, np. opinie służbowe czy oceny¹⁶, jak również nienormatywne akty generalne o charakterze wyjaśniającym (zarządzenia, instrukcje, wytyczne, regulaminy).

W obszarze penitencjarnym, gdy chodzi o wewnętrzną organizację świadczeń na rzecz osób pozbawionych wolności, podobnie jak przy organizacji służby, wśród aktów stosowania prawa wskazać należy polecenia służbowe¹⁷, rozkazy, decyzje, ale w rozumieniu podejmowanego stanowiska, a nie władczego rozstrzygnięcia¹⁸, akty kierownictwa wewnętrznego ukierunkowane na osadzonych w formie zarządzeń¹⁹, instrukcji, wytycznych, regulaminów²⁰, a także opinie, oceny komisji

penitencjarnej²¹, zawiadomienia kierowane do sędziego penitencjarnego²² czy wspomniane wcześniej porozumienia z podmiotami uczestniczącymi w resocjalizacji²³.

Jeżeli chodzi o zewnętrzną organizację skazanymi w sferze penitencjarnej, będą to akty indywidualne w postaci decyzji zapadających w postępowaniu wykonawczym²⁴, polecenia zakładowe wydawane przez funkcjonariuszy SW (pracowników SW)²⁵ oraz akty generalne typu zarządzeń o ograniczeniu lub wstrzymaniu praw skazanych²⁶ czy wprowadzające porządek wewnętrzny²⁷, a także indywidualne akty typu informacyjnego, np. zawiadomienie o załatwieniu skargi skazanego²⁸.

¹⁶ Art. 39 ust. 3 pkt 7 u.s.w.: „Postępowanie kwalifikacyjne składa się z następujących etapów: sporządzenia arkusza oceny predyspozycji kandydata”.

¹⁷ Art. 78 § 2 k.k.w.: „Dyrektor Generalny lub dyrektor okręgowy Służby Więziennej mogą wydawać dyrektorom zakładów karnych polecenia niezbędne dla prawidłowego i praworządnego wykonywania kary pozbawienia wolności oraz realizowania kierunków pracy resocjalizacyjnej (...)”.

¹⁸ Art. 73a § 7 k.k.w.: „Jeżeli utrwalony obraz lub dźwięk jest istotny dla bezpieczeństwa zakładu karnego lub bezpieczeństwa skazanego, dyrektor zakładu karnego podejmuje decyzję o czasie jego przechowywania i sposobie wykorzystania”.

¹⁹ Art. 72 § 4a k.k.w.: „Dyrektor Generalny Służby Więziennej, w drodze zarządzenia, określa przeznaczenie zakładów karnych, uwzględniając w szczególności potrzebę zapewnienia oraz racjonalnego wykorzystania miejsc zakwaterowania dla wszystkich grup skazanych”.

²⁰ Art. 33 ust. 1 pkt 1 u.s.w.: „Dyrektor Generalny określa w drodze regulaminu: zasady etyki zawodowej, po zasięgnięciu opinii związku zawodowego funkcjonariuszy, z uwzględnieniem ogólnych wartości i norm moralnych, zasad postępowania i zachowania się funkcjonariusza wobec osadzonych, wzajemnych relacji funkcjonariuszy oraz specyfiki zawodu funkcjonariusza”.

²¹ Art. 76 § 1 pkt 4 k.k.w.: „Do zakresu działania komisji penitencjarnej należy: dokonywanie ocen okresowych postępów skazanego w resocjalizacji”.

²² Art. 35 § 2 k.k.w.: „Organ wymieniony w § 1 zawiadamia sędziego penitencjarnego, w terminie 14 dni albo w innym wyznaczonym przez sędziego terminie, o zajętych stanowisku”.

²³ Art. 38 § 2 k.k.w.

²⁴ Przykładowo decyzja o ukaraniu karą dyscyplinarną, przewidzianą w art. 144 k.k.w.

²⁵ Zgodnie z art. 116 § 1 k.k.w.: „skazany ma obowiązek przestrzegania przepisów określających zasady i tryb wykonywania kary, ustalonego w zakładzie karnym porządku oraz wykonywania poleceń przełożonych i innych osób uprawnionych (...)”.

²⁶ Art. 247 § 1 k.k.w.: „W wypadkach uzasadnionych szczególnymi względami sanitarnymi lub zdrowotnymi albo poważnym zagrożeniem bezpieczeństwa dyrektor zakładu karnego lub aresztu śledczego może na czas określony wstrzymać lub ograniczyć zatrudnienie osadzonych, kontakty między nimi, udzielanie widzeń i spacerów, przeprowadzanie zajęć o charakterze zbiorowym, odprawianie nabożeństw i udzielanie usług religijnych, dokonywanie zakupów, otrzymywanie paczek, a także korzystanie z samoinkasujących aparatów telefonicznych, nakazać zamknięcie cel lub innych pomieszczeń, w których przebywają lub pracują osadzeni, zabronić posiadania w celi niektórych przedmiotów oraz zawiesić funkcję rzecznika skazanych”.

²⁷ Art. 73 § 2. Dyrektor ustala porządek wewnętrzny zakładu karnego.

²⁸ Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 sierpnia 2003 r. w sprawie sposobów załatwiania wniosków, skarg i prośb osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 647): „Organ właściwy do załatwienia wniosku, skargi lub prośby jest obowiązany zawiadomić

O ile zarządzenie o ograniczeniu praw stanowi akt generalny przez stanowienie norm generalnych i konkretnych (konkretnych w sensie czasu wymaganego zachowania), o tyle porządek wewnętrzny może być zakwalifikowany do aktu normatywnego, jeżeli poza wypowiedziami dyrektywalnymi typu wskazówek (wyjaśnień) dostrzegalne będą w nim uzupełnienia (konkretyzacja) norm prawnych wyższego rzędu²⁹. Reguły takie konkretyzują wówczas wymagane zachowanie nieoznaczonymi imiennie adresatom, którymi jest nie tylko grupa więźniów w danym zakładzie, ale także osoby odwiedzające. Podkreślić wypada, że granica pomiędzy aktem generalnym i normatywnym w tym znaczeniu może być płynna, ze względu na różną interpretację postanowień danego aktu. Postanowienia porządku wewnętrznego mają charakter ogólny i mogą być traktowane jako wewnętrzne normy prawne bądź reguły objaśniające obowiązywanie norm prawnych.

Niezależnie, czy uznajemy, że porządek wewnętrzny ma związek z normami, w sensie normotwórczym czy interpretacyjnym, pozostaje w stosunku do skazanych aktem zewnętrznym i nie mieści się w formule przewidzianej dla ak-

tów prawa wewnętrznego (art. 93 Konstytucji RP), wkraczając na pole zastrzeżone dla norm powszechnie obowiązującego prawa³⁰. W szczególności obowiązuje wszystkie osoby pozbawione wolności oraz osoby odwiedzające, które znajdują się w obrębie jednostki organizacyjnej, chociaż nie są podporządkowane służbowo dyrektorowi zakładu karnego (aresztu śledczego), jak to ma miejsce przy aktach kierownictwa wewnętrznego, poza tym naruszenie postanowień porządku może być podstawą wydania decyzji dyscyplinarnej w stosunku do skazanego w postępowaniu wykonawczym³¹.

W ramach ostatniej z rozważanych płaszczyzn, działalności SW z zakresu administracji publicznej, organy SW występują w roli organów administracji publicznej w znaczeniu funkcjonalnym jako organy powołane na mocy ustawy do załatwiania spraw indywidualnych funkcjonariuszy SW w drodze decyzji administracyjnych³². Organy SW w tej sferze posiadają kompetencję do podejmowania decyzji administracyjnych w trybie k.p.a. Wydają na tej płaszczyźnie typowe akty stosowania prawa w formie stanowienia norm indywidualnych i konkretnych³³.

pisemnie wnoszącego wniosek, skargę lub prośbę o sposobie ich załatwienia". W orzecznictwie administracyjnym na podstawie przepisów działu VIII k.p.a. zawiadomienie kwalifikuje się jako czynność materialno-rzeczową niepodlegającą zaskarżeniu w postępowaniu sędowoadministracyjnym. Por. T. Przesławski, *Skarga osoby pozbawionej wolności składana do organów postępowania wykonawczego* (art. 6 § 2 k.k.w.), „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011, nr 71, s. 54.

²⁹ T. Przesławski, *Analiza prawna aktu „porządku wewnętrznego” w zakładzie karnym/areszcie śledczym*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011, nr 71, s. 93–94.

³⁰ Akt prawa wewnętrznego może być wydawany na podstawie ustawy, adresowany do jednostki organizacyjnej podległej organowi, obowiązuje tylko tę jednostkę i nie może być podstawą decyzji wobec obywateli. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2009, s. 121.

³¹ Art. 142 § 1 k.k.w.: „Skazany podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za zawinione naruszenie nakazów lub zakazów wynikających z ustawy, regulaminu lub innych przepisów wydanych na jej podstawie albo ustalonego w zakładzie karnym lub miejscu pracy porządku, zwane dalej «przekroczeniem»”.

³² Art. 5 § 2 pkt 3 k.p.a.: „Ileokroć w przepisach Kodeksu postępowania administracyjnego jest mowa o: organach administracji publicznej – rozumie się przez to ministrów, centralne organy administracji rządowej, wojewodów, działające w ich lub we własnym imieniu inne terenowe organy administracji rządowej (zespolonej i niezespolej), organy jednostek samorządu terytorialnego oraz organy i podmioty wymienione w art. 1 pkt 2”; Art. 1 k.p.a.: „Kodeks postępowania administracyjnego normuje postępowanie: 2) przed innymi organami państwowymi oraz przed innymi podmiotami, gdy są one powołane z mocy prawa lub na podstawie porozumień do załatwiania spraw określonych w pkt 1”.

³³ Art. 218 ust. 1 ustawy o SW: „Sprawy dotyczące: 1) zwolnienia ze służby, 2) przeniesienia z urzędu do pełnienia służby w innej jednostce organizacyjnej, 3) przeniesienia na niższe stanowisko służbowe, 4) zawieszenia w czynnościach służbowych – rozstrzyga się w formie decyzji”.

Summary

Tomasz Przesławski

LAW ENFORCEMENT ACTS BASED ON THE EXAMPLE OF THE ACTIVITY OF THE PRISON SERVICE

The article discusses the sphere of applying the law, including forms as well as contents of actions undertaken by the Prison Service. Acts of applying the law were analysed on various planes, on which the Prison Service functions, i.e. internal, penitentiary and administrative. The legal position of the Prison Service was characterized from the points of view of realized competence distinguished on the grounds of legislation of the prison service provisions as well as executive criminal proceedings.

KEY WORDS: internal competence, penitentiary competence, administrative competence, the Prison Service, applying the law

POJĘCIA KLUCZOWE: kompetencja wewnętrzna, kompetencja penitencjarna, kompetencja administracyjna; Służba Więzienna, stosowanie prawa

CLARA NON SUNT INTERPRETANDA – ZA, A NAWET PRZECIWIW

1. WSTĘP

Zasada *clara non sunt interpretanda* stanowi od wielu lat przedmiot ożywionej dyskusji w polskiej doktrynie. Temat ten był przedmiotem bardzo wielu opracowań z zakresu teorii prawa. Doniosłość znaczenia tej zasady zauważa T. Gizbert-Studnicki, który wskazuje, że: „Paremia *clara non sunt interpretanda* jest niekwestionowanym składnikiem kultury prawnej, na gruncie której toczy się dyskurs związany z wykładnią operatywną”¹.

Jednocześnie, pomimo wskazanego zainteresowania, nadal istnieje wiele sporów odnośnie do samego znaczenia zasady *clara non sunt interpretanda* (lub jej „drugiej” wersji – *interpretatio cessat in claris*) oraz słuszności jej zastosowania w praktyce prawniczej. W ostatnich latach spotyka się coraz częściej przeciwstawianie tej paremii zasadzie *omnia sunt interpretanda*².

Jest jednak niezaprzeczalnym faktem, że pomimo wskazanych kontrowersji sądy oraz organy administracji często opierają swoje uzasadnienia na zasadzie *clara non sunt interpretanda*. Powstaje zatem niezwykle interesujące pytanie, jak podchodzi się do przedmiotowej reguły w orzecznictwie oraz czy (a jeśli tak, to kiedy) możliwe jest odstępianie przez orzekający sąd od tej zasady.

Pierwsza część niniejszej pracy będzie stanowiła próbę wskazania dominujących tendencji

w opisie zasady *clara non sunt interpretanda* oraz argumentów, które przemawiają za przyznaniem jej istotnej roli w praktyce stosowania prawa. Z kolei w drugiej części zostanie zaprezentowany szereg argumentów wyrażających krytykę wobec tej zasady, wzbogaconych o aktualne orzecznictwo sądów powszechnych i administracyjnych.

2. ISTOTA ZASADY CLARA NON SUNT INTERPRETANDA

Zasada *clara non sunt interpretanda* w znaczeniu dosłownym oznacza, że nie poddaje się jakiegokolwiek interpretacji tego, co jest jasne (czego sens jest oczywisty). W literaturze powszechnie wskazuje się, że takie ujęcie przedmiotowej zasady ma charakter czysto deskryptywny (opisowy)³, przy czym sam M. Zieliński wyróżnił aż sześć różnych sposobów jej deskryptywnego opisu⁴. Z kolei w dyrektywalny sposób przedmiotowa reguła ujmowana jest zazwyczaj w dwóch wersjach: zgodnie z pierwszą z nich zasada *clara non sunt interpretanda* stanowi nakaz określonego postępowania dla interpretatora, w drugim ujęciu (zwanym także „normatywnym”) jest ona ujmowana jako „funkcjonująca i obowiązująca norma postępowania danej kultury”⁵.

Trzeba podkreślić, że reguła *clara non sunt interpretanda* przedstawiana jest często w literatu-

¹ T. Gizbert-Studnicki, *Rozkład ciężaru argumentacji w dyskursie interpretacyjnym*, (w:) J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 2, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2003, s. 74.

² K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa: Wolters Kluwer 2012, s. 187 i n.

³ *Ibidem*, s. 190.

⁴ M. Zieliński, *Aspekty zasady „clara non sunt interpretanda”*, (w:) S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM 1990, s. 176.

⁵ K. Pleszka, *Wykładnia*, s. 190.

rze jako jeden z elementów (wymiarów) zasady jednoznaczności, na którą to zasadę składa się również reguła *interpretatio cessat in claris*, co oznacza po prostu zakaz dalszego prowadzenia wykładni w sytuacji uzyskania jednoznacznego znaczenia danej normy⁶. Inaczej mówiąc, pierwsza z wersji zasady jednoznaczności wyklucza jakąkolwiek interpretację, a druga z nich „zezwała” wprawdzie na dokonanie wykładni, lecz nakazuje ją zakończyć w sytuacji wyeliminowania wątpliwości odnośnie do treści danego wyrażenia. Stąd też oba wymiary zasady jednoznaczności związane są z odmiennymi koncepcjami wykładni. Zasada *clara non sunt interpretanda* łączona jest w doktrynie z tzw. klaryfikacyjną koncepcją wykładni (stworzoną przez J. Wróblewskiego), która zakłada dokonywanie interpretacji jedynie tam, gdzie mamy do czynienia z wieloznacznością danego przepisu⁷. Z kolei reguła *interpretatio cessat in claris* akceptowana jest przez przedstawicieli derywacyjnej koncepcji wykładni, której fundamentem jest teza o konieczności wykładni wszystkich tekstów prawnych⁸. Warto jednakże zauważyć, że wskazane rozróżnienie „wewnątrz” zasady jednoznaczności nie jest konsekwentnie przestrzegane w literaturze⁹.

Od zasady jednoznaczności (w obu zaprezentowanych powyżej odmianach) należy odróżnić tzw. *Aedeutungstheorie* – koncepcję wypracowaną przede wszystkim przez naukę niemiecką, która jest oparta na założeniu, że sens ustawy może zostać urzeczywistniony tylko w takim stopniu, w jakim znalazł on wyraz w jej słowach (sformułowaniu językowym)¹⁰. Wskazana koncepcja dotyczy przede wszystkim takich przypadków, kiedy mamy do czynienia z nieostrością i wieloznacznością tekstu prawnego. Zgodnie ze wskazaną teorią granicę

wyboru interpretatora co do wyniku wykładni wyznacza zbiór wszystkich możliwych językowo znaczeń danego tekstu. Przedmiotowa koncepcja dopuszcza zatem pewien wybór pomiędzy różnymi wynikami wykładni (przy czym wybór ten, w zależności od akceptowanego poglądu, może być determinowany różnymi czynnikami, np. względami celowościowymi), jednakże z tym zastrzeżeniem, że ostateczna decyzja interpretatora nie może wychodzić poza zakres językowego znaczenia danego przepisu.

3. ROZUMIENIE A INTERPRETACJA

Niezależnie od zarysowanego rozróżnienia definicyjnego uważamy, że dla zrozumienia istoty omawianej zasady absolutnie niezbędne jest wskazanie kwestii (ewentualnej) dystynkcji pomiędzy „rozumieniem” a „interpretacją”. W tym zakresie istnieją bowiem dwa przeciwstawne stanowiska, a akceptacja jednego z nich przekłada się bezpośrednio na wszystkie rozważania dotyczące zasady *clara non sunt interpretanda*.

Jak wskazuje M. Zieliński, niedopuszczalne jest jakiegokolwiek rozróżnienie procesu „rozumienia” i „interpretacji”, ze względu na fakt, że zrozumienie jakiegokolwiek zwrotu językowego wymaga każdorazowo jego uprzedniego zinterpretowania (poddania interpretacji)¹¹. Trafnie zauważa Z. Tabor, że zasadność takich twierdzeń zrelatywizowana jest do sposobu rozumienia czynności interpretacyjnych. Jeżeli bowiem rozumienie danego zwrotu polega na jego interpretacji, to brak jest podstaw dla czynienia dystynkcji pomiędzy „rozumieniem” a „interpretacją”¹². Naturalną konsekwencją

⁶ Por. T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Warszawa–Kraków: Wolters Kluwer 2006, s. 74–75.

⁷ J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław: Ossolineum 1990, s. 55–56.

⁸ T. Spyra, *Granice*, s. 73–75.

⁹ Por. E. Łętowska, *Kilka uwag o praktyce wykładni*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, nr 1, s. 54–55.

¹⁰ T. Spyra, *Granice*, s. 38.

¹¹ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa: LexisNexis 2010, s. 259.

¹² Z. Tabor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa: Wolters Kluwer 2013, s. 21.

przyjęcia zaprezentowanego poglądu o braku dystynkcji pomiędzy „interpretacją” a „rozumieniem” jest przeciwstawienie zasady *clara non sunt interpretanda* zasadzie *omnia sunt interpretanda*, która oznacza po prostu, że wszystko (a właściwie każdy przepis prawa) podlega interpretacji. Wskazanemu stanowisku można oczywiście przeciwstawić twierdzenie, że pewne zwroty (sformułowania), których „rozumienie” jest jasne w języku potocznym, nie wymagają wykonania jakichkolwiek czynności (operacji intelektualnych), które można byłoby nazwać „interpretacją”. Inaczej mówiąc, istnieją takie zwroty (sformułowania językowe), o których można powiedzieć, że są jasne już na pierwszy rzut oka. W takich sytuacjach konkretny zwrot podlega „rozumieniu”, a w konsekwencji zasada *clara non sunt interpretanda* znajduje pełne zastosowanie. Jeżeli bowiem dana osoba nie ma wątpliwości co do tego, czy określony stan faktyczny podpada pod „rozumianą” normę, to w konsekwencji nie powstaje w ogóle „sytuacja wykładni”¹³.

Tym niemniej powyższa konstatacja rodzi wiele wątpliwości. Niejako naturalnie powstaje bowiem pytanie, co to znaczy, że dane wyrażenie językowe jest jasne (nie podlega interpretacji). Ciekawą definicję tego pojęcia zaproponował w literaturze T. Gizbert-Studnicki, który zauważył, że: „Tekst jednoznaczny to taki, który nie jest wieloznaczny”¹⁴. Jest to zatem definicja negatywna, która niewątpliwie, pomimo swej wartości poznawczej, wymaga uzupełnienia. T. Gizbert-Studnicki precyzuje, że występują co najmniej dwa warianty pojęcia wieloznaczności. Z wieloznacznością mamy do czynienia wtedy, gdy konkretnemu tekstowi można przypisać dwa lub więcej znaczeń językowych (mimo że podmiot interpretujący dysponuje „doskonałą kompetencją językową”),

a także wtedy, gdy pomimo jednego znaczenia językowego przypisanego danemu tekstowi nie jest ono wystarczająco precyzyjne¹⁵.

Wskazane ujęcie odnosi zatem termin „jasność” do kontekstu językowego. Tym niemniej warto zwrócić uwagę na stanowisko prezentowane przez T. Spyry, który uważa, że „jasność” nie musi mieć w każdym przypadku znaczenia językowego, co wynika z faktu, iż przepis może być jasny „ze względu na swój cel czy pozycję w systemie prawa”¹⁶. W literaturze oraz orzecznictwie powszechnie akceptuje się jednak tezę, że „jasność” ma charakter językowy i nie powinna być pojmowana w inny sposób, mimo tego, że zasada *clara non sunt interpretanda* wprost nie nawiązuje do jednoznaczności językowej¹⁷. Jak zauważył w jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy: „Treść powyższych norm prawnych nie budzi żadnych wątpliwości i jest na tyle jasna, że nie ma potrzeby uciekania się do innych reguł wykładni poza językową, w myśl zasady *clara non sunt interpretanda*”¹⁸.

Innym problemem związanym z pojęciem jasności jest pytanie o to, kto (jaki podmiot) jest uprawniony do stwierdzenia, że dany zwrot nie budzi wątpliwości. Niezależnie od wskazanej koncepcji osoby posiadającej „doskonałą kompetencję językową” uważamy, że pojęcie to należy odnosić do kompetencji „idealnego prawnika (sędziego)”. Wynika to ze względów czysto pragmatycznych, albowiem o ewentualnym zastosowaniu zasady *clara non sunt interpretanda* nie decyduje jakikolwiek użytkownik języka (przeciętny adresat dyspozycji norm prawnych), lecz sędzia, który pochylając się nad danym zwrotem, dokonuje oceny jego jasności. Jednocześnie nie sposób nie zauważyć, że dla osób, które nie posiadają dostatecznej wiedzy w zakresie terminologii prawniczej, już choćby same pojęcia takie jak „cedent”

¹³ M. Zieliński, *Aspekty*, s. 176.

¹⁴ T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Kraków 1986, s. 107, za: K. Pleszka, *Wykładnia*, s. 208.

¹⁵ T. Gizbert-Studnicki, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978, s. 46, za: K. Pleszka, *Wykładnia*, s. 208.

¹⁶ T. Spyra, *Granice*, s. 37.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Por. wyrok SN z 6 października 2009 r., II KK 76/09, LEX nr 532382.

czy „zastawnik” mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do ich treści. Wskazany w tym miejscu problem jest często wykorzystywany jako argument przeciwników zasady *clara non sunt interpretanda*, o czym będzie jeszcze mowa w drugiej części artykułu.

Na szczególną uwagę zasługuje w tym kontekście pogląd, który wyraził T. Gizbert-Studnicki. Dokonał on bowiem wyraźnego podziału na rozumienie *in abstracto* oraz rozumienie *in concreto*¹⁹. Z tym pierwszym mamy jego zdaniem do czynienia wtedy, gdy rozumienie nie pozostaje w związku z określonym stanem faktycznym. Z kolei rozumienie *in concreto* to takie rozumienie, które jest zrelatywizowane do określonego stanu faktycznego. Akceptując, co do zasady, wskazany pogląd, należałoby według nas uznać, że tak naprawdę za każdym razem, kiedy próbujemy stwierdzić treść jakiegokolwiek wyrażenia językowego, dokonujemy procesu myślowego, który należałoby określić interpretacją. Wynika to z faktu, że określenie (wyprowadzenie) określonej normy prawnej z przepisów jest dokonywane (w praktyce) zawsze na potrzeby konkretnego przypadku. O ile bowiem można sobie wyobrazić sytuację, gdy treść danej normy w oderwaniu od jakiegokolwiek stanu faktycznego nie budzi *prima facie* wątpliwości, o tyle stosowanie prawa wymaga przecież zawsze procesu subsumpcji, czego nie sposób, według nas, dokonać już na pierwszy rzut oka. Tym samym pojęcie rozumienia należałoby według nas odnieść wyłącznie do sytuacji abstrakcyjnych, oderwanych od okoliczności konkretnego stanu faktycznego. W konsekwencji praktyczna użyteczność pojęcia „rozumienie” jest właściwie znikoma.

4. ZASADA CLARA NON SUNT INTERPRETANDA W ORZECZNICTWIE

Truizmem wydaje się stwierdzenie, że w wielu przypadkach rozważania teoretycz-

ne (kontrowersje) dotyczące danej instytucji prawnej nie mają istotnego przełożenia na praktykę orzecznictwa, które wypracowuje swoją własną koncepcję lub po prostu akceptuje jedno z proponowanych w doktrynie rozwiązań. Należy zatem wskazać w tym miejscu, w jaki sposób sądy odnoszą się do zasady *clara non sunt interpretanda*.

W odniesieniu do wykładni przepisów prawa cywilnego Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Sformułowana w doktrynie i judykaturze reguła uznaje następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). Odstąpienie od niej i przyznanie w przyjętym porządku preferencji wykładni celowościowej, obejmującej reguły nakazujące uwzględniać przy ustalaniu znaczenia norm ich kontekst społeczny, ekonomiczny, aksjologiczny, uzasadniać mogą jedynie ważne racje, w szczególności radykalne zmiany prawa i wynikająca z nich konieczność jego dostosowania do nowych warunków społeczno-politycznych. (...) Odrębną kwestią jest, czy i w jakich okolicznościach konieczne będzie użycie kolejno wszystkich wymienionych sposobów wykładni. Zgodnie z zasadą *interpretatio cessat in claris*, sięganie do dyrektyw celowościowych będzie zbędne, jeśli już po zastosowaniu dyrektyw językowych lub też językowych i systemowych daje się uzyskać właściwy, co nie znaczy zgodny z oczekiwaniami osób zainteresowanych, rezultat wykładni, to jest ustalić znaczenie interpretowanej normy”²⁰. Tym samym Sąd Najwyższy zdaje się rozumieć zasadę jednoznaczności w ten sposób, że stanowi ona nakaz pierwszeństwa wykładni językowej, od której można odstąpić wtedy, gdy jej zastosowanie nie doprowadzi do uzyskania niebudzących wątpliwości („jasnych”) wyników.

Przedmiotowe stanowisko dominuje obecnie w orzecznictwie sądów apelacyjnych, gdzie podkreśla się wielokrotnie fundamentalny (na-

¹⁹ T. Gizbert-Studnicki, *Postulat jasności i zrozumiałości tekstów prawnych a dostęp do prawa*, (w:) A. Mróz, A. Niewiadomski, M. Pawelec (red.), *Prawo i język*, Warszawa: Zakład Graficzny Uniwersytetu Warszawskiego 2009, s. 13.

²⁰ Wyrok SN z 3 kwietnia 2001 r., I CKN 1405/98, LEX nr 52703.

czelny) charakter tak rozumianej zasady *clara non sunt interpretanda* (która w tym przypadku powinna być raczej określana jako *interpretatio cessat in claris*)²¹. Tym niemniej zdarzają się również takie orzeczenia, w których sąd za podstawę przyjmuje wyraźnie drugą wersję zasady jednoznaczności, odwołując się pośrednio do koncepcji sytuacji „braku wykładni”: „Oczywiste brzmienie przepisu powoduje, że jego interpretacja jest bezprzedmiotowa w myśl zasady *clara non sunt interpretanda* (i.e. nie dokonuje się wykładni tego, co jasne). Interpretacji prawa należy dokonać tylko wtedy, gdy w tekście prawnym występują niejasności, które trzeba usunąć”²².

W odniesieniu do spraw karnych rola zasady jednoznaczności jest szczególnie doniosła, co w sposób oczywisty wynika z faktu, że w każdym państwie prawa interpretacja (względnie rozumienie) przepisów karnych nie może prowadzić do takich wyników, które mogłyby doprowadzać do bezpodstawnego pociągnięcia obywateli do odpowiedzialności karnej. Dlatego też sądy orzekające w sprawach karnych w pełni akceptują zasadę jednoznaczności²³.

Zasada jednoznaczności w orzecznictwie sądów administracyjnych powoływana jest równie często jak w przypadku sądów powszechnych. Jak zauważył Naczelny Sąd Administracyjny: „W państwie prawnym interpretator musi zawsze w pierwszym rzędzie brać pod uwagę językowe znaczenie tekstu prawnego. Jeżeli językowe znaczenie tekstu jest jasne, wówczas – zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda* – nie ma potrzeby sięgania po inne, pozajęzykowe metody wykładni.

W takim wypadku wykładnia pozajęzykowa może jedynie dodatkowo potwierdzać, a więc wzmacniać wyniki wykładni językowej wykładnią systemową czy funkcjonalną”²⁴.

Tym niemniej warto zaznaczyć, że w orzecznictwie dotyczącym prawa publicznego spotyka się zarówno odwołanie do zasady jednoznaczności (w obu wersjach), jak i do koncepcji językowej granicy wykładni²⁵. Koncepcja ta znalazła swój wyraz m.in. w uchwale NSA z 4 czerwca 2001 r.: „W nauce prawa jest również prezentowany pogląd, że w procesie interpretacji prawa podatkowego występują dwa rodzaje jakościowo różnych, a więc nie poddających się jednolitej klasyfikacji, wykładni prawa. Będzie to z jednej strony wykładnia językowa, a z drugiej wykładnia systemowa i celowościowa. Te dwie ostatnie służą interpretacji prawa podatkowego jedynie w granicach zakreślonych przez wykładnię językową”²⁶.

Konkludując, należy stwierdzić, że zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie sądów administracyjnych powszechnie akceptowane jest pierwszeństwo wykładni językowej przed wykładnią systemową i celowościową (funkcjonalną). Przedmiotowa zasada określana jest najczęściej jako *clara non sunt interpretanda*, co należałoby uznać za wadliwe teoretycznie, albowiem takie pierwszeństwo wyraża wersja *interpretatio cessat in claris*. Wydaje się, że wynika to po prostu z faktu, iż sędziowie nie poddają głębszej analizie zasady jednoznaczności, poprzestając na jej intuicyjnym rozumieniu. Zapewne z tych samych względów w judykaturze nie spotyka się również (co do zasady) nawią-

²¹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 6 sierpnia 2013 r., III AUa 1767/12, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 28 czerwca 2013 r., V ACa 330/13, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 20 grudnia 2012 r., I ACa 973/12, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych.

²² Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 9 stycznia 2014 r., III AUa 567/13, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych.

²³ Por. wyrok SO w Krakowie z 17 lutego 2014 r., IV Ka 533/13, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych.

²⁴ Wyrok NSA z 5 maja 2005 r., OSK 1916/04, LEX nr 168094.

²⁵ Por. uchwałę NSA z 20 marca 2000 r., FPS 14/99, ONSA 2000, nr 3, poz. 92; wyrok NSA z 2 sierpnia 2007 r., I OSK 1773/06, LEX nr 386071.

²⁶ Uchwała NSA z 4 czerwca 2001 r., FPK 6/01, ONSA 2001, nr 4, poz. 161.

zań do dystynkcji pomiędzy „rozumieniem” a „interpretacją”. Jednocześnie rozstrzygnięcie o jasności lub wieloznaczności danego przepisu dokonywane jest, co do zasady, *in concreto* (w sposób zrelatywizowany do określonego stanu faktycznego).

5. ARGUMENTY PRZEMAWIAJĄCE ZA STOSOWANIEM ZASADY CLARA NON SUNT INTERPRETANDA

W odniesieniu do zasady jednoznaczności można niewątpliwie sformułować argumenty usprawiedliwiające jej zastosowanie w orzecznictwie. Po pierwsze, na korzyść zasady prymatu wykładni językowej (ponieważ, jak wskazano wyżej, *clara non sunt interpretanda* jest tak najczęściej rozumiana w orzecznictwie) przemawia niewątpliwie fakt, że jej przestrzeganie gwarantuje, przynajmniej do pewnego stopnia, realizację postulatu pewności prawa (bezpieczeństwa obrotu prawnego), co w każdym demokratycznym państwie prawa jest szczególnie istotne. Ta funkcja reguły jednoznaczności jest szczególnie relewantna w prawie karnym oraz w prawie publicznym, gdzie możliwość bardziej „elastycznej” wykładni niesie za sobą ryzyko nadużyć ze strony organów państwa wobec obywateli.

Po drugie, przestrzeganie omawianej reguły przez judykaturę stanowi w sposób naturalny „zaporę” przed ewentualnym „prawodawstwem” orzecznictwa. Jeżeli bowiem sędziowie nie będą mogli wychodzić poza znaczenie literalne danego przepisu, to w konsekwencji nie będą posiadać jakiegokolwiek możliwości „tworzenia” nowych norm prawnych, a tym samym nie będą wychodzić poza przyznane im kompetencje w ramach konstytucyjnej zasady trójpodziału władz.

6. ARGUMENTY PRZEMAWIAJĄCE PRZECIWKO STOSOWANIU ZASADY CLARA NON SUNT INTERPRETANDA

Zgodnie z przyjętą przez autorów koncepcją w tej części artykułu zostaną przytoczone argumenty przeciwko zasadzie *clara non sunt interpretanda* jako metodzie postrzegania prawa oraz założenia interpretacyjnego. Jak już było wcześniej wspomniane, zadziwiające jest to, że toczący się od wieków spór o zasadność maksymy *clara non sunt interpretanda*, w kontynentalnym i angloamerykańskim systemie prawa, do dzisiaj nie został jednoznacznie rozstrzygnięty²⁷. Pojawiają się kolejne wątki dyskusji, takie jak status zasady *clara non sunt interpretanda* w praktycznym dyskursie interpretacyjnym, zestawienie tejże zasady z zasadą *omnia sunt interpretanda*, czy jej znaczenie w kontekście wykładni prokonstytucyjnej oraz prospółnotowej.

Zmieniając chwilowo optykę, proponujemy spojrzeć na omawiane zagadnienie z szerszej perspektywy. Nie tylko przepisy prawa, ale także oświadczenia woli wymagają wykładni w celu ustalenia ich znaczenia, a w rezultacie rozpoznania skutków prawnych. W doktrynie prawa cywilnego można napotkać enigmatyczne stwierdzenie, że metody wykładni prawa i oświadczeń woli „wskazują na pewne podobieństwa, a zarazem istotne różnice z uwagi na odmienny przedmiot zabiegów interpretacyjnych”²⁸. Rozwinięcie tej myśli stanowią rozważania wyrosłe na tle art. 65 Kodeksu cywilnego²⁹, ustanawiającego fundament dla wykładni treści wszystkich czynności prawnych, zarówno jedno- jak i dwustronnych (umów). W literaturze panuje jednolity pogląd, że reguły te nie dotyczą wykładni przepisów prawa³⁰, chociaż można postawić tezę, iż oświadczenie woli, jako akt konstytuujący pewną zmianę

²⁷ Por. R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Kraków: Uniwersytet Jagielloński 1995, s. 23–25.

²⁸ A. Janiak, *Komentarz do art. 65 Kodeksu cywilnego*, (w:) A. Kidyba (red.), Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, WKP 2012, LEX nr 128103, teza 3.

²⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm.).

³⁰ W. Robaczyński, *Komentarz do art. 65 Kodeksu cywilnego*, (w:) M. Pyziak-Szafnicka (red.), B. Giesen, W. Katner,

w indywidualnym stosunku prawnym, jest swoistą wypowiedzią o charakterze normatywnym i pod tym względem zbliża się do norm prawnych³¹. Co ciekawe, współcześnie w doktrynie prawa cywilnego idzie się nawet o krok dalej, mówiąc, że procesu wykładni oświadczeń woli (zwłaszcza umów) nie należy upraszczać przez odwołanie się do maksymy *clara non sunt interpretanda*, ani nawet do jej zmodyfikowanej postaci *interpretatio cessat in claris*. Na gruncie art. 65 k.c. dopuszcza się sytuację, w której tzw. „właściwy” sens czynności prawnej (tj. ustalony przy uwzględnieniu kontekstu złożonych oświadczeń woli) będzie odbiegał od jej „jasnego” znaczenia ustalonego w świetle reguł językowych³². Innymi słowy, zarówno eliminowanie pozajęzykowych reguł wykładni, jak i ograniczenia interpretacji czynności prawnych do postanowień „niejasnych” są niedopuszczalne. Dlatego też paremię *clara non sunt interpretanda* w odniesieniu do wykładni oświadczeń woli Sąd Najwyższy uznał za koncepcję anachroniczną i nieprzystającą do prymatu prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu przez zainteresowane strony³³. Jak zatem widać, przynajmniej na gruncie wykładni oświadczeń woli status zasady *clara non sunt interpretanda* został wyraźnie rozstrzygnięty, odmówiono jej jakiegokolwiek znaczenia.

Wracając na płaszczyznę wykładni prawa – jak było wcześniej wspomniane, do tej pory nie udało się wypracować jednoznacznego stanowiska aprobującego lub dyskwalifikującego paremię *clara non sunt interpretanda*, jakkolwiek z całą pewnością można stwierdzić, że tezy krytyczne zostały już skryształizowane³⁴. Zostaną pokrótce przedstawione poniżej, albowiem mogą przybliżyć biegun przeciwny, ujęty w ramy zasady *omnia sunt interpretanda*, wedle

której każdy tekst prawny, każde wyrażenie normy, za każdym razem jej zastosowania powinno podlegać interpretacji.

Jednym z podnoszonych argumentów jest argument historyczny. Wobec faktu, że paremia *clara non sunt interpretanda* pozbawiona jest rzymskich korzeni (*de facto* zyskała na znaczeniu dopiero w XVIII w., a za jej „ojca duchowego” i orędownika uważa się Monteskiusza)³⁵, jej wykluczenie z paradygmatu wykładni prawa nie spowoduje znaczącej wyrwy w tradycyjnie pojmowanej kulturze prawnej. Zdaniem autorów nie jest to jednakże argument kluczowy, który mógłby mieć istotne znaczenie dla poparcia tezy o odrzuceniu paremii. Nie sposób bowiem nie zauważyć, jak dalece zasada *clara non sunt interpretanda* wrosła w świadomość prawną nie tylko osób profesjonalnie trudniących się zawodami prawniczymi, ale także spoza tego grona.

Drugi krąg zarzutów koncentruje się wokół przebiegu procesów poznawczych. Chodzi o argument, że akceptacja zasady *clara non sunt interpretanda* jest równoznaczna z przyjęciem rozbieżności pomiędzy koncepcją rozumienia prawa oraz jego wykładni (rozważania na temat relacji rozumienia i interpretacji zostały opisane w pkt 3 niniejszego artykułu). Dla zachowania klarowności wyводу w tym miejscu należy jednak powtórzyć, że zdaniem autorów zarzut ten jest o tyle uzasadniony, o ile uderza w pewien niebezpieczny automatyzm działania zasady *clara non sunt interpretanda*, zakazującej wykładni, gdy tekst jest wystarczająco klarowny. Jak bowiem rozsądnie mówić o rozumieniu tekstu prawnego, nie dokonawszy jego interpretacji? W tym kontekście nie można również bagatelizować okoliczności podmiotowych, sprowadzających się do ustalenia, dla kogo dany tekst ma być jasny: prawnika,

P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2009, teza 3.

³¹ Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa: C. H. Beck 2007, s. 251.

³² A. Janiak, *Komentarz do art. 65 Kodeksu cywilnego*, teza 14.

³³ Wyrok SN z 23 czerwca 2005 r., II CK 739/04, LEX nr 180871.

³⁴ Por. prace M. Zielińskiego podsumowane przez K. Pleszkę, *Wykładnia*, s. 193–197.

³⁵ Por. T. Spyra, *Granice*, s. 40–42.

specjalisty w danej dziedzinie, przeciętnego odbiorcy? Powinno się także uwzględnić dynamikę procesu wykładni, albowiem nie budzi wątpliwości teza, że norma/tekst prawny jasny *prima facie*, może się okazać wątpliwy i niejasny dopiero w trakcie procesu interpretacji. Doniosłe konsekwencje dla interpretacji i ustalenia jednoznaczności przepisu ma zakresienie fragmentu tekstu poddawanego ocenie. Z tej perspektywy ocenę co do braku wątpliwości znaczeniowych można odnieść do pojedynczych słów, fragmentów przepisów, zespołów przepisów *etc.* Zdaniem autorów jest to bardzo poważna wada koncepcji interpretacji opartej na priorytecie wykładni językowej, ponieważ wybór tego fragmentu pozostaje w znacznej mierze decyzją uznaniową podmiotu dokonującego wykładni³⁶. Co więcej, w efekcie mogą pojawić się trudności ze wskazaniem, kiedy jeszcze mamy do czynienia z wykładnią językową, a kiedy wkraczamy już w przestrzeń wykładni systemowej.

Po trzecie, jak już zostało wcześniej wskazane, w praktyce sądowego stosowania zasady *clara non sunt interpretanda* jako metody wykładni często dochodzi do wzajemnego przenikania się zakresów dwóch aspektów tejże zasady, a to ujęcia „właściwego” (bezpośredniego rozumienia) oraz ujęcia w postaci paremii *interpretatio cessat in claris*. Jest to oceniane negatywnie, albowiem stanowi w istocie błąd metodologiczny.

Kolejny zarzut uderza w podwaliny zasady *clara non sunt interpretanda*, kwestionując samą możliwość ustalenia jednoznaczności przepisu z pominięciem kryteriów pozajęzykowych. Uznanie danej normy za jednoznaczną jest bowiem zrelatywizowane i zależne od uprzednio określonego kontekstu, który ostatecznie prze-

sądza o tym, czy dana sytuacja jest jednoznaczna. Podkreśla się specyfikę jednoznaczności przepisu prawa, który nie jest jednoznacznością językową, ale ustaloną zgodnością pomiędzy formą i treścią zawartej w ustawie myśli (celu) ustawodawcy. Jeśli wyjść z tego założenia, wykładnia winna odwoływać się nie tylko do metod językowych, ale także celowościowych i logicznych, ponieważ tylko tak można dotrzeć do właściwej treści ustawy³⁷. Ponadto w doktrynie wprost podkreśla się, że nie jest prawdą, aby było możliwe w danej sytuacji tylko jedno, prawidłowe odczytanie prawa. Możliwości zazwyczaj jest wiele, a ustalenie ich wachlarza zależy od sprawności interpretatora i jego umiejętności posługiwania się narzędziami i metodami wykładni³⁸.

Powyższe łączy się z rozważaniami natury aksjologicznej. W orzecznictwie często podnosi się, że dopiero po wyczerpaniu reguł językowych może nastąpić stosowanie pozajęzykowych dyrektyw interpretacyjnych (wykładni systemowej i celowościowej), nakazujących wybrać spośród dopuszczalnych na gruncie reguł znaczeniowych danego języka etnicznego znaczeń tekstu prawnego, takie znaczenie zespołu przepisów, przy którym odtworzone na jego podstawie normy miałyby najsilniejsze znaczenie aksjologiczne w przyjmowanym systemie wartości³⁹. Można zatem dojść do przekonania, że zasady wykładni systemowej i celowościowej sprowadzone zostały do roli narzędzia wyboru jednej z uzyskanych wcześniej (dzięki wykładni językowej) alternatyw znaczeniowych⁴⁰. Aczkolwiek analiza orzecznictwa wykazała, że niezależnie od stanowczych i bezwzględnych deklaracji o subsydiarności pozajęzykowych metod wykładni, wobec uzyskania nieakceptowalnych rezultatów, sądy

³⁶ Por. A. Bielska-Brodziak, *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Warszawa: Wolters Kluwer 2009, s. 178, 182–183.

³⁷ *Ibidem*, s. 180–181 oraz T. Spyra, *Granice*, s. 49.

³⁸ Por. E. Łętowska, *Kilka uwag*, s. 36–37.

³⁹ Uchwała NSA z 29 listopada 1999 r., FPK 3/99, ONSA 2000, nr 2, poz. 59; wyrok NSA z 14 kwietnia 2004 r., FSK 144/04, SIP Legalis nr 90336; wyrok NSA z 8 czerwca 2006 r., II FSK 857/05, LEX nr 230943.

⁴⁰ Uchwała SN z 22 listopada 2002 r., I KZP 41/02, OSNKW 2003, nr 1–2, poz. 4; uchwała SN z 30 września 1998 r., I KZP 11/98, OSNKW 1998, nr 9–10, poz. 44.

wychodziły poza bezpieczny obszar granic wykładni językowej. Przy czym „kwalifikowane” racje, wyjątki od respektowania językowej granicy wykładni nie są incydentalne, a wręcz sądy decydują się na odstąpienie od efektów wykładni językowej bez powołania się na wyżej wymienione szczególnie ważne racje (po prostu określają wynik wykładni jako błędny, wątpliwy lub niezadowolający)⁴¹. Przełomowe znaczenie ma stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w orzeczeniu z 2000 r., wedle którego „w pewnych szczególnych okolicznościach rola wykładni funkcjonalnej nie będzie ograniczać się wyłącznie do roli dyrektyw wyboru jednego ze znaczeń językowych, ale może tworzyć swoiste, różne od alternatyw językowych, znaczenie tekstu prawnego. W tym wypadku językowe znaczenie tekstu prawnego stanowi granicę wykładni, w tym sensie, że nie jest dopuszczalne przyjęcie wyników wykładni funkcjonalnej, jeżeli wykładnia językowa prowadzi do jednoznaczności. Nie oznacza to jednakże, że granica wykładni, jaką stanowią może językowe znaczenie tekstu, jest granicą bezwzględna. Oznacza to jedynie, że do przekroczenia tej granicy niezbędne jest silne uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych”⁴². Warto również wskazać, że w nowszym orzecznictwie pojawiają się elementy (opisane wyżej w kontekście wykładni oświadczeń woli) tzw. wykładni kompleksowej, dzięki której znaczenie ustalone jest każdorazowo i obligatoryjnie na podstawie trzech kanonów wykładni. Innymi słowy – analiza danego przypadku interpretacyjnego dla swej poprawności winna być poczyniona z perspektywy wykładni językowej, systemowej i celowościowej. Wręcz wzorowym przykładem jest stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku: „W ocenie

sądu jest to wynikiem błędnego odczytania i w rezultacie niewłaściwego zastosowania w tej sprawie przez organ przepisu (...), który w literalnym brzmieniu stanowi (...). Wydaje się, że organ przywołując ten przepis kierował się dewizą *clara non sunt interpretanda*. Tymczasem nieodłącznym elementem procesu stosowania prawa jest ustalenie treści wynikającej z przepisu normy prawnej. Organ stosujący prawo nie powinien w tym zakresie ograniczać się jedynie do gramatycznego rozumienia przepisu. (...) W każdym przypadku przepisy prawa należy odczytywać w ten sposób, aby ustalona treść normy prawnej pozostawała w zgodzie z systemem prawa, celem regulacji oraz logiką przyjętych rozwiązań”⁴³.

Spośród formułowanych w doktrynie argumentów wymierzonych przeciw zasadzie *clara non sunt interpretanda* bardzo istotne są również te o charakterze etycznym. Sprowadzają się do fundamentalnych kwestii. Rozwijając opisany wcześniej aspekt podmiotowy, pytają o „ciężar jasności” bądź bardziej dosadnie o „ciężar wątpliwości” – kto powinien wykazać, że tekst nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, względnie czyje wątpliwości można uznać za relewantne w danej sytuacji interpretacyjnej. Jaskrawym przykładem są relacje werterykalne (organy władcze–jednostka) oraz odwołanie się przez organ władczy do zasady *clara non sunt interpretanda* przy wydawaniu niekorzystnego dla praw i wolności jednostki rozstrzygnięcia, podczas gdy dopuszczenie wykładni mogłoby co najmniej zminimalizować naruszenie indywidualnych dóbr i wartości.

Bardzo ciekawą i śmiałą perspektywą jest zestawienie sporu „o prawo” ze sporem „o wykładnię”. W istocie bowiem żaden podmiot nie jest uprawniony do tego, by stwierdzić, że wynik jego wykładni jest autentycznym prawem (prawem samym w sobie). O przyjęciu danego

⁴¹ Por. A. Bielska-Brodziak, *Interpretacja*, s. 196; T. Spyra, *Granice*, s. 74–75, 90; E. Łętowska, *Kilka uwag*, s. 44–49; uchwała NSA z 20 grudnia 1999 r., FPS 11/99, ONSA 2000, nr 3, poz. 88.

⁴² Wyrok TK z 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK 2000, nr 5, poz. 141.

⁴³ Wyrok WSA z 8 października 2004 r., I SA/Bk 197/04, POP 2005, nr 4, poz. 85; wyrok NSA z 4 grudnia 2000 r., I SA/Ka 1414/99, ONSA 2002, nr 1, poz. 29; wyrok WSA z 9 listopada 2005 r., III SA/Wa 2687/05, M. Pod. 2006, nr 7, poz. 28.

stanowiska jako wiążącego nie decyduje to, że podmiot ten ma „rację co do prawa”, ale to, że podmiot ten z racji swego stanowiska (pozycji, legitymacji instytucjonalnej) ma wiążące słowo, co stanowi tzw. działanie *ratione imperii* (wykładnia operatywna)⁴⁴. W tym kontekście zasada *clara non sunt interpretanda* pełni rolę czarnej owcy. W doktrynie często krytykuje się argument bazujący na tej paremii, ponieważ nazbyt często i w sposób dalece nieuzasadniony traktowany jest jako rozstrzygający. Podnosi się, że stanowi on swoistą drogę na skróty dla uzasadnienia wyroków sądowych, jest przejawem działania *ratione imperii* ubranej w szaty *imperio rationis*⁴⁵, albowiem kryje za sobą niechęć do dopuszczenia chociażby samej możliwości innej drogi interpretacyjnej. W rezultacie istotna wada uzasadnienia, polegająca na jej całkowitej jednostronności, za pomocą odwołania do zasady *clara non sunt interpretanda* pozornie zyskuje przymiot obiektywizmu. Jest to przejaw manipulacyjnego aspektu tej maksymy, służącego ukryciu wątpliwości organu orzekającego oraz zwolnieniu od powinności obrony i wykazania motywów przyjętego stanowiska⁴⁶.

7. ZAKOŃCZENIE

Reasumując powyższe rozważania, autorzy stwierdzają, że sformułowane względem

zasady *clara non sunt interpretanda* argumenty krytyczne są w dużej mierze uzasadnione. Nie chodzi tu bowiem o zestawienie *clara-omnia*, które ma za zadanie jedynie wskazanie zakresu przedmiotowego dokonywanej wykładni, ale o podejście do interpretacji, przyjętą przez interpretatora drogę dochodzenia do ostatecznej decyzji interpretacyjnej. E. Łętowska nazywa to triadą „wiedzieć – chcieć – umieć”⁴⁷. Studia prawnicze pokazują prawo zawarte w tekstach Konstytucji, ustaw, rozporządzeń, tworzące pewien (co do zasady) spójny i wyidealizowany system, w którym możliwe jest dojście do jednego, jasnego, a nade wszystko „prawidłowego” rozstrzygnięcia przypadku. Natomiast praktyka działa jak powiew mroźnego powietrza, zmuszającego do nagłego przebudzenia. Umiejętność przejścia z tzw. *law in books* do świata *law in action* wymaga wiele praktyki i oswojenia się z pewnymi utartymi schematami, które stosują sądy czy organy władzy, formułując rozstrzygnięcie sprawy. Tym samym autorzy stoją na stanowisku, że z niezwykłą ostrożnością winno się podchodzić do aspektu zasady *clara non sunt interpretanda*, ograniczającego możliwości interpretacyjne, szczególnie w kontekście przepisu mającego bezpośrednie przełożenie na sferę praw i wolności jednostki.

⁴⁴ Por. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa: PWN 1980, s. 278 oraz E. Łętowska, *Kilka uwag*, s. 33–34.

⁴⁵ *Imperio rationis* (wykładnia doktrynalna), tzw. prawda profesorska, która ma za zadanie przekonać, ukształtować interpretację podmiotów bezpośrednio stosujących prawo poprzez jego interpretację.

⁴⁶ E. Łętowska, *Kilka uwag*, s. 55; K. Pleszka, *Wykładnia*, s. 196–197.

⁴⁷ E. Łętowska, *Kilka uwag*, s. 44.

Summary

Marta Kierska, Tomasz Marek

CLARA NON SUNT INTERPRETANDA – FOR, OR EVEN AGAINST

It seems indisputable, that every single professional lawyer perfectly knows the rule *clara non sunt interpretanda*. This principle constitutes not only the subject of legal doctrine's great interest, but also a very relevant point of numerous courts' judgments.

However, despite its vital role, the understanding of this principle is much diversified and the disputes about its meaning go on for many years. Particularly, this principle is nowadays getting more often contrasted with the rule *omnia sunt interpretanda*.

The authors of this article aim at providing the answer to the question about the essence of this principle and at providing all arguments supporting the idea to implement it in the legal practice. Simultaneously, it seems indispensable to point out several unquestionable disadvantages connected with this rule.

KEY WORDS: principle, interpretation, language, understanding

POJĘCIA KLUCZOWE: zasada, wykładnia, język, rozumienie

CZY ZAWEZWANIE DO PRÓBY UGODOWEJ POWINNO MIEĆ WPŁYW NA BIEG TERMINU PRZEDAWNIENTA?

Pytanie to stawiam w nawiązaniu do ustaleń Andrzeja Szlęzaka zaprezentowanych w artykule opublikowanym na łamach „Przeglądu Sądowego” w czerwcu ubiegłego roku¹. Autor podjął się odpowiedzi na pytanie, które – wobec stanowiska Sądu Najwyższego i przeważającej części doktryny² – mogłoby wydawać się bezprzedmiotowe: czy zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg przedawnienia?

Punktem wyjścia jest art. 123 § 1 pkt 1 Kodeksu cywilnego (k.c.), zgodnie z którym bieg przedawnienia przerywa się przez każdą czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia. Wykształciły się dwa sposoby rozumienia kryterium „bezpośredniości”. Według pierwszego z nich czynnościami przedsięwziętymi bezpośrednio w celach wymienionych w przytoczonym powyżej przepisie są czynności, które potencjalnie prowadzą do osiągnięcia owych celów. Zgodnie z drugim sposobem są to wyłącznie czynności konieczne do realizacji tych celów³.

Zarówno w orzecznictwie, jak i w wypowiedziach zdecydowanej większości przedstawicieli doktryny przyjmowane jest pierwsze z zaprezentowanych stanowisk.

Podstawowym argumentem podnoszonym na rzecz takiego sposobu interpretacji jest jednoznaczność rezultatów wykładni językowej. Bezpośredniość oznacza brak pośrednictwa, zatem kryterium zawarte w art. 123 § 1 pkt 1 k.c. spełniają czynności, które nie wymagają dodatkowych działań, aby osiągnięte zostały wskazane przez ustawodawcę cele. Wobec tego zawezwanie do próby ugodowej jest tego rodzaju czynnością, gdyż efekt przeprowadzenia postępowania pojednawczego i zasądzenia roszczenia w następstwie wniesienia pozwu może być taki sam. Kolejnym argumentem jest podobieństwo postępowania pojednawczego i mediacji, która z mocy wyraźnego postanowienia przepisu art. 123 § 1 pkt 3 k.c. bieg przedawnienia przerywa. Podnosi się także, że istnieją czynności „konieczne”, które nie spełniają kryterium „bezpośredniości” w przytoczonym rozumieniu językowym, a kwalifikowanie ich jako czynności przerywające bieg terminu przedawnienia może powodować odwlekanie momentu zakończenia biegu tego terminu⁴.

Zwolennicy drugiego ze sposobów interpretowania zwrotu zawartego w art. 123 § 1 pkt 1 k.c. zaprzeczają twierdzeniom o jednoznaczności rezultatów wykładni językowej i podnoszą, że konieczne jest przeprowadzenie wykładni funkcjonalnej. Przyjmowanie, że pojęcie „czynności przedsięwzięte bezpośrednio...” oznacza czynności potencjalnie

¹ A. Szlęzak, *Czy zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg przedawnienia?*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 6, s. 7–18.

² Zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2014 r., V CSK 586/13, LEX nr 1493992; A. Brzozowski, *Komentarz do art. 123, (w:) Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, System Informacji Prawnej Legalis 2013.

³ B. Kordasiewicz, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 652.

⁴ A. Szlęzak, *Czy zawezwanie*, s. 10–15 oraz B. Kordasiewicz, (w:) *System*, s. 651–656 i przywoływana tam literatura.

pozwalające na osiągnięcie celów wymienionych przez ustawodawcę, powoduje, iż przedawnienie nie spełnia swoich funkcji (co pokazuje właśnie nierzadki w praktyce przykład traktowania zawezwania do próby ugodowej nie jako zaproszenia do negocjacji, a jako sposobu na zapobieżenie upływowi terminu przedawnienia). Dodatkowo przywoływany jest cel posłużenia się przez kodyfikatorów słowem „bezpośrednio”, jakim miało być ograniczenie katalogu czynności przerywających bieg terminu przedawnienia na gruncie podobnej regulacji Kodeksu zobowiązań⁵.

Andrzej Szlęzak, dzieląc i rozwijając tę argumentację, konkluduje: „(...) ani wszczęcie mediacji, ani zawezwanie do próby ugodowej, nie są czynnościami podejmowanymi bezpośrednio w celu dochodzenia roszczenia. O ile jednak pierwsza z tych czynności przedawnienie przerywa, bo ustawa wprost tak stanowi, o tyle druga nie – bo różnice pomiędzy postępowaniem mediacyjnym a pojednawczym są na tyle znaczne, że analogii nie uzasadniają. Z kolei przymiot bezpośredniości mają tylko czynności konieczne dla uzyskania zaspokojenia roszczenia, do których zawezwanie do próby ugodowej się nie zalicza. Gdyby zaś ten ostatni pogląd uznać za nieprzekonujący, to w każdym razie należałoby zrewidować dotychczasowe liberalne stanowisko, zezwalające na wielokrotne przerywanie biegu przedawnienia przez kolejne zawezwania do prób ugodowych, dopuszczając badanie *ex post* rzeczywistego celu, w jakim do prób ugodowych zapraszano, przeprowadzane nie tylko w odniesieniu do ostatniej takiej próby, ale także każdej wcześniejszej”⁶.

Z uwagi na podejmowane w doktrynie analizy oczywisty jest pogląd, że wykładnia językowa wyrażenia „czynność przedsięwzięta bezpośrednio w celu...” nie daje jednoznacznych rezultatów i należy odwołać się do re-

zultatów wykładni funkcjonalnej. Przekonujące są także argumenty na rzecz interpretacji, zgodnie z którą czynnością przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia/zaspokojenia roszczenia może być tylko czynność konieczna do osiągnięcia tego celu⁷.

Wydaje się przy tym, że kolejnym doniosłym argumentem na rzecz wskazanego powyżej sposobu interpretacji jest brak możliwości zaaprobowania drugiego – powoływanego ewentualnie – postulatu A. Szlęzaka. Należy zgodzić się, że gdyby przyjmować, iż czynnościami podejmowanymi bezpośrednio w celu zaspokojenia roszczenia mogłyby być też czynności potencjalnie tylko do zaspokojenia prowadzące (czyli także zawezwanie do próby ugodowej), konieczne stałoby się ograniczenie dopuszczalności wielokrotnego przerywania biegu terminu przedawnienia przez wielokrotne zapraszanie do postępowania pojednawczego. Nie trzeba bowiem powtarzać, do jakich sytuacji prowadzi przyjęcie *a priori*, że zawezwanie do próby ugodowej ze swojej natury stanowi desygnat wyrażenia użytego w art. 123 § 1 Kodeksu cywilnego.

Pierwszy ze sposobów ograniczenia dopuszczalności przerwania biegu terminu przedawnienia przez drugie i każde następane zawezwanie do próby ugodowej – polegający na badaniu motywacji leżącej u podstaw zgłoszenia kolejnego wniosku – jest krokiem niedopuszczalnym. Zwrot zawarty w art. 123 § 1 k.c. jest bowiem zwrotem nieostrym. Zwroty te służą ustawodawcy do uelastyczenia tekstu prawnego, wobec czego ich zakresy nie mogą być arbitralnie, „mechanicznie” ograniczane. Z takim właśnie ograniczeniem mamy do czynienia w wypadku przyjęcia, że pierwsze zawezwanie do próby ugodowej zawsze mieści się w klasie czynności podejmowanych bezpośrednio w celu zaspokojenia roszczenia. Proponowane rozstrzygnięcie pozostanie

⁵ B. Kordasiewicz, (w:) *System*, s. 652–656; M. Pyziak-Szafnicka, Komentarz do art. 123, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, System Informatyki Prawnej LEX 2014, pkt C.

⁶ A. Szlęzak, *Czy zawezwanie*, s. 17.

⁷ *Ibidem*, s. 13–17.

półśrodkiem i przyniesie zmianę li tylko statystyczną (zmniejszenie liczby nadużyć), a wcale nie merytoryczną.

Jedynym poprawnym (z wykładniowego punktu widzenia) rozwiązaniem jest rozwiązanie zaproponowane przez A. Szlęzaka. W istocie pozwalałoby ono doprowadzić do stanu, w którym w największym możliwym stopniu realizowana byłaby norma dekodowana m.in. z art. 123 § 1 k.c. Niemniej jednak wydaje się, że również to rozwiązanie nie jest satysfakcjonujące. Nie chodzi nawet o często pojawiający się w odniesieniu do propozycji badania motywacji zarzut braku możliwości realizacji takich zamierzeń. Mówi się wszak, że dowodzenie czegoś tak trudno uchwytnego jak intencje z góry skazane jest na niepowodzenie. Pogląd ten nie jest jednak uzasadniony – przecież zdarzają się przypadki, w których ustawodawca uzależnia określony skutek prawny od wystąpienia takiej, a nie innej motywacji, której istnienie stwierdza sąd⁸.

Problematyczne jest to, że dopuszczenie każdorazowego badania *ex post*, czy zawezwanie do próby ugodowej przedsięwzięte było bezpośrednio w celu zaspokojenia roszczenia (a w konsekwencji czy doprowadziło do przerwania biegu terminu przedawnienia), nie dawałoby – zwłaszcza dłużnikowi jako beneficjariuszowi przedawnienia – pewności co do jego sytuacji prawnej. Do czasu rozstrzygnięcia sporu nie miałby bowiem pełnej jasności, w jaki sposób zostanie ocenione zachowanie uprawnionego, a zatem czy przysługujące przeciwko niemu roszczenie już się przedawniło, czy jeszcze nie, i kiedy ewentualnie skutek dawności mógłby nastąpić. Sytuacja byłaby szczególnie kłopotliwa w przypadku wielokrotnego inicjowania postępowania pojednawczego. Abstrahując od tego, że jednym z argumentów przywoływanych na rzecz istnienia przedawnienia jest stabilizacja stosunków społecznych,

wskazuje się także dążenie do zapobiegania problemom dowodowym. Wobec przyjęcia proponowanego rozwiązania zapobiegliwy dłużnik stanąłby w obliczu konieczności zabezpieczenia i przechowywania dowodów przez niedający się bliżej określić okres. Wydaje się, że w przypadku instytucji, która spełniać ma tego rodzaju funkcje, należałoby unikać wprowadzania rozwiązań niepozwalających na jednoznaczne kwalifikacje prawne.

Wobec powyższego trzeba przesądzić, że *de lege lata* zawezwanie do próby ugodowej nie prowadzi do przerwania biegu terminu przedawnienia. W tym jednak miejscu powstają kolejne dwa pytania. Pierwsze z nich to pytanie zawarte w tytule niniejszego artykułu: czy zawezwanie do próby ugodowej powinno mieć wpływ na bieg terminu przedawnienia roszczeń?

Oczywiście należałoby wziąć pod rozwagę jedynie przypadek zainicjowania postępowania pojednawczego rzeczywiście w celu przeprowadzenia próby ugodowego rozwiązania sporu. Wydaje się, że już intuicyjnie wyczuwalna jest niesprawiedliwość rozwiązania przewidującego dalszy bieg terminu przedawnienia (zwłaszcza gdy jest on krótki) w czasie pomiędzy zaproszeniem do rozmów a ich zakończeniem bądź odrzuceniem oferty negocjacji. Odczucie to zdaje się potwierdzać obecny trend interpretacji art. 123 § 1 k.c. Dlaczego miałyby to być niesprawiedliwe? Otóż po zawezwaniu do próby ugodowej wierzyciel znajduje się w specyficznym stanie braku możliwości działania skierowanego na dochodzenie/zaspokojenie przysługującego mu roszczenia.

Co warto odnotować, na brak możliwości podejmowania dalszych działań, jako na okoliczność uzasadniającą zaliczenie danej czynności do grupy aktów przerywających bieg terminu przedawnienia, powołują się również zwolennicy akceptowanej tu koncepcji tzw. „czynności koniecznych”⁹. Intuicje te są zgodne

⁸ Zob. np. R. Bout, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris 1972 (w zakresie doświadczenia judykatury francuskiej w badaniu tzw. intencji altruistycznej jako przesłanki powstania zobowiązania z tytułu prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia).

⁹ B. Kordasiewicz, (w:) *System*, s. 655.

ze sformułowaną w średniowieczu i utrwaloną w europejskiej tradycji prawnej zasadą *contra non valentem agere non currit praescriptio*¹⁰.

Przyjęcie poglądu, że zawezwanie do próby ugodowej powinno mieć wpływ na bieg terminu przedawnienia roszczeń, pociąga za sobą pytanie: jakiego rodzaju miałyby to być wpływ? Przypominam jedynie dla porządku – znane są dwa rodzaje mechanizmów oddziałujących na bieg terminu przedawnienia, wyróżnione na podstawie kryterium wywieranego skutku – tj. przerwanie oraz wstrzymanie biegu. Wstrzymanie obejmuje podobne do siebie w istocie zawieszenie, wstrzymanie rozpoczęcia i wstrzymanie zakończenia biegu terminu przedawnienia¹¹. Jakiego rodzaju *rationes* leżą u podstaw wymienionych rozwiązań – w jakich sytuacjach powinny znajdować zastosowanie?

Uzasadnienie przerwy biegu terminu przedawnienia, powodującej unicestwienie znaczenia dotychczasowego biegu terminu i rozpoczęcie nowego, związane jest z uzasadnieniem samego przedawnienia, na które składają się upływ czasu i bierność uprawnionego. W sytuacji gdy uprawniony zacznie dochodzić swego prawa/zaspokojenia roszczenia, nie można już mówić o bierności – odpada zatem jeden z elementów konstytuujących sens przedawnienia.

Wstrzymanie biegu terminu przedawnienia ma natomiast na celu uwzględnienie elementu słusznościowego, tzn. przekonania o tym, że licząc upływ okresu bierności uprawnionego, nie powinno się brać pod uwagę czasu, w którym nie mógł on podjąć stosownych czynności. W pewnym zakresie podobną funkcję spełnia konkurencyjny termin przedawnienia, w ramach którego termin względny liczony jest *a tempore scientiae*¹².

Widać zatem wyraźnie, że powody, dla których zawezwanie do próby ugodowej powinno mieć wpływ na bieg terminu przedawnienia, doskonale korespondują z uzasadnieniem mechanizmu, jakim jest wstrzymanie biegu tego terminu, a nie jego przerwanie. Wniosek ten znajduje odzwierciedlenie w art. 189 § 1 projektu części ogólnej nowego Kodeksu cywilnego, do którego nawiązuje również A. Szlęzak¹³. Unikając na tę chwilę szczegółowej oceny zaproponowanych w projekcie rozwiązań, gdyż zadanie to przekracza ramy tego artykułu, należy wskazać istotny argument wspierający zaprezentowane powyżej rozumowanie. Jest to argument historyczny i prawnoporównawczy odnoszący się do ewolucji przedawnienia.

Regulacje przedawnienia francuskiego *Code civil* (CC) i niemieckiego *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)¹⁴ w znacznym stopniu odzwierciedlały rozwiązania prawa rzymskiego. W konstytucji Teodozjusza II z 424 r. n.e., mocą której wprowadził on zasadę generalnego przedawnienia skarg (roszczeń), odchodząc od charakterystycznej dla prawa rzymskiego zasady nieograniczonego w czasie trwania skarg, przyczyny przerwania i zawieszenia biegu przedawnienia określone zostały restrykcyjnie. Rygoryzm polegał na wskazaniu wytoczenia powództwa jako jedynej przesłanki przerwania, a pozostawania pod opieką – jako jedynej przesłanki zawieszenia biegu przedawnienia¹⁵.

Choć w obu wymienionych kodyfikacjach przepisy dotyczące przerwania i zawieszenia biegu przedawnienia znacznie rozbudowano, wytoczenie powództwa nadal zaliczane było do przyczyn przerwania biegu przedawnienia¹⁶. W CC znalazł się także art. 2245, który stanowił, że w przypadku spełnienia warun-

¹⁰ Zob. J. Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, Paris 2013, s. 39–40; art. 2251 francuskiego *Code civil*.

¹¹ Zob. T. Pałdyna, *Przedawnienie w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2012, s. 151.

¹² *Ibidem*, s. 150.

¹³ A. Szlęzak, *Czy zawezwanie*, s. 8.

¹⁴ Zob. art. 2219 i n. CC oraz § 194 i n. BGB w pierwotnych brzmieniach. Rozważania ograniczone zostały do CC i BGB ze względu na ich znaczenie w europejskiej tradycji prawnej i wpływ, jaki wywarły na polski k.c.

¹⁵ Zob. C.Th. 4,14,1 = C. 7,39,3, E. Chevreau, *Le temps et le droit: la réponse de Rome. L'approche du droit privé*, Paris 2006, s. 134–135.

¹⁶ Dawny art. 2244 CC i § 209 BGB.

ku określonego w tym przepisie wezwanie do pojednania przed *bureau de paix* przerywa przedawnienie.

Tak we Francji, jak i w Niemczech główny rdzeń przepisów dotyczących przedawnienia pozostawał w zasadniczo niezmienionym kształcie do początku XXI w. W związku z tym, że z biegiem czasu coraz wyraźniej ukazywała się nieefektywność regulacji przedawnienia (której przyczynami, jak się wydaje, były nie tylko przemiany, jakim podlegało prawo prywatne czy życie codzienne), stała się ona przedmiotem szeroko zakrojonej dyskusji¹⁷.

Nowe spojrzenie na kwestię przedawnienia zaprezentowane zostało w *Zasadach europejskiego prawa umów* (PECL)¹⁸. W artykule 14:302 znalazły się przepisy, zgodnie z którymi bieg terminu przedawnienia jest zawieszony od momentu rozpoczęcia postępowania sądowego zainicjowanego wniesieniem skargi. Reguła ta miałaby mieć odpowiednie zastosowanie do postępowania arbitrażowego i do wszystkich innych postępowań wszczętych w celu uzyskania dokumentu wykonalnego na równi z wyrokiem¹⁹.

W komentarzu do tego artykułu przedstawiona została argumentacja odnosząca się do trzech teoretycznie możliwych skutków wytoczenia powództwa, tj. zakończenia, przerwania/odnowienia bądź zawieszenia biegu terminu przedawnienia. W kontekście drugiej z tych opcji wskazano, że „(...) jest to rozwiązanie tradycyjnie przyjmowane w systemach prawnych opartych na prawie rzymskim. Jednakże jest coś dziwnego w koncepcji, zgodnie z którą wniesienie skargi powinno spowodować odnowienie, a nie tylko zawieszenie okresu przedawnienia”²⁰. Wybór trzeciej z wymienionych opcji został uzasadniony w następujący sposób:

„Jeżeli postępowanie prowadzi do orzeczenia co do istoty sprawy, istnieją dwie możliwości. Albo powód odnosi sukces i w tym przypadku roszczenie zostaje prawomocnie stwierdzone i przedawnia się po upływie terminu wskazanego w art. 14:202 [dotyczącym terminu przedawnienia roszczenia stwierdzonego prawomocnym orzeczeniem – przyp. J. K. K.]. Albo skarga zostaje oddalona i w tym przypadku jest autorytatywnie stwierdzone, że nie ma roszczenia, które mogłoby się przedawnić. Jeżeli postępowanie kończy się bez orzeczenia co do istoty sprawy (ponieważ skarga obarczona jest błędem formalnym albo została wycofana), wierzyciel ma na wniesienie nowego powództwa jedynie tyle czasu, ile pozostało ze starego terminu przedawnienia. To właśnie to, co jest konieczne”²¹.

Interesujące rozwiązanie przewiduje także art. 14:304, który stanowi, że jeżeli strony prowadzą negocjacje odnoszące się do roszczenia albo do okoliczności, ze względu na które roszczenie może powstać, termin przedawnienia nie może się skończyć przed upływem roku od ostatniej wymiany informacji w ramach negocjacji. Postanowienie to, zgodnie z komentarzem stanowiące przejaw zasady dobrej wiary, wprowadzone zostało do projektu po pierwsze ze względu na konieczność zachęcania do pozasądowego rozwiązywania sporów, po drugie dlatego, aby negocjacje dla wierzyciela nie stawały się pułapką, a dla dłużnika instrumentem umożliwiającym uwolnienie się od spełnienia świadczenia. Jak zostało wskazane, termin „negocjacje” powinien być interpretowany szeroko, tak aby objąć „jakąkolwiek wymianę stanowisk, która może wywoływać u wierzyciela przekonanie, że druga strona nie zanegowała ostatecznie możliwości zadośćuczynienia roszczeniu”.

¹⁷ Zob. np. R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford 2010, s. 27–38.

¹⁸ Por. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, t. 2, red. C. von Bar, E. Clive, Munich 2009, s. 1139–1206.

¹⁹ *Principles of European Contract Law: part 3*, red. O. Lando et al., The Hague–London–New York 2003, s. 179.

²⁰ *Ibidem*, s. 180 – tłumaczenie własne.

²¹ *Ibidem*, s. 181 – tłumaczenie własne.

W pojęciu tym mieszczą się także postępowania pojednawcze²².

Reforma m.in. przepisów dotyczących przedawnienia, jaka została przeprowadzona w Niemczech w 2002 r. (*Die Schuldrechtsreform*), przyniosła zmiany korespondujące z propozycjami przedstawionymi w projekcie PECL²³. Zgodnie z § 204 BGB wniesienie powództwa, jak i zainicjowanie postępowania pojednawczego stanowią przyczyny zawieszenia biegu terminu przedawnienia (przyczyny odnowienia – *Neubeginn* – wprowadzonego w miejsce przerwania biegu terminu przedawnienia, zredukowane zostały do dwóch: uznania roszczenia przez dłużnika i zainicjowania egzekucji). Wymienioną odrębnie w § 203 BGB przesłanką zawieszenia są negocjacje prowadzone pomiędzy stronami.

Natomiast reforma francuskiego CC z 2008 r. – choć przeprowadzona pod hasłem „*simplifier, réduire, fixer, libérer*” – okazała się mniej rewolucyjna. Na mocy art. 2241 CC wytoczenie powództwa pozostało przyczyną przerwania biegu terminu przedawnienia. Z kolei budzący kontrowersje co do zakresu zastosowania art. 2238 CC stanowi, że mediacja lub postępowanie pojednawcze prowadzi do zawieszenia biegu terminu przedawnienia²⁴.

Nie ulega wątpliwości, że przykład zmian, jakie zaszły w niemieckiej oraz francuskiej regulacji przedawnienia, będzie można potraktować jako w pełni użyteczny po przekraczającym ramy niniejszego artykułu badaniu praktyki stosowania przywołanych przepisów.

Niemniej jednak kierunek zmian jest wyraźny, a stojąca za nimi argumentacja przekonująca.

Analiza dyskusji toczącej się we Francji czy w Niemczech na przestrzeni ostatnich czterdziestu lat pokazuje, że kodeksowe katalogi przyczyn przerwania i zawieszenia biegu terminu przedawnienia zostały ukształtowane pod wpływem konserwatyizmu nakazującego przyjąć za oczywistość pewne tradycyjne, bo wywodzące się z prawa rzymskiego czy *ius commune*, rozwiązania. O ile przy trzydziestoletnim terminie przedawnienia, wprowadzonym w prawie rzymskim i przyjętym do CC i BGB niejako siłą historycznego bezwładu, przerwanie czy zawieszenie jego biegu nie miało w praktyce dużej doniosłości, o tyle przy znacznie krótszych, kilkuletnich terminach (już w pierwotnych wersjach kodeksów przypisanych wielu rodzajom roszczeń) takie znaczenie zyskiwało. Na gruncie prawa polskiego, przy rezygnacji ze stanowiska, że zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg terminu przedawnienia, uwzględnienie jego wpływu teoretycznie byłoby możliwe bez interwencji ustawodawcy – przy zastosowaniu instytucji nadużycia zarzutu przedawnienia. Niemniej jednak mając na uwadze złożoność problemu, o którym mowa, i pożądaną w kontekście przedawnienia troskę o szczególną klarowność stanu prawnego, ingerencja prawodawcy jest niezbędna – zawezwanie do próby ugodowej nie przerywa biegu terminu przedawnienia – powinno go jedynie wstrzymać.

²² *Principles*, s. 186–187.

²³ R. Zimmermann, *The New*, s. 122–158.

²⁴ Zob. S. Amrani Mekki, *Les causes de suspension et d'interruption de la prescription*, (w:) *La prescription extinctive. Études de droit comparé*, red. P. Jourdain, P. Wéry, Bruxelles 2010, s. 485–489.

Summary

Joanna Kruszyńska-Kola

SHOULD AN INVITATION TO A SETTLEMENT ATTEMPT INFLUENCE THE RUNNING OF A PERIOD OF PRESCRIPTION?

This paper refers to Andrzej Szlęzak's text *Czy zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg przedawnienia?* („Przeгляд Sądowy” 2014, no. 6, p. 7–18), where it was stated that an invitation

to a settlement attempt does not interrupt the running of a period of prescription. The author of this paper is of the same opinion and asks two further questions: whether an invitation to a settlement attempt should have an influence on the running of the period of prescription, and then how this act should affect the period of prescription? In the presented analysis the author takes into account historical and comparative arguments.

KEY WORDS: liberative prescription, invitation to a settlement attempt, interruption of the running of a period of prescription, suspension of the running of a period of prescription, Roman law, Civil code, Code Civil, Bürgerliches Gesetzbuch

POJĘCIA KLUCZOWE: przedawnienie roszczeń, zawezwanie do próby ugodowej, przerwanie biegu terminu przedawnienia, zawieszenie biegu terminu przedawnienia, prawo rzymskie, Kodeks cywilny, Code civil, Bürgerliches Gesetzbuch

AUTORSKIE PRAWA MAJĄTKOWE I LICENCJE JAKO KOSZT PODATKOWY W JEDNOOSOBOWEJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

1. WPROWADZENIE

Niniejsza praca ma na celu ogólne przedstawienie zasad ujmowania w podatkowych kosztach uzyskania przychodu autorskich praw majątkowych i licencji. Zagadnienie to może budzić poważne wątpliwości, dotyczy bowiem materii regulowanej przez autonomiczną gałąź prawa podatkowego¹ oraz prawa autorskie. Z uwagi na problem rozważany w ramach niniejszego artykułu fundamentem analizy będą przede wszystkim normy prawa podatkowego z odwołaniem subsydiarnym do przepisów prawa autorskiego. Podstawą badawczą będzie ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych² (dalej: p.d.o.f.) oraz ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych³. Mimo że zakres artykułu dotyczy jednoosobowej działalności gospodarczej osób fizycznych, to jednak z uwagi na zbliżony sposób uregulowania tego problemu

w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych⁴ może on stanowić również punkt odniesienia do ustalenia sposobu rozliczenia dla podmiotów będących podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych.

2. KOSZTY UZYSKANIA PRZYCHODU

Przedmiotem opodatkowania w ustawie p.d.o.f. jest zasadniczo dochód⁵, rozumiany jako różnica pomiędzy przychodem a kosztami jego uzyskania (dalej również: k.u.p.). Dla podatników podstawowe znaczenie ma zatem zaliczanie wszelkich możliwych wydatków do kosztów uzyskania przychodu, które przekładają się tym samym na wysokość płaconego podatku. Ustawa p.d.o.f. wprowadza ogólną zasadę, stanowiącą, że k.u.p. są koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów⁶.

¹ Konieczność wyróżnienia prawa podatkowego wskazuje m.in. Z. Ofiarski, *Ogólne prawo podatkowe. Zagadnienia materialnoprawne i proceduralne*, roz. I.7, wyd. II, LexisNexis Polska 2013, <http://lexis.pl/pages/document?2859914&id=1513183&term=prawo%20podatkowe&page=9&pageState=%7B%22openTab%22%3A%22toc%22%2C%22tocCoverBlock%22%3Atrue%7D#28599140> (dostęp: 11 listopada 2014 r., godz. 15.37) oraz A. Gomulowicz, J. K. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, roz. X 1.1., wyd. VI, wyd. LexisNexis Polska 2011, <http://lexis.pl/pages/document?2655599&id=911252&term=prawo%20podatkowe&page=80&pageState=%7B%22openTab%22%3A%22toc%22%2C%22tocCoverBlock%22%3Atrue%7D#26555990> (dostęp: 11 listopada 2014 r., godz. 15.42).

² Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r., Dz.U. z 2012 r. poz. 361 z późn. zm.

³ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r., tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. nr 90, poz. 631 z późn. zm.

⁴ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r., tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 851 z późn. zm.

⁵ Definicję tę zawiera art. 9 ust. 2 p.d.o.f., jednak ustawa ta przewiduje również w niektórych przypadkach zryczałtowany podatek liczony od przychodu, np. w odniesieniu do przychodów z dywidend (art. 30a ust. 1 pkt 4 p.d.o.f.), osoby fizyczne osiągające przychody z niektórych źródeł mogą zdecydować się na opodatkowanie uproszczoną formą liczoną od osiąganych przychodów stosownie do przepisów ustawy z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. z 1998 r. nr 144, poz. 930 z późn. zm.).

⁶ Art. 22 ust. 1 p.d.o.f.

Od tej generalnej reguły przewidziane jest wiele wyjątków, wyłączających⁷ lub ograniczających⁸ możliwość zaliczania poszczególnych rozchodów do k.u.p. Zasadniczo przyjęć można, że dany wydatek może być uznany za koszt uzyskania przychodu, pod warunkiem że łącznie spełnia następujące kryteria:

- 1) został on poniesiony;
- 2) pozostaje w związku przyczynowym z przychodem;
- 3) jest właściwie udokumentowany.

Powyższe cechy od lat nie budzą wątpliwości w judykaturze⁹. Wśród wydatków stanowiących koszty uzyskania przychodu szczególną grupę stanowią te, które dotyczą środków trwałych i wartości niematerialnych i prawnych. Wydatki związane z nabyciem przedmiotów i praw zaliczanych do tej grupy nie mogą być ujmowane bezpośrednio w k.u.p.¹⁰, lecz wyłącznie za pośrednictwem miesięcznych odpisów amortyzacyjnych. Definicję legalną środków trwałych i wartości niematerialnych i prawnych zawiera odpowiednio art. 22a ust. 1 oraz art. 22b ust. 1 p.d.o.f. Autorskie prawa majątkowe i licencje zaliczane są do wartości niematerialnych i prawnych, pod warunkiem że ich przewidywany okres użytkowania jest dłuższy niż rok oraz że będą wyko-

rzystywane przez podatnika na potrzeby związane z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą albo oddane przez niego do użytkowania na podstawie umowy licencyjnej (sublicencji), umowy najmu, dzierżawy lub umowy określonej w art. 23a pkt 1 p.d.o.f.¹¹

3. ZAKRES AUTORSKICH PRAW MAJĄTKOWYCH I LICENCJI

Ustawa podatkowa nie zawiera definicji autorskich praw majątkowych oraz licencji, zatem w tym zakresie należy stosować wprost przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: p.a.p.p.). Treścią autorskich praw majątkowych jest uprawnienie twórcy do wyłącznego korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu¹². Utworem jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia¹³. Powstanie utworu jest okolicznością faktyczną, a doktryna i judykatura wypracowały liczne wskazówki, które umożliwiają jego identyfikację¹⁴. Licencją jest natomiast umowa o prze-

⁷ Zasadniczo katalog wydatków wyłączonych z kosztów uzyskania przychodu zawarty jest w art. 23 p.d.o.f.

⁸ Np. zryczałtowane koszty pracowników wskazane w art. 22 ust. 2 p.d.o.f.

⁹ Z najnowszego orzecznictwa NSA można wskazać przykładowo wyrok z 10 kwietnia 2014 r., II FSK 1023/12, w którym zwrócono uwagę m.in. na to, że „przepis art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. zawiera legalną definicję kosztów uzyskania przychodów, stanowiąc, że są nimi wszelkie koszty poniesione w celu uzyskania przychodów. Z powyższego wynika, że skoro mowa o kosztach poniesionych, to bez wątplenia chodzi ustawodawcy o wydatki rzeczywiście poniesione, a nadto niezbędne w celu uzyskania przychodów. W tym też kontekście szczególnego znaczenia nabiera prawidłowe udokumentowanie ponoszonych kosztów. Obowiązek ten spoczywa na podatniku, gdyż to on dokonuje określonych wydatków, zaliczając je do kosztów uzyskania przychodów i pomniejszenia podstawy opodatkowania”; również w tym roku podobne konstatacje znalazły się m.in. w wyrokach z 13 maja 2014 r., II FSK 1391/12, i z 15 kwietnia 2014 r., II FSK 1105/12.

¹⁰ Zasadę tę wyraża art. 22 ust. 8 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 1 p.d.o.f.; ustawa ta przewiduje jednak wyjątek, który stanowią przepisy dotyczące osób rozpoczynających prowadzenie działalności gospodarczej oraz małych podatników, mogących dokonywać jednorazowej amortyzacji środków trwałych w łącznej wysokości do 50 000 euro w danym roku podatkowym (art. 22k ust. 7 p.d.o.f.).

¹¹ W przypadku niespełnienia kryterium czasu wydatki na ich nabycie mogą być wliczone bezpośrednio w koszty uzyskania przychodu na zasadach ogólnych.

¹² Art. 17 p.a.p.p.

¹³ Art. 1 p.a.p.p.

¹⁴ Zob. J. Barta (red.), R. Markiewicz, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkalski, K. Felchner, E. Traple, *Prawo autor-*

niesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu¹⁵. W doktrynie prawa cywilnego sporny jest charakter prawny umowy licencyjnej¹⁶, natomiast dla celów podatkowych wystarczające jest wskazanie, że licencja obejmuje uprawnienia do korzystania z autorskich praw majątkowych powstające po stronie licencjodawcy, wynikające z zawartej przez niego umowy licencyjnej¹⁷. Warto zauważyć, że ogromną trudność z właściwym definiowaniem licencji¹⁸ mają organy podatkowe, co może wynikać z zastosowania przez ustawodawcę specjalistycznej nomenklatury przeniesionej z p.a.p.p. bez wyraźnego wskazania.

W tym miejscu podkreślić należy bardzo ważną, również z podatkowego punktu widzenia, kwestię ochrony przedmiotu praw majątkowych. Niekiedy przedmiotem praw autorskich może być utwór, który po spełnieniu odpowiednich wymogów mógłby być również objęty ochroną prawa patentowego¹⁹ i stanowić odrębną kategorię wartości niematerialnych i prawnych²⁰. W ujęciu problematyki podatkowej dotyczy to w szczególności znaków towarowych. Uzyskanie prawa ochronnego do znaku towarowego wymaga jednak przejścia czasochłonnej procedury i dopiero z momentem jej zakończenia możliwe jest

rozpoczęcie amortyzacji tego prawa²¹. Natomiast autorskie prawa majątkowe powstają już z chwilą stworzenia utworu i nie jest wymagana przy tym żadna procedura rejestracyjna. Zatem ujmowanie ich w kosztach podatkowych nie jest uzależnione od spełnienia innych, dodatkowych wymogów.

4. ZASADY AMORTYZACJI PRAW MAJĄTKOWYCH I LICENCJI

Odpisów amortyzacyjnych od środków trwałych i wartości niematerialnych i prawnych dokonuje się zasadniczo, począwszy od miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło ich nabycie²². Kluczowym aspektem jest ustalenie wartości początkowej autorskich praw majątkowych i licencji. Przy odpłatnym nabyciu autorskich praw majątkowych i licencji podstawą ustalenia tej wartości będzie cena nabycia, jednak gdy część wynagrodzenia zależna jest od przyszłych przychodów związanych z autorskim prawem majątkowym lub licencją, kwoty tej nie uwzględnia się w wartości początkowej²³, a zatem nie może ona stanowić kosztu uzyskania przychodu.

Jeżeli autorskie prawa majątkowe zostały wytworzone we własnym zakresie, to nie mogą

skie i prawa pokrewne. Komentarz, komentarz do art. 1, wyd. V, LEX 2011, <http://lex.online.wolterskluwer.pl/WKPLOnline/index.rpc?#content.rpc?nro=587311587&wersja=1&localNroPart=0> (dostęp: 11 listopada 2014 r., godz. 22.30).

¹⁵ Art. 41 ust. 2 p.a.p.p.

¹⁶ Zob. Z. Okoń, *Charakter prawny umowy licencyjnej*, „Prace z Prawa Własności Intelktualnej” 2009, z. 105, http://ftp.czytelniainline.lex.pl/getpdf/znuj/pdf/2009/03/znuj_2009_03_031.pdf?LX0378001E000800D7001600880048021276882070006103DF9C3F0DD9625854BF0087003E006100D918B900DF003A755D17DA00440056000800DB008F00F0009400E30091000E&ffromHistory=false (dostęp: 11 listopada 2014 r., godz. 15.01) i literatura tam powołana.

¹⁷ Tak np. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *PIT. Komentarz*, komentarz do art. 22b, wyd. IV, Lex 2014, <http://abc.online.wolterskluwer.pl/WKPLOnline/index.rpc?#content.rpc?nro=587373074&wersja=1&localNroPart=0> (dostęp: 11 listopada 2014 r., godz. 23.12).

¹⁸ Zob. np. interpretacja indywidualna przepisów prawa podatkowego wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 18 stycznia 2010 r., nr IBPBI/1/415-884/09/KB.

¹⁹ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 1410.

²⁰ Art. 22b ust. 1 pkt 6 p.d.o.f.

²¹ Zob. np. pismo z 30 września 2010 r., Ministerstwo Finansów, Departament Podatków Dochodowych, nr DD9/033/7/BRT/10/PK-1108 oraz liczne orzecznictwo, np. wyroki NSA z: 28 sierpnia 2009 r., II FSK 412/08; 27 maja 2009 r., II FSK 181/08 oraz częściowo z 9 października 2012 r., II FSK 465/11.

²² Art. 22h ust. 1 pkt 1 p.d.o.f.

²³ Art. 22g ust. 18 p.d.o.f.

one podlegać amortyzacji, a zatem ich wartość nie podlega ujęciu w kosztach podatkowych²⁴. Norma prawna art. 22a ust. 1 p.d.o.f. (dotycząca środków trwałych) różni się w tym zakresie od przepisu art. 22b ust. 1 p.d.o.f. (dotyczącego wartości niematerialnych i prawnych), w tym pierwszym przypadku dopuszczalna jest bowiem amortyzacja środków trwałych wytworzonych we własnym zakresie. Zatem by możliwa była amortyzacja majątkowych praw autorskich i licencji, konieczne jest ich nabycie przez podatnika od innego podmiotu, który jest ich dysponentem. Podkreślić wyraźnie należy, że w odniesieniu do tego samego desygnatu możliwa jest podwójna amortyzacja dokonywana przez dysponenta autorskich praw majątkowych (amortyzuje on wtedy swoje prawo, jeżeli oczywiście wcześniej sam je nabył) oraz podmiotu korzystającego z tego prawa na podstawie stosownej umowy (wtedy amortyzacji podlega licencja jako osobna wartość niematerialna i prawna).

Zasadniczo okres amortyzacji autorskich praw majątkowych nie może być krótszy niż 24 miesiące²⁵, natomiast okres amortyzacji licencji musi wynosić minimum 60 miesięcy²⁶.

5. LICENCJA JAKO PRZEDMIOT LEASINGU PODATKOWEGO

Warto zwrócić uwagę, że przepisy podatkowe są zupełnie niespójne w zakresie regulacji umowy tzw. leasingu podatkowego²⁷ w odniesieniu do licencji. Ustawa rozróżnia dwa rodzaje leasingu:

1) finansowy – gdzie odpisów amortyzacyj-

nych dokonuje korzystający, a finansujący nie jest upoważniony do dokonywania odpisów amortyzacyjnych;

2) operacyjny – gdzie odpisów amortyzacyjnych może dokonywać finansujący, a korzystający nie jest upoważniony do dokonywania odpisów amortyzacyjnych.

Każda umowa, która przewiduje udzielenie prawa do korzystania z autorskich praw majątkowych, jest umową licencyjną, a jednocześnie każdy taki kontrakt z mocy prawa spełnia definicję umowy leasingu podatkowego. Jednocześnie stosowanie przepisów dotyczących leasingu finansowego możliwe jest faktycznie w przypadku, gdy finansujący sam jest posiadaczem licencji (a nie autorskich praw majątkowych) i udziela dalszej licencji (sublicencji) korzystającemu. Każda umowa leasingu finansowego musi bowiem przewidywać zasady dokonywania odpisów amortyzacyjnych²⁸. W przypadku gdy udzielającym licencji jest dysponent autorskiego prawa majątkowego, wykluczone jest, aby mógł on dokonywać amortyzacji udzielanej przez niego licencji. Przede wszystkim nie jest on podmiotem nabywającym licencję (a jest to warunek uznania jej za wartość niematerialną i prawną), a ponadto prowadziłoby to do konkluzji, że ten sam podmiot może *de facto* dokonywać podwójnej amortyzacji od tej samej wartości ekonomicznej (raz jako autorskiego prawa majątkowego, a dodatkowo udzielanej licencji). Zupełnie odmienna sytuacja będzie miała miejsce, gdy ten sam desygnat chroniony jest prawem patentowym, tam bowiem amortyzacji podlega np. prawo ochronne do znaku towarowego. Również wątpliwe jest uznanie, że licencja na

²⁴ Podobne stanowisko zajął Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi w indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego z 29 czerwca 2011 r., znak: IPTPB3/423-15/11-4/KJ.

²⁵ Art. 22m ust. 1 pkt 1 p.d.o.f.

²⁶ Art. 22m ust. 1 pkt 4 p.d.o.f.

²⁷ Definicję leasingu dla celów podatkowych zawiera art. 23a pkt 1 p.d.o.f., który przewiduje, że jest to umowa nazywana w Kodeksie cywilnym, a także każda inna umowa, na mocy której jedna ze stron, zwana dalej „finansującym”, oddaje do odpłatnego używania albo używania i pobierania pożytków na warunkach określonych w ustawie drugiej stronie, zwanej dalej „korzystającym”, podlegające amortyzacji środki trwałe lub wartości niematerialne i prawne, a także grunty oraz prawo wieczystego użytkowania gruntów.

²⁸ Por. art. 23f ust. 1 pkt 3 p.d.o.f.

korzystanie może stanowić umowę leasingu operacyjnego, gdy finansującym jest właściciel autorskich praw majątkowych, w tym bowiem przypadku przedmiot leasingu wchodzi w skład majątku finansującego, co również nie jest zgodne ze stanem faktycznym, ponieważ nabywcą licencji jest korzystający.

Podsumowując powyższe rozważania, należy uznać, że umowy licencyjne nie mogą stanowić umów leasingu podatkowego²⁹, mimo jednoznacznego brzmienia normy prawnej art. 23a pkt 1 p.d.o.f.

6. PODSUMOWANIE

Tematyka amortyzacji majątkowych praw autorskich i licencji stanowi niezwykle skom-

plikowaną materię w praktycznym stosowaniu prawa podatkowego. Generalnie amortyzacji podlegać mogą wyłącznie prawa nabyte (a nie wytworzone we własnym zakresie). Szczególne problemy odnoszą się do licencji, ponieważ dla organów podatkowych niejasny jest ich charakter i sposób powstania. Dodatkowo przepisy dotyczące leasingu podatkowego (jako podstawowej umowy o korzystanie z rzeczy i praw) są wprost sprzeczne z istotą licencji, jako praw do korzystania z przedmiotu autorskich praw majątkowych. Wymagana jest w tym zakresie pilna interwencja ustawodawcy, który musi wyłączyć zastosowanie przepisów dotyczących leasingu podatkowego do licencji. W przeciwnym wypadku część przepisów ustawy p.d.o.f. będzie się wzajemnie wykluczać.

²⁹ W tym zakresie podzielić należy pogląd wyrażony przez R. Golat, *Umowy licencyjne w prawie podatkowym*, ABC nr 71726, http://abc.online.wolterskluwer.pl/WKPLOnline/index.rpc?#content.rpc--ASK--nro=151066670&wersja=0&=&fullTextQuery.query=licencje+w+prawie+podatkowym&reqId=1415916646328_305920861&class=CONTENT&loc=4&full=1&hId=4 (dostęp: 13 listopada 2014 r., godz. 23.33).

Summary

Sławomir Śliwowski

COPYRIGHTS AND LICENSES AS A TAX COST OF INDIVIDUAL BUSINESS ACTIVITY

The main topic of article is to present copyrights and licenses to the extent that they may be a cost of business under the provisions of Polish tax law. It was described distinct copyrights and licenses as a separate intangible assets. I was introduced the amortisation rules of both those rights and the issue of conforming rules regarding the tax's leasing referring to license.

KEY WORDS: taxes, tax amortisation, copyright, licence

POJĘCIA KLUCZOWE: podatki, amortyzacja podatkowa, prawa autorskie, licencja

PRAWO PATENTOWE – GDZIE JESTEŚMY I DOKĄD ZMIERZAMY?

Wraz z postępującym rozwojem gospodarczym dziedzina prawa własności intelektualnej nabiera na znaczeniu. Prawo patentowe, jako element prawa własności intelektualnej, jest szczególnie istotne w kontekście rozwoju proinnowacyjnej gospodarki. Instrumenty prawne przewidziane w obszarze prawa patentowego pozwalają przedsiębiorcom zadbać o istotne interesy związane z tworzeniem i rozwojem nowych technologii.

Obecnie istnieją trzy zasadnicze sposoby uzyskania patentów skutecznych w Polsce. W trybie krajowym patenty udzielane są przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej¹ (dalej: p.w.p.). Patenty mogą być również udzielane w trybie przewidzianym przez Konwencję o udzieleniu patentów europejskich² (dalej: KPE) oraz w trybie międzynarodowym, tzw. PCT³. Obecnie prawo patentowe w ramach Unii Europejskiej nie jest ujednoczone. Brak jest unijnego patentu na wzór wspólnotowego wzoru przemysłowego czy znaku towarowego. Sytuacja może ulec zmianie, gdy w życie wejdzie tzw. pakiet patentowy, czyli dwa rozporządzenia unijne przyjęte w ramach wzmocnionej współ-

pracy oraz umowa międzynarodowa tworząca jednolity sąd patentowy.

GDZIE JESTEŚMY?

Ustawa Prawo własności przemysłowej normuje przesłanki i tryb udzielania patentów oraz rejestracji innych praw własności przemysłowej⁴. Patenty udzielane są przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej na wynalazki, bez względu na dziedzinę techniki, które są nowe, posiadają poziom wynalazczy i nadają się do przemysłowego zastosowania (art. 24 p.w.p.). Patent udzielany jest na wniosek uprawnionego podmiotu w drodze decyzji. Wydanie decyzji poprzedzone jest postępowaniem, w toku którego badane jest spełnienie przesłanek zdolności patentowej zgłoszonego wynalazku. Przez uzyskanie patentu nabywa się prawo wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej (art. 63 ust. 1 p.w.p.). Zakres przedmiotowy patentu określają zastrzeżenia patentowe zawarte w opisie patentowym (opis wynalazku i rysunki mogą służyć do wykładni zastrzeżeń patentowych)⁵. Obo-

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 29 listopada 2013 r. poz. 1410.

² Konwencja o udzieleniu patentów europejskich (konwencja o patencie europejskim), sporządzona w Monachium dnia 5 października 1973 r., zmieniona aktem zmieniającym art. 63 konwencji z dnia 17 grudnia 1991 r. oraz decyzjami rady administracyjnej europejskiej organizacji patentowej z dnia 21 grudnia 1978 r., 13 grudnia 1994 r., 20 października 1995 r., 5 grudnia 1996 r. oraz 10 grudnia 1998 r., wraz z protokołami stanowiącymi jej integralną część, Dz.U. z 2004 r. nr 79, poz. 737, akt rewidujący z 29 listopada 2000 r. ogłoszony w Dz.U. z 2007 r. nr 236, poz. 1736.

³ Układ o współpracy patentowej sporządzony w Waszyngtonie 19 czerwca 1970 r. (Dz.U. z 1991 r. nr 70, poz. 303).

⁴ Postanowienia ustawy są zgodne ze standardami przyjętymi przez umawiające się strony w konwencji paryskiej (Konwencja związkowa paryska z 20 marca 1883 r. o ochronie własności przemysłowej, w brzmieniu aktu sztokholmskiego z 14 lipca 1967 r., Dz.U. z 1975 r. nr 9, poz. 51).

⁵ Kwestia interpretacji zastrzeżeń patentowych nie jest w doktrynie i judykaturze jednoznaczna i na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat była żywo dyskutowana. Zob. np. M. duVall, *Prawo patentowe*, Warszawa: Oficyna 2008.

wiązywanie patentu jest ograniczone w czasie. Okres ochrony patentowej wynosi 20 lat od daty dokonania zgłoszenia wynalazku w Urzędzie Patentowym. Przedmiotem patentu może być zarówno wynalazek dotyczący produktu, jak i sposobu wytwarzania. Zakres ochrony wynikającej z patentu został ujęty w art. 66 ust. 1 p.w.p. i obejmuje możliwość zakazania osobie trzeciej niemającej zgody uprawnionego z patentu korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy i zawodowy polegający na wytwarzaniu, używaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu lub importowaniu dla tych celów produktu będącego przedmiotem wynalazku. W zakresie patentu na sposób uprawnienie obejmuje prawo do zakazania stosowania sposobu będącego przedmiotem wynalazku, jak też używania, oferowania, wprowadzania do obrotu lub importowania dla tych celów produktów otrzymanych bezpośrednio takim sposobem⁶.

Patenty udzielone przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej obowiązują tylko na terytorium państwa polskiego. Istnieją jednak również inne możliwości ubiegania się o udzielenie ochrony przewidzianej przez polskie prawo krajowe.

Patent krajowy można uzyskać w procedurze regionalnej, na podstawie konwencji o udzielaniu patentów europejskich. Konwencja ta jest „porozumieniem szczególnym” w rozumieniu art. 19 konwencji paryskiej. Już na wstępie należy jednak podkreślić, że na podstawie konwencji nie stworzono nowego, jednolitego patentu, a jedynie przyjęto rozwiązania ułatwiające uzyskanie patentów krajowych w państwach stronach konwencji.

Na podstawie KPE utworzona została Europejska Organizacja Patentowa posiadająca osobowość prawną, której organami są Europejski Urząd Patentowy z siedzibą w Monachium

i agendami w Hadze, Berlinie, Wiedniu i Brukseli oraz Rada Administracyjna. Głównym zadaniem Europejskiego Urzędu Patentowego jest udzielanie patentów europejskich.

Do KPE należy obecnie 38 państw. Są to wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej, a ponadto: Szwajcaria, Lichtenstein, Monako, Islandia, była Jugosławińska Republika Macedonii, Norwegia, San Marino, Albania i Serbia. Należy stanowczo podkreślić, że konwencja nie jest częścią *aquis* Unii Europejskiej, a członkostwo w Europejskiej Organizacji Patentowej nie jest uzależnione od członkostwa w Unii. Może więc do niej przystąpić na zaproszenie Rady Administracyjnej każde państwo europejskie.

Konwencja reguluje udzielanie patentów europejskich, określając w szczególności materialne przesłanki zdolności patentowej, tryb dokonywania europejskich zgłoszeń patentowych oraz postępowanie w sprawie udzielenia patentów europejskich. W związku z tym, że KPE nie reguluje ani treści patentu, ani ochrony tego prawa czy sposobu jego wykonywania, patent europejski nie jest jednolitym tytułem ochronnym, lecz stanowi wiązkę patentów krajowych podlegających ustawodawstwu państw stron, na terytorium których patent został udzielony⁷.

System patentu europejskiego opiera się na założeniu, że udzielenie patentu europejskiego następuje na podstawie jednego zgłoszenia i w wyniku jednego postępowania prowadzonego przed EUP. Patent europejski jest skuteczny na terytorium tych państw stron KPE, które zostały wskazane przez zgłaszającego jako miejsce ochrony i w których dokonał on jego walidacji⁸.

Polska jest stroną KPE oraz członkiem Europejskiej Organizacji Patentowej od 1 marca

⁶ Szerzej na temat zakresu ochrony patentowej zob. np. A. Szajkowski, H. Żakowska-Henzler, *Patent*, (w:) *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 14a, *Prawo własności przemysłowej*, red. R. Skubisz, Warszawa: C. H. Beck 2012.

⁷ A. Nowicka, *Kontrowersje dotyczące utworzenia jednolitej ochrony patentowej oraz Jednolitego Sądu Patentowego. Analiza prawna (Stan na dzień 27 stycznia 2012 r.)*, „Rzecznik Patentowy” 2011, nr 2–4, Warszawa 2012, s. 33.

⁸ A. Nowicka, *Patent europejski a próby ustanowienia patentu Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, nr 4, s. 41.

2004 r.⁹ W związku z ratyfikacją konwencji została uchwalona ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o dokonywaniu europejskich zgłoszeń patentowych oraz skutkach patentu europejskiego w Rzeczypospolitej Polskiej¹⁰. Ustawa ta weszła w życie z dniem związania Polski konwencją. Wskazuje ona m.in. przypadki, w których istnieje obowiązek wniesienia zgłoszenia patentowego za pośrednictwem polskiego Urzędu Patentowego.

Patent europejski posiada w każdym umawiającym się państwie, dla którego został udzielony, ten sam skutek i podlega tym samym warunkom, co patent krajowy udzielony przez to państwo, chyba że konwencja stanowi inaczej (art. 2 ust. 2 KPE). Patent europejski nie wywiera więc jednolitego skutku, lecz w momencie udzielenia wiązka patentów „rozpada” się na patenty krajowe tych państw stron konwencji, na których terytorium został przyznany, stosownie do wyznaczenia dokonanego przez zgłaszającego¹¹. Patenty te, jako patenty krajowe, podlegają ustawodawstwu tych państw członkowskich, na terytorium których zostały udzielone.

Warunkiem skuteczności patentu europejskiego w poszczególnych państwach jest jednak dopełnienie odpowiednich formalności w urzędach krajowych, czyli tzw. walidacja. Walidacja, co do zasady, polega na dostarczeniu do krajowych urzędów patentowych tłumaczenia opisu patentowego (czasem tylko zastrzeżeń patentowych) na języki urzędowe oraz uiszczeniu opłat za publikację (jej wysokość określają przepisy krajowe). W przy-

padku niedopełnienia formalności w terminie przewidzianym w prawie krajowym patent europejski jest nieważny na danym terytorium od daty jego udzielenia (*ex tunc*). W Polsce procedurę walidacji reguluje wspomniana ustawa z 14 marca 2003 r., a do patentu zastosowanie znajduje prawo polskie, w tym w szczególności ustawa prawo własności przemysłowej.

DOKĄD ZMIERZAMY?

Jak wspomniano, prawo patentowe w Unii Europejskiej nie zostało dotąd ujednoczone poprzez wprowadzenie unijnego patentu. Choć pierwsze próby wprowadzenia patentu o jednolitym skutku w Unii Europejskiej podejmowano już w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku, nie udało się dotychczas wypracować kompromisowego rozwiązania pozwalającego na ujednoczenie tej dziedziny prawa.

Pomimo podejmowanych prób nie udało się osiągnąć jednomyślności w zakresie ujednoczenia prawa patentowego. W związku z brakiem porozumienia i nieosiągnięciem jednomyślności w Radzie grupa dwunastu państw członkowskich wystąpiła do Komisji Europejskiej z wnioskiem o ustanowienie wzmocnionej współpracy¹² w zakresie prawa patentowego. 10 marca 2011 r. Rada wydała decyzję w sprawie upoważnienia do podjęcia wzmocnionej współpracy w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej. Jako podstawę prawną utworzenia wzmocnionej współpracy w tej dziedzinie Rada wskazała art. 118 TFUE¹³.

⁹ Obowiązek przystąpienia Polski do KPE wynikał z układu europejskiego z 1991 r.

¹⁰ Dz.U. z 2003 r. nr 65, poz. 598 ze zm.

¹¹ A. Nowicka, *Patent*, s. 22.

¹² Wzmocniona współpraca jest instytucją prawa Unii Europejskiej pozwalającą państwom członkowskim na pogłębienie współpracy w ramach kompetencji niewyłącznych Unii. Zob. art. 20 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 326–334 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

¹³ Dopuszczalność podjęcia wzmocnionej współpracy w zakresie wprowadzenia patentu europejskiego o jednolitym skutku budzi poważne wątpliwości. Kwestia ta na wniosek Włoch i Hiszpanii rozważana była przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (C-274/11 i C-295/11). TS oddalił jednak obie skargi. Zob. np. A. Nowicka, *Wzmocniona współpraca – ramy prawne i analiza dopuszczalności w dziedzinie jednolitej ochrony patentowej*, (w:) *Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa Profesora Mariana Kępińskiego*, red. K. Klafkowska-Waśniowska, M. Mataczyński, R. Sikorski, M. Sokołowski, Poznań 2013.

W ramach wzmocnionej współpracy, w której obecnie uczestniczy 25 państw członkowskich (tj. wszystkie państwa członkowskie poza Włochami, Hiszpanią i Chorwacją), przyjęte zostały dwa akty:

1) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1257/2012 z 17 grudnia 2012 r., wprowadzające wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej¹⁴ (dalej: rozporządzenie 1257/12) oraz

2) rozporządzenie Rady nr 1260/2012 z 17 grudnia 2012 r. wprowadzające wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej w odniesieniu do mających zastosowanie ustaleń dotyczących tłumaczeń¹⁵ (dalej: rozporządzenie 1260/12)¹⁶.

W ramach tzw. „pakietu patentowego”, na podstawie odrębnego porozumienia, ma zostać utworzony Jednolity Sąd Patentowy. Porozumienie w sprawie Jednolitego Sądu Patentowego¹⁷ (dalej: porozumienie JSP) zostało otwarte do podpisu 19 lutego 2013 r. Jak dotąd podpisały je wszystkie państwa członkowskie, poza Polską¹⁸, Hiszpanią i Chorwacją¹⁹.

Jednolity Sąd Patentowy ma mieć wyłączną jurysdykcję w niemal wszystkich sprawach dotyczących patentów europejskich i patentów europejskich o jednolitym skutku. Unia Europejska nie będzie stroną porozumienia, co oznacza, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie będzie właściwy w sprawach związanych z oceną zgodności z prawem orzeczeń podejmowanych przez JSP ani innych działań podejmowanych na podstawie przepisów porozumienia.

Porozumienie JSP nie tylko tworzy Jednolity Sąd Patentowy, ale również zmienia naturę prawną patentów europejskich, określając ponadto środki i procedury ich egzekwowania. Po wejściu w życie powyższej umowy międzynarodowej przyjęty ma zostać przez komitet administracyjny tzw. regulamin wewnętrzny JSP (*Rules of Procedure*). Ma on określać szczegóły prowadzenia postępowania. 17. wersja regulaminu z 31 października 2014 r. została opublikowana 3 listopada 2014 r.²⁰ Zawiera ona bardzo skomplikowane i niejasne procedury, które w zasadzie stanowią „zlepek” rozmaitych obcych procedur sądowych, co znacząco wpływa na poziom skomplikowania tego aktu²¹.

¹⁴ Dz. Urz. UE L 361 z 31 grudnia 2012 r., s. 1–8.

¹⁵ Dz. Urz. UE L 361 z 31 grudnia 2012 r., s. 89–92.

¹⁶ Oba rozporządzenia weszły w życie 20 stycznia 2013 r. i będą stosowane od dnia wejścia w życie porozumienia w sprawie Jednolitego Sądu Patentowego. Do dnia dzisiejszego porozumienie to nie weszło w życie, dlatego rozporządzenia przyjęte w ramach wzmocnionej współpracy nie są jeszcze stosowane.

¹⁷ Dz.U. C 175 z 20 czerwca 2013 r., s. 1–40.

¹⁸ Na niepodpisanie porozumienia JSP przez Polskę wpływ miały liczne apele naukowców i przedstawicieli różnych organizacji, takich jak np. Pracodawcy Rzeczypospolitej Polskiej, Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan, Polska Izba Rzeczników Patentowych; zob. np. list otwarty profesorów: S. Soltysińskiego, A. Szajkowskiego, J. Szwai, A. Nowickiej i R. Skubisza opublikowany w Internecie w maju 2012 r. oraz w dodatku do gazety „Rzeczpospolita” z 18 czerwca 2012 r.

¹⁹ Porozumienie JSP wejdzie w życie 1 stycznia 2014 r. albo pierwszego dnia czwartego miesiąca po złożeniu trzynastego dokumentu ratyfikacji albo pierwszego dnia czwartego miesiąca po wejściu w życie zmian do rozporządzenia Rady (UE) nr 1215/12, określających stosunek tego rozporządzenia do porozumienia JSP, w zależności od tego, które wydarzenie nastąpi później. Do wejścia w życie Porozumienia konieczna jest ratyfikacja przez RFN, Francję i Wielką Brytanię. Jak dotąd porozumienie ratyfikowały Austria, Francja, Szwecja, Belgia, Dania i Malta (stan na dzień 1 marca 2015 r.).

²⁰ 17. wersja regulaminu wykonawczego dostępna jest na stronie internetowej: http://www.unified-patent-court.org/images/documents/UPC_Rules_of_Procedure_17th_Draft.pdf

²¹ A. Nowicka, *Jednolita ochrona patentowa i Jednolity Sąd Patentowy – zagrożenia i niekorzystne konsekwencje w Polsce*, opracowanie opublikowane na stronie internetowej: http://www.rzecznikpatentowy.org.pl/nie_dla_pat_jed/A.N._Jednolita_ochrona_patentowa_i_Jednolity_Sad_Patentowy_zagrozenia_i_niekorzystne_konsekwencje_w_Polsce_15.pdf (dostęp: 20 marca 2015 r.), s. 19.

Rozporządzenie 1257/12 nie tworzy patentu Unii Europejskiej, lecz przyznaje jednolity skutek patentowi europejskiemu udzielanemu na podstawie KPE. Patent europejski, dla którego zarejestrowano jednolity skutek, ma być określany jako „patent europejski o jednolitym skutku”. Patent ten będzie udzielany w tej samej procedurze, co „klasyczny” patent europejski, jednakże na wniosek zgłaszającego zostanie mu nadany jednolity skutek w państwach uczestniczących we wzmocnionej współpracy.

Patent europejski udzielony z tym samym zestawem zastrzeżeń w odniesieniu do wszystkich uczestniczących państw członkowskich ma wywierać jednolity skutek w uczestniczących państwach członkowskich pod warunkiem zarejestrowania takiego skutku w rejestrze jednolitej ochrony patentowej (art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1257/12). Rejestr ten jest częścią Europejskiego Rejestru Patentowego, w którym rejestruje się jednolity skutek oraz wszelkie ograniczenia, licencje, przeniesienie, unieważnienie lub wygaśnięcie patentu europejskiego o jednolitym skutku (art. 2 lit. e).

Patenty europejskie, które będą udzielane począwszy od dnia rozpoczęcia stosowania pakietu patentowego, będą mogły uzyskać jednolity skutek zapewniający jednolitą ochronę w państwach członkowskich uczestniczących we wzmocnionej współpracy. Jak stanowi jednak art. 18 ust. 2 rozporządzenia 1257/12: „(...) patent europejski, którego jednolity skutek został wpisany do rejestru jednolitej ochrony patentowej, ma jednolity skutek jedynie w tych uczestniczących państwach członkowskich, w których Jednolity Sąd Patentowy ma wyłączną jurysdykcję w odniesieniu do patentów europejskich o jednolitym skutku w dniu wpisania do rejestru”. Z przepisu tego wynika więc, że jednolity skutek powstanie tylko w tych

państwach uczestniczących we wzmocnionej współpracy, które w dniu wpisania jednolitego skutku do rejestru będą związane porozumieniem JSP. W momencie rozpoczęcia stosowania pakietu patentowego jednolity skutek powstanie więc we wszystkich państwach, które w tej chwili uczestniczyć będą we wzmocnionej współpracy i związane będą porozumieniem JSP. W wyniku kolejnych ratyfikacji porozumienia JSP jednolity skutek powstawał będzie w następnych państwach. Jak się wydaje, będzie to następowało niejako retroaktywnie, również na terytoriach tych państw uczestniczących we wzmocnionej współpracy, które zwiążą się porozumieniem JSP w dacie późniejszej niż data jego wejścia w życie²².

Głównym założeniem pakietu patentowego jest zapewnienie patentom europejskim jednolitego charakteru. Rozporządzenie 1257/12 nie określa jednak treści jednolitego skutku i odsyła w tym zakresie do prawa stosowanego wobec patentów europejskich o jednolitym skutku w tym uczestniczącym państwie członkowskim, którego prawo krajowe ma zastosowanie do danego patentu europejskiego o jednolitym skutku jako przedmiotu własności zgodnie z art. 7 rozporządzenia²³. Jak zauważa A. Nowicka, efekt zastosowania art. 5 ust. 3 w zw. z art. 7 rozporządzenia 1257/12 jest bardzo zaskakujący. Jak się bowiem okazuje, w państwach, w których będą obowiązywały patenty europejskie o jednolitym skutku, powstanie „mozaika” jednolitych skutków, których treść podlegała będzie prawu stosowanemu wobec patentów europejskich o jednolitym skutku w tym uczestniczącym państwie członkowskim, w którym w dniu dokonania europejskiego zgłoszenia patentowego zgłaszający będzie miał miejsce zamieszkania, siedzibę, główne miejsce prowadzenia działalności albo miejsce prowadzenia działalności²⁴.

²² A. Nowicka, *Patent europejski o jednolitym skutku – konstrukcja prawna i treść*, RPEiS 2013, rok LXXV, nr 4, s. 22.

²³ Szerzej na ten temat zob. H. Ullrich, *The Property Aspects of the European Patent with Unitary Effect: A National Perspective for a European Prospect?*, „Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper” 2013, No. 13–17.

²⁴ Odsyła się więc pośrednio do postanowień porozumienia JSP. Postanowienia te będą bowiem częścią „prawa

Materialnoprawne unormowania dotyczące m.in. treści jednolitego skutku patentu europejskiego oraz praw wyłącznych wynikających z „klasycznego” patentu europejskiego określone zostały w Porozumieniu JSP. Składają się na nie: prawo zakazania bezpośredniego korzystania z wynalazku, prawo zakazania pośredniego korzystania z wynalazku oraz ograniczenia skutków obu patentów.

W tym miejscu warto podkreślić, że Porozumienie JSP przewiduje szerszy zakres ochrony patentowej niż większość ustawodawstw krajowych. Na przykład na gruncie ustawy p.w.p. nie jest w ogóle znane prawo zakazania pośredniego korzystania z wynalazku. Zwiększenie zakresu ochrony ma zarówno swoje zalety, jak i wady. Z punktu widzenia osób trzecich większy zakres ochrony może być wadą, ponieważ zwiększy się liczba sytuacji, w których może dojść do naruszenia patentów (często nieświadomego), co z kolei skutkować może powstaniem kosztów opłacania licencji bądź prowadzenia postępowań sądowych. Z punktu widzenia zaś podmiotów uprawnionych większy zakres ochrony będzie zaletą, gdyż w jeszcze większym stopniu chronił będzie opatentowane wynalazki, a ponadto możliwe, że generował będzie dodatkowe przychody w związku z udzielaniem licencji.

Konstrukcja prawna jednolitego skutku patentu europejskiego jest bardzo złożona i skomplikowana, czego powodem jest przede wszystkim wielość źródeł prawa. Regulacje dotyczące jednolitego skutku znajdują się bowiem w rozmaitych aktach prawnych, począwszy od rozporządzenia 1257/12, przez umowę międzynarodową, jaką jest porozumienie JSP czy KPE, po prawo krajowe. O ile zatem np. treści praw wyłącznych i ich ograniczeń szukać będziemy w porozumieniu JSP, o tyle kwestii związanych z traktowaniem patentu jako przedmiotu własności, na podstawie odesłania zawartego w art. 7 rozporządzenia 1257/12, szukać

należy w określonym tam prawie krajowym. W związku z fragmentacją ochrony patentowej trudno będzie rozgraniczyć zastosowanie poszczególnych aktów prawnych. Zamiast ujednoczenia ochrony patentowej będziemy mieli do czynienia z jej rozczłonkowaniem i skomplikowaniem.

System językowy związany z utworzeniem patentu europejskiego o jednolitym skutku unormowany został w rozporządzeniu Rady nr 1260/2012 z dnia 17 grudnia 2012 r., wprowadzającym wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej w odniesieniu do mających zastosowanie ustaleń dotyczących tłumaczeń. Co do zasady, po opublikowaniu opisu patentu europejskiego o jednolitym skutku zgodnie z art. 14 ust. 6 KPE, nie wymaga się żadnych dalszych tłumaczeń. Oznacza to, że patenty europejskie o jednolitym skutku publikowane będą tylko w jednym z trzech języków Europejskiego Urzędu Patentowego (angielskim, niemieckim albo francuskim), a same zastrzeżenia patentowe dostępne będą w dwóch pozostałych językach. W przypadku zatem, gdy językiem postępowania przed EUP będzie język niemiecki, to opis patentu zostanie opublikowany w tym języku, natomiast zastrzeżenia patentowe dostępne będą w językach angielskim i francuskim. Właściciele patentów nie będą mieli więc obowiązku dostarczania do krajowych urzędów patentowych tłumaczeń opisów patentowych na języki urzędowe państw, w których będą korzystali z jednolitej ochrony. Regulacja ta jest niekorzystna dla podmiotów władających innym językiem niż języki EUP. Podmioty te nie będą miały bowiem możliwości zapoznania się we własnym języku z patentami obowiązującymi w ich państwie. Choć w rozporządzeniu przewidziano pewne odstępstwa od powyższej zasady, są one przejściowe, a ich praktyczna doniosłość budzi poważne wątpliwości.

stosowanego wobec patentów europejskich o jednolitym skutku” w uczestniczących państwach członkowskich związanych porozumieniem.

PODSUMOWANIE

Obecnie patent krajowy skuteczny na terytorium państwa polskiego uzyskać można w procedurze krajowej przed Urzędem Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej, w procedurze regionalnej na podstawie Konwencji o udzieleniu patentów europejskich oraz międzynarodowej, w trybie PCT. Państwa członkowskie Unii Europejskiej, poprzez nawiązanie wzmocnionej współpracy i zawarcie umowy międzynarodowej – porozumienia o JSP, zmierzają do ujednoczenia prawa patentowego i nadania patentom europejskim jednolitego skutku.

Polska uczestniczy we wzmocnionej współpracy, jednakże jak dotąd nie podpisano porozumienia JSP, co jest warunkiem wejścia w życie pakietu patentowego i rozciągnięcia jednolitego skutku patentów europejskich na terytorium naszego państwa. Dopóki zatem nie podpiszemy i nie ratyfikujemy porozumienia, pozostaniemy poza systemem. Nie oznacza to jednak, że polskie podmioty nie będą beneficjentami systemu. Jednolity skutek patentu europejskiego będzie mógł bowiem zarejestrować każdy podmiot, niezależnie od pochodzenia, co oznacza, że polskie podmioty będą mogły uzyskiwać te patenty, a zatem staną się beneficjentami systemu ze wszystkimi konsekwencjami, np. w zakresie podlegania pod jurysdykcję Jednolitego Sądu Patentowego.

Patenty europejskie o jednolitym skutku pozostają jednak nadal w sferze planów, ponieważ dopiero sześć państw ratyfikowało porozumienie JSP (stan na dzień 23 marca 2015 r.). Dla wejścia w życie pakietu patentowego konieczne jest jednak trzynastcie ratyfikacji (w tym przez RFN, Francję i Wielką Brytanię). Wciąż również otwarta pozostaje kwestia rozstrzygnięcia skargi Królestwa Hiszpanii na nieważność rozporządzeń przyjętych w ramach wzmocnionej współpracy²⁵.

Planowane zmiany znacząco wpłyną na sytuację wielu podmiotów związanych z rozwojem innowacyjnych technologii. Warto więc na bieżąco monitorować rozwój sytuacji prawnej, chociażby z uwagi na skomplikowanie nowego systemu i wynikające z niego dysproporcje w zakresie ochrony interesów potentatów patentowych z jednej strony a małych podmiotów z drugiej. Autorka zasadniczo nie neguje potrzeby pogłębienia współpracy w dziedzinie prawa patentowego, jednak wprowadzenie nowego systemu powinno być poprzedzone rzetelnymi badaniami rynku, pozwalającymi na znalezienie „złotego środka” równoważącego interesy państw wysoko rozwiniętych i tych o mniejszym potencjale innowacyjności.

Planowane zmiany znacząco wpłyną na sytuację wielu podmiotów związanych z rozwojem innowacyjnych technologii. Warto więc na bieżąco monitorować rozwój sytuacji prawnej, chociażby z uwagi na skomplikowanie nowego systemu i wynikające z niego dysproporcje w zakresie ochrony interesów potentatów patentowych z jednej strony a małych podmiotów z drugiej. Autorka zasadniczo nie neguje potrzeby pogłębienia współpracy w dziedzinie prawa patentowego, jednak wprowadzenie nowego systemu powinno być poprzedzone rzetelnymi badaniami rynku, pozwalającymi na znalezienie „złotego środka” równoważącego interesy państw wysoko rozwiniętych i tych o mniejszym potencjale innowacyjności.

²⁵ W związku z przyjęciem rozporządzeń 1257/12 i 1260/12 dnia 22 marca 2013 r. Hiszpania wniosła do TS skargi przeciwko Parlamentowi i Radzie z żądaniem stwierdzenia nieważności obu rozporządzeń. Królestwo Hiszpanii zarzuca przyjętym rozporządzeniom m.in. naruszenie wartości państwa prawa w związku z przekazaniem Europejskiemu Urzędowi Patentowemu określonych kompetencji związanych z patentem europejskim o jednolitym skutku, nadużycie władzy poprzez wykorzystanie wzmocnionej współpracy do innych celów niż przewidziane w traktatach, a także naruszenie takich zasad, jak: niedyskryminacji poprzez wprowadzenie systemu językowego, który uprzywilejowuje wybrane państwa członkowskie, pewności prawa czy autonomii prawa Unii. Trybunał Sprawiedliwości nie rozstrzygnął jeszcze tej sprawy, jednak Rzecznik Generalny w swojej opinii opublikowanej 18 listopada 2014 r. rekomenduje oddalenie obu skarg.

Summary

Żaneta Nowacka

PATENT LAW – WHERE WE ARE AND WHERE WE ARE GOING TO?

In conjunction with creation of unitary patent protection there is a perspective of changes in the scope of patent law. Actually patents valid in Poland may be granted on the basis of national law

– act on industrial property rights, in regional procedure on the basis of Convention on European Patent and in international procedure PCT. This article presents basic principles of current legal status and the perspectives of changes because of introduction of unitary patent protection.

KEY WORDS: patent, European patent, European patent with unitary effect, Unified Patent Court, patent package, enhanced cooperation

POJĘCIA KLUCZOWE: patent, patent europejski, patent europejski o jednolitym skutku, Jednolity Sąd Patentowy, pakiet patentowy, wzmocniona współpraca

PROBLEM USTANOWIENIA I OKREŚLENIA KOMPETENCJI KURATORA NIEOBECNEGO

WSTĘP

Instytucja kuratora nieobecnego należy do tradycyjnych instytucji prawa prywatnego, sięgających swymi korzeniami prawa rzymskiego¹ i rozwijanych w drodze powolnej ewolucji². Być może to właśnie sprawia, że we współczesnej nauce prawa instytucja ta wydaje się nie wzbudzać większego zainteresowania. Autorzy komentarzy do art. 184 k.r.o. czy art. 601 k.p.c. nie próbują nawet przedstawić istoty tej instytucji, tylko ograniczają się do przytoczenia nielicznego orzecznictwa SN, nie dostrzegając występujących w praktyce problemów związanych z kwestią ustanowienia kuratora oraz określenia jego kompetencji. Tymczasem instytucja ta jest w obecnym stanie prawnym uregulowana w sposób wysoce wadliwy i w efekcie w praktyce nie jest w stanie spełnić swojej funkcji. Niniejszy artykuł stanowi próbę zwrócenia uwagi na potrzebę zajęcia się zarówno przez naukę prawa, jak i przez ustawodawcę problemami pojawiającymi się na etapie ustanawiania kuratora nieobecnego oraz związanymi z jego funkcjonowaniem.

I. PROBLEMY ZWIĄZANE Z PROCESEM USTANOWIENIA KURATORA DLA NIEOBECNEGO

1. Regulacje materialnoprawne

Zgodnie z treścią art. 178 § 1 k.r.o. „kuratora ustanawia się w wypadkach w ustawie przewidzianych”. W przypadku kuratora nieobecnego kompletną regulację takich przypadków zawiera art. 184 § 1 k.r.o. Stanowi on, że: „Dla ochrony praw osoby, która z powodu nieobecności nie może prowadzić swoich spraw, a nie ma pełnomocnika, ustanawia się kuratora. To samo dotyczy wypadku, gdy pełnomocnik nieobecnego nie może wykonywać swoich czynności albo gdy je wykonywa nienależycie”. Literalne brzmienie tego przepisu wskazuje trzy przesłanki ustanowienia kuratora nieobecnego: (1) nieobecność osoby, (2) potrzebę prowadzenia jej spraw oraz (3) brak pełnomocnika lub jego nienależyte działanie.

Prawdziwym źródłem problemów jest jednak dodatkowa przesłanka, która wykształciła się w praktyce. Mianowicie w orzecznictwie³

¹ W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1988, s. 243, oraz K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, PWN, Warszawa 2000, s. 255–261.

² Obowiązujący od 1812 r. na terenie Cesarstwa Austriackiego (później Austro-Węgier) ABGB instytucję kuratora nieobecnego, zbliżoną do obecnie obowiązującej, zawierał w § 276–278. Z kolei obowiązujący od 1900 r. na terenie Drugiej Rzeszy BGB instytucję kuratora nieobecnego regulował w § 1911. Ponadto instytucji tej dotyczył § 1915, zawierający odesłanie do przepisów o opiece (§ 1773–1908 BGB). To rozwiązanie ewidentnie stało się wzorem dla późniejszych rozwiązań polskich. Od 1 lipca 1946 r. kwestię tę regulowały przepisy dekretu z dnia 14 maja 1946 r. prawo opiekuńcze (Dz.U. nr 20, poz. 135), a konkretnie art. 58 tego aktu. Ponadto z mocy odesłania zawartego w art. 49 § 1 do kurateli stosowano odpowiednio przepisy o opiece, która z kolei była – przez odesłanie z art. 22 § 1 – ściśle powiązana z władzą rodzicielską. W okresie między 1 października 1950 r. a 1 stycznia 1965 r. kwestia kurateli za nieobecnego uregulowana była w przepisach ustawy z dnia 18 lipca 1950 r. Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. nr 34, poz. 311), w art. 31 oraz w art. 32, zawierającym odesłanie do stosowanych odpowiednio przepisów o opiece. Od 1 stycznia 1965 r. kwestie te regulują przepisy obowiązującego obecnie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

³ Postanowienie SN z 10 października 1950 r., C 248/50, „Nowe Prawo” 1951, nr 12, s. 40–41; postanowienie SN

i doktrynie⁴ za bezdyskusyjny uznaje się pogląd, jakoby niedopuszczalne było ustanowienie kuratora dla osoby nieżyjącej. W praktyce pogląd ten powoływany jest jako oczywisty i niewymagający uzasadnienia. Mimo to wypada go uznać za trafny, jako że przemawiają za nim następujące względy.

Po pierwsze, w doktrynie⁵ uznaje się, że osoba zaginiona w rozumieniu art. 29–31 k.c. jest zarazem osobą nieobecną w rozumieniu zd. 1 § 1 art. 184 k.r.o. Powołane przepisy k.c. uznają fakt zaginięcia za jedną z przesłanek uznania osoby za zmarłą. Pozwala to stwierdzić, że osoba nieobecna (zaginiona) nie może być automatycznie utożsamiana z osobą nieżyjącą.

Po drugie, co ważniejsze, z chwilą śmierci osoby fizycznej przysługujące jej prawa i obowiązki majątkowe albo wygasają, albo przechodzą na inne osoby (art. 922 § 1 i 2 k.c.). W rezultacie zmarła osoba fizyczna nie może już mieć żadnych praw, które wymagałyby ochrony⁶. W takiej sytuacji nie sposób sobie wyobrazić, by osoba taka miała wymagające prowadzenia sprawy w rozumieniu zd. 1 § 1 art. 184 k.r.o. Stąd istotnie przepisy prawa materialnego nie przewidują możliwości ustanowienia kuratora dla takiej osoby. Dodatkowo

kurator nieobecnego może być ustanowiony wyłącznie na wniosek osoby mającej w tym interes prawny (art. 601 w zw. z art. 510 § 1 k.p.c.). Nie sposób wyobrazić sobie sytuacji, w której wszystkie prawa i obowiązki danej osoby wygasły bądź przeszły na spadkobierców, a jednocześnie inny podmiot ma interes prawny wymagający działania takiej osoby. A zatem również względy proceduralne wykluczają możliwość ustanowienia kuratora dla osoby nieżyjącej.

Problem w tym, że w praktyce jak najbardziej możliwe jest zarówno to, że w dacie ustanowienia kuratora osoba nieobecna już nie żyje, jak i to, że osoba ta umrze w czasie, kiedy kurator dla niej ustanowiony będzie działał. W doktrynie⁷ wyraźnie dopuszcza się możliwość ustanowienia kuratora nieobecnego w sytuacji, gdy nie wiadomo, czy dana osoba żyje. Element takiej niepewności wydaje się wynikać w sposób nieunikniony z istoty tej instytucji. Podobnie na sprawę musiał patrzeć SN, wypowiadając się w swym orzecznictwie⁸ w kwestii skutków czynności dokonanych przez kuratora za osobę, która w dacie czynności już nie żyła. Dalej w orzecznictwie⁹ podnosi się, że niemożność ustanowienia kuratora

z 24 lutego 1995 r., II CRN 155/94, LEX nr 497751; wyrok SN z 23 maja 2003 r., III CA 1/2003, LexPolonica nr 1624828; uchwała SN z 24 stycznia 2007 r., III CZP 143/2006, LexPolonica nr 1152330, OSNC 2007, nr 11, poz. 166; wyrok NSA z dnia 22 lipca 2008 r., I OSK 1156/2007, LexPolonica nr 2253819; wyrok WSA w Warszawie z 2 grudnia 2009 r., IV SA/Wa 1770/2009, LexPolonica nr 2582098.

⁴ S. Kalus, (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2011, LexPolonica, komentarz do art. 184; J. Strzebińczyk, (w:) T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System Prawa Prywatnego*, t. 12, C. H. Beck 2011, s. 909; J. Ignatowicz, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2012, s. 1229; H. Haak, *Opieka i kuratela. Komentarz*, Toruń 2004, s. 313; J. Ignatowicz, (w:) J. S. Piątoski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, PAN 1985, s. 1201.

⁵ J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks*, s. 1229; J. Ignatowicz, (w:) *System*, s. 1201.

⁶ Warto zauważyć, że w tych przypadkach, w których prawo materialne wyraźnie pozwala na powołanie kuratora dla osoby nieżyjącej, służy to nie ochronie praw tej osoby, ale jest konieczne dla ochrony praw innych osób – por. art. 61[10] § 2, art. 61[12] § 2, art. 70 § 2, art. 82 § 3, art. 83 § 2, art. 84 § 2 k.r.o. Potwierdza to oczywistą tezę, że osoby zmarłe nie mają już praw czy interesów.

⁷ H. Haak, *Opieka*, s. 313; J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks*, s. 1229; J. Ignatowicz, (w:) *System*, s. 1201; S. Breyer, M. Grudziński (red.), J. Ignatowicz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze 1966, s. 816.

⁸ Wyrok SN z 12 kwietnia 1994 r., II CR 18/94, LEX nr 80722, z powołaniem się na orzeczenie SN z 8 marca 1957 r., 3 CR 179/57, OSPiKA 1958, z. 1, poz. 28. Kwestia ta zostanie szerzej omówiona w dalszej części artykułu.

⁹ Orzeczenia sądów administracyjnych wypowiadające taki pogląd zostaną szczegółowo omówione w dalszej części artykułu. Warto zauważyć, że analogiczny pogląd został wyrażony przez SN w odniesieniu do kuratora procesowego – orzeczenie SN z 8 marca 1957 r., 3 CR 179/57, LexPolonica nr 316130.

pojawia się dopiero w sytuacji, gdy jest pewność, a nie tylko pewne prawdopodobieństwo, że dana osoba nie żyje.

W praktyce natomiast często zdarza się, że pozostawanie osoby zaginionej przy życiu jest w świetle zasad doświadczenia życiowego skrajnie nieprawdopodobne czy wręcz niemożliwe, ale jednocześnie nie istnieją dowody na to, że ta osoba nie żyje. Z taką sytuacją zmierzył się NSA w sprawie I OSK 1156/2007¹⁰. Sąd ten uznał, że „ustanowienie kurateli na zasadzie art. 184 k.r.o. wchodzi w grę tylko wtedy, gdy wprawdzie określona osoba jest nieobecna, jednakże istnieje prawdopodobieństwo, że pozostaje przy życiu. Jeśli bowiem prawdopodobieństwo to zostaje wykluczone i ustalony zostanie fakt zgonu tej osoby, wówczas kuratela traci podstawę faktyczną i prawną”. Konkludując, NSA stwierdził¹¹, że „dopiero uzyskanie odpisu aktu zgonu lub prawomocnego orzeczenia sądu o stwierdzeniu zgonu, bądź uznaniu za zmarłego i brak prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku po zmarłym, uprawniałby organ do zawieszenia postępowania z powodu braku następców prawnych. W związku z tym, dopóki organ nie dysponuje aktem zgonu lub prawomocnym postanowieniem sądu o stwierdzeniu zgonu, czy też o uznaniu za zmarłego, zachodzi konieczność ustanowienia kuratora osoby nieobecnej”.

Pogląd ten znajduje oparcie w treści art. 4 ustawy z 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (dalej: p.a.s.c.)¹², który stanowi, że: „Akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych”.

W odniesieniu do tego przepisu SN w postanowieniu z 11 grudnia 2002 r.¹³ stwierdził, że: „Wyraz «wyłączny» użyty w art. 4 wskazuje na to, że tylko na podstawie aktu stanu cywilnego dopuszczalne jest udowodnienie faktu urodzenia, małżeństwa lub zgonu”. Podobnie w uzasadnieniu postanowienia z 24 maja 1999 r.¹⁴ SN stwierdził, że „w postępowaniu sądowym pochodzenie określonej osoby od danych rodziców, jej miejsce i datę urodzenia dowodzić można jedynie za pomocą aktu stanu cywilnego, a inne dowody tych faktów są wyeliminowane. Brak właściwego aktu stanu cywilnego jest zatem tożsamy z brakiem dowodu”.

Dodatkowym argumentem za trafnością poglądu NSA jest treść art. 31 § 1 k.c. Zgodnie z jego brzmieniem: „Domniemywa się, że zaginiony zmarł w chwili oznaczonej w orzeczeniu o uznaniu za zmarłego”. W doktrynie¹⁵ podnosi się, że z przepisu tego wynika nietypowe domniemanie polegające na tym, iż: „Bez orzeczenia sądowego nie można powołać się na domniemanie śmierci zaginionej”. Logiczną konsekwencją takiego rozwiązania jest swoiste domniemanie, że osoba zaginiona pozostaje przy życiu, trwające do chwili, gdy zapadnie orzeczenie o uznaniu za zmarłego.

Istotnie zatem *de lege lata* jedynym środkiem udowodnienia, że dana osoba nie żyje, jest jej akt zgonu. Do zilustrowania problemów, jakie wynikają z takiego stanu rzeczy, doskonale posłużyć mogą dwa orzeczenia – wyrok WSA w Warszawie w sprawie I SA/Wa 1175/2008¹⁶ oraz wyrok SN sprawie III CA 1/2003¹⁷.

Sprawa I SA/Wa 1175/2008 jest niezwykle z tego powodu, że WSA zajmował się nią już

¹⁰ Wyrok NSA z 22 lipca 2008 r., I OSK 1156/2007, LexPolonica nr 2253819.

¹¹ W istocie w przytoczonym fragmencie NSA zacytował i podzielił pogląd wyrażony przez WSA w Warszawie w wyroku z 9 grudnia 2005 r., I SA/Wa 93/2005. W dalszej części artykułu wyrok ten będzie szeroko komentowany, w tym miejscu wystarczy zauważyć, że przytoczony pogląd „nie wytrzymał konfrontacji z rzeczywistością”.

¹² Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 212, poz. 1264.

¹³ Postanowienie SN z 11 grudnia 2002 r., I CK 348/2002, LexPolonica nr 2794841.

¹⁴ Postanowienie SN z 24 maja 1999 r., II CKN 356/98, LexPolonica nr 2805682.

¹⁵ S. Dmowski, (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, LexisNexis, LexPolonica, wyd. X, Warszawa 2011, teza 1 do art. 31.

¹⁶ Wyrok WSA w Warszawie z 2 grudnia 2008 r., I SA/Wa 1175/2008, LexPolonica nr 2224752.

¹⁷ Wyrok SN z 23 maja 2003 r., III CA 1/2003, LexPolonica nr 1624828.

po raz trzeci¹⁸. W trakcie rozpoznawania tej sprawy po raz drugi¹⁹ WSA stwierdził kategorycznie, że: „Dopóki organ nie dysponuje aktem zgonu strony (osoby fizycznej) lub prawomocnym postanowieniem sądu o stwierdzeniu zgonu, czy też o uznaniu za zmarłego, dopóty zachodzi konieczność ustanowienia kuratora dla osoby nieobecnej. Dopiero uzyskanie przez organ odpisu aktu zgonu lub prawomocnego orzeczenia sądu o stwierdzeniu zgonu, bądź uznaniu za zmarłego i brak prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku po zmarłym uprawniałby do zawieszenia postępowania z powodu braku następców prawnych”. Pogląd ten został powtórzony później przez NSA²⁰. Z uwagi na treść art. 153 p.p.s.a.²¹ WSA był już tym poglądem związany i w sprawie I SA/Wa 1175/2008²² był zmuszony pogląd ten powtórzyć.

Problem w tym, że wykonując wytyczne WSA z wyroku I SA/Wa 93/2005, organy administracji publicznej ustaliły, że kobieta, co do której zachodziły wątpliwości, czy żyje, urodziła w 1909 lub 1910 r. córkę. Gdy się weźmie pod uwagę, że sąd orzekał w końcu 2008 r., pozwalało to oszacować, że kobieta owa, gdyby żyła, miałaby co najmniej 110 lat, a prawdopodobnie raczej 120 lub więcej²³. Wobec takich faktów WSA w sprawie I SA/Wa 1175/2008 skapitulował i „uznał słuszność powyższych rozważań dotyczących S. D.”. Podkreślić należy, że sąd uczynił to, mimo że – jak sam wskazał – był związany wcześniej przyjętą wykładnią, która wykluczała poczynienie takiego ustalenia bez aktu zgonu lub równoważnego orzeczenia sądu, a zatem z naruszeniem art. 153 p.p.s.a. Dodatkowo orzeczenie to zapadło z naruszeniem art. 4 p.a.s.c.

Z kolei w sprawie, którą SN rozpoznawał pod sygnaturą III CA 1/2003²⁴, daty przedstawiają się następująco:

- a) Róża H. urodziła się 21 kwietnia 1888 r.;
- b) Wacław M. został ustanowiony kuratorem dla nieznannej z miejsca pobytu Róży H. „w latach 50.”;
- c) Dorota M. została ustanowiona kuratorem dla nieznannej z miejsca pobytu Róży H. w roku 1997;
- d) orzeczenie w pierwszej instancji w sprawie z powództwa Róży H. zastępowanych przez kuratora zapadło 7 października 1998 r.;
- e) Sąd Najwyższy rozpoznał apelację od tego orzeczenia (po przejściu sprawy do rozpoznania w trybie art. 390 § 1 zd. 2 k.p.c.) w dniu 23 maja 2003 r.

Sąd Najwyższy nie zakwestionował ustanowienia dla nieobecnej Róży H. kuratora w latach 50. Uznał zatem, że jest dopuszczalne ustanowienie kuratora dla osoby liczącej 62–72 lata. Za niedopuszczalne uznał natomiast ustanowienie kuratora dla osoby, która w dacie orzekania liczyłaby 109 lat, nawet mimo że nie było jednoznacznych dowodów na jej śmierć.

Powyższy pogląd nie jest odosobniony. Można tu przywołać sprawę II CSK 86/2005²⁵, gdzie SN uznał za niedopuszczalne ustanowienie kuratora procesowego na podstawie art. 144 k.p.c. dla osoby liczącej w dacie ustanowienia go ponad 100 lat. Mimo innej podstawy prawnej ustanowienia kuratora konieczne było takie samo przełamanie domniemania pozostawiania osoby zaginionej przy życiu. Wreszcie należy zauważyć, że również w doktrynie spotkać można pogląd zakładający dopuszczalność

¹⁸ Wcześniej zapadły w niej wyroki z 23 stycznia 2004 r., I SA 37/2002 oraz z 9 grudnia 2005 r., I SA/Wa 93/2005.

¹⁹ Czyli wydając wyrok z 9 grudnia 2005 r., I SA/Wa 93/2005, LEX nr 189773.

²⁰ Chodzi o przytoczony powyżej wyrok NSA z 22 lipca 2008 r., I OSK 1156/2007, LexPolonica nr 2253819.

²¹ Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. nr 153, poz. 1270 z późn. zm.

²² Wyrok WSA w Warszawie z 2 grudnia 2008 r., I SA/Wa 1175/2008, LexPolonica nr 2224752.

²³ Wynik 110 lat otrzymuje się przy – całkowicie nieprawdopodobnym – założeniu, że urodziła córkę, mając 12 lat. Bardziej prawdopodobne wydaje się, że miała co najmniej 18 lat, co daje na rok 2008 wiek 116 lat lub więcej.

²⁴ Wyrok SN z 23 maja 2003 r., III CA 1/2003, LexPolonica nr 1624828.

²⁵ Postanowienie SN z 14 lutego 2006 r., II CSK 86/2005, LexPolonica nr 1613708.

ustalenia na podstawie roku urodzenia, że dana osoba nie żyje²⁶.

Powyższy pogląd, dopuszczający możliwość ustalenia, że dana osoba nie żyje, na podstawie dowodów innych niż akt zgonu, jest niewątpliwie zgodny ze zdrowym rozsądkiem. Problem w tym, że jest on niezgodny z prawem, konkretnie z jasną dyspozycją art. 4 p.a.s.c. Wydaje się, że rozwiązanie tego problemu na gruncie obowiązujących przepisów nie jest możliwe i wymagać będzie interwencji ustawodawcy. Do czasu, gdy ona nastąpi, w obrocie występować mogą kuratorzy (czyli przedstawiciele ustawowi²⁷) ustanowieni dla osób, które w oczywisty dla wszystkich sposób nie mogą pozostawać przy życiu. A przecież SN w swym orzecznictwie²⁸ uznaje, że: „Umocowanie kuratora ma swe źródło w orzeczeniu sądu opiekuńczego wydanym na podstawie ustawy, a jego czynności stosownie do treści art. 95 § 2 k.c. wywierają skutki bezpośrednio dla zastępowanego. **Skutki czynności takiego kuratora pozostają w mocy nawet w razie późniejszego wykrycia, że osoba nieznaną z miejsca pobytu w rzeczywistości nie żyła**”. Przyjęte

rozwiązanie oparte jest na czystej i oczywistej fikcji, a jednocześnie wydaje się być nie do pogodzenia z istotą przedstawicielstwa. Ponadto konstrukcja ta skutkuje przypisaniem dobrej wiary (art. 7 k.c.) osobie, która dokonuje czynności prawnej z kuratorem, wiedząc, że osoba, którą reprezentuje kurator, nie żyje. Wydaje się to być niespójne z potocznie ujmowaną dobrą wiarą.

2. Regulacje proceduralne

Artykuł 601 k.p.c. stanowi, że: „Dla osoby, która z powodu nieobecności nie może prowadzić swoich spraw, a nie ma pełnomocnika, ustanawia kuratora na wniosek osoby zainteresowanej sąd opiekuńczy miejsca ostatniego zamieszkania lub pobytu osoby nieobecnej”. Przepis ten wskazuje, że ustanowienie kuratora nieobecnego może nastąpić wyłącznie na wniosek osoby mającej w tym prawny interes (art. 510 § 1 w zw. z art. 601 k.p.c.), i jednocześnie wyłącza możliwość odpowiedniego stosowania w tym postępowaniu art. 570 k.p.c. Pogląd ten dominuje w doktrynie²⁹ i orzecznictwie³⁰, choć spotkać można też głosy przeciwnie³¹.

²⁶ H. Haak, *Opieka*, s. 312–313.

²⁷ Art. 98 § 1 zd. 1 w zw. z art. 155 § 2 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o.

²⁸ Wyrok SN z 12 kwietnia 1994 r., II CR 18/94 LEX nr 80722, z powołaniem się na orzeczenie SN z 8 marca 1957 r., 3 CR 179/57, OSPIKA 1958, z. 1, poz. 28.

²⁹ J. Gudowski, (w:) T. Erciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga. Postępowanie zabezpieczające*, t. 3, Warszawa 2009, LexisNexis, LexPolonica, teza 2 i 3 do art. 601 oraz teza 7 do art. 570; S. Kalus, (w:) *Kodeks, komentarz do art. 184*; J. Bodio, (w:) J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki (red.), O. Marcewicz, P. Telenga. M. P. Wójcik, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, LEX 2012, teza 2 do art. 601 oraz teza 3 do art. 570; M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 2, C. H. Beck 2008, s. 888; A. Zieliński, (w:) A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 506–1217. Tom II*, C. H. Beck 2006, s. 242; H. Haak, *Opieka*, s. 278–279, 369–370 oraz 379.

³⁰ Uchwała SN z 24 listopada 2006 r., III CZP 89/2006, OSNC 2007, nr 9, poz. 128, LexPolonica nr 1013734.

³¹ O istnieniu poglądów przeciwnych wspominają J. Bodio oraz J. Gudowski w ww. komentarzach, nie wskazując jednak, kto takowe wyraził. Natomiast S. Kalus w ww. komentarzu przypisuje te poglądy T. Ercińskiemu, co oznacza, że w praktyce wskazuje fragmenty omawiane wyżej, a napisane przez J. Gudowskiego, gdzie pogląd taki jest jednak jednoznacznie odrzucany. W praktyce pogląd o dopuszczalności ustanowienia kuratora nieobecnego z urzędu wyrażają J. Strzebińczyk, (w:) *Prawo*, s. 909 oraz M. Lech-Chelmińska, V. Przybyła, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2006, s. 374–375, choć bez uzasadnienia. Wydaje się, że został on powtórzony za J. Ignatowiczem, który uważa, że art. 601 k.p.c. stanowi wyjątek od obowiązującej w postępowaniach z zakresu kurateli zasady działania sądu z urzędu, ale nie uchyla tej zasady. Tak w: J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks*, teza 7 do art. 184. Z kolei S. Breyer, M. Grudziński (red.), J. Ignatowicz, *Kodeks*, s. 824 oraz s. 810 podnoszą, że art. 601 k.p.c. jako norma proceduralna nie może zmieniać regulacji materialnoprawnej. W efekcie w ich ocenie zasadą byłoby działanie sądu z urzędu na podstawie art. 145 § 2 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o. Ponadto jako źródło ww. poglądu wskazywany jest powszechnie wyrok SN z 18 lutego 1969 r. w sprawie III CRN 427/68. Wyrok ten

Powyższa interpretacja ma solidne podstawy. Artykuł 601 k.p.c. jednoznacznie stanowi, że kuratora ustanawia się „na wniosek osoby zainteresowanej”. Zgodnie ze zd. 1 § 1 art. 510 k.p.c. zainteresowanym jest ten, „czyich praw dotyczy wynik postępowania”. A zatem przepis ten istotnie mówi o dopuszczalności złożenia wniosku przez zainteresowanego. Uznanie, że dopuszczalne jest wszczęcie postępowania w przedmiocie ustanowienia kuratora nieobecnego z urzędu (na podstawie art. 570 w zw. z art. 605 k.p.c.), skutkuje uznaniem części treści art. 601 k.p.c. za zbędną. Jest tak dlatego, że żaden przepis nie ogranicza prawa zainteresowanych do składania wniosków o wszczęcie postępowań wszczynanych z urzędu³². Ponieważ niedopuszczalna jest taka wykładnia przepisów prawa, która prowadzi do uznania, że są one zbędne, należy uznać, iż art. 601 k.p.c. wyłącza stosowanie art. 570 w zw. z art. 605 k.p.c. i stanowi wyłączną i kompletną regulację trybu wszczęcia postępowania w przedmiocie ustanowienia kuratora nieobecnego.

Dodatkowy argument można wysnuć z absurdalnych rezultatów, do jakich prowadzą próby wskazania sądu, który byłby właściwy do ustanowienia kuratora nieobecnego z urzędu. Mianowicie podstawą taką nie może być art. 508 § 1 k.p.c. (którego zd. 2 akurat nie-żle by się w praktyce do tego nadawało), jako że wyłącza go regulacja szczególna art. 570 § 1 w zw. z art. 605 k.p.c. Nie może tą podstawą być także art. 601 k.p.c., który wyraźnie wspomina o ustanowieniu kuratora na wniosek, choć przewidziana w nim zasada zapewne dobrze by się w praktyce sprawdzała. Zastosowanie go do przypadków ustanowienia kuratora nieobecnego z urzędu stanowiłoby jednak co najmniej wykładnię rozszerzającą, o ile nie analogię z tego przepisu. A takie zabiegi nie powinny mieć miej-

sca w odniesieniu do przepisów wyjątkowych. Nie może mieć zastosowania także art. 570 § 1 zd. 1 w zw. z art. 605 k.p.c., jako że w odniesieniu do osoby nieobecnej nie mogą być spełnione przesłanki z tego przepisu. Oznacza to, że pozostaje możliwość zastosowania art. 570 § 1 zd. 2 w zw. z art. 605 k.p.c. i sądem właściwym byłby – w każdym przypadku – Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy. Osiągnięty rezultat – konieczność odrzucenia dwóch potencjalnie racjonalnych zasad (z art. 508 § 1 zd. 2 oraz z art. 601 k.p.c.) i przyjęcia głęboko niepraktycznego rozwiązania – musi być uznany za absurdalny. Pozwala to postawić tezę, że przepisy nie przewidują, by jakiś sąd był właściwy do ustanowienia kuratora nieobecnego z urzędu, co potwierdza pogląd, jakoby działanie takie było niedopuszczalne.

Powyższym argumentom można przeciwstawić jeden bardzo poważny kontrargument – rażącą niespójność regulacji proceduralnych z istotą tej instytucji³³. Kuratora nieobecnego ustanawia się w celu ochrony praw nieobecnego (art. 184 § 1 zd. 1 k.r.o.) i ma on kierować się dobrem nieobecnego oraz interesem społecznym (art. 154 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o.). Instytucja ta stanowi przy tym (obok władzy rodzicielskiej, opieki i innych form kurateli) praktyczną realizację obejmującej całe prawo rodzinne zasady ochrony słabszych. A tymczasem proceduralna regulacja dodaje jeszcze jedną przesłankę ustanowienia takiego kuratora – może on zostać ustanowiony wyłącznie pod warunkiem, że inna osoba, mająca w tym interes prawny, złoży stosowny wniosek. Idąc dalej, należy stwierdzić, że wniosek może być uznany za zasadny tylko w takiej części, w jakiej ustanowienia kuratora wymaga interes osoby trzeciej, w pozostałej zaś podlega oddaleniu (arg. z art. 514 § 2 k.p.c.). A jednocześnie, wobec braku możliwości orzekania z urzędu, sąd

– w okrojonej wersji, dostępnej we wszelkich publikatorach – nie daje jednak podstaw do przyjęcia, że SN uznał, iż postępowanie w przedmiocie ustanowienia kuratora nieobecnego może być wszczęte z urzędu. Sąd uznał jedynie, że fakt niemożności prowadzenia przez nieobecnego spraw może być przez sąd badany z urzędu, co w świetle zd. 2 art. 232 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. nie powinno budzić wątpliwości.

³² O dopuszczalności złożenia wniosku o wszczęcie postępowania podlegającego wszczęciu z urzędu przesądza treść art. 95 ust. 1 pkt 4 u.k.s.c., zgodnie z jego brzmieniem wniosek taki nie podlega opłacie.

³³ J. Ignatowicz, (w:) *System*, s. 1202; S. Breyer, M. Grudziński (red.), J. Ignatowicz, *Kodeks*, s. 810.

jest związany treścią wniosku i nie może orzec ponad jego żądanie (art. 321 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). W praktyce zatem zakres uprawnień kuratora nieobecnego jest pochodną interesu prawnego wnioskodawcy, bez względu na rzeczywistą potrzebę ochrony praw nieobecnego. W efekcie kurator nieobecnego staje się instytucją służącą przede wszystkim ochronie praw osób trzecich, a interesy nieobecnego chronione są – o ile w ogóle – jedynie przy okazji³⁴.

Powyższe ma daleko idące skutki. W praktyce spotkać można np. przypadki rozdysponowywania mienia osoby nieobecnej przez osoby trzecie. Potrzeba ochrony interesu nieobecnego nie ulega wątpliwości. Tym niemniej osoby (m.in. nabywcy w dobrej wierze), które mają interes prawny w rozumieniu art. 510 § 1 k.p.c. do wystąpienia z wnioskiem o ustanowienie kuratora nieobecnego, z oczywistych przyczyn nie są tym zainteresowane (w potocznym tego słowa znaczeniu). Natomiast rodzina nieobecnego nie ma interesu prawnego i nie może doprowadzić do ustanowienia kuratora dla nieobecnego. Być może w intencji ustawodawcy rozwiązaniem ww. problemu byłaby aktywność prokuratora składającego wnioski o ustanowienie kuratorów (art. 7 zd. 1 k.p.c.)³⁵. Niestety, stopień aktywności prokuratorów w sprawach cywilnych pozostawia wiele do życzenia.

Wyżej przedstawiona niespójność regulacji proceduralnych z istotą omawianej instytucji prawa materialnego stanowi ważki argument za przełamaniem wyniku wykładni językowej i systemowej art. 601 i art. 570 w zw. z art. 605

k.p.c. W ocenie piszącego te słowa sądy orzekające o ustanowieniu kuratorów nieobecných powinny rozważyć, czy argumenty te nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia, że w sprawach tych możliwe jest działanie sądu z urzędu (art. 570 w zw. z art. 605 k.p.c.), przy jednoczesnym przyjęciu, że właściwość miejscową sądu wskazuje art. 601 k.p.c. stosowany przez analogię³⁶. Zwolennikiem takiego poglądu był J. Ignatowicz³⁷.

II. OKREŚLENIE KOMPETENCJI KURATORA NIEOBECNEGO

Analiza orzecznictwa prowadzi do wniosku, że również kwestia określenia granic kompetencji kuratora nieobecnego budzić może wątpliwości. Przedstawienie tych problemów wypada poprzedzić pewnymi uwagami o charakterze ogólnym.

Kuratora nieobecnego należy uznać za przedstawiciela ustawowego nieobecnego³⁸ (art. 98 § 1 zd. 1 w zw. z art. 155 § 2 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o.). Nie jest on natomiast jego pełnomocnikiem³⁹, jako że nigdy nie udzielił kuratorowi pełnomocnictwa (art. 96 k.c.). Oznacza to, że do kuratora nie można stosować przepisów o pełnomocnictwie (art. 98–109[9] k.c.) wprost. Wobec braku generalnego odesłania nie ma również podstaw, by stosować je odpowiednio, a doktryna opowiada się także przeciwko możliwości stosowania przepisów o pełnomocnictwie do przedstawicielstwa ustawowego przez analogię⁴⁰.

³⁴ Podobnie J. Strzebińczyk, (w:) *Prawo*, s. 909 oraz J. Ignatowicz, (w:) *System*, s. 1202.

³⁵ J. Gudowski, (w:) *Kodeks*, teza 6 do art. 570; T. Żyznowski, (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 506–1088, Tom II*, wyd. 4, C. H. Beck 2006, s. 182; M. Uliasz, *Kodeks*, s. 851.

³⁶ Możliwe wydaje się też uznanie, że odpowiednie stosowanie art. 569 § 1 zd. 1 k.p.c. polega na uznaniu, że w przypadku nieobecnego chodzi o ostatnie znane miejsce zamieszkania czy pobytu takiej osoby.

³⁷ J. Ignatowicz, (w:) *System*, s. 1202. Konkretnie podnosił on, że art. 601 k.p.c. określa osobę wnioskodawcy tylko wtedy, gdy kurator ma być ustanowiony w interesie osoby trzeciej. Natomiast w razie potrzeby ustanowienia kuratora w interesie osoby nieobecnej sąd działa z urzędu. Niestety Autor nie dostrzegł problemów, jakie wynikają przy takim ujęciu w kwestii ustalenia właściwości sądu. Podobnie S. Breyer, M. Grudziński (red.), J. Ignatowicz, *Kodeks*, s. 809.

³⁸ H. Haak, *Opieka*, s. 314–315; J. Ignatowicz, (w:) *System*, s. 1203.

³⁹ Wyrok SA w Katowicach z 10 listopada 2010 r., I ACa 258/10, LexPolonica nr 2497612.

⁴⁰ M. Pazdan, (w:) Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, C. H. Beck, Warszawa 2008, s. 502 i powołana tam (przypis 1589) literatura.

O ile ustawa nie stanowi inaczej, każda czynność może być dokonana przez przedstawiciela (art. 95 § 1 k.c.). Nie oznacza to jednak, że przedstawiciel może dokonać każdej czynności. Wprost przeciwnie, na gruncie prawa cywilnego obowiązuje zasada autonomii woli stron. Wynika z niej, że – co do zasady – każdy działa samodzielnie. A zatem podstawową cechą przedstawicielstwa jest to, że: „Umocowanie określa granice, w jakich przedstawiciel jest władny działać w imieniu i ze skutkiem dla reprezentowanego”⁴¹.

Przenosząc powyższe uwagi ogólne na grunt instytucji kuratora nieobecnego, należy uznać, że kurator taki może działać tylko wtedy, gdy ma po temu umocowanie w postaci orzeczenia sądu. Rodzi się tu pytanie o skutki działania kuratora poza jego kompetencjami. W orzecznictwie wyrażony został pogląd, że czynności dokonane przez kuratora nieobecnego z naruszeniem przepisów wyznaczających granice jego umocowania uważane są za nieważne (art. 95 § 2 w zw. z art. 58 § 1 k.c.)⁴². Pogląd ten wypada uznać za trafny, jako że nieważność jest typowym skutkiem dokonania czynności z naruszeniem prawa (w tym przypadku art. 95 § 2 k.c.), o ile przepisy szczególne nie przewidują innej sankcji. W tym przypadku nie sposób wskazać takich przepisów. W szczególności, jak już sygnalizowano, wykluczyć należy stosowanie art. 103–105 k.c. Za niedopuszczalną uznać należy również analogię z tych przepisów, jako że w praktyce nie mogłyby spełnić swej funkcji w przypadku czynności dokonywanych przez kuratorów za osoby niemogące z jakiegoś powodu (np. nieobecność) złożyć oświadczenia woli.

Powyższe rozważania ujawniają, jak istotne jest w praktyce prawidłowe określenie granic kompetencji kuratora nieobecnego. Co więcej,

inaczej niż w przypadku władzy rodzicielskiej i opieki, kompetencje kuratora nieobecnego nie są określone w ustawie⁴³. Nie jest to jednak luka, lecz świadomie pozostawiona sądom sfera luzu decyzyjnego – dzięki takiemu rozwiązaniu sądy ustanawiające kuratora mogą ukształtować zakres jego kompetencji tak, jak tego wymagają okoliczności sprawy. Konkretnie w doktrynie bezdyskusyjnie przyjmuje się, że: „Zakres uprawnień kuratora osoby nieobecnej powinien być szczegółowo określony przez sąd ustanawiający takiego kuratora i powinien być uwidoczniony w treści zaświadczenia wydawanego kuratorowi. Powinien on uwzględnić takie uprawnienia, jakie są niezbędne do zapewnienia ochrony praw nieobecnego”⁴⁴.

W praktyce kluczowe znaczenie okazuje się mieć – w ocenie piszącego te słowa – techniczna w swej naturze regulacja art. 604 k.p.c. Zgodnie z treścią tego przepisu: „W zaświadczeniu dla kuratora sąd określa zakres jego uprawnień”. Treść tego przepisu jest niejasna, gdyż reguluje on jedynie wycinek kwestii zaświadczeń wydawanych kuratorom nieobecnym. Wymaga on uzupełnienia o treść odpowiednio stosowanego⁴⁵ (z mocy art. 605 k.p.c.) art. 591 k.p.c., który stanowi w § 1, że: „Po złożeniu przyrzeczenia przez kuratora sąd opiekuńczy wydaje mu zaświadczenie”, w § 2 zaś, że: „Po zwolnieniu opiekuna lub ustaniu kurateli kurator obowiązany jest zwrócić sądowi opiekuńczemu otrzymane zaświadczenie”.

W efekcie należy uznać, że waga art. 604 k.p.c. sprowadza się do potwierdzenia zasady, że to sąd określa zakres kompetencji kuratora nieobecnego, która to zasada wynika raczej z art. 145 § 1 w zw. z art. 178 § 2 w zw. z art. 184 § 1 zd. 1 k.r.o. oraz faktu, że kompetencje kuratora nieobecnego nie zostały nigdzie wyraźnie uregulowane.

⁴¹ S. Rudnicki, (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz, teza 1 do art. 96*.

⁴² Wyrok SN z 1 grudnia 2010 r., III KK 315/2009, R-OSNKW 2010, poz. 2388, LexPolonica nr 2451027.

⁴³ Por. art. 95 § 1, art. 154 § 1 oraz art. 184 k.r.o.

⁴⁴ S. Kalus, (w:) *Kodeks, komentarz do art. 184*; tak samo J. Gudowski, (w:) *Kodeks, teza 4 do art. 601 oraz tezy 1 i 2 do art. 604*; podobnie T. Żywnowski, (w:) *Kodeks, s. 239*; podobnie M. Uliasz, *Kodeks, s. 890*; podobnie J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks, s. 1230*; podobnie H. Haak, *Opieka, s. 270–271*; podobnie J. Ignatowicz, (w:) *System, s. 1203*.

⁴⁵ H. Haak, *Opieka, s. 378*.

Omawiając instytucję zaświadczenia, w doktrynie stwierdzono, że: „Zakres uprawnień kuratora – inaczej niż jest to w wypadku opiekuna – może być różny i podlegać zmianom, stosownie do potrzeb i rodzaju kurateli. Z tego względu jego określenie w zaświadczeniu wydawanym przez sąd jest niezbędne. Każde postanowienie dotyczące ustanowienia kuratora powinno zawierać – umieszczone w sentencji – stwierdzenie rodzaju i zakresu kurateli. Tę część rozstrzygnięcia należy następnie odzwierciedlić w treści zaświadczenia, które jest dokumentem upoważniającym kuratora do podjęcia czynności prawnych w imieniu osoby zastępowanej”⁴⁶.

Podobnie w orzecznictwie WSA spotkać można pogląd, że: „W sentencji postanowienia o ustanowieniu kuratora sąd opiekuńczy ustala zakres jego uprawnień, stosownie do tego, jakich działań wymaga ochrona praw nieobecnego. Zakres ten może być różny i podlegać zmianom, stosownie do tego, jakich działań wymaga ochrona praw nieobecnego. Zakres ten może być różny i podlegać zmianom, stosownie do aktualnych potrzeb. Może zatem zaistnieć sytuacja, gdy jest ustanowiony kurator dla osoby nieobecnej, lecz zakres kurateli nie obejmuje reprezentowania nieobecnego w postępowaniu przed organem administracji publicznej w konkretnym postępowaniu administracyjnym. Organ administracji publicznej powinien wówczas wystąpić do sądu opiekuńczego z wnioskiem o rozszerzenie zakresu kurateli”⁴⁷.

Pogląd ten jest jednak kontestowany przez NSA. Konkretnie w sprawie I OSK 1156/2007⁴⁸ sąd ten uznał, że „kurator ustanowiony dla osoby nieobecnej, o której mowa w art. 34 § 1 k.p.a., przez sąd rodzinny i opiekuńczy w trybie art. 184 k.r.o., jest – w odróżnieniu od kuratora procesowego z art. 143 i 144 k.p.c. – powołany do ochrony wszelkich interesów nieobecnego,

a nie tylko do reprezentacji w konkretnym postępowaniu”. Pozwoliło to sądowi uznać, że kurator ustanowiony do wzięcia udziału w postępowaniu o przejęcie administracji spornej nieruchomości może działać również w innym postępowaniu – o przejęcie nieruchomości na własność.

Pogląd ten został powtórzony w postanowieniu NSA w sprawie I OZ 1107/2009⁴⁹. W sprawie tej NSA uznał, że kurator ustanowiony do wzięcia udziału w postępowaniu w przedmiocie wypłaty odszkodowania za działkę może następnie działać w postępowaniu sądowoadministracyjnym wywołanym zaskarżeniem decyzji o wypłacie odszkodowania.

Orzeczenia NSA sprowadzają się do uznania, że kurator nieobecnego ma nieograniczone kompetencje do działania w jego interesie. Pogląd ten do pewnego stopnia znajduje oparcie w brzmieniu art. 184 § 1 k.r.o., który stanowi przeciwieństwo, że „dla ochrony praw osoby (...) ustanawia się kuratora”. Wydaje się, że brzmienie tego przepisu nie wyklucza uznania, że kuratora zawsze ustanawia się dla ochrony wszelkich praw. Przyjęcie takiej wykładni komentowanego przepisu wymaga „jedynie” odrzucenia jednomyślnych poglądów doktryny prawa cywilnego w tym zakresie, co nie jest przecież wykluczone.

Problem w tym, że wykładnia ta jest całkowicie oderwana od treści regulacji proceduralnej. Jak już wyżej zostało szczegółowo omówione, kurator nieobecnego może być ustanowiony wyłącznie na wniosek osoby mającej w tym interes prawny (art. 601 k.p.c.). Wniosek osoby, która nie ma interesu prawnego, podlega zatem oddaleniu (arg. z art. 514 § 2 k.p.c.). Dalej możliwa jest też sytuacja, w której wniosek zostanie uwzględniony w tej części, w której interes prawny został wykazany, w pozostałej zaś zostanie on oddalony.

⁴⁶ J. Gudowski, (w:) *Kodeks*, tezy 1 i 2 do art. 604; A. Zieliński, (w:) *Kodeks*, s. 245; H. Haak, *Opieka*, s. 378.

⁴⁷ Wyrok WSA w Rzeszowie z 20 marca 2008 r., II SA/Rz 887/2007, LexPolonica nr 2011156.

⁴⁸ Wyrok NSA z 22 lipca 2008 r., I OSK 1156/2007, LexPolonica nr 2253819.

⁴⁹ Postanowienie NSA z dnia 7 grudnia 2009 r., I OZ 1107/2009, LexPolonica nr 2322493.

W efekcie możliwość ustanowienia kuratora „w celu ochrony całokształtu spraw poddane- go kurateli”⁵⁰ ma charakter ściśle teoretyczny. Prawo materialne (art. 184 § 1 zd. 1 k.r.o.) nie wyklucza takiego rozwiązania, ale nie sposób sobie wyobrazić, by jakaś osoba trzecia zdołała wykazać swój interes prawny w takim rozstrzygnięciu. Rozstrzygnięcie takie mogłoby chyba zapaść tylko na wniosek prokuratora (art. 7 zd. 1 k.p.c.) albo w przypadku przyjęcia interpretacji dopuszczającej ustanowienie kuratora z urzędu.

W praktyce sąd, określając kompetencje kuratora nieobecnego, może umocować go do dokonania tylko takich czynności, (i) w których dokonaniu wnioskodawca ma interes prawny (art. 601 k.p.c.), a jednocześnie (ii) które są konieczne dla ochrony praw nieobecnego (art. 184 § 1 zd. 1 k.r.o.). Oznacza to, że sąd powinien ściśle określić, jakich czynności kurator może dokonać. Konieczność dokonania innych czynności wymagałaby powtórzenia postępowania i rozszerzenia zakresu uprawnień kuratora (art. 577 w zw. z art. 605 k.p.c.), względnie ustanowienia nowego kuratora⁵¹. Stanowisko NSA wyrażone w przytoczonych orzeczeniach uznać natomiast należy za błędne.

III. PROPOZYCJE DE LEGE FERENDA

Powyżej przedstawiona krytyka obowiązujących przepisów pozwala sformułować tezę o potrzebie pilnej nowelizacji art. 601 k.p.c. przez usunięcie wadliwości w jego treści oraz art. 184 k.r.o. przez uzupełnienie istniejącej luki konstrukcyjnej i usunięcie wynikających z niej sytuacji absurdalnych.

Nowelizacja art. 601 k.p.c. polegać powinna na skreśleniu słów „na wniosek osoby zainteresowanej”. Ich wyeliminowanie sprawi, że po-

stępowanie to wszczynane będzie z urzędu na podstawie art. 570 w zw. z art. 605 k.p.c., a właściwy w każdym przypadku będzie sąd miejsca ostatniego zamieszkania lub pobytu osoby nieobecnej. Warto tu zauważyć, że proponowane rozwiązanie nie stanowi nowości. W okresie obowiązywania Prawa opiekuńczego z 1946 r. postępowanie w przedmiocie ustanowienia kuratora nieobecnego wszczynano z urzędu (art. 5 w zw. z art. 49 § 1). Podobnie było w okresie obowiązywania Przepisów ogólnych prawa cywilnego (art. 4 ustawy z dnia 27 czerwca 1950 r. o postępowaniu niespornym w sprawach rodzinnych oraz z zakresu kurateli⁵²).

Zmiana taka może też doprowadzić do rozwiązania problemów z określeniem granic kompetencji kuratora nieobecnego. Postulowana nowelizacja art. 601 k.p.c. wyeliminuje bowiem główny argument przeciwko proponowanej przez NSA wykładni zakładającej domniemanie, że kurator nieobecnego zawsze ma kompetencje do wszelkich działań. Wydaje się jednak, że tak radykalne zerwanie z wypracowaną w doktrynie koncepcją rozumienia przepisów o kuratorze jest mało prawdopodobne bez wyraźnej i jednoznacznej ingerencji ustawodawcy.

Może to jednak nie być potrzebne. O wiele bardziej prawdopodobne wydaje się bowiem to, że po zmianie art. 601 k.p.c. zmieni się sposób formułowania wniosków lub samych orzeczeń sądów w ten sposób, że zawsze będzie ustanowiony kurator „do prowadzenia wszelkich spraw nieobecnego”. Rozwiązanie takie ma dodatkowe oparcie w treści art. 604 oraz 591 w zw. z art. 605 k.p.c., które wymagają, by w treści zaświadczenia określić kompetencje kuratora. Oznacza to, że kompetencje te muszą wcześniej, choćby w sposób bardzo ogólny, zostać określone w treści orzeczenia o ustanowieniu kuratora.

⁵⁰ Możliwość taką dopuszczają J. Strzebińczyk, (w:) *Prawo*, s. 909 (stamtąd cytaty) oraz J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks*, s. 1230. Co symptomatyczne, obaj Autorzy stoją na stanowisku, że – wbrew brzmieniu art. 601 k.p.c. – dopuszczalne jest ustanowienie kuratora z urzędu. W takim układzie istotnie możliwe jest *de lege lata* ustanowienie kuratora „w celu ochrony całokształtu spraw poddanej kurateli”.

⁵¹ J. Gudowski, (w:) *Kodeks*, teza 1 do art. 604.

⁵² Dz.U. nr 34, poz. 310.

Wadą takiego rozwiązania jest to, że nieograniczonym kompetencjom kuratora odpowiadać będą nieograniczone jego obowiązki. Zgodnie z art. 154 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o.: „Kurator obowiązany jest wykonywać swe czynności z należytą starannością, jak tego wymaga dobro nieobecnego i interes społeczny”⁵³. Dodatkowo wydaje się, że powinien on kierować się domniemaną wolą nieobecnego⁵⁴. A zatem należy uznać, że – w granicach przyznanych mu uprawnień – kurator nieobecnego jest obowiązany podejmować wszelkie działania, które w jego ocenie są zgodne z dobrem nieobecnego, interesem społecznym lub domniemaną wolą nieobecnego. Niewątpliwie rozwiązanie takie dobrze służyłoby interesom nieobecnego, ale rozważyć wypada, na ile obowiązujące regulacje dotyczące wynagrodzenia kuratorów są dostosowane do takiej sytuacji⁵⁵. Ponadto pewne problemy mogą wynikać z faktu, że

obecnie kuratela nieobecnego może trwać dowolnie długo. Generalnie wypada uznać, że całe to zagadnienie wymaga rozważenia przez doktrynę prawa cywilnego i administracyjnego.

Rozwiązanie problemu długotrwałego funkcjonowania w obrocie prawnym kuratorów dla osób, które w sposób dla wszystkich oczywisty nie mogą już pozostawać przy życiu, może natomiast nastąpić przez zaprzestanie utożsamiania faktu ustania prawdopodobieństwa, że dana osoba żyje, z przedstawieniem jednoznacznych dowodów na to, iż zmarła. Rozwiązanie takie zostało dopuszczone przez SN we wspomnianej już sprawie II CSK 86/2005⁵⁶. Problem w tym, że w obecnym stanie prawnym działanie takie stanowi naruszenie art. 4 p.a.s.c.

W tej sytuacji najlepszym rozwiązaniem wydaje się być zmiana art. 184, polegająca na dodaniu w jego treści § 3 o treści: „kuratora

⁵³ H. Haak, *Opieka*, s. 271 i 282; J. Ignatowicz, (w:) *System*, s. 1192; S. Breyer, M. Grudziński (red.), J. Ignatowicz, *Kodeks*, s. 806 i 824.

⁵⁴ Podstawę normatywną dla takiego obowiązku można dostrzec w treści art. 95 § 4 k.r.o. w zw. z art. 155 § 2 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o. Warto zauważyć, że obowiązek uwzględnienia woli nieobecnego nie powinien budzić wątpliwości jako wspólny dla wszystkich form przedstawicielstwa. Co więcej, również osoba działająca w cudzym interesie całkowicie bez umocowania ma obowiązek kierowania się prawdopodobną wolą osoby, za którą działa (art. 752 k.c.). Byłoby głęboką niespójnością systemu, gdyby przyjąć, że w odniesieniu do jednej z form przedstawicielstwa ustawowego obowiązek ten nie ma zastosowania. Ponadto zasadę tę uznaje orzecznictwo: w orzeczeniu z 29 maja 1952 r. (C 1020/52, LexPolonica nr 395243) SN uznał obowiązek zgodności oświadczeń kuratora z wolą osoby nieobecnej za oczywiste założenie. Pomocnicze znaczenie mogą mieć także wyrok SN z 5 września 1963 r. (I CR 231/69, LexPolonica nr 315309) oraz postanowienie SN z 6 lutego 2000 r. (V CKN 803/2000, LexPolonica nr 385509), gdzie SN stwierdził, że w razie sprzeczności oświadczeń kuratora i osoby, dla której go ustanowiono, rozstrzyga wola tej osoby. Trudno byłoby tę tezę pogodzić z założeniem, że kurator nie musi przejmować się domniemaną wolą nieobecnego.

⁵⁵ W praktyce do orzekania o wynagrodzeniu kuratora nieobecnego stosuje się nie tylko art. 179 k.r.o. Wykształciła się bowiem stabilna linia orzecznicza sięgająca lat 70. (postanowienie SN z 3 lutego 1970 r., II CZ 32/69, LexPolonica nr 312160; uchwała SN z 9 lutego 1989 r., III CZP 117/88, LexPolonica nr 308295; postanowienie WSA we Wrocławiu z 6 maja 2009 r., III SA/Wr 456/2008, LexPolonica nr 2223890; wyrok WSA w Warszawie z 27 stycznia 2011 r., VII SA/Wa 1964/2010, LexPolonica nr 2562170.), zasadniczo akceptowana w doktrynie [S. Breyer, M. Grudziński (red.), J. Ignatowicz, *Kodeks*, s. 815; H. Haak, *Opieka*, s. 283–284]. Zgodnie z tą linią kuratora ustanowionego do działania w konkretnym postępowaniu sądowym czy administracyjnym uważa się za kuratora procesowego. Konsekwentnie jego wynagrodzenie należy do kosztów danego postępowania i orzeka o nim dany sąd czy organ według zasad właściwych dla danego postępowania, a nie sąd, który ustanowił kuratora na podstawie art. 179 k.r.o. W efekcie w razie pojawienia się kuratora o nieograniczonym zakresie kompetencji i zadań prawdopodobnie o wynagrodzeniu tego samego kuratora orzekać będą w różnych postępowaniach różne organy na podstawie różnych podstaw prawnych. Ponadto istnieje możliwość, że za niektóre swe działania kurator nie otrzyma żadnego wynagrodzenia (art. 162 § 3 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o.), jako że przepisy o opiece społecznej nie stwarzają podstawy do wypłacenia wynagrodzenia kuratorowi nieobecnego [S. Kalus, (w:) *Kodeks*, komentarz do art. 179].

⁵⁶ Postanowienie SN z 14 lutego 2006 r., II CSK 86/2005, LexPolonica nr 1613708.

nie ustanawia się, a już ustanowioną kuratelę uchyla się, jeżeli wobec nieobecnego upłynęły już terminy pozwalające na uznanie go za zmarłego". Zmiana ta spowoduje, że nie będzie konieczne oczekiwanie na akt zgonu nieobecnego. Zamiast tego sąd sięgnie po obowiązujące przepisy o uznaniu za zmarłego (art. 29–30 k.c.).

W rezultacie takiej zmiany sąd opiekuńczy orzekający w przedmiocie ustanowienia kuratora dla nieobecnego weryfikowałby, czy w dacie orzekania (art. 316 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.) nie upłynęły już terminy przewidziane w art. 29–30 k.c. W przypadku gdyby one upłynęły, sąd powinien odmówić ustanowienia kuratora, niejako odsyłając wnioskodawcę do innego trybu – uznania za zmarłego, po czym możliwe byłoby stwierdzenie nabycia spadku lub ustanowienie kuratora spadku⁵⁷. Oddalenie wniosku o uznanie zaginionej za zmarłego jest przy tym możliwe w zasadzie tylko w razie wykazania, że osoba ta żyje, co trudno sobie wyobrazić bez jej odnalezienia⁵⁸. Sytuacja jest też jasna w razie stwierdzenia zgonu takiej osoby (art. 535–538 k.p.c.). Natomiast w mało prawdopodobnym przypadku ustalenia, że osoba zaginiona, w stosunku do której złożono wniosek o uznanie za zmarłego, żyje, bez odnalezienia tej osoby⁵⁹, ponownie otworzyłaby się możliwość ustanowienia kuratora nieobecnego.

Idąc dalej, również już ustanowiona kuratela nieobecnego mogłaby wtedy być uchylona z urzędu⁶⁰ przez sąd, który ją ustanowił (art. 180 § 1 k.r.o.), z chwilą gdy sąd ten stwierdzi, że upłynęły już terminy z art. 29–30 k.c. Podobnie jak w wyżej opisanym przypadku, orzeczenie takie „odsyla” uczestników do innego, właściwego postępowania.

Bardziej problematyczna jest sytuacja sądu czy organu administracji publicznej, przed którym staje kurator nieobecnego, co do którego zachodzą podstawy do uznania za zmarłego. Wydaje się, że sąd (organ) taki powinien z urzędu powiadomić (art. 572 w zw. z art. 605 k.p.c.) właściwy sąd opiekuńczy o potrzebie uchylenia kurateli na podstawie art. 180 § 1 k.r.o. Powstaje jednak praktyczny problem biegu postępowania, w którym działa taki kurator. W orzecznictwie sądów administracyjnych dominuje pogląd, że wystąpienie przez organ z wnioskiem o ustanowienie kuratora wyklucza możliwość zawieszenia postępowania administracyjnego na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a.⁶¹ Wydaje się, że analogicznie należy wykluczyć możliwość zawieszenia postępowania cywilnego na podstawie art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. Pogląd ten może jednak budzić pewne wątpliwości, zwłaszcza jeżeli wziąć pod uwagę fakt, że sprawa w przedmiocie ustanowienia kuratora nieobecnego jest sprawą z zakresu cywilnego prawa materialnego.

⁵⁷ Warto tu zwrócić uwagę na stan faktyczny, z którym zetknął się WSA w Warszawie w sprawie IV SA/Wa 1770/2009 (wyrok z 2 grudnia 2009 r., LexPolonica nr 2582098). Sąd ten zaaprobował stanowisko Ministra Gospodarki, który zawiesił postępowanie na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. i zobowiązał wnioskodawców do przeprowadzenia postępowania w przedmiocie uznania stron za zmarłe oraz postępowania w przedmiocie nabycia spadku. Niestety opublikowany w LexPolonica skrócony stan faktyczny nie zawiera informacji, na jakich podstawach Minister, a później Sąd, uznali, że osoby, które z perspektywy prawa materialnego powinny być stronami, już nie żyją. Biorąc pod uwagę to, że sprawa dotyczyła decyzji wydanej w 1950 r., możliwe jest, że podstawą tą był wiek tych osób.

⁵⁸ Warto tu zwrócić uwagę na treść art. 530–533 k.p.c., które mają zwiększyć szansę na znalezienie takiej osoby.

⁵⁹ Możliwe np. w przypadku, gdyby osoba taka, powziąwszy informację o toczącym się postępowaniu, skontaktowała się z sądem w sposób niepozostawiający wątpliwości co do jej tożsamości, ale niepozwalający na ustalenie miejsca jej pobytu.

⁶⁰ Wydaje się, że uchylenie kurateli na podstawie art. 180 § 1 k.r.o. następuje z urzędu nawet w obecnym stanie prawnym. Niemniej jednak postulowana zmiana art. 601 k.p.c. usunie wszelkie wątpliwości również w tej dziedzinie.

⁶¹ Wyrok WSA w Warszawie z 2 września 2010 r., IV SA/Wa 901/2010, LexPolonica nr 2409540; wyrok NSA (osrodek zamieszcowy w Krakowie) z 2 listopada 1999 r., II SA/Kr 78/98, LexPolonica nr 348107.

Summary

Lukasz Panasiuk

THE QUESTION OF LAYING DOWN AND DEFINING THE POWERS OF GUARDIAN OF AN ABSENT PERSON

This article focuses on several problems caused by faulty regulation of guardian of an absent person:

1. The problem of inconsistency between material and procedural regulations; result is that such guardian in reality protects the interests of third parties, and not of the absent person;
2. The problem whether law should permit a guardian to be established *ex officio*;
3. The problem of guardian acting on behalf of people who, given the circumstance, are obviously dead.

It also provides propositions of how the law could be amended to counter the said problems. However the main thesis is that thus far the jurisprudence failed to notice the said problems. The article should be considered as an attempt to draw attention to the need for further studies and analysis focused on whether the said institution should be left as it is or amended in any way.

KEY WORDS: Civil law, Family and Guardianship Code, civil procedure, guardian, guardian of an absent person

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo cywilne, Kodeks rodzinny i opiekuńczy, procedura cywilna, kurator, kurator nieobecnego

KLASYFIKACJA POSTANOWIEŃ SĄDU W POSTĘPOWANIU EGZEKUCYJNYM – WYBRANE ZAGADNIENIA

Przedmiotem artykułu jest zagadnienie klasyfikacji postanowień sądu w postępowaniu egzekucyjnym poprzez rozróżnienie na te, które kończą postępowanie w sprawie, oraz na te, które postępowania w sprawie nie kończą, i związane z tym podziałem konsekwencje procesowe dla stron postępowania.

Tytułem wprowadzenia przypominam, że sąd, nadzorując czynności komornika, rozpoznaje skargi na czynności komornika, który to środek zaskarżenia został unormowany w art. 767–767³ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego¹ (dalej: k.p.c.), oraz wydaje komornikowi zarządzenia z urzędu na podstawie art. 759 § 2 k.p.c. Na podstawie art. 767⁴ przysługuje zażalenie na postanowienie sądu dotyczące postępowania egzekucyjnego w wypadkach wskazanych w ustawie. W toku prowadzonej egzekucji sąd wydaje m.in. postanowienie o przybiciu nieruchomości (art. 987–991 k.p.c.), postanowienie o przysądzeniu własności (art. 998 k.p.c.), postanowienie o planie podziału (art. 1028 k.p.c., art. 1035 k.p.c.) oraz wiele innych. Szczególną formą kontroli sądu czynności komornika jest rozpoznawanie skarg na czynność komornika w przedmiocie opisu i oszacowania – art. 950 k.p.c., które to postępowanie stanie się w dalszej części artykułu ilustracją podniesionej problematyki.

Rozróżnienie, które z postanowień sądu w postępowaniu egzekucyjnym jest kończącym postępowanie w sprawie, a które takim postępowaniem nie jest, określa paletę dostępnych środków zaskarżenia w toku postępowania egzekucyjnego, co jest szczególnie istotne

z uwagi na fakt, że postanowień kończących postępowanie w sprawie nie można wzruszyć z urzędu.

Postanowienia sądu niekończące postępowania w sprawie mogą być uchylane lub zmieniane na podstawie art. 359 § 1 k.p.c. wskutek pojawienia się nowych okoliczności, a w sytuacji gdy Trybunał Konstytucyjny uzna akt normatywny będący podstawą wydania postanowienia niekończącego postępowania w sprawie za niezgodny z aktem wyższego rzędu, podstawą decyzji sądu jest wówczas art. 359 § 2 k.p.c. Nie funkcjonuje więc termin, który obligowałby stronę postępowania do złożenia w określonym przedziale czasu wniosku o zmianę lub też uchylenie postanowienia sądu, gdyż może ono zostać zmienione w każdej chwili z urzędu albo wskutek żądania strony. Warta podniesienia jest nieroztrząsana w piśmiennictwie problematyka odpowiedzialności odszkodowawczej za zaniechanie sądu w postaci niedokonania zmiany lub uchylenia postanowienia sądu niekończącego postępowania w sprawie w sytuacji zmiany okoliczności sprawy (art. 359 § 1 k.p.c.) oraz gdy w toku postępowania Trybunał Konstytucyjny wydał orzeczenie uznające normę prawną będącą podstawą wydanego postanowienia za niezgodną z aktem wyższego rzędu (art. 359 § 2 k.p.c.), co nie będzie przedmiotem niniejszego artykułu.

Wracając zaś do środków wzruszenia postanowienia kończącego postępowanie w sprawie, należy przypomnieć, że w przypadku postanowień sądu w postępowaniu egzekucyjnym mają zastosowanie następujące przewidziane

¹ Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 z późn. zm.

przez ustawodawcę środki odwoławcze: zażalenie (art. 394 k.p.c., ale już nie na podstawie art. 394¹ k.p.c. wskutek zastosowania art. 767⁴ § 2 k.p.c.), skarga o wznowienie postępowania (art. 399 § 2 k.p.c.) oraz skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 424¹ k.p.c.). Dla każdego z tych środków zaskarżenia ustawodawca przewiduje termin na jego wniesienie.

Ustawodawca nie definiuje katalogu postanowień kończących postępowanie w toku postępowania egzekucyjnego i stąd w sytuacji gdy skarżący uznał, że skarżone postanowienie nie jest kończącym postępowanie w sprawie i dlatego też wniósł wniosek o zmianę postanowienia sądu na podstawie art. 359 k.p.c., sąd zaś uznał odmiennie, iż jego zdaniem mamy do czynienia z postępowaniem kończącym postępowanie w sprawie, to najprawdopodobniej w momencie uprawomocnienia się postanowienia sądu oddalającego wniosek oparty na art. 359 k.p.c. upłynął już termin do wniesienia środka zaskarżenia przewidziany dla postanowień kończących postępowanie w sprawie. Przewidziana prawem instytucja przywrócenia terminu (art. 167–172 k.p.c.) ma praktycznie zastosowanie tylko w przypadku zwykłego środka zaskarżenia – zażalenia, i co warte podkreślenia, przywrócenie terminu leży w gestii uznania sądu, który przecież może dojść do przekonania, że oczywiście jest, iż przedmiotowe postanowienie jest kończącym postępowanie w sprawie, i w konsekwencji oddalił wniosek o przywrócenie terminu. Natomiast w przypadku nadzwyczajnych środków zaskarżenia – skargi o wznowienie postępowania i skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia – terminy przewidziane w art. 407 § 2 k.p.c. (3 miesiące) są uznawane w piśmiennictwie i judykaturze za

przywracane w szczególnych okolicznościach², a terminy przewidziane w art. 408 k.p.c. (5 lat)³, art. 424⁶ § 1 k.p.c. (2 lata)⁴ są traktowane jako zawite i stąd wnioski o przywrócenie terminu w tych wypadkach będą z pewnością odrzucone, a skarżący zostanie pozbawiony prawa do obrony. W związku z powyższym zaniechanie ustawodawcy w ustanowieniu katalogu postanowień kończących postępowanie w sprawie może stanowić źródło postępowania przewidzianych w ustawie z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym⁵, mających na celu stwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny normatywnego bezprawia, gdyż ewidentnie strona może być, i na pewno w wielu przypadkach została, pozbawiona prawa do obrony, gwarantowanego przez art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

Przechodząc zaś do problematyki klasyfikacji postanowień sądu *sensu stricto* na te, które kończą postępowanie w sprawie, i te, które postępowanie w sprawie nie kończą, należy stwierdzić, że zarówno piśmiennictwo, jak i judykatura obszernie wypowiadają się w kwestii klasyfikacji postanowień sądu w postępowaniu jurysdykcyjnym, lecz rzadko odnoszą się do postępowania egzekucyjnego.

W postępowaniach jurysdykcyjnych uznaje się, że orzeczenia kończące postępowanie to takie, których uprawomocnienie się trwale zamyka drogę do rozstrzygnięcia sprawy co do istoty przez sąd danej instancji⁶. W kolejnym orzeczeniu Sąd Najwyższy twierdzi: „Do kategorii postanowień kończących postępowanie w sprawie należą postanowienia, których uprawomocnienie się zamyka drogę do rozstrzygnięcia sprawy co do istoty przez sąd danej instancji, jeżeli w chwili ich wydania sąd jest zwolniony z obowiązku dalszego rozpoznawania sprawy”⁷.

² Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 5 stycznia 2011 r., III UZ 12/10.

³ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 3 kwietnia 2014 r., II UZ 19/14.

⁴ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 12 października 2012 r., III CNP 17/12.

⁵ Dz.U. nr 102, poz. 643 z późn. zm.

⁶ Por. uzasadnienia uchwał składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 6 października 2000 r., III CZP 31/00, OSNC 2001, nr 2, poz. 22 i z 31 maja 2000 r., III ZP 1/00, OSNC 2001, nr 1, poz. 1.

⁷ Postanowienie SN z 7 czerwca 2002 r., IV CZ 92/02, LEX nr 74475.

Bazując na tej wykładni, Sąd Najwyższy w licznych orzeczeniach dokonuje klasyfikacji poszczególnych postanowień sądu w postępowaniach jurysdykcyjnych, uznając je za kończące postępowanie w sprawie lub też nie.

Zgola odmiennie jest dla postępowania egzekucyjnego. W literaturze prawniczej wykładnia Sądu Najwyższego dotycząca postępowania egzekucyjnego nie jest powszechna i w zasadzie jedynie postanowienie sądu o przybiciu zostało poddane analizie. Oczywiście jest, że ma to uzasadnienie kodeksowe z uwagi na wykluczenie dostępności do Sądu Najwyższego w postępowaniu egzekucyjnym oraz ograniczenia dostępności do Sądu Najwyższego w postępowaniach powiązanych z egzekucją – np. o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Świadczy to jednakże o słabej aktywności Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego, którzy nie korzystają z prerogatyw wynikłych z art. 60 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym⁸, umożliwiających kierowanie wniosków do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa, w sytuacji gdy liczba spraw egzekucyjnych sukcesywnie rośnie na terenie Rzeczypospolitej i z pewnością dochodzi do licznych rozbieżnych ocen sądów rejonowych, do których właściwości należą sprawy egzekucyjne (art. 758 k.p.c.), i sądów okręgowych rozpoznających zażalenia na postanowienia sądów rejonowych w postępowaniu egzekucyjnym, w przedmiocie klasyfikacji, czy dane postanowienie sądu rejonowego jest kończącym postępowanie w sprawie, czy też nie.

Sąd Najwyższy w taki oto sposób próbuje definiować postanowienie kończące postępowanie w sprawie egzekucyjnej: „W postępowaniu egzekucyjnym przez «kończące postępowanie w sprawie» należy pojmować takie orzeczenia sądowe, które kończą samodzielną część tego postępowania”⁹. Sąd Najwyższy

wprowadza termin „samodzielną część” jako wyróżnik orzeczeń „kończących postępowanie w sprawie”. To niedookreślone pojęcie oraz rozróżnienie pomiędzy postępowaniem jurysdykcyjnym a egzekucyjnym jest szerzej interpretowane w postanowieniu Sądu Najwyższego z 5 lipca 2006 r.¹⁰, którego obszernie fragmenty z uzasadnienia przytaczam: „Postępowanie rozpoznawcze zmierza zawsze do wydania orzeczenia, które je zakończy przez rozstrzygnięcie co do istoty lub w inny sposób definitywnie zamknie postępowanie. Celem postępowania egzekucyjnego jest natomiast zaspokojenie wierzyciela; osiągnięcie tego celu znajduje wyraz jedynie w uczynieniu stosownej wzmianki na tytule wykonawczym (art. 816 k.p.c.). Zakończenie zatem postępowania egzekucyjnego, w którym osiągnięty zostanie jego właściwy cel, nie wiąże się z wydaniem orzeczenia «kończącego», kodeks bowiem jego wydania nie przewiduje. Tak więc, gdy postępowanie egzekucyjne zostanie «jako całość» zakończone przez wyegzekwowanie należności, nie znajdzie to wyrazu w orzeczeniu, które mogłoby odpowiadać orzeczeniu co do istoty w postępowaniu rozpoznawczym lub orzeczeniu kończącemu to postępowanie jako całość w inny sposób. Żaden «dalszy etap» postępowania egzekucyjnego nie jest, w dosłownym rozumieniu, możliwy wtedy, gdy zostaje ono zakończone w wyniku ujawnienia się albo powstania przeszkód do jego prowadzenia lub kontynuowania (art. 823–825 k.p.c.). Wskazana cecha postępowania egzekucyjnego wyraźnie świadczy o tym, że zawodne jest przenoszenie na jego grunt kryterium orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie w ujęciu stosowanym w postępowaniu rozpoznawczym. Konieczność uwzględnienia specyfiki postępowania egzekucyjnego w omawianym kontekście dostrzegano pod rządem przepisów o rewizji nadzwyczajnej, która była dopuszczalna jedynie od orzeczeń kończących postępowanie

⁸ Dz.U. z 2002 r. nr 240, poz. 2052.

⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 12 listopada 1997 r., III CZP 55/97, LEX nr 32281.

¹⁰ IV CNP 25/06.

w sprawie w rozumieniu art. 417 § 1 k.p.c. Aprobowano w doktrynie stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w postanowieniu z dnia 4 stycznia 1973 r., III CRN 344/72 (OSNC 1973, nr 7–8, poz. 144), że prawomocne postanowienie sądu co do przybicia, jako kończące zasadniczą część postępowania egzekucyjnego z nieruchomości, jest orzeczeniem kończącym postępowanie w sprawie w rozumieniu tego przepisu. Do poglądu tego nawiązał wyraźnie Sąd Najwyższy już pod rządem przepisów o kasacji, uznając, że postanowienie wydane na podstawie art. 969 § 1 k.p.c. o wygaśnięciu skutków przybicia i utracie rękojmi jest kończącym etap postępowania egzekucyjnego dotyczącego egzekucji z nieruchomości dłużnika, co uzasadnia traktowanie go jako orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie (postanowienie z dnia 17 stycznia 1997 r., II CKU 54/96, OSNC 1997, nr 5, poz. 63). W uzasadnieniu postanowienia z dnia 12 listopada 1997 r., III CZP 55/97 (*«Prokuratura i Prawo»* 1998, nr 2, poz. 35), Sąd Najwyższy stwierdził, że na gruncie przepisów postępowania egzekucyjnego zwrotu kończącego postępowanie w sprawie nie należy rozumieć w ten sposób, że chodzi tu wyłącznie o definitywne zakończenie całego postępowania, ale obejmować nim także należy orzeczenia sądowe, które kończą samodzielną część tego postępowania. Do orzeczeń takich zaliczył postanowienie co do przybicia”.

Powyzsze stanowisko Sądu Najwyższego uzasadnia w sposób wyczerpujący podstawę odmienności klasyfikacji postanowień sądu w postępowaniu egzekucyjnym od postępowania rozpoznawczego. Natomiast zagadnienie określenia kryteriów, które pozwalałyby na rozróżnienie „samodzielnych części” postępowania egzekucyjnego, nie zostało rozwinięte. Wydaje się jednakże, iż stworzenie teoretycznej formuły mającej na celu rozwinięcie pojęcia „samodzielną część” jest zadaniem niezwykle

karkołomnym i dlatego też należałoby ocenić, że wykładnia orzeczeń sądów w postępowaniu egzekucyjnym w powyższym zakresie powinna być wypracowywana dla poszczególnych fragmentów postępowania egzekucyjnego, tak aby doprowadzić do jednolitego poglądu, najlepiej artykułowanego przez Sąd Najwyższy, skoro ustawodawca nie pokusił się o precyzyjne zdefiniowanie, które z orzeczeń w postępowaniu egzekucyjnym jest postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie.

Konieczność wypracowywania poglądów wynika także z faktu, że z uwagi na brak przedmiotowego orzecznictwa Sądu Najwyższego w obiegu prawnym funkcjonują liczne, często rozbieżne poglądy.

Przykładową polemikę zaprezentuję na podstawie prawomocnej klasyfikacji postanowienia sądu o odrzuceniu skargi na czynność komornika w przedmiocie opisu i oszacowania wydanego na podstawie art. 950 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹¹, tj. „termin do zaskarżenia opisu i oszacowania nieruchomości liczy się od jego ukończenia”. 22 stycznia 2013 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności rzeczonego art. 950 k.p.c. z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 stycznia 2013 r.¹² został opublikowany w Dzienniku Ustaw z 30 stycznia 2013 r.¹³

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie, Wydział IV Cywilny Odwoławczy, 27 sierpnia 2014 r.¹⁴ wydał postanowienie: „Sąd Rejonowy odrzucił skargę na czynność komornika w przedmiocie opisu i oszacowania nieruchomości. Należy podzielić stanowisko Sądu Rejonowego, iż powyższego orzeczenia nie można zaliczyć do postanowień kończących

¹¹ Dz.U. z 2011 r. nr 233, poz. 1381.

¹² SK 18/11.

¹³ Dz.U. z 2013 r., poz. 142.

¹⁴ IV Cz 874/14, niepubl.

postępowanie w sprawie. Postanowienie to nie zakończyło bowiem postępowania egzekucyjnego, którego opis i oszacowanie nieruchomości dokonywane przez komornika jest jedynie jednym z etapów. Nie sposób także, jak to czyni skarżący, utożsamiać zakończenia tego etapu postępowania komorniczego z zakończeniem rozumianym jako zakończenie postępowania. Bo choć w istocie, co akcentowane jest w doktrynie i judykaturze, «zamykanie» pewnych etapów postępowania ma utrwalać stan egzekucji, to zarazem nie wyłącza weryfikowania tych etapów (na wniosek stron lub z urzędu) przez organy egzekucyjne, w razie stwierdzenia takiej potrzeby. Ta cecha różni tego rodzaju postanowienia od orzeczeń kończących postępowanie w sprawie, których wzruszenie nie jest możliwe z urzędu, lecz jedynie – i wyjątkowo – w drodze nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Postanowieniom zatem, które nie kończą całości postępowania, brak jest zatem przymiotu trwałości, który cechuje orzeczenia kończące”.

Sąd Okręgowy nie tyle w sposób precyzyjny próbuje określić, czy mamy do czynienia z samodzielną częścią postępowania egzekucyjnego, a do takiego kroku skłaniałby się Sąd Najwyższy w przytoczonym orzecznictwie, lecz podejmuje arbitralną decyzję o uznaniu, że przedmiotowe postanowienie sądu rejonowego nie jest kończącym postępowanie w sprawie, gdyż skoro nie jest kończącym postępowanie w sprawie, możliwe jest jego wzruszenie na wniosek lub z urzędu (w tym wypadku na podstawie art. 359 k.p.c.). Sąd Okręgowy, nie naruszając przepisów prawa, podjął *de facto* decyzję o możliwym kierunku dalszego postępowania, a nie dogłębnie uzasadnił, dlaczego postanowienie nie jest kończącym postępowanie w sprawie, próbując tym samym ograniczyć dostępność do nadzwyczajnego środka zaskarżenia – skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Używając podobnej retoryki, możliwe byłoby uznanie postanowienia sądu o przybiciu za niekończące postępowanie w sprawie, gdyż jeśli jest niekończące, można je uchylić z urzędu lub na wniosek.

Odrębne stanowisko autora brzmi następująco. Postępowanie egzekucyjne w przedmiocie opisu i oszacowania nieruchomości jest precyzyjnie wyodrębnione (art. 942–951 k.p.c.) od innych czynności egzekucyjnych komornika. Na czynność komornika kończącą opis i oszacowanie nieruchomości (m.in. wpis wartości nieruchomości do protokołu, bez konieczności powiadomiania prawidłowo zawiadomionych o terminie i oszacowaniu) przysługuje skarga do sądu rejonowego, a na postanowienie sądu pierwszej instancji przysługuje zażalenie do sądu drugiej instancji (art. 950 k.p.c. w ówczesnym brzmieniu). Z całą pewnością mamy więc do czynienia z wyodrębnionym postępowaniem, kontrola sądu ogranicza się do prawidłowości określenia opisu i wartości nieruchomości, a prawomocne odrzucenie skargi na opis i oszacowanie kończy fragment postępowania egzekucyjnego w przedmiocie opisu i oszacowania. Także Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu przywołanego wyroku z 22 stycznia 2013 r. podkreślił na s. 18: „ustawodawca w sposób szczególnie traktuje sporządzenie protokołu opisu i oszacowania, będącego aktem ukończenia tej czynności, lecz nie nałożył na komornika obowiązku powiadomienia o tym uczestnika postępowania egzekucyjnego, choć przyznał prawo do jej zaskarżenia”. Uprawomocnienie się opisu i oszacowania, a w szczególności określenia wartości nieruchomości stanowiącej przedmiot egzekucji, wyłącza możliwości kontroli w trybie środka prawnego w następnej fazie postępowania egzekucyjnego. Prawidłowość oszacowania ma zasadnicze znaczenie dla wszystkich uczestników postępowania, a także osób trzecich, którym przysługują prawa rzeczowe na nieruchomości. Z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o odrzuceniu skargi na opis i oszacowanie całe dotychczasowe postępowanie zostaje definitywnie zamknięte. Nie jest to więc postanowienie incydentalne. Postanowienie to nie kończy postępowania egzekucyjnego jako całości, ale definitywnie zamyka jego istotny i samodzielny etap. Ma ono zatem tę cechę, która pozwala, zgodnie z wyrażonym

wcześniej poglądem, na określenie „kończące postępowanie w sprawie”.

Powyższa polemika, w sytuacji bierności ustawodawcy w przedmiocie klasyfikowania postanowień sądu w postępowaniu egzekucyjnym, prowadzi do konkluzji, że istnieje potrzeba wykładni licznych typów postanowień sądu w postępowaniu egzekucyjnym przez Sąd Najwyższy. Sytuacja, w której sąd rejonowy podległy ustawom i Konstytucji podejmuje arbitralną decyzję o klasyfikacji danego postanowienia, nie dysponując nawet niewiązującymi w sprawie wskazówkami z judykatury, sprawia, że prawdopodobne jest, iż sądy zbyt często klasyfikują konkretne postanowienie jako niekończące postępowania w sprawie, ażeby ograniczyć możliwość dochodzenia odpowiedzialności od Skarbu Państwa za szkodę powstałą wskutek wyda-

nia prawomocnego orzeczenia niezgodnego z prawem. Natomiast paradoksalnie skarżący, ażeby uniknąć problemów z zachowaniem terminów do wniesienia środków zaskarżenia, powinien zakładać w pierwszej kolejności, że ma do czynienia z postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie. W efekcie dochodzi do przedłużania postępowania egzekucyjnego, co jest niekorzystne dla wierzycieli, ale i w wielu wypadkach dla dłużnika, gdyż obarczony sankcją narastających odsetek od egzekwowanego zadłużenia dopiero po długim okresie ostatecznie poznaje wynik obronnych poczynań, które nie zawsze kończą się powodzeniem. Powyższe konkluzje powinny także stanowić przyczynek do rozważań nad modyfikacją ustawy Kodeks postępowania cywilnego w części dotyczącej postępowania egzekucyjnego.

Summary

Cezary Paluchniak

CLASSIFICATION OF COURT RESOLUTIONS IN EXECUTIVE CIVIL PROCEEDING – SELECTED ISSUES

The subject of this article is the issue of classification of court resolutions in executive civil proceeding through distinction on those resolutions which complete case proceeding and on those which do not complete case proceeding, together with analysis of consequences for parties based on this division.

Author, recognizing the lack of criteria which allow to distinct separate self-contained fragments of executive proceeding, postulates, as a result of exemplary polemic on views about classification of court resolution on rejecting claims for bailiffs description and estimate of value of real estate, to find common views for the particular fragments of executive proceeding, preferred articulated by Supreme Court, since the current legal state causes delays and creates barriers for extraordinary legal challenges, e.g. setting compensatory responsibility of the State.

KEY WORDS: executive civil proceedings, resolutions which complete case proceeding, resolutions which do not complete case proceeding, claims for bailiffs description and estimate of value of real estate

POJĘCIA KLUCZOWE: postępowanie egzekucyjne, postanowienia kończące postępowanie w sprawie, postanowienia niekończące postępowania w sprawie, skarga na czynność komornika w przedmiocie opisu i oszacowania nieruchomości

ROLA ADWOKATA W POSTĘPOWANIU PRZED SĄDEM KONSTYTUCYJNYM REPUBLIKI CZESKIEJ

W rozważaniach o roli adwokata w postępowaniu przed Sądem Konstytucyjnym Republiki Czeskiej w pierwszej kolejności należy powiedzieć parę słów o Sądzie Konstytucyjnym Republiki Czeskiej.

Sąd Konstytucyjny w Republice Czeskiej ma stosunkowo odległą, chociaż przez dłuższy okres raczej formalną, historię¹. Na terytorium Republiki Czeskiej Sąd Konstytucyjny został ustanowiony po raz pierwszy na podstawie Karty Konstytucyjnej z 1920 r., tak więc formalnie nawet nieco wcześniej niż Sąd Konstytucyjny w Austrii, faktycznie zaś jednak później.

W okresie Pierwszej Republiki Czechosłowackiej Sąd Konstytucyjny posiadał dużo mniejsze kompetencje niż obecnie. Zakres spraw był minimalny, a sędziowie, którzy łączyli funkcję sędziego z innymi funkcjami, na przykład byli sędziami w najwyższych instancjach sądowych, działali w adwokaturze i pełnili funkcje polityczne, zbierali się w celu orzekania jedynie *ad hoc*. Nie można tu nie wspomnieć, że pierwszy przewodniczący Sądu Konstytucyjnego Karel Baxa był, między innymi, jednocześnie adwokatem i prezydentem miasta stołecznego Pragi.

W okresie Drugiej Republiki, po układzie monachijskim oraz w czasie okupacji niemieckiej, na terenie Protektoratu Czech i Moraw Sąd Konstytucyjny w zasadzie nie działał.

Po II wojnie światowej działalność Sądu Konstytucyjnego nie została wznowiona. Instytucja tego sądu została pominięta w treści Konstytucji

z roku 1948, jak i z roku 1960. Formalnie został ustanowiony na nowo w roku 1968 na mocy ustawy konstytucyjnej o Czechosłowackiej Federacji, jednak do czasu upadku reżimu komunistycznego nigdy nie doszło do powołania sędziów i rozpoczęcia funkcjonowania.

Najnowsza historia Sądu Konstytucyjnego rozpoczyna się zatem dopiero po listopadzie 1989 r. Początkowo, od 1 kwietnia 1991 r., jako sądu federalnego, a po podziale Republiki (faktycznie dopiero od 15 lipca 1993 r.) już jako Sądu Konstytucyjnego Republiki Czeskiej.

* * *

Obecny Sąd Konstytucyjny Republiki Czeskiej rozpoczął trzecią dekadę istnienia. Sędziowie tego sądu są powoływani na okres dziesięciu lat przez Prezydenta Republiki po wcześniejszym wyrażeniu zgody przez Senat Parlamentu Republiki Czeskiej.

Sąd Konstytucyjny składa się z 15 sędziów, łącznie z przewodniczącym i dwoma wiceprzewodniczącymi, powoływanymi na stanowisko przez Prezydenta Republiki na okres dziesięciu lat. W obecnym składzie znajduje się pięciu sędziów powołanych jeszcze przez prezydenta Václava Klause, pozostali zostali powołani w roku 2013 przez prezydenta Miloša Zemana.

Podczas powołania sędziowie Sądu Konstytucyjnego składają na ręce Prezydenta Republiki ślubowanie bardzo podobne do ślubowania składanego przez adwokata czy też rzecznika praw obywatelskich.

¹ O historii sądownictwa konstytucyjnego na ziemiach czeskich por. S. Balík, *Brief History of the Constitutional Court of the Czech and Czechoslovak Republic and its role in upholding the rule of law*, „Journal on European History of Law”, Vol. 1/2010, s. 28–31; T. Langášek, *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948 (Sąd Konstytucyjny Republiki Czechosłowackiej i jego losy w latach 1920–1948)*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2011.

Do grona sędziów Sądu Konstytucyjnego należeli i również należą byli adwokaci, z aktualnego składu zawód adwokata wykonywało wcześniej 3 sędziów. 5 sędziów wywodzi się z sądownictwa powszechnego, 6 z szeregów nauczycieli akademickich, 1 sędzina z innych zawodów prawniczych². Przewodniczący Sądu Konstytucyjnego pełnił wysokie funkcje polityczne w parlamencie lub w rządzie, pozostali zostali sędziami ze względu na ich działalność prawniczą na niwie akademickiej oraz w praktyce.

* * *

Sąd Konstytucyjny Republiki Czeskiej ma wiele uprawnień.

Sąd Konstytucyjny przede wszystkim występuje w roli tzw. negatywnego ustawodawcy, to znaczy może uchylić część ustawy lub całą ustawę albo inne przepisy prawne.

Przy ocenie zgodności ustawodawstwa i innych przepisów prawnych z porządkiem konstytucyjnym Sąd Konstytucyjny wykonuje tzw. abstrakcyjną kontrolę norm, jeżeli wnioskodawcą jest Prezydent Republiki, grupa posłów czy grupa senatorów, lub konkretną kontrolę norm, jeżeli wniosek został wniesiony przez sędziego sądu powszechnego w związku z postępowaniem, które jest prowadzone przed sądem, lub samego uczestnika postępowania, który zaskarża wyrok lub postępowanie sądu albo innego organu władzy publicznej w formie skargi konstytucyjnej.

Sąd Konstytucyjny posiada kompetencje w zakresie badania zgodności umowy międzynarodowej z porządkiem konstytucyjnym Republiki Czeskiej przed ratyfikacją takiej umowy, jeżeli wniosek został wniesiony przez jeden z podmiotów uprawnionych do składania wniosków o abstrakcyjną kontrolę norm. W takim przypadku chodzi o kontrolę *a priori*. Takiemu badaniu został poddany traktat lizboński. Sąd Konstytucyjny orzekł, że jego treść

nie jest sprzeczna z Konstytucją i porządkiem konstytucyjnym Republiki Czeskiej.

Sąd Konstytucyjny orzeka w sporach kompetencyjnych pomiędzy organami władzy publicznej.

Sąd Konstytucyjny odgrywa również nieposlednią rolę jako sąd w zakresie sądownictwa wyborczego, mimo że w pierwszej instancji orzeka Najwyższy Sąd Administracyjny, ewentualnie również inne sądy w ramach systemu sądownictwa administracyjnego³.

W wymienionych przykładowych przypadkach Sąd Konstytucyjny rozstrzyga w składzie plenarnym (pełny skład Sądu Konstytucyjnego). Do przyjęcia orzeczenia jest wymagane kworum, które ustawa o Sądzie Konstytucyjnym różnicuje w zależności od rodzaju orzeczenia. Do osiągnięcia zgody najczęściej wymagane jest dziewięć głosów. Sędzia nie może wstrzymać się od głosowania, przegłosowani sędziowie mogą skorzystać z możliwości sporządzenia zdania odrębnego i dołączenia go w formie pisemnej do orzeczenia, co jest normalnie stosowaną praktyką.

* * *

Sąd Konstytucyjny RCz od początku swojego funkcjonowania rozstrzyga w sprawach indywidualnych skarg konstytucyjnych.

W postępowaniu w sprawach skarg konstytucyjnych rozstrzygają cztery trzyosobowe senaty (węższe składy orzekające Sądu Konstytucyjnego), które działają permanentnie. Przewodniczący i wiceprzewodniczący uczestniczą w posiedzeniach danego senatu w charakterze sędziów sprawozdawców, zamiast jednego ze stałych członków składu orzekającego, zgodnie z harmonogramem pracy.

Skargę konstytucyjną może wnieść każda osoba fizyczna lub prawna z wyjątkiem państwa, która twierdzi, że wskutek wyroku lub postępowania sądu lub innego organu władzy państwowej zostały naruszone jej prawa gwa-

² Por. S. Balík, *Advokát soudcem? (Advokat sędzią?)*, Právo & byznys, květen 2013, s. 50–53.

³ Por. S. Balík, V. Formánková, *Ústavněprávní a etické aspekty voleb (Konstytucyjnoprawne i etyczne aspekty wyborów)*, (w:) E. Bárány i zespół, *Právo a jeho prostředie (Prawo i jego środowisko)*, Bratislava: Ústav štátu a práva SAV, 2011, s. 134–141.

rantowane przez Konstytucję, Kartę Podstawowych Praw i Wolności czy też Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Obecnie jest wnoszone około 4500 skarg konstytucyjnych rocznie.

Warunkiem dopuszczalności skargi konstytucyjnej jest w zasadzie jej wniesienie w terminie 60 dni od uprawomocnienia się ostatecznego orzeczenia, które jest zaskarżane. Sąd Konstytucyjny kieruje się zasadą subsydiarności, skargę wniesioną przedwcześnie, przed wyczerpaniem wszystkich środków prawnych, sąd oddali jako niedopuszczalną.

Uczestnikami postępowania są skarżący oraz sądy lub organy władzy publicznej, których orzeczenia są zaskarżane w formie skargi konstytucyjnej, poza tym uczestnikiem ubocznym jest ten, kto, oprócz skarżącego, był uczestnikiem postępowania na wcześniejszych jego etapach.

Uczestnik postępowania musi być obligatoryjnie reprezentowany przez adwokata, uczestnik uboczny, który nie jest reprezentowany, traci status uczestnika ubocznego.

* * *

Skarżący zazwyczaj posiadają wiedzę o tym, że muszą być reprezentowani przez adwokata, często jest nim adwokat, który reprezentował ich w postępowaniu przed sądami powszechnymi. Skarga konstytucyjna musi zostać sporządzona przez adwokata.

Jeżeli skarżący, przy wnoszeniu skargi konstytucyjnej, nie jest reprezentowany przez adwokata, jest to wada formalna skargi. W takiej sytuacji sędzia sprawozdawca wzywa wnioskodawcę do usunięcia wady zazwyczaj w terminie 30 dni i reprezentowania go przez adwokata, który w jego imieniu sporządzi skargę.

Pierwotnym zamiarem ustawodawcy było niedopuszczenie do wzrostu liczby skarg konstytucyjnych. Wynikało to z założenia, że wykwalifikowany prawnik, w wyraźnie nieuzasadnionych przypadkach, wyjaśni klientowi, iż składanie skargi jest w sposób oczywisty skazane na niepowodzenie. Jednak praktyka

pokazała, że tak nie jest. Sąd Konstytucyjny, przed wniesieniem skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, stał się „sądem ostatecznej nadziei” w ramach Republiki Czeskiej. Należy przy tej okazji wspomnieć, że statystycznie rzecz ujmując, zaledwie 5% skarg konstytucyjnych wnoszonych do Sądu Konstytucyjnego zostaje uwzględnione i zakończone pozytywnie dla skarżącego.

Za wniesienie skargi konstytucyjnej nie wnosi się opłaty sądowej, skarżący również nie jest narażony na ryzyko pokrywania kosztów postępowania przed Sądem Konstytucyjnym któremukolwiek z uczestników tego postępowania.

Jeżeli skarżący nie jest w stanie sam zabezpieczyć sobie adwokata, Sąd Konstytucyjny nie może go dla niego ustanowić. W takiej sytuacji skarżący jest kierowany do Czeskiej Izby Adwokackiej, która zgodnie z ustawą o adwokaturze ustanowi adwokata.

Ustanowiony adwokat nie może odmówić udzielenia pomocy prawnej, jednak nie jest jego obowiązkiem wniesienie czy uzupełnienie skargi konstytucyjnej za wszelką cenę. Jeżeli np. klient domagałby się zmiany systemu państwowego Republiki Czeskiej, czego Konstytucja nie umożliwia, wystarczy, że adwokat pouczy taką osobę o stanie prawnym sprawy, bez wnoszenia skargi konstytucyjnej w imieniu klienta. Są jednak przypadki, w których sprawa nie jest tak oczywista, niektóre skargi przez niektórych adwokatów ewidentnie wnoszone są raczej z ostrożności.

* * *

Do reprezentacji przed Sądem Konstytucyjnym adwokat musi posiadać pełnomocnictwo szczególne, zawierające wyraźne upoważnienie do występowania w tym postępowaniu.

Pierwotnie nie było możliwe w ramach substytucji zastępstwo adwokata przez innego adwokata czy nawet przez aplikanta adwokackiego, obecnie zastępstwo adwokata przez adwokata jest dopuszczalne.

Aplikant adwokacki nie może reprezentować w postępowaniu przed Sądem Konstytucyjnym,

a przy bardziej rygorystycznej interpretacji ustawy nawet np. przy wglądzie do akt.

Na podstawie obserwacji praktyki można wywnioskować, że w adwokaturze tworzy się wąski krąg adwokatów, którzy zorientowani są na postępowania przed Sądem Konstytucyjnym. Nie tylko fakt, że przedmiot „prawo konstytucyjne” jest częścią egzaminu na adwokata, jest przyczyną wzrastającego poziomu skarg wnoszonych do Sądu Konstytucyjnego.

Orzeczenia Sądu Konstytucyjnego są dostępne na jego stronach internetowych (www.nalus.cz), w formie drukowanej wychodzi Zbiór Orzeczeń i Uchwał Sądu Konstytucyjnego, orzeczenia Sądu Konstytucyjnego są komentowane w literaturze i czasopismach prawniczych. Tak więc adwokaci mają sporo możliwości do takiego przygotowania się do postępowania przed Sądem Konstytucyjnym, aby ich argumentacja była zgodna z Konstytucją.

Z merytorycznego punktu widzenia należy nadmienić, że większość skarg konstytucyjnych zawiera naruszenie prawa do sprawiedliwego procesu.

* * *

Skargi konstytucyjne wywodzą się z wszystkich gałęzi prawa, z prawa prywatnego i prawa publicznego. Można więc spotkać się ze sprawami aresztowań, wyrokami w sprawach karnych, sprawami cywilnymi, gospodarczymi, rodzinnymi, administracyjnymi i finansowymi.

Senaty nie posiadają specjalizacji.

Sędziowie mają do dyspozycji trzech asystentów z wykształceniem prawniczym. Sąd Konstytucyjny posiada wydział analityczny, bogatą bibliotekę i system informacyjny.

Sprawy są rozdzielane na podstawie harmonogramu pracy, zgodnie z kolejnością wniesienia skarg konstytucyjnych.

Każda sprawa zostaje przydzielona sędziemu sprawozdawcy, który orzeka lub przygotowuje projekt orzeczenia senatu.

Sędzia sprawozdawca samodzielnie orzeka o oddaleniu wniosku z powodu braków, przekroczenia terminu lub niedopuszczalności.

W pozostałych przypadkach skargę konstytucyjną rozpoznaje senat.

W przypadku zgodności wszystkich członków senatu co do faktu, że skarga konstytucyjna jest w sposób oczywisty niedopuszczalna, senat ją oddali na posiedzeniu niejawnym.

W przypadku braku zgodności, to znaczy jeżeli przynajmniej jeden z członków senatu uzna, że skarga konstytucyjna jest zasadna, senat rozstrzyga sprawę w formie orzeczenia.

Jeżeli senat Sądu Konstytucyjnego uzna, że przed wydaniem orzeczenia konieczna jest rozprawa ustna, to ją zarządza. Jednak dzieje się tak w niewielkiej liczbie przypadków. Orzeczenia są zawsze ogłaszane publicznie.

Jeżeli ma miejsce rozprawa, to obowiązują dla niej zasady określone w ustawie o Sądzie Konstytucyjnym i odpowiednio także w Kodeksie postępowania cywilnego. W praktyce przeprowadzanie dowodów jest wykonywane w stopniu minimalnym, adwokaci w większości koncentrują się na przedstawieniu skargi konstytucyjnej oraz na wnioskach końcowych.

Orzeczenie Sądu Konstytucyjnego jest ostateczne.

Ogólnie rzecz biorąc, dominuje część pisemna postępowania nad ewentualną ustną. Zwyczajem stał się fakt, że sędziowie sądów powszechnych, z wyjątkami, usprawiedliwiają swoją nieobecność na rozprawie przed Sądem Konstytucyjnym, i w konsekwencji przed Sądem Konstytucyjnym skarżący spotyka się raczej z uczestnikiem ubocznym i jego adwokatem⁴.

⁴ Bliżej por. S. Balík, *Soudce obecného soudu v řízení před Ústavním soudem ČR (Sędzia sądu powszechnego w postępowaniu przed Sądem Konstytucyjnym RCz)*, (w:) J. Jirásek (red.), *Ústavní základy soudní moci (Podstawy konstytucyjne władzy sądowonicej)*. Sborník příspěvků sekce ústavního práva přednesených na mezinárodní konferenci Olomoucké právnické dny 2009. Olomouc, Iuridicum Olomoucense o. p. s. Právnická fakulta Univerzita Palackého v Olomouci. Olomouc 2009, s. 13–17.

Uczestnik uboczny ma w zasadzie takie same prawa jak skarżący.

* * *

Jeżeli skarżący wraz ze skargą konstytucyjną składa wniosek o uchylenie ustawy czy części ustawy lub przepisu prawnego, który został zastosowany w jego sprawie, a senat stwierdzi zasadność takiego wniosku, przerwie postępowanie i wniosek prześle do rozpoznania przez pełny skład orzekający. Po rozstrzygnięciu wydanym przez pełny skład orzekający sprawa wraca do senatu, który na podstawie wyników postępowania przed pełnym składem orzekającym wyda orzeczenie w sprawie samej skargi konstytucyjnej.

Adwokat, który reprezentuje klienta przed Sądem Konstytucyjnym, powinien mieć świadomość tego, że występowanie w sprawach skarg konstytucyjnych zapewni mu nie tylko zainteresowanie klientów, ale również swego rodzaju reklamę. Orzeczenia wydawane przez Sąd Konstytucyjny budzą zainteresowanie mediów i są przez nie śledzone, a zatem adwokat musi się liczyć z tym, że będzie w sprawie wypytywany przez dziennikarzy i będzie musiał odpowiadać przed kamerami telewizyjnymi.

Jest wiele interesujących rozstrzygnięć Sądu Konstytucyjnego, również w sprawach skarg konstytucyjnych.

* * *

Spośród przypadków, w których skarga konstytucyjna wniesiona wraz z wnioskiem o uchylenie części ustawy doprowadziła do uchylenia zaskarżonych postanowień i została

zakończona sukcesem skarżącego, wspomnę na przykład sprawę, która została zapoczątkowana przez skargę konstytucyjną wniesioną wraz z wnioskiem o uchylenie części Kodeksu postępowania karnego.

Aż do momentu rozstrzygnięcia przez Sąd Konstytucyjny obowiązywała zasada, że nawet już po ogłoszeniu wyroku uniewinniającego sąd pierwszej instancji mógł orzec o pozostawieniu oskarżonego w areszcie.

Drugi senat Sądu Konstytucyjnego przerwał postępowanie w sprawie skargi konstytucyjnej, następnie pełny skład orzekający uchylił odpowiednie postanowienie Kodeksu postępowania karnego, które było w sprzeczności z czeską Kartą Podstawowych Praw i Wolności, Konwencją o ochronie podstawowych praw i wolności, jak również z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁵.

Następnie, po pozytywnym orzeczeniu przez pełny skład orzekający, II senat orzekł o uchyleniu postanowienia sądu powszechnego w sprawie pozostawienia oskarżonego w areszcie⁶.

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia znalazła się również i taka argumentacja, że wyrok uniewinniający w sposób oczywisty podważa twierdzenie o uzasadnionym podejrzeniu i odpowiedzialności karnej oskarżonego.

Ten pojedynczy przykład stanowi tylko niewielki skrawek spraw z zakresu działania Sądu Konstytucyjnego, przed którym występujący adwokat jest postrzegany jako kluczowy uczestnik reprezentujący strony postępowania oraz jako *amicus curiae*.

⁵ Por. orzeczenie plenum Sądu Konstytucyjnego z 20 kwietnia 2010 r., sygn. Pl. ÚS 6/10 (č. 163/2010 Sb., dostępne również na <http://nalus.usoud.cz>).

⁶ Por. orzeczenie z 12 maja 2010 r., sygn. II.ÚS 331/10 (dostępne również na <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=66184&pos=46&cnt=248&typ=result>).

Summary

Stanislav Balík

THE ROLE OF A LAWYER IN THE PROCEEDINGS IN THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE CZECH REPUBLIC

The Constitutional Court of the Czech Republic, since 1993, is composed of 15 judges appointed for a ten-year term by the President of the Republic with the consent of the Senate of the Parliament. Its role is the abstract or tailor-made evaluation standards of the law. Abstract control takes place at the request of the President of the Czech Republic or group of MPs, the specific control shall be effected by a national or other qualified entity – is necessary to be represented by a lawyer through constitutional complaint concerning final decision made in a single case by a court or other authority. In the latter case, the appreciation by the Constitutional Court in the course of the examination of the complaint defective legal standards converts conduct the procedure leading to the control of this standard. The Constitutional Court has in addition *a priori* control of compliance with the Constitution international agreements, also has competence in respect of the procedure for checking the regularity of the elections and adjudicates in disputes between courts and administrative responsibility.

KEY WORDS: the Constitutional Court, control of legal standards,; the constitutional complaint

POJĘCIA KLUCZOWE: Sąd Konstytucyjny, kontrola normy prawnej, skarga konstytucyjna

A Adwokatura dziś i jutro

Maciej Gutowski, Czesław Jaworski, Andrzej Zwara

POMIĘDZY STRATEGIĄ A IMPONDERABILIAM

Adwokatura jako samorząd zawodowy, reprezentująca osoby wykonujące zawód zaufania publicznego, działa w dwóch niezależnych, a jednocześnie przenikających się obszarach – w obszarze wymiaru sprawiedliwości oraz w obszarze doradztwa prawnego [i w tym sensie stanowi część rynku świadczeń (usług) prawnych]. W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że w pierwszym przypadku adwokaci i aplikanci adwokaccy podlegają przy wykonywaniu zawodu przepisom określonym w procedurach karnych, cywilnych i administracyjnych; w drugim zarówno przepisom prawa materialnego z różnych dziedzin prawa, jak i pewnym zwyczajom i mechanizmom rynkowym, takim jak: konkurencja, reklama, informatyzacja, wpływ mediów itp.

Na przestrzeni ostatnich dwudziestu lat niemal wszystko uległo zmianom lub daleko posuniętym przekształceniom. Pojawiły się nowe płaszczyzny wykonywania zawodu adwokata, a także jednocześnie pewne ograniczenia wynikające z rozmaitych uwarunkowań strukturalnych, organizacyjnych czy kapitałowych, z innym otoczeniem normatywnym, niższą akceptacją społeczną dla naszego zawodu, zupełnie innymi oczekiwaniami klientów. Mamy też zupełnie inną liczbę adwokatów wykonujących zawód, inną, wielokrotnie zwiększoną liczbę aplikantów adwokackich, znacznie szer-

sze sfery doskonalenia zawodowego, zmagania z nieuczciwą konkurencją, znacznie różniące się od tradycyjnych delikty dyscyplinarne i cały szereg nowych, codziennie zmieniających się zjawisk i wyzwań. Te okoliczności wskazują na to, że Adwokatura nie jest samodzielną wyspą, na której życie może toczyć się niezależnie od zmian zachodzących w otaczającym ją świecie. Wydaje się zatem oczywiste, że Adwokatura nie może działać jak dawniej, że potrzebne są nowe formy wyrazu i argumentacji, że Adwokatura kreatywnie powinna odpowiedzieć (tak jak to czyniła i w przeszłości przy wszystkich istotnych zawirowaniach politycznych, gospodarczych i społecznych) na współczesne wyzwania i potrzeby. Działania te powinny wynikać z przyjętego długofalowego planu, a używając języka wojskowego – według pewnej strategii wypracowanej na podstawie publicznej środowiskowej dyskusji i decyzji podjętych przez Krajowy Zjazd Adwokatury. Należałoby ustalić, co jest najważniejsze, co ważne, a co mniej ważne z punktu widzenia Adwokatury, ale także interesu publicznego i dla jego ochrony.

Czy i jaką rolę mogą i powinny spełniać przy opracowaniu planu działania ważne, przynajmniej dla znaczącej części adwokatów, tzw. *imponderabilia*. W słownikach języka polskiego i słownikach wyrazów obcych *imponde-*

rabilia definiuje się jako „rzeczy nieuchwytnie i niedające się dokładnie zmierzyć lub obliczyć, mogące jednak wywierać wpływ na jakieś sprawy, na ludzkie działania”. Do *imponderabiliów* w Adwokaturze zawsze zaliczano takie wartości, jak: godność, rzetelność, sumienność, odwaga, patriotyzm, poczucie sprawiedliwości. Są to pojęcia, których rzeczywiście nie można dokładnie zmierzyć lub obliczyć, ale miały one wpływ na działania ludzkie i stanowiły podstawę do oceny zachowań poszczególnych adwokatów i całej Adwokatury w świetle obowiązujących norm etycznych i zasad wykonywania zawodu. Czy te wartości nadal oddziałują na Adwokaturę w taki sam sposób jak przed kilkunastoma czy kilkudziesięciami laty? Czy wraz ze zmianą odczuć i być może oczekiwań środowiskowych oraz wobec zmian zewnętrznych wokół Adwokatury omawiane imponderabilia należałoby na nowo zdefiniować, czy brać je pod uwagę i w jakim zakresie przy formułowaniu strategii działania? Z całą pewnością warto zapytać o to adwokatów i aplikantów adwokackich.

ANKIETA

W ostatnich dniach Adwokatura po raz pierwszy zapytała siebie samą. W przeprowadzonej ankiecie adwokaci i aplikanci wyrazili swoje poglądy w kilkunastu kluczowych dla Adwokatury sprawach. Wynik jest reprezentatywny, gdyż na ankietę odpowiedziało już prawie 9 tysięcy osób, a wypełnione ankiety ciągle wpływają. Pytania ankiety nie były jednorodne. Dotyczyły one najważniejszych, ważnych i mniej ważnych spraw, które zaprzętają adwokackie głowy w chwilach refleksji. Niektóre pytania dotyczyły kwestii, które możemy zmienić, inne wartości, których wprawdzie modyfikować nie można, lecz stosunek respondentów do nich może się zmieniać i warto i te zmiany odnotować. Wśród pytań zawartych w ankiecie nie było jednak poruszonych spraw, które byłyby obojętne z punktu widzenia adwokata. Dla aplikantów zaś niektóre sprawy były

wprawdzie dziś nieco odleglejsze, lecz i te doniosłości nabiorą w nieodległej perspektywie czasowej. Jak się wydaje, nie sprawdziły się prognozy o tym, by kilkanaście dość ogólnych pytań wywołało „ferment” w środowisku lub zasiało niepokój wśród polskich adwokatów i aplikantów. Wbrew artykułowanym niekiedy obawom odpowiedzi wydają się wyważone, racjonalne i dość ostrożne. Czy odpowiedzi stanowią materiał wystarczający do zbudowania strategii? Być może jeszcze nie, ale nareszcie uzyskaliśmy rzeczywistą i weryfikowalną wiedzę o tym, co myślą członkowie Adwokatury na temat kluczowych dla niej spraw. Do tej pory – przynajmniej w niektórych kwestiach – tylko wydawało się nam, że posiadamy tę wiedzę. Bazując na odpowiedziach udzielonych przez adwokatów i aplikantów adwokackich, można skonstatować, że choć nadal jesteśmy środowiskiem ostrożnym i konserwatywnym, to jednak „lekki przewiew w starych murach” jest delikatnie wyczuwalny. O ile bowiem większość odpowiedzi na pytania była zgodna z przewidywaniami, o tyle jednak niektóre z nich stanowią pewną niespodziankę i skłaniają do głębszej refleksji.

KATEGORIE RESPONDENTÓW

W celu umożliwienia dokonania bardziej złożonej analizy wyników zebrane zostały dane o przynależności do izby adwokackiej respondentów, o tym, czy respondent jest adwokatem, czy aplikantem, oraz o formie wykonywania zawodu przez adwokatów. Te dane stanowią cenne źródło wiedzy o układzie preferencji w poszczególnych regionach kraju oraz w poszczególnych kategoriach klasyfikowanych według wskazanych kryteriów. Dodatkowo uczestniczący w ankiecie adwokaci podzieleni zostali na 7 kategorii zależnych od stażu zawodowego: do roku, od roku do 3 lat, od 3 do 5 lat, od 5 do 10 lat, od 10 do 15 lat, od 15 do 25 lat oraz powyżej 25 lat stażu. Aplikanci natomiast klasyfikowani byli w dwóch kategoriach: aplikanci pierwszego roku oraz

starsi stażem aplikanci. Na ankietę odpowiedziało ok. 50% adwokatów. Udział odpowiedzi aplikantów był mniejszy (ok. 15%). Najogólniej rzecz ujmując – najwięcej odpowiedzi wpłynęło od młodych adwokatów. Wynika to – jak należy sądzić – z dwóch powodów: po pierwsze, ostatnie lata znacznie Adwokaturę odmłodziły, po wtóre, ankietę internetową jest narzędziem, z którego chętniej korzystają młodszy.

PYTANIA I ODPOWIEDZI

Silny związek z samorządem adwokackim.

Adwokaci są przeciwni ewentualnemu połączeniu samorządów adwokackiego i radcowskiego. Przeciwno połączeniu opowiedziało się 65% ankietowanych. Wiodącym powodem takiej odpowiedzi jest odmiennosc ustrojowa obydwu samorządów, na drugim miejscu różnice w historii i tradycji, w dalszej kolejności zaś różnice w zasadach etyki i poziom przygotowania w toku aplikacji. Ale 28% opowiedziało się za połączeniem obu zawodów, co również należy zauważyć.

Na pewno należy wskazać, że brak woli połączenia nie jest tożsamy z niechęcią do współpracy. Zdawać sobie należy sprawę, że po prawnym zrównaniu uprawnień bezpośrednim konkurentem adwokata, w każdym segmencie rynku pomocy prawnej, jest zarówno inny adwokat, jak i radca prawny. W naszym interesie jest, by konkurencja między nami odbywała się według jednolitych i uczciwych reguł. Można zatem rozważać wspólny wysiłek nad wypracowaniem możliwie najbardziej zbliżonych zasad etyki. Można również połączyć siły w celu lobbowania przeciwko funkcjonowaniu na rynku prawników nieprofesjonalnych – bez aplikacji. Takie działanie jest bowiem w interesie adwokatów.

Zmiana kryteriów naboru na aplikację. Ponad połowa adwokatów i aplikantów chciałaby zmiany kryteriów naboru na aplikację adwokacką w kierunku ujednoczenia z kryteriami naboru na aplikację sądową. Co to oznacza? Wbrew pozorom nie chodzi tu o zamknięcie

zawodu. Po pierwsze, zawód adwokata został już otwarty i prawdopodobnie nic już tego nie zmieni. Po wtóre, równo rozkładają się preferencje co do potrzeby przeciwdziałania potencjalnemu odpływowi adwokatów do samorządu radcowskiego (47% przeciwnych hamowaniu odpływu, 45% za hamowaniem), a wyraźna większość nie chce walczyć o wzrost liczebności adwokatów w miarę wzrostu liczebności samorządu radcowskiego (72%). Potwierdza to silną identyfikację adwokatów z własnym środowiskiem (na szczęście), co wcale nie musi oznaczać akceptacji bez dostrzegania wad tego środowiska lub błędów w jego reprezentacji. Jak się wydaje, przy woli zmiany kryteriów naboru na aplikację chodzi raczej o stopniowe likwidowanie niezasadnego uprzywilejowania niektórych aspektów wykonywania zawodu sędziowskiego. Prawidłowe wykonywanie zawodu sędziowskiego wymaga pełnego immunizowania czynności orzeczniczych – tu potrzebne są twarde, konstytucyjne gwarancje niezawisłości. Natomiast tworzenie innych przywilejów dla zawodu sędziego wręcz osłabia ten zawód. Tym bardziej osłabiają go indywidualne przywileje dla sędziów. Uzasadnienie adwokackiej propozycji zmiany kryteriów przyjmowania na aplikację wiąże się naszym zdaniem z pewnym przesunięciem priorytetów środowiska. Wskazanie przez adwokatów kształcenia zawodowego jako bezwzględniego priorytetu działalności Adwokatury dowodzi, że adwokaci chcą być zawodem elitarnym, najlepiej przygotowanym merytorycznie do świadczenia pomocy prawnej. Adwokaci nie godzą się na osłabianie swojego zawodu poprzez dyskryminacyjne, wadliwe i arbitralne ustalenie przez ustawodawcę kryteriów przyjęcia na aplikację, które z definicji mają wzmacniać sędziów kosztem innych zawodów prawniczych, a w istocie osłabiają urząd sędziego w następstwie dopuszczenia do jego sprawowania ludzi bardzo młodych, pozbawionych praktycznej wiedzy i doświadczenia. To stanowisko adwokatów jest w pełni zasadne. Adwokatura może być silną siłą umysłów adwokatów. Im będziemy mądrzejsi, lepiej

wykształceni, tym większy wpływ będziemy wywierać na opinię publiczną, a tym samym i na elity władzy. Być może czas dziś zaferować pomoc ekspercką ośrodkom władzy państwowej, ograniczając – coraz mniej popularną wśród adwokatów – działalność *pro bono*. Dziś trzeba dążyć do wypracowania sposobu wywierania rzeczywistego wpływu na działalność legislacyjną. Wpływ ten jest dziś zdecydowanie zbyt słaby, skoro przytłaczająca większość członków naszego samorządu (96%) uważa, że należy zintensyfikować działania organów samorządu adwokackiego w zakresie działalności publicznej – obejmującej inicjatywy prawodawcze oraz inne formy współuczestniczenia w kształtowaniu funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości.

Urząd sędziowski jako korona zawodów prawniczych. Wydaje się, że podobne przyczyny do tych, które legły u podstaw dostrzeżenia potrzeby zmiany kryteriów naboru na aplikację adwokacką, zadecydowały, że 67% respondentów uważa, iż Adwokatura powinna promować zmianę sposobu uzyskiwania godności sędziego. Droga dojścia do tego zawodu poprzez aplikację sądową jest zbyt krótka i zbyt teoretyczna. Większość uzasadnień orzeczeń sądowych odwołuje się do ważnych w procedurach sądowych „zasad doświadczenia życiowego”. Tego doświadczenia trzeba nabyć przez praktykę w innych zawodach prawniczych. Taka praktyka jest nauką, która wynika z kontaktów z ludźmi – klientami w potrzebie, ich dylematami, problemami i wątpliwościami żywymi. Uczy pokory i zrozumienia. Pokazuje inną perspektywę – spojrzenie inne niż „zza stołu sędziowskiego”, inne poczucie sprawiedliwości. To doświadczenie pozwala lepiej zrozumieć, kto kłamie, kto nie wie, a kto po prostu nie umie się wypowiedzieć. Odpłatne świadczenie usług prawniczych uczy słuchać, rozumieć i wymaga kulturalnego, spokojnego wysłuchania innego człowieka. Uczy, kiedy się odezwać, a kiedy zamilknąć. A więc tego, czego czasem brakuje na sali sądowej.

Władza sądownicza jest jedyną władzą w Polsce, która nie ma nawet namiastki de-

mokratycznego wyboru. Kadry sędziowskie w całości dobierane są w drodze kooptacji. Czy nie jest tak, że nieusuwalność sędziego może obniżać jakość jego pracy? Zawód adwokata i inne zawody prawnicze zostały poddane rygorom rynkowym – to rynek boleśnie usuwa z zawodu. Sędziego usuwa kolejny przywilej – stan spoczynku. Wraz z postulatem promowania urzędu sędziego jako „korony zawodów prawniczych” należy rozważyć znalezienie demokratycznego sposobu pewnej zmienności kadr, z zachowaniem jednak standardów niezawisłości. Jeśli nie będzie innej niż dyscyplinarna możliwości zastąpienia słabego sędziego lepszym, droga do zawodu sędziego nie będzie otwarta dla innych zawodów prawniczych. Warto rozważyć udział w procesie decyzyjnym przedstawicieli innych zawodów prawniczych.

Priorytety Adwokatury. Priorytetowe sfery działalności Adwokatury uszeregowane zostały przez adwokatów i aplikantów adwokackich w następujący sposób: (1) doskonalenie zawodowe; (2) działalność legislacyjna; (3) szkolenie aplikantów; (4) działalność wizerunkowa; (5) nadzór nad wykonywaniem zawodu; (6) zwalczanie nieuczciwej konkurencji; (7) pion dyscyplinarny; (8) działalność integracyjna. Ta kolejność oznacza miejsca w strukturze wydatków, którym powinny odpowiadać zaplanowane wydatki w budżetach NRA i izb adwokackich. Oczywiście nie może tu chodzić o niewolnicze przyporządkowanie, lecz o wskazania kierunkowe. Pewne wydatki muszą zostać poniesione, ponieważ są niezbędne do realizacji zadań określonych ustawowo, zabezpieczenie środków na te cele stanowi zaś wykonanie tych obowiązków (np. szkolenie aplikantów, sądownictwo dyscyplinarne), inne są potrzebne do utrzymywania więzi środowiskowych. Wszystkie są ważne i żadnej ze sfer nie można zaniedbać. Niektóre zaś z natury rzeczy wiążą się z koniecznością poniesienia większych nakładów finansowych. Przykładowo szkolenia czy działalność integracyjna są bardziej kosztochłonne niż prace parlamentarne czy działalność biura rzecznika. Rozmach prawidłowo

prowadzonej działalności w sferze legislacyjnej – w naszej ocenie – wymagać będzie zatrudnienia osoby, która etatowo i stale zajmować się będzie śledzeniem procesu legislacyjnego. Liczba aktów normatywnych stale rośnie, wymaga stałego monitorowania i niezwykle dużego nakładu pracy, niemożliwego do poświęcenia w ramach komisji legislacyjnej, w skład której wchodzić czynniki zawodowo adwokacki.

Przy odpowiedzi na pytanie o priorytety w zakresie wydatków Adwokatury zastosowano metodę średniej ważonej, ustalając preferowaną przez respondentów kolejność priorytetów w zakresie wydatków. Wskazaną przez adwokatów kolejność traktować należy jako określenie preferencji, które mogą być korygowane przez konieczność. Pozycje 1–4 wskazują jednak dobitnie, że chodzi nam o Adwokatūrę mądrą, umięając kształtować sferę normatywną, zdolną do kształcenia przyszłych adwokatów własnymi siłami i potrafiącą pokazać swe wartości otoczeniu zewnętrznemu.

Wydaje się, że zmiany w budżetach ostatnich lat pomalą zmierzają w kierunku wskazanym przez środowisko adwokackie. Wyraźne wskazanie kierunkowe może zaś pozwolić na jeszcze bardziej precyzyjne i zgodne z oczekiwaniami Adwokatury planowanie budżetowe. Odpowiednie pozycje w budżecie na 2015 rok układają się w sposób następujący: Komisja Doskonalenia Zawodowego – 250 000 zł; Komisja Integracji Środowiskowej, Kultury, Sportu i Turystyki – 250 000 zł; Komisja ds. Prac Parlamentarnych – 40 000 zł i Komisja Legislacyjna – 90 000 zł (łącznie 130 000 zł); Komisja Kształcenia Aplikantów Adwokackich – 90 000 zł; Wyższy Sąd Dyscyplinarny i diety Sędziów – 60 000 zł oraz Rzecznik Dyscyplinarny i diety Rzeczników – 20 000 zł (łącznie 80 000 zł). W 2014 roku układ stosownych pozycji budżetowych był następujący: Komisja Integracji Środowiskowej, Kultury, Sportu i Turystyki – 280 000 zł; Wyższy Sąd Dyscyplinarny i diety Sędziów – 65 000 zł i Rzecznik Dyscyplinarny i diety Rzeczników – 30 000 zł (łącznie 95 000 zł); Komisja ds. Prac Parlamentarnych – 20 000 zł i Komisja Legislacyjna

– 45 000 zł (łącznie 65 000 zł); Komisja Kształcenia Aplikantów Adwokackich – 50 000 zł; Komisja Doskonalenia Zawodowego – 30 000 zł. W budżecie na rok 2013 wydatki na omawiane sfery układały się następująco: Komisja Kształcenia Aplikantów Adwokackich – 290 000 zł; Komisja Integracji Środowiskowej, Kultury, Sportu i Turystyki – 280 000 zł; Komisja ds. Prac Parlamentarnych – 25 000 zł i Komisja Legislacyjna – 90 000 zł (łącznie 110 000 zł); Wyższy Sąd Dyscyplinarny i diety Sędziów – 65 000 zł i Rzecznik Dyscyplinarny i diety Rzeczników – 30 000 zł (łącznie 95 000 zł); Komisja Doskonalenia Zawodowego – 90 000 zł.

Konstrukcje przyszłych budżetów powinny w możliwie najszerszym zakresie brać pod uwagę priorytety wskazane przez członków Adwokatury.

Promocja, reklama, ograniczenia wykonywania zawodu. W ocenie przytłaczającej większości adwokatów i aplikantów adwokackich (96%) Adwokatura powinna prowadzić akcję wizerunkową promującą zawód adwokata i usługi adwokackie. Wyraźna większość adwokatów i aplikantów (68%) opowiedziała się za rozluźnieniem zasad etyki odnoszących się do udziału adwokatów w reklamie. Podobna większość (70%) uważa, że należy rozszerzyć możliwość wykonywania zawodu w spółkach prawa handlowego posiadających osobowość prawną. Ponad połowa (59%) adwokatów i aplikantów domaga się poszerzenia możliwości uczestniczenia przez adwokatów w zarządach spółek kapitałowych. Ponad połowa adwokatów i aplikantów adwokackich odpowiedziała twierdząco na pytanie, czy należy rozważyć możliwość eliminacji zakazu zatrudniania adwokatów na podstawie umowy o pracę. Jednocześnie jednak członkowie samorządu adwokackiego nie chcą połączenia z samorządem radcowskim.

Powyższa relacja jest swoistą zagadką, bo na pierwszy rzut oka istnieje pewna sprzeczność pomiędzy postulatem dopuszczenia stosunku pracy a brakiem woli połączenia samorządów. Przecież ten, kto potrzebuje stosunku pracy, może wykonywać zawód radcy prawnego. Być

może prawników dziś należy dzielić na niezależnych i tych pozostających w stosunku pracy. Być może – poprzez swobodny przepływ członków – tak się w przyszłości ukształtuje rynek, że jeden samorząd będzie dla prawników wykonujących wolny zawód, a drugi dla pozostających w stosunku pracy. Dla niezależnych charakterystyczna jest Adwokatura – posiadająca ustrojową pozycję obrońcy praw obywatelskich, dla pozostających w stosunku pracy – samorząd radcowski, jako organizacja zawodowa. A być może powyższe odpowiedzi należy po prostu odczytywać jako wyraźnie wyartykułowane przez adwokatów do władz Adwokatury **żądanie podjęcia działań w obszarach dotychczas leżących odłogiem – w sferze praktycznego wykonywania zawodu.**

Umowa o pracę, której dopuszczenia chciałaby część adwokatów, stanowi dzisiaj jedyną obiektywną różnicę w sferze kompetencji pomiędzy adwokatami a radcami prawnymi. Jeśli wyeliminować adresowany do adwokatów zakaz jej zawierania, w sferze kompetencji różnice znikną. Pozostaną jedynie różnice pomiędzy adwokatami a radcami w sferze historycznej, tradycyjnej, kulturowej i samorządowej. Czy to na dłuższą metę wystarczy, by zrealizować postulat większości przeciwnej połączeniu z radcami prawnymi? Można mieć wątpliwości. Czy sam zakaz pozostawania w stosunku pracy wystarczy dla obrony tożsamości Adwokatury? Zakaz ten stanowi fundament, na którym można wzmacniać tożsamość Adwokatury i wyraźnie promować niezależność adwokata jako gwarancję dla klienta, której nie daje żaden inny zawód prawniczy. Odnalezienie tej tożsamości w zupełnie nowej rzeczywistości to wyzwanie dla Adwokatury. Wyostrzeniu tożsamości Adwokatury może pomóc intensywne działanie na rzecz wzmocnienia normatywnych gwarancji **bezwzględного charakteru tajemnicy adwokackiej** (82% respondentów popiera ten postulat). Adwokatura powinna głośno uświadamiać społeczeństwu znaczenie

tajemnicy adwokackiej – tego, że tajemnica adwokacka nie jest dla adwokata, lecz dla obywatela. Dla adwokata tajemnica stanowi trudny obowiązek, dla obywatela zaś gwarancję jego prawa do rzetelnego procesu. Adwokatura powinna promować się jako najwyższy gwarant praw i wolności obywatelskich – jedyny wśród zawodów prawniczych, który jest ustawowo powołany do współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa [art. 1 ust. 1 Prawa o adwokaturze (Poa)]¹. Radcowie prawni analogicznym unormowaniem pochwalić się nie mogą.

Działalność wizerunkowa to bardzo trudna sprawa. Zasadne wydaje się stanowisko, że najlepsza akcja wizerunkowa nie zastąpi wizerunku rzeczywistego. Adwokatura nie może przestać na prostym wydrukowaniu plakatów, zapłaceniu za reklamy w radiu, telewizji, w internecie oraz na billboardach, ponieważ taka reklama będzie miłąka i typowa. Aby uzyskać się przebicia, Adwokatura musi skoordynować środki oddziaływania medialnego z silnym przekazem wynikającym z realizacji zadań Adwokatury. Jeśli Adwokatura będzie podejmować trafne działanie w społecznie doniosłej sprawie, akcja wizerunkowa może być skuteczna. Działania wizerunkowe bezwzględnie należy prowadzić jako dodatek do podstawowej działalności publicznej. Tylko wtedy mają one szansę trafić do społeczeństwa. Wywołanie efektu synergii pomiędzy działalnością statutową, publiczną i wizerunkową to niezwykle trudne zadanie, przekraczające możliwości złożonych z adwokatów komisji przy NRA. Warto sięgnąć do pozytywnych wzorców z kampanii społecznych i być może – po zasięgnięciu opinii specjalistów z zakresu PR – rozważyć wspólny przekaz z radcami prawnymi. Taki skoordynowany i uczciwy wizerunkowo przekaz może wzmocnić ogólne postrzeganie Adwokatury i zawodu adwokata. Czy jednak to przekłada się bezpośrednio na indywidualną korzyść adwokata wykonującego zawód w kancelarii? Jeśli tak, to w jakim stop-

¹ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. (Dz.U. nr 16, poz. 124), tekst jedn. z dnia 8 kwietnia 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 615).

niu? Jak wiele w ciągu ostatnich lat na rynku pomocy prawnej się zmieniło?

Reklama. Przez wiele lat praktyczne wykonywanie zawodu było w pewien sposób ułatwione, zabezpieczone i scementowane limitowaną liczbą adwokatów na rynku pomocy prawnej i stosunkowo stabilną strukturą tego rynku: zbudowaną w przeważającej większości ze spraw sądowych, w mniejszej części z obsługi pozasądowej. Ta ostatnia tradycyjnie była mniej „adwokacka”; bardziej „radcowska”. Jednocześnie Adwokatura miała niemalże wpływ na swoją liczebność i tym samym – pośrednio – na dostosowanie tej liczebności do potrzeb dość łatwo identyfikowalnego rynku pomocy prawnej. Mówiąc inaczej, rzetelny adwokat nie musiał szczególnie obawiać się o ilość pracy, nie potrzebował reklamy, nie szukał umowy o pracę, nie był szczególnie zainteresowany funkcjami w zarządach spółek kapitałowych, nie obawiał się konkurencji ze strony niewykwalifikowanych prawników, urzędówki traktował zaś jako obowiązek naturalnie związany z przywilejem wykonywania atrakcyjnego, nobilitującego i elitarnego zawodu.

Dziś sytuacja jest zupełnie inna. Adwokatura nie może kontrolować i nie kontroluje liczebności adwokatów ani aplikantów, czego najlepszym dowodem jest jej lawinowy wzrost w ostatnich latach. Rynek jest zupełnie „dziki”, gdyż mające na celu ochronę klientów ograniczenia etyczne Adwokatury zadziałały przeciwko adwokatom, a klientów i tak nie ochroniły. Reklama – jako podstawowe narzędzie rynku – nie mogła ominąć i nie ominęła rynku pomocy prawnej. Klienci adwokatów poddawani są stałemu oddziaływaniu bardziej cywilizowanych reklam ze strony radców prawnych oraz całkowicie nieuczciwych i niecywilizowanych ze strony nieprzygotowanych zawodowo prawników, nazywających siebie często „kancelariami odszkodowawczymi”. Brak jakiegokolwiek możliwości reklamowania się przez adwokatów po prostu świadomie oddaje tę część rynku, która jest sterowana

reklamą, w ręce mniej lub bardziej uczciwej konkurencji. Ogólny marketing Adwokatury – o którym wyżej była już mowa – może okazać się niewystarczający. Być może czas na dopuszczenie pewnych form reklamy – tej uczciwej i nieuciążliwej, choćby po to, by przejmując ten fragment rynku, zarazem ochronić klientów przed nieuczciwymi pseudoprawnikami.

Trzeba sobie jednocześnie zdawać sprawę, że nieograniczone uwolnienie reklamy uderzy przede wszystkim w indywidualne kancelarie i mniejsze spółki adwokackie, które nie będą mogły wydatkować aż takich środków na reklamę jak duże kancelarie. Ten problem jednak już dziś istnieje. Reklamujący się prawnicy niebędący adwokatami (a również mniej etyczni adwokaci) są naszymi uprzywilejowanymi konkurentami. Nie podejmując trudu uregulowania dopuszczalnej reklamy, oddajemy im rynek.

Ograniczenia wykonywania zawodu w spółkach. Na podstawie wyników ankiet można zaryzykować przypuszczenie, że delimitacja możliwości wykonywania zawodu w spółkach prawa handlowego posiadających osobowość prawną, w tym pełnienia funkcji w zarządach spółek kapitałowych, nie stanowi już dziś gwarancji niezależności adwokata. Relacja pomiędzy spółką a członkiem zarządu mieści się bowiem w rynkowym schemacie: usługa – zapłata wynagrodzenia za usługę – w akceptowany sposób w działalności adwokata. Możliwość pełnienia funkcji w zarządach spółek – już dopuszczona w pewnym zakresie w aktualnych zasadach etyki – staje się pomalą elementem funkcjonowania w życiu gospodarczym, jako element swobody działalności gospodarczej. O tym, że adwokat poddany jest normalnym rygorom na rynku działalności gospodarczej, świadczą nie tylko regulacje prawne (art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej²), lecz przede wszystkim praktyka – to, że rynek pomocy prawnej nie różni się od rynku w innych sferach działalności gospodarczej. Skoro popyt na usługi prawnicze

² Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz.U. nr 173, poz. 1807 ze zm.).

nie podlega jakimkolwiek regulacjom, na które Adwokatura albo ktokolwiek inny ma wpływ, oznacza, że popyt ten podlega klasycznym mechanizmom ekonomicznym. Skoro zniknęły ograniczenia ilościowe uczestników rynku – to znaczy, że podaż usług prawniczych jest regulowana według mechanizmów rynkowych. Jeżeli cena usługi prawnej określona jest wzajemną zależnością pomiędzy wielkością popytu na usługi prawnicze i wielkością podaży usług prawniczych (oferowanych przez wykwalifikowanych i niewykwalifikowanych prawników, których liczebność nie jest limitowana), to znaczy, że wyznaczona jest ona za pomocą podstawowego prawa ekonomicznego – mechanizmu rynkowego prawa popytu i podaży. Jedyne ograniczenia, jakie zostały na rynku pomocy prawnej – to samoograniczenia w Adwokaturze. Na dzisiejszym rynku ograniczenia możliwości wykonywania zawodu w spółkach prawa handlowego posiadających osobowość prawną³ czy pełnienia funkcji w zarządach spółek kapitałowych nie są spotykane w innych zawodach prawniczych i w praktycznym wymiarze osłabiają pozycję adwokatów na rynku pomocy prawnej⁴. Dyskusyjne wydaje się przy tym, na ile istotnie służą wzmacnianiu niezależności adwokata. Zakres i sposób dostosowania reguł do aktualnej sytuacji rynkowej powinien być elementem naszej pogłębionej refleksji.

Instytucjonalny model pomocy prawnej z urzędu. Ponad połowa adwokatów i aplikantów adwokackich (58%) uważa, że należy dążyć do stworzenia instytucjonalnego modelu pomocy prawnej z urzędu. Dlaczego? Być może po części dlatego, że obecnie funkcjonujący system jest po prostu niesprawiedliwy. Pewnie też między innymi i dlatego, że niewaloryzowane od 13 lat urzędówki są po prostu dużym nieodpłatnym ciężarem dla adwokatów walczących

na trudnym rynku o przetrwanie i nie są już przez nich postrzegane jako obowiązek naturalnie związany z przywilejem wykonywania atrakcyjnego, nobilitującego i elitarnego zawodu. Zawód stał się mniej atrakcyjny pod względem finansowym, a tytuł mniej prestiżowy i łatwiej dostępny. Trudno dziwić się adwokatom, że nie chcą znosić pańszczyźnianopodobnych obowiązków i krytykują wieloletnie zaniechania legislacyjne (tym głośniejsze, że „obrońca na żądanie” i „nieodpłatna pomoc prawna” gwarantują zwiększenie tych obowiązków). Dziś nie chodzi już tylko o odpowiedź na pytanie ankiety. Pojawiła się nowość: Adwokatura zaczęła protestować. Nie ma sensu już dyskutować, czy protest uliczny był bardziej, czy mniej skuteczny, jaka jest skuteczność negocjacji z Ministerstwem, licznych publikacji czy wypowiedzi medialnych adwokatów. Sprzeciw Adwokatury stał się faktem, a z faktami nie należy dyskutować. Rolą NRA jest wykorzystać wszystkie inicjatywy adwokatów do realizacji zadań i wykorzystać wspólny cel do scementowania środowiska.

Być może jednym z rozwiązań jest pomysł stworzenia instytucjonalnego modelu pomocy prawnej z urzędu, działającego na zasadzie dobrowolności. Politykom trudno będzie przejść do porządku dziennego nad pomysłem powołania instytucjonalnej pomocy prawnej w celu ochrony interesów obywateli. Instytucja taka mogłaby badać zasadność udzielenia nieodpłatnej pomocy prawnej w sposób spójny dla wszystkich rodzajów spraw, przy zastosowaniu rynkowych, jednolitych i czytelnych kryteriów. Być może mechanizmy wypracowane w zamówieniach publicznych mogłyby zostać wykorzystane przy konstruowaniu modelu finansowania uwzględniającego, już na etapie budżetowania tej instytucji, konieczność zapewnienia rynkowych wynagrodzeń dla

³ Bliżej na ten temat por. M. Gutowski, *Umowa o zastępstwo procesowe*, Warszawa 2009, s. 302–305.

⁴ Inaczej jest jedynie w przypadku sędziego lub prokuratora (którzy w istocie nie działają na rynku pomocy prawnej). Te urzędnicze ograniczenia podyktowane są zupełnie innymi względami – związanymi ze sprawowaniem urzędu w wymiarze sprawiedliwości i wykonywaniem władzy publicznej, wykluczającym działanie na rynku komercyjnym.

prawników świadczących usługi. Jeśli projekt taki stworzony zostałby przez NRA, wówczas to Adwokatura mogłaby tą instytucją zarządzać, przejmując na siebie część obowiązków o charakterze publicznym, zgodnie z art. 1 ust. 1 Poa.

Idąc dalej tym tropem, można zastanowić się, czy art. 1 ust. 1 Poa nie stanowi wystarczającej podstawy konstatacji, że w interesie publicznym jest, by to Adwokatura – jako jedyna instytucja ustawowo powołana do świadczenia pomocy prawnej (z art. 2 ustawy o radcach prawnych⁵ nie wynika, by samorząd radcowski taki przywilej uzyskał) – świadczyła tę pomoc prawną dla organów i instytucji państwowych. Zgodnie z normatywną konstrukcją przy świadczeniu tej pomocy prawnej Adwokatura reprezentowana byłaby przez NRA. Czy rzeczywiście ten szczególny fragment rynku pomocy prawnej powinien być otwarty dla firm prywatnych, skoro jedynie Adwokatura jest do tego wyraźnie powołana ustawowo? Czy NRA nie powinna rozpocząć zorganizowanej akcji wizerunkowej, by pokazać, że jako instytucja pełniąca zadania publiczne jest predestynowana właśnie do pełnienia takich strategicznych dla państwa zadań, a zamówienia usług prawnych w przetargach lub tym bardziej „z wolnej ręki” w urzędach są niewłaściwe, a nierzadko prowadzą do patologii? Gdyby to udało się zrealizować, zwiększenie realnego oddziaływania na stanowione prawo byłoby prostą i wcale nieodległą w czasie konsekwencją.

Pion dyscyplinarny Adwokatury – w ocenie większości respondentów (61%) – prawidłowo wykonuje powierzone mu zadania i nie powinien stawać się bardziej rygorystyczny. To pytanie nie powinno jednak uspić naszej uwagi. Można mieć pewne obawy, że postawienie analogicznego pytania społeczeństwu mogłoby przynieść całkowicie przeciwną odpowiedź. Adwokatura powinna pieczołowicie pilnować jakości postępowań dyscyplinarnych. Tylko jakość, szybkość i rzetelność tych postępowań daje Adwokaturnie argument, że jedynie pozo-

stawienie uprawnień dyscyplinarnych w rękach samorządu gwarantuje ich prawidłowe wykonywanie. Strategicznym priorytetem Adwokatury powinno być zachowanie w rękach samorządu postępowań dyscyplinarnych jako „bastionu samorządności”.

Model doskonalenia zawodowego. Większość adwokatów (54%) odpowiedziała twierdząco na pytanie, czy potrzebna jest zmiana modelu obowiązkowego doskonalenia zawodowego. Mniejszość (32%) uznała, że aktualnie funkcjonujący model raczej nie wymaga zmiany, niezdecydowanych było zaś 14%. Zważywszy, że członkowie samorządu adwokackiego uważają, iż najwyższym priorytetem Adwokatury w sferze wydatków jest szkolenie zawodowe, zagospodarowanie tego pola wymaga niemałego wysiłku, aż po zmianę samego modelu. Pierwszeństwo w skali wydatków oznacza wielokrotnie większy nacisk na szkolenie zawodowe. Trzeba tu dostrzec, że w roku 2015 budżet na doskonalenie zawodowe jest osmiokrotnie większy niż w 2014 r., a trzykrotnie większy niż w 2013 r. Oczywiście wynika to z wejścia w życie olbrzymich nowelizacji k.p.k. i k.k. i słusznej polityki NRA w zakresie zwiększenia wydatków na szkolenia, obejmującego przygotowanie do zmian w zakresie procedowania i karania. Trzeba jednak dostrzec, że działalność w sferze doskonalenia zawodowego ze strony NRA to jedynie kropla w morzu wydatków Adwokatury. Podstawowa działalność szkoleniowa jest bowiem prowadzona w izbach i ocena odpowiedzi na pytanie wymagałaby uwzględnienia jakości szkolenia w poszczególnych izbach. Niezależnie od tej oceny jeden wniosek jest pewny: działalność w sferze doskonalenia zawodowego należy traktować jako bezwzględny priorytet Adwokatury.

KONKLUZJE

Czy przeprowadzone badania wprost dają odpowiedź na to, jak ma wyglądać wieloletnia

⁵ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r., tekst jedn. z dnia 18 marca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 507).

strategia Adwokatury? Na pewno nie, ale być może sprowokują poważną dyskusję środowiskową. Ona zresztą już się toczy z pożytkiem dla naszego środowiska. Wspólne cele Adwokatury nie muszą być realizowane za pomocą jednolitych środków. Adwokatura to środowisko indywidualistów, którzy mogą i muszą się różnić w swych ocenach i poglądach, a mają prawo i obowiązek swe stanowisko artykułować. Błędem jest, jeśli odmienne poglądy interpretuje się jako dowód na rozwarstwienie środowiska. Różne spojrzenia i metody działania są pożyteczne, charakterystyczne dla Adwokatury i stanowią o jej sile, nie o słabości. W dłuższej perspektywie zapobiegają stagnacji i zapewniają rozwój Adwokatury. Dobre zmiany „rodzą się w bólach” i tak się powinna rodzić strategia. Wszelkie dobre pomysły powinny być wykorzystane przez NRA dla realizacji celów Adwokatury w myśl zasady, że w trudnych czasach „wszystkie ręce na pokład”. Poddając zaproponowane pomysły wewnątrzśrodowiskowej krytyce, zwiększamy szanse wypracowania dobrych rozwiązań.

Immanentną cechą każdej ankiety jest jednak wyeksponowanie stanowiska większości. W tej perspektywie odpowiedzi stanowią materiał, który pozwala na wyciągnięcie kilku twardych wniosków i daje wyraźne umocowanie do pewnych zmian, opartych na woli ogółu. Sceptykom trzeba odpowiedzieć, że między wyraźnie zdefiniowaną, wieloletnią strategią Adwokatury a trudnymi do uchwycenia i nie-

mierzalnymi imponderabiliami istnieje różnica zasadnicza. Ścisłe określone kryteria powinny wyznaczać organom samorządowym wyraźne pole do działania. Działanie w oparciu o kryteria nieuchwytnie jest intuicyjne i przypadkowe. Jasno zdefiniowane i wyraźnie wskazane przez adwokatów i aplikantów obszary wymagają dodatkowej aktywności ze strony władz Adwokatury. Jeśli tych działań zaniechamy, będziemy tracić pozycję zawodową.

Jeśli na nowo nie zdefiniujemy relacji pomiędzy tradycyjnymi wartościami Adwokatury a potrzebami nowoczesnego rynku, staniami się nieefektywni i archaiczni. Pozostaniemy w tyle za konkurencją, która – nie oglądając się na żadne tradycyjne wartości – bezwzględnie uderzy w naszą klientelę, odbierając nam kolejne obszary nowoczesnego rynku pomocy prawnej. Należy bardzo precyzyjnie określić, które wartości zawsze i niezależnie od aktualnych potrzeb pozostają niezmiennie jako „kręgosłup” zawodu adwokata. Nie można bowiem tracić z pola widzenia tego, że nowoczesne obszary rynku już teraz są trudne do uchwycenia w świetle regulacji etycznych.

Czy konieczna jest redefinicja naszego zawodu – raczej nie. Jednak lekkie „odrdzewienie” żelaznej struktury byłoby mile widziane. Imponderabilia Adwokatury są nam potrzebne i musimy je pielęgnować. Ale już nie wystarczą jako gwarancja zabezpieczenia prawidłowego wykonywania zawodu adwokata we współczesnym świecie.

Zbigniew Kuniewicz

GŁOSA DO UCHWAŁY SKŁADU SIĘDMIU SĘDZIÓW SĄDU NAJWYŻSZEGO – IZBA CYWILNA Z 19 LUTEGO 2013 R., III CZP 63/12¹

Teza głosowanej uchwały brzmi:

Przepis art. 433 k.c. nie ma zastosowania do odpowiedzialności za szkodę polegającą na zalaniu lokalu położonego niżej z lokalu znajdującego się na wyższej kondygnacji.

I. Zagadnienie prawne będące przedmiotem głosowanej uchwały SN powstało na tle interpretacji art. 433 k.c. i zostało wyrażone w pytaniu, czy przepis ten ma zastosowanie do odpowiedzialności za szkodę, polegającą na zalaniu lokalu niżej położonego z lokalu znajdującego się na wyższej kondygnacji. Przypomnijmy, że art. 433 k.c. przewiduje opartą na zasadzie ryzyka odpowiedzialność tego, kto pomieszczenie zajmuje, za szkodę spowodowaną wyrzuceniem, wylaniem lub spadnięciem jakiegokolwiek przedmiotu z pomieszczenia. W ocenie Rzecznika Ubezpieczonych, który wystąpił do SN z wnioskiem o podjęcie uchwały rozstrzygającej powyższą wątpliwość, przez określenie „wylanie” należy rozumieć nie tylko wypłynięcie cieczy na zewnątrz budynku, ale także zalanie innego pomieszczenia położonego na tej samej, jak również na niższej kondygnacji.

Sąd Najwyższy nie podzielił tego zapatrywania, a głosowana uchwała wpisuje się w dominującą linię orzeczniczą, wedle której przepis art. 433 k.c. nie jest podstawą odpowiedzialności za szkodę powstałą na skutek zalania pomieszczenia niżej położonego. Nie zgadzam się z tym stanowiskiem i nie jest to ocena odosobniona, gdyż zdecydowana większość przedstawicieli doktryny kwestionuje taką interpretację art. 433 k.c., jaka przyjmowana jest w judykaturze, której zwieńczeniem jest wydana w składzie siedmiu sędziów SN głosowana uchwała.

II. Argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu uchwały jest wielowątkowa, albowiem SN odwołuje się do wykładni językowej, systemowej, a niebagatelną rolę odgrywa także wykładnia historyczna. Jednak przed wyrażeniem własnej oceny oraz argumentacji wspierającej tę ocenę SN referuje przyjmowane

¹ Uchwała z uzasadnieniem została opublikowana w OSNC 2013, nr 7–8, poz. 81. Zob. też glosy do tej uchwały, które opracowali A. Chłopecki, OSP 2014, nr 4, poz. 42 oraz J. Kondek, PS 2014, nr 5, s. 129 i n.

dotychczas w judykaturze i nauce sposoby wykładni art. 433 k.c. w kontekście możliwości objęcia hipotezą tego przepisu przypadku szkody powstałej na skutek przelania się wody między kondygnacjami budynku. Sąd Najwyższy zauważa zatem, że art. 433 k.c. nie jest jednolicie interpretowany w doktrynie. Zwolennicy mniejszościowego poglądu² podkreślają przede wszystkim fakt, że omawiany przepis ma charakter regulacji szczególnej, zatem wymaga on ścisłej interpretacji. Autorzy ci przypominają wywodzący się z czasów rzymskich rodowód art. 433 k.c., który to przepis do czasu upowszechnienia się kanalizacji w miastach był stosowany do naprawienia szkód spowodowanych wylaniem nieczystości na ulicę. Dodatkowo, w świetle tego zapatrywania, akcentuje się odmienności występujące między przypadkami przelania się wody między kondygnacjami budynku a typowymi sytuacjami oparcia odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Odmienności te mają jakoby polegać na tym, że art. 433 k.c. odnosi się do przypadków określanych jako zdarzenie nagłe i niespodziewane, stwarzające dla poszkodowanego trudności w ustaleniu sprawcy szkody. Tymczasem zalanie pomieszczenia – w świetle przedstawionej argumentacji – nie ma charakteru takiego zdarzenia.

Z kolei zwolennicy przeciwnego, dominującego w doktrynie poglądu³ zwracają

uwagę na to, że we współczesnych stosunkach społecznych zmieniła się funkcja art. 433 k.c., przewidującego odpowiedzialność za *effesum vel deiectis*. Przepis ten należy interpretować szeroko, gdyż poprzestanie w obecnych warunkach społecznych jedynie na tych ukształtowanych w czasach rzymskich zagrożeniach⁴ uczyniłoby omawianą regulację martwą.

Zdecydowanie konsekwentnie za odrzuceniem stosowania art. 433 k.c. do przypadków zalania pomieszczenia wewnątrz budynku opowiada się – przywołane w uzasadnieniu głosowanej uchwały – orzecznictwo SN. Jedynie w orzeczeniu z 15 września 1959 r. (4 CR 1071/58)⁵, wydanym jeszcze na gruncie art. 150 k.z. (odpowiednik dzisiejszego art. 433 k.c.), SN uznał, że za szkodę wyrządzoną zalaniem lokalu położonego na niższej kondygnacji odpowiedzialność ponosi osoba, w której faktycznym władaniu znajduje się to pomieszczenie. Jednak w kolejnych orzeczeniach SN zajmuje zdecydowanie odmienne stanowisko w tej sprawie, a wyrok SN z 1959 r. jest traktowany jako rozstrzygnięcie odosobnione i wyrażone bez bliższego uzasadnienia. Tym samym głosowana uchwała SN wpisuje się w dominujący nurt orzecznictwa, którego wyrazem są następujące uchwały i orzeczenia SN: uchwała z 12 lutego 1969 r. (III CZP 3/69)⁶, wyrok z 11 października 1980 r. (I CR 295/80)⁷, wyrok z 5 marca

² Por. G. Bieniek, (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. G. Bieniek, Warszawa 2001, s. 352; F. Zoll, *Głosa do wyroku SN z dnia 5 marca 2002 r.*, I CKN 1156/99, OSP 2003, nr 1, poz. 5. Pogląd, że art. 433 k.c. nie obejmuje przypadków przelania się wody z jednego lokalu do innego lokalu, przypisywany jest też W. Czachórskiemu. Trzeba jednak zauważyć, że wspomniany autor w tej sprawie nie wyraził jasno własnego poglądu, stwierdził natomiast, że omawiany „przepis nie obejmuje według judykatury SN [podkr. Z. K.] sytuacji, gdy nastąpiło przelanie się wody z lokalu wyższej kondygnacji do lokalu niższego” – W. Czachórski, (w:) *System Prawa Cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 598.

³ Por. M. Nesterowicz, (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, s. 424; M. Safjan, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 1225; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2010, s. 234; A. Olejniczak, (w:) *Kodeks cywilny. Zobowiązania. Część ogólna*, t. III, red. A. Kidyba, Warszawa 2010, s. 426; A. Śmieja, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 516–517.

⁴ Por. T. Palmirski, *Rzymskie korzenie regulacji prawnej zawartej w art. 433 k.c. w zakresie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez wyrzucenie, wylanie lub spadnięcie przedmiotu z pomieszczenia*, „Palestra” 1998, nr 5–6, s. 25 i n.

⁵ OSPiKA 1961, nr 6, poz. 159.

⁶ OSNCP 1969, nr 7–8, poz. 130.

⁷ OSNCP 1981, nr 8, poz. 151.

2002 r. (I CKN 1156/99)⁸, uchwała z 18 lipca 2012 r. (III CZP 41/12)⁹.

Gros argumentów przywołanych w uzasadnieniach kolejnych rozstrzygnięć stanowią powtórzenia wcześniejszych wątków sądowej argumentacji, które można ująć w następujących punktach. Po pierwsze, w art. 433 k.c. chodzi o wyrzucenie, wylanie lub spadnięcie z pomieszczenia, a więc na zewnątrz. Po drugie, wskazuje się, że ustawodawca w roku 1964 miał świadomość, jak duże zmiany zaszły w urządzeniach znajdujących się w wielolokalowych domach, a pomimo to przepis art. 433 k.c. otrzymał tradycyjne brzmienie. Wreszcie jako trzecią przesłankę argumentacyjną podnosi się, że trudności poszkodowanego związane z dochodzeniem naprawienia szkody nie mogą uzasadniać odstępiania od wykładni językowej art. 433 k.c. na rzecz wykładni celowościowej.

W głosowanej uchwale SN nie tylko podzielił dotychczasowe stanowisko orzecznictwa odnośnie do wykładni art. 433 k.c., ale również zaakceptował argumentację, która została powołana we wcześniejszych orzeczeniach i uchwałach. Wprawdzie w uzasadnieniu komentowanej uchwały czytamy, że wykładnia językowa art. 433 k.c. nie daje jednoznacznych rezultatów, jednakże SN opowiedział się za tradycyjnym rozumieniem słowa „wylanie”, oznaczającym „przelanie się wody lub innej cieczy na zewnątrz, poza obręb budynku”. Powyższy wniosek – zdaniem SN – wspierają także argumenty wykładni historycznej oraz celowościowo-funkcjonalnej.

III. Jak już wcześniej zaznaczyłem, teza głosowanej uchwały nie zasługuje na aprobatę, a polemikę z wyrażonym w niej poglądem należy oprzeć przede wszystkim na wnioskach płynących z wykładni językowej. Przy czym za w pełni trafne uważam przyjęte przez SN założenie, że art. 433 k.c. jest przepisem szczególnym, przepisy o takim charakterze podle-

gają zaś wykładni zwięzającej. Jednak wbrew twierdzeniom zarówno zwolenników, jak też niektórych krytyków poglądu wyrażonego w tezie uchwały, uważam, że objęcie art. 433 k.c. przypadków odpowiedzialności za szkodę spowodowaną przelaniem się wody między kondygnacjami budynku nie wymaga wcale dokonywania rozszerzającej wykładni wspomnianego przepisu. Nietrafne jest zatem stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu wyroku SN z 5 marca 2002 r., że powyższy pogląd wyrażany jest „wbrew wyraźnej woli ustawodawcy”.

Przed wszystkim pewne zdumienie może wzbudzać fakt, że SN, wyjaśniając sens zwrotu „wylanie”, nie odniósł się do żadnej słownikowej definicji tego określenia, lecz – jak należy wnosić z lektury uzasadnienia uchwały – oparł swe wywody na własnym, raczej intuicyjnym rozumieniu analizowanego wyrazu. Tymczasem spośród wielu znaczeń słowa „wylać” lub „wylanie” w interesującym nas przypadku należy przyjąć, że zwrot ten znaczy tyle, co „wydobyć się z jakiegoś naczynia”, „znaleźć się na zewnątrz”¹⁰. Akcentuje się zatem owo uzewnętrzanie skutku tego zdarzenia, jakim jest wylanie wody lub innej cieczy. Jednocześnie spośród wielu znanych mi słownikowych definicji pojęcia „wylanie” żadna z nich nie wiąże tego zdarzenia z takim skutkiem, jaki przyjął w uzasadnieniu uchwały SN, a mianowicie z przelaniem wody „poza obręb budynku”. Tymczasem jest to zasadnicza kwestia, która decyduje o wyniku wykładni językowej art. 433 k.c. Zauważmy bowiem, że skoro w omawianym przepisie mowa jest o odpowiedzialności osoby zajmującej pomieszczenie, a nie budynek, stąd racjonalne jest, by to „wydostanie się wody na zewnątrz”, czyli jej wylanie, odnosić do pomieszczenia, a nie do budynku.

Wbrew twierdzeniom SN stanowisko wyrażone w uchwale nie znajduje potwierdzenia

⁸ OSP 2003, nr 1, poz. 5.

⁹ OSNC 2013, nr 3, poz. 28.

¹⁰ Zob. hasło „wylać”, (w): *Słownik języka polskiego*, t. 6, red. M. Bańko, Warszawa 2007, s. 160; *Słownik języka polskiego*, t. III, red. M. Szymczak, Warszawa 1996, s. 756.

ani w wykładni historycznej, ani celowościowo-funkcjonalnej. W rozważanym przypadku przypomnienie rzymskiego rodowodu art. 433 k.c. ma pewne walory poznawcze, jednak wykładnia historyczna nie może być uznana za miarodajną przy odtwarzaniu normy prawnej zawartej w analizowanym przepisie. Trzymanie się bowiem kontekstu historycznego i traktowanie art. 433 k.c. jako regulacji prawnej służącej naprawieniu szkód spowodowanych wylaniem nieczystości na ulicę – o czym wcześniej była mowa – uczyniłoby ten przepis martwym. Wreszcie do wyrażenia negatywnej oceny stanowiska SN skłaniają także wnioski płynące z wykładni celowościowo-funkcjonalnej. W nauce dobitnie i obrazowo wykazano,

że nie ma żadnego uzasadnienia, aby zakresem zastosowania art. 433 k.c. objąć – jako przypadki zalania – roszczenia o naprawienie szkód powstałych podczas podlewania kwiatów na balkonie wyższej kondygnacji, natomiast już rekompensaty szkód spowodowanych zalaniem łazienki lub innego pomieszczenia dochodzić na podstawie art. 415 k.c.¹¹

W konkluzji należy stwierdzić, że nie ma potrzeby ani zmiany treści art. 433 k.c., ani przełamania – niedozwolonego w tym przypadku – zakazu rozszerzającej wykładni przepisu szczególnego. Przypadek przelania się wody z jednego lokalu do innego lokalu mieści się bowiem w hipotezie poprawnie interpretowanego art. 433 k.c.

¹¹ Por. A. Olejniczak, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 426.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W WARSZAWIE Z 4 CZERWCA 2014 R., II AKA 134/14¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

Godzenie się to akceptowanie stanu rzeczy, który może nastąpić. Godzenie się może też polegać na różnego rodzaju stanach obojętności wobec tego, co się czyni lub co może z tego wyniknąć.

Powyższy pogląd został wyrażony na gruncie następującej sprawy.

J. W. został oskarżony o to, że pełniąc funkcję przewodniczącego Rady Nadzorczej Spółdzielni Mieszkaniowej, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi czterema ustalonymi członkami rady nadzorczej, na podstawie podjętej uchwały upoważnił zarząd Spółdzielni Mieszkaniowej do nabycia nieruchomości w postaci działki za rażąco zawyżoną kwotę 18 500 000 zł, czym wyrządził szkodę w wielkich rozmiarach w kwocie 8 282 166 zł Spółdzielni Mieszkaniowej, tj. o czyn z art. 296 § 1 k.k. w zw. z art. 296 § 3 k.k.

Sąd okręgowy wyrokiem z 16 grudnia 2013 r., sygn. akt VIII K 341/10, uznał, że w ramach zarzucanego czynu J. W., pełniąc funkcję przewodniczącego Rady Nadzorczej Spółdzielni Mieszkaniowej, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi czterema ustalonymi członkami rady nadzorczej, nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku, w ten sposób, że na podstawie uchwały upoważnił zarząd Spółdzielni Mieszkaniowej do nabycia

nieruchomości w postaci działki za rażąco zawyżoną kwotę 18 500 000 zł, bez sprawdzenia jej wartości rynkowej, czym nieumyślnie wyrządził szkodę w wielkich rozmiarach w kwocie 8 282 166 zł Spółdzielni Mieszkaniowej, co wyczerpało znamiona przestępstwa z art. 296 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 296 § 4 k.k., i na podstawie art. 101 § 1 pkt 4 k.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. postępowanie umorzył.

Wyrok ten zaskarżył w całości pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego, zarzucając m.in. obrazę przepisów prawa materialnego (art. 296 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 296 § 4 k.k. oraz art. 9 § 1 i 2 k.k.) poprzez błędne przyjęcie, że czyn zarzucany oskarżonemu stanowi występki popełniony nieumyślnie. Wniósł on o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi okręgowemu.

Sąd apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał sądowi okręgowemu do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu sąd apelacyjny podkreślił pewne uchybienia w ustaleniach dowodowych

¹ LEX nr 1496103.

poczynionych przez sąd okręgowy. Uznał również zasadność wyrażonego w apelacji poglądu, że sąd okręgowy powinien był rozważyć, czy wynikiły z zachowania oskarżonego skutek w postaci wyrządzenia szkody nie był objęty zamiarem ewentualnym. Sąd apelacyjny trafnie wskazał, że zasadniczym zamiarem oskarżonego było objęcie w tym przypadku nabycie przez Spółdzielnię określonej nieruchomości. Kwestią wymagającą zaś wnikliwej analizy powinna być płaszczyzna decyzyjna. Świadomość bowiem możliwości popełnienia czynu zabronionego zachodzi zarówno przy zamiarze ewentualnym, jak i przy tzw. świadomej nieumyślności. Ten element stosunku psychicznego nie może zatem służyć do ich rozgraniczenia. Należało zatem ustalić, czy sprawca godził się na popełnienie czynu zabronionego. Sąd apelacyjny przyjął akceptowany w doktrynie prawa karnego pogląd, że godzenie się polega na akceptowaniu stanu rzeczy, który może nastąpić. Godzenie się może też polegać na różnego rodzaju stanach obojętności wobec tego, co się czyni lub co może z tego wyniknąć.

Zarówno rozstrzygnięcie sądu apelacyjnego w konkretnej sprawie, jak i sformułowany ogólny pogląd są trafne. Warto jednak poczynić kilka uwag w tej mierze, ponieważ strona podmiotowa w ogóle, a zamiar ewentualny

w szczególności, stanowią poważny problem w praktyce orzeczniczej, stosunek psychiczny sprawcy do czynu odpowiadający zamiarowi ewentualnemu wydaje się zaś często występować. Zamiarowi ewentualnemu poświęcono w literaturze prawa karnego bardzo dużo uwagi – przede wszystkim od strony konstrukcyjnej. Powstały liczne teorie zamiaru ewentualnego. Wśród nich najczęściej wymienia się teorię obojętności woli, zgody, wyobrażenia, woli warunkowej, ryzyka, narażenia, uświadomionego prawdopodobieństwa oraz tzw. teorie mieszane². W doktrynie zdaje się dominować pogląd, że godzenie się stanowi swoistą postać procesu decyzyjnego (postać „woli”)³. Wiele współczesnych teorii, aczkolwiek poprawnych metodologicznie i konstrukcyjnie, jest interesujących na gruncie dogmatyki, natomiast ze względu na niski próg aplikowalności nie pojawia się w praktyce⁴. W orzecznictwie najpowszechniej powołuje się na koncepcję obojętności woli, w myśl której sprawcy jest obojętne, czy czyn zabroniony popełni⁵. Ponieważ nauka prawa karnego nie wypracowała jednego, powszechnie podzielanego poglądu odnośnie do tego, która teoria zamiaru ewentualnego jest najtrafniejsza, praktyka może oprzeć się na dowolnej z nich (z wyjątkiem oczywiście tych, które zostały niemal jednogłośnie odrzucone)⁶. Wybór akurat tej teorii wydaje się

² Por. szerzej przekrojowe zestawienie – R. Citowicz, *Spory wokół rozumienia umyślności i jej postaci*, Prok. i Pr. 1999, z. 6, s. 18–35; Z. Jędrzejewski, *Z problematyki zamiaru ewentualnego w teorii i praktyce*, PiP 1983, z. 10, s. 46–47; por. także M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, Wolters Kluwer, w druku.

³ Tak m.in. W. Bugajski, *Element woli w zamiarze ewentualnym*, NP 1960, nr 1, s. 65–79; K. Mioduski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, t. 1, PWN, s. 38; H. Poplawski, *Zamiar ewentualny a potrzeby praktyki sądowej*, „Palestra” 1962, nr 3–4, s. 79–86; E. Szvedek, *Zawilosci zamiaru ewentualnego*, Probl. Praw. 1980, nr 1, s. 53–60 (zdaniem tego Autora zgoda jest najsłabszym stopniem woli); także chyba Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym. Przyczynek do nauki o tzw. podwójnym usytuowaniu zamiaru*, PiP 2003, z. 8, s. 54–55.

⁴ Np. ujęcie zamiaru ewentualnego jako złożonej konstrukcji: godzenie się – sfera motywacyjna – wina, w skład której wchodzi nieumyślne bezprawie i specyficznym naganym stosunek psychiczny sprawcy do czynu. Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie*, s. 54–55.

⁵ W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. 1, Kraków 1933, s. 103.

⁶ Żadna z koncepcji nie rozwiązuje problemów związanych z zamiarem ewentualnym ani nie wyjaśnia jego istoty jako całości; w pewnym zakresie jednak każda z nich jest poprawna. Por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, PWN, s. 304; T. Kaczmarek, *Sporne problemy umyślności*, (w:) J. Majewski (red.), *Umyślność i jej formy. Pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2011, Wydawnictwo „Dom Organizatora” TNOiK, s. 43–44. Szerzej na ten temat M. Budyn-Kulik, *Umyślność*, w druku.

dobry. Przypisanie sprawcy zamiaru ewentualnego na jej podstawie nie staje się co prawda całkiem łatwe, ale z pewnością łatwiejsze niż w przypadku większości pozostałych. Pozwala się ona bowiem oprzeć w dużej mierze na okolicznościach przedmiotowych, obiektywnych. Przypisanie sprawcy zamiaru ewentualnego odbywa się tutaj niejako poprzez odwołanie się do nieumyślności świadomej – lekkomyślności. Istotnym jej elementem jest bowiem nie tylko przekonanie sprawcy, że uda mu się uniknąć spowodowania przestępnego skutku, ale także towarzysząca temu wyraźna chęć uniknięcia negatywnych konsekwencji własnego postępowania. To jest właśnie ten element, który nie występuje w przypadku zamiaru ewentualnego⁷. Wystarczy zatem wykazanie, że sprawca nie podjął żadnych działań zmierzających do zrealizowania się przestępnego skutku. Innymi słowy – zamiar ewentualny można przypisać sprawcy wówczas, gdy na płaszczyźnie decyzyjnej dowiedziemy jego obojętności na możliwość popełnienia przestępstwa.

Przedstawiciele doktryny prawa karnego zajmowali się również kwestią procesową, na podstawie jakich okoliczności – o charakterze zewnętrznym czy mieszanym – należy ustalać jego istnienie. Zdania w tej mierze są podzielone. Nawet jednak ustalenia poczynione na podstawie wyjaśnień sprawcy mogą być nieprawidłowe⁸. W doktrynie prawa karnego podkreśla się, że w zasadzie nie można przypisać sprawcy zamiaru ewentualnego jedynie na podstawie okoliczności przedmiotowych⁹. Praktyka sądowa jednak nie do końca po-

głąd ten podziela¹⁰. Dopuszczenie możliwości oparcia się wyłącznie na okolicznościach zewnętrznych stanowi zrozumiałą tendencję, zważywszy na to, że praktyka z istoty swej musi kierować się zasadą funkcjonalności, zmierzając do upraszczania dowodzenia strony podmiotowej. Większość orzecznictwa w tym zakresie dotyczy ustalania strony podmiotowej czynów polegających na pozbawieniu życia człowieka¹¹. Dążenie do zrekonstruowania subiektywnego stosunku psychicznego sprawcy do czynu na podstawie jego zachowania jest trudne i czasochłonne. Nie zawsze również okoliczności zewnętrzne są na tyle jednoznaczne, by możliwa była ich interpretacja pod tym względem¹². Nie znaczy to jednak, że można stronę podmiotową przypisywać w sposób czysto uznaniowy.

Wyrok sądu okręgowego w sprawie stanowiącej podstawę głosowanego wyroku pokazuje dość powszechną, niestety, praktykę orzecniczą, polegającą na pomijaniu w ustaleniach dotyczących strony podmiotowej dowodzenia sfery decyzyjnej. Tradycyjnie w doktrynie polskiego prawa karnego przy analizie strony podmiotowej wyodrębnia się, niezależnie od jej postaci, płaszczyznę intelektualną (poznawczą) i wolicjonalną. Wszelkie ustalenia dotyczące strony podmiotowej są trudne pod względem dowodowym. Zwykle o stosunku psychicznym sprawcy do czynu, czyli okoliczności niepoddającej się bezpośredniej obserwacji, wnioskuje się jednak, pomimo wskazanych wyżej zastrzeżeń, na podstawie okoliczności obiektywnych

⁷ W. Wolter, *Z problematyki zamiarów przestępnych*, PiP 1981, z. 4, s. 42; por. także M. Budyn-Kulik, *Umysłność*, w druku.

⁸ Wyrok SA w Krakowie z 22 maja 2007 r., II AKa 66/07, KZS 2007, z. 6, poz. 44.

⁹ Por. krytyczne uwagi w tej mierze M. Filara, *Umysłność faktyczna czy umysłność prawna*, (w:) J. Majewski (red.), *Umysłność i jej formy*, s. 65–69.

¹⁰ Tak np. wyrok SA w Warszawie z 29 października 2009 r., II AKa 33/09, Apel. W-wa 2010, z. 1, poz. 4, odmiennie wyrok SA w Białymstoku z 5 marca 2013 r., II AKa 33/13, LEX nr 1311929.

¹¹ Orzecznictwo jest w tej mierze dość bogate, tytułem przykładu można podać wyrok SA w Poznaniu z 30 maja 1995 r., II AKr 153/95, OSA 1998, nr 9, poz. 48; wyrok SA w Krakowie z 3 października 1996 r., II AKa 233/96, Dod. Prok. i Pr. 1997, z. 5, poz. 16; wyrok SN z 21 stycznia 1985 r., I KR 320/84, OSNPG 1986, nr 2, poz. 17; por. szerzej M. Budyn-Kulik, *Umysłność*, w druku.

¹² Por. W. Górowski, *Głos w dyskusji*, (w:) J. Majewski (red.), *Umysłność i jej formy*, s. 82–85.

– przedmiotowych¹³. Rzadko kiedy sprawca wprost wyraża własny stosunek do czynu. Czasami na podstawie jego wyjaśnień da się owo nastawienie w jakiej części zrekonstruować i „przykroić” do ram którejś postaci strony podmiotowej. Ustalenie postaci zamiaru na podstawie okoliczności zewnętrznych, o charakterze przedmiotowym, również nie jest łatwe, ponieważ właściwa ich interpretacja możliwa jest wtedy, gdy znamy „intencję” ich zaistnienia¹⁴.

Ustalenie, jak wyglądała płaszczyzna poznawcza, niewątpliwie jest łatwiejsze. Podstawą jest tutaj swego rodzaju domniemanie, że dorosły, sprawny psychicznie człowiek z danego kręgu kulturowego dysponuje pewnym zasobem informacji o otaczającym go świecie. Z reguły również możliwe jest ustalenie, czy sprawca zdawał sobie sprawę z istnienia okoliczności faktycznych stanowiących znamię czynu zabronionego. Tak też uczynił sąd w sprawie stanowiącej podstawę do wydania głosowanego wyroku. Oskarżony wiedział, jaka jest wielkość i lokalizacja sprzedawanej działki oraz kwota, za jaką miała zostać nabyta. Mógł zatem stwierdzić, czy cena działki nie została zawyżona, a skoro była ona rażąco zbyt wysoka, oznaczało to, że spółdzielnia poniesie określoną szkodę majątkową. Z uzasadnienia wyroku sądu apelacyjnego wynika, że poczyniono w tej mierze różne ustalenia. Sąd okręgowy przyjął, że oskarżony nie zdawał sobie sprawy z wysokości ceny, natomiast sąd apelacyjny znalazł dowód świadczący o tym, iż został on o tym poinformowany. Niezależnie jednak od tego, czy oskarżony znał dokładną wysokość ceny, czy też nie, możliwe jest przypisanie mu zamiaru ewentualnego spowodowania szkody.

Jeżeli oskarżony wiedział o wysokości ceny, możliwe są dwie sytuacje: że zdawał sobie sprawę z tego, iż nie odpowiada ona rzeczywistej wartości rynkowej działki, oraz że

nie był tego świadomy. W pierwszej sytuacji sprawa jest prostsza. Płaszczyzna poznawcza strony podmiotowej zasadzała się tu na świadomości. Nie rozwiązuje to oczywiście jeszcze problemu kształtu procesu decyzyjnego. Skoro sprawca wiedział o zawyżeniu ceny, jako dorosły, prawidłowo rozwinięty pod względem intelektualnym człowiek (świadczy o tym zarówno fakt sprawowania przezeń funkcji przewodniczącego Rady Nadzorczej Spółdzielni Mieszkaniowej, jak i brak odmiennych ustaleń w aktach sprawy), zdawał sobie sprawę, że zakupienie w takich warunkach działki jest z majątkowego punktu widzenia dla spółdzielni niekorzystne. Z akt sprawy wynika, że nie podjął on żadnych czynności mających na celu niedopuszczenie do zawarcia niekorzystnej umowy przez organ spółdzielni. Pozwala to uznać, że ewentualne następstwa jego własnego czynu, w postaci spowodowania szkody majątkowej, są mu obojętne. W aktach sprawy, przynajmniej znajdujących odzwierciedlenie w treści uzasadnienia, nie ma danych świadczących o wyraźnym braku akceptacji takiego skutku przez oskarżonego.

Jeżeli sprawca nie był świadomy, że cena działki nie odpowiada jej rzeczywistej wartości, nie zmienia to zbyt konsekwencji w sferze przypisania zamiaru. Jako przewodniczący Rady Nadzorczej Spółdzielni Mieszkaniowej powinien dbać o interesy spółdzielni. Wiedząc o planowanym zakupie, powinien dążyć do starań, by zawierana transakcja nie była dla spółdzielni niekorzystna. Był w tej mierze gwarantem, dlatego odpowiada także za przestępne zaniechanie. W tym przypadku należy przyjąć, że oskarżony obejmował świadomością możliwość powstania szkody majątkowej. Stopień prawdopodobieństwa (pewności) jej powstania jest tutaj mniejszy niż w sytuacji pierwszej. Tym niemniej jeżeli oskarżony nie upewnił się co do tego, czy cena działki nie jest rażąco zawyżona, nie miał pewności, czy

¹³ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, Wydawnictwo Prawnicze, s. 211–212.

¹⁴ M. Budyn-Kulik, *Umysłność*, w druku.

tak nie jest. Dorosły, prawidłowo rozwinięty intelektualnie człowiek zdaje sobie sprawę z tego, że w takiej sytuacji istnieje ryzyko spowodowania szkody. Ustalenie płaszczyzny decyzyjnej wygląda w tym przypadku podobnie, jak w sytuacji pierwszej. Jest nawet łatwiejsze. Brak jakichkolwiek działań zmierzających do ustalenia, czy cena działki jest adekwatna do jej wartości, pozwala przypuszczać, że fakt ten był oskarżonemu obojętny, a zatem że wykazywał także obojętność wobec możliwości spowodowania szkody majątkowej. Spełnione są więc warunki przypisania zamiaru ewentualnego.

Gdyby przyjąć, jak uczynił to sąd okręgowy, że oskarżony nie znał ceny zakupu działki, nadal niewiele się zmienia w procesie przypisywania strony podmiotowej. Cofamy się jedynie do wcześniejszej fazy procesu decyzyjnego oskarżonego. Oskarżony ma świadomość, że jego zachowanie wpływa na rozporządzenie majątkowe spółdzielni i że od jego staranności i sumienności zależy podjęcie przez zarząd właściwej decyzji finansowej. Nie wykazując zainteresowania ceną działki, dał wyraz swej obojętności wobec faktu, że może być ona zawyżona, oraz co do wszelkich wiążących się z tym konsekwencji. Także zatem i w tym wypadku są podstawy do przypisania sprawcy zamiaru ewentualnego.

Kwestia strony podmiotowej coraz częściej

pojawia się w orzecznictwie sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego. Nie zawsze tezy w nich zawarte dotyczące przypisywania umyślności czy nieumyślności są poprawne. Rozważania sądów w tej mierze często ograniczają się jedynie do pewnego wycinka omawianej problematyki, z reguły ustalenia płaszczyzny intelektualnej. Obserwować można również pewną niechęć sądów, tak jak to miało miejsce w sprawie będącej podstawą głosowanego orzeczenia, do przypisywania zamiaru ewentualnego. Przyczyną takiego stanu rzeczy zdaje się być fala krytyki, jaka spadła na sądy nadużywające swego czasu tej postaci strony podmiotowej, dorabiając się nawet miana „usłużnego zamiaru ewentualnego”¹⁵. Nie jest to dobre rozwiązanie; nie chodzi wszak o to, by nie przypisywać zamiaru ewentualnego sprawcy wówczas, gdy są ku temu podstawy, lecz by nie robić tego, gdy ich nie ma.

Jednak w zakresie przypisywania strony podmiotowej pojawiają się pozytywne zmiany. Istotne jest to, że sądy odwoławcze i Sąd Najwyższy zwracają sądom pierwszej instancji uwagę na konieczność czynienia dokładnych ustaleń dotyczących strony podmiotowej, starając się jednocześnie dawać czytelne wskazówki co do natury strony podmiotowej, sposobów ustalania jej postaci w praktyce i metod ich dowodzenia.

¹⁵ Por. tamże.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W KRAKOWIE Z 22 KWIETNIA 2014 R., II AKA 37/14

Teza glosowanego wyroku brzmi:

Desygnatem „przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy z art. 152 § 2 k.k.” może być tylko takie „przerwanie ciąży”, które podlega regulacjom prawa polskiego. Pojęcie to nie obejmuje zabiegów przerwania ciąży, które wykonywane są poza granicami Polski, bowiem polska ustawa karna nie reguluje zasad przerwania ciąży za granicą, nie można więc tam ustawy „naruszyć”. Stosuje się to także do pomocy oraz nakłaniania do przerywania ciąży dokonanych w Polsce, gdy sam zabieg jest lub ma być dokonany poza granicami Polski. Niesprawiedliwie byłoby bowiem karanie za pomoc bądź nakłanianie do zachowań zgodnych z prawem¹.

Glosowane orzeczenie dotyczy zjawiska „aborcji zagranicznej” lub też, używając bardziej współczesnej terminologii, „transgranicznego przerwania ciąży” i odpowiedzialności karnej za nakłanianie bądź też pomoc udzieloną kobiecie ciężarnej do dokonania tego czynu. Spopularyzowana wersja tych określeń to „turystyka aborcyjna”. *De lege lata* pomoc ta lub nakłanianie wypełnia znamiona przestępstwa określonego w art. 152 § 2 k.k. Przyjęta konstrukcja szczególnej postaci pomocnictwa, umieszczonej w części szczególnej k.k., jest następstwem obrania przez ustawodawcę „przerwania ciąży” jako zachowania, które wypełnia znamiona czynu określonego w art. 152 § 1 k.k., w miejsce konstrukcji znanej w k.k. z 1969 r., wersji obowiązującej od 1993 r., tj. „spowodowania śmierci dziecka poczętego”, z zastrzeżeniem bezkarności matki

dziecka poczętego, które stało się ofiarą tego czynu. Przyjęta konstrukcja zmusiła ustawodawcę do wprowadzenia dość kuriozalnego typu przestępstwa „nakłaniania lub pomocnictwa do przerwania ciąży”.

Stan faktyczny w sprawie przedstawiał się dość banalnie. Problemy prawnokarne były znacznie poważniejsze. Sąd Okręgowy w Krakowie, wyrokiem z dnia 27 listopada 2013 r. (sygn. akt III K 281/12), uznał oskarżonego E. K. za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w akcie oskarżenia, przyjmując, że oskarżony w okresie od 20 do 23 marca 2012 r. w K. udzielił M. Ł. pomocy w przerwaniu ciąży z naruszeniem ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży², poprzez przekazanie numeru

¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 kwietnia 2014 r., II AKA 37/14 do III K 281/12, „Krakowskie Zeszyty Sądowe. Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Krakowie w Sprawach Karnych” 2014, z. 5 (281), s. 31–32.

² Dz.U. nr 17, poz. 78 z późn. zm.; dalej: ustawa.

telefonu kontaktowego do ośrodka poza granicami kraju zajmującego się wykonywaniem aborcji i zapewnienie o możliwości osobistego transportu do tego miejsca, a ponadto nakłaniał w tym czasie M. Ł. do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ww. ustawy, co stanowi występki z art. 152 § 2 k.k., i za to, na mocy powołanego przepisu, wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności.

Wyrok ten zaskarżył obrońca oskarżonego, zarzucając mu m.in. obrazę przepisu prawa materialnego – art. 152 § 2 k.k. poprzez przyjęcie, że pomoc i nakłanianie do dokonania przerwania ciąży na Słowacji, zgodnie z tamtejszym prawem, stanowi wypełnienie znamion odnośnego przepisu, a nadto przez przyjęcie, że przekazanie numeru telefonu do kliniki na Słowacji przeprowadzającej zabiegi aborcyjne stanowi pomoc do przeprowadzenia takiego zabiegu, podczas gdy numer ten można w sposób niezwykle prosty uzyskać w każdej wyszukiwarce internetowej, co powoduje, iż nie można uznać takiego działania za stworzenie warunków istotnie ułatwiających dokonanie aborcji, a także przez przyjęcie, że zapewnienie o możliwości transportu do kliniki aborcyjnej stanowi pomoc do przeprowadzenia zabiegu, podczas gdy zapewnienie takie nie stanowi żadnego obiektywnego ułatwienia.

Sąd Apelacyjny uznał apelację za zasadną i zmienił wyrok, uniewinniając oskarżonego, jak wynika z notki w periodyku publikującym tezę, niejednogłośnie. W uzasadnieniu zawarto motywację wyrażonego poglądu, także związaną z ustawą. Zdanie odrębne wyraża pogląd, że zarzucone udzielenie pomocy do przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. ma charakter formalny (bezsukutowy), więc zostaje dokonane, gdy sprawca

zrealizował jego znamiona niezależnie od tego, czy aborcja zostanie dokonana w Polsce, czy w innym kraju, gdzie zabieg ten jest legalny. Już sam fakt zgłoszenia do wyroku zdania odrębnego wskazuje, że jego treść i wyluszczone teza budzić może poważne wątpliwości.

W dalszej części orzeczenie poddam krytyce, nie koncentrując się jednak na bezskutkowym charakterze pomocy do przestępstwa określonego w art. 152 § 2 k.k. Samo zagadnienie skutkowego czy też bezskutkowego charakteru zjawiskowych, tj. niesprawczych, form przestępstwa pozostaje w doktrynie sporne³.

Całe zagadnienie jawiłoby się zupełnie inaczej, gdyby zostało rozebrane na czynniki pierwsze przez pryzmat niesprawczych (zjawiskowych) form przestępstwa, tj. podżegania lub pomocnictwa, będących w nowym języku prawniczym niesprawczymi postaciami współdziałania⁴. Takie ujęcie zagadnienia i kwalifikacja czynu byłyby konieczne pod rządem k.k. z 1969 r. po nowelizacji dokonanej w 1993 r.

Uznaję za zasadny pogląd, według którego do analizy przestępstwa określonego w art. 152 § 2 k.k. pomocne są cenne uwagi na temat „niesprawczych form przestępstwa”⁵, aczkolwiek wprost określające je w części ogólnej k.k. przepisy nie mają zastosowania⁶.

Zagadnienie pomocnictwa lub podżegania do przestępstwa transgranicznego, tj. takiego, w którym działanie lub zaniechanie sprawcy *sensu stricto* lub skutek jego działań miałyby nastąpić poza terytorium kraju, nie jest obecne w opracowaniach monograficznych oraz komentarzach⁷. Wskazuje to, że prawo karne jest dziedziną żywą, podlegającą przeobrażeniom, w którym pojawiają się zagadnienia, o których nie śniło się dogmatykom; oni zajmowali się

³ A. Wąsek, (w:) O. Górniok (pr. zb.), *Kodeks karny z komentarzem*, t. I, Gdańsk 2005, s. 281; J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 165.

⁴ A. Sakowicz, *Wprowadzenie do art. 18–24. (System zasad i odpowiedzialności za udział w popełnieniu przestępstwa)*, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31*, t. I, red. M. Królikowski, R. Zawadzki, Warszawa 2010, s. 552–570, 640–714.

⁵ Tak słusznie J. Potulski, (w:) J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, Warszawa 2012, s. 194.

⁶ L. Tyszkiewicz, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 861.

⁷ Por. P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, Warszawa 2012, s. 343–384; A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004.

bardziej przyziemnymi zagadnieniami, jak usiłowanie pomocnictwa. Takim zagadnieniem, które niespodziewanie się pojawiło i najwyraźniej zaskoczyło polską doktrynę prawa karnego i wymiar sprawiedliwości karnej, jest podżeganie lub pomocnictwo do transgranicznego czynu zabronionego, tj. takiego, którego sprawstwo miałyby się ziścić za granicą.

Teza wyroku świadczy o odrzuceniu Makarewiczowskiego modelu odpowiedzialności podżegacza lub pomocnika i skłanianiu się przez Sąd ku koncepcji akcesoryjności tychże postaci popełnienia przestępstwa. Jedynym uzasadnieniem przyjęcia akcesoryjnego charakteru odpowiedzialności podżegacza lub pomocnika jest dość infantylnie brzmiące stwierdzenie, jakoby „niesprawiedliwe byłoby (...) karanie za pomoc bądź nakłanianie do zachowań zgodnych z prawem”. Jak wiadomo, modele odpowiedzialności za podżeganie lub pomocnictwo są trzy: a) akcesoryjny, czyli udział w „cudzym” przestępstwie, b) podżeganie lub pomocnictwo stanowią samodzielne i odrębne typy przestępstwa (model anglosaski)⁸, c) model Makarewicza, w którym podżeganie lub pomocnictwo są zjawiskami, czy też odmiennymi od współsprawstwa postaciami konkretnego przestępstwa o znamionach określonych w części szczególnej Kodeksu karnego.

Zgodnie z koncepcją Makarewicza, uznawaną w polskim prawie karnym od 1932 r., odpowiedzialność podżegacza lub pomocnika jest całkowicie oderwana od odpowiedzialności sprawcy, tj. od wypełniania przez niego znamion czynu zabronionego oraz od braku okoliczności wyłączających bezprawność lub winę, towarzyszących dokonaniu czynu bezprawnego⁹. Podżegacz i pomocnik ponoszą odpowiedzialność nawet wtedy, gdy osobnik, który miał być sprawcą, jej nie ponosi, ponieważ nie przedsięwziął żadnego działania. Ku

tej koncepcji, jedynie słusznej na gruncie obowiązującego Kodeksu, skłania się orzecznictwo sądów apelacyjnych, zgodnie z którym „podżegacz popełnia własne przestępstwo i jako postać zjawiskowa przestępstwa jest ono realizowane, w odróżnieniu od postaci sprawczych, w momencie zakończenia nakłaniania. Podżegacz nie partycypuje w przestępstwie sprawcy, a jego odpowiedzialność nie wymaga rzeczywistego sprawstwa. Innymi słowy, dla przyjęcia odpowiedzialności podżegacza sprawca nie musi urzeczywistnić czynu zabronionego”¹⁰. Istotne jest także i to, że dokonanie niesprawczych form współdziałania następuje już z chwilą i zarazem w miejscu zrealizowania wszystkich znamion jednej z tych form, będącej sama w sobie czynem zabronionym, a nie w chwili i miejscu dokonania czynu zabronionego objętego zamiarem sprawcy, podjętym pod wpływem działań podżegacza lub pomocnika¹¹.

W stanie faktycznym, na tle którego zapadło głosowane orzeczenie, miejscem popełnienia przestępstwa przez podżegacza czy też pomocnika, działającego w warunkach określonych w art. 152 § 2 k.k., było niewątpliwie terytorium Polski, co spełnia warunek jego odpowiedzialności zakreślony w art. 5 k.k.

Odpowiedzialność za przestępstwo popełnione przez obywatela polskiego za granicą określa art. 109 i – jak wiadomo – ona występuje. Warunkiem odpowiedzialności za czyn popełniony za granicą jest, zgodnie z art. 111 § 1 k.k., uznanie takiego czynu za przestępstwo również przez ustawę obowiązującą w miejscu jego popełnienia. Kolejny przepis stanowi, że niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu zabronionego ustawę karną polską stosuje się do obywatela polskiego oraz cudzoziemca w razie popełnienia m.in. przestępstwa, z którego została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątko-

⁸ R. Card, *Criminal Law*, Londyn–Dublin–Edynburg 1992, s. 475.

⁹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 105.

¹⁰ Wyrok SA w Białymstoku z 25 kwietnia 2002 r., II Aka 112/02, KZS 2002, z. 12, poz. 51.

¹¹ A. Sakowicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. T. I. Komentarz do art. 1–31*, Warszawa 2011, s. 740.

wa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹². Niewątpliwie pomocnictwo do turystyki aborcyjnej nie jest wykonywane w ramach działalności charytatywnej i taką korzyść sprawcy „zjawiskowemu” ono przynosi. Unormowanie to nie może mieć jednak zastosowania do niniejszego przypadku, jako że pomocnictwo do dokonania aborcji dokonane zostaje na terytorium Polski.

Regulacje te przywołuję jedynie, by wskazać, że ich *ratio legis* jest wymuszenie posłuchu do przestrzegania przez obywatela polskiego porządku prawnego także podczas pobytu za granicą, by szacunek do polskiego prawa mieli nie tylko ci polscy obywatele, którzy przebywają na jego terytorium¹³. Głosowany wyrok najwidoczniej nie podziela tego poglądu, gdyż twierdzi się w nim, jakoby „niesprawiedliwe byłoby (...) karanie za pomoc bądź nakłanianie do zachowań zgodnych z prawem” w kraju obcym, które są niezgodne z prawem polskim. Obrona przez sąd linia sygnalizuje przyzwolenie na okazywanie braku szacunku dla polskiego porządku prawnego i wskazuje miejsce, gdzie ten brak szacunku może być okazywany, tj. za granicą. Spełnienie warunku podwójnej przestępności czynu określonego w art. 111 § 2 k.k. również nie ma najmniejszego znaczenia.

Reasumując tę część dywagacji, stwierdzić należy, że pomocnik lub podżegacz odpowie za swój czyn niezależnie od tego, czy czyn zabroniony, do którego popełnienia przez inną osobę się przyczynił, zostanie popełniony w kraju, czy też poza jego granicami, i w tym drugim przypadku także wtedy, gdy brak będzie „podwójnej przestępności” tego czynu.

Dalszą część rozważań wypada przenieść na analizę treści ustawy, albo może raczej na wskazanie, czego ona nie zawiera, a co powinna zawierać, by teza głosowanego orzeczenia nie mijała się z prawdą. Jak pisze SA

w uzasadnieniu, desygnatem „przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy” w rozumieniu art. 152 § 2 k.k. może być tylko takie „przerwanie ciąży”, które podlega regulacjom prawa polskiego. Pojęcie to nie obejmuje takich zabiegów przerwania ciąży, które wykonywane są poza granicami Polski, polska ustawa nie reguluje bowiem zasad przerywania ciąży za granicą, nie można więc jej tam „naruszyć”. Wynika to przede wszystkim ze znaczenia pojęcia „naruszenie przepisów ustawy”, które może odnosić się tylko do takiego zachowania, które jest sprzeczne z tym, jakie w danych okolicznościach „nakazują” obowiązujące przepisy ustawy. Naruszyć można więc tylko te „przepisy ustawy”, które w określonej sytuacji mają zastosowanie, które są wiążące. Nie może więc być mowy o „naruszeniu przepisów ustawy”, gdy ustawa nie reguluje zachowania w konkretnych okolicznościach, tak jak w niniejszej sprawie – zasad przerywania ciąży poza granicami Polski, w szczególności na Słowacji.

Niedopuszczalne jest przy tym – dla ustalenia, czy doszło do „naruszenia przepisów ustawy” – pomijanie jednego z warunków decydujących o tym, czy konkretne, oceniane całościowo zachowanie jest legalne, a tak stałoby się, gdyby badając zgodność z polskim prawem zabiegu aborcji, nie brać pod uwagę tego, że miał on zostać dokonany poza granicami Polski. Pozornie SA ma rację, ale tylko pozornie. Pomijam bezpodstawność przyzwolenia na postrzeganie „zagranicy” jako miejsca, w którym obywatel Rzeczypospolitej Polskiej może bezkarnie naruszać przepisy polskiego prawa.

W zakresie uregulowania odpowiedzialności karnej za dokonanie aborcji jest w Europie jeden kraj, z którym Polska może się równać. To Irlandia. Na tej „zielonej wyspie”, podobnie jak w kraju nad Wisłą, życie ludzkie podlega ochronie jeszcze w fazie embrionalnej, choć

¹² J. Ragłęwski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, s. 1296–1301; A. Sakowicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. T. I. Komentarz do art. 1–31*, Warszawa 2011, s. 1049; A. Wąsek, (w:) O. Górniok (pr. zbior.), *Kodeks*, s. 787.

¹³ A. Kunicka-Michalska, (w:) G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 1346; A. Sakowicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. T. II*, Warszawa 2010, s. 882–883.

i tam silne są zakusy, by ochronę tę osłabić lub wzorem sąsiedniej wyspy niemal całkowicie ją znieść. Piękna jest Konstytucja tej republiki, która w art. 40 ust. 3 pkt 3 deklaruje uznawanie prawa do życia nienarodzonych. Jednocześnie jest to chyba jedyna ustawa konstytucyjna na świecie, która reguluje zagadnienie „turystyki aborcyjnej”, bo w tym samym punkcie poręcza się wolność (w domyśle kobiety brzemienniej) wyjazdu do innego kraju. Ten sam przepis poprawką z 23 grudnia 1992 r. dopuszcza możliwość otrzymywania lub udostępniania informacji o legalnych usługach dostępnych w innych państwach. Ani chybi mowa tu o „usługach aborcyjnych”, z ofertą których kobieta brzemienna chciałaby się zapoznać. Przepis, i to konstytucyjny, zezwala jej na to, jak i na wyjazd z kraju, gdyby z oferty tej zechciała skorzystać. Wróćmy z „zielonej wyspy” nad Wisłę. Tu przepisów analogicznych do tych znajdujących się w irlandzkiej konstytucji brak. Nie muszą to być zresztą przepisy rangi konstytucyjnej, byleby tylko były to przepisy rangi ustawowej. Nie zawiera ich ustawa „aborcyjna”, a skoro ich nie zawiera, to działania podejmowane w kraju, takie jak nakłanianie lub pomoc udzielona kobiecie brzemienniej w postaci wręczenia druku lub innego nośnika reklamującego poza granicami kraju wykonywanie „przerwania ciąży” w sposób sprzeczny z ustawą, tj. z reguły kiedy od początku ciąży upłynęło więcej niż 12 tygodni, jest działaniem bezprawnym, jako że jest pomocnictwem do przerwania ciąży, które penalizuje art. 152 § 2 k.k. By przestało być bezprawnym w ustawie, musiałyby się znaleźć przepisy zezwalające na prowadzenie tego typu usług. *De lege lata* ich nie ma. Wspomniane wprowadzenie tego typu przepisów do irlandzkiej ustawy zasadniczej spowodowane było zresztą treścią orzeczenia ETS w sprawie *The Society for Protection of Unborn Children Ireland versus Stephen Grogan and others*, w której pomocnictwo lub podże-

ganie do przerywania ciąży, kwalifikowane z reguły w państwach członkowskich, w tym w Republice Irlandii, jako przestępstwo, może być w ogóle uznane za „usługę” w rozumieniu prawa wspólnotowego¹⁴. Z uwagi na wskazania zawarte w tym orzeczeniu Irlandia zdelegalizowała pomocnictwo aborcyjne w postaci udostępniania druków informujących o usługach aborcyjnych poza jej granicami. Polska ustawa „aborcyjna” takich przepisów nie zawiera. Trudno bowiem uznać, że art. 2 tej ustawy, przewidujący obowiązek niesienia kobiecie ciężarnej przez różne instytucje publiczne różnych form pomocy, przewiduje także i udzielanie jej pomocy w postaci udostępniania informacji o możliwości wykonania zabiegu usunięcia ciąży z naruszeniem przepisów tej ustawy, tj. z reguły gdy od początku ciąży upłynęło więcej niż 12 tygodni, poza granicami kraju, tam gdzie czyn taki nie jest zabroniony. Dopiero implementacja do polskiej ustawy wskazań zawartych we wspomnianym orzeczeniu ETS przeprowadziłaby dekryminalizację czynów polegających na nakłanianiu lub udzielaniu informacji czy też innych form pomocnictwa do aborcji „transgranicznej”.

Reasumując, należy wskazać, że **nietrafne jest stanowisko SA w Krakowie stwierdzające, że pomocnictwo do zabiegów przerwania ciąży, które wykonywane ma być poza granicami Polski, *de lege lata* nie podlega karze, bowiem polska ustawa karna nie reguluje zasad przerwania ciąży za granicą, nie można więc tam tej ustawy „naruszyć”. Pomocnictwo takie jest czynem karygodnym, jako że w polskim systemie prawnym brak jest przepisu zezwalającego na takie działania, rozumiane jako dozwolona „usługa”. Przeprowadzona przez SA dekryminalizacja pomocnictwa lub podżegania do aborcji transgranicznej w imię jakiejś „sprawiedliwości” nie zasługuje na akceptację i należy ją traktować jako nieuprawnione wyrażanie ustawodawcy.**

¹⁴ L. Bosek, *Ochrona godności człowieka w prawie Unii Europejskiej a konstytucyjne granice przekazywania kompetencji państwa*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2, s. 61–91. Autor przywołuje wyrok ETS C-159/90, za: A. Wyrozumska, *Jednostka w Unii Europejskiej*, (w:) *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, wyd. 3, Warszawa 2006, s. 368.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W SZCZECINIE Z 15 LISTOPADA 2012 R., I ACA 596/12¹

Teza głosowanego wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie brzmi:

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. Wina funkcjonariusza ma bowiem miejsce także wówczas, gdy proces decyzyjny pacjenta poprzedzający wyrażenie przez niego zgody na zabieg został zakłócony poprzez zaniechanie przedstawienia ewentualnych komplikacji dokonania zabiegu, zgoda uzyskana w sytuacji braku uprzedniego udzielenia mu przystępnej informacji nie może być traktowana jako zgoda.

Powyższe orzeczenie zasługuje na omówienie z uwagi na okoliczność, że nieczęsto zgoda pacjenta staje się przedmiotem oceny sądu, a zwłaszcza ważkość tego oświadczenia dla legalności przeprowadzonego zabiegu.

Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim ustalił, że powódka przebywała w pozwanym szpitalu i została tam poddana kolonoskopii, w której stwierdzono jedynie niewielkie żylaki w kanale odbytu. Przy ponownej hospitalizacji powódka podpisała ogólną zgodę na pobyt w szpitalu. 30 listopada 2007 r. wykonano u niej gastroscopię, po której lekarz zaproponował powódce wykonanie kolonoskopii, na którą nie wyraziła zgody, wskazując, że miała ją wykonaną niecałe dwa lata wcześniej. Jej syn w rozmowie z ordynatorem oddziału uzyskał zapewnienie, że kolonoskopia prawdopodobnie nie będzie wykonana. Powódka z uwagi

na chorobę nerek przyjmowała wodę. Rano 4 grudnia powódka w pokoju zabiegowym w obecności lekarza i pielęgniarki podpisała dokument, którego nie przeczytała z braku okularów, sądząc, że jest to wypis ze szpitala. Nikt nie poinformował jej o zabiegu oraz o jego konsekwencjach. Powódka oświadczyła ponownie, że nie wyraża zgody na to badanie. Podczas zabiegu pacjentka poczuła się źle, nastąpiło ogólne pogorszenie stanu zdrowia i straciła przytomność. Stwierdzono, że doszło do perforacji jelita grubego w obrębie uchyłka esicy. Lekarz podjął bezskuteczną próbę zaopatrzenia perforacji za pomocą klipsów. Po zaopatrzeniu na oddziale chirurgii 14 grudnia 2007 r. pacjentka w stanie miejscowym i ogólnym dobrym (ze szwami) została wypisana ze szpitala. Powódka nie mogła się samodzielnie poruszać i wymagała pomocy syna. Była ona ponownie

¹ LEX nr 1246866.

dwukrotnie hospitalizowana u pozwanego, za drugim razem z rozpoznaniem ropnia powłok brzusznych, stan po operacji, w tym przypadku zastosowano również leczenie farmakologiczne. Przy ponownej hospitalizacji wykonano u niej poszerzenie ujścia kolostomii i badanie kolonoskopowe. Następnym razem w tym szpitalu operacyjnie odtworzono pacjentce ciągłość przewodu pokarmowego. Kolejny pobyt był spowodowany rozpoznaniem ropnia powłok jamy brzusznej, zastosowano jego re wizję z setonowaniem oraz leczenie farmakologiczne. Powódka została wypisana ze szpitala w stanie ogólnym dobrym z zaleceniem kontroli ambulatoryjnej. Na podstawie opinii biegłych Sąd Okręgowy ustalił, że na obecny stan zdrowia powódki wpływają w głównej mierze samoistne, zaawansowane zmiany chorobowe, które występowały już przed 2007 r. Obecny efekt leczenia jatrogennego uszkodzenia jelita uznawany jest za dobry, odtworzono bowiem ciągłość przewodu pokarmowego i wyleczono powikłania w postaci nawracających ropni powłok brzusznych. Zgłaszane przez nią dolegliwości układu pokarmowego mogły być skutkiem zarówno perforacji jelita, jak i licznych chorób samoistnych. Biegli stwierdzili, że zabieg kolonoskopii został przeprowadzony prawidłowo, a lekarz od razu po uszkodzeniu jelita próbował je zaopatrzyć, i nie dopatrzeli się błędu medycznego. Perforacja jest wkal kulowana w ryzyko przeprowadzenia tego badania, wystąpienie uszkodzenia jelita grubego stanowi powikłanie zabiegowe, nie jest natomiast błędem medycznym. Sąd stwierdził, że w sprawie istnieją dwie kwestie sporne: czy badanie kolonoskopowe było przeprowadzone zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej (przyjęto, że powikłanie zabiegowe nie obciąża pozwanego) oraz czy powódka została przed zabiegiem prawidłowo poinformowana o nim, o jego zakresie i o możliwych powikłaniach, co wskazywałoby na wyrażenie uświadomionej zgody. W uzasadnieniu wyroku Sąd słusznie wskazał,

że szpital ponosi odpowiedzialność deliktową za każdą winę personelu medycznego zarówno w zakresie leczenia, jak i organizacji. A konstrukcja winy anonimowej (niespersonalizowanej) również jest podstawą odpowiedzialności w tzw. procesach lekarskich. Oceniając drugi z powyższych aspektów, Sąd stwierdził, że powódka była nienależycie poinformowana o zabiegu, jego zakresie i ewentualnych komplikacjach, wobec tego nie wyraziła świadomej zgody na przeprowadzenie tego badania. Sąd Okręgowy słusznie wskazał, że w doktrynie i w judykaturze uznaje się zgodę pacjenta za warunek legalności interwencji lekarskiej. Ma to zakotwiczenie w konstytucyjnym prawie do prywatności i poszanowania integralności cielesnej każdego człowieka. Zgoda ta wywiera jeszcze taki skutek, że pacjent przejmuje na siebie zwykle ryzyko związane z zabiegiem. Stanowisko to dogmatycznie Sąd uzasadnił, powołując się na odpowiednie przepisy Konstytucji oraz art. 3 i 15 konwencji bioetycznej. A także przepisy art. 31 ust. 1 i 4, art. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 i 7 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry², art. 19 i 19a ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej³, a także powołał się na postanowienia art. 15 ust. 1 Kodeksu etyki lekarskiej. Zgodnie z dyrektywą rozkładu ciężaru dowodu zawartą w art. 6 k.c. obowiązek udowodnienia przekazania informacji, od którego to przekazania zależy prawna relewantność zgody pacjenta, spoczywa na szpitalu. Zdaniem Sądu pierwszej instancji złożenie przez powódkę podpisu w książce endoskopowej ma wyłącznie charakter zgody blankietowej, formularz ten zawierał wyłącznie imię i nazwisko pacjenta, nazwę i numer badania oraz typ aparatu. Reasumując, stwierdzono, że pozwany w sposób zawiniony naruszył podstawowe prawo pacjenta do wyrażenia zgody na zabieg. Zdaniem Sądu zasądzona kwota 25 000 zł „w pewnym stopniu” pozwoli na złagodzenie dolegliwości, suma ta jest ade-

² Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 277, poz. 1634 ze zm.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. nr 14, poz. 89 ze zm., która obowiązywała w dacie wykonywania zabiegu.

kwatna do doznanych przez powódkę cierpień oraz odpowiada aktualnym stosunkom majątkowym społeczeństwa.

W apelacji pozwany podniósł przede wszystkim fakt, że powódka wyraziła zgodę na zabieg kolonoskopii, że została poinformowana o zakresie tego badania i jego skutkach, a w konsekwencji, że wyrażona przez nią zgoda była świadoma, o czym świadczą m.in. zapisy w książce endoskopowej, tym samym pozwany szpital nie naruszył jej praw jako pacjenta. W opinii biegli wskazali, że badanie kolonoskopowe zostało przeprowadzone prawidłowo, a perforacja jelita grubego jest powikłaniem wliczonym w ryzyko zabiegowe. Podniesiono, że pacjentka jest osobą o pełnej zdolności do czynności prawnych, a w trakcie pobytu w szpitalu pozostawała w świadomym i logicznym kontakcie z personelem medycznym i sama przyznała, że została poinformowana o konieczności przeprowadzenia kolonoskopii. Z uwagi na wcześniejsze wykonywane tego typu badania wiedziała, na czym polega. Jej zachowanie (przyjmowanie 4 litrów wody ze środkiem przeczyszczającym) w przeddzień przeprowadzenia zabiegu świadczy o współpracy powódki w tym zakresie.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie wskazał praktykę panującą u pozwanego odbierania od pacjenta przy przyjęciu do szpitala ogólnej zgody na przyjęcie i wykonanie zabiegów i uznał, że prawidłowo oceniono zeznania pracowników szpitala, jako niedające podstaw do stanowczego stwierdzenia, że lekarz zlecający kolonoskopię poinformował powódkę o zabiegu i możliwych jego negatywnych następstwach. Na pozwanym zaś ciążył obowiązek wykazania, że uzyskał uświadomioną zgodę pacjentki, podjętą i wyrażoną po prawidłowym poinformowaniu o zabiegu, skutkach i możliwych ewentualnych powikłaniach. Pozwany nie wypełnił tego obowiązku. Słusznie przyjęto, że wymaganej zgody nie może zastąpić tzw.

zgoda blankietowa odebrana przy przyjęciu do szpitala, podobnie oceniono przyjmowanie przez powódkę dużej ilości płynów w przeddzień zabiegu, nawet jeżeli pielęgniarka podała pacjentce środek przeczyszczający. Powódka bowiem cierpiała na liczne schorzenia współistniejące, które wymagały podawania różnych leków, a co za tym idzie ani tabletki przeczyszczającej, ani wywołane przez nią skutki nie musiały dla powódki być sygnałem o przygotowaniu jej do badania kolonoskopowego. Tym samym zachowanie pacjentki nie może być identyfikowane jako świadoma współpraca w celu przeprowadzenia zabiegu.

Wobec zgłaszanych przez powódkę sprzeciwów na kolonoskopię przyjęto za niewiarygodne twierdzenia pozwanego o jej poinformowaniu. Sąd odwoławczy podzielił również podstawy prawne zastosowane przez Sąd pierwszej instancji. Tym samym uznał za niezasadny zarzut naruszenia art. 19a ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej przez jego bezpodstawne zastosowanie⁴. W rozpoznawanej sprawie doszło do naruszenia prawa powódki w postaci wyrażenia uświadomionej zgody na badanie kolonoskopowe. W sporze chodzi o ocenę, czy do wywołania u powódki rozstroju zdrowia doszło wskutek bezprawnego i zawinonego zachowania się pracowników pozwanego zakładu opieki zdrowotnej, a tym samym czy można przypisać pracownikom pozwanego czyn niedozwolony pozostający w adekwatnym związku przyczynowym ze szkodą doznaną przez powódkę. Zdaniem Sądu Apelacyjnego podstawowe znaczenie miało dla tej kwestii stwierdzenie, czy postępowanie wobec powódki było zgodne z prawidłami sztuki lekarskiej. Ocenę postępowania pozwanego oparto na opinii biegłych oraz dokumentacji medycznej i na tych podstawach uznano, że badanie diagnostyczne zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy, a perforacja jelita grubego jest powikłaniem

⁴ Przepis ten stanowił: „W razie zawinionego naruszenia praw pacjenta, o których mowa w art. 18 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz w art. 19 ust. 1 pkt 1–4 i ust. 3, sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 Kodeksu cywilnego”.

wliczonym w ryzyko tego zabiegu. Sąd Okręgowy wziął pod uwagę bezprawność podjętych działań przez pozwanego z uwagi na brak wyrażenia należytej zgody na diagnostykę związaną z ryzykiem powikłań. Sąd w glosowanym wyroku trafnie odwołał się do regulacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Zgodnie z art. 31 ust. 1 tej ustawy lekarz ma obowiązek udzielenia pacjentowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, proponowanych i możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć ich następstwach, jak i następstwach ich niezastosowania, a także o rokowaniach. Według art. 34 ust. 4 tej ustawy lekarz może wykonać zabieg operacyjny albo zastosować metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta po uzyskaniu jego pisemnej zgody. Ustęp 2 nakazuje lekarzowi przed odebraniem zgody udzielić pacjentowi informacji określonej w art. 31 ustawy. Odwołując się do konsekwentnej w tym zakresie judykatury, Sąd Apelacyjny wskazał, że zaniechanie przez lekarza wyżej opisanych obowiązków stanowi naruszenie dyspozycji tych przepisów. Nieuzyskanie uświadomionej zgody pacjenta nadaje zachowaniu lekarza znamiona czynu niedozwolonego, co uzasadnia odpowiedzialność szpitala za wszystkie negatywne następstwa wykonanego zabiegu – nawet wówczas, gdy był on wykonany zgodnie z zasadami sztuki medycznej. Wina ma miejsce też, gdy proces decyzyjny pacjenta przed wyrażeniem zgody na zabieg został zakłócony przez zaniechanie przedstawienia ewentualnych negatywnych komplikacji zabiegu. Sama aprobata pacjenta nie wystarcza, kiedy nie został on poinformowany zgodnie z ustawowymi wymogami. Sąd uznał, że słusznie stwierdzono zawinione postępowanie szpitala, za które ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą.

W glosowanym wyroku poruszono kilka kwestii o rudymmentarnym znaczeniu dla oceny legalności udzielania świadczeń zdrowotnych. Jednak część z nich nie została należycie uwypuklona, dlatego rozstrzygnięcie to wymaga komentarza. Zasadniczym zagadnieniem jest zgoda pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Słusznie Sądy odwołały się do regulacji zawartych w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁵. Kolonoskopia jest metodą obciążoną podwyższonym ryzykiem, o czym w sposób oczywisty świadczy kwalifikacja perforacji do ryzyka wystąpienia tego powikłania w przebiegu tego badania. Nie powinno budzić wątpliwości stosowanie do zgody pacjenta wymogów przewidzianych w art. 31 oraz art. 34 powołanej ustawy. W przypadku zabiegów operacyjnych, czy też związanych z podwyższonym ryzykiem wystąpienia powikłań, ustawodawca stawia wyższe wymagania dotyczące formy zgody pacjenta. Wprowadzona pisemność oświadczenia obejmującego tę zgodę określona w art. 34 ust. 4 tej ustawy ma nie tylko walor dowodowy (*ad probationem*)⁶. Uważam, że *ratio legis* tego przepisu jest skłonienie pacjenta do większego zastanowienia się, przemyślenia udzielenia zgody na zabieg, który potencjalnie stwarza większe zagrożenie nastąpienia negatywnych skutków dla jego zdrowia, a nawet życia. Zgoda ta musi być oczywiście poprzedzona informacjami przekazywanymi przez lekarza o zakresie tego zabiegu, sposobie przeprowadzenia, a zwłaszcza o jego konsekwencjach, co powinno obejmować spodziewane korzyści jego przeprowadzenia dla stanu zdrowia pacjenta, a przede wszystkim mogące wystąpić komplikacje. Zaznaczyć należy, że wyłącznie zgoda poinformowana jest relewantna prawnie. W sytuacji nieudzielenia wskazanych wyżej informacji należy przyjąć fikcję prawną nieudzielenia

⁵ Nie obowiązywała wówczas jeszcze ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 159 ze zm.

⁶ Odmiennie Sąd Najwyższy w wyroku z 11 kwietnia 2006 r., I CSK 191/05, OSNC 2007, nr 1, poz. 18, w którym stwierdził: „Niezachowanie pisemnej formy oświadczenia pacjenta na zabieg operacyjny (...) nie pociąga za sobą nieważności samej zgody. Skutki niezachowania wymaganej formy określa art. 74 k.c.”.

zgody przez pacjenta⁷. Abstrahując przy tym od sporu⁸, czy zgoda to oświadczenie woli, czy też czynność zbliżona do oświadczenia woli⁹. Z uwagi na okoliczność, że przepisy wymagają również wyrażenia zgody przez osoby pozbawione zdolności do czynności prawnych¹⁰, wydaje się, iż właściwsza jest koncepcja uznająca zgodę pacjenta za czynność zbliżoną do oświadczenia woli. Przyjęcie możliwości zastosowania do zgody pacjenta przepisów o oświadczeniach woli mogłoby sugerować, że uwiarygodnieniem zgody udzielonej przez powódkę było jej zachowanie. Aby właściwie ocenić stan faktyczny leżący u podstaw głosowanego wyroku, należy go uporządkować. Rację trzeba przyznać Sądowi Apelacyjnemu, uznającemu zgodę udzieloną przez powódkę przy przyjęciu do szpitala za zgodę na hospitalizację, w żaden sposób nie może być ona kwalifikowana jako pozwolenie na zabieg. Po pierwsze, za takim twierdzeniem przemawia, że zgoda ta miała charakter blankietowy, przy takiej zgodzie nie sposób wskazać zabiegów, na które została wyrażona. Nie można przyjmować, aby prawnie relewantna była zgoda udzielona na bliżej nieokreślone zabiegi, na całość proponowanego leczenia. Przy przy-

jęciu do szpitala nie jest możliwe udzielenie informacji określonej w art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty dotyczącej wszelkich możliwych do udzielenia pacjentowi świadczeń zdrowotnych w jego stanie zdrowia¹¹. Nadto nie jest możliwe udzielenie na formularzu podpisywanym przy przyjęciu do szpitala zindywidualizowanej informacji nawet o skonkretyzowanych zabiegach. Wydaje się, że zwrot „przystępna informacja” interpretować należy jako informacja dostosowana do możliwości percepcyjnych, intelektualnych pacjenta, a więc zindywidualizowana. W związku z tym nie mogą podzielić stanowiska przyjmującego określony, obiektywny wzorzec osoby informowanej. Odmienne wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 8 lipca 2010 r., w tezie którego wskazano: „Zakres obowiązku informacji zależy od tego, co rozsądna osoba obiektywnie powinna usłyszeć od lekarza, aby móc podjąć świadomą i roztropną decyzję o poddaniu się proponowanemu zabiegowi medycznemu”. Z tego stanowiska wynikają dwie przesłanki obiektywizujące przekazywanie informacji: 1) wzorzec rozsądnego pacjenta i 2) obiektywizacja samej informacji. Uważam, że nie ma podstaw normatywnych do tego rodzaju uni-

⁷ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 39.

⁸ M. Świdarska, wskazując typologiczny charakter oświadczenia woli, stwierdza, że „zgoda pacjenta na zabieg medyczny jest jednostronnym oświadczeniem woli *sensu stricto* o charakterze upoważniającym i odwołałym”. M. Świdarska, *ibidem*, s. 29. Za traktowaniem zgody jako oświadczenia woli opowiedział się SN w wyroku z 8 lipca 2010 r., II CSK 117/10, LEX nr 602677, w którym odnosząc się do zgody na operację, wskazał: „Informacje, które (...) zostały przekazane powódce zanim podpisała zgodę na zabieg operacyjny odpowiadały powyższym wymaganiom. Żadne natomiast fakty nie potwierdzają stanowiska powódki, jakoby w chwili podpisywania zgody na operację znajdowała się w stanie wyłączającym świadome, bądź swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli, co mogłoby uzasadniać zastosowanie art. 82 k.c.”.

⁹ Za taką koncepcją optuje M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 35.

¹⁰ Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 231, poz. 1375 ze zm.

¹¹ Odmienne, i według mnie wadliwie, Sąd Najwyższy w powołanym już wyroku z 8 lipca 2010 r., stwierdza, iż „nie można uznać, że nieskuteczna jest zgoda wyrażona na piśmie w formie podpisanego druku, choćby druk ten nie został wypełniony w sposób umożliwiający identyfikację zabiegu objętego zgodą. W tym przypadku przedmiot zgody podlega dowodzeniu wszelkimi środkami dowodowymi (art. 74 § 2 k.c.)”. Z powyższym stanowiskiem nie mogę się zgodzić, jeżeli jest ono rozumiane jako dopuszczające wyrażenie zgody blankietowej przez pacjenta. Wydaje się, że pogląd ten dotyczy takiego formularza, skoro Sąd Najwyższy wskazał brak możliwości identyfikacji zabiegu, na który miała być wyrażona zgoda. Co prawda rację ma Sąd Najwyższy, odnosząc formę pisemną do celów dowodowych, jednakże minimum, jakie powinna obejmować przedmiotowa zgoda dla swej prawnej relewantności, jest właśnie wskazanie zabiegu, na jaki jest ona wyrażana.

wersalizacji informacji przekazywanej pacjentowi. Sąd Najwyższy, formułując tę tezę, pominął obowiązek przystępności przekazywanej informacji zawarty w art. 31 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry. Wydaje się niemożliwe przy tak zobiektywowanym charakterze informacji dostosowanie jej do wymogu przystępności, który niewątpliwie stanowi kategorię subiektywną, zmienną w zależności od pacjenta. Podnieść należy, że nawet w razie uznania, iż powódka wyraziła zgodę na kolonoskopię przy przyjęciu do szpitala (co z powyższych przyczyn jest niemożliwe), to została ona skutecznie odwołana przez późniejsze oświadczenia powódki, w których stanowczo odmówiła poddania się temu badaniu. Braku informacji wymaganej w art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry w żaden sposób nie może usprawiedliwiać fakt, że takie badanie było już przeprowadzone u pacjentki. Lekarz pozwanego nie wiedział, jaki był zakres przekazywanych informacji przed wcześniejszym badaniem pacjentki, poza tym nawet zakładając, że wcześniej udzielono wyczerpującej informacji o tym badaniu, żaden przepis prawa nie zwalnia kolejnego świadczeniodawcy z tego obowiązku tylko z tej przyczyny, że inny świadczeniodawca udzielił wcześniej owej informacji. Wskazanie takich okoliczności ekskulpacyjnych jest niedopuszczalne i oczywiście bezskuteczne. Rozważenia wymaga okoliczność podnoszona przez pozwanego, że z zachowania powódki można było wywnioskować jej zgodę na kolonoskopię, a co najmniej potwierdzenie wcześniej wyrażonej zgody. Dogmatycznie stanowisko to można uzasadnić na podstawie art. 32 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry. Według pozwanego za takie zachowanie należało traktować przyjmowanie przez powódkę dużej ilości wody po zażyciu środka przeczyszczającego w przeddzień zabiegu oraz poddanie się temu badaniu. Argumentacja ta została słusznie odrzucona przez Sąd Apelacyjny. Przeciw zasadności stanowiska szpitala przemawiają dwa argumenty – poza tymi, które zostały przytoczone w glosowanym wyroku – po pierwsze,

przyjęcie możliwości wyrażenia zgody *per facta concludentia* jest dopuszczalne, gdy przepisy prawa nie stanowią inaczej, a w rozpoznawanej sprawie z uwagi na podwyższone ryzyko tego badania dorozumiana zgoda na jego przeprowadzenie została wyłączona na mocy art. 34 ust. 1 powołanej ustawy. Po drugie, nie można domniemywać zgody z zachowania pacjenta w przypadku, gdy wyraźnie się on sprzeciwia zabiegowi.

Sąd Apelacyjny trafnie podkreślił, że zgoda pacjenta jest warunkiem koniecznym dla legalizacji interwencji lekarskiej. Przy braku zaś zgody zabieg medyczny należy kwalifikować jako bezprawny, który rodzi odpowiedzialność *ex delicto* za naruszenie prawa pacjenta do wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne oraz za wszelkie negatywne następstwa wywołane postępowaniem lekarzy. Zgoda, poza legalizacją interwencji lekarskiej, pełni jeszcze jedną funkcję: w przypadku wyrażenia jej przez pacjenta w sposób prawnie skuteczny przejmuje on na siebie ryzyko wystąpienia zwykłych, typowych powikłań operacyjnych. Skutkiem tego jest przyjęcie, że w przypadku niewyrażenia uświadomionej zgody (również wyrażenia zgody, która nie jest uświadomiona) pacjent nie partycypuje w ryzyku zabiegowym, a pełną odpowiedzialność za wszelkie negatywne następstwa przeprowadzonego zabiegu ponosi świadczeniodawca. Bez znaczenia dla odpowiedzialności za powikłania operacyjne jest okoliczność, że dany zabieg medyczny został przeprowadzony zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej, jest to konsekwencja bezprawności podjętych zabiegów, samo bowiem prawidłowe przeprowadzenie danej operacji nie legalizuje negatywnych następstw. Taki zakres odpowiedzialności znajduje oparcie w przepisach art. 361 § 1 k.c., wprowadzającego odpowiedzialność za typowe następstwa postępowania pozostające w normalnym związku przyczynowym. Nie powinno nasuwać wątpliwości, że zakresem tej odpowiedzialności objęte są normalne następstwa zabiegu operacyjnego, które w przypadku wyrażenia prawnie skutecznej zgody przez pacjenta objęte byłyby jego ryzykiem,

wylęczającym odpowiedzialność zakładu opieki zdrowotnej. Jeżeli tylko zostanie ustalone, że przyczyną sprawczą (lub współprzyczyną) było przeprowadzenie zabiegu bez zgody pacjenta, to wszelkimi jego skutkami powinien być obciążony świadczeniodawca, skoro bez tego zabiegu następstwa te by nie powstały¹². W stanie faktycznym sprawy szpital powinien odpowiadać także za perforację, która została dokonana podczas kolonoskopii, jak bowiem wcześniej wskazałem, odpowiedzialność deliktowa przy braku zgody świadczeniobiorcy rozciąga się na wszystkie negatywne następstwa zabiegu, niezależnie, czy obejmuje je ryzyko normalnie obciążające pacjenta.

* * *

Odnosząc się do kwestii niewspółmiernej wysokości zadośćuczynienia w stosunku do następstw przeprowadzonego zabiegu kolonoskopowego, słusznie Sąd Apelacyjny uznał go za całkowicie bezzasadny. Dolegliwości doznane przez powódkę, jak i samo naruszenie jej prawa do samostanowienia, w pełni uzasadniają zasądzoną wysokość zadośćuczynienia. Co więcej – w tym aspekcie wysokość zasądzonego zadośćuczynienia może budzić wątpliwości, czy nie została określona zbyt nisko. Również sprzeciw wywołuje odwołanie się przez Sąd Okręgowy do aktualnych stosunków majątkowych w społeczeństwie. Słusznie wskazuje M. Nesterowicz: „Od lat opowiadam się za wysokim zadośćuczynieniem dla osób bezpośrednio poszkodowanych (art. 445 § 1 k.c.) w oderwaniu od «przeciętnej stopy życiowej społeczeństwa», za indywidualizacją krzywdy, lecz jednocześnie za umiarkowanym zadośćuczynieniem na rzecz osób bliskich, pośred-

nie poszkodowanych, podobnie jak w wielu krajach europejskich, gdzie zadośćuczynienie na rzecz tych pierwszych (*primary victims*) jest wielokrotnie wyższe niż na rzecz tych drugich (*secondary victims*)”¹³. Z uwagi na kompensacyjny charakter zadośćuczynienia podstawowym kryterium ustalania jego wysokości powinien być rozmiar doznanej przez pacjenta krzywdy. Jednakże w piśmiennictwie wskazuje się, że w ramach kompensacji występują również elementy prewencji i represji¹⁴.

Na marginesie zauważyć należy, że Sąd Apelacyjny nie mógł uwzględnić zarzutu pominięcia negatywnego rozstrzygnięcia co do pozostałych roszczeń zgłoszonych w pozwie, nie było bowiem w tym przypadku substratu zaskarżenia. Sąd odwoławczy nie może rozstrzygać w kwestiach, które nie były przedmiotem orzekania przez sąd pierwszej instancji. Jak wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 27 czerwca 2012 r.¹⁵: „W dwuinstancyjnym postępowaniu sądowym kontroli apelacyjnej można poddać tylko rozstrzygnięcie, które wynika z orzeczenia sądu pierwszej instancji (art. 367 § 1 k.p.c.). Przy ocenie dopuszczalności apelacji istotne jest, czy sąd pierwszej instancji orzekł o całości żądania objętego wnioskiem. Zaskarżenie nieistniejącego rozstrzygnięcia nie jest dopuszczalne. Nie można oprzeć apelacji na zarzucie, że sąd nie orzekł o całości żądania. W takim przypadku stronie przysługuje wniosek o uzupełnienie orzeczenia lub prawo wystąpienia z odrębnym wnioskiem”¹⁶. Rozpoznanie takiego zarzutu przez Sąd Apelacyjny stanowiłoby naruszenie konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego.

Reasumując, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie uznać należy za prawidłowy.

¹² Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 31 marca 2006 r., I ACa 973/05, OSA 2008, nr 1, poz. 2, wskazał: „Zabieg medyczny wykonany bez zgody pacjenta jest czynnością bezprawną nawet wówczas, gdy wykonany jest zgodnie z zasadami wiedzy”.

¹³ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2011 r., III CSK 279/10, OSP nr 4, poz. 44.*

¹⁴ J. Matys, *Model zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej w kodeksie cywilnym*, Warszawa 2010, s. 318.

¹⁵ Sygn. IV CZ 29/12, LEX nr 1232478.

¹⁶ Podobnie H. Pietrzykowski, *Czynności procesowe pełnomocnika w sprawach cywilnych*, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 388.

Najnowsze orzecznictwo

Monika Strus-Wołos

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

Prawo cywilne materialne

Obligatoryjna treść umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska. Interes prawny w ustaleniu abuzywności postanowień umów kredytowych

Wyrok SN z 19 marca 2015 r., IV CSK 362/14, dotyczy gorącego tematu kredytów denominowanych lub indeksowanych do CHF.

Powodowie żądali uznania za niedozwolone postanowień umowy kredytu zawartej z pozwanym Bankiem, odnoszących się do ustalanego przez Bank sposobu przeliczania zadłużenia według kursu franka szwajcarskiego. Kredyt został udzielony i wykorzystany w złotych; w świetle postanowień umowy był jednak kredytem denominowanym na franki szwajcarskie (CHF), co oznacza, że po jego wykorzystaniu kwota kredytu (transzy kredytu) była przeliczana ze złotych na CHF i od tego momentu saldo kredytu wyrażone zostało w tej walucie. Również spłata kredytu odbywała się na analogicznych zasadach, jednakże przeliczenie odbywało się z CHF na złotówki. Sąd Najwyższy uznał, że powodowie nie mają interesu prawnego w ustaleniu abuzywności postanowień, gdyż nowelizacja Prawa bankowego z 2011 r. wprowadziła przepis art. 69

ust. 2 pkt 4a, który wprowadził narzędzie prawne pozwalające wyeliminować z obrotu postanowienia umowne zawierające niejasne reguły przeliczania należności kredytowych, zarówno na przyszłość, jak i w odniesieniu do wcześniej zawartych umów w części, która pozostała do spłacenia. Sąd Najwyższy podkreślił, że przepis ten nie ma charakteru dyspozytywnego i nie stwarza stronom możliwości innego rozwiązania. Zatem abuzywność tych postanowień dostrzeżona przez powodów została w powyższym zakresie usunięta.

Odmierna jest natomiast sytuacja w odniesieniu do części kredytu już spłaconego przed nowelizacją, gdyż rozwiązania wprowadzone nowelą nie obejmują spłaconych należności. Jednakże, zdaniem Sądu Najwyższego, także tu brak interesu prawnego, gdyż częściowa spłata kredytu odbyła się według konkretnych zasad, przy zastosowaniu określonego sposobu przeliczeń. Nawet jeżeli był on niejasny według treści zaskarżonych postanowień umownych, to z chwilą dokonania spłaty został skonkretyzowany. Tym samym został usunięty stan niepewności, który mógłby usprawiedliwiać interes prawny.

Sąd Najwyższy zostawił jednak frankowi-

czom pewną nadzieję, dając wskazówkę, że zupełnie inną kwestią jest ocena zastosowanych przeliczników przy spłacie kredytu, np. ze względu na zastosowanie spreadu walutowego, ale taka kwestia powinna być rozważana w sprawie z powództwa o świadczenie.

Odpowiedzialność odszkodowawcza za tzw. bezprawie sądowe

Rozstrzygnięcie sądów wydane przy ponownym rozpoznaniu sprawy, o treści identycznej jak wydane wcześniej, a następnie uchylone tylko z powodu błędów formalnych, nie uzasadnia konstruowania odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu bezprawia sądowego za ten okres (wyrok SN z 11 lutego 2015 r., I CSK 70/14).

Powódka w 2004 r. została wyrokami sądu apelacyjnego i Sądu Najwyższego (działających jako sądy lustracyjne) uznana za tzw. kłamcę lustracyjnego z powodu złożenia niezgodnego z prawem oświadczenia lustracyjnego. W konsekwencji uchwałą KRS powódka została w 2005 r. pozbawiona stanu spoczynku i uposażenia sędziego. W 2009 r. ETPCz stwierdził naruszenie prawa powódki do sprawiedliwego procesu przez utrudnianie jej wglądu w akta sprawy i ograniczanie robienia z nich notatek. Wobec powyższego wznowiono postępowanie lustracyjne, a KRS uchylił swoją uchwałę o pozbawieniu powódki stanu spoczynku. W 2010 r. zapadł prawomocny wyrok o treści takiej samej, jak w 2005 r. Powódka wystąpiła o zasądzenie na jej rzecz za okres 2005–2010 kwoty będącej różnicą między emeryturą na zasadach ogólnych a kwotą, jaką pobierałaby, gdyby nie pozbawiono jej stanu spoczynku.

Sąd Najwyższy, oddalając skargę kasacyjną powódki, zwrócił uwagę na konieczność rozróżniania kwalifikowanego i niekwalifikowanego tzw. bezprawia sądowego. W rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcie merytoryczne sądu lustracyjnego z 2010 r. ostatecznie okazało się takie, jak rozstrzygnięcie w 2005 r., a zatem naruszenie procedury nie było istotne, gdyż nie miało wpływu na wynik sprawy. Co wię-

cej, podejmowane po pierwotnym orzeczeniu lustracyjnym czynności, zmierzające do pozbawienia powódki dodatkowego wynagrodzenia wynikającego ze statusu stanu spoczynku, miały nie tylko swoje merytoryczne uzasadnienie, ale w dodatku istniał *de lege lata* obowiązek prawny ich podejmowania (wniosek MS o pozbawienie sędziego prawa do stanu spoczynku i podejmowanie uchwały w tym przedmiocie przez KRS). Dlatego Sąd Najwyższy przyjął, że w razie braku kwalifikowanego bezprawia sądowego nie istnieje konieczność badania związku przyczynowego między pierwotnymi orzeczeniami lustracyjnymi a uszczerbkiem majątkowym powódki.

Obowiązek współdziałania stron przy wykonywaniu zobowiązania

Ciekawego stanu faktycznego dotyczy wyrok SN z 25 lutego 2015 r., IV CSK 297/14. Powoda łączyła z pozwanym bankiem umowa o świadczenie kompleksowej i zindywidualizowanej obsługi. Kilka miesięcy po ostatniej rozmowie powoda z pracownikiem banku (w czasie której nie padło zresztą umówione hasło mogące być podstawą zleceń) bank nabył na rzecz powoda jednostki uczestnictwa w funduszu inwestycyjnym, co spowodowało szkodę w majątku powoda. Sąd apelacyjny uznał, że obowiązek naprawienia szkody poniesionej przez powoda należy zmiarkować, gdyż przyczynił się on do jej powstania, i to w równym stopniu co pozwany Bank, przez to, iż nie realizował należycie wynikającego z art. 354 § 2 k.c. obowiązku wierzyciela współdziałania przy wykonaniu zobowiązań pozwanego wynikających z umowy stron. Uchybienie temu obowiązkowi sąd upatrywał w tym, że powód nie kontrolował w sposób dostateczny dokonywanych przez pracownika pozwanego banku transakcji, oraz w tym, że w rozmowie z nim nie podawał hasła.

Sąd Najwyższy uchylił jednak wyrok, wskazując, że klient banku co do zasady nie ma obowiązku kontroli banku i czuwania nad przestrzeganiem przez bank umowy. Przeciwnie, to bank jako profesjonalista (art. 355 § 2

k.c.) miał obowiązek należytego wykonywania swoich obowiązków niezależnie od kontroli ich wykonania przez klienta. Ponadto, zgodnie z umową stron, jedyną konsekwencją zaniechania podania hasła winna być odmowa przyjęcia zlecenia do realizacji. Obowiązek z art. 354 § 2 k.c. współdziałania wierzyciela jest ściśle i nierozdzielnie związany z wynikającym z art. 354 § 1 k.c. obowiązkiem prawidłowego wykonania zobowiązania przez dłużnika, a to oznacza, że niepodobna mówić o współdziałaniu wierzyciela, jeśli dłużnik nie jest gotowy do jego wykonania lub wręcz nie chce go wykonać.

Poziom przeciętnej stopy życiowej społeczeństwa a wysokość zadośćuczynienia

W wyroku z 12 marca 2015 r., I CSK 156/14, SN zmienił na korzyść powódki wyrok sądu apelacyjnego. W sprawie tej 16-letnia dziewczyna uległa ciężkiemu wypadkowi komunikacyjnemu, którego skutki z dużym prawdopodobieństwem będą uniemożliwiały jej podjęcie pracy zawodowej związanej ze stanem lub siedzeniem dłuższym niż 3–4 godziny. Sąd pierwszej instancji uznał, że kwota 400 tys. będzie zadośćuczynieniem odpowiednim, jednakże sąd apelacyjny obniżył zadośćuczynienie do

250 tys. zł. Pozwany zakład ubezpieczeń bronił się m.in. odniesieniem do poziomu przeciętnej stopy życiowej społeczeństwa. Sąd Najwyższy stwierdził, że nowsze orzecznictwo odchodzi od tego kryterium, które obecnie może rzutować na wysokość zadośćuczynienia jedynie uzupełniająco, w aspekcie urzeczywistnienia konstytucyjnej zasady sprawiedliwości społecznej. Omawiany wyrok zasługuje na aprobatę i zgodny jest z linią orzecniczą nakazującą indywidualizację przyznawanych zadośćuczynień (m.in. przez uwzględnianie także poważnych następstw odniesionych obrażeń na dalsze życie poszkodowanego).

Przerwanie biegu przedawnienia z uwagi na wnioski o przyznanie odszkodowania

W wyroku z 12 marca 2015 r., I CSK 62/14 (powołującym się na stosunkowo nową uchwałę 7 sędziów SN z dnia 20 stycznia 2015 r., III CZP 78/14, która odwoływała się do dyrektywy wykładni prokonstytucyjnej) Sąd Najwyższy przypomina, że złożenie wniosku o przyznanie odszkodowania przerywa – stosownie do art. 123 § 1 pkt 1 k.c. – bieg przedawnienia tylko wtedy, gdy złożono go do organu właściwego do rozpoznania objętego nim roszczenia. Chodzi tu o szkody, których źródłem są decyzje administracyjne.

Prawo cywilne procesowe

Wyjątkowość zwolnienia od opłat sądowych

W postanowieniu z 13 lutego 2015 r., II CZ 96/14, SN zwrócił uwagę, że zwolnienie od konieczności ponoszenia opłat sądowych jest wyjątkiem. W sytuacji gdy uzyskiwane dochody oraz posiadany majątek pozwalają na ponoszenie tych opłat, zwolnienie nie powinno być orzekane. Wprawdzie z uzasadnienia wynika, że występujący o zwolnienie korzysta z drogich wycieczek zagranicznych oraz

posiada samochód dobrej marki, to jednak nie powinno zasługiwać na aprobatę wskazanie w uzasadnieniu, że pozwany powinien zaciągnąć kredyt na opłatę od skargi kasacyjnej. Kredyt jest udzielany na konkretny cel i trudno chyba byłoby go uzyskać na opłaty od nadzwyczajnego środka zaskarżenia w sprawie prawomocnie przegranej. Trudno zaś przypuszczać, że Sąd Najwyższy nie odróżnia kredytów od pożyczek tzw. „chwilówek” w parabankach.

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

Postępowanie konkursowe na stanowisko dyrektora publicznej szkoły lub publicznej placówki

Naczelny Sąd Administracyjny postanowieniem z 26 września 2014 r., I OSK 400/14, przedstawił do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów NSA budzące poważne wątpliwości zagadnienie prawne: Czy uchwała komisji konkursowej o odmowie dopuszczenia kandydata do postępowania konkursowego na stanowisko dyrektora szkoły podjęta na podstawie § 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 8 kwietnia 2010 r. w sprawie regulaminu konkursu na stanowisko dyrektora publicznej szkoły lub publicznej placówki oraz trybu pracy komisji konkursowej (Dz.U. nr 60, poz. 373 ze zm.) stanowi inny niż określony w pkt 1–3 akt lub czynność z zakresu administracji publicznej, dotyczący uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, o których mowa w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.)?

Przedstawione zagadnienie prawne wyłoniło się w związku z rozpoznawaniem skargi kasacyjnej Burmistrza Miasta S. od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 4 grudnia 2013 r., IV SA/Po 761/13, w sprawie ze skargi K. P. na uchwałę z 19 czerwca 2013 r. komisji konkursowej, powołanej przez Burmi-

stra, w przedmiocie odmowy dopuszczenia do postępowania konkursowego. Wyrokiem tym uchylono zaskarżoną uchwałę komisji w przedmiocie odmowy dopuszczenia K. P. do postępowania konkursowego.

Burmistrz w skardze kasacyjnej wniesionej do NSA zaskarżył wyrok WSA.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów zważył, co następuje.

Biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy ustawy o systemie oświaty i rozporządzenia, należy przyjąć, że wskazana przez ustawodawcę procedura konkursowa na stanowisko dyrektora szkoły publicznej lub placówki stanowi zamknięty ciąg czynności – zgodnie z art. 36a ust. 6 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. nr 256, poz. 2572 ze zm. – dalej: u.s.o.) – organu prowadzącego szkołę publiczną lub placówkę i komisji jako organu pomocniczego, które to czynności kończą się wraz z wydaniem przez organ prowadzący szkołę rozstrzygnięcia w postaci zarządzenia o zatwierdzeniu konkursu albo o jego unieważnieniu i zarządzeniu przeprowadzenia ponownego konkursu (§ 8 ust. 2 rozporządzenia), po wcześniejszym przedstawieniu mu przez przewodniczącego komisji wyników

konkursu wraz z dokumentacją postępowania konkursowego (§ 8 ust. 1 rozporządzenia).

Analiza przepisów ustawy o systemie oświaty i powołanego rozporządzenia wskazuje, że ustawodawca nie przewidział dla rozstrzygnięcia organu prowadzącego szkołę publiczną formy decyzji administracyjnej czy też postanowienia, co powoduje, że należało zakwalifikować to rozstrzygnięcie jako akt organu jednostki samorządu terytorialnego podejmowany w sprawach z zakresu administracji publicznej (art. 3 § 2 pkt 6 p.p.s.a.), odnośnie do którego w literaturze przedmiotu wskazuje się, że sprawy z zakresu administracji publicznej obejmują działania z wyłączeniem tych, które rodzą bezpośrednio skutki cywilnoprawne. A. Kabat doprecyzowuje powyższe, wskazując, że „zaskarżeniu do sądu administracyjnego podlegać będą m.in. uchwały i zarządzenia organów jednostek samorządu terytorialnego o charakterze ogólnym wewnętrznego urzędowania, w tym zawierające regulaminy, wytyczne (dyrektywy) skierowane do podległych organów i innych jednostek, akty budżetowe, a także akty o charakterze indywidualnym, np. dotyczące likwidacji szkoły”.

Zatem poszczególne akty i czynności podejmowane w toku postępowania konkursowego na stanowisko dyrektora szkoły publicznej nie mają charakteru samodzielnego i odrębnego, ponieważ stanowią pewien ciąg zdarzeń, a etapem kończącym to postępowanie jest dopiero zarządzenie organu prowadzącego szkołę publiczną o zatwierdzeniu konkursu albo o jego unieważnieniu i zarządzeniu ponownego konkursu (§ 8 ust. 2 rozporządzenia), a następnie akt organu prowadzącego szkołę w sprawie powierzenia stanowiska dyrektora szkoły lub placówki.

Oznacza to, że dwa rozstrzygnięcia podlegają zaskarżeniu do sądu. Po pierwsze, zarządzenie organu prowadzącego szkołę publiczną o zatwierdzeniu konkursu albo o jego unieważnieniu i zarządzeniu ponownego konkursu jako akt organu jednostki samorządu terytorialnego podejmowany w sprawach z zakresu administracji publicznej (do sądu administra-

cyjnego), po drugie, akt organu prowadzącego szkołę publiczną w sprawie powierzenia stanowiska dyrektora szkoły lub placówki, jako należący do drogi sądowej w postępowaniu cywilnym – do sądu pracy (wyrok Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 2009 r., I PK 212/08, OSNP 2010, nr 23–24, poz. 286).

Uzasadniając powyższe stanowisko, należy dodatkowo wskazać, że komisji konkursowej nie można przypisać cech organu administracji publicznej określonych w art. 5 § 2 pkt 3 k.p.a.

Komisję konkursową powołuje organ prowadzący szkołę publiczną, którym jest wójt (burmistrz, prezydent miasta), w celu przeprowadzenia konkursu (art. 36a ust. 6 w związku z art. 5c pkt 2 u.s.o.), z czego trudno wysnuć tezę o posiadaniu przez komisję charakteru organu administracji publicznej, czy to w znaczeniu ustrojowym, czy to w znaczeniu funkcjonalnym. Komisja wykonuje jedynie *ad hoc* czynności na rzecz administracji publicznej, a żadne przepisy szczególne nie przyznają jej zdolności sądowej. Nie ma więc ona zdolności występowania przed sądem administracyjnym jako strona.

Należy także mieć na uwadze, że z przepisów ustawy i rozporządzenia wynika, iż organ prowadzący szkołę ogłasza konkurs, określa jego warunki i powołuje komisję konkursową, która w jego imieniu prowadzi część postępowania. Po otrzymaniu dokumentacji konkursu organ prowadzący szkołę wykonuje przysługujące mu uprawnienia w zakresie kontroli prawidłowego przebiegu konkursu, które obejmują zatwierdzenie konkursu albo unieważnienie konkursu i zarządzenie ponownego przeprowadzenia konkursu w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w § 8 ust. 2 pkt 1–4 rozporządzenia, wśród których na pierwszym miejscu wymieniono nieuzasadnione niedopuszczenie kandydata do postępowania konkursowego. Oznacza to, że ostatecznie o tym, czy miało miejsce nieuzasadnione niedopuszczenie kandydata do konkursu, rozstrzyga organ prowadzący szkołę.

Z przepisów tych wynika więc, że wszystkie czynności podejmowane w procesie powierzenia stanowiska dyrektora szkoły zmierzają do

realizacji ustawowego obowiązku nałożonego na organ prowadzący szkołę.

Przedmiotem badania przez organ prowadzący szkołę może być skierowana do kandydata przez przewodniczącego komisji konkursowej informacja o przyczynach odmowy dopuszczenia do postępowania konkursowego. Pozycję komisji konkursowej wyznaczają jej zadania, które sprowadzają się do funkcji pomocniczej dla organu administracji publicznej przy wyborze określonego kandydata na stanowisko dyrektora szkoły.

Należy zatem uznać, że poszczególne czynności podejmowane w postępowaniu konkursowym przez komisję, w tym czynność polegająca na odmowie dopuszczenia kandydata do postępowania konkursowego, która przyjmuje formę uchwały zamieszczonej w protokole po przeprowadzeniu tego postępowania (§ 4 ust. 2 rozporządzenia), nie mieszczą się w kategoriach aktów oraz czynności wymienionych w art. 3 § 2 p.p.s.a. Podejmowane przez komisję czynności nie są ani rozstrzygnięciem indywidualnym mającym postać decyzji administracyjnej lub postanowienia, ani też nie są aktem prawa miejscowego lub też „innym aktem podjętym w sprawie z zakresu administracji publicznej”.

Należy zatem wskazać, że uznanie uchwały komisji konkursowej za inny niż określony w pkt 1–3 § 2 art. 3 p.p.s.a. akt lub czynność z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających

z przepisów prawa stanowi chybiony zabieg interpretacyjny.

Kontrolą sądową nie mogą być zatem objęte wszystkie kolejne czynności czy akty wydane na poszczególnych etapach postępowania konkursowego na stanowisko dyrektora szkoły publicznej. Kontrola ta nie musi obejmować rozstrzygnięć wstępnych, pod warunkiem że ostateczne rozstrzygnięcie podlega kontroli sądowej.

Tym samym brak możliwości zaskarżenia uchwały komisji konkursowej jako niespełniającej definicji aktu z art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a. w żaden sposób nie zamyka kandydatowi możliwości kwestionowania wyniku konkursu przed sądem administracyjnym, a jedynie prawo do obrony zostaje przesunięte w czasie.

W tym stanie rzeczy Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 15 § 1 pkt 3 p.p.s.a., podjął w powyższej sprawie uchwałę o sygn. I OPS 5/14 z 13 kwietnia 2015 r. o następującej treści: Uchwała komisji konkursowej o odmowie dopuszczenia kandydata do postępowania konkursowego na stanowisko dyrektora szkoły podjęta na podstawie § 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 8 kwietnia 2010 r. w sprawie regulaminu konkursu na stanowisko dyrektora publicznej szkoły lub publicznej placówki oraz trybu pracy komisji konkursowej (Dz.U. nr 60, poz. 373 ze zm.) nie jest aktem, o którym mowa w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.).

Określenie kryteriów, które musi spełniać kandydat na dyrektora samorządowej jednostki organizacyjnej (Dyskryminacja pośrednia kandydatów na pracowników)

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie wyrokiem z 21 maja 2013 r. oddalił skargę D. B. na uchwałę Zarządu Powiatu w M. z dnia (...) lipca 2012 r. w przedmiocie ogłoszenia konkursu na kandydata na dyrektora Muzeum Ziemi (...) w M. w zakresie formalnych kryteriów wyboru dokumentów poświadczających staż pracy zawodowej.

W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, że na podstawie uchwały Zarządu Powiatu w M. ogłoszono konkurs na kandydata na stanowisko dyrektora Muzeum Ziemi (...) w M. w organizacji. Uchwała została podjęta na podstawie art. 32 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1592 ze zm.) oraz

art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 406). Od kandydatów wymagano m.in. co najmniej pięcioletniego stażu pracy zawodowej, potwierdzonego kopiami świadectw pracy lub zaświadczeniem z obecnego miejsca pracy.

Oferty do konkursu złożyło 8 osób, w tym skarżący D. B, a do dalszego etapu konkursu zakwalifikowano 4 osoby.

W dniu 5 września 2012 r. do Zarządu Powiatu w M. wpłynęło wezwanie D. B. do usunięcia naruszenia prawa uchwałą nr (...) Zarządu Powiatu w M. z dnia (...) lipca 2012 r., w zakresie formalnych kryteriów wyboru – dokumentów poświadczających staż pracy zawodowej.

D. B. podnosił, że zapis w zakresie udokumentowania zatrudnienia poprzez stawianie wymogu przedłożenia wyłącznie świadectwa pracy, jak i interpretacja zapisu ogłoszenia „staż pracy zawodowej” wyłącznie jako staż pracy w oparciu o umowę o pracę, stanowi naruszenie zasady swobody zatrudnienia oraz jest przejawem dyskryminacji w stosunku do osób legitymujących się zatrudnieniem (świadczaniem pracy) w ramach umowy zlecenia czy dzieła bądź wykonujących pracę w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Zarząd Powiatu M. podjął w dniu (...) września 2012 r. uchwałę o uznaniu powyższego wezwania za bezzasadne. W związku z powyższym D. B. złożył do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie skargę na uchwałę Zarządu Powiatu w M.

Sąd pierwszej instancji na podstawie art. 151 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi oddalił skargę.

W skardze kasacyjnej wniesionej od powyższego wyroku D. B., reprezentowany przez adwokata, podniósł zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego.

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje.

Skarga kasacyjna została oparta na usprawiedliwionych podstawach, zgodzić się bowiem należy z pełnomocnikiem skarżącego, że

dokonana przez sąd pierwszej instancji ocena przyjętych w załączniku do uchwały Zarządu Powiatu w M. z (...) lipca 2012 r. wymogów formalnych wyboru kandydata na stanowisko dyrektora Muzeum Ziemi (...) w M. w organizacji budzi uzasadnione wątpliwości w kontekście ustanowionej w art. 183a Kodeksu pracy zasady równego traktowania w zatrudnieniu.

Powoływany przepis kodeksowy wprowadza definicję dyskryminacji bezpośredniej, jak również dyskryminacji pośredniej. Okoliczności niniejszej sprawy czynią koniecznym przybliżenie instytucji dyskryminacji pośredniej. Dyskryminacja ta dotyczy pewnej grupy pracowników (kandydatów na pracowników) wyróżnionych według określonego kryterium, którego przyjęcie w warunkach zatrudnienia czynić będzie dysproporcje na ich niekorzyść, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie są obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące do jego osiągnięcia są właściwe i konieczne. A zatem charakteru dyskryminacyjnego będąc pozbawione dysproporcje obiektywnie uzasadnione, przy czym fakty przemawiające za zróżnicowaniem sytuacji pracowników winny być w sposób jasny i przejrzysty wskazane przez pracodawcę.

Zauważyć należy, że w aktach sprawy brak jest uzasadnienia uchwały Zarządu Powiatu w M. Powyższe uchybia wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP zasadzie, w świetle której organy władzy publicznej muszą działać tak, by budować zaufanie do władzy publicznej, a temu zaufaniu sprzyja przejrzystość ich działania i wymóg motywowania aktów, w tym także uchwał. Uzasadnienie uchwały pozwala wykluczyć arbitralność organu, a zarazem umożliwia poznanie motywów, jakie stoją za przyjęciem określonych rozwiązań.

Należy zauważyć, że w świetle powołanych również przez sąd pierwszej instancji przepisów rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 30 czerwca 2004 r. w sprawie organizacji i trybu przeprowadzania konkursu na kandydata na stanowisko dyrektora instytucji kultury (Dz.U. nr 154, poz. 1629) formalne kryteria wyboru kandydatów na stanowisko dyrekto-

ra określa właściwy organizator (§ 2). W przepisach tego rozporządzenia brak jest zapisów określających kryteria, jakie powinien spełniać kandydat na dyrektora instytucji kultury, nie ma określonych wymogów co do kwalifikacji czy doświadczenia zawodowego, jak i sposobu dokumentowania powyższego. A zatem przepisy te cedują powyższe uprawnienie na organizatora instytucji kultury, którym w niniejszej sprawie jest zarząd powiatu.

Dokonując oceny przyjętego przez sąd pierwszej instancji poglądu o prawidłowości przyjętego w zaskarżonej uchwale stwierdzenia, że jedynym sposobem udokumentowania spełnienia wymogu pięcioletniego stażu pracy zawodowej jest przedłożenie kopii świadectw pracy z dotychczasowych miejsc pracy lub zaświadczenia z obecnego miejsca pracy, zauważyć trzeba, iż umowy o pracę nie są jedyną formą, w jakiej zachodzą stosunki zobowiązaniowe w zakresie świadczenia pracy. Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiedział się, że praca może być świadczona także na podstawie umów cywilnoprawnych (por. wyrok z 9 grudnia 1999 r., sygn. akt I PKN 432/99, OSNAPiUS 2001, nr 9, poz. 310), tj. agencji, o dzieło, zlecenia czy kontraktu menadżerskiego. Dopiero analiza treści takich umów, jak i badanie zgodnego zamiaru stron w odniesieniu do rodzaju zawartej przez nie umowy, może doprowadzić do ustalenia rzeczywistego zamiaru stron co do wyboru podstawy zatrudnienia. Jeżeli więc w treści stosunku prawnego łączącego strony przeważają cechy charakterystyczne dla stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kodeksu pracy (wykonywanie za wynagrodzeniem pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę), to – jak przyjęto w orzecznictwie Sądu Najwyższego – mamy do czynienia z zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy.

Problem pojęcia pracownika znajduje również swój wyraz w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w orzeczeniu z 3 lipca 1986 r., C 66/85, przyjął, że zasadniczą cechą stosunku pracy jest wyko-

nywanie określonych czynności o pewnej wartości ekonomicznej, dla i pod kierownictwem innej osoby w zamian za wynagrodzenie.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że przyjęcie w niniejszej sprawie przez sąd pierwszej instancji, iż zapis uchwały o formalnym wymogu przedstawienia świadectw pracy przez kandydatów w postępowaniu konkursowym na dyrektora muzeum nie stoi w sprzeczności z obowiązującymi przepisami, odpowiadając celom przyjętym przez ustawodawcę, jest o tyle nieuzasadnione, że nie uwzględniła okoliczności, iż świadczenie pracy może odbywać się również na podstawie umów (nazwanych i nienazwanych) prawa cywilnego. Rzeczą zaś powszechnie znaną jest to, że – zwłaszcza w ostatnich kilkunastu latach – nastąpiło znaczące zwiększenie liczby osób zatrudnionych na podstawie takich umów.

Zgodnie z treścią powołanego w podstawach skargi kasacyjnej przepisu art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, wyrażającego zasadę równości, wszyscy są wobec prawa równi oraz wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Oznacza to nakaz jednolitego traktowania równych i podobnego traktowania podobnych, dopuszczając jedynie uzasadnione różnicowania, co wiązać również należy z zasadą sprawiedliwości. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego powyższej zasadzie nie odpowiada przyjęta przez sąd pierwszej instancji interpretacja przepisów Kodeksu pracy w kontekście reguł ustanowionych w zaskarżonej uchwale w zakresie wymogów formalnych przedstawienia dokumentów potwierdzających staż pracy zawodowej.

Mając powyższe na względzie, Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z 12 maja 2015 r. o sygn. II OSK 2429/13 uchylił zaskarżony wyrok, stwierdzając, że przy określaniu kryteriów, jakie musi spełniać kandydat na dyrektora samorządowej jednostki organizacyjnej, należy mieć na względzie to, że dokumentowanie stażu zawodowego i związanych z nim kwalifikacji nie może być opierane wyłącznie na świadectwach pracy i zaświadczeniach z aktualnego miejsca pracy.

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Głosa do wyroku TK z 24 marca 2015 r., K 19/14 – o dopuszczalności likwidacji samorządu zawodowego na podstawie art. 17 ust. 1 Konstytucji¹

1. Wyrokiem z 24 marca 2015 r., K 19/14, Trybunał Konstytucyjny rozpoznał wniosek grupy posłów o zbadanie zgodności z Konstytucją szeregu przepisów ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o ułatwieniu dostępu do wykonywania niektórych zawodów regulowanych. Jako wzorce konstytucyjne wskazano art. 2, art. 17 ust. 1, art. 21 ust. 2, art. 32 ust. 1 i art. 64 ust. 3 Konstytucji.

Problem konstytucyjny, który został przedstawiony Trybunałowi do rozstrzygnięcia, dotyczył konstytucyjności radykalnej zmiany statusu prawnego zawodu urbanisty na podstawie tzw. ustawy deregulacyjnej. Wnioskodawcy podważali cztery rozwiązania ustawowe:

- podnosili, że otwarcie zawodu urbanisty polegające na obniżeniu wymogów niezbędnych do wykonywania tej profesji jest zmianą nieproporcjonalną, łamiącą zakaz nadmiernej ingerencji ustawodawcy, a ponadto pozbawiającą urbanistów nabytego prawa do wykonywania zawodu;
- zarzucali, że zlikwidowanie samorządu urbanistów narusza nabyte prawo przedsta-

wicieli tej profesji do posiadania samorządu zawodowego, a ponadto prowadzi do braku pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu urbanisty w granicach interesu publicznego;

- zakwestionowali sposób rozdysponowania majątku likwidowanego samorządu urbanistów;
- wskazywali, że naruszono zasadę równości w dopuszczeniu do określonych czynności z zakresu planowania przestrzennego i przygotowania inwestycji osób, które nie legitymują się kwalifikacjami posiadanymi przez tych urbanistów, którzy nabyli prawo wykonywania zawodu przed zmianami wprowadzonymi kwestionowaną ustawą.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że przepisy ustawy deregulacyjnej odnoszące się do zawodu urbanisty są zgodne z art. 2 i art. 32 ust. 1 Konstytucji. Jednocześnie uznał, że nieadekwatnymi wzorcami konstytucyjnymi był art. 2 w zakresie, w jakim powołano go do uzasadnienia prawa nabytego do posiadania samorządu zawodowego, a także art. 17 ust. 1

¹ Wyrok opublikowany w OTK-A 2015, nr 3, poz. 33.

Konstytucji RP, jako że zawód urbanisty nie jest zawodem zaufania publicznego. Rozstrzygnięcie TK należy uznać za trafne. Jednak w uzasadnieniu orzeczenia zawarto kilka tez, które warto poddać analizie.

2. Badając zgodność przepisów regulujących materię zawodu urbanisty, Trybunał Konstytucyjny rozważał, czy jest to zawód zaufania publicznego. Podkreślił, że brak kryteriów przynależności do grupy takich zawodów albo bardzo szeroko zakreślone kryteria mogą prowadzić do deprecjacji ich etosu. Z tego względu sformułował konstytucyjne kryteria kwalifikowania poszczególnych zawodów jako zawodów zaufania publicznego, które, jak się wydaje, mają zapobiegać zbyt szerokiemu kwalifikowaniu profesji do tej grupy. Są to:

a) konieczność zapewnienia prawidłowego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania zawodu, ze względu na znaczenie, jakie dana dziedzina aktywności zawodowej ma w społeczeństwie,

b) udzielanie świadczeń i wchodzenie przez przedstawicieli omawianych zawodów w kontakty z osobami fizycznymi w razie wystąpienia potencjalnego lub realnego zagrożenia dóbr o szczególnym charakterze (np. życia, zdrowia, wolności, godności, dobrego imienia),

c) staranność i dbałość przedstawicieli omawianych zawodów o interesy osób korzystających z ich usług, troska o ich osobiste potrzeby, a także zapewnienie ochrony gwarantowanych przez Konstytucję praw podmiotowych jednostek,

d) wymaganie szczególnych kwalifikacji do wykonywania omawianych zawodów, obejmujących nie tylko odpowiednie, formalne wykształcenie, ale także nabyte doświadczenie oraz dawanie rękopmi należytego i zgodnego

z interesem publicznym wykonywania zawodu, z uwzględnieniem szczególnych norm deontologii zawodowej,

e) pozyskiwanie informacji osobistych i dotyczących życia prywatnego osób korzystających z usług przedstawicieli zawodu zaufania publicznego, które stanowią tajemnicę zawodową, a zwolnienie z niej może nastąpić na zasadach określonych w przepisach Kodeksu postępowania karnego,

f) względna samodzielność wykonywania zawodu.

Dopiero gdy określony zawód spełnia każde z tych kryteriów, jest zawodem zaufania publicznego.

Określenie katalogu kryteriów, według których zawód jest klasyfikowany jako zawód zaufania publicznego, należy uznać za przykład aktywizmu polskiego Trybunału Konstytucyjnego², a nawet prawotwórstwa trybunalskiego. Takie działanie należy jednak zaaprobować. Nie sposób bowiem dokonywać wykładni art. 17 Konstytucji, a w szczególności analizować, czy określony samorząd jest samorządem reprezentującym osoby wykonujące zawód zaufania publicznego, gdy nie zdefiniuje się tego pojęcia. Sąd konstytucyjny, który musi rozstrzygnąć spór odnoszący się do normy konstytucyjnej, musi określić zakres tej normy i wyjaśnić jej treść³. Dlatego bardzo pozytywnie należy ocenić określenie przez TK tego katalogu, i to zawierającego warunki trudne do spełnienia, które podkreślają etos zawodów zaufania publicznego.

Wydaje się jednak, że o ile pierwsze cztery warunki powinny nie być sporne, o tyle obowiązków zachowania tajemnicy i ochrona tego obowiązku na podstawie przepisów Kodeksu postępowania karnego, jak i względna samodzielność wykonywania zawodu, nie powinny

² Na temat aktywizmu polskiego TK – por. W. Gromski, *Legitymizacja sądów konstytucyjnych wobec władzy ustawodawczej*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4, s. 17–18; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian*, Warszawa 2010, s. 287–289; A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, PiP 2005, z. 8, s. 19; B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012, s. 83–85.

³ Tak K. Young, *Constituting Social and Economic Rights*, Oxford 2013, s. 50–64; D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights*, Oxford 2007, s. 7–46.

być kryteriami uzasadniającymi przypisanie do zawodów zaufania publicznego, lecz konsekwencją uznania za taki zawód.

3. Opisana wyżej część uzasadnienia nie koresponduje jednak z dalszymi rozważaniami Trybunału Konstytucyjnego. Podkreślił on, że samorząd zawodowy jest jedną z form decentralizacji administracji publicznej, a równocześnie formą partycypacji obywateli w jej sprawowaniu. Utworzenie samorządów, o których mowa zarówno w art. 17 ust. 1, jak i ust. 2 Konstytucji, jest pozostawione ocenie ustawodawcy. Swoboda ustawodawcy w tym zakresie jest ograniczona, przy czym ograniczenia wynikają z rodzaju samorządów i celów ich powołania. Jeśli zatem ustawodawca dostrzeże konieczność wykonania pewnych zadań publicznych i uzna, że powołanie samorządu zawodowego jest efektywnym sposobem ich osiągnięcia, to może zdecydować o utworzeniu właściwego rodzaju samorządu.

To obowiązkiem ustawodawcy jest rozważenie, czy występują zadania publiczne wymagające wykonania w związku z pewnymi zawodami, a w razie pozytywnej odpowiedzi rozstrzygnięcie, w jaki sposób najskuteczniej zadania te zrealizować. Może zdecydować o powierzeniu wykonywania omawianych zadań publicznych organom administracji rządowej, jednostkom samorządu terytorialnego różnego szczebla (w zależności od możliwości ich realizacji) albo samorządom zawodowym.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że z art. 17 Konstytucji nie można wyprowadzić prawa podmiotowego do samorządu zawodowego. Adresatem tego przepisu jest bowiem ustawodawca, który decyduje o zasadności utworzenia, jak i zniesienia określonego rodzaju samorządu. Co więcej – z art. 17 Konstytucji TK wywiódł dopuszczalność zniesienia samorządu zawodowego. Ustawodawca ma bowiem kompetencję, ale nie obowiązek kreowania samorządów zawodowych, jeśli widzi taką potrzebę i spełnione są wymagane przesłanki. Z drugiej strony raz utworzony samorząd nie korzysta z przymiotu trwałości

i niezmiennalności. Artykuł 17 nie chroni bowiem istnienia wcześniej powołanej korporacji zawodowej.

Podkreślił jednak, że między tworzeniem a zniesieniem samorządu zawodowego nie występuje pełna symetria. Zmiana lub uchylenie ustawy kreującej samorząd wymaga dokonania starannej oceny prowadzącej do wniosku, że nie występują względy przemawiające za jego dalszym funkcjonowaniem. Sytuacja taka wystąpi w razie stwierdzenia albo że dany zawód jest pozbawiony cech zawodu zaufania publicznego, albo że nie ma potrzeby sprawowania przez samorząd pieczy nad prawidłowym wykonywaniem tego zawodu, może być ono bowiem zapewnione w inny sposób. W tym drugim przypadku, w razie uznania przez ustawodawcę, że ochrona interesu publicznego związanego z wykonywaniem zawodu zaufania publicznego może być realizowana w inny sposób, nie dochodzi do pozbawienia zawodu tego przymiotu, a jedynie do zniesienia samorządu. Nie ma przy tym decydującego znaczenia, czy względy przemawiające za zniesieniem samorządu zawodowego występowały od początku, czy powstały później, w czasie obowiązywania ustawy będącej podstawą istnienia samorządu.

4. Pogląd ten należy uznać za dyskusyjny z kilku względów. Z Preambuły Konstytucji wynika zasada subsydiarności (pomocniczości), jako podstawa ustroju państwowego. Zasada ta została również wysłowiona w art. 4 ust. 3 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego, w myśl której „generalnie odpowiedzialność za sprawy publiczne powinny ponosić przede wszystkim te organy władzy, które znajdują się najbliżej obywateli. Powierzając te funkcje innemu organowi władzy, należy uwzględnić zakres i charakter zadania oraz wymogi efektywności i gospodarności”. Podobnie art. 1 zd. 2 Traktatu o Unii Europejskiej stanowi, że Traktat ten „wyznacza nowy etap w procesie tworzenia coraz ściślejzego związku między narodami Europy, w którym decyzje podejmowane są z możliwie najwyż-

szym poszanowaniem zasady otwartości i jak najbliższej obywateli”.

Po drugie, z szeregu norm konstytucyjnych wywieść można zasadę decentralizacji władzy. Wynika ona przede wszystkim z art. 15 i art. 16 Konstytucji, które przewidują decentralizację władzy publicznej, przekazując samorządowi terytorialnemu istotną część zadań publicznych, a także z Rozdziału VII Konstytucji, który ustanawia szereg norm gwarantujących samodzielność jednostek samorządu terytorialnego. Normy te stanowią o decentralizacji terytorialnej, ale wraz z zasadą subsydiarności są również wytyczną dla ustawodawcy, by decentralizować ustrój również rzeczowo, przekazując sprawy z zakresu władzy publicznej również samorządom zawodowym. Dostrzegł to sam TK, który w uzasadnieniu komentowanego wyroku wskazał, że samorząd zawodowy utworzony na podstawie art. 17 ust. 1 Konstytucji upodmiotawia określoną grupę zawodową i umożliwia jej samodzielne rozstrzyganie w określonych granicach o swoich sprawach. W rezultacie sprawuje on władztwo publiczne nad sprawami danej grupy zawodowej. Samorządność zawodowa wykorzystuje energię społeczną, wiedzę fachową i zdolności samoregulacyjne poszczególnych wspólnot dla zapewnienia optymalnej realizacji zadań publicznych. Decentralizacja za pomocą samorządu zawodowego wzmacnia legitymizację administracji publicznej oraz zaufanie obywateli do państwa, umożliwiając zainteresowanym grupom zawodowym udział w podejmowaniu rozstrzygnięć władczych, które ich dotyczą⁴. Zasada decentralizacji poprzez tworzenie samorządów zawodowych znajduje zatem silne uzasadnienie w treści zasady zaufania obywatela do państwa, wywiedzionej z art. 2 Konstytucji RP.

Pojęcie decentralizacji oznacza proces stale-

go poszerzania uprawnień jednostek władzy publicznej niższego stopnia w drodze przekazywania im zadań, kompetencji oraz niezbędnych środków. Decentralizacja, o której stanowi Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, nie jest jednorazowym przedsięwzięciem organizacyjnym, lecz trwałą cechą kultury politycznej państwa, zbudowanej na właściwych rozwiązaniach ustawowych, zgodnych z konstytucyjnymi zasadami ustroju Rzeczypospolitej⁵. Oczywiście nie jest to proces mechaniczny, istniejący w oderwaniu od kontekstu interpretacyjnego stanowiącego konsekwencję całokształtu zasad i wartości konstytucyjnych składających się na ustrój państwa. Odnosi się to zwłaszcza do odpowiedzi na pytanie o granice decentralizacji. W zakresie decentralizacji terytorialnej są one wyznaczone przede wszystkim przez zasadę jednolitości Rzeczypospolitej (art. 3 Konstytucji), a w odniesieniu do decentralizacji rzeczowej przez zasadę dobra wspólnego wszystkich obywateli (art. 1 Konstytucji). Zwłaszcza z tej drugiej zasady wynika konieczność utrzymania równowagi między potrzebami i interesami o charakterze samorządowym znajdującymi wyraz w kompetencjach przyznanych samorządom zawodowym a potrzebami i interesami o charakterze ogólnym⁶.

5. Uwzględniając zasady decentralizacji władzy, pomocniczości oraz zasady zaufania obywatela do państwa, art. 17 ust. 1 Konstytucji należy jednak wyklądać w sposób przychylny decentralizacji rzeczowej. Nie można zatem zgodzić się z Trybunałem Konstytucyjnym, że samorząd zawodowy stworzony na podstawie tej normy konstytucyjnej może być zlikwidowany zawsze, gdy ustawodawca uzna, że nie ma potrzeby sprawowania przez samorząd pieczy nad prawidłowym wykonywaniem tego zawodu, może być ono bowiem zapew-

⁴ Tak również wyrok TK z 7 marca 2012 r., K 3/10, OTK-A 2012, nr 3, poz. 25.

⁵ Wyrok TK z 23 września 2003 r., K 20/02, OTK-A 2003, nr 7, poz. 76 oraz N. Gajl, *Finanse i gospodarka lokalna na świecie*, Warszawa 1993, s. 12; E. Kornberger-Sokołowska, *Decentralizacja finansów publicznych a samodzielność finansowa jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2001, s. 11.

⁶ Wyrok TK z 23 września 2003 r., K 20/02, OTK-A 2003, nr 7, poz. 76.

nione w inny sposób, np. poprzez przekazanie kompetencji samorządu zawodowego na rzecz samorządu lokalnego czy administracji rządowej.

Na tle art. 15 Konstytucji podkreśla się, że nie wyklucza on koncentracji przekazanych samorządowi uprawnień na tym szczeblu zasadniczego podziału terytorialnego państwa, na którym zostanie zapewniona „zdolność wykonywania zadań publicznych”. Ta właśnie zdolność stanowi istotną wartość konstytucyjną, bez której decentralizacja władzy publicznej traci swoje znaczenie jako zasadnicza podstawa ustroju demokratycznego i zaczyna temu ustrojowi zagrażać. Staje się zatem konieczne nie tyle określenie pojęcia decentralizacji, ile optymalnego zakresu decentralizacji i właściwych jej form⁷. Nie można zatem traktować art. 15 Konstytucji jako oderwanego od zasad racjonalności działania nakazu wyłączności

przekazywania zadań „w dół”, gdyż w pewnych sytuacjach scentralizowanie kompetencji i środków finansowych może być konieczne dla właściwej realizacji zadań publicznych⁸. Pogląd ten można odnieść do kompetencji samorządów zawodowych. Ustawodawca z ważnych powodów, gdy wymaga tego zdolność wykonywania zadań publicznych, może kompetencje przekazać samorządowi albo je scentralizować.

Jednak całkowita likwidacja samorządu zawodowego stanowi skrajny przykład centralizacji władzy publicznej. Byłaby dopuszczalna jedynie w sytuacji wyjątkowej, gdyby prawodawca był w stanie wykazać i udowodnić, że wymaga tego zasada dobra wspólnego, która w danym konkretnym przypadku przeważa nad wymienionymi wcześniej zasadami proporcjonalności, pomocniczości, decentralizacji oraz zaufania.

⁷ E. Chojna-Duch, *Zakres i skutki decentralizacji finansowej samorządu terytorialnego*, (w:) A. Piekara, *Samorząd terytorialny. Zagadnienia prawne i administracyjne*, Warszawa 1998, s. 331 i n.

⁸ E. Kornberger-Sokołowska, *Decentralizacja*, s. 17.

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH DISCYPLINARNYCH

Niedopuszczalność kasacji od orzeczenia uchylającego orzeczenie sądu pierwszej instancji

W postanowieniu z 10 kwietnia 2014 r., sygn. VI KZ 2/14, Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 91a pkt 1 ustawy Prawo o adwokaturze nie wyłącza stosowania art. 519 k.p.k., zgodnie z którym kasacja może być wniesiona od prawomocnego wyroku kończącego postępowanie. W konsekwencji kasacja w sprawach dyscyplinarnych adwokatów przysługuje wyłącznie od orzeczeń sądu dyscyplinarnego wydanych w drugiej instancji, jeżeli są to orzeczenia kończące postępowanie. Z istoty kasacji, będącej nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, wynika, że dotyczy ona wyłącznie orzeczeń, którymi definitywnie i ostatecznie zakończono postępowanie, i nie jest możliwy żaden inny tryb wyeliminowania z obrotu prawnego orzeczenia dotkniętego rażącem naruszeniem prawa. W ocenie SN oczywiste jest, że nadzwyczajny środek zaskarżenia w postaci kasacji przysługuje od orzeczeń prawomocnych. Orzeczenie jest prawomocne w sytuacji, kiedy jest ostateczne, stanowi ostatnie słowo w procesie karnym. Orzeczenie dotyczące głównego przedmiotu procesu, jakim jest kwestia odpowiedzialności za zarzucany czyn, jest prawomocne wtedy, gdy tworzy stan rzeczy osądzonej, stanowiący bezwzględną przesłankę do prowadzenia innego procesu o to samo

(art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.). Wyżej wymienionych warunków nie spełnia orzeczenie o uchyleniu orzeczenia sądu pierwszej instancji i przekazaniu sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania. O trafności takiej interpretacji art. 91a pkt 1 świadczy też treść przepisów art. 91a pkt 2, art. 91b, art. 91d pkt 2.

Sposób rozpoznania odwołania od orzeczenia wydanego w trybie konsensualnym

W sprawie rozstrzygniętej wyrokiem z 26 maja 2014 r., sygn. SNO 21/14, Sąd Najwyższy stanął przed pytaniem, czy w sytuacji, gdy odwołania w zakresie kary dyscyplinarnej nie wnosi strona wcześniejszego porozumienia procesowego, możliwe jest – w związku z zarzutem opartym na przepisie art. 438 pkt 4 k.p.k. – orzekanie przez sąd dyscyplinarny drugiej instancji w sposób reformatoryjny, a zwłaszcza wymierzenie w instancji odwoławczej najsurowszej z przewidzianych w ustawie kar dyscyplinarnych. W stanie faktycznym opisywanej sprawy zakończenie postępowania dyscyplinarnego nastąpiło w trybie konsensualnym, uczestnikiem zaś zawartego w sądzie pierwszej instancji porozumienia nie był Minister Sprawiedliwości, dysponujący uprawnieniem do zaskarżenia wyroku sądu pierwszej instancji. Sąd Najwyższy uznał, że kwestia możliwości zaostrenia kary przez sąd dyscy-

plinary drugiej instancji generalnie nie może budzić wątpliwości, w postępowaniu dyscyplinarnym bowiem stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego, w tym, co oczywiste, przepisy odnoszące się do postępowania odwoławczego. Możliwe więc jest również orzeczenie – z uwzględnieniem wniesionego na niekorzyść obwinionego odwołania – kary, która nie została wymierzona przez sąd pierwszej instancji. Wprawdzie w przeszłości prezentowane było w orzecznictwie stanowisko, że w postępowaniu dyscyplinarnym znajdują zastosowanie wszystkie reguły *ne peius*, w związku z czym sąd dyscyplinarny drugiej instancji nie może zastrzyć kary przez wymierzenie bezpośrednio w instancji odwoławczej kary najsurowszej w katalogu kar przewidzianym dla tego postępowania (zob. wyrok Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z 27 sierpnia 2007 r., SNO 47/07, OSNKW 2007, nr 11, poz. 83), pogląd ten był jednak odosobniony, a kwestię tę rozstrzygnął ostatecznie Sąd Najwyższy w składzie powiększonym (uchwała siedmiu sędziów z 30 czerwca 2008 r., I KZP 11/08, OSNKW 2008, nr 8, poz. 57), uznając, że w postępowaniu dyscyplinarnym dotyczącym sędziów nie stosuje się art. 454 § 3 k.p.k. Rzecz jednak w tym, że w poddanej kontroli instancyjnej sprawie wyrok sądu *meriti* zapadł w następstwie porozumienia zawartego przez obwinionego oraz oskarżyciela. W judykaturze uznaje się, że kontrolę wyroku wydanego w trybie określonym w art. 343 k.p.k., a więc w trybie konsensualnym (dotyczy to również orzeczeń wydanych na podstawie wniosku złożonego na podstawie art. 387 § 1 k.p.k.), poza modyfikacją wynikającą z art. 434 § 3 k.p.k., przeprowadza się na zasadach ogólnych (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 25 września 2013 r., I KZP 5/13, OSNKW 2013, nr 11, poz. 92). Uznając, że w momencie zaskarżenia przez którąkolwiek ze stron procesu wyroku sądu pierwszej instancji porozumienie zawarte na podstawie art. 335 k.p.k. (czy też odpowiednio art. 387 k.p.k.) wygasa, Sąd Najwyższy w uzasadnieniu powołanej uchwały zastrzegł wszelako, że nie oznacza to, iż sam fakt zawarcia porozumienia

pozostaje bez znaczenia dla kontroli odwoławczej. Zwrócono m.in. uwagę, że podstawowym zadaniem sądu odwoławczego jest w takim wypadku skontrolowanie orzeczenia wydanego przez sąd pierwszej instancji, w tym także prawidłowości zastosowania trybu konsensualnego. W szczególności sąd odwoławczy – jak to stwierdził Sąd Najwyższy – musi mieć w polu widzenia to, że strony wyraziły zgodę na szybszy, konsensualny tryb rozpoznania sprawy pod warunkiem zaaprobowania przez sąd ich propozycji co do treści wyroku skazującego. Jeżeli treść wyroku miałaby być inna, zgoda stron nie byłaby aktualna, a tym samym konieczne byłoby rozpoznanie sprawy w trybie zwyczajnym. Istotne jest również i to, że wyrażając zgodę na rozpoznanie sprawy w trybie konsensualnym, strony dobrowolnie rezygnują z części uprawnień procesowych, w szczególności z bezpośrednio przeprowadzenia dowodów przed sądem i związanej z tym gwarancji rzetelnego rozpoznania sprawy. Powyższe doprowadziło Sąd Najwyższy do konkluzji, że sądy odwoławcze, rozpoznając wniesione przez prokuratorów, w takich warunkach, apelacje podnoszące zarzut niewspółmierności kary, powinny tylko w zupełnie wyjątkowych wypadkach decydować się na orzekanie reformatoryjne. Może mieć to miejsce wyłącznie wówczas, gdy wydanie merytorycznego orzeczenia zmieniającego orzeczenie wydane przez sąd pierwszej instancji nie spowoduje naruszenia gwarancji procesowych stron postępowania, w szczególności zaś strony, która nie sprzeniewierzyła się treści zawartego porozumienia. W opisywanej sprawie, w ocenie SN, jeżeli tego rodzaju zastrzeżenie co do możliwości orzekania reformatoryjnego przez instancję *ad quem* uczynić należy w sytuacji wniesienia środka zaskarżenia przez jednego z uczestników wcześniejszego porozumienia, to w wypadku złożenia odwołania w postępowaniu dyscyplinarnym przez podmiot niebędący stroną konsensusu (Ministra Sprawiedliwości) konieczność wydania wyłącznie orzeczenia kasatoryjnego – przy założeniu zasadności podniesionego w odwołaniu zarzutu – jawi się jako oczywistość, i tylko ona

gwarantuje zachowanie w stosunku do uczestników postępowania zasad rzetelnego procesu. Nawet w wypadku podzielenia zastrzeżeń skarżącego – niebędącego stroną konsensusu – co do niewspółmierności orzeczonej w instancji *a quo* kary dyscyplinarnej, jeżeli jej wymiar był efektem porozumienia zawartego pomiędzy obwinionym a uprawnionym oskarżycielem, którym w postępowaniu dyscyplinarnym jest Rzecznik Dyscyplinarny, jedynym możliwym rozstrzygnięciem przez sąd dyscyplinarny drugiej instancji jest uchylenie zaskarżonego wyroku sądu *meriti* i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

Tożsamość czynu stanowiącego przewinienie dyscyplinarne i przestępstwo

Tożsamość czynu przypisanego jako przewinienie dyscyplinarne z czynem (przestępstwem), za który obwiniony został skazany, należy oceniać w kategoriach obiektywnej (historycznej) tożsamości zdarzeń (zachowania), a nie tożsamości (identyczności) ich opisu. Dla stwierdzenia tożsamości przedmiotu postępowania karnego i postępowania dyscyplinarnego istotna jest bowiem tożsamość (samego) czynu popełnionego przez oskarżonego (obwinionego), a nie tożsamość jego oceny prawnej – opisu (wyrok Sądu Najwyższego z 18 lipca 2014 r., sygn. SNO 34/14). W uzasadnieniu wyroku SN przypomniał, że tożsamość postępowania karnego i postępowania dyscyplinarnego oznacza tożsamość czynu, a nie tożsamość jego ocen prawnych (wyrok Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z 20 września 2007 r., SNO 59/07, OSNSD 2007, poz. 73). W postępowaniu dyscyplinarnym zachodzi tym samym konieczność autonomicznego ustalenia wszystkich znamion czynu stanowiącego delikt dyscyplinarny, a dopiero następnie – dla oceny jego przedawnienia – analizy, czy są to jednocześnie znamiona przestępstwa. W razie uznania, że czyn ten stanowił przestępstwo (dla oceny jego przedawnienia), niekonieczne jest natomiast wprowadzenie do opisu

przypisanego przewinienia dyscyplinarnego wszystkich znamion tego przestępstwa. W opisie przewinienia dyscyplinarnego nie jest też konieczne stwierdzenie, że czyn ten stanowił przestępstwo, za które obwiniony został skazany wyrokiem karnym. Stanowi ono jedynie pewne uzupełnienie porządkujące, a wprowadzenie tego elementu nie jest uchybieniem procesowym. W rozpoznawanej sprawie zmiana zarzutu i będąca jej skutkiem zmiana opisu przypisanego przewinienia dyscyplinarnego, polegająca na stwierdzeniu, że czyn ten stanowił przestępstwo, za które obwiniony został skazany prawomocnym wyrokiem karnym, nie była niezbędna, ale jej dokonanie nie narusza żadnych przepisów procesowych. Jeżeli obwiniony został skazany prawomocnym wyrokiem za popełnione przestępstwo, niezbędne jest więc stwierdzenie tożsamości czynu przypisanego jako przewinienie dyscyplinarne z czynem (przestępstwem), za który obwiniony został skazany.

Wyłączenie sędziego

W postanowieniu z 10 października 2014 r., sygn. SNO 51/14, Sąd Najwyższy ponownie stwierdził, że ustawa karna ustawa procesowa mająca zastosowanie odpowiednio w postępowaniu dyscyplinarnym nie przewiduje wyłączenia sędziego *in abstracto*, ale wiąże wyłączenie sędziego „z (jego) udziałem” w sprawie (art. 40 § 1 k.p.k.). Sama analiza językowa przepisów art. 40 i art. 41 § 1 k.p.k. dowodzi w sposób niebudzący kontrowersji interpretacyjnych, że dotyczą one wyłączenia sędziego wyznaczonego do udziału w sprawie. W sytuacji gdy do udziału w sprawie wyznaczony został konkretny sędzia, wniosek o wyłączenie sędziego (sędziów) niewyznaczonego (niewyznaczonych) do udziału w tej sprawie, a nawet wszystkich pozostałych sędziów sądu właściwego, aktualizuje się i podlega rozpoznaniu w sposób przewidziany w art. 42 § 4 k.p.k. tylko wtedy, gdy wyznaczony sędzia został następnie wyłączony, a w jego miejsce wyznaczono sędziego objętego tym wnioskiem (wcześniejsze orzeczenia: postanowie-

nie Sądu Najwyższego z 23 listopada 2004 r., V KK 195/04, OSNKW 2005, nr 1, poz. 5, a nadto postanowienia: Sądu Najwyższego z 23 czerwca 2008 r., WD 1/08, Prok. i Pr. – wkł. 2008, z. 12, poz. 16 i Sądów Apelacyjnych w: Lublinie z 20 marca 2002 r., II AKo 69/02, OSA 2003, nr 1, poz. 4 i Warszawie z 22 sierpnia 2006 r., II AKo 155/06, KZS 2006, z. 11, s. 70).

Doskonalenie zawodowe a odpowiedzialność dyscyplinarna

W wyroku z 6 listopada 2014 r., sygn. SDI 32/14, Sąd Najwyższy uznał, że choć samorzady zawodowe skupiające osoby wykonujące zawody zaufania publicznego są uprawnione do podejmowania uchwał o charakterze normatywnym adresowanych do swoich członków i nakładających na nich określone obowiązki, to jednak niezbędną jest do tego wyraźna podstawa kompetencyjna zawarta w ustawie. Naruszenie uchwał wydanych bez takiej jasnej podstawy kompetencyjnej nie może stanowić podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej. Opisany wyrok zapadł w sprawie, której przedmiotem była odpowiedzialność radcy prawnego z tytułu braku udziału w doskonaleniu zawodowym. Argumentacja przyjęta w nim winna jednak być brana pod uwagę także w postępowaniu dyscyplinarnym wobec adwokatów. Sąd Najwyższy odnotował, że w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych niewiele uwagi poświęcono problematyce szkolenia zawodowego i – co więcej – uczyniono to w sposób nader nieostry. I tak: w art. 41 pkt 4 u.r.p. podano, że do zadań samorządu należy m.in. doskonalenie zawodowe radców prawnych, w art. 52 ust. 3 pkt 2 u.r.p. wskazano, że do zakresu działania rady okręgowej izby radców prawnych należy m.in. doskonalenie zawodowe radców prawnych, a w art. 60 pkt 7 u.r.p. zapisano, że do zakresu działań Krajowej Rady Radców Prawnych należy „koordynowanie doskonalenia zawodowego radców prawnych”. W żadnym przepisie ustawy o radcach prawnych nie nałożono na radcę prawnego obowiązku uczestniczenia w szkoleniach zawodowych, którego narusze-

nie rodziłoby odpowiedzialność dyscyplinarną. Obowiązku takiego nie można – zdaniem SN – wiązać z obligatoryjną przynależnością radcy prawnego do samorządu radcowskiego (art. 40 ust. 2 u.r.p.). Odwołując się do wyrażonego w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zakazu zmuszania kogokolwiek do zachowań, których ustawa, jako najważniejsze po Konstytucji RP źródło powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej (art. 87 ust. 1 Konstytucji RP), mu nie nakazuje, SN uznał, że nałożenie na radcę prawnego obowiązku szkolenia zawodowego – i to obwarowanego sankcją dyscyplinarną o charakterze publicznoprawnym, w tym tak surową jak pozbawienie prawa do wykonywania zawodu (art. 65 § 1 pkt 4 u.r.p.) – powinno mieć podstawę ustawową. W art. 17 ust. 1 Konstytucji RP stwierdza się, że sprawowana przez samorząd zawodowy „piecza” nad należytym wykonywaniem zawodów zaufania publicznego powinna być realizowana jedynie „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Mimo że owym interesem publicznym, którego środowisko radców prawnych powinno strzec, jest odpowiednio wysoki poziom świadczonej przez tę grupę zawodową pomocy prawnej mającej na celu ochronę prawną interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywana (art. 2 u.r.p.), to jednak żadną miarą nie wolno z tego wyprowadzać wniosku, że zapewnienie tak określonego poziomu pomocy prawnej może odbywać się z pogwałceniem ogólnych zasad odpowiedzialności o charakterze represyjnym. Naruszenie w komentowanym zakresie wskazanych wyżej uchwał Krajowego Zjazdu Radców Prawnych i Krajowej Rady Radców Prawnych, podjętych bez wyraźnej i bezwzględnie wymaganej podstawy kompetencyjnej, nie może stanowić z kolei podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej w perspektywie art. 64 § 1 pkt 2 u.r.p.

Zakaz zgłaszania dowodu z zeznań adwokata lub radcy prawnego

W postanowieniu z 12 grudnia 2014 r., sygn. SDI 44/14, Sąd Najwyższy uznał, że nie do zaakceptowania jest pogląd, przedstawio-

ny w *petitum* kasacji, jakoby przez „zgłoszenie dowodu” w rozumieniu § 19 ust. 8 ZZE AiGZ należało rozumieć dopiero ostateczny kształt wniosku dowodowego, po jego wszelkich ewentualnych modyfikacjach i poprawkach. Nie można modyfikować czy doprecyzowywać, a tym bardziej cofać dowodu, który nie został uprzednio zgłoszony. Zatem wypełnienie ustawowych znamion przewinienia dyscyplinarnego, polegającego na naruszeniu zakazu określonego w § 19 ust. 8 ZZE AiGZ, należy oceniać w świetle pierwotnej treści wniosku dowodowego przedstawionego organowi procesowemu. Dowód, o którego przeprowadzenie wniosła strona w piśmie procesowym przedłożonym organowi procesowemu, to dowód „zgłoszony” w rozumieniu także § 19 ust. 8 ZZE AiGZ. Wszelkie dalsze zachowania strony, zmierzające do zmodyfikowania treści tzw. tezy dowodowej sformułowanej we wniosku lub osłabienia treści zawartych w uzasadnieniu tego wniosku, czy nawet cofnięcie wniosku, mogą jedynie wpływać moderująco na ocenę karygodności zachowania pierwotnego. Podsumowując – jeżeli z treści pierwot-

nego wniosku wynika, że adwokat zgłosił dowód z zeznań świadka, będącego adwokatem, w celu, o którym mowa jest w § 19 ust. 8 ZZE AiGZ *in fine*, to spełnione są ustawowe znamiona przewinienia dyscyplinarnego, i to w formie dokonania, a nie usiłowania. Przyjęcie poglądu, że termin „wiadomości związane z wykonywaniem zawodu” powinien być na gruncie § 19 ust. 8 ZZE AiGZ interpretowany zawężająco (jak czyni to autor kasacji), oznaczałoby, że zgodnie z zakazem wykładni homonimicznej i z zasadami wykładni systematycznej wewnętrznej i zewnętrznej oznaczałby takie samo, zawężające rozumienie praktycznie tożsamego terminu na gruncie § 19 ust. 1 ZZE AiGZ, co więcej – nie tylko na użytek „wewnętrzny”, to jest w związku z ich odpowiedzialnością dyscyplinarną za delikty zawodowe, ale także i na użytek „zewnętrzny”, to jest w związku z możliwością powołania się na konieczność zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu w sytuacjach, gdy to organ procesowy (np. sąd powszechny, prokurator) decydować będzie, czy jakieś okoliczności objęte są tą tajemnicą.

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY WŁADZTWO NAD NIERUCHOMOŚCIĄ, KTÓRE SKARB PAŃSTWA OBJĄŁ NA PODSTAWIE DECYZJI ADMINISTRACYJNEJ, NASTĘPNIE UNIEWAŻNIONEJ, TRAKTOWANE JEST JAKO SAMOISTNE POSIADANIE PROWADZĄCE DO ZASIEDZENIA?

Od czasu opublikowania uchwały pełnego składu Sądu Najwyższego z 26 października 2007 r. o sygnaturze III CZP 30/07, w której wyrażony został przełamujący wcześniejszą przeciwną praktykę pogląd, że władanie przez Skarb Państwa uzyskane w ramach *imperium* (nie zaś tylko *dominium*) może być posiadaniem samoistnym – w orzecznictwie trwa dalsza ewolucja tego zapatrywania. Jej zasadniczy trend jest niekorzystny dla podmiotów tracących przymiot właścicielski poprzez zasiedzenie stwierdzane na rzecz władzy publicznej.

Za jeden z najnowszych przejawów takiej właśnie tendencji należy uznać tezę postanowienia Sądu Najwyższego z 28 listopada 2014 r., ogłoszonego pod sygnaturą sprawy I CSK 658/13, w brzmieniu: „Nabycie przez Skarb Państwa nieruchomości na podstawie decyzji administracyjnej, uznanej w późniejszym czasie w postępowaniu nadzorczym za nieważną, było posiadaniem samoistnym w dobrej wierze. Rozstrzygającym momentem dla oceny dobrej czy złej wiary posiadacza jest data uzyskania posiadania. Późniejsze zmiany świadomości posiadacza pozostają bez wpływu na tę ocenę i w konsekwencji na długość okresu potrzebnego dla nabycia własności przez zasiedzenie, co potwierdza wykładnia gramatyczna art. 172 § 2 k.c., w którym usta-

wa kładzie akcent na chwilę uzyskania posiadania, a pośrednio także brzmienie art. 176 § 1 k.c.”. Orzeczenie to zapadło w trzyosobowym składzie.

Z analizy motywów wyżej zacytowanego orzeczenia wysnuć można co najmniej trzy dyskusyjne kwestie. Pierwszą z nich jest zagadnienie istnienia bądź nieistnienia *animus rem sibi habendi* po stronie władzy publicznej wtedy, gdy władztwo sprawowane jest nie we własnym interesie, lecz *pro publico bono* – zasiedzenie w omawianej sprawie miało by bowiem dotyczyć działek pod drogami publicznymi. Kwestia druga to konieczność udzielenia jasnej odpowiedzi na pytanie, czy Skarb Państwa może sobie przypisywać przymiot dobrej wiary (a raczej: skutecznie negować twierdzenie, że obalone zostało domniemanie wynikające z art. 7 k.c.), skoro decyzja administracyjna (wydana wszak przez organ państwowy), na podstawie której objął władztwo nad nieruchomością, była od początku obiektywnie wadliwa. I wreszcie trzecią kwestią jest ocena, w jakim czasie bieg zasiedzenia był zawieszony z przyczyny siły wyższej, to znaczy niemożności skutecznego ubiegania się o ochronę własnych interesów przez właścicieli, którzy traciliby nieruchomość w tym trybie.

Stan faktyczny skrótowo opisany w uzasad-

nieniu omawianego postanowienia cechował się dużym dramatyzmem. Przedmiotem złożonego przez Skarb Państwa wniosku o zasiedzenie są grunty, które przed wybuchem II wojny światowej stanowiły część terenu prywatnej cegielni; właścicielem nieruchomości, jak całego przedsiębiorstwa, był ojciec uczestników. W 1950 roku nad cegielnią ustanowiono przymusowy zarząd państwowy. Popaździernikowa odmowa pozwoliła przedwojennemu przedsiębiorcy po 1956 roku odzyskać władanie nad częścią gruntów, obejmującą teren z domem mieszkalnym. Natomiast pozostały areal (obejmujący działki będące przedmiotem wniosku o zasiedzenie w omawianej sprawie) w roku 1960 został wywłaszczony na rzecz Skarbu Państwa. Przedwojenny właściciel zmarł w roku 1970, pozostawiając spadkobiercami kilkoro dorosłych dzieci. Jeden z uczestników obecnej sprawy powrócił do kraju z Anglii w 1971 roku i natychmiast został aresztowany, a przy okazji przeszukania zginęły z domu wszelkie dokumenty dotyczące się starań o zwrot ojcowskiej nieruchomości. Po uwolnieniu uczestnik ten, a także inny współuczestnik – jego brat, nadal podlegali różnorodnym szykanom. Bezprawne naciski władz spowodowały, że w 1972 roku rodzina wyraziła zgodę na wywłaszczenie jej także z odzyskanej poprzednio przez ojca części siedliskowej.

Na działkach stanowiących przedmiot obecnej sprawy o zasiedzenie w 1975 roku wybudowano ulicę.

Uczestnicy postępowania podejmowali, począwszy od 1990 roku, różnorakie starania w postępowaniach administracyjnych o odzyskanie przedmiotowej nieruchomości. W ich wyniku zostały wydane w latach 90. XX wieku m.in. decyzje nadzorcze stwierdzające nieważność dawniejszych rozstrzygnięć administracyjnych, które były podstawą nabycia własności przez Skarb Państwa.

Zarządcy drogi publicznej, jaką jest przedmiotowa ulica, próbowali uzyskać, już po 2000 roku, orzeczenie administracyjne, które stwierdzałoby, na mocy szczególnych przepisów (art. 73 ustawy z dnia 13 października

1998 r. – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną), przejście gruntów z mocy samego prawa na rzecz gminy miejskiej. Ich starania zakończyły się fiaskiem; niepowodzenia doznali też spadkobiercy, gdy zaraz potem podjęli próbę ugodowego przeprowadzenia transakcji sprzedaży gruntów, po cenie rynkowej, na rzecz zarządcy drogi.

Następnie Skarb Państwa złożył wniosek o zasiedzenie, wskazując jako uczestników postępowania gminę miejską, na której terenie położona jest ulica, a także prawnych następców przedwojennego właściciela. Sąd pierwszej instancji oddalił żądanie, uznając, że wprawdzie Skarb Państwa był samoistnym posiadaczem przedmiotowych gruntów, lecz niewystarczająco długo, jako że świadomość podejmowanych przez osoby uprawnione starań o odzyskanie działek stanowiła o jego złej wierze, a przy tym zasiedzenie nie biegło przeciwko dawnym właścicielom aż do 4 czerwca 1989 roku – i zawieszenie jego biegu ustało dopiero wraz z nastaniem zmian politycznych. Sąd drugiej instancji negatywnie rozpoznał apelację wnioskodawcy i gminy miejskiej, wychodząc z założenia, że władanie przez Skarb Państwa nie miało charakteru posiadania samoistnego. Orzeczenie Sądu Najwyższego z tezą zacytowaną na wstępie niniejszego tekstu uchylilo, w wyniku skargi kasacyjnej, postanowienie drugoinstancyjne i skierowało do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy wyszedł z założenia, że władzy publicznej może być przypisywane posiadanie takie jak właścicielskie w odniesieniu do gruntów, które stały się następnie drogami publicznymi. W wywodach uzasadnienia nie odniesiono się do poglądu wyrażonego przez inny skład sądujący SN w postanowieniu z 17 maja 2012 r. o sygnaturze I CSK 408/11, zawierającego się w tezie następującej: „Władanie nieruchomością dla dobra innych, określane mianem władztwa publicznego, nie spełnia wymogu przesłanki zasiedzenia, jaką jest charakter posiadania właścicielskiego, a tym samym nie może doprowadzić władającego nieruchomością do nabycia w tym trybie jej własności”.

Kanwą tego postanowienia była próba uzyskania postanowienia stwierdzającego zasiedzenie na rzecz gminy gruntu pod drogą publiczną. W motywach napisano ponadto, że „władanie nieruchomościami przez wnioskodawcę miało charakter władztwa publicznego, sprawowanego *pro publico bono*, a nie było posiadaniem rzeczy dla siebie (*animus rem sibi habendi*), która to postać władztwa jest – zgodnie z art. 336 k.c. w zw. z art. 172 k.c. – nieodzownym warunkiem prowadzącym do nabycia własności przez posiadacza w drodze zasiedzenia”.

Stanowisko zajęte w tym ostatnio cytowanym postanowieniu wydaje się bardziej przekonujące aniżeli pogląd zawarty w omawianym tu orzeczeniu o sygnaturze I CSK 658/13. Należałoby się bowiem zgodzić z oczywistą skądinąd konstatacją, że nie każde władztwo – abstrahując nawet od tego, czy jest ono sprawowane przez podmiot prywatny, czy też publicznoprawny – jest posiadaniem.

Zasadniczej natury wątpliwości wzbudza również wyrażony przez skład SN orzekający w sprawie I CSK 658/13, wyeksponowany w tezie pogląd, że „nabycie przez Skarb Państwa nieruchomości na podstawie decyzji administracyjnej, uznanej w późniejszym czasie, w postępowaniu nadzorczym za nieważną, było posiadaniem w dobrej wierze”. Pomijając nawet pewną niejasność skrótu myślowego, która utrudnia cywilistyczne rozumienie użytego pojęcia „nabycie” w kontekście skutku *ex tunc* wywieranego przez decyzję administracyjną stwierdzającą nieważność skontrolowanego dawnego orzeczenia – wypadaloby bliżej się zastanowić nad tym, czy sama istota władztwa imperialnego, które wszak zawsze powinna charakteryzować praworządność, nie stanowi o obaleniu domniemania dobrej wiary zawsze wtedy, gdy od początku obiektywnie wadliwa była podstawa, na której władztwo w przeszłości powstało.

Ważkiego argumentu pozwalającego się przeciwstawić cytowanemu pogładowi Sądu

Najwyższego dostarcza nadto określenie istoty dobrej wiary zasiadającego, tak jak zostało ono zdefiniowane przez E. Gniewka w opracowaniu pod redakcją tegoż autora (*Prawo rzeczowe*, Warszawa 2013, s. 640): „(...) Ostatecznie wypada jednak (...) aprobować przeważającą współcześnie rygorystyczną (restryktywną) koncepcję dobrej wiary. W tym duchu trzeba więc stwierdzić, że w dobrej wierze jest posiadacz, który pozostaje w błędnym, ale usprawiedliwionym okolicznościami przeświadczeniu, że przysługuje mu prawo własności. (...)”.

Ostatnim z trzech kluczowych zagadnień wyływających z przedstawianego tutaj orzeczenia jest zawieszenie biegu zasiedzenia z powodu siły wyższej, identyfikowanej w tym wypadku jako funkcjonowanie ustroju politycznego uniemożliwiającego korzystanie przez dotychczasowego właściciela z pełnej ochrony jego praw do rzeczy. Sąd Najwyższy przychylił się w tym zakresie do spotykanego już we wcześniejszym orzecznictwie poglądu, że podmiot powołujący się na zawieszenie w stosunku do niego biegu przedawnienia powinien wykazać obiektywnie w konkretnej sytuacji zaistniałe – nie zaś subiektywne – przeszkody doznawane w realizacji swych uprawnień i zarazem udowodnić, do kiedy owe przeszkody trwały. Postanowienie o sygnaturze I CSK 658/13 po raz kolejny w orzecznictwie rysuje dychotomiczne ujęcie możliwych do przyjęcia wariantów określenia momentu ustania opisywanej tu, specyficznej przeszkody: dzień wyborów do Sejmu kontraktowego (4 czerwca 1989 roku, która to data bywa postrzegana jako zakończenie panowania okresu komunistycznego w Polsce), albo wcześniejszy o kilka lat – i mocno jeszcze osadzony w niedemokratycznym ustroju – moment wejścia w życie ustawy powołującej do życia Naczelny Sąd Administracyjny (1 września 1980 roku). Kolejny też to przypadek, gdy akcent orzecznicy pada na wcześniejszą z tych dwóch dat.

Pytanie o obronę (26)*

Antoni Bojańczyk

CZY DODANY PRZEZ NOWELĘ LUTOWĄ 2015 R. PRZEPIS ART. 367A K.P.K. ZMIENIA POZYCJĘ PROCESOWĄ STRON PRYWATNYCH W ZAKRESIE GROMADZENIA DOWODÓW?

1. Rzecz dość paradoksalna, ale najslabszym ogniwem nowelizacji procedury karnej jest to, co jest w niej najbardziej reklamowane. Czyli odmieniana przez wszystkie przypadki kontrydiktoryjność postępowania. O licznych słabościach rozwiązań legislacyjnych przyjętych w tym zakresie pisałem już w ramach tego cyklu. Przyczyn takiego stanu rzeczy jest wiele i są one dość złożone. Już teraz czekają one na swojego badacza (trudne i mozolne to będzie zadanie badawcze, bo materiały Komisji Kodyfikacyjnej nie były publikowane w szerszym zakresie w formie papierowej, a to, co ukazało się drukiem, nie jest niestety datowane, więc przedstawia dość niską wartość dokumentacyjną). Ale wśród głównych z nich należy wymienić: połowiczność i niekonsekwencję koncepcji przyjętych przez autorów projektu, obawę czy wręcz lęk przed przygotowaniem rozwiązań być może bardziej radykalnych, ale

zdecydowanie bardziej spójnych i harmonizujących z przyjętymi założeniami legislacyjnymi (kontrydiktoryjność!). Dochodzi do tego jeszcze grzech ciężki projektodawców, który trudno jest w jakikolwiek racjonalny sposób wytłumaczyć. Chodzi oczywiście o nowelizowanie nowelizacji. Tzw. ustawą lutową (ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 396, która w ostatnim dosłownie momencie wprowadziła istotne zmiany do nowelizacji z września 2013 r. bez wprowadzenia niezbędnych zmian w zakresie *vacatio legis*), dokonano licznych nowelizacji samej nowelizacji, bądź też znowelizowano nią przepisy samego Kodeksu postępowania karnego w związku z nowelizacją z września 2013 r. (por. art. 5 ustawy lutowej). Ten ostatni zabieg jest efektem nieustannej w zasadzie prowizoryczności prac nad nowelizacją prawa karnego procesowego i braku umiejętności postawienia

* W poprzednim odcinku cyklu „Pytania o obronę” (odcinek 25, „Palestra” 2015, nr 5–6) zapowiedziany został temat dotyczący prowadzenia postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym. Jednak w związku z równoległym złożeniem materiału dotyczącego tego samego zagadnienia przez innego autora, prezentującego odmienny punkt widzenia na tę problematykę (S. Zablocki), tekst ten w zmienionej wersji został ujęty w formie polemiki (*Jak nie zmieniać prawa, czyli o nowym nowym postępowaniu apelacyjnym*).

kropki nad „i” przez kodyfikatorów i przez ustawodawcę. Pomysł legislacyjny, o którym piszę w niniejszym odcinku, stanowi nie tylko doskonały przykład nowej instytucji procesowej, która naprawdę niewiele nowego wnosi do procedury karnej, ale przede wszystkim jest ilustracją chaosu towarzyszącego pracom nad „wielką” nowelizacją ustawy postępowania karnego.

2. Do największych mankamentów realizacji pomysłu zwiększenia kontrydiktoryjności postępowania należy brak jakiegokolwiek spójnego i systemowo przemyślanego przez projektodawców uregulowania uprawnień (nie mówiąc już nawet o zwiększeniu tych uprawnień) stron w zakresie gromadzenia dowodów. Zwiększeniu kontrydiktoryjności w postępowaniu jurysdykcyjnym nie towarzyszy żadne normatywne „mikrootoczenie”. Skoro proces karny ma być bardziej kontrydiktoryjny, to byłoby rzeczą całkowicie normalną oczekiwać, że strony zostaną wyposażone w instrumenty przyznające im autonomię w zakresie gromadzenia dowodów niezbędnych dla prowadzenia wyrównanej walki procesowej. Tymczasem ani kodyfikatorzy, ani ustawodawca niczego takiego nie uczynili. Często dziś głoszone hasło „prywatnego gromadzenia dowodów” jest właśnie tylko tym, tj. pustym hasłem, bez żadnego znaczenia i bez najmniejszego nawet pokrycia w ustawie postępowania karnego. Pisałem o tym szerzej w odcinku 18 „Pytania o obronę” („Palestra” 2014, nr 3–4), który otwierał serię tekstów poświęconych nowelizacji procedury karnej. Do powrotu do tej tematyki skłaniają mnie zmiany wprowadzone przez ustawę lutową, których celem ma być rzekome ułatwienie stronom gromadzenia dowodów. Z punktu widzenia objętości nie są one zbyt obszerne, bo chodzi zaledwie o jeden przepis (art. 367a k.p.k.). Nie jest to także zmiana specjalnie istotna z punktu widzenia jakości legislacyjnej. Ale po kolei.

3. Jak już powiedziano, na etapie prac w Komisji Kodyfikacyjnej ds. Prawa Karnego oraz

w toku prac sejmowych nad „wielką nowelizacją” kwestię uprawnień stron w zakresie ewentualnego pozyskiwania czy gromadzenia dowodów przez innych uczestników postępowania karnego niż organy procesowe całkowicie zignorowano. To dopiero w Senacie (uchwała Senatu z 20 września 2013 r.) narodził się interesujący (choć dość zachowawczy jak na skalę zmian w zakresie modelu przeprowadzania dowodów w postępowaniu jurysdykcyjnym) pomysł skorygowania tego jaskrawego i całkowicie niezrozumiałego zaniechania kodyfikatorów. Senat chciał dopisać do zmian wprowadzanych do Kodeksu postępowania karnego instrument, który w jakimś sensie pozwoliłby stronom na uzyskiwanie interesujących ich dowodów. Zgodnie z brzmieniem proponowanego nowego art. 168b k.p.k. gdy uzyskanie przez stronę dowodu napotyka znaczne trudności, sąd miałby – działając na wniosek tej strony – zwracać się o wydanie przedmiotu, dokumentu lub udzielenie informacji. Być może przepis ten był niedopracowany od strony legislacyjnej, być może było to skromne tylko uprawnienie, a dla stron w praktyce raczej niewielkie ułatwienie, ale zawsze był to jednak jakiś krok do przodu we właściwym kierunku. Cóż z tego, kiedy – niestety – sejmowa Komisja Nadzwyczajna ds. Zmian w Kodyfikacjach w swym sprawozdaniu z 24 września 2013 r. rekomendowała Sejmowi odrzucenie tej dobrej senackiej poprawki (druk sejmowy nr 1745), co też Sejm posłusznie uczynił głosami posłów koalicji rządzącej na 50. posiedzeniu w dniu 29 września 2013 r. Szczęśliwie jednak poprawce Senatu nie udało się definitywnie ukrećić głowy. Zyskała ona nowe życie normatywne. Po wielu perturbacjach natury legislacyjnej została wprowadzona w zmienionej postaci ustawą lutową. To właśnie nowy przepis art. 367a k.p.k. Uprawnia on strony „prywatnie” (a zatem wszystkie strony poza oskarżycielem publicznym) do wystąpienia do sądu z wnioskiem o zarządzenie przez sąd dostarczenia przez odpowiedni organ dokumentów, których strona sama nie może uzyskać, albo o zwolnienie lub o wystąpienie o zwolnienie określonej osoby

od zachowania tajemnicy dla potrzeb złożenia wniosku dowodowego.

4. Co sądzić o nowym przepisie dowodowym? Czy spełni on pokładane w nim nadzieje, ułatwiając stronom prywatnym gromadzenie dowodów? Czy stanie się – w szczególności dla obrońców, ale także dla adwokatów działających w charakterze pełnomocników w postępowaniu karnym – narzędziem kompensującym ogromną nierównowagę procesową w zakresie gromadzenia dowodów istniejącą pomiędzy stronami prywatnymi i ich przedstawicielami procesowymi a prokuraturą i organami powołanymi do ścigania przestępstw?

Pomińmy takie doprawdy techniczne detale, jak zignorowanie w dyspozycji przepisu art. 367a § 1 k.p.k. tak ważnych dowodów, jak przedmioty (wszak dowód z dokumentu to istotny, ale jedynie bardzo wąski wycinek interesujących strony dowodów) czy świadkowie, którzy mieliby do wniesienia coś istotnego do toczącego się postępowania karnego niezależnie od związania tajemnicą (wszak dowód z zeznania objętego tajemnicą dowodową to istotny, ale jedynie bardzo wąski wycinek kategorii osobowych źródeł dowodowych). Nie tylko zatem można, ale wręcz należy frontalnie i bez żadnych ogródek postawić pytanie o to, co się stało ze świadkami czy przedmiotami w przepisie art. 367a § 1 k.p.k.? Czyżby rzeczywiście ustawodawca nie pomyślał o tym, że strona chciałaby przesłuchać świadka czy zarejestrować wcześniej jego zeznanie i że ma prawo prosić sąd o pomoc w takiej czynności? A przecież sama strona prywatna nie dysponuje żadnymi instrumentami prawnymi, które pozwoliłyby jej na przymuszenie świadka do złożenia przed nią nawet nieformalnej depozycji. Pomińmy także to, że w pierwotnej wersji projektu (druk sejmowy nr 2393) naszemu przepisowi nadano całkowicie inną numerację ustawową (art. 168a k.p.k.), lokując go w innej partii Kodeksu, co umożliwiałoby wykorzystanie tej instytucji także w postępowaniu przygotowawczym, a nie tylko w postępowaniu sądowym (przepis art. 367a k.p.k. został umiesz-

czony w rozdziale ustawy postępowania karnego grupującym przepisy ogólne o rozprawie głównej).

Pytanie podstawowe jest takie: czy przepis art. 367a k.p.k. stanowi jakąś nową jakość procesową, czy też jest to tylko kolejne działanie pozorowane? Wydaje się, że mamy do czynienia z działaniem (niewykluczone, że nieświadomym) pozorowanym. Ani o milimetr bowiem przepis art. 367a k.p.k. nie zmienia dotychczasowej pozycji procesowej stron w zakresie gromadzenia dowodów.

5. Jednej rzeczy projektodawcy jakby nie dostrzegli. Mianowicie tego, że to wszystko, co ma załatwiać przepis art. 367a k.p.k., jest nie tylko już od dawna zapisane w ustawie postępowania karnego, ale jest także w niej zrobione o wiele lepiej z punktu widzenia elegancji i zwięzłości zastosowanej techniki legislacyjnej. Chodzi o przepis art. 169 § 2 k.p.k., zgodnie z którym wniosek dowodowy zmierzać może także do „wykrycia dowodu”. Nie ulega żadnej wątpliwości, że oba stany faktyczne, które z niemałym mozołem legislacyjnym i tak rozwleknie opisano w nowym przepisie art. 367a § 1 k.p.k., bez reszty mieszczą się w syntetycznie ujętej dyspozycji przepisu art. 169 § 2 k.p.k., a konkretnie właśnie w pojęciu wykrycia dowodu. Wniosek dowodowy może bowiem mieć klasyczną postać, to jest podawać (*verba legis*: „oznaczać”) dowód, którego przeprowadzenia żąda strona, i wskazywać okoliczności, które mają być udowodnione (art. 169 § 1 k.p.k.). Krótko mówiąc, w wypadku złożenia „klasycznego” wniosku dowodowego idzie o takie sytuacje, w których sama strona jest już zorientowana co do tego, jaki dowód i na jaką okoliczność zamierza przeprowadzić. Całkowicie inaczej ma się sprawa z wariantem „wykryczym” wniosku dowodowego. Ustawodawca bowiem wyraźnie przewidział także taką sytuację, gdy wniosek dowodowy nakierowany jest nie tyle na przeprowadzenie określonego i znanego stronie dowodu, ile na uzyskanie pomocy sądu (bądź organu prowadzącego postępowanie

przygotowawcze) w zakresie uzyskania dowodu. Tu strona albo w ogóle nie wie, czy dany dowód istnieje, albo też kieruje nią pewna mniej lub bardziej uświadamiana intuicja czy logika procesowa, która podpowiada, że może jednak istnieć jakiś dowód, który z przyczyn faktycznych lub prawnych jest dla strony niedostępny. Oczywiście z przepisu art. 169 § 2 k.p.k. korzystano w praktyce bardzo rzadko i też zupełnie śladowe są poświęcone mu piśmiennictwo i literatura. Ale było tak zapewne z tego powodu, że samo postępowanie dowodowe w procesie karnym było odmiennie skalibrowane. Najczęściej nie było po prostu żadnej potrzeby sięgania po tę instytucję. Sąd w postępowaniu jurysdykcyjnym z własnej inicjatywy musiał korygować oczywiste braki dowodowe postępowania przygotowawczego, co w zasadzie zwalniało strony od potrzeby uruchamiania trybu przewidzianego w przepisie art. 169 § 1 k.p.k. i w znacznej mierze stanowił on martwe narzędzie procesowe. Nie zmienia to jednak w najmniejszym stopniu tego, że narzędzie to jest wpisane w prawo procesowe i że nowy przepis art. 367a k.p.k. powielił to, co i tak wynika z treści dyspozycji przepisu art. 169 § 2 k.p.k. Nie ulega bowiem żadnej wątpliwości, że strona – przypuszczając czy domyślając się istnienia ważnego procesowo dokumentu, którego nie chce jej udo-

stępnić podmiot dysponujący dokumentem – może się zwrócić do sądu (organu postępowania przygotowawczego) w trybie przepisu art. 169 § 2 k.p.k. o to, żeby dysponent przekazał określone dokumenty (będzie to właśnie wykrycie określonego dowodu). Strona może także wnioskować o przesłuchanie określonego świadka w zakresie objętym tajemnicą. I to również odpowiada stanowi faktycznemu określone jako „wykrycie dowodu”. Przepis art. 367a k.p.k. stanowi więc klasyczne *superfluum* normatywne, którego dobry ustawodawca powinien unikać.

6. Zmiana modelu postępowania sądowego na bardziej kontrydiktoryjny wymaga czegoś innego i czegoś znacznie bardziej sensownego niż działania pozorowane. Niezbędne jest wprowadzenie instrumentów procesowych, które doprowadziłyby do starannie uregulowanej, ale realnej emancypacji stron prywatnych w zakresie gromadzenia i dokumentowania dowodów (np. poprzez wyposażenie stron w prawo do przeprowadzania w pewnym zakresie przesłuchań czy prawnie wiążącego zwracania się o wydanie istotnych dokumentów). Wydaje się jednak, że na takie rozwiązania przyjdzie jeszcze długo poczekać. W każdym razie jeżeli sądzić po historii legislacyjnej przepisu art. 367a k.p.k.

W następnym odcinku:

Czy decyzja o wyznaczeniu obrońcy z urzędu zawsze w sposób kompletny określa zakres jego obowiązków procesowych?

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

DOWODY OSOBOWE A EKSPERYMENT PROCESOWY

Na jednej z dwukierunkowych ulic miejscowości W. o jednym pasie ruchu dla każdego kierunku doszło do zderzenia forda z oplem. Pierwsze zetknięcie pojazdów nastąpiło w chwili, kiedy opel wyprzedzał forda skręcającego na miejsce parkingowe usytuowane przy lewej krawędzi jezdni według kierunku ruchu uczestników zdarzenia drogowego. W rezultacie przeprowadzonych przez Policję czynności wyjaśniających, które wprawdzie utrudniał, lecz nie wykluczał trafnego poglądu, niewymiarowy szkic sytuacyjny miejsca zdarzenia, do sądu wpłynęły dwa wnioski o ukaranie, które zarzucały popełnienie wykroczenia z art. 86 k.w., przy czym kierującemu fordem przypisano niezachowanie szczególnej ostrożności przy zmianie kierunku ruchu i nieustąpienie pierwszeństwa, kierującej oplem zaś niezachowanie szczególnej ostrożności podczas wyprzedzania.

Sąd, rozpoznając sprawę, uznał za winnego kierującego fordem, oczyścił natomiast od zarzutu popełnienia wykroczenia kierującą oplem. Następnie w wyniku apelacji obwinionego sąd odwoławczy nabrał wątpliwości w kwestii zasadności decyzji podjętej przez organ pierwszej instancji, wskutek czego uchylił orzeczenie, a sprawę przekazał do ponownego rozpoznania, zalecając równocześnie po-

wołanie biegłego z zakresu rekonstrukcji wypadków drogowych. Sąd wprawdzie zwrócił uwagę na bardzo istotne kwestie, których nie wyjaśniono w toku czynności wyjaśniających, a które niewątpliwie mogły ujemnie wpłynąć na treść orzeczenia, to jednak powołanie biegłego w celu dokonania oceny przebiegu zdarzenia było niecelowe, w szczególności z uwagi na brak wystarczających dowodów materialnych uniemożliwiających pełną rekonstrukcję. Można było oczywiście na podstawie rodzaju uszkodzeń powstałych w pojazdach określić ich prędkości, co jednak w świetle innych dowodów nie miało dla oceny zachowania kierujących istotnego znaczenia. Dowodami tymi są: miejsce zderzenia pojazdów ustalone na podstawie odłamków szkła, co jest wyraźnie widoczne na policyjnym szkicu sytuacyjnym, a także rodzaj uszkodzeń powstałych w fordzie i oplem ustalony w oparciu o znajdujący się w aktach sprawy materiał zdjęciowy. Na ich podstawie można stwierdzić, że uderzenie prawym narożem opla w bok forda nastąpiło w chwili, kiedy ford przednimi kołami znajdował się poza lewą krawędzią jezdni, właściwą dla kierunku ruchu tego pojazdu. Z dowodów osobowych pochodzących z zeznań trzech świadków i obwinionego wynikało, że do zderzenia doszło tuż za przejściem dla pieszych, oznaczonym

znakiem pionowym „przejście dla pieszych” (D-6), lecz odległość ta, jak również położenie odłamków szkła względem tego przejścia, nie zostały na policyjnym szkicu utrwalone. Fakt ten wskazywał brak wątpliwości w kwestii, że kierująca oplem rozpoczęła manewr wyprzedzania przed przejściem dla pieszych, gdyby bowiem rozpoczęła go prawidłowo, to znaczy za tym przejściem, wówczas nie miałyby możliwości tuż za tym przejściem dojechać do lewej krawędzi jezdni jeszcze przed uderzeniem w forda. Istniała natomiast wątpliwość, czy kierujący fordem odpowiednio wcześniej, to znaczy jeszcze przed dojazdem do znaku D-6, włączył lewy kierunkowskaz. Fakt włączenia kierunkowskazu w zasadzie przesądzał o niewinności kierującego fordem i winie kierującej oplem. W przypadku udowodnienia braku kierunkowskazu w fordzie przyczynieniem się do spowodowania kolizji drogowej można w równym stopniu obarczyć oboje uczestników kolizji, przy zastosowaniu zróżnicowanej kwalifikacji prawnej, wymienione podmioty naruszyły bowiem różne przepisy z grupy zasad bezpieczeństwa ruchu drogowego.

W tym kontekście rozważań kierująca oplem naruszyła podstawową zasadę bezpieczeństwa ruchu drogowego wyrażoną treścią art. 3 p.r.d. Mianowicie nie zachowała szczególnej ostrożności w rejonie przejścia dla pieszych oznakowanego znakiem pionowym przejście dla pieszych (D-6) przez naruszenie zakazu wyprzedzania wyrażonego treścią art. 26 ust. 3 p.r.d. Nie ma wątpliwości, że status przejścia dla pieszych nadaje określony znak pionowy. W sytuacji zatem braku znaku poziomego w postaci „zebrzy” (P-10) przejściem *stricte* dla pieszych jest wyobrażalna powierzchnia w kształcie prostokąta, którego przekątną jest linia łącząca punkty stanowiące miejsce ustawienia znaków. Kierujący nie może zatem podejmować wyprzedzania innego pojazdu przed takim przejściem, jeżeli nie ma pewności, że po wykonaniu tego manewru nie tylko bezpiecznie powróci na poprzednio zajmowany pas ruchu, ale równocześnie zdoła – jeżeli zajdzie taka potrzeba – zatrzymać pojazd

przed znakiem D-6. Przejścia dla pieszych są pod wzmożoną ochroną prawną, wymagającą od kierującego zbliżającego się do przejścia dla pieszych odpowiedniego zmniejszenia prędkości – zgodnie z dyspozycją art. 47 ust. 4 rozporządzenia ministrów Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych (Dz.U. nr 170, poz. 1393 ze zm.), wydanego na podstawie art. 7 ust. 2 p.r.d. Obowiązek ten z natury rzeczy wyklucza wyprzedzanie, które charakteryzuje się zwiększeniem prędkości. Przy przyjęciu, że kierujący fordem włączył lewy kierunkowskaz, kierująca oplem, podejmując wyprzedzanie, dodatkowo naruszyła postanowienia art. 24 ust. 5 p.r.d., w myśl którego wyprzedzanie pojazdu sygnalizującego zamiar skręcenia w lewo może odbywać się tylko z prawej strony. Formalnie rzecz biorąc, podjęciem przez kierującą oplem manewru wyprzedzania była chwila, w której rozpoczęła ona zmianę toru jazdy w kierunku lewej krawędzi jezdni, co niewątpliwie nastąpiło przed przejściem dla pieszych. Gdyby nie miała zamiaru wyprzedzenia fordą, wówczas jazda lewą stroną jezdni dwukierunkowej naruszałaby zasadę ruchu prawostronnego – określonego w art. 16 ust. 1 p.r.d. – która zobowiązuje kierującego do poruszania się przy prawej krawędzi jezdni lub właściwego pasa ruchu. Kierujący fordem miał obowiązek zachowania szczególnej ostrożności nie tylko podczas zbliżania się do przejścia dla pieszych, przejeżdżania przez nie, ale również w czasie przygotowania i realizacji zamiaru zmiany kierunku w celu wjazdu na miejsce parkingowe, zlokalizowane przy lewej krawędzi jezdni. Pierwszą fazę zobowiązań wypełnił przez zmniejszenie prędkości. Wprawdzie obwiniony oraz troje pasażerów jego pojazdu potwierdzili, że kierujący fordem przed realizacją manewru skręcenia w lewo miał włączony lewy kierunkowskaz, to jednak do treści tych zeznań należało podejść ostrożnie, w praktyce bowiem pasażerowie rzadko wiedzą o rodzaju podejmowanych przez kierującego czynności typu: włączenie kierunkowskazu lub określonych

światel, zmiana biegu czy jazda z odpowiednią prędkością. Wiedzą jedynie o powziętym zamiarze zmiany kierunku ruchu lub toru jazdy oraz sposobie jego realizacji. Pasażer siedzący na przednim siedzeniu nie mógł wiedzieć o włączonym kierunkowskazie, był bowiem zajęty instruowaniem kierującego o dojeździe do miejsca parkowania. Mało prawdopodobne, że pasażerka siedząca na prawym tylnym siedzeniu słyszała matowy dźwięk pracującego kierunkowskazu, był on bowiem zagłuszany trwającą rozmową. Możliwe jest natomiast, że pasażer siedzący na przednim siedzeniu dostrzegł światelko kierunkowskazu, patrząc w stronę kierującego. Zbliżywszy się do wyobrażalnej osi jezdni oraz przed realizacją skręcenia na parking, kierujący fordem obowiązany był jedynie do ustalenia, czy z przeciwnego kierunku nie nadjeżdża żaden pojazd. W tej fazie jazdy miał prawo przypuszczać, że jadący za nim w tym samym kierunku uczestnicy ruchu kołowego będą na zasadzie ograniczonego zaufania – wyrażonego dyrektywą zawartą w art. 4 p.r.d. – stosować się do przepisów ruchu drogowego. W jego ocenie nic nie wskazywało na możliwość podjęcia manewru wyprzedzania przez kierującą oplem. Natomiast w momencie dostrzeżenia opła jadącego lewą stroną jezdni było już za późno na jakąkolwiek reakcję. Z kolei nie ma podstaw do podważenia zeznań świadka, który przebieg zdarzenia obserwował z terenu jednostki wojskowej podczas pełnienia służby wartowniczej. Niemniej jednak nie mógł on, patrząc na forda z prawej krawędzi jezdni, właściwej dla kierunku ruchu uczestników kolizji, dostrzec lewego kierunkowskazu, bez względu na to, czy był włączony, czy też nie, oczywiście przy założeniu, że zderzenie pojazdów nastąpiło tuż za przejściem dla pieszych, w granicach do 10 metrów.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego można było uznać, że kierująca oplem wyprzedzała, wprawdzie nie na „pasach” (brak znaków poziomych), to jednak na przejściu dla pieszych (znak pionowy D-6), a zatem swoim zachowaniem przyczyniła się do kolizji drogowej. Nie było pewności

w kwestii całkowitej prawidłowości manewru wykonanego przez kierującego fordem, to jednak istniały wątpliwości, które jako niedające się usunąć nie mogą być – na mocy art. 8 k.p.w. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. – tłumaczone na jego niekorzyść. Nie można zatem uznać, że wina została mu udowodniona. Powołany, w tym stanie rzeczy, biegły musiałby się oprzeć głównie na dowodach osobowych w celu ich zweryfikowania. To jednak, w świetle utrwalonej praktyki procesowej, nie jest zadaniem biegłego, lecz organu orzekającego. Opinia biegłego również jest dowodem osobowym i podobnie jak inne podlega weryfikacji organu procesowego.

Dylemat organu orzekającego został usunięty dzięki trafnej decyzji o przeprowadzeniu eksperymentu procesowego z udziałem uczestników zdarzenia drogowego, świadka oraz policjanta, którym objęto:

- ustalenie miejsca zetknięcia pojazdów,
- zarejestrowanie powypadkowego ustawienia pojazdów,
- dokonanie pomiaru odległości od oznakowanego przejścia dla pieszych do miejsca uderzenia opła w forda,
- odtworzenie toru jazdy obu pojazdów przed zderzeniem,
- określenie powierzchni przejścia dla pieszych nieoznakowanego znakiem poziomym P-10,
- wizualne określenie odległości od przejścia dla pieszych, przy której dopuszczalne było rozpoczęcie manewru wyprzedzania,
- wizualne określenie odległości od przejścia dla pieszych obowiązkowego zakończenia wyprzedzania,
- wizualne określenie długości odcinka, który przejechałby ford, w przypadku gdyby opel rozpoczął wyprzedzanie za przejściem dla pieszych.

W rezultacie ustalono ponad wszelką wątpliwość, że do zderzenia doszło nie tuż za przejściem dla pieszych, lecz w odległości około 50 metrów za tym przejściem. W tej sytuacji kierująca oplem mogła przystąpić do wyprzedzenia forda. W świetle zeznań świadka, któ-

ry obserwował cały przebieg zdarzenia (ruch pojazdów przed uderzeniem opla w forda oraz sam moment uderzenia), kierujący fordem w momencie przystąpienia do realizacji manewru skrętu w lewo, a więc zmiany kierunku niemal pod kątem 90° , nie miał włączonego lewego kierunkowskazu. Z pozycji, z której obserwował ruch pojazdów, mógł swobodnie dostrzec pracę lub brak tylnego lewego kierunkowskazu forda. Ponadto świadek ów, zbliżając się do uczestników zdarzenia w celu udzielenia pomocy, utrwalił w pamięci, że widząc go, kierujący fordem nagle włączył lewy kierunkowskaz, co niewątpliwie wskazuje, że chciał świadkowi zasugerować, iż w jego pojeździe kierunkowskaz ten był włączony również przed podjęciem przez niego określonego manewru. Fakt ten bezspornie przesądził o prawidłowości manewru wyprzedzania podjętego przez kierującą oplem. W ślad za tym można stwierdzić, że kierujący fordem, realizując zamiar zmiany kierunku ruchu po-

jazdu w określonych warunkach drogowych, nie zachował wymaganej ustawowo szczególnej ostrożności, doprowadzając tym samym do zderzenia pojazdów.

Opisana sprawa wykazała, jak dalece uciążliwe jest wyjaśnianie istotnych okoliczności wypadku, jeżeli nie utrwali się z jego miejsca wszystkich śladów, zwłaszcza tych, które są widoczne. Myślę o dokładnym, a więc nie obrazkowym, lecz wymiarowym określeniu miejsca, gdzie znajdowały się na jezdni odłamki szkła pochodzącego z rozbitych pojazdów. Czynność ta należycie wykonana niewątpliwie rozwiałaby wiele wątpliwości już we wczesnej fazie czynności wyjaśniających. Równocześnie wykazano, że dowody osobowe w konfrontacji z eksperymentem procesowym na miejscu zdarzenia mogą prowadzić do diametralnie odmiennych rozstrzygnięć. W tej sprawie sąd wykazał się dużą intuicją, prowadząc wprost do trafnego rozstrzygnięcia, które jest prawomocne.

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

DZIEŁO (NIE)ZAPOMNIANE, CZYLI O SZTUCE WYMOWY SĄDOWEJ

Wydano ją tylko dwa razy – w 1977 i 1982 roku, w małym rozmiarze i raczej niskim nakładzie. Dziś to pozycja kultowa, którą każdy praktykujący w sądzie prawnik powinien mieć na swoim biurku. Aż trudno uwierzyć, że przez ponad trzydzieści kolejnych lat ani razu jej nie wznowiono. Niewielka, licząca 250 stron książeczka, a jednocześnie nieoceniony praktyczny pomocnik w sądowych bojach i dzieło przynoszące chlubę polskiej adwokaturze. Rzecz o *Sztuce wymowy sądowej* Romana Łyczwyka i Olgierda Missuny.

Dzisiaj, w dobie masowej utraty zdolności przemawiania tak w sądach, jak i w miejscach debaty publicznej, każde starannie przygotowane wystąpienie – wygłoszone, a nie odczytane, wydaje się słuchaczom sztuką, a nie rzemiosłem. Tym łatwiej zabłysnąć, wyróżnić się na tle powszechnej nieskładności mówców. Lektura *Sztuki* zdecydowanie temu sprzyja, bo nie tylko dostarcza rzetelnej wiedzy i inspiracji, ale i skłania do samokształcenia. Dla zachęty warto zacząć od następującej konstatacji autorów:

„Kandydat na prokuratora i adwokata, po wieloletniej nauce w szkole średniej, po studiach na wyższej uczelni, wreszcie po okresie aplikacji sądowej, nie ma dziś ani elementarnej znajomości teoretycznych zasad wymowy, ani

żadnej praktyki w publicznym formułowaniu swych myśli w mowie. (...) Nie wymaga się też od kandydata na prokuratora i adwokata (...) żadnego minimum naturalnych uzdolnień do tego by być mówcą.

Może być jąkałą, seplenić, źle wymawiać i akcentować tekst, nikt go w żadnej fazie jego kariery prawniczej w tym zakresie nie skontroluje, nie przeegzaminuje, nie zachęci do pozbycia się wad i błędów. Dykcję, postawę, głos, wyobraźnię, szybkość orientacji, gruntowne wykształcenie humanistyczne, ogólną kulturę, pogłębioną znajomość prawa – te niezbędne dla mówcy sądowego umiejętności i wiadomości musi wyrobić w sobie i zdobyć sam, zanim rozpocznie bezpośrednią naukę swego zawodu. Jednakże trzeba sobie wyraźnie powiedzieć, że zupełny brak tych cech i niedopracowanie się ich uniemożliwiają uprawianie zawodu mówcy sądowego. Dlatego też każdy kandydat do zawodu prawniczego jeszcze w trakcie studiów uniwersyteckich powinien samokrytycznie zanalizować swoją psychofizyczną osobowość i decydować się na ciernistą drogę mówcy sądowego dopiero wtedy, gdy znajdzie w sobie odpowiednie uzdolnienia, dające się rozwinąć pracą i ćwiczeniami. W przeciwnym razie niech zaniecha wysiłków, które przyniosą mu w życiu jedynie gorzkie rozczarowanie”

(R. Łyczywek, O. Missuna, *Sztuka wymowy sądowej*, wyd. 2, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1982, s. 195–196).

Cóż, diagnoza trafna tym bardziej i dzisiaj, po ponad trzydziestu latach, choć współcześnie autorzy złagodziliby zapewne swe oceny, ulegając tzw. poprawności politycznej. Postulat profesjonalnego nauczania aplikantów adwokackich retoryki i oratorstwa pozostaje nadal aktualny. Upominał się o to na łamach „Palestry” adw. Andrzej Bąkowski (*Kilka uwag o sztuce wymowy sądowej*, „Palestra” 2012, nr 11–12, s. 231–233), zachęcając do lektury m.in. antologii *Słynne mowy sądowe*, zbioru sporządzonego *nota bene* przez Romana Łyczywka. W doskonaleniu pomóc może lektura powszechnie dostępnych z uwagi na wielokrotne wznowienia – dzieła Artura Schopenhauera *Erystyka, czyli sztuka prowadzenia sporów* i skryptu *Wymowa prawnicza*, wyd. C. H. Beck, w którym sporo jest odniesień do *Sztuki* R. Łyczywka i O. Missuny. Nie może być zresztą inaczej, skoro autorzy ci formułują podstawowe zasady dotyczące konstrukcji, treści i formy wystąpień sądowych, przydatne tak w procedurze karnej, jak i cywilnej.

Proponują następujący sposób budowania argumentacji:

„Nie udowadniajcie rzeczy oczywistych. Strzeżcie się w miarę możliwości argumentów obosiecznych, tj. takich, które mogą być interpretowane w różny sposób. Odrzućcie dowody pośrednie lub niepewne, gdyż osłabiają one dowody niewątpliwe, i ograniczcie swoje rozumowanie właśnie do tych niewątpliwych. Pamiętajcie, że strona przeciwna przede wszystkim wyszuka w toku waszego rozumowania to, co jest słabe i nie ugruntowane, a zwracając swój atak na słabą stronę waszej argumentacji, nawet gdy ta słabość dotyczy tylko spraw peryferyjnych, podważy zaufanie do całości waszych wywodów. Jeżeli dysponujecie jaskrawym, efektownym dowodem, nie zaczynajcie od niego, nie wprowadzajcie go bez pewnego przygotowania, posłuchcie się nim w waszym rozumowaniu jako akcentem końcowym. Przystąpiwszy po stworzeniu

fabuły stanu faktycznego (co nie jest jednak równoznaczne z opowiadaniem całej sprawy) do wyciągnięcia z niej wniosków merytorycznych i prawnych, trzeba umiejętnie operować argumentami, prowadzącymi do koniecznych dla reprezentowanego stanowiska ustaleń.

Rozróżnić trzeba argumenty:

1) niezbędne – należy je opracować starannie, wyjaśnić aż do oczywistości, wzmacniając, ozdabiać, rekapitulować, tak żeby uzyskały odpowiednią rangę i ciężar gatunkowy,

2) korzystne – powinny być one wyeksponowane, podkreślone, odpowiednio zaakcentowane pauzą, przy rekapitulacji powtórzone, tak żeby głęboko utkwily w pamięci słuchaczy,

3) niebezpieczne – tych argumentów należy za wszelką cenę unikać i uważać, aby żadną aluzją nie naprowadzić na ich istnienie przeciwnika, który mógł o nich zapomnieć albo ich dla skuteczności swej tezy nie docenić,

4) nieuniknione, choć negatywne – mówca nie może chować głowy w piasek; jeżeli istnieją w sprawie argumenty natury faktycznej lub prawnej wysuwane przez przeciwnika, a bezspornie wynikające z materiału dowodowego, należy je uznać i przystąpić do ich oceny – albo bagatelizując je, albo też znajdując dla nich w innych okolicznościach sprawy usprawiedliwienie czy też inne naświetlenie korzystne dla reprezentowanego przez mówcę stanowiska” (*Sztuka*, s. 92–94).

Na kartach *Sztuki* znajdujemy porady, jak sporządzać notatki, jak należy przygotować wystąpienie, a nawet jak starać się uniknąć zaskoczenia w sali sądowej. „By szczęśliwie rozegrać tę swoistą partię szachów, trzeba spełnić jeden nieodzowny warunek: trzeba umieć przewidywać. Przewidywanie w tej sytuacji to przede wszystkim myślenie sposobem przeciwnika, rozważenie możliwie najbardziej szczegółowo tych argumentów, którymi posłużyć się może przeciwnik procesowy. Mówca sądowy, jeżeli uzna to za celowe, może w pewnym stopniu zbagatelizować argumenty przeciwnika we własnym przemówieniu, nie powinien ich jednak w żadnym wypadku bagatelizować przy przygotowaniu swej mowy.

Zastosować tu można, zachowując należyte proporcje, myśl Ludwika II Kondeusza, zwanego Wielkim: «Najwspanialszy dowódca może zostać pokonany, ale zaskoczony – nigdy» (*Sztuka*, s. 121).

Nie wszystkie polecane przez Schopenhauera chwytły erystyczne znalazły uznanie autorów. Wysoko cenią oni w szczególności odwrócenie argumentu użytego przez stronę przeciwną i użycie go przeciwko niej samej (*retorsio argumenti*) jako jeden z najefektowniejszych i najbardziej skutecznych chwytów polemicznych. Wymaga to „należytej oprawy retorycznej, która podkreśli zbieżność założeń i odwrotność wniosków w stosunku do argumentacji przeciwnika. Uzyskać to możemy, np. powtarzając przed własnym rozumowaniem odpowiednie konkluzje przeciwnika lub też bardzo wyraźnie i bezpośrednio nawiązujące do jego słów i kontynuując jego rozumowanie.

Odwrócenie argumentu silnie oddziałuje psychologicznie na słuchaczy. Efekt jest tu jeszcze silniejszy niż wyraźnie niekorzystne zeznanie świadka, zgłoszonego przez którąś ze stron procesowych” (*Sztuka*, s. 123–124).

Autorzy sporo uwagi poświęcili emocjom wywoływanym wystąpieniem. Przestrzegają zarówno przed patosem, jak i przed komizmem. „Współczesny człowiek jest bardzo odporny na patos – przypominają. – Pamiętając o tym, mówca może – jeżeli umie – posłużyć się patetycznym akcentem w zakończeniu przemówienia. Powinien to być patos szczerzy, zgodny z przekonaniem mówcy. Musi też mówca tak przygotować nastrój, by sędziowie byli skłonni zaakceptować patetyczne przemówienie; jakakolwiek nienaturalność w wyrażeniu patosu, czy jego odbiorze, stwarza sytuację fatalną.

Wreszcie dobrze jest pamiętać zdanie Arystotelesa, że nic tak szybko nie wysycha jak łzy” (*Sztuka*, s. 99). Z kolei „komizm to broń niezwykle celna, lecz w stosowaniu trudna, wymaga dużego wyrobienia mówcy i szczególnej ostrożności” (*Sztuka*, s. 131).

Zwieńczeniem wystąpienia powinno być

jego efektowne zakończenie. „Zakończenie nie powinno być bezradne, chyba że wyjątkowo – świadomie demonstrowana bezradność należy do wybranej przez mówcę taktyki – podpowiadają autorzy. – Fatalnym błędem jest kilkakrotne zbliżanie się do zakończenia, a następnie powracanie do wywodów merytorycznych, dorzucanie argumentów uprzednio zapomnianych itp. Rozprasza to uwagę słuchacza i najczęściej również usposabia go nieprzychylnie do mówcy i przemówienia. Tu właśnie ma zastosowanie ważna zasada «recepty» Mora Giafferiego na dobre przemówienie: Po powiedzeniu tego, co się chciało powiedzieć – skończyć” (*Sztuka*, s. 98).

R. Łyczywek i O. Missuna przypominają starą prawdę, że nawet najlepiej przygotowana i opracowana mowa sądowa nie przekonuje, czyli nie osiąga swojego celu, jeżeli jest źle wygłoszona. Na formę przemówienia składają się: język, poprawna dykcja i akcentowanie, właściwe przestankowanie, oddech i gestykulacja, wreszcie odpowiednie zachowanie mówcy na sali sądowej (*Sztuka*, s. 137) i dopiero zespół tych wszystkich elementów nadaje wypowiedzi właściwe piękno.

„Błędem więc będzie nie tylko przemawianie z opuszczoną głową i oczami utkwionymi w notatkach, lecz również mówienie w przestrzeń i błędzenie wzrokiem po suficie. Jedyną właściwą postawą jest postawa wyprostowania, głowa podniesiona, trzymana prosto, może nawet nieco wzniesiona do góry, co ułatwia zarówno oddychanie, jak i emisję głosu. Ponadto trzeba stwierdzić, że wygłaszanie przemówienia w wadliwej pozycji, o której wspominaliśmy, stwarza pozory czytania i może spowodować ingerencję przewodniczącego, ponieważ zasadą w sądzie jest mówienie z pamięci, a nie czytanie z góry przygotowanej mowy. Można korzystać ze swoich notatek, można cytować teksty orzecznictwa, poglądy naukowe, poszczególne elementy ekspertyzy czy zeznań świadków. Należy jednak wtedy odpowiedni dokument wziąć do ręki, podnieść i czytać. Przy czytaniu trzeba wprowadzać pauzy, ponieść oczy, żeby zbadać, jakie

wrażenie odnoszą słuchacze, czy cytaty nie są zbyt długie, czy nie wywołują znudzenia lub zniecierpliwienia” (*Sztuka*, s. 182).

Rady „dla początkujących” są może i bezlistosne, ale wydają się skuteczne.

„Jeśli początkujący mówca ma tendencję do uprawiania na ławie obrończej gimnastyki szwedzkiej i ręce latają mu nieustannie wokół głowy, powinien przynajmniej jedną z nich uwięzić, biorąc komentarz kodeksu karnego i wkładając palec między jego kartki. To znakomity sposób, bo nie może gestykulować z ciężkim tomem w ręce. Jeśli mówca ma tendencję do spacerowania w czasie przemówienia, może poprosić siedzącego obok współobrońcę o dyskretne i lekkie przetrzymywanie go za tocę. (...) W gestykulacji bierze udział cała postać, dłoń, ramiona, głowa, rolę pomocniczą, ale bardzo ważną odgrywa mimika, wyraz twarzy, zmarszczenie czoła, podniesienie brwi. Toga powinna być zapięta, nie wolno wkładać ręki do kieszeni. Można ruchem ręki z góry na dół akcentować poszczególne argumenty, ale nie należy uderzać ręką w pulpit czy akta. Gest powinien być ściśle powiązany ze słowem, iść za nim, ilustrować go. Trzeba jednak pamiętać, że sala sądowa nie jest salą teatralną i dlatego w zakresie gestykulacji należy unikać porad aktorów. Opisanie stanu faktycznego sprawy, np. przebiegu zbrodni, nie może się zmienić w pantomimę. Dlatego jeszcze raz zalecamy umiar, gdyż gest niezręczny czy przesadny

osiąga efekt sprzeczny z zamiarem. Mówca musi szczerze wierzyć w słuszość tego, co mówi, w treść swego przemówienia i w tonacji głosu, jego barwie, wreszcie w geście, który podkreśla, rzeźbi i kształtuje – musi się wyrażać szczerze. Gest, najbardziej wystudiowany, przemyślany, opracowany i przećwiczony robić powinien wyraźnie spontanicznie, takiego, który towarzyszy improwizacji. Na tym polega sztuka dobrego odegrania roli, jaka mówcę czeka na sali sądowej. Gest nie może odrywać uwagi słuchaczy od wypowiedzianych słów. Do słów, wśród których są mocniejsze i słabsze, dostosowana powinna być dynamika gestykulacji. Gest jest jedynie sługą, pomocnikiem słowa” (*Sztuka*, s. 190–191).

Po przekroczeniu strony dwusetnej autorzy formułują – w ramach podsumowania przeznaczzonego dla młodych prawników – katalog rad sprzyjających rozwojowi umiejętności oratorskich. Oparłem się pokusie ich przedstawienia (poza jedną – „jak ciężkiej śmiertelnej choroby wystrzegać się samouwielbienia”), po pierwsze dlatego, że z uwagi na brak wznowień *Sztuki* sporo i tak cytowałem, po drugie, że chciałbym zachęcić szczególnie młodszych czytelników do jej poszukiwań w antykwariatkach i na internetowych aukcjach w celu lektury całości tego dzieła. Z upływem lat – niczym stare wino – smakuje ono coraz lepiej i jego wznowieniem powinni się zainteresować adwokaccy decydenci.

Po lekturze

Andrzej Bąkowski

BITWA WARSZAWSKA – CUD SPRZED 95 LAT

W dniu 15 sierpnia 2015 r. cała Polska obchodziła radośnie i uroczyście 95. rocznicę zwycięstwa oręża polskiego nad armią bolszewicką. Batalia ta znana jest pod nazwą „Bitwa Warszawska”, toczyła się bowiem na przedpolu stolicy. I gdyby nie determinacja Narodu Polskiego, który w sierpniu 1920 r. w ciągu dosłownie kilkunastu dni stworzył – na apel Premiera Rządu Polskiego Wincentego Witosa – Armię Ochotniczą, gdyby nie ruszył masowy napływ do Wojska Polskiego przede wszystkim młodzieży chłopskiej i robotniczej, która gremialnie dołączyła do inteligencji, nie wiadomo jaki obrót przybrałaby inwazja sowiecka toczona pod hasłem „Po trupie Polski na Zachód marsz, marsz” (cyt. za rozkazem Tuchaczewskiego). Ta młodzież polska po parodniowych ćwiczeniach z obsługi zwykłego karabinu poszła do boju. I na polach Ossowa, w miasteczku Radzymin, który parokrotnie przechodził z rąk do rąk, rozbity został impet natarcia żołnierzy rosyjskich. A oni tak pewni byli zwycięstwa i zajęcia Warszawy, że w kieszeniach niektórych znaleziono karteczki z adresami sklepów warszawskich, które zamierzali zrabować po zdobyciu stolicy „pańskiej Polski”.

Jednym z symboli tej Bitwy był ks. Ignacy Skorupka, który – według przekazów – siedł

ze swoimi uczniami do ataku z krzyżem w ręku. Zginął. A chłopcy poszli dalej. „Cud nad Wisłą” to niewątpliwie Opatrzność Boska, która nad Polską czuwała, to ksiądz Skorupka ginący za Polskę, to odwieczne przeświadczenie, że Polacy jako naród tworzą przedmurze Chrześcijańskiej Europy.

Polacy w ogóle mieli w owej epoce nie tylko ofiarną młodzież, ale i wielkich przywódców, spośród których niewątpliwie wybijał się Wódz Naczelny Józef Piłsudski. Nie brakowało również innych wielkich nazwisk, generałów Hallera, Rozwadowskiego, Sikorskiego, Rydzas-Śmigłego. Można by tu odprawić litanię wybitnych nazwisk wojskowych.

Nie będę się w tym szkicu zagłębiał w aspekty czysto militarne Bitwy. Pozwolę sobie w największym skrócie podać kilka najważniejszych opinii wybitnych polityków, historyków oraz wojskowych z najwyższej półki o znaczeniu Bitwy Warszawskiej, o doniosłości polskiego zwycięstwa dla Europy i świata.

Zacznijmy od świadectwa Charles’a de Gaulle’a. Przebywał on w Polsce, a podczas Bitwy Warszawskiej w stolicy, jako oficer francuskiej misji wojskowej, wydał absolutnie pozytywną opinię o polskich działaniach wojennych. Żołnierz Polski był wedle tej opi-

nii jednym z najlepszych na świecie. Podobnie ocenił kadre dowódczą¹.

O znaczeniu słynnej bitwy 1920 r. dla losów całej Europy lord Edgar D’Abernon napisał znakomitą opinię, kwalifikując zwycięską kampanię Polaków jako osiemnastą decydującą bitwę w dziejach świata². O tej Bitwie pisał, że współczesna historia cywilizacji zna mało wydarzeń do niej podobnych. Gdyby Bitwa pod Warszawą zakończyła się zwycięstwem bolszewików, nastąpiłby punkt zwrotny w dziejach Europy. Wraz z upadkiem Warszawy środkowa Europa stałaby się otworem dla propagandy komunistycznej i dla sowieckiej inwazji. W roku 1920 Europę zbawiła Polska.

O Bitwie pisali także francuski generał Louis A. Faury³, brytyjski historyk J. F. C. Fuller⁴, historyk wojskowości Simon Goodough⁵, który zaliczył Józefa Piłsudskiego w poczet największych geniuszów wojennych.

Bitwa Warszawska, w której Polacy odnieśli miażdżące zwycięstwo nad Armią Czerwoną, miała jednocześnie ogromne znaczenie dla państw Europy takich jak Niemcy, Węgry, Czechy. Dowodzący Armią Czerwoną Michaił Tuchaczewski podobno wzdychał z goryczą o straconych szansach opanowania nie tylko Polski, ale również dużej części krajów europejskich. Należy przy okazji stwierdzić, że Tuchaczewski osądzony jako nieudolny dowódca w 1920 r. w Polsce, podczas czystek komunistycznych w ZSRS został skazany na karę śmierci. I tak marnie zginął „sowiecki Bonaparte”.

Mimo pochlebnych o Polakach opinii jako obrońcach Europy od tureckiej inwazji w XVII w., a od komunistycznej w XX w., bez większych skrupułów zafundowano nam 40 lat komunizmu (Teheran, Jałta), którzy sami musieliśmy pokonać.

¹ Gen. Charles de Gaulle – zapiski generała z czasów wojny polsko-bolszewickiej zostały opublikowane po raz pierwszy w „Zeszytach Historycznych” paryskiej „Kultury” w 1971 roku.

² Lord Edgar D’Abernon – ambasador brytyjski w Warszawie, autor książki *The eighteenth decisive battle of the world: Warsaw, 1920*, pierwsze polskie wydanie, pt. *Osiemnasta decydująca bitwa w dziejach świata pod Warszawą 1920 r.*, ukazało się w 1932 r.

³ Gen. Louis Faury – autor artykułu z 1928 roku, w którym pisał: „Przed dwustu laty Polska pod murami Wiednia uratowała świat chrześcijański od niebezpieczeństwa tureckiego; nad Wisłą i nad Niemnem szlachetny ten naród oddał ponownie światu cywilizowanemu usługę, którą nie dość oceniono”, oraz artykułu o przyjęciu przez J. Piłsudskiego bardziej ryzykownego planu gen. Rozwadowskiego bitwy warszawskiej 1920 r. i kluczowej roli manewru Naczelnego Wodza oskrzydającego Armię Czerwoną.

⁴ J. F. C. Fuller – brytyjski historyk, autor książki *Bitwa pod Warszawą 1920*, cyt.: „Oslaniając centralną Europę od zarazy marksistowskiej, Bitwa Warszawska cofnęła wskazówki bolszewickiego zegara (...), zatamowała potencjalny wybuch niezadowolonego społecznego na Zachodzie, niweczając prawie eksperyment bolszewików”.

⁵ Simon Goodough – historyk wojskowości, autor książki *Tactical Genius in Battle* z 1979 r., postawił Józefa Piłsudskiego w kręgu zwycięzców 27 największych bitew w dziejach świata, wymieniając go w szeregu takich strategów jak Temistokles, Aleksander Wielki, Cezar, Gustaw Adolf czy Kondeusz.

Procesy artystyczne

Marek Sołtysik

MOTYW INTYMNY (cz. 4)

Niedosyt sprawiedliwości

Trzeba to sobie jeszcze raz ogarnąć: 14 kwietnia 1934 – pierwszy dzień rozprawy. Bolesław Olejniczak, zabójca Lechowicza, stanął przed sądem. Tłumy przed gmachem Sądu Okręgowego w Krakowie w związku ze sprawą bez precedensu w spokojnym mieście. Czy tak? Nie całkiem, to już przestawało być spokojne miasto. Niebawem się okaże, że sprawa tego procesu ucichnie wobec kolejnych zbrodni, które zostaną popełnione nie na peryferiach, nie jako w ukryciu, lecz w samym środku miasta, gdzie rzeczywiście dotąd bywało bezpiecznie, wyjąwszy wypadki spowodowane nieostrożną jazdą kierowców i dorożkarzy. Pisałem tu o zbrodni zabójstwa dokonanej na służącej szanowanego lekarza przez trójkę młodych mężczyzn, z których dwóch było studentami uczelni artystycznej¹ – a stanie się to 14 maja 1934, w trzy tygodnie po ogłoszeniu wyroku na oskarżonym Olejniczaku (wcześniej, między tamtą zbrodnią a morderstwem w Przewozie, wspomniana tu już sprawa Maliszów, a i w tym przedziale czasowym zabójstwo młodej panny Jawieniówny, córki potentata obuwnicze-

go, nocą, w rodzinnym domu nieopodal Plant). Trzeba więc sobie powiedzieć, że Kraków stał się miastem niebezpiecznym w czasach, kiedy niezatarte wspomnienia okrucieństw Wielkiej Wojny łączyły się z obawą i lękiem przed wybuchem podobnej masakry. Młodzi ludzie, którym I wojna światowa zniweczyła dzieciństwo, przerwała szkołę lub studia, zabiła ojców lub uczyniła ich niezdolnymi do właściwego funkcjonowania w rodzinie, jakże musieli być udręczeni wizją w perspektywie następnej wojny. Takiej, a nawet straszniejszej. Informacje podawane publicznie wszystkich pozabawiały złudzeń. Będzie wojna. Niedługo. Może za dwa lata, a może wcześniej. Liga Narodów wprawdzie obraduje, ale... Gazety, kroniki filmowe pokazywały nie tylko nowe rodzaje śmiercionośnej broni, lecz także przywódców mocarstw: jedni wyglądali na szaleńców, inni na ludzi zrezygnowanych. Co niesła przyszłość młodym ludziom, których ideały roztrzaskiwały się nie tylko z powodów trudności ekonomicznych?

Pierwszy dzień na sali sądowej. Sprawo-

¹ Pierwodruk szkicu *Zbrodnia i konsternacja* w Piśmie Adwokatury Polskiej „Palestra” 2013, nr 9–10, 11–12; 2014, nr 1–2, 3–4, po czym publikacja, w nieco rozszerzonej wersji, w książce: M. Sołtysik, *Zbrodniarze i cudotwórcy*, Oficyna Wydawnicza RYTM, Warszawa 2014.

zdawcy piszą: „morderca spokojny i pewny siebie”. Tak było. Dzień po dniu – aż do jedenastego dnia procesu, do wyroku – gdy ten człowiek zmieni się nie do poznania. Chyba więc nie bestia? *Tableau!*

„W ciemnoszarym garniturze, starannie ogolony i uczesany. Pod pachą trzyma plik papierów w różowej teczce”. No tak, i ładne zestawienie kolorystyczne, i optymizm w tym różu.

Pamiętamy, że kiedy rozpoznany przez świadków, w popłochu wbiegł na ostatnie piętro kamieniczki przy ul. Konopnickiej, zdaje się, że już wtedy w zamiarze samobójczym (nie spodziewał się, że drzwiczki na strych będą zamknięte na klucz), miał w ręku czarną teczkę. Symbolista?

Przywiął, kiedy na stole w sali sądowej pojawiły się dowody rzeczowe: pościel, bielizna nieboszczyka Lechowicza; teczka, którą miał zabójca w czasie tragicznej wycieczki; tasak z kuchni tego mieszkania, z którego wyszli ofiara i zabójca, dwaj przyjaciele.

Czy ten tasak, będący własnością gospodyni, Gery Fingerowej, przeniesiony z mieszkania przy Konfederackiej, był tu, na sali sądowej, rzeczywiście na swoim miejscu? Dziennikarze, by tanim kosztem podnieść nastrój grozy, pisali, że na tasaku są ślady rdzy i krwi. Nic z tych rzeczy. Tasak jak tasak, zawsze myty po użyciu w kuchni, czysty. Nigdy się nie dowiemy, jakiego narzędzia użyto do zamordowania Lechowicza. Ani śledczym, ani sądowni nie da spokoju sugestywnie wypowiedane nie tyle przypuszczenie, ile stwierdzenie zabójcy, że tam ktoś jeszcze musiał być. Kto i po co dźgał martwe ciało małym ostrym narzędziem? Czego znakiem miało być zbezczeszczenie zwłok? I komu miało przynieść wątpliwą ulgę, chorą satysfakcję? Czyją zmyć hańbę? Sto razy przecież słyszano od Olejniczaka, że narzę-

dzie, kupione specjalnie – ale po co kupione i niesione w teczce, skoro zarzeka się, że nie planował morderstwa? – po użyciu wyrzucił do Wisły „mniej więcej” w odległości dwu kilometrów od miejsca, gdzie pozostawił zwłoki. Narzędzie nie do odnalezienia. Dlaczego więc pokazano w sądzie tasak? Przecież Fingerowa w fatalnym dniu nie spostrzegła jego braku w kuchni, a Olejniczak raczej nie miałby okazji, żeby po powrocie zaraz tasak do kuchni podrzucić.

Dr Rząsa, lekarz więzienny, uspokaja sąd i publiczność informacjami o stanie zdrowia i pozytywnie postępującej resocjalizacji zabójcy. Lekarz pokazuje sześć numerów gazety. Ciekawe... Niektórzy po raz pierwszy widzą profesjonalne, drukowane za kratami pismo więźniów „Hejnał”, w ostatnich miesiącach redagowane przez Pufelesa z dużą pomocą Olejniczaka.

Emilia Korczyńska, matka niespełna rocznej córki ze związku z Olejniczakiem, tak szlocha, że trzeba ją wyprowadzić na korytarz, gdzie pokładając się na ławce, rozpacza bez słów nad zdruzgotanym życiem. Drzwi są solidne, już nie słychać tego na sali. Tam dzieje się coś ciekawszego.

Zerwał się bowiem z ławy sędziego przysięgły dr Franciszek Kowalski. Ni mniej, ni więcej, domagał się od Olejniczaka motywów czynu. Stwierdzając, że skoro tak Trybunał, jak i ława przysięgłych już od początku procesu mają pewność, że Olejniczak zabił, do czego się przyznał i czego dowiedziono, to może jednak gdyby zabójca wyjawiał motywy, sprawa byłaby przez ławę przysięgłych rozpatrywana inaczej, w domyśle, jak się wydaje, wyrok mógłby być korzystniejszy dla oskarżonego². Na to zabrał głos adwokat Bertold Rappaport, oświadczając, że ta uwaga jest niezgodna z zadaniami nałożonymi na sędziego przysięgłego. Na py-

² Z omawianego wystąpienia dr. Franciszka Kowalskiego: „W całej tej sprawie jedna rzecz jest nam niewiadoma, wszystko inne wiemy. A mianowicie nie wiemy ostatecznie, co było właściwą pobudką czynu. Czy gdyby dzisiaj podsądny przyznał się szczerze, otwarcie, tak jak człowiek, który studiował teologię nie tylko pod względem dogmatycznym, ale także etycznym, gdyby wyjawił te powody, które tchnęły go do tego strasznego czynu, czy wtenczas wysoki trybunał byłby skłonny – chociaż przyznanie to jest spóźnione – uważać mu to jeszcze za okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary?” (IKC, 25 kwietnia 1934).

tanie zadane przezeń, czy sędzia przysięgły Kowalski był wyrazicielem zdania całej ławy przysięgłych, przysięgli odpowiedzieli przecząco i wtedy adwokat wystąpił z wnioskiem o wyłączenie dr. Kowalskiego ze składu ławy przysięgłych. Umotywował to przeświadczeniem sędziego przysięgłego Kowalskiego o winie Olejniczaka w sytuacji, kiedy postępowanie dowodowe jeszcze nie zostało przyjęte. Prokurator Kazimierz Boryczko sprzeciwia się wnioskowi adwokata Rappaporta, powołując się na takie przepisy postępowania karnego, które nie przewidują wyłączenia przysięgłego w podobnych okolicznościach.

Trybunał się naradza poza oczami widzów (są w jego składzie m.in. sędzia Mieczysław Pilarski i sędzia wotant Rudolf Stuhr), tymczasem żurnaliści, otrząskani ze sprawami sądowymi, analizują sytuację. Pojawiają się rozmaite spekulacje. Na przykład: jeżeli Trybunał nie uwzględni wniosku obrony, to obrońca może postawić wniosek o wyłączenie całej ławy przysięgłych. A dalej: jeśli i tego wniosku sąd by nie uwzględnił, to wówczas mecenas Rappaport ani chybi demonstracyjnie złożyłby obronę oskarżonego.

Żurnaliści gadu-gadu, a tu Trybunał ogłasza, że przychylając się do wniosku obrońcy, wyłącza z ławy sędziego przysięgłego Kowalskiego. Na jego miejsce wchodzi przysięgły zapasowy Stefan Landau.

A przecież już pięć dni wcześniej, podczas trzeciego dnia rozprawy, kiedy mecenas Rappaport zaznaczył, że walczy o życie młodego człowieka, otrzymał od prokuratora Boryczki taką mniej więcej ripostę: – Morderstwo zostało dokonane w czasie trwania sądów doraźnych. Olejniczak w śledztwie przyznał się do zabójstwa, nie było przeto żadnej wątpliwości, kto jest sprawcą. Dlatego nie skierowano sprawcy przed sąd doraźny, przed którym mógł zapaść wyrok śmierci lub dożywotniego więzienia. Tęgo jednak prokurator się nie domagał i teraz nie będzie żądał.

Nie ma więc mowy o walce o życie, *ergo* patos obrońcy został skrojony na wyrost.

Po południu przerwa, ponieważ mecenas Rappaport dostał ataku duszniczy bolesnej.

Nie ma się co dziwić, sercowiec... W Krakowie od dwóch dni hałny. 23 kwietnia 1934. Zamach natury na „Drzewo Wolności”, czyli na stojący na Plantach od strony ul. Szpitalnej, obok Teatru im. Słowackiego, wiąz, posadzony 3 maja 1792, na pamiątkę Konstytucji 3 maja 1791, podobno przez samego Naczelnika Kościuszkę. Od samego rana wiał niezwykle silny i ciepły wicher, zrywał dachówki, łamał gałęzie, obalał krzewy, pokaleczył ludzi. Wichura okazała się silniejsza niż żelazne liny, którymi umocniono konary korony zabytkowego wiązu: burza o trzeciej po południu złamała dwie olbrzymie gałęzie „starego przyjaciela wszystkich krakowian”, runęły one na aleję Plant i, o dziwo, roztrzaskały się na kawałki w miejscu, gdzie zazwyczaj bawią się dzieci. Nikomu nic się nie stało, ale wiąz, z którego pozostał potężny pień z reszką konarów pokrytych tu i ówdzie świeżym listowiem, po przebadaniu okazał się spróchniały, z drewnem stoczonym przez korniki. Czyżby symbol próchniejącej wolności, toczony przez czerw?³

Ciekawe. Wydaje się, że to przede wszystkim nierozpoznane wątki, będące przyczyną czasochłonnych dochodzeń, sprawiły, że sprawa nawet w znaczeniu czasowym nie mogła podlegać sądowi doraźnemu. A te trudne wątki to dwa ogniwa na równi ważne: brak tego właściwego narzędzia zbrodni oraz tajemnica Janiny Pragnącej, osoby do tej pory nikomu (poza podobno ofiarą) nieznaną, która pojawiła się może nie niby *deus ex machina*, lecz raczej jako postać, która poddawana analizom lekarskim, badaniom psychologicznym podczas pobytu w areszcie, miała stanowić coś w rodzaju alibi dla prowadzących kolejne etapy śledztwa, gdy jednak doszło do rozprawy w sądzie, rzecz dziwna, ona, Pragnąca, tak de-

³ Wiaz miał być ścięty, ale zdaje się, że zwlekano z wyrokiem. Starzy ludzie zapewniają, że „Drzewo Wolności” zostało ostatecznie ścięte przez okupantów niemieckich w czasie II wojny światowej.

monizowana, została potraktowana nieledwie jako statystka. I to na początku rozprawy. Po tem przestano ją zauważać. Wreszcie rozwiła się jak dym. Tajemnica ze wskazaniem na zorganizowane mactwa. Więc jednak, może nie wprost, polityka? Niczego takiego nie powiedziano.

Motywy ostatecznie przestały interesować sąd. Po jednym, drugim i trzecim śledztwie, po wizji lokalnej (nazywanej wówczas wymiennie „naocznią”), dokładnie w jedenastej miesiący po zbrodni morderca został skazany, ponieważ zabił. Choć zapewniał, że mordował przyjaciela w afekcie (wymienne „w uniesieniu”), to jednak nikt, ani sędziowie, ani prokurator, ani zdaje się nawet adwokat, ani przysięgli, nikt nie uwierzył, że tak potworne zmasakrowanie człowieka żyjącego, umierającego i umarłego mogło być dokonane w afekcie w wyniku błahej w gruncie rzeczy sprzeczki. Weźmy pod uwagę fakt, że morderca podczas śledztwa oraz przed sądem często powtarzał: „Tam musiał być jeszcze ktoś”. Psychoanalityk nie miałby wątpliwości, że Olejniczak za murem zbudowanym z tych słów ukrywał prawdę o motywach, których nie wolno mu było wyjawić. Powody zakazu: raczej nie polityczne (był tu taki trop, nader nikły)⁴, ale może ambicjonalne (szalał, gdy mu zarzucano nawet drobne kradzieże), a może coś, co nie przeszłoby przez gardło nawet jemu, człowiekowi, o którym mówił prokurator Borczyko, że całe życie zbudował

na kłamstwie. Motywów sąd w końcu nie ruszył – może wydawały się zbyt obrzydliwe. To, co zdawało się jasne już w trzy dni po odnalezieniu zwłok – prasa podała, że „mamy do czynienia z morderstwem na tle erotycznym”⁵ – po trzystu trzydziestu dniach pokryła mętna zasłona.

Dzień po dniu służba sądowa musi wyprowadzać zanoszącą się płaczem Korczyńską.

Dziadek Olejniczaka, pan Fichtal, zeznał – co odczytują publicznie – że dawał wnukowi raz po raz niebłahę sumy pieniędzy na leczenie, a ponieważ młodzieniec zapadł na płuca – także i na pobyt w sanatorium w Zakopanem. I nie mógł się doczekać, kiedy będzie mógł mówić do wnuka, o którym był przekonany, że jest klerykiem: „proszę księdza”. Dziadkowi, niepokieszonemu, że przyjechał po pieniądze znowu ubrany do figury, kręcąc, beczelnie odpowiada Olejniczak: „Biskup nie pozwolił mi jechać w rewerendzie, bo to nie wypada”.

Wizja lokalna, dokonana na wniosek dr. Rappaporta, nie wniosła nic nowego do sprawy⁶, lecz jeszcze raz zasygnalizowała, że w całej tej zbrodni kryje się jakaś tajemnica. Absolutny brak motywów. Mają się kryć za kulisami jakieś organizacje polityczne? Nie ma żadnych realnych podstaw, by to brać pod uwagę, czyli ta rzecz nie może być przedmiotem dyskusji na sali sądowej. No i śledztwo nawet nie szło w tym kierunku. Stwierdzono tylko stan faktyczny: sposób dokonania zbrodni.

⁴ Młodszy brat zamordowanego, Józef Lechowicz, zeznał przed sądem, że otrzymał list od kolegi, informujący o niebezpieczeństwie straszliwej zemsty, planowanej przez komunistów na osobie Stanisława Lechowicza, w związku z jego pogroźkami, że „wykryje jacejkę komunistyczną, do której go wciągano”. W związku z tym, że na jakieś zebranie komunistów wprowadził Lechowicza wszędobylski Olejniczak, brat zamordowanego powziął przypuszczenie, że właśnie Olejniczak mógł następnie zostać wyznaczony na wykonawcę wyroku.

⁵ IKC z 30 maja 1933; „Czas” z 1 czerwca 1933.

⁶ Piękna pogoda, tłumy gawiedzi. Właścicielka pola, Julia Kofin, jeszcze jesienią kazała wyciąć ponad półtorametrowe zarośla tarniny, wiadomo, żadna przyjemność co dzień wychodzić z domu i przypominać sobie, co tam się stało. I teraz tłum – na prośbę prowadzących wizję lokalną – stanął łukiem w dwurzędzie, naśladując wycięte krzewy! Powierzchnia (dawniej tarniny, dziś tłumy): 6 m × 50 m. Wiklinę przy wydnie nad Wisłą, gdzie morderca mył ręce, także wycięto. Deszcz przerwał „naocznię”, po czym wyszło słońce, podjęto prace, z których niewiele nowego wynikało, poza tym, że Olejniczak zmienił „nieco” zeznania sprzed jedenastu miesiący: poprzednio mówił, że po tym, jak umył ręce w Wiśle, wrzucił do rzeki narzędzie zbrodni, buty i zeszyt Lechowicza, wrócił jeszcze do denata, żeby sprawdzić, czy może jeszcze żyje, teraz wycofuje się z tego. W czasie zeznań Olejniczaka zjawiał się zając. Nie przemyka, lecz – co prasa podkreśla – kroczy wokół zebranych, niespieszony...

Czy Olejniczak coś czuł?... Całkiem możliwe, że nie był potworem. W sześć godzin po dokonaniu zabójstwa dawał, jak zwykle, lekcje Pietrzykom, robił to profesjonalnie, uczeń jednak z łatwością zauważył, że twarz korepetytora jest niebywale czerwona. Chłopiec przypisał to początkowo reakcji wrażliwej skóry na pobyt na świeżym wiejskim powietrzu... Potem w restauracji służba hotelowa zwróciła uwagę na dziwaczne manewry Olejniczaka z filiżanką; nie był on w stanie doprowadzić naczynia z kawą do ust.

Prokurator przypomniał, że nogi trupa były skręcone. Taka anomalia pozycji jest prosta do wytłumaczenia, choć koszmarna dla tych zebranych, którzy uruchomili wyobraźnię: to zabójca musiał odwrócić na wznak leżącego twarzą do ziemi Lechowicza, nieprzytomnego wskutek pierwszych uderzeń w tył głowy. „Korpus się przekręcił, a nogi w stopach pozostały skrzyżowane. I wtedy sprawca zadawał resztę ciosów”.

Dwa dni wcześniej na sali sądowej mówił powołany w charakterze biegłego wybitny znawca prof. Jan Olbrycht: „Rany jedna przy drugiej, w odległości od 8 mm do 1 cm. Napastnik bardzo szybko, błyskawicznie, z dużą pasją zadawał ciosy. To nie był zawodowy morderca, który uderzy raz i drugi, i widzi, że ofiara dostała razy śmiertelne, tym się zadawała i opuszcza miejsce czynu”.

Z drugiej strony biegły psychiatra prof. Stanisław Jankowski, nie mając wątpliwości, że Olejniczak działał celowo, a ponadto starał się o zatarcie śladów, symulując napad rabunkowy (zniknięcie butów, portfela, kapelusza), rozmyślnie antydatując o dzień w przód wymeldowanie Lechowicza, który

w rzeczywistości już nie żył, stawia diagnozę, że „stanu szału, afektu patologicznego ze stanowiska nauki przyjąć nie możemy”. Zabójca w chwili popełnienia czynu był więc zdrowy umysłowo i odpowiedzialny. Afektów gniewu nie można utożsamiać z afektami psychopatycznymi.

I jeszcze raz: biegły prof. Olbrycht oświadcza stanowczo, że to nie mógł być nóż. Palce niemal poodcinane, na samej głowie 29 ran, poprzecinane uszy. Na szyi i na rękach 12 otarć, 30 obrażeń. A na ciele zbrodniarza ani śladu otarcia, jakiegoś zadrapania... I wreszcie: krwawe podbiegnięcia świadczą o tym, że wszystkie rany zostały zadane za życia ofiary. „Na zwłokach sińców nie można zrobić” – orzekł Olbrycht. Falszywe od podstaw zdają się więc jednak tłumaczenia Olejniczaka, że liczne obrażenia mógł zadać ktoś inny już po śmierci Lechowicza. Lecz z drugiej strony – czy Lechowicz osłonięty krzakami tarniny leżał przez kilkanaście godzin martwy, czy też raczej konał z ran i upływu krwi? Czy Pragnąca go tam oplakiwała? Przecież nazajutrz, po odnalezieniu trupa Lechowicza, policja ją odzyskała o osiem kilometrów od miejsca zbrodni, zszokowaną i rozpaczającą. O nieszczęściu wiedziała, była wcześniej przy trupie. Całą noc tam spędziła, między polami a rzeką, nie schroniła się pod żadnym dachem.

Mitomanka? Prowokatorka? Hm, bo wreszcie chyba się wyjaśniło, dlaczego przestała być ważna dla śledztwa panna Pragnąca (w „Czasie” podkreślają stan cywilny zapisem „Pragnącówna”). Otóż siódmego dnia rozprawy zeznał ten sam komisarz Hubert, który jako pierwszy prowadził śledztwo. Przypomniał, że przy niezidentyfikowanych początkowo zwłokach, w tarninie, znaleziono kartkę z kilkoma

⁷ Znany w Krakowie psychiatra, prof. Stanisław Jankowski (biegły sądowy, *nota bene* obecny w wielu moich szkicach dotyczących spraw sądowych w dwudziestoleciu międzywojennym, pomieszczanych w „Palestrze”), nie dość, że zbili tęzę o epilepsji Olejniczaka, uparcie podtrzymywaną przez matkę zabójcy, wyjaśniając, że matka myliła konwulsje dziecięce, obserwowane u chłopca w najwcześniejszym dzieciństwie, z atakami padaczki, to jeszcze w kwestii pewnego rozchwiania emocjonalnego Olejniczaka, poza tym zupełnie zdrowego psychicznie, wyjaśnił, że to nie oskarżony szukał kontaktu erotycznego z wieloma kobietami naraz, lecz był przez nie niejako nagabywany, ponieważ „kobiety pewnych typów lgną specjalnie do duchownych” i przypomniał o nie tak odległej sprawie sądowej, w której grupa kobiet występowała w charakterze oskarżonych o zaburzenie nabożeństwa wskutek zaczeplania kleryków.

nazwiskami i chusteczkę do nosa z monogramem SL (co pozwoliło szybko zidentyfikować zwłoki⁸), tymczasem komendant posterunku w Bieżanowie zawiadomił, że przytrzymana tam szlochająca i rozedrgana Pragnąca zeznała, że zabitym jest Jan Krawczyk, który przebywał w towarzystwie niejakiego Zielonki... Coś się tu jednak za bardzo nie składa. Co innego podawała policja poprzedniej wiosny, na gorąco⁹. A Pragnąca, która siedziała w więzieniu, jakoś wyparowała. I jeszcze jedno: na ciele Olejniczaka nie było najdrobniejszego zadrapania... a przecież są ślady i wyraźne symptomy, że Lechowicz dzielnie i rozpaczliwie się bronił!

Wszystko to dziwne, dziwne... Trzeba sobie przypomnieć rozmowę skutego Olejniczaka z prowadzącym śledztwo komisarzem Hubertem z początku czerwca 1933, podczas jazdy motocyklem z przyczepą na miejsce zbrodni. Zabójca pytał śledczego, czy sprawę będzie rozpatrywał sąd doraźny (to wizja kary śmierci z błyskawicznym wykonaniem egzekucji). Na to komisarz Hubert: – Raczej nie, ponieważ z powodu zeznań Pragnącej sprawa jest powikłana i w związku z tym nie będą dotrzymane terminy śledztwa przewidziane dla sądów doraźnych.

Zabójca odetchnął. Jaką rolę odegrała Pragnąca, której on podobno nie znał, a która jego znała doskonale podobno?

Dziś nie wytrzymałby krytyki argument wziętego adwokata Bertolda Rappaporta¹⁰, choć raczej nie raził w latach trzydziestych XX w. obrońca Olejniczaka zapewnia mianowicie, że „nielojalność w stosunku do kobiet to cecha zupełnie ludzka i nie może stanowić żadnego punktu oskarżenia”.

Ostatni dzień procesu. 23 kwietnia 1934. Kiedy po czterdziestu minutach narady wrócili przysięgli i po dzwonku zjawił się na sali Trybunał, Olejniczak zmienił się na twarzy nie do poznania, jakiś grymas pogniótł mu skórę na policzkach. To był objaw poprzedzający wybuch niespodziewanie nerwowego płaczu. Wykrzyknął nieswoim głosem, przenikliwym fałsetem: – Ja nie mogę... nie mogę wstać!

Posterunkowi podnieśli go bez trudu. Spośród bełkotu wydobywającego się z jego zsiniałych ust można było wyróżnić zdanie brzmiące niczym *leitmotiv*: – „Na wasze sumienie!”

Plakał, kiedy sędziowie przysięgli dodatkowo jeszcze się naradzali. Plakał bezradny i rozwścieczony tą bezradnością, która teraz była jego udziałem.

Doskonale sobie zdawał sprawę z tego, że gdyby wskazał przyczyny, powody afektu i gdyby sąd wziął je po uwagę, a wówczas działanie w afekcie zostałyby ustalone, i kara byłaby niższa. Nieporównywalnie niższa. Czegoś jednak nie był w stanie wydusić.

⁸ Ciało Lechowicza przewieziono do Zakładu Medycyny Sądowej przy ul. Kopernika, gdzie zmarłego zidentyfikował jego kolega, słuchacz teologii, Pluta, którego nazwisko widniało obok innych na kartce znalezionej w kieszeni spodni denata.

⁹ W relacjach z pierwszej wizji lokalnej w Przewozie 1 czerwca 1933 r. prasa ogłaszała – za policyjnym śledztwem – że Pragnąca była kochanką Lechowicza, nie zaś Krawczyka. Wiele wówczas wskazywało na to, że ta tajemnicza i jeszcze bardziej tajemniczo potem pominięta kobieta, która wszystko, co do najdrobniejszych szczegółów – poza tym, że „aż za dużo” – wiedziała o Olejniczaku i Lechowiczu, mogła być świadkiem zbrodni.

¹⁰ Krakowski adwokat Bertold Rappaport (działający już przed I wojną światową, m.in. w 1913 jako obrońca głównego oskarżonego Feliksa Żareby w głośnej sprawie o rabunek) po latach od opisywanego tu wydarzenia, po Holocauście, zgodził się na obronę z urzędu zbrodniarza hitlerowskiego Josefa Bühlera, b. premiera rządu Generalnego Gubernatorstwa, b. zastępcy Generalnego Gubernatora Hansa Franka, podczas procesu przed Najwyższym Trybunałem Narodowym w czerwcu 1948. Adwokat – Polak pochodzenia żydowskiego – z godnością, profesjonalnie i z klasą bronił w osobie Bühlera nie tylko grabieżcy obiektów kultury polskiej, funkcjonariusza odpowiedzialnego za wywózki Polaków na przymusowe roboty do III Rzeszy, lecz także czynnego propagatora tzw. „ostatecznego rozwiązania kwestii żydowskiej” (*die Endlösung der Judenfrage*, potocznie *Endlösung*) na terenie Generalnego Gubernatorstwa. Ile samozaparcia musiała wymagać tego rodzaju publiczna konfrontacja z kimś, kto był do niedawna oprawcą, wiedzieli inni adwokaci polscy pochodzenia żydowskiego, bo dr Rappaport podczas tego głośnego procesu nie należał bynajmniej do wyjątków.

I tak jedenaście miesięcy po zbrodni Bolesław Olejniczak usłyszał wyrok: 12 lat więzienia. Jego dotychczasową niekaralność sąd przyjął jako okoliczność łagodzącą. Jako okoliczność obciążającą natomiast – że zamordował podstępnie i z premedytacją.

Co ukrył na zawsze? I dlaczego? Czy był ktoś, kogo w ten sposób ochronił? A może – i to

wydaje się najbardziej prawdopodobne – może było coś w jego mniemaniu obrzydliwsze i bardziej haniebne niż piętno zabójcy?

W każdym razie... ojciec Olejniczaka na korytarzu sądów odetchnął.

A ojciec Lechowicza umarł w dzień po otrzymaniu wezwania na rozprawę.

I to są rzeczy pewne.

Historia adwokatury

Ryszard Szawłowski

RAFAŁ LEMKIN WARSZAWSKI ADWOKAT (1934–1939), TWÓRCA POJĘCIA „GENOCYD” I GŁÓWNY ARCHITEKT KONWENCJI Z 9 GRUDNIA 1948 R. („KONWENCJI LEMKINA”). W 55-LECIE ŚMIERCI

Część III: A. Niespodziewanie trudne ostatnie dziesięć lat amerykańskich 1949–1959 B. Lemkin po śmierci – od pewnego zapomnienia do światowego powrotu od końca XX wieku

A. Po powrocie w początkach 1949 r. z zachodniej Europy do Ameryki Lemkin – mocno wyczerpany fizycznie, ze zdrowiem nadzarpniętym olbrzymim wysiłkiem związanym z przeforsowaniem konwencji o genocydzie, co znów skończyło się hospitalizacją – musiał być jednak dobrej myśli i z dużymi nadziejami na przyszłość. Rzeczywiście, mogło się wówczas wydawać niemal pewne, że po takim światowym wręcz sukcesie znajdzie sobie teraz dobrą i stałą „przystań akademicką”, w ramach której będzie mógł – z jednej strony – spokojnie kontynuować swą pionierską działalność naukową w dziedzinie genocydu, z drugiej – rozwiniętą działalność, w granicach dyktowanych

zdrowym rozsądkiem, w celu maksymalnego przyspieszenia wejścia w życie „konwencji Lemkina”.

Pierwszy rok po powrocie do Stanów – 1949 – zaiste mógł dobrze wróżyć. Lemkin zdobył wysokie uznanie pewnych poważnych zachodnich osobistości zarówno ze sfer polityczno-dyplomatycznych, jak i prawników akademickich.

Rozpocznijmy od publikacji książkowej przewodniczącego III Zgromadzenia Ogólnego ONZ w 1948 r. w Paryżu Australijczyka Herberta Evatta. Znajdujemy tam następujący, poświęcony Lemkinowi, wielce pochwalny fragment, który zacytujemy tu w oryginale¹.

¹ H. Evatt, *The Task of Nations*, New York 1949, s. 103.

„Genocide was one of the crimes with which the leaders of the Hitler regime were charged at Nuremberg. The word itself was coined by Dr. Raphael Lemkin, a professor of law at Yale University, many of whose own family had suffered grievously from the crime. After the war he devoted himself with a single-minded purpose to securing international action to outlaw genocide and provide effective measures to punish it if it ever occurred again. He showed indomitable faith and energy both in spurring on other people and in making concrete suggestions of a practical nature, and the final adoption of the convention is a great tribute to him”.

Dalej możemy przytoczyć dwa artykuły, oba w prestiżowych amerykańskich periodykach prawniczych: pierwszy z czerwca 1949 r. w „Yale Law Journal”², drugi z października tegoż roku w „American Journal of International Law”³.

Publikacja pierwsza stanowiła artykuł wstępny, zatytułowany *Genocide: A Commentary on the Convention*. Artykuł nie był podpisany, musiał zatem wyrażać zbiorową opinię komitetu redakcyjnego tego kwartalnika, złożonego z wybitnych profesorów prawa. Przypuszczamy, że do współpracy przy tym tekście przyciągnięty został również Rafał Lemkin, w tym czasie wykładający przecież na Yale. Został on w nim wymieniony sześciokrotnie, w tym jako ten, który ukuł słowo „genocyd”. Jednak brak nam w owym artykule podkreślenia wiodącej roli Lemkina w zainicjowaniu i doprowadzeniu do uchwalenia konwencji o genocydzie, co jednak zastanawia.

Artykuł w AJIL, sygnowany Josef L. Kunz (profesor Toledo University), zatytułowany *The United Nations Convention on Genocide*, ujmował rolę Rafała Lemkina szerzej, bowiem, obok autorstwa pojęcia „Genocide”, wymie-

niony on został dalej jako inicjator konwencji o genocydzie i twórca „wyjściowej” rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 96 (I) z 11 grudnia 1946 r. Wielka rola Lemkina uwypuklona została zaraz na wstępie artykułu: „Nowe słowo «genocyd» ukute zostało przez Rafała Lemkina (...)”; „W swojej książce dr Lemkin traktował genocyd (...)”; „Od tego czasu był Lemkin niestrudzonym w promowaniu swojej idei (...)”; „Wyrok Norymberski z 1 października 1946 odnosi się w pewnych miejscach do tego, co Lemkin w swojej książce z 1944 roku określił jako genocyd fizyczny, społeczny i polityczny, lecz traktuje je jako «zbrodnie przeciw ludzkości», koncept nie będący identyczny z konceptem genocydów”.

Szerszej publiczności – siłą rzeczy głównie amerykańskiej, lecz częściowo również „elitarniej” światowej – postać Rafała Lemkina i jego wielkiej rangi osiągnięcie przedstawił „New York Times”. Już nazajutrz po uchwaleniu konwencji o genocydzie 9 grudnia 1948, w swoim wydaniu z 10 grudnia ogłosił on artykuł zapożyczony zdjęciem Lemkina (z nadpisem „Jego idea przyjęta”) i kończący się akapitem mówiącym o „punkcie kulminacyjnym kariery dra Rafała Lemkina”.

Następnie w marcu 1949 r. ukazał się w tymże dzienniku dość obszerny artykuł poświęcony Lemkinowi⁴. Autorka naszkicowała jego drogę życiową od roku 1933, przez zmagania o konwencję o genocydzie w ramach ONZ, aż do jej uchwalenia w 1948 r. Przypominając jego niestrudzoną walkę o przeforsowanie konwencji w ONZ, wspomniała: „przeciwstawiał swój idealizm i wiarę «międzynarodowym realistom», którzy teraz siedzieli w nowych Narodach Zjednoczonych [ONZ], wielu z nich bolejąc nad «tym marzycielem, tym polskim fanatykiem» i argumentując, iż jedyną odpowiedzią na genocyd jest wojna”.

² YLJ, numer z czerwca 1949 r., s. 1142–1157 oraz załączony tekst Konwencji z 9 grudnia 1948 r. z dwiema rezolucjami, s. 1157–1160.

³ AJIL, vol. 43, October 1949, s. 738–739.

⁴ G. Samuels, *U.N. Portrait. Dr. Raphael Lemkin helped write the crime of genocide into the conscience and statute books of the world*, NYT z 20 marca 1949 r., s. 20 i 22.

Samuels podkreśliła też poprawiony zewnętrzny wizerunek Lemkina po jego powrocie z Europy:

„Po powrocie z Paryża Lemkin jest zmienionym człowiekiem. Jego nienaganne maniere i jego płynność językowa wyrażają większą pewność siebie, trzyma się prościej, błękitne oczy za okularami odbijają teraz jego mądry uśmiech (...)”⁵.

Pojawiło się też zainteresowanie Lemkinem w postaci popularnej. Dowodem tego mogła być jednoaktowa – określana jako „dramat” – sztuka radiowa, nadana 1 maja 1949 r. przez National Broadcasting Company (NBC), zatytułowana *Portrait of Dedication*, stanowiąca krótki szkic życia Rafała Lemkina, uwieńczonego osiągnięciem konwencji o genocydzie, jednocześnie „alarmująca”, iż nie weszła ona jeszcze w życie⁶. Na zakończenie audycji wystąpił krótko sędzia Joseph Sherbow z Supreme Bench of Baltimore City, wielce chwając konwencję i jej autora.

Rozpoczęło się również, na dość dużą skalę, zapraszanie Lemkina do wygłaszania odczytów o genocydzie na zebraniach organizowanych przez amerykańskie uczelnie i organizacje społeczne. Przyjmował on je chętnie, łącząc tę problematykę z niepokojącą go sprawą braku ratyfikacji konwencji o genocydzie przez Stany Zjednoczone⁷.

Ale ponad wszystko wysunąć trzeba fakt, że już w styczniu 1950 r. pojawiły się pierwsze – i to szczególnie poważne – nominacje Rafała Lemkina do Pokojowej Nagrody Nobla. Wymienimy tu nominacje ze strony Prezydium Komisji Spraw Zagranicznych Izby Deputowanych Ekwadoru, Kongresu Uniwersytetów Latinoamerykańskich czy amerykańskiej Noblistki z literatury Pearl Buck. Charakterystyczne, że z nominacjami tymi nie czekano na wejście w życie „konwencji Lemkina” (styczeń 1951), ale widocznie uznano, iż zasłużył on sobie na Nobla niezwłocznie – jakby rodzaj oczekiwania „*santo subito*”⁸. O owych nominacjach będzie jeszcze mowa dalej.

* * *

Z drugiej strony już od końca 1949 roku zaczęły się ujawniać trudności natury czysto zawodowej. Sam Lemkin nie był, w zakresie swej kariery akademickiej w USA, niekiedy bez grzechu. Dysponujemy tu kopią pisma, na papierze z nadrukiem „Yale Law School”, datowanego 22 grudnia 1949, podpisanego przez dziekana Wesleya A. Sturgesa⁹. W piśmie tym, adresowanym do urzędnika administracji uczelni, czytamy między innymi:

„Piszę do Pana w związku z dr. Rafałem Lemkinem ze Szkoły Prawa. Fundusze na jego wynagrodzenie i wydatki dostarczane są głównie przez źródła zewnętrzne. Zwrócono moją

⁵ Jednocześnie z pewnym ubolewaniem musimy stwierdzić, że w cytowanym artykule G. Samuels – bodaj po raz pierwszy w tekście drukowanym – pojawiły się pewne zmyślenia dotyczące wcześniejszego okresu życia Lemkina. Takimi była na przykład wzmianka o jego studiach filologicznych na Uniwersytecie w Heidelbergu, szczególnie jednak dezinformacja o jego udziale w obronie Warszawy przed Niemcami we wrześniu 1939 r. oraz jego późniejszej ucieczce z przyjaciółmi – partyzantami „do lasu”, gdzie „przez sześć miesięcy żył na kartoflach i liściach” (*sic!*). Jest wykluczone, aby Samuels sama wymyśliła te „fakty”, raczej były jej one niestety przekazane przez samego Lemkina. Zresztą gdyby nawet tak nie było, ten ostatni powinien był – we własnym dobrze pojętym interesie – przesłać do redakcji NYT swoje sprostowanie, co nie miało miejsca.

⁶ *Portrait of Dedication* nadany został w serii tygodniowych audycji NBC w Nowym Jorku, zatytułowanych *The Eternal Light*, oraz wydany drukiem w szeroko rozpowszechnianej broszurze w cenie 10 centów za egzemplarz (kopia w moim posiadaniu).

⁷ Przykładowo wymienić tu można wykład na Mount Holyoke College w czerwcu 1949 r. oraz odczyt na corocznym zebraniu National Council of Catholic Men w kwietniu 1950 r.

⁸ Nominacje noblowskie na dany rok kalendarzowy przedstawione być muszą najpóźniej do końca stycznia owego roku. Decyzje ogłaszane są, jak wiadomo, jesienią tegoż roku. A więc w przypadku Rafała Lemkina, który po swym wielkim sukcesie paryskim z grudnia 1948 r. i hospitalizacji powrócił do Stanów dopiero gdzieś w styczniu 1949 r., realistyczną datą dla pierwszych jego nominacji był styczeń 1950.

⁹ Pismo w archiwum American Jewish Historical Society, kopia w moim posiadaniu.

uwagę na rozmiar jego rozmów telefonicznych i telegramów, łącznie z opłatami za inne usługi, z których korzystał. Czuję konieczność poinformować Pana, iż wątpię, aby istniały odpowiednie fundusze gwarantujące akceptowanie dalszych opłat zarówno za usługi telefoniczne, jak i telegraficzne dla niego. (...) Nie jestem nieświadomy skrajnego poświęcenia Doktora dla sprawy genocydu i bezcennej pracy, której dokonuje on w związku z tym. Z drugiej strony dyskutowałem z nim tę sprawę, którą nazwałbym ekstrawagancją, i nie widzę żadnej poprawy na horyzoncie. – Gdyby istniały dostateczne fundusze, nie byłaby to moja sprawa, i gdyby Uniwersytet był zdolny i gotowy przyjąć odpowiedzialność za te wydatki, nie pisałbym do Pana”.

W dolnym rogu pisma jest wzmianka, że jego kopia została przesłana dr. Lemkinowi.

Wyczuwa się w owym piśmie – jakby nieco tłumioną – krytykę pewnej arogancji Lemkina wobec zrozumiałych żądań i oczekiwań administracji uniwersyteckiej. Sprawa ta jest tym bardziej przykra, ponieważ poprzednio dziekan Sturges był niezmiernie życzliwy dla Lemkina. Prawdopodobnie częściowo, a może nawet głównie dzięki temu, Lemkin otrzymał małe pensum zajęć w Law School i pomoc w zakresie badań oraz sekretarkę. Latem 1948 r. Yale udzieliło mu urlopu w celu podróży do Genewy i Paryża, dla udziału w ostatnim stadium walki o konwencję o genocydzie w ONZ. W tamtym czasie dziekan Sturges przyjaźnie wyjaśnił Lemkinowi: „Tworzenie prawa międzynarodowego jest równie ważne, jak jego nauczanie”¹⁰.

Przynajmniej, że takie zachowanie Lemkina (a być może również jakieś inne działania antagonizujące) na Yale University nie sprzyjało dobrej atmosferze i chęci wiązania się z takim naukowcem. Tak byłoby na całym świecie, może szczególnie – dodajmy – wobec cudzoziemca, bo taki jest zwykle szczególnie krytycznie obserwowany.

Uzupełnijmy, że Lemkin powołany został na *visiting lecturer* prawa w randze profesora („bez poborów”) na Yale University od 1 marca 1948 do końca tegoż roku¹¹. Nominat otrzymywał jednak „pobory”, ale z ustanowionego wówczas na Yale *Genocide Research Fund*, alimentowanego „ze źródeł pozauniwersyteckich”. Następnie, choć dopiero na wiosnę 1949 r. – podobnie jak poprzednio – Lemkin mianowany został wizytującym wykładowcą prawa z rangą profesora na rok akademicki 1949–1950. Ponieważ w odnośnym piśmie nie było nieco szokującej wzmianki „bez poborów”, zdawało się, że przeszedł on na budżet uniwersytecki. Tymczasem z cytowanego powyżej pisma dziekana Sturgesa wynika, że pobory i wydatki Lemkina nadal pokrywane były „głównie ze źródeł zewnętrznych”, bliżej nieokreślonych.

Tymczasem owe „fundusze zewnętrzne” groziły całkowitym wyczerpaniem już na wiosnę 1950 r. W swoim liście datowanym 23 czerwca 1950, adresowanym do Mr. Franka Goldmana, prezesa B'nai Brith w Waszyngtonie, Lemkin alarmuje, że *Genocide Research Fund* na Yale będzie kompletnie wyczerpany na dzień 1 lipca [1950] i kończy, iż pomoc Goldberga oraz innych organizacji jest najwyższej wagi dla tej sprawy. Ostatecznie sprawę tę udało się widocznie w ostatnim momencie załatwić, ponieważ pismo Uniwersytetu z 10 czerwca 1950 r. przedłużyło jeszcze raz zatrudnienie Lemkina, tym razem na rok akademicki 1950–1951. Ale stało się to już po raz ostatni. Widocznie fundusze „zewnętrzne” na finansowanie pracy Lemkina wyczerpały się ostatecznie, Yale University nie był zaś gotów przyjąć go na normalny etat członka „*faculty*” Law School.

* * *

Od 1949 r. zabiegał Lemkin o przyspieszenie procesu zebrania dwudziestu dokumentów o ratyfikacji lub przystąpieniu do konwencji

¹⁰ W. Korey, *An Epitaph for Raphael Lemkin*, New York, „pre-publication copy” (b.d.w., prawdopodobnie 2002), s. 33–34.

¹¹ Kopia pisma sfilmowanego w *reel 2* zbiorów lemkinowskich, przechowywanych w New York Public Library. Kopia tej rolki znajduje się w moim posiadaniu.

o genocydzie, aby zgodnie z jej artykułem XIII, na dziewięćdziesiąty dzień po uzyskaniu takiej liczby owych dokumentów, weszła ona w życie. Spektakularna i w swoim rodzaju unikalna międzynarodowa działalność Lemkina w tej dziedzinie obejmowała kontaktowanie, apelowanie, interpelowanie i urgowanie dziesiątków osobistości publicznych głównie w Ameryce Łacińskiej, w Europie Zachodniej i w Azji. Adresatami byli przeważnie wysocy rangą dyplomaci, ministrowie spraw zagranicznych, parlamentarzyści, znani prawnicy.

Wspomniane dwadzieścia dokumentów ratyfikacyjnych udało się zebrać 14 października 1950 r. W papierach Lemkina zachowało się zdjęcie z owego dnia, przedstawiające między innymi dyplomatów czterech państw (Haiti, Korei Południowej, Kostaryki i Francji), które jako siedemnaste do dwudziestego ratyfikowały Konwencję, i którzy to dyplomaci dokonali aktów przekazania swoich dokumentów ratyfikacyjnych Sekretarzowi Generalnemu ONZ. Siedzą od lewej do prawej: dr Chang (Republika Korei), dr Price-Mars (Haiti), przewodniczący V Zgromadzenia Ogólnego ONZ – Nasrollah Eniszam z Iranu, Chauvel (Francja) oraz Esqulevel de la Guardia (Kostaryka); stoją od lewej: dr Kern (Assistant Secretary General ONZ), który miał sobie powierzony departament Spraw Prawnych), Trygve Lie (Sekretarz Generalny ONZ), Fournier Acutia z Kostaryki (pozycja nieokreślona) i dr Rafał Lemkin, dobitnie określony jako *Crusader for the Genocide Convention* – „krzyżowiec w sprawie konwencji o genocydzie”.

14 października 1950 r. był oczywiście dniem wielkiej satysfakcji i radości dla Rafała Lemkina. Niestety, wkrótce w warunkach zagrożenia życia musiał udać się do szpitala i poddać poważnej operacji chirurgicznej. Bliższej diagnozy nie znamy, prawdopodobnie chodziło jednak o jakąś dużą resekcję w jamie brzusznej. Opuścił szpital w początkach 1951 r., krótko przed innym ważnym wydarzeniem. Chodziło o 12 stycznia 1951 r., kiedy na dziewięćdziesiąty dzień po uzyskaniu wspomnianych wyżej dwudziestu ratyfikacji konwencja o ge-

nocydzie weszła formalnie w życie. W swoim oświadczeniu z tegoż dnia, cytowanym niżej, Lemkin określił ów dzień jako dzień triumfu dla ludzkości i najpiękniejszy dzień w swoim życiu.

Dalej we wspomnianym oświadczeniu Lemkin podkreślił między innymi, że:

„Walka i trudności stawiane na drodze samotnego krzyżowca w każdej dziedzinie mogą złamać mu zdrowie, ale nigdy jego ducha. Siła duchowa humanitarnej krucjaty jest silniejsza niż wszelkie trudności tak, iż jednostki i rządy muszą skłonić się przed tą siłą. Siła duchowa kampanii przeciw genocydowi została wreszcie uznana przez rządy i uzyskała własny status dyplomatyczny. Z tych powodów byłem w stanie zwracać się bezpośrednio do głów państw, członków rządów, ambasadorów, członków parlamentów i uzyskiwać od nich zobowiązania do podjęcia akcji, akcji faktycznie następnie podjętych; było dla nich mało ważne, że byłem jedynie prywatną jednostką. W ten sposób było dla mnie możliwe zabezpieczyć nie tylko współpracę delegacji w ONZ w zakresie uchwalenia Konwencji [o genocydzie], lecz również współpracę rządów i parlamentów w zakresie ratyfikacji tejże Konwencji.

Narody, które ratyfikowały Konwencję o genocydzie [kontynuował Lemkin] powinny obecnie uczynić ją żywą siłą w swych społeczeństwach, przez wprowadzenie odpowiedniego ustawodawstwa krajowego, co samo w sobie stanowić będzie wielkie przesłanie edukacyjne szacunku, miłości i współczucia dla istnień ludzkich poza ich granicami, niezależnie od religii, narodowości i rasy”.

Oświadczenie kończyło się apelem, by nie spocząć na laurach, oraz apelem o osiągnięcie uniwersalizacji konwencji, by już niedługo mogła ona obejmować swymi opiekuńczymi skrzydłami (*protective wings*) większą część globu.

* * *

Wielki sukces moralny, świętowany w styczniu 1951 r. – wejście w życie konwencji o genocydzie – został dość szybko zmaćniony dla Lem-

kina niedobrowolnym zakończeniem pracy na Yale University. Nie ulega wątpliwości, że jego tam działalność – najogólniej biorąc – nie przebiegała pod szczęśliwą gwiazdą. Cały czas trwała słaba, wyraźnie „przelotna” forma jego finansowania – bodaj przez owe parę lat raczej maskowana przed światem zewnętrznym. Związane z tym były niewątpliwie „nerwy” z powodu niepewności długości trwania przeznaczanego dla niego *Genocide Research Grant*, sytuacja, która pojawiła się już w czerwcu 1950 r. Już wcześniej, pod koniec 1949 r., zaistniał dość ostry konflikt z dziekanem Law School w związku z zawinionymi przez samego Lemkina ekstrawagancjami finansowymi (choć dokonywane w szlachetnej sprawie wejścia w życie konwencji). Sprawy te były już wzmiankowane wyżej.

Pod koniec pojawił się jednak może szczególnie niekorzystny fakt, wzmiankowany dobitnie w jednym zdaniu przez samego Lemkina w „Outline” jego autobiografii: „Jestem w sytuacji uniemożliwiającej mi wykonywanie moich obowiązków na Yale”. Nieco obszerniej ujął on tę sprawę w samej autobiografii: „Muszę donieść w tym miejscu o ważnym szczególnie mego życia osobistego, który miał pewien wpływ na mój nastrój, zachowanie i zdrowie. W sierpniu 1950 roku, gdy wykrystalizowały się moje plany doprowadzenia do wejścia w życie konwencji o genocydzie, stało się dla mnie jasne, iż będę musiał spędzić cały mój czas w Zgromadzeniu [Ogólnym ONZ]. W związku z tym nie będę w stanie wygłosić mego kursu w szkole [Law School Uniwersytetu w Yale] w semestrze jesiennym. Zatelefonowałem [w tej sprawie] do dziekana szkoły”¹². Następnie ta nieprzyjemna dla Lemkina sprawa zbiegła się jeszcze z jego

ciężką operacją i późniejszym okresem rekonwalescencji.

* * *

Gdy Lemkin zakończył swą pracę na Yale University, okazało się, że żadnych znaczących oszczędności nie posiadał. Wkrótce więc jego sytuacja finansowa stała się dramatyczna. Podobnej nędzy nie przeżywał jeszcze w życiu. W nieukończonyj jego autobiografii czytamy na ten temat między innymi: „Jestem w zasadzie bez funduszków”. Dalej wspomina, że pożyczał pieniądze od przyjaciół w Nowym Jorku na podróż do Waszyngtonu, po czym pożyczał pieniądze od przyjaciół w Waszyngtonie, aby zwrócić ludziom w Nowym Jorku. Jego nowojorskie rachunki hotelowe pozostawały nieopłacone przez wiele tygodni. Był wymyślnie obrażany przez chłopaka-chuligana obsługującego windę. Wreszcie jego ubrania zostały, jak pisze, „skonfiskowane” (prawo hotelarza do zastawu na rzeczach gościa), a on, Lemkin, „wykluczony” ze swojego pokoju. Lemkin aranżuje spłatę swego rachunku i w końcu odzyskuje swoje rzeczy tylko po to, aby stwierdzić, że służyły one „jako bankiet dla moli hotelowych”(!).

Jego przyjaciele w ONZ „konspirują”, by dopilnować, aby jadł on co najmniej jeden posiłek dziennie. Lemkin szczerze przyznaje, że czuł się tym zawstydzony i usiłował ograniczyć się do talerza zupy, kiedy był ich gościem. Przeniósł się do umeblowanego pokoju na West Side. Przez pewien czas udawało mu się pożyczać dosyć pieniędzy, by terminowo płacić swój czynsz, w końcu jednak wpadł w zaległości. Jego gospodarz – jakiś prymityw – przychodził do jego pokoju po północy

¹² Owym dziekanem był nikt inny, jak już cytowany Wesley A. Sturges, który pod koniec 1949 r. był prawdopodobnie mocno zniechęcony do Lemkina za niepoprawne trwanie w wytkniętej mu już wcześniej „ekstrawagancji” w zakresie dużego „overspending” – obciążających Uniwersytet kosztów rozmów telefonicznych i wysyłanych telegramów. W tych warunkach wspomniana wyżej, przekazana telefonicznie „na pięć minut przed dwunastą” prośba (być może niefortunnie, „w nerwach”, wypowiedziana w formie ультиматywnej), sprowadzająca się do oczekiwania Lemkina udzielenia mu urlopu na jeden semestr (w momencie gdy doskonale wiedział, że na wiosnę 1951 r. zapadnie decyzja, czy Yale University zaoferuje mu dalsze zatrudnienie z całkowitym przejęciem na swój budżet), być może ostatecznie przechyliła szalę na rzecz decyzji o rozstaniu się z nim.

i wymyślał mu za niepłacenie. Później wyłączył mu prąd i zabrał jego koce.

Przez cztery następne lata akademickie po odejściu z Yale – do czasu rocznego epizodu na Rutgers University w roku akademickim 1955–1956 (o czym będzie dalej) – był Lemkin „bezrobotny”; stan, który w jego przypadku świadomie umieszczamy w cudzysłowie. Tę w przypadku takiego człowieka wprost wstrząsającą sytuację potwierdza zachowany dokument archiwalny, datowany 12 września 1952 r.¹³ Otóż w rubryce 12, w której wydrukowano: *if unemployed write „unemployed”*, widnieje odręczny wpis Rafała Lemkina: *Unemployed Professor*.

Po czterech latach nędzy był jeszcze krótki, bo trwający zaledwie jeden rok akademicki (1955–1956), epizod działalności uniwersyteckiej Lemkina. „New York Times”, zamieszczając jednocześnie jego zdjęcie, doniósł¹⁴, że dr Rafael Lemkin został mianowany profesorem prawa w Rutgers Law School. Gazeta określiła Lemkina jako jednego z autorów konwencji o genocydzie, człowieka kontynuującego aktywny udział w kampanii na rzecz ratyfikacji konwencji. Zaznaczono, że w tamtym momencie pięćdziesiąt parlamentów narodowych ratyfikowało już międzynarodową propozycję przeciw niszczeniu grup narodowych, etnicznych, rasowych i religijnych.

W tym momencie mogło się wydawać, że Lemkin – człowiek już wówczas pięćdziesięcioparoletni – uzyskał wreszcie ustabilizowa-

ną sytuację zawodowo-naukową w USA na kilkanaście lat dzielących go od wieku emerytalnego. Tymczasem później okazało się, że jego „angaż” w Rutgers Law School zakończył się po upływie jednego roku akademickiego: jego stosunek pracy oparty był więc na rocznej umowie, która nie została przedłużona. Na tym – bynajmniej nie dobrowolnie – zakończyła się działalność profesorska Lemkina w Stanach Zjednoczonych.

Od drugiej połowy 1956 r. – przez ostatnie trzy lata swego życia – był zatem Lemkin ponownie niemal „bezrobotny”. Jakie były tego przyczyny? Dlaczego nie mógł on, na przykład, otrzymać w USA jakiegoś *research professorship*?¹⁵ Nie są też znane jakieś propozycje akademickie z innych krajów, na przykład ze Szwecji (Karl Schlyter, były minister sprawiedliwości, który pomógł Lemkinowi w 1940 r., obok spraw wizowych, również zawodowo), czy od innych zaprzyjaźnionych osobistości ze Szwecji, z Francji, Belgii czy Wielkiej Brytanii (w tym wielu osobistości poznanych na procesie norymberskim), z sąsiedniej Kanady, z krajów Ameryki Łacińskiej (liczne znajomości ze sfer politycznych i akademickich, poczynione w czasie walki o konwencję o genocydzie w ONZ, w latach 1946–1948) czy Australii (zwłaszcza przy pomocy zaprzyjaźnionego Herberta Evatta, byłego ministra spraw zagranicznych i *Attorney General*).

Być może ambicja nie pozwalała Lemkinowi na starania o pozycję uniwersytecką poza Sta-

¹³ Chodzi o wypełniony i podpisany przez Lemkina formularz „Application for Social Security Account Number”, znajdujący się w zasobach Marcus Rader Centre w USA, kopia w moim posiadaniu.

¹⁴ NYT z 1 października 1955 r., s. 22.

¹⁵ Taką profesurę otrzymał w Stanach Zjednoczonych, na przykład, Marek Korowicz, profesor prawa międzynarodowego na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, który, dołączony – ku własnemu zaskoczeniu – do „warszawsko-polskiej” delegacji na Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1953 r., szybko wybrał wolność w Nowym Jorku. O tej profesurze wspominał mi w latach sześćdziesiątych w Paryżu prof. Jerzy Stefan Langrod, były profesor UJ, określony na Zachodzie jako „a scholar whose many publications on international administration and administrative law have built for him a world-wide reputation”. Przypomnę, że Langrod był również adwokatem: Kraków, Karmelicka 9, tel. 105-17, por. *Kalendarz Informator Sądowy na 1939 rok*, s. 286. Natomiast wiadomość, jakoby w 1946 r. Langrod został sędzią Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w Hadze (por. A. Redzik, T. J. Kotliński, *Historia Adwokatury*, Warszawa 2012, s. 229), jest nieprawdziwa. Opowiadał mi sam Langrod, że konkurował wówczas z prof. Bohdanem Winiarskim z Uniwersytetu Poznańskiego i tamten został sędzią MTS („więcej antyszambrował niż ja” – dodał z uśmiechem). Winiarski był sędzią w latach 1946–1967, w latach 1961–1964 prezesem.

nami Zjednoczonymi (co mogło oznaczać, że tam się „nie sprawdzili”?!). Ale, przede wszystkim, chodziło mu prawdopodobnie o to, by za wszelką cenę (i to jaką!) utrzymać się w bezpośrednim pobliżu ONZ, w celu nieustannego działania na rzecz dalszych ratyfikacji „konwencji Lemkina” o genocydzie.

Zatem przez parę ostatnich lat życia jako „bezrobotny” – egzystował w ciężkich warunkach. Nawet starania o uzyskanie poważnego amerykańskiego grantu z Fundacji Forda, Carnegie Endowment czy z Social Science Research Council pozostały bez skutku¹⁶. Podczas gdy setki, jeśli nie tysiące osób otrzymywały, także przez tamte lata, granty i stypendia z tych lub innych, wielkich amerykańskich fundacji i instytucji – dla Lemkina pieniędzy nie było. Wrócimy jeszcze do takiego przypadku odmownego załatwienia jego wniosku przez Fundację Rockefellera, niemal bezpośrednio przed jego śmiercią w 1959 roku.

* * *

Szczęśliwie nie oznacza to jednak, że Lemkin nie uzyskał w latach pięćdziesiątych żadnych, choćby dość niewielkich – jak na jego oczekiwania – grantów. Otrzymał on na rok akademicki 1954–1955 5 tysięcy dolarów od mniejszej i mniej znanej Littauer Foundation, zaś na rok akademicki 1955–1956 3 tysiące dolarów od Conference on Jewish Material Claims – „na osobę mającą wykonać potrzebne badania i pracę redakcyjną celem przygotowania do druku książki o Genocydzie”¹⁷.

Tylko że Lemkin, jak zwykle szastając pieniędzmi na międzynarodowe telefony, telegramy, „pomocników”, maszynistki *etc.*, szybko

owe środki zużywał. Jemu zresztą marzyły się wielokrotnie wyższe kwoty. Tak, na przykład, wystąpił w początkach 1954 roku do wspomnianej już Conference on Jewish Material Claims o grant w wysokości 50 tysięcy dolarów¹⁸. Miał bowiem rozległe plany badawcze i publikacyjne. Marzył wręcz o stworzeniu Międzynarodowego Instytutu Badania Genocydów, opracowującego ten fenomen od strony psychiatrii, historii, socjologii, kultury i prawa międzynarodowego, z czego nic nie wyszło.

Wreszcie, znane domy wydawnicze nie chciały publikować prac Lemkina, tłumacząc, że brak szerszego zainteresowania poruszaną przez niego problematyką nie pozwala im na podjęcie ryzyka finansowego.

Sytuację Lemkina w tym względzie porównano do ówczesnej sytuacji wybitnych pisarzy żydowskich, byłych więźniów niemieckich obozów koncentracyjnych, i ich utworów: *Nocy* Elie Wiesela (laureata Pokojowej Nagrody Nobla w 1984 r.) oraz *Przeżycia w Auschwitz* Primo Leviego, którzy mieli trudności ze znalezieniem wydawcy. Genocyd, Holocaust (ten ostatni jako termin trafił do NYT dopiero w 1959 roku, zaś do końcowych lat sześćdziesiątych pisany był w USA małą literą) długo nie znajdowały szerszego zainteresowania w Ameryce¹⁹. I tu widocznie nie było możliwe uzyskanie grantu nawet na samo pokrycie kosztów druku. W rezultacie Rafał Lemkin znalazł się w deprymująco trudnej sytuacji materialnej.

Dziś jest wprost niepojęte, jak człowiek cieszący się tak wielkim uznaniem międzynarodowym, mający elitarne znajomości w kręgach ONZ i w Waszyngtonie oraz w gremiach na-

¹⁶ W. Korey, *An Epitaph*, s. 85.

¹⁷ J. Cooper, *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention*, New York 2008, s. 234. Tenże autor twierdzi również (s. 276), że w ostatnich latach swego życia Lemkin utrzymywał się z „a pension from a Jewish organization”. Nie podaje żadnych szczegółów. Wydaje się jednak, że chodziło tu o sumy bardzo skromne.

¹⁸ *Ibidem*, s. 233, 235.

¹⁹ S. Power, „A Problem from Hell”. *America and the Age of Genocide*, New York 2002, s. 73 i 77. Na s. 77 Power cytuje konkretnie trzy duże amerykańskie domy wydawnicze, do których Lemkin bezskutecznie się zgłaszał. Wydawcy odrzucali – ze względów komercyjnych – jego propozycje zarówno odnośnie do dzieła o historii genocydów, jak i autobiografii. Można się zastanowić, dlaczego Lemkin bodaj nie myślał o wydaniu własnego obszernego komentarza autorskiego do konwencji o genocydzie, czyżby taki spotkał się z podobną negatywną odpowiedzią wydawniczą?

ukowych w wielu krajach świata, wielokrotnie wysuwany do Pokojowej Nagrody Nobla, mógł znaleźć się w tak krytycznym położeniu.

* * *

Międzynarodowy lobbying Lemkina w sprawie ratyfikacji konwencji o genocydzie, który rozwinął kosztem olbrzymich bezprecedensowych wysiłków na skalę niemal światową, do czekać się kiedyś powinien osobnego opracowania monograficznego. Tutaj, z braku miejsca, musimy ograniczyć się do dwóch takich, może najbardziej spektakularnych, akcji, w których miało miejsce pochwalne wymienienie samego Lemkina w odnośnych debatach ratyfikacyjnych dwóch europejskich parlamentów. Chodzi o (A) Izbę Reprezentantów Belgii i (B) Bundestag RFN. W pierwszym przypadku ograniczamy się do przypisu²⁰; w przypadku drugim pozwalamy sobie na przekazanie nieco więcej informacji w tekście głównym.

Jeśli chodzi o scenę niemiecką, przytoczmy najpierw dobitną pochwałę Lemkina na plenum Bundestagu w dniu 8 lipca 1954 r.²¹ Głos miał sprawozdawca projektu ustawy o ratyfikacji konwencji o genocydzie poseł Seidl (CDU-CSU)²².

Przyznał on, że w pierwotnym przekładzie tekstu konwencji na język niemiecki znalazły się pewne nieścisłości. Tłumaczenie to zostało, na wniosek komisji prawnej Bundestagu, przedstawione przez rząd w wersji przerobionej. Tu wspominał o fakcie zgłoszenia dalszych wątpliwości, „w szczególności przez twórcę Konwencji, Profesora Lemkina z Nowego Jorku”.

Poseł-sprawozdawca oświadczył w związku z tym: „Niech będzie z tego miejsca jed-

noznacznie stwierdzone, że ani w komisjach [Bundestagu], ani ze strony rządu federalnego nigdy nie istniał zamiar faworyzowania w jakikolwiek sposób orzecznictwa norymberskiego. Istotna różnica polega – jak już była mowa – na tym, iż Konwencja ma mieć zastosowanie również w okresie pokoju. Ze strony rządu federalnego lub ze strony komisji nigdy nie było mowy o tym, aby tej Konwencji miała być dana taka interpretacja [tj. ograniczenia genocydu do okresu wojny]”.

W tym właśnie miejscu nastąpiła publiczna pochwała Rafała Lemkina, którą warto przytoczyć w oryginalne:

„Es darf (...) hier wohl auch im Namen des ganzen Hohen Hauses Herrn Professor Lemkin für seine selbstlose Arbeit bei der Schaffung der Konvention in dem jetzigen Geiste und auch für die Anregungen, die er uns bei dieser Arbeit gegeben hat, Dank und Anerkennung ausgesprochen werden. (Beifall)” – (oklaski).

Tak więc wypowiedziane zostały na plenarnym posiedzeniu niemieckiego parlamentu Rafałowi Lemkinowi wyrazy „uznania oraz podziękowania”, poparte oklaskami sali. Przypomina to podobne wyrazy skierowane pod jego adresem na posiedzeniu Zgromadzenia Ogólnego ONZ 9 grudnia 1948 r. przez delegata Iranu (choć bez odnotowanych oklasków).

Następnie w kwietniu 1955 r. został Lemkin odznaczony przez prezydenta Niemiec Teodora Heussa krzyżem zasługi RFN (*Bundesverdienstkreuz*). Była to druga i bodaj ostatnia dekoracja państwowa przez niego otrzymana (pierwszą była dekoracja kubańska z 1950 r.). Dekoracja krzyżem niemieckim miała miejsce 5 grudnia 1955 r. w Nowym Jorku. Zachowała

²⁰ W debacie ratyfikacyjnej nad konwencją o genocydzie w belgijskiej Izbie Reprezentantów 19 stycznia 1951 r. Henri Carton de Wiart (były premier) powiedział m.in.: „L’histoire de cette convention ne laisse pas d’être curieuse. C’est un juriste polonais émigré aux États-Unis, M. Lemkin, qui, éprouvant l’indignation suscitée chez tous les honnêtes gens par les doctrines et les abominables méthodes du nazisme, a imaginé ce mot de génocide” – por. *Annales parlementaires, Chambre des Représentants, séance du mardi 16 janvier 1951*, s. 13.

²¹ *Deutscher Bundestag – 37. Sitzung, Bonn, Donnerstag, den 8 Juli 1954*, s. 1764–1767.

²² Poseł Alfred Seidl (1901–1961), adwokat, służba wojenna 1940–1945, w latach 1945–1946 obrońca Hansa Franka i Rudolfa Hessa przed MTK w Norymberdze, jeden z twórców bawarskiej CSU (Christlich-Soziale Union). W latach 1955–1961 był jej przewodniczącym, w latach 1957–1960 premierem Bawarii.

się sprawozdanie o dekoracji, wysłane do ambasady RFN w Waszyngtonie przez konsula generalnego RFN dr. Adolfa Reifferschiedta, oraz odpowiedź Rafała Lemkina na skierowane do niego *laudatio*.

Konsul generalny w swoim sprawozdaniu, datowanym 20 grudnia 1955 r.²³, donosił swojej ambasadzie między innymi, że dekoracja prof. dr. Rafała Lemkina przeciągnęła się wobec specjalnego życzenia tego ostatniego, aby odznaczenie zostało mu przekazane w ramach jakiejś większej uroczystości. W związku z tym miało to miejsce dopiero 5 grudnia 1955 r., w ramach krótkiej uroczystości w pomieszczeniach Konsulatu Generalnego.

Odpowiadając na *laudatio*, wygłoszone przez konsula generalnego, Lemkin powiedział (to stosunkowo krótkie wystąpienie tłumaczymy tu w całości):

„Panie Konsulu Generalny,

Chciałbym prosić Pana o przekazanie Pańskiemu Rządowi moich serdecznych podziękowań za wielki zaszczyt darowany mi dzisiaj. Będę do niego przywiązany i będę znajdować w nim zawsze zachętę w mojej pracy dla wyjęcia genocydu spoza prawa na całym świecie.

Gdy niemiecki Bundestag ratyfikował Konwencję o genocydzie, byłem pod wrażeniem wielkiego ducha moralnego odnośnych dyskusji oraz jakości niemieckiej krajowej ustawy o genocydzie, które mogą służyć jako przykład i przewodnik dla wielu parlamentów na świecie.

Chciałbym również, Panie Konsulu Generalny, prosić Pana o przekazanie mojej wdzięczności dla Bundestagu za wielką wspaniałość w postaci podziękowania za moją pracę nad genocydem na sesji plenarnej.

Przyjmując tę dekorację z głęboką pokorą, ponieważ to wyróżnienie stało się możliwe wielkim kosztem ludzkiego cierpienia. Trzeba pamiętać o tych, którzy umarli przez genocyd i uświadomili nas co do imperatywnej konieczności przyjęcia takiego prawa. Ale trzeba również pamiętać o tych, którzy obecnie cierpią od

zbrodni genocydu w różnych częściach świata. Pamiętać, z naszym głębokim zakłopotaniem moralnym i przeprosinami, ponieważ cierpią oni z powodu tego, iż brak nam odwagi i determinacji, aby zastosować istniejącą Konwencję o genocydzie.

Samo słowo genocyd [nosi] osąd moralny. Po raz pierwszy w historii Konwencja wyjęła spod prawa międzynarodowego przestępstwo umyślnego niszczenia czterech podstawowych grup rodzaju ludzkiego: narodowych, religijnych, rasowych i etnicznych. Grupy te tworzą duchowe zasoby ludzkości. Konwencja łączy wszystkie narody w zadaniu wspólnej ochrony naszego dziedzictwa.

Świat potrzebuje obecnie bezpieczeństwa życia więcej, niż w jakimkolwiek poprzednim okresie historii, a to oznacza bezpieczeństwo dla słabego, stawiającego czoło zmasowanej potędze silnego.

W samym tym stuleciu zginęło od genocydu ponad dwadzieścia milionów niewinnych i bezbronnych ludzi. Ilu więcej będzie musiało umrzeć?

Konwencja zajmuje się nie tylko karaniem, ale również zapobieganiem, które jest ważniejsze niż karanie. My wszyscy jesteśmy moralnie lub prawnie odpowiedzialni za każdy przypadek genocydu, który miał miejsce na świecie. Zastosowanie Konwencji stanowić będzie stopień do celu (odskocznik – *stepping stone*) w zakresie wzrostu moralności i cywilizacji. Cywilizacja nie jest zastanym stanem spraw lub uzyskaną reputacją. Wymaga ona stałego wysiłku i stanowi piękne zadanie prowadzenia ludzkości do coraz szerszych horyzontów i przyszłej przyzwoitości (*decency*) dla wszystkich.

Kończąc, chciałbym podkreślić, iż sukces Konwencji o genocydzie, która została dotąd ratyfikowana przez pięćdziesiąt parlamentów narodowych, został umożliwiony przez wiele wielkodusznych (*generous*) mężczyzn i kobiet oraz organizacje na całym świecie, włączając w to Niemcy. Do nich wszystkich, szczególnie

²³ Dokument otrzymany z Archiwum Auswärtiges Amt RFN.

zaś do tu obecnych, chciałbym skierować moje serdeczne podziękowania”.

Wystąpienie, naszym zdaniem znakomite – zważywszy zwłaszcza na głównego adresata.

* * *

Obecnie chcemy się krótko zająć stosunkiem Rafała Lemkina do zbrodniczych zjawisk i wydarzeń w Związku Sowieckim oraz w krajach opanowanych przez Moskwę po II wojnie światowej. Zaczął się on o nich wypowiadać od czasu rozpętania tak zwanej zimnej wojny.

Lemkin nigdy nie sympatyzował z sowieckim komunizmem, czego dowodem jest w szczególności jego wzmiankowana już w części I naszego tryptyku wczesna praca z 1928 r. o kodeksie karnym Związku Sowieckiego oraz wzmianki w jego nieukończonych autobiografiach. Jednak w czasie II wojny światowej milczał o sytuacji w ZSRS, bezpośrednio zaś potem również w krajach satelickich. Po prostu nie mógł wówczas inaczej. Przecież gdyby, na przykład, w latach 1943–1944 próbował włączyć do manuskryptu swego dzieła *Axis Rule in Occupied Europe* choćby jedną porównawczą wzmiankę o genocydzie sowieckim, wydanie jego pracy ze względów politycznych nie doszłoby do skutku. ZSRS był wówczas najważniejszym sojusznikiem wojennym Stanów Zjednoczonych i jakkolwiek jego krytyka w tak arcydelikatnej sprawie (zwłaszcza przez człowieka będącego wówczas dość wysokim urzędnikiem administracji federalnej) – była wprost wykluczona.

Natomiast w pierwszych latach powojennych, gdy miał miejsce wielki proces przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze, a następnie Lemkin walczył przez dwa pełne lata (jesień 1946–jesień 1948) o przyjęcie przez ONZ Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa, wszelkie publiczne krytyczne wypowiedzi w tamtym kierunku byłyby wręcz samobójcze dla jego

krucjaty i mogły się okazać fatalne dla samego uchwalenia konwencji.

Dopiero pomyślnie doprowadzenie tej sprawy do końca w grudniu 1948 r. i rozwijająca się dalej „zimna wojna” pomiędzy Zachodem i Wschodem umożliwiły Lemkinowi swobodne i zdecydowane wypowiedzenie się na ten temat. Dalszy rozwój wypadków w „bloku wschodnim” w ostatnich latach rządów Stalina dostarczył dodatkowych przykładów i argumentów. Jednocześnie przysporzył na Zachodzie zwolenników koncepcji genocydu, teraz już niekojarzącego się szerokiej opinii publicznej, w tym amerykańskiej, niemal wyłącznie z genocydem dokonany przez dopiero co pokonane nazistowskie Niemcy czy – lepiej zorientowanym – również z genocydem tureckim na Ormianach w okresie I wojny światowej.

Siłą rzeczy najbardziej głośni byli w interesującej nas dziedzinie zwolennicy senatora McCarthy’ego (1908–1957), w kontekście zjawiska określonego później jako „maccartyzm”, przez wielu Amerykanów ocenianego negatywnie. Ale fakt ten, naszym zdaniem, nie może w najmniejszym stopniu dyskredytować działalności w tamtych latach Rafała Lemkina. Starał się on, w miarę wylaniających się możliwości, z olbrzymim samozaparciem prowadzić kampanię o swój cel życiowy, którym była walka przeciw genocydowi, bez względu na miejsce, gdzie się on pojawił lub choćby zaczynał pojawiać.

Dlatego musimy tu skrytykować fałszywą opinię w tym względzie nieżyjącego już Williama Koreya²⁴. W jego ujęciu bowiem Lemkin – cytujemy – „nagle skłonił się do objaśniania (*expound*) tematów antykomunistycznych i antysowieckich, będących klasycznymi wątkami rozwijającej się zimnej wojny, których poprzednio unikał”. Korey pisze tak, nie mówiąc słowa o poprzednich realiach politycznych, po prostu uniemożliwiających Lemkinowi publiczne zabieranie głosu na te tematy – realiach,

²⁴ Por. W. Korey, *An Epitaph*, pięciostronicowy rozdziałek zatytułowany dość jednoznacznie: *Lemkin's Anticomunist Thrust* (s. 73–78).

o których mówiliśmy wyżej. Całkiem słusznie przeciw tezie Koreya wystąpił J. Cooper²⁵.

W tym okresie nawiązał Rafał Lemkin po raz pierwszy kontakty z organizacjami wschodnio-europejskich mniejszości narodowych w USA, których kraje pochodzenia zostały częściowo „połknięte” przez Sowietów lub częściowo – stając się „satelitami” – formalnie pozostały niepodległe (zwłaszcza bliska mu Polska).

Lemkin nawiązał dobre stosunki robocze z Kongresem Polonii Amerykańskiej i z jej prezesem Karolem Rozmarkiem²⁶, który na prośbę Lemkina napisał do senatora Jamesa Duffa, naciskając na niego, by poparł ratyfikację konwencji o genocydzie w Senacie. W liście z 11 lipca 1951 r. stwierdzono, że Polacy amerykańscy są zainteresowani niezwłoczną ratyfikacją owej konwencji, „ponieważ władze sowieckie dokonują genocydu na Polakach, specjalnie niszcząc intelektualistów, wolne zawody i księży. Uderzając w mózgi polskiego narodu mają nadzieję zniszczyć ciało”.

17 lipca tegoż roku Lemkin napisał do Anieli Lagodzińskiej, prezeski Związku Kobiet Polskich (Polish Women’s Alliance), załączając projekt oświadczenia w sprawie ratyfikacji konwencji, poprzednio z nią dyskutowany, w celu jego podpisania.

Zaistniała również aktywność Lemkina w sprawie sowieckiego *Holodomoru* na Ukrainie

z 1933 r. przez uczestnictwo w masowych manifestacjach organizowanych przez Ukrainian Congress Committee of America. Pierwszą taką imprezą było bodaj zgromadzenie mające miejsce w Manhattan Centre 11 września 1951 r.²⁷, na którym wygłosili przemówienia mer Nowego Jorku V. Impellitteri, prof. Philip E. Mosely z Columbia University²⁸ i prof. Rafał Lemkin z Yale University.

W roku 1952 Lemkin, udzielając swego poparcia dla nominacji Averella Harrimana na kandydata Partii Demokratycznej w wyborach prezydenckich, podkreślając, że jest on pierwszym kandydatem, który wystąpił za szybką ratyfikacją konwencji o genocydzie przez USA, jednocześnie zaznaczył, że jej przyjęcie „będzie służyć jako ostrzeżenie i odstraszenie przywódców sowieckich”, którzy są całkiem zdolni decydować o likwidacji całych ludów i likwidować je, starając się utrzymać swą kontrolę²⁹.

Stworzone we wrześniu 1954 r. Assembly of Captive European Nations (Zgromadzenie Zniewolonych Narodów Europejskich) na swym pierwszym kongresie, „prowokacyjnie” obradującym w Nowym Jorku w budynku sąsiadującym z gmachem ONZ, gdzie odbywała się coroczna sesja Zgromadzenia Ogólnego tej Organizacji³⁰, zorganizowało między innymi, obok przemówień prof. Marka Korowicza i Zygmunta Nagórskiego seniora – wystąpie-

²⁵ J. Cooper, *Raphael Lemkin*, s. 196. Cytuję tu ten krótki fragment: „Contrary to William Korey’s assertion of Lemkin’s sudden lurch «toward expounding anticommunist and anti-Soviet themes, the classic leitmotifs of the unfolding cold war», when the Senate failed to ratify the convention, we can see that Lemkin tried to involve East European refugee groups from the onset of the campaign. There was no abrupt shift to an anti-Communist stance; his attitude refuted from his own first-hand experience of Soviet regimes in two World Wars”.

²⁶ Wspomina o tym J. Cooper, *Raphael Lemkin*, s. 211. Adwokat Karol Rozmarek (1897–1973) był wybitnym działaczem Polonii amerykańskiej i wieloletnim prezesem Polish-American Congress (1944–1968). Po II wojnie światowej zabiegał w imieniu Kongresu o pomoc gospodarczą dla Polski i protestował przeciw zniewoleniu kraju przez Sowietów.

²⁷ Informacja o tej manifestacji por. NYT z 12 września 1951 r. – *Anti-Red Rally Held by Ukrainians Group*.

²⁸ Philip Edward Mosely (1905–1972), wybitny amerykański sowietolog, dyplomata i profesor, był w latach 1946–1955 profesorem stosunków międzynarodowych w Russian Institute w Columbia University w Nowym Jorku, w latach 1951–1955 dyrektorem tegoż Instytutu.

²⁹ NYT z 3 czerwca 1952 r., s. 14 – *Claims Harriman Pledge. Prof. Lemkin Says Candidate Backs Genocide Pact*.

³⁰ O przygotowaniach do tego kongresu, w związku z uczestnictwem w nim Lemkina, istnieje jednozdaniowa wzmianka w liście J. Giedroycia do J. Mieroszewskiego z 13 września 1954 r. – por. *Jerzy Giedroyc – Juliusz Mieroszewski. Listy 1949–1956*, cz. I, Warszawa 1999, s. 440. Korey zaś (*An Epitaph*, s. 75) cytuje podziękowanie Zgromadzenia Narodów Zniewolonych z 7 grudnia 1955 r. (co wskazywałoby na dłuższy okres współpracy): „Nasze Zgromadzenie jest zaiste wdzięczne Panu za Pańską pracę nad problemem genocydu”.

nie Rafała Lemkina, który oczywiście mówił o genocydzie.

Jesienią 1956 r. Lemkin silnie popierał projekt rezolucji, którą wniosła w ONZ wówczas jeszcze niekomunistyczna Kuba, potępiający Związek Sowiecki za zbrojne stłumienie rewolucji węgierskiej. Inicjatywę tę określił jako wysiłek „celem zachowania życia narodu węgierskiego”³¹.

Dobłą ilustracją w zakresie omawianego tu wątku tematycznego wydaje się być również zainteresowanie Lemkina pewnym działaniem wspomaganym przez Moskwę w latach bezpośrednio po II wojnie światowej silnej komunistycznej partyzantki w Grecji. Przypomnijmy, że owi partyzanci zaczęli porywać tysiące greckich dzieci i przerzucać je za „żelazną kurtynę” w celu ich wychowania na młodą kadre komunistycznych greckich bojowników.

W papierach po Lemkinie zachowały się dwa dokumenty odnoszące się do tych wydarzeń. Jeden z nich to artykuł z „New York Times” z 15 marca 1948 r.³², w którym najpierw jest mowa o przesłuchaniu świadków dokonanym przez zespół reprezentujący Specjalną Komisję ONZ do spraw bałkańskich, zajmującą się kwestią uprowadzania dzieci z północnej Grecji przez partyzantów. Drobniejszy tytuł umieszczony obok mówi o tym, że depesze prasowe z Salonik doniosły 14 marca, iż komunistyczni partyzanci uprowadzili 1732 dzieci z północnej Grecji.

Drugi dokument jest kopią maszynopisu stanowiącego streszczenie wykładu profesora wydziału prawa Uniwersytetu w Atenach A. N. Tsirintanesa, wygłoszonego w tamtejszym

kinie „Pallas” 29 maja 1949 r.³³ Profesor określił ogólną liczbę uprowadzonych greckich dzieci na 28 tysięcy. Wspomniał, że za panowania tureckiego sultana Selima (żył około 1470–1520) oraz jego następców dzieci wasalnego narodu greckiego były porywane, aby zrobić z nich tureckich janczarów³⁴. Profesor przypomniał, że wówczas porywacze mieli zatkać uszy, żeby nie słyszeć krzyku rozpaczliwych matek. Natomiast dwudziestowieczni komunistyczni porywacze nawet tego nie praktykowali.

Na tekście powyższym znajduje się adnotacja piórem po angielsku, prawdopodobnie samego Lemkina: „Jest to ilustracja art. II, punkt «e» Konwencji o genocydzie. Konwencja pomoże w greckim przypadku”. Istotnie, Konwencja we wskazanym miejscu zalicza do czynów stanowiących genocyd „przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy”.

Warto tu też wspomnieć o co najmniej jednym znanym przypadku, gdy Lemkin musiał odeprzeć atak ze strony komunistów na USA, oskarżane o genocyd. Wiodącą w tym rolę grał znany śpiewak i aktor murzyński Paul Robeson (1898–1976), w roku 1952 odznaczony Międzynarodową Premią Leninowską. W grudniu 1951 r. prasa amerykańska doniosła, że lewicowy Civil Rights Congress złożył w ONZ petycję, oskarżającą USA o masowe niszczenie amerykańskich Murzynów, żądając międzynarodowego zadośćuczynienia (*redress*)³⁵. Petycja w sprawie „genocydu” została złożona „w imieniu piętnastu milionów czarnych Amerykanów”, których znacznej większości życie jest świadomie wypaczane

³¹ Por. W. Korey, *An Epitaph*, s. 75.

³² NYT z 15 marca 1948 r., artykuł zatytułowany *Children's Terror in Greece Recited. Mother of 6 Tells U.N. Aids of Rebels' Acts that Emptied a Macedonian Village*.

³³ Pelen tytuł tego dokumentu brzmi: *Give Us back Our Children (Summary of lecture delivered by Professor A. N. Tsirintanes... speaking on behalf of the Council for the supervision of Scoutism in Greece, on the occasion of inauguration of the Save-the-Children Campaign at the „Pallas” Cinema...)*.

³⁴ Dla przypomnienia: janczary stanowili w okresie od XIV do początków XIX wieku doborową piechotę turecką, będącą od XVI wieku wręcz trzonem armii. Formacja ta tworzona była – choć nie wyłącznie – z chrześcijańskich brańców oraz poddanych sultana pochodzenia nietureckiego.

³⁵ NYT z 18 grudnia 1951 r., *U.S. Accused in U.N. of Negro Genocide*. Wspomniany CRS był umieszczony na liście Attorney General jako organizacja subwersywna i kontrolowana przez komunistów.

(warped) i zniekształcane (distorted) „przez świadome tworzenie warunków powodujących przedwczesną śmierć, ubóstwo i choroby”. Dr Lemkin – doniósł NYT – „oświadczył, że oskarżenie stanowiło manewr w celu odwrócenia uwagi od zbrodni ludobójstwa popełnianej na Estończykach, Łotyszach, Litwinach, Polakach i innych ujarzmionych przez Sowieców ludach”.

* * *

Wreszcie trzeba tu choć krótko wskazać poruszone przez Lemkina w latach pięćdziesiątych wydarzenia spoza bloku sowieckiego w Europie, wydarzenia grożące jego zdaniem wielkimi genocydami. Najpierw dotyczyło to sytuacji w Azji na początku lat pięćdziesiątych. Być może bodźcem w tym kierunku był dla niego apel ambasadora Korei Południowej przy ONZ, o którym wspomniał (nie wskazując dokładnej daty) w swojej autobiografii³⁶. Apel dotyczył przyspieszenia uzyskania dwudziestu ratyfikacji, potrzebnych do wejścia w życie konwencji o genocydzie, w celu chronienia rodaków ambasadora przed ludobójstwem.

W związku z tym trzeba odnotować ostre wystąpienie Lemkina z 18 stycznia 1951 r., zaledwie w niecały tydzień po wejściu w życie konwencji o genocydzie³⁷. Przemawiając na ceremonii uhonorowania go przez American Jewish Congress za jego „natchnione i histo-

ryczne” osiągnięcia w zakresie „zainicjowania i doprowadzenia do pomyślnego wprowadzenia do prawa konwencji o genocydzie”, Lemkin – określając wydarzenia koreańskie jako chińską wojnę agresywną przeciw Narodom Zjednoczonym i Południowej Korei – nazwał je „planowanym wysiłkiem eliminowania wpływu demokratycznego” z Azji i „wyrazem techniki genocydalnej” (*expression of the genocide technique*)³⁸.

Tłumaczymy dalszy fragment powyższego wystąpienia Lemkina, wzięty z innego źródła³⁹:

„Stoimy wobec realnej możliwości genocydu, mającego miejsce w Azji w następstwie imperialistycznej komunistycznej wojny. Obecna gigantyczna walka w Azji nosi w sobie załążki genocydu, i ofiarą jego w ostatecznym rachunku będzie nikt inny jak biały człowiek. Jesteśmy obecnie świadkami czegoś znacznie większego niż wojna celem zaanektowania Południowej Korei. W istocie chodzi tu o jeden ze szczytowych momentów w historii, z poważnymi konsekwencjami dla zachodniego świata. Należy wziąć pod uwagę, że rozkazy chińskich generałów mówią obecnie o anihilacji. Nie wzywają do zwycięstwa, co zwykle ma miejsce w rozkazach wojskowych, lecz do totalnego zniszczenia i eksterminacji. Bastiony zachodniego świata na południowym Pacyfiku, takie jak Australia i Nowa Zelandia, mogą pewnego dnia potrze-

³⁶ Chodzi o znajdujący się wśród plików różnych części maszynopisów autobiografii Lemkina, przechowywany w N. Y. Public Library, czterostronicowy tekst rozpoczynający się od słów „The Korean ambassador...” i kończący słowami „Six months later Burma ratifies”.

³⁷ Por. skąpe doniesienie o tym w NYT z 19 stycznia 1951 r., s. 18: „Dr. Lemkin Honored for Genocide Fight”.

³⁸ Dla złagodzenia u dzisiejszego czytelnika pewnego, być może, zaskoczenia – jego zdaniem – „zbyt radykalnym profetyzmem” wystąpienia Lemkina ze stycznia 1951 r., warto może tylko przypomnieć, że czwartego dnia tamtego miesiąca i roku strona komunistyczna ponownie zajęła stolicę Południowej Korei – Seul, który pozostawał w jej rękach przez ponad dwa miesiące. Doliczając do tego niemal trzy miesiące pierwszej okupacji miasta w 1950 r., była to więc okupacja przeszło pięciomiesięczna. Oparty na licencji *Dictionary of Contemporary World History – 1900 to the Present Day* by Jan Palmowski, Oxford University Press 1997, 2003, wersja polska: *Słownik najnowszej historii świata 1900–2007*, wyd. „Rzeczpospolita” i Prószyński, t. 3, Warszawa 2008, hasło „Koreańska wojna”, s. 114, podaje: „Tylko podczas okupacji Seulu zabito 100 tys. ludzi”.

³⁹ Chodzi o dwie stronicie stanowiące – jak się okazało – dużą część cyt. wystąpienia Lemkina z 18 stycznia 1951 r. z okazji wyróżnienia go przez American Jewish Congress, „wciśnięte” w przesłany mi maszynopis jego autobiografii (podobna sytuacja, jak owa opisana w przypisie 36). Tutaj rozpoczynają się one od słów: „They devised then a way...”, a kończą słowami: „Democracy can be made to work in great matters no less than in small”.

bować ochrony przez to prawo [konwencję o genocydzie] (...)”⁴⁰.

* * *

Innym obszarem, który zaalarmował Lemkina już pod sam koniec jego życia, okazała się północna Afryka, konkretnie sytuacja w Algierii. Chodziło o pewne sprawy związane z wieloletnią (1954–1962) wojną prowadzoną tam przez Francję przeciw siłom partyzanckim arabskiego Front National, dążącego do uzyskania niepodległości kraju, wojną z rosnącą wielką brutalnością demonstrowaną przez obie strony.

Francuzi, chcąc skutecznie niszczyć rebeliantów, a nie mogąc ich często – jeśli nie przeważnie – odróżnić od pokojowo nastawionej ludności, tworzyli od 1955 r. tzw. „strefy zakazane” (*zones interdites*). Z owych „stref zakazanych” przenoszono masowo ludność miejscową nastawioną pokojowo, która uległa poddawaniu się narzuconej jej operacji, do tzw. *centres de regroupement* (centrów przegrupowania); natomiast tych ludzi, którzy się nie ujawniali i nie chcieli poddać ewakuacji, traktowano jako partyzantów lub ludzi z nimi związanych i ich likwidację pozostawiono wojsku.

Ilość *centres de regroupement* w ciągu paru lat od ich stworzenia nieustannie rosła, osiągając już w początkach 1959 r. grube setki, liczba osób „przegrupowanych” wyniosła zaś grube setki tysięcy⁴¹. Warunki życia w „centrach” były przeważnie przerażające, brakło elementarnej przestrzeni mieszkalnej i urządzeń sanitarnych, panował głód i brak pomocy medycznej, szerzyły się choroby i śmierć⁴². Jak pisze M. Cornaton: „Nędza regrupowanych była tak wielka, że liczne gazety mogły mówić o epoce genocydu”.

Zaalarmowany tą sytuacją Lemkin przedłożył Konferencji Independent African States (załączkowi późniejszej Organization of African States) w marcu 1959 r. memorandum⁴³, którego kluczowy dla nas fragment wolimy tu przekazać w języku oryginału:

„There is a recent development which increases the violence of genocide in Algeria. This is the case of the resettlement of hundreds of thousands of civilians and their families who were forcibly transferred and assembled in places similar to concentration camps (...) This type of resettlements constitutes genocide under Article II (c) of the Genocide Convention”.

Gdyby Lemkin pożył choć parę miesięcy

⁴⁰ Krótkie przypomnienie wojny koreańskiej z lat 1950–1953. W czerwcu 1950 r. Północna Korea zaatakowała około stutysięczną, dobrze uzbrojoną przez Sowietów i komunistyczne Chiny armią znacznie słabsze siły zbrojne Korei Południowej. Seul – stolica tej ostatniej – została zajęta już po paru dniach. Gdyby nie szybka interwencja najpierw nieprzygotowanych do tej akcji wojsk amerykańskich stacjonowanych w Japonii, oparta na fundamentalnej rezolucji Rady Bezpieczeństwa (możliwej z powodu zbojkotowania posiedzenia Rady przez ZSRS), Republika Korei przestałaby istnieć. Kontrofensywa odepchnęła komunistów aż do granicy chińskiej. Tu jednak wystąpiła armia około miliona „ochotników chińskich”, która odrzuciła siły ONZ daleko na południe (Seul po raz drugi okupowany na początku stycznia 1951 r.). Wreszcie nastąpiło ponowne odrzucenie sił komunistycznych, choć już znacznie poniżej osiągnięć z wczesnej jesieni 1950 r. Późniejsze walki pozycyjne zakończone zostały rokowaniami po śmierci Stalina i rozejmem z 27 lipca 1953 r., który obowiązuje, z różnymi prowokacjami Korei Północnej, do chwili obecnej.

⁴¹ Ścisłe dane mamy tu dopiero na dzień 1 października 1959 r., a więc pięć miesięcy po przesłaniu przez Lemkina owego memorandum, podane w pracy M. Cornaton, *Les camps de regroupement de la guerre d’Algérie*, Paris–Montreal 1998, s. 77. Według nich istniało wówczas ogółem 2380 „centrów przegrupowania”, a w nich 1 888 545 mieszkańców.

⁴² M. Cornaton, *Les camps*, w rozdziale V, zatytułowanym *Les conditions de vie du regroupé* (s. 80–102) daje liczne przykłady tych chwilami wręcz nieludzkich stosunków. Tu ograniczamy się do dwóch przykładów z zakresu nieraz skrajnie głodowych warunków panujących w „centrach”, spowodowanych nieregularnością dostaw podstawowej żywności. Cytowana jest relacja z Algierii z 1959 r. pastora francuskiego, który w swoim *Carnet de Notes* opisał sytuację, kiedy wygłodzonym ludziom dostarczone kartofle, a oni jedli je na surowo, nie czekając na ich ugotowanie. Z relacji innego kapłana (wysokiej rangi) dowiadujemy się o istnieniu głodujących, którzy rozpoczęli jedzenie trawy (s. 96).

⁴³ Por. G. J. Andreopoulos w swym rozdziale *Age of National Liberation Movements* w pracy zbiorowej: M. Howard,

dłużej, prawdopodobnie podjąłby próbę – tak przez siebie wypróbowaną metodą *totally unofficial* – bliższego zainteresowania i animowania w tej sprawie delegatów wybranych państw na rozpoczynającą się we wrześniu 1959 r. w Nowym Jorku coroczną sesję zwyczajną Zgromadzenia Ogólnego ONZ. Niestety pod koniec sierpnia tamtego roku już nie żył. Prawdopodobnie dlatego nie widać żadnego wyraźnego *follow-up* jego marcowego przesłania⁴⁴.

* * *

Głównym dziełem Rafała Lemkina stało się – i pozostało – *Axis Rule in Occupied Europe* (1944). Za jego życia, a więc w ciągu następnych piętnastu lat od publikacji owego dzieła, nie doczekało się ono drugiego wydania. Jego pierwszy reprint ukazał się w USA dopiero po niemal trzydziestu latach – w 1973 r.⁴⁵

Ale Lemkin pracował – głównie w latach pięćdziesiątych – nad innym dziełem czy dziełami. Ważną tematykę badawczą stanowiły tu pierwsze studia w dziedzinie fenomenu genocydu daleko wykraczające poza ujęcie prawne (a więc samej konwencji z 9 grudnia 1948 r. łącznie z towarzyszącymi jej *travaux preparatoires*) i wkraczające na teren innych dyscyplin. Tutaj możemy jedynie zasygnalizować zachowane w spuściznie po Rafale Lemkinie jego wstępne szkice w tej dziedzinie. Chodzi o (1) *Koncepcję genocydu w socjologii*; (2) *Genocyd w ekonomii*; (3) *Koncepcję genocydu w antropologii*;

(4) *Koncepcję genocydu w psychologii społecznej i jednostkowej*. Badania owe, częściowo „podparte” autorytetami wiodących klasycznych autorów, wskazywały na stale rozszerzającą się sferę badawczą Lemkina w zakresie interdyscyplinarnym i wielki wysiłek – przeważnie w ciężkich warunkach bytowych – stałego dalszego samokształcenia. „Wcześniejszy” Lemkin jeszcze tak szerokich horyzontów nie ujawniał.

Inna tematyka badawcza rozpoczęta na dużą skalę przez Lemkina obejmowała szeroko zakrojoną historię genocydów. Rozpoczęte w tej dziedzinie pogłębione – niestety nieukończone – badania w latach pięćdziesiątych Lemkin zdecydował zacząć od końca XV wieku. Rozpoczął od genocydu na amerykańskich Indianach, który w pełni „rozkwitł” w XVI wieku, trwał w XVII wieku i ciągnął się jeszcze dłużej. Zdecydował się zatem cofnąć „zaledwie” o cztery i pół wieku wstecz, do początków europejskiego kolonializmu. Jego studia historyczne rozpoczynały się więc od genocydu dokonanego przez Hiszpanów w Ameryce Południowej i Środkowej – masowej anihilacji Indian, dokonywanej – dodajmy – ze stosowanym powszechnie elementem *atrox*⁴⁶. Nieco później ujawnił się genocyd anglosaski na Indianach północno-amerykańskich.

Kolejne *genocide area studies* stanowiące pole zainteresowań Lemkina obejmowały: ge-

G. J. Andreopoulos i M. R. Shulman (red.), *The Laws of War, Constraints on Warfare in the Western World*, New Haven and London, 1994.

⁴⁴ Jeśli natomiast chodzi o swoisty „follow-up” historyczny ze strony francuskiej, który nastąpił w kilkadziesiąt lat po układach z Evian z 1962 r., dających Algierii niepodległość, należy przypomnieć deklaracje prezydentów Chiraca i Sarkozy’ego, złożone w czasie ich wizyt w Algierze w latach 2003 i 2007, wreszcie deklarację prezydenta Hollande’a z 20 grudnia 2012 r.: „Podczas stu trzydziestu dwu lat Algieria była poddana systemowi głęboko niesprawiedliwemu i brutalnemu. System ten posiada swoje imię, jest nim kolonizacja i uznaję tu cierpienia, które kolonizacja wyrządziła ludowi algierskiemu” (tu cytowane z *Encyclopaedia Universalis*, Universalis 2013, s. 78, nasze tłumaczenie). Na pytanie, czy tragiczne wydarzenia związane z *centres de regroupement* w ramach potępionego „kolonializmu” mieszczą się w kategorii genocydu, odpowiedź w przypadku strony algierskiej jest „tak”, natomiast strony francuskiej – prawie z pewnością „nie”.

⁴⁵ Chodzi o wydanie nakładem Howard Fertig z Nowego Jorku z 1973 r., z zaznaczeniem „Reprint of the ed. published by the Carnegie Endowment for International Peace...”.

⁴⁶ *Genocidium atrox* wyjaśniłem bliżej w przypisie 8 części II niniejszego artykułu. Szerzej omówiłem owo *atrox* w *Rafał Lemkin (1900–1959) – polski prawnik twórcą pojęcia „ludobójstwo”. Zbrodnie przeszłości. Opracowania i materiały prokuratorów IPN*, tom 2: *Ludobójstwo*, Warszawa 2008.

nocydy XIX, i głównie XX wieku: (1) angielski genocyd na tubylczej ludności australijskiej Tasmanii; (2) belgijski genocyd w Kongu; (3) niemiecki genocyd na Hererach w Afryce południowo-zachodniej – obecnie Namibii; (4) turecki genocyd na Ormianach; (5) sowiecki genocyd na Ukrainie; (6) wreszcie określony przez Lemkina jako *Hitler case* – niemiecki genocyd w okupowanej przez Niemców Europie, w tym na Żydach, Polakach *etc.*

Szerokie plany naukowe, które przyświecały Lemkinowi pod koniec lat pięćdziesiątych, nie zostały zrealizowane z powodu odmowy grantów i przedwczesnej śmierci, poważny materiał zgromadzony w maszynopisach został zaś jedynie minimalnie wykorzystany w ciągu pierwszego półwiecza po zgonie Lemkina i doczekał się wydania dopiero niedawno⁴⁷.

Pogłębioną analizę dokonał Rafał Lemkin w niepublikowanych jego materiałach wstępnych, choć ograniczoną do historycznej sceny amerykańskiej – dali w 2005 r. w swoim artykule Michael A. McDonnell i A. Dirk Moses⁴⁸. Jednocześnie na jego początku podkreślili wielki *signal failure* w szczególności północno-amerykańskich badaczy genocydu, którzy wolą traktować siebie jako „pionierów studiów nad genocydem”, chociaż istnieje „z pewnością” (jedynie) jeden pionier, mianowicie Rafał Lemkin. W tym kontekście krytykują, z imienia

i z nazwiska, paru swoich publikujących w tej dziedzinie anglosaskich kolegów⁴⁹.

* * *

W czerwcu 1959 r. wszedł Rafał Lemkin w sześćdziesiąty rok życia. Stawało się ono dla niego niewątpliwie coraz cięższe, być może chwilami niemal nieznośne. Wyrazem tego mogą być zapiski w „Outline” do jego nieukończonyj autobiografii. Zawierają one, obok już wcześniejszych odniesień do „choroby i głodowania” i zniszczonych ubrań oraz późniejszych o „starzeniu się” i „zmniejszającej się energii”, dalsze wzmianki o „pracy w izolacji”, o zmniejszającym się kole (chyba raczej „kółku”) przyjaciół i „ucieczce w poezję”.

W papierach po Lemkinie znalazła się poezja Rainera Marii Rilkego (1875–1926), urodzonego w Pradze, zmarłego w Szwajcarii austriackiego pisarza, jednego z najwybitniejszych poetów języka niemieckiego oraz literackiej sceny europejskiej XX wieku.

Odnaleziony i cytowany fragment⁵⁰ pochodzi z ogłoszonego po raz pierwszy w 1905 r. *Das Stunden-Buch* Rilkego⁵¹ i ma brzmienie następujące:

Was wirst du tun, Gott, wenn ich sterbe?
 Ich bin dein Krug (wenn ich zerscherbe?)
 Ich bin dein Trank (wenn ich verderbe?)
 Bin dein Gewand und dein Gewerbe,
 Mit mir verlierst du deinen Sinn⁵².

⁴⁷ Por. *Lemkin and Genocide. Written by Raphael Lemkin*, edited and introduced by S. L. Jacobs, Lanham–Boulder–New York–Toronto–Plymouth, UK, first paperback ed. 2014.

⁴⁸ M. A. McDonnell, A. D. Moses, *Raphael Lemkin as Historian of Genocide in the Americas*, „Journal of Genocide Research”, (2005), 7 (4), s. 501–529.

⁴⁹ Podajemy tu w języku oryginału pełne brzmienie tego fragmentu (*ibidem*, s. 501): „It is a signal failure of genocide studies scholars in North America in particular, where the field has been primarily based until recently, that they have neglected his manuscripts sitting on their doorsteps, preferring to regard themselves as fellow «pioneers of genocide studies», although there is surely one pioneer, namely, Raphael Lemkin. Rather than investigate what he actually meant by the term and its place in world history, the field has rejected or misunderstood his complex definition and engaged instead in comparative study of twentieth century mass killing and totalitarianism, all the while claiming Lemkin a legitimate authority”.

⁵⁰ Arcykrótki fragment odnalezionego śladu Rilkego w spuściźnie archiwalnej po Lemkinie, ograniczony do zaledwie trzech wersetów przez niego podkreślonych, cytuje J. Cooper (*Raphael Lemkin*, s. 271) w tłumaczeniu angielskim.

⁵¹ Tekst oryginału wzięty z *Das Stunden-Buch von Rainer Maria Rilke, enthaltend die drei Bücher (...)*, Insel-Verlag, Leipzig 1918, s. 26.

⁵² Tłumaczenie polskie powyższego tekstu Rilkego brzmi:

Ogromny skok Rafała Lemkina od popularnej poezji rosyjskiej Nadsona z lat dziecińczych do poezji symbolicznej i wyrafinowanej formalnie liryki Rilkego pod koniec życia! Wszystko to działo się w ramach wegetacji w nędznych hotelach i pokojach umeblowanych, gdzie oczywiście nie tylko nie było miejsca na własną bibliotekę czy archiwum, ale z pewnością nawet na jakieś przyzwoite rozłożenie papierów wiążących się z tematami w danym okresie opracowywanymi. Przez lata owe materiały były upychane w walizkach. Piekło dla wybitnego naukowca!

Dodać tu wypada jeszcze jedną bolesną sprawę: w warunkach nędzy, w jakiej się Lemkin w ostatnich latach swego życia znalazł, był on też prawdopodobnie pozbawiony tak mu potrzebnej stałej dobrej opieki lekarskiej. Mamy tu na myśli konieczną w jego słabej kondycji zdrowotnej opiekę medyczną systematyczną, troskliwą i wysoce kompetentną. Tymczasem na dobrze znane wysokie honoraria lekarzy prywatnych nie miał pieniędzy, ubezpieczenia społecznego w USA nie było, mógł bodaj tylko liczyć na opiekę społeczną dla ubogich.

Wyjścia z tej beznadziejnej sytuacji w gruncie rzeczy nie było widać. Na stałą pracę uniwersytecką w USA nie miał już prawdopodobnie szansy: po pierwsze wiek; po drugie, jak się nam wydaje, niezbyt korzystne „poufne opinie”, które, być może, były – lub mogły być – wystawiane przez Yale i Rutgers (skoro tam, w każdym razie w pierwszym przypadku, dochodziło z nim do „iskrzeń” i pożegnania, a w drugim jednak nie chciano się z nim na dłużej związać).

Trwała nadal zaiste wstrząsająca sytuacja, w której wielkie fundacje amerykańskie odmawiały Lemkinowi jakichkolwiek grantów. Po-

przednio była już mowa o takich odmowach ze strony Fundacji Forda, Carnegie Endowment i z Social Science Research Council. Ale jeszcze dosłownie na niewiele miesięcy przed śmiercią spotkała go dalsza deprymująca, a stanowcza – choć ubrana w piękne słówka – negatywna odpowiedź ze strony Rockefeller Foundation. Biograf nie może się tu powstrzymać od uwagi, że takie, wręcz konsekwentne, odmawianie Lemkinowi latami przez wszystkie poważne fundacje amerykańskie jakiegokolwiek pomocy może już pachnieć dyskryminacją. Nie podejmujemy się tu wysuwać hipotez – z jakiego powodu czy powodów tak się działo.

Jeśli chodzi o publikację prac Rafała Lemkina, który w tej sprawie zwracał się do wielkich amerykańskich domów wydawniczych, w dalszym ciągu nie było widać z ich strony jakichś korzystnych dla autora decyzji⁵³.

Było jeszcze liczenie na Nagrodę Pokojową Nobla. Od początków roku 1950 do roku 1958 łącznie takich nominacji dla Lemkina wpłynęło do Oslo ponad dwadzieścia⁵⁴. Pierwsze trzy z nich, z 1950 r., zostały już wzmiankowane na początku tej części pracy. Większość późniejszych, niestety, nie pochodziła od osobistości wybitnych. Jedynie dwie ostatnie nominacje: T. J. Dodda, członka Komisji Spraw Zagranicznych Izby Reprezentantów Kongresu USA (1956) oraz zwłaszcza Emanuela Celera, przewodniczącego Committee on the Judiciary tejże Izby (1958) mogły, jak się wydaje, mieć pewien „ciężar gatunkowy”. Celer tak między innymi napisał o Lemkinie: „Nie ma innego człowieka, który by się tak zaangażował w dobrą sprawę. Żadne poświęcenie nie było dla niego zbyt wielkie. Żadna przeszkoda zbyt duża, aby ją pokonać”. W roku 1959 nominacji już nie było⁵⁵.

Co zrobisz, gdy ja umrę, Panie?/Jam dzban twój (kiedy zbiję się w kawały?)/Jam napój twój (kiedy się kwaśny stanie?)/Jam twe rzemiosło, twe ubranie,/Beze mnie stracisz sens twój cały.

(Por. R. M. Rilke, *Poezje*, wybrał, przełożył i posłowiem opatrzył M. Jastrun, wydanie III, Kraków 1993).

⁵³ Nieznacznie szerzej owa tak niekorzystna dla Lemkina sytuacja została już wzmiankowana na s. 220 i w przypisie 19.

⁵⁴ Kopie wszystkich owych nominacji z lat 1950–1958 znajdują się w moim posiadaniu.

⁵⁵ Norweski Instytut Nobla w Oslo ujawnia wnioski dotyczące nominacji kandydatów do Pokojowej Nagrody Nobla dopiero po pięćdziesięciu latach od ich zgłoszenia. W związku z tym kserokopie interesujących nas nominacji Rafała Lemkina otrzymywałem sukcesywnie przez wiele lat, do roku 2008 łącznie. Wówczas

Nieprawdą okazała się wiadomość prasowa z 1988 r. o poparciu kandydatury Lemkina przez Winstona Churchilla⁵⁶.

Nagroda Nobla oznaczałaby dla Rafała Lemkina nie tylko olbrzymią satysfakcję moralną i wielki prestiż międzynarodowy, ale – co w jego ówczesnych warunkach byłoby i doraźnie znacznie ważniejsze – błyskawiczny przeskok z nędzy do pewnego dobrobytu oraz do dobrych warunków pracy naukowej, których od lat już nie posiadał. Niestety jej nie doczekał.

* * *

28 sierpnia 1959 r., w upalny nowojorski dzień letni, udał się Rafał Lemkin do jednego z dużych domów wydawniczych w sprawie swoich publikacji. Tam miał prawdopodobnie atak serca i zmarł na miejscu. Data zgonu Lemkina – 28 sierpnia 1959 r. – jest powszechnie znana⁵⁷. „New York Times”, który 30 sierpnia 1959 r. zamieścił nekrolog Rafała Lemkina (wraz ze zdjęciem), poświęcił mu w wydaniu z dnia następnego specjalną głosę redakcyjną, zatytułowaną: *Raphael Lemkin Crusader (Rafał Lemkin – krzyżowiec)*. Warto przytoczyć niektóre jej fragmenty.

„Dyplomaci tego (tj. amerykańskiego) i innych narodów, którzy zwykli byli odczuwać pewne zaniepokojenie, kiedy widzieli nieco przygarbioną postać dr. Rafała Lemkina zbliżającą się do nich na korytarzach ONZ, nie muszą czuć się nadal niekomfortowo. Nie będą potrzebowali wymyślać tłumaczeń z powodu braku ratyfikacji Konwencji przeciw ludobójstwu, na rzecz której dr Lemkin pracował tak

cierpliwie i bezinteresownie przez półtorej dekady”⁵⁸.

I dalej: „Ten oddany sprawie człowiek uczył więcej niż ktokolwiek inny dla osiągnięcia formalnej akceptacji zasady, że jest rzeczą przestępczą ranić lub niszczyć grupy narodowe, etniczne, rasowe i religijne. Rafał Lemkin, niegdyś wzięty prawnik w Warszawie, ucierpiał stratę całej swej rodziny, z wyjątkiem jednego brata, z rąk nazistów. W tym kraju zrobił znakomitą karierę jako nauczyciel, wykładowca i pisarz, lecz ciężarem jego życia była kruczjata przeciw niewolnictwu, degradacji i morderstwu. Był to wielki ciężar, który w ubiegły piątek zabił go w wieku 59 lat”.

Powyższa swoista *laudatio* Lemkina zaprezentowana przez wiodący amerykański dziennik i być może najbardziej znaną gazetę w skali światowej godna jest dużego uznania. Jednak z obowiązku biografisty musimy zdobyć się na pewną korektę. Chodzi tu o zdanie mówiące o „znakomitej karierze” (*distinguished career*) Lemkina w USA, z wylczeniem trzech jego „wcielań”: nauczyciela, wykładowcy i pisarza (*teacher, lecturer and writer*). Bez zastrzeżeń można przyjąć taką jego karierę jako pisarza-naukowca, autora zyskującej sobie stopniowo rozgłos światowy *Axis Rule in Occupied Europe*, z jej podstawowym podrozdziałem 1 rozdziału IX, przedstawiającym koncepcję GENOCIDE.

Inaczej było jednak, jeśli chodzi o rzekomo również „znakomitą karierę” Rafała Lemkina w USA jako „nauczyciela i wykładowcy” (*teacher and lecturer*). Otóż owe dwa terminy – mimo swej zbliżonej treści semantycznej

uprzejma p. Anne J. Kjelling powiadomiła mnie, że w 1959 r. nie było już nowych nominacji. Zatem błędnie S. Power, „*A Problem from Hell*”, s. 77, powołując się na S. Jacobsa, *The Papers of Raphael Lemkin: A First Look*, „*Journal of Genocide Research*” 1,1 (1999): 108, wymienia również rok 1959 jako ten, w którym miała wpłynąć nominacja (nominacje) dla Lemkina.

⁵⁶ A. M. Rosenthal, *A Man Called Lemkin*, NYT z 18 października 1988 r., s. A31, twierdził: „...he was considered for the Nobel Peace Prize; Winston Churchill backed him”. Jeśli owo „backing” miało oznaczać nominację Lemkina przez Churchilla do Pokojowej Nagrody Nobla – informacja jest fałszywa, w Oslo nie ma śladu takiej nominacji. Gdyby taka ze strony Sir Winstona (laureata Nagrody Nobla z dziedziny literatury w 1953 r.) rzeczywiście istniała, mogłaby ona oczywiście decydująco zaważyć na szansach Lemkina.

⁵⁷ NYT z 30 sierpnia 1959 r. w nekrologu Lemkina wspomina, że zgon miał miejsce w biurze Public Relations wydawnictwa Milton H. Blow, 375 Park Avenue w Nowym Jorku.

⁵⁸ NYT z 30 sierpnia 1959 r.

– nie są synonimami: w zakresie dydaktyki *teacher* wiąże się szczególnie ze szkolnictwem podstawowym i średnim, podczas gdy *lecturer* – z uczelnią wyższą⁵⁹. Zatem w przypadku Lemkina nasza uwaga powinna się tu skupić na jego roli „wykładowcy”.

Właśnie działalność profesorska powinna mu być zapewnić – podobnie jak tyłu naukowcom, uciekinierom z Europy, w tym prawnikom, w większości legitymującym się, delikatnie mówiąc, osiągnięciami znacznie skromniejszymi od Lemkina, począwszy od połowy lat czterdziestych – godny i spokojny żywot materialny. Była to przesłanka konieczna dla skutecznego kontynuowania pionierskiej pracy naukowej (*primum est vivere, deinde philosophari*), która nie została spełniona. W sytuacji gdy Lemkin nigdy nie zdołał się zakotwiczyć na stałe (*tenure!*) na którymś z uniwersytetów amerykańskich; gdy – co sam opisuje w swojej autobiografii – przez dłuższe okresy chodził „bezrobotny”, głodny i bez elementarnych warunków mieszkaniowych, bez możliwości rozwinięcia planowanej dalszej pracy naukowej, gdy wielkie fundacje konsekwentnie odmawiały mu grantów – trudno mówić o jakiejś „znakomitej karierze” w tym zakresie.

* * *

Przyjacielem Lemkina do końca pozostał Maxwell Cohen, bodaj mniej znany prawnik nowojorski. Zorganizował on jego pogrzeb,

który odbył się nie bez trudności finansowych. Na pogrzebie tym była podobno zaledwie garstka osób.

Mogłoby się wydawać, że na ową garstkę składało się jedynie paru członków rodziny Lemkina przybyłej prawdopodobnie z Montrealu oraz paru przyjaciół nowojorskich ze wzmiankowanym już Maxwellem Cohenem na czele. Tymczasem w 2008 r. J. Cooper podał lekko pocieszającą wiadomość o obecności na pogrzebie dwóch dyplomatów: ambasadora Republiki Korei oraz *attaché* prasowego Ambasady Izraela⁶⁰. Jednak nieprzyjemnie rzuca się w oczy brak jakiegokolwiek wyższego rangą przedstawiciela Sekretarza Generalnego ONZ czy choćby parokrotnie w tej pracy cytowanego dyrektora Wydziału Praw Człowieka J. Humphreya lub jego zastępcy. A przecież był Lemkin w kołach oenztetowskich powszechnie znany i – rzekomo – wielce ceniony.

Rafał Lemkin został pochowany na Mt. Hebron Cemetery, w nowojorskiej dzielnicy Queens. Na jego nagrobku widnieje napis: *Dr Raphael Lemkin (1900–1959). Father of Genocide Convention* – „Dr Rafał Lemkin (1900–1959). Ojciec Konwencji o ludobójstwie”.

Epitafium prawidłowe i godne.

B. Po swojej śmierci latem 1959 r. uległ Rafał Lemkin dość dużemu zapomnieniu zarówno w Ameryce, jak i w skali światowej. Okres ten trwał parę dekad, od lat sześćdziesiątych począwszy⁶¹.

⁵⁹ Świadomie koncentrujemy się tu na terminologii angielskiej, ponieważ chodzi o tekst oryginału, w którym ukazało się pośmiertne *laudatio* Rafała Lemkina. Sięgamy więc do wiodącego wielotomowego słownika języka angielskiego (*The Oxford English Dictionary*, tu wydanie z 1928 r.). Pod *Teacher* czytamy tam w szczególności: „...; *spec.* one whose function is to give instruction, esp. in a school”. Natomiast pod *Lecturer* – „One who gives lectures or formal discourses intended for instruction esp. in a college or university”. Oczywiście „teacher” może okazjonalnie wykraczać poza dydaktykę szkolną, może być nawet użyte w sensie „nauczyciela narodu” (czy wręcz „narodów”, zwłaszcza przy zapędach jakiegoś Stalina), co jest ewidentnie wykluczone w przypadku *lecturer*.

⁶⁰ J. Cooper, *Raphael Lemkin*, s. 271. Autor nie podał ściśle źródła swojej informacji. Przypis 42 przy końcu odnośnego akapitu w rozdziale *Closing Years* wskazuje dwa miejsca u Koreya (*An Epitaph*), które jednak nie zawierają interesującej nas wiadomości. Jest tam jeszcze odniesienie do nekrologu Lemkina „from a Montreal newspaper, August 1959”, ale niepodające nazwy gazety (w wielkim Montrealu jest niejedna) ani ścisłej daty. Taki „zapis” nie może być traktowany jako w pełni wiarygodny.

⁶¹ W związku z długim okresem „zapomnienia” o Lemkinie, datującym się od jego śmierci (1959), nie powinien mylić fakt, że pierwsza publikacja książkowa, zawierająca krótki, czternastostronicowy rozdział o nim i „konwencji przeciw ludobójstwu”, ukazała się pięć lat po jego zgonie – por. H. Maza, *Neuf meneurs internationaux: de l'initiative*

Publiczne zainteresowanie Lemkinem – i dawanie wyrazu wysokiej oceny jego osiągnięć – pojawiło się dopiero pod koniec lat osiemdziesiątych i w rosnącym tempie w latach dziewięćdziesiątych oraz w pierwszej dekadzie XXI wieku. Objawiło się ono szczególnie dobitnie w postaci dedykacji jego pamięci dwóch poważnych prac z dziedziny genocydologii. Pierwsza z nich ukazała się w roku 1987⁶², druga w 1998⁶³.

Dedykacja pierwszej pracy brzmi: *To Raphael Lemkin (1901–1959), International lawyer, scholar, activist, and principal drafter of the 1948 U. N. Convention for the Prevention and Punishment of Genocide*. Dedykacja drugiej pracy: *To Raphael Lemkin (1901–1959) and for genocide's many millions of victims down through the ages*.

W lutym 1991 r. odbyło się pierwsze *Raphael Lemkin Symposium on Genocide* na Yale University. W 1992 r. wydano drukiem obszerny, dotąd nieznany i niepublikowany manuskrypt Lemkina o nazistowskim genocydzie w czasie II wojny światowej, osądzonym później w procesach norymberskich⁶⁴. W październiku 2000 r. odbyła się *The Raphael Lemkin Centenary Conference* w Londynie.

W roku 2006 szła na nowojorskim Broadwayu sztuka teatralna zatytułowana *Lemkin's House*, autorstwa Catherine Filloux⁶⁵. Sztuka

pokazana została również (tu wymienione alfabetycznie) w Brukseli, Edynburgu i Sarajewie.

W tymże 2006 r. powstała jeszcze druga amerykańska sztuka teatralna o Lemkinie, określona jako „dramat”, napisana przez emerytowanego profesora uniwersyteckiego Roberta Skloota. W 2011 r. utwór ten ukazał się w tłumaczeniu hiszpańskim w stolicy Peru – Limie. Utwór był już prezentowany poza USA. Został też przetłumaczony na język polski i prawdopodobnie zostanie zaprezentowany w formie recytacyjnej w jednym z polskich teatrów⁶⁶.

Powstały takie instytucje, jak Institute for the Study of Genocide w Nowym Jorku, Montreal Institute for Genocide and Human Rights Studies czy Danish Centre for Holocaust and Genocide Studies. Można też wymienić International Association of Genocide Studies, organizującą co dwa lata swoje konferencje – ostatnia odbyła się w 2011 r. w Buenos Aires.

Poważne i prestiżowe publiczne uczczenie pamięci Rafała Lemkina miało miejsce w siedzibie Organizacji Narodów Zjednoczonych w Nowym Jorku w czerwcu 2001 r. Przyjmując nadal sprostowaną już nieco wcześniej, nieprawdziwą datę jego urodzin (1901 zamiast poprawnej 1900), zorganizowano tam uroczystą akademię dla uczczenia setnej rocznicy

individuelle dans l'institution des organisations internationales pendant le XIX-e et le XX-e siècle, Paris 1965. Była bowiem owa publikacja tylko dość mocno opóźnionym „poślizgiem” trzech wywiadów z Lemkinem z lat pięćdziesiątych, które mogły mieć miejsce jedynie do końca jego ziemskiej wędrówki, a więc do sierpnia 1959 r. Rozdziałik ten zawiera zresztą pewne błędy (aby nie powiedzieć – zmyślenia), np. że Lemkin był „generalnym prokuratorem Warszawy” (*sic!*), którymi nie mamy miejsca tu się zajmować.

⁶² Zob. J. Walliman i M. N. Dobkowski (wyd.), *Genocide and the Modern Age. Etiology and Case Studies of Mass Death*, New York 1987. Ta sama dedykacja została umieszczona w następnej pracy wydanej przez tychże autorów.

⁶³ W. Churchill, *A Little Matter of Genocide. Holocaust and Denial in the Americas 1492 to the Present*, Winnipeg 1998.

⁶⁴ *Raphael Lemkin's Thoughts on Nazi Genocide. Not Guilty?*, edited by Steve Jacobs, New York 1992.

⁶⁵ Po przedstawieniu następowała dyskusja o Lemkinie i genocydzie (panel i sama zainteresowana publiczność). Całość bodaj dobrze podsumował recenzent Frank Episale (Offoffonline.com what's on on off-off-broadway) *Call to Action. Lemkin's House reviewed September 16, 2006*: „The most compelling aspects of this text and its performance are the pieces of information that filter through the action and encourage further research. Don't expect great theater if you go to Lemkin's House, but if you're looking to network with activist-minded peers, you might want to check it out anyway. Many of the performances are followed by talkbacks and panel discussions with anti-genocide activists and politicians, and if the audience at this performance was any indication, many of the theater's patrons will be there as much for the panel as for the play”.

⁶⁶ Informacje zawarte w dwóch e-mailach datowanych 4 lipca 2011 r. i 26 sierpnia 2015 r., adresowanych do dr Ewy Salkiewicz-Munnerlyn z Warszawy, uprzejmie mi przekazana przez adresatkę.

jego urodzin. Przemówienie okolicznościowe wygłosiła małżonka ówczesnego Sekretarza Generalnego ONZ Kofiego Annana⁶⁷. Niestety trudno było odnotować jakąś aktywniejszą rolę w tej imprezie bodajże niezorientowanych co do postaci polskiego prawnika Rafała Lemkina członków Misji RP przy ONZ, co nie przyniosło zaszczytu tej służbie.

Od początków XXI wieku pojawiła się też, ustanowiona przez nowojorski Institute for the Study of Genocide, nadawana co dwa lata nagroda imienia Rafała Lemkina (*Lemkin Award*). Pierwsze cztery nagrody otrzymali: w roku 2000 Alison Des Forges, za *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda* (New York and Paris, 1999); w roku 2003 Samantha Power („*A Problem from Hell*”); w roku 2005 Peter Balakian (*The Burning Tigris. The American Genocide and America's Response*, Harper Collins 2003); w roku 2007 Donald Bloxham (*The Great Game of Genocide: Imperialism, Nationalism, and the Destruction of the Ottoman Armenians*, Oxford 2005). Dwie najnowsze nagrody przyznano: w roku 2009 Dariusowi Rejali za *Torture and Democracy* (Princeton 2007) i w roku 2011 Emmie Gilligan za *Terror in Chechnya: Russia and the Tragedy of Civilians in War* (Princeton 2009).

Wreszcie wymienić tu trzeba pierwszą edycję Międzynarodowej Nagrody im. Rafała Lemkina, ustanowionej przez Ministra Spraw Zagranicznych RP. Została ona przyznana Kanadyjczykowi, sędziemu i pierwszemu prezesowi Międzynarodowego Trybunału Karnego w latach 2000–2009 Philippe Kirschowi. Jej wręczenie odbyło się w grudniu 2013 r. w polskim konsulacie generalnym w Nowym Jorku,

laudację wygłosił prof. Jerzy Makarczyk, były sędzia Trybunału Praw Człowieka Rady Europejskiej, następnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁶⁸.

W 2002 r. ukazało się wzmiankowane już opracowanie Williama Koreya, zatytułowane *An Epitaph for Raphael Lemkin*. Ta dosyć krótka publikacja (niespełna 140 stron), przygotowana na bazie grantu Carnegie Corporation of New York⁶⁹, miała ograniczony zakres koncentracji czasowej i tematycznej. Jak przyznał sam autor (s. IX), jego „studium nie było nigdy zamierzone jako pełna (*full-scale*) biografia Lemkina; ma ona być raczej pogłębionym wprowadzeniem do jego fascynującej roli w rozwoju wielkiego (*major*) instrumentu prawa międzynarodowego: Konwencji o Genocydzie”. Opracowanie Koreya nie wniosło wiele nowego odnośnie do Rafała Lemkina. Jeśli zaś chodzi o interesujące nas tu szczególnie jego lata polskie, potraktowane zostały one przez Koreya bardzo krótko na zaledwie ośmiu stronach i zawierają pewne błędy⁷⁰.

Pierwszą „pełną” biografią Rafała Lemkina okazała się dopiero praca Brytyjczyka Johna Coopera z 2008 r. (*Raphael Lemkin*). Nieproporcjonalnie krótka – a więc ogólnikowa – jest jej część poświęcona życiu i działalności Lemkina w okresie niemal czterdziestu lat w Polsce i, szerzej, w Europie (ta ostatnia ważna w związku z jego szeroko rozwiniętym twórczym udziałem w międzynarodowej współpracy prawniczej w latach trzydziestych). Owe lata polskie wykazują znajomość większego materiału niż ten, którym dysponował Korey. Omawiając tamten okres, niepodparty, jak się wydaje,

⁶⁷ Por. „UN Press Release”, SC/SM/7842.

⁶⁸ Por. nieco bliżej w tej sprawie krótką notatkę w „Palestrze” (2014, nr 7–8), sygnowaną Władysław Lutwak (pseudonim).

⁶⁹ Mimo woli nasuwa się tu przykra refleksja: w latach pięćdziesiątych Lemkin prosił – bez powodzenia – o grant badawczy między innymi Carnegie Foundation. Zaś kilkadziesiąt lat później Carnegie Corporation udzieliła grant na przygotowanie publikacji o samym Lemkinie.

⁷⁰ Z braku miejsca nie możemy ich tu prostować. Referat Koreya na lemkinowskiej konferencji warszawskiej z 2008 r. [por. *Lemkin's Passion: Origin and Fulfillment*, (w:) *Rafał Lemkin. A Hero of Humankind*, wyd. PISM, Warszawa 2010, s. 75–98] nie wniósł nic nowego, natomiast powtórzył niektóre stare błędy. Nie ujawnił się jakkolwiek postęp w badaniach Koreya nad Lemkinem w okresie sześciu lat, które upłynęły od ukazania się jego publikacji z 2002 r. Zresztą zmarł on w 2009 r.

żadnymi badaniami *in loco*⁷¹, popełnił jednak Cooper pewne poważne błędy⁷². Nie widać też śladu tego, aby Cooper (we wcześniejszym życiu zawodowym angielski *lawyer*) sięgnął do jakichkolwiek oryginalnych materiałów sprawozdawczych z licznych międzynarodowych konferencji i kongresów prawniczych okresu międzywojennego, zawierających teksty referatów naukowych Lemkina, i wzbogacił nimi swoją pracę.

W 2009 r. ukazała się ważna praca Dominika Schallera – *The Origins of Genocide: Raphael Lemkin as a Historian of Mass Violence*. Przybliżyła ona nowe rozległe pole badawcze naszego bohatera.

* * *

Wielki *comeback* Lemkina zarysował się również od momentu, gdy zaczęło powstawać międzynarodowe sądownictwo karne. Trzeba to zjawisko widzieć na tle rozpadu systemu państw komunistycznych, ze Związkiem Sowieckim na czele. Dopóki istniał ZSRS – międzynarodowe sądownictwo karne, zwłaszcza uniwersalne, nie miało szans powstać. Tymczasem w latach dziewięćdziesiątych miały miejsce olbrzymiej skali tragiczne wydarzenia w dwóch krajach:

rozpadającej się Jugosławii oraz w afrykańskiej Rwandzie. Przypomnijmy, że wówczas dopiero udało się stworzyć dwa pierwsze pionierskie międzynarodowe trybunały karne *ad hoc*, oba powołane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ⁷³. Tu wyłonił się zatem początek międzynarodowego sądownictwa karnego.

Te dwa trybunały orzekają w zakresie zbrodni genocydu (wymienionej w powołujących je rezolucjach Rady Bezpieczeństwa ONZ na pierwszym miejscu) oraz zbrodni przeciw ludzkości i zbrodni wojennych. W zakresie orzeczonego genocydu wymienimy tylko dobrze już dziś znane dwa pierwsze „wiodące” wyroki (*leading cases*): (1) wydany przez Międzynarodowy Trybunał dla Rwandy wyrok w sprawie byłego premiera Kambandy (kara więzienia dożywotniego)⁷⁴ i (2) wydany przez Międzynarodowy Trybunał dla byłej Jugosławii wyrok w sprawie płk. Krstića (kara 40 lat więzienia w pierwszej instancji, obniżona w drugiej instancji do 35 lat)⁷⁵.

Szczególnego przypomnienia wymaga jednak stworzony Statutem Rzymskim z 1998 r. (który wszedł w życie w 2002 r.) Międzynarodowy Trybunał Karny w Hadze, pomyślany jako funkcjonująca w systemie

⁷¹ Co miało miejsce w odniesieniu do badań ery amerykańskiej Lemkina i ujawniło nieznane dotąd materiały.

⁷² Tu z braku miejsca możemy tylko zasygnalizować dwa nonsensowne fragmenty w pracy Coopera: (1) (Cooper, s. 4, powtórzone w *Conclusion* s. 272): „I suggest that Lemkin’s 1933 proposals for punishing the instigators of ethnic violence and the destroyers of the cultural monuments of minority groups had a limited significance. They were meant to rectify conditions in pre-War Poland, to replace the defective Minorities Treaty with an international law enforceable by the League of Nations”. Tak więc według Coopera Lemkin w swoim pionierskim referacie madryckim, przedstawiając koncepcję zbrodni barbarzyństwa i wandalizmu, nie miał na myśli tragicznej sytuacji Żydów w nazi-stowskich Niemczech, o której cały świat mówił, lecz „chciał poprawić stosunki w przedwojennej Polsce” w związku z „ułomnym” Traktatem Mniejszościowym z 1919 r. – istna aberracja i (2) Cooper wzmiankuje o „prześladowaniu” (*persecution*) żydowskich adwokatów w Polsce w latach trzydziestych i w związku z tym wyraża nawet zdziwienie, jak mimo tego „Lemkin rozwinął kwitnącą praktykę”.

⁷³ Chodzi o: (a) powołany rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 827 z 1993 r. Międzynarodowy Trybunał dla ścigania osób odpowiedzialnych za poważne pogwałcenie Międzynarodowego Prawa Humanitarnego w byłej Jugosławii od 1991 r.; i (b) powołany rezolucją tejże Rady nr 995 z 1994 r. Międzynarodowy Trybunał dla ścigania osób odpowiedzialnych za genocydu i inne poważne pogwałcenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego popełnione na terytorium Rwandy oraz obywateli Rwandy odpowiedzialnych za genocydu i inne takie pogwałcenia na terenie państw sąsiadujących w okresie pomiędzy 1 stycznia 1994 r. i 31 grudnia 1994 r.

⁷⁴ *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case No. ICTR-97-23-S. Tekst tego wyroku w: *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 2: *The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994–1999*, Antwerp–Oxford 2001.

⁷⁵ *Prosecutor v. Radislav Krstic*, Case No. IT-98-33-I. Tekst tego wyroku w: *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 7: *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 2001*, Antwerp–Oxford 2004.

ONZ instytucja stała. W ten sposób – po pół wieku – zrealizowany został ostatecznie zapis art. VI „konwencji Lemkina” o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r.⁷⁶ Ożywiło to również pamięć o samym Rafale Lemkinie, choć niestety nie zawsze przedstawianym prawidłowo⁷⁷.

Inna, choć mniej spektakularna „aktywizacja” konwencji o genocydzie – dotycząca nie obowiązku karania, lecz wymogu zapobiegania (prewencji) zbrodni ludobójstwa – miała miejsce w 2007 r. Nastąpiło to w wyniku wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w Hadze w sprawie dotyczącej zastosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa, wytoczonej przez Bośnię i Hercegowinę Serbii i Montenegro, zakończonej wyrokiem Trybunału z 26 lutego 2007 r.⁷⁸

Stwierdzając normatywny i wiążący charakter obowiązku zapobiegania genocydowi, Trybunał zauważył, że nie może on być traktowany jako prosty komponent obowiązku karania. Jednocześnie przypomniał, że konwencja o genocydzie nie jest jedynym dokumentem międzynarodowym zawierającym obowiązek prewencji⁷⁹. Trybunał wyjaśnił, że obowiązek zapobieżenia popełnieniu zbrodni genocydu nałożony jest przez konwencję o genocydzie na każde państwo-stronę, które w danej sytuacji posiada siłę przyczynienia się w jakimś

stopniu do powstrzymania popełnienia takiej zbrodni.

Podsumowując.

Rafał Lemkin powinien być – i jest – wysoko ceniony na skalę światową za, *po pierwsze*, stworzenie pionierskiej kategorii pojęciowej oraz samego terminu GENOCIDE. Zostały one ostatecznie przedstawione w 1944 r., gdy były szczególnie potrzebne ludzkości, w momencie kiedy zaczęły ujawniać w całej pełni ogrom i charakter wielomilionowych superzbrodni niemiecko-nazistowskich w okresie II wojny światowej oraz sprawa wprost imperatywnej konieczności surowego ukarania jej sprawców.

Szybko jednak nastąpiło zrozumienie „uniwersalnego” – geograficznie i historycznie – zastosowania owego pojęcia i terminu, przede wszystkim do innych tego typu superzbrodni dokonanych w XX wieku. Szczególnie chodziło wówczas o tak aktualny problem gigantycznych genocydów sowieckich oraz o – historyczny już wtedy – turecki genocyd na Ormianach z okresu I wojny światowej. W zakresie genocydów komunistycznych dokonał tego zresztą po 1948 r. sam Lemkin. Stało się to od momentu, gdy „mógł on sobie na to pozwolić” – po jednomyślnym (łącznie z ZSRS i jego „satelitami”) uchwaleniu przy końcu 1948 r. konwencji o genocydzie oraz wyraźnie eskalującej „zimnej wojnie”. Wówczas, gdy

⁷⁶ Przypominam zapis owego artykułu: „Osoby oskarżone o ludobójstwo lub o inne czyny wymienione w artykule III będą sądzone przez właściwy trybunał państwa, na którego obszarze czyn został dokonany, lub przez międzynarodowy trybunał karny, którego kompetencja będzie obejmowała te umawiające się Strony, które kompetencję tę przyjmą”.

⁷⁷ Tu w szczególności G. Verdirame, autor artykułu *The Genocide Definition in the Jurisprudence of the AD HOC Tribunals*, który ukazał się w brytyjskim „International and Comparative Law Quarterly”, July 2000 (s. 581, przypis 13). Obniżył on swoją kompetencję, gdy napisał: „This formulation was very close to the one theorised by the French jurist Lemkin in the 1930s and 1940s (*Axis Rule in Occupied Europe* (1944))” (podkr. R. S.).

⁷⁸ Angielski tytuł owej sprawy: *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Powyższy wyrok MTS dość szeroko omówił W. A. Schabas, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, wyd. II, Cambridge 2009, s. 520–525.

⁷⁹ Tutaj sam MTS w swym wyroku wymienia (§ 429) przykłady czterech takich wcześniejszych dokumentów: (1) *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* z 1987 r., art. 2; (2) *Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents* z 1977 r., art. 4; *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, art. 11; (4) *International Convention on the Suppression of Terrorist Bombings*, art. 15. Konwencje te cytowane są przez W. A. Schabasa, *Genocide in International Law*, s. 521, przypis 4.

wreszcie można było otwarcie mówić i pisać o wydarzeniach, które dotąd stanowiły na Zachodzie polityczne „tabu”.

Po drugiej, Lemkin, człowiek raczej słabego zdrowia, a angażujący olbrzymi wysiłek, doprowadził do uchwalenia przez Organizację Narodów Zjednoczonych konwencji o genocydzie z 9 grudnia 1948 r. Konwencji, którą już w momencie jej uchwalenia jeden z najwybitniejszych dyplomatów i prawników epoki po II wojnie światowej określił jako KONWENCJĘ LEMKINA⁸⁰. Popularna skrótowa nazwa – naszym zdaniem – zasługująca na najszersze upowszechnienie i utrwalenie.

Kiedy, dzięki niestrudzonym dalszym wysiłkom Lemkina, uzyskawszy dość szybko wymaganą liczbę dwudziestu ratyfikacji, konwencja o genocydzie weszła w życie w początkach 1951 r., nastąpił piękny moment, gdy zarówno pojęcie, jak i sam termin GENOCIDE zostały inkorporowane w pozytywne prawo międzynarodowe jako jeden z najbardziej fundamentalnych obowiązujących traktatów.

Ale olbrzymiego praktycznego znaczenia konwencja o genocydzie nabrała dopiero na przełomie XX i XXI wieku. Chodzi o wspomniane już wyżej, pionierskie traktatowe utworzenie międzynarodowego sądownictwa karnego – najpierw dwóch trybunałów karnych *ad hoc*, następnie stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego. Kognicja ich wszystkich obejmuje – i to plasując ją na pierwszym miejscu – zbrodnię genocydnu.

Światowa pozycja Lemkina jako prawnika ugruntowana została definitywnie jego osiągnięciami z lat 1944–1948/51, przypomnianymi

wyżej. Jednak niezależnie od nich trzeba też wspomnieć – jako *po trzecie* – jego późniejsze (lata pięćdziesiąte), ujawnione przez niego nowe wielkie pole badawcze. Chodziło o rozległe pionierskie plany naukowe, zmierzające do analizy genocydu jako zjawiska socjologicznego, ekonomicznego, antropologicznego i historycznego. Tutaj Lemkin musiał rozszerzać swoje zainteresowania prawnicze na sferę socjologii, historii *etc.*

Owe planowane na wielką skalę pionierskie badania rozbiły się w decydującym stopniu o systematyczne odmawianie Lemkinowi grantów przez wielkie amerykańskie fundacje naukowe, do których się w tej sprawie zwracał. Pozostała jednak pewna ilość odnośnych, niejako „wstępnych” lemkinowskich materiałów badawczych w amerykańskich zasobach archiwalnych. Niestety jego odkrywczą rolę w tej dziedzinie nie została jakoś przez dziesiątki lat „zauważona”. Dopiero niemal w pół wieku po jego śmierci sprawę tę naprawiło dwóch autorów anglosaskich⁸¹. *Suum cuique* zwyciężyło.

Osiągnięcia Rafała Lemkina i ich – po dłuższej przerwie po jego śmierci – rosnący światowy impakt: stworzenie konstrukcji zbrodni obecnie uznanej za *crime of crimes*, jej inkorporowanie do prawa międzynarodowego i na szeroką skalę do narodowych kodeksów karnych, naszym zdaniem kwalifikują Rafała Lemkina jako jednego z najwybitniejszych prawników międzynarodowych XX wieku. Jednocześnie Rafał Lemkin wylania się jako najbardziej rozpoznawalny, „najpopularniejszy” prawnik międzynarodowy minionego i początków obecnego stulecia w skali światowej.

⁸⁰ Chodzi o Sir Zafrullah Khana, ówczesnego ministra spraw zagranicznych Pakistanu, o którym była już mowa w części II tej pracy, s. 249.

⁸¹ Por. przypisy 48 i 49 w tej części naszej pracy.

OD REDAKCJI

W I części artykułu prof. Szawłowskiego („Palestra” 2014, nr 9, s. 298) umieszczony został błędnie, wielkimi literami nad „podrozdziałem” traktującym o działalności zagranicznej Lemkina w latach trzydziestych, tytuł „Rafał Lemkin polski państwowiec”. Tymczasem owe cztery słowa powinny figurować zwykłym drukiem przy samym końcu poprzedniej s. 297, w zakończeniu cytatu z publikacji Lemkina z 1938 roku o prawie karnym skarbowym, w którym nawoływał on do wytrwałości w pracy nad podniesieniem w społeczeństwie moralności podatkowej.

Sympozja, konferencje

Konferencja naukowa „Postępowanie wieczystoksięgowe a obrót nieruchomościami”, Katowice, 24 kwietnia 2015 r.

W dniu 24 kwietnia 2015 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach odbyła się konferencja naukowa „Postępowanie wieczystoksięgowe a obrót nieruchomościami”.

Konferencja miała charakter otwarty i pomimo że uczestnictwo w niej było płatne, cieszyła się sporym zainteresowaniem. Organizatorami konferencji byli Katedra Postępowania Cywilnego Uniwersytetu Śląskiego, Izba Notarialna w Katowicach oraz Sąd Apelacyjny w Katowicach.

Otwarcia konferencji podzielonej na trzy panele dokonał prof. UŚ dr hab. Andrzej Torbus, zaznaczając, że wolą organizatorów jest współpraca między teorią a praktyką prawa. Patronem konferencji była Prezes Sądu Apelacyjnego w Katowicach Barbara Suchowska. Prelegentami byli sędziowie, notariusze, radcowie prawni oraz pracownicy naukowci.

Pierwszy przemawiał dr Grzegorz Matusik, który rozpoczął swoje wystąpienie od żartobliwego stwierdzenia, że „nie ma miłości bez nieruchomości”. Następnie SSO Gabriela Ott, będąca członkiem Krajowej Rady Sądownictwa, wygłosiła referat nt. *Kognicja sądu w sprawach o wpis w księdze wieczystej ze szczególnym uwzględnieniem istnienia podstawy wpisu (dokumentu) w chwili składania wniosku, zmiany żądania zawartego we wniosku oraz złożenia nowych dokumentów w toku postępowania*

wieczystoksięgowego, poruszający problemy interpretacyjne przepisów dotyczących postępowania wieczystoksięgowego oraz kolejności rozpoznawania wniosków. Zwróciła uwagę na fakt, że Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, iż obowiązuje kolejność rozpatrywania spraw.

Kolejny referat wygłosił SSO Jacek Sobczyński, który poruszył kwestię: co jest brakiem formalnym wniosku, a co przeszkodą do wpisu. Skupił się na ustaleniu konsekwencji zaistnienia przeszkody do wpisu i braku formalnego, ponieważ orzecznictwo Sądu Najwyższego w tym zakresie nie cechuje się pełną spójnością. Stąd też prelegent doszedł do wniosku, że nie można dokonywać gradacji na dokumenty niedołączone i dokumenty dołączone w niewłaściwej formie.

Referaty wzbogacone zostały luźnymi dyskusjami z publicznością, jak i w gronie sędziów.

Po krótkiej przerwie rozpoczął się drugi panel konferencji.

Europejskie poświadczenie spadkowe jako podstawa wpisu do księgi wieczystej to tematyka, którą zajął się prof. dr hab. Jacek Górecki. Omówił rozporządzenie spadkowe, które w pełni obowiązywać będzie od 17 sierpnia 2015 r. i będzie dotyczyć spraw spadkowych osób, które zmarły po ww. dacie. Rozporządzenie, o którym mowa, jak i europejskie poświadczenie spadkowe nie będą obowiązywały na tere-

nie Danii, Wielkiej Brytanii i Irlandii. Głównym celem jest unikanie powielania dokumentów dowodów stwierdzających prawo do spadku. Europejskie poświadczenie spadkowe pozwoli wykazać prawo do spadku za pomocą jednego dokumentu w wielu państwach, w których obowiązuje, tylko w sprawach bezspornych. Nie ma natomiast zastępować dokumentów wewnętrznych. Korzystanie z tego dokumentu nie jest obowiązkowe. Jurysdykcja pojawia się w państwie zwykłego pobytu spadkodawcy. Co ważne, odpis europejskiego poświadczenia spadkowego ważny jest tylko przez sześć miesięcy. Lista państw, na terenie których obowiązuje, zostanie ogłoszona przez Komisję Europejską.

Dr Grzegorz Matusik wygłosił referat nt. *Rozporządzenia nieruchomością w toku postępowania wieczystoksięgowego*. SSR dr Agnieszka Maziarz wygłosiła natomiast prelekcję dotyczącą *Elektronicznego postępowania wieczystoksięgowego*. Jest to postępowanie skierowane przede wszystkim do komorników i notariuszy. Ma na celu przyspieszenie pojawienia się wzmianki w księdze wieczystej. W chwili

obecnej wzmiankę zamieszcza wydział ksiąg wieczystych, natomiast nadrzędnym celem jest przeniesienie tego obowiązku na wnioskodawcę.

Był to ostatni referat zamykający drugi panel.

Ostatnią część konferencji otwierał radca prawny Wojciech Dynaś referatem *Rękopis wiary publicznej ksiąg wieczystych a roszczenie z tytułu skargi pauliańskiej*.

SSR dr Łukasz Zamojski wygłosił referat *Poświadczona za zgodność z oryginałem przez profesjonalnego pełnomocnika kopia dokumentu jako podstawa wpisu w księdze wieczystej*. Problematyczny pozostaje styk postępowania wieczystoksięgowego, postępowania rejestrowego i regulacji umożliwiającej szersze uwierzytelnianie dokumentów przez występujących w sprawie pełnomocników. Orzecznictwo Sądu Najwyższego jest w tej materii bardzo ubogie.

Ostatnim prelegentem był notariusz Jan Bańdo z referatem *Formułowanie wniosków o dokonanie wpisu w księdze wieczystej w praktyce notarialnej*. Oby takich konferencji było jak najwięcej.

Anna Zgraja-Budzińska

Ogólnopolska konferencja naukowa „Współczesne problemy prawa pracy, pewność zatrudnienia a obawy”, Kraków, 29 kwietnia 2015 r.

29 kwietnia 2015 r. na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie odbyła się III Ogólnopolska Konferencja Naukowa z cyklu „Współczesne Problemy Prawa Pracy”, zorganizowana przez Koło Naukowe Prawa Pracy przy Towarzystwie Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, pod patronatem honorowym Ministra Pracy i Polityki Społecznej, Okręgowego Inspektoratu Pracy w Krakowie, Rektora Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Dziekana Wydziału Prawa i Administracji krakowskiej uczelni.

Temat tegorocznej edycji konferencji koncentrował się na zagadnieniu pewności zatrud-

nienia oraz obawach związanych z zatrudnieniem.

Do Krakowa zawitali przedstawiciele nauki oraz praktyki (m.in. okręgowy inspektorat w Krakowie, członkowie Adwokatury krakowskiej i katowickiej) wywodzący się z polskich ośrodków nauki prawa oraz ekonomii i zarządzania (Uniwersytety: Adama Mickiewicza w Poznaniu, Warszawski, Łódzki, Gdański).

Atmosferę dawnych obrad naukowych w tym wspaniałym mieście zobrazowało także miejsce obrad konferencyjnych, tj. sala B Collegium Maius – piętnastowiecznego budynku należącego do najstarszej polskiej uczelni wyż-

szej. Obradowano zatem w otoczeniu oryginalnych mebli oraz dzieł sztuki.

Punktualnie o godzinie 9.00 konferencję otworzyli dr hab. prof. UJ Leszek Mitrus – adiunkt w Katedrze Prawa Pracy i Polityki Społecznej krakowskiej Alma Mater oraz przedstawiciel gospodarzy wydarzenia – prezes Koła Naukowego Prawa Pracy TBSP UJ Piotr Potocki. Powitali oni uczestników, przedstawiając przebieg obrad oraz historię dotychczasowych spotkań konferencyjnych z cyklu „Współczesne Problemy Prawa Pracy”. Podkreślono także, że w centrum zainteresowania rozważań referentów będzie sytuacja młodych ludzi na rynku pracy.

Zanim wygłoszone zostały referaty prelegentów wybranych spośród wielu nadesłanych zgłoszeń, oddano głos profesorowi doktorowi habilitowanemu Arkadiuszowi Sobczykowi z Katedry Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Uniwersytetu Jagiellońskiego, który przedstawił krótki wykład na temat charakteru prawa do pracy. Wykład profesora stanowił wyzwanie dla większości słuchaczy, nieprzyzwyczajonych do odmiennych od większości doktryny poglądów pana profesora. Uwagi, choć wprawiły w konsternację, rzuciły nowe światło na rozumienie prawa do pracy. Profesor jest zwolennikiem poglądu, że prawo do pracy jest normą prawa publicznego i jedną z wolności konstytucyjnych, nie można się zatem doszukiwać w nim roszczenia procesowego znanego prawu cywilnemu. Przedstawił także tezę o uwspólnieniu pracy oraz zaprezentował szeroką argumentację podkreślającą administracyjny charakter stosunku pracy, choćby poprzez wskazanie, że środek odwoławczy dla decyzji pracodawcy¹ o rozwiązaniu umowy o pracę nosi miano odwołania znanego prawu administracyjnemu.

¹ Decyzja pracodawcy mająca charakter administracyjnego uznania, choć niepozbawionego baczenia na aksjologię konstytucyjnych wolności.

² Nowelizację wprowadzała ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r. poz. 1198).

³ W nawiązaniu do referatu pierwszej pary prelegentów rozpatrywano, który system jest lepszy – czy system ilościowy, czy jakościowy. Rozważano także, czy przyjęty w Niemczech system ilościowo-jakościowy, o którego wcielenie postuluje Fundacja Rektorów Polskich, nie byłby najlepszy w warunkach polskich.

Wygłoszona prelekcja stanowiła przedsmak rozważań profesora przedstawionych w jego najnowszej publikacji, z którą na pewno warto się zapoznać.

Konferencja podzielona została na cztery panele.

Pierwszy panel, pt. *Zmiany w systemie edukacji, a szanse absolwentów na rynku pracy?*, moderowany przez prof. Leszka Mitrusa, obejmował prezentację dwóch wystąpień: przedstawicieli Uniwersytetu w Gdańsku oraz przedstawicieli Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Pierwsza para (Simon Gemen, Niemiec studiujący na kierunku International Business na Uniwersytecie Gdańskim oraz studentka prawa Małgorzata Masnyk) porównała efektywność systemów prawnych uczelni wyższych na przykładzie Uniwersytetu Gdańskiego oraz Uniwersytetu Humboldta w Berlinie pod kątem sytuacji na rynku pracy absolwentów tychże ośrodków naukowych oraz wpływu władz państwa czy landu na szkolnictwo wyższe w kontekście autonomii szkół wyższych oraz autonomii studenta. Następnie Magdalena Zarzycka (UJ) w przemówieniu pod kontrowersyjnym tytułem *Alea iacta est* (kości zostały rzucone) zaprezentowała swoje poglądy na temat nowelizacji Prawa o szkolnictwie wyższym z roku 2004², wprowadzającej podział studiów na teoretyczne oraz studia o profilu praktycznym.

Podczas pierwszej dyskusji panelowej położono akcent na problemy natury praktycznej, tj. liczby godzin praktyk, realizacji studiów praktycznych przez studentów uczących się w trybie niestacjonarnym oraz problem finansowania uczelni³.

Drugi panel dyskusyjny, moderowany przez dr Justynę Czerniak-Swędzioł, dotyczył szans i zagrożeń przedstawionych na podsta-

wie terminowych umów o pracę. Ów panel oscylował wokół problemów praktycznych, opartych jednak na kontrowersjach wokół rozwiązań zaproponowanych przez ustawodawcę polskiego oraz europejskiego.

Pani inspektor pracy Magdalena Gawel z OIP w Krakowie wskazała najczęściej występujące problemy w związku z terminowymi umowami o pracę, z którymi zgłaszają się obywatele oraz którymi zajmuje się Okręgowy Inspektorat w Krakowie. Przedłożyła także propozycje w postaci uwag *de lege ferenda* dotyczących maksymalnego terminu, na który można zawrzeć umowę na czas określony (36 miesięcy⁴). Następnie głos zabrała przedstawicielka Wydziału Prawa i Administracji stołecznego Uniwersytetu – Karolina Mendecka (UW), która zademonstrowała implementację porozumienia ramowego⁵ w Polsce i w Holandii, wysuwając na pierwszy plan pojęcie *flexicurity*, czyli osiągnięcie balansu pomiędzy elastycznością zatrudnienia i bezpieczeństwa socjalnego. Zarekomendowała ona rozwiązanie holenderskiego systemu prawnego, który zawiera unormowanie umowy o pracę na czas określony zawierającej obietnicę pracodawcy przekształcenia umowy terminowej na umowę na czas nieokreślony pod obstrzeżeniem wystąpienia pracownika z roszczeniem. Weronika Frankowska (UJ) zaś w kontekście środków zapobiegających nadużywaniu umów terminowych postulowała czerpanie z dorobku prawa francuskiego, tj. stworzenie katalogu zamkniętego rodzajów prac właściwych dla terminowych umów o pracę, prezentując także postanowienia projektu nowelizacji Kodeksu pracy z 19 marca 2015 r.⁶ Kolejna prelegentka, Zuzanna Jęcek (UJ), w referacie dotyczącym zmiany w długości wypowiedzenia w umowie

o pracę na czas określony dokonała analizy orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (*Nierodzik przeciwko Polsce*⁷) oraz poddała pod rozagę konieczność wprowadzenia zmian ustawodawcy w omawianym zakresie, sądy nie będą bowiem w stanie orzekać bez uszczerbku albo dla prawa polskiego, albo unijnych regulacji.

Ciekawą opinię przedłożył Kamil Wiorek z UJ, który na podstawie własnej analizy aktów prawa pracy wysnuł wniosek, że uzasadnienie wypowiedzenia umowy terminowej jak najbardziej istnieje (choćby w przypadku tzw. ustawy o zwolnieniach grupowych) i dlatego też *de lege ferenda* dla wzmocnienia ochrony pracownika powinno się uznać, że uzasadnienie jest elementem obligatoryjnym w każdym przypadku wypowiedzenia terminowej umowy o pracę.

Oryginalne podejście do tematyki niezwykle kontrowersyjnej, jaką jest molestowanie seksualne, przedstawił Mateusz Gajda, reprezentujący Uniwersytet Łódzki, postawił on hipotezę o nadużywaniu cywilnoprawnych oraz terminowych form zatrudnienia w celu molestowania seksualnego. Podkreślił także, że teoria i praktyka są rozbieżne w kwestii ochrony pracowników – ofiar i obserwatorów molestowania.

W toku ożywionej dyskusji panelowej przedstawiono obawę, że regulacja katalogu rodzajów prac, w których można by wykorzystać umowy terminowe, prowadzić może do zbytnej kazuistyki, oraz zademonstrowano problemy definicyjne molestowania⁸. Przewidywano także metody walki z patologiami rynku pracy na przykładzie środków prawnych przysługujących inspekcji pracy.

Trzeci panel, prowadzony pod nadzorem

⁴ Odmienne od projektowanej zmiany ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, która zawiera unormowanie określające maksymalny okres trwania umowy na czas określony na 33 miesiące.

⁵ Dyrektywa Rady 99/70/WE z 28 czerwca 1999 r. dotycząca porozumienia ramowego w sprawie umów na czas określony zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC).

⁶ Druk sejmowy nr 3321.

⁷ C-38/13.

⁸ Odwołując się także do rozwiązań z australijskiego systemu prawnego.

adwokat Marty Wołoszyn-Juszczak, miał za zadanie przedstawić skuteczny sposób wejścia na rynek pracy.

Rozważania rozpoczął Jarosław Witkowski (UJ), który zaprezentował praktyczny problem z zatrudnianiem bezrobotnych po odbyciu stażu u przedsiębiorcy. Następnie Katarzyna Zwolińska (UJ) przybliżyła pojęcie pewności zatrudnienia w odniesieniu do odpowiednich etapów rozwoju stosunku pracy (odmiennie dla nawiązania, trwania, rozwiązania umowy o pracę). Porównania umów o praktykę absolwentką z umowami o pracę na okres próbny dokonała Irmina Miernicka (UŁ), a wskazania „nowych form współpracy”⁹ podjęła się Paulina Pawlak (UAM). Maria Olejniczak z Wydziału Zarządzania UŁ przedstawiła zaś wyzwania ekonomiczne i prawne elastycznych form zatrudnienia.

Ostatni panel, moderowany przez Jarosława Witkowskiego (UJ), dotyczył spojrzenia na interesy różnych grup pracowniczych w przedsiębiorstwie.

Aleksandra Pietras (UŁ) przedstawiła sytuację młodego człowieka na rynku pracy, proponując rozwiązanie problemu poprzez wykorzystanie tzw. umowy 45%, *job-sharing* i *work-sharing* jako pośrednich pomiędzy cywilnoprawnymi i wywodzącym się z prawa pracy form zatrudnienia, które stanowią szansę dla młodych ludzi. Następnie Piotr Potocki (UJ)

przeanalizował, w jaki sposób partycypacja pracowników w akcjonariacie przedsiębiorstwa wpływa na zlikwidowanie konfliktów w miejscu pracy, poddając krytyce obecne rozwiązania ustawowe. Karolina Wiktorowska (UJ) poszukiwała zaś źródła sporów między pracownikami w konfliktach wartości oraz różnicy pokoleniowej, wskazując przy tym negatywne konsekwencje konfliktów dla pracowników, mające swoje odzwierciedlenie w problemach natury psychologicznej, ale przede wszystkim konsekwencje wynikające z prawa pracy (kary porządkowe, nieprzyznanie premii uznaniowej, rozmowa dyscyplinująca).

Konferencja stanowiła wyjątkową okazję do wymiany poglądów pomiędzy środowiskami teoretycznymi i praktycznymi. W trakcie konferencji dostrzeżono ważne społeczno-ekonomiczno-prawne zagadnienia, takie jak np. walka z bezrobociem absolwentów czy nabywanie umiejętności praktycznych w trakcie studiów na przykładzie studentów i absolwentów prawa (w domyśle: aplikantów). Zainteresowanie zebranego w sali audytorium oraz burzliwy przebieg każdej z dyskusji panelowych dowodzą, że konferencja stanowiła ważny punkt odniesienia nie tylko dla teoretyków, podała cenne wskazówki praktykom zajmującym się prawem pracy, ale i wskazała odpowiednie zachowania dla przyszłych i obecnych pracowników.

Dobrosława Tomzik

⁹ Takich jak bony: stażowy, szkoleniowy, na zatrudnienie i na zasiedlenie.

Konferencja naukowa pt. „Zawody prawnicze wobec reformy procedury karnej”, Warszawa, 27 maja 2015 r.

W środę 27 maja 2015 r. w Sali Lustrzanej Pałacu Staszica, gmachu Polskiej Akademii Nauk, odbyła się konferencja naukowa przedstawicieli zawodów prawniczych. Jej tematem była głośna i wielokrotnie już komentowana tzw. wielka nowelizacja Kodeksu postępowania

karnego, która już wkrótce – bo od 1 lipca – będzie spędzała sen z powiek praktykom wymiaru sprawiedliwości. W przededniu zakończenia *vacatio legis* nowelizacji Towarzystwo Inicjatyw Prawnych i Kryminalistycznych Paragraf 22, we współpracy z Samorzą-

dem Doktorantów Instytutu Nauk Prawnych PAN oraz Kołem Naukowym Nauk Sądowych Aplikantów KSSiP, zaprosiło do dyskusji nad kontradiktoryjnością procesu karnego przedstawicieli sądownictwa, prokuratury, adwokatury oraz radców prawnych.

Po przywitaniu uczestników konferencji przez apl. prok. Jędrzeja Kupczyńskiego oraz apl. adw. Piotra Modzelewskiego apl. prok. Jakub Kłosiński przedstawił krótką prezentację Organizatora.

Towarzystwo Inicjatyw Prawnych i Kryminalistycznych Paragraf 22 to stowarzyszenie powstałe na przełomie 2014/2015 roku. Jego członkowie – w przeważającej mierze absolwenci studiów prawnych – stawiają sobie za cel popularyzację wiedzy o prawie i naukach pokrewnych, zarówno wśród osób związanych z zawodami prawniczymi, jak i tylko zainteresowanych tą problematyką.

Merytoryczną część konferencji rozpoczęło wystąpienie apl. adw. Piotra Modzelewskiego, w którym omówił on najważniejsze zmiany legislacyjne, mające zmierzać do zmiany charakteru procesu karnego. Otworzył tym samym panel I konferencji – *Zwiększona kontradiktoryjność* – i oddał głos przedstawicielowi adwokatury adw. Krzysztofowi Stępińskiemu (Izba Adwokacka w Warszawie) oraz prokuratorowi Prokuratury Okręgowej w Warszawie, Jakubowi Romelczykowi.

Adwokat Krzysztof Stępiński wskazywał problemy organizacyjne, jakie wiążą się z wprowadzonymi, obszernymi zmianami. Jego zdaniem nie tylko prokuratura, o czym wielokrotnie mówiono w toku dyskusji nad zakresem nowelizacji, ale także adwokatura nie jest zdolna do udźwignięcia tak znacznej odpowiedzialności za proces karny. Wskazywał dalej, że problemy organizacyjne, ale także ewentualny brak merytorycznego przygotowania do poszczególnych rozpraw, mogą zagrażać dobru wymiaru sprawiedliwości. Swoje uwagi adw. K. Stępiński skonkludował twierdzeniem, że łatwo jest zmienić prawo, ale dużo trudniej zmienić nastawienie uczestników procesu.

W podobnym tonie wypowiadał się prok.

Jakub Romelczyk. Wskazywał on, że w systemie pracy przyjętym w obowiązującej ustawie o prokuraturze nie jest możliwe, aby prokurator prawidłowo poprowadził lub nadzorował śledztwo, a następnie uczestniczył osobiście w rozprawie wszczętej przez wniesienie przez niego aktu oskarżenia.

Obawy przedstawicieli prokuratury i adwokatury podzielił także SSR dla Warszawy-Śródmieścia Piotr Maksymowicz. Skrytykował również postulowane projekty „przypisania” sędziego do prokuratora, co miałyby ułatwić skoordynowanie harmonogramu ich rozpraw, ale w rzeczywistości mogłyby wywołać uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności.

W drugim panelu, pt. *Zmiana charakteru postępowania przygotowawczego*, gości przywitał apl. prok. Jędrzej Kupczyński. O zmianach w obrębie śledztw i dochodzeń dyskutowali prokurator Prokuratury Rejonowej dla Warszawy-Woli Izabela Dołgań-Szymańska i nadkomisarz Sebastian Strzeżek (Komenda Stołeczna Policji).

Z wypowiedzi pani prokurator Izabeli Dołgań-Szymańskiej dało się wywnioskować, że pomimo daleko idącego przeobrażenia postępowania jurysdykcyjnego postępowanie przygotowawcze może toczyć się według dawnych wzorów, z większym niż dotychczas udziałem policji i innych oskarżycielskich organów nieprokuratorskich.

Z kolei nadkomisarz Strzeżek zwracał uwagę na zwiększenie zakresu odpowiedzialności organów policji, która ma odciążyć prokuraturę, aby mogła ona swoje siły skupić na postępowaniu sądowym.

W toku dyskusji zwracano uwagę na daleko idący brak precyzji ustawodawcy i liczne furtki prawne uchwalonych przepisów wielkiej nowelizacji. Zdaniem uczestników może to doprowadzić do tego, że pozostając w zgodzie z prawem, organy prokuratury będą prowadzić postępowanie przygotowawcze w tym samym zakresie jak dotychczas. Poza ich zainteresowaniem pozostałby więc nowy jego cel, którym ma być jedynie zebranie danych umożliwiających podjęcie decyzji o przekazaniu sprawy sądowi lub odmiennym zakończeniu śledztwa

lub dochodzenia. Podnoszono także wątpliwości co do statusu dowodów „prywatnych”, które mogłyby już na tym etapie postępowania mieć dla niego istotne znaczenie.

Apl. adw. Anna Winczakiewicz (Izba Adwokacka w Warszawie) przedstawiła następnie najważniejsze zmiany, jakie wielka nowelizacja przewiduje w obrębie trybów konsensualnych zakończenia postępowania karnego. Omówiła nowe instytucje rozszerzające możliwość zakończenia postępowania „umową” między prokuratorem a oskarżonym. Zdaniem twórców nowelizacji zmiana ta ma doprowadzić do zwiększenia do 80 proc. liczby spraw kończonych w tych trybach.

W ramach panelu III: *Tryby konsensualne zakończenia postępowania karnego* głos zabrali SSR dla Warszawy-Mokotowa Piotr Maksymowicz i adw. Krzysztof Stępiński.

Pan sędzia Piotr Maksymowicz zwracał w szczególności uwagę na brak konsekwencji w podstawowych założeniach nowelizacji. Zwiększenie bowiem zakresu instytucji konsensualnych prowadzi w konsekwencji do tego, że mniej spraw toczy się w ramach procesu, procedury karnej zaś nie czyni „bardziej kontradyktoryjną”.

Adwokat Krzysztof Stępiński, podobnie jak jego rozmówca, nie podzielił entuzjazmu związanego ze zwiększeniem możliwości konsensualnego zakończenia postępowania karnego. Zwracał uwagę na grożące niebezpieczeństwa, jakim może być chociażby fakt, że przekonanie oskarżonego do poddania się odpowiedzialności zawsze stanowi pokusę dla organu śledczego. Nadto może to zostać wykorzystane w ramach taktyki śledczej w sprawach złożonych podmiotowo.

W dalszej kolejności apl. adw. Damian Tokarczyk (Izba Adwokacka w Warszawie) zaprosił do dyskusji adw. Bogumiła Zygmonta (Izba Adwokacka w Warszawie) oraz r. pr. Dariusza Jagiełłę (Okręgowa Izba Radców Prawnych w Łodzi). Przedstawił następnie zmiany w obrębie dostępu do pomocy prawnej z urzędu i nowej roli radców prawnych w procesie karnym.

Obaj prelegenci zgadzali się, że udział profesjonalnych pełnomocników jest nieodzownym elementem kontradyktoryjnego procesu. Pozytywnie odnosili się tym samym do możliwości wyznaczenia „na żądanie” obrońcy, jak i pełnomocnika z urzędu. Zwracali jednak uwagę, że nie dotyczy to postępowania przygotowawczego, w którym nadal obrońcę z urzędu może uzyskać jedynie osoba korzystająca z prawa ubogich.

Nadto r. pr. Dariusz Jagiełło wskazywał, że pomimo zrównania uprawnień radców prawnych i adwokatów w postępowaniu karnym może się okazać, iż niewielki jedynie odsetek przedstawicieli „młodszej korporacji” będzie istotnie zainteresowany udziałem w charakterze obrońcy w procesie karnym.

Na zakończenie konferencji ponownie głos zabrali apl. prok. Jędrzej Kupczyński i apl. adw. Piotr Modzelewski. Podsumowując obrady, stwierdzili, że pomimo zaledwie kilku tygodni dzielących nas od dnia 1 lipca 2015 r. nadal więcej pozostaje pytań niż odpowiedzi. Nawiązali również do tytułu wydarzenia, wyrażając nadzieję, że wszelkie obawy zostaną rozwiane, a możliwości wykorzystane przez przedstawicieli każdego z zawodów. Zaakcentowali także, że wśród przedstawicieli zawodów związanych z wymiarem sprawiedliwości panuje przekonanie, iż rozwiązania wielkiej nowelizacji spotkają się z nieprzychylnym przyjęciem w praktyce sądowej oraz z próbami szerokiego korzystania z „furtok”, które zostawił ustawodawca.

Następnie organizatorzy podziękowali uczestnikom konferencji, w szczególności prelegentom, oraz współorganizatorom, partnerom i patronom. Zaprosili także do udziału w drugiej części wydarzenia, która – o ile nowelizacja wejdzie w życie w terminie, co, jak wynikało z głosów z sali, wcale nie jest takie oczywiste – odbędzie się prawdopodobnie w pierwszych tygodniach 2016 r. Jej celem będzie zweryfikowanie nadziei i możliwości związanych z wielką nowelizacją procedury karnej oraz skonfrontowanie obaw z rzeczywistością czekającą po 1 lipca.

Anna Winczakiewicz, Damian Tokarczyk

Kronika adwokatury

Z posiedzeń plenarnych Naczelnej Rady Adwokackiej

**POSIEDZENIE PLENARNE NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ,
WARSZAWA, 16 STYCZNIA 2015 R.**

Prezes NRA adw. A. Zwara przedstawił sprawozdanie z prac Prezydium NRA. Poinformował, że na przełomie listopada i grudnia 2014 r. zamknięta została dyskusja na temat samorządowego sądownictwa dyscyplinarnego – Prezydent Bronisław Komorowski podpisał ustawę nowelizującą Poa. Przypomnił, że kolejnym priorytetem dla NRA jest taksa adwokacka. Wspomniał, że działa nowa odsłona serwisu internetowego adwokatura.pl. Prezes wskazał, że priorytetem działań adwokatury jest obecnie taksa adwokacka, z którą wiąże się procedowany projekt o nieodpłatnej pomocy prawnej. Poinformował, że MS zostało zaproponowane wprowadzenie monopolu adwokacko-radcowskiego na poziomie sądów okręgowych.

Wiceprezes NRA adw. Jacek Treła poinformował o możliwych niewielkich zmianach w Prawie o adwokaturze w niedalekiej przyszłości, związanych z powoływaniem sędziów dyscyplinarnych oraz uzupełnieniem kompetencji NRA, co jest efektem zgłoszonych uwag do ostatniej nowelizacji, m.in. przez adw. Andrzeja Siemińskiego.

Po informacji adw. Rafała Dębowskiego o wyroku SN w sprawie niemożności karania dyscyplinarnego w samorządzie radcowskim za niezrealizowanie obowiązku doskonalenia

zawodowego wywiązała się dyskusja z udziałem adw. prof. Jacka Giezka, adw. prof. Macieja Gutowskiego, adw. A. Zwary, adw. Henryka Stabli, adw. Andrzeja Malickiego, adw. J. Treli. Wskazano, że najprostszym rozwiązaniem będzie modyfikacja treści art. 58 Poa, ale jednocześnie zwrócono uwagę na logikę wyводу SN, z którego wynika, że obowiązek, którego nieprzestrzeganie jest podstawą prawa represyjnego, ma być skonkretyzowany. Zmiana art. 58 powinna zatem wpłynąć – taką należy wyrazić wiarę – na zmianę linii orzeczniczej. Niektórzy dyskutanci zwrócili uwagę na fakt, że jest to tylko jedno orzeczenie i należy zachować umiar w działaniu. Adwokat dr Małgorzata Kożuch wskazała różnicę w opinii SN i TK. Sędzia TK prof. Andrzej Wróbel wskazał na łamach „Europejskiego Przeglądu Sądowego”, że inne są gwarancje przy represyjności prawa administracyjnego, a inne gdy ich źródło jest w prawie karnym. Odpowiedzialność dyscyplinarna adwokatów często ma swe źródło w prawie administracyjnym, choć większość jednak w prawie karnym. Zdaniem adw. Kożuch należy te dwie podstawy umiejętnie odróżniać, a stanowisko takie winno być eksponowane przez Adwokaturę. Prezes NRA, jako administratywista, wskazał, że dyskusja o charakterze norm represyjnych

trwa od dawna i będzie zapewne trwała. Ostatecznie postanowiono o upoważnieniu Prezydium NRA do podjęcia działań dotyczących nowelizacji Poa w zakresie doprecyzowania art. 58.

Wiceprezes NRA adw. J. Treła przedstawił relację z prac nad projektem ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej. Wskazał, że w perspektywie 10 lat przeznaczono na nią 1 mld zł, co daje 100 mln rocznie. Zauważył, że mają miejsce nerwowe reakcje organizacji pozarządowych i klinik prawa, które w projekcie są pominięte, a wyłącznie adwokaci i radcowie prawni mają odpowiednie kompetencje. Istnieje jednak zagrożenie zmiany opinii ministerstwa pod wpływem nacisków politycznych (np. opinia Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej). Adwokat R. Dębowski poinformował natomiast o przygotowywaniu uwag do projektu ww. ustawy i zaangażowaniu się lobbystycznym organizacji pozarządowych. Zaproponował, by do zespołu problemowego przy Radzie Działalności Pożytku Publicznego dołączyli adwokaci Marcin Imiołek i Grzegorz Elias, co uwzględniono (uchwała nr 25/2015). W czasie dyskusji zwrócono uwagę na fakt, że najwięcej można osiągnąć poprzez wyłączenie wszelkich poglądów politycznych i sympatii i prowadzenie rozmów z każdą opcją polityczną, a także z podmiotami, które nie zawsze są przychylnie adwokaturze. Z niepokojem odnotowano, że coraz gorzej jest z obyczajowością samorządową – adw. Jarosław Zdzisław Szymański wskazał, że adwokaci na zewnątrz przyjmują pełnomocnictwa przeciwko organom adwokatury, adwokaci politycy wypowiadają się przeciw swojemu środowisku, a co gorsza czasami przeciw niemu działają.

Wiceprezes NRA adw. Jerzy Glanc poinformował o zatwierdzonej przez Prezydium NRA ostatecznej wersji projektu nowego regulaminu konkursów krasomówczych, uwzględniającej poprawki zgłoszone przez dyrektora OBA adw. prof. Piotra Kruszyńskiego. Projekt omówił adw. Jerzy Zięba. Po dyskusji postanowiono i uchwalono zniesienie siedzib grup terenowych. Uchwałą nr 27/2015 przyjęto Regulamin konkursów krasomówczych dla aplikantów adwokackich.

W kolejnym punkcie odbyła się dyskusja nad wnioskiem do TK w sprawie zgodności z Konstytucją znowelizowanego art. 82 k.p.k i art. 8 ust. 6 ustawy o radcach prawnych. Wzięli w niej udział: adw. A. Zwara, adw. Michał Synoradzki, adw. Jerzy Marcin Majewski, adw. dr Michał Jackowski. Ostatecznie uchwalono kierunkową uchwałę dotyczącą złożenia wniosku do TK.

W następnych punktach posiedzenia poinformowano o przygotowywaniu preliminarza budżetowego na rok 2015 (adw. Mirosława Pietkiewicz, skarbnik NRA), o kompletowaniu sprawozdań rzeczników dyscyplinarnych za 2014 r. (adw. Ewa Krasowska, rzecznik dyscyplinarny NRA), oraz podano dane statystyczne dotyczące pracy WSDA (adw. Jacek Ziobrowski, prezes WSDA). Adwokat R. Dębowski przedstawił informację o przygotowywaniu spotkania sekretarzy i zastępców sekretarzy ORA oraz o bazach mailingowych adwokatury. Adwokat Paweł Gieres zwrócił się do prezydium NRA o wypracowanie jednolitego modelu rozliczania osób prowadzących wykłady, adwokatów i sędziów. Adwokat M. Kożuch wskazała, że w wyroku z lipca 2014 r., ze skargi kasacyjnej przeciwko orzeczeniu NSA, Sąd Najwyższy stwierdził, że tzw. „umowy wykładowe” nie są ozusowane.

W następnych punktach posiedzenia poinformowano o przygotowywaniu preliminarza budżetowego na rok 2015 (adw. Mirosława Pietkiewicz, skarbnik NRA), o kompletowaniu sprawozdań rzeczników dyscyplinarnych za 2014 r. (adw. Ewa Krasowska, rzecznik dyscyplinarny NRA), oraz podano dane statystyczne dotyczące pracy WSDA (adw. Jacek Ziobrowski, prezes WSDA). Adwokat R. Dębowski przedstawił informację o przygotowywaniu spotkania sekretarzy i zastępców sekretarzy ORA oraz o bazach mailingowych adwokatury. Adwokat Paweł Gieres zwrócił się do prezydium NRA o wypracowanie jednolitego modelu rozliczania osób prowadzących wykłady, adwokatów i sędziów. Adwokat M. Kożuch wskazała, że w wyroku z lipca 2014 r., ze skargi kasacyjnej przeciwko orzeczeniu NSA, Sąd Najwyższy stwierdził, że tzw. „umowy wykładowe” nie są ozusowane.

POSIEDZENIE PLENARNE NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ, OTWOCK K. WARSZAWY, 28 MARCA 2015 R.

Zebrani na posiedzeniu plenarnym adwokaci minutą ciszy uczcili pamięć tragicznie zmarłych adwokatów w 5. rocznicę katastrofy lotniczej

w Smoleńsku. W różnych miastach w Polsce zostały zaplanowane wydarzenia upamiętniające tragicznie zmarłych w katastrofie adwokatów.

W tym roku kilkunastoosobowa grupa adwokatów wyjedzie do Katynia i Smoleńska.

Prezes NRA adw. Andrzej Zwara poinformował, że projekt ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej trafił pod obrady Rady Ministrów, a po jego zatwierdzeniu zostanie przedstawiony Sejmowi. Poinformował także, że trwają ostatnie prace nad projektem ustawy o alternatywnych metodach rozwiązywania sporów. Prezes NRA powiedział, że wraz adwokatami Jackiem Trelą i Ziemisławem Gintowtem uczestniczył w rozmowie z prezesem NSA Romanem Hauserem o projekcie ustawy nowelizującej postępowanie przed sądami administracyjnymi.

Adwokat Tomasz Korczyński przedstawił informację o funkcjonowaniu nowych stron internetowych NRA i WSDA. Poinformował, że trwają prace nad integracją wyszukiwarki adwokatów z europejską wyszukiwarką Find a Lawyer.

Adwokat Rafał Dębowski poinformował, że trwają prace nad nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego, która zakłada także nowelizację Poa w zakresie prowadzenia elektronicznej listy adwokatów.

Adwokat Mirosława Pietkiewicz przedstawiła sprawozdanie z wykonania budżetu NRA za rok 2014.

Adwokat Sławomir Ciemny omówił wniosek z posiedzenia Wyższej Komisji Rewizyjnej związane z nadwyżką bilansową i wydatkami Komisji.

W dalszej części posiedzenia Naczelna Rada Adwokacka podjęła uchwałę zatwierdzającą sprawozdania finansowe z wykonania budżetu za rok 2014.

Adwokat Mirosława Pietkiewicz przedstawiła projekt preliminarza budżetowego NRA na rok 2015. W toku dyskusji omówiono projekt preliminarza, a także wysokość składki administracyjnej.

Po dyskusji NRA podjęła uchwałę dotyczącą budżetu NRA na rok 2015 oraz uchwały: w sprawie przyznania diet samorządowych, o skierowaniu wniosku do Trybunału Kon-

stytucyjnego, w sprawie przyznawania diet sędziom dyscyplinarnym i rzecznikom dyscyplinarnym.

Adwokat Maciej Gutowski zaproponował 16 pytań w celu wypracowania strategii Adwokatury, które w jego ocenie powinny zostać przedstawione adwokatom w formie ankiety. Problematyka ta wywołała żywą dyskusję wśród członków posiedzenia. Postanowiono, że dyskusja ta będzie kontynuowana na czerwcowym posiedzeniu.

W dalszej części posiedzenia Naczelna Rada Adwokacka zaakceptowała termin Krajowego Zjazdu Adwokatury w Krakowie – 24–27 listopada 2016 r., a także miejsce obrad i noclegów delegatów i gości.

Decyzją członków posiedzenia zdecydowano, że Naczelna Rada Adwokacka została upoważniona do podjęcia działań zmierzających do realizacji kolejnych odcinków programu informacyjnego pt. *Obrońcy*.

Adwokat Andrzej Kozielski zaprosił adwokatów na XXV Rejs Adwokacki po Jezioraku, a także poinformował, że 24 października br. odbędą się uroczystości związane z 65-leciem Izby Adwokackiej w Olsztynie.

Adwokat Stanisław Estreich z kolei zaprosił do uczestnictwa w rajdzie pieszo-motocyklowo-rowerowym „Wiosna Riders”.

Naczelna Rada Adwokacka podjęła uchwałę w sprawie zmiany Regulaminu prowadzenia kont poczty elektronicznej w domenie adwokatura.pl.

Adwokat Jarosław Szymański zaprosił na spotkanie samorządów zaufania publicznego połączone z koncertem zespołu „Skaldowie”, które odbędzie się 11 kwietnia br.

Adwokat Roman Kusz przypomniał, że 18 kwietnia br. odbędzie się kolejna już edycja Dnia Bezpłatnych Porad Adwokackich.

Adwokat Włodzimierz Łyczywek poruszył problematykę egzaminu adwokackiego w związku z wprowadzeniem pytań z etyki.

Adwokat Joanna Kaczorowska poinformowała, że posiedzenie NRA we wrześniu będzie połączone z uroczystościami 40-lecia izby płockiej.

Adwokat Dariusz Strzelecki zaprosił na obchody 70-lecia Pomorskiej Izby Adwokackiej, które odbędą się 14 listopada br.

Na zakończenie posiedzenia adw. Andrzej Zwara złożył najlepsze życzenia z okazji Świąt Wielkanocnych.

pod red. Andrzeja Bąkowskiego

Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 19 MAJA 2015 R.

Na początku prezes NRA złożył serdeczne życzenia i gratulacje zaproszonej na posiedzenie pani Grażynie Oziemskiej – kierownikowi kancelarii Wyższego Sądu Dyscyplinarnego – w związku z 50-leciem pracy zawodowej.

W czasie omawiania protokołów z posiedzeń ORA adw. Bartosz Grohman zauważył, że istnieje problem tzw. znikających kancelarii, które nie istnieją pod wskazanym adresem i nie są dostępne pod telefonem i e-mailem. Podniesiono też kwestię pracy aplikantów adwokackich na pełnym etacie asystenta sędziego, uznając, że tego typu praca jest niemożliwa do pogodzenia z aplikacją adwokacką.

Adwokat Jacek Trela poinformował o udziale swoim i prezesa NRA adw. Andrzeja Zwary w posiedzeniu ORA w Poznaniu, podczas którego dziekan ORA w Poznaniu adw. prof. Maciej Gutowski zaprezentował wyniki przeprowadzonej w izbie ankiety, w której wzięło udział 58% członków izby. Wyniki ankiety (której kształt, w tym pytania, został zweryfikowany w stosunku do propozycji pierwotnej) są zgodne co do zasady z wizją adwokatury, jaką ma NRA – w zakresie tajemnicy adwokackiej, postępowań dyscyplinarnych czy braku zgody na połączenie z radcami prawnymi.

Adwokat J. Trela przypomniał o podjęciu kierunkowej decyzji współpracy z Fundacją dla Polski, która zarządza Funduszem i Nagrodą im. adw. Edwarda Wendego. Fundacja wystąpiła z propozycją, aby NRA zawarła z nią porozumienie i pokrywała w części koszty przyznawanej rokrocznie od 11 lat nagrody

im. adw. Wendego. Wątpliwości zgłosili adw. Mirosława Pietkiewicz, adw. Jerzy Zięba, adw. Sławomir Ciemny. Wskazano, że od początku była to prywatna nagroda przyznawana przez rodzinę Edwarda Wendego. Wskazano (adw. M. Pietkiewicz), że co roku NRA fundowała srebrny medal dla laureata i zaproponowano pozostanie przy tym zakresie współpracy. Postanowiono o dalszych rozmowach z Fundacją.

Adwokat Rafał Dębowski poinformował, że NRA przedstawiła stanowisko w sprawie zmian w ordynacji podatkowej oraz że monitorowane są prace nad projektem ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej. Zakomunikował też, że do Sejmu wpłynęło stanowisko Prokuratora Generalnego, w którym zakwestionowano dopuszczenie magistrów prawa do świadczenia usług pomocy prawnej.

Adwokat Jacek Trela powiedział, że nowy Minister Sprawiedliwości rozpoczął ponowne konsultacje (zakończone zostały one za poprzedniego ministra) w sprawie list obrońców w sprawach karnych. Wskazał też, że w projekcie rozporządzenia MS w sprawie urzędowania sądów powszechnych znalazł się zapis dopuszczający cenzurowanie korespondencji oskarżonego z jego obrońcą lub pełnomocnikiem. NRA zajęła negatywne stanowisko.

Prezes NRA adw. Andrzej Zwara poinformował, że SSP „Iustitia” zorganizowało spotkanie przedstawicieli stowarzyszeń i samorządów prawniczych w celu zawarcia porozumienia tych organizacji. NRA nie jest zainteresowana żadnymi instytucjonalnymi

formami współpracy, gdyż uniemożliwia to ustawa, ale możliwe jest wspólne występowanie w ważnych dla środowiska prawniczego sprawach. Zgodzono się, by sprawę koordynował adw. J. Trela.

Uchwałą nr 76/2015 Prezydium NRA powołało adw. Michała Szpakowskiego na Administratora Bezpieczeństwa Informacji NRA. Uchwałą nr 77/2015 Prezydium NRA na wniosek adw. Tomasza Korczyńskiego rozszerzyło skład Komisji ds. Informatyzacji. Adwokat A. Zwara poinformował, że po zakończeniu wdrażania SOA zostanie podjęta decyzja o dalszej współpracy z CONFIDO.

Prezydium NRA przedyskutowało sprawę ustalenia parytetu osobowego delegatów na Krajowy Zjazd Adwokatury w 2016 r.

Adwokat Jacek Ziobrowski, prezes WSDA, poinformował, że 16 maja odbyło się w Warszawie spotkanie w sprawie postępowań dyscyplinarnych po nowelizacji Poa, w którym uczestniczyli prezesi izbowych sądów dyscyplinarnych, rzecznicy dyscyplinarni i zastępcy rzecznika dyscyplinarnego NRA. Sformułował kilka uwag krytycznych pod adresem niewywiązujących się z obowiązków sędziów dyscyplinarnych młodego pokolenia.

Poruszył kwestię komunikacji między WSDA a NRA. Uznał, że sam zamysł zmiany ustawy od początku był zły. Adwokat Ewa Krasowska, rzecznik dyscyplinarny NRA, wskazała, że ani ona, ani prezes WSDA nie mieli wpływu na treść nowelizacji „dyscyplinarnej” Poa. Wskazała, że wyodrębnienie rzecznika dyscyplinarnego ze składu NRA nie jest dobrym rozwiązaniem, podobnie w izbach. Podniosła też m.in. kwestię źle skonstruowanych przepisów w sprawie tymczasowego zawieszenia, upomnienia dziekańskiego, zlikwidowanych referatów skarg. W związku ze zmianą ustawy istnieje konieczność uchwalenia przez NRA nowego regulaminu działania rzeczników dyscyplinarnych.

Postanowiono o dofinansowaniu organizacji jubileuszu 70-lecia Pomorskiej Izby Adwokackiej, o wsparciu finansowym Rajdu Motorowo-Rowerowo-Pieszego Wiosna Riders 2015 21–24 maja 2015 r., Mistrzostw Adwokatury w Tenisie, Biegu Powstania Warszawskiego, o delegowaniu na posiedzenia komisji CCBE, o wsparciu publikacji ELSA Poland – „Przegląd Prawniczy”, o pokryciu kosztów organizacji konferencji przez Komisję Praw Człowieka NRA na temat praw człowieka w dobie konfliktu.

POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 9 CZERWCA 2015 R.

Prezydium NRA w dniu 2 czerwca 2015 r. w trybie obiegowym (zgodnie z przepisami uchwały nr 23/2014 Prezydium NRA z 11 marca 2014 r.) podjęło uchwałę (nr 78/2015) dotyczącą prac parlamentarnych nad ustawą o Trybunale Konstytucyjnym w kontekście wyłaniania kandydatów na sędziów TK. Uchwała wraz ze stosownym memorandum została rozesłana do Prezydenta RP Bronisława Komorowskiego, Prezydenta Elekta Andrzeja Dudy, Prezesa Rady Ministrów, Ministra Sprawiedliwości, Marszałków Sejmu i Senatu, przewodniczących Komisji sejmowych i senackich, Klubów Parlamentarnych i partii politycznych oraz do wiadomości prezesów Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Szczegółowa relacja na stronie adwokatura.pl.

Adwokat Andrzej Zwara poinformował, że adw. Jacek Trela i adw. Rafał Dębowski uczestniczą w trwającym właśnie posiedzeniu podkomisji sejmowej, która obraduje nad projektem ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej. Wskazał, że wymienieni adwokaci oraz adw. prof. Piotr Kardas przygotowali tekst memorandum do MS, w którym NRA kategorycznie żąda podjęcia przez władze rzetelnych rozmów ze środowiskiem adwokackim, przede wszystkim w zakresie uregulowania stawek adwokackich. Uznano, że memorandum trzeba nagłośnić

medialnie. Przyjęto projekt zaproponowanego memorandum i postanowiono o wysłaniu go do MS oraz do wiadomości Prezydenta RP, Prezydenta Elekta, Prezesa Rady Ministrów, Marszałków Sejmu i Senatu.

Adwokaci Ewa Krasowska i Jerzy Glanc krytycznie ocenili rozporządzenie MS w sprawie opłat za czynności adwokackie z 20 kwietnia 2015 r. Wprowadza ono zasadę, że suma opłat za czynności jednorazowe nie może przekroczyć stawki minimalnej za obronę lub reprezentowanie jednej osoby przez tego samego adwokata. Nadal natomiast obowiązuje zasada z § 19 ust. 1 rozporządzenia, że Skarb Państwa ponosi koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu do wysokości 150% stawek minimalnych. Adwokat Mirosława Pietkiewicz nie zgodziła się z adw. Glancem, wskazując, że na gruncie rozporządzenia adwokatowi nie należy się nic ponad jedną stawkę za obronę z urzędu. Poruszono kwestię możliwej akcji protestacyjnej adwokatury.

Adwokat Jerzy Glanc poruszył kwestię podjęcia dyskusji nad polityką zagraniczną Adwokatury Polskiej i członkostwa w CCBE. Koszty są bardzo wysokie, a NRA ani KRRP nie mają żadnego wpływu na decyzje CCBE, zaś podczas spotkania CCBE w Gdańsku 28–31 maja prezesi polskich samorządów nie zostali nawet poproszeni do prezydium posiedzenia, nie udzielono im też głosu. NRA nie otrzymała także przed gdańskim posiedzeniem żadnych materiałów dotyczących przedmiotu posiedzenia. Zaproponowano, żeby podjąć dyskusję na forum NRA, a w międzyczasie zwrócić się do Komisji Współpracy z Zagranicą o stanowisko w sprawie udziału NRA w CCBE i działań CCBE podejmowanych w ostatniej kadencji.

Omówiono kwestię zapisu § 8 w Regulaminie wykonywania zawodu adwokata w kancelarii indywidualnej i w spółkach, wskazując, że obowiązek sprawozdań z prowadzonych spraw w wielu izbach nie jest egzekwowany. Zaproponowano usunięcie tego przepisu z regulaminu (adw. M. Pietkiewicz). Wskazano, że

takie sprawozdania składa ok. 1/3 adwokatów. Adwokat Zięba stwierdził, że istnieje potrzeba wydania nowej uchwały.

Adwokat Ewa Krasowska omówiła kwestie problematyczne związane z przekształceniem instytucji rzecznika dyscyplinarnego i brak refleksji nad relacjami pomiędzy ORA a rzecznikiem izby oraz NRA a rzecznikiem Adwokatury. Wskazała na pogląd adw. Radosława Baszuka (wyrażony w „Palestrze”), według którego NRA i ORA nie będą miały żadnego wpływu na pracę rzeczników, podkreślając, że się z nim nie zgadza. Kierowanie spraw wyłącznie do rzecznika (w związku z likwidacją referatów skarg) będzie generować znacznie większe koszty. Adwokat Jacek Trela uznał, że przekształcenie rzecznika w organ Adwokatury/izby nie powoduje likwidacji referatów skarg. Sprawę tę ureguluje „dobrze skonstruowany regulamin pracy rzeczników”. Adwokat Krasowska zgodziła się przygotować projekt regulaminu na wrześniowe posiedzenie NRA.

Uchwałą nr 79/2015 Prezydium NRA przyznało odznakę „Adwokatura Zasłużonym” na wniosek ORA w Bielsku-Białej adw. Monice Sabinie Tomiak i adw. Janowi Jastrzębskiemu. Uchwałą nr 80/2015 r. wyrażono „głębokie zaniepokojenie w związku z wyciekami szczegółowych danych osobowych w opublikowanych dziś materiałach ze śledztwa dotyczącego tak zwanej afery taśmowej”.

Prezydium omówiło i negatywnie rozpatrzyło kwestię finansowania: oprogramowania dla celów ogólnopolskiej rekrutacji na aplikację adwokacką, dodatkowego szkolenia z procedury karnej dla adwokatów Pomorskiej Izby Adwokackiej, wniosku „Tygodnika Powszechnego”, oferty sponsorskiej przy organizacji wydarzenia „Bitwa Prawna”. Pozytywnie zaopiniowano zaś projekty umów związanych z przygotowaniem KZA w Krakowie w 2016 r. Wstępnie pozytywnie ustosunkowano się do propozycji adw. Macieja Łaszczuka zorganizowania przy okazji 70-lecia IA w Gdańsku konferencji „Adwokat w twórczości Williama Szekspira”.

POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 7 LIPCA 2015 R.

Prezes NRA adw. A. Zwara poinformował, że 30 czerwca br. odbyła się w godnych warunkach, bez incydentów, akcja protestacyjna adwokatów IA w Warszawie. Tego samego dnia w siedzibie NRA odbyło się kolejne spotkanie przedstawicieli wszystkich samorządów zaufania publicznego, podczas którego postanowiono o wystąpieniu do prezydenta elekta z propozycją spotkania. Podkreślono, że to gremium nie jest żadną stroną politycznego sporu, ale forum współpracy samorządów i wspólnej pracy dla tychże. 3 lipca br. NRA wystosowała apel do Prezydenta RP o niepodpisywanie ustawy o TK. Wszystkich senatorów poinformowano o licznych wadach procedowanej przez Senat (po przyjęciu przez Sejm) ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej. Prezes NRA poinformował Prezydium o pracach w komisjach sejmowych nad licznymi projektami ustaw, w tym o nieodpłatnej pomocy prawnej, oraz nowelizacji prawa cywilnego w zakresie polubownych metod rozwiązywania sporów.

Adwokat M. Pietkiewicz poinformowała o przebiegu spotkania grupy roboczej w sprawie stawek adwokackich z Ministrem Sprawiedliwości w dniu 2 lipca br. (NRA reprezentowali adwokaci J. Trela, R. Dębowski, Grzegorz Majewski oraz referująca). Spotkanie zakończyło się fiaskiem. Szczegółowa relacja na www.adwokatura.pl.

Prezes NRA poinformował, że do NRA wpłynął projekt rozporządzenia MS z 29 czerwca br. w kwestii stawek za pomoc z urzędu w sprawach z zakresu prawa pracy, ubezpieczeń społecznych i lokali mieszkalnych. NRA zaopiniowała projekt negatywnie. Podczas dyskusji przyjęto, że NRA powinna przedstawić projekt kompleksowej regulacji w tym zakresie, podobnie jak zrobiono to w ubiegłym roku, wspólnie z KRRP. Zwrócono uwagę na to, że MS ma przesłać projekty dwóch nowych rozporządzeń. Rozważano kwestię protestów Adwokatury Polskiej, która mogłaby wystąpić ze sprzeciwem wobec obniżenia standardów

demokratycznego państwa prawnego, czego przykładem są ustawy o TK oraz o nieodpłatnej pomocy prawnej. Podjęto także problematykę akcji wizerunkowych (w tym tych na wzór akcji prowadzonej w sądach przez IA w Łodzi, którą współorganizuje dr Katarzyna Liberska-Kinderman), strategii Adwokatury, badania rynku (ostatnio NRA prowadziło takowe w 2010 r., a tym razem można wykorzystać np. prace badawcze dotyczące dotarcia klienta do profesjonalisty autorstwa dr. Jana Winczorka). Zarekomendowano współpracę z dr Liberską-Kinderman. Badania z ramienia Prezydium ma koordynować adw. A. Gnacikowska.

Adwokat Tomasz Korczyński poinformował, że programem SOA objętych zostało 60% adwokatury. Przeprowadzono kolejne szkolenia. Zwrócił uwagę na planowane zmiany w k.p.c. w zakresie prowadzenia list adwokackich. Mają być one prowadzone elektronicznie przez izby i przekazywane do NRA, która ma być dysponentem bazy danych. Program SOA umożliwia wykonanie takiego obowiązku ustawowego. KRAiAA przestanie działać z końcem roku 2015. Jedynym oficjalnym rejestrem będzie SOA.

Podniesiono problem wystawiania faktur przez ORA za opłaty za szkolenie aplikantów. Zdecydowano o zleceniu sporządzenia analizy prawno-podatkowej dotyczącej wątpliwości, czy szkolenie aplikantów adwokackich to usługa edukacyjna w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług.

Prezydium zdecydowało o podjęciu współpracy z Krajowym Biurem ds. Przeciwdziałania Narkomanii przy realizacji kampanii „Po narkotykach rozum wysiada”. Osobą odpowiedzialną ze strony NRA będzie wiceprezes NRA adw. Jacek Trela.

Prezydium zdecydowało o wsparciu finansowym przygotowania filmu *Nowy proces karny* z budżetu Komisji ds. Edukacji Prawnej. Pomysł zrodził się w ORA w Bydgoszczy podczas szkolenia prowadzonego przez prof.

Pawła Wilińskiego. Delegowano adw. Ewę Stawicką na uroczystości 25-lecia niezależnej adwokatury czeskiej, które odbędą się w Pradze we wrześniu br., oraz adw. Sławomira Ciemnego na „Opening of the Legal Year” w Londynie w dniach 29 września–2 października br.

Prezydium NRA przyjęło tekst jednolity Regulaminu wykonywania zawodu adwokata w kancelarii indywidualnej lub spółkach.

Prezydium NRA w dniu 11 czerwca 2015 r. w trybie obiegowym (zgodnie z przepisami uchwały nr 23/2014 Prezydium NRA z 11 marca 2014 roku) dokonało zmiany decyzji z dnia 17 lutego 2015 roku i pozytywnie rozpatrzyło wnioski adw. Czesława Jaworskiego dotyczą-

cy kontynuowania wydawania orzecznictwa Sądu Najwyższego Izby Karnej i Wojskowej. Z kolei w dniu 15 czerwca 2015 r. (także w trybie obiegowym) podjęło uchwałę dotyczącą odmowy udzielania Fundacji Badań nad Prawem z siedzibą we Wrocławiu informacji publicznej poprzez przesłanie kserokopii uzasadnienia wszystkich negatywnych ocen częściowych z zakresu prawa karnego i gospodarczego sporządzonych przez właściwych egzaminatorów w związku z przeprowadzonym egzaminem adwokackim w 2014 r. – uchwała została obszernie uzasadniona. Podjęto także uchwałę (nr 82/2015) w sprawie wynagrodzenia dla arbitrów Sądu Polubownego Adwokatury Polskiej.

pod red. Andrzeja Bąkowskiego

Ocalony od zapomnienia. Zygmuntowi Kłysowi *in memoriam*

Urodził się w 1919 roku w Bodzentynie położonym w Górach Świętokrzyskich. Ukończył Szkołę Muzyczną dla organistów w Kielcach. W latach 1944–1949 był organistą w parafii św. Jakuba w Szczekocinach, a także nauczycielem muzyki w tamtejszym Liceum Pedagogicznym. Następnie przez ponad 40 lat, aż do śmierci w 1991 roku, pracował jako organista w Wolbromiu, prowadząc także chóry i orkiestrę dętą. Wolbromianie zachowali go we wdzięcznej pamięci. Zwracali się do niego per „Mistrzu”.

Iluż podobnych, wielce zasłużonych dla życia muzycznego swoich parafii organistów, pozostało anonimowymi. Mistrz z Wolbromia Zygmunt Kłys ocalał od zapomnienia dzięki swemu synowi. Stanisław Kłys, wybitna postać krakowskiej palestry, miłośnik i wytrawny znawca muzyki, animator wielu przedsięwzięć wzbogacających życie muzyczne, wystąpił z inicjatywą upamiętnienia osoby Ojca poprzez piękną, niezmiernie atrakcyjną i cenną edycję. Jest to nagranie recitalu organowego Andrzeja Białki na organach kościoła p.w. św. Katarzyny w Wolbromiu. Instrument ów wybudowany został w 1951 roku (a więc w 2 lata po osiedleniu się w Wolbromiu Zygmunta Kłysa) przez słynną firmę Stefana Truszczyńskiego, powstałą jeszcze w okresie międzywojennym, w 1929 roku. Są

to organy dysponujące 25 głosami rozdzielonymi między 2 manualy (po 10) i klawiaturę nożną (5), o trakturze pneumatycznej.

Andrzej Białko, światowej rangi wirtuoz gry na organach, zaprosił do owego recitalu swojego syna (i ucznia zarazem) Michała, powierzając mu wykonanie jednego z utworów: *Fantazji G-dur* BWV 572 Jana Sebastiana Bacha. Sam zaś otwiera ów recital *Preludium i fugą a-moll* BWV 543 Bacha. Zatem recital rozpoczynają dwie monumentalne formy bachowskie. I właśnie ów szeroki zakrój rozbudowanej formy, połączony z dyscypliną rytmiczną pulsującą motoryką nigdy nie mechanicznie bezduszną, ze swobodnym naturalnym oddechem szerokich tematów – uderza nas od pierwszych minut tego nagrania. Interpretacja *Fantazji G-dur* w wykonaniu utalentowanego syna plastycznie przeciwstawia lekkość, lotność i przejrzystość figuracji i biegników w ogniwach skrajnych, z wzniosłą i majestatyczną fakturą polifoniczno-akordową proweniencji motetowej w ogniwie środkowym. Podziwiamy plastyczność planów w owej prawdziwej powodzi dźwięków, obfitującej w dysonansowe akordy i opóźnienia harmoniczne, zakończonej zwodniczym, pełnym napięcia zawieszeniem.

Trzeba powiedzieć, że program recitalu wspaniale zestrzaja prezentację możliwości

brzmieniowych wolbromskiego instrumentu oraz nieograniczone możliwości repertuarowe jego wykonawcy z ulubionymi utworami Zygmunta Kłysa. Kolejna jego pozycja to dwa preludia chorałowe z op. 65 Sigfrida Karga-Elerta, stosunkowo rzadko wykonywanego kompozytora niemieckiego (1877–1933). Bogatemu fakturalnie, obfitemu w kontrasty brzmieniowe i rytmiczne, burzliwemu i improwizacyjnemu w charakterze, jakby natarczywemu w ekspresji preludium chorałowemu *Herr Jesu Christ, dich zu uns wend'* przeciwstawiony zostaje modlitewny liryzm o tonie wielkanocnym w preludium *O Welt, ich muss dich lassen*.

Feliksa Mendelssohna Bartholdy'ego, ulubionego kompozytora mistrza Zygmunta Kłysa, reprezentuje *Preludium i fuga e-moll* op. 37 nr 1. Dzieło mniej popularne niż sonaty organowe kompozytora, zwraca uwagę umiejętnym połączeniem szlachetnego, romantyzującego patosu z barokową stylizacją wielkiego „odkrywcy” i wielbiciela Bacha.

Następnie słuchamy wspaniałej, jakże bogatej muzyki Maxa Regera. Tu znów wykonawca zestawia dialektycznie *Wariacje na temat „Heil dir im Siegerkranz”* z *Preludiami chorałowymi* z op. 79b. Z jednej więc strony rozbudowana forma, maksymalnie wykorzystująca możliwości brzmieniowe instrumentu, wspaniale kontrastująca w swej koncepcji rejestracyjnej barwy miękkie, łagodne, pastelowe, z brzmieniami bardziej pikantnymi, a wreszcie symfonicznymi. W skomplikowanej polifonii tej formy podziwiamy plastyczne uwydatnienie głosów, stopniowe narastanie

dynamiki brzmienia aż po wspaniałe, triumfalne *tutti* finału. To kreacja oddychająca architektoniczną przestrzenią kościelnego wnętrza. Z drugiej zaś strony – osobista medytacja i mistyczna kontemplacja duszy doznającej intuicji wieczności, przeczuwającej śmierć, zwracającej się do Boga o obecność, zarazem utwierdzającej się w pewności jego istnienia i udzielanej nam pomocy.

Ukoronowaniem tego wspaniałego recitalu staje się utwór drugiego ulubionego przez mistrza Zygmunta kompozytora: *Improwizacje na temat polskiej pieśni kościelnej „Święty Boże”* op. 38 Mieczysława Surzyńskiego. Ów polski akcent nie jest li tylko ukłonem w stronę rodzimej tradycji muzycznej – w całym owym zestawieniu dzieło organowe Surzyńskiego potrafi w pełni sprostać porównaniu z utworami największych mistrzów muzyki organowej, na przykład wariacjami Regera. Wzniosły, majestatyczny i hieratyczny ton starej kościelnej pieśni, symfoniczne *forte*, zderzone tu zostają z brzmieniami najbardziej delikatnymi, wyrafinowanymi, subtelnymi – ukazując możliwości instrumentu w całym ich zaskakującym bogactwie.

Płytę wydała firma fonograficzna Dux. Podkreślić trzeba doskonałą reżyserię akustyczną nagrania, będącą dziełem Marcina Domżała. Autorem komentarza towarzyszącego edycji jest Jacek Berwaldt, za którego muzycznym piórem bardzo już się stęskniliśmy. Doprawdy, nasze współczesne media zbyt wcześnie wysyłają znakomitych autorów na emeryturę!

Leszek Polony

* LESZEK POLONY, muzykolog i teoretyk muzyczny, krytyk muzyczny, wydawca, profesor zwyczajny Akademii Muzycznej w Krakowie, 1987–2012 kierownik Katedry Teorii Muzyki i Kształcenia Słuchu, 1990–1991 prorektor tej uczelni, 1991–1994 redaktor naczelny PWM, 1995–1999 dyrektor i redaktor naczelny, następnie do 2001 prezes i redaktor naczelny tego wydawnictwa. Redaktor wydania źródłowo-krytycznego *Dzieł Mieczysława Karłowicza*. Obszary zainteresowań: filozofia muzyki i historia estetyki muzycznej, muzyka epoki romantyzmu i modernizmu, muzyka polska XX wieku, sztuka odtwórcza wybitnych pianistów. Opublikował m.in.: *W kręgu muzycznej wyobraźni. Eseje, artykuły, recenzje* (1980), *Poetyka muzyczna Mieczysława Karłowicza* (1986), *Polski kształt sporu o istotę muzyki* (1991), *Kilar, żywioł i modlitwa* (2005), *Symbol i muzyka* (2011).

Obudź się, Adwokaturó!!!

Samorząd adwokacki w pewnym sensie przespał ostatnie 25 lat. Jesteśmy jedyną grupą zawodową, która ma ustawowy obowiązek ochrony wolności obywatelskich. Oznacza to nie tylko zabieganie o wolność jednostki, ale także o prawa publiczne, które dotyczą wolności nas wszystkich.

W czasach systemu totalitarnego, do 1989 roku, Adwokatura nie była lubiana. Władza postrzegała adwokatów jako siedlisko niepożądanych idei i zagrożenie dla jedynowładztwa PZPR. Nie było wówczas żadnych możliwości wypowiedzania się na temat stanowionego prawa czy łamanych nagminnie uprawnień obywateli.

Mimo tego, choć nie mieliśmy wpływu na wydarzenia w kraju, Adwokatura cieszyła się szacunkiem i respektem społecznym.

Po przywróceniu demokratycznych wolności obywatelskich wydawało się, że Samorząd adwokacki odzyska, w naturalny sposób, należne mu znaczenie w życiu publicznym i społecznym. Paradoksalnie stało się odwrotnie. Przez ostatnie dwadzieścia pięć lat następuje systematyczna erozja znaczenia Samorządu adwokackiego i adwokatów.

Władze starają się zwiększyć kontrolę Adwokatury i umniejszać jej uprawnienia, nie licząc się ze zgłaszanymi protestami. Przykładem jest zmiana systemu naboru i egzaminowania aplikantów adwokackich czy bezmyślne i nieograniczone zwiększanie liczby aplikantów, które już spowodowało, że wielu młodych adwokatów nie ma szans na podjęcie pracy w zawodzie.

Nasuwa się pytanie, dlaczego tak się stało.

Moim zdaniem odpowiedź jest jedna. Przyczyną nieliczenia się przez władze z Adwokaturą jest nasza bierność. W demokratycznym społeczeństwie ci, którzy milczą i nie zabiegają o swoją pozycję, nie są zauważani i nikt się z nimi nie liczy.

Błędem był więc brak zaangażowania Adwokatury w sprawy publiczne i niedostateczna dbałość o właściwe postrzeganie naszego

zawodu, który jest przecież służbą publiczną, ustawowo powołaną do ochrony wolności w demokratycznym państwie.

Łódzka Okręgowa Rada Adwokacka postanowiła zmienić dotychczasową praktykę pozostawania w cieniu. Pod patronatem Dziekana ORA Jarosława Z. Szymańskiego zorganizowaliśmy na przełomie września i października 2014 roku trzy publiczne debaty w siedzibie ORA na temat ważnych spraw naszego miasta. Wspólnym tytułem tego przedsięwzięcia było hasło „Łódzcy Adwokaci dla swojego miasta. Demokracja = dialog”. Pierwsza debata dotyczyła przedsiębiorczości w Łodzi, barier, rozwoju i oczekiwań biznesu wobec Zarządu Miasta. Druga obejmowała zagadnienia komunikacji władzy z mieszkańcami, wizerunku działaczy samorządowych i przepływu informacji między Zarządkiem Miasta a łodzianami. Trzecia debata obejmowała problemy związane z architekturą Łodzi, urbanistyką, inwestycjami i komunikacją. Rangę tym wydarzeniom nadał fakt, że Prezydent Łodzi Hanna Zdanowska uczestniczyła osobiście we wszystkich trzech spotkaniach i współpracowała w ich organizacji. Przebieg debat był podobny. Najpierw referat wygłaszał dyrektor odpowiedniego Wydziału Urzędu Miasta, przedstawiając plany Urzędu i ich realizację, a potem na każdy z tematów wygłaszały referat trzy osoby zaproszone przez Radę Adwokacką spośród znanych łodzian. Byli to eksperci, którzy przedstawiali swoje uwagi, czasem pochwały, a także krytykowali zamierzenia władzy wykonawczej. O debatach informowały szeroko łódzkie media. Wstęp na spotkania był wolny dla wszystkich.

Okazało się, że nasz projekt był strzałem w dziesiątkę. Mieliśmy pełną salę uczestników, niezwykle ciekawe wystąpienia referentów oraz ożywioną dyskusję. Jednocześnie udało się nie dopuścić do wystąpień o charakterze politycznym czy promocyjnym.

Zdecydowanie podkreślaliśmy, że Adwokatura jest niezależna politycznie i działa wyłącznie dla ochrony wolności obywatelskich, stwa-

rząc przez organizację debat forum do dyskusji i dialogu Władz Miasta z mieszkańcami. Praktyka życia publicznego pokazuje, że politycy są najbardziej zainteresowani kontaktem z wyborcami w okresach wyborczych. Ci zaś, którzy nie chcą angażować się politycznie, nie mają realnej możliwości wyrażania swoich opinii i pomysłów, a nawet kiedy chcą to zrobić, władze nie są zainteresowane słuchaniem.

Nasza inicjatywa została bardzo dobrze przyjęta, wywołała wiele pozytywnych ocen mediów i komentarzy wśród Łodzian. Dowodem na to są zgłaszane do nas prośby o organizację podobnych dyskusji w przyszłości.

Podczas spotkań zgłoszono wiele fascynujących projektów i niestandardowych pomysłów, jak np. potrzebę odtworzenia w Łodzi jednej z wielu rzek, które kiedyś przez miasto płynęły, czy też propozycję stworzenia centrum badań i innowacji pod nazwą Future Nobel Center.

Nie zabrakło też uwag krytycznych wobec działań Władz Miasta czy też radnych miejskich, których nie widać w życiu społecznym, bo zdaniem wielu zajmują się wyłącznie sprawami partii politycznych, z list których zostali wybrani.

Jaki jest rezultat przeprowadzonych debat?

Nie wiemy, czy zgłaszane projekty zostaną zrealizowane i czy będą uwzględnione uwagi krytyczne. Wiemy natomiast, że dyskusja obywateli miasta zaangażowanych w sprawy publiczne z władzami jest najlepszą formą demokracji. Wsłuchiwanie się w głosy wyborców jest o wiele ważniejsze niż głosowanie, które odbywa się raz na 4 lata.

Przebieg każdej z dyskusji i składane podczas niej postulaty będą przesłane mediom, Zarządowi Miasta oraz miejskim radnym.

Jednocześnie wydaje się, że podjęta i przeprowadzona przez nas akcja pomoże budować wizerunek Adwokatury jako instytucji zaangażowanej w sprawy publiczne i działającej w interesie demokratycznych wolności obywatelskich.

Adwokaci są bez wątpienia intelektualną elitą kraju i mają kompetencje do wypowiedzenia się nie tylko w zakresie prawa, ale we wszystkich ważnych dla Polski sprawach.

Tylko wtedy będzie szansa, że zostaniemy wysłuchani.

Jerzy Szczepaniak

Konkurs Krasomówczy w Izbie Adwokackiej w Rzeszowie

Nie jest żadną tajemnicą, że adwokat trafia do przekonania sądu mową i piśmem. Umiejętność wypowiedzenia słów i łączenia ich w logiczny i zgrabny ciąg to cecha, która niejednokrotnie prowadzi do sukcesu adwokata. Bywa, że pojedynki słowne na sali sądowej to płomiennie wystąpienia wzbudzające emocje i uznanie dla mówcy. Krasomówstwo to z pewnością forma sztuki. Dla sprawdzenia umiejętności młodych adeptów adwokatury oraz pobudzenia ich aktywności w tej dziedzinie samorząd od lat organizuje konkursy krasomówcze.

W dniach 17, 18, 24 i 25 kwietnia 2015 r. ORA w Rzeszowie zorganizowała Izbowy Konkurs Krasomówczy.

Jury pod przewodnictwem adw. Władysława Finiewiczza w składzie: adw. dr Piotr Blajer, adw. Grzegorz Dąbrowski, adw. Jacek Lewandowski, adw. dr Andrzej Maciąg oceniało wystąpienia aplikantów adwokackich.

106 uczestników z III roku aplikacji prezentowało swoje umiejętności w oparciu o 28 zestawów casusów z prawa karnego i cywilnego. O roli procesowej decydowało losowanie. Przez 4 dni krasomówcy przekonywali komisję konkursową, że potrafią nie tylko mówić, ale też wygrywać pojedynki słowne.

Komisja oceniała poprawność rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego, styl, język i formę przemówienia, a także jego konstrukcję. Brano również pod uwagę poprawność fonetyczną,

sposób przedstawienia stanu faktycznego oraz ogólne wrażenie.

Jury oceniło, że aplikanci bardzo dobrze przygotowali się do swych wystąpień i z dużym zaangażowaniem wygłaszali swoje mowy.

Niestety wielu uczestników czytało swoje wystąpienia, przemawiając zbyt szybko, często bez pauz.

Niektórzy mówili cicho i monotonna. Znalazło to wyraz w końcowych wynikach konkursu.

Jednomyślną decyzją komisja wyłoniła finalistów w osobach: I miejsce Waldemar Klein, II miejsce Kamila Sobarnia, III miejsce Piotr Widomski.

Następujący aplikanci adwokacy otrzymali wyróżnienia: Beata Cap, Paweł Czajewski, Paweł Gonet, Małgorzata Józefczyk, Agnieszka Kawa, Celestyna Kusa-Gajur, Grzegorz Mróz, Kamila Noga, Anna Ostrowska, Michał Siwoński, Agata Syta, Justyna Szumilak, Michał Tuszyński.

Przyznano stosowne nagrody finansowe finalistom i wyróżnionym.

Na konkurs środowiskowy organizowany przez ORA w Krakowie zakwalifikowali się apl. adw. Waldemar Klein oraz apl. adw. Kamila Sobarnia.

Janusz Czarniecki

Skwer im. adwokata Zbigniewa Ryśa we Wrocławiu



9 czerwca 2015 r. o godzinie 14.00 w kropłach deszczu dźwięki trąbki wojskowej zainicjowały ceremonię upamiętnienia „Zbyszka”, czyli uroczyste nadanie nazwy skwerowi oraz odsłonięcie tablicy pamiątkowej poświęconej adwokatowi Zbigniewowi Rysiowi. W uroczystości wzięli udział przedstawiciele adwokatury oraz miejscowych władz i służb mundurowych.

Skwer znajduje się w bezpośrednim sąsiedztwie siedziby Okręgowej Rady Adwoka-

kiej we Wrocławiu oraz sądu. W obu tych miejscach Zbigniew Ryś pracował jako adwokat. Uchwała o nadaniu skwerowi u zbiegu ulic Podwale i Sądowej imienia adwokata Zbigniewa Ryśa podjęta została podczas posiedzenia Rady Miasta Wrocławia 19 marca 2015 r. Przy skwerze, oprócz tabliczki informacyjnej z nazwą, zawisła również tablica pamiątkowa z notą o patronie.

Adwokat Zbigniew Ryś swoją niezłomną postawą bronił wartości prawdy i uczciwości, dla których żył. W czasach największych prób w warunkach wojennych, zagrożenia i prześladowań, stał nieugięty na straży sumienia i godności ducha ludzkiego. Należał do pokolenia oddającego swe życie w zastaw wolności Polski, dla którego honor był rzeczą bezcenną, wznoszącą naród do wiecznej chwały. Teraz, jako „rycerz Temidy”, tu, na skrawku polskiej ziemi, zaciąga wartę prawości i pokoju.

Był zasłużonym żołnierzem AK, a w 1940 r. był dowódcą „Akcji S”, która polegała na wykradzeniu Jana Karskiego ze szpitala w Nowym Sączu, w którym był przetrzymywany przez Niemców. Adwokat Zbigniew Ryś pracował

w Zespole Adwokackim nr 4 we Wrocławiu od 1 stycznia 1969 r. do 31 stycznia 1984 r. Pełnił funkcję kierownika zespołu od marca 1971 r. do października 1973 r.

Podczas uroczystości obecna była asysta wojskowa, poczet sztandarowy Naczelnej Rady Adwokackiej oraz Izby Adwokackiej we Wrocławiu, a także sztandar IV Liceum Ogólnokształcącego.

Z ramienia Wydziału Kultury Urzędu Miasta Wrocławia uroczystość prowadził dyrektor Jarosław Broda. Wśród zebranych gości, którzy chcieli upamiętnić imię Zbigniewa, był gospodarz miejsca i współorganizator ceremonii, dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej we Wrocławiu adw. Andrzej Grabiński. List intencyjny w imieniu Prezesa NRA odczytał członek NRA adwokat Ziemisław

Gintowt. Ratusz reprezentował Jerzy Skoczyła – przewodniczący Komisji Kultury i Nauki. Na uroczystości obecna była również delegacja z Nowego Sącza, rodzinnego miasta adw. Zbigniewa Rysia, w składzie: Marek Oleniacz – sekretarz miasta oraz Józef Kantor – dyrektor Wydziału Kultury i Sportu. Bliscy w osobach synów: Lesława i Jacka z rodzinami, a także krewni i przyjaciele, uczcili pamięć ojca, dziadka oraz wujka.

O godzinie 19.00 w Centrum Edukacji Kulturalnej Dzieci i Młodzieży – MDK im. Mikołaja Kopernika przy ulicy H. Kołłątaja 20 we Wrocławiu odbył się spektakl teatralny pt. *Zupa rybna w Odessie* autorstwa niżej podpisanego, którego to przedstawienia tematyka wiąże się z postaciami Jana Karskiego, a także Zbigniewa Rysia.

*Jacek i Sebastian Rysiowie
– syn i wnuk*

Nagroda im. Ludovica Trarieux dla adwokata z Arabii Saudyjskiej Waleeda Abu al-Khaira

Nagroda imienia Ludovica Trarieux jest przyznawana od 1984 r. jako nagroda adwokatów dla adwokata zasłużonego w obronie praw człowieka. Pierwszym jej laureatem był Nelson Mandela z Republiki Południowej Afryki, późniejszy prezydent RPA. Wśród laureatów znaleźli się adwokaci z różnych kontynentów i krajów. I tak w 2005 r. został nagrodzony Henry Burin des Rosyers z Brazylii – dominikanin, będący adwokatem walczącym o prawa wydziedziczonych z ziemi. W 2010 r. laureatką została Karinna Moskalenko z Rosji – adwokatka opozycjonistów, wśród nich słynnego szachisty Kasparova i zamordowanej dziennikarki Politykowskiej.

12 czerwca 2015 r. w Amsterdamie członkowie jury po trzykrotnych głosowaniach (z uwagi na ogromną liczbę podobnie zasłużonych adwokatów z innych krajów) przyznali

nagrodę im. Ludovica Trarieux adwokatowi Waleedowi Abu al-Khairowi, fundatorowi Monitor of Human Rights in Saudi Arabia, tj. organizacji praw człowieka, niezależnej od rządu, utworzonej w 2008 r. Adwokat Waleed Abu al-Khair uczestniczył w obronie wielu osób uwięzionych bez powodu i bez przedstawienia zarzutów oraz występował przeciwko pozbawianiu kobiet praw wyborczych w wyborach municypalnych. Reprezentował liczne ofiary naruszenia praw człowieka w Arabii Saudyjskiej, wśród nich Raifa Badawiego.

Jury wzięło pod uwagę determinację adwokata Waleeda Abu al-Khaira w obronie praw człowieka opłaconą utratą przez niego wolności i niezłomność jego postawy, wyrażającej się w odmowie przeprosin władzy rządzącej, które otwierałyby mu drogę do wolności czy mniej surowych wyroków.

Zbigniew Cichoń

Promocja książki adwokata dr. hab., prof. UG Tomasza T. Koncewicza *Prawo z ludzką twarzą*

23 lipca br. w Muzeum Miasta Gdyni miała miejsce promocja książki autorstwa stałego współpracownika „Palestry” (od 2000 r.) adw. prof. UG dr. hab. Tomasza Tadeusza Koncewicza pt. *Prawo z ludzką twarzą*.

Gospodarzem spotkania i moderatorem dyskusji był dr Wojciech Szczurek, prezydent Gdyni. Przypomnił, że ludzie często boją się prawa, dlatego tak ważne są spotkania, które przybliżają prawo zwykłym obywatelom. Następnie prof. Ewa Łętowska przedstawiła osobę prof. adw. Koncewicza oraz ideę książki.

Dyskusja wokół książki koncentrowała się na kilku wątkach. Podkreślano, że prawo nie równa się przepisowi. W Polsce zbyt wiele uwagi poświęca się tekstowi, a za mało kontekstowi, w którym ów przepis powinien funkcjonować. W konsekwencji polscy prawnicy są doskonałymi prawnikami tekstu, zupełnie lekceważąc kontekst, w jakim przepis funkcjonuje. Prof. Koncewicz wskazywał, że takie podejście tekstocentryczne jest podstawową przyczyną przegrywania przez Polskę kolejnych spraw w Europejskim Trybunale Praw Człowieka w Strasburgu. Gdy ETPCz mówi: „pokażcie nam standard”, Polska nie rozumie i broni się: „przecież wszystko jest OK, bo mamy przepis”!

Prawo z ludzką twarzą to nie tylko tekst, ale przede wszystkim praktyka interpretacji i stosowania tekstu, która odchodzi od tak popularnego w Polsce rozumowania dwubiegowego „albo czarne, albo białe” i interpretacji językowej. Tymczasem w XXI wieku kolorem prawa jest szarość, a słowami-kluczami proporcjonalność, ważenie i sytuacyjność. Autor przytoczył przykład doliny Rospudy, jako fałszowanie rzeczywistego obrazu. Państwo przekonywało, a mało krytyczne media donosiły, że inwestycja jest wyborem pomiędzy ochroną środowiska a ochroną zdrowia i życia mieszkańców Augustowa, gdy tymczasem in-

westycja mogła zostać zrealizowana w poszanowaniu zarówno środowiska, jak i interesu mieszkańców Augustowa. Wystarczyło tylko dokonać wyważenia obydwu interesów i poszukać rozwiązania proporcjonalnego.

Autor przypomniał trzy kanony dobrej interpretacji prawa. Po pierwsze, wrażliwość aksjologiczna. Po drugie, deficyt interpretacyjny, gdy sędzia czuje, że oparcie się tylko na tekście nie wystarcza, ale potrzebne jest coś więcej. Po trzecie, niezbędne *know-how*, dzięki któremu sędzia nie tylko wykazuje wrażliwość aksjologiczną i wyczuwa potrzebę przełamania rutyny interpretacyjnej, ale umie to uczucie i potrzebę przekuć na interpretację prawa w konkretnych sytuacjach życiowych, które codziennie sądzi. Prof. Łętowska dodała czwarty element w postaci odwagi sędziego w przeciwstawieniu się większości składu sędziowskiego.

Drugim wątkiem był etos pracy naukowca-prawnika. Zastanawiano się, co prawnicy mogą zrobić, by polityka nie zawłaszczala wszystkich sfer dyskusji publicznej. Autor książki przekonywał, że każdy może wywołać zmianę. Nawet pisanie czy rozmowa spełniają ważną funkcję w drodze do pozytywnych zmian. Prof. adw. Koncewicz posłużył się anegdotką. Podczas jazdy samochodem usłyszał w radiu informacje, które przedstawiały uproszczoną i negatywną wizję rzeczywistości. Zatrzymał się i zadzwonił do radiostacji, by nie zostawić słuchaczy z jednostronnie przedstawionym obrazem. Zmiana zaczyna się od takiej pracy organicznej „tu i teraz” i uda się, jeżeli każdy z nas w to uwierzy – przekonywał podczas spotkania.

Po trzecie, w dyskusji podkreślano także – za przykładem prof. Łętowskiej – że prawnik ma etyczny obowiązek zabierania głosu w debacie publicznej, obowiązek tłumaczenia prawa, przełamywania stereotypów i głośnego mówienia „nie” manipulacji prawem, zwłaszcza

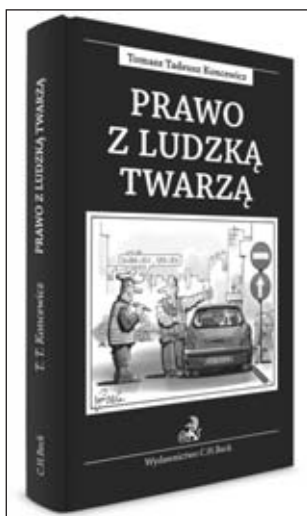
cza w dzisiejszych czasach, gdy prawo staje się łakomym materiałem dla mediów. W sytuacji gdy media szukające sensacji i „newsa” na dzisiaj są gotowe zrobić wszystko, aby prawo zniekształcić i nim manipulować, a często prawa nie rozumieją, to prawnicy mają szczególnie obowiązek niemilczenia.

Autor wskazywał, że prawnicy nie są dzisiaj gotowi na takie przewartościowanie swojej roli. Zbyt często wybierają pasywność i chowają głowę w piasek. Prof. Koncewicz podkreślał, że bardzo wysoko ceni sobie każdy tekst publikowany na łamach „Gazety Wyborczej” czy „Rzeczpospolitej”, bo wie, że pisząc w ten sposób o prawie dla ludzi, spełnia swój obowiązek zabierania głosu i tłumaczenia rzeczywistości.

Autor przestrzegał przed zrównywaniem krytyki (czasami mocnej) zawartej w książce z atakiem na kogokolwiek. Zwracał uwagę, że pisał swoją książkę w obronie idei (jak mówił: „piszę za czymś”), a nie przeciwko komukolwiek. Powoływał się na myśl Cypriana Kamila Norwida, która otwiera książkę: „Kiedyż dojdziemy do dni, w których mówić o głupstwie, że jest głupstwem, nie będzie zdradą stanu!?” , która w Polsce AD. 2015 jest niestety cały czas bardzo aktualna.

Odpowiadając na pytania z sali, prof. Koncewicz zaznaczył, że zmiany nie dokonają się poprzez poprawki w przepisach, ale przez zmianę mentalności, kultury prawnej oraz przez merytoryczną i trudną rozmowę o tym, co ważne w życiu publicznym.

Z osobami, które odczuwają zniechęcenie i wątpliwość co do możliwości rzeczywistych zmian, autor podzielił się radą, którą sam otrzymał od prof. Łętowskiej, gdy przekazał jej swoje z wątpliwością i zmęczeniem po kolejnym wykładzie dla sędziów: gdy człowiek jest rozczarowany efektem swoich wysiłków i oporem



środowiska, do którego się zwraca, musi zdwoić swoje wysiłki i tym bardziej wracać ze swoim przekazem do opornych słuchaczy.

Tomasz Tadeusz Koncewicz ukończył prawo we Wrocławiu i w Edynburgu, jest profesorem prawa, kierownikiem Katedry Prawa Europejskiego i Komparatystyki Prawniczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, autorem ponad 200 prac naukowych i publicystyczno-naukowych, w tym 9 książek, z zakresu prawa europejskiego,

praw człowieka i prawa konstytucyjnego. Od lat współpracuje z „Palestrą”, gdzie prowadzi autorską rubrykę „Z wokandy Luksemburga” (od 2000 roku).

Autor dziękował przybyłym, a szczególnie prof. Łętowskiej, podkreślając, że jej obecność w tym dniu jest dla niego symboliczna – postrzega ją bowiem jako ideał prawnika zaangażowanego, który nie przechodzi obojętnie obok niegodziwości, kłamstwa i głupoty. – *Staram się iść w jej ślady, również w tym, by przedstawiać prawo w zrozumiały dla każdego sposób i staram się wierzyć, że taka „robota” na dole przynosi skutek i ma sens* – powiedział. Podziękował prezydentowi Gdyni dr. Wojciechowi Szczurkowi za objęcie przez miasto patronatu nad książką, a adw. Andrzejowi Zwarze, prezesowi NRA, za sfinansowanie publikacji przez Naczelną Radę Adwokacką. Kolejne podziękowania trafiły na ręce prof. dr. hab. Jakuba Steliny, dziekana Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, który ufundował ilustracje do książki, autorstwa Andrzeja Mleccki. W szczególności prof. adw. Koncewicz podziękował za obecność Pani Bożenie Mikke, żonie adw. Stanisława Mikke, wieloletniego redaktora naczelnego „Palestry”, któremu zadedykowana jest książka *Prawo z ludzką twarzą*. – *Pan mecenas Mikke odegrał w moim życiu wielką rolę,*

uksztaltował mnie jako naukowca-adwokata, wpoił poszanowanie dla drugiego człowieka, respektowanie prawa i godności każdego z nas, uczył kultury mądrego spierania się na racje – powiedział. Na koniec spotkania Autor poprosił o ostatni głos i w sposób szczególny podziękował za przy-

jażń profesorowi dr. hab. Zdzisławowi Brodeckiemu, przypominając, że to dzięki niemu znalazł się w 2006 r. na Wydziale Prawa i Administracji UG. Podobne słowa wdzięczności za inspirację i życzliwość zostały przekazane profesorowi dr. hab. Jerzemu Zajadle.

Biuro Prasowe NRA

Nominacja profesorska dla adw. prof. Macieja Gutowskiego, przewodniczącego Kolegium „Palestry”

31 lipca 2015 r. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej Bronisław Komorowski podczas uroczystości w Pałacu Prezydenckim wręczył akt nominacyjny profesora nauk prawnych przewodniczącemu Kolegium „Palestry” i dziekanowi ORA w Poznaniu adwokatowi Maciejowi Gutowskiemu.

Profesor Maciej Gutowski urodził się w 1972 r. w Poznaniu. Ukończył studia prawnicze na Uniwersytecie Adama Mickiewicza w 1996 r. oraz studia Master of Laws (LLM) w dziedzinie prawa handlowego w Central European University w 1997 r. Od 1997 r. związany z Katedrą Prawa Cywilnego UAM, najpierw jako doktorant, następnie adiunkt, wreszcie profesor. Stopień naukowy doktora nauk prawnych ze specjalnością prawo cywilne uzyskał w 2001 r. na podstawie przygotowanej pod kierunkiem naukowym prof. M. Kę-

pińskiego rozprawy pt. *Stosunek prawny opcji*, która została wyróżniona nagrodą w Konkursie „Państwa i Prawa” w 2002 r. Stopień doktora habilitowanego nauk prawnych uzyskał w 2007 r. na podstawie rozprawy pt. *Nieważność czynności prawnej*. Jest autorem kilkudziesięciu publikacji w dziedzinie prawa cywilnego, handlowego oraz o charakterze interdyscyplinarnym. Od 2010 r. jest arbitrem w Sądzie Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie. Egzamin adwokacki złożył w 2001 r. i od tego czasu wykonuje zawód adwokata. Od 2013 r. jest dziekanem Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu oraz wiceprzewodniczącym Komisji Legislacyjnej Naczelnej Rady Adwokackiej. Członkiem Kolegium „Palestry” oraz jego przewodniczącym adw. prof. Gutowski jest od 1 stycznia 2015 r.

Serdecznie gratulujemy!

Redakcja

Szpalty pamięci

ADWOKAT HILARY SOBOCIŃSKI (1892–1939)

Wspomnienie o Ojcu, adwokacie w Rypinie

„Sobociński Hilary, urodzony w Skępem – Ziemia Dobrzyńska – dnia 20 listopada 1892 roku, po ukończeniu studiów prawnych w Kijowie, pracował jako prokurator w Płocku, a następnie jako adwokat w Rypinie. Był właścicielem majątku ziemskiego Klonowo. Aresztowany w końcu października 1939 roku przez Selbstschuts. Więziony w rypińskim Domu Kaźni. Rozstrzelany 10 listopada 1939 roku w lasach skrwileńskich pod Rypinem”.

Tyle podaje katalog zbrodni Ziemi Dobrzyńskiej wydawnictwa Muzeum Ziemi Dobrzyńskiej w Rypinie. Dodać mogę, że aplikację adwokacką odbywał w Płocku; że jego rodzice, a moi dziadkowie, to Jan i Eleonora – absolwentka znanej szkoły pedagogicznej w Myślinie; że majątek Klonowo znajdował się ok. 25 km od Rypina.

W lasach skrwileńskich pod Rypinem jest zbiorowa mogiła – kryje od 1500 do 2000 Polaków, w ogromnej większości mieszkańców Rypina i powiatu rypińskiego, zamordowa-



nych przez Niemców w październiku i listopadzie 1939 r. Identyfikacja zwłok nie była możliwa, gdyż Niemcy spalili je.

Rypin został włączony do Rzeszy Niemieckiej, a namiestnikiem Hitler mianował Alberta Forstera, który polecił eksterminację polskich przywódców i intelektualistów, zwłaszcza nauczycieli, duchownych, wszystkie osoby z akademickim wykształceniem, ziemian.

Gdy Ojciec został zamordowany, miałam 10 lat. Ostrzeżone przez Niemca, ziemianina z tego terenu, podstawionym przez niego powozem uciekłyśmy do Warszawy.

Byłam jedynym dzieckiem moich rodziców. Ojciec każdego wieczoru starał się znaleźć czas, aby być ze mną. Najpierw opowiadał mi bajki o Rinaldo Rinaldinim – szlachetnym bandycie, a gdy byłam już starsza, mówił o tym, że człowiek powinien być uczciwy, mówić prawdę, pomagać innym. Żeby nie przewróciło mi się w głowie, roznosiłam gazety z miejscowym

gazeciarem. Za namową Ojca oszczędzałam pieniądze, za które następnie kupowałam buty dla biednych dzieci.

Ojciec miał ogromne poczucie obowiązku. Był mądrym, wykształconym człowiekiem, ogromnie odczytanym. Był przystojnym, eleganckim mężczyzną, z wielkim poczuciem humoru. Z relacji osób, które stykały się

z nim na sali sądowej, wiem, że był bardzo dobrym i sumiennym adwokatem i świetnym mówcą.

W tragicznych latach i później moja Mama często powtarzała: postępuj zawsze tak, aby Tatusz był z Ciebie zadowolony.

Od tragicznej śmierci mego Ojca mija 76 lat.

Anna Sobocińska-Lorenc

Rok Polskiego Teatru

250 lat Teatru Narodowego

19 listopada 1765 r. w Warszawie w nowo powołanym przez króla Stanisława Augusta Poniatowskiego teatrze warszawskim odbyła się premiera *Natretów*, sztuki Józefa Bielawskiego. Nowa, stała scena narodowa była elementem reformy edukacji, obyczajów i życia kulturalnego upadającej Rzeczypospolitej. Powołano ją do propagowania idei oświecenia i polemiki z kulturą sarmacką. Takie cele wymagały nowego, rodzimego repertuaru. W ogłoszonym konkursie na sztukę nagrodę 200 dukatów otrzymał J. Bielawski za *Natretów*, komedię będącą przeróbką z Moliera. Sponsorem sceny narodowej był król. W ciągu 2 sezonów wystawiono 12 innych utworów. Wśród autorów pierwszego repertuaru był jezuita Franciszek Bohomolec. Pierwsza jego sztuka, *Małżeństwo z kalendarza*, cieszyła się dużym powodzeniem. Bohomolec i Adam K. Czartoryski byli twórcami komedii o charakterze obyczajowym. Wystawiane sztuki przeciwstawiły sobie dwa pokolenia – jedni to starzy, zacofani sarmaci w kontuszach, żyjący w izolacji od świata, drudzy młodzi we francuskich strojach, głoszący postępowe idee oświecenia. Repertuar teatru stanisławowskiego to również przekłady i adaptacje sławnych utworów. Ceniono ich aktualność i komizm przyciągający publiczność. Król doceniał wiersz, styl, język. Faworyzował autorów o wyższych aspiracjach, jak Kazimierz Sapieha, Stanisław Trembecki, Józef Wybicki. Do arcydzieł polskiej komedii weszły pisane dla teatru utwory, jak Franciszka

Zablockiego *Fircyk w zalotach* (niestety na premierze w 1781 r. nie znalazł akceptacji widzów i nie przyniósł dochodu), Józefa Wybickiego *Szlachcic mieszczańskim* czy Juliana Ursyna Niemcewicza *Powrót posła*, będący pierwszą polską komedią polityczną. Do 1794 r. zagrano ponad 190 nowych sztuk.



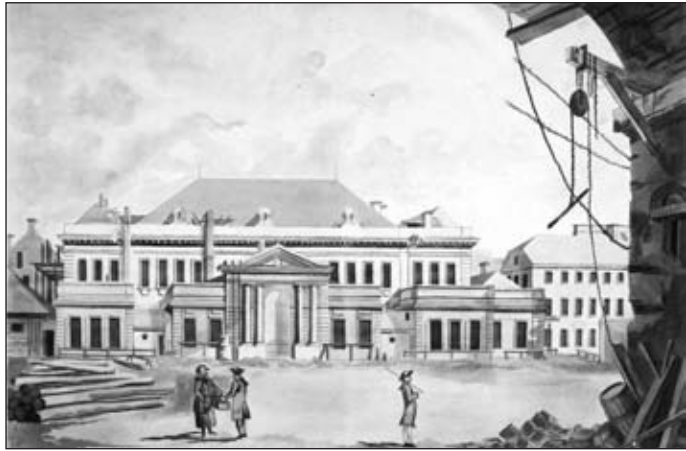
Afisz zapowiadający *Natretów* Józefa Bielawskiego

„Aktorowie Narodowi Jego Królewskiej Mości” byli pierwszym stałym, zawodowym zespołem teatralnym, grającym w języku ojczystym. Początkowo w teatrze grali byli studenci kolegium jezuickiego. Na pierwszym przedstawieniu niewielu aktorów znało swoją rolę na

pamięć, grano z suflerem za kulisami. Prestiż zawodu był niski, gaże bardzo słabe, od kilku do kilkunastu dukatów. Zespół aktorski tworzyło ok. 20 osób, z których każda opanowana miała 2 specjalności aktorskie. Publiczność zapamiętała w rolach amantów Kazimierza Owińskiego. 40 lat na scenie teatru spędził Karol Świerczawski. W 1778 r. zadebiutował w roli amanta szlachcic spod Poznania Wojciech Bogusławski.

Role kobiece grały panie, słynną amantką była Agnieszka z Marunowskich Truskolaska, uznawana za największą aktorkę swojej epoki. Bogusławski pół wieku po spektaklu *Beverley* wspominał role Truskolaskiej i Owińskiego: „Widzę jeszcze żonę Beverleya idącą z latarnią szukać w nocy obłąkanego męża, słyszę ów krzyk, kiedy go rozciągniętego na kamieniach znajduje, owe do Stwórcy przesyłane modły: *We łzach chęci moje zasylam Ci, o Boże!* Widzę łzami przepętlione oczy, wzniesione ku niebu, oczy, których widok powszechnie wymusza westchnienie!”. Umiejętności aktorskie szybko doceniano. Wybitny aktor raz w roku miał przywilej brania całego dochodu ze specjalnie na jego benefit reklamowanego spektaklu. W 1823 r. zespół, bez orkiestry i baletu, liczył już 56 osób.

Pierwszą siedzibą teatru była scena w Operalni Saskiej, dzierżawiona przez króla Stanisława Augusta, znajdowała się u zbiegu ulic Królewskiej i Marszałkowskiej, była teatrem publicznym dostępnym dla każdego, kto kupił bilet lub opłacił abonament. Na rogatkach i bramach miasta pojawiły się afisze teatru wywieszane przed każdym spektaklem. Początkowo nie podawano autora sztuk ani nazwisk aktorów, ale drukowano ceny biletów. Powstało pojęcie sezonu, trwającego cały rok, licząc od Wielkanocy. Od 1802 r. zaczęły ukazywać się recenzje teatralne pisane przez literatów.



Stały gmach Teatru Narodowego przy placu Krasieńskich (dziś na tym miejscu znajduje się gmach Sądu Najwyższego)

Siedziba teatru często ulegała zmianie. Teatr stanisławowski po 2 latach zmienił siedzibę z Operalni Saskiej na Pałac Radziwiłłów na Krakowskim Przedmieściu (obecnie siedziba Prezydenta RP), skąd już w 1779 przeniósł się do specjalnie wybudowanego gmachu przy placu Krasieńskich. Grał tam przez pół wieku – w roku 1791 widownia liczyła 1200 miejsc. Budynek był własnością Poniatowskich.

Wewnętrzny układ teatru przypominał współczesne sceny. Widownię od sceny oddzielało miejsce dla orkiestry. Malowana kurtyna często miała łacińską sentencję. Niewiele było ruchomych dekoracji, perspektywę nadawało malowane tło. Parter przeznaczony był dla stojącej widowni. Byli to głównie mężczyźni przechadzający się podczas spektaklu, często komentujący akcję. Dodatkowej opłaty (1 dukata) wymagano za miejsce na ławkach i w łóżkach. Środek widowni zajmował żelazny piec. Widownię na galerii stanowili ludzie ubodzy, łoże zajmowały damy z mężami i gośćmi stojącymi za ich krzesłami. Najlepsze łoże abonowano, głównie dla rodzin arystokratycznych, dyplomatów, bogatych kupców i bankierów. Król, mimo że posiadał piękny teatr w Pomarańczarni i teatr „Na Wodzie” w Łazienkach, dysponował kilkoma łożami w teatrze, w tym jedną oszkloną dla siebie na pierwszym piętrze po lewej stronie przy

scenie. Wierną widownią byli oficerowie warszawskiego garnizonu. Podczas sesji sejmowych teatr zajmowała prowincjonalna szlachta. Spektakle rozpoczynano o godz. 18.00. Zadowoleni widzowie rzucali na scenę kwiaty, pieniądze, upominki, do powtórzenia kwestii wzywali zawołaniem „Fora”, życzyli sobie poznać autora, wywoływali aktorów. Niezadowolenie wyrażano już wówczas „sykaniem”, gwizdaniem, stukaniem laskami. O repertuarze na następny dzień decydowali widzowie. Po przedstawieniu orator wychodził przed kurtynę, przepaszając za pomyłki tego dnia i przedstawiając propozycję sztuki na dzień następny, oklaski akceptowały propozycję. Wówczas drukowano afisze.

11 lipca 1778 r. w Pałacu Radziwiłłowskim przy Krakowskim Przedmieściu miała miejsce premiera pierwszej polskiej opery – *Nęcza uszczęśliwiona* Macieja Kamieńskiego, z librettem Wojciecha Bogusławskiego, według komedii Franciszka Bohomolca. W 1785 roku z Grodna przybyła do Warszawy 30-osobowa grupa świetnie wyszkolonego baletu nadwornego Antoniego hr. Tyzenhauza, która jako „Tancerze Jego Królewskiej Mości” została pierwszym stałym zespołem baletowym. Zespół pracował pod kierunkiem baletmistrzów Francois’a Gabriela Le Doux z Paryża i Daniela Curza z Wenecji – uznawanych za „ojców polskiego baletu”.

W 1783 r. stanowisko dyrektora teatru narodowego obejmuje **Wojciech Bogusławski** – „ojciec teatru narodowego”. Prowadzi scenę publiczną trzykrotnie do 1814 r., przez burzliwe lata Sejmu Czteroletniego i powstania kościuszkowskiego. Oddany idei oświecenia rozwinął zamysł Stanisława Augusta Poniatowskiego utworzenia teatru zaangażowanego w życie narodu, dbającego o zachowanie obyczajów i języka polskiego. Bogusławski wystawiał sztuki patriotyczne, m.in. Niemcewicza, Wybickiego. 1 marca 1794 r. przedstawił swoją operę *Cud mniemany, czyli Krakowiacz i Górale*, co stało się ważnym elementem agitacji patriotycznej w przededniu insurekcji kościuszkowskiej. Wymowa sztuki spowodowała zdjęcie jej z afisza przez władze okupa-

cyjne po 3. spektaklu. Sztuka „była początkiem i rozgrzała umysły do przyszłej rewolucji, była osnową rozmów po domach i czyniono sobie nadzieję szczęścia, które zdawała się obiecywać ta sztuka teatralna” – pisali ówcześni patriotyczni widzowie.

14 kwietnia 1810 r. powołano Rządową Dyрекcję Teatrów (od 1833 Warszawskie Teatry Rządowe) ze statutem opracowanym przez Bogusławskiego. Teatry otrzymały prawa i obowiązki „instytucji dobra publicznego” oraz budżet wywalczony przez Bogusławskiego, zwany „funduszem specjalnym”. Taka organizacja i finansowanie sceny narodowej przetrwało do 1915 r.

W 1825 r. rozpoczęto budowę nowej, stałej siedziby zaprojektowanej przez Antoniego Corazziego. Podczas budowy teatr mieścił się m.in. w istniejącym do dziś gmachu Towarzystwa Dobroczynności „Res Sacra Miser” przy Krakowskim Przedmieściu. Od 1829 r. ta scena Teatru Narodowego stała się Teatrem Rozmaitości. 24 lutego 1833 r. na placu Marywilskim (obecnie Teatralnym) otwarto gmach Teatru Wielkiego (po klęsce powstania listopadowego niemożliwe było używanie nazwy Narodowy), z trzema zespołami: opery, baletu i dramatu. Budynek jest siedzibą teatru do dziś (poza sceną główną na 600 miejsc Teatr Narodowy wystawia obecnie na małej Scenie Studio oraz na Scenie przy Wierzbowej).

W okresie zaborów funkcję warszawskiego teatru narodowego pełnił Teatr Rozmaitości jako dramatyczna scena Teatru Wielkiego, mimo że od 1833 r. wystawiano na obu scenach. Czujna cenzura rosyjska dopuszczała sztuki obyczajowe, muzyczne, dramaty antyczne, farsy, wykluczała dramaty romantyczny czy klasykę polską. Teatr, obok kościoła, był miejscem, w którym publicznie można było mówić po polsku. Jedynie afisze teatralne były dwujęzyczne. O poziomie teatru nie decydował wystawiany repertuar, ale aktorzy. Widzowie szturmowali teatr dla wybitnych kreacji aktorskich Heleny Modrzejewskiej, Alojzego Żółkowskiego w komedii, Jana Królikowskiego i Bolesława Leszczyńskiego w tragedii.



Wojciech Bogusławski (1757–1829), aktor, śpiewak operowy, reżyser, pisarz, dramatopisarz, tłumacz, prowadził Teatr w Wilnie (1785–1789) i we Lwowie (1795–1799), długoletni dyrektor Teatru Narodowego w Warszawie

Wspólną cechą ziem polskich pod zaborami był rozkwit życia teatralnego. Społeczną funkcję teatru narodowego pełniły teatry w Galicji, cieszącej się po 1860 r. znaczną autonomią. Miały też ambitny repertuar. Największy rozkwit osiągnęły w okresie Młodej Polski. Teatr im. Heleny Modrzejewskiej w Krakowie, drugi co do starszeństwa teatr w Polsce, i Teatr we Lwowie to prężne ośrodki życia teatralnego. Tam odbywały się premiery współczesnego polskiego dramatu, powstawały nowe inscenizacje, pracowali wielcy twórcy i wykonawcy. We Lwowie po raz pierwszy wystawiono w 1877 r. *Lohengrina* Wagnera, w 1879 r. *Prezydentów do korony* Ibsena. Wyspiański zadebiutował w Krakowie *Warszawianką* w 1898 r., a w 1901 roku zszokował miasto wystawieniem *Wesela*. We Lwowie wystawiono jego *Legendę* w 1905 r., w Wilnie – *Sędziów* w 1907 r. Wielcy romantycy wystawiani byli po raz pierwszy w Krakowie: *Dziady* Adama Mickiewicza w 1901 r., *Nie-Boska komedia* Zygmunta Krasińskiego w 1902 r. Twórczość Juliusza Słowackiego na scenie zagościła premierą *Mazepy* w Krakowie już w 1851 r., a we Lwowie w 1861 r. W Warszawie inscenizację

twórczości Słowackiego można było obejrzeć dopiero po wydarzeniach 1905 r.

Po pożarze w 1915 r. Teatr Wielki w Warszawie został odbudowany. W 1924 r. dyrekturę objął Juliusz Osterwa. Powrócono do nazwy Teatr Narodowy i tradycji Wojciecha Bogusławskiego. Wystawiano komedie Fredry, współczesny dramat polski. Do historii przeszła inscenizacja *Uciekla mi przepióreczka* Żeromskiego, *Opowieść zimowa* Szekspira w nowatorskiej oprawie Andrzeja Pronaszki i Wincentego Drabika w 1925 r. Reżyserowali Leon Schiller, Aleksander Zelwerowicz, Karol Adwentowicz. Do czołówki aktorskiej należeli Stanisława Wysocka, Irena Solska, Kazimierz Junosza-Stępowski, Józef Węgrzyn, Karol Adwentowicz. Od 1928 r. rozpoczęła pracę scena kameralna – Teatr Nowy. Do II wojny światowej dyrekturę teatru obejmowali Jan Lorentowicz, Ludwik Solski, Aleksander Zelwerowicz, Wilam Horzyca.

W międzywojniu (rok 1939) stałe siedziby miały teatry w 15 miastach: Bydgoszczy, Częstochowie, Grodnie, Kaliszu, Katowicach, Krakowie, Lwowie, Łodzi, Łucku, Poznaniu, Sosnowicu, Stanisławowie, Toruniu, Warszawie i Wilnie.

W czasie II wojny światowej teatry warszawskie, w tym Teatr Narodowy, zostały zniszczone. Decyzja o odbudowie gmachu Teatru Narodowego zapadła w grudniu 1945 r. Premiera 13 grudnia 1949 r. sztuki *Jegor Buczyłow i inni* Maksyma Gorkiego, przygotowana w stylu realizmu socjalistycznego, w reżyserii W. Krasnowieckiego, otwiera powojenną działalność Teatru Narodowego.

Ważnymi inscenizacjami lat 50. było wystawienie w 1955 r. dramatu z historii najnowszej (Armia Krajowa) – *Ostry dyżur* Jerzego Lutowskiego, oraz w 1956 r. wielkiego dramatu romantycznego *Kordian* Juliusza Słowackiego w reżyserii Erwina Axera, dyrektora teatru w latach 1954–1957.

Stabilizację i zasadnicze zmiany w teatrze wprowadził **Kazimierz Dejmek**, dyrektor od 1962 r. Wystawiał głównie klasykę polskiego dramatu, w tym rzadko goszczący na scenach dramat staropolski. Najstarsze zachowane pol-



Teatr Wielki (Narodowy) w Warszawie w 1832 r.

skie misterium średniowieczne, spisane w końcu XVI wieku przez Mikołaja z Wilkowiecka, w sławnej inscenizacji Dejmka z Wojciechem Siemionem w roli Chrystusa, *Historija o chwalebnyim zmartwychwstaniu Pańskim*, wystawione w 1962 r., okazało się „wydarzeniem na miarę nie tylko krajową, jako odkrycie nie tkniętych dotąd terenów wzruszeń i możliwości starego teatru religijnego i świeckiego oraz niewyczerpanych zasobów folkloru. Dejmek (...) całości nadał oryginalne piękno misterium, stylizowanego na gust drugiej połowy XX wieku, popołu śmiesznego i do głębi rozczulającego” – pisał Stanisław Marczak-Oborski. Teatr włączył się w życie artystyczne i społeczne kraju. Dejmek pozyskał do współpracy wybitnego scenografa Andrzeja Stopkę, świetnych aktorów. Twórczość klasyków brzmiała współcześnie, śmieszyły dawne komedie, wystawiono m.in. *Wilki w nocy* Rittnera, *Gru-be ryby* Bałuckiego, *Żywot Józefa Reja* oraz romantyków polskich. Po *Kordianie* Słowackiego głośnym wydarzeniem artystycznym były Mickiewiczowskie *Dziady* ze świetną rolą Gustawa Holoubka w roli Gustawa-Konrada. Entuzjastyczne owacje publiczności na dwuznaczne fragmenty spektaklu władze PRL-u uznały za „antyrządowe” oraz „antyrosyjskie” i 30 stycznia 1968 r. sztukę zdjęto z afisza. Dejmka zwolniono ze stanowiska dyrektora narodowej sceny. Na ostatnim przedstawieniu zjawiała się elita publiczności warszawskiej i tłum

młodzieży, demonstrując swoje poparcie dla inscenizacji, zorganizowano pochód pod pomnik Adama Mickiewicza. Tam uczestnicy zostali spalowani i rozprędzeni przez milicję. Bunt się rozprzestrzenił, nabierał wielowątkowego charakteru, manifestacje studenckie w Krakowie, Gdańsku, Wrocławiu i Katowicach, strajki okupacyjne na uczelniach spowodowa-

ły ostre antyinteligentkie i antysemickie wystąpienia I sekretarza PZPR. Ocenzurowanie *Dziadów* zapoczątkowało tzw. wydarzenia Marca '68.

W latach 1968–1982 Teatr Narodowy prowadził **Adam Hanuszkiewicz**. Na scenie teatru zagościł czas rozliczeń z polską tradycją teatralną i narodową. „Narodowy Antyteatr”, teatr dla wszystkich, z kontrowersyjnymi spektaklami i rekwizytami, przyciągnął ogromne rzesze młodzieży bliższej mass mediom niż sztuce wysokiej. *Antygoną* Sofoklesa grana była we współczesnych strojach, *Ballady* Słowackiego z Goplaną na motocyklu. Hanuszkiewicz wprowadził na scenę wielu młodych, zdolnych aktorów, powierzając im główne role. Do zespołu należeli wybitni aktorzy: Andrzej Łapicki, Wojciech Siemion, Zofia Kucówna, Halina Mikołajska, Piotr Fronczewski, Daniel Olbrychski. W 1973 r. otwarto nową scenę Teatru Narodowego – Teatr Mały, działający do 2009 r. Scenę prowadzili m.in. Mieczysław Marszycki i Paweł Konic. Był to przede wszystkim teatr aktorski ze starannie, lecz skromnie reżyserowanymi przedstawieniami: *Antygoną*, *Białe małżeństwo*, *Miesiąc na wsi*, *Fedra*. Teatr stał się jedną z najciekawszych scen impresaryjnych.

Po rozległym pożarze w 1985 r., ponad 15-letniej odbudowie i modernizacji ukończonej staraniem Ministra Kultury Kazimierza Dejmka Teatr Narodowy rozpoczął działalność

w listopadzie 1996 r. Nominacja na dyrektora sceny narodowej **Jerzego Grzegorzewskiego**, uznanego twórcy awangardowego, wywołała wiele dyskusji. Pierwszą premierą w jego reżyserii była *Noc listopadowa* Wyspiańskiego oraz tegoż autora *Wesele* i *Sędziowie*. Wystawiano dramaty romantyczny i współczesny, nowe inscenizacje niejednokrotnie były dalekie od wiernego wystawiania dramatu. W 1998 r. otwarto Scenę przy Wierzbowej. Dla młodej widowni organizowano wykłady wybitnych polskich intelektualistów poświęcone dziejom polskiego i światowego dramatu. Teatr Narodowy zyskał pozycję jednej z najważniejszych scen w kraju.

Po śmierci Grzegorzewskiego Piotr Gruszczyński napisał w „Tygodniku Powszechnym”: „To była wyspa w archipelagu polskiego teatru zupełnie odrębna, oblana wielkim morzem, które dzieliło ją od innych łądów. Panował na niej Król-Duch, poeta, niebywale arystokratyczny, oderwany od szybkiego rytmu zdarzeń, wsłuchany w rytm rzeczy istotnych i własne wizje, tworzący stale nowy świat z przedmiotów przeniesionych, wyjętych z ich codziennego

kontekstu, czasem bardzo wzniosłego, które w teatrze jego wyobraźni nabierały nowej mocy, zaskakiwały siłą rażenia. Wyspy już nie ma. Odys powrócił do Itaki jedyną możliwą drogą, przez śmierć. Bardzo ubyło teatru w Polsce”.

Od września 2003 r. dyrektorem artystycznym Teatru Narodowego jest **Jan Englert**. Otworzył on teatr dla szerszej publiczności, rozwinął różnorodną działalność artystyczną. Teatr stał się miejscem spotkań różnorodnych estetyk teatralnych i artystów. Rocznie daje ok. 500 przedstawień, nawet 9 premier, co 2 lata organizuje Spotkania Teatrów Narodowych, wprowadza nowe działania edukacyjne.

Teatr Narodowy jest czwartą pod względem starszeństwa sceną narodową Europy. W 2015 r. kończy 250 lat. Swoją burzliwą historię rozpoczął w przededniu pierwszego rozbioru Polski. Trwał w najtrudniejszych czasach wielonarodowego społeczeństwa jako publiczna placówka kultury, opoka społeczeństwa walczącego o przetrwanie. Zmieniały się władze, ambicje, teatr płonął i odbudowywano go. Od 250 lat spełnia społeczną rolę, dla realizacji której został powołany.

Anna Grabowska

Bibliografia

- Zbigniew Raszewski, *Krótką historia teatru polskiego*, Warszawa 1977.
Słownik biograficzny teatru polskiego, Warszawa 1973.
Słownik wiedzy o teatrze, Bielsko-Biała 2005.
http://www.narodowy.pl/o_teatrze/historia.html [28.08.2015]
<http://culture.pl/pl/miejsce/teatr-narodowy-w-warszawie> [2.09.2015]

TABLE OF CONTENTS

Piotr Kardas , advocate, Prof. Ph.D. habilitated, Jagiellonian University (Kraków)	
The new interpretation of the principle <i>in dubio pro reo</i>	7
Aleksandra Rychlewska , candidate for doctor's degree, Jagiellonian University (Kraków)	
On the interpretative direction of <i>in dubio pro reo</i> . Remarks on the background of the act amending the criminal procedure act	23
Małgorzata Szeroczyńska , Ph.D., Prosecutor at the District Prosecutor's Office (Warszawa)	
Who will understand criminal proceeding files?	32
Marcin Hotel , candidate for doctor's degree, Jagiellonian University (Kraków)	
Constitutionality of the criminal law provisions concerning inside information in the light of <i>nullum crimen sine lege</i> rule	41
Michał Wojewoda , Ph.D., University of Łódź (Łódź)	
The problem of representation in proceedings concerning liability for medical occurrences	48
Piotr Poniatowski , advocate's trainee (Lublin)	
Active repentance in attempted crime (part 2)	59
Marta Kolendowska-Matejczuk , advocate, Ph.D., senior lecturer of ESLA in Warsaw (Warszawa)	
The problems of compliance with the principle <i>ne bis in idem</i> of the solution adopted in art. 10 § 1 of the Petty Offence Code	69
Tomasz Przesławski , Ph.D., senior lecturer of University of Warsaw (Warszawa)	
Law enforcement acts based on the example of the activity of the Prison Service	77
Maria Kierska , advocate's trainee, candidate for doctor's degree, Jagiellonian University (Kraków), Tomasz Marek , advocate's trainee, candidate for doctor's degree, Jagiellonian University (Kraków)	
<i>Clara non sunt interpretanda</i> – for, or even against	84
Joanna Kruszyńska-Kola , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Adam Mickiewicz University (Poznań)	
Should an invitation to a settlement attempt influence the running of a period of prescription?	95
Ślawomir Śliwowski , advocate, candidate for doctor's degree of University of Silesia (Sosnowiec–Katowice)	
Copyrights and licenses as a tax cost of individual business activity	102
Żaneta Nowacka , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Adam Mickiewicz University (Poznań)	
Patent law – where we are and where we are going to?	107
Łukasz Panasiuk , advocate (Świdnik)	
The question of laying down and defining the powers of guardian of an absent person	115
Cezary Paluchniak (Warszawa)	
Classification of court resolutions in executive civil proceeding – selected issues	128
Stanisław Balík , advocate, Ph.D. (Czech Republic, Prague)	
The role of a lawyer in the proceedings in the Constitutional Court of the Czech Republic	134
THE BAR TODAY AND TOMORROW	
Maciej Gutowski , advocate, Prof. Ph.D. habilitated, Adam Mickiewicz University, dean of District Bar Council (Poznań),	
Czesław Jaworski , advocate, chief editor of „Palestra” (Warszawa),	
Andrzej Zwara , advocate, President of Polish Bar Council (Warszawa)	
Between the strategy and imponderables	140

GLOSSES

<i>Zbigniew Kuniewicz</i> , Ph.D. habilitated, professor of University of Szczecin (Szczecin)	
Gloss to the resolution of 7 judges of Supreme Court of 19 th February, 2013, III CZP 63/12 [on the responsibility for flooding the premises below – art. 433 of the civil code]	150
<i>Magdalena Budyn-Kulik</i> , Ph.D., senior lecturer of Maria Curie-Skłodowska University (Lublin)	
Gloss to the sentence of Court of Appeal in Warsaw of 4 th June, 2014, II Aka 134/14 [on “condoning” as an element of the mental attitude differentiating direct intent from voluntary recklessness]	154
<i>Jacek Kędzierski</i> , advocate (Łódź)	
Gloss to the decision of Court of Appeal in Kraków of 22 nd April, 2014, II Aka 37/14 [on the responsibility for the so called abortion abroad]	159
<i>Jan Ciechorski</i> , candidate for doctor’s degree of University of Silesia (Katowice)	
Gloss to the sentence of Court of Appeal in Szczecin of 15 th November, 2012, I ACa 596/12 [on the responsibility of a healthcare facility for all the negative consequences of a performed surgery in case of lack of the patient’s informed consent]	164

RECENT CASE-LAW

<i>Monika Strus-Wotos</i> , advocate, Ph.D. (Grójec)	
Review of Supreme Court’s case-law in civil cases	171
<i>Zbigniew Szonert</i> , Ph.D., retired judge of NSA (Supreme Administrative Court) (Warszawa)	
Review of Supreme Administrative Court’s case-law	174
<i>Michał Jackowski</i> , advocate, Ph.D. (Poznań)	
Review of Constitutional Tribunal’s case-law	179
<i>Radosław Baszuk</i> , advocate (Warszawa)	
Review of Supreme Court’s case-law in disciplinary cases	184

LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS

<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa)	
Is the control over a property taken over by the Treasury based on an administrative decision which has subsequently been annulled treated as autonomous possession leading to prescription?	189

QUESTION ABOUT DEFENCE

<i>Antoni Bojańczyk</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of University of Warsaw (Warszawa)	
Does the provision of art. 367a of the code of criminal procedure, which was added by the amendment of February 2015, change the procedural position of private parties in respect of collecting evidence?	192

ROAD ACCIDENTS

<i>Wojciech Kotowski</i> (Warszawa)	
Personal evidence and a procedural experiment	196

LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES

<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa)	
An (un)forgettable piece of work, or on <i>the Art of Judicial Speech</i>	200

AFTER THE READING

<i>Andrzej Bąkowski</i> , advocate (Warszawa)	
The Battle of Warsaw – a miracle from 95 year ago	204

TRIALS IN THE ARTISTIC WORLD

<i>Marek Sołtysik</i> (Kraków)	
An intimate motive (part 4). Want of justice	206

THE HISTORY OF THE BAR

Ryszard Szawłowski, Prof., LL.D. (Warszawa)

Rafal Lemkin. A Warsaw lawyer (1934–1939), a creator of the concept of “genocide” and a main architect of the convention of 9th December 1948 (“Lemkin’s Convention”). On 55th death anniversary. Part III: A. The unexpectedly difficult last decade of the American years 1949–1959. B. Lemkin after his death – from oblivion to world comeback since the end of 20th century 213

SYMPOSIA AND CONFERENCES

A scientific conference “Real estate register proceedings and real estate trading”, Katowice, 24th April 2015

Anna Zgraja-Budzińska, candidate for doctor’s degree of University of Silesia (Katowice) 238

An All-Polish scientific conference “The contemporary problems of the labour law, employment security vs. concerns”, Kraków, 29th April 2015

Dobrosława Tomzik, advocate’s trainee (Katowice) 239

A scientific conference “Legal professions and the criminal procedure reform”, Warsaw, 27th May 2015

Anna Winczakiewicz, advocate’s trainee (Warszawa), *Damian Tokarczyk*, advocate’s trainee (Warszawa) 242

THE BAR CHRONICLE

From plenary meetings of Polish Bar Council 245

From the meetings of Polish Bar Council’s Presidium 248

VARIA

Rescued from oblivion. For Zygmunt Klys *in memoriam*

Leszek Polony, professor of Academy of Music in Kraków (Kraków) 253

The Bar, wake up!!!

Jerzy Szczepaniak, advocate (Łódź) 255

Oratorical Contest in the Bar of Rzeszów

Janusz Czarniecki, advocate (Przemyśl) 256

Zbigniew Ryś Square in Wrocław

Jacek Ryś, Sebastian Ryś, (Wrocław) 257

Ludovic Trarieux Prize for the lawyer from Saudi Arabia, Waleed Abu al-Khair

Zbigniew Cichoń, advocate (Kraków) 258

Promotion of the book of an advocate Tomasz T. Koncewicz, Ph.D. habilitated, professor of University of Gdańsk, *Prawo z ludzką twarzą* (Law with a human face) 259

A professorial appointment for Maciej Gutowski, advocate, professor, chairman of the Board of “Palestra” 261

COLUMNS OF MEMORY

Advocate Hilary Sobociński (1892–1939). A Memory of Father

Anna Sobocińska-Lorenc, advocate (Warszawa) 262

THE YEAR OF THE POLISH THEATRE

250 years of the National Theatre

Anna Grabowska (Warszawa) 264

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:

MACIEJ GUTOWSKI, CZESŁAW JAWORSKI, ANDRZEJ ZWARA

Pomiędzy strategią a imponderabiliami

PIOTR KARDAS

Nowe ujęcie zasady *in dubio pro reo*

MAŁGORZATA SZEROCZYŃSKA

Czy ktoś chce wprowadzić bałagan
w akta postępowania przygotowawczego?

MICHAŁ WOJEWODA

Przedstawicielstwo w postępowaniu dotyczącym
odpowiedzialności z tytułu zdarzeń medycznych

MARTA KOLENDOWSKA-MATEJCZUK

Problematyka zgodności z zasadą *ne bis in idem*
rozwiązania przyjętego w art. 10 § 1 Kodeksu wykroczeń

JOANNA KRUSZYŃSKA-KOLA

Czy zawezwanie do próby ugodowej powinno
mieć wpływ na bieg terminu przedawnienia?

ŻANETA RZEPczyk

Prawo patentowe – gdzie jesteśmy i dokąd zmierzamy?

STANISŁAW BALÍK

Rola adwokata w postępowaniu przed
Sądem Konstytucyjnym Republiki Czeskiej