

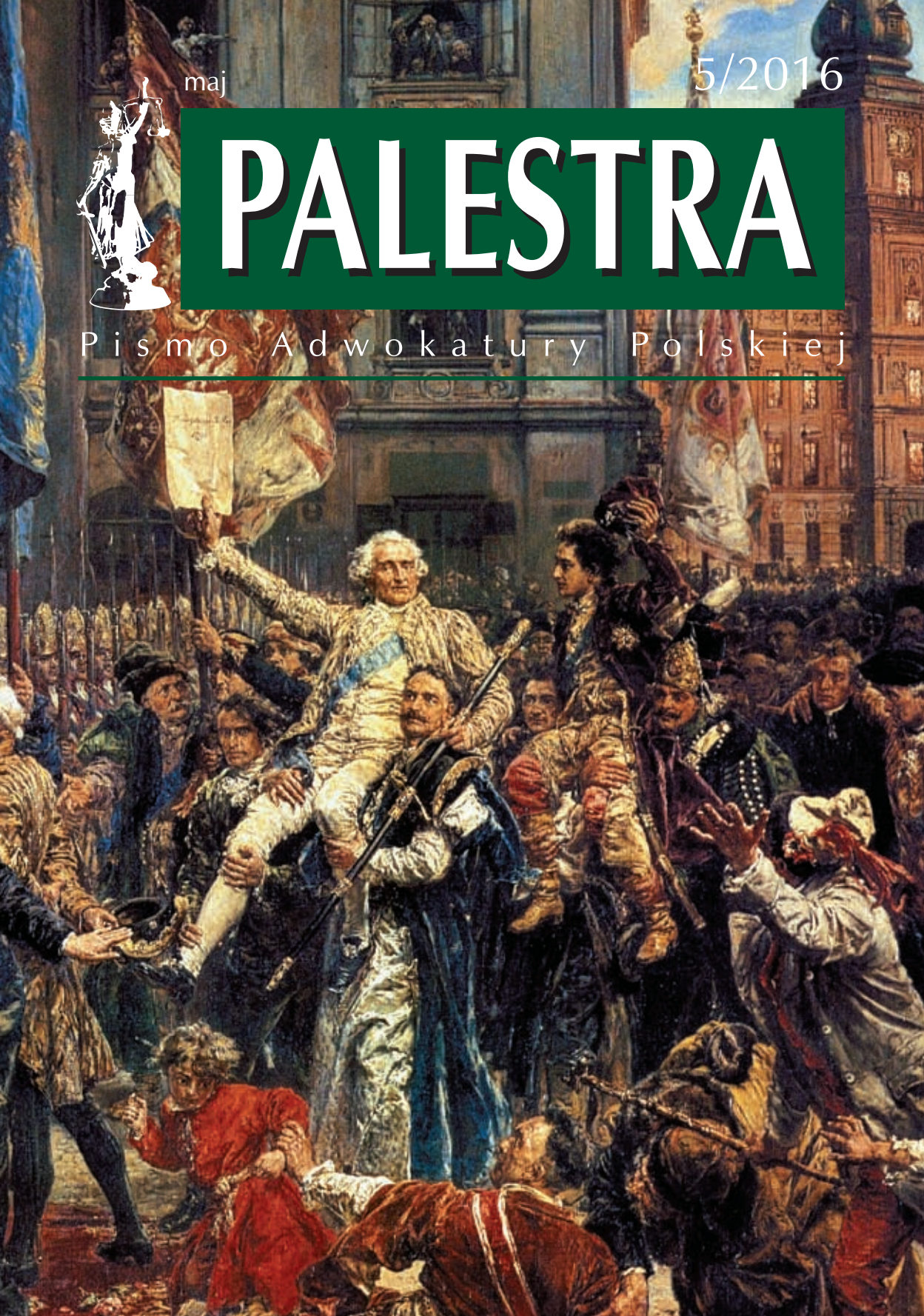
maj

5/2016



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





maj

5/2016

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Rok LXI nr 701



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:

Fragment obrazu Jana Matejki
Uchwalenie Konstytucji 3 Maja

Opracowanie okładki: Artur Tabaka
Redaktor techniczny: Hanna Bernaszuk

Adres Redakcji:

00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33
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.: 13,0. Nakład: 19 000 egz.
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe.

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

Spis treści

<i>Jacek Barcik</i> , adwokat, dr hab., UŚ (Częstochowa–Katowice) Europejski nakaz ochrony z perspektywy adwokata	5
<i>Aleksandra Rychlewska</i> , apl. adw., doktorantka UJ (Kraków) O przepisie art. 168a k.p.k. jako przyzwoleniu na korzystanie w ramach procesu karne- go z dowodów zdobytych w sposób nielegalny	11
<i>Tomasz Iwanicki</i> , apl. adw., doktorant UwB (Białystok) Możliwość wykorzystania „dowodów nielegalnych” w postępowaniu cywilnym w świetle orzecznictwa oraz doktryny	19
<i>Magdalena Mączyńska</i> , adwokat, doktorantka KAAFM (Kraków) Nowelizacja ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich – zagadnienia wybrane ...	31
<i>Maciej Gutowski</i> , adwokat, prof. dr hab., UAM (Poznań), <i>Piotr Kardas</i> , adw. prof. dr hab., UJ (Kraków) Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów	44
<i>Joanna Karniol</i> , adwokat (Warszawa) Manipulacja prawem europejskim – sprzeczny z prawem UE monopol spalarni odpadów niebezpiecznych	63
<i>Jacek Kraczek</i> , apl. adw. (Lublin) Zakres związania sądu żądaniem wniosku o ubezwłasnowolnienie	69
<i>Bartłomiej Dębski</i> , apl. adw. (Warszawa) Powrót sprzedaży konsumenckiej do Kodeksu cywilnego – praktyczne implikacje i teo- retyczne problemy	76

Glosy

<i>Piotr Nycz</i> , adwokat, doktorant UJ (Kraków) Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 13 grudnia 2012 r., II AKa 258/12 [o przewłaszczeniu w małżeństwie]	82
<i>Sebastian Gajewski</i> , dr (Warszawa) Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 lutego 2014 r., II GSK 1856/12 [o wykładni art. 72 ust. 1 pkt 4 Prawa o adwokaturze]	89
<i>Jarosław Skowyra</i> , apl. adw., doktorant UwB (Białystok) Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 28 listopada 2014 r., I ACa 538/14 [o rażąco nagannym zachowaniu w rozumieniu art. 58 § 2 k.r.o.]	94
<i>Aneta Michalska-Warias</i> , dr, adiunkt UMCS (Lublin) Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 4 marca 2015 r., IV KO 98/14 [o wykładni terminu „osoba najbliższa”]	104

Najnowsze orzecznictwo

<i>Monika Strus-Wołos</i> , adwokat, dr (Grójec) Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych	109
<i>Zbigniew Szonert</i> , dr, sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa) Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego	113

Pytania i odpowiedzi prawne

<i>Ewa Stawicka</i> , adwokat (Warszawa) Czy złożenie zawezwania do próby ugodowej powoduje, że przedawnienie po przerwaniu spowodowanym tą czynnością biegnie na nowo od daty wpływu do sądu pisma inicjującego procedurę przewidzianą w art. 185 k.p.c., czy też od momentu stwierdzenia przez sąd, że do zawarcia ugody nie doszło?	117
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Gawędy adwokata bibliofila

<i>Andrzej Tomaszek</i> , adwokat (Warszawa) Od polityki do historii	119
-------------------------------------------------------------------------------	-----

Procesy artystyczne

<i>Marek Sołtysik</i> (Kraków) Bieski (cz. 1). Nagły zgon człowieka przezornego	122
------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Sympozja, konferencje

„Nowe wyzwania w sprawach rodzinnych a zasada dobra dziecka. Perspektywy etyczne zawodów biorących udział w postępowaniu sądowym”, Wrocław, 6–7 listopada 2015 r. <i>Olgięrd Pankiewicz</i> , adwokat (Wrocław), <i>Anna Wszendybył</i> , apl. adw. (Wrocław)	129
I Konferencja Naukowa Pomorskiej Izby Adwokackiej w Gdańsku „Prawo medyczne i farmaceutyczne”, 12 listopada 2015 r. <i>Joanna Grędzka</i> , adwokat (Gdańsk), <i>Dominika Rydlichowska</i> , adwokat (Gdańsk) ..	132
Konferencja „Niezależność sądów i trybunałów jako gwarancja praw i wolności człowieka”, Warszawa, 5 marca 2016 r. <i>Joanna Sędek</i> , Szefowa Biura Prasowego NRA (Warszawa)	135

Kronika adwokatury

Posiedzenie plenarne Naczelnej Rady Adwokackiej	141
Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej	142

Varia

Odnowienie doktoratu adw. prof. dr. Janusza Szwai <i>Stanisław J. Jaźwiecki</i> , adwokat (Kraków)	145
IV Otwarte Mistrzostwa Adwokatury w Brydżu Sportowym <i>Andrzej Szydłowski</i> , adwokat (Olsztyn)	146
Współpraca z Adwokaturą Ukraińską	147

225 lat Konstytucji Trzeciego Maja

225 lat Konstytucji Trzeciego Maja	148
Michał Stanisław Mackiewicz – Dzień 3. Maja 1791	149

Table of contents	151
-------------------------	-----

EUROPEJSKI NAKAZ OCHRONY Z PERSPEKTYWY ADWOKATA

Celem artykułu jest przedstawienie roli adwokata w procedurze związanej z wydawaniem i wykonywaniem europejskiego nakazu ochrony (dalej: ENO). W pierwszej kolejności niezbędne jest zwięzłe przybliżenie genezy, celów i mechanizmu działania ENO, następnie analizie poddano regulacje Kodeksu postępowania karnego związane z tym instrumentem ochrony ofiar przestępstw.

1. GENEZA I CELE ENO

Tradycyjnie ochrona ofiar przestępstw zapewniana jest w ramach prawnych i granicach terytorialnych poszczególnych państw. Dzieje się tak dlatego, że w westfalskim porządku międzynarodowym, na którym nadal opiera się prawo międzynarodowe, to państwo jest podmiotem suwerennym sprawującym zwierzchnictwo personalne (nad swoimi obywatelami) i terytorialne (nad przynależnym mu terytorium). Granice państwa są zarazem granicami obowiązywania porządku prawnego państwa. Ten klasyczny model obowiązywania prawa nałożył się na proces integracji europejskiej, wywołując zjawisko, które można określić mianem „sprzecznych prądów”. Z regulacji prawa UE wynikają bowiem dla jednostek prawa podmiotowe, związane m.in. ze swobodą przemieszczania się i pobytu w innym państwie członkowskim. Europejska praktyka dostarcza wielu przykładów korzystania z tego prawa (np. obecność licznej polskiej emigracji zarobkowej na Wyspach Brytyjskich). Rodzi się tu dysonans, polegający na istnieniu ponadnarodowego prawa i zarazem obowiązku jego zapewniania w ramach krajowych regulacji. Dysonans ten ujawnia się w wielu dziedzinach

integracji, także w kwestii ochrony ofiar przestępstw. Polega on na tym, że kiedy właściwy organ jednego państwa członkowskiego orzecznie środek zapobiegawczy albo karny związany z koniecznością ochrony ofiary przestępstwa, to środek ten będzie obowiązywał tylko na terytorium tego państwa. Następnie gdy ofiara zechce skorzystać z europejskiego prawa i przemieścić się, bez względu na motyw, czy to turystyczny, czy zarobkowy lub inny, do innego państwa UE, to będzie w nim pozostawać bez ochrony prawnej. Powstaje luka, ujawniająca przy okazji tzw. zjawiska *spillover*, tj. narastania celów integracji europejskiej w miarę jej rozwoju (przyjęcie jednego celu integracyjnego, w tym wypadku swobody przemieszczania się i pobytu, powoduje konieczność uregulowania wylaniających się nowych celów, w omawianym przypadku związanych z ochroną ofiar przestępstw). Sposobów na przewyżczenie lub złagodzenie opisywanego dysonansu dostarczają zasady prawa europejskiego związane ze stanowieniem i stosowaniem prawa UE. Niekiedy możliwe jest przyjęcie unijnych regulacji ujednocwiających albo harmonizujących regulacje krajowe. Takie rozwiązanie, zgodnie z zasadą kompetencji powierzonych, wymaga jednak istnienia traktatowej podstawy prawnej do wydania rozporządzenia albo dyrektywy, natomiast zdolność legislacyjna Unii jest ograniczana zasadami pomocniczości i proporcjonalności. Innym razem wystarczy stosowanie zasady skutku bezpośredniego normy prawa UE, związanej często z instytucją pytań prejudycjalnych. Bardzo często spór jest rozstrzygany w oparciu o zasadę skutku pośredniego, zgodnie z którą sędzia krajowy (jako sędzia europejski w znaczeniu funkcjonalnym) dysponuje dużym marginesem swobody w zakresie wykładni funkcjonalnej (teleologicznej)

prawa krajowego, interpretując je tak, by zapewnić efektywność unijnym prawom podstawowym¹. Interesującą koncepcję rozstrzygania pojawiających się rozbieżności wypracowano w dawnym III filarze UE, tj. w ramach współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych. Jest ona związana z zasadą wzajemnego uznawania wyroków i orzeczeń sądowych orzeczonych w państwach członkowskich UE i zastosowano ją m.in. w przypadku europejskiego nakazu aresztowania². Pozostaje także jedną z fundamentalnych podstaw współpracy sądowej w sprawach karnych w UE, przewidzianą w art. 82 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu UE³. W tym kontekście niekiedy w dokumentach instytucji europejskich używane jest pojęcie „europejska przestrzeń sądowa”⁴. Właśnie na mechanizmie wzajemnego uznawania opiera się ENO. Decyzja o środku ochronnym orzeczona w jednym państwie ma być w założeniu automatycznie uznawana w innym państwie członkowskim, bez potrzeby odwoływania się do środków ochronnych przewidzianych jego prawem wewnętrznym. Podstawę do takiego rozumowania stwarza art. 2 pkt 1 regulującej ENO dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony⁵ (dalej: dyrektywa ENO). Przepis ten zawiera definicję ENO, zgodnie z którą ENO oznacza „decyzję o środku ochrony, którą wydał organ sądowy lub równoważny organ w państwie członkowskim i na podstawie której organ sądowy lub równoważny organ w innym państwie człon-

kowskim stosuje środek lub wszelkie środki zgodnie z własnym prawem krajowym, by dalej chronić osobę podlegającą ochronie”. Schemat działania ENO zawiera się w trój etapowej procedurze. Najpierw na żądanie osoby podlegającej ochronie państwo wydające wydaje ENO. Następnie nakaz jest przekazywany do państwa, w którym ma przebywać osoba podlegająca ochronie, i jest uznawany przez to państwo (tzw. państwo wykonujące). W rezultacie uznania państwo wykonujące ma obowiązek przyjąć wszelkie konieczne środki ochronne przewidziane jego prawem wewnętrznym, tak by wykonać ENO. W ten sposób ma być zrealizowany cel dyrektywy ENO, jakim jest zapewnienie ochrony ofiar przestępstw w wymiarze transgranicznym. Ustawodawca polski transponował dyrektywę ENO do Kodeksu postępowania karnego (k.p.k.), przyjmując ustawę o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁶. Dodała ona do k.p.k. dwa nowe rozdziały: 66j („Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie europejskiego nakazu ochrony”) i 66k („Wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie europejskiego nakazu ochrony”).

2. ROLA ADWOKATA PRZY WYDAWANIU ENO

Zarówno w przypadku wydawania, jak i wykonywania ENO rola adwokata pozostaje pomocnicza w stosunku do działania

¹ M. Safjan, *O różnych metodach oddziaływania horyzontalnego prawa podstawowych na prawo prywatne*, PiP 2014, z. 2, s. 22.

² Zgodnie z motywem 5 decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania: „(...) Dominująca do dziś między państwami członkowskimi tradycyjna współpraca w zakresie wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości powinna zostać zastąpiona przez system swobodnego przepływu orzecznictwa sądowego w sprawach karnych, obejmujący zarówno decyzje prawomocne, jak i nieprawomocne”. Zob.: decyzja ramowa Rady z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (2002/584/WSiSW), Dz.Urz. UE L 190 z 18 lipca 2002 r., s. 1–51.

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r., s. 47–390.

⁴ Zob. szerzej: A. Frąckowiak-Adamska, *Europejska przestrzeń sądowa a prawa człowieka*, „Zeszyty Natolińskie” 2012, z. 46, s. 11–12.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony, Dz.Urz. UE L 338 z 21 grudnia 2011 r., s. 2–18.

⁶ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, Dz.U. z 2015 r. poz. 21.

sędzię oraz prokuratora. Warto przy tym dodać, że z brzmienia przepisów zawartych w rozdziałach 66j i 66k k.p.k. wynika, że o ile sędzia ma aktywny udział w procedurze wydawania ENO, o tyle w przypadku wykonywania w Polsce ENO orzeczonego za granicą pierwszoplanowa jest pozycja prokuratora, którego obarczono odpowiedzialnością za wykonanie ENO. Tryb wydania ENO uregulowano w art. 611w k.p.k.⁷ Zgodnie z jego § 1: „W razie orzeczenia lub wykonywania przez polski sąd lub prokuratora środka zapobiegawczego, środka karnego lub obowiązku związanego z poddaniem sprawcy próbie, polegającego na powstrzymaniu się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach lub kontaktowania się z określonymi osobami, lub zbliżania się do określonych osób, oraz gdy jest to niezbędne dla ochrony praw pokrzywdzonego, sąd lub prokurator może, na wniosek pokrzywdzonego, wystąpić o wykonanie tego środka lub obowiązku do właściwego sądu lub innego organu państwa członkowskiego Unii Europejskiej, zwanego w niniejszym rozdziale «państwem wykonania nakazu», w którym pokrzywdzony przebywa lub oświadczy, że zamierza tam przebywać, wydając europejski nakaz ochrony”. Analiza zacytowanego przepisu pozwala stwierdzić, że⁸:

- wydanie ENO ma charakter wnioskowy, gdyż następuje tylko na żądanie osoby podlegającej ochronie. Sędzia nie może działać w powyższym zakresie z urzędu. Uaktywnia się procesowa rola adwokata, który może złożyć wniosek w imieniu klienta. Istotną

rolę pełni także dostęp pokrzywdzonego do informacji o przysługującym mu prawie. Wprawdzie na podstawie art. 300 § 2 k.p.k. przed pierwszym przesłuchaniem w toku postępowania przygotowawczego pokrzywdzony powinien być pouczony o możliwości wydania ENO, jednak to do adwokata będzie należało zapewnienie prawidłowej realizacji tego prawa, ewentualnie samodzielnie poinformowanie osoby reprezentowanej;

- ENO może być wydany na różnych etapach postępowania. Może mieć charakter zarówno środka zapobiegawczego, jak i środka karnego lub obowiązku związanego z poddaniem sprawcy próbie. Przewidziano mieszany model wydawania ENO, zakładający udział bądź sądu, bądź też prokuratora. Zasadniczo właściwy do wydania ENO będzie sąd, natomiast kompetencje prokuratora dotyczą stosowania w toku postępowania przygotowawczego środków zapobiegawczych, w tym stosunkowo nowego, bo wprowadzonego w 2010 r., środka przewidzianego w 275a § 1 k.p.k.⁹;
- ENO może być wydany wówczas, gdy jest to niezbędne dla ochrony praw pokrzywdzonego. Nie ma zatem zastosowania do środków przyjmowanych z myślą o ochronie świadków. Zakresem ENO mogą być natomiast objęte np. ofiary przypadków molestowania, przymusowych małżeństw, handlu ludźmi, a także różnych form przemocy seksualnej;
- ENO dotyczy tylko środków ochronnych wydawanych w ramach postępowań karnych. Jego zakresem nie są objęte, wystę-

⁷ Wprawdzie cytowany przepis art. 611w k.p.k. mówi o wystąpieniu o wykonanie orzeczonego w Polsce środka ochronnego lub „obowiązku do właściwego sądu lub innego organu państwa członkowskiego Unii Europejskiej”, w praktyce chodzi jednak o wydanie ENO. Autor w tekście będzie konsekwentnie posługiwał się terminami „wydanie” i „wykonanie” ENO, mimo że polski ustawodawca zastosował nieco inną terminologię. Używane terminy lepiej oddają sens dyrektywy ENO, trudno ponadto oprzeć się wrażeniu, że legislator polski mechanicznie zastosował tu nazewnictwo użyte w tytułach rozdziałów poświęconych europejskiemu nakazowi aresztowania (rozdziały 65a i 65b k.p.k.).

⁸ Zob. J. Barcik, *Sędzia polski wobec europejskiego nakazu ochrony*, „Iustitia” 2015, nr 2, s. 92–96.

⁹ „Tytułem środka zapobiegawczego można nakazać oskarżonemu o przestępstwo popełnione z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej opuszczenie lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony ponownie popełni przestępstwo z użyciem przemocy wobec tej osoby, zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa groził”.

pujące w niektórych państwach UE, środki ochronne o charakterze cywilnym i administracyjnym, które nie występują w polskim systemie prawnym¹⁰.

ENO jest wydawany na formularzu, wzór którego zawiera wykonawcze do k.p.k rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie określenia wzoru europejskiego nakazu ochrony¹¹. Powinien on zawierać informacje umożliwiające prawidłowe wykonanie ENO, w tym dotyczące orzeczenia, pokrzywdzonego, oskarżonego i orzeczonego środka ochronnego lub obowiązku. W formularzu znajdują się pytania m.in. o to, czy osoba podlegająca ochronie otrzymała bezpłatną pomoc prawną w państwie wydającym; czy jej lub osobie stwarzającej zagrożenie udostępniło jakiekolwiek urządzenie techniczne w celu wykonania środka ochrony, a także o szczegółowe informacje o osobie stwarzającej zagrożenie i o nałożonych na nią zakazach i ograniczeniach. Dołącza się do niego poświadczony za zgodność z oryginałem odpis orzeczenia, w którym ustanowiono środki ochronne. Nakaz powinien zostać przetłumaczony na język urzędowy państwa, w którym będzie wykonywany, albo na inny język wskazany przez to państwo. Choć wypełnienie formularza należy do organu występującego o wykonanie ENO (sądu lub prokuratora), to rolę adwokata będzie zadbanie, by był on należycie sporządzony. Co ważne, wydanie ENO i wystąpienie o jego wykonanie w innym państwie członkowskim UE nie wstrzymuje wykonywania orzeczonych środków ochronnych. Rolą adwokata będzie

także czuwanie, by po wypełnieniu formularza ENO sędzia lub prokurator przekazał go do właściwego organu państwa, w którym będzie przebywać osoba pokrzywdzona objęta nakazem. Należy przy tym pamiętać, że ENO jest środkiem czasowym, gdyż przyznana w jego ramach ochrona nie przysługuje bezterminowo. W celu przedłużenia obowiązywania ENO osoba podlegająca ochronie musi opuścić terytorium państwa wykonującego i udać się z powrotem do państwa wydającego. Tylko ono bowiem, w świetle art. 13 ust. 1 dyrektywy ENO, ma „wylączną kompetencję do decydowania, by: a) przedłużyć, zweryfikować, zmienić, uchylić i cofnąć obowiązywanie środka ochrony oraz europejskiego nakazu ochrony”.

Powstaje pytanie, czy w toku procedury zmierzającej do wydania ENO osobie, w stosunku do której mają być orzeczone środki ochronne, przysługuje prawo do obrony. Artykuł 6 ust 4 dyrektywy ENO stanowi w tym zakresie, że: „Zanim zostanie wydany europejski nakaz ochrony, należy osobie stwarzającej zagrożenie zapewnić prawo do bycia wysłuchanym oraz prawo do zaskarżenia danego środka ochrony, jeżeli prawa te nie przysługiwały jej podczas procedury prowadzącej do orzeczenia tego środka ochrony”. Przepis ten gwarantuje prawo do obrony materialnej, nie wspomina jednak o prawie do obrońcy (obrona formalna). Wydaje się, że do ENO można, z pewnymi zastrzeżeniami, zastosować uwagi sformułowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w odniesieniu do europejskiego nakazu aresztowania

¹⁰ W przypadku środków ochrony ofiar wydawanych w postępowaniu cywilnym (w Polsce rozwiązanie niestosowane) obowiązuje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 606/2013 z 12 czerwca 2013 r. w sprawie wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach cywilnych, Dz.Urz. UE L 181 z 29 czerwca 2013 r., s. 4–12. Ustanawia ono odrębny od ENO instrument prawny, przyjęty na podstawie art. 81 TFUE i dotyczący współpracy sądowej w sprawach cywilnych. Dyrektywa ENO swoim zakresem przedmiotowym nachodzi także na inne akty prawa UE, w postaci decyzji ramowej Rady 2009/829/WSiSW z 23 października 2009 r. w sprawie stosowania przez państwa członkowskie Unii Europejskiej zasady wzajemnego uznawania do decyzji w sprawie środków nadzoru stanowiących alternatywę dla tymczasowego aresztowania (Dz.Urz. UE L 294 z 11 listopada 2009 r., s. 20–40) oraz decyzji ramowej Rady 2008/947/WSiSW z 27 listopada 2008 r. o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków i decyzji w sprawie zawieszenia lub warunkowego zwolnienia w celu nadzorowania przestrzegania warunków zawieszenia i obowiązków wynikających z kar alternatywnych (Dz.Urz. UE L 337 z 16 grudnia 2008 r., s. 102–122).

¹¹ Dz.U. z 2015 r. poz. 123.

(dalej: ENA). Trybunał w sprawie *Monedero Angora p. Hiszpanii*¹² stwierdził, że do ENA nie znajdują zastosowania gwarancje proceduralne przewidziane w art. 6 (*prawo do rzetelnego procesu*) Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC)¹³. Wynika to z faktu, że w postępowaniu dotyczącym ENA nie rozstrzyga się o zasadności oskarżenia w sprawie karnej. Nie znajdują do niego zatem zastosowania gwarancje proceduralne przewidziane w EKPC, w tym wynikające z art. 6 ust. 3 lit. c prawo do bronięcia się „osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony, do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości”. Ponieważ zarówno ENA, jak i ENO oparte są na tej samej zasadzie wzajemnego uznawania orzeczeń, podobna sytuacja będzie mieć miejsce także w przypadku ENO.

Przy wydawaniu ENO obowiązuje art. 611wc k.p.k., zgodnie z którym: „Na postanowienie sądu lub prokuratora w przedmiocie europejskiego nakazu ochrony zażalenie nie przysługuje”.

3. ROLA ADWOKATA PRZY WYKONYWANIU ENO

Zgodnie z art. 611wd § 1 k.p.k. ENO podlega wykonaniu przez prokuratora właściwego miejscowo ze względu na miejsce pobytu osoby podlegającej ochronie. Ma on przystąpić do wykonania nakazu niezwłocznie (art. 611wf § 2 k.p.k.), choć mogą pojawić się obligatoryjne lub fakultatywne przesłanki odmowy wykonania ENO w Polsce. Te pierwsze wymienia art. 611wg § 1 k.p.k.¹⁴, te

drugie precyzuje art. 611wg § 2 k.p.k.¹⁵ Rolą adwokata będzie zapewnienie, by prokurator działał niezwłocznie i w wykonaniu ENO zastosował odpowiedni środek ochronny przewidziany prawem polskim. Wyłania się tu dla prokuratora podstawowa trudność, związana z faktem, że dyrektywa ENO nie dokonuje harmonizacji środków ochronnych obowiązujących w 28 państwach członkowskich UE. W innym państwie może zatem zostać orzeczony środek ochronny nieprzewidziany w polskim systemie prawnym. Należy go dostosować do naszych uwarunkowań. W świetle art. 9 ust. 1 i 2 dyrektywy ENO: „Po otrzymaniu europejskiego nakazu ochrony, (...) właściwy organ państwa wykonującego uznaje ten nakaz bez zbędnej zwłoki i wydaje decyzję o przyjęciu środka, który jest w analogicznych przypadkach dopuszczalny w świetle jego prawa krajowego, w celu zapewnienia ochrony osobie podlegającej ochronie (...)”. Ust. 2: „Środek przyjęty przez właściwy organ państwa wykonującego (...), a także wszelkie inne środki podjęte na podstawie decyzji następczych (...) odpowiadają w najszerszym możliwym zakresie środkowi ochrony przyjętemu w państwie wydającym”. Polski k.p.k. w art. 611we § 2 stanowi: „Jeżeli rodzaj albo sposób wykonania obowiązków są nieznane ustawie, prokurator określa obowiązek według prawa polskiego, z uwzględnieniem różnic na korzyść osoby, przeciwko której jest lub było prowadzone postępowanie karne”. Prokurator wydaje postanowienie, posiadając w tym względzie pewną swobodę, podlegającą jednak kontroli sądowej. Zgodnie bowiem z art. 611wf § 1: „Na postanowienie prokuratora w przedmiocie wykonania ENO przysługuje zażalenie do sądu rejonowego, w którego okręgu wydano to postanowienie. Sąd rozpoznaje zażalenie

¹² Decyzja ETPCz z 7 października 2008 r. w sprawie *Monedero Angora p. Hiszpanii*, nr skargi 41138/05.

¹³ Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284.

¹⁴ Jeżeli osoba podlegająca ochronie nie przebywa na terytorium RP, chyba że istnieją podstawy do uznania, że zamierza na nim przebywać.

¹⁵ M.in. niespełnienie wymogu podwójnej karalności czynu, gdy czyn, w związku z którym nałożono obowiązek objęty ENO, nie stanowi przestępstwa według prawa polskiego.

na posiedzeniu, w którym ma prawo wziąć udział prokurator, osoba, przeciwko której jest lub było prowadzone postępowanie karne, i osoba podlegająca ochronie, jeżeli przebywają na terytorium RP, oraz obrońca i pełnomocnik, jeżeli stawią się na nie. Jeżeli osoba, przeciwko której jest lub było prowadzone postępowanie karne, nie przebywa na terytorium RP ani nie posiada obrońcy, prezes sądu właściwego do rozpoznania zażalenia może jej wyznaczyć obrońcę z urzędu". Przepis ten rozstrzyga kwestię prawa do obrońcy z urzędu, zarazem podkreślając jego procesową rolę. Pobocznie rola adwokata będzie polegać także na czuwaniu, by – zgodnie z art. 9 ust. 3 dyrektywy ENO – adres lub inne dane kontaktowe osoby podlegającej ochronie nie były ujawniane osobie stwarzającej zagrożenie, chyba że takie szczegółowe informacje są konieczne do wykonania środka ochronnego.

4. ZAKOŃCZENIE

Wnioskowy charakter wydawania ENO stwarza pole do aktywniejszych działań adwokata. W tym przypadku nie będzie on mógł jednak wnosić zażaleń na postanowienia sądu lub prokuratora. Możliwość taka będzie mogła być natomiast wykorzystywana w przypadku postanowienia prokuratora dotyczącego wykonywania ENO. Sądzić jednak należy, że będą to przypadki rzadkie, gdyż ENO jako instrument ochrony ofiar przestępstw jest obciążony licznymi wadami. Przypuszczać zatem należy, że nie będzie on często stosowany. Niezależnie od brzmienia przepisów rola adwokata w procedurze związanej z wydawaniem i wykonywaniem ENO zależeć będzie od ukształtowania się praktyki sądowo-prokuratorowskiej. Ze względu na zbyt krótki czas obowiązywania nowelizacji k.p.k. w tym zakresie na ocenę praktyki jest jednak jeszcze za wcześnie.

Summary

Jacek Barcik

THE EUROPEAN PROTECTION ORDER FROM THE PERSPECTIVE OF A LAWYER

Article discusses the role of the lawyer in the procedure of issuing and enforcement of a European protection order (EPO). This is accompanied by a description of the origins and purposes of EPO and the mechanism of its implementation.

KEY WORDS: European protection order, lawyer

POJĘCIA KLUCZOWE: europejski nakaz ochrony, adwokat

O PRZEPISIE ART. 168A K.P.K. JAKO PRYZWOLENIU NA KORZYSTANIE W RAMACH PROCESU KARNEGO Z DOWODÓW ZDOBYTYCH W SPOSÓB NIELEGALNY

1. Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹ wprowadziła do obowiązującego Kodeksu postępowania karnego² nowy art. 168a. Przepis ten przesądził, że „niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”.

Zgodnie z uzasadnieniem projektu przedmiotowej ustawy przepis ten pomyślany był jako ograniczenie możliwości wprowadzania do postępowania karnego dowodów, które pozyskane zostały w wyniku przestępstwa. Stanowiąc on miał zatem podstawę eliminacji z materiału dowodowego, mogącego służyć za podstawę ustaleń faktycznych, tych dowodów, które uzyskano dla celów postępowania za pomocą czynu zabronionego pod

groźbą kary³. Regulacja ta wiązała się przede wszystkim z planowanym przemodelowaniem procesu w stronę większej kontrydiktoryjności i zwiększeniem roli tzw. „dowodów prywatnych”, czyli dowodów wprowadzanych przez tzw. nieinstytucjonalnych uczestników procesu⁴, w tym dokumentów powstałych poza postępowaniem, jednak na jego poczet (aktualny art. 393 § 3 k.p.k.). Skoro zasadą jest, że jednostce wolno robić wszystko, co nie jest zakazane, a to w przeciwieństwie do organów procesowych związanych zasadą legalizmu i mogących działać tylko w zakresie przyznanych im kompetencji, tak konieczne miało być wprowadzenie stosownego zakazu ograniczającego jej aktywność dowodową⁵, przeciwdziałające zwłaszcza instalowaniu podsłuchów i przeprowadzaniu przeszukania w celu pozyskania relewantnych dla strony procesowej dowodów⁶. Innym walorem rzezczonej regulacji

¹ Dz.U. poz. 1247.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej: k.p.k.

³ Zob. Uzasadnienie Projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, s. 14–15. Dokument dostępny pod adresem: http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/projekty_aktow_prawnych/prawo_karne/proj_15042011b_uzasadnienie.doc (dostęp: 6 maja 2015 r.).

⁴ Termin użyty za P. Kardasem, który stosuje go właśnie do określenia tych podmiotów procesu, których status nie jest regulowany przez przepisy prawa publicznego (jak podejrzany, oskarżony czy pokrzywdzony). Przeciwnieństwem są tutaj podmioty instytucjonalne, których status i zasady funkcjonowania określa prawo publiczne. P. Kardas, *Podstawy i ograniczenia przeprowadzania oraz wykorzystywania w procesie karnym tzw. dowodów prywatnych*, „Palestra” 2015, nr 1–2, s. 7 (przyypis 2).

⁵ Zob. A. Bojańczyk, *Jeszcze w sprawie konstytucyjnej dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2005, nr 3–4, s. 127, gdzie autor podkreśla, że w myśl art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. dowodem nie może być nie to, co jest „sprzeczne z prawem”, a to, co jest „niedopuszczalne”. Owa niedopuszczalność wynikać ma tymczasem z wyraźnego ustawowego zakazu dowodowego (jak w art. 171 § 7 k.p.k. i art. 178 k.p.k.). Odnieść to należy także do tzw. dowodów prywatnych, ustawa bowiem także w tym przypadku nie wprowadza wymogu „zgodności z prawem”. Odnośnie do nowego stanu prawnego zob. tymczasem P. Kardas, *Podstawy*, s. 11–12, gdzie autor wskazuje ogólną zasadę swobody dowodzenia jako podstawę wyszukiwania i gromadzenia dowodów przez tzw. nieinstytucjonalnych uczestników procesu, których granicą jest z kolei – właśnie – realizacja znamion typu czynu zabronionego.

⁶ Zob. Uzasadnienie, s. 14–15.

miało być określenie granic dopuszczalności procesowego wykorzystania dowodów przedstawionych przez oskarżyciela, co dotychczas nie było przedmiotem regulacji ustawowej, a co było zagadnieniem spornym w piśmiennictwie i judykaturze⁷.

Już w tym miejscu warto zaznaczyć, że jeszcze przed uchwaleniem owej ustawy w piśmiennictwie zgłaszane były liczne uwagi pod kątem redakcji art. 168a k.p.k., przekładającej się rzecz jasna na rzeczywisty zakres zastosowania ustanawianego zakazu. Jako zbyt radykalne uznano posłużenie się pojęciem „czyn zabroniony, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”. Z jednej bowiem strony eliminacji podlegać by wówczas miały również dowody uzyskane w następstwie czynów popełnionych w warunkach wyłączających jego bezprawność (na zasadzie tzw. wtórnej legalizacji czynu wypełniającego ustawowe znamiona typu)⁸,

w tym czynności operacyjno-rozpoznawcze, które na tej właśnie zasadzie uznaje się za legalne⁹. Z drugiej strony dopuszczalne byłoby wykorzystanie materiału zdobytego w sposób niezgodny z prawem, a zatem mającego cechy nielegalnego dowodu, acz nierealizującego znamion czynu stypizowanego w ustawie karnej¹⁰. Użycie sformułowania „dowód uzyskany (...) za pomocą czynu zabronionego” rodziło z kolei wątpliwości, czy rzeczony zakaz obejmuje tylko dowody bezpośrednio nielegalne (uzyskane bezpośrednio za pomocą czynu zabronionego)¹¹, czy także dowody pośrednio nielegalne (uzyskane pośrednio za pomocą czynu zabronionego)¹². Mimo zgłaszanych zastrzeżeń przepis wszedł w życie w pierwotnie zaproponowanej wersji.

2. Treść art. 168a uległa zmianie mocą ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy

⁷ *Ibidem*, s. 15.

⁸ Tak A. Lach, *Ocena projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny i niektórych innych ustaw*, BAS, seria „Przed pierwszym czytaniem” 2013, nr 1, s. 68.

⁹ Zob. przepis art. 144a ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r. (Dz.U. z 1990 r. nr 30, poz. 179 ze zm.), który stanowi, że „nie popełnia przestępstwa, kto, będąc do tego uprawnionym, wykonuje czynności określone w art. 19a ust. 1 i 2, a także kto wykonuje czynności określone w art. 19b ust. 1” (które to przepisy regulują instytucję tzw. zakupu kontrolowanego). W postanowieniu SN z 14 stycznia 2004 r., IV KK 200/03, R-OSNKW 2004, poz. 101, wprost stwierdzono, że „instytucja ta stanowi ustawowy kontratyp w relacji do art. 235 k.k., który to przepis uznaje za czyn bezprawny podstępne zabiegi kierujące przeciwko określonej osobie ściganie o przestępstwo, wykroczenie lub przewinienie dyscyplinarne”. Tak również R. Lizak, *Kontrolowane przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej*, WPP 2011, nr 1, s. 35 czy W. Kotowski, *Ustawa o policji. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer 2012, s. 983. Warto przy tym zaznaczyć, że choć przyznanie kompetencji do naruszenia określonego dobra prawnego w ramach uprawnień służbowych nie zawsze idzie w parze z przepisem „wtórnie legalizującym” owo działanie, tak w literaturze wskazuje się ogólny kontratyp działania w ramach uprawnień i obowiązków – wyprowadzany z samego przepisu określającego uprawnienia i obowiązki funkcjonariusza, z tym jednak zastrzeżeniem, że musi mieć on rangę ustawową. Zob. I. Gierula, *Kontratyp działania w granicach szczególnych uprawnień i obowiązków (cz. 1)*, „Palestra” 2013, nr 1–2, s. 85, gdzie czytamy: „działanie w ramach uprawnień i obowiązków stanowi kontratyp, a zatem okoliczność wyłączająca bezprawność czynu pomimo formalnego zrealizowania znamion przestępstwa”. Z tej perspektywy art. 144a ustawy o Policji stanowi pewne *superfluum*.

¹⁰ Zob. M. Gutowski, *Komentarz. Sytuacja procesowa stron w kontradiktoryjnej rozprawie w świetle projektu zmian KPK z 2012 r.*, (w:) *Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa: Wolters Kluwer 2013, s. 58, gdzie autor opowiada się za szerszym ujęciem przedmiotowego zakazu, nawiązując do widocznej tendencji poszerzania uprawnień Policji w postępowaniu przygotowawczym, które zwiększają ryzyko pozyskiwania na cele procesu wadliwych dowodów.

¹¹ Zob. S. Waltoś, *Głos w dyskusji. Sytuacja procesowa stron w kontradiktoryjnej rozprawie w świetle projektu zmian KPK z 2012 r.*, (w:) *Kontradiktoryjność*, s. 74; A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, PiP 2014, z. 10, s. 49; P. Kardas, *Podstawy*, s. 15–16; A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres nowego zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego?*, „Palestra” 2014, nr 10, s. 105–106.

¹² Tak K. Zgryzek, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny*

– Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹³. Aktualnie brzmi on w sposób następujący: „dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, że w początkowej wersji projektu wskazanej ustawy, której *notabene* głównym celem było „cofnięcie” zmian obowiązujących w procedurze karnej od 1 lipca 2015 r., przepis ten w ogóle miał ulec uchyleniu¹⁴. W uzasadnieniu rzeczonego projektu wskazano mianowicie, że „w ocenie projektodawcy zbędna jest regulacja art. 168a k.p.k., gdyż przepis ten wprowadza bardzo szeroki zakres zakazu dowodowego, niezależnie od okoliczności jego uzyskania. W tym

stanie rzeczy celowe jest ocenianie każdej sytuacji *in casu*, z uwzględnieniem wszystkich aspektów sprawy, w oparciu o ogólnie przyjęte zasady w dorobku orzecznictwa i doktryny w perspektywie ostatnich kilkudziesięciu lat”¹⁵. Projektodawca podkreślił zarazem, że „z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie wynika również zakaz korzystania z dowodów pośrednio nielegalnych, pomimo dostrzeżenia nielegalnego źródła ich pochodzenia”. Pomysł ten spotkał się jednak z krytyką w środowiskach prawniczych. Krajowa Rada Sądownictwa¹⁶ zgłosiła swój sprzeciw wobec takiego rozwiązania, zaznaczając, że nie powinno się aprobować zachowania przestępczego jako sposobu pozyskiwania dowodów w postępowaniu karnym (czy w ogóle w jakimkolwiek postępowaniu prowadzonym przez władzę państwową). W przesłanej przez Sąd Najwyższy opinii¹⁷ krytycznie odniesiono się zwłaszcza do skreślenia art. 168a k.p.k., z jednoczesnym pozostawieniem przepisu art. 393 § 3 k.p.k. Wyrażono tu obawę, że taki zabieg legislacyjny stanowić może wręcz za-

i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych, BAS, seria „Przed pierwszym czytaniem” 2013, nr 1, s. 11. Także K. Boratyńska, M. Królikowski, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa: C. H. Beck 2015, s. 404, gdzie czytamy: „Można przyjąć, że zakaz ten obejmie również legalny środek dowodowy, za pośrednictwem którego strona dociera do tej samej informacji, którą uzyskała uprzednio w sposób nielegalny”. Autorzy wskazują, że treść przepisu nie przesądza, czy dowód objęty zakazem ma pochodzić bezpośrednio czy pośrednio z popełnienia czynu zabronionego. Odwołując się do wcześniejszej literatury dotyczącej „owoców zatrutej drzewa”, zaznaczają oni zarazem, że „jest to wynik świadomego pozostawienia przez ustawodawcę luzu decyzyjnego, powierającego interpretacji sądowej doprecyzowanie zakresu tego zakazu”.

¹³ Dz.U. poz. 437.

¹⁴ Dokument dostępny pod adresem: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/0DCDFBC92E81FB4CC1257F47004B0C7D/%24File/207-ustawa.docx>

¹⁵ Zob. Uzasadnienie Projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, s. 14–15. Tekst dostępny pod adresem: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/0DCDFBC92E81FB4CC1257F47004B0C7D/%24File/207-uzasadnienie.docx> (dostęp: 2 kwietnia 2016 r.), gdzie powołano się na słowa R. Kmiecika, że „przepis art. 168a k.p.k., dyskwalifikujący dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego, znacznie rozszerza i tak szeroki obecnie system zakazów dowodowych w postępowaniu karnym. Dyskwalifikacja dowodów ocenianych nie tyle według kryteriów prawnoprocesowych wyznaczanych przez zakazy dowodowe, ile według kryteriów prawno Karnomaterialnych dotyczących przestępnych (a nawet jedynie zabronionych przez prawo karne) działań zarówno uczestników postępowania, jak i osób nieuczestniczących w procesie, może prowadzić do rezultatów chyba niezamierzonych przez ustawodawcę”. Tak *idem*, *Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, Prok. i Pr. 2015, z. 1–2, s. 17.

¹⁶ Opinia Krajowej Rady Sądownictwa, s. 3. Dokument dostępny pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=E4E18B486CF6499CC1257F5B0035420F>

¹⁷ Opinia Sądu Najwyższego, s. 26–27 (pkt X opinii). Dokument dostępny pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=CC7AB6DB0551BFC0C1257F6B003FCB99>

chęć dla prywatnego gromadzenia dowodów za pomocą czynów zabronionych. Także Biuro Analiz Sejmowych negatywnie oceniło projektowaną zmianę¹⁸. Zakwestionowano przede wszystkim pogląd, że przepis art. 168a k.p.k. wprowadzać miał „bardzo szeroki zakres zakazu dowodowego”, a to ze wskazaniem, iż nie dotyczył on wszystkich nielegalnie zdobytych dowodów, a wyłącznie tych, które uzyskano dla celów postępowania karnego. W opinii zwrócono także uwagę na postanowienie Sądu Najwyższego z 30 listopada 2010 r.¹⁹, gdzie w odniesieniu do czynności operacyjno-rozpoznawczej tzw. prowokacji policyjnej stwierdzone zostało, że w świetle zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP), zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji RP) oraz zasady sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (art. 45 Konstytucji RP) stan, w którym organy władzy państwowej mogą gromadzić materiał dowodowy wbrew obowiązującym przepisom prawa, obywatele zaś mogą na jego podstawie ponosić odpowiedzialność karną, jest nie do zaakceptowania²⁰. Dodano przy tym, że jakkolwiek z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie wynika zakaz korzystania z dowodów pośrednio nielegalnych, to w wyroku z 1 czerwca 2010 r. w sprawie *Gäfgen v. Niemcy*, skarga nr 22978/05, podkreślono, że bezwzględnie niedopuszczalne są dowody, które pozyskane zostały z naruszeniem zakazu tortur i niehumanitarnego traktowania (art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka), postępowanie dowodowe zaś tylko wówczas można prowadzić w opar-

ciu o dowody pośrednio nielegalne, gdy nie mają one zasadniczego znaczenia w sprawie²¹. Tym niemniej, zdaniem Biura Analiz Sejmowych, przepis art. 168a k.p.k. i tak nie miał dotyczyć owych pośrednio nielegalnych dowodów²².

3. Konstatacja, że pozostawiając art. 168a k.p.k., ustawodawca w niewielkim tylko stopniu uwzględnił zgłaszane uwagi krytyczne, zdaje się być oczywista. Kształt, jaki ostatecznie został mu nadany, przesądza tymczasem, że zasadą w polskim procesie karnym ma być dopuszczalność wykorzystania nielegalnych dowodów, niedopuszczalność zaś – ograniczona do najbardziej jaskrawych przejawów nadużycia władzy przez funkcjonariuszy publicznych – jedynie wyjątkiem. Mając na uwadze ideę racjonalnego ustawodawcy, stwierdzić należy, że skoro uchylił on zakaz procesowego wykorzystania nielegalnych dowodów, to zamiarem jego było uczynienie ich pełnowartościową podstawą ustaleń faktycznych w procesie. Czy mamy tu zatem do czynienia z zachętą, z przyzwoleniem na gromadzenie dowodów w sposób sprzeczny z prawem, co podnoszone było w uwagach krytycznych?

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że art. 168a k.p.k. w żaden sposób nie odnosi się do dowodów uzyskanych przez nieinstytucjonalnych uczestników postępowania. Mając zatem na uwadze, że art. 393 § 3 k.p.k. nie uległ modyfikacji, wyrażona już przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego opracowującą ustawę z 27 września 2013 r. obawa, iż – w myśl

¹⁸ Opinia Biura Analiz Sejmowych, s. 11–12. Dokument dostępny pod adresem: [http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk8.nsf/0/DC2FA952C9010FA6C1257F57004566C0/\\$file/i305-16.rtf](http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk8.nsf/0/DC2FA952C9010FA6C1257F57004566C0/$file/i305-16.rtf)

¹⁹ Sprawa o sygn. III KK 152/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 8.

²⁰ W kontekście przedsiębranej na podstawie art. 19 ustawy z o Policji kontroli operacyjnej zob. postanowienie SN z 22 września 2009 r., III KK 58/09, OSNKW 2010, nr 3, poz. 28 czy postanowienie SN z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 37, gdzie stwierdzono, że materiały uzyskane w sposób niezgodny z postanowieniem sądu o zarządzaniu takiej kontroli w postępowaniu karnym nie mogą być wykorzystane jako dowód w sprawie.

²¹ Opinia Biura Analiz Sejmowych, s. 12.

²² Za A. Bojańczykiem (*Jest zakres nowego zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego?*, „Palestra” 2014, nr 10, s. 105) wskazano tutaj dwa argumenty przemawiające za taką tezą, a to że zasada prawdy materialnej zajmuje kluczową pozycję wśród zasad postępowania karnego oraz że zakazy dowodowe jako wyjątek od zasady swobody dowodzenia winny być interpretowane w sposób ścisły.

zasady „cel uświęca środki” – podmioty dążące do skutecznej realizacji swoich interesów procesowych nie będą baczyć na dobra prawnie chronione (za których naruszenie przewidziana została uprzednio sankcja karna), może się urzeczywistnić. Jakkolwiek działania jednostki również limitowane są przepisami prawa, a odnosząc się *stricte* do prawa karnego – wyznaczającymi wzorce powinnego postępowania normami sankcjonowanymi, i za instalowanie podsłuchów czy przeprowadzane przeszukania mieszkania ponieść ona może odpowiedzialność karną (przykładowo na podstawie art. 267 § 3 k.k., czy – w przypadku zaboru dokumentów w wyniku przeszukania – art. 276 k.k.), uzyskany w ten sposób materiał dowodowy będzie mógł stanowić podstawę korzystnych dla niej ustaleń faktycznych. Jeśli się spojrzy tymczasem z perspektywy jednostki, owa odpowiedzialność karna, uzależniona od skutecznego przeprowadzenia postępowania karnego, niekoniecznie będzie ograniczać jej działania jako mniej realna od możliwej do osiągnięcia korzyści procesowej. Co więcej, mając na uwadze, że jednostka ta działałaby tutaj w celu ochrony – na łamach postępowania karnego – pewnych dóbr prawnych (dla oskarżonego będzie to przede wszystkim jego wolność, dla pokrzywdzonego zaś – dobro prawne, które *in concreto* miało być przez oskarżonego naruszone), wcale nie jest wykluczone, że odpowiedzialności tej ostatecznie by nie poniósł. Problem procesowego wykorzystania nielegalnie zdobytych dowodów jest tu

bowiem pochodną konfliktu konstytucyjnych wartości, a to szeroko rozumianego prawa do prywatności (art. 49 Konstytucji RP), zwłaszcza autonomii informacyjnej jednostki (art. 51 Konstytucji RP) oraz zasady prawdy materialnej (wyprowadzanej bądź to z art. 2 i zasady demokratycznego państwa prawnego, bądź z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, gwarantującego prawo do sądu i uczciwego procesu²³)²⁴. Poświęcenie zatem prawa do prywatności na rzecz prawdy materialnej może być *in concreto* uznane za uzasadnione, a nawet jeśli nie byłby to przypadek stanu wyższej konieczności z art. 26 § 2 k.k. (gdzie konieczną przesłanką jest bezpośrednio niebezpieczeństwa dla dobra prawnego), to przyjmuje się, że katalog okoliczności wyłączających winę ma charakter otwarty (art. 1 § 3 k.k.)²⁵. Z tej perspektywy pokusa nielegalnego zbierania dowodów jawi się zaiste jako wysoka.

Jeśli chodzi o procesowe wykorzystanie dowodów gromadzonych przez organy ścigania (instytucjonalnych uczestników postępowania), stwierdzić należy, że zawarte w art. 168a k.p.k. ograniczenie nie odnosi się w żaden sposób do głównej bólejczy praktyki, czyli czynności operacyjno-rozpoznawczych. Co bowiem istotne, za pogląd dominujący w dotychczasowym orzecznictwie sądowym (wypracowanym przed dniem 1 lipca 2015 r.²⁶) uznaje się brak możliwości wykluczenia dowodu na tej tylko podstawie, że – nie będąc objętym ustawowym zakazem dowodowym – został on pozyskany z naruszeniem prze-

²³ Zob. postanowienie TK z 7 marca 2011 r., P 3/09, OTK-A 2011, nr 2, poz. 13. Zob. także S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa: LexisNexis 2009, s. 223, czy B. Nita, A. Świątłowski, *Kontradiktoryjny proces karny (między prawdą materialną a szybkością postępowania)*, PiP 2012, z. 1, s. 37. Odmiennie, negując konstytucyjne korzenie przedmiotowej zasady, Ł. Chojniak, *O zasadzie prawdy materialnej w procesie karnym w świetle Konstytucji RP*, PiP 2013, z. 9.

²⁴ Zob. Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1982, s. 120, 144, gdzie zwraca się uwagę, że reguła zakazująca wykorzystania wszelkich nielegalnie zdobytych dowodów prowadziłaby do konieczności wydania wyroku uniewinniającego wbrew wiarygodnym dowodom winy, co ostatecznie przesądzałoby o niesprawiedliwości takiego orzeczenia. Mówiąc o sprawiedliwości, autor zdaje się tu mieć – rzecz jasna – na myśli sprawiedliwość materialną, nie proceduralną.

²⁵ A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa: Wolters Kluwer 2007, s. 52.

²⁶ Zaznaczyć tu niemniej należy, że z uwagi na stosunkowo krótki okres obowiązywania zakazu korzystania z nielegalnych dowodów po 1 lipca 2015 r. nie wykształciła się żadna nowa linia orzecznicza, która dostosowywałaby ów zakaz do praktyki stosowania prawa.

pisów ustawy²⁷. Wyjątek stanowią tu mają – właśnie – materiały operacyjne Policji, które nie zostały „przekształcone” w materiał procesowy, ewentualnie w ogóle nie nadają się do takiego przekształcenia, zwłaszcza jako niedotyczące czynów wyszczególnionych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji²⁸. Mając tymczasem na uwadze, że art. 168a k.p.k. w obecnym brzmieniu nie zakazuje wykorzystania jako podstawy ustaleń faktycznych w sprawie dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania, w konsekwencji – także reguł dotyczących wykorzystania i przekształcania materiałów operacyjnych w materiał dowodowy w postępowaniu karnym, dowody dotychczas postrzegane jako niedopuszczalne uznać by należało za pełnowartościowe. *Notabene*, o ile działania organów ścigania podejmowane wbrew przepisom ustawy, a zatem bez uprawnienia do wkroczenia w sferę praw i wolności jednostki, mogą realizować znamiona czynów zabronionych pod groźbą kary, i to nie tylko typów opisanych w art. 267 k.k. (w przypadku nielegalnego podsłuchu) i art. 235 k.k. (w przypadku nielegalnej prowokacji), ale także przekroczenia uprawnień na szkodę osoby prywatnej z art. 231 § 1 k.k., o tyle wyjątek z art. 168a k.p.k. czynów tych nie dotyczy. Jednocześnie powyższe uwagi co do wyłączenia odpowiedzialności karnej odnieść należy także do niniejszego przypadku. Funkcjonariusz publiczny, kierując się zasadą prawdy materialnej, działałby tu bowiem w celu ochrony porządku publicznego.

Na marginesie należy dodać, że redakcja omawianego przepisu w zakresie przypadków,

kiedy to wykorzystanie nielegalnego dowodu byłoby niedopuszczalne, powieli błędy, na które zwracano uwagę na etapie prac legislacyjnych nad ustawą z dnia 27 września 2013 r. W szczególności dalej jest tu mowa o czynie zabronionym w myśl art. 1 § 1 k.k. oraz nadal nie zostało doprecyzowane, czy chodzi o dowody uzyskane w wyniku czynu w sposób bezpośredni, czy także pośredni (przy czym w odniesieniu do czynu pozbawienia wolności trudno sobie wyobrazić dowód, który zostałby zdobyty w jego wyniku w sposób bezpośredni).

4. Mając na uwadze powyższe, na pytanie, czy przepis art. 168a k.p.k. stanowi swoiste przyzwolenie na procesowe wykorzystanie nielegalnie zdobytych dowodów, odpowiedzieć należy pozytywnie, zwłaszcza gdy się zważy, że możliwość pociągnięcia osoby, która narusza tutaj prawo, do odpowiedzialności karnej, ewentualnie dyscyplinarnej, jest kwestią odrębną, niezależną w tym momencie od możliwości procesowego wykorzystania uzyskanych w ten sposób dowodów.

Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie, mające w zasadzie charakter aksjologiczny, hierarchizujący bowiem pewne wartości społeczne, a to przedkładające prawdę materialną, w którą godziłby ów zakaz, nad szeroko rozumiane prawo jednostki do prywatności (art. 49 Konstytucji RP), w tym jej autonomię informacyjną (art. 51 Konstytucji RP), nie do końca zasługuje jednak na aprobatę. W szczególności w wyroku Trybunału Konstytucyjnego RP z 12 grudnia 2005 r.²⁹, mocą którego prze-

²⁷ P. Lech, *Owoce zatrutego drzewa w procesie karnym. Dowody zdobyte nielegalnie*, „Palestra” 2012, nr 3–4, s. 34, ze wskazaniem na wyrok SN z 5 lutego 2008 r., SNO 2/08, LEX nr 432189, gdzie za dowód obciążający służyło nagranie przebiegu rozprawy sporządzone bez zgody wymaganej przepisem art. 358 k.p.k. Autor wskazał w tym kontekście także postanowienie SN z 14 listopada 2006 r., V KK 52/06, LEX nr 202271, słusznie skrytykowane przez A. Lach, *Glosa do postanowienia SN z 14 listopada 2006 r., V KK 52/06*, „Palestra” 2008, nr 3–4, s. 281 i n., gdzie uznano za dopuszczalne posłużenie się nagraniem propozycji korupcyjnej sporządzonym przez osobę prywatną, jednak przy użyciu sprzętu otrzymanego od funkcjonariuszy ABW.

²⁸ Zob. P. Lech, *Owoce zatrutego*, s. 34, gdzie wskazuje się wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132, oraz uchwałę SN z 27 lipca 2006 r., SNO 35/06, LEX nr 4711767. Zob. także wyrok SN z 10 czerwca 2008 r., III KK 30/08, OSNKW 2008, nr 8, poz. 65. Szerzej D. Drajewicz, *Dowodowe wykorzystanie wyników kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym*, Prok. i Pr. 2010, z. 7–8, s. 165 i n.

²⁹ Sprawa o sygn. K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.

pis art. 19 ust. 4 ustawy o Policji³⁰ uznano za niezgodny z art. 51 ust. 4 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, wskazano, że o ile następcza zgoda sądu przewidziana w tym przepisie umożliwiałaby procesowe wykorzystanie materiałów operacyjnych zebranych bez uprzedniego zezwolenia bez narażania się na zarzut korzystania z „owoców z zatrutego drzewa”, o tyle zgoda ta nie sprawia, że zgromadzone w ten sposób informacje tracą przymiot „zebranych w sposób sprzeczny z ustawą” w świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP³¹. Przyjęta przez ustawodawcę hierarchia wartości niekoniecznie jest zatem tożsama z tą przyjmowaną przez ustrojodawcę³².

Przepisy postępowania przyznające organom władzy państwowej konkretne uprawnienia wyznaczają w zasadzie granicę ingerencji organów ścigania w sferę praw i wolności jednostki. Oczywiście jest z tej perspektywy, że korzystanie z dowodów uzyskanych z naruszeniem zasad procesowania stanowi obejście gwarancji nienaruszalności tychże praw i wolności. W uchwale Sądu Najwyższego z 27 lipca 2006 r.³³ podkreślone właśnie zostało, że „nie można podzielić (...) poglądu, zgodnie z którym dozwolone byłyby działania związane z ograniczeniem tajemnicy komunikowania się, niezakazane wyraźnie w ustawie [nieobjęte ustawowym zakazem dowodowym

– A. R.]. Jest to opaczne rozumienie praw i wolności obywatela. Jediną dopuszczalną regułą powinno w tej dziedzinie pozostawać respektowanie konstytucyjnie gwarantowanych wolności, a ich ograniczanie musi znajdować niebudzące wątpliwości, wyraźne upoważnienie ustawowe”. *Notabene*, w przytaczanym powyżej orzeczeniu Sądu Najwyższego z 30 listopada 2010 r. zakaz wykorzystania dowodów zdobytych wbrew obowiązującemu prawu wprowadzono z samej ustawy zasadniczej. Jakkolwiek zaś wyrażone tu stanowisko spotkało się również z krytycznym komentarzem, a to że „w naszym systemie prawnym to ustawodawca decyduje, które dobro ma zasadnicze znaczenie. Dlatego nie sposób zgodzić się z Sądem Najwyższym, że chociaż kodeks postępowania karnego czy ustawa o Policji lub inna ustawa wprost nie przewidują dyskwalifikacji procesowej takich *pierwotnie skazanych* dowodów, to niczego fakt ten nie zmienia, ponieważ ustawodawca nie zakłada niezgodnego z prawem działania swoich funkcjonariuszy. Działania organów ścigania, jeżeli są nielegalne, tylko wtedy mogą skutkować dyskwalifikacją uzyskanego w ich wyniku dowodu, gdy ustawa tak stanowi. Pozostałe podlegają swobodnej ocenie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”³⁴, tak z tezą nie

³⁰ W brzmieniu: „Sąd okręgowy może zezwolić, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, na odstąpienie od zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 3 [które zdobyto na skutek kontroli zarządzonej z powołaniem się na sytuację niecierpiącą zwłoki w razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia jej zarządzenia – A. R.], jeżeli stanowią one dowód lub wskazują na zamiar popełnienia przestępstwa, dla wykrycia którego na podstawie przepisów ustawowych może być prowadzona kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze”.

³¹ Por. jednak A. Lach, *Dopuszczalność*, s. 40. Autor podkreśla, że ze względów praktycznych przepis art. 54 ust. 4 Konstytucji RP – wprowadzony z myślą o ochronie danych osobowych – nie może mieć zastosowania do postępowania dowodowego w procesie karnym. Odmiennie J. Skorupka, *Eliminowanie z procesu karnego dowodu zebranego w sposób sprzeczny z ustawą*, PiP 2011, z. 3, s. 85.

³² Na szczególną uwagę zasługuje tu również wyrok SA w Białymstoku z 18 marca 2010 r., II AKa 18/10, OSA 2012, nr 3, poz. 117, gdzie w kontekście dowodów pośrednio nielegalnych (*sic!*) wskazano, że legalizowanie informacji uzyskanych w drodze oczywiście niedozwolonych metod (groźba, szantaż, tortury) poprzez ich późniejsze przełożenie na legalne co do formy i treści dowody jest niedopuszczalne w ramach demokratycznego państwa prawa. Zob. także argumenty przemawiające za uznaniem teorii „owoców zatrutego drzewa” w: P. Lech, *Owoce zatrutego*, s. 34 i n.

³³ Zob. przypis 28.

³⁴ A. Skowron, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r.*, III KK 152/10, LEX/el. 2012. Zob. także głosę R. Kmiecika, OSP 2011, nr 6, poz. 65.

sposób się zgodzić. Z uwagi na zasadę nadrzędności Konstytucji w systemie źródeł prawa (art. 8 Konstytucji RP) oczywiste bowiem jest, że ustawy zwykle nie powinny podważać konstytucyjnych wartości, zasad i norm³⁵. Jako że przyzwolenie na procesowe wykorzystanie nielegalnych dowodów stanowi w zasadzie przyzwolenie na bezprawne wkraczanie

w sferę praw i wolności jednostki, budzić ono może poważne wątpliwości co do zgodności z Konstytucją RP. Co oczywiste, skoro założeniem demokratycznego państwa prawnego jest to, że każda władza – także demokratycznie wybrana – wymaga ograniczenia³⁶, tak przepis ustawy, jak i art. 168a k.p.k. nie są w stanie zmieniać konstytucyjnych wartości.

³⁵ Zob. glosy aprobuujące do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r. autorstwa D. Drajewicza (PiM 2012, nr 1) i J. Kudli (LEX/el. 2013).

³⁶ M. Zmierczak, *Koncepcja państwa prawnego jako ograniczenie władzy narodu*, (w:) *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe: Kancelaria Sejmu 2006, s. 76, gdzie wskazuje się, że w ustroju demokracji konstytucyjnej to właśnie konstytucja stanowi ograniczenie woli narodu.

Summary

Aleksandra Rychlewska

ARTICLE 168A OF THE POLISH CRIMINAL PROCEDURE CODE AS A PERMISSION TO USE ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

With effect from the 1st of July 2015 to the Polish Criminal Procedure Code was introduced the new Article 168a, which forms a legal basis to exclude from criminal proceedings the evidence obtained by means of criminal offense. However, on the basis of the amending act of 11th March 2016 the provision has been rewritten in such a way that admissibility of evidence obtained as a result of violation of the law is going to be a principle of criminal proceedings. From the axiological perspective such a change should be considered as a lawmaker's permission to use evidence obtained in an illegal manner.

KEY WORDS: amendment to the Polish Criminal Procedure, the exclusionary rules, Article 168a of the Polish Criminal Procedure Code, illegally obtained evidence

POJĘCIA KLUCZOWE: nowelizacja procedury karnej, zakaz dowodowy, art. 168a k.p.k., dowód nielegalny

MOŻLIWOŚĆ WYKORZYSTANIA „DOWODÓW NIELEGALNYCH” W POSTĘPOWANIU CYWILNYM W ŚWIETLE ORZECZNICTWA ORAZ DOKTRYNY

I. WSTĘP

W postępowaniu cywilnym, rozumianym jako ogół czynności i działań podmiotów tego postępowania – sądu, stron i innych osób – których celem jest zapewnienie stronom ochrony prawnej, postępowanie dowodowe jest jednym z najistotniejszych etapów całego procesu. Jego prawidłowy przebieg i trafna ocena zgromadzonego materiału dowodowego gwarantują wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia, co w konsekwencji przekłada się na budowanie autorytetu wymiaru sprawiedliwości. Również orzecznictwo Sądu Najwyższego podkreśla niebagatelną rolę postępowania dowodowego. W zaleceniach z 15 lipca 1974 r. Sąd Najwyższy wskazał, że: „Wydanie prawidłowego orzeczenia uwarunkowane jest przede wszystkim wszechstronnym wyjaśnieniem wszystkich okoliczności sprawy, dotyczących zarówno strony przedmiotowej, jak i podmiotowej, w tym także w zakresie osobopoznawczym. Należyte więc przygotowanie i przeprowadzenie postępowania dowodowego przyczynia się do trafnego rozstrzygnięcia sprawy, jak również do zaoszczędzenia czasu, obniżenia kosztów postępowania, a w razie zaskarżenia orzeczenia umożliwia sądowi II instancji wydanie rozstrzygnięcia co do istoty sprawy”¹.

Podkreślenia wymaga jednocześnie, że w postępowaniu dowodowym możemy wy-

różnić etap dopuszczenia danego środka dowodowego w formie postanowienia i etap jego zaprezentowania (przeprowadzenia). Dopuszczając dowód, sąd musi rozważyć, czy dany fakt ma istotne znaczenie dla sprawy (art. 227), czy wymaga on udowodnienia, czy dany fakt lub dowód nie jest spóźniony (art. 207 § 6, art. 217 § 2), czy dany dowód nie został zgłoszony jedynie dla przewleczenia postępowania, czy okoliczność, na którą dany dowód został zgłoszony, nie została już dostatecznie wyjaśniona (art. 217 § 3), oraz to, czy dany środek dowodowy nie jest w danym wypadku wykluczony z uwagi na wprowadzone przez Kodeks ograniczenia (np. z art. 246 i 247)².

W kontekście tego ostatniego punktu ciekawym zagadnieniem, pojawiającym się coraz częściej w praktyce, jest możliwość wykorzystania dowodów „zdobytch w sposób sprzeczny z prawem”. Kwestia ta doczekała się dotychczas skromnego omówienia w doktrynie procesu cywilnego. Również orzecznictwo sądowe nie poświęciło większej uwagi temu zagadnieniu³.

Przed bardziej szczegółowymi uwagami należy przypomnieć, że art. 49 Konstytucji RP stanowi, że każdemu zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony⁴. Przykładem ograniczeń owej wolności mogą być przepisy rozdziału 26

¹ Uchwała Zgromadzenia Ogólnego SN, Kw.Pr. 1974, nr 2, OSNCP 1974, nr 12, poz. 203.

² J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2014, s. 389.

³ Podobne spostrzeżenie uczynił P. Janicki, *Dowód audiowizualny w procesie cywilnym a prawo do prywatności*, „Edukacja Prawnicza” 2009, nr 1, s. 20.

⁴ Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.

Kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.).⁵ Paragraf pierwszy art. 237 k.p.k. stanowi, że zarządzenie kontroli i utrwalanie treści rozmów telefonicznych może nastąpić jedynie w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. Warto przy tym zwrócić uwagę, że przepisy Kodeksu postępowania karnego przewidują jednocześnie ograniczenia przedmiotowe, podmiotowe, czasowe i celowościowe, jeżeli chodzi o kontrolę ruchu telekomunikacyjnego⁶. Wynika to przede wszystkim z odmienności funkcji i zasad postępowania karnego względem postępowania cywilnego. Za prokuratorem, będącym rzecznikiem interesu publicznego, stoi cały aparat państwa, co już samo w sobie otwiera spektrum możliwości dla oskarżyciela publicznego do zdobywania dowodów. Aby zapobiec nieograniczonemu korzystaniu z tego potencjału, zasadne było wprowadzenie ograniczeń, aby prokurator zbierał wszelkie dowody przemawiające przeciwko oskarżonemu zgodnie z określonymi procedurami (legalnie, *fair play*). Legalne zdobycie i następnie wprowadzenie dowodów do postępowania powinno stanowić podstawę oskarżenia. Uwagi te odnoszą się jednakże jedynie do relacji państwo–obywatel, gdyż w orzecznictwie Sądu Najwyższego zauważa się, że przepisy rozdziału 26 Kodeksu postępowania karnego, odnoszące się do kontroli i utrwalania rozmów przy użyciu środków technicznych, nie dotyczą prywatnego gromadzenia w ten sposób dowodów. Dlatego taśma magnetofonowa z utrwaloną na niej przez pokrzywdzonego (oskarżyciela posiłkowego) rozmową z oskarżonym może w sprawie karnej stanowić dowód, który podlega ocenie na zasadach ogólnych⁷.

W świetle przytoczonych wyżej uwag należy postawić pytanie, jak przedstawia się kwestia wykorzystania dowodu z podsłuchu,

informacji zamieszczonych na portalach internetowych oraz skrynkach pocztowych w procedurze cywilnej. Czy strony, podobnie jak to jest przyjęte w postępowaniu karnym, powinny gromadzić materiał dowodowy w sposób zgodny z prawem, na zasadach równości stron, czy też może sposób pozyskiwania dowodów leży poza zainteresowaniem sądu?

II. PRZEGLĄD DOKTRYNY I ORZECZNICTWA SĄDOWEGO

Na wstępie warto przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z 21 maja 2010 r.⁸, stanowiący niejako punkt wyjścia dla poniższych rozważań: „Z treści art. 309 k.p.c. wynika, że możliwe jest przeprowadzenie dowodu także innymi środkami niż wymienione w kodeksie, o ile są one nośnikami informacji o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia spraw, a ich wykorzystanie nie pozostaje w sprzeczności z przepisami prawa”. Jednocześnie zauważyć należy, że w Kodeksie postępowania cywilnego, w przeciwieństwie do Kodeksu postępowania karnego, trudno odszukać regulacje, które *expressis verbis* odnosilyby się do omawianego problemu. Jest to z kolei przyczyną powstania rozbieżności w doktrynie procesu cywilnego, jak również w orzecznictwie sądowym.

Dotychczasowe wypowiedzi przedstawicieli literatury przedmiotu oraz przegląd orzecznictwa pozwalają stwierdzić, że kwestia ta doczekała się następujących stanowisk – od bezwzględnie zakazujących wykorzystania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych sprzecznie z prawem, poprzez względnie pozwalające sądowi na skorzystanie z takich dowodów, do dopuszczających taką możliwość.

Najszerzej reprezentowany jest pierwszy pogląd. Pierwszym, który zabrał głos w dysku-

⁵ Dz.U. nr 89, poz. 555 ze zm.

⁶ C. Kulesza, (w:) P. Kruszyński (red.), *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2012, s. 253.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 10 maja 2002 r., Wa 20/02, OSNKW 2002, nr 9–10, poz. 77.

⁸ II CSK 643/2009, LexPolonica nr 4403383.

sji, był E. Wengerek, który już w 1977 r. uznał, że możliwość wykorzystania w procesie cywilnym przedstawionego przez stronę dokumentu lub innych przedmiotów naruszających dobra osobiste strony przeciwnej lub osób trzecich, bez ich zgody, nie może być potraktowana jako działanie zgodne z prawem, co powoduje w rezultacie, iż taki dowód nie może być dopuszczony w postępowaniu⁹. W ten nurt argumentacji wpisują się też wywody A. Laskowskiej, według której za niedopuszczalne należy uznać wykorzystywanie w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem do integralności fizycznej i psychicznej człowieka (art. 40, 41 Konstytucji RP, art. 3, 5 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r.¹⁰). Według przywołanej autorki z przytoczonych przepisów można wyprowadzić zakaz stosowania takich metod zdobywania dowodów, których celem lub skutkiem byłoby naruszenie i tym samym pozbawienie jednostki możliwości korzystania z prawa do wolności słowa, myśli, do intymności, do wolności osobistej¹¹. Kolejnym przedstawicielem doktryny popierającym to stanowisko jest M. Krakowiak, według którego w procedurze cywilnej obowiązuje podstawowy, choć niewyrażony *expressis verbis*, zakaz wykorzystywania dowodów zgromadzonych przez strony w sposób bezprawny. Źródłem zakazu są, podobnie jak to uzasadniali E. Wengerek i A. Laskowska, przepisy dotyczące ochrony dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.). Potajemne nagranie rozmowy będzie stanowić naruszenie dóbr osobistych, bez względu na techniczny sposób przeprowa-

dzenia rozmowy, tj. czy prowadzono rozmowę bezpośrednio „w cztery oczy”, czy też za pomocą środków komunikacji – telefonu. Autor ten, uzasadniając swoje stanowisko, podniósł, że istotą naruszenia prywatności jest ingerencja sprawcy w spokój psychiczny innej osoby. Każdy człowiek ma bowiem prawo do autonomicznego decydowania o tym, jakie informacje o sobie, o swoim życiu prywatnym, pragnie zachować dla siebie. Według M. Krakowiaka z samego sposobu uzyskania takiego dowodu, który związany jest z naruszeniem prawa i zasad współżycia społecznego, wynika jego niedopuszczalność¹². Również według P. Janickiego takie dowody należy uznać, z uwagi na to, że naruszają dobra osobiste, za niedopuszczalne w procesie cywilnym¹³. Prezentowany pogląd jest ponadto popierany przez Ł. Błaszczaka, który powołując się na wywody E. Wengera i A. Laskowskiej, również przyznaje, że niedopuszczalność dowodów bezprawnych może wynikać pośrednio z przepisów prawa materialnego, jak również z przepisów prawa procesowego¹⁴. Uwagi Ł. Błaszczaka uzupełnia K. Knoppek, według którego zakaz korzystania z dowodów bezprawnych wynika przede wszystkim z faktu, że wszystkie czynności sądu muszą się opierać na przepisach prawa i nie mogą sankcjonować cudzych czynów bezprawnych, polegających np. na zdobywaniu przez stronę dowodów sprzecznie z prawem¹⁵.

W świetle przedstawionych wyżej poglądów istniejący zakaz wykorzystania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób bezprawny czerpie swoje źródło z przepisów

⁹ E. Wengerek, *Korzystanie w postępowaniu cywilnym ze środków dowodowych uzyskanych sprzecznie z prawem*, „Państwo i Prawo” 1977, z. 2, s. 40.

¹⁰ Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284.

¹¹ A. Laskowska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane w sposób sprzeczny z prawem*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 12, s. 96.

¹² M. Krakowiak, *Potajemne nagranie na taśmę jako dowód w postępowaniu cywilnym*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 24, s. 1250–1252.

¹³ P. Janicki, *Dowód audiowizualny*, s. 21.

¹⁴ Ł. Błaszczak, (w:) Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk (red.), *Dowody w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 37.

¹⁵ K. Knoppek, *Dowody w postępowaniu cywilnym (recenzja)*, „Polski Proces Cywilny” 2011, nr 2, s. 163.

prawa materialnego (przepisów dotyczących dóbr osobistych), a także Konstytucji (art. 47, 49 i 51). Wszyscy powołani wyżej autorzy zgodnie stwierdzają, że zasada bezwzględnie zakazująca wprowadzenia w poczet materiału dowodowego tak uzyskanych dowodów nie jest wyrażona wprost, wynika natomiast pośrednio z wykładni zarówno przepisów prawa materialnego, jak i procesowego.

Ten kierunek wykładni przepisów znajduje również swoje potwierdzenie w orzecznictwie niektórych sądów. W myśl wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 10 stycznia 2008 r.¹⁶ podstępne nagranie prywatnej rozmowy godzi w konstytucyjną zasadę swobody i ochrony komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP). W uzasadnieniu tego wyroku SA w Poznaniu odniósł się do argumentacji przedstawionej przez A. Laskowską i podzielił między innymi tę argumentację, dodając przy tym, że dowody uzyskane w sposób sprzeczny z prawem nie powinny być w postępowaniu cywilnym co do zasady dopuszczalne. Podobne uwagi poczynił w tym zakresie również Sąd Apelacyjny w Warszawie, który w wyroku z 6 lipca 1999 r.¹⁷ stwierdził, że gromadzenie materiału dowodowego w procesie i prezentowanie go przez strony nie powinno odbywać się z naruszeniem zasad współżycia społecznego. Znamienne dla tego orzeczenia jest to, że Sąd, rozważając problem dopuszczenia dowodu z podsłuchu, swoje rozważania i decyzję zawęził jedynie do zasad współżycia społecznego, nie odnosząc się przy tym do innych przepisów, zwłaszcza proceduralnych.

Wedle drugiego z prezentowanych w literaturze przedmiotu stanowisk, co zostało już wcześniej zaznaczone, zakaz przeprowadzenia dowodów bezprawnych ma jedynie względny charakter. Jak podnosi D. Korszeń, względność obowiązującego zakazu wynika z tego, że od-

nosi się do dowodów z nagrań dokonanych osobiście przez uczestników zdarzeń, które to dowody są następnie przedstawiane sądowi przez te osoby, występujące w charakterze stron. Osoby takie, w odróżnieniu od osób trzecich, z uwagi na to, że są uczestnikami procesu komunikacyjnego, nie naruszają przepisów chroniących tajemnicę komunikowania wyrażoną w art. 49 Konstytucji, przepisów prawa karnego materialnego i procesowego, natomiast w przypadku innych praw o charakterze bezwzględnym (dóbr osobistych, prawa do prywatności), wolności i praw wynikających z art. 49 i 51 Konstytucji, art. 5 i 8 EKPC, brak bezprawności naruszenia tych dóbr wynika z realizacji prawa do sądu. Prawo do sądu określone w art. 45 Konstytucji, jak i przepisy ustaw regulujących sądowe postępowanie cywilne, zezwalają na naruszenie tych dóbr, z uwagi na przedmiot postępowania, który został przedstawiony przez stronę pod osąd sądu i realizację ochrony jej praw podmiotowych w postępowaniu sądowym¹⁸. Poglądy zaprezentowane przez D. Korszenia podziela G. Bar, według której pogląd o niedopuszczalności dowodu naruszającego dobra osobiste powinien mieć każdorazowo zastosowanie do nielegalnych podsłuchów rozmów prowadzonych przez osoby trzecie, przejmowania cudzej korespondencji lub włamania do skrzynki odbiorczej poczty elektronicznej. W przypadku zaś, gdy osoba utrwalająca dźwięk lub obraz i dźwięk albo ujawniająca korespondencję jest jednocześnie odbiorcą informacji, dowód taki będzie mógł być uznany za dopuszczalny¹⁹. Wpisujące się w to stanowisko, aczkolwiek nie do końca jasne, są ponadto uwagi R. Krawczyka, który co do zasady nie wyklucza, że sądy mogą takie dowody włączyć w poczet materiału dowodowego, zaznaczają jednak, iż liczyć się trzeba ze szczególną ostrożnością

¹⁶ I ACa 1057/2007, OSA 2009, nr 11, poz. 35, s. 56.

¹⁷ I ACa 380/99, OSA 2001, nr 4, poz. 21, s. 53.

¹⁸ D. Korszeń, *Zakaz przeprowadzania w postępowaniu cywilnym dowodów nielegalnych (bezprawnych)*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 1, s. 5.

¹⁹ G. Bar, *Dowody dopuszczalne w procesie cywilnym a ochrona dóbr osobistych*, „Przegląd Radcowski (OIRP Wrocław)” 2014, nr 2, s. 59.

i wnikliwością takiego dowodu, jak również konsekwencjami na płaszczyźnie prawa cywilnego i karnego²⁰.

Drugi z zaprezentowanych poglądów również znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie. W wyroku z 31 grudnia 2012 r. Sąd Apelacyjny w Białymstoku²¹ orzekł, że osobie, która sama – będąc uczestnikiem rozmowy – nagrywa wypowiedzi uczestniczących w tym zdarzeniu osób, nie można postawić zarzutu, że jej działanie jest sprzeczne z prawem, a co najwyżej z dobrymi obyczajami. Ponadto Sąd ten zauważył, że dopuszczalne jest przeprowadzenie dowodu z nagrań dokonanych osobiście przez osoby występujące w charakterze stron, które będąc uczestnikami rozmowy, nie naruszają przepisów chroniących tajemnicę komunikowania (art. 49 Konstytucji). W przypadku naruszenia innych praw o charakterze bezwzględny (dóbr osobistych, prawa do prywatności) brak bezprawności wynika z realizacji prawa do sądu (art. 45 Konstytucji).

Ostatnie ze stanowisk jest popierane przez B. Karolczyka²². Według tego autora w k.p.c. nie istnieje żaden przepis zakazujący stronie zgłoszenia wniosku dowodowego obejmującego dowód uzyskany w sposób sprzeczny z ustawą, jak również nakazujący sądowi oddalenie takiego wniosku dowodowego strony, nawet w sytuacji, gdy sąd poweźmie uzasadnione wątpliwości co do sposobu jego pozyskania. Odnosząc się do pierwszego z poglądów, twierdzi, że nie da się go obronić z punktu widzenia ustrojowego, a za jego odrzuceniem przemawia systemowa i funkcjonalna wykładnia obowiązujących przepisów Kodeksu postępowania cywilnego²³. Nie zgadza się również

z twierdzeniami, że w k.p.c. istnieje nieskodyfikowany i mający jednocześnie charakter bezwzględny zakaz wykorzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób nielegalny. W argumentacji autorów popierających pierwsze stanowisko dostrzega sprzeczność wewnętrzną, która według niego wynika z tego, że nie dostrzegają oni fundamentalnych zasad obowiązującego porządku prawnego. W swoich rozważaniach B. Karolczyk dochodzi bowiem do wniosku, powołując się przy tym na treść art. 178 Konstytucji RP, że sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu podlegają tylko Konstytucji i ustawom. To z kolei sprawia, że nakazy, jak ograniczające konstytucyjne prawo strony do sprawiedliwego, czyli zgodnego z faktami, rozpatrzenia sprawy przez sąd, muszą być sformułowane w ustawie, i to prawdopodobnie z zachowaniem zasady proporcjonalności²⁴. Co więcej, o tym, czy sąd mógłby w aktualnym stanie prawnym oddalić wniosek dowodowy ze względu na to, że materiał dowodowy nim objęty jest niewiarygodny lub uzyskany w sposób sprzeczny z prawem, jest nieporozumieniem z punktu widzenia zasad postępowania dowodowego. O wartości dowodowej konkretnego dowodu decyduje sąd na podstawie własnego przekonania, w oparciu o wszechstronnie zebrany i rozważony materiał dowodowy, a nie na podstawie twierdzenia stron na etapie rozstrzygnięcia o dopuszczeniu wniosku dowodowego *per se*²⁵.

W orzecznictwie sądowym trzecie z przedstawionych stanowisk nie zostało nigdzie wprost wyrażone. Wydaje się jednak, że orzeczeniem jemu najbliższym jest wyrok Sądu Najwyższego z 25 kwietnia 2003 r.²⁶, w którym

²⁰ R. Krawczyk, *Nagranie jako materiał dowodowy*, „Monitor Prawa Pracy” 2012, nr 12, s. 643.

²¹ Sygn. akt I ACa 504/11, OSAB 2013, nr 1, s. 17–30.

²² B. Karolczyk, *Dopuszczalność „dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa” w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 4 – autor poza swoimi rozważaniami pozostawił kwestię dowodów podrobionych, przerobionych, a także działań naruszających prawo karne, dokonywanych przez stronę, na jej zlecenie lub za jej wiedzą.

²³ Tamże, s. 94.

²⁴ Tamże, s. 95.

²⁵ Tamże, s. 99.

²⁶ IV CKN 94/2001, PS 2004, nr 11–12, s. 156.

Sąd ten orzekł, iż w procesie rozwodowym w zakresie wykazania winy w rozkładzie pożycia małżeńskiego za dowód służyć może także nagranie magnetofonowe rozmów prowadzonych przez strony, nawet jeżeli tych nagrań dokonano bez wiedzy jednej z nich i w okresie trwania małżonków w faktycznej separacji. Tezę tego wyroku o tyle ciężko przyporządkować, gdyż Sąd Najwyższy w żaden sposób nie uzasadnił prawnie swojego stanowiska, ograniczając się jedynie do sformułowania, że nie ma zasadniczych powodów do całkowitej dyskwalifikacji takiego dowodu przez drugą ze stron, nawet jeżeli rejestracji dokonano bez jej zgody i wiedzy.

III. POJĘCIE „DOWODY NIELEGALNE”

Istotną kwestią w rozważaniach na temat dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu cywilnym dowodów nielegalnych jest ich definicja. Przywołani wyżej autorzy posługują się bowiem różnymi terminami, których znaczenia nie są jednolite. Zasadne jest jednak postawienie pytania, czy na gruncie przepisów k.p.c. w ogóle możemy mówić o istnieniu kategorii „dowodów nielegalnych”.

A. Laskowska w swoich rozważaniach używała sformułowania „dowody uzyskane w sposób sprzeczny z prawem”, który to dowód został uzyskany w sposób niezgodny z prawem materialnym, ale także uzyskany w sposób niezgodny z prawem procesowym. Autorka ta posługuje się również terminem „dowód niedopuszczalny”, przez który rozumie dowód uzyskany tak w sposób sprzeczny z prawem, jak również z zasadami współżycia społecznego i normami etycznymi, które są powszechnie akceptowane²⁷. Definicję zapro-

ponowaną przez A. Laskowską podziela również P. Janicki, z tą małą różnicą, że autor ten używa pojęcia „dowód nielegalny”, którego zakres obejmuje dowód uzyskany w sposób sprzeczny z prawem, jak i dowód niedopuszczalny²⁸.

Z kolei według M. Krakowiaka należy używać jednolitego pojęcia „dowód nielegalny”, który to dowód pozostaje w dyspozycji strony na skutek działania jej lub innej osoby, naruszającej przepisy prawa materialnego, prawa postępowania cywilnego bądź zasady współżycia społecznego. Zakres pojęcia „dowód nielegalny” zaprezentowany przez tego autora jest zatem szerszy niż przedstawiony przez A. Laskowską²⁹. Podobnie termin „dowód nielegalny” definiuje R. Krawczyk³⁰.

Zupełnie inaczej tę kwestię zaprezentował B. Karolczyk. Według niego używane w literaturze procesowej określenia „dowody bezprawne”, „dowody nielegalne” czy „dowody uzyskane w sposób sprzeczny z prawem” nie są terminami normatywnymi. Jest to bowiem konsekwencją tego, że Kodeks postępowania cywilnego nie reguluje w żaden sposób zagadnienia dopuszczalności takich dowodów ani nie zawiera żadnej relewantnej definicji³¹. W Kodeksie odnajdziemy natomiast przepisy określające jedynie to, co jest przedmiotem dowodu i jakie istnieją środki dowodowe. Autor ten natomiast proponuje używanie pojęcia „ograniczenia dowodowe”, obejmującego swym zakresem zakazy dowodowe (to takie ograniczenia, które sąd może lub musi zastosować bez względu na wolę stron lub osoby trzeciej, np. art. 247, 259 k.p.c.) oraz „przywileje dowodowe” (to przyznane ustawowo uprawnienie do uchylenia się od powszechnego obowiązku zeznawania w sądzie w charakterze świadka, odpowiedzi na pytania, wydania dokumentu, fotografii, np.

²⁷ A. Laskowska, *Dowody*, s. 89.

²⁸ P. Janicki, *Dowód audiowizualny*, s. 20.

²⁹ M. Krakowiak, *Potajemne nagranie*, s. 1250.

³⁰ R. Krawczyk, *Nagranie*, s. 641.

³¹ B. Karolczyk, *Dopuszczalność*, s. 88.

art. 259¹, art. 261 k.p.c.). To z kolei sprawia, że odpowiedniejsze jest posługiwanie się terminami „dowody uzyskane” lub „przeprowadzone”: „wbrew ustawie”, „z naruszeniem ustawy” lub „w sposób sprzeczny z ustawą”³². Z powyższymi uwagami zgadza się G. Bar, która również przyznaje, że pojęcia używane przez niektórych autorów nie mają charakteru normatywnego³³.

Z argumentami zaprezentowanymi przez B. Karolczyka zgadza się również autor niniejszego opracowania. Kodeks postępowania cywilnego stanowi bowiem jedynie o tym, co jest przedmiotem dowodu, jakie są środki dowodowe, jak i w jakim zakresie przeprowadzone powinny być konkretne dowody, oraz rozstrzyga, jak sąd powinien ocenić przeprowadzone w postępowaniu dowody. W żaden sposób nie została natomiast uregulowana kwestia pozyskiwania dowodów i ich utrwalania przez strony na potrzeby postępowania, co z kolei regulują przepisy k.p.k. O tym, jaki materiał dowodowy zostanie zaprezentowany w sprawie, decydują strony, rola sądu natomiast sprowadza się do jego przeprowadzenia oraz do dokonania jego oceny. Za B. Karolczykiem stwierdzam, że w oparciu o przepisy k.p.c. nieuzasadnione jest posługiwanie się terminami „dowody nielegalne”, „dowody uzyskane w sposób sprzeczny z prawem”, albowiem Kodeks nie daje podstaw do formułowania takich definicji. Prawidłowe jest natomiast twierdzenie, że w k.p.c. występują ograniczenia dowodowe w przeprowadzaniu dowodów, czyli takie regulacje, które czynią przeszkodę w skorzystaniu ze środka służącego badaniu faktów³⁴, np. art. 246, 259, 261 k.p.c. Dodać przy tym należy, że kwestia ograniczeń dowodowych pojawi się dopiero po tym, jak sąd uzna, iż dany fakt jest istotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

IV. PRÓBA POLEMIKI ZE STANOWISKAMI DOKTRYNY

Przedstawiony przegląd stanowisk doktryny i orzecznictwa na temat poruszanego problemu pozwala odnieść się w tym miejscu do argumentów przedstawianych przez poszczególnych autorów. Rozważania będą uzupełnione o zagadnienia konstytucyjne, poruszana tematyka wiąże się bowiem niewątpliwie z konfliktem wartości konstytucyjnych – prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji), tajemnicy komunikowania się (art. 49) oraz prawa do sądu (art. 45). Powyższe implikuje tym samym konieczność rozstrzygnięcia, którym wartościom, przy uwzględnieniu zasad i funkcji postępowania cywilnego, a także zasad ogólnych wymiaru sprawiedliwości, należy dać pierwszeństwo przed innymi.

W art. 47 Konstytucji zostało wyrażone prawo do prywatności, które swym zakresem obejmuje wszystkie osoby fizyczne, gdyż tylko one są zdolne do posiadania życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia³⁵. Jak podnosi się jednak w literaturze przedmiotu, zasada ujęta w art. 47 Konstytucji nie jest zasadą bezwzględną i ulega ograniczeniu przez inne zasady konstytucyjne³⁶. Stopień ograniczeń powinien być jednak proporcjonalny, a zarazem konieczny w demokratycznym społeczeństwie i podporządkowany celowi, któremu ma służyć. Ograniczenia te można wywieść między innymi z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Wszczęcie postępowania związane jest bowiem nieodłącznie z wkroczeniem przez sąd w relacje prywatne stron procesu i ich ujawnienie w odpowiednim zakresie. W tym miejscu warto przypomnieć, że strona, zwracając się do sądu o udzielenie jej ochrony prawnej, jest zmuszona przytoczyć okoliczności faktyczne uzasadniające jej żądanie (art. 187 § 1

³² Tamże, s. 94.

³³ G. Bar, *Dowody dopuszczalne*, s. 52.

³⁴ A. Skąpski, *Ograniczenia dowodzenia w procesie cywilnym*, Warszawa–Kraków 1981, s. 23.

³⁵ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 244.

³⁶ Tamże, s. 247.

pkt 2 k.p.c.). Niemożliwe byłoby zainicjowanie i prawidłowe przeprowadzenie postępowania bez przedstawienia stanu faktycznego sprawy, który często dotyczy osobistych spraw stron procesu (np. sprawy z zakresu prawa rodzinnego). Co więcej, strona może żądać wezwania na sprawę wskazanych przez siebie świadków, którzy, zeznając, nieraz muszą ujawniać informacje objęte prywatnością stron. Świadek nie może bowiem odmówić składania zeznań, chyba że łączy go z jedną ze stron relacje rodzinne (art. 261 § 1 k.p.c.). Za nieuzasadnioną odmowę zeznań sąd skazuje świadka na grzywnę (art. 276 § 1 k.p.c.). Podobne uwagi należy poczynić w odniesieniu do obowiązku przedstawienia dokumentu (art. 248 § 1 k.p.c.). Wszystkie podane wyżej środki dowodowe będą nieraz wiązały się z naruszeniem prawa do prywatności, co jednak podyktowane jest realizacją prawa do sądu. W kontekście przywołanych uwag szczególnym dowodem będzie dowód z przesłuchania stron. Jego specyfika polega bowiem na tym, że uczestnik postępowania z jednej strony występuje jako podmiot zobowiązany do przedstawienia sądowi dowodów, a z drugiej strony sam jest źródłem dowodowym, które dostarcza sądowi informacji o zdarzeniach, których był uczestnikiem, do czego dochodzi w trakcie przesłuchania w trybie art. 299 k.p.c.³⁷ Dowód ten ma jednocześnie charakter subsydiarny, jak stanowi bowiem przytoczony artykuł, jest on dopuszczany wówczas, jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w sytuacji ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy; sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z przesłuchania stron. W tym kontekście należy dodać, że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron nie może służyć sprawdzeniu wyników dotychczasowego postępowania dowodowego³⁸. Przesłuchanie strony w tym trybie nakłada na nią obowią-

zek mówienia prawdy o wszystkim, co jest przedmiotem postępowania i ma dla jego rozstrzygnięcia istotne znaczenie (art. 304 i 227 k.p.c.). Zaznaczyć przy tym trzeba, że udział strony w tym dowodzie jest z zasady dobrowolny (z wyjątkiem wynikającym z art. 432 k.p.c.), strona może bowiem odmówić zeznań lub odpowiedzi na poszczególne pytania bez uzasadnienia, a sąd nie dysponuje żadnymi instrumentami, którymi mógłby wymusić na niej złożenie zeznań³⁹. Konsekwencją przeprowadzenia omawianego dowodu jest często obowiązek ujawnienia zdarzeń, w których strona uczestniczyła, a które dotyczą życia prywatnego drugiej strony, bez względu na to, czy wyraziła ona na to zgodę. Ustalenie faktów, nawet tych przykrych, podyktowane jest bowiem koniecznością ustalenia rzeczywistego stanu sprawy oddanej pod osąd, co ma ostatecznie służyć wydaniu trafnego rozstrzygnięcia. W konsekwencji uznać należy, że strona nie narusza prawa do prywatności drugiej strony, ujawniając w trybie jej przesłuchania informacje objęte tą sferą, nawet jeżeli nie wyraża ona na to zgody (uchylenie bezprawności naruszenia sfery prywatnej). A zatem skoro nie podlega kwestionowaniu takie ujawnienie dowodów przez stronę (art. 299 k.p.c.), to nie ma żadnych przeszkód, aby przedstawiła ona również te same informacje w innej formie – zmaterializowanej, ujęte w nagraniu drugiej strony (za pomocą komórki, dyktafonu, kamery itp.), co zresztą słusznie zauważa D. Korszeń⁴⁰. Są to nadal te same informacje, jednakże inaczej zaprezentowane przed sądem, co samo w sobie nie wyłącza ich waloru wiarygodności oraz niedopuszczalności. Można nawet zaryzykować stwierdzenie, że takie utrwalenie konkretnego zdarzenia lepiej będzie spełniało swoją rolę dowodową, albowiem dokładniej będzie można odtworzyć rzeczywisty przebieg wydarzeń. Warunkiem jest jedynie to, aby dowód

³⁷ D. Korszeń, *Zakres zakazu*, s. 11.

³⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 października 2010 r., I ACa 875/10, niepubl.

³⁹ Ł. Błaszczak, (w:) *Dowody*, s. 518.

⁴⁰ D. Korszeń, *Zakres zakazu*, s. 11.

ten obejmował fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i miał związek z przedmiotem postępowania.

Odnosząc się natomiast do art. 49 Konstytucji, to w doktrynie prawa konstytucyjnego podnosi się, że jego treść wyraża wolność komunikowania się, która związana jest z poufnością⁴¹. Prawo to w swej istocie polega na zakazie zmuszania adresatów do ujawniania treści otrzymywanych przekazów, jak i na zakazie adresowanym do wszystkich innych podmiotów, łącznie z organami władzy publicznej, podejmowania prób poinformowania się o tych treściach bez zgody adresata⁴². Z powyższego wynika, że wysyłający wiadomość, jak i jej odbiorca mogą skorzystać z tajemnicy komunikowania się, ale też są upoważnieni do jej upowszechnienia. Konsekwencją tego będzie zmiana istoty i charakteru samej komunikacji, która straci cechę indywidualizacji⁴³. To z kolei sprawia, że uczestnicy procesu komunikowania się mogą decydować, jako podmioty uprawnione, o tym, czy i w jakim zakresie upublicznia otrzymaną lub nadaną wiadomość. Nie będzie to jednocześnie stanowiło naruszenia tajemnicy komunikowania się (prywatności), co najwyżej innych dóbr osobistych. Natomiast jeżeli strona dokona nagrania wiadomości, to nie działała ona wbrew przepisom prawa karnego, albowiem art. 267 k.k. penalizuje czyny polegające na uzyskaniu dostępu do informacji nieprzeznaczonej dla sprawcy lub do której nie jest uprawniony. *A contrario*, jeżeli zatem sprawca wypełnia znamiona czynów opisanych w przytoczonym artykule, jednakże których jest adresatem, to nie może być mowy o popełnieniu przestępstwa. W kontekście wyżej przedstawionych uwag należy stwierdzić, że sąd może dopuścić i przeprowadzić tak uzyskany dowód w postępowaniu cywilnym. Podobne spostrzeżenia

należy odnieść do informacji dostępnych na portalach społecznościowych. Skoro użytkownik takiego serwisu godzi się na upublicznienie faktów z jego życia, to nie może następnie podnosić zarzutu, że zostało naruszone jego prawo do prywatności (nawet jeżeli ma do nich dostęp jedynie krąg rodziny i przyjaciół/znajomych), albowiem w tym zakresie zrzekł się waloru prywatności. Również w przypadku, gdy użytkownik udostępni określonej osobie swoje hasło do konta (czy to pocztowego, czy konta na portalu społecznościowym), nie będzie można uznać, że gromadząc następnie dowody dzięki dostępowi do konta, działała ona wbrew prawu, ponieważ użytkownik w tym zakresie zrzekł się prawa do prywatności swojej korespondencji. Jak bowiem stwierdził Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 14 października 2008 r., nie stanowi przestępstwa z art. 267 § 1 k.k. bezprawne posługiwanie się hasłami lub kodami umożliwiającymi dostęp do informacji. Nie do zaaprobowania pozostaje stanowisko, jakoby nielegalne, tj. bez zgody posiadacza, czy też nawet przy użyciu podstępem, uzyskanie kodów i haseł do konta bankowego tożsame było pojęciu przełamania⁴⁴. Ujmując łącznie treść art. 49 Konstytucji oraz art. 267 k.k., należy uznać, że nie da się z nich wywieść zakazu dokonywania nagrania przez uczestnika procesu komunikowania się. Przywołane przepisy nie są również podstawą do dyskwalifikacji tak uzyskanych dowodów, które, jako nośniki informacji, mogą mieć istotny wkład w ustalenie rzeczywistego stanu sprawy oddanej pod osąd.

Co zaś się tyczy nagrywania rozmów przez osoby trzecie (oraz ogólnie dowodów uzyskanych w wyniku przestępstwa), stwierdzić należy, że uzasadnieniem dla niedopuszczalności przeprowadzenia takiego dowodu będzie nie tyle fakt, iż jest to czyn zabroniony, ile zasada

⁴¹ P. Sarnecki, (w:) L. Garlicki (red.), *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (tom 3) – art. 49*, Warszawa 1997, s. 3.

⁴² Tamże.

⁴³ B. Banaszak, *Konstytucja*, s. 259.

⁴⁴ II Aka 120/08, OSA 2010, nr 12, poz. 57, s. 3.

rzetelnego procesu. Zasada ta źródło swoje czerpie głównie z aktów prawa międzynarodowego. Zgodnie z art. 6 ust. 1 EKPC każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Orzeczenie ogłaszane jest zawsze publicznie, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletniego lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości. Podobna treść normatywna zawarta jest w art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich oraz w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Podkreślenia wymaga, że EKPC nie precyzuje treści prawa do rzetelnego postępowania ani też nie daje wskazówek do jego określenia, wymienia jednak zespół gwarancji rzetelnego procesu. W drodze interpretacji całego aktu można jednak skonstruować elementy, które składają się na tak ujmowany proces, tj.: równość broni, prawo do wysłuchania, prawo do uzasadnienia orzeczenia, prawo do uczestniczenia w procesie, prawo do kontradyktoryjnego postępowania dowodowego, prawo do wglądu w akta sprawy, a także zasadę *res iudicata*⁴⁵, przy czym podkreśla się, że szczególnie istotną rolę pełni zasada równości broni i kontradyktoryjności. Tak ujmowany rzetelny proces jawi się w związku z tym jako model gwarantujący ustrojowe, procesowe, jak i ogólnoprawne zasady uczciwego procesu⁴⁶.

Orzecznictwo strasburskie zwraca przy tym uwagę na rosnącą ogólną wrażliwość społeczną na rzetelne sprawowanie wymiaru sprawiedliwości⁴⁷. W świetle powyższego należy stwierdzić, że sprzeczne z zasadami uczciwości procesu oraz równości broni byłoby przeprowadzenie przez sąd dowodu uzyskanego w wyniku czynu zabronionego. Konieczne jest bowiem wyznaczenie pewnej granicy dla dopuszczalności przeprowadzania dowodów, albowiem aprobata dla tak pozyskiwanego materiału dowodowego stanowiłaby swego rodzaju akceptację i zachętę dla takiego działania stron, co trudno zaakceptować z punktu widzenia zasad procesu cywilnego, jak też i z perspektywy społecznej. Trudno byłoby bowiem budować autorytet wymiaru sprawiedliwości, jeżeli jego rozstrzygnięcia opierałyby się na tolerowaniu nieuczciwych praktyk stron procesu. Zasada równości broni wymaga bowiem od uczestników postępowania, skoro już doprowadzili do procesu, uczciwości wobec samych siebie i gromadzenia materiału zgodnie z obowiązującym prawem, aby mógł on stanowić podstawę dla trafnego rozstrzygnięcia.

Problemem praktycznym, który tu się jednak pojawia, jest moment, w którym sąd musiałby stwierdzić, że ma do czynienia z takim dowodem. Na etapie wydawania postanowienia trudno oczekiwać, że strona żądająca przeprowadzenia takiego dowodu przyznałaby się do faktu, iż uzyskała go w wyniku przestępstwa. Wobec braku takiej wiedzy sąd, oceniając, że jest on istotny dla postępowania dowodowego i ma związek z przedmiotem postępowania, musiałby taki dowód przeprowadzić. W sytuacji gdy, w dalszym toku postępowania, zwłaszcza wobec zajęcia stanowiska przez stronę przeciwną, sąd doszedłby do wniosku, że może on pochodzić z czynu zabronionego, na podstawie art. 240 § 1 k.p.c. mógłby uchylić swoje postanowienie dowodowe. Oczywiście uzasadnieniem dla takiej decyzji sądu byłoby

⁴⁵ A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, s. 50.

⁴⁶ Tamże, s. 55.

⁴⁷ Wyrok ETPCz z 23 lipca 1986 r. w sprawie 1474/62, *Delcourt v. Belgia*, LEX nr 80783.

uzasadnione podejrzenie, że dowód został uzyskany za pomocą przestępstwa i że jego przeprowadzenie pozostawałoby w sprzeczności z zasadą rzetelnego procesu.

Co nie mniej ważne, tak uzyskanych i następnie przeprowadzonych dowodów nie można z góry pozbawiać waloru wiarygodności. To, czy dany dowód został jakkolwiek zmanipulowany, oceni sąd, mając na uwadze wszechstronnie zebrany i rozważony materiał dowodowy. Jak trafnie bowiem zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 29 listopada 2012 r.⁴⁸, obowiązek wynikający z art. 233 § 1 k.p.c. daje sądowi możliwość wyboru, któremu ze sprzecznych ze sobą dowodów przyznać wiarygodność i moc dowodową, a któremu takiej wartości odmówić. Jeśli tylko wybór ten będzie konsekwencją oceny dokonanej w granicach swobodnej oceny dowodów, nie może zostać skutecznie podważony. Jedynie w przypadku braku logiki w wyprowadzaniu wniosków z zebranymi dowodami bądź gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. W świetle powyższego o tym, czy tak uzyskany dowód będzie stanowił wkład w poznanie rzeczywistego stanu rzeczy (prawdy), zdecyduje sąd, opierając się na swoim własnym doświadczeniu oraz porównując zgromadzony w sprawie materiał dowodowy.

Uzasadnieniem przemawiającym przeciwko pierwszemu pogładowi wyrażonemu w literaturze wydaje się być również treść art. 3 k.p.c., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dokonywać czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami, dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek

oraz przedstawiać dowody. Artykuł ten statuuje zasadę prawdy w postępowaniu cywilnym, a jednocześnie ustanawia zakaz kłamstwa procesowego adresowany do stron, innych uczestników postępowania oraz ich przedstawicieli, a także obowiązek kompletności (zupełności) wyjaśnień udzielanych przez te podmioty⁴⁹. Należy zwrócić uwagę, że w przepisie tym jest mowa o dokonywaniu czynności procesowych, a tym zdecydowanie nie jest gromadzenie materiału przez strony postępowania, które ma miejsce poza procesem. Tym samym takie zdobycie dowodu nie może być uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami. Ponadto strony są obowiązane do przedstawiania wszelkich dowodów, co ma służyć ustaleniu prawdy, nawet takich, które wkraczają w sferę prywatności drugiej strony.

Podsumowując, należy uznać, że dotychczas przeważającego w literaturze przedmiotu poglądu o bezwzględnym zakazie dopuszczania i przeprowadzania w postępowaniu cywilnym „dowodów nielegalnych” – naruszających prawo do prywatności i tajemnicę komunikacji w zakresie wskazanym wyżej – nie można uznać za trafny. Przyjęcie bowiem odmiennego stanowiska prowadziło do pozbawienia jednostek przysługującego im prawa do sądu oraz nie sprzyjałoby prowadzeniu i udzieleniu ochrony prawnej w sprawach cywilnych. Na pełną aprobatę zasługują natomiast argumenty zaprezentowane przez D. Korszenia, który dokonał trafnej i pogłębionej analizy omawianego zagadnienia.

V. PODSUMOWANIE

Niniejsze opracowanie miało stanowić głos w prowadzonej już od dłuższego czasu dyskusji dotyczącej możliwości prowadzenia dowodu uzyskanego wbrew prawu. Należy jednak sądzić, że kwestia ta nadal pozostanie nieroz-

⁴⁸ IACa 612/2012, LexPolonica nr 5178618.

⁴⁹ M. Muliński, (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2013, s. 62.

strzygnięta, albowiem przepisy Kodeksu postępowania cywilnego są niewystarczające do przesądzenia, które ze stanowisk zasługuje na poparcie. Jest to w mojej opinii pokłosiem tego, że w tym zakresie regulacja procesu cywilnego zawiera lukę prawną, która wymaga interwencji ustawodawcy, co zostało już zauważone w literaturze przedmiotu⁵⁰. Niedocenione są przy tym poszczególne opracowania, które w mniejszym lub większym stopniu próbują uzupełnić w drodze wykładni przepisów czy-

wisty brak odpowiedniej regulacji k.p.c. W tym kontekście należy zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez D. Korszenia, do którego przychyliła się również autor niniejszego opracowania. Stanowi ono racjonalny i mający oparcie w przepisach kompromis, który powinien znaleźć swoje odzwierciedlenie w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego. W tym też kierunku powinny – w moim przekonaniu – zmierzać ewentualne propozycje uregulowań omawianego problemu.

⁵⁰ B. Karolczyk, *Dopuszczalność*, s. 106.

Summary

Tomasz Iwanicki

THE POSSIBILITY OF USING „ILLEGAL EVIDENCE” IN CIVIL PROCEEDINGS IN THE LIGHT OF THE JUDICIAL DECISIONS AND DOCTRINE

Evidence proceeding is the most important phase of any litigation, as its correct execution results in accurate judgment. Those proceedings might result in using evidence of doubtful origin (illegal evidence). Both Polish doctrine of law and the history of judicial decisions have different stances on the use of illegally obtained evidence in civil proceedings, varying from absolute prohibition to relative possibility of using such evidence. Analysis of current legislation – the Code of Civil Procedure and the Constitution – leads to the conclusion, that the correct position is the one allowing relative possibility of using illegal evidence. In that case, a person, recording a conversation that he or she also participates in, does not act against the law, although such action might be considered as morally ambiguous.

KEY WORDS: evidence proceeding, evidence, illegal evidence, the right to privacy of communication, the principle of a fair trial

POJĘCIA KLUCZOWE: postępowanie dowodowe, dowody, dowody nielegalne, prawo do tajemnicy komunikowania się, zasada rzetelnego procesu

NOWELIZACJA USTAWY O POSTĘPOWANIU W SPRAWACH NIELETNICH – ZAGADNIENIA WYBRANE

1. KSZTAŁTOWANIE SIĘ POLSKIEGO MODELU POSTĘPOWANIA Z NIELETNIMI

Wyodrębnienie się prawa nieletnich jako odrębnej gałęzi prawa polskiego należy łączyć z uchwaleniem ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich z 26 października 1982 r. (zwanej dalej u.p.n.)¹. Do chwili wejścia w życie tego aktu prawnego, tj. do 13 maja 1983 r., postępowanie wobec nieletnich sprawców czynów zabronionych było integralną częścią prawa karnego² i procedury karnej³, a możliwość interwencji wychowawczo-poprawczej wobec nieletniego była ograniczona do sytuacji, w której nieletni popełnił czyn zabroniony⁴.

Trwające ponad sześćdziesiąt lat prace nad ustawą⁵ prowadzone były w burzliwej atmosferze sporów i dyskusji⁶ dotyczących zasad

traktowania nieletnich⁷. Jedni opowiadali się za koncepcją opiekuńczego podejścia do nieletniego (zwaną również kryminologiczną lub terapeutyczną), zgodnie z którą nieletniego, który popadł w konflikt z prawem, należy traktować jako „dziecko w niebezpieczeństwie”, wymagające opieki, pomocy i ochrony przed szkodliwymi wpływami otoczenia, a zatem stosowania wyłącznie środków wychowawczych. Drudzy wskazywali konieczność stosowania wobec nieletnich środków o charakterze karnym, składając się tym samym ku koncepcji sprawiedliwościowej (zwanej także jurydyczną, karnistyczną lub represyjną), zgodnie z którą nieletnich należy traktować jako specyficzną kategorię dorosłych sprawców czynów zabronionych⁸.

Ostatecznie przyjęte rozwiązanie było *de*

¹ Dz.U. z 1982 r. nr 35, poz. 228.

² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. nr 60, poz. 571) regulowało ogólne zasady odpowiedzialności nieletnich w art. 69–78. Przepisy tego aktu prawnego, ze względu na wizję rychłego wejścia w życie odrębnej ustawy dotyczącej postępowania z nieletnimi, nie straciły mocy obowiązującej także po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1969 r. Pozostawiono je ustawą z dnia 22 grudnia 1969 r. o utrzymaniu w mocy na okres przejściowy niektórych dotychczasowych przepisów prawa karnego (Dz.U. z 1969 r. nr 37, poz. 311).

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1928 r. nr 33, poz. 313) przewidywało szczególne postępowanie karne w sprawie nieletnich w art. 474–495.

⁴ T. Kaczmarek, *Psychologiczne i ustawowe kryteria odróżniania nieletnich od dorosłych w polskim prawie karnym*, NP 1990, z. 1–3, s. 16.

⁵ M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, wydanie 2 uzupełnione, Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business 2008, s. 35.

⁶ Szerzej na temat prac nad ustawą zob. *ibidem*, s. 35 i n.

⁷ Szerzej na temat ewolucji zasad odpowiedzialności nieletnich zob. M. Cieślak, *Od represji do opieki (rzut oka na ewolucję zasad odpowiedzialności nieletnich)*, „Palestra” 1973, nr 1, s. 30 i n.; S. Batawja, A. Strzembosz, *Nieletni przestępcy w świetle badań kryminologicznych i postulatów ustawodawcze*, PiP 1968, s. 901 i n.; H. Zabrodzka, *Odpowiedzialność nieletnich na tle projektu ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu demoralizacji i przestępczości nieletnich*, PiP 1969, z. 4–5, s. 794 i n.; M. Żebrowska, *Głos psychologów w dyskusji nad projektem ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu demoralizacji i przestępczości nieletnich*, PiP 1969, z. 6, s. 1048 i n.; A. Walczak-Żochowska, *Systemy postępowania z nieletnimi w państwach europejskich. Studium prawnoporównawcze*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1988, s. 7 i n.; G. Harasimiak, *Ewolucja zasad odpowiedzialności, traktowania i postępowania z nieletnimi*, Szczecin: Ottonianum 2000, s. 10 i n.; M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 15 i n.; R. G. Hałas, *Odpowiedzialność karna nieletniego na tle Kodeksu karnego z 1997 roku*, Lublin: Wydawnictwo KUL 2006, s. 15 i n.

⁸ Zob. M. Stanowska, A. Walczak-Żochowska, K. Wierzbowski, *Uwagi o profilu ustawy o postępowaniu z nieletnimi*

facto wyrazem kompromisu pomiędzy obiema tymi koncepcjami, z tym jednak, że w u.p.n. możemy odnaleźć znacznie więcej instrumentów prawnych o charakterze opiekuńczo-wychowawczym⁹, opartych na polskiej tradycji i polskiej myśli prawniczej¹⁰, wprowadzających wiele nowoczesnych, innowacyjnych i cennych koncepcji, które mimo pewnych mankamentów do dziś są powodem do dumy dla polskiego ustawodawcy¹¹.

2. PRACE NAD REFORMĄ PRAWA NIELETNICH

Wieloletnie prace nad ustawą nie uchroniły jej od wad, luk i nieścisłości. Krytyka ustawy trwa już od momentu jej uchwalenia. Prze-

de wszystkim wskazuje się niejasność pojęć, jakimi posługuje się ustawa¹², istnienie luk prawnych¹³, a także zawilość przyjętych rozwiązań¹⁴. Jedni krytykują jej zbyt karnistyczny charakter¹⁵, inni, powołując się na wzrost „przestępczości nieletnich”, postulują zaostrzenie zasad traktowania nieletnich¹⁶.

Krytyka ustawy nie ustaje. Wciąż zwraca się uwagę na konieczność zmian, „wytykając” u.p.n. jej nadmierny formalizm¹⁷, „schizofrenię proceduralną”¹⁸, niezgodność ze standardami międzynarodowymi¹⁹. Zwraca się uwagę na potrzebę kompleksowej regulacji opartej na jednolitych założeniach i rozwiązaniach²⁰.

W dniu 8 września 2003 r. Minister Sprawiedliwości powołał pierwszy Zespół do spraw reformy prawa nieletnich²¹. Reforma ta miała polegać na opracowaniu nowej ustawy,

(zagadnienia materialnoprawne i procesowe), PiP 1983, z. 6, s. 52; B. Stańdo-Kawecka, *Prawo karne nieletnich od opieki do odpowiedzialności*, Warszawa: Wolters Kluwer 2007, s. 25 i n.

⁹ Zob. M. Stanowska, A. Walczak-Żochowska, K. Wierzbowski, *Uwagi*, s. 52 i n.; A. Ratajczak, *Materialnoprawne problemy ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, PiP 1983, z. 2, s. 3; A. Strzembosz, *System sądowych środków ochrony dzieci i młodzieży przed niedostosowaniem społecznym*, Lublin: Wydawnictwo KUL 1985, s. 65 i n., s. 92; P. Górecki, *Nowelizacja ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, RPEiS 1996, nr 4, s. 25.

¹⁰ Już w 1550 r. kanclerz Jan Ocieski radził sędziom krakowskim, by 12-letniego sprawcę rozboju zamiast skazywać na karę śmierci, to „batogiem poprawić i oddać go do szkoły Marii Panny, a on nauczywszy się, co jest złe będzie się kajał i jego głowa będzie dobra”. Zob. T. Bojarski, *Podstawowe założenia traktowania nieletnich w świetle ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz aktualnych potrzeb*, (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, red. T. Bojarski, E. Skrętowicz, Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej 2001, s. 14; R. G. Hałas, *Odpowiedzialność*, s. 16.

¹¹ Zob. T. Bojarski, *Podstawowe*, s. 18.

¹² A. Grześkowiak, *Reforma postępowania z nieletnimi. Uwagi ogólne na temat materialnoprawnych rozwiązań ustawy z 26 X 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich*, SP 1984, z. 1–2, s. 231; A. Ratajczak, *Materialnoprawne*, s. 11; W. Patulski, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, NP 1983, nr 1, s. 6 i n.; B. Czarnecka-Działuk, *Nieletni sprawcy czynów karalnych przed sądem rodzinnym. Zagadnienia procesowe*, Warszawa: Agencja Scholar 1993, s. 29.

¹³ M. Stanowska, A. Walczak-Żochowska, K. Wierzbowski, *Uwagi*, s. 55.

¹⁴ H. Kołakowska-Przełomiec, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, PiP 1983, z. 6, s. 46 i n.; P. Górecki, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich – po nowelizacji*, Prok. i Pr. 2001, z. 5, s. 34 i n.

¹⁵ H. Kołakowska-Przełomiec, *Postępowanie*, s. 49 i n.; A. Strzembosz, *System*, s. 88 i n.; B. Kowalska-Ehrlich, *System postępowania z młodzieżą nieprzystosowaną społecznie w Polsce*, (w:) *Prawne i pedagogiczne aspekty resocjalizacji nieletnich*, pod red. B. Kowalskiej-Ehrlich i S. Walczaka, Warszawa: Wydawnictwo UW 1992, s. 85.

¹⁶ K. Adamik, M. Lisiecki, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich – próba oceny funkcjonowania niektórych zasad procesowych*, PS 1997, nr 7–8, s. 21; *idem*, *Tendencje i postulaty postępowania w sprawach o czyny karalne nieletnich*, „Jurysta” 1998, nr 1, s. 8 i n.

¹⁷ P. Jagosz, *Podstawowe założenia nowelizacji ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy*, s. 25.

¹⁸ A. Gaberle, *Kontynuacja i zmiana (o projekcie kodeksu nieletnich)*, PiP 2005, z. 4, s. 11 i n.

¹⁹ M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 199 i n.

²⁰ P. Górecki, *Nowelizacja*, s. 26.

²¹ Na czele Zespołu stanął jako przewodniczący prof. dr hab. A. Gaberle. W skład Zespołu weszli także: wicepre-

kompleksowo regulującej zagadnienia o charakterze materialnoprawnym, procesowym i wykonawczym.

Podstawowymi założeniami projektu ustawy²² było dostosowanie polskich rozwiązań prawnych w zakresie postępowania w sprawie nieletnich do standardów międzynarodowych, upodmiotowienie nieletniego przez przyznanie mu szerszych praw i gwarancji procesowych, przyjęcie jednolitej definicji nieletniego oraz rezygnacja z dualizmu procedur na rzecz jednolitego postępowania jurysdykcyjnego, dostosowanego do potrzeb i standardów postępowania z nieletnimi²³.

Pierwszy projekt „Kodeksu nieletnich”²⁴ został przedstawiony w 2005 r. Projektodawcy, realizując zgłaszane od lat postulaty, wprowadzili jednolitą definicję nieletniego, obejmując nią osoby pomiędzy 10. a 18. rokiem życia, u których wystąpiły przejawy demoralizacji. Zmieniono również zakres znaczeniowy samego pojęcia demoralizacji, rozszerzając go także na popełnienie przez nieletniego czynu zabronionego. Ponadto przyznano nieletniemu szerokie uprawnienia procesowe, w tym prawo do korzystania z pomocy nie tylko obrońcy, lecz również osoby godnej zaufania. Jednocześnie

autorzy projektu pozostali przy obowiązujących dyrektywach postępowania z nieletnimi, tj. dyrektywie kierowania się przede wszystkim dobrem dziecka i dyrektywie indywidualizacji w postępowaniu z nieletnimi²⁵.

Pomimo licznych pozytywnych opinii „Kodeks nieletnich” w wersji z 2005 r. nie został uchwalony. Kolejna, zmieniona wersja, opracowana przez inny zespół²⁶, pojawiła się w lutym 2007 r.²⁷ Opinie o projekcie wyraziła Krajowa Rada Sądownictwa²⁸, Rada Legislacyjna²⁹ oraz Rzecznik Praw Dziecka Ewa Sowińska³⁰. Krytyce poddano głównie tytuł ustawy, argumentując, że projekt ten nie spełnia podstawowych zasad kodyfikacyjnych. Kierując się uwagami krytycznymi opiniodawców, dokonano zmian w projekcie, a w szczególności zmieniono jego tytuł na „Prawo nieletnich” (zwane dalej p.p.n.)³¹. Z trudno uchwytnych przyczyn również ten projekt nie trafił nawet pod obrady Sejmu.

W lutym 2008 r. Minister Sprawiedliwości powołał kolejny zespół ekspercki do opracowania ustawy – Prawo nieletnich. Już na pierwszym spotkaniu tego zespołu ustalono powrót do koncepcji projektu z 2005 r., uwzględniając jednocześnie zgłoszone względem niego

wodniczący SSO E. Waszkiewicz, zastępca dyrektora Departamentu Sądów Powszechnych oraz członkowie: SSN prof. T. Ereciński, dr hab. M. Korcyl-Wolska, SSO dr H. Haak, SSO dr P. Górecki, SSO T. Bronowska, SSO M. Masiulanis, prokurator W. Michrowski, SSO B. Zientek, SSO E. Świdarska, sekretarz – sędzia A. Sumińska. Skład Zespołu powołany za A. Gaberle, *Kontynuacja*, s. 12.

²² M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 233 i n.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Projekt ustawy Kodeks nieletnich z 2005 r., <http://kurator.webd.pl> (dostęp: 7 maja 2007 r.).

²⁵ M. Korcyl-Wolska, *Jeszcze jeden kodeks*, „Rzeczpospolita” 2005, nr 173, s. 5.

²⁶ A. Gaberle, *Projekt ustawy – Prawo nieletnich: krok wstecz*, PWP 2008, nr 58, s. 5.

²⁷ Projekt ustawy Kodeks nieletnich z 21 lutego 2007 r., <http://www.ms.gov.pl/projekty/projekty.shtml> (dostęp: 7 maja 2007 r.).

²⁸ Opinia Krajowej Rady Sądownictwa w przedmiocie projektów ustaw – Kodeks nieletnich oraz Przepisy wprowadzające Kodeks nieletnich z dnia 1 czerwca 2007 r., s. 3, <http://www.krs.pl/main2.php?node=oper&grp=7&hist=archive&d=2007> (dostęp: 21 października 2007 r.).

²⁹ Opinia Rady Legislacyjnej o projekcie ustawy Kodeks nieletnich z dnia 4 czerwca 2007 r., RL-0303-41/07, s. 3, <http://www.radalegislacyjna.gov.pl/index.php?id=201> (dostęp: 21 października 2007 r.).

³⁰ Opinia Rzecznika Praw Dziecka Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie projektów: ustawy – Kodeks nieletnich oraz ustawy Przepisy wprowadzające Kodeks nieletnich z dnia 25 czerwca 2007 r., ZBA-071-22/07/MD, s. 2, http://www.brpd.gov.pl/wystapienia/stanowiska_kodeksy.doc (dostęp: 21 października 2007 r.).

³¹ Projekt ustawy Prawo nieletnich z 2007 r., <http://www.ms.gov.pl/projekty/projekty.shtml> (dostęp: 21 października 2007 r.).

przez praktyków i przedstawicieli doktryny uwagi krytyczne. Choć prace nad projektem zostały zamknięte przez ekspertów 1 lipca 2008 r., projekt ten ostatecznie nie przerodził się w obowiązującą ustawę³².

Prace nad ustawą trwały nadal, a koncepcja postępowania z nieletnimi zmieniała się wraz z kolejnymi zespołami powoływanymi do opracowania reformy „prawa nieletnich”. Ostatecznie odstąpiono od idei uchwalenia zupełnie nowego i kompleksowego aktu prawnego, który regulowałby zarówno problematykę materialnoprawną, jak również procesową i wykonawczą postępowania z nieletnimi, na rzecz nowelizacji obowiązującej od przeszło 30 lat ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich.

Pierwszy taki projekt pojawił się 19 listopada 2010 r. i nosił tytuł „projekt ustawy o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych”³³. Przewidywał on gruntowne zmiany ustawy, gdyż nowelizacja miała sięgać już samej preambuły³⁴. Proponowano wyeliminowanie z jej treści pojęcia „przestępczość nieletnich” i zastąpienia go pojęciem „popelnianie przez nieletnich czynów zabronionych”, co wydawało się słuszne, gdyż od lat przyjmuje się niezdolność nieletnich do zawinienia, a co za tym idzie – ich niezdolność do popełniania przestępstw. Projektodawcy odeszli również od idei odpowiedzialności rodzin za wychowanie nieletniego na świadomego swych obowiązków członka społeczeństwa, co w chwili uchwalania ustawy było uzasadnione ustrojowo, na rzecz bardziej przystającej do dzisiejszych realiów idei odpo-

wiedzialności rodzin za wychowanie dziecka jako indywidualnej jednostki, podmiotu, a nie przedmiotu prawa – człowieka – z poszanowaniem jego praw i wolności.

Nowelizacja ta zakładała również wprowadzenie dolnej granicy wieku w definicji nieletniego, co ograniczałoby możliwość ingerencji sądu rodzinnego w sprawy dotyczące zachowania dzieci poniżej 10. roku życia, rezygnację z pojęcia czynu karalnego i wprowadzenie ustawowej definicji pojęcia „demoralizacja”, zapewnienie minimalnego poziomu gwarancji praw dziecka poprzez przyznanie nieletniemu prawa do milczenia oraz prawa do korzystania z pomocy pełnomocnika, który miał zastąpić obrońcę, wprowadzenie jednolitego postępowania w sprawach nieletnich bez rozróżnienia na postępowanie wyjaśniające i rozpoznawcze, a w jego ramach na postępowanie opiekuńczo-wychowawcze i poprawcze, przyznanie prokuratorowi statusu uczestnika w jego dotychczasowe miejsce strony postępowania, a także zniesienie możliwości zaskarżenia postanowienia o wszczęciu postępowania³⁵.

Pomimo zaawansowanych prac nad projektem również on nie stał się obowiązującą ustawą.

3. USTAWA Z DNIA 30 SIERPNIĄ 2013 R. O ZMIANIE USTAWY O POSTĘPOWANIU W SPRAWACH NIELETNICH ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW

Ostatecznie ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich z 26 października 1982 r. zo-

³² Szerzej na temat projektu ustawy Prawo nieletnich z 2008 r. zob. M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 272–275.

³³ Projekt ustawy z 19 listopada 2010 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (niepubl.).

³⁴ A. Gaberle podkreśla, że preambuła ma charakter przepisu prawnego, z którego wynikają wiążące dla adresata normy prawne. Ograniczają one swobodę wykładni, gdyż niedopuszczalna byłaby taka interpretacja przepisów u.p.n., która pozostawałaby w sprzeczności ze wskazaniami określonymi w preambule. Zob. A. Gaberle, (w:) A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Gdańsk: Arche 2002, s. 9; zob. też E. Bienkowska, A. Walczak-Żochowska, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2003, s. 49; P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business 2007, s. 15.

³⁵ Projekt ustawy z 19 listopada 2010 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz uzasadnienie tego projektu (niepubl.).

stała znowelizowana ustawą z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1 października 2013 r.)³⁶, jednak zakres wprowadzonych zmian jest ograniczony i znacznie różni się od projektu z 19 listopada 2010 r.³⁷

Już wstępna analiza ustawy nowelizującej u.p.n. pozwala stwierdzić, że jej zakres materialnoprawny pozostał w zasadzie niezmienny. W niezmiennym kształcie pozostawiono zarówno preambułę ustawy, jak również przepisy regulujące jej zakres podmiotowy i przedmiotowy³⁸.

a) Idee i dyrektywy postępowania z nieletnimi

Utrzymano główne idee postępowania. Ustawodawca nadal nakazuje w postępowaniu z nieletnimi mieć na uwadze dwa szczególnie ważne aspekty: aspekt profilaktyczny, polegający na przeciwdziałaniu demoralizacji nieletnich i popełnianiu przez nich czynów zabronionych, także poprzez umacnianie funkcji opiekuńczo-wychowawczej i poczucia odpowiedzialności rodzin za wychowanie dzieci³⁹, jak również aspekt resocjalizacyjno-wycho-

wawczy, który nakazuje stwarzać nieletnim, którzy popadli w konflikt z prawem bądź z zasadami współżycia społecznego, warunki do dalszego normalnego życia⁴⁰.

Takie, zgodne z tendencjami ewolucji ustawodawstw europejskich, podejście⁴¹, ukierunkowane nie tylko na resocjalizację nieletniego, który popadł w konflikt z prawem karnym, ale także na przeciwdziałanie demoralizacji nieletniego, który przekracza zasady współżycia społecznego, było i jest pozytywnie oceniane w literaturze przedmiotu⁴², a co za tym idzie – nie wymaga zmian.

Nowelizacja nie zmienia jednak tego, na co od lat zwraca się uwagę w doktrynie⁴³, że choć preambuła do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich proklamuje jej profilaktyczny aspekt, to w praktyce przyjęte rozwiązania prawne podporządkowane są wyłącznie realizacji aspektu resocjalizacyjno-wychowawczego.

Artykuł 2 u.p.n., który stanowi, że „przewidziane w ustawie działania podejmuje się w wypadkach, gdy nieletni wykazuje przejawy demoralizacji lub dopuści się czynu karalnego”, wskazuje bowiem na to, że aspekt profilaktyczny ustawy ma się realizować głównie

³⁶ Zob. ustawę z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1165) oraz ustawę z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 382).

³⁷ Por. projekt ustawy z 19 listopada 2010 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (niepubl.) oraz projekt przekazany do Sejmu 15 lutego 2013 r., <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/84724/84766/dokument65244.pdf> (dostęp: 2 grudnia 2013 r.).

³⁸ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1165) wprowadza zmianę w art. 1 § 2 pkt 2 lit. b u.p.n., polegającą na wykreśleniu z katalogu czynów karalnych wykroczenia z art. 62 Kodeksu wykroczeń – zmiana ta wynika z uchylecia art. 62 Kodeksu wykroczeń.

³⁹ A. Grześkowiak, *Reforma*, s. 242.

⁴⁰ V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona nieletnich przed demoralizacją i przestępczością w ujęciu ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, PiP 1999, z. 5, s. 48.

⁴¹ Szerzej zob. A. Walczak-Żochowska, *Modele postępowania z nieletnimi*, (w:) *Prawne i pedagogiczne aspekty resocjalizacji nieletnich*, pod red. B. Kowalskiej-Ehrlich i S. Walczaka, Warszawa: Wydawnictwo UW 1992, s. 37 i n.; V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona nieletnich*, s. 48; M. Stanowska, A. Walczak-Żochowska, K. Wierzbowski, *Uwagi*, s. 53; P. Górecki, *Nowelizacja*, s. 33; P. Górecki, *Wychowywać czy karać?*, PiŻ 2001, nr 6, s. 32 i n.

⁴² A. Ratajczak, *Materialnoprawne problemy*, s. 8.

⁴³ A. Strzembosz, *Postępowanie w sprawach nieletnich w prawie polskim*, Lublin: Wydawnictwo KUL 1984, s. 34; T. Grzegorzczak, *Sytuacja nieletniego w postępowaniu w sprawach nieletnich*, NP 1988, nr 1, s. 3; A. Gaberle, (w:) A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz*, s. 22–23; zob. też. E. Bieńkowska, A. Walczak-Żochowska, *Postępowanie*, s. 59; P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa*, s. 20.

poprzez resocjalizację nieletniego. To zapobieganie demoralizacji ma charakter jakby wtórny i ogranicza się jedynie do zapobiegania dalszej demoralizacji poprzez zwalczanie już istniejących jej przejawów. W związku z powyższym⁴⁴ w przypadku, jeśli w toku postępowania sąd ustali, że nieletni nie wykazuje przejawów demoralizacji, ale jest nią bezpośrednio zagrożony, nie jest możliwe zastosowanie wobec niego środków wychowawczych określonych w ustawie⁴⁵.

Takie uregulowanie powoduje pewien niedosyt i rozczarowanie wynikające z proklamowanego charakteru ustawy, z przyjętego modelu postępowania i celu, jaki mu przyświeca. Reforma postępowania z nieletnimi powinna bowiem przyjąć nowe rozwiązania prawne, pozwalające zapobiegać demoralizacji dzieci i młodzieży na wcześniejszym etapie niż dopuszczenie się przez nieletniego czynu zabronionego czy wykazywanie innych przejawów demoralizacji, zgodnie z zasadą, że „lepiej zapobiegać niż leczyć”.

Pozostawiono również dotychczasowe dyrektywy przewodnie u.p.n. wyrażone w art. 3

ustawy. Nadal naczelną ideą postępowania z nieletnimi ma być kierowanie się przede wszystkim dobrem dziecka⁴⁶ oraz zasada indywidualizacji w postępowaniu z nieletnimi⁴⁷, co zasługuje na pełną aprobatę. Inaczej natomiast należy oceniać pozostanie przy trzeciej zasadzie postępowania z nieletnimi – zasadzie uwzględniania interesu społecznego⁴⁸. Dyrektywa uwzględniania interesu społecznego, jako zawierająca się w dyrektywie kierowania się dobrem dziecka, wydaje się być zbędna i powinna zostać przez ustawodawcę usunięta z tekstu ustawy, czego ustawodawca nie uczynił. Jak słusznie zauważył A. Strzembosz⁴⁹: „nie może być sprzeczności między dobrem nieletniego a interesem społecznym polegającym właśnie na prawidłowej socjalizacji dzieci i młodzieży zagrożonych wykojeniem społecznym”⁵⁰. W praktyce zdarza się ponadto, że interes społeczny upatrywany jest w sprawiedliwej odpłacie, w prewencji generalnej⁵¹. Tak pojmowany interes społeczny jest nie do pogodzenia z zasadniczymi ideami postępowania z nieletnimi, zgodnie z którymi dziecko, które popadło w konflikt z prawem,

⁴⁴ Jak słusznie wskazuje T. Grzegorzczak, sąd w takiej sytuacji nie pozostaje jednak bezradny, gdyż ma możliwość orzeczenia środków przewidzianych w art. 109 k.r.o., co w znaczny sposób łagodzi skutki takiego rozwiązania. W przypadku jeśli nieletni nie wykazuje przejawów demoralizacji, nie ma potrzeby reakcji wobec samego nieletniego, istnieje natomiast konieczność podjęcia kroków w stosunku do jego rodziców lub opiekunów. Postępowanie to powinno być wszczęte ze względu na dobro nieletniego, ale z przyczyn nieleżących po jego stronie. Autor wskazuje również, że w przypadku jeśli okoliczności prowadzące do demoralizacji nieletniego mają charakter czynów zabronionych, rodzic lub opiekun może ponieść dodatkowo odpowiedzialność karną. Zob. T. Grzegorzczak, *Sytuacja nieletniego*, s. 3.

⁴⁵ A. Grześkowiak, *Postępowanie w sprawach nieletnich w Polsce w świetle Reguł Minimalnych ONZ dotyczących wymiaru sprawiedliwości względem nieletnich*, (w:) *Prawne i pedagogiczne aspekty resocjalizacji nieletnich*, pod red. B. Kowalskiej-Ehrlich i S. Walczaka, Warszawa: Wydawnictwo UW 1992, s. 123.

⁴⁶ A. Grześkowiak, *Postępowanie*, s. 60 i n.; E. Bieńkowska, A. Walczak-Żochowska, *Postępowanie*, s. 61; P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa*, s. 21. Zob. G. Rdzanek-Piwowar, *Zagadnienie granic nieletniości w prawie karnym*, Warszawa 1989, praca doktorska niepublikowana, maszynopis w bibliotece IPN PAN, s. 194–195, pow. za B. Czarnecka-Działuk, *Nieletni sprawcy*, s. 31.

⁴⁷ P. Wierzbicki, *Indywidualizacja środków stosowanych w postępowaniu z nieletnimi*, NP 1984, nr 9, s. 73; A. Grześkowiak, *Postępowanie*, s. 75; A. Gaberle, (w:) A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz*, s. 26 i n.; P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa*, s. 22.

⁴⁸ Zob. A. Strzembosz, *Postępowanie*, s. 70; T. Bojarski, (w:) T. Bojarski, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich z komentarzem*, Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej 2002, s. 26 i n.; A. Gaberle, (w:) A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz*, s. 29.

⁴⁹ A. Strzembosz, *Postępowanie*, s. 70.

⁵⁰ Zob. też A. Gaberle, (w:) A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz*, s. 29.

⁵¹ A. Strzembosz, *Postępowanie*, s. 70.

wymaga wychowania, opieki, pomocy, a nie kary⁵². W literaturze⁵³ zwraca się uwagę, że celem postępowania z nieletnimi nie jest osiągnięcie stanu sprawiedliwości. Na tym właśnie polega racjonalna walka z niedostosowaniem społecznym młodzieży, że należy szukać przyczyny zła i ją usuwać, a nie tylko „leczyć” jego objawy⁵⁴. W tej sytuacji oddzielanie zasady uwzględniania interesu społecznego od zasady kierowania się dobrem dziecka jest całkowicie nieuzasadnione i powinno zostać zmienione przy okazji wprowadzonej nowelizacji.

b) Zakres podmiotowy ustawy

Niezmieniony pozostał również zakres podmiotowy ustawy, tj. definicja nieletniego. Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich wyróżniała i wyróżnia aż trzy kategorie nieletnich. Według art. 1 u.p.n. nieletnim w zakresie zapobiegania i zwalczania demoralizacji jest każdy, kto nie ukończył lat 18. W sprawach o czyn karalny nieletnim jest osoba między 13. a 17. rokiem życia (art. 1 § 1 pkt 2 u.p.n.), przy czym chwilą decydującą dla przyjęcia nieletniości jest chwila popełnienia czynu karalnego⁵⁵. W postępowaniu wykonawczym pozostaje się nieletnim nawet do ukończenia lat 21 (art. 1 § 1 pkt 3 u.p.n.), bez względu na to, czy środki wychowawcze bądź poprawcze orzekł sąd rodzinny, czy sąd karny⁵⁶. Nieletniość za-

chowuje się jednak tylko na czas i tylko w zakresie wykonywania orzeczonych środków⁵⁷, albowiem jeżeli nieletni przebywa w zakładzie poprawczym po ukończeniu lat 17 i w tym czasie popełni czyn o znamionach przestępstwa, to odpowiada on już jako dorosły na zasadach Kodeksu karnego⁵⁸.

Definicja ta od lat poddawana jest krytyce ze względu na jej piętrowy i niejednorodny charakter⁵⁹. Za poważną lukę ze względu na gwarancyjność prawa uważa się⁶⁰ również brak dolnej granicy wieku, która uniemożliwiłaby ingerencję sądu ze względu na demoralizację nieletniego. Nie wydaje się bowiem przekonującą argumentacja T. Bojarskiego⁶¹, który twierdzi, że „nieokreślenie dolnej granicy wieku w tym przypadku jest posunięciem słusznym, gdyż o wszczęciu postępowania decydować powinny względy celowości i realne potrzeby wychowawcze dziecka zdemoralizowanego”, ponieważ taka regulacja nie spełnia standardów międzynarodowych. Zwraca się uwagę⁶², że konwencja o prawach dziecka w art. 40 podkreśla niezbędność ustanowienia minimalnej granicy wieku, poniżej której wobec dzieci nie będzie można wszczynać postępowania w sprawie o naruszenie norm prawa karnego. Postulowane zmiany ustalenia takiej granicy w u.p.n. na poziomie 10 lat (przewidziane w poprzednich projektach⁶³) zwiększyłyby

⁵² Zob. M. Stanowska, A. Walczak-Żochowska, K. Wierzbowski, *Uwagi*, s. 52 i n.; A. Ratajczak, *Materialnoprawne problemy*, s. 3; A. Strzembosz, *System*, s. 65 i n., s. 92; P. Górecki, *Nowelizacja*, s. 25.

⁵³ T. Bojarski, (w:) T. Bojarski, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu*, s. 26.

⁵⁴ H. Kołakowska-Przelomiec, Z. Ostrahińska, A. Kossowska, D. Wójcik, I. Rzeplińska, B. Szamota-Saeki, K. Badzirowska-Masłowska, *Nieletni do więzienia?*, „Palestra” 1994, nr 11, s. 74 i n.

⁵⁵ M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 58 i n.

⁵⁶ A. Gaberle, (w:) A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz*, s. 22.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ M. Stanowska, A. Walczak-Żochowska, K. Wierzbowski, *Uwagi*, s. 55; M. Siewierski, *O właściwe zasady odpowiedzialności nieletnich*, PIP 1948, z. 2, s. 41; A. Grześkowiak, *Reforma*, s. 232; M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 56.

⁶⁰ A. Grześkowiak, *Postępowanie*, s. 46; M. Stanowska, A. Walczak-Żochowska, K. Wierzbowski, *Uwagi*, s. 55 i n.; M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 57–58.

⁶¹ T. Bojarski, (w:) T. Bojarski, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu*, s. 22–23.

⁶² H. Kołakowska-Przelomiec, *Dziecko jako sprawca i ofiara przestępstwa (Ochrona dziecka w prawie karnym)*, (w:) *Konwencja o Prawach Dziecka – analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Poznań: Ars boni et aequi 1999, s. 405.

⁶³ Por. projekt Kodeksu nieletnich z 2005 r., projekt Prawa nieletnich z 2007 r. oraz projekt ustawy z 19 listopada 2010 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych.

gwarancyjność prawa nieletnich i dostosowywałyby je do standardów międzynarodowych. Określenie dolnej granicy wieku na poziomie lat 10 nie byłoby również żadnym *novum* na gruncie prawa polskiego⁶⁴. Już w poprzednim stanie prawnym przyjmowano bowiem, zgodnie z instrukcją sądową z 1954 r.⁶⁵, że w stosunku do nieletnich, którzy nie ukończyli lat 10, postępowanie karne należy umorzyć i nie stosować żadnych środków wychowawczych, zgodnie z zasadą, że zbyt wczesna ingerencja sądu w wychowanie dzieci może przynieść znacznie więcej szkody niż pożytku.

c) Zakres przedmiotowy ustawy

Ustawodawca pozostawił również w niezmięnionej postaci krytykowane w doktrynie kryteria przedmiotowe jej stosowania, takie jak: „demoralizacja”⁶⁶ i „czyn karalny”⁶⁷, stanowiące dwie odrębne podstawy do wszczęcia postępowania wobec nieletniego⁶⁸. Trudno czynić jednak w tym zakresie zarzut ustawodawcy, skoro wszystkie dotychczasowe propozycje w tym zakresie poddawane były krytyce, a z badań ankietowych przeprowadzonych w sądach rodzinnych i Rodzinnych Ośrodkach Diagnostyczno-Konsultacyjnych⁶⁹ wynika, że

pomimo niejasności tych pojęć wykształciła się już pewna praktyka interpretacyjna. Określenia te „przyjęły się” w postępowaniu z nieletnimi i dla znacznie przeważającej większości osób posługujących się nimi na co dzień nie stwarzają większej trudności⁷⁰.

d) Ujednoczenie postępowania z nieletnimi

Wprowadzone do u.p.n. ustawą z 30 sierpnia 2013 r. zmiany mają głównie wymiar procesowy i zorientowane są na dostosowanie ustawy do standardów międzynarodowych. Jest tak dlatego, albowiem wyrokiem z 2 marca 2010 r. w sprawie *Adamkiewicz przeciwko Polsce*⁷¹ Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że w toku postępowania prowadzonego w sprawie nieletniego doszło do naruszenia przez Polskę art. 6 § 1 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności m.in. w zakresie prawa do sądu, tj. rozpoznania sprawy przez bezstronny i niezawisły sąd. Wątpliwości Trybunału wzbudził fakt, że w postanowieniu wydawanym na podstawie art. 42 u.p.n.⁷² o skierowaniu sprawy do trybu poprawczego ujawnione zostało przekonanie sędziego, iż nieletni popełnił czyn

⁶⁴ Zob. M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 57–58.

⁶⁵ Zarządzenie nr 104 Ministra Sprawiedliwości, Dz. Urz. Min. Spraw. 1954, nr 10, poz. 48.

⁶⁶ A. Strzembos, *Postępowanie*, s. 33 i n.; *idem*, *System*, s. 128 i n.; M. Stanowska, A. Walczak-Żochowska, K. Wierzbowski, *Uwagi*, s. 53; A. Grześkowiak, *Reforma*, s. 228 i n.; *eadem*, *Postępowanie*, s. 47 i n.; B. Czarnecka-Działuk, *Nieletni sprawcy*, s. 30.

⁶⁷ Zob. H. Oślizło, *Propozycje zmian w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich*, PS 1998, nr 10, s. 104–105; T. Bojarski, (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy*, s. 22.

⁶⁸ T. Bojarski, (w:) T. Bojarski, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu*, s. 25.

⁶⁹ E. Skrętowicz, P. Strzelec, *Wyniki badań ankietowych w Sądach Rodzinnych i Rodzinnych Ośrodkach Diagnostyczno-Konsultacyjnych*, (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy*, s. 108.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 54.

⁷¹ Zob. wyrok ETPCz z 2 marca 2010 r. wydany w sprawie *Adamkiewicz v. Polska* (skarga nr 54729/00).

⁷² Jak wskazuje w komentarzu do uprzednio obowiązującego art. 42 u.p.n. M. Korcyl-Wolska, (w:) A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz*, s. 181: „Postanowienie o rozpoznaniu sprawy określa tryb postępowania rozpoznawczego w zależności od charakteru środków, jakie wedle oceny sędziego winny zostać zastosowane wobec nieletniego (...) Wykładnia dosłowna art. 42 § 1 i § 2 u.p.n. wskazuje na to, że wyłącznie sędzia rodzinny dyskrejonalnie decyduje o tym, w którym z dwóch przewidzianych w u.p.n. postępowań rozpoznawczych będzie kontynuowane postępowanie, rozpoznana sprawa i wydane orzeczenie:

– w postępowaniu opiekuńczo-wychowawczym (art. 44–47a u.p.n., w którym stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego – trybu nieprocesowego (na podstawie art. 20 u.p.n.)), czy

– w postępowaniu poprawczym (art. 48–55 u.p.n.), w którym stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego ze zmianami przewidzianymi w u.p.n. (...)

karalny, w sytuacji gdy stanowisko sądu w tym przedmiocie powinno być przedstawione dopiero w chwili ogłoszenia postanowienia kończącego sprawę⁷³.

Mając na uwadze powyższe orzeczenie, w ustawie nowelizacyjnej⁷⁴ zrezygnowano zarówno z podziału na postępowanie wyjaśniające⁷⁵ i postępowanie rozpoznawcze⁷⁶ (co wyeliminowało potrzebę wydawania na podstawie art. 42 u.p.n. postanowienia o rozpoznaniu sprawy w konkretnym trybie), jak i w jego ramach na postępowanie opiekuńczo-wychowawcze⁷⁷ i postępowanie poprawcze⁷⁸ – wprowadzając jednolite postępowanie w sprawach nieletnich prowadzone w całości przez sąd rodzinny (a nie, jak dotychczas, przez sędziego rodzin-

nego – postępowanie wyjaśniające i sąd rodzinny – postępowanie rozpoznawcze, co miało charakter wyłącznie iluzoryczny, gdyż sprawę nieletniego zarówno w postępowaniu wyjaśniającym, jak i rozpoznawczym prowadził ten sam sędzia)⁷⁹.

Zmiana ta – jak się wydaje – ma jednak jedynie charakter pozorny, gdyż praktyka zasadniczo się nie zmienia. Nadal sprawę nieletniego, który popełnił czyn zabroniony lub wykazuje inne przejawy demoralizacji, będzie w całości od samego początku prowadził w sposób inkwizycyjny ten sam sędzia, który i tak będzie musiał zakwalifikować sprawę do rozpoznania na posiedzeniu⁸⁰ lub na rozprawie⁸¹, niejako ujawniając swój pogląd w tym zakresie, z tym

O wydaniu postanowienia o rozpoznaniu sprawy w postępowaniu poprawczym decyduje «uznanie sędziego», że zachodzą warunki do umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym (art. 42 § 2 u.p.n.)”.

⁷³ Zob. uzasadnienie wyroku ETPCz w sprawie *Adamkiewicz v. Polska* (skarga nr 54729/00).

⁷⁴ Zob. ustawę z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1165).

⁷⁵ Zgodnie z art. 33–36 u.p.n. w brzmieniu obowiązującym do 1 stycznia 2014 r. (Dz.U. z 2010 r. nr 33, poz. 178) postępowanie wyjaśniające prowadzone przez sędziego rodzinnego miało na celu „ustalenie, czy istnieją okoliczności świadczące o demoralizacji nieletniego, a w sprawie o czyn karalny, czy rzeczywiście został on popełniony przez nieletniego, a także ustalenie, czy zachodzi potrzeba zastosowania wobec nieletniego środków przewidzianych w ustawie”. W toku postępowania wyjaśniającego zbierano dane o nieletnim, w tym o jego warunkach wychowawczych, zdrowotnych i bytowych, a także gromadzono i utrwalano dowody (wysłuchanie nieletniego, jego rodziców, opiekunów lub innych osób, zarządzano przeszukanie, oględziny itp.).

⁷⁶ Postępowanie rozpoznawcze prowadzone było przez sąd rodzinny i stanowiło kontynuację postępowania wyjaśniającego, którego celem była konkretyzacja ustaleń dokonanych w postępowaniu wyjaśniającym i zastosowanie wobec nieletniego środków przewidzianych w ustawie [por. M. Korcyl-Wolska (w:) A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz*, s. 187].

⁷⁷ Zgodnie z art. 42 § 1 u.p.n. w brzmieniu obowiązującym do 1 stycznia 2014 r. (Dz.U. z 2010 r. nr 33, poz. 178) sędzia rodzinny wydawał postanowienie o rozpoznaniu sprawy w trybie opiekuńczo-wychowawczym, „jeżeli na podstawie zebranych materiałów sędzia rodzinny uzna, że ze względu na okoliczności i charakter sprawy oraz osobowość nieletniego celowe jest zastosowanie środków wychowawczych lub leczniczych”.

⁷⁸ Zgodnie z art. 42 § 2 u.p.n. w brzmieniu obowiązującym do 1 stycznia 2014 r. (Dz.U. z 2010 r. nr 33, poz. 178) sędzia rodzinny wydawał postanowienie o rozpoznaniu sprawy w trybie poprawczym, „jeżeli uzna, że zachodzą warunki do umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym”.

⁷⁹ Por. wprowadzony do u.p.n. ustawą z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1165) Rozdział 1a „Przebieg postępowania” oraz znoveelizowany tą ustawą art. 21 § 1 u.p.n.

⁸⁰ Zgodnie z wprowadzonym do u.p.n. ustawą z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1165) art. 32l § 1: „jeżeli okoliczności i charakter sprawy, a także celowość zastosowania i dobór środków wychowawczych nie budzą wątpliwości, sąd rodzinny orzeka na posiedzeniu o zastosowaniu środków wychowawczych, o których mowa w art. 6 pkt 1–8”.

⁸¹ Zgodnie z wprowadzonym do u.p.n. ustawą z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1165) art. 32m, jeżeli nie zachodzą przesłanki z art. 21 § 2 (przesłanki do umorzenia postępowania), art. 32j § 1 (przesłanki do przekazania sprawy szkole) lub art. 32l § 1 (przesłanki do rozpoznania sprawy na posiedzeniu), zarządza się wyznaczenie rozprawy.

że zbędne stanie się wpisywanie tej samej sprawy w różnych repertoriach sądowych.

e) Dualizm proceduralny

Ustawodawca pozostawił również poddawany nieustannej krytyce dualizm proceduralny⁸², zwany także „schizofrenią proceduralną”⁸³. Choć zgodnie ze znowelizowanym art. 20 u.p.n.⁸⁴ co do zasady w postępowaniu z nieletnimi mają mieć zastosowanie stosowane odpowiednio przepisy procedury cywilnej właściwe dla spraw opiekuńczych, to przepisy procedury karnej (ze zmianami przewidzianymi w u.p.n.) będą nadal stosowane w zakresie:

- zbierania, utrwalania i przeprowadzania dowodów przez Policję,
- powoływania i działania obrońcy,
- czynności dowodowych z udziałem osób małoletnich innych niż nieletni,
- rzeczy zatrzymanych w toku postępowania.

Taki kolaż dwóch procedur, które nie były tworzone z myślą o nieletnich sprawcach czynów zabronionych lub nieletnich wykazujących inne przejawy demoralizacji, uzupełniony dodatkowo swoistymi przepisami u.p.n., nie jest zasadny już choćby ze względu na standardy legislacyjne i postulowaną przejrzystość prawa. Procedura postępowania z nieletnimi powinna być swoistą procedurą, podporządkowaną problemom postępowania z nieletnimi w taki sposób, aby jak najlepiej realizować dyrektywy ustawy i jej opiekuńczy charakter, przy jednoczesnym zagwarantowaniu nieletnim poszanowania ich praw, które wynikają przede wszystkim ze standardów

międzynarodowych. W tym zakresie należałoby powrócić do pierwotnej koncepcji stworzenia nowej, kompleksowej ustawy na kształt projektu z 2005 r.

f) Prawo nieletniego do obrony

Pozytywnie należy oceniać dodany do u.p.n. art. 18a⁸⁵, który wprost wyraża prawo nieletniego do obrony zarówno w aspekcie formalnym, jak i materialnym, wskazując, że nieletniemu przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy oraz prawo do odmowy składania wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania, o czym należy go pouczyć przed przystąpieniem do przesłuchania lub wysłuchania. O ile bowiem prawo nieletniego do obrony w znaczeniu formalnym nie budziło jak dotychczas wątpliwości, a zastosowanie w tym zakresie znajdowały przepisy Kodeksu postępowania karnego, do których odsyłał art. 20 u.p.n. w jego uprzednim brzmieniu⁸⁶, o tyle prawo do obrony w znaczeniu materialnym (prawo do odmowy składania wyjaśnień lub odpowiedzi na pytania) nie było już tak oczywiste i nasuwało wiele wątpliwości interpretacyjnych, co mogło stawiać nieletniego sprawcę czynu zabronionego w znacznie gorszej pozycji procesowej w porównaniu z dorosłym oskarżonym przed sądem karnym⁸⁷. W komentarzu⁸⁸ do ustawy opracowanym w oparciu o aktualnie obowiązujący stan prawny zwrócono jednak uwagę na to, że „z przykrością należy stwierdzić, że ustawodawca, wprowadzając obowiązek pouczenia nieletniego o przysługujących mu prawach, nie ustanowił jednocześnie rygoru, pod jakim należy takiego pouczenia udzielić”. Komentarzyści wskazują, że w u.p.n. brak jest przepisu analo-

⁸² P. Górecki, *Nowelizacja*, s. 25–26 oraz powołana tam literatura.

⁸³ A. Gaberle, *Kontynuacja*, s. 13.

⁸⁴ Zob. art. 1 pkt 7 ustawy z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1165).

⁸⁵ Zob. art. 1 pkt 6 ustawy z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1165).

⁸⁶ Por. art. 20 u.p.n. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 stycznia 2014 r. (Dz.U. z 2010 r. nr 33, poz. 178).

⁸⁷ E. Kruk, E. Skrętowicz, (w:) T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa: LexisNexis 2014, s. 119–120.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 121.

gicznego do art. 16 k.p.k., który gwarantowałby nieletniemu, że brak stosownego pouczenia nie może wywołać dla niego negatywnych skutków procesowych. „Art. 20 § 1 u.p.n. otwiera możliwość odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania karnego w zakresie zbierania, utrwalania i przeprowadzania dowodów przez Policję, stąd zasadne jest twierdzenie, że jeżeli na tym etapie postępowania nieletni nie zostanie należycie pouczony o przysługujących mu prawach, brak takiego pouczenia lub mylne pouczenie nie może wywołać dla niego ujemnych skutków procesowych. W postępowaniu przed sądem będzie jednak obowiązywać art. 20 § 2 u.p.n., który przewiduje zastosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego jedynie do przeprowadzania czynności dowodowych z udziałem osób małoletnich innych niż nieletni. A zatem zastosowanie znaleźć mogą tu tylko przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, który ze względu na radykalnie odmienną od procedury karnej filozofię postępowania nie zawiera w tym zakresie wystarczających gwarancji procesowych”⁸⁹.

Powyższe jest najlepszym dowodem na to, że istniejąca „schizofrenia proceduralna” powoduje istnienie luk prawnych i nasuwa wiele wątpliwości interpretacyjnych, co wymaga stworzenia odrębnej procedury postępowania z nieletnimi, uregulowanej kompleksowo w jednym akcie prawnym, gdyż kolejne nowelizacje, zamiast eliminować istniejące wady, wciąż je tylko pogłębiają.

Nowelizacja u.p.n. wyraźnie reguluje również kwestię obrony obligatoryjnej nieletniego, wprowadzając do ustawy art. 32c § 1 i 2 oraz przyznanie nieletniemu prawa do złożenia wniosku o ustanowienie obrońcy z urzędu, jeżeli udział obrońcy w sprawie jest potrzebny, a nieletni lub jego rodzice nie są w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia obrońcy z wyboru bez uszczerbku dla utrzymania siebie

i rodziny (art. 32c § 3 u.p.n.). Choć w pewnym zakresie już w uprzednim stanie prawnym kwestie te były uregulowane stosowanymi odpowiednio na podstawie art. 20 u.p.n. przepisami Kodeksu postępowania karnego, to ze względu na ich doniosłość oraz uwagi krytyczne⁹⁰ kierowane pod adresem dotychczasowych rozwiązań uregulowanie ich na nowo w u.p.n. wydaje się jak najbardziej uzasadnione. Jak dotychczas krytyce poddawano głównie to, że uprzednia regulacja nie zabezpieczała nieletniemu obrony obligatoryjnej w postępowaniu wyjaśniającym, poza dwoma wypadkami, tj. wówczas, gdy interesy nieletniego i jego rodziców były sprzeczne, a nieletni nie miał obrońcy z wyboru, oraz jeżeli nieletni został umieszczony w schronisku dla nieletnich, co stanowiło poważne naruszenie prawa do obrony gwarantowanego przez Konstytucję.

g) Zaskarżalność postanowienia o wszczęciu postępowania wobec nieletniego

Zdecydowanie negatywnie należy się również odnieść do zmiany wprowadzonej w art. 21 u.p.n., polegającej na wyeliminowaniu możliwości zaskarżenia postanowienia o wszczęciu postępowania w sprawie nieletniego. Jak wskazano w komentarzu do ustawy⁹¹: „zmiana ta wynika z nowego brzmienia § 3 komentowanego przepisu i jest ona konsekwencją przyjętej zasady odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego właściwych dla spraw opiekuńczych (art. 21 § 1 u.p.n.), które nie przewidują możliwości zaskarżenia postanowień sądu o wszczęciu postępowania z urzędu”. Jak się wydaje, wprowadzając tak daleko idącą i jednocześnie niekorzystną zmianę dla nieletniego, całkowicie zapoznano to, jak stygmatyzujący charakter może mieć wszczęcie i prowadzenie postępowania przeciwko nieletniemu i jakie w wielu przypadkach może nieść za sobą negatywne

⁸⁹ *Ibidem*, s. 121–122.

⁹⁰ Szerzej na ten temat zob. M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 138–139.

⁹¹ *Ibidem*, s. 127.

konsekwencje. Zaskarżalność postanowienia o wszczęciu postępowania dawała szansę na eliminację zbędnych postępowań, np. w sytuacji gdy zachowanie nieletniego nie wynikało z jego demoralizacji, a było np. następstwem nieostrożnego czy lekkomyślnego działania lub jednorazowym wybrykiem, przy którym wystarczająca i znacznie bardziej zasadna byłaby ingerencja rodziców. W takich przypadkach kontakt nieletniego z sądem rodzinnym może wyrządzić mu wyłącznie krzywdę, a co za tym idzie – w całości uzasadniona była możliwość przeciwdziałania wszczynaniu takich postępowań, na co pozwalały dotychczasowe rozwiązania ustawy.

4. PODSUMOWANIE

Analiza ustawy z 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz niektórych innych ustaw⁹² pozwala stwierdzić, że nowe rozwiązania nie przyniosą rewolucyjnych zmian. Są one kolejnym ogniwem w trwającej od dawna ewolucji zasad traktowania nieletnich w prawie polskim, które zorientowane są głównie na wychowanie i pomoc nieletnim w powrocie do normalnego życia.

Choć ostatnia nowela wprowadza znaczne zmiany w systematyce ustawy, to zasadnicze rozwiązania (poza wyżej omówionym ujednoczeniem postępowania) pozostają niezmiennie,

tj. katalog stron postępowania, ich pozycja procesowa oraz przyznane prawa i obowiązki.

Jak wskazano w uzasadnieniu do ww. ustawy⁹³ nowelizacyjnej, jej istota sprowadza się do dokonania „niezbędnych zmian (...), polegających na dostosowaniu obowiązującego prawa nieletnich do orzecznictwa trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a w konsekwencji regulacji i zaleceń prawnomiędzynarodowych, służących upodmiotowieniu nieletniego i podwyższeniu gwarancji procesowych zarówno na etapie postępowania rozpoznawczego, jak i postępowania wykonawczego”.

Wprowadzone zmiany nie czynią jednak zażość zgłaszanym od lat postulatam przedstawicieli doktryny, wskazującym potrzebę gruntownej reformy prawa nieletnich. Zmiany te mogą stanowić wyłącznie rozwiązanie tymczasowe, które jednak nie powinno przysłańać konieczności prowadzenia dalszych prac, mających – tak jak pierwotnie zakładano – doprowadzić do powstania zupełnie nowego, kompleksowego aktu prawnego na kształt projektu „Kodeksu nieletnich” z 2005 r., który nie eliminując dotychczasowego dorobku polskiej myśli prawniczej i cenionych rozwiązań w zakresie traktowania nieletnich, wprowadziłby zasady postępowania z nieletnimi zgodne ze standardami europejskimi – jasne nie tylko dla znawców tematu, lecz przede wszystkim dla nieletnich, którym postępowanie to ma służyć.

⁹² Dz.U. z 2013 r. poz. 1165.

⁹³ Zob. uzasadnienie do projektu ustawy skierowanej do Sejmu 15 lutego 2013 r., <http://leghttp://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/84724/84766/dokument65244.pdf>, <http://leghttp://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/84724/84766/dokument65244.pdf> (dostęp: 2 grudnia 2013 r.).

Summary

Magdalena Mączyńska

AMENDMENT TO THE JUVENILE PROCEDURE LAW – SELECTED PROBLEMS

The paper entitled: *Amendment to the Juvenile Procedure Law – Selected Problems* is one of the first elaborations where legal solutions introduced into the juvenile procedure law (Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich, 26/10/1982, hereafter referred to as “j.p.l.” as amended 30/08/2013

– see: Dz.U. 1/10/2013) have been discussed and compared to postulates of law circles reported for several years.

The first part of the paper presents foundations of the Polish procedural system related to juvenile perpetrators of prohibited acts and juveniles which demonstrate other symptoms of demoralization, as well as those problems which had been strongly criticized before (procedural dualism, vagueness of notions, lacunae in the law, inconsistency with international standards). Then, the work intended to deeply reform the law (undertaken in the year 2003) is discussed in the paper. The new law was thought to be really new and be composed of all legal aspects of the problem, i.e. material, procedural and executional ones. Also, elaboration of basic problems of new Juvenile Code and Juvenile Rights Law were intended to start; however, these projects have never been finished because, due to hardly identified reasons, were stopped and substituted by an idea of amending of the existing law.

The amending law was passed 30th August 2013 and has been binding since 2nd January 2014. In this paper, it is analysed and discussed by the Author who has also appraised some of its questions: ideas and directives of proceeding with juveniles, objective and subjective scope of the law, unification of procedures based on a decision of the European Court of Human Rights which was disadvantageous for Poland, procedural dualism, defence right of a juvenile, suability of decision on institution of a procedure against a juvenile.

It is stressed in the paper that the new law has not introduced any legal solutions which support and enforce prevention aims, that so-called “social interest” is still superior and can be understood as “justified revenge” or “general prevention”, that no lower age limit is given so courts are free to intervene in cases of infringement of law by children (contrary to section 40 of Convention on the Rights of the Child), that there is proceedings dualism in the law which does lead to essential lacunae and that possibility of appeal of a proceedings institution decision has been eliminated from the new law. In the past, it was possible to do so and, due to this, to protect children from institution of the procedures in minor and incidental cases of law infringement where parental reaction would be the best and sufficient remedy.

Positively are judged by the Author those new provisions of the Law which regulate the right of a juvenile to defence, both formal and material, as well as his/her right to a defence counsel appointed by the court if he/she cannot afford to employ one by him/herself. However, there are some improper solutions in the matter according the the Author.

In the new law, all former types of procedure: explanatory and examination ones with its two forms: custody and reformative, have been unified to one proceedings held by family courts. This should prevent such problems as in the *Adamkiewicz v. Poland* case which had been brought to the European Court of Human Rights; in this case, the judge’s opinion was disclosed before the court order was read – its apparent character which had no practical importance was indicated.

The conclusion of the work is as follows: new solutions has not brought revolutionary changes so it is important to go back to an idea of one law as it was proposed by a 2005 Juvenile Code project.

KEY WORDS: Juvenile code, juvenile law, international standards in juvenile proceedings laws, Polish model of juvenile procedures, reform of juvenile proceedings, defence right of a juvenile

POJĘCIA KLUCZOWE: ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich, międzynarodowe standardy postępowania w sprawach nieletnich, polski model postępowania w sprawach nieletnich, reforma ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, prawo do obrony nieletnich

DOMNIEMANIE KONSTYTUCYJNOŚCI A KOMPETENCJE SĄDÓW

A. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Sądy są ostatecznym arbitrem rozstrzygającym spory między obywatelami a państwem i z tego powodu stanowią filar Konstytucji. W taki sposób charakteryzuje się funkcję sądów w Zjednoczonym Królestwie. Takie spojrzenie akcentuje nie tylko szczególną rolę i pozycję sądów, ale także wyraża zasadę, wedle której to sądy decydują, co jest prawem, nadając mu ostateczny i wiążący kształt¹. Bynajmniej nie sporadycznie zdarza się jednak, że przepisy obowiązujące wedle kryteriów stosowanych przez sądy przestają być respektowane. Rozmaitość sposobów, na które może się to zdarzyć, należy do patologii systemów prawa². Nierespektowanie przepisów, o którym pisał H. L. A. Hart, wynikać może z różnych przyczyn, wśród których wymienić należy także przypadki wprowadzania do systemu prawa rozwiązań godzących w aksjologię, na której posadowiony jest system prawa. Systemy prawa bywają w różny sposób „zabezpieczane” przed tego typu przypadkami. Założenie o normatywności Konstytucji powiązane z zasadą jej nadrzędności i bezpośredniego stosowania to jeden z tego

typu mechanizmów, mający na celu zagwarantowanie, w takim stopniu, w jakim jest to możliwe, zgodności sposobów odczytywania i stosowania przepisów z konstytucyjną aksjologią i zasadami, w tym w szczególności wyrażonymi w niej prawami podstawowymi. Innymi słowy, respektowania ich wedle kryteriów stosowanych przez sądy w ujęciu H. L. A. Harta. Zasada nadrzędności i bezpośredniego stosowania Konstytucji może być w tym kontekście postrzegana jako metoda rozwiązywania kolizji, ujawniających się między składającymi się na system prawny aktami normatywnymi a Konstytucją. Wykorzystywanie Konstytucji jako podstawy podejmowanych rozstrzygnięć w takich sytuacjach przyjmuje różną postać, w szczególności zaś może być oparte na systemie rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa lub na systemie jednolitym (scentralizowanym), w którym określonego typu kompetencje powierzone zostają jednemu tylko organowi. W systemach, w których rozstrzygnięcie o niezgodności aktów normatywnych z Konstytucją powierzone jest specjalnemu organowi, przyjmuje się zarazem swoiste założenie „domniemania konstytucyjności”³, wyłączające do czasu jego wzruszenia

¹ W sposób charakterystyczny dla systemu *common law* określili to J. Marshall, wskazując, że „jest kwestią odpowiedzialności i obowiązkiem sądów powiedzieć, czym jest prawo”. Stanowisko to przedstawiono w związku z rozstrzygnięciem sprawy *Marbury v. Madison*, uważanej powszechnie za początek kontroli konstytucyjności przez sądy. Zob. w tej kwestii M. Barczeniewicz, *Inspiracje amerykańskie w dyskusjach wokół interpretacji konstytucji*, (w:) *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, red. T. Stawicki, J. Winczorek, Warszawa 2014, s. 81. Zob. też przypis 13.

² H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 163.

³ Z uwagi na powiązanie domniemania konstytucyjności z wyłącznością kompetencyjną jednego organu do badania zgodności z Konstytucją aktów normatywnych składających się na system prawa posługujemy się w tym miejscu sformulowaniem „swoiste” domniemanie konstytucyjności. W systemach opartych na modelu rozproszonej kontroli konstytucyjności także przyjmuje się domniemanie konstytucyjności, z tym jednak, że nie jest ono postrzegane jako metaregula kolizyjna, wyłączająca możliwość stwierdzenia niekonstytucyjności aktu prawnego skutkującego odmową jego zastosowania przez sądy powszechne. Zob. w szczególności stanowisko S. Wronkowskiej, *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, PiP 2001, z. 9, s. 21.

przez upoważniony do badania konstytucyjności organ możliwości wykorzystywania w procesie stanowienia prawa reguły kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori* w jej radykalnym wydaniu, tj. skutkującej odmową zastosowania przepisu sprzecznego z normą dekodowaną z aktu wyższego rzędu⁴. Domniemanie konstytucyjności bywa zatem wykorzystywane jako podstawa twierdzenia, że żaden inny podmiot, poza organem posiadającym specjalną kompetencję, nie ma możliwości dokonywania oceny zgodności z Konstytucją aktu normatywnego w sytuacji związanej z odmową jego stosowania. W polskim piśmiennictwie i orzecznictwie od dawna toczy się z różną intensywnością spór o możliwość badania konstytucyjności prawa przez sądy⁵. Podejmując próbę przedstawienia własnego stanowiska w tej kwestii, nie sposób pominąć elementu, który – co najmniej w pew-

nym ujęciu – stwarza teoretyczne ramy kognicji sądów w procesie indywidualnego stosowania prawa, określając zarazem kształt i zakres obowiązków w razie wątpliwości co do zgodności ustawy z Konstytucją⁶. Elementem tym jest – przynajmniej w jednym z nadawanych mu znaczeń – domniemanie konstytucyjności⁷.

Funkcjonujący w Polsce system prawa opiera się na zasadzie nadrzędności i bezpośredniego stosowania Konstytucji oraz na skorelowanym z nimi domniemaniu konstytucyjności ustaw⁸. Domniemanie powyższe uznawane jest współcześnie za podstawowy składnik systemu prawa⁹. Jakkolwiek w piśmiennictwie z zakresu prawa konstytucyjnego tytułowe pojęcie wykorzystywane jest powszechnie¹⁰, odnalezienie informacji o jego prawnej podstawie, uzasadnieniu oraz funkcjach nie należy do zadań łatwych¹¹. W przypadku domnie-

⁴ Warto przytoczyć stanowisko S. Wronkowskiej, podkreślającej, że „to właśnie szczególny charakter niezgodności, do usuwania których miałyby służyć reguła *lex superior derogat legi inferiori* oraz społeczne konsekwencje jej stosowania tak jak każdej innej reguły kolizyjnej, sprawiają, jak wolno przypuszczać, że nie jest ona traktowana jak «zwykła» reguła egzekucyjna tekstu prawnego. Systemy prawne współczesnych państw nie przyjęły założenia, że każdy podmiot może, w toku wykładni, rozstrzygać niezgodność między normą kompetencji prawodawczej a normą, która powstała w rezultacie uczynienia użytku z tej kompetencji. Opierają się one na założeniu przeciwnym, nazywanym «domniemaniem» konstytucyjności czy legalności aktu normatywnego, w szczególności ustawy. Głosi ono, że do autorytatywnego ustalania niezgodności, o których mowa, wymagane jest specjalne upoważnienie” – *W sprawie bezpośredniego*, s. 21.

⁵ Zob. rekonstrukcyjną analizę tego zagadnienia M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014, s. 332 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

⁶ O potrzebie wypracowania modelu takiej kontroli pisaliśmy: M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016, nr 4, s. 5–30.

⁷ Zob. S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 3 i n., a w szczególności s. 21.

⁸ W piśmiennictwie podkreśla się, że domniemanie konstytucyjności jest silnie związane z zasadą nadrzędności Konstytucji. Zob. m.in. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, Kraków 2003, s. 219. Zob. też P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5 (88), s. 70.

⁹ W piśmiennictwie podkreśla się, że założenie domniemania konstytucyjności prawa stanowi fundament polskiego modelu kontroli konstytucyjności – M. Zubik, M. Wiącek, *Kompetencje sądu konstytucyjnego a granice swobody orzekania przez sędziów Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4 (93), s. 47.

¹⁰ Zob. w szczególności: P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP*, s. 219 i n.; P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 55 i n.; K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013, s. 71 i n.; P. Winczorek, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2003, s. 296.

¹¹ Warto wskazać, że w opracowaniach o charakterze podręcznikowym podaje się najbardziej podstawową i zarazem ogólną charakterystykę tego pojęcia, nie podejmując prób bliższego wyjaśnienia źródeł tej instytucji, zasad i podstaw jej funkcjonowania oraz wynikających z niej konsekwencji. Zasadniczo domniemanie konstytucyjności łącznie jest z funkcjonującym w Polsce modelem badania konstytucyjności. Zob. w szczególności P. Winczorek, *Prawo konstytucyjne*, s. 295–296, który domniemanie konstytucyjności omawia w związku z art. 188 Konstytucji, wskazując, że „orzeczenia TK wchodzą w życie z dniem ogłoszenia. W konsekwencji, jeśli TK w wyroku uzna niekonstytucyjność (nielegalność) danego aktu normatywnego lub określonych przepisów w nim zawartych, tracą one moc obowiązującą

mania konstytucyjności istotniejsze wydają się intuicje prawników niż precyzyjne określenie podstawy, treści, istoty i funkcji, jakie spełnia w systemie prawa. Domniemanie konstytucyjności wykorzystywane jest częstokroć w sposób intuicyjny, co sprawia, że jest to pojęcie niejednoznaczne i trudne do uchwycenia.

W zasadzie nie budzi wątpliwości wskazanie, że pojęcie „domniemanie konstytucyjności” wykształcone zostało w amerykańskim systemie prawnym i jest silnie związane ze specyficznym mechanizmem kontroli konstytucyjności ustaw, określanym jako model tzw. kontroli rozproszonej¹². Artykuł 3 Konstytucji USA upoważnia i zobowiązuje każdy sąd (federalny lub stanowy) do badania w każdym przypadku zgodności prawa, które ma być zastosowane w jednostkowym przypadku, z Konstytucją, a w przypadku niezgodności do uznania go za nieobowiązujące (*null and void*)¹³. Złożony system powiązań pomiędzy sądami stanowymi i federalnymi zapewnia możliwość ostatecznego rozstrzygnięcia o konstytucyjności przez Sąd Najwyższy. W odróżnieniu nadto od derogacyjnego mechanizmu orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i jego powszechnie obowiązującej mocy, orzeczenie sądu amerykańskiego ustalające niezgodność badanej normy z Konstytucją wywołuje co do zasady skutek tylko w danej sprawie¹⁴. Wypracowane w orzecznictwie amerykańskim pojęcie „do-

mniemanie konstytucyjności” wydaje się być zatem nie w pełni przydatne do analizy w polskim systemie prawnym, przy założeniu, że kontrola konstytucyjności odbywa się wyłącznie przed TK. Stąd też pojęciu „domniemanie konstytucyjności” nadaje się w Polsce odmienne znaczenie. Zupełnie inaczej byłoby, gdyby pojęcie to odnieść do kontroli konstytucyjności na zasadzie bezpośredniego stosowania Konstytucji w indywidualnych postępowaniach, toczących się przed sądami powszechnymi i administracyjnymi.

W okresie międzywojennym tzw. „mocne” domniemanie konstytucyjności wywodzono z art. 81 Konstytucji z 17 marca 1921 r., który stanowił, że sądy nie mają prawa badania ważności ustaw ważnie ogłoszonych. W tym ujęciu domniemanie konstytucyjności – jak się wskazuje – miało charakter formalny, kompetencyjny i materialny¹⁵. Dzisiejszy brak jednoznacznej normatywnej podstawy domniemanie konstytucyjności w zestawieniu z lakonicznością wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa konstytucyjnego oraz teorii prawa w kwestii tego domniemanie sprawiają, że wątpliwości dotyczą w zasadzie wszystkich aspektów łączących się z tą szczególną instytucją. W szczególności dalekie od klarowności jest zagadnienie podstaw (źródeł) domniemanie konstytucyjności¹⁶, charakteru tej instytucji, w tym zwłaszcza zaliczenia jej do kategorii:

z dniem urzędowego ogłoszenia wyroku, nie zaś z mocą wsteczną, na przykład dniem ogłoszenia wadliwego aktu. Pozostaje to w pewnym związku z zasadą domniemanie konstytucyjności (legalności) aktu normatywnego. Uznaje się bowiem, że tak długo, jak długo TK nie uzna wyrokiem danego aktu za niekonstytucyjny, winien on być uważany za konstytucyjny (legalny), a więc przestrzegany i stosowany”. Trzeba jednak zaznaczyć, że w wielu podręcznikach zagadnienia domniemanie konstytucyjności w zasadzie w ogóle się nie analizuje.

¹² Zob. w tym zakresie interesujące rozważania K. Szczuckiego, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 21 i n. oraz powołaną tam literaturę przedmiotu i orzecznictwo.

¹³ Por. zwłaszcza *Davies Warehouse Co. v. Bowles*, 321 U.S. 144 (1944); *Kemper v. Hawkins*, Sąd Stanowy Wirginii 3 Va. (1 Va. cases) 20 (1793); *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803); *Feltcher v. Peck* 1810, 10 U.S. 87 (1810); *Martin's v. Hunter's Lessee* 1816, 14 U.S. 304 (1816); *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804) oraz inne orzeczenia szeroko omawiane: T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw w Stanach Zjednoczonych Ameryki*. Niepublikowana rozprawa doktorska, Poznań 2014, s. 17 i n.

¹⁴ P. Mikuli, *Zdekoncentrowana kontrola konstytucyjności prawa*. *Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2002, s. 69.

¹⁵ Por. T. Stawecki, *Wczesna refleksja nad wykładnią konstytucji: polska literatura prawnicza przed 1939 r.*, (w:) T. Stawecki, P. Winczorek, *Wykładnia Konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, s. 118 i 119 i powołana tam literatura.

¹⁶ Zob. w szczególności P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP*, s. 219; L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*. *Komentarz*, Toruń 2002, s. 230 i n.; A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa w zgodzie z Konstytucją*, (w:) *Polska kultura prawa*

zasad ustrojowych (elementu zasady podziału władzy), domniemań prawnych¹⁷, domniemań faktycznych lub domniemań interpretacyjnych¹⁸, charakterystyki zakresu kompetencji Trybunału Konstytucyjnego¹⁹, reguł kolizyjnych (lub metareguł o charakterze kolizyjnym)²⁰, reguł proceduralnych, czy wreszcie instytucji o niejednorodnym (mieszanym) charakterze.

Uzasadnienia oraz źródeł tej szczególnej instytucji (konstrukcji) poszukiwać można w doktrynie prawa konstytucyjnego oraz w analizach z zakresu teorii prawa.

Najobszerniejsze wypowiedzi dotyczące domniemanie konstytucyjności odnaleźć można w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, gdzie wykorzystywane jest przede wszystkim, choć nie wyłącznie, do charakterystyki modelu kontroli konstytucyjności prawa²¹. Domniemanie konstytucyjności ustaw łączy się z zasadą podziału władzy oraz potrzebą zagwarantowania ustrojowej pozycji parlamentu jako podmiotu posiadającego kompetencję prawodawczą²². W tym ujęciu domniemanie konstytucyjności uzasadnia się „koniecznością ochrony pozycji ustrojowej parlamentu”²³. Pozycja ta gwaranto-

wać ma swobodę ustawodawcy decydowania o zakresie, sposobie i formach regulacji prawnej²⁴. W nowszym orzecznictwie TK wiązane jest z procesem stosowania prawa, uzasadniającym modyfikację rekonstrukcji norm i praktyki stosowania prawa w razie obalenia domniemanie konstytucyjności, w sytuacji gdy doszło do formalnego zakwestionowania podstaw tego domniemanie, przy jednoczesnym braku derogacji właściwych przepisów²⁵.

W podobny sposób termin ten używany jest w piśmiennictwie z zakresu prawa konstytucyjnego, co do zasady nawiązującego do wypowiedzi dotyczących domniemanie konstytucyjności prezentowanych przez TK²⁶.

Pojęcie „domniemanie konstytucyjności” pojawia się w rozważaniach z zakresu teorii prawa, w szczególności zaś w analizach dotyczących modeli i teorii wykładni²⁷. W tej sferze domniemanie konstytucyjności stanowi element koncepcji wykładni, służący realizacji zasady nadrzędności Konstytucji oraz zasady bezpośredniego jej stosowania w procesie interpretacji. Wiąże się z hierarchiczną strukturą systemu prawa, traktowanego jako zbiór przepisów uporządkowanych pod względem

a proces integracji europejskiej, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 59 i n.; J. Nowacki, *O pojmowaniu domniemań prawnych*, (w:) *Studia z zakresu teorii prawa*, Kraków 2003, s. 491 i n.

¹⁷ Zob. w szczególności J. Nowacki, *O pojmowaniu domniemań prawnych*, s. 491 i n.; T. Gizbert-Studnicki, *Spór o domniemanie prawne*, PiP 1977, z. 11, s. 69 i n.; tenże, *Znaczenie terminu „domniemanie prawne” w języku prawnym i prawniczym*, RPEiS 1974, nr 1, s. 113 i n.

¹⁸ Tak w szczególności L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, s. 230; A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją*, s. 59 i n.

¹⁹ K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce*, s. 71 i n.

²⁰ Tak w szczególności S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 21.

²¹ W piśmiennictwie wskazuje się, że domniemanie to stanowi jedno z założeń procedury kontroli konstytucyjności prawa, określających przede wszystkim rozkład ciężaru dowodu – por. P. Radzewicz, *Wzruszenie „domniemanie konstytucyjności”*, s. 56 i n.

²² W tym kontekście wskazuje się, że konstrukcja ta związana jest z zasadą podziału władzy i związaną z nią względną swobodą regulacyjną ustawodawcy – P. Radzewicz, *Wzruszenie „domniemanie konstytucyjności”*, s. 57; P. Winiczorek, *Prawo konstytucyjne*, s. 296.

²³ T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw*, s. 149.

²⁴ L. Garlicki, (w:) *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 15.

²⁵ Por. P. Radzewicz, *Wzruszenie „domniemanie konstytucyjności”*, s. 59–60; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar prawo konstytucyjnych*, s. 332 i n.

²⁶ Zob. w szczególności P. Radzewicz, *Wzruszenie „domniemanie konstytucyjności”*, s. 55 i n.; M. Zubik, M. Wiącek, *Kompetencje sądu konstytucyjnego a granice swobody orzekania*, s. 547.

²⁷ Zob. w szczególności L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 158 i n.; S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 21.

treściowym, proceduralnym i kompetencyjnym²⁸. Ma postać idealizacyjną silnie związaną z założeniem racjonalności prawodawcy, spójności i niesprzeczności systemu prawa. Bywa także ujmowane jako „szczególne założenie” ograniczające zakres zastosowania reguły kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori*, a więc jako swoiste dopełnienie systemu reguł kolizyjnych, metaregła, wyłączająca możliwość pominięcia normy sprzecznej z Konstytucją przez organ nieposiadający w tym zakresie specjalnego upoważnienia²⁹.

W piśmiennictwie zasadniczo analizuje się sposób wykorzystywania pojęcia „domniemanie konstytucyjności” w orzecznictwie TK, pozwalający na wyróżnienie czterech podstawowych jego znaczeń służących do charakterystyki odmiennych przypisywanych mu funkcji: a) jako określenia odnoszącego się do rozkładu ciężaru dowodu przed TK; b) jako określenia zasady postępowania przed TK; c) jako określenia szczególnej dyrektywy interpretacyjnej; d) jako określenia odnoszącego się do ogólnego założenia systemu prawa³⁰.

Sposoby wykorzystywania tego pojęcia w orzecznictwie TK oraz piśmiennictwie prawniczym pozwalają na wyróżnienie dwóch obszarów: partykularnego, związanego z kontrolą konstytucyjności prawa przez TK, w szczególności zaś odnoszącego się do wykładni operatywnej dokonywanej przez sąd konstytucyjny, rozkładu ciężaru argumentacji oraz uprawnień i obowiązków uczestników procesu kontroli konstytucyjności (obejmuje znaczenia wskazane

powyżej w pkt a i b) oraz uniwersalnego, związanego z procesem wykładni stosowania prawa (obejmuje znaczenia wskazane powyżej w pkt c i d). W pierwszym ujęciu domniemanie konstytucyjności ma charakter pojęcia „wewnętrznego”, związanego z przyjmowanym modelem oceny konstytucyjności prawa; w drugim jest pojęciem uniwersalnym, powszechnym, elementem charakteryzującym i determinującym wykładnię i stosowanie prawa przez wszystkie organy i podmioty, nie tylko TK³¹.

O ile pierwszy ze wskazanych sposobów wykorzystywania pojęcia „domniemanie konstytucyjności” wiąże ten termin z kategorią domniemań (prawnych lub faktycznych); o tyle drugi wykazuje wyraźne podobieństwa do domniemań interpretacyjnych, traktowanych jako szczególne dyrektywy wykładni³².

W pierwszym ze wskazanych ujęć domniemanie konstytucyjności, jak każde wzruszalne domniemanie faktyczne lub prawne, może zostać przełamane. Podobnie za wzruszalne uznaje się w piśmiennictwie domniemanie konstytucyjności w drugim z występujących znaczeń³³. Trzeba jednak zaznaczyć, że pojęcie „domniemanie konstytucyjności” lokowane w obrębie przyjmowanego modelu badania konstytucyjności prawa pełni odmienne funkcje niż domniemanie konstytucyjności traktowane jako samodzielna instytucja prawna, określająca sposób stosowania prawa przez wszystkie podmioty, w szczególności zaś, gdy jest ono uznawane za szczególną dyrektywę interpretacyjną³⁴. Ta odmienność sprawia, że

²⁸ K. Pleszka, *Hierarchia w systemie prawa*, Kraków 1988, s. 13 i n.; K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo, metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 246 i n.

²⁹ Zob. w szczególności S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 21; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, s. 158; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, wydanie 6 poprawione, uwspółcześnione i wzbogacone, Warszawa 2012, s. 299 i n.

³⁰ Por. P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 66.

³¹ Analogiczne rozróżnienie wskazuje P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 71.

³² L. Morawski podkreśla, że „domniemania interpretacyjne odróżnić należy od domniemań prawnych i faktycznych. Te dwie ostatnie kategorie domniemań wiążą się bowiem z kwestią ustalenia stanu prawnego lub stanu faktycznego, a nie z zasadami rozstrzygania wątpliwości interpretacyjnych” – *Zasady wykładni prawa*, s. 158.

³³ Zob. w tej kwestii szerzej L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, s. 155–156.

³⁴ To rozróżnienie wskazuje P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 71. Domniemanie konstytucyjności zalicza do kategorii domniemań interpretacyjnych L. Morawski, podkreślając, że jego sens sprowadza

twierdzenie o wzruszalności domniemanie konstytucyjności we wszystkich obszarach wymaga weryfikacji.

Oba sposoby wykorzystywania w orzecznictwie TK oraz piśmiennictwie prawniczym pojęcia „domniemanie konstytucyjności” mają istotne znaczenie z punktu widzenia obszarów, do których się odnoszą. Jakkolwiek wedle dominującego podejścia obalenie domniemanie konstytucyjności możliwe jest jedynie w odniesieniu do wewnętrznego aspektu związanego z przyjmowanym modelem badania konstytucyjności prawa, to zarazem wydaje się oczywiste, że warunkiem obalenia tego domniemanie we właściwym trybie i przez odpowiedni organ jest uprzednie wykazanie braku możliwości przeprowadzenia wykładni ocenianych regulacji w zgodzie z Konstytucją³⁵. W ten sposób co najmniej na płaszczyźnie abstrakcyjnej kontroli norm zbiegają się wszystkie wymienione wyżej funkcje i znaczenia domniemanie konstytucyjności. Nie sposób nie dostrzec, że warunkiem obalenie domniemanie konstytucyjności w sensie systemowym, opartym na kompetencji derogacyjnej TK, jest stwierdzenie swoistej bezskuteczności wyko-

rzystania tego domniemanie jako szczególnej dyrektywy interpretacyjnej.

Nie wdając się na tym etapie w głębsze rozważania dotyczące prezentowanych stanowisk, podkreślić należy oczywistą konstatację, że domniemanie konstytucyjności może, w jakimś – być może szczególnym – trybie podlegać wzruszeniu. Zarazem spoglądając na omawiane pojęcie z perspektywy interpretacyjnej, łatwo dostrzec, że tylko w pewnym zakresie tak rozumiane domniemanie można uznać za wzruszalne³⁶.

By przesądzić, czy w przypadku domniemanie konstytucyjności mamy do czynienia z domniemanie prawnym wzruszalnym, domniemanie interpretacyjnym czy też innego typu instytucją, należy poddać je stosownej analizie. W szczególności zaś zweryfikować, czy treść, istota i funkcja tej instytucji uzasadniają zaliczenie tego domniemanie do kategorii domniemań prawnych o takiej charakterystyce, która łączy domniemanie z określonymi ustaleniami faktycznymi lub ze stanem prawnym³⁷, przesądza o powiązaniu domniemanie konstytucyjności z kategorią domniemań interpretacyjnych, ze szczególną funkcją w obszarze reguł kolizyj-

się do tego, iż „fakt zgodności określonej normy z konstytucją nie wymaga żadnego uzasadnienia; jest on po prostu w procesie interpretacji zakładany”. Konkretyzując treść tego domniemanie, dodaje, że „z jednej strony nakłada ciężar argumentacji na tę stronę, która kwestionuje zgodność aktu normatywnego z konstytucją, z drugiej zaś zobowiązuje interpretatora do poszukiwania takiej interpretacji, przy której norma byłaby zgodna z konstytucją” – *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, s. 226 i 230.

³⁵ W taki sposób kwestię tę ujmuje się w literaturze przedmiotu, wskazując, że „fundamentalne znaczenie w tej kwestii ma reguła, że niedopuszczalne jest stwierdzenie niekonstytucyjności normy lub akt, jeżeli możliwe jest jego zinterpretowanie w zgodzie z konstytucją” – L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, s. 168. Zob. też Z. Czeszejko-Sochacki, *Wykładnia w orzecznictwie TK (wybrane zagadnienia)*, Studia Iuridica Toruniensia, Toruń 2001.

³⁶ Wątpliwości wywoływać może przede wszystkim ujęcie domniemanie konstytucyjności jako szczególnej dyrektywy interpretacyjnej, zakładającej się na zasady wykładni w zgodzie z Konstytucją oraz wykładni prokonstytucyjnej. W tym wypadku domniemanie konstytucyjności rozumiane jest bowiem jako zasada wykładni nakazująca interpretatorowi uwzględnienie w procesie wykładni zasad konstytucyjnych i konstytucyjnej aksjologii oraz zobowiązuje do poszukiwania takiej formuły wykładni, przy której norma byłaby zgodna z Konstytucją. Trzeba jednak podkreślić, że także w odniesieniu do tego sposobu rozumienia domniemanie konstytucyjności wskazuje się, że jego obalenie „będzie miało takie same skutki jak odejście albo wzruszenie *ad casum* danej reguły wykładniczej (reguły egzegezy)” – P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemanie konstytucyjności”*, s. 70.

³⁷ K. Wojtyczek wskazuje, że „z domniemanie konstytucyjności aktów normatywnych wiąże się ściśle kwestia ciężaru dowodu i argumentacji. (...) Ciężar dowodu dotyczy twierdzeń o faktach. Ciężar argumentacji dotyczy innych wypowiedzi, np. ocen czy też wypowiedzi o wartościach lub normach. W praktyce polskiej pojęcie ciężaru dowodu używane jest w szerokim rozumieniu i obejmuje swoim zakresem także ciężar argumentacji” – *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce*, s. 72. Powiązanie domniemanie konstytucyjności z rozkładem ciężaru argumentacji wskazuje także L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, s. 230.

nych, czy też uzasadnia zaliczenie tego domniemania do katalogu zasad ustrojowych, w szczególności zaś zasady podziału władzy, kompetencji Trybunału Konstytucyjnego oraz szczególnych cech ustawy. Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że by rozstrzygnąć ten dylemat, należy w pierwszej kolejności ustalić treść (czy istotnie jest ona wyznaczona normatywnie) i mechanizm działania domniemania konstytucyjności. Istotne wydaje się również ustalenie, w jakim stopniu konstrukcja domniemania konstytucyjności jest przydatna w toku wyjaśnienia złożonego problemu kontroli konstytucyjności prawa w Polsce, zarówno pod kątem kontroli opartej na wyłącznej kompetencji derogacyjnej TK, jak również podczas kontroli sprawowanej w toku bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy orzekające w sprawach indywidualnych.

B. POJĘCIE „DOMNIEMANIE KONSTYTUCYJNOŚCI”

Przedstawiona wyżej analiza rekonstrukcyjna poświęcona przyjmowanym w piśmiennictwie i orzecznictwie sposobom rozumienia pojęcia „domniemanie konstytucyjności” oraz przypisywanych mu funkcji pozwala stwierdzić, że zasadniczo termin ten wykorzystywany jest w trzech³⁸ lub czterech³⁹ znaczeniach,

które można byłoby uporządkować w następujący sposób:

(1) **Formalne** (procesowe, proceduralne). To znaczenie wiąże się w doktrynie ze wskazaniem, że domniemanie konstytucyjności jest dyrektywą rozkładu ciężaru dowodu w procesie kontroli konstytucyjności⁴⁰, potrzeba jej wyróżnienia wynika zaś z braku regulacji ustawowej, która określałaby ciężar argumentacji i rozkład dowodu w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym⁴¹.

(2) **Interpretacyjne**. W zakresie dyrektywy interpretacyjnej zasada domniemania konstytucyjności opiera się na założeniu, że stanowiąca element systemu prawa stanowionego regulacja zawiera postanowienia umożliwiające rekonstrukcję norm postępowania zgodnych z Konstytucją. W tym ujęciu chodzi o rozstrzygnięcie wszelkich interpretacyjnych wątpliwości na korzyść ujmowanego w kategorii systemowej dyrektywy interpretacyjnej domniemania, że przepis jest zgodny z Konstytucją, a nie wbrew niemu⁴².

(3) **Kompetencyjno-materialne**. To znaczenie oparte jest na wyłącznej kompetencji derogacyjnej TK. W tym ujęciu wskazuje się, że termin „domniemanie konstytucyjności” oznacza zasadę, zgodnie z którą naruszające Konstytucję akty normatywne obowiązują do czasu stwierdzenia ich niezgodności z normami konstytucyjnymi poprzez kompetentny or-

³⁸ T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw*, s. 136–146; P. Radzewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 66–71.

³⁹ P. Radzewicz wskazuje, że w zakresie pojęcia „domniemanie konstytucyjności” znajdują się następujące elementy: a) rozkład ciężaru dowodu w procesie kontroli konstytucyjności prawa, b) zasada postępowania przed sądem konstytucyjnym, c) dyrektywa interpretacyjna aktów normatywnych, d) założenie systemu prawa”. P. Radzewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 66.

⁴⁰ P. Radzewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 66–68; F. Siemiński, *Pozycja ustrojowa i właściwość Trybunału Konstytucyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1985, nr 4, s. 107–108. Podobnie również: A. Kabat, S. Paweł, *Zasady postępowania i formy orzekania Trybunału Konstytucyjnego*, „Nowe Prawo” 1986, nr 10, s. 6; A. Szmyt, *Właściwość Trybunału Konstytucyjnego*, „Nowe Prawo” 1986, nr 2, s. 29–30. Podobnie, na gruncie analizy ciężaru dowodu, K. Wojtyczek, *Ciężar dowodu i argumentacji w procedurze kontroli norm przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 1, s. 22; L. Morawski, *Wykłady w orzecznictwie sądów*, s. 296.

⁴¹ K. Wojtyczek, *Ciężar dowodu i argumentacji*, s. 60. Szerzej co do problematyki ciężaru argumentacji zob. T. Gindert-Studnicki, *Rozkład ciężaru argumentacji w dyskursie interpretacyjnym*, (w:) *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, S2, Kraków 2003, s. 65 i n.

⁴² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 178; P. Radzewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 69.

gan, w przewidzianej przez prawo procedurze kontroli konstytucyjności⁴³.

(4) **Systemowe.** W tym znaczeniu domniemanie konstytucyjności traktuje się jako założenie systemu prawnego. W tym ujęciu spójny i niesprzeczny wewnętrznie system prawa i założenie racjonalnego prawodawcy nakazuje traktowanie obowiązującej ustawy jako zgodnej z Konstytucją, nawet jeżeli w świetle doktryny i orzecznictwa budzi ona uzasadnione zastrzeżenia⁴⁴.

(1) Formalne (proceduralne) znaczenie domniemanie konstytucyjności

Traktowanie domniemanie konstytucyjności jako dyrektywy rozkładu ciężaru dowodu w procesie kontroli konstytucyjności sprowadza się do założenia, że badane normy są zgodne z Konstytucją⁴⁵. Mechanizm tego domniemanie nakłada ciężar dowodu na podmiot kwestionujący zgodność ustawy z Konstytucją i dopóki nie powoła on konkretnych i przekonujących argumentów prawnych na rzecz swej tezy, dopóty Trybunał Konstytu-

cyjny uznawać będzie kontrolowane przepisy za konstytucyjne⁴⁶. W tym ujęciu wskazuje się więc, że wstępne założenie TK, iż kwestionowana ustawa jest zgodna z Konstytucją, weryfikuje twierdzenie o niekonstytucyjności ustawy w oparciu o obalenie przemawiającego za nią domniemanie, ciężar wykazania niekonstytucyjności spoczywa zaś na wnioskodawcy⁴⁷. Potrzebę wyróżnienia tego ujęcia domniemanie konstytucyjności uzasadnia się brakiem regulacji ustawowej określającej ciężar argumentacji i rozkład dowodu w postępowaniu przed TK⁴⁸. Bywa także wspierane wskazaniem potrzeby powściągliwości sądu konstytucyjnego wynikającej z zasady podziału władzy, gwarantującej, by ingerencja sądu konstytucyjnego w sferę kompetencji innych organów władzy nie wykraczała poza ramy konieczności⁴⁹. Ujęcie domniemanie konstytucyjności jako domniemanie prawnego wywoływać może wątpliwości już choćby z tego powodu, że trudno znaleźć adekwatną podstawę prawną jego obowiązywania⁵⁰.

Podążając jednak za przedstawionym wy-

⁴³ Zob. S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 21; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP*, s. 219 i n.; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, s. 332 i n.; K. Wojtyczek, *Sądowictwo konstytucyjne w Polsce*, s. 71 i n.

⁴⁴ P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemanie konstytucyjności”*, s. 70.

⁴⁵ Syntetycznie ujmuje tę kwestię L. Morawski, podkreślając, że „fakt zgodności określonej normy z konstytucją nie wymaga żadnego uzasadnienia; jest on po prostu w procesie interpretacji zakładany. Nie ten, kto się powołuje na zgodność normy z konstytucją, ale właśnie ten, kto ten fakt kwestionuje, musi to wykazać” – *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, s. 227.

⁴⁶ Tak: orzeczenie TK z 24 lutego 1997 r., K 19/96, OTK ZU 1997, nr 1, poz. 6, s. 44. Podobnie: wyrok TK z 7 lutego 2001 r., K 27/00, OTK ZU 2001, nr 2, poz. 29, s. 163, w którym wskazano: „kontrola konstytucyjności prawa przebiega w oparciu o domniemanie, że badane normy są zgodne z Konstytucją. Szczególnie silne domniemanie konstytucyjności ma miejsce w kontroli prewencyjnej. Na podmiocie, który inicjuje kontrolę konstytucyjności prawa, spoczywa ciężar dowodu, że kwestionowana regulacja prawna jest niezgodna z Konstytucją. Wnioskodawca musi przedstawić przekonujące argumenty, uzasadniające tezę o niekonstytucyjności zaskarżonej regulacji”. W wyroku z 9 października 2001 r., SK 8/00, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 2011, s. 1038 wskazano natomiast: „Dla obalenia domniemanie konstytucyjności zaskarżonego przepisu nie wystarczy bowiem ogólnikowe powołanie się na wskazane wzorce konstytucyjne (...). Z domniemanie tym wiąże się bowiem zasada, że ciężar dowodu spoczywa na tym, kto kwestionuje konstytucyjność aktu normatywnego”.

⁴⁷ Por. T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw*, s. 137.

⁴⁸ K. Wojtyczek, *Ciężar dowodu i argumentacji*, s. 60.

⁴⁹ M. Zubik, M. Wiącek, *Kompetencje sądu konstytucyjnego a granice swobody orzekania*, s. 47.

⁵⁰ W piśmiennictwie wskazuje się, że „powszechnie wiadomo, że domniemanie prawne są wprowadzane mocą postanowień prawa i stąd ich nazwa. Gdyby przepisy prawa (czy normy prawne) nie nakazywały, że wtedy to a wtedy należy to a to domniemywać zamiast udowadniania faktu domniemywanego, nikt nie mówiłby o domniemaniu prawnych” – J. Nowacki, *O pojmowaniu domniemania prawnych*, s. 491; T. Gizbert-Studnicki, *Znaczenie terminu „domniemanie prawne”*, s. 113 i n.

żej tokiem rozumowania, należałoby traktować domniemanie konstytucyjności jako wzruszalne domniemanie prawne⁵¹. Wskazuje się bowiem słusznie, że możliwe są sytuacje, w których zorientowany na Konstytucję proces wykładni nie przyniesie rozwiązania zgodnego z wzorcami konstytucyjnymi⁵². Domniemania prawne kształtują rozkład ciężaru dowodu. Sam dowód jest instytucją prawa procesowego, a jego przedmiotem są fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, czy – mówiąc precyzyjnie – twierdzenia o faktach. Rozkład ciężaru dowodu ma natomiast charakter materialnoprawny i określa: (a) kto obciążony jest obowiązkiem dowodzenia (znaczenie formalne ciężaru dowodu), (b) kto poniesie materialnoprawne konsekwencje nieudowodnienia istotnych faktów, czyli przegra sprawę w następstwie nieudowodnienia faktu, z którym prawo wiąże korzystne dla tej strony konsekwencje prawne⁵³.

Domniemania prawne materialne opierają się na normatywnej konstrukcji nakazującej uznanie za udowodniony faktu w razie stwierdzenia innego faktu stanowiącego przesłankę domniemania. Wniosek domniemań prawnych jest wiążąco ustalony przez normę prawną. Typowe domniemanie prawne ma charakterystyczną trójczłonową budowę: (a) przesłanka domniemania – określony fakt, (b) operator normotwórczy nakazuje sądowi przyjąć bez dowodu fakt domniemywany (wniosek domniemania), (c) wniosek domniemania – skutek prawny – wiążące ustalenie faktu domniemywanego. Nietrudno dostrzec, że domniemanie konstytucyjności nie jest takim domniemaniem. Kontrola konstytucyjności nie przewiduje bowiem ustaleń faktycznych i dowodzenia faktów mających znaczenie dla stwierdzenia zgodności aktu normatywnego z Konstytucją. Nie jest ono również domniemaniem prawnym formalnym, które – w przeciwieństwie do domniemań materialnych – nie opierają się

na zależności udowodnienie przesłanki–przyjęcie wniosku, lecz po prostu nakazują przyjąć określony wniosek. Tym wnioskiem jednak jest ustalenie faktyczne, które nie jest istotne w postępowaniu, w zakresie dotyczącym kontroli konstytucyjności przepisów. Wprawdzie art. 58 UoTK przewiduje możliwość składania przez uczestników postępowania wniosków dowodowych potrzebnych do rozstrzygnięcia sprawy przed TK, art. 74 UoTK przewiduje zaś odpowiednie stosowanie do postępowania przed TK przepisów k.p.c. (w tym przepisów o postępowaniu dowodowym), jednak sama istota rozstrzygnięcia problemu zgodności przepisu ustawy z Konstytucją nie jest oparta na ustaleniach faktycznych.

Wyraźne postępowanie dowodowe przed TK przewidziano w przepisie art. 110 UoTK, regulującym tryb rozpoznania wniosku o zgodność z Konstytucją działalności partii politycznej. Tutaj jednak ciężar udowodnienia niezgodności z Konstytucją dotyczy działalności partii politycznej, która – w odróżnieniu od zgodności normy z Konstytucją – w oczywisty sposób wymaga ustaleń faktycznych. W tym wypadku dowodzeniu podlega twierdzenie o tym, że dana partia polityczna prowadzi niekonstytucyjną działalność. Tym samym postępowanie dowodowe odnosi się do sfery faktów – działalności partii. Jest to zarazem jedyne postępowanie dowodowe przed TK, które odnosi się bezpośrednio do przedmiotu orzekania. W odróżnieniu od pozostałych przypadków poddanych kognicji TK, przedmiot orzekania nie jest tu wyłącznie normatywny, gdyż porównaniu z normą konstytucyjną podlega działalność, a nie inna norma prawna.

Trzeba nadto dostrzec, że również w postępowaniach inicjowanych wnioskami składanymi przez organy samorządu, związki zawodowe, kościoły (art. 61 UoTK), dotyczących pytań prawnych (art. 63 UoTK) i skarg konstytucyjnych (art. 65 UoTK), ustawa wprost

⁵¹ Co do pojęcia „domniemanie prawne” zob. szerzej J. Nowacki, *O pojmowaniu domniemań prawnych*, s. 491 i n.

⁵² Por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 175–190.

⁵³ Por. np. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 58.

przewiduje możliwość powołania argumentów lub dowodów na poparcie prezentowanego stanowiska. Również w toku rozprawy (art. 90 UoTK) przewidziano przedstawienie argumentów i dowodów na poparcie stanowiska przez wnioskodawcę, sąd pytający lub skarżący oraz przez pozostałych uczestników postępowania. W tych przypadkach jednak TK nie prowadzi ustaleń faktycznych, ponieważ porównuje wzorzec normatywny z wzorcem konstytucyjnym. Również w świetle art. 79 UoTK, w trybie kontroli inicjowanej skargą konstytucyjną, naruszenie konstytucyjnych wolności lub praw jest jedynie przesłanką warunkującą badanie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego. Ostatecznie więc i w tym przypadku przedmiot orzekania ma charakter normatywny. Wydaje się zatem, że mało precyzyjne jest traktowanie domniemania konstytucyjności jako domniemania wzruszalnego – czyli normy określającej (zmieniającej) ciężar dowodu w postępowaniu przed TK. To znaczenie jest po prostu mylące – domniemanie konstytucyjności nie służy weryfikacji twierdzeń o faktach w procesie badania konstytucyjności aktów normatywnych. Ten proces bowiem nie jest oparty na faktach, lecz na prawie.

Nieco inaczej przedstawia się problem domniemania konstytucyjności jako reguły określającej ciężar dowodu w sytuacji przyjęcia szerokiego sposobu rozumienia zwrotu „ciężar dowodu”, zgodnie z którym odnosi się on także do ciężaru argumentacji, czyli wypowiedzi o ocenach, wartościach lub normach⁵⁴. Także

jednak w tym przypadku z uwagi na istotę i tryb kontroli konstytucyjności przyjmuje się, że jakkolwiek nieusuwalne wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść tezy o zgodności z Konstytucją, to jednak względy pragmatyczne przesądzają, że sąd konstytucyjny zobowiązany jest do starannej, wnikliwej i wszechstronnej analizy wszelkich okoliczności mających znaczenie dla oceny konstytucyjności badanego aktu normatywnego. To zaś sprawia, że można w tym przypadku mówić o ciężarze argumentacji w ujęciu materialnym, co przesądza, że konieczne jest wykazanie w postępowaniu przed TK przesłanek i okoliczności przesądzających o niezgodności badanej normy z Konstytucją; jednocześnie nie wymaga się, by zostało to wykazane przez wnioskodawcę⁵⁵. Dodatkowo z tak rozumianego domniemania konstytucyjności można wywodzić zasadę rozstrzygnięcia nieusuwalnych wątpliwości na korzyść zgodności z Konstytucją, a także zasadę rozstrzygnięcia ocen co do społecznych skutków kontrolowanych norm, w razie wątpliwości na korzyść prawodawcy⁵⁶. W tym ujęciu domniemanie konstytucyjności stanowi podstawę do rekonstrukcji szczegółowych reguł rozstrzygnięcia wątpliwości na rzecz konstytucyjności badanego aktu normatywnego, wykazujących podobieństwo do przyjmowanej w niektórych rozwiązaniach proceduralnych reguły *in dubio pro reo*. Można również rozważać swoiste rozwarstwienie mocy domniemania konstytucyjności w ten sposób, że silniejsze domniemanie obejmuje regulacje nieodnoszące się bezpośrednio do praw jednostki (np. kształtujących wyłącznie regulacje

⁵⁴ Tak K. Wojtyczek, *Ciężar dowodu i argumentacji*, s. 21 i n. Podobnie kwestię tę ujmuje L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, s. 227.

⁵⁵ T. Gizbert-Studnicki wyróżnia 3 rodzaje ciężaru argumentacji: w sensie pragmatycznym, w słabym sensie proceduralnym oraz w mocnym sensie proceduralnym. Wydaje się, że domniemanie konstytucyjności powiązane z rozkładem ciężaru argumentacji rozumieć należałoby jako ciężar argumentacji w mocnym sensie proceduralnym, a więc jako dyrektywę w brzmieniu: „uzasadnij swoją tezę. W przeciwnym przypadku, gdy nikt tego nie uczyni, teza twoja zostanie odrzucona, a teza przeciwna zostanie uznana za uzasadnioną”, z tym uzupełnieniem, że ciężar wszechstronnego rozważania kwestii konstytucyjności spoczywa na TK, co oznacza, że udowodnienie tezy o niekonstytucyjności aktu prawnego może być przedstawione przez TK. Zob. szerzej w sprawie ciężaru argumentacji T. Gizbert-Studnicki, *Rozkład ciężaru argumentacji*, s. 67–69.

⁵⁶ Zob. K. Wojtyczek, *Sądowictwo konstytucyjne w Polsce*, s. 72 i n. Co do relacji tego typu domniemań z domniemaniami interpretacyjnymi oraz ciężarem argumentacji zob. m.in. T. Gizbert-Studnicki, *Rozkład ciężaru argumentacji*, s. 75 i n.

między organami władzy publicznej), a słabsze w przypadku regulacji określających status jednostki bezpośrednio, oraz mieszaną postać domniemania w sytuacjach, gdy oceniane regulacje skutkować mogą pośrednio ingerencją w sferę praw jednostki⁵⁷.

Konkludując, należy stwierdzić, że domniemanie konstytucyjności rozumiane w sposób proceduralny może być uznane za użyteczną instytucję w procesie kontroli konstytucyjności w ramach procedury przed TK, jeśli interpretować je jako ciężar argumentacji w ujęciu materialnym, stanowiący wyraz powściągliwości sądu konstytucyjnego zapobiegający nadmiernej ingerencji w sferę kompetencji pozostałych organów władzy, w szczególności władzy ustawodawczej, oraz jako podstawę do rekonstrukcji specyficznych zasad rozstrzygania nieusuwalnych wątpliwości na rzecz zgodności badanego aktu normatywnego z Konstytucją. Nie wydaje się natomiast uzasadnione rozumienie domniemania konstytucyjności w sensie formalnym jako zasady określającej ciężar dowodu w odniesieniu do faktów oraz przesądzającej, że powinność wykazania okoliczności relewantnych dla stwierdzenia niekonstytucyjności obciąża wnioskodawcę, czego konsekwencją byłoby przyjęcie, że w razie braku wykazania przez wnioskodawcę podstaw do stwierdzenia niezgodności z Konstytucją wydaje się orzeczenie o zgodności zaskarżonego aktu normatywnego z Konstytucją.

(2) Interpretacyjne znaczenie domniemania konstytucyjności

Trudno kwestionować interpretacyjną doniosłość prokonstytucyjnej wykładni – czyli

w prezentowanym tu ujęciu drugiego znaczenia domniemania konstytucyjności, ujmowanego jako systemowa dyrektywa interpretacyjna nakazująca rozstrzyganie wszelkich wątpliwości interpretacyjnych na korzyść założenia, że przepis jest zgodny z Konstytucją, a nie wbrew niemu⁵⁸, zawierającego zarazem presumpcję, że dana regulacja w całości lub też w każdym dającym się pomyśleć wariantcie interpretacyjnym jest zgodna z Konstytucją⁵⁹. Zarazem z uwagi na charakter – w omawianym zakresie domniemanie zgodności ma postać szczególnej dyrektywy interpretacyjnej wynikającej z Konstytucji – w istocie wyraża nakaz takiej wykładni danego aktu normatywnego, która doprowadzi do rezultatu zgodnego z Konstytucją. Z teoretycznego punktu widzenia domniemanie konstytucyjności zaliczyć należy do dyrektyw interpretacyjnych drugiego stopnia, swoistych metadyrektyw, w tym przypadku systemowych⁶⁰. Domniemanie konstytucyjności zawiera wskazanie poszukiwania przez interpretatora takiej formuły wykładni danej regulacji, która zagwarantuje jej zgodność z Konstytucją. Tę samą powinność statuuje wyrażona w art. 8 zasada nadrzędności Konstytucji i bezpośredniego jej stosowania, rozumiana przede wszystkim jako przeniesienie aksjologii konstytucyjnej na płaszczyznę regulacji ustawowych w procesie wykładni⁶¹. W tym ujęciu domniemanie konstytucyjności to dyrektywa interpretacyjna nakazująca dokonanie „takiej interpretacji normy, która jest zgodna z Konstytucją, z założeniem, że prawodawca jest racjonalny, która nie prowadzi do sprzeczności, luk, itd.”⁶². Z tej dyrektywy interpretacyjnej korzystać powinny zarazem

⁵⁷ Takie rozróżnienie proponują M. Zubik, M. Wiącek, *Kompetencje sądu konstytucyjnego a granice swobody orzekania*, s. 47–49.

⁵⁸ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 178; P. Radziejewicz, *Wzruszenie domniemania konstytucyjności*, s. 69.

⁵⁹ Por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 5 czerwca 2001 r., K 18/00, OTK ZU 2001, nr 5, poz. 118.

⁶⁰ Zob. P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 65 i n. Por. też J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 145; S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 21; L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, s. 230 i n.

⁶¹ Por. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP*, s. 327 i n.

⁶² Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 175–190.

zarówno TK, jak i sądy – czyli podmioty zobowiązane do bezpośredniego stosowania Konstytucji⁶³. Sądy bowiem, podobnie jak TK, są uprawnione i zobowiązane do wykorzystywania Konstytucji w procesie stosowania prawa oraz swoistego „uzgadniania” treści i zakresu norm odczytywanych z przepisów z Konstytucją⁶⁴. Domniemanie konstytucyjności wynika tu wprost z wywodzonej z art. 8 Konstytucji RP tzw. prokonstytucyjnej wykładni⁶⁵, opartej na odczytywaniu norm zawartych w przepisach ustawowych, przy jednoczesnym uwzględnieniu właściwych dla danej części systemu prawa wzorców konstytucyjnych⁶⁶. Niekwestionowane jest w doktrynie, że realizacja tego uprawnienia i obowiązku przez sądy dokonywana jest na płaszczyźnie wykładniczej, w trakcie rozstrzygania przez sąd kolizji pomiędzy normą konstytucyjną a ustawową w toku egzegezy tekstu prawnego przy zastosowaniu dyrektyw interpretacyjnych (kolizyjnych), po to, by doprowadzić do „usunięcia niezgodności” pomiędzy normą konstytucyjną a normą ustawową⁶⁷, w sposób co do zasady skutkujący modyfikacją treści i/lub zakresu normowania

wyinterpretowanej normy z uwagi na wzorce konstytucyjne, służąc maksymalnemu dostosowaniu norm prawnych do celów i wartości wyrażonych w Konstytucji⁶⁸. Pojmowanie domniemanie konstytucyjności w sposób immanentnie związany z wykorzystywaniem prokonstytucyjnej wykładni ustawy zasadniczo prowadzi do usuwania wszelkich wątpliwości co do konstytucyjności przepisu w kierunku ustalenia jego zgodnego z Konstytucją znaczenia. Prokonstytucyjna wykładnia może też pośrednio wiązać się z wykładnią przepisu konstytucyjnego, zwłaszcza gdy ustawodawca posługuje się klauzulami generalnymi lub zwrotami niedookreślonymi, a ostateczne ustalenie ich treści zależy od rozstrzygnięcia fundamentalnej kwestii konstytucyjnej⁶⁹.

Choć przydatność domniemanie konstytucyjności w prezentowanym tu ujęciu jest niepodważalna, to jednak słusznie zwraca się uwagę na fakt, że podstawowa wskazówka zawarta w ustawie zasadniczej jest w tym zakresie banalna: „skoro bezpośrednio stosowanie Konstytucji jest zasadą, to wszystkie wątpliwości należy tłumaczyć na korzyść tej

⁶³ Por. np. S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 3 i n.

⁶⁴ Por. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP*, s. 282 i n.

⁶⁵ Mając pełną świadomość, że w piśmiennictwie przyjmuje się rozróżnienie na: „wykładnię ustaw w zgodzie z Konstytucją” oraz „wykładnię prokonstytucyjną”, wynikające ze sposobów rozumienia obu typów wykładni, na potrzeby niniejszego opracowania przyjmujemy, że pojęcie „wykładnia prokonstytucyjna” ma szerszy zakres znaczeniowy niż termin „wykładnia ustaw w zgodzie z Konstytucją”, zarazem akceptując stanowisko, wedle którego „wykładnia w zgodzie z Konstytucją” stanowi szczególną formę (podtyp) wykładni prokonstytucyjnej. Tym samym posługując się pojęciem „wykładnia prokonstytucyjna”, obejmujemy nim zarówno dyrektywę nakazującą przyjęcie zgodnego z Konstytucją rozumienia ustawy (wersja pozytywna) lub wykluczającą rozumienie przepisu w sposób sprzeczny z Konstytucją (wersja negatywna), jak i oddziaływanie Konstytucji, w tym w szczególności praw podmiotowych, na proces interpretacji i stosowania przepisów prawa, prowadzący do „nasączenia” ich wartościami konstytucyjnymi i konstytucyjną aksjologią. W pierwszym ujęciu chodzi o model wykładni odpowiadający pojęciu „wykładnia ustaw w zgodzie z Konstytucją”, w drugim – właściwy dla rozumienia pojęcia „wykładnia prokonstytucyjna”, będąca przejawem współstosowania Konstytucji i ustaw. Zob. w tej kwestii m.in. P. Czarny, *Trybunał Konstytucyjny a wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją*, (w:) *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 71–72 i s. 82–84; A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją*, (w:) *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 43 i n.

⁶⁶ Zob. m.in. rozważania P. Tulei, *Stosowanie Konstytucji RP*, s. 201 i n.; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, s. 317 i n. Zob. też uwagi K. Szczuckiego, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015.

⁶⁷ Por. S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 21 i 23.

⁶⁸ Trzeba wskazać, że prokonstytucyjna wykładnia miewa zarówno charakter zawężający, jak i rozszerzający, skutkujący poszerzeniem zakresu normowania w wyniku odwołania się do przepisów Konstytucji. Zob. w tej kwestii m.in. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP*, s. 331 i n.; K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010.

⁶⁹ Por. wyrok TK z 13 listopada 2013 r., P 25/12, OTK ZU 2013, seria A, nr 8, poz. 122.

zasady⁷⁰. Trzeba dostrzec, że domniemanie konstytucyjności stanowi w tym ujęciu źródło szczegółowych reguł interpretacyjnych (w tym w szczególności reguły wykładni prokonstytucyjnej oraz wykładni w zgodzie z Konstytucją), a także swoistych zasad rozstrzygania nieusuwalnych wątpliwości na rzecz zgodności ustawy z Konstytucją. Z ujmowaniem domniemanie konstytucyjności jako domniemanie interpretacyjnego wiąże się przydawanie mu także statusu metareguly kolizyjnej, wyłączającej możliwość wykorzystywania zasady *lex superior derogat legi inferiori* przez sądy lub inne organy władzy publicznej. W tym zakresie domniemanie konstytucyjności w istocie stanowi podstawę do wyłączenia stosowania zasady *lex superior* i założenia, że w tym zakresie uprawnienia posiada jedynie TK⁷¹. Zarazem tak rozumiane domniemanie konstytucyjności nie stanowi adekwatnego narzędzia do rozwiązania problemów wykraczających poza możliwości wykładni – w szczególności gdy norma ustawowa jest niezgodna z normą konstytucyjną. Na gruncie prezentowanego tu ujęcia domniemanie konstytucyjności wykładnia prokonstytucyjna nie jest wówczas wystarczającym narzędziem do ustalenia treści zgodnej z Konstytucją normy ustawowej. W takiej sytuacji powstaje konieczność odmowy zastosowania przepisu ustawowego. Od treści domniemanie konstytucyjności w innym ujęciu (które prezentujemy poniżej, a które bliskie jest systemowemu znaczeniu tego terminu) zależy

zaś odpowiedź na pytanie, kto i w jakim trybie władny jest tego dokonać.

(3) Kompetencyjno-materialne znaczenie domniemanie konstytucyjności

Domniemanie konstytucyjności w ujęciu kompetencyjno-materialnym oparte jest na niekwestionowanej w doktrynie i orzecznictwie wyłącznej derogacyjnej kompetencji TK i nawiązuje do znaczenia budowanego w dwudziestolecie międzywojennym, w oparciu o wspomniany wyżej art. 81 Konstytucji marcowej⁷². W tym ujęciu wskazuje się, że termin „domniemanie konstytucyjności” oznacza zasadę, zgodnie z którą naruszające Konstytucję akty normatywne obowiązują do czasu stwierdzenia ich niezgodności z normami konstytucyjnymi przez kompetentny organ, w przewidzianej przez prawo procedurze kontroli konstytucyjności⁷³. Domniemanie konstytucyjności może być obalone jedynie wyrokiem TK, a związanie sędziego ustawą, przewidziane w art. 178 ust. 1 Konstytucji, obowiązuje dopóty, dopóki ustawie tej przysługuje moc obowiązująca⁷⁴. W tym znaczeniu wskazuje się, że domniemanie konstytucyjności oparte jest na założeniu, że do autorytatywnego ustalania niezgodności między normą kompetencji prawodawczej a normą, która powstała z uczynienia użytku z tej kompetencji, potrzebne jest szczególne upoważnienie, które na gruncie polskiej Konstytucji przysługuje Trybunałowi Konstytucyjnemu⁷⁵. Uchylenie domniemanie konstytu-

⁷⁰ Tak: S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 13.

⁷¹ W taki sposób kwestię tę zdaje się ujmować L. Morawski, podkreślając, że „uzasadnienie reguły *lex superior* jest oczywiste, jednakże ze względu na treść konkretnych uregulowań mogą pojawiać się problemy proceduralne związane z jej zastosowaniem. Jak powiedzieliśmy, w naszym prawie tylko TK ma prawo uchylić niezgodny z Konstytucją, ustawami lub ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi akt normatywny i prawo takie nie przysługuje innym sądom (art. 188 pkt 1 Konstytucji)” – *Zasady wykładni prawa*, s. 232.

⁷² Por. T. Stawicki, *Wczesna refleksja nad wykładnią*, s. 118 i 119.

⁷³ K. Wojtyczek, *Ciążar dowodu i argumentacji*, s. 21.

⁷⁴ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 30 października 2002 r., V CKN 1456/00, LEX nr 57237; wyrok Sądu Najwyższego z 25 sierpnia 1994 r., I PRN 53/94, OSNAPiUS 1994, nr 11, poz. 179; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256. Tak również: wyrok TK z 10 grudnia 2002 r., P 6/02, OTK ZU 2002, seria A, nr 7, poz. 91 oraz wyroki TK z 31 stycznia 2001 r., P 4/99, OTK 2001, nr 1, poz. 5 i z 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256; postanowienie TK z 22 marca 2000 r., P 12/98, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 67; wyrok TK z 4 października 2000 r., P 8/00, OTK ZU 2000, nr 6, poz. 189.

⁷⁵ S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 21.

cyjności traktuje się więc jako odrębny skutek prawny wyroku o hierarchicznej niezgodności przepisu, który może oddziaływać na sferę praw i wolności jednostki oraz na praktykę funkcjonowania sądów powszechnych i administracyjnych⁷⁶. Tak pojmowane domniemanie konstytucyjności, niemalże tożsame w swej istocie z utratą mocy obowiązującej norm uznanych za niekonstytucyjne, wydaje się być zbyt wąskie. Wątpliwości w tym zakresie sygnalizuje sam TK, wskazując, że mimo iż utrata mocy obowiązującej norm uznanych za niekonstytucyjne (derogacja, zmiana prawa w zakresie obowiązywania) następuje z datą ogłoszenia wyroku TK w Dzienniku Ustaw, to już sam fakt ogłoszenia wyroku ma prawne znaczenie dla postępowań toczących się przed organami administracyjnymi lub sądami na tle przepisów dotkniętych niekonstytucyjnością⁷⁷. Już bowiem z momentem publicznego ogłoszenia wyroku następuje uchylenie domniemania konstytucyjności kontrolowanego przepisu, co powoduje, że organy stosujące przepisy uznane za niekonstytucyjne powinny uwzględniać fakt, iż chodzi o przepisy pozbawione domniemania konstytucyjności. Sądy orzekają na podstawie procedur, w obrębie których toczy się postępowanie, i z wykorzystaniem instrumentów będących do ich dyspozycji oraz kompetencji im przysługujących. Okoliczność, że w tych ramach sądy mają zastosować przepisy, które obowiązywały w dacie zaistnienia zdarzeń przez nie ocenianych, ale następnie zostały uznane za niekonstytucyjne w wyroku TK, w zasadniczy sposób wpływa na swobodę

sądów w zakresie dokonywania wykładni tych przepisów. W omawianym orzeczeniu TK nawiązał do poglądu ukształtowanego w orzecznictwie SN⁷⁸ i zaakceptowanego przez TK⁷⁹, w myśl którego orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego o niekonstytucyjności danej normy stwarza dla organów stosujących prawo wskazówkę, przełamującą zwykle zasady prawa intertemporalnego i zasady decydujące o wyborze prawa właściwego w momencie stosowania prawa⁸⁰. Trybunał wyraźnie wskazał, że „w wypadku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego o niekonstytucyjności kontrolowanej normy obowiązuje norma intertemporalna, mająca pierwszeństwo (z racji konstytucyjnej genezy) w stosunku do norm intertemporalnych dotyczących zmiany stanu prawnego w wyniku działań ustawodawcy. Tego rodzaju autonomia interpretacyjna przysługująca sądom znajduje zakotwiczenie w art. 8 Konstytucji i jest wyrazem bezpośredniego stosowania Konstytucji w drodze kierowania się wykładnią zgodną z Konstytucją”. Jak wskazano w doktrynie: „w ten sposób zakres pojęciowy «domniemania konstytucyjności» został poszerzony o dodatkowy element, który eksponuje związki «domniemania» z procesem stosowania prawa przez inne niż Trybunał organy państwa”⁸¹.

Z przedstawionego wyżej wywodu należałoby wnosić, że pod materialnym pojęciem domniemania konstytucyjności kryje się jednak coś więcej niż tylko wyłączna derogacyjna kompetencja TK. Skoro TK dopuszcza przełamanie domniemania konstytucyjności w inny sposób aniżeli przez formalną derogację nor-

⁷⁶ P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 55 oraz 57.

⁷⁷ Wyrok TK z 13 marca 2007 r., K 8/07, OTK ZU 2007, nr 3/A.

⁷⁸ Por. postanowienie SN z 21 września 2005 r., I KZP 16/05, OSNKW 2005, nr 1, poz. 1715.

⁷⁹ Wyrok TK z 29 października 2002 r., P 19/01, OTK ZU 2002, nr 5/A, poz. 67 i postanowienie TK z 6 kwietnia 2005 r., SK 8/04, OTK ZU 2005, nr 4/A, poz. 44.

⁸⁰ Jako przełamanie domniemania konstytucyjności traktuje się uchylenie przepisu przez TK, z jednoczesnym odroczeniem momentu utraty jego mocy obowiązującej. Por. K. Gonera, E. Łętowska, *Artykuł 190 Konstytucji i jego konsekwencje w praktyce sądowej*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 9, s. 14–15; J. Pinkowski, *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w świetle orzecznictwa*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 1, s. 63; R. Hauser, J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008, s. 68–86. Odmienne: P. Radziejewicz, „Przywilej korzyści” jako skutek prawny orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 4, s. 28–29.

⁸¹ P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności”*, s. 58.

my w następstwie jej promulgacji w Dzienniku Ustaw⁸² oraz zważywszy, że przełamanie to następuje przed momentem promulgacji i niezależnie od niego, oznacza to, że domniemanie konstytucyjności rozumieć należy inaczej niż tylko jako zasadę obowiązywania norm do czasu ich formalnej derogacji.

(4) Systemowe znaczenie domniemanie konstytucyjności

Ujmując domniemanie konstytucyjności jako założenie spójnego i niesprzecznego wewnątrznie systemu prawnego, stworzonego przez racjonalnego prawodawcę, wskazuje się konieczność traktowania obowiązującej ustawy jako zgodnej z Konstytucją, nawet jeżeli w świetle doktryny i orzecznictwa budzi ona uzasadnione zastrzeżenia⁸³. W tym ujęciu domniemanie konstytucyjności opiera się na idealizacyjnym założeniu, nakazującym traktowanie systemu prawa jako zbioru przepisów o wewnętrznie uporządkowanej pod względem treściowym, proceduralnym i kompetencyjnym oraz zhierarchizowanej strukturze. Oparte jest na założeniu, że formalnie obowiązująca ustawa jest z mocy tego domniemanie zgodna z Konstytucją, wymaga tego bowiem postulat spójnego i niesprzecznego systemu prawa oraz zasada racjonalności ustawodawcy⁸⁴. Domniemanie konstytucyjności w tym ujęciu jest pojęciem określającym złożoną instytucję prawną, zawierającą w sobie zarówno elementy charakterystyczne dla domniemanie interpretacyjnego, rozkładu ciężaru argumentacji, a także stanowiącej podstawę do rekonstrukcji szczegółowych dyrek-

tyw interpretacyjnych oraz reguł rozstrzygania nieusuwalnych wątpliwości na rzecz zgodności z Konstytucją, wreszcie służące do charakterystyki modelu kontroli konstytucyjności prawa oraz określenia zakresu kompetencji TK, oraz w pewnym sensie modyfikujące zakres zastosowania w procesie kontroli konstytucyjności ogólnej reguły kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori*⁸⁵. Wydaje się też najbardziej praktycznie przydatne. Nawiązując do amerykańskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa, oczywisty sens miałyby rozpoznanie domniemanie konstytucyjności jako pewnego założenia systemu prawnego, które wskazywałoby, w jakich sytuacjach, na gruncie wzruszalnego charakteru domniemanie konstytucyjności, organ dokonujący wykładni uprawniony i zobowiązany byłby do przeprowadzenia procesu weryfikacji konstytucyjności przepisu w procesie stosowania prawa. Analiza najistotniejszej praktycznie kwestii przełamania domniemanie konstytucyjności wymaga dostrzeżenia poczynionych wcześniej ustaleń: (1) domniemanie konstytucyjności podlega wzruszeniu, (2) wzruszenie domniemanie konstytucyjności zasadniczo następuje przez derogację normy orzeczeniem TK, lecz nie wyłączenie, (3) przełamanie domniemanie konstytucyjności istotne jest dla sądów, które z mocy art. 8 Konstytucji są zobowiązane do bezpośredniego stosowania Konstytucji. Z uwagi na brak kompetencji derogacyjnej oraz brak kompetencji do dokonywania abstrakcyjnej kontroli zgodności z Konstytucją aktów normatywnych przez sądy powszechne i sądy administracyjne, w tym także SN oraz NSA, potrzebne jest wskazanie,

⁸² Zob. szerzej M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*.

⁸³ P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemanie konstytucyjności”*, s. 70.

⁸⁴ Tamże.

⁸⁵ Akceptując twierdzenie, że domniemanie konstytucyjności odgrywa rolę w zakresie modyfikacji reguły *lex superior derogat legi inferiori*, zarazem zakładamy, że zasadniczo domniemanie konstytucyjności opiera się na treści art. 188 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym stwierdzenie niezgodności ustawy z Konstytucją w znaczeniu generalnym-abstrakcyjnym i ze skutkiem powszechnie obowiązującym wymaga szczególnej kompetencji i możliwe jest jedynie na mocy wyroku TK. Zarazem wskazujemy, że w sferze wykorzystywanej w procesie wykładni operatywnej reguły kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori* domniemanie konstytucyjności jedynie ogranicza, lecz nie wyłącza zastosowania tej reguły. Dla skorzystania przez sąd z reguły *lex superior*, jako podstawy rozstrzygania kolizji w procesie wykładni operatywnej w celu rozstrzygnięcia jednostkowego przypadku, konieczne jest spełnienie dodatkowych przesłanek, wynikających właśnie z zasady domniemanie konstytucyjności.

w jakim trybie i na jakich zasadach sądy władne są przełamać domniemanie konstytucyjności.

C . DOMNIEMANIE KONSTYTUCYJNOŚCI W MODELU ROZPROSZONEJ KONTROLI KONSTYTUCYJNOŚCI⁸⁶

Domniemanie konstytucyjności w zaproponowanym wyżej ujęciu, obejmujące szereg elementów związanych z aspektami ustrojowymi, wykładniczymi i kolizyjnymi, może stanowić przydatne narzędzie nie tylko w modelu wyłącznego uprawnienia TK do badania konstytucyjności, ale także w modelu kontroli rozproszonej. Domniemanie konstytucyjności staje się bowiem kluczem do odpowiedzi na pytanie, według jakiego standardu możliwa jest odmowa zastosowania niezgodnego z Konstytucją przepisu ustawy i bezpośrednie zastosowanie przepisu Konstytucji w indywidualnych postępowaniach. Domniemanie konstytucyjności określa tu bowiem warunki dopuszczalności odmowy zastosowania przez

sąd powszechny lub sąd administracyjny aktu prawnego sprzecznego z Konstytucją, w odniesieniu do którego nie istnieje możliwość przeprowadzenia wykładni skutkującej rekonstrukcją normy nienaruszającej Konstytucji, w oparciu o konstrukcję bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy powszechne i sądy administracyjne. W tym ujęciu badanie konstytucyjności realizowane jest przez sądy w indywidualnych aktach stosowania prawa i w żaden sposób nie narusza wyłącznej derogacyjnej kompetencji TK do przeprowadzania abstrakcyjnej kontroli zgodności norm ustawowych z Konstytucją. Przebiega ono bowiem na innej płaszczyźnie – wynikającego z domniemania konstytucyjności nakazu stosowania norm, które nie zostały formalnie derogowane w sposób prawem przewidziany. Domniemanie konstytucyjności określa więc tu przesłanki odmowy zastosowania obowiązującej normy ustawowej, co do konstytucyjności której istnieją wątpliwości.

Próbując bliżej scharakteryzować przesłanki uzasadniające odmowę zastosowania normy

⁸⁶ Bliżej na temat dopuszczalności zmiany modelu w kierunku takiej kontroli w polskim systemie prawnym oraz możliwej potrzeby dokonania takiej zmiany w następstwie potencjalnego zagrożenia osłabienia możliwości orzeczniczych TK por. M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa*, s. 5–30. Por. również: K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom I*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 65; R. Hauser, J. Trzcziński, *O formach kontroli konstytucyjności prawa przez sądy*, RPEiS 2008, nr 2, s. 9 i n.; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 69–71; M. Kępiński, *O interpretacji art. 417 KC w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r.*, (w:) *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltyskiemu*, Poznań 2005, s. 167–169. Por. również stanowisko orzecznictwa: wyrok SN z 17 marca 2016 r., V CSK 413/15, niepubl.; wyrok SN z 7 kwietnia 1998 r., I PKN 90/98, OSNP 2000, nr 1, poz. 6; wyrok SN z 26 września 2000 r., III CKN 1089/00, OSNC 2001, nr 3, poz. 37; wyrok SN z 29 sierpnia 2001 r., III RN 189/00, OSNAPiUS 2002, nr 6, poz. 130; uchwała NSA (7) z 12 października 1998 r., OPS 1998, nr 5; wyrok NSA z 9 października 1998 r., SA 1246/98, „Glosa” 1999, nr 3, s. 29; wyrok NSA z 14 lutego 2002 r., I SA/Po 461/01, OSP 2003, nr 3, poz. 17; por. również: uzasadnienie uchwały SN z 23 marca 2016 r., III CZP 102/15, niepubl. Stanowisko odmienne wynika z przeważającej opinii doktryny i aktualnej praktyki orzeczniczej: wyrok TK z 10 grudnia 2002 r., P 6/02, OTK ZU 2002, seria A, nr 7 oraz wyroki TK z 31 stycznia 2001 r., P 4/99, OTK 2001, nr 1, poz. 5 i z 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256; postanowienie TK z 22 marca 2000 r., P 12/98, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 67; wyrok TK z 4 października 2000 r., P 8/00, OTK ZU 2000, nr 6, poz. 189; wyrok SN z 24 listopada 2015 r., II CSK 517/14, niepubl. oraz wcześniejsze wyroki SN: z 30 października 2002 r., V CKN 1456/00; z 27 marca 2003 r., V CKN 1811/00; z 6 listopada 2003 r., II CK 184/02; z 16 kwietnia 2004 r., I CK 291/03, OSNC 2005, nr 4, poz. 71; z 24 czerwca 2004 r., III CK 536/02; z 16 kwietnia 2004 r., I CK 291/03, OSN 2005, nr 4, poz. 71 i z 3 grudnia 2008 r., V CSK 310/08; uchwała SN z 18 października 2007 r., III CZP 85/07, OSN 2008, nr 10, poz. 113; postanowienia SN: z 14 czerwca 2000 r., V CKN 1119/00, OSNC 2002, nr 4, poz. 49 i z 18 września 2002 r., III CKN 326/01, niepubl. Tak również: uchwała NSA z 12 czerwca 2002 r., OPS 6/00, ONSA 2001, nr 1, poz. 4. Por. również: S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 3 i n.; P. Tuleja, (w) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Safjan, Warszawa 2016, s. 319–324; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, wyd. 7, s. 22.

przez sąd powszechny lub sąd administracyjny, wskazać należy, że pierwsza z nich wynika z orzecznictwa TK, w którym jednolicie przyjmuje się, że z chwilą publicznego ogłoszenia wyroku TK następuje uchylenie domniemania konstytucyjności kontrolowanego przepisu, co powoduje, że organy stosujące przepisy uznane za niekonstytucyjne powinny uwzględniać fakt, iż chodzi o przepisy pozbawione domniemania konstytucyjności⁸⁷. Oznacza to, że niepublikowane negatywne orzeczenie TK, które uznaje kontrolowany przepis za naruszający Konstytucję (choć jeszcze nie deroguje go z systemu), otwiera drogę sądom powszechnym i administracyjnym do odmowy stosowania tego przepisu w indywidualnych postępowaniach. Z uwagi zaś na konstytucyjną pozycję TK i jego orzeczeń wydaje się, że owo „otwarcie drogi” to nie tylko uprawnienie, lecz również skorelowany z nim obowiązek.

Trudniejsze pytanie dotyczy zagadnienia, w jakich warunkach sąd powszechny lub administracyjny może samodzielnie odmówić zastosowania niekonstytucyjnego przepisu ustawy. Na gruncie polskiego prawa na „oczywistość sprzeczności” jako warunek przełamania domniemania konstytucyjności ustawy i odmowy jej stosowania zwraca uwagę zwłaszcza M. Kępiński⁸⁸. Taki mechanizm przełamania domniemania konstytucyjności – w najogólniejszym ujęciu – przyjmuje się w USA⁸⁹.

Miernik „oczywistości” ma jednak charakter ocenny, co sprawia, że trudno stosować go

w odniesieniu do relacji niezgodności między normą ustawową a konstytucyjną. Trzeba bowiem dostrzec, że mówimy w istocie o normie ustawowej, odnośnie do której podjęte uprzednio zabiegi na gruncie reguł wykładni adaptacyjnej i korygującej, dokonywanej przede wszystkim przy użyciu reguł kolizyjnych w toku egzegezy tekstu prawnego, nie przyniosły oczekiwanego rezultatu, czyli nie doprowadziły do uzgodnienia treści normy ustawowej w sposób dający się pogodzić z normą konstytucyjną. Norma ustawowa – pomimo zabiegów wykładniczych – staje się niezgodna z Konstytucją, ze względu na kolizję kompetencji prawodawczej z normą, która powstała z uczynienia użytku z tej kompetencji, przez wzgląd na niezgodność prakseologiczną⁹⁰, na niedającą się usunąć niezgodność formalną, lub też ze względu na niezgodność proceduralną⁹¹. W takiej sytuacji dostrzeżenie sprzeczności poprzedzone jest dość skomplikowanymi zabiegami o charakterze interpretacyjnym, dopiero więc na tym etapie można mówić o „oczywistej sprzeczności”. Nie jest to zatem oczywistość z punktu widzenia postronnego obserwatora, lecz z perspektywy stosującego prawo i dokonującego egzegezy aktu prawnego sędziego sądu powszechnego lub administracyjnego. Ten zaś powinien podjąć decyzję, mając na względzie przewidzianą w art. 193 Konstytucji zasadę, zgodnie z którą sąd „może” przedstawić TK pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Kon-

⁸⁷ K 8/07, OTK ZU 2007, nr 3/A.

⁸⁸ M. Kępiński, *O interpretacji art. 417 KC*, s. 167.

⁸⁹ Sądy stanowe, jak również Sąd Najwyższy, konsekwentnie wskazywały, że stwierdzenie nieważności jest dopuszczalne jako ostateczność, gdy w toku postępowania sądowego zostanie ustalone, że ustawa w sposób oczywisty [Kemper v. Hawkins, 3 Va. (1 Va. cases) 20 (1793), Grimball v. Ross, Charlton 175 (Ga. 1808), Hylton v. US, 3 US (3 Dall.) 171 (1796)], wyraźny [Adm’rs of Byrne v. Adm’rs of Stuart, 3 Des. 466 (1812)], jasny i jednoznaczny [Cooper v. Telefair 4 US 14 (1800)] narusza Konstytucję, gdy sprzeczność będzie dostrzegana przez każdego rozsądnego człowieka (Adm’rs of Byrne v. Adm’rs of Stuart), gdy usunięcie sprzeczności w drodze wykładni jest możliwe [6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804)]. Tak też: U.S. v. Carolene Products Co. 304 US 144 (1937) oraz w późniejszych orzeczeniach obszernie omawianych: T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw*, s. 17 i n.

⁹⁰ Z powodu niezgodności prakseologicznej TK w wyroku z 9 marca 2016 r., K 47/15, niepubl., zdecydował o odmowie zastosowania norm ustawy nowelizującej ustawę o TK (tzw. „ustawy naprawczej”) i o rozstrzygnięciu sprawy bezpośrednio w oparciu o przepisy Konstytucji.

⁹¹ Por. bliżej odnośnie do tych postaci niezgodności: S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego*, s. 16–27. Zob. też K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce*, s. 71 i n.; K. Wojtyczek, *Ciężar dowodu i argumentacji*, s. 21 i n.

stytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem. Jeśli w przekonaniu stosującego prawo, po dokonaniu nieskutecznych prób na poziomie wykładniczym, norma ustawowa pozostaje oczywiście niezgadnialna z Konstytucją, powinien podjąć decyzję co do kolejnego etapu.

Decyzja ta podjęta musi być z perspektywy stosującego prawo. Oznacza to, że niezgadnialność przepisu ustawy z Konstytucją jest koniecznym, ale niewystarczającym warunkiem odmowy jego zastosowania. Decyzja o odmowie zastosowania przepisu ustawy uwarunkowana jest bowiem wpływem zaistniałej sprzeczności (niezgadnialności) na rozstrzygnięcie konkretnej sprawy, będącej przedmiotem rozpoznania przez sąd. Jeśli konsekwencją zastosowania niezgodnego z Konstytucją przepisu ustawy byłoby wydanie niesprawiedliwego rozstrzygnięcia, to sąd – stosownie do stopnia własnego przekonania i realnych możliwości procesowych (zwłaszcza w zakresie możliwości orzeczniczych TK⁹²) – podejmie decyzję o: (1) wystąpieniu do TK z pytaniem prawnym co do zgodności przepisu ustawy z Konstytucją, lub (2) o odmowie zastosowania niezgodnego z Konstytucją przepisu ustawy i rozstrzygnięciu sprawy w oparciu o bezpośrednie zastosowanie przepisów Konstytucji⁹³. Wydaje się, że decyzja sądu zależeć powinna od przekonania składu orzekającego co do: (1) sprzeczności normy ustawowej z normą konstytucyjną, (2) wpływu owej sprzeczności na kształt rozstrzygnięcia w indywidualnym akcie stosowania prawa. Silne przekonanie sądu, że w następstwie zastosowania sprzecznej z Konstytucją normy ustawowej wyda on orzeczenie niesprawiedliwe i naruszające konstytucyjne gwarancje (w stopniu dla tego sądu

zbliżonym do oczywistego), pozwala temu sądowi na odmowę zastosowania tej normy ustawowej i rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast w sytuacji braku tak głębokiego przekonania sąd powinien wystąpić do TK z pytaniem prawnym w celu wyjaśnienia potencjalnej sprzeczności (chyba że TK byłby z przyczyn prawnych lub faktycznych niezdolny do rozstrzygnięcia problemu sprzeczności w rozsądnym czasie). Trzeba zaznaczyć, że ewentualne błędy sądów na gruncie bezpośredniego stosowania przepisów Konstytucji podlegałyby mechanizmowi korygującemu w toku kontroli instancyjnej, a ostatecznie zapewniającemu jednolitość stosowania prawa przez sądy i gwarantującemu ostateczne rozstrzygnięcie o odmowie stosowania ustaw sprzecznych z Konstytucją przez SN i NSA, z uwzględnieniem wszystkich orzeczeń TK (również tych, co do których nastąpiła niezasadna odmowa promulgacji).

W ujęciu wynikającym z przedstawionych wyżej rozważań domniemanie konstytucyjności ma charakter systemowej dyrektywy interpretacyjnej, nakazującej traktowanie obowiązującej ustawy jako zgodnej z Konstytucją, nawet jeżeli na gruncie wypowiedzi doktryny i orzecznictwa budzi ona zastrzeżenia. Przełamanie (wzruszenie) domniemanie możliwe jest w trakcie kontroli konstytucyjności w toku: 1) kontroli abstrakcyjnej dokonywanej przez TK, w chwili rozstrzygnięcia o niekonstytucyjności przepisu ustawy (już od chwili ogłoszenia orzeczenia), 2) stosowania prawa w indywidualnej sprawie przez sąd powszechny lub administracyjny, który może odmówić zastosowania niezgodnego z Konstytucją przepisu ustawy i rozstrzygnąć sprawę, bezpośrednio stosując przepis Konstytucji, gdyby: (a) stosując sprzeczną z Konstytucją ustawę, (b) sąd musiał wydać orzeczenie niesprawiedliwe i naruszające kon-

⁹² Ten aspekt należy oceniać z uwzględnieniem zasady tzw. zupełności decyzyjnej systemu prawa, zgodnie z którą każda sprawa przedłożona w sposób należyty właściwemu organowi powinna zostać rozstrzygnięta przez organ stosujący prawo. Z tą zasadą skorelowane jest istnienie zestawu domniemań (prawnych, faktycznych i interpretacyjnych) oraz zasad rozkładu ciężaru dowodu, ciężaru dowodzenia oraz ciężaru argumentacji. Ich brak w systemie uniemożliwiłby bowiem rozstrzygnięcie sprawy. Zob. w tej kwestii m.in. T. Gizbert-Studnicki, *Rozkład ciężaru argumentacji*, s. 65 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

⁹³ Blżej na ten temat por. M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa*, s. 21–30.

stytucyjne gwarancje. Każdy z tych przypadków prowadzi do przełamania domniemania konstytucyjności ustawy, a nie wywołuje jednocześnie skutku derogacyjnego w postaci wyeliminowania niezgodnych z Konstytucją przepisów ustawy z systemu prawnego. Tak

pojmowane domniemanie konstytucyjności – w przeciwieństwie do traktowania domniemania jako synonimu mocy obowiązującej do czasu derogacji – jest instytucją użyteczną, wręcz nieodzowną w systemie sądowej kontroli zgodności prawa z Konstytucją.

Summary

Maciej Gutowski, Piotr Kardas

PRESUMPTION OF CONSTITUTIONALITY VS. COMPETENCE OF COURTS

The study contains analysis of the term “presumption of constitutionality” and an attempt of determining its functions and importance in the process of control of constitutionality of laws and in the process of applying laws. The authors present some remarks concerning the genesis of this term, its relationship with different models of control of constitutionality of laws. The text also contains reconstructive analysis of the ways how the term “presumption of constitutionality” is understood in the case-law of the Constitutional Tribunal, the constitutional law doctrine and the literature in the field of the theory of law. Furthermore, the authors present a proposition of a new interpretation of the contents, the functions and the role of presumption of constitutionality in the process of examining constitutionality in the Constitutional Tribunal and in the process of applying laws by courts of general jurisdiction and administrative courts.

KEY WORDS: Constitution, act, presumption of constitutionality, presumption of: fact, law, interpretation, system founding rules, separation of powers, legislator’s autonomy, act features, supremacy of Constitution, direct application of Constitution, pro-constitutional interpretation, conflict-of-law rules, burden of proof, burden of argument, court control of constitutionality of laws

POJĘCIA KLUCZOWE: Konstytucja, ustawa, domniemanie konstytucyjności, domniemania: faktyczne, prawne, interpretacyjne, zasady ustrojowe, trójpodział władzy, autonomia ustawodawcy, cechy ustawy, nadrzędność Konstytucji, bezpośrednie stosowanie Konstytucji, wykładnia prokonstytucyjna, reguły kolizyjne, ciężar dowodu, ciężar argumentacji, sądowa kontrola konstytucyjności prawa

MANIPULACJA PRAWEM EUROPEJSKIM – SPRZECZNY Z PRAWEM UE MONOPOL SPALARNI ODPADÓW NIEBEZPIECZNYCH

I. OBNIŻENIE STANDARDÓW BEZPIECZEŃSTWA W POLSKIEJ USTAWIE

Polska ustawa o odpadach¹ (dalej: Ustawa), która implementuje m.in. dyrektywę w sprawie odpadów oraz uchyla niektóre dyrektywy² (dalej: dyrektywa o odpadach), przewiduje, że odpady medyczne i odpady weterynaryjne mogą być unieszkodliwiane wyłącznie w spalarniach odpadów niebezpiecznych (zob. art. 95 ust. 2 Ustawy). Regulacja ta ustanawia więc zakaz unieszkodliwiania tego rodzaju odpadów metodami alternatywnymi, tj. *de facto* ustanawia monopol spalarni odpadów niebezpiecznych.

Monopol jednej metody unieszkodliwiania odpadów stoi w rażącej sprzeczności z dyrektywą o odpadach, która miała być implementowana do systemów prawnych państw członkowskich UE w terminie do 14 grudnia 2008 r. Polska zrobiła to z kilkuletnim opóźnieniem i w sposób wadliwy. Dyrektywa nie upoważnia państw członkowskich do wprowadzania do krajowych systemów prawnych zakazu unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych metodami alternatywnymi wobec spalania w spalarniach. Wręcz przeciwnie, definicja unieszkodliwiania odpadów zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 19 dyrektywy o odpadach odsyła do załącznika określającego niewyczerpujący wykaz procesów unieszkodliwiania odpadów, który odnosi się do wszelkiego rodzaju odpadów i nie ogranicza metod alternatywnych, a wręcz je promuje. Nie ma więc wątpliwości, że dyrektywa o odpadach dopuszcza stosowanie

alternatywnych procesów unieszkodliwiania odpadów, nie wyłączając odpadów niebezpiecznych.

Zakaz stosowania metod alternatywnych wobec spalania w spalarniach odpadów niebezpiecznych, określony w art. 95 ust. 2 Ustawy, jest nie do pogodzenia z precyzyjną normą dyrektywy o odpadach, a więc nie powinien być stosowany przez organy państwa członkowskiego. Warto dodać, że wyłącznie Komisja, a nie państwo członkowskie, może zmienić załączniki do dyrektywy o odpadach, w tym załącznik określający procesy unieszkodliwiania odpadów, w celu dostosowania tych załączników do postępu naukowego i technicznego (zob. art. 38 ust. 2 dyrektywy o odpadach). Państwo członkowskie nie może zakazywać stosowania metod przewidzianych w ramach procesu unieszkodliwiania odpadów przyjętego przez Komisję.

Ustawa zawiera definicję unieszkodliwiania odpadów, która zasadniczo różni się od definicji przyjętej w dyrektywie o odpadach: nie odsyła do załącznika zawierającego wykaz procesów unieszkodliwiania. Poza tym, skądinąd najważniejszym, elementem definicji Ustawa powtarza definicję dyrektywy o odpadach. Wykaz procesów unieszkodliwiania o treści identycznej do wykazu przyjętego w dyrektywie o odpadach stanowi załącznik nr 2 do Ustawy, ale nie jest on ani elementem definicji, ani żadnego innego przepisu generalnie określającego dopuszczalne procesy unieszkodliwiania odpadów. Załącznik nr 2 do Ustawy przytaczany jest w wielu jej przepisach w zupełnie innym kontekście niż w dyrektywie o odpadach (por. art. 2 ust. 2,

¹ Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. z późn. zm. (Dz.U. z 2013 r. poz. 21).

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z 19 listopada 2008 r.

art. 42 ust. 2 pkt 6, art. 43 ust. 2 pkt 2, art. 87 ust. 2, art. 158 ust. 1 pkt 2, art. 214 pkt 23).

Taka implementacja dyrektywy przywoździ na myśl celowe działanie, mające na celu uniknięcie konsekwencji naruszenia prawa unijnego przez zachowanie pozorów polegających na przyjęciu wykazu procesów unieszkodliwiania, będącego wierną kopią załącznika do dyrektywy, któremu nadano zupełnie inne znaczenie przez zmianę kontekstu. Rażącem przykładem takiego nadużycia ze strony ustawodawcy jest wyłączenie w art. 95 ust. 2 Ustawy możliwości wyboru procesu unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych. Podczas gdy dyrektywa daje podmiotom indywidualnym prawo wyboru procesu unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych, warunkując je obowiązkiem zachowania wysokich standardów bezpieczeństwa dla zdrowia ludzkiego i środowiska, **polska ustawa jednoznacznie prawo to wyłącza, co w rezultacie prowadzi do obniżenia standardów bezpieczeństwa.**

II. MONOPOL CZY BEZPIECZEŃSTWO DLA ZDROWIA I ŚRODOWISKA?

Prawodawca unijny promuje odzysk, a nie unieszkodliwianie odpadów. W hierarchii postępowania z odpadami unieszkodliwianie stoi na ostatnim miejscu, a spalanie traktowane jest jako metoda najbardziej uciążliwa dla środowiska. Dyrektywa o odpadach zobowiązuje państwa członkowskie, aby w przypadku, gdy nie zostanie przeprowadzony odzysk, odpady podlegały bezpiecznym dla zdrowia ludzkiego i środowiska procesom unieszkodliwiania (zob. art. 12 dyrektywy o odpadach). Co więcej, państwa członkowskie mają obowiązek stosowania niezbędnych środków w taki sposób, aby gospodarowanie odpadami było prowadzone bez narażenia zdrowia ludzkiego oraz bez szkody dla środowiska (zob. art. 13 dyrektywy o odpadach). Państwo członkowskie, które ustanawia zakaz unieszkodliwiania jakiegokolwiek

rodzaju odpadów metodami alternatywnymi, nie wywiązuje się z tego zobowiązania. Blokują tylko korzystanie z bardziej zaawansowanych technologicznie metod unieszkodliwiania, które w niczym nie ustępują spalarniom pod względem skutecznej eliminacji właściwości zakaźnych odpadów, a jednocześnie nie powodują szkodliwego oddziaływania na środowisko, co czyni je bezpieczniejszymi dla zdrowia ludzkiego niż spalanie w spalarniach odpadów niebezpiecznych. **Zakaz ten jest więc przeciwieństwem środka, który winien być przyjęty przez państwo członkowskie w celu ochrony życia ludzkiego i środowiska.**

Państwo członkowskie nie jest uprawnione do ustanawiania monopolu określonej metody unieszkodliwiania odpadów również dlatego, że klóciłoby się to z jego obowiązkiem sprawowania kontroli nad gospodarką odpadami za pomocą zezwoleń na przetwarzanie odpadów wydawanych przedsiębiorcom przez właściwe organy (zob. art. 23 dyrektywy o odpadach). Zgodnie z dyrektywą o odpadach właściwy organ jest uprawniony i zobowiązany do badania, czy wybrana przez przedsiębiorcę metoda przetwarzania danego rodzaju odpadów jest bezpieczna dla zdrowia ludzkiego i środowiska. Organ odmawia zezwolenia, jeżeli uzna, że dana metoda przetwarzania odpadów nie spełnia standardów bezpieczeństwa. Ustanowienie monopolu jednej metody, choćby tylko dla niektórych rodzajów odpadów, sprowadza rolę właściwego organu do weryfikacji, czy dana metoda nie narusza monopolu, a nie czy spełnia wymogi bezpieczeństwa dla zdrowia ludzkiego i środowiska, co stoi w rażącej sprzeczności z przepisami dyrektywy o odpadach.

III. ZASADA PIERWSZEŃSTWA ORAZ WYNIKAJĄCA Z NIEJ ZASADA SKUTECZNEGO WYKONYWANIA PRAWA UNIJNEGO PRZEZ PAŃSTWA CZŁONKOWSKIE

Ustawodawca miał pełną świadomość, że zakaz stosowania alternatywnych metod unieszkodliwiania zakaźnych odpadów me-

dycznych i weterynaryjnych jest sprzeczny z prawem unijnym i interesem publicznym. Przyjęty przez Radę Ministrów projekt ustawy o odpadach nie zawierał takiego zakazu. Z uzasadnienia wynika, że nowa ustawa miała zrównać metodę termicznego przekształcania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych (spalanie w spalarni odpadów niebezpiecznych) z metodami alternatywnymi. W uzasadnieniu projektu ustawy na stronie 57. projektodawca wyjaśnił:

„W odróżnieniu od obecnego stanu prawnego, przepisy projektowanej ustawy zakładają możliwość funkcjonowania różnych technologii do unieszkodliwiania odpadów medycznych. Zaproponowane przepisy mają na celu pełne zrównanie metod termicznego przekształcania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych oraz tzw. «metod alternatywnych», co do wymagań w zakresie ochrony środowiska (...)»³.

Wobec sprzeczności przepisu art. 95 ust. 2 Ustawy z przepisami art. 3 ust. 1 pkt 19 oraz art. 12, 13 i 23 dyrektywy o odpadach organy stosujące prawo, tj. organy administracji państwowej oraz sądy, mają obowiązek odmowy stosowania wadliwego przepisu ustawy o odpadach. Wynika to z zasad sformułowanych przez Trybunał Sprawiedliwości (dalej: TS) już na początku lat sześćdziesiątych i konsekwentnie rozwijanych do dnia dzisiejszego. Chodzi mianowicie o zasadę pierwszeństwa oraz wynikającą z niej zasadę skutecznego wykonywania prawa unijnego przez państwa członkowskie. Zasada skuteczności wynika wprost z art. 4 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Bezpośrednia skuteczność norm prawa unijnego odzwierciedla praktyczny wymiar tych

zasad. W sprawie *van Gend & Loos* TS tak scharakteryzował zasadę bezpośredniej skuteczności: „(...) czujność zainteresowanych jednostek w celu ochrony ich praw tworzy dodatkową efektywną kontrolę w stosunku do kontroli sprawowanej przez Komisję i państwa członkowskie”⁴. Bezpośrednia skuteczność odnosi się także do norm zawartych w dyrektywach, które nie zostały w terminie, prawidłowo implementowane do krajowego porządku prawnego. Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił w swoim bogatym orzecznictwie, jakie warunki muszą być spełnione, by jednostka mogła się powoływać na przepisy dyrektywy w postępowaniach przed organami administracji i sądami. W sprawie *Fratelli* (pkt 29 i 30 uzasadnienia) Trybunał wyjaśnił, że osoby prywatne mogą się powoływać na przepisy dyrektywy w postępowaniach przed właściwymi organami lub sądami, jeżeli postanowienia dyrektywy są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne. Trybunał podkreślił, że skutkiem bezpośredniego stosowania dyrektyw powinno być ujednolicenie stosowania prawa unijnego we wszystkich państwach członkowskich⁵. W sprawie *CIA Security International SA* (pkt 42 uzasadnienia) Trybunał przypomniał, powołując się na wcześniejsze swoje orzecznictwo, że „(...) zawsze, gdy przepisy dyrektywy z punktu widzenia ich treści wydają się bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne można się na nie powoływać wobec wszelkich przepisów prawa krajowego niezgodnych z dyrektywą”⁶. Kwestia bezpośredniej skuteczności dyrektyw pojawia się w wyrokach TS od kilkudziesięciu lat, przy czym przytoczone poglądy Trybunału pozostają niezmiennie⁷. Odmowa stosowania przepisów prawa krajowego naruszających prawo unijne jest środkiem ochrony prawnej o charakterze ogólnym przyjętym w utrwalo-

³ Projekt ustawy o odpadach z 2012 r. – druk sejmowy nr 456.

⁴ 26/62 – wyrok z 5 lutego 1963 r., *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*.

⁵ 03/88 – wyrok z 22 czerwca 1989 r., *Fratelli Constanzo SpA v. Comune di Milano*.

⁶ C-194/94 – wyrok z 30 kwietnia 1996 r., *CIA Security International*.

⁷ Por.: C-41/74 *Van Duyn*; 148/78 *Ratti*; 8/81 *Becker*; 152/84 *Marshall*; C-6/90 i C-9/90 *Francoville i inni*; C-71/92 *Komisja v. Hiszpania*; C-236/92 *Comitatodi Coordinamento per Difesa Della Cava v. Regione Lombardia*.

nym orzecznictwie TS⁸. W sprawie *Simmenthal* Trybunał podkreślił, że „każdy przepis prawa krajowego i każda praktyka legislacyjna, administracyjna lub sądowa, która mogłaby osłabić efektywność prawa wspólnotowego poprzez odebranie sądowi krajowemu u rozpatrującemu sprawę, w której stosowane ma być prawo wspólnotowe, władzy do podjęcia wszelkich działań koniecznych do wykluczenia stosowania krajowych przepisów, które mogłyby pozbawić, nawet czasowo, pełnej mocy i skuteczności przepisów prawa wspólnotowego, jest niezgodna z wymogami wynikającymi z samej natury prawa wspólnotowego”.

IV. CO MOŻE POLSKI PRZEDSIĘBIORCA?

Przepisy dyrektywy o odpadach jednoznacznie i bezwarunkowo dopuszczają alternatywne procesy przetwarzania odpadów, a w konsekwencji nie upoważniają państw członkowskich do ustanawiania monopolu określonej metody unieszkodliwiania odpadów, niezależnie od tego, czy są to odpady komunalne, czy zakaźne. Polski przedsiębiorca może się więc na nie powoływać wobec organów administracji lub wobec sądów, np. w postępowaniu o udzielenie zezwolenia na unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych inną metodą niż w spalarni odpadów niebezpiecznych. Rozstrzygając w takich sprawach, właściwe organy nie powinny stosować przepisu art. 95 ust. 2 Ustawy, co umożliwia wydanie decyzji zezwalającej na unieszkodliwianie tego rodzaju odpadów metodami alternatywnymi. Niestety, w praktyce nie doszło dotychczas do odmowy stosowania sprzecznego z dyrektywą o odpadach przepisu Ustawy, co oznacza, że zakaźne odpady medyczne i we-

terynaryjne spalane są w spalarniach odpadów niebezpiecznych ze szkodą dla środowiska.

Co więcej, zaniechano notyfikacji art. 95 ust. 2 Ustawy, przewidzianej dyrektywą 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., ustalającą procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących społeczeństwa informatycznego (dalej: dyrektywa notyfikacyjna).

Niedopełnienie obowiązku notyfikacyjnego sprawia, że przedsiębiorca może powoływać się wobec organów państwa na nieskuteczność art. 95 ust. 2 Ustawy. Kwestia bezpośredniej skuteczności dyrektywy notyfikacyjnej została wyczerpująco wyjaśniona w orzecznictwie TS⁹. W sprawie *CIA Security International* w pkt 54 TS przesądził, że naruszenie obowiązku notyfikacji powoduje bezskuteczność przepisów technicznych, co oznacza, że nie można się na nie powoływać wobec jednostek. Zgodnie z wyrokiem TS w sprawie *Lidl Italia Srl* do sądu krajowego należy odmowa zastosowania przepisu prawa krajowego stanowiącego przepis techniczny, jeżeli nie został on notyfikowany Komisji przed jego przyjęciem. W sprawie *Shwibbert*, pkt 44, Trybunał wyjaśnił, że „naruszenie obowiązku notyfikacji stanowi uchybienie proceduralne przy przyjmowaniu danych przepisów technicznych i powoduje nieskuteczność tych przepisów technicznych, tak że nie można się na nie powoływać wobec jednostek (zob. w szczególności ww. wyroki w sprawie *CIA Security International*, pkt 54 i *Lemmens*, pkt 33). Jednostki mogą powoływać się na tę nieskuteczność przed sądem krajowym, na którym ciąży obowiązek odmowy zastosowania przepisu technicznego, który nie został notyfikowany zgodnie z dyrektywą 98/34 (zob. w szczególności ww. wyroki w sprawie

⁸ 106/77 *Simmenthal*; 103/88 *Fratelli Constanzo*; C-213/89 *Factortame*; C-224/97 *Ciola*; C-118/00 *Larsy*; C-198/01 *CIF*; C-41/08 *Petersen*; C-314/08 *Filipiak*.

⁹ Por. C-194/94 *CIA Security International SA*; C-303/04 *Lidl Italia Srl*; C-226/97 *Lemmens*; 159/00 *Sapod Audic*; C-20/05 *Schwibbert*; C-267/07 *Lindberg*.

CIA Security International, pkt 55 i Sapod Audic, pkt 50)".

Warto zwrócić uwagę, że rządowy projekt ustawy był notyfikowany w zakresie zakazu unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych we współspalarniach. Projekt ten nie zawierał wówczas zakazu unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych metodami alternatywnymi. Zmieniony tekst ustawy o odpadach zawierający przepis art. 95 ust. 2 – monopol spalarni odpadów niebezpiecznych, nie był notyfikowany, co narusza dyrektywę notyfikacyjną oraz przepisy prawa polskiego wdrażające tę dyrektywę.

Na marginesie warto zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) w wyroku z 11 marca 2014 r.¹⁰ orzekł, że brak notyfikacji przepisu technicznego nie jest podstawą do stwierdzenia niekonstytucyjności tego przepisu. Orzeczenie o zgodności przepisów prawa krajowego z Konstytucją nie przesądza jednak o zgodności tych przepisów z prawem unijnym oraz następstw uznania tych przepisów za niezgodne z bezpośrednio skutecznym prawem unijnym, tj. z dyrektywą notyfikacyjną. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TK zagadnienie zgodności prawa krajowego z prawem unijnym sytuuje się w sferze stosowania, a nie obowiązywania prawa. Sądy krajowe mają prawo i obowiązek odmowy zastosowania normy krajowej, jeżeli koliduje ona z normami prawa unijnego. Pierwszeństwo prawa unijnego nad prawem krajowym w świetle art. 91 ust. 3 Konstytucji jest pierwszeństwem stosowania prawa. Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że problem rozwiązywania kolizji prawa unijnego z prawem krajowym pozostaje w zasadzie poza jego zainteresowaniem, dotyczy bowiem wyłącznie sfery stosowania prawa, tj. powinien być rozwiązywany przez sądy orzekające w danej sprawie. W razie

wątpliwości co do wykładni prawa unijnego lub ważności wtórnych aktów prawa unijnego konieczne jest zwrócenie się przez sąd do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym¹¹.

W praktyce właściwe organy, a nawet sądy, stosują przepis art. 95 ust. 2 Ustawy bądź to odmawiając przedsiębiorcom zezwolenia na ekologiczne unieszkodliwianie odpadów zakaźnych, bądź to karząc ich za stosowanie alternatywnych metod unieszkodliwiania odpadów zakaźnych na podstawie zezwoleń uzyskanych przed wprowadzeniem monopolu spalarni odpadów niebezpiecznych. Kwestie te będą prawdopodobnie przedmiotem dalszego zainteresowania sądów administracyjnych, które będą mogły wnosić do TS stosowne pytania prejudycjalne co do wykładni dyrektywy o odpadach. Warto dodać, że sąd, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu, ma obowiązek wnieść do TS pytanie dotyczące wykładni prawa unijnego. Dotyczy to w szczególności Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz Sądu Najwyższego. Wbrew poglądom reprezentowanym w niektórych orzeczeniach NSA i SN, sądy te nie mogą w sposób dowolny oceniać, czy niezbędna jest wykładnia przepisów prawa unijnego w danej sprawie. Trybunał Sprawiedliwości jednoznacznie wypowiedział się co do obowiązku przedkładania mu pytań prejudycjalnych m.in. w sprawie *CILFIT*, gdzie wyjaśnił, że oczywistość prawa unijnego winna być oceniana z uwzględnieniem opinii w tym zakresie sądów innych państw członkowskich i TS. Prawdłowa wykładnia przepisu prawa unijnego wymaga porównania poszczególnych wersji językowych oraz uwzględnienia faktu, że pojęcia prawne nie mają zawsze tej samej treści w prawie unijnym i poszczególnych systemach prawa krajowego. Nadto każdy przepis prawa unijnego powinien być ujmowany w swoim kontekście i interpretowany w świetle wszystkich przepisów tego prawa,

¹⁰ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 marca 2014 r., P 4/14.

¹¹ Por. TK: P 37/05, SK 45/09.

jego celów i stanu rozwoju w czasie, gdy dany przepis ma zostać stosowany. W tym kontekście wystąpienie z pytaniem prejudycjalnym nie jest celowe wyłącznie wówczas, gdy dany przepis prawa unijnego stanowił już przedmiot wykładni TS lub gdy prawidłowe stosowanie prawa unijnego jest tak oczywiste, że nie pozostawia ono miejsca na jakiegokolwiek racjonalne wątpliwości.

Naruszenie prawa unijnego może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa członkowskiego w wypadku wy-

stąpienia przez zainteresowany podmiot do sądów krajowych z roszczeniem odszkodowawczym lub wniesienia sprawy do TS przez Komisję Europejską.

Zakaz unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych metodami alternatywnymi nie tylko jest rażąco sprzeczny z prawem Unii Europejskiej, ale przede wszystkim uniemożliwia korzystanie z zaawansowanych metod proekologicznych, dzięki którym można skuteczniej chronić ludzkie zdrowie i środowisko naturalne.

Summary

Joanna Karniol

EUROPEAN LAW MANIPULATION – HAZARDOUS WASTE INCINERATION PLANTS MONOPOLY CONTRARY TO THE EU LAW

The publication concerns infringement of European law by a Polish legislator in respect to the waste regulation. Art. 95 s. 2 of Act on Waste of 14.12.2012 providing for hazardous waste incineration plants monopoly as a method for disposal of infectious medical and veterinary waste and constitutes incorrect implementation of Directive of the European Parliament and of the Council of 19.11.2008. Moreover, this provision of law has not been notified to the European Commission in accordance with Directive of the European Parliament and of the Council of 22.06.1998 in spite of its technical character.

KEY WORDS: European law, European law primacy, direct effect of the directive, directive on waste, Act on Waste, hazardous waste, medical and veterinary waste, hazardous waste incineration plants, environment, environment protection

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo europejskie, pierwszeństwo prawa europejskiego, bezpośrednia skuteczność dyrektywy, dyrektywa o odpadach, ustawa o odpadach, odpady niebezpieczne, odpady medyczne i weterynaryjne, spalarnie odpadów niebezpiecznych, środowisko, ochrona środowiska

ZAKRES ZWIĄZANIA SĄDU ŻĄDANIEM WNIOSKU O UBEZWŁASNOWIENIE

I. Zgodnie z art. 557 k.p.c. w postanowieniu o ubezwłasnowolnieniu, oprócz zamieszczenia informacji wymienionych w art. 325 k.p.c., sąd orzeka, czy ubezwłasnowolnienie jest całkowite, czy też częściowe i z jakiego powodu zostaje orzeczone. To lapidarne stwierdzenie ustawodawcy wywołuje szereg problemów dotyczących zarówno zakresu informacji zawartych w orzeczeniu, jak i zakresu związania sądu żądaniem wniosku. Niniejszy artykuł jest próbą odpowiedzi na pytania dotyczące związania sądu zarówno podstawą faktyczną wskazaną we wniosku, jak i możliwością orzeczenia ubezwłasnowolnienia całkowitego w przypadku żądania ubezwłasnowolnienia częściowego oraz orzeczenia ubezwłasnowolnienia częściowego w przypadku wniosku o ubezwłasnowolnienie całkowite. Rozważania w tych kwestiach zostaną oparte zarówno na orzecznictwie, jak i dotychczasowym dorobku doktryny. Punkt wyjścia do szczegółowych ustaleń stanowią będą ogólne regulacje dotyczące związania sądu żądaniem wniosku w postępowaniu nieprocesowym.

II. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 13 § 2 k.p.c. „przepisy o procesie stosuje się odpowiednio do innych rodzajów postępowań unormowanych w niniejszym kodeksie, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej”. Regulacja ta wprowadza więc do postępowania nieprocesowego, wyrażoną w art. 321 § 1 k.p.c., zasadę nieorzekania co do przedmiotu nieobjętego żądaniem ani ponad żądanie zgłoszone w piśmie inicjującym postępowanie. Jak zauważył Sąd

Najwyższy w postanowieniu z 7 października 2005 r., „wynikająca z art. 321 § 1 k.p.c. zasada rządząca rozstrzyganiem spraw w procesie cywilnym, według której zakres wyrokowania jest określony żądaniem powoda, ma – zgodnie z art. 13 § 2 k.p.c. – odpowiednie zastosowanie także w postępowaniu nieprocesowym. Z tej przyczyny w postępowaniu tym sąd jest – co do zasady – związany żądaniem wniosku”¹.

W nauce rozróżnia się zakres związania sądu żądaniem wniosku w zależności od tego, komu przysługuje inicjatywa wszczęcia postępowania. Jak zauważa A. Bartoszewicz, w postępowaniach, które sąd może wszcząć z urzędu, nie jest on związany żądaniem wniosku, jeśli takowy zostanie złożony. Inaczej jest natomiast w postępowaniach inicjowanych na wniosek – w nich obowiązuje zasada dyspozycyjności i wynikające z niej ograniczenia wskazane w art. 321 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Wynika to z przyjęcia założenia, że to wnioskodawca określa granice orzekania poprzez zakres poszukiwanej ochrony².

Uzupełnieniem tych wstępnych rozważań jest zwrócenie uwagi na nakaz stosowania przepisów o procesie w innych rodzajach postępowań unormowanych w Kodeksie postępowania cywilnego odpowiednio, a więc z uwzględnieniem odrębności zarówno postępowania niespornego w ogólności, jak i poszczególnych rodzajów postępowań.

III. Odnosząc się do kwestii związania sądu zakresem ubezwłasnowolnienia wska-

¹ Postanowienie SN z 7 października 2005 r., IV CK 133/05, LEX nr 399747. Podobnie w orzecznictwie sądów powszechnych – zob. postanowienie Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 23 grudnia 2013 r., III Ca 801/13, postanowienie Sądu Okręgowego w Świdnicy z 27 czerwca 2013 r., II Ca 344/13 – portal orzeczeń sądów powszechnych.

² A. Bartoszewicz, *Postępowanie o uznaniu za zmarłego i stwierdzenie zgonu*, Oficyna 2007, Lex.

zanim we wniosku, można wyróżnić trzy stanowiska.

Pierwsze z nich reprezentowane jest przez K. Korzana i K. Lubińskiego, zdaniem których sąd, na podstawie art. 321 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., jest związany treścią wniosku i w związku z tym nie może orzec ubezwłasnowolnienia całkowitego w przypadku, gdy wnioskodawca domaga się ubezwłasnowolnienia częściowego, chyba że żądanie wniosku zostanie rozszerzone przez którąś z osób legitymowanych do jego złożenia. Autorzy ci uważają jednak za dopuszczalne orzeczenie ubezwłasnowolnienia częściowego w przypadku, gdy we wniosku żądano ubezwłasnowolnienia całkowitego, jako częściowego uwzględnienia żądania wniosku i oddalenia go w pozostałym zakresie³.

Stanowisko to zostało szerzej omówione przez K. Lubińskiego, który opowiadając się za stosowaniem w postępowaniu o ubezwłasnowolnienie art. 321 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., powołuje się na argumenty czysto jurydyczne. Podaje on bowiem, że odstępstwa od reguły wyrażonej w tym przepisie zostały wyrażone *expressis verbis* w ustawie i nie ma wśród nich spraw o ubezwłasnowolnienie. Zdaniem K. Lubińskiego orzeczenie ubezwłasnowolnienia całkowitego w przypadku wniosku o ubezwłasnowolnienie częściowe, który nie został rozszerzony przez legitymowane do tego podmioty, byłoby bezprawne, polskie ustawodawstwo nie przewiduje bowiem ubezwłasnowolnienia z urzędu, którego przejawem byłoby takie orzeczenie sądu. K. Lubiński dostrzega co prawda, że interes osoby, której wniosek dotyczy, ma priorytetowy charakter i mógłby on przemawiać za rozwiązaniem dającym sądowi możliwość

orzeczenia ubezwłasnowolnienia bez względu na zakres żądany we wniosku, to jednak jego zdaniem byłoby to sprzeczne z prawem. Autor proponuje usuwanie tego mankamentu ustawy w drodze pouczenia osób legitymowanych do złożenia wniosku przez sąd w trybie art. 5 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., co jednak byłoby ograniczone do osób występujących bez zawodowego pełnomocnika⁴.

Za tym stanowiskiem opowiadają się także A. Górski⁵ i L. Ludwiczak⁶, upatrując zasadności takiego rozwiązania, podobnie jak K. Korzan i K. Lubiński, w argumentach jurydycznych. Autorzy ci powołują się na związanie sądu żądaniem wniosku wyrażonym w art. 321 k.p.c. jako jedną z zasad konstrukcyjnych obowiązującej procedury cywilnej. Pogląd ten został podzielony ostatnio również przez K. Markiewicza, który zwrócił uwagę, że w przepisach regulujących postępowanie o ubezwłasnowolnienie brak jest normy pozwalającej na odstępianie od stosowania art. 321 § 1 k.p.c. Jednocześnie autor wskazał, że nie może być za taką normę uznany przepis art. 557 k.p.c. Doprowadziło to K. Markiewicza do konkluzji, że w sytuacji, gdy wniosek zawierał żądanie ubezwłasnowolnienia częściowego, odstępianie od stosowania art. 321 § 1 k.p.c. „i tym samym wyklądania co do możliwości orzekania całkowitego ubezwłasnowolnienia wydaje się być *contra legem*”⁷. Swoją argumentację K. Markiewicz oparł na założeniu, że kompetencja orzekania sądu ograniczona jest przez żądanie najdalej idące, jakim jest wniosek o ubezwłasnowolnienie całkowite. Tym samym orzeczenie ubezwłasnowolnienia częściowego nie stanowi orzeczenia o czymś innym, ale uwzględnienie żądania w stopniu mniejszym

³ K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa: C. H. Beck 2004, s. 367 i n.; K. Lubiński, *Postępowanie o ubezwłasnowolnienie*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1979, s. 170–173.

⁴ K. Lubiński, *Postępowanie o ubezwłasnowolnienie*, s. 169–173.

⁵ A. Górski, *Komentarz do art. 557 Kodeksu postępowania cywilnego*, (w:) H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Artykuły 506–729*, Lex 2013.

⁶ L. Ludwiczak, *Ubezwłasnowolnienie w polskim systemie prawnym*, Warszawa: LexisNexis 2012, s. 164 i n.

⁷ K. Markiewicz, *Czy sąd jest związany wnioskiem co do zakresu (rodzaju) ubezwłasnowolnienia?*, „Polski Proces Cywilny” 2014, nr 2, s. 267 i n. z powołaniem się na tożsame stanowisko K. Lubińskiego, *Postępowanie o ubezwłasnowolnienie*, s. 170 i K. Korzana, *Postępowanie nieprocesowe*, s. 367–368.

niż wnioskowany, co z kolei stanowi częściowe uwzględnienie wniosku. Natomiast orzeczenie ubezwłasnowolnienia całkowitego w sytuacji, gdy we wniosku żądano ubezwłasnowolnienia częściowego, stanowiłoby przekroczenie kompetencji orzekania sądu, zakreślonej przez żądanie wnioskodawcy i ograniczonej wolą ustawodawcy wyrażoną w art. 321 § 1 k.p.c. Zdaniem K. Markiewicza takie przekroczenie kompetencji w zakresie orzekania byłoby równoznaczne z udzieleniem przez sąd innej ochrony niż żądana przez podmiot wnioskujący, a tym samym ze zmianą przedmiotu sporu⁸.

Zgodnie z innym podejściem do kwestii związania sądu żądaniem wniosku co do zakresu ubezwłasnowolnienia sąd nie jest związany tym żądaniem, a jedynie wskazaną we wniosku podstawą ubezwłasnowolnienia⁹. Przedstawiciele tego poglądu uzasadniają go celem postępowania, którym zawsze jest interes osoby, której wniosek o ubezwłasnowolnienie dotyczy. Nie ma więc przeszkód, aby w przypadku wniosku o ubezwłasnowolnienie całkowite orzec ubezwłasnowolnienie częściowe, jak i na odwrót¹⁰. M. Uliasz podkreśla, że w razie stwierdzenia przez sąd podstaw do orzeczenia ubezwłasnowolnienia całkowitego może on je orzec nawet w przypadku, gdy we wniosku żądano ubezwłasnowolnienia częściowego. Przy czym podstawy te muszą mieć uzasadnienie w okolicznościach faktycznych podnoszonych we wniosku¹¹. Jak zauważa K. Flaga-Gieruszyńska, sąd, biorąc pod uwagę

przesłanki określone w art. 13 i 16 k.c., z urzędu rozstrzyga o zakresie ubezwłasnowolnienia w oparciu o przeprowadzone postępowanie dowodowe¹². Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie także w postanowieniu Sądu Najwyższego z 13 grudnia 1976 r.¹³ W tym samym tonie Sąd Najwyższy wypowiadał się już w okresie międzywojennym, stwierdzając w orzeczeniu z 9 sierpnia 1934 r., że „mimo wniosku o częściowe tylko ubezwłasnowolnienie Sąd może orzec całkowite ubezwłasnowolnienie, jeżeli zachowanie się osoby, mającej być ubezwłasnowolnioną, orzeczenie takie uzasadnia”¹⁴. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił, że w przypadku choroby psychicznej, która stanowiła podstawę wniosku, zakres ubezwłasnowolnienia nie jest zależny od żądania wnioskodawcy¹⁵. Choć pogląd ten został wyrażony w orzeczeniu wydanym w innym stanie prawnym, to jednak należy uznać go za istotny dla omawianego stanowiska, gdyż został potwierdzony przez Sąd Najwyższy w powołanym już orzeczeniu z 13 grudnia 1976 r. na tle aktualnych do dziś przepisów. Stanowisko takie zajmują także E. Marszałkowska-Krześ¹⁶, B. Dobrzański i J. Krajewski¹⁷.

Stanowisko zajęte przez M. Uliasza i K. Flagę-Gieruszyńską w pełni uwzględnia interes osoby, w sprawie której postępowanie się toczy. Pogląd ten znajduje swoje odzwierciedlenie w orzeczeniach Sądu Najwyższego wydanych zarówno na podstawie aktualnych, jak i wcześniejszych przepisów materialnych i proceduralnych dotyczących ubezwłasnowolnienia.

⁸ K. Markiewicz, *Czy sąd jest związany wnioskiem*, s. 263–271.

⁹ M. Malczyk, (w:) A. Góra-Błaszczkowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do artykułów 1–729*, Legalis 2013, uwagi do art. 557.

¹⁰ B. Czech, (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie nieprocesowe, w razie zaginięcia lub zniszczenia akt, zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do artykułów 506–1088. Tom III*, Legalis 2012, uwagi do art. 557.

¹¹ M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis 2008, uwagi do art. 557.

¹² K. Flaga-Gieruszyńska, (w:) A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis 2012, uwagi do art. 557.

¹³ Postanowienie SN z 13 grudnia 1976 r., I CR 441/76, za: *ibidem*.

¹⁴ Orzeczenie SN z 9 sierpnia 1934 r., C. II 1221/34, OSP 1935, poz. 163, t. 14.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie nieprocesowe w sprawach osobowych i rodzinnych*, Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa 2012, s. 119.

¹⁷ B. Czech, (w:) *Kodeks*, uwagi do art. 557.

Podejście takie jest zasadne również w świetle przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którymi przepisy dotyczące procesu stosuje się w postępowaniu niespornym nie wprost, ale odpowiednio, z uwzględnieniem odrębności zarówno postępowania niespornego w ogólności, jak i poszczególnych rodzajów postępowań.

Natomiast najbardziej rygorystyczny pogląd w omawianej kwestii zakłada całkowite związanie sądu żądanym zakresem ubezwłasnowolnienia. Zostało ono wyrażone ostatnio w postanowieniu Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2012 r.¹⁸ W postanowieniu tym Sąd Najwyższy, opierając się zarówno na przesłankach, jak i skutkach obu typów ubezwłasnowolnienia, stwierdził, że są one odrębnymi aktami, tak więc ubezwłasnowolnienie całkowite nie jest „czymś więcej” niż ubezwłasnowolnienie częściowe. Tym samym nie zachodzi między nimi stosunek pozwalający na orzeczenie ubezwłasnowolnienia częściowego w przypadku, gdy we wniosku żądano ubezwłasnowolnienia całkowitego, jako częściowego uwzględnienia wniosku i oddalenia go w pozostałym zakresie. Wniosek o ubezwłasnowolnienie może być bowiem „uzasadniony albo nie uzasadniony; niemożliwe jest jego częściowe uwzględnienie i częściowe oddalenie. To samo dotyczy wniosku o uchylenie ubezwłasnowolnienia; albo wniosek ten jest zasadny, i wtedy zostaje uwzględniony, albo bezzasadny, i wówczas należy go oddalić”. Sąd Najwyższy, powołując się na art. 506 k.p.c., stanowiący odpowiednik procesowej zasady dyspozycyjności w postępowaniu nieprocesowym, stwierdził, że zasadą w nieprocesie jest wszczęcie postępowania na wniosek, a tylko w nielicznych przypadkach ustawodawca *expressis verbis* zezwolił na wszczęcie postępowania także z urzędu¹⁹. Stwierdzenie to oparte zostało na poczynio-

nym wcześniej uznaniu ubezwłasnowolnień całkowitego i częściowego za dwie odrębne i niezależne od siebie instytucje. Pogląd ten został przedstawiony także w literaturze przedmiotu przez J. Gudowskiego²⁰.

Zaprezentowane przez J. Gudowskiego stanowisko opiera się na uznaniu obydwu rodzajów ubezwłasnowolnienia za odrębne instytucje. Założenie to należy jednak uznać za nowe. Natomiast niewątpliwie mankamentem prezentowanego stanowiska jest jego całkowite ukierunkowanie na literalną wykładnię przepisów prawa, bez wzięcia pod uwagę interesu osoby, której wniosek o ubezwłasnowolnienie dotyczy. Istotne jest, że wniosek o ubezwłasnowolnienie kierowany jest często przez osobę bez wiedzy prawniczej, a jeszcze częściej także medycznej. Może więc zawierać żądanie nieadekwatne do stanu zdrowia osoby, w sprawie której toczy się postępowanie. Te same zarzuty można przedstawić również wobec pierwszego z zaprezentowanych wyżej stanowisk – dopuszczalności orzeczenia ubezwłasnowolnienia częściowego w przypadku wniosku o ubezwłasnowolnienie całkowite, ale nigdy na odwrót. Mankamenty te, zauważone przez K. Lubińskiego, nie uszły również uwagi J. Gudowskiego, który wyraźnie stwierdził, że „kwestia ta nie jest łatwa do rozstrzygnięcia, gdyż z jednej strony wazą się interesy osoby ubezwłasnowolnianej, z drugiej natomiast – pryncypia procesowe, do których należy zasada nieorzekania ponad żądanie”²¹.

Stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 26 stycznia 2012 r. oraz poparte przez J. Gudowskiego spotkało się z krytyką ze strony K. Markiewicza, który wskazał, że w przypadku zawartego we wniosku żądania ubezwłasnowolnienia całkowitego „orzeczenie ubezwłasnowolnienia częściowego nie jest orzeczeniem o czymś innym (*aliud*), a tylko

¹⁸ Postanowienie SN z 26 stycznia 2012 r., III CSK 169/11, Legalis, nr 447446.

¹⁹ *Ibidem*. Stanowisko to zostało zaaprobowane przez Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z 8 sierpnia 2013 r., I ACa 667/13, Legalis nr 998656, w odniesieniu do wniosku o uchylenie ubezwłasnowolnienia.

²⁰ J. Gudowski (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa: LexisNexis 2012, s. 192 i n.

²¹ *Ibidem*.

w mniejszym rozmiarze (*minus*)²². Jako uzasadnienie tej tezy K. Markiewicz powołał się na argumentację *a maiori ad minus* i powszechnie przyjętą w nauce prawa dopuszczalność orzekania w zakresie mniejszym niż żądany we wniosku²³.

Należy więc jeszcze raz podkreślić, że nadrzędnym celem całego postępowania o ubezwłasnowolnienie jest dobro osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie. Mając świadomość tego celu, trudno zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym w powołanym wyżej postanowieniu Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2012 r. i popartym przez J. Gudowskiego. Podejście to bowiem oparte zostało na dyferencjacji ubezwłasnowolnienia całkowitego i częściowego jako dwóch odrębnych i niezależnych od siebie instytucji i jest konsekwencją przyjęcia takiego rozróżnienia. Podobnie jak K. Lubiński i K. Korzan, również J. Gudowski zauważa słabą stronę swojego stanowiska, jaką jest nieuwzględnienie interesu osoby, której wniosek dotyczy. Interes ten nie wytrzymuje jednak zderzenia z zasadami postępowania cywilnego.

Przechodząc do podsumowania rozważań na temat związania sądu żądanym rodzajem ubezwłasnowolnienia, należy także zwrócić uwagę na fakt, że o ile w poszczególnych rodzajach postępowań nieprocesowych unormowanych w Kodeksie postępowania cywilnego wnioskodawca występuje z konkretnym żądaniem, które można uwzględnić w całości, częściowo lub go nie uwzględnić (np. postępowania o zasiedzenie, o ustanowienie drogi koniecznej), to w postępowaniu o ubezwłasnowolnienie wniosek w zdecydowanej większości przypadków nie jest kierowany przez

osobę, której bezpośrednio dotyczy, a przez osoby jej najbliższe. Tym samym skutki konkretnego rozstrzygnięcia sądu będą bezpośrednio oddziaływały na sferę prawną osoby ubezwłasnowolnionej, a nie wnioskodawcy. To nie wnioskodawca bowiem poszukuje ochrony dla siebie, ale wnioskuje o udzielenie ochrony osobie, której wniosek dotyczy. Trudno więc zgodzić się z tezą K. Markiewicza, że orzeczenie ubezwłasnowolnienia całkowitego w sytuacji, gdy został złożony wniosek o ubezwłasnowolnienie częściowe, stanowiłoby udzielenie „podmiotowi innej ochrony niż jej żądał”²⁴. Dopiero sąd, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w tym po zapoznaniu się z opinią biegłego psychiatry lub neurologa oraz psychologa, jest w stanie ocenić, czy osoba, której wniosek dotyczy, potrzebuje ochrony, a jeśli tak, to jakiej.

Mając więc na uwadze ochronę i interes osoby, której wniosek dotyczy, i nie przesądzając o tak wyraźnej rozdzielności obydwu typów ubezwłasnowolnienia, jak to zrobił w powołanym wyżej orzeczeniu Sąd Najwyższy, należałoby się opowiedzieć za drugim z zaprezentowanych wyżej stanowisk – brak związania sądu zakresem żądanego ubezwłasnowolnienia. Pogląd ten najpełniej odpowiada celowi postępowania o ubezwłasnowolnienie, jakim jest dobro osoby, której postępowanie to dotyczy. Należy bowiem przypomnieć, że orzeczenie o ubezwłasnowolnieniu nie ma charakteru represyjnego ani nie stanowi uwzględnienia roszczenia wnioskodawcy o nabycie konkretnych uprawnień co do osoby i majątku ubezwłasnowolnionego, ale jest środkiem ochrony wobec samego ubezwłasnowolnionego²⁵. Ochrona ta wyraża się w pozba-

²² K. Markiewicz, *Czy sąd jest związany wnioskiem*, s. 268, z powołaniem się na K. Weitzę, *Związanie sądu granicami żądania w procesie cywilnym*, (w:) J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 1, Warszawa: LexisNexis 2011, s. 703–704.

²³ *Ibidem*.

²⁴ K. Markiewicz, *Czy sąd jest związany wnioskiem*, s. 269.

²⁵ Uwagę na istotność intencji wnioskodawcy i interes osoby, której wniosek o ubezwłasnowolnienie dotyczy, zwrócił Sąd Najwyższy w postanowieniu z 8 stycznia 1966 r., II CR 412/65 (Legalis, nr 12541), stwierdzając, że „wprawdzie gdy chodzi o osobę niezdolną do kierowania swym postępowaniem i kwalifikującą się do całkowitego ubezwłasnowolnienia, domniemanie życiowe przemawia za tym, że w większości wypadków ubezwłasnowolnienie leży

wieniu go możliwości dokonywania czynności prawnych, które, z uwagi na jego stan zdrowia, mogą być dla niego niekorzystne.

Za zajęciem takiego stanowiska wydaje się przemawiać również norma art. 13 § 2 k.p.c., zgodnie z którą przepisy o procesie należy stosować do postępowania nieprocesowego nie wprost, ale odpowiednio, a więc z uwzględnieniem odrębności zarówno postępowania niespornego w ogólności, jak i poszczególnych rodzajów postępowań.

IV. Odmiennym zagadnieniem jest kwestia związania sądu podstawą faktyczną określoną we wniosku. W tym przypadku możemy wyróżnić dwa odmienne stanowiska.

Zgodnie z pierwszym, reprezentowanym przez K. Korzana, K. Lubińskiego, J. Gudowskiego i A. Górskiego, sąd nie może orzec ubezwłasnowolnienia z innej przyczyny niż wskazana we wniosku. Za niedopuszczalną więc należałoby uznać sytuację, w której sąd, nie znajdując podstaw do ubezwłasnowolnienia z powodu wskazanego we wniosku uzależnienia od alkoholu, zacząłby prowadzić z urzędu ustalenia, czy nie zachodzi potrzeba ubezwłasnowolnienia z innej przyczyny. Zdaniem K. Lubińskiego takie postępowanie sądu stanowiłoby działanie z urzędu pomimo braku ku temu podstawy prawnej²⁶. Natomiast A. Górski wywodzi związanie sądu wskazaną we wniosku podstawą z nałożonego na sąd w art. 557 k.p.c. obowiązku wskazania powodu orzeczenia ubezwłasnowolnienia. Zdaniem

A. Górskiego obowiązek ten wyklucza jednocześnie możliwość przeprowadzania przez sąd z urzędu dowodów oraz czynienie ustaleń co do innych ewentualnych podstaw ubezwłasnowolnienia. Jeśli więc sąd nie uzna za udowodnioną przyczynę wskazanej we wniosku, to jest obowiązany oddalić wniosek o ubezwłasnowolnienie, nawet jeśliby uznał, że jest ono zasadne z innej przyczyny. Stanowisko takie zostało wypracowane już na podstawie art. 10 dekretu z dnia 29 sierpnia 1945 r. w sprawie postępowania o ubezwłasnowolnienie²⁷. W orzeczeniu z 19 grudnia 1961 r. Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, że jeśli wniosek oparto na przesłance marnotrawstwa, a wnioskodawca wniosku tego nie rozszerzył, to sąd rozpoznający sprawę, po stwierdzeniu braku podstaw z tej przyczyny, nie może z urzędu badać, czy nie zachodzą inne przesłanki ubezwłasnowolnienia. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podał, że na podstawie art. 10 powołanego dekretu postępowanie o ubezwłasnowolnienie nie jest postępowaniem z urzędu, w którym samo złożenie wniosku nakłada na sąd obowiązek badania, czy osoba, której on dotyczy, powinna zostać ubezwłasnowolniona na jakiegokolwiek podstawie²⁸. Jednocześnie K. Lubiński²⁹, K. Korzan³⁰, A. Górski³¹, W. Siedlecki³² i L. Ludwiczak³³ zgodnie podają, że wyjątek od związania sądu podstawą wniosku stanowi możliwość orzeczenia ubezwłasnowolnienia z powodu niedorozwoju umysłowego, gdy podstawą wniosku była choroba umysłowa i odwrotnie, gdyż w obydwu sytuacjach chodzi tylko o różną przyczynę tego

w interesie chorego i jest konieczne, jednakże domniemanie to upada, gdy okoliczności mogą wskazywać na to, że żądanie ubezwłasnowolnienia zostało zgłoszone w interesie wnioskodawcy, a nie chorego. Sąd powinien wówczas rozważyć wszystkie okoliczności sprawy i – przy rozstrzygnięciu – mieć na uwadze przede wszystkim interes osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie”.

²⁶ K. Lubiński, *Postępowanie o ubezwłasnowolnienie*, s. 172 i n.; K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, s. 367 i n.; J. Gudowski, (w:) *Kodeks*, s. 167; A. Górski, *Komentarz do art. 557, (w:) Kodeks*.

²⁷ Dz.U. z 1945 r. nr 40, poz. 225.

²⁸ Orzeczenie SN z 19 grudnia 1961 r., 1 Cr 69/61, OSPIKA 1962, poz. 36.

²⁹ K. Lubiński, *Postępowanie o ubezwłasnowolnienie*, s. 172 i n.

³⁰ K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, s. 367 i n.

³¹ A. Górski, *Komentarz do art. 557, (w:) Kodeks*.

³² W. Siedlecki, *Glosa do orzeczenia SN z 19 grudnia 1961 r. (1 Cr 69/61)*, OSPIKA 1962, poz. 36.

³³ L. Ludwiczak, *Ubezwłasnowolnienie*, s. 164 i n.

samego stanu umysłowego, co jest wyjątkowo trudne do rozpoznania przez osobę zgłaszającą wniosek.

Odmienny pogląd reprezentuje E. Marszałkowska-Krześ, zdaniem której sąd nie jest związany podstawą faktyczną wskazaną we wniosku i jeśli stwierdzi, że zachodzą podstawy ubezwłasnowolnienia, chociażby z przyczyn odmiennych niż stanowiące uzasadnienie wniosku, powinien orzec o ubezwłasnowolnieniu³⁴. Stanowisko takie nie zostało dotychczas wyrażone w orzecznictwie.

Odnosząc się do kwestii związania sądu podstawą faktyczną wniosku o ubezwłasnowolnienie, należy podzielić prezentowany przez zdecydowaną większość doktryny i znajdujący odzwierciedlenie w orzecznictwie pogląd, że sąd jest związany wskazaną we wniosku przy-

czyną ubezwłasnowolnienia. W pełni zasadne jest także zastrzeżenie, że wyjątkiem od tej reguły jest możliwość orzeczenia ubezwłasnowolnienia na podstawie choroby psychicznej, gdy wniosek uzasadniony był niedorozwojem umysłowym i odwrotnie, gdyż w obydwu sytuacjach chodzi tylko o różną przyczynę tego samego stanu umysłowego, co jest wyjątkowo trudne do rozpoznania przez osobę zgłaszającą wniosek. Należy również wskazać, że sąd prowadzący postępowanie na skutek wniosku o ubezwłasnowolnienie uzasadnionego np. chorobą umysłową nie będzie prowadził postępowania dowodowego w przedmiocie istnienia innych przyczyn ubezwłasnowolnienia. Jest zatem mało prawdopodobne, że będzie on mógł dojść do przekonania o potrzebie ubezwłasnowolnienia z innej przyczyny.

³⁴ E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie nieprocesowe*, s. 119.

Summary

Jacek Kraczek

SCOPE OF BINDING COURT BY PROPOSAL OF INCAPACITATION

The paper is an attempt to answer the questions which concerns the scope of binding court by proposal of incapacitation in two aspects – the scope of proposal and the base of proposal. The first step in this deliberations is a short description of general rules of scope of binding court by proposal in a non-litigious procedure. Deliberations on the subject which is in the title, in this paper were based on regulations of The Code of Civil Procedure, jurisdiction and achievements, so far, of the doctrine. The main criteria that was used to evaluate the particular positions was the purpose procedure of incapacitation, which is the well-being of the person in whose name the procedure is carrying on.

KEY WORDS: incapacitation, binding by proposal, scope of incapacitation, factual basis of incapacitation

POJĘCIA KLUCZOWE: ubezwłasnowolnienie, związanie wnioskiem, zakres ubezwłasnowolnienia, podstawa faktyczna ubezwłasnowolnienia

POWRÓT SPRZEDAŻY KONSUMENCKIEJ DO KODEKSU CYWILNEGO – PRAKTYCZNE IMPLIKACJE I TEORETYCZNE PROBLEMY

Ustawą o prawach konsumenta¹ uchylono ustawę o sprzedaży konsumenckiej² i znowelizowano odpowiednio Kodeks cywilny³, wprowadzając do niego przepisy normujące umowy sprzedaży zawierane między przedsiębiorcami a konsumentami, a dotyczące rzeczy ruchomych (towarów). Zmiany weszły w życie 25 grudnia 2014 r.

W niniejszym tekście, traktującym zwłaszcza o odpowiedzialności sprzedawcy za wady towarów, (I) po krótkim omówieniu genezy i kontekstu wprowadzonych zmian, (II) wskazane zostaną najważniejsze odrębności zachodzące między stanem prawnym obowiązującym przed 25 grudnia 2014 r. oraz tym wynikającym z nowej regulacji. Ostatnią część tego opracowania stanowią (III) analiza trzech nowych norm, które poprzez swoją niejasność mogą powodować najwięcej kłopotów w praktyce ich stosowania. Każdorazowo przedstawiona zostanie propozycja rozwiązania opisywanego problemu. Ze względu na ramy opracowania ograniczono się do omówienia przypadków sprzedaży nieużywanych rzeczy ruchomych między konsumentami a przedsiębiorcami.

I. GENEZA ZMIAN

Po niemal 11 latach obowiązywania oddzielnej ustawy okazało się, że warunki sprzeda-

ży konsumenckiej nie są na tyle „szczególne” (zob. tytuł uchylonej ustawy), aby nie mogły być określone w Kodeksie cywilnym. W istocie połączenie opisanych regulacji od dawna postulowała doktryna, uzasadniając konieczność takiego zabiegu legislacyjnego argumentami zasadzającymi się zwłaszcza na krytyce regulacji ustawowej zawartej w ustawie o sprzedaży konsumenckiej⁴. Podnoszono w szczególności, że ustawa o sprzedaży konsumenckiej:

- dawała konsumentom mniejsze prawa niż te, które przysługiwały przedsiębiorcom na gruncie Kodeksu cywilnego;
- była niespójna z przepisami Kodeksu cywilnego;
- wprowadzała do polskiego porządku prawnego obce pojęcie „niezgodność towaru z umową”, podczas gdy dotychczas używane pojęcie „wada rzeczy sprzedanej” miało ugruntowaną treść i dobrze funkcjonowało w praktyce.

Co niezmiernie istotne, tegoroczna nowelizacja Kodeksu cywilnego oznacza w dużej mierze powrót do unormowań obowiązujących przed wprowadzeniem ustawy o sprzedaży konsumenckiej, a zatem w wielu wypadkach nie tyle „idzie nowe”, ile „wraca stare”. Możliwe staje się zatem odwoływanie się na powrót do praktyki orzeczniczej powstałej przed 2003 r. Kwestia ta zostanie omówiona dokładniej poniżej, przy

¹ Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. z 2014 r. poz. 827). Ustawa implementuje dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów oraz wdraża na nowo (po raz drugi) dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji.

² Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2002 r. nr 141, poz. 1176 ze zm.). Weszła w życie 1 stycznia 2003 r.

³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 121).

⁴ E. Łętowska, *Prawa konsumenta nie zrujniają przedsiębiorców*, <http://prawo.rp.pl/arttykul/1115164.html> (dostęp: 22 listopada 2014 r., godz. 18:17).

okazji referowania najważniejszych zmian, jakie wprowadziła ustawa o prawach konsumenta.

II. NAJWAŻNIEJSZE ZMIANY ZASAD ODPOWIEDZIALNOŚCI SPRZEDAWCY TOWARU KONSUMPCYJNEGO

Poniżej opisane zostaną zmiany, które z perspektywy praktyki obrotu wydają się najważniejsze⁵. Można je podzielić na następujące grupy:

- 1) zmiany dotyczące modelu uprawnień służących konsumentowi;
- 2) likwidacja instytucji zawiadomienia i jej konsekwencje dla kwestii przedawnienia roszczeń kupującego;
- 3) zmiany dotyczące biegu (i długości) terminów związanych z odpowiedzialnością sprzedawcy i domniemaniem istnienia wady.

Pierwsza ze wskazanych grup obejmuje najbardziej istotne nowości (a właściwie – w dużej mierze – powrót rozwiązań sprzed 1 stycznia 2003 r.). Dotychczas uprawnienia konsumenta miały charakter sekwencyjny. Najpierw możliwe było żądanie naprawy albo wymiany towaru, a dopiero jeśli z określonych ustawowo przyczyn kupujący nie mógł zrealizować tych roszczeń – mógł on żądać obniżenia ceny albo odstąpić od umowy. W aktualnie obowiązujących przepisach kupującemu będą przysługiwały dwa prawa kształtujące (prawo odstąpienia od umowy i prawo obniżenia ceny) oraz dwa roszczenia (żądanie wymiany rzeczy na wolną od wad oraz żądanie usunięcia wady). Uprawnienia konsumenta przedstawiają się więc obecnie następująco:

[i] Kupujący może od początku odstąpić od umowy albo złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny (może też – zależnie od jego preferencji – żądać w pierwszej kolejności naprawy towaru albo jego wymiany). Od umowy odstąpić nie można – podobnie jak dawniej – jeśli wada towaru jest nieistotna.

[ii] Sprzedawca może zapobiec odstąpieniu od umowy lub obniżeniu ceny przez kupującego, jeśli (a) niezwłocznie i (b) bez nadmiernych niedogodności dla kupującego wymieni towar na wolny od wad albo wadę usunie (tzw. „skontrolowanie” kupującego). Takie uprawnienie nie będzie jednak sprzedawcy przysługiwać, jeśli towar był już wymieniany lub naprawiany przez sprzedawcę albo sprzedawca nie uczynił wcześniej zadość swojemu obowiązкови wymiany rzeczy na wolną od wad lub usunięcia wady.

[iii] Konsument ma jednak jeszcze możliwość (tzw. „rekontra”) zamiast zaproponowanego przez sprzedawcę rozwiązania zażądać alternatywnego roszczenia (tj. naprawy zamiast wymiany albo wymiany zamiast naprawy). Takiej możliwości kupujący miał nie będzie, jeśli jego sposób przywrócenia stanu zgodnego z umową jest (a) niemożliwy do realizacji albo (b) wymagałby nadmiernych kosztów w porównaniu z rozwiązaniem proponowanym przez sprzedawcę (ocena „niemożliwości” oraz „nadmierności kosztów” wygląda tak samo, jak na gruncie poprzedniej regulacji).

Konstrukcja uprawnień konsumenckich bardzo przypomina w wielu miejscach stan prawny sprzed 1 stycznia 2003 r. Z tego wynika, że bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego, które pod rządami ustawy o sprzedaży konsumenckiej straciło na aktualności, a które dotyczy kwestii uregulowanych obecnie identycznie jak przed 1 stycznia 2003 r., znów znajdzie zastosowanie. Chodzi tu zwłaszcza o takie zagadnienia, jak ocena zasadności odstąpienia od umowy czy interpretacja samego pojęcia *n i e z w ł o c z n o ś c i* wymiany lub naprawy towaru.

Warto w tym miejscu wspomnieć, że owo jedno słowo: „niezwłocznie” (pkt [ii] powyżej) spowoduje, jak się zdaje, największą zmianę w praktyce rozpatrywania reklamacji konsumenckich. Na ten temat będzie jeszcze mowa niżej.

⁵ Część zmian – równie ważnych – zostanie wskazana bezpośrednio przy omawianiu ich niejasności w części III niniejszego tekstu.

Oprócz likwidacji sekwencyjności uprawnień kolejną istotną zmianą jest więc wprowadzenie tylko jednokrotnej możliwości naprawy lub wymiany tego samego towaru. Oznacza to, ujmując rzecz nieco bardziej precyzyjnie, że jeśli ten sam towar w okresie odpowiedzialności sprzedawcy (patrz uwagi poniżej) po raz kolejny okazałby się wadliwy, to sprzedawca w żaden sposób – inny niż polegający na kwestionowaniu samej wady (lub jej istotności) – nie będzie mógł zablokować kupującemu możliwości odstąpienia od umowy albo obniżenia ceny. Wola kupującego nie jest jednak w tym zakresie w żadnym stopniu ograniczona. Może on oczywiście nadal żądać naprawy czy wymiany towaru.

W centrum **drugiej** z wyżej wyodrębnionych grup (pkt 2 powyżej) znajduje się likwidacja instytucji zawiadomienia sprzedawcy o niezgodności towaru z umową. Kupujący nie ma już zatem obowiązku zawiadamiać sprzedawcy o wadzie w ciągu dwóch miesięcy od dnia jej stwierdzenia. W dochodzeniu roszczeń ogranicza go, co do zasady, jedynie dwuletni termin na stwierdzenie samej wady (liczony od dnia wydania towaru) oraz roczny termin przedawnienia roszczeń/wygaśnięcia praw kształtujących (liczony od dnia stwierdzenia wady). Regulacja tych terminów nie uległa zasadniczym zmianom. Te mniej znaczące omówiono niżej (trzecia grupa zmian).

Likwidacja instytucji zawiadomienia sprzedawcy, oprócz odjęcia obowiązków konsumentom dochodzącym swoich praw z tytułu rękojmi, wywoła zapewne – ze względu na realia życia codziennego wielu konsumentów – określone skutki praktyczne związane z przedawnieniem roszczeń (wygaśnięciem praw kształtujących) kupującego. Dawne zawiadomienie (a więc każdy rodzaj tzw. reklamacji towaru) przerywało bieg przedawnienia. Jeśli zatem konsument był na tyle zdyscyplinowany, że zgłosił do sprzedawcy stan niezgodności towaru z umową w terminie dwóch miesięcy,

to tym samym przerywał bieg przedawnienia. Termin ten biegł na nowo dopiero po zakończeniu naprawy lub rokowań prowadzonych przez strony w celu ugodowego załatwienia sprawy (nie dłuższych jednak niż 3 miesiące). W znakomitej większości przypadków zawiadomienie wiązało się również ze sprecyzowaniem żądań. Kupujący, w przypadku niesatysfakcjonujących go działań sprzedawcy, miał zatem jeszcze rok na wytoczenie stosownego powództwa.

Dziś, w związku z brakiem dyscyplinującego dwumiesięcznego terminu, mogą się zdarzać sytuacje późnego zgłaszania wad sprzedawcom (np. na miesiąc przed końcem okresu przedawnienia). Pojawi się zatem możliwość i pokusa przewlekania procedury reklamacyjnej aż do czasu przedawnienia się roszczeń konsumenta⁶. Samo rozpoczęcie procedury reklamacyjnej u sprzedawcy nie przerywa i nie zawiesza już biegu przedawnienia. Być może w takich sytuacjach jeszcze bardziej popularne stanie się więc – z oczywistych względów – sądowe postępowanie pojednawcze.

W odniesieniu do **trzeciej** grupy zmian należy omówić pokrótce zwłaszcza modyfikacje dwóch instytucji. Po pierwsze, obecnie dwuletni termin odpowiedzialności sprzedawcy nie biegnie na nowo w przypadku wymiany lub naprawy towaru. Prekluzja uprawnień kupującego z tytułu rękojmi jest więc zupełna (wyjąwszy przypadki dochodzenia jednego z uprawnień tytułu rękojmi przed sądem lub w postępowaniu mediacyjnym, kiedy to bieg terminu na wykonanie pozostałych uprawnień ulega zawieszeniu). Zmiana ta nie dziwi, jeśli ma się na uwadze, że jednocześnie wprowadzono „jednokrotność” naprawy albo wymiany, o czym była już mowa wyżej.

Po drugie, wydłużono niezwykle istotny termin obowiązywania tzw. domniemania istnienia wady. Obecnie jeśli wada fizyczna została stwierdzona przed upływem roku od dnia wydania towaru, domniemywa się, że wada

⁶ Trzeba pamiętać w tym kontekście, że okres przedawnienia roszczeń (wygaśnięcia uprawnień) konsumenta nie może skończyć się przed upływem dwóch lat od dnia wydania mu towaru – art. 568 § 2 zd. 2 Kodeksu cywilnego.

lub jej przyczyna istniała już w chwili wydania (dawniej termin ten wynosił 6 miesięcy).

III. NIEJASNOŚCI NOWEJ REGULACJI

W tej części niniejszego tekstu omówione zostaną te składniki nowej regulacji – z pewnością istotne dla praktyki obrotu – które mogą budzić pewne wątpliwości teoretyczne. Owe wątpliwości dotyczą:

1) pojęcia niezwłoczności wymiany lub naprawy towaru – art. 560 § 1 Kodeksu cywilnego;

2) pojęcia nadmiernych niedogodności dla kupującego;

3) obniżenia ceny jako prawa kształtującego – art. 560 § 1 oraz art. 568 § 3 Kodeksu cywilnego.

(1) Powrót do prawa konsumenckiego „niezwłocznej” wymiany lub naprawy towaru, jako odpowiedzi sprzedawcy na uprawnienie konsumenta do odstąpienia od umowy lub obniżenia ceny (art. 560 § 1 Kodeksu cywilnego), może – jak już wspomniano – spowodować istotne zmiany w procesie realizacji konsumenckich uprawnień. Wymóg, aby wymiana lub naprawa towaru nastąpiła „niezwłocznie”, należy rozumieć jako dyrektywę dokonania tych czynności od razu po przekazaniu przez konsumenta towaru i potwierdzeniu jego wadliwości podczas wstępnego badania („od ręki”). Owo specyficzne uprawnienie sprzedawcy może odebrać konsumentowi możliwość zrealizowania jego zasadniczego żądania (co stanowi promocję interesu sprzedawcy kosztem woli i interesu konsumenta), a zatem wymagania dotyczące czasu naprawy lub wymiany towaru należy w tej sytuacji postrzegać jako bardziej rygorystyczne niż te, które znajdują zastosowanie w sytuacji, w której konsument żąda tylko naprawy albo wymiany towaru

(art. 561 § 2 Kodeksu cywilnego). Taką interpretację potwierdza również dawne orzecznictwo Sądu Najwyższego, które w aktualnym stanie prawnym ponownie znajduje zastosowanie⁷.

W praktyce możliwość „zniweczenia” oświadczenia konsumenta zmierzającego do realizacji jednego z jego praw kształtujących będzie ograniczona do sytuacji, kiedy sprzedawca już we wstępnym badaniu (w miejscu, w którym towar jest mu przez konsumenta udostępniany) jest w stanie potwierdzić (i) samo istnienie wady oraz (ii) swoją odpowiedzialność. Wysyłanie przez sprzedawcę towaru do wyspecjalizowanych placówek serwisowych w celu zasięgnięcia ich opinii w zakresie przyczyn wystąpienia wady lub czasu jej powstania (co może potwierdzić lub wykluczyć odpowiedzialność z tytułu rękojmi) pozbawi go możliwości „skontrowania” działań konsumenta. Albo sprzedawca uzna zatem wadę i wymieni niezwłocznie towar (dysponując egzemplarzem na wymianę) lub go naprawi (mając dostęp do odpowiedniego serwisu usuwającego wadę w krótkim czasie⁸), albo wyśle towar do wyspecjalizowanej placówki w celu dokładnego zbadania, co (w przypadku potwierdzenia okoliczności warunkujących odpowiedzialność sprzedawcy) będzie oznaczało konieczność zwrotu konsumentowi całości lub części ceny. Pojawia się więc nowe, nieznane w stanie prawnym obowiązującym przed 25 grudnia 2014 r., ryzyko sprzedawcy, związane z decyzją o wnikliwym badaniu lub niebadaniu przyczyn powstania wady oraz czasu jej powstania.

(2) Pojęcie „niedogodność dla kupującego” (art. 560 § 1 Kodeksu cywilnego) – pełniące obecnie identyczną funkcję jak omówione wyżej pojęcie „niezwłoczność” – było już obecne w obrocie za sprawą ustawy o sprzedaży konsumenckiej. Poprzednio mowa była jednak o „znaczących niedogodnościach” – art. 8 ust. 4

⁷ Np. wyrok Sądu Najwyższego z 9 października 2002 r. albo wyrok Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2002 r., II CKN/99.

⁸ Oczywiście niezwłoczna naprawa samochodu trwa znacznie dłużej i wiąże się ze znacznie większym nakładem pracy niż np. niezwłoczna naprawa nieskomplikowanego krzesła.

– a nowa regulacja operuje pojęciem „nadmierne niedogodności”. Do takich zmian rudymen tarne reguły wykładni prawa nakazują przy wiązywać odpowiednią wagę. Przymiotnik „nadmierny” wskazuje niedogodności ponad jakąś – bliżej w tym przypadku nieokreśloną – miarę. Nie chodzi więc już o jakąś obiektywną „znaczność”, ale o miarę, która musi być, jak się zdaje, każdorazowo dostosowana do sytuacji danego konsumenta. Z tego wynika, że wymaganie, aby usunięcie wady albo dostarczenie rzeczy wolnej od wad nie wiązało się z owymi nadmiernymi niedogodnościami, należy rozumieć w taki sposób, że jeśli czynności takie wpływałyby ujemnie i w znaczący sposób na sytuację życiową (osobistą lub zawodową) konkretnego konsumenta, w tym także na jego plany, to możliwość „skontrowania” oświadczenia konsumenta o odstąpieniu od umowy albo o obniżeniu ceny byłaby dla sprzedawcy wyłączona. Wydaje się więc, że omawianą nowelizacją ustawodawca jeszcze bardziej zsubiektywizował pojęcie niedogodności, niż to miało miejsce dotychczas.

(3) Nigdy wcześniej w regulacjach prawa konsumenckiego nie istniało natomiast prawo kształtujące kupującego polegające na możliwości jednostronnego obniżenia ceny przez konsumenta. Wcześniej mowa była zawsze o żądaniu obniżenia ceny, czyli o roszczeniu, jakie kupującemu przysługiwało wobec sprzedającego. Z samego sformułowania użytego w art. 560 § 1 przed nowelizacją („żądanie obniżenia ceny”) oraz w art. 8 ust. 4 ustawy o sprzedaży konsumenckiej („domaganie się obniżenia ceny”) wywodzono charakter owe go uprawnienia kupującego jako roszczenia⁹.

Obecnie obowiązujący art. 560 § 1 stanowi natomiast wyraźnie, że „jeżeli rzecz sprzedana ma wadę, kupujący może złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny albo odstąpieniu od umowy”. Obniżenie ceny potraktowano tu zatem analogicznie jak odstąpienie od umowy, co do którego nie ma wątpliwości, że jest pra-

wem kształtującym. Jedyna niekonsekwencja ustawodawcy przejawia się w art. 561⁵, gdzie w drugiej części zdania używa się w stosunku do obniżenia ceny słowa „żądanie”. Budzić to może pewne wątpliwości interpretacyjne, jednak wydaje się, że ze względu na brzmienie pozostałych przepisów Tytułu XI Działu II Kodeksu cywilnego – w tym zwłaszcza art. 560 § 1 oraz art. 568 § 3, gdzie wyraźnie odróżnia się prawa kształtujące (odstąpienie oraz obniżenie ceny) od roszczeń przysługujących kupującemu z tytułu rękojmi (żądanie usunięcia wady oraz żądanie dostarczenia rzeczy wolnej od wad) – należy traktować obniżenie ceny jako prawo kształtujące.

Powyżej opisana zmiana klasyfikacji obniżenia ceny ma pewne – nieznaczne – implikacje praktyczne w odniesieniu do terminów, w jakich można tego uprawnienia dochodzić. O ile do biegu przedawnienia roszczeń z tytułu rękojmi stosuje się ogólne przepisy Kodeksu cywilnego o zawieszeniu i przerwaniu biegu przedawnienia, o tyle w przypadku praw kształtujących zasady te nie obowiązują. Ustawodawca złągodził tę różnicę, wprowadzając do Kodeksu cywilnego art. 568 § 4 i 5, który zawiesza termin do wykonania wszystkich uprawnień z tytułu rękojmi (roszczeń i praw kształtujących) na czas postępowania przed sądem, sądem polubownym i postępowania mediacyjnego.

IV. ZAKOŃCZENIE

Zmiany wprowadzone w życie 25 grudnia 2014 r. z całą pewnością nie pozostaną bez znaczenia dla praktyki obrotu konsumenckiego. Po pierwsze, wymagają one od przedsiębiorców przystosowania się do nowych warunków, aby nie narażać się na kary nakładane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Po drugie, zapewne upłynie wiele czasu, zanim świadomość nowych rozwiązań i praw wśród

⁹ Takie stanowisko prezentował również Sąd Najwyższy – zob. np. uchwałę Sądu Najwyższego z 5 lipca 2002 r., III CZP 39/02.

konsumentów osiągnie właściwy poziom. Po trzecie wreszcie, orzecznictwo będzie musiało rozstrzygnąć w praktyce przynajmniej kilka

kolejnych problemów prawnych, z których jedynie część stanowią te opisane w niniejszym artykule.

Summary

Bartłomiej Dębski

RETURN OF CONSUMER SALE TO THE CIVIL CODE – PRACTICAL IMPLICATIONS AND THEORETICAL PROBLEMS

This paper concerns the newest amendment to the Polish consumer law which came into force on 25 December 2014. It focuses on the seller's liability under a warranty for product defects. First, the reasons and the context of this amendment are briefly described. Second, a review of the most significant changes introduced by the amendment is given. Last, but not least, an analysis of some major interpretation ambiguities entailed by the new law is provided.

KEY WORDS: consumer sale, seller's liability under a warranty for product defects

POJĘCIA KLUCZOWE: sprzedaż konsumencka, odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi za wady rzeczy sprzedanej

Piotr Nycz

GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W POZNANIU Z 13 GRUDNIA 2012 R., II AKA 258/12

Teza głosowanego wyroku brzmi:

O przywłaszczeniu, w sytuacji gdy pokrzywdzonym miałby być jeden z małżonków, można by mówić wtedy, gdy jedno z nich rozporządziłoby mieniem większej wartości, niż przypadaloby mu w następstwie podziału majątku wspólnego¹.

I. Głosowane orzeczenie zapadło na gruncie następującego stanu faktycznego. Oskarżona R. P. została uznana wyrokiem sądu pierwszej instancji za winną przestępstwa przywłaszczenia składników stanowiących mienie dorobkowe małżonków, w tym m.in. meblöścianki, stołu kuchennego, krzeseł, lodówki, samochodu osobowego i innych. Do zarzucanego przestępstwa miało dojść w dniu 4 czerwca 2009 r., natomiast małżeństwo zostało rozwiązane w dniu 30 listopada 2010 r. Pomiedzy małżonkami nie zostało przeprowadzone postępowanie o podział majątku wspólnego. Sąd Apelacyjny w Poznaniu uchylił rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji, uznając, że o przy-

właszczeniu, w sytuacji gdy pokrzywdzonym miałby być jeden z małżonków, można by mówić wtedy, gdy jedno z nich rozporządziłoby mieniem większej wartości, niż przypadaloby mu w następstwie podziału majątku wspólnego². Sąd odwoławczy uznał, że rzeczy ruchome, o których przywłaszczenie oskarżona została R. P., stanowiły jedynie część majątku wspólnego i nie znając wartości wszystkich składników majątku wspólnego, nie można przesądzać o tym, iż oskarżona powiększyła swój majątek kosztem współmałżonka. Sąd stanął zatem na stanowisku, że w postępowaniu karnym dotyczącym przywłaszczenia konieczne jest zbadanie globalnej wartości wszystkich

¹ LEX nr 1307474.

² Podobnie orzekł SN w wyroku z 14 listopada 1972 r., V KRN 421/72, OSNPG 1978, nr 6, poz. 64, uznając, że „rozstrzygnięcie o winie oskarżonego może więc nastąpić dopiero po dokładnym ustaleniu przede wszystkim tego, jakie nieruchomości i ruchomości wchodziły w skład wspólnoty majątkowej małżeńskiej, jaka była wartość wspólnego majątku stron, jaka była wartość ruchomości sprzedanych przez oskarżonego oraz jaka jest wartość pozostałego majątku wspólnego, którym obecnie zarządza Aniela Z.”. Taki pogląd spotkał się w literaturze z krytyką R. A. Stefańskiego, który wskazał, że takie ograniczenie nie znajduje żadnego uzasadnienia (R. A. Stefański, *Odpowiedzialność karna za zabór mienia stanowiącego wspólność majątkową*, „Prokuratura i Prawo” 1995, z. 10, s. 120).

składników majątku dorobkowego i następnie zestawienie jej z wartością przywłaszczonego mienia. W sytuacji zaś, kiedy mienie przywłaszczone przez jednego z małżonków nie przekracza wartości, która przypadłaby mu w następstwie podziału majątku wspólnego, nie można sprawcy przypisać odpowiedzialności za przestępstwo przywłaszczenia. Przyjęcie takiej koncepcji sprowadzałoby się w zasadzie do konieczności przeprowadzenia hipotetycznego postępowania o podział majątku w ramach postępowania karnego, i to nawet wówczas, kiedy małżonkowie nadal pozostają w ustroju wspólności majątkowej i nawet nie mają zamiaru z takiego ustroju rezygnować. Takie rozwiązanie jest sprzeczne z art. 35 k.r.o., w myśl którego w czasie trwania wspólności ustawowej żadne z małżonków nie może żądać podziału majątku wspólnego. Tymczasem zgodnie z poglądem przedstawionym w powyżej cytowanym orzeczeniu *de facto* możliwe byłoby „obejście” tego przepisu, byleby tylko wartość mienia nie przekroczyła przynależnego małżonkowi udziału w majątku wspólnym. Pogląd wyrażony w glosowanym orzeczeniu całkowicie pomija okoliczność, że współwłasność małżeńska to tzw. współwłasność łączna (bezu udziałowa). Przestępstwo przywłaszczenia zazwyczaj nie dotyczy przywłaszczenia „udziału”, lecz przywłaszczenia konkretnej rzeczy lub prawa majątkowego.

II. Glosowane orzeczenie powinno stanowić przyczynek do poczynienia ogólniejszych rozważań nad przestępstwem przywłaszczenia składników objętych wspólnością małżeńską. Problematyka ta wywołuje bowiem wiele praktycznych wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych. Bezprawności przywłaszczenia rzeczy stanowiących wspólność majątkową małżeńską należy poszukiwać przede wszystkim w przepisach prawa rodzinnego, w ramach którego podstawową rolę odgrywają normy zawarte w ustawie z dnia 25 lutego

1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (dalej: k.r.o.). Powyższe przepisy wyznaczają granice między zachowaniami legalnymi a zachowaniami bezprawnymi. Należy bowiem zwrócić uwagę na regulację art. 31 § 1 k.r.o., z którego wynika, że z chwilą zawarcia małżeństwa powstaje między małżonkami z mocy ustawy wspólność majątkowa (wspólność ustawowa), obejmująca przedmioty majątkowe nabyte w czasie jej trwania przez oboje małżonków lub przez jednego z nich (majątek wspólny). Przedmioty majątkowe nieobjęte wspólnością ustawową należą natomiast do majątku osobistego każdego z małżonków. W ustroju wspólności ustawowej istnieją trzy masy majątkowe: majątek wspólny małżonków oraz majątki osobiste każdego z małżonków³. Trzeba przy tym jednak zwrócić uwagę, że przepisy prawa rodzinnego tworzą wyraźne domniemanie, zgodnie z którym określone rzeczy nabyte w transakcji dokonywanej tylko przez jednego z małżonków zostały nabyte z majątku dorobkowego w interesie (na rzecz) ustawowej majątkowej wspólności małżeńskiej⁴. Przez wzgląd na powyższe domniemanie w procesie o przywłaszczenie nie będzie konieczne wykazywanie, że przywłaszczona rzecz lub prawo majątkowe należą do majątku osobistego sprawcy. Jednakże wskazanie przez oskarżonego okoliczności, że dany składnik należy do majątku odrębnego, wymagać będzie przeprowadzenia szczególnie wnikliwego postępowania dowodowego, ponieważ taka okoliczność może powodować, że nie można przypisać oskarżonemu odpowiedzialności, gdyż czynności podjęte w stosunku do majątku osobistego będą zachowaniami legalnymi.

W przypadku przywłaszczenia przedmiotem wykonawczym nie musi być cudza rzecz ruchoma, gdyż art. 284 § 1 k.k. rozszerza w stosunku do kradzieży katalog przedmiotów wykonawczych także o cudze prawa majątkowe. Rzecz będąca własnością wspólną małżonków nie stanowi wyłącznej własności któregośkol-

³ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2006, s. 131.

⁴ Zob. wyrok SN z 17 maja 1985 r., III CRN 119/85, OSP 1986, nr 9–10, poz. 185.

wiek z nich; taka rzecz będzie dla jednego z małżonków cudza w części, w jakiej prawo własności przysługuje drugiemu z małżonków do tej rzeczy. Fakt istnienia wspólności rzeczy skutkuje tym, że małżonkowi nie przysługują w sposób wyłączny wszystkie atrybuty właścicielskie wynikające z prawa własności. W takim wypadku istnieje konieczność poszanowania praw przysługujących do danej rzeczy drugiemu z małżonków. Prowadzi to w konsekwencji do wniosku, że małżonek dopuszczający się czynów samowolnego dysponowania majątkiem wspólnym musi liczyć się z możliwością poniesienia odpowiedzialności karnej za takie zachowania. Należy zgodzić się z M. Gałązką, że odpowiedzialność za przywłaszczenie rzeczy będącej składnikiem majątku wspólnego małżonków możliwa jest w trzech sytuacjach⁵. Pierwsza dotyczy wypadku, kiedy małżonek wyrazi sprzeciw wobec czynności zarządu majątkiem wspólnym. Artykuł 36 § 1 k.r.o. ustanawia obowiązek współdziałania w zarządzie majątkiem wspólnym, a w szczególności nakłada wzajemny obowiązek udzielania sobie informacji o stanie majątku wspólnego, o wykonywaniu zarządu majątkiem wspólnym i o zobowiązaniach obciążających majątek wspólny. Jednocześnie każdy z małżonków może samodzielnie zarządzać majątkiem wspólnym. Ustawodawca przewidział pewne mechanizmy wpływania na czynności zarządu majątkiem wspólnym. Jedną z nich jest sprzeciw, o którym mowa w art. 36¹ k.r.o. Przepis ten ma zapewnić poczucie prawnego zabezpieczenia przed nieojojalnymi, lekkomyślnymi i niegospodarnymi zachowaniami współmałżonka⁶. Dokonanie czynności prawnej lub faktycznej przez jednego z małżonków w sytuacji, gdy drugi z małżonków wyraził sprzeciw wobec takiej czynności, skutkuje bezprawnością takiego zachowania. Jak słusznie zwraca uwa-

gę R. A. Stefański, obowiązek uwzględniania woli i interesów drugiego małżonka potęguje się, gdy dochodzi do trwałego i zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego, a w dalszej perspektywie do podziału majątku wspólnego⁷. Okoliczność, że art. 36¹ § 2 k.r.o. uzależnia skuteczność sprzeciwu wobec osoby trzeciej od tego, czy ona mogła się z nim zapoznać przed dokonaniem czynności prawnej, nie oznacza, że dokonana przez małżonka ważna czynność prawna (np. gdy druga strona umowy nie wiedziała o sprzeciwie małżonka), ale podjęta wbrew wyraźnemu sprzeciwowi, przestaje być zachowaniem bezprawnym. Takie zachowanie nadal cechuje bezprawność w stosunkach pomiędzy małżonkami, nie wywiera jedynie skutku zewnętrznego (wobec osoby trzeciej). Wobec powyższego małżonka, który wiedząc o sprzeciwie, decyduje się jednak na dokonanie czynności prawnej, powinny obciążać negatywne konsekwencje dokonania czynności prawnej, w wyniku której zostaje uszczuplony majątek wspólny. Przykładowo, dokonanie sprzedaży rzeczy za cenę zaniżoną w stosunku do jej rzeczywistej wartości może stanowić podstawę odpowiedzialności za przywłaszczenie. Należy bowiem podkreślić, że swoboda umów nie może usprawiedliwiać niegospodarnych zachowań jednego z małżonków, dokonywanych z ewidentnym pokrzywdzeniem drugiego małżonka, a polegających na uszczupleniu majątku wspólnego. Trudno bowiem mówić o jakiegokolwiek swobodzie umów, kiedy czynność prawna dokonywana jest bezprawnie, w sytuacji gdy drugi współwłaściciel rzeczy sprzeciwia się jej dokonaniu. Z treści art. 353¹ k.c. wynika, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

⁵ M. Gałązka, *Przywłaszczenie na szkodę współwłaściciela w świetle polskiego prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 11, s. 75.

⁶ Zob. K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 229.

⁷ R. A. Stefański, *Odpowiedzialność karna za zabór mienia stanowiącego wspólność majątkową*, „Prokuratura i Prawo” 1995, z. 10, s. 119.

W praktyce wiele wątpliwości wywołuje możliwość przypisania małżonkowi odpowiedzialności karnej w wypadku przywłaszczenia majątku służącego do prowadzenia działalności gospodarczej, a jednocześnie wchodzącego w skład majątku wspólnego. W sytuacji gdy jeden z małżonków prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, należy zauważyć, że zgodnie z art. 36 § 3 k.r.o. przedmiotami majątkowymi służącymi małżonkowi do wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności zarobkowej małżonek ten zarządza samodzielnie. Jedynie w razie przemijającej przeszkody drugi małżonek może dokonywać niezbędnych bieżących czynności. Przepis ten daje zatem nieco szerszy zakres czynności składających się na tzw. zwykły zarząd, kiedy prowadzona jest działalność gospodarcza. Z założenia przepis ten ma na celu uchronienie przed paraliżem prowadzonej działalności gospodarczej, gdyż bardzo często z prozaicznych przyczyn wyrażenie zgody na podejmowanie określonych rozporządzeń i działań na bieżące potrzeby prowadzonej działalności byłoby utrudnione lub wręcz niemożliwe. Jednakże przepis ten nie może być interpretowany w kontekście odpowiedzialności za przestępstwo z art. 284 § 1 k.k., w ten sposób, że pozwala na podejmowanie wszelkich działań w stosunku do majątku wspólnego w sytuacji, gdy małżonek prowadzi działalność gospodarczą. Podejmowane zachowania, polegające na uszczupleniu majątku wspólnego, tylko wtedy będą bezprawne, kiedy zostanie wykazane, że zachowania te były związane z prowadzoną działalnością gospodarczą. Jeżeli dane zachowanie nie ma nic wspólnego z prowadzoną działalnością gospodarczą, brak jest podstaw do przyjęcia, że działanie takie może zostać uznane za mieszczące się w ramach zwykłego zarządu związanego z prowadzoną działalnością gospodarczą⁸. Dla możliwości zastosowania wspomnianego przepisu kluczowe jest to, czy dana czynność podejmowana była w ramach

działalności zarobkowej, a więc musi posiadać uzasadnienie z punktu widzenia prowadzonej działalności gospodarczej⁹. Przepis art. 36 § 3 k.r.o., jako przepis szczególny, nie może być wykładany w sposób rozszerzający. Nie można bowiem zapominać, że naczelną zasadą panującą w ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej jest ochrona majątku dorobkowego przed lekkomyślnymi lub niegospodarnymi czynami jednego z małżonków, skutkującymi uszczupleniem majątku wspólnego.

Druga sytuacja, kiedy możliwe jest rozważenie odpowiedzialności za przywłaszczenie, związana jest z wypadkiem, kiedy małżonek w sposób bezprawny pozbawiony został możliwości wyrażenia sprzeciwu. Dotyczy to rozporządzenia rzeczą lub prawem majątkowym bez poinformowania o tym drugiego małżonka, a z kontekstu sytuacyjnego wynika, że gdyby małżonek miał taką możliwość, to wyraziłby sprzeciw wobec takiej czynności. Należy bowiem zwrócić uwagę, że cywilnoprawna skuteczność wyrażenia sprzeciwu uzależniona jest od wyrażenia go przed dokonaniem czynności prawnej, gdyż wyrażenie sprzeciwu po dokonaniu takiej czynności jest bezskuteczne. Nie oznacza to jednak, że takie zachowanie będzie zawsze irrelevantne z punktu widzenia możliwości poniesienia odpowiedzialności karnej za przywłaszczenie. Trzecia i zarazem ostatnia z sytuacji możliwości poniesienia odpowiedzialności za przywłaszczenie majątku wspólnego małżonków będzie zachodziła, gdy do dokonania czynności prawnej, enumeratywnie wymienionej w art. 37 k.r.o., potrzebna jest zgoda drugiego małżonka. Jednakże w tym ostatnim wypadku możliwe jest rozważenie co najwyżej odpowiedzialności za usiłowanie przestępstwa przywłaszczenia. Przestępstwo z art. 284 k.k. jest bowiem przestępstwem materialnym (skutkowym), do jego dokonania konieczne jest nastąpienie skutku, polegającego na utracie przez właściciela prawa własności rzeczy, lub utrata mająt-

⁸ Zob. wyrok SA w Warszawie z 30 października 2013 r., II AKa 322/13, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>

⁹ Wyrok SA w Gdańsku z 12 czerwca 2013 r., II AKa 161/13, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>

kowego. Należy zwrócić uwagę, że umowa zawarta w wypadkach określonych w art. 37 § 1 pkt 1–4 k.r.o. bez wymaganej tym przepisem zgody drugiego małżonka dotknięta jest sankcją bezskuteczności zawieszonyj. Umowa dotknięta sankcją bezskuteczności zawieszonyj nie wywołuje zamierzonych przez strony skutków prawnych, a zatem nie powoduje utraty prawa własności. Odmowa potwierdzenia umowy przez współmałżonka przekształca tę sankcję wadliwej umowy w nieważność bezwzględny, co oznacza, że umowa taka jest nieważny ze skutkiem *ex tunc*.

III. Dla przypisania odpowiedzialności karnej z art. 284 k.k. konieczny jest wykazanie od strony podmiotowej zamiaru, tzw. *animus rem sibi habendi*. Zamiar pozbawienia osoby uprawnionej własności rzeczy lub prawa majątkowego uzewnętrzniać się może poprzez bezprawny zatrzymanie cudzej rzeczy, odmowę jej zwrotu, zaprzeczenie otrzymania, zapewnienie o zwrocie, ukrycie, przekazanie osobie trzeciej, sprzedaż, zamianę, darowiznę, bezprawny zużycie, przerobienie itp. Zamiar powinien być ustalony na podstawie najbardziej uchwytnych i widocznych elementów działania sprawcy, mających miejsce zarówno w trakcie dokonywania zarzucanego mu czynu, jak i po jego dokonaniu. W tym względy analizie powinien podlegać całokształt tak przedmiotowych, jak i podmiotowych okoliczności zdarzenia, takich jak: sposób działania oskarżonego, moment czasowy, w którym doszło do popełnienia zarzucanego czynu, a także okoliczności związane z życiem małżeńskim. Dowodem istnienia zamiaru przywłaszczenia może być w szczególności kierowany w dowolnej formie (ustnie lub pisemnie) sprzeciw w stosunku do czynności podejmowanej przez małżonka wobec składnika lub prawa wchodzącego w skład majątku wspólnego. Na zamiar przywłaszczenia może wskazywać szczególnie złożenie

pozwu o orzeczenie separacji lub rozwodu, następujące w krótkim czasie przed wyjęciem lub po wyjęciu danej rzeczy lub prawa z ustawowej wspólności majątkowej¹⁰. Wielokrotnie zdarza się w praktyce, że oskarżony, broniąc się przed zarzutem przywłaszczenia majątku wspólnego, powołuje się na tezę zawartą w postanowieniu Sądu Najwyższego z 23 kwietnia 2008 r., V KK 406/07: „Jeżeli posiadacz rzeczy czuje się jej właścicielem i dokonuje rozporządzenia taką rzeczą, to nie może być świadom realizacji znamienia czasownikowego przywłaszczenia, a tym samym nie wypełnia swoim zachowaniem znamion strony podmiotowej przestępstwa stypizowanego w art. 284 k.k.”¹¹. Warunkiem odpowiedzialności za przestępstwo przywłaszczenia jest istnienie po stronie sprawcy świadomości, że dokonuje rozporządzenia daną rzeczą pomimo braku do tego tytułu prawnego. Jak wskazuje się w powyższym orzeczeniu, w sytuacji gdy sprawca uważa, że ma prawo dysponować będącym w jego posiadaniu mieniem, wyłączony zostaje umyślność takiego działania, a jego zachowanie może być jedynie oceniane w aspekcie prawa cywilnego, gdyż takie zachowanie nie wypełnia znamion strony podmiotowej przestępstwa stypizowanego w art. 284 § 1 k.k. Należy jednak zauważyć, co zdaje się być często pomijane, że każde orzeczenie zapada w realiach konkretnej sprawy i nie zawsze możliwe jest proste przełożenie zawartej w nim tezy do realiów innej sprawy. Proste powołanie się na powyższą tezę zawartą w orzeczeniu Sądu Najwyższego uniemożliwiłoby udowodnienie jakiegokolwiek oskarżonemu przestępstwa z art. 284 § 1 k.k., gdyż w sytuacji złożenia przez takiego oskarżonego oświadczenia, że jest przekonany o prawie do dysponowania będącym w jego posiadaniu mieniem, należałoby go uniewinnić. Dlatego słusznie zwraca się w orzecznictwie uwagę, że przeświadczenie oskarżonego musi być poddane ocenom o charakterze obiektywnym¹². Nie

¹⁰ Podobnie zob. wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 19 lipca 2013 r., IV Ka 379/13, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>

¹¹ „Biuletyn Prawa Karnego” 2008, nr 9, poz. 42.

¹² Wyrok SA w Warszawie z 30 października 2013 r., II AKa 322/13, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>

można zatem opierać się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu oskarżonego, ale trzeba poddać składane przez niego oświadczenie wnikliwej analizie, w oparciu o pozostałe zgromadzone w sprawie dowody.

IV. W sprawach dotyczących przywłaszczenia majątku objętego wspólności ustawową małżeńską konieczne jest precyzyjne ustalenie wartości przywłaszczonego mienia. Wartość takiego mienia ma niezwykle istotne znaczenie dla wymiaru kary, a jednocześnie przekłada się na wysokość orzeczonego obowiązku naprawienia szkody. Nie można przy tym przyjąć, że kwestia ta jest zależna od wartości podanej czy to przez oskarżonego, czy też pokrzywdzonego, lecz wartość mienia będącego przedmiotem zaboru stanowi kategorię obiektywną. W wypadku skazania brak ustalenia wartości przywłaszczonego mienia byłby sprzeczny z art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., który nakazuje dokładne oznaczenie przypisanego przestępstwa. Jak słusznie zwraca się uwagę w orzecznictwie, sąd powinien precyzyjnie ustalić wartość przywłaszczonego mienia, przy uwzględnieniu okresu nabycia takiego mienia oraz stopnia jego zużycia¹³. Ustalenie wartości przywłaszczonego mienia powinno być dokonane na moment popełnienia czynu zabronionego. O ile ustalenie wartości przywłaszczonego mienia w wypadku, kiedy dotyczy ono konkretnej kwoty pieniędzy, nie powoduje w praktyce większych problemów, to już w wypadku innych rzeczy ruchomych może rodzić trudności. Niewątpliwie ustalenie wartości takich składników majątku dorobkowego wymaga posiadania wiadomości specjalnych, dlatego w tym celu należy zasięgnąć opinii biegłego rzeczoznawcy. W tym miejscu należy podkreślić, że jeżeli przywłaszczenie polegało na sprzedaży konkretnej rzeczy, o wartości takiej rzeczy nie będzie decydować

uzyskana cena sprzedaży, lecz wartość, która wynika z opinii biegłego, a która będzie odpowiadać rzeczywistej (rynkowej) wartości danej rzeczy. Przyjęcie innego rozwiązania prowadziłoby w sposób oczywisty do pokrzywdzenia współmałżonka, gdyż sprzedaż rzeczy za cenę istotnie odbiegającą od jej rzeczywistej wartości prowadziłaby w konsekwencji do wyrównania jedynie części szkody, którą poniósł. W sprawie zawisłej przed Sądem Apelacyjnym w Szczecinie (II AKA 235/12) sąd ten, ustalając wartość przywłaszczonego prawa własności nieruchomości, słusznie stwierdził, że nie ma w tym wypadku znaczenia kwota, za którą nieruchomość została zbyta, ale wartość prawa majątkowego, którą ustalili biegły, a odpowiadająca kwocie, którą biuro nieruchomości mogłoby uzyskać, zbywając nieruchomość na wolnym rynku¹⁴. Istotna jest także okoliczność, że wyrok skazujący z reguły nie wiąże sądu cywilnego w zakresie wysokości wskazanej przez sąd karny szkody. Wyjątek od tej zasady stanowią wypadki dotyczące prawomocnego skazania w postępowaniu sądowym karnym za zabór w celu przywłaszczenia lub za przywłaszczenie konkretnej rzeczy. Wówczas bowiem określona w wyroku karnym wartość rzeczy będącej przedmiotem zagarnięcia lub przywłaszczenia staje się elementem istoty przypisanego sprawcy przestępstwa i jako taka wiąże sąd w postępowaniu cywilnym (art. 11 k.p.c.).

Ze względu na to, że konsekwencją przywłaszczenia jest powstanie szkody majątkowej, powstaje problem związany z orzeczeniem na podstawie art. 46 k.k. środka karnego obowiązku naprawienia szkody. W sytuacji gdy w momencie orzekania obowiązku naprawienia szkody pomiędzy małżonkami nadal istnieje ustrój wspólności majątkowej, obowiązek ten powinien zostać orzeczony w ten sposób, że sąd zobowiązuje do zwrotu kwoty odpo-

¹³ Wyrok SO w Koszalinie z 1 października 2013 r., V Ka 364/13, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>. Podobnie odnośnie do konieczności ustalenia wartości przywłaszczonego mienia zob. wyrok SA w Warszawie z 1 lutego 2013 r., II AKA 414/12, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>

¹⁴ Wyrok SA w Szczecinie z 9 stycznia 2013 r., II AKA 235/12, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>

wiadającej całości przywłaszczonej rzeczy do majątku dorobkowego małżonków. Natomiast jeżeli pomiędzy małżonkami nie istnieje już w tym momencie ustrój wspólności, obowiązek naprawienia szkody powinien zostać zasądzony poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego kwoty odpowiadającej połowie wartości przywłaszczonego mienia. W przypadku majątku wspólnego małżonków zobowiązanie sprawcy przez sąd karny do zwrotu połowy wartości rzeczy znajduje swoje oparcie w art. 43 § 1 k.r.o. Zgodnie z powołanym powyżej przepisem małżonkowie mają równe udziały w majątku wspólnym. Przepis ten odnosi się do czasu po ustaniu wspólności, kiedy nie ma już majątku wspólnego, a więc ściśle rzecz biorąc, nie mogą istnieć udziały w „nieistniejącym” *de iure* majątku, natomiast w skład majątków należących do każdego z małżonków wchodzi „samodzielne” udziały we wszystkich przedmiotach, które w czasie wspólności tworzyły majątek wspólny. Udziały te mają postać ułamków o wartościach, co do zasady, liczbowych równych¹⁵.

W kontekście orzeczenia przez sąd obowiązku naprawienia szkody pojawia się również problem możliwości zastosowania tzw. klauzuli antykumulacyjnej. Należy podkreślić, że art. 415 § 5 k.p.k. dotyczy wyłącznie wypadków, kiedy roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania (postępowanie to musi się już toczyć) albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono. Przepis ten nie dotyczy zatem hipotetycznego postępowania, które dopiero może toczyć się pomiędzy stronami w przyszłości. Dodatkowo orzeczenie w postępowaniu karnym obowiązku naprawienia szkody będzie musiało zostać uwzględnione – zgodnie z art. 11 k.p.c. – w procesie rozliczeń między stronami, gdyby rzeczywiście doszło w przyszłości do podziału majątku dorobkowego. Nie ma więc obawy, że szkoda pokrzywdzonej zostanie naprawiona dwukrotnie, gdyż sąd cywilny będzie zmuszony uwzględnić rozstrzygnięcie zapadłe w postępowaniu karnym.

¹⁵ Zob. postanowienie SN z 13 września 2012 r., V CSK 408/11, LEX nr 1223738.

Sebastian Gajewski

GŁOSA DO WYROKU NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO Z 27 LUTEGO 2014 R., II GSK 1856/12¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

Wykładni art. 72 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo o adwokaturze należy dokonywać w ścisłym związku z treścią art. 4b ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Oznacza to, że art. 72 ust. 1 pkt 4 Prawa o adwokaturze nie odnosi się do wpisanego na listę adwokatów asystenta sędziego, który nie wykonuje zawodu adwokata².

1. Głosowane orzeczenie dotyczy wykładni przesłanki skreślenia z listy adwokatów określonej w art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a.³, który stanowi, że okręgowa rada adwokacka skreśla adwokata z listy adwokatów w wypadku objęcia stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości, organach ścigania lub rozpoczęcia wykonywania zawodu notariusza. W komentowanym wyroku Naczelny Sąd Administracyjny poruszył dwa zagadnienia związane z interpretacją przytoczonego przepisu. Po pierwsze, dopuszczalność kwalifikowania zatrudnienia na stanowisku asystenta sędziego jako objęcia stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości. Po drugie, możliwość skreślenia z listy adwokatów osoby wykonującej pracę asystenta sędziego, która uzyskawszy wpis na listę, nie podjęła czynności zawodowych. Kwestie te mają doniosłe znaczenie dla praktyki. Są one istotne nie tylko dla okręgowych rad ad-

wokackich, ale przede wszystkim dla znacznej grupy adwokatów niewykonyjących zawodu. W niniejszej glosie przedmiotem uwag będzie w szczególności drugi z wymienionych problemów.

2. Stan faktyczny głosowanego orzeczenia nie budzi wątpliwości. J. D. została wpisana na listę adwokatów, a następnie złożyła ślubowanie. Od tego czasu nie wykonywała jednak zawodu adwokata, pozostając zatrudniona na stanowisku asystenta sędziego. Właściwe organy samorządu adwokackiego, powołując się na art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a., uznały, że osoba zatrudniona w organach wymiaru sprawiedliwości jako asystent sędziego nie może równocześnie figurować na liście adwokatów, niezależnie od tego, że nie wykonuje ona zawodu. Z tego powodu J. D. została skreślona z listy adwokatów. Zdaniem organów samorządu zawodowego,

¹ LEX nr 1479992, „Rzeczpospolita” PCD 2014, nr 49, s. 2.

² Teza wyodrębniona przez autora glosy.

³ Ustawa z 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 635 ze zm.; dalej: p.a.

skoro podstawą skreślenia z listy adwokatów jest objęcie odpowiedniego stanowiska, to tym samym analogiczną podstawą jest jego zajmowanie. W ich ocenie wpis osoby uprzednio zatrudnionej jako asystent sędziego ma charakter warunkowy, a jego trwałość uzależniona jest od niezwłocznego rozwiązania stosunku pracy.

Wspomniane rozstrzygnięcia organów adwokatury zostały zakwestionowane przez wojewódzki sąd administracyjny, który – wskazując, że pracy w charakterze asystenta sędziego nie można kwalifikować jako objęcia stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości oraz że wspomniana przesłanka skreślenia z listy adwokatów nie odnosi się do adwokatów niewykonywujących zawodu – uchylił zaskarżone uchwały o skreśleniu J. D. z listy adwokatów.

3. W komentowanym orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny przyjął, że przewidziana przez art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a. przesłanka skreślenia z listy adwokatów nie znajduje zastosowania do adwokatów niewykonywujących zawodu. W ocenie Sądu sankcję w postaci skreślenia z listy adwokatów z powodu objęcia stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości należy odnieść do stanu równoczesnego wykonywania zawodu adwokata i pozostawania w stosunku pracy, a zatem zakazu, o którym mowa w art. 4b ust. 1 pkt 1 p.a.

Odnosząc się do stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na przyjęte przez ustawodawcę zróżnicowanie sytuacji prawnej adwokata wykonującego zawód od adwokata, który nie wykonuje czynności zawodowych. W ramach prawnomaterialnej regulacji zawodu adwokata można bowiem wyodrębnić trzy grupy uprawnień i obowiązków. Po pierwsze, odnoszące się wyłącznie do adwokatów wykonywujących zawód (np. obowiązek ubezpiecze-

nia od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności zawodowych – art. 8a ust. 2 p.a.). Po drugie, dotyczące jedynie adwokatów niewykonywujących zawodu (np. uprawnienie do udziału w wyborze delegatów na zgromadzenie izby adwokackiej – art. 39 pkt 1 p.a.). Po trzecie, odnoszące się do wszystkich adwokatów, a zatem osób, które uzyskały wpis na listę, bez względu na to, czy wykonują one zawód (np. obowiązek postępowania zgodnego z prawem, zasadami etyki i godności zawodu – art. 80 p.a.). Takie zróżnicowanie jest w dużej mierze konsekwencją wyraźnego odróżnienia nabycia prawa do wykonywania tego zawodu od podjęcia działalności w tym zakresie. Nabycie prawa do wykonywania zawodu adwokata następuje bowiem z chwilą uzyskania wpisu na listę adwokatów, natomiast podjęcie czynności zawodowych może nastąpić dopiero po złożeniu ślubowania (art. 5 p.a.) oraz wyznaczeniu siedziby zawodowej (art. 70 p.a.)⁴.

W kontekście problemu postawionego w głosowanym orzeczeniu należy więc w szczególności rozważyć, czy przedstawione zróżnicowanie odnosi się także – bezpośrednio lub pośrednio – do przesłanek skreślenia z listy adwokatów. Innymi słowy – chodzi o ustalenie, czy ustawodawca różnicuje stany faktyczne stanowiące podstawę skreślenia z listy adwokatów, wiążąc część z nich, w tym przewidzianą przez art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a., wyłącznie z wadliwym wykonywaniem zawodu, wyłączając tym samym ich zastosowanie względem osób, które nie podejmują czynności zawodowych adwokata.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że funkcją wpisu na listę adwokatów jest nie tylko przyznanie uprawnień zawodowych, a zatem autorytatywne potwierdzenie spełnienia wymagań kwalifikacyjnych i innych warunków dopuszczenia do zawodu⁵, ale także uzyska-

⁴ Zob. np. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z 16 grudnia 2008 r., II GSK 594/08; z 13 listopada 2013 r., II GSK 1007/12; z 27 lutego 2014 r., II GSK 1856/12; <http://orzeczenia.nsa.gov.pl> (dostęp: 18 stycznia 2015 r.).

⁵ Zob. D. Kijowski, *Uprawnienia zawodowe*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne materialne. System prawa administracyjnego*, t. 7, Warszawa 2012, s. 276.

nie statusu adwokata, czyli określonego zakresu uprawnień i obowiązków niezależnych od podjęcia czynności zawodowych, w tym – członkostwa w samorządzie zawodowym. Odpowiadają one podstawowym elementom publicznoprawnego statusu przedstawiciela zawodu zaufania publicznego. Wydaje się więc, że wprowadzenie możliwości zastosowania sankcji utraty prawa wykonywania zawodu względem adwokatów niewykonywujących zawodu rysuje się jako w pełni zasadne. Są to bowiem osoby, które nie tylko uzyskały uprawnienia zawodowe, ale także określony status publicznoprawny, z którym z kolei wiąże się – w okresie jego trwania – konieczność przestrzegania określonych, przewidzianych przez prawo wymogów, stanowiących o jego istocie.

Konstatacja ta tworzy niezbędne tło dla prawidłowej wykładni art. 72 ust. 1 p.a. Zgodnie z tym przepisem okręgowa rada adwokacka skreśla adwokata z listy adwokatów w wypadku: 1) śmierci; 2) wystąpienia z adwokatury; 3) przeniesienia siedziby zawodowej do innej izby adwokackiej; 4) objęcia stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości, organach ścigania lub rozpoczęcia wykonywania zawodu notariusza; 4a) podjęcia pracy w Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa; 5) powołania do wojskowej służby zawodowej; 7) utraty z mocy wyroku sądowego praw publicznych lub prawa wykonywania zawodu; 8) orzeczenia dyscyplinarnego o wydaleniu z adwokatury. Przepis ten formułuje katalog obligatoryjnych przesłanek skreślenia z listy adwokatów. Takie rozstrzygnięcie ma charakter konstytutywnego aktu administracyjnego, którego skutek sprowadza się do pozbawienia prawa wykonywania zawodu. Uprawnienie to jest przyznawane wskutek dokonania wpisu na listę adwokatów. Pozwala to przyjąć, że rygor skreślenia z listy adwokatów stosuje się zarówno do adwokatów wykonujących zawód, jak i niewykonywujących tego zajęcia. Skutek prawny tej sankcji odnosi się bowiem do uprawnienia, którego powstanie związane jest z wpisem na listę adwokatów, a nie z podjęciem czynności zawodowych ad-

wokata czy czynności następujących względem wpisu (ślubowanie, wyznaczenie siedziby). Takie ujęcie zakresu podmiotowego przewidzianej przez art. 72 ust. 1 p.a. sankcji umożliwi objęcie zakazami łączalności (art. 72 ust. 1 pkt 4–5 p.a.), które wynikają z katalogu przesłanek skreślenia z listy adwokatów wszystkich osób legitymujących się wpisem na listę adwokatów, a nie tylko adwokatów wykonujących zawód.

4. Konstatacji tej nie zmienia – wbrew stanowisku przyjętemu w glosowanym wyroku – treść art. 4b ust. 1 pkt 1 p.a. Przewiduje on bowiem wyraźnie, że adwokat nie może wykonywać zawodu, jeżeli pozostaje w stosunku pracy. Zakaz ten odnosi się więc jedynie do adwokatów wykonujących zawód, a nie znajduje zastosowania do pozostałych osób legitymujących się wpisem na listę adwokatów. Odwołuje się on bowiem do wykonywania zawodu, a nie posiadania prawa do podjęcia działalności w tym zakresie, które uzyskuje się z chwilą wpisu na listę adwokatów. Można więc przyjąć, że ustanowiony przez art. 4b ust. 1 pkt 1 p.a. zakaz ma inny zakres podmiotowy aniżeli te, które wynikają z art. 72 ust. 1 pkt 4–5 p.a. Za ich odrębnym charakterem przemawia zresztą okoliczność, że ustawodawca wiąże z ich naruszeniem różne sankcje. Trzeba bowiem zauważyć, że naruszenie zakazu przewidzianego w art. 4b ust. 1 pkt 1 p.a. nie stanowi bezpośredniej podstawy skreślenia z listy adwokatów. Taką stanowić będzie dopiero orzeczenie dyscyplinarne o wydaleniu z adwokatury (art. 72 ust. 1 pkt 8 p.a.), zapadłe w związku z naruszeniem wspomnianego zakazu, a należy pamiętać, że sankcja ta nie ma charakteru bezwzględnie oznaczonego. Jednoczesne wykonywanie zawodu adwokata i pozostawanie w stosunku pracy nie musi więc prowadzić – inaczej niż objęcie stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości (art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a.) – do wymierzenia kary wydalenia z adwokatury, a w konsekwencji do skreślenia z listy adwokatów. W tym sensie można przyjąć, że art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a. wprowadza

kwalfikowaną postać zakazu ustanowionego w art. 4b ust. 1 pkt 1 p.a., wiążąc z objęciem stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości surowszą i mającą szerszy zakres podmiotowy sankcję aniżeli z innym zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy. Wymienione zakazy mają więc odrębny charakter i nie ma podstaw normatywnych do – jak uczynił to Sąd w glosowanym orzeczeniu – łącznego ich traktowania.

Zaprezentowana wyżej wykładnia art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a. znajduje również uzasadnienie w konstrukcji zawodu zaufania publicznego. Obejmuje ona w szczególności system gwarancji zaufania do wszystkich przedstawicieli takich profesji, który opiera się na ustanowieniu wobec tych osób podwyższonych rygorów służących stworzeniu warunków zaistnienia relacji szczególnego zaufania zarówno między poszczególnymi usługobiorcami a osobami wykonującymi dany zawód, jak i między wszystkimi jego przedstawicielami a całym społeczeństwem⁶. Powinni oni bowiem ze względu na swoje znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania życia społecznego cieszyć się zaufaniem analogicznym do pożądanego wobec organów państwowych⁷. Konstrukcja zawodu zaufania publicznego obejmuje więc nie tylko wysokie wymogi kwalifikacyjne i etyczne, ale także ograniczenia dotyczące podejmowania dodatkowej aktywności zarobkowej, gwarantujące, że w odbiorze społecznym przedstawiciele tego zawodu będą postrzegani jako osoby niezależne. Do takich gwarancji należy zaliczyć zakaz wynikający z art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a. Warto jednak zauważyć, że jego funkcją jest nie tylko zabezpieczenie społecznego zaufania względem członków korporacji zawodowej adwokatów, ale także organów wymiaru sprawiedliwości. Trudno bowiem, by zachowywały one w odbiorze społecznym cechę bezstron-

ności w warunkach, gdy w wykonywaniu czynności związanych z procesem orzekania dopuszczalny byłby udział osób jednocześnie podlegających władztwu korporacji zawodowej, odnoszącemu się przecież do wszystkich osób legitymujących się wpisem na listę adwokatów, a nie tylko adwokatów wykonujących zawód.

5. W glosowanym orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny, uzasadniając swoje stanowisko, odwołał się także do wykładni systemowej, wskazując, że za przyjętą interpretacją art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a. przemawia treść art. 65 Konstytucji, który deklaruje wolność wyboru i wykonywania zawodu. Zdaniem Sądu wpis na listę adwokatów nie rodzi bowiem obowiązku wykonywania zawodu, ponieważ sprawę tę ustawodawca pozostawił wyłącznie woli adwokata. Z tych względów – w ocenie NSA – zakazu wynikającego z art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a. nie można odnosić do adwokatów niewykonywujących zawodu.

W odniesieniu do wolnych zawodów, w tym adwokata, w literaturze i orzecznictwie zwykło się przyjmować, że treścią przywołanej wolności jest stworzenie sytuacji prawnej, w której każdy będzie miał swobodny dostęp do wykonywania zawodu, uwarunkowany tylko talentem i kwalifikacjami, rzeczywistą możliwością wykonywania swojego zawodu, a przy podejmowaniu czynności w tym zakresie nie będzie poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują stosunek pracy⁸. Pozwala to przyjąć, że wolność wyboru i wykonywania zawodu realizuje się w pierwszej kolejności w sferze dostępu do zawodu, rozumianego jako zespół warunków niezbędnych do uzyskania uprawnień zawodowych, w mniejszym stopniu zaś – sposobu korzystania z nich. Wydaje się bowiem, że w odniesieniu do zawodów zaufania publicz-

⁶ Por. P. Sarnecki, *Artykuł 17*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe 2005, s. 1–2; M. Tabernacka, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2004, nr 62, s. 290; E. Tkaczyk, *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6, s. 65–66, 68.

⁷ Zob. M. Tabernacka, *Pojęcie*, s. 290.

⁸ Zob. L. Garlicki, *Art. 65*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja*, t. III, s. 5–6.

nego może on podlegać ściślejszej normatywnej reglamentacji, o ile znajduje ona uzasadnienie w wymogach płynących z ich szczególnej konstrukcji. Jak zaś już wskazano, interpretacja art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a. zakładająca, że wyrażona nim sankcja odnosi się do wszystkich osób legitymujących się wpisem na listę adwokatów, znajduje uzasadnienie w wymogach zaufania publicznego i – co nie mniej istotne – interesu wymiaru sprawiedliwości. W tym sensie można więc przyjąć, że nie narusza ona względów ochrony wolności wyboru i wykonywania zawodu, o której mowa w art. 65 Konstytucji. Konstatacja ta nabiera szczególnego znaczenia wobec faktu, że podstawowym celem wpisu na

listę adwokatów jest uzyskanie uprawnienia do wykonywania zawodu i podjęcie działalności w tym zakresie, a nie jedynie stwierdzenie posiadania określonych kwalifikacji. Świadczy o tym imperatywne sformułowanie zawarte w art. 70 p.a., zgodnie z którym po uzyskaniu wpisu na listę adwokatów, adwokat wyznacza (podkreślenie – S. G.) swoją siedzibę zawodową i zawiadamia o tym właściwą okręgową radę adwokacką. Nie można więc bez zastrzeżeń – jak uczynił to Sąd w glosowanym wyroku – przyjąć, że sprawę wykonywania zawodu po uzyskaniu wpisu ustawodawca pozostawił wyłącznie woli adwokata i z tych powodów stosować zwięźającą wykładnię art. 72 ust. 1 pkt 4 p.a.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W BIAŁYMSTOKU Z 28 LISTOPADA 2014 R., I ACA 538/14¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

Za rażąco naganne w rozumieniu art. 58 § 2 k.r.o. może być także uznane zachowanie takiego małżonka, który dopuścił się wobec domowników czynów wypełniających znamiona strony przedmiotowej przestępstwa, ale nie popełnił przestępstwa z uwagi na stwierdzoną niepoczytalność.

I. Komentowane orzeczenie zasługuje na analizę zarówno ze względu na sformułowaną w nim szczegółową tezę, dopuszczającą możliwość oceny zachowań podejmowanych przez osoby niepoczytalne w kategoriach „rażąco nagannego postępowania”, jak też – a może nawet przede wszystkim – z uwagi na praktyczne znaczenie takiej tezy dla osób dotkniętych niepoczytalnością, na gruncie ich uprawnienia do otrzymania lokalu socjalnego, po orzeczeniu ich eksmisji w trybie art. 58 § 2 k.r.o. Kolejnym argumentem przemawiającym za podjęciem analizy przedmiotowego orzeczenia jest brak w dotychczasowej literaturze pozycji odnoszących się do możliwości oceny zachowań osoby niepoczytalnej jako „rażąco nagannych”.

Zanim jednak nastąpi ustosunkowanie się do tych zagadnień, wypada w skrócie nakreślić okoliczności poprzedzające wydanie głosowanego orzeczenia, przy czym zaznaczyć trzeba, że stan faktyczny i rozważania prawne zostaną zarysowane w zakresie niezbędnym z punktu prowadzenia dalszych wywodów.

Powódka M. S. wniosła m.in. o rozwiązanie przez rozwód związku małżeńskiego zawartego z pozwanym E. Z. S. bez orzekania o winie, o powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi stron A. S., B. S. i M. S. powódce z jednoczesnym ustaleniem miejsca pobytu dzieci przy matce, zasądzenie świadczenia alimentacyjnego oraz orzeczenia eksmisji pozwanego z zajmowanego wspólnie mieszkania stron. Sąd Okręgowy w B. wyrokiem z 25 kwietnia 2014 r. rozwiązał przez rozwód związek małżeński stron bez orzekania o winie stron; wykonywanie władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi powierzył powódce, zawieszając władzę rodzicielską pozwanego, i orzekł o alimentach, nie uwzględnił jednakże tej części żądań pozwu, w jakiej powódka domagała się eksmisji pozwanego. W uzasadnieniu swojego orzeczenia Sąd Okręgowy podniósł m.in., że względem pozwanego nie zostały spełnione przesłanki z art. 58 § 2 zd. 2 k.r.o. warunkujące orzeczenie eksmisji. Zdaniem Sądu Okręgowego postępowanie dowodowe istotnie wpraw-

¹ Legalis nr 1182733.

dzie wykazało, że pozwany pod wpływem dręczącej go choroby przejawiał agresywne zachowania wobec powódki, a nawet toczyło się przeciwko niemu postępowanie karne w sprawie o usiłowanie zgwałcenia powódki, jednak – w ocenie Sądu Okręgowego – nie sposób pominąć, że pozwany w dacie wyrokowania przed sądem pierwszej instancji nie przebywał w mieszkaniu stron, lecz w szpitalu, z uwagi na orzeczony wobec niego środek zabezpieczający w postaci umieszczenia w zamkniętym zakładzie leczenia psychiatrycznego. Sąd Okręgowy w oparciu o powyższe zauważył, że w takim stanie rzeczy pozwany bez stosownej opinii lekarzy i zgody sądu nie może opuścić tego zakładu. Będzie to możliwe tylko wówczas, gdy nie będzie już zachodziło prawdopodobieństwo popełnienia przez niego zarzucanych mu czynów, a tym samym – gdy nie będzie on już stwarzał zagrożenia dla bliskich. W tym stanie rzeczy nie będzie zatem mowy o wypełnieniu przez pozwanego dyspozycji ww. regulacji poprzez uniemożliwienie wspólnego zamieszkiwania.

Od powyższego orzeczenia apelację w części wniosła powódka, domagając się w dalszym ciągu eksmisji E. Z. S. ze wspólnie zajmowanego przez strony mieszkania.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku przychylił się do żądania powódki, zaznaczając, że zgodnie z art. 58 § 2 zdanie drugie k.r.o. jedynie w wypadkach wyjątkowych, gdy jeden z małżonków swym rażąco nagannym postępowaniem uniemożliwia wspólne zamieszkanie, sąd może nakazać jego eksmisję. Dalej w uzasadnieniu Sąd podniósł, że naganność postępowania powinna cechować się bardzo wysokim stopniem intensywności. W tym kontekście odwołał się do orzecznictwa, w którym wskazuje się, że rażąco naganne postępowanie ma miejsce głównie wtedy, gdy stałe nadużywanie przez małżonka alkoholu, wywoływanie awantur i dopuszczanie się aktów przemocy stanowi za-

grożenie dla życia, zdrowia lub spokoju pozostałego małżonka i innych członków rodziny, zwłaszcza małoletnich dzieci². W ocenie Sądu Apelacyjnego zachowanie pozwanego swoim charakterem oraz intensywnością wpisuje się – biorąc pod uwagę zarzuty stawiane pozwanemu w postępowaniach karnych, które zostały ostatecznie umorzone wobec stwierdzenia przesłanki braku poczytalności – w ramy postępowania rażąco nagannego w rozumieniu art. 58 § 2 zd. 2 k.r.o. Dalej podkreślono, że pomimo braku stwierdzenia winy pozwanego w postępowaniu karnym uznano przecież, iż zachodziły wobec niego przesłanki do zastosowania środka zabezpieczającego, polegającego na umieszczeniu go w odpowiednim zamkniętym zakładzie psychiatrycznym (94 § 1 k.k.). W końcu Sąd Apelacyjny skonkludował, że pomimo braku elementu zawinienia z uwagi na niepoczytalność pozwanego jego postępowanie zasługiwało na dezaprobatę i z pewnością uniemożliwiałoby wspólne zamieszkiwanie, stanowiąc realne zagrożenie dla powódki i małoletnich córek stron.

Ponadto orzekając o eksmisji pozwanego ze wspólnego mieszkania stron, Sąd Apelacyjny odwołał się do ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2014 r. poz. 150). Sąd Apelacyjny wskazał bowiem, że zgodnie z art. 17 przywołanej ustawy przepisów art. 14 i 16 nie stosuje się, gdy powodem opróżnienia lokalu jest stosowanie przemocy w rodzinie lub wykracanie w sposób rażący lub uporczywy przeciwko porządkowi domowemu albo niewłaściwe zachowanie czyniące uciążliwym korzystanie z innych lokali budynku, albo gdy zajęcie lokalu nastąpiło bez tytułu prawnego. Zatem – w ocenie Sądu Apelacyjnego – skoro przyczyną eksmisji pozwanego było jego rażąco naganne postępowanie, przejawiające się stosowaniem – w stanie niepoczytalności

² Por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 13 stycznia 1978 r. – wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie orzekania w wyroku rozwodowym o wspólnym mieszkaniu zajmowanym przez małżonków oraz o podziale majątku wspólnego, III CZP 30/77, OSNC 1978, nr 3, poz. 39.

– przemocy domowej, to nie przysługuje mu prawo do otrzymania lokalu socjalnego.

Sąd Apelacyjny wskazał również, że orzeczeniu eksmisji jednego z małżonków w wyroku rozwodowym nie stoi na przeszkodzie faktyczne odseparowanie stron w chwili wydawania orzeczenia, polemizując tym samym z uzasadnieniem Sądu pierwszej instancji. Powyższe stanowisko skład orzekający oparł na wyroku Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 1998 r. (II CKN 329/98).

II. Analizując uzasadnienie komentowanego orzeczenia, nie sposób zgodzić się z zaproponowanym przez Sąd podejściem do problemu. *Primo loco* zaznaczyć trzeba, że argumentacja przedstawiona przez skład orzekający wydaje się być oderwana od rzeczywistości, zasad doświadczenia życiowego, stanowi nieuzasadnioną rozszerzającą interpretację art. 58 § 2 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego³ i przejaw błędnego zastosowania art. 17 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego⁴. Ponadto zaryzykować można pogląd, że stoi w opozycji do praw i wolności gwarantowanych przez ustawę zasadniczą.

Podjmując polemikę z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, w pierwszej kolejności należy rozważyć, czym jest „rażąco naganne postępowanie”, o jakim mowa w art. 58 § 2 k.r.o., i czy rzeczywiście takie postępowanie może pochodzić od osoby niepoczytalnej. Przypomnieć w tym miejscu trzeba, że przywołana norma stanowi, iż „jeżeli małżonkowie zajmują wspólne mieszkanie, sąd w wyroku rozwodowym orzeka także o sposobie korzystania z tego mieszkania przez czas wspólne-

go w nim zamieszkiwania rozwiedzionych małżonków. W wypadkach wyjątkowych, gdy jeden z małżonków swym rażąco naganym postępowaniem uniemożliwia wspólne zamieszkiwanie, sąd może nakazać jego eksmisję na żądanie drugiego małżonka. (...)”. Wykładnia językowa powyższego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że warunkiem *sine qua non* orzeczenia w toku postępowania rozwodowego eksmisji jednego z małżonków – oprócz zgłoszenia takiego żądania przez drugiego małżonka – jest jego rażąco naganne postępowanie, które to dodatkowo musi uniemożliwiać wspólne zamieszkiwanie. Sama eksmisja w powyższym trybie może mieć miejsce jedynie „wyjątkowo”. Zwraca uwagę także okoliczność, że ustawodawca odwołał się nie do „postępowania naganego”, lecz do „rażąco naganego”, podkreślając tym samym intensywność negatywnego zabarwienia tych zachowań. Celem ustawodawcy, który ukształtował omawianą normę w taki sposób, niewątpliwie było z jednej strony zapewnienie środka ochrony dla małżonka, w którego jest wymierzone rażąco negatywne postępowanie, z drugiej zaś strony ustanowienie swoistej sankcji – w ogólnym znaczeniu tego słowa – dotyczącej osoby dopuszczającej się takich zachowań.

W doktrynie – na płaszczyźnie art. 58 § 2 k.r.o. – zauważono, że rażąco naganne zachowanie może sprowadzać się zarówno do zachowania godzącego w dobra osobiste, jak i majątkowe domowników⁵. W określonych sytuacjach za przejaw tego postępowania można uznać nadużywanie alkoholu czy też wypalanie dużej ilości papierosów⁶. Orzecznictwo z kolei podniosło, że o rażącej naganności przesądza rodzaj naruszeń i charakter

³ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 1964 r. nr 9, poz. 59 z późn. zm.), dalej: k.r.o.

⁴ Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2001 r. nr 71, poz. 733 z późn. zm.), dalej: u.o.p.l.

⁵ K. Krzekotowska, *Ochrona posesoryjna w stosunkach między małżonkami na tle korzystania z mieszkania*, NP 1976, nr 10, s. 1387.

⁶ M. Manowska, *Komentarz do art. 58 k.r.o.*, (w:) J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa: LexisNexis 2014, s. 545.

dóbr, w które godzi postępowanie pozwanego⁷, jak również że rażąco naganne postępowanie jednego z małżonków z reguły jest konsekwencją przypisania temu małżonkowi wyłącznej winy za rozkład pożycia małżeńskiego, o ile oczywiście spełniona jest dalsza przesłanka, tj. aby owo rażąco naganne postępowanie uniemożliwiało wspólne zamieszkiwanie⁸. Niewątpliwie omawiana norma wyraża zasadę prymatu dóbr osobistych, którym w określonych sytuacjach muszą ustąpić dobra majątkowe⁹.

Zauważyć trzeba jednak, że wyrażenie „rażąco naganne postępowanie” występuje także w innych aktach prawnych, w tym w ustawie o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego, także zastosowanej w głosowanym orzeczeniu. Mianowicie art. 13 ust. 2 wymienionej ustawy dopuszcza „(...) eksmisję małżonka, rozwiedzionego małżonka lub innego współlokatora tego samego lokalu, jeżeli ten swoim rażąco nagannym postępowaniem uniemożliwia wspólne zamieszkiwanie”¹⁰. Na tle tej normy zaznacza się, że naganność zachowania musi przybierać postać kwalifikowaną, być uporczywe (częste, wielokrotne, powtarzające się) lub rażąco naganne – o dużym nasileniu złej woli, szczególnie szkodliwe ze względu na charakter naruszeń norm¹¹. Podkreślić należy, że

podobnie „rażąco naganne postępowanie” jest rozumiane chociażby w kontekście odwołania umowy darowizny, gdzie dodatkowo zwraca się uwagę na element złej woli¹².

Przywołane akty wprawdzie pełnią różną rolę w systemie prawa i różna jest ich funkcja, to jednak przyjęć trzeba, że racjonalny ustawodawca na gruncie całego systemu prawnego nadaje temu samemu wyrażeniu, używanemu w różnych aktach, możliwie identyczne znaczenie. Toteż całość powyższych wywodów każe przyjąć, że z rażąco negatywnym postępowaniem małżonka mamy styczność w sytuacji, gdy ten swoim zachowaniem narusza określone dobro (osobiste, majątkowe), charakter tego naruszenia jest zaś na tyle negatywny i intensywny oraz nacechowany złą wolą, że uniemożliwia (a nie tylko utrudnia) dalsze wspólne zamieszkiwanie. W tych warunkach nie sposób przyjąć, aby adresatem omawianej normy był zatem małżonek, który swoją świadomością nie obejmuje znaczenia podejmowanych zachowań.

III. W tym miejscu należy zastanowić się nad relacją zachodzącą pomiędzy „rażąco nagannym postępowaniem” a jego przyczyną. W omawianym kontekście zasadnicze znaczenie należy przyznać stanowisku Sądu Najwyższego, które zostało wyrażone w wyroku

⁷ Tak Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 18 grudnia 2013 r., I ACa1342/13, Legalis nr 1092680.

⁸ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 11 lutego 1997 r., II CKN 56/96, LEX nr 1027160.

⁹ A. Doliwa, *Prawo mieszkaniowe: komentarz*, wyd. 4, Warszawa: C.H. Beck. 2012, s. 240.

¹⁰ Wyjaśnić trzeba, że zakres podmiotowy art. 13 ust. 2 u.o.p.l. jest szerszy od zakresu przedmiotowego art. 58 § 2 k.r.o. Pierwsza z wymienionych norm pozwala żądać eksmisji małżonkowi oraz rozwiedzionemu małżonkowi, samo żądanie może być wymierzone również w inną osobę pozostającą w wspólnym zamieszkiwaniu. Z kolei druga z wymienionych norm ma zastosowanie tylko w sprawie o rozwód, i to jedynie w sytuacji, gdy sąd uwzględni powództwo rozwodowe, a więc obejmuje tylko roszczenie o eksmisję jednego małżonka przeciwko drugiemu, które może być uwzględnione jedynie w razie orzeczenia rozwodu i tylko w odniesieniu do współmałżonka.

¹¹ R. Dzięczek, *Ochrona praw lokatorów, dodatki mieszkaniowe: komentarz, wzory pozwów*, Warszawa: LexisNexis 2005, s. 91.

¹² Tak m.in. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 2 sierpnia 2012 r., VI ACa 423/12, Legalis nr 740991, z tezą: „Art. 898 § 1 k.c. wymaga jako przesłanki skuteczności odwołania darowizny wykazania rażącej niewdzięczności obdarowanego. Nie może być to zatem wyłącznie zwykła niewdzięczność, lecz musi to być działanie nacechowane nasileniem złej woli nakierowane na wyrządzenie krzywdy darczyńcy. W niniejszym postępowaniu nie wykazano, aby działanie pozwanego było nacechowane taką złą wolą i zamiarem wyrządzenia powódce krzywdy”. Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 17 kwietnia 2013 r., I ACa 236/13, LEX nr 1313336, z tezą: „Pojęcie niewdzięczności wymaga więc analizy motywów określonych zachowań obdarowanego”.

z 6 maja 1981 r.¹³, gdzie wskazano, że „postępowanie małżonka, które stanowi zagrożenie dla spokoju i zdrowia pozostałego małżonka czy małoletniego dziecka może być uznane za rażąco naganne w rozumieniu art. 58 § 2, zd. 2 k.r.o. dopiero wtedy, kiedy obciąża go nie tylko postępowanie stanowiące zagrożenie dla spokoju i zdrowia wspomnianej osoby (wspomnianych osób), lecz także – przyczyna tego postępowania”. Cytowane orzeczenie wyraźnie akcentuje, że oceny, czy zachowanie małżonka rzeczywiście jest „rażąco naganne”, należy każdorazowo dokonać z uwzględnieniem przyczyny tego postępowania.

W stanie faktycznym ustalonym przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku na potrzeby glosowanego orzeczenia wskazano, że pozwany dopuszczał się wobec powódki czynów karalnych. Jednakże do owych zachowań dochodziło w stanie jego niepoczytalności, co zgodnie z zasadami prawa karnego wyłączało winę pozwanego¹⁴. Również na gruncie prawa cywilnego brak możliwości świadomego i swobodnego powzięcia decyzji i wyrażenia woli wyłącza odpowiedzialność za szkody w tym stanie wyrządzone¹⁵. O ile zatem można mówić o naganności (lub nawet rażącej naganności) pewnych czynów w odbiorze społecznym, o tyle w całym systemie prawnym funkcjonują normy wyraźnie wpływające na odpowiedzialność sprawcy za czyny popełnione w takim stanie.

Powiązując stopień sprawności psychicznej pozwanego z tezą wyżej przywołanego orzeczenia Sądu Najwyższego, należy postawić pytanie o możliwość zakwalifikowania zachowania pozwanego w kategoriach „rażąco naganne postępowania”, skoro czynów składających się na owo postępowanie dopuszczał się w stanie niepoczytalności. Nie budzi wątpliwości ich naganność w ujęciu społecznym, moralnym. Wydaje się jednak, że brak jest uza-

sadnienia prawnego dla dokonania takiej interpretacji „rażąco naganne postępowania”, jakiej dokonał Sąd Apelacyjny w Białymstoku. Pozwany nie miał bowiem świadomości znaczenia swoich czynów i nie mógł pokierować swoim postępowaniem. Uznanie przez skład orzekający, że jakiegokolwiek zachowanie podejmowane w tych warunkach jest – w ujęciu prawnym – „rażąco naganne”, stanowi nieuprawnioną rozszerzającą interpretację art. 58 § 2 k.r.o.

Przyjąć można, że celem, jaki przyświecał Sądowi Apelacyjnemu w Białymstoku orzekającemu o dopuszczalności eksmisji pozwanego, było zapewnienie ochrony powódce i dzieciom stron. Jednakże Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z 27 października 2006 r.¹⁶ wskazał, że „regulacja z art. 58 § 2 k.r.o. dotycząca orzekania o eksmisji jednego z małżonków ma niewątpliwie charakter regulacji szczególnej, gdyż problematyka odnosząca się do eksmisji została uregulowana szerzej niż tylko w stosunkach między małżonkami. Podkreśla to jednoznacznie także samo brzmienie tego przepisu poprzez stwierdzenie, że możliwość orzeczenia eksmisji na jego podstawie zachodzi «wyjątkowo». Zasadą jest zaś, że przepisy szczególne normujące określone stosunki – właśnie na zasadzie wyjątku, nie powinny być interpretowane w sposób rozszerzający. Rozwiązania szczególne, odnoszące się do określonych przez ustawodawcę sytuacji, nie powinny być zatem przenoszone w drodze analogii do oceny innych stosunków, uregulowanych już w oparciu o przepisy ogólne. Istnieją zaś tego rodzaju przepisy, które pozwalają dochodzić eksmisji rozwiedzonego małżonka bez stosowania art. 58 § 2 k.r.o.”. Zacytowane orzeczenie Sądu Najwyższego zasługuje na pełną aprobatę. Podkreślić trzeba, że instytucja eksmisji na podstawie art. 58 § 2 k.r.o. wymierzona jest w tego małżonka, któ-

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 1981 r., III CRN 69/81, Legalis nr 22606.

¹⁴ Zob. art. 31 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 z późn. zm.

¹⁵ Zob. art. 425 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 z późn. zm.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 27 października 2006 r., I CSK 190/06, Legalis nr 161061.

ry swoim rażąco nagannym postępowaniem czyni niemożliwym dalsze wspólne zamieszkiwanie. Jednakże, jak podniesiono powyżej, jej adresatem jest osoba obejmująca swoją świadomością i wolą znaczenie podejmowanych działań. Skoro pozwany takich cech – z uwagi na swoją niepoczytalność – nie posiadał, to nie sposób przyjąć, aby jego zachowanie było „rażąco naganne” w rozumieniu wielokrotnie przywoływanego już art. 58 § 2 k.r.o. Z tego powodu orzeczenie o eksmisji należy ocenić jako błędne, niedopuszczalne w świetle stanu faktycznego.

Wypada również podkreślić, że zasadnie Sąd Najwyższy wskazał – w przywołanym powyżej orzeczeniu – wyjątkowy charakter omawianej normy i zaznaczył, że istnieją przepisy umożliwiające eksmisję małżonka bez potrzeby odwoływania się do art. 58 § 2 k.r.o.¹⁷ Z własnej inicjatywy pragnę z kolei podnieść, że domaganie się eksmisji niepoczytalnego małżonka można kwalifikować jako żądanie naruszające prawa podmiotowe. Wyrażony pogląd znajduje uzasadnienie w treści wyroku Sądu Najwyższego z 8 maja 2014 r.¹⁸, w którym wskazano, że „odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania”, jak również w wyroku Sądu Najwyższego z 14 kwietnia 2014 r.¹⁹, gdzie podniesiono, że „przepis art. 5 k.c. ustanawia zakaz korzystania z praw podmiotowych sprzecznie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa lub zasadami współżycia społecznego. Klauzula ta ma szczególny charakter; przelamuje zasadę, że wszystkie prawa podmiotowe korzystają z ochrony prawnej, toteż jej zasto-

sowanie musi być uzasadnione okolicznościami rażącymi i nieakceptowanymi”. W stanach faktycznych tożsamy do stanu aktualnego w glosowanym orzeczeniu należałoby zatem rozważyć, czy właściwszym żądaniem, z jakim należy wystąpić, nie jest ubezwłasnowolnienie niepoczytalnego małżonka, a następnie umieszczenie go w placówce Domu Pomocy Społecznej, gdzie zostanie zapewniona mu fachowa opieka.

IV. Skład orzekający podniósł, że Sąd Najwyższy w wyroku z 11 sierpnia 1998 r.²⁰ dopuścił możliwość orzeczenia eksmisji w sytuacji, w której rażąco naganne zachowanie się małżonka wobec drugiego z małżonków już ustaliło, w dalszym ciągu istnieje jednak zagrożenie wystąpienia takiego zachowania. Przywołane stanowisko Sądu Najwyższego co do zasady zasługuje na aprobatę, jednakże powyższe orzeczenie zostało wydane w odmiennym stanie faktycznym, w żadnej mierze nieodnoszącym się do sytuacji małżonka niepoczytalnego. Z tego też powodu odniesienie w glosowanym orzeczeniu stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z 11 sierpnia 1998 r. do oceny zachowania małżonka niepoczytalnego uznać należy za chybione.

V. Wypada zauważyć, że orzeczenie o dopuszczalności eksmisji małżonka niepoczytalnego może przesądzić negatywnie o jego pozycji procesowej w toku postępowania prowadzonego w przedmiocie podziału majątku. Wprawdzie tego rodzaju rozstrzygnięcie (tj. nakazanie eksmisji w trybie art. 58 § 2 k.r.o.) jest rozstrzygnięciem o charakterze tymczasowym, niewyłączającym prawa majątkowego eksmitowanego małżonka i niewykluczającym przyznania tego lokalu eksmitowanemu małżonkowi w trakcie postępowania dotyczącego

¹⁷ Tytułem przykładu można wskazać art. 11a ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. nr 180, poz. 1493 z późn. zm.), ale tylko pod warunkiem odniesienia dyspozycji wskazanego artykułu do poczytalnego sprawcy przemocy w rodzinie.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 8 maja 2014 r., V CSK 322/13, Legalis nr 1061022.

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 14 kwietnia 2014 r., III CSK 178/13, Legalis nr 1048618.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 1998 r., II CKN 329/98, Legalis nr 188129.

podziału majątku²¹, jednakże w doktrynie pojawiły się głosy słusznie zwracające uwagę na praktyczną doniosłość orzeczenia eksmisyjnego opartego na art. 58 § 2 k.r.o., podnoszące, że rzeczywiste szanse eksmitowanego małżonka na uzyskanie prawa do lokalu mogą być znacznie mniejsze w porównaniu z sytuacją, w której zajmowałby dotychczasowe mieszkanie²².

VI. Głosowanym orzeczeniem sąd nie tylko orzekł o eksmisji pozwanego, ale odmówił mu także prawa do lokalu socjalnego. Powyższe stanowisko skład orzekający jednak przyjął, argumentując, że zgodnie z art. 17 u.o.p.l. przepisów art. 14 (orzeczenie o lokalu socjalnym) i 16 (ochrona eksmitowanych) tej ustawy nie stosuje się, m.in. gdy powodem opróżnienia lokalu jest stosowanie przemocy w rodzinie.

Takie rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku należy oceniać przez pryzmat błędnego zastosowania art. 17 u.o.p.l. Głosowane orzeczenie zwięździło bowiem sprawę, w toku której po stronie pozwanej wystąpił nie sprawca przemocy w rodzinie, lecz niepoczytalny małżonek, tj. osoba nieobejmująca swoją świadomością znaczenia i zabarwienia podejmowanych zachowań. Warto zauważyć, że legalną definicję „przemocy w rodzinie” zawiera art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie²³, który stanowi, że przez przemoc w rodzinie „należy rozumieć jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste osób wymienionych w pkt 1, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moral-

ne u osób dotkniętych przemocą”. Istotne jest, że także i w tym miejscu zwraca się uwagę na umyślne zachowania sprawcy. Przytoczona definicja jest kolejnym argumentem przemawiającym za słusnością poczynionych w niniejszej glosie wywodów. Skoro bowiem w ocenie składu orzekającego „rażąco naganne postępowanie” niepoczytalnego małżonka przejawiało się w jego agresywnych zachowaniach, które na gruncie art. 17 u.o.p.l. zakwalifikowano również jako zachowania dowodzące stosowania przez pozwanego przemocy w rodzinie, to zauważyć jednak trzeba, że niepoczytalność pozwanego nie mogła iść w parze z umyślnością tych jego zachowań, o jakiej mowa w zaprezentowanej powyżej definicji legalnej „przemocy w rodzinie”.

Zatem, jak wskazano powyżej, orzeczenie eksmisji pozwanego nie miało – w takich warunkach – uzasadnienia prawnego. Jednakże konsekwencją powyższego błędu było podjęcie przez skład orzekający rozważań w przedmiocie zasadności przyznania pozwanemu uprawnienia do lokalu socjalnego.

VII. Abstrahując już od braku zasadności orzekania – w odniesieniu do ustalanego w głosowanym orzeczeniu stanu faktycznego – eksmisji niepoczytalnego małżonka i idącego za tym braku podstawy do odnoszenia się w głosowanym orzeczeniu do zagadnienia związanego z uprawnieniem pozwanego do lokalu socjalnego, należy jeszcze pochylić się nad pytaniem, czy gdyby zachowanie niepoczytalnego małżonka mogło być kwalifikowane jako „rażąco naganne postępowanie”, to zasadne byłoby orzekanie o braku uprawnienia do lokalu socjalnego wobec takiej osoby.

Udzielając na nie odpowiedzi, wskazane jest odwołanie się w pierwszej kolejności do

²¹ M. Manowska, *Komentarz do art. 58 k.r.o.*, s. 546; B. Czech, *Komentarz do art. 58 k.r.o.*, (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa: LexisNexis 2011, s. 536; J. Pietrzykowski, *Komentarz do art. 58 k.r.o.*, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa: C. H. Beck 2012, s. 575.

²² T. Sokołowski, *Komentarz do art. 58 k.r.o.*, (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer 2010, s. 523–242.

²³ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. z 2005 r. nr 180, poz. 1493 z późn. zm.).

stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, które zostało wyrażone w wyroku z 4 kwietnia 2001 r.²⁴, gdzie podkreślono, że „brak minimalnych gwarancji służących zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych dla osób znajdujących się w trudnej sytuacji życiowej i materialnej, wobec których orzeczono nakaz eksmisji, jest nie do pogodzenia z wyrażoną w art. 30 Konstytucji zasadą poszanowania i ochrony godności człowieka”. Oczywiście jest przy tym, że przywołany przez Trybunał katalog okoliczności godzących w zasadę godności człowieka ma charakter otwarty, a przez jego pryzmat należałoby również interpretować brak minimalnych gwarancji służących zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych niepozytywnego małżonka, eksmitowanego z dotychczas zajmowanego lokalu w trybie art. 58 § 2 k.r.o. Taka wykładnia koresponduje ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego zaprezentowanym w wyroku z 4 listopada 2010 r.²⁵, w którym zaznaczono, że „(...) normy konstytucyjne i normy prawa międzynarodowego wymagają, aby podmiotom znajdującym się w szczególnej sytuacji osobistej, rodzinnej lub materialnej, wobec których orzeczono nakaz eksmisji, udzielono przynajmniej minimalnych gwarancji służących zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych”, jak również z podejmowanymi w doktrynie próbami zdefiniowania „godności człowieka”, gdzie wskazuje się, że „godność człowieka” występuje jako prawo podmiotowe człowieka niezależne od jego kwalifikacji, stanu psychofizycznego lub od aktualnej sytuacji życiowej²⁶. W rezultacie poczynionych wywodów wyrazić należy zatem pogląd, że orzeczenie eksmisji bez prawa do lokalu socjalnego wobec osoby pozbawionej zdolności prawidłowej oceny własnego czynu jawi się jako rozstrzygnięcie będące *contra praescriptum* kreującemu przywołaną zasadę konstytucyjną.

Niezależnie od powyższej oceny trzeba

także zauważyć, że polska ustawa zasadnicza wyraża w art. 75 zasadę pomocy w zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych obywateli. Na jej gruncie Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z 30 października 2001 r.²⁷ podniósł, że przepis art. 75 ust. 2 Konstytucji RP „nakazuje ustawodawcy zapewnić każdemu lokatorowi (a nie tylko najemcy) ochronę przed groźbą bezdomności przez zapewnienie stabilności (ale nie absolutnej nienaruszalności) nabytego legalnie tytułu prawnego do zajmowanego mieszkania”. Nie sposób zatem przyjąć, aby ustawodawca, realizując przywołany nakaz Trybunału, tworzył instrumenty prawne umożliwiające eksmisję osoby niepozytywnej bez przyznania jej lokalu zastępczego, tym samym stawiając ją przed groźbą bezdomności. Takie działanie byłoby bowiem działaniem *contra legem*.

Rebus sic stantibus odpowiedź na pytanie postawione w przedmiocie zasadności nakazania niepozytywnemu małżonkowi (wykazującemu zachowania kwalifikowane jako „rażąco naganne”) opróżnienia lokalu mieszkalnego bez przyznania lokalu socjalnego musi być negatywna. Zasady konstytucyjne jednoznacznie negują ustrojową dopuszczalność takiej eksmisji.

Z uwagi na powyższą konkluzję pragnę zauważyć, że w nauce słusznie zwraca się uwagę, iż zmiana art. 17 u.o.p.l. dokonana w dniu 16 listopada 2011 r. faktycznie pozbawiła możliwości przyznania prawa do lokalu socjalnego małżonkowi eksmitowanemu na podstawie art. 58 § 2 k.r.o., a to z uwagi na trudności dotyczące odnalezienia sytuacji, w której rażąco naganne postępowanie małżonka, uniemożliwiające wspólne zamieszkiwanie, nie będzie wyczerpywało którejs z przesłanek art. 17 u.o.p.l.²⁸ Jednakże w mojej ocenie możliwe i pożądane jest przyjęcie, że przykładem owej sytuacji może być właśnie pozycja niepozytywnego małżonka.

²⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 kwietnia 2001 r., K 11/00, Legalis nr 49672.

²⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 listopada 2010 r., K 19/06, Legalis nr 258407.

²⁶ M. Granat, *Godność człowieka z art. 30 Konstytucji RP jako wartość i jako norma prawna*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 8, s. 16.

²⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 października 2001 r., K 33/00, Legalis nr 50917.

²⁸ M. Manowska, *Komentarz do art. 58 k.r.o.*, s. 549.

VIII. Głosowane orzeczenie wymaga analizy również na gruncie innej konstytucyjnej zasady, tj. zasady prawa do sądu, wyrażonej w art. 45 ust. 1 Konstytucji, który stanowi, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. W nauce prawa konstytucyjnego podkreśla się, że podstawą orzeczenia mogą być tylko obiektywne argumenty wynikające z tego, co było przedmiotem postępowania przed sądem²⁹. W przeciwnym razie skład orzekający spotka się z zarzutem braku bezstronności, jako kierujący się emocjami. Oczywiście jest przy tym, że sędzia ma prawo do emocji, nie mogą jednak one wpływać na treść orzeczenia³⁰. Wymóg bezstronności jest integralnym elementem prawa do sądu³¹.

W realiach głosowanego orzeczenia zaprezentowany przez skład orzekający *modus probandi* każe wysunąć uzasadnione pytanie, czy Sądem Apelacyjnym nie kierowała w głównej mierze chęć udzielenia swoistej ochrony stronie powodowej. Od sądu oczekiwać należy *maximo cum studio*, a wszelkie uchybienia od tej zasady mogą stanowić równocześnie naruszenie konstytucyjnej zasady prawa do sądu.

IX. Zanegowawszy rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, należy zastanowić się nad ewentualnie właściwym modelem postępowania w zarysowanym na wstępie stanie faktycznym. Za bezsporne uznać bowiem należy, że odseparowanie małżonka agresywnego od rodziny jest działaniem pożądanym. Jeśli więc brak argumentów przemawiających za możliwością takiego oddzielenia – w odniesieniu do małżonka niepoczytalnego – w trybie przewidzianym w art. 58 § 2 k.r.o., to postawić należy pytanie o możliwość skorzystania z innego instrumentu prawnego.

W mojej ocenie rozwiązaniem powyższej

kwestii nie będzie dyspozycja art. 11a ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, a to z uwagi na odwołanie się przez powyższą ustawę – o czym już była mowa – do umyślności przy podejmowaniu agresywnych zachowań. Zasadne jest zatem wysunięcie postulatów *de lege ferenda*. W tym zakresie pomocna wydaje się określona w art. 755 k.p.c. instytucja zabezpieczeń tzw. roszczeń niepieniężnych. Być może właściwa byłaby taka nowelizacja wymienionej instytucji, która umożliwiłaby skonstruowanie wniosku zabezpieczającego w sposób pozwalający – w realiach postępowania rozwodowego – na czasowe umieszczenie małżonka (co do poczytalności którego można mieć uzasadnione wątpliwości) w zakładzie leczniczym w celu jego obserwacji psychiatrycznej. Przedmiotowa obserwacja byłaby podstawą rozstrzygnięcia o stanie zdrowia psychicznego obserwowanego. Abstrahując już od samych wymagań stawianych na gruncie postępowania cywilnego wnioskowi o udzielenie zabezpieczenia, podnieść trzeba, że w przypadku uznania agresywnego małżonka za poczytalnego oczywiście byłoby dalsze prowadzenie postępowania według obecnie obowiązujących regulacji.

W przypadku jednak, gdyby poczyniona obserwacja dostarczyła materiału uzasadniającego uznanie agresywnego małżonka za niepoczytalnego, wskazane byłoby ustawowe zobligowanie prokuratora właściwego ze względu na miejsce zamieszkania agresywnego małżonka do wystąpienia do sądu z wnioskiem o ubezwłasnowolnienie częściowe lub całkowite takiej osoby i umieszczenie jej – również na czas trwania postępowania – w odpowiednim domu opieki. Rozwiązanie, które w pewnych granicach można uznać za podobne, funkcjonuje już na gruncie postępowania karnego (art. 203 k.p.k.), orzeczenie zaś o umieszczeniu agresywnego i niepoczytalnego

²⁹ J. Gołaczyński, A. Krzywonos, *Prawo do sądu*, (w:) B. Banaszek, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa: C.H. Beck 2002, s. 735.

³⁰ Tamże, s. 735–736.

³¹ B. Banaszek, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2012, s. 290.

go małżonka w domu opieki zastępowałoby orzeczenie eksmisyjne.

X. Podsumowując powyższe rozważania, należy podnieść, że przytoczone argumenty przemawiają za dyskusyjnością stanowiska zaprezentowanego przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku w głosowanym wyroku. Wykładnia art. 58 § 2 k.r.o. w żaden sposób nie pozwala na

przyjęcie, aby wspomniane tam „rażąco naganne postępowanie” można było odnieść do oceny postępowania małżonka niepoczytalnego. Raz jeszcze trzeba podkreślić, że takie stanowisko stanowi nieuzasadnioną rozszerzającą interpretację art. 58 § 2 k.r.o. Wypada wyrazić nadzieję, że pogląd płynący z głosowanego orzeczenia nie stanie się poglądem dominującym przy rozstrzygnięciu tego rodzaju stanów faktycznych.

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 4 MARCA 2015 R., IV KO 98/14¹

Teza głosowanego postanowienia brzmi:

We wspólnym pożyciu pozostają, poza oczywistym domniemaniem wynikającym z instytucji małżeństwa, osoby niezwiązane węzłem małżeństwa, o ile połączone są więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą, jak też osoby, pomiędzy którymi z racji wspólnego długotrwałego życia i przyjęcia określonego modelu tego życia doszło do zawiązania relacji tożsamych z najbliższymi relacjami rodzinnymi, o których mowa w art. 115 § 11 k.k., np. relacji występujących między rodzicami i dziećmi bądź między rodzeństwem.

W postanowieniu z 4 marca 2015 r. Sąd Najwyższy dokonał wykładni terminu „osoba najbliższa”, uznając, że w pojęciu tym mieszczą się w zasadzie wszystkie osoby, między którymi doszło do nawiązania relacji tożsamych z najbliższymi relacjami rodzinnymi, a więc np. osoby, których relacje zbliżone są do relacji między rodzicami a dziećmi, czy też do relacji między rodzeństwem.

Teza głosowanego postanowienia nie za-
sługuje na aprobatę, Sąd Najwyższy dokonał

bowiem nieuprawnionej wykładni rozszerzającej, której przyjęcie oznaczałoby faktyczne rozmycie zdefiniowanego w art. 115 § 11 k.k. pojęcia, tak że uznanie danej osoby za osobę najbliższą dla sprawcy pozostawione byłoby w istocie uznaniu sądu i jego ocenie łączących te osoby relacji. Warto zresztą zauważyć, że analizowane orzeczenie nie jest jedynym w ostatnim czasie, w którym Sąd Najwyższy w drodze wykładni próbuje rozszerzać przyjmowany dotąd katalog osób najbliższych².

¹ LEX nr 1653774.

² Tendencja do rozszerzania wykładni tego pojęcia pojawiła się też w uzasadnieniu wyroku SN z 21 marca 2013 r., III KK 268/12, LEX nr 1311768, w którym SN stwierdził: „W perspektywie prawa do odmowy zeznań taka właśnie interpretacja terminu «osoba najbliższa» jest najbardziej adekwatna do celu ustanowienia art. 182 k.p.k., chodzi bowiem o regulację, która ma rozstrzygać sytuacje kolizyjne, jakie powstają wówczas, gdy świadek ma obowiązek składać zeznania na niekorzyść podejrzanego (lub oskarżonego), z którym z uwagi na stałe zamieszkiwanie łączy go bliski związek emocjonalny i wspólnota życiowa. Nie ma żadnych podstaw, by owe sytuacje kolizyjne zawężać wyłącznie do konkubentów. Mogą one także dotyczyć innych osób stale ze sobą zamieszkujących, jak np. wychowanków czy innych osób nie pozostających w relacji pokrewieństwa, powinowactwa czy przysposobienia. W każdym przypadku osób wspólnie zamieszkujących ze sobą, możliwe jest występowanie takiej więzi emocjonalnej, która uzasadni przypisanie im statusu osób najbliższych, co w konsekwencji wpłynie na odmienny reżim prawny przesłuchiwania tych osób w charakterze świadków”.

W art. 115 § 11 k.k. znalazł się zamknięty katalog osób najbliższych, a zgodnie z tym przepisem osobami takimi są małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu. Podkreślenia wymaga przy tym, że – o ile pojęcia takie, jak „wstępny”, „rodzeństwo” czy „powinowaty” mają na tyle utrwalone znaczenie, że nie pozostawiają właściwie pola do rozszerzającej ich interpretacji, o tyle określeniem, z którego wykładnią łączą się pewne rozbieżności w doktrynie, jest „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”, i to właśnie poprzez szerokie rozumienie tego terminu Sąd Najwyższy w glosowanym orzeczeniu wprowadza do katalogu osób najbliższych nowe desygnaty tego pojęcia.

Wykładnia taka nie wydaje się jednak uprawniona. Po pierwsze, już z tego, że ustawodawca w art. 115 § 11 k.k. zawarł zamknięty katalog osób najbliższych, wynika, że pojęcie to nie powinno być interpretowane rozszerzająco. Gdyby intencją ustawodawcy było uznanie za osoby najbliższe wszelkich osób połączonych dość silnymi osobistymi więzami, to mógł dać temu wyraz wprost, np. wskazując, że osobami takimi są także osoby połączone silną więzią emocjonalną czy inną, niezależnie od pokrewieństwa czy powinowactwa między nimi. Warto zauważyć, że tak do pewnego stopnia było pod rządami Kodeksu karnego z 1932 r., który wyróżniał osoby najbliższe i osoby bliskie sprawcy. Definicja osoby najbliższej znacznie różniła się od obowiązującej obecnie i była, co warto podkreślić, wyraźnie węższa. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 91 § 1 k.k. z 1932 r. najbliższym był „krewny w linii wstępnej lub zstępnej, rodzeństwo, małżonek, tudzież rodzice, rodzeństwo i dzieci małżonka”. Natomiast

bliskim była „osoba, która z tytułu pokrewieństwa, powinowactwa, przyjaźni lub obowiązku wdzięczności ma prawo liczyć na szczególne względy danej jednostki” (art. 91 § 2 k.k. z 1932 r.). Co przy tym istotne, w przypadku przestępstw względnie wnioskowych regułą pod rządami k.k. z 1932 r. było uzależnienie ścigania od woli osoby najbliższej dla sprawcy (tak było np. przy kradzieży – art. 257 § 3 k.k. z 1932 r.), natomiast kategoria osób bliskich pojawiła się np. w art. 148 § 3 k.k. z 1932 r., który dawał sądowi możliwość uwolnienia od kary sprawcy poplecznictwa, który udzielił pomocy osobie bliskiej, oraz w art. 250 k.k. z 1932 r., typizującym przestępstwo groźby karalnej, która mogła dotyczyć samego pokrzywdzonego, jak i osób dla niego bliskich³.

Kodeks karny z 1969 r. zrezygnował z wyróżniania dwóch kategorii osób bliskich, utrzymując jedynie kategorię osób najbliższych, do których w art. 120 § 5 zaliczono małżonka, wstępnego, zstępnego, rodzeństwo, powinowatego w tej samej linii lub stopniu, osobę pozostającą w stosunku przysposobienia oraz jej małżonka oraz osobę pozostającą faktycznie we wspólnym pożyciu. Definicję tę przejął obowiązujący Kodeks, rezygnując jedynie ze słowa „faktycznie” w opisie osoby pozostającej we wspólnym pożyciu.

Podkreślenia wymaga to, że właśnie z tą ostatnią kategorią osób najbliższych łączą się największe trudności interpretacyjne, pozostałe określenia są bowiem na tyle precyzyjne, że trudno byłoby w ich przypadku o zasadnicze wątpliwości co do zakresu ich desygnatów. O ile pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. nie było w zasadzie wątpliwości co do tego, że osoby pozostające faktycznie we wspólnym pożyciu to konkubenci⁴, o tyle pod rządami obowiązującego Kodeksu zdania w tej kwestii są bardziej podzielone. Część autorów nadal

³ Na temat zakresu groźby karalnej pod rządami k.k. z 1932 r. zob. K. Nazar-Gutowska, *Groźba bezprawna w polskim prawie karnym*, Warszawa 2012, s. 72–73.

⁴ Zob. np. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 304 czy W. Wolter, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 377 oraz A. Zoll, (w:) K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, Warszawa 1994, s. 508.

uważa, że osoby pozostające we wspólnym pożyciu to wyłącznie konkubenci, tj. kobieta i mężczyzna pozostający ze sobą w związku, który od małżeństwa różni się jedynie brakiem zawarcia związku małżeńskiego i nie wywołuje tym samym cywilnoprawnych skutków charakterystycznych dla małżeństwa⁵, jednak część autorów zaczęła termin ten rozumieć nieco szerzej, przyjmując, że osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu mogą być także osoby pozostające w trwałych związkach homoseksualnych⁶.

Wydaje się, że takie szersze rozumienie wspólnego pożycia jest prawidłowe. Zwolennicy ograniczenia osób pozostających we wspólnym pożyciu do konkubentów powołują się czasem na regulację Konstytucji RP, która w art. 18 wskazuje, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Zdaniem tych autorów z tego przepisu wynika konieczność zawężenia rozumienia terminu „wspólne pożycie” do osób tworzących związki analogiczne do małżeństwa⁷.

Argument oparty na brzmieniu art. 18 Konstytucji nie wydaje się w tym przypadku do końca przekonujący, inny jest bowiem cel

i funkcja rozwiązań konstytucyjnych, a inny wprowadzenia do Kodeksu karnego pojęcia osoby najbliższej. W tym ostatnim przypadku chodzi przede wszystkim o poszanowanie najbardziej bliskich więzi pomiędzy sprawcą przestępstwa a innymi osobami i tym samym uniknięcie występowania w sądzie przeciwko sobie osób dla siebie szczególnie bliskich (tak jest w przypadku przestępstw wnioskowych⁸), czy też o rezygnację z karalności osoby, w przypadku której występuje silny konflikt między jej obowiązkami prawnymi a poczuciem lojalności względem takiej bliskiej osoby (tak jest w przypadku niepodlegania karze za niektóre przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości⁹). O ile z art. 18 Konstytucji wynika niewątpliwie obowiązek szczególnej ochrony i opieki państwa nad małżeństwem, o tyle z tego samego przepisu nie sposób – jak się wydaje – wyprowadzić jakichkolwiek wniosków co do szczególnego stosunku państwa do konkubinatów, a wręcz przeciwnie – skoro państwo otacza szczególną opieką małżeństwo, to nie może troski tej rozciągać na konkubinaty, te bowiem z istoty swojej, jako pewne stany faktyczne pozbawione skutków prawnych, nie mają żadnego konstytucyjnego

⁵ Zob. np. O. Górniok, (w:) O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 428–429; A. Wąsek, (w:) O. Górniok, S. Hoc, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 2005, s. 839–841; A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 1998, s. 634; R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. II, Warszawa, C. H. Beck 2013, s. 982–983; S. Hypś, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 659.

⁶ Tak np. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 317 oraz J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 206; J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 705; zob. też: M. Budyn-Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2014, s. 292; M. Jachimowicz, *Prawo do odmowy składania zeznań przez osobę najbliższą*, „Prokurator” 2007, nr 1, s. 73; C. Kulesza, *Projekt Europejskiej Dyrektywy z dnia 18 maja 2011 r. w sprawie wsparcia i ochrony ofiar w świetle prawa polskiego*, Prok. i Pr. 2011, z. 12, s. 8–9; A. Siostrzonek-Sergiel, *Partnerzy w związkach homoseksualnych a „osoby najbliższe” w prawie karnym*, PiP 2011, z. 4, s. 73 i n. oraz A. Michalska-Warias, (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2013, s. 266–267.

⁷ Tak A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny*, s. 634 oraz R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, s. 982–983. Tak też Sąd Najwyższy w postanowieniu z 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, LEX nr 121668.

⁸ Zob. J. Grajewski, *Ściąganie na wniosek w polskim procesie karnym*, Gdańsk 1982, s. 18.

⁹ J. Makarewicz określał składanie fałszywych zeznań z obawy przed odpowiedzialnością grożącą samemu sprawcy lub jego najbliższemu swoistym stanem wyższej konieczności (zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 384).

umocowania i wsparcia państwa. Tym samym wskazane w art. 115 § 11 k.k. osoby pozostające we wspólnym pożyciu zyskują przewidziane prawem karnym przywileje nie ze względu na ochronę konstytucyjną małżeństwa, lecz z uwagi na to, że ustawodawca chce unikać zmuszania osób sobie szczególnie bliskich do zachowań sprzecznych z ich poczuciem lojalności względem siebie. Zasadne wydaje się przy tym przyjęcie, że osoby pozostające we wspólnym pożyciu to osoby, pomiędzy którymi nawiązane zostały wszystkie trzy więzi charakterystyczne dla małżeństwa, tj. więź fizyczna, psychiczna i gospodarcza, a tego typu więzi mogą łączyć także osoby tej samej płci.

W literaturze prawa karnego zwolennikiem jeszcze szerszego rozumienia osób pozostających we wspólnym pożyciu jest J. Majewski, który uznaje, że dla przyjęcia takiego wspólnego pożycia wystarczające jest, gdy dwie osoby razem mieszkają, prowadzą wspólne gospodarstwo domowe i występuje między nimi więź psychiczna¹⁰. Tą drogą poszedł także Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu, uznając, że we wspólnym pożyciu pozostawać mogą osoby, które łączą szczególne więzi psychiczne i które z racji „wspólnego długotrwałego życia i przyjęcia określonego modelu tego życia” nawiązały relacje tożsame z najbliższymi relacjami rodzinnymi, tj. takie, jak występujące między rodzicami i dziećmi bądź między rodzeństwem.

Przeciwko tak szerokiemu rozumieniu terminu „wspólne pożycie” przede wszystkim przemawia jednak po pierwsze to, że taka jego wykładnia prowadziłaby w gruncie rzeczy do znacznej dowolności w ocenie tego, jakie

osoby są sobie najbliższe. To, czy dwie osoby nawiązały np. relacje braterskie, wymagałoby dokonywania ocen opartych w dużej mierze na oświadczeniach samych zainteresowanych, odnoszących się przede wszystkim do ich stanu emocjonalnego¹¹. Warto przy tym zauważyć, że w myśl art. 115 § 11 k.k. samo występowanie bardzo nawet silnej więzi emocjonalnej nie uzasadnia uznania np. narzeczonych za osoby sobie najbliższe, chyba że narzeczeni ci są jednocześnie konkubentami (wtedy jednak ich uczucia względem siebie odgrywają najmniej istotną rolę w uzyskiwaniu statusu osób najbliższych). Nie można też – jak się wydaje – pominąć argumentu związanego z odwołaniem do rozumienia istoty wspólnego pożycia na gruncie prawa rodzinnego. Jak podkreśla się w literaturze prawa rodzinnego, wspólne pożycie, które jest obowiązkiem małżonków, powinno być zasadniczo rozumiane szeroko, jako powstanie między małżonkami trzech więzi, które powołują „jak najściślej zespolenie dwojga osób płci odmienniej, jakie nie występuje w żadnym innym stosunku prawnym polegającym na współdziałaniu”¹². Na więzi te składają się przy tym wspomniane już wyżej trzy więzi: duchowa, fizyczna oraz gospodarcza¹³, a można też spotkać wypowiedzi utożsamiające wspólne pożycie na gruncie prawa rodzinnego wyłącznie z nawiązaniem i utrzymaniem więzi fizycznej¹⁴. Takie rozumienie tego terminu w prawie cywilnym przemawia za analogiczną jego wykładnią na gruncie prawa karnego – istnienie więzi fizycznej wydaje się konieczne do ustalenia, że dwie osoby pozostają we wspólnym pożyciu, a tym samym nie może być mowy o podciągnięciu pod ten termin

¹⁰ Zob. J. Majewski, (w:) A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, wyd. 3, Warszawa, Wolters Kluwer 2007, s. 1208–1209.

¹¹ Por. S. Hypś, (w:) *Kodeks karny*, s. 659. Na konieczność ścieśniającej wykładni art. 115 § 11 k.k. zwraca też uwagę O. Górniok, (w:) *Kodeks karny*, s. 429.

¹² J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 137.

¹³ Zob. np. J. Winiarz, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 289; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, s. 137; M. Lech-Chełmińska, V. Przybyła, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, wyd. 3, Warszawa 2006, s. 52; T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 6, Warszawa 2012, s. 66–67.

¹⁴ Zob. M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 61.

relacji, które przypominają inne niż małżeństwo relacje rodzinne. Dodatkowym zaś argumentem za taką wykładnią tego pojęcia wydaje się dość w istocie wąski katalog osób najbliższych wymienionych w pozostałej części art. 115 § 11 k.k. Status osoby najbliższej ma charakter ograniczony i nie powinien być w drodze wykładni nadmiernie rozszerzany. Wiąże się to też z tym, że istnienie takiej relacji bliskości stwarza liczne uprawnienia dla osoby najbliższej dla sprawcy, które osoba taka uzyskuje, niezależnie zresztą od tego, jakie są faktycznie relacje emocjonalne między nią a sprawcą¹⁵.

Warto zresztą pamiętać, że w sytuacji istnienia autentycznej silnej więzi między dwiema osobami, które jednak nie są osobami najbliższymi w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., ochro-

nę przed np. składaniem zeznań przeciwko takiej osobie najbliższej zapewnia rozwiązanie zawarte w art. 185 k.p.k. – w tym jednak przypadku, inaczej niż w przypadku osób najbliższych, sąd weryfikuje istnienie szczególnie bliskiego stosunku osobistego między świadkiem a oskarżonym. Zatem to rozwiązanie powinno być wystarczające, pod warunkiem prawidłowego stosowania go w praktyce, dla ochrony osób faktycznie szczególnie sobie bliskich przed popadaniem w poważny konflikt między obowiązkiem prawnym a chęcią lojalnego zachowania i ochrony sprawcy przestępstwa, z którym taka bliska relacja została nawiązana.

Z tych wszystkich powodów teza głosowanego postanowienia nie zasługuje na aprobatę.

¹⁵ Przeciwno nadmiernemu rozszerzaniu pojęcia „wspólne pożycie” opowiada się także P. Daniluk (zob. P. Daniluk, *Wspólne pożycie jako pojęcie karnoprawne*, Prok. i Pr. 2014, z. 6, s. 5–27), choć autor ten opowiada się jednocześnie za możliwością uznania za pozostające ze sobą we wspólnym pożyciu więcej niż dwie osoby, o ile osoby takie tworzyć będą związek, w którym każdy z każdym połączony będzie więzią duchową, fizyczną i gospodarczą. Ta ostatnia propozycja nie wydaje się jednak zasługiwać na aprobatę, polskie prawo w żaden sposób nie akceptuje bowiem związków poligamicznych, a to może być, jak się wydaje, podstawą do wykluczenia uznania takiej nieposiadającej „legalnego” odpowiednika relacji osobistej z kręgu relacji powodujących powstanie stosunku bliskości.

Najnowsze orzecznictwo

Monika Strus-Wotos

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

Prawo cywilne materialne

Rekompensata za koszty odzyskiwania przeterminowanej należności

Odpowiadając na pytanie prawne, Sąd Najwyższy przesądził, że przewidziana w art. 10 ust. 1 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych rekompensata w wysokości ryczałtowej 40 euro przysługuje wierzycielowi bez konieczności wykazania, że koszty te poniósł. Roszczenie o tę rekompensatę powstaje po upływie terminu zapłaty ustalonego w umowie lub wynikającego z art. 7 ust. 3 i art. 8 ust. 4 ustawy.

Wątpliwości sądu pytającego spowodowała nonszalancja ustawodawcy, który użył pojęcia „rekompensata”, niewystępującego w siatce pojęć Kodeksu cywilnego. Choć wykładnia językowa („kompensata”) mogłaby wskazywać na charakter kompensacyjny tego instrumentu, a więc zależny od wystąpienia szkody, ostatecznie SN zdecydował się na nadanie mu charakteru zbliżonego do kary umownej (ze źródłem ustawowym, a nie umownym).

Odpowiedzialność odszkodowawcza gminy za niezgodne z prawem działanie osoby urzędowej przy odbieraniu oświadczenia stanowiącego testament allograficzny

Niecodziennej sprawy dotyczy wyrok Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r., III CSK 16/15, w którym SN przesądził istnienie odpowiedzialności odszkodowawczej gminy za niezgodne z prawem odebranie przez osobę urzędową oświadczenia testatora. Powodem był spadkobierca spoza kręgu spadkobierców ustawowych, ustanowiony w testamencie ustnym złożonym przed kierownikiem USC. Testament ten okazał się nieważny, gdyż oświadczenie nie zostało złożone w obecności dwóch świadków. Wobec powyższego sąd w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku rozstrzygnął, że spadek po zmarłym testatorze nabyli jego spadkobiercy ustawowi, niedoszły spadkobierca testamentowy wytoczył zaś przeciwko gminie powództwo o odszkodowanie oparte na przepisie art. 417 § 1 k.c. Sąd Najwyższy podkreślił, że wykonywanie władzy publicz-

nej nie ogranicza się do sfery wykonywania ściśle pojętego imperium, lecz w ramach tych mieszczą się „wszelkie formy wykonywania tzw. zadań publicznych, nawet tych, które są pozbawione elementu władczego wpływu na sytuację prawną jednostki, a więc także czynności o charakterze porządkowym, organizacyjnym lub inne czynności faktyczne realizowane w wykonywaniu kompetencji przez upoważnione do tego osoby, jeżeli należą do właściwości organów władzy publicznej”. Ponadto SN podzielił poglądy doktryny, że osoba urzędowa wymieniona w art. 951 § 1 k.c., uczestnicząc w sporządzeniu testamentu allograficznego, powinna być traktowana jako wykonująca władzę publiczną w rozumieniu art. 417 § 1 k.c. W konsekwencji na osobie urzędowej spoczywa obowiązek czuwania nad zachowaniem warunków formalnych testamentu przez skontrolowanie, czy świadkowie są obecni przy dokonywaniu czynności, gdyż bez zachowania tego warunku testament allograficzny jest nieważny.

Szerokie rozumienie pojęcia „wykonywanie władzy publicznej” zasługuje na aprobatę i może otwierać drogę do szerszej odpowiedzialności organów tej władzy.

Wykładnia pojęć „należyta staranność”, „przyczynienie się do szkody” i „rozsądnie działający konsument”

W odniesieniu do wykładni powyższych pojęć wiele już napisano w orzecznictwie i literaturze, jednakże nieograniczona liczba potencjalnych stanów faktycznych pokazuje, że nigdy dość wskazówek w tym przedmiocie. Takie wskazówki znajdują się w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 27 listopada 2015 r., I CSK 28/15. Stan faktyczny sprawy był niezmiernie skomplikowany. Powódka wystąpiła o odszkodowanie przeciwko towarzystwu ubezpieczeniowemu, gdy okazało się, że agentka, którą przyjęła znaczną kwotę od powódki, sprzeniewierzyła pieniądze oraz że nie była upoważniona do przyjmowania wpłat gotówkowych. Pozwany wiedział, że menadżer nadzorujący agentkę jest jej kon-

kubentem. Wcześniej powódka otrzymała od pozwanego informacje o przygotowaniu dla niej specjalnej oferty inwestycyjnej, z ograniczeniem formalności do minimum. Wpłaty były dokonywane w biurze pozwanego, gdzie agentka miała własny gabinet z wyeksponowanymi nagrodami dla najlepszej agentki regionalnej pozwanego. Agentka przyjęcie pieniędzy kwitowała, choć nie na druku firmowym, wyjaśniając brak druków dużą liczbą klientów zainteresowanych tą ofertą. Powódka natomiast podpisała *in blanco* druki dwóch przelewów, które według zapewnień agentki miały służyć wpłacie gotówki na dedykowany powódce rachunek inwestycyjny, którego oprocentowanie znacznie przewyższało oferty lokat dostępnych wówczas na rynku.

Sąd Najwyższy przesądził odpowiedzialność pozwanego, gdyż zgodnie z art. 6a w zw. z art. 11 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym sumy przekazane pośrednikowi uznaje się za wpłacone na rzecz zakładu ubezpieczeniowego, a ubezpieczyciel odpowiada za szkody wyrządzone przez swoich agentów. Uznał też, że powódka nawet przy dołożeniu należytej staranności nie mogłaby wykryć przestępczej działalności agentki. Jednakże uchylając wyrok do ponownego rozpoznania, SN wskazał, że należy zbadać, czy powódka działała jako tzw. rozsądny konsument (w uzasadnieniu wskazano konkretne jej zachowania) i czy nie przyczyniła się do szkody.

Reprezentacja spółki z o.o. w sprawach o stwierdzenie nieważności albo o uchylenie uchwał o zmianie składu osobowego zarządu spółki

Odpowiadając na pytanie prawne Sądu Apelacyjnego w Warszawie, Sąd Najwyższy uchwałą z 17 grudnia 2015 r., III CZP 91/15, przesądził, że w postępowaniu o udzielenie zabezpieczenia, którego przedmiotem jest roszczenie osoby odwołanej z funkcji członka zarządu spółki i uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał zgromadzenia wspólni-

ków o zmianach w składzie zarządu, zarząd nie może działać za spółkę. Jeśli brak jest uchwały zgromadzenia wspólników o ustanowieniu pełnomocnika, sąd musi wyznaczyć kuratora spółki (art. 253 § 2 k.s.h.). Trzeba zaznaczyć, że jest to wykładnia rozszerzająca przepis art. 253 § 2 k.s.h., jednakże zapobiega ona fikcji procesowej, gdyż stary lub nowy zarząd, w sposób oczywisty będąc zaintereso-

wanymi rozstrzygnięciem, mogą działaniami procesowymi (np. niezaskarżaniem korzystnych rozstrzygnięć, cofaniem środków zaskarżenia i cofaniem oświadczeń o takim cofnięciu) wpływać pozamerytorycznie na przebieg postępowania.

Sąd kierujący pytanie prawne trafnie zauważył, że zagadnienie może mieć znaczenie także dla wspólnot mieszkaniowych.

Prawo cywilne procesowe

Znaczenie faktów znanych z urzędu sądowni wieczystoksięgowemu

Uchwałą w powiększonym składzie siedmiu sędziów z 25 lutego 2016 r., III CZP 86/15, odpowiadając na wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich, Sąd Najwyższy rozstrzygnął w przedmiocie rozbieżnej wykładni w orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak i samego SN. Uchwała przesądza, że sąd może oddalić wnioski o wpis do księgi wieczystej, jeżeli istnieje znana mu urzędowo przeszkoda do jego dokonania. Kognicja sądów wieczystoksięgowych ograniczona jest bowiem do badania treści i formy wniosku oraz dołączonych doń dokumentów, jak również treści księgi wieczystej. Warto przypomnieć, że do 11 maja 2001 r. istniał przepis art. 46 ust. 2 u.k.w.h., który wprost pozwalał sądom na uwzględnianie faktów znanych z urzędu.

Omawianą uchwałę należy w pełni zaakceptować ze względu na zasadę bezpieczeństwa obrotu i szczególną ochronę osób działających w zaufaniu do treści księgi wieczystej. Gdyby bowiem przepis art. 626⁸ § 2 k.p.c. rozumieć literalnie, sądy, mające z urzędu wiedzę o istniejących przeszkodach do dokonania wpisu w księdze wieczystej, musiałyby mimo to dokonywać wpisu, ze świadomością, że wywołałby on skutki niezgodne z prawem, co jest nie do zaakceptowania. Można chyba nawet zaryzykować twierdzenie, że naruszałoby to standardy konstytucyjne zaufania obywateli do państwa.

Podwyższenie wynagrodzenia pełnomocnika z urzędu o podatek VAT

Odpowiadając na pytanie prawne SO w Toruniu, SN rozstrzygnął, że wynagrodzenie pełnomocnika ustanowionego z urzędu, zasądzone od strony przeciwnej na rzecz strony reprezentowanej przez takiego pełnomocnika, podlega podwyższeniu o należny podatek od towarów i usług (uchwała SN z 3 grudnia 2015 r., III CZP 90/15). Dodać można, że sąd kierujący pytanie skłaniał się do przeciwnego rozwiązania, argumentując m.in., że doliczenie podatku VAT spowoduje przekroczenie maksymalnego progu stawek z urzędu przewidzianego rozporządzeniem.

Wskazówki techniczne co do sporządzania zakresu zaskarżenia i wniosku kasacyjnego

Wydawałoby się, że na temat techniki sporządzania skarg kasacyjnych napisano już dostatecznie dużo, aby fachowi pełnomocnicy uniknęli odrzucenia skargi. Niestety, jak pokazuje postanowienie SN z 14 stycznia 2016 r., II CSK 374/15, nadal wymogi formalne sprawiają niektórym problemy. W omawianej sprawie pełnomocnik napisał, że „zaskarża wyrok w części, ponad kwotę 30 000 zł”, a we wnioskach kasacyjnych domagał się „uchylenia wyroków sądów obu instancji ponad kwotę 30 000 zł”. W uzasadnieniu postanowienia o odrzuceniu skargi SN wytknął pełnomocnikowi, że po pierwsze, zaskarżeniu skargą kasacyjną podlega wyrok sądu drugiej instancji, a po wtóre,

że wyrok ten składa się z czterech punktów, wobec czego SN nie będzie dociekał, które z rozstrzygnięć zawartych w poszczególnych punktach mieści się w pojęciu „ponad kwotę 30 000 zł”. Wymaganie przewidziane w art. 398⁴ § 1 pkt 1 k.p.c. jest spełnione tylko wówczas, gdy zakres zaskarżenia został oznaczony przez wskazanie konkretnych rozstrzygnięć, jeżeli

są ujęte w samodzielnych punktach. Można dodać, że SN oddalił także wniosek autora skargi o przyznanie kosztów pomocy prawnej z urzędu, co zgodne jest z rygorystyczną, acz konsekwentną linią orzecniczą, że koszty te zasądza się tylko w razie udzielenia rzeczywistej pomocy prawnej – co nie ma miejsca w razie odrzucenia skargi.

OD AUTORA

W Przeglądzie orzecznictwa SN w sprawach cywilnych zamieszczonym w nr. 3/2016 (s. 111) w tytule *Stwierdzenie przez sąd z urzędu nieważności czynności prawnej* zabrakło wskazania orzeczenia, którego omówienie dotyczy, czyli wyroku SN z 25 czerwca 2015 r., III CSK 430/14.

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

Nadanie nieostatecznej decyzji podatkowej rygoru natychmiastowej wykonalności

Wyrokiem z 11 czerwca 2013 r. o sygn. I SA/Wr 419/13 Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu – po rozpoznaniu sprawy ze skargi D. K. (dalej: skarżący) na postanowienie Dyrektora Izby Skarbowej we Wrocławiu (dalej: Dyrektor IS albo organ drugiej instancji) z 21 stycznia 2013 r. o nr (...) w przedmiocie nadania rygoru natychmiastowej wykonalności: uchylił zaskarżone postanowienie.

Przedstawiając w uzasadnieniu wyroku przebieg postępowania WSA we Wrocławiu, podał, że decyzją z 5 listopada 2012 r. o nr (...) Naczelnik Urzędu Skarbowego w O. (dalej: organ pierwszej instancji) określił skarżącemu zobowiązanie podatkowe w zryczałtowanym podatku dochodowym od osób fizycznych w wysokości 21 246 zł z tytułu odpłatnego zbycia w dniu 1 czerwca 2007 r. lokalu mieszkalnego wraz z udziałem w prawie użytkownia wieczystego gruntu położonego w O. przy ul. I. J. P.

Postanowieniem z 4 grudnia 2012 r. o nr (...) organ pierwszej instancji nadał decyzji z 5 listopada 2012 r. o nr (...) rygor natychmiastowej wykonalności, z uwagi na wystąpienie określonej w art. 239b § 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. nr 137, poz. 926 ze zm.; dalej: o.p.) przesłanki zbliżają-

cego się upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego określonego tą decyzją, który przypadał na koniec 2012 r. Uzasadniając podjęte rozstrzygnięcie, organ pierwszej instancji zwrócił uwagę na trudności w kontakcie ze skarżącym, polegające na nieodbieraniu kierowanych do niego wezwań dotyczących udokumentowania przeznaczenia kwoty uzyskanej ze sprzedaży lokalu na własne cele mieszkaniowe, co wydłużało czas prowadzonego postępowania, a także na złożenie przez skarżącego odwołania od wspomnianej decyzji i nieuiszczenie zobowiązania określonego tą decyzją. W ocenie organu pierwszej instancji wskazane okoliczności prowadziły do wniosku, że decyzja nie zostanie przez skarżącego dobrowolnie wykonana. Z uwagi natomiast na bardzo krótki czas do upływu terminu przedawnienia prowadzenie egzekucji stanie się niemożliwe.

W zażaleniu na powyższe postanowienie skarżący wniósł o jego uchylenie, podnosząc, że treść zaskarżonego postanowienia oraz okoliczności jego wydania zmierzały do obejścia przez organ podatkowy przepisów dotyczących przedawnienia zobowiązania podatkowego.

Postanowieniem z 21 stycznia 2013 r. o nr (...) Dyrektor IS nie uwzględnił zażalenia skar-

żącego i zaskarżone postanowienie utrzymał w mocy.

W skardze złożonej do WSA we Wrocławiu na postanowienie Dyrektora IS z 21 stycznia 2013 r. skarżący, wnosząc o uchylenie w całości postanowień organów podatkowych obu instancji, zarzucił naruszenie: (1) art. 121 § 1 i art. 124 o.p. poprzez ukształtowanie i prowadzenie postępowania podatkowego w sposób umożliwiający przerzucenie na podatnika negatywnych skutków zaniechań organu podatkowego.

W odpowiedzi na skargę Dyrektor IS wniósł o jej oddalenie.

W świetle przedstawionych okoliczności, zdaniem WSA we Wrocławiu, skarga okazała się zasadna, a postanowienie w przedmiocie nadania rygoru natychmiastowej wykonalności zarówno organu pierwszej, jak i drugiej instancji należało uchylić. Organy podatkowe niezasadnie nadały rygor natychmiastowej wykonalności decyzji organu pierwszej instancji z 5 listopada 2012 r. (...) w sytuacji, kiedy był brak łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: (1) okres do upływu przedawnienia zobowiązania podatkowego jest krótszy niż trzy miesiące (art. 239b § 1 pkt 4 o.p.); (2) organ podatkowy musi uprawdopodobnić, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane (art. 239b § 2 o.p.). Niewątpliwie zaistniała zatem powoływana przez organy podatkowe przesłanka z art. 239b § 1 pkt 4 o.p., a mianowicie okres do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego był krótszy niż 3 miesiące, albowiem wynosił 1 miesiąc i 26 dni.

Jednakże, w ocenie WSA we Wrocławiu, organy podatkowe nie spełniły drugiej przesłanki przewidzianej w art. 239b § 2 o.p., a mianowicie nie uprawdopodobniły, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane.

Rozpoznając skargę kasacyjną, Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje.

Skarga kasacyjna ma usprawiedliwione podstawy, a zaskarżony wyrok WSA we Wrocławiu nie odpowiada prawu, zatem skarga kasacyjna podlega uwzględnieniu. W ocenie

Naczelnego Sądu Administracyjnego Dyrektor IS prawidłowo ocenił, że przesłanka zawarta w art. 239b § 1 pkt 4 o.p., uzasadniająca nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji nieostatecznej z 5 listopada 2012 r., została zrealizowana, bowiem termin do upływu przedawnienia zobowiązania określonego tą decyzją, który przypadał na koniec 2012 r., był w dacie wydania zaskarżonego postanowienia krótszy niż trzy miesiące.

Rozbieżności zachodziły w zakresie przesłanki z art. 239b § 2 o.p., według którego przepis § 1 stosuje się, jeżeli organ podatkowy uprawdopodobni, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane. Sąd pierwszej instancji podzielił stanowisko skarżącego, że organ podatkowy nie uprawdopodobnił powyższej okoliczności. Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu sformułował przy tym pogląd, zgodnie z którym za takie uprawdopodobnienie nie może być uznane nieodbieranie wezwań przez podatnika czy brak reakcji na wspomniane wezwania, a także brak dobrowolnej wpłaty zobowiązania podatkowego przez podatnika, skoro zasadą jest, że obowiązek określony w decyzji organu podatkowego pierwszej instancji nie jest wymagalny.

Z powyższą wykładnią art. 239b o.p. nie sposób się zgodzić. Rzeczywiście podstawą nadania decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności jest zaistnienie łącznie dwóch przesłanek. Po pierwsze, musi zostać spełniony jeden z warunków wymienionych w art. 239b § 1 pkt 1–4 o.p. Po drugie, musi być spełniona przesłanka z art. 239b § 2 o.p. Bezsporne jest, że w sprawie ziścił się warunek z art. 239b § 1 pkt 4 o.p., a mianowicie okres do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego był krótszy niż 3 miesiące. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego spełniona została również druga przesłanka: przepisu art. 239b § 2 o.p.

Zgodnie z art. 239b § 2 o.p. przepis § 1 tego artykułu stosuje się, jeżeli organ podatkowy uprawdopodobni, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane. Przepis

ten należy odczytywać łącznie z przesłankami z art. 239b § 1 o.p. Jeśli w sprawie zaistniała przesłanka z art. 239b § 1 pkt 1 o.p., gdyż organ podatkowy posiada informacje, z których wynika, że wobec strony toczy się postępowanie egzekucyjne w zakresie innych należności pieniężnych, to wymagane przez art. 239b § 2 o.p. uprawdopodobnienie, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane, polega na tym, że organ podatkowy musi wykazać, iż istnienie powyższej okoliczności w postaci toczącego się postępowania egzekucyjnego uniemożliwi wykonanie zobowiązania podatkowego z decyzji nieostatecznej. Identycznie w sytuacji, gdy zaistnieje przesłanka polegająca na tym, że strona nie posiada majątku o wartości odpowiadającej wysokości zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę, na którym można ustanowić hipotekę przymusową lub zastaw skarbowy, które korzystałyby z pierwszeństwa zaspokojenia (art. 239b § 1 pkt 2 o.p.), obowiązkiem organu podatkowego będzie uprawdopodobnienie, że ta okoliczność uniemożliwi wykonanie zobowiązania podatkowego. Również w sytuacji, gdy organ wykaże, że strona dokonuje czynności polegających na zbywaniu majątku znacznej wartości (art. 239b § 1 pkt 3 o.p.), musi także uprawdopodobnić, że owo zbywanie majątku uniemożliwi realizację obowiązku nałożonego decyzją organu pierwszej instancji.

Przesłanki z art. 239b § 2 o.p. nie można zatem odczytywać w oderwaniu od treści normatywnej art. 239b § 1 o.p. W związku z tym, jeśli okres do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego jest krótszy niż 3 miesiące (art. 239 § 1 pkt 4 o.p.), to uprawdopodobnienie przesłanki przewidzianej w art. 239b § 2 o.p. polega na wykazaniu, że zachodzą takie okoliczności faktyczne, które potwierdzają, że z tego powodu zobowiązanie podatkowe z decyzji nie zostanie wykonane. W tym zakresie bez znaczenia są wszystkie te okoliczności odnoszące się do sytuacji majątkowej czy też działań podatnika w stosunku do jego majątku. Okoliczności te mogłyby mieć wyłącznie znaczenie w przypadku zaist-

nienia pozostałych przesłanek z art. 239b § 1 pkt 1–3 o.p. Odmienna wykładnia analizowanego przepisu przekreślałaby znaczenie przesłanki z art. 239b § 1 pkt 4 o.p.

W rozpatrywanej sprawie, wbrew stanowisku WSA we Wrocławiu, organ podatkowy uprawdopodobnił istnienie przesłanki z art. 239b § 2 o.p. Skoro decyzja organu pierwszej instancji została wydana w dniu 5 listopada 2012 r., a termin przedawnienia zobowiązań podatkowych w zryczałtowanym podatku dochodowym od osób fizycznych upływał z końcem 2012 r., a więc w granicach terminu do wydania decyzji przez organ drugiej instancji (skarżący skorzystał z prawa do wniesienia odwołania), to wielce prawdopodobne jest to, że zobowiązanie podatkowe nie zostanie wykonane. Stosownie do art. 239a o.p. decyzja nieostateczna nie podlega bowiem wykonaniu.

Warto również podkreślić, na co zwrócił uwagę NSA w wyroku z 13 grudnia 2013 r., I FSK 1807/12 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>), że w trakcie prac legislacyjnych nad ustawą nowelizującą, tj. ustawą z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 209, poz. 1318), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2009 r., zwracano uwagę, iż art. 239b § 1 pkt 4 o.p. jest związany z sytuacją, w której należy chronić interesy fiskalne w trakcie postępowania podatkowego. Nie można bowiem dopuścić do tego, żeby odwołanie, czyli element powodujący niewykonalność decyzji nieostatecznej, stało się jednocześnie instrumentem prowadzącym do przedawnienia się zobowiązania podatkowego, stąd potrzeba nadawania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, kiedy okres do przedawnienia jest zbyt krótki. Podkreślano także, że art. 239b § 2 o.p. jest jednym z przepisów kluczowych. To swoistego rodzaju przepis wymagający indywidualizacji postępowania w zakresie nadawania rygoru natychmiastowej wykonalności (zob. druk sejmowy VI kadencji nr 951, <http://orka.sejm.gov.pl>).

Regulację zawartą w art. 239b o.p. należy również rozpatrywać w perspektywie art. 84

Konstytucji RP, ustanawiającego powszechny obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych.

Uwzględniając wszystkie powyższe argumenty, Naczelny Sąd Administracyjny doszedł do przekonania, że organy podatkowe prawidłowo przyjęły w sprawie wystąpienie przesła-

nek z art. 239b § 1 pkt 4 i § 2 o.p., pozwalających na nadanie nieostatecznej decyzji z 5 listopada 2012 r. rygoru natychmiastowej wykonalności.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 188 p.p.s.a. Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z 15 grudnia 2015 r. o sygn. II FSK 2903/13 uchylił zaskarżony wyrok i oddalił skargę.

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY ZŁOŻENIE ZAWEZWANIA DO PRÓBY UGODOWEJ POWODUJE, ŻE PRZEDAWNIE NIE OD DATY WPŁYWU DO SĄDU PISMA INICJUJĄCEGO PROCEDURĘ PRZEWIDZIANĄ W ART. 185 K.P.C., CZY TEŻ OD MOMENTU STWIERDZENIA PRZEZ SĄD, ŻE DO ZAWARCIA UGODY NIE DOSZŁO?

Pomimo odżywającej co pewien czas dyskusji, czy przewidziana w art. 184 i n. k.p.c. procedura zawezwania do próby ugodowej w ogóle przerywa bieg przedawnienia – w orzecznictwie Sądu Najwyższego jak dotychczas podtrzymywany jest pogląd, że takie zawezwanie należy kwalifikować jako czynność zmierzającą bezpośrednio do dochodzenia roszczenia, a zatem rodzi ono skutek opisany treścią art. 124 § 1 k.c. Jednakże treść art. 124 § 2 k.c. nie przynosi jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, od jakiej daty przedawnienie biegnie na nowo w sytuacji wykorzystania przez wierzyciela trybu przewidzianego w art. 185 k.p.c.: czy jest to dzień zainicjowania przezeń stosownego postępowania poprzez wniesienie do sądu pisma, czy raczej dzień, w którym stało się jasne, że procedura ugodowa zakończyła się bezproduktywnie.

W zapadłej 14 kwietnia 2014 r., pod sygnaturą V CSK 274/13, uchwale podjętej w trzyosobowym składzie Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że o ile w postępowaniu pojednawczym nie doszło do upadku przedawnienia (np. wskutek cofnięcia wniosku, jego zwrotu z uwagi na braki formalne), o tyle biegnie ono na nowo po zakończeniu postępowania. Zakończeniem postępowania jest w tym wy-

padku chwila, w której sąd stwierdził, że do zawarcia ugody nie doszło.

Pełne tezy wskazanego wyżej orzeczenia, wyabstrahowane przez twórców jednego z elektronicznych programów prawniczych, brzmią następująco:

1) Nie można podzielić poglądu, że jeżeli postępowanie pojednawcze nie zakończyło się zawarciem ugody, czas trwania postępowania nie ma znaczenia dla określenia dnia, od którego przedawnienie biegnie na nowo. Skutek w postaci przerwy biegu przedawnienia następuje bowiem niezależnie od tego, czy ugoda została zawarta, a więc także wtedy, gdy postępowanie zakończyło się stwierdzeniem sądu, że do ugody nie doszło.

2) Przepis art. 124 § 2 k.c. nie zawiera warunku zakończenia postępowania w sposób pozytywny dla wnioskodawcy lub powoda, stanowi zaś jedynie, że przedawnienie biegnie na nowo po zakończeniu postępowania. Sposób zakończenia postępowania ma znaczenie dla określenia długości terminu przedawnienia. Roszczenie stwierdzone prawomocnym wyrokiem albo ugodą przedawnia się z upływem lat dziesięciu od dnia zakończenia postępowania (art. 125 k.c.), w przeciwnym zaś razie przedaw-

nienie biegnie od tego dnia na nowo, a długość jego terminu zależy od rodzaju roszczenia. Jeżeli zatem nie doszło do upadku przedawnienia (np. skutek cofnięcia pozwu czy wniosku, ich zwrotu z uwagi na braki formalne), biegnie ono na nowo po zakończeniu postępowania.

Oczywista jest konstatacja, że zacytowana wyżej uchwała może mieć duże znaczenie w praktyce – we wszystkich tych wypadkach, w których wierzyciel zastanawiałby się nad negatywnymi szansami powództwa wnoszonego po uprzednim dokonaniu zawezwania do próby ugodowej, z uwagi na obawę podniesienia przez dłużnika zarzutu przedawnienia roszczenia.

Pomimo swej zwięzłości wspomniana uchwała Sądu Najwyższego ma szerszy aspekt aniżeli tylko ten odnoszący się wprost do materii sądowego postępowania pojednawczego. Łatwo go dostrzec, śledząc treść wcześniejszych orzeczeń SN w uchwałach zacytowanych, a w szczególności postanowienia SN z 23 września 2009 r., sygn. I CSK 99/09, gdzie stwierdzono, że wniesienie powództwa windykacyjnego (w rozpatrywanej wówczas sprawie: przez wieczystego użytkownika) przerywa bieg zasiedzenia nieruchomości również wtedy, gdy takie powództwo zostanie następnie prawomocnie oddalone. Swego rodzaju uniwersalność myśli odkodowanej z linii orzeczniczej sprowadza się zatem do tego, że bieg przedawnienia czy też – poprzez odpowiednie stosowanie przepisów – bieg zasiedzenia ulega przerwaniu w wyniku każdej „akcji zaczepnej” wypełniającej warunki art. 123 § 1 k.c. i nie rozpoczyna się na nowo, póki akcja ta się nie zakończy.

W związku z wejściem w życie, z dniem 1 stycznia 2016 r., nowelizacji procedury zwiększającej znaczenie mediacji w postępowaniu cywilnym – warto przypomnieć, że art. 123 § 1 pkt 3 k.c. wyraźnie wskazuje wszczęcie mediacji jako jedną z kategorii zdarzeń przerywających bieg przedawnienia. Ustawodawca postanowił wprost, że przerwa biegu przedawnienia ma miejsce aż do chwili zakończenia postępowania mediacyjnego, którą wyznacza

data zakończenia mediacji określona w protokole mediacji (art. 183¹² § 1 k.p.c.). Początkiem zaś przedsądowej procedury mediacyjnej jest chwila doręczenia mediatorowi wniosku o przeprowadzenie mediacji, z dołączonym dowodem doręczenia jego odpisu drugiej stronie – i to niezależnie od tego, czy strony uprzednio zawarły umowę o mediację, czy też nie (art. 183⁶ § 1 k.p.c.).

Wracając zaś do znaczenia postępowania pojednawczego, to zostało ono w swoisty sposób wzmocnione także innym spośród najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego. W wyroku z 5 sierpnia 2014 r., w sprawie o sygnaturze I PK 20/14, główna teza motywów brzmi następująco: „Zawezwanie do próby ugodowej (art. 185 k.p.c.) jest równoznaczne z wezwaniem do zapłaty (art. 455 k.c.), jeżeli zawiera oznaczenie przedmiotu i wysokości żądania oraz tytułu, z jakiego ma wynikać”.

Sąd Najwyższy, powołując w tym wyroku wcześniej tu omawianą uchwałę V CSK 274/13, potwierdził zawartą w niej myśl, że zawezwanie do próby ugodowej może prowadzić do przerwania biegu przedawnienia roszczenia, jeżeli w treści wniosku w sposób jednoznaczny oznaczono przedmiot żądania i jego wysokość. Złożenie wniosku o przeprowadzenie posiedzenia pojednawczego jest bowiem także dochodzeniem roszczenia, skoro w ten sposób może być osiągnięty cel, jakiemu służy dochodzenie roszczenia poprzez wniesienie pozwu.

Warto na koniec podkreślić, że w zarysowaną tu skrótowo linię orzeczniczą wpisuje się orzeczenie Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2016 r., o sygnaturze III CSK 50/15, w myśl którego efekt przerwania biegu przedawnienia osiąga się złożeniem w sądzie zawezwania do próby ugodowej zawsze wówczas, gdy akcja ta rzeczywiście ma na celu osiągnięcie porozumienia – nie zaś tylko wykonanie formalnego ruchu procesowego. Jeżeli taki rzeczywisty cel jest niewątpliwy, to również ponowne – po pierwszym bezskutecznym – zawezwanie w trybie art. 185 k.p.c. spowoduje, że po raz kolejny zniweczony zostanie wpływ czasu potrzebnego do przedawnienia.

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

OD POLITYKI DO HISTORII

I znowu nastał czas, kiedy głównym tematem naszych codziennych rozmów stają się bieżące wydarzenia polityczne. Często padają dziś słowa: rewolucja, naród, misja, demokracja, wolność, praworządność, za którymi nie zawsze idą właściwe desygnaty. W wypowiedziach polityków oprócz demagogii i populizmu, do którego jesteśmy przyzwyczajeni, jest coraz więcej cynizmu, gniewu i patosu. Na politycznej szachownicy pojawiają się pionki, którym wydaje się, że są figurami. Rzetelna informacja ustępuje propagandzie, w cenie jest manipulacja i efekty medialne.

Myślący obserwator tych zjawisk nie powinien ich pochopnie oceniać, ulegając nastrojom chwili, powinien natomiast widzieć je we właściwych proporcjach, odróżniając polityczne epizody od historycznych procesów. Pomocą służą – jak zawsze – książki. Na najnowszą historię Polski warto spojrzeć przez pryzmat trzech esejów Roberta Krasowskiego poświęconych rodzimemu życiu politycznemu w latach 1989–2010 – *Po południu. Upadek elit solidarnościowych po zdobyciu władzy* (wyd. Czerwone i Czarne, Warszawa 2012), *Czas gniewu. Rozkwit i upadek imperium SLD* (Warszawa 2014) i *Czas Kaczyńskiego. Polityka jako wieczny konflikt* (Warszawa 2016). Zgodzić się wypada z autorem, że „polityki nie można zrozumieć w czasie realnym. Podlega ona tym samym

prawidłom, co cała historia, jej sens ujawnia się dopiero po latach, gdy poznamy skutki wydarzeń. Oraz gdy sami stajemy wobec niej w chłodnej roli historyka” (*Po południu*, s. 6). Eseje Krasowskiego dobrze się czyta i można w nich odkryć – oprócz wywodów analitycznych – interesujące podsumowania, co różni je od bieżącej politycznej publicystyki (jak choćby ostatnio *Pycha i upadek* Rafała A. Ziemkiewicza – wyd. Fabryka Snów, Lublin 2015 – o ostatnich wyborach prezydenckich).

Zapadła mi w pamięć uniwersalna refleksja Krasowskiego wynikająca z rozmów z politycznymi decydentami przy przygotowywaniu esaju na temat czasów władzy SLD: „W opowieściach polityków najbardziej uderzająca była ich umysłowa niezdarność. Mało kto z otaczającego świata rozumie tak mało jak ci, którzy uchodzą za jego władców. Wewnętrzne gry pochłaniają całą ich uwagę. Nie mają czasu, by rozejrzeć się dookoła. Od momentu rozpoczęcia politycznej kariery skupieni są na walce o życie – na przetrwaniu w swoim regionie, w swojej koterii, w fotelu szefa partii czy szefa rządu. Po latach potrafią patrzeć jedynie pod nogi. Udają przed światem, że głowy mają w chmurach, że patrzą daleko i szeroko, ale wystarczy ich spytać, co takiego w tych chmurach widzą, by usłyszeć same banały. Nawet bardzo inteligentni ludzie, gdy trafią do polityki, przestają postrzegać rze-

czywistość. Tak mocno żyją dniem, tygodniem, wczorajszą intrygą, jutrzejszą reakcją. Nie analizują wydarzeń, nie obserwują przeciwników, nie mają planów, nie mają refleksji. Mają tylko odruchy. Jak proste organizmy – uciekają przed bólem, przed ryzykiem, przed zagrożeniem. Są piekielnie inteligentni tylko wtedy, gdy mówią o ludzkiej naturze, o jej słabościach, o jej defektach. Gdy pytamy polityka o postaci z bezpośredniego otoczenia, dostajemy portrety bardzo dojrzałe i bardzo głębokie. Bo to są potencjalni rywale. Jednak to kraniec ich pola widzenia” (*Czas gniewu*, s. 11).

Nie chcąc odbierać nikomu przyjemności lektury, nie streszczę wywodów Krasowskiego na temat poszczególnych rządzących. Mogę przywołać niektóre jego oceny, co – mam nadzieję – zachęci do przeczytania całości jego prac. Autor stawia tezę, że nie wykorzystano w pełni dobrej dla Polski politycznej koniunktury, bo politycy – jakże przeciętni – skupiali się na sobie, a państwo wciąż było zdezcelowanym narzędziem.

„Władza nie nadążyła za społeczeństwem, co nie znaczy, że była zła – twierdzi Krasowski. – Była taka sobie. Bardzo przeciętna. Odpowiedzialna, ale mało ambitna. Rozsądna, ale bierna. (...) Dwie pierwsze dekady politycy strawili na koteryjnych wojnach, na dobijaniu rywali, na osobistych zemstach” (*Czas Kaczyńskiego*, s. 299–300). Nie bez winy są też elity. „Elity niemieckie czy amerykańskie działały w mandaryńskiej logice: służyły władzy, rozumiejąc i akceptując jej ograniczenia. Polskie elity postępowały odwrotnie. Zamiast doradzać, wołały pouczać. A ponieważ nie rozumiały reguł polityki, pouczały wbrew nim” (*Czas Kaczyńskiego*, s. 302). Politycy zatem przestali się jego zdaniem na elity oglądać.

I tak problem pozostaje nierozwiązany. „Dobre państwo to sprawa kluczowa nie tylko dla polityków, jeszcze bardziej dla społeczeństwa – podsumowuje ostatni z wymienionych esejów. – Polacy dużo bardziej potrzebują dobrego państwa niż dobrej polityki. Pierwszy etap rozwoju mogli pokonać spontanicznym wysiłkiem, ale drugiego – czyli doświadczenia

standardów zachodnich – bez Państwa nigdy nie osiągną. Aby wskoczyć na tak wysoki pulap, potrzebne jest państwo sprawne i kompetentne. Jego brak jest główną pretensją, jaką można postawić polityce pierwszego dwudziestolecia. Reszta – egoizm, cynizm, lenistwo – to grzechy dla polityki typowe” (*Czas Kaczyńskiego*, s. 304–305).

Według współczesnych standardów cywilizacyjnych dobre państwo nie jest ani opresyjne, ani słabe, zapewnia obywatelom bezpieczeństwo, kompetentną administrację i praworządny wymiar sprawiedliwości, a jeśli potrzeba – przynajmniej podstawową opiekę socjalną i medyczną. Odpowiedzi, gdzie w drodze do takiego państwa teraz jesteśmy, musimy udzielić sobie sami. Rozważając tę kwestię, trzeba brać pod uwagę багаż naszej narodowej historii. Może w tym pomóc lektura *Historii politycznej Polski 1935–1945* (ostatnie wydanie – Zysk i S-ka, Poznań 2014) pióra przedwcześnie zmarłego profesora Pawła Wieczorkiewicza. Dokonania tego historyka są mi szczególnie bliskie, gdyż wciąż pamiętam, choć minęło ponad trzydzieści lat, prowadzone przez niego w chmurze papierosowego dymu (jeszcze jako doktora) zajęcia ze współczesnej historii w Insytucie Historycznym Uniwersytetu Warszawskiego i pozostają pod wrażeniem jego wielkiego dzieła – *Historii wojen morskich* (t. 1 – *Wiek żagla*, t. 2 – *Wiek pary*, wyd. Zysk i S-ka, Poznań 2015).

Historia polityczna Polski prof. Wieczorkiewicza, rzetelna i błyskotliwie napisana synteza tragicznego dla naszej ojczyzny dziesięciolecia, to bodaj najbardziej gorzka opowieść o triumfie zła i polskiej klęsce. Autor słusznie podnosił, że najnowsza historiografia polska zgola hagiograficznie opisywała polskie dokonania wojenne. „Mnożą się polskie zwycięstwa w tzw. kampanii wrześnieowej, omal nie decydujące, na kartach rozpraw warszawscy powstańcy, a wcześniej Armia Krajowa, zadają Niemcom klęskę za klęską, a żołnierze Polskich Sił Zbrojnych na Zachodzie rozstrzygają w sposób ostateczny kolejne kampanie sprzymierzonych. Polityka Becka, Sikorskie-

go, Mikołajczyka i Sosnkowskiego staje się koherentna, konsekwentna i bezbłędna. Gdzieś tylko na marginesie, zwykle półgębkiem, aby nie urazić nowych sojuszników i protektorów, pisze się o zawodzie, jaki spotkał Polaków ze strony zachodnich aliantów. Trzeba było dopiero sugestywnej i uczciwej książki Normana Daviesa, aby przენiewierstwo i zdradę Roosevelta nazwać nad Wisłą po imieniu” (*Historia*, s. 11). „W wyniku postanowień podjętych w Teheranie i Jałcie obszar państwa polskiego skurczył się z 390 000 km kw. do 312 000 km kw. W wyniku działań wojennych i opresji obu okupantów zginęło ok. 7,5 mln polskich obywateli, czyli ok. 21% przedwojennej populacji. Najbardziej ucierpiała inteligencja, a straty ludzkie wśród adwokatów ocenia się na 58%” (*Historia*, s. 644–645). Warto o tym pamiętać, oceniając współczesne polskie elity. Wobec tak poważnych strat i przemian społecznych trudno mówić o kontynuacji elit w Polsce. Kształtowanie się zaś nowych elit to proces tak długotrwały, że oceniać go można tylko z perspektywy stuleci.

Żeby uświadomić sobie, jak bardzo upośledził następnie Polskę trwający ponad czterdzieści lat podział Europy na demokratyczny zachód i podporządkowane Związkowi Radzieckiemu kraje „demokracji ludowej”, warto przeczytać choćby (bo wiele o tym pisano) podręcznikową pracę *Utopia nad Wisłą. Historia Peerelu A. Dudka i Z. Zblewskiego* (Wyd. Szkolne PWN, Warszawa 2008) w zestawieniu

z *Powojnie. Historia Europy od roku 1945* (Wyd. Rebis, Poznań 2008), której autorem jest Tony Judt. Europa Zachodnia rozwijała się, choć w bólach, integrowała, modernizowała. Polska tkwiła w antydemokratycznej utopii, bez możliwości rozwoju instytucji demokratycznych i społeczeństwa obywatelskiego. Dopiero ostatnie ćwierćwiecze dało nam możliwość podjęcia pogoni za Europą. I trzeba to brać pod uwagę, oceniając współczesną rzeczywistość i poziom klasy politycznej.

Zdaniem Krasowskiego ta pogoń musiała zakończyć się jakimś sukcesem, bez względu na jakość rodzimych polityków, ale aby skutecznie kontynuować pogoń, trzeba sprawniejszego państwa. Budowa takiego państwa jest i będzie zapewne jednym ze sztandarowych haseł wyborczych wielu politycznych ugrupowań. Niestety, trudno dziś wierzyć w jego rychłą realizację. Bardziej prawdopodobny jest scenariusz okrutnej groteski na wzór takiego, jaki przedstawił kiedyś Waldemar Łysiak na wstępie znakomitej, a niestety zapomnianej powieści *Flet z mandragory*, niż społeczne porozumienie, rozwój samorządności i usprawnianie aparatu państwowego w poczuciu wspólnoty celów. Naiwnością byłoby też sądzić, że ułomności polityków utrudniające budowę lepszego państwa to kwestia pokoleniowa. Dzisiejsi „młodzi” politycy – bez względu na przynależność partyjną – nie tylko mają wady swoich starszych kolegów, ale niejednokrotnie przewyższają ich cynizmem.

Procesy artystyczne

Marek Soltysik

BIESKI (cz.1)

Nagły zgon człowieka przezornego

Jak to mówią, pechowcowi spadnie na głowę cegła nawet w drewnianym kościele... Ferdynand Świszczowski do pechowców się nie zaliczał, poza tym był rozsądny, akuratny i jako szef szukał zawsze rozwiązań ugodowych, ale niezrozumiałym trafem to on właśnie padnie ofiarą czterech, a może i pięciu oglupiałych mężczyzn, których nie zna – prawdopodobnie nawet z widzenia. Oni natomiast, młodzi (jeden z nich mniej niż dwudziestoletni), poznaliby go i w półmroku. Obserwowali go bowiem od kilku tygodni; krok po kroku – i szpiegowali starszego pana, dyrektora krakowskiej filii księgarni Gebethner i Spółka.

Na razie nikt nie ma pojęcia o tym procederze. Pogodna jesień 1913, utarg w firmowej księgarni w Rynku Głównym 23¹ jest znakomity, jak to z początkiem roku szkolnego we wrześniu; poczucie bezpieczeństwa wzmagają fakt, że w oszklonych witrynach księgarni przeglądają się neogotyckie arkady podcieni odwachu², pełnego żandarmerii wojskowej i z ruchem w interesie, czyli ze zmieniają-

cymi się wartami i z capstrzykiem po ósmej wieczór. A jednak! Najciemniej jest pod latarnią.

Gdyby ktoś ze złymi zamiarami obserwował nie byle jak, ale z pełnym rozeznanieniem i trzeźwo, zapewne nie przeoczyłby faktu, że bardzo duża gotówka znalazła się w kasie księgarni nie w ostatnim dniu września, lecz o dzień wcześniej – i że tegoż dnia została w trzech czwartych upłynniona. Złoczyńcy czyhali jednak na ten legendarnie wysoki wrześniowy utarg. Kręcili się po Rynku Głównym, niby nic dziwnego, paru z nich pracowało, nieźle zarabiając, przy remontach pobliskich kamienic, zachodzili coraz głębiej, przez sień na podwórzec i schody domu, w którym jest księgarnia, jak szpicle, z bezpiecznej odległości, towarzyszyli wzrokiem dyrektorowi Świszczowskiemu, człowiekowi oddanemu pracy, zresztą szwagrowi sławnego księgarza i wydawcy, zmarłego w 1910 Jana Stanisława Gebethnera, kiedy z malowniczego budynku przy Krowoderskiej 33, mieszczącego magazyn książek fir-

¹ Obecnie jest tam księgarnia Matras.

² Odwach dziś wprawdzie już nie istnieje (wyburzony w 1946), ale archiwalne zdjęcia przekonują, że ten budynek, przylegający od strony południowej do wieży ratuszowej, stał w odległości nie większej niż dziesięć kroków od księgarni Gebethnera.

my³, podążał dzień w dzień o pół do ósmej wieczór do zamkniętej już o tej porze księgarni w Rynku Głównym, gdzie wchodził od sieni, bocznym wejściem z podwójnymi drzwiami z zasuwą, z zewnątrz obitymi blachą, zamykał się natychmiast, żeby w jednym z pokoi na zapleczu (z kasą wertheimowską i z oknem na podwórzec) sprawdzać rachunki i przeliczać pieniądze. Ta praca, którą lubił – był wszak udziałowcem – zajmowała mu dwie godziny, przed dziesiątą wieczór zjawiał się w domu, niedaleko, przy Krupniczej 16, w wygodnej rezydencji, z ogrodem od ulicy.

Kobięcy krzyk przeszył Rynek Główny o północy 30 września 1913. Nie możemy napisać „krzyk zbudził mieszkańców”, ponieważ, jak się okazuje, o tej porze było ludno i gwarno w krakowskich cukierniach, kawiarniach i restauracjach. Kiedy po kilku minutach okazało się, co zaszło, tłumy wyległy na prawie pół płyty rozległego średniowiecznego Rynku.

Krzyczała nie Zofia Świszczowska, żona człowieka z twarzą zlepioną krwią, lecz służąca Świszczowskich, trzydziestoletnia Jadwiga Dojko. Żona, Zofia z Gebethnerów, stała w osłupieniu. Bezmiar nieszczęścia poraża.

Zawołała po chwili: – Ratujcie! – niegłośno, lecz tak przejmująco, że dreszcz przeszedł dwóch przechodniów, którzy rzucili się na pomoc w czeluść bramy.

Te dwie kobiety, zaniepokojone wyjątkowo długą nieobecnością pana domu, męża i ojca trojga dzieci, wyszły z mieszkania przy Krupniczej o pół do dwunastej w nocy. W ten wtorek, gdy mąż, jak zazwyczaj, po obiedzie udał się do magazynów na Krowoderską 33, panią domu wyjątkowo rozboleła głowa. Godziny mijały, usiłowała odganiać złe przeczucia. Taka ciepła, pogodna noc, pewnie Ferdynand po pracy nad rachunkami poszedł do cukierni na herbatę. Potem zrobiło się nieprzyjemnie późno, stróż, który otworzył paniom bramę

domu w Rynku Głównym 23, zapytany oznajmił, że pan dyrektor musiał wyjść jeszcze przed szperą⁴, panie jednak ruszyły przez sień. Te tylne drzwi do księgarni Gebethnera nie były zamknięte na klucz!

Stróż poświecił lampką o mdłym blasku, ale pani Świszczowska była szybsza, przemierzyła podwójne drzwi i potknęła się na czymś, czego tam do tej pory nie było. Po tej ołowianej chwili oszołomienia zajęła się mozolnym ściąganiem fartuszka z zalepionej krwią twarzy kogoś, kto leżał z podkurczoną prawą nogą, ubrany tak jak jej mąż, ale żeby mieć pewność, że to on, trzeba było zobaczyć twarz. Pod fartuszkiem ekspedientki, zarzuconym na twarz mężczyzny najpewniej przez napastnika, ukazała się twarz, której kształt, wąsy, tak... usta zakneblowane wciskany mi na siłę skarpetami, jakaś szmatka, duża chustka, coś stuknęło, gdy pani Świszczowska próbowała wyciągnąć knebel z ust męża, to kawałek połamanej sztucznej szczęki wypadł na podłogę. Podbiegła do telefonu, poleciła połączyć z pogotowiem.

O tej samej porze, kiedy panią Świszczowską niepokojąco bolała głowa, między ósmą a dziewiątą wieczór, blisko dwudziestoletni mężczyzna w wyraźnie pokrwawionym ubraniu, zdyszany, ale opanowany, przebierał się w kuchni mieszkania na parterze porządnej kamienicy przy ul. Blich 8, a na pytanie matki, skąd krew, odrzekł, że był u kolegi w rzeźni, nad zlewem umył twarz i przyczesał włosy, zapukał do sąsiadów, udając zaspanego, zapytał, która godzina (włączyłem budzik, ale nie zadziałał, widocznie się zepsuł, Boże, już trzy kwadransy na dziewiątą, ja chyba spóźnię się na randkę!), w swojej kuchni zrobił pakunek ze skrwawionych rzeczy, szybko wyszedł z domu, już ciemnawo, naddał drogi, do pakunku przytroczył kamień, wrzucił do Wisły, przed dziesiątą wieczór był w śródmieściu, w światłach latarni kłaniał się znajomym, przeszedłszy

³ Były budynek Teatru Letniego. Sala teatralna nadawała się na obszerny magazyn.

⁴ Szpera – tak nazywano w miastach zaboru austriackiego zarówno przedział czasu, w którym bramy domów były na noc zamknięte na klucz (w Krakowie przeważnie od godz. 22 do 6 rano), jak i napiwek, który zwyczajowo dawało się stróżowi za fatygę otwarcia bramy nocą.

przez Karmelicką, dotarł do narożnego szynku Rittermana⁵, gdzie się przysiadł do stałego stołu. Pięciu młodych, nieźle ubranych mężczyzn siedziało, jak zazwyczaj o tej porze, pod ścianą, gdzie można było to i owo omówić szeptem. Z pozoru wesoła gromadka, w rzeczywistości zbrodniarze. Czterech z nich przed dwiema godzinami pastwiło się nad sześćdziesięciosiedmioletnim⁶ Ferdynandem Świszczowskim. Teraz porozumiewają się. Ten, który wrzucił swój pakunek do Wisły, a którego nazwisko pójdzie w zapomnienie⁷, szepcze do elegancko ubranego kolegi, jedyne go z piątki, który nie brał czynnego udziału w napadzie, ale na którego czeka odliczona dola: – Kiedy wychodziliśmy, rzęził jeszcze.

Zamawiają wódkę, piwo, smaczne przekąs-

ki, tartinki z bryndzą, sardynką, z papryczką. O napadzie i zbrodni wiedzą tylko oni. O tym i o zgonie zamęczonego Kraków dowie się za dwie godziny.

Na miejscu zbrodni niemal równocześnie z pogotowiem zjawił się o północy dyrektor krakowskiej policji dr Michał Stanisław Flatau, człowiek subtelny, któremu nie dają spać zbrodnie zabójstw, które tu w dwóch ostatnich latach pozostały niewykryte: przy ul. Szlak morderstwo spekulantki i kapitalistki Siennickiej⁸; na Łobzowie morderstwo służącej rzeźnika Miszczyńskiego⁹; morderstwo Prochownika, bogatego przedsiębiorcy, na szosie między Podgórzem a Borkiem Fałęckim¹⁰. Nie mówiąc o coraz liczniejszych niewykrytych włamaniach do kas. Flatau, w asyście komisa-

⁵ Ulica Karmelicka 59, róg obecnej alei Juliusza Słowackiego 1 (części alei Trzech Wieszców). Lokal należał do Daniela Rittermana, restauratora z licznego, poważanego w Krakowie klanu Rittermanów, wywodzących się od Salomona Rittermana, właściciela dochodowych nieruchomości na krakowskim Kazimierzu. Aleksander Ritterman (brat lub kuzyn Daniela) wybudował i otworzył w 1913 sławny w Krakowie Hotel Francuski, jeszcze w latach 70. XX w. szczyt wytworności. Jako patron Szkoły Hotelarskiej w Krakowie, autorytet w środowisku światowych hotelarzy, Aleksander Ritterman w 1917 otworzył także hotel Polonia. Zmarł z głodu w warszawskim getcie, w czasie niemieckiej okupacji hitlerowskiej... Ciekawostka: budynek, w którym mieściła się restauracja Daniela Rittermana (rozbudowany w dwudziestoleciu międzywojennym przez jeszcze jednego członka rodziny, Henryka Rittermana, młodego architekta, projektanta wielu krakowskich kamienic i will w nowej, zachodniej, pięknej i higienicznej dzielnicy miasta), jeszcze w roku 1913 przylegał bezpośrednio do Parku Krakowskiego, który zajmował obszar niepomniernie większy niż dziś i był zarówno miejscem rozrywki (w ziemie najlepsze lodowisko z zapleczem), jak i siedzibą podkaszanej muzy (koncerty ogródkowe, teatr letni). Nie należy zapominać, że w tamtym miejscu, zwłaszcza po zapadnięciu zmroku, odbywały się narady osób zmuszonych okolicznościami do unikania świadków światła dnia.

⁶ Wprawdzie ówczesne gazety relacjonujące bieżące wydarzenia („Czas”, „Ilustrowany Kurjer Codzienny”) piszą, że Świszczowski w chwili śmierci miał 64 lata, ale portal internetowy *Baza osób polskich – Polnische Personendatenbank* podaje daty życia Ferdynanda Świszczowskiego (od 1882 żonatego z Zofią z Gebethnerów) – 1846–1913, powołując się na informacje zawarte w pracy cenionego bibliofila i znakomitego historyka książki Edwarda Chwalewika *Z moich wspomnień o zbieractwie* (Warszawa 2006). Fakty faktami, ale gdybyśmy mieli korzystać z tego wyłącznie źródła, wynieśliśmyby błędne przekonanie, że z kasy zrabowano 9000 K., podczas gdy było to – jak wiemy z relacji z procesu sądowego – 6360 K. (nie 8000 K., jak szacowano wstępnie) [http://www.bazanazwisk.de/suche.php?see=%C5%9Awi szczowski%2C+Ferdynand, dostęp: 28 stycznia 2016 r.].

⁷ Brat zbrodniarza, ambitny, przebojowy, bezwzględny, natychmiast zmienił nazwisko (zob. przypis 17).

⁸ O okolicznościach towarzyszących zabójstwu Wincencji Siennickiej pisałem w tekście *Najtrudniejsza sprawa kryminalna* („Palestra” 2012, nr 9–10, 11–12; 2013, nr 1–2) oraz w książce [M. Sołtysik, *Zbrodniarze i cudotwórcy* (s. 104–147), Warszawa 2014]. W pierwszych dniach października 1913 r. IKC przypomina: „Policja nie wykryła zbrodniarzy, rzuciła natomiast podejrzenie na jednego z członków rodziny S., człowieka na wybitnym stanowisku, zażywającego ogólnego szacunku”.

⁹ Dalej IKC: „Policja nie mogąc wykryć zbrodniarzy, aresztowała rodzinę Miszczyńskich, więząc ich tygodniami w aresztach śledczych”. „Po ujawnieniu niewinności rzeźnik Miszczyński ze zmartwienia i wstydu rozchorował się ciężko i zmarł”.

¹⁰ „Śledztwo policyjne zagubiło się w jałowych domysłach i bezpodstawnych podejrzeniach wśród najbliższej rodziny. Rzeczywiscie zbrodniarze uszli”. Dalej IKC zauważa, że jeden z agentów policyjnych ohydnie prymitywnie waży się rzucić zły cień na żonę zamordowanego tylko z tego powodu, że kobieta nie płacze.

rzy i agentów, rozpoczyna śledztwo, na miejscu przesłuchuje dwie zszokowane kobiety i stróża kamienicy.

Żona, która w ciemnościach potknęła się o zwłoki: – Mąż od ponad dwudziestu lat pracował w firmie Gebethnera i Spółki. Wczoraj pobrał swoją pensję i moją rentę w łącznej kwocie około 900 koron. Miał gotówkę przy sobie. Dłużej został w sklepie, bo miał sprawdzać oprócz rachunków także stan kasy. Klucze od kasy zawsze nosił przy sobie.

Nie znaleziono kluczy przy zwłokach mężczyzny o zmasakrowanej twarzy. Co najmniej sześć ran głowy, zadrapania na rękach. Szyja ściśnięta czymś, co wydaje się drutem (a jest specjalnym sznurkiem służącym do pakowania książek, stąd zabranym, z księgarni). Wykluczone, żeby napastnik działał sam. Kasa opróżniona z pieniędzy, coś tam zostało, w innej walucie, w pudełku na wizytówki. I papiery wartościowe.

Stróż domu, Malik, nie widział nic podejrzanego. Owszem, ten i ów się kręcił koło bramy, jak zawsze, obserwowało się, ale bez uwagi. Przypadkowi przechodnie niby widzieli dwóch, a może trzech mężczyzn umykających z sieni, ale to tylko tyle. Prezydent krakowskiego sądu, dr Antoni Stawy Stawarski, natychmiast, jeszcze na miejscu zbrodni, telefonicznie zawiadomiony przez Flataua, wyznaczył komisję sądowo-lekarską w składzie: prokurator dr Marian Lang, sędzia śledczy dr Antoni Neusser i lekarz sądowy dr Stanisław Jankowski. W pomieszczeniu obryzganym krwią aż do świtu działają starszy komisarz dr Styczeń (z urzędnikiem biura bezpieczeństwa) i inspektor Bronisław Karcz.

Z obrabowanej kasy (otworzonej bez trudu kluczami wyszarpiętymi z ubrania dogo-

rywającego) zrabowano około 8000 koron¹¹. Sprawcy znikli bez śladu, zostawiając ledwo przymknięte drzwi. Zarówno śledczy, jak i dziennikarze skłonni byli przypuszczać, że bandyci muszą pochodzić „z inteligentniejszych sfer społeczeństwa”. To nie „specjalności włamywacze”; tamci nie zostawiliby na miejscu mordu chusteczki z monogramem E, nie zastosowaliby skarpetki jako knebla, nie pozostawiliby żelaznego pręta [nazywanego w gwarze bandytów dłutem złodziejskim lub wymiennie szabrem (szabrawą?)], a przede wszystkim nie zamordowaliby ogłuszonego człowieka. Po co? Wszak był związany, zakneblowany, nie mógł krzyczeć. Nie zarzuciliby mu na skrwawioną twarz fartuszka pracownicy księgarni. Ci tutaj – którzy musieli być widywani, znali bowiem doskonale rozkład pomieszczeń sklepu i zaplecza księgarni oraz w najdrobniejszych szczegółach zwyczaję Świszczowskiego – zamordowali go w obawie, że ich rozpozna, wskaże. „Na pewniaka – pisał nazajutrz dziennikarz Ikaca – bez obawy nadspodziewanych sytuacji, wyznaczyci swojej ofierze dzień i godzinę mordu”.

Zbrodniarz krząta się po całym domu przy ul. Blich 8. Zabiera pakunki z banknotami, podzielonymi na ich pięciu, ze znanych sobie schowków w kuchni, i z mieszkanka, które dzieli z rodzicami i z młodszym rodzeństwem, podąży na strych. To cztery piętra. Na strychu pakunki z niewielkimi śladami krwi ochrania woskowanym papierem i woreczkami z szarego płótna, wchodzi na drabinę, spokojnie umieszcza je między dachówką a dźwigarami. Wciąż wprawdzie czujny, ale rozluźniony, ma niemal pewność, że wywiódł policję w pole. Gazety bowiem się rozpisują o aktywności dyrektora policji Flataua, który osobiście objeżdża

¹¹ Kwota ta, podana prawdopodobnie szacunkowo przez pana Lange [Langie?], kierownika księgarni sortymentowej Gebethner i Spółka, w trakcie śledztwa stopniała do 6360 koron. Suma i tak niebagatelna. Stawka dzienna wynagrodzenia kwalifikowanego urzędnika kancelaryjnego wynosiła wówczas 2,5 korony (ok. 700 koron rocznie). Roczne wynagrodzenie lekarza kolejowego (bez dodatków) – 2000 koron. Tyle samo – dzięki składkom przyjaciel – starczyło na postawienie w r. 1913 porządnego nagrobka aktora, powstańca styczniowego, Gustawa Fiszera, z popiersiem dłuta znakomitego rzeźbiarza Tadeusza Błotnickiego, odlanym w brązie [zdeprawowanym przez okupantów hitlerowskich] na Cmentarzu Łyczakowskim we Lwowie. Krakowska filia firmy Gebethner i Spółka była asekurowana na wypadek kradzieży do 40 000 koron.

automobilem tereny pograniczne, otrzymuje gotowość współpracy w tej sprawie od naczelnika rosyjskiej komory celnej w Giebułtowie, dogaduje się z dyrektcją policji w Olkusz, będącym wówczas na terenie Królestwa, interweniuje skutecznie także na stacji Maczki (kął trzech Cesarzy), śle policyjne telegramy do Radomia, Kalisza, Piotrkowa... Tak, sprawcy zbrodniczego napadu w sercu Krakowa nie przecisną się przez kordon! Zbrodniarz nie bierze pod uwagę siły przewrotnej słowa drukowanego. Świącie wierzy, że śledczy wpadają raz po raz na fałszywy trop, a kiedy wypije dwa kieliszki, potrafi się nawet śmiać podczas lektury rewelacji o pogoni za czterema pasażerami dorożki, którzy wyskoczyli w okolicach Szyć¹² i zdaniem świadków chyłkiem uciekali w stronę granicy, a rychło pojmani okazali się asystentami z pracowni anatomii i fizjologii roślin, z zakładu mineralogicznego i z gabinetu geologicznego zakładu chemicznego oraz z Instytutu Geograficznego Uniwersytetu Jagiellońskiego, którym wrzaski „Bandyci!” przewrwały krajoznawczą wycieczkę naukową.

Afiszę w mieście. Straszliwy mord! Kto przyczyni się do ujęcia zbrodniarza, otrzyma 1000 koron. Za takie pieniądze człowiek o skromnych wymaganiach może przeżyć dwa i pół roku! W głowie mordercy zapala się czerwone światło, ale może lepiej nie myśleć, że wśród osób z obecnego i byłego personelu krakowskiej filii firmy Gebethner i Spółka, przesłuchiwanym od samego rana po zbrodni, znajdzie się ten, od którego odbierał szczegółowe informacje o zwyczajach panujących w pracy.

Dziewiętnastoletniego herszta zaniepokoiła

już drugiego wieczoru nieobecność Świerczyńskiego w gwarnym Parku Krakowskim, gdzie uczestnicy zbrodni zwykli sobie robić prasówki. Na razie pozostała czwórka śmieje się wciąż jeszcze z opisu tragikomicznego zdarzenia: pijany agent policyjny aresztował w hotelu „Belveder” człowieka, który wydał mu się podejrzany o tę zbrodnię, a okazał się nieskazitelnie uczciwym inkasentem elektrowni, któremu ów agent – poza tym właściciel masarni przy Karmelickiej 28 – uporczywie zalegał z zapłatą za prąd. Pijany, nie pijany, tajny agent próbował się zemścić¹³.

O psie tropiącym było już wiele – wszak to atrakcja – we współczesnych opisach tej sprawy kryminalnej, z akcentem właśnie na pierwsze zastosowanie w śledztwie na ziemiach polskich świetnie tresowanego zwierzęcia. Zachowały się w archiwalnej prasie codziennej malownicze opisy dobermana wabiącego się Prinz, karmionego pono wyłącznie ryżem, żeby nie tracił bystrości węchu. Szkopuł w tym, że kiedy natychmiast po czterogodzinnej podróży samochodem ze swym opiekunem z Morawskiej Ostrawy (w zawrotnym tempie 44 km na godzinę) pojawił się Prinz (wart 5000 koron), mający w dorobku masę znakomitych dokonań, w dodatku weteran (strzelał do Prinza wytropiony przezeń morderca w Riegerdorf), wygojony, ale z kulą dla bezpieczeństwa pozostawioną w karku, ciało dyrektora Świszczowskiego wprawdzie leżało nadal na podłodze (nogami do jedynego okna), ale po pierwsze: ślady były dokładnie zdeptane, po drugie: okolic sklepu Gebethnera i Spółki nie opuszczał, a wręcz gęstniał tłum ludzi, z jednej strony ciekawych postępu śledztwa, z drugiej:

¹² W Szycach przebiegała wówczas (od 1848, po likwidacji Rzeczypospolitej Krakowskiej) granica między zaborem austriackim a rosyjskim – usytuowana przy dobrej jak na ówczesne warunki drodze między Krakowem a Warszawą.

¹³ Żeby jednak nie było tak gładko – boć to samo życie, a nie słabotka literatura – trzeba zaznaczyć, że może agent Ilnicki nie był aż tak bardzo pijany, ponieważ zanim zakuł w kajdany swego osobistego antagonistę, zbadał wpis do księgi gości hotelu, w którym miał się zatrzymać ów mężczyzna w podejrzanej białym paltocie, do złudzenia przypominający inkasenta Górskiego, zamieszkałego przecież w Krakowie, ale nie w hotelu. Gość hotelowy figurował w księdze, owszem, jako Górski – ale Górski z Przemyśla. Po zażegnaniu incydentu IKC na bieżąco wyjaśniał: „Pan Górski zameldował się w hotelu «Belveder» jako ‘urodzony w Przemyślu’ [?], nie zaś jako przyjezdny, zamieszkał zaś chwilowo w hotelu «Belveder», aby uniknąć sąsiedztwa zmarłej nieboszczki, współlokalki pensjonatu, w którym pan Górski stale mieszka”. Ano – co człowiek, to materiał na powieść.

zaniepokojonych bezkarnością ludzkich bestii tu, w spokojnym do niedawna Krakowie. Kiedy więc pies się zjawił i po obwąchaniu trupa oraz otwartej kasy wybiegł z bramy, kierując się w stronę przyległych ulic Wiślnej i św. Anny, by wbiec do domu mieszczącego kawiarnię, przemierzyć podwórzec, wspiąć się po schodach do kawiarnianej kuchni i oznajmić szczekaniem, że zgubił trop, trzykrotnie tracił rezon, napotykać na przeszkodę w postaci napierającego i wrzeszczącego tłumu. W końcu już niewiele dał kordon żandarmerii wojskowej, ustawiony poniewczasie¹⁴.

Jan Świerczyński, rysownik zatrudniony w Dyrekcji Kolei, to ten piąty – doskonale wtajemniczony, który w ostatniej chwili zrezygnował z czynnego udziału w zbrodni. To on, wysoki brunet, dwudziestokilkuletni elegant, był stałym gościem w księgarni Gebethnera i Spółki. A teraz siedzi „pod Telegrafem”¹⁵ i składa zeznania, został bowiem wezwany w wyniku drobiazgowych przesłuchań szesnastu osób z personelu księgarni Gebethnera, połączonych z konfrontacją. Po nitce do kłębka: pracownicy, którzy mieli tam niegdyś posady, ludzie, których coś łączyło nie tylko z personelem, lecz także z lokalem księgarni, rzemieślnicy

wykonujący tam dorywczo drobne remonty... Tymczasem kojąco na zbrodniarzy podziałała informacja w prasie, że w środku nocy urządzono rewizję na odległym przedmieściu Krakowa w mieszkanku podejrzanego o napad i morderstwo, coś tam u niego znalezione i aresztowano go – a już poczucie bezkarności wywołał fakt wypuszczenia Świerczyńskiego, z uwagą, że to nie o niego chodziło itp.

Tymczasem o czwartej nad ranem (w przededniu pogrzebu Ferdynanda Świschowskiego w obrządku ewangelickim) agenci otoczyli okazałą kamienicę przy ul. Blich 8 i do dwupokojowego mieszkania Łyżwińskich na parterze wkroczyli funkcjonariusze i komisarze policji. Ów dziewiętnastoletni bandyta, czytelnik Arthura Conan Doyle’a, Maurice’a Leblanca i polskich przekładów powieści rozmaitych autorów o przygodach prowadzącego podwójne życie amerykańskiego detektywa prywatnego Nicka Cartera¹⁶, całkiem dobrze zarabiający monter Jan Łyżwiński (wreszcie wyjawiamy jego nazwisko¹⁷), śpiący na łóżku w kuchni, obudzony, w jednej chwili z kroplistym potem na czole, wstał z pościeli i bez słowa podszedł do zlewu, pod kranem umył twarz, ubierał się wolno. Bez polecenia. W przegródce szafy, używanej przez

¹⁴ Dla ścisłości: wieczorem, już po odwiezieniu zwłok F. Świschowskiego do Zakładu Medycyny Sądowej (w tym celu Straż Pożarna wysyłała specjalny pojazd), śledczy skorzystali jeszcze z usług innego psa tropiącego, krajowego, nie tak sławnego, Dżoka (mieszkańca bodaj owczarka z buldogiem). I ten pies wprawdzie złapał trop po obwąchaniu istotnego miejsca na świeżo wyszorowanej podłodze, pobiegł nawet na podwórze, skąd, ze zgromadzonych tam wózków na towary, mordercy zapewne obserwowali z bliska okno pomieszczenia z kasą, ale ślady były tak zdeptane, że przy dzisiejszej wiedzy na ten temat można nie mieć złudzeń co do sensowności eksperymentu.

¹⁵ „Pod Telegrafem” to niemal oficjalna nazwa koszar krakowskiej policji. W kamienicy pod nr. 24 (co ciekawe, będącej własnością Krakowskiego Funduszu Religijnego), przy średniowiecznej zabudowie ul. Kanoniczej, „u stóp Wawelu”, mieściły się wcześniej biura i urządzenia c.k. Urzędu Pocztowego i Telegraficznego nr 1, stąd nazwa (Dyrekcja Policji w Krakowie mieściła się natomiast przy ul. Mikołajskiej 32).

¹⁶ Postać Nicka Cartera powołał do życia zdolni i przedsiębiorczy Amerykanie: wydawca Ormond G. Smith oraz pisarz John Russel Coryell (który występował pod dwunastoma pseudonimami). Na ziemiach polskich w latach 1900–1914 pojawiały się w handlu setki tanich zeszytów (pod zaborem austriackim po kilkanaście halerzy) z niewiarygodnymi przygodami detektywa zrodzonego li tylko z fantazji i żądzy zysku, *ergo* – raczej niezewnętrzniających odczuć wyższych.

¹⁷ Michał Łyżwiński to rodowe nazwisko starszego brata Jana, Michała-Roli Żymierskiego (1890–1989), przedwojennego generała Wojska Polskiego [zdegradowanego w 1927 po głośnym procesie o nadużycia finansowe (zob. Jerzy Poksiński, *Sprawa karna Michała Żymierskiego*, „Palestra” 2000, nr 4, 5–6, 7–8)], a w okresie stalinizmu marszałka Polski. Michał Łyżwiński zmienił nazwisko po raz pierwszy w 1913, na wieść o zbrodni, o którą oskarżono jego młodszego brata (na Żymirski) – a po raz drugi po proteście starej, zasłużonej rodziny Żymirskich (na Żymierski, z legionowym przydomkiem Rola.

Jana Łyżwińskiego, policja odnalazła parę brunatnych nicianych rękawiczek ze śladami krwi i skarpetę, być może do pary z tamtą wepchniętą w usta Ferdynanda Świszczowskiego, poza tym buty ze śladami krwi i paczkę nabojów do browninga. Krew? Łyżwiński już „pod Telegrafem” mówi spokojnie, że był na weselu na Podgórzu, tam wdał się w bójkę (nie trzeba było sprawdzać, o niedzielnej bójce kilkudziesięciu osób wiele było w gazetach), krwawił z nosa, drobiazg, a skarpeta, cóż, zawieruszyła się, bywa. Wziął ją z rękawiczkami do kieszeni. Ma znakomite alibi: sąsiedzi wiedzą, że spał u siebie w kuchni w godzinach, gdy popełniono zbrodnię, po dziewiątej wieczór znajomi widzieli go w śródmieściu, odświeżonego, lekkiego.

Tegoż ranka aresztowano także Stanisława Gackiewicza, dwudziestotrzyletniego murarza, ostatnio zajętego przy przebudowie Pałacu Spiskiego (Rynek Główny 34), człowieka,

który musiał doskonale znać się z bocznymi drzwiami na zaplecze księgarni Gebethnera i Spółki, ponieważ widywano go, jak się tam płące. Gackiewicz w zeznaniach: – Owszem, dwa razy dziennie, rano i pod wieczór, przemierzam tamtą sień, żeby zabierać i odnosić narzędzia murarskie z domku stróża, znajdującego się na podwórzu pod 23.

Dzięki uczynnemu stróżowi nie musi ich za każdym razem dźwigać do mieszkania na Kornarskiego (prawie Czarna Wieś, przedmieście) i z powrotem. Jak to mówią, śledztwo utknęło w martwym punkcie.

Nagle – jak diabeł z pudełka – wyskoczyło na łamy prasy nowe w tej sprawie nazwisko: Jan Godula. Dowiemy się o nim więcej i będą to fakty nie tak bałamutne, jak w tej chwili, kiedy postać Goduli prasa, powołując się na materiały śledczych, łączy ściśle z grupą przygotowującą rabunek i mord.

Cdn.

Sympozja, konferencje

„Nowe wyzwania w sprawach rodzinnych a zasada dobra dziecka. Perspektywy etyczne zawodów biorących udział w postępowaniu sądowym”, Wrocław, 6–7 listopada 2015 r.

W dniach 6–7 listopada 2015 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego odbyła się konferencja praktyków prawa „Nowe wyzwania w sprawach rodzinnych a zasada dobra dziecka. Perspektywy etyczne zawodów biorących udział w postępowaniu sądowym”. Jej organizatorami byli: Stowarzyszenie Sędziów Rodzinnych w Polsce, Stowarzyszenie Sędziów Polskich IUSTITIA, Izba Adwokacka we Wrocławiu wraz z Sądem Okręgowym we Wrocławiu i sądami rejonowymi, Komisja Etyki Naczelnej Rady Adwokackiej i Uniwersytet Wrocławski oraz kancelaria adw. Olgierda Pankiewicza. Konferencja miała charakter otwarty i cieszyła się sporym zainteresowaniem w środowisku prawniczym.

Głosy otwierające obrady w pierwszym dniu należały kolejno do pani prezes Sądu Okręgowego we Wrocławiu SSO Ewy Barnaszewskiej, pana mecenas Leszka Rojka – sekretarza Izby Adwokackiej we Wrocławiu i pana profesora Włodzimierza Gromskiego – dziekana Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Podkreślano potrzebę współpracy adwokatów, sędziów i zawodów psychologicznych i pedagogicznych w sprawach sądowych dotyczących dzieci. Istotnie, prelegentami byli sędziowie, adwokaci, media-

torzy, lekarze psychiatrii oraz psychologowie. Spotkanie praktyków, zaangażowanych na co dzień w pracę z rodzinami w sali sądowej i poza nią, przerodziło Konferencję w dyskusję.

Moderatorem pierwszego panelu w pierwszym dniu konferencji był adw. Andrzej Malicki. Po krótkim wstępie oddał on głos ojcu Karolowi Meissnerowi SSB, doświadczonemu lekarzowi psychiatrze i znanemu terapeutce rodzinnemu. Ojciec podjął wyzwanie dookreślenia „dobra duchowego dziecka”, wymienionego w art. 96 k.r.o., będącego wraz z dobrem fizycznym dziecka głównym kryterium rozstrzygania spraw rodzinnych (art. 48, 72 Konstytucji RP, art. 569, 570 k.p.c.). Zdaniem ojca Karola Meissnera dobro duchowe dziecka należy rozumieć jako warunki umożliwiające jego rozwój duchowy, a są nimi, po pierwsze, relacje dziecka z rodzicami i najbliższymi, a po drugie – hierarchia wartości przekazana w dzieciństwie. Ojciec Karol Meissner przypomniał fundamentalną prawdę, że to z rodziny dziecko ma wynieść na świat wartości i umiejętność budowania relacji, które będą wpływały na całe jego życie, i to jest właśnie jego dobro duchowe. W tym kontekście, na zakończenie, prelegent postawił problem pochopnych decyzji o rozwodzie w młodych

małżeństwach. Zapytał też, czy sędzia, który sam przeżył rozwód, może być obiektywnym i rozumiejącym ten wymiar dobra dziecka arbitrem w sprawach dotyczących małżeństwa i rodzicielstwa, wprowadzając w ten sposób w następny temat.

W dyskusji panelowej pani Katarzyna Wieraszko SSO we Wrocławiu i pan adw. Piotr Migaj dyskutowali, kiedy dobro małoletniego dziecka skutecznie sprzeciwia się rozwodowi. Pani sędzia zwróciła uwagę na to, że wobec braku definicji dobra dziecka ustawodawca pozostawił sądowi pełną swobodę przy dokonywaniu oceny, czy w okolicznościach danej sprawy interes małoletniego dziecka nie ucierpi. Prelegentka uznała, że niezwykle rzadkie są sytuacje, w których dobro dziecka byłoby przeciwwskazaniem dla rozwodu. W odpowiedzi adw. Piotr Migaj postawił retoryczne pytanie: na ile adwokat, który jest pełnomocnikiem powoda czy powódki w procesie o rozwód, faktycznie ujawnia przed sądem te elementy stanu faktycznego, które mogłyby świadczyć o zagrożeniu dobra dziecka i zasad współżycia społecznego. Zdaniem występującego klauzule są brane pod uwagę przez adwokata jedynie wtedy, gdy adwokat występuje po stronie pozwanej i broni się przed rozwodem. W sytuacji rozwodu za porozumieniem stron kwestie te w ogóle nie będą sądowi przedstawione. Adwokat Migaj postawił też pytanie, czy dziecko nie mogłoby samo bronić swoich interesów w procesie o rozwód. Jego zdaniem doprowadziłoby to jednak do negatywnych skutków przeciwstawienia dziecka rodzinie, podczas gdy celem procesu jest utrzymanie więzi rodzinnych. Adwokat Andrzej Malicki, odnosząc się do dyskusji prelegentów, wskazał, że adwokaci nie mogą dać się doprowadzić do roli technicznej, podkreślając pewne istniejące granice tzw. obrony w sprawie rodzinnej, których przekroczyć nie można. „Jeśli adwokat, realizując cel, doszuka się naruszenia dobra dziecka, to my musimy to zaakcentować w swojej postawie, a nawet kto wie, czy nie powiedzieć: «ja dalej tej sprawy prowadzić tak nie będę»”.

Po krótkiej przerwie rozpoczął się drugi panel pierwszego dnia konferencji, którego moderatorem był SSO Marcin Sosiński, wiceprezes Sądu Okręgowego we Wrocławiu. „Problemy zachowania zasady dobra dziecka przy wykonywaniu kontaktów rodziców z dzieckiem” to temat dyskusji prowadzonej między dwiema sędziami Sądu Okręgowego – Beatą Zientek, wizytatorem ds. rodzinnych nieletnich i Agatą Kotułą. Obie panie wskazały istotną w rozstrzygnięciu kontaktów instytucję wysłuchania dziecka, podkreślając, że nie musi to być wysłuchanie bezpośrednie. Zdaniem prelegentek dziecko może wyrazić swoją wolę w czasie wywiadu kuratora czy podczas badań w RODK i w wielu przypadkach jest to bardziej przydatne niż bezpośrednie wysłuchanie. Sędzia wizytator wskazała, że kontakty pod nadzorem kuratora w wielu przypadkach nie prowadzą do spodziewanych efektów, ponieważ w prawie nie ma instrumentów do przymuszenia dziecka do wykonywania kontaktów i takie przymuszanie nie byłoby zgodne z jego dobrem. Prelegentki skrytykowały długość procesu wykonawczego w sprawach o kontakty. Zwróciły też uwagę, że postanowienia regulujące kontakty z dziećmi są niejasne i niedookreślone, co prowadzi do konfliktów między rodzicami i mnożenia się postępowań sądowych. Sędzia Agata Kotuła podkreśliła, że sądy rejonowe mało korzystają z art. 582(1) k.p.c., który daje możliwość zagrożenia nakazaniem zapłaty za brak realizacji kontaktów.

Kolejna para prelegentów: adw. Wojmira Lewicka i mediator Dorota Fedorowska rozmawiały o roli pełnomocnika, mediatora oraz sądu w przygotowaniu porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów rodziców z dzieckiem w sposób zgodny z jego dobrem. Pani mecenas rozpoczęła dyskusję od wskazania, w jaki sposób należy rozmawiać z klientem, przyjmując sprawę, podkreślając, jak ważna w tych sprawach jest mediacja, nawet przeprowadzona tylko przez pełnomocnika w jego kancelarii. Pani mecenas omówiła porozumienia rodzicielskie, jakie przedstawia się sądowi,

wskazując ich walor w postaci uświadomienia stronom, że mają możliwość poza murami sądu coś uzgodnić, że mogą z sobą porozmawiać i zrozumieć, na czym polega wspólna władza rodzicielska i czym się różni od władzy ograniczonej. Mediator Dorota Fedorowska zdefiniowała mediację jako narzędzie uzupełniające polubowne rozwiązywanie sporów, które powoduje, że strony podejmują dialog, często po raz pierwszy od momentu rozstania. Pani mediator przedstawiła zadania poszczególnych etapów mediacji, podkreślając, że jest to procedura, która ma określone etapy, określone cele i zadania, istotnie wspierające postępowanie sądowe i komplementarne wobec niego.

Drugi dzień konferencji rozpoczęło uroczyste otwarcie, podczas którego głos zabrał pan mecenas Andrzej Malicki reprezentujący Komisję Etyki Naczelnej Rady Adwokackiej.

Problem zachowania dobra dziecka przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej w kontekście kontrowersyjnej sytuacji zmiany płci przedstawił adw. Olgierd Pankiewicz, otwierając swoim tematem pierwszy panel drugiego dnia konferencji. Podjął próbę rozstrzygnięcia zagadnienia, czy zmiana płci rodzica wpływa na zdolność wykonywania przez niego władzy rodzicielskiej. Pokreślił, że zgodnie z obowiązującym prawem ojcem dziecka nie może być kobieta, a matką mężczyzna. Ponadto mecenas Olgierd Pankiewicz poddał pod rozwagę zagadnienie, czym jest władza rodzicielska, czy jest jednolita, tylko podzielona po 50% pomiędzy matkę i ojca, czy też władza rodzicielska matki to co innego niż władza rodzicielska ojca, opowiadając się za tym drugim rozumieniem. Prelegent podkreślił też, że władza rodzicielska nie jest stanem niezmiennym, związanym immanentnie z biologicznym ojcostwem i macierzyństwem. Władza rodzicielska rozpoczyna się w momencie, w którym mamy rodzica i dziecko w ich właściwej relacji, i ustaje w momencie, w którym kończy się ta relacja rodzica do dziecka i dziecka do rodzica. Dodatkowo jakość tej relacji – czy sprzyja ona, czy sprzeciwia się dobru dziecka – jest przez sąd oceniana w postępowaniu o ograniczenie i pozbawienie

władzy rodzicielskiej. Swój wywód zamknął klamrą z pierwszym pytaniem: kim jest rodzic? Wystąpienie wywołało ożywioną dyskusję.

Następny głos należał do adwokata Leszka Rojka. Jego wystąpienie dotyczyło wysłuchania małoletniego dziecka w sprawach dotyczących jego osoby lub majątku [art. 216(1) k.p.c. i art. 576 § 2 k.p.c.]. Pan mecenas zwrócił uwagę, że wysłuchanie i w miarę możliwości uwzględnienie zdania dziecka przez uprawnione organy władzy publicznej i osoby sprawujące pieczę jest standardem konstytucyjnym, o którym stanowi art. 72 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Zdaniem prelegenta przepisy art. 216(1), jak i art. 576 § 2 nakładają na sąd obowiązek wysłuchania małoletniego stosownie do okoliczności, jeżeli pozwala na to rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości małoletniego. Prelegent w swoim wystąpieniu rozważał także specyfikę wysłuchania oraz jego przebieg i miejsce, w którym się odbywa, w odróżnieniu od przesłuchania. Zwrócił uwagę na brak jednolitej praktyki przy wysłuchiwanie w ogóle, a przy wysłuchiwanie rodzeństwa w szczególności. Zaakcentował też rozbieżności w doktrynie odnośnie do sposobu jego przeprowadzania.

Po przerwie adw. Ewa Piechocińska, rozważając, czy pełnomocnik ma prawo wypowiedzieć pełnomocnictwo bądź wnioskować o zwolnienie z prowadzenia sprawy z urzędu na tej podstawie, że ocenia dobro dziecka inaczej niż klient, stwierdziła, iż pełnomocnik z zasady ma prawo wnioskować o zwolnienie, jednak w praktyce nie powinno do tego dochodzić. Nie z powodu braku osobistej swobody adwokata, ale przeciwnie, z powodu jego faktycznego wpływu na klienta i merytorycznej pozycji do ukształtowania we współpracy z klientem właściwego sposobu podejścia do sprawy. Adwokat najpierw, niezależnie, czy występuje w sprawie z urzędu, czy z wyboru, powinien rozmawiać z klientem i wyjaśnić na przykład, co to jest prawo do kontaktów i kiedy mogą być one zakazane, co to jest władza rodzicielska i na czym polega jej ograniczenie lub pozbawienie. Wyjaśnienie klientowi pod-

stawowych zagadnień prawnych, jego praw i obowiązków powinno spowodować zmianę jego nazbyt roszczeniowego nastawienia. Odpowiedni po temu czas jest – zdaniem adw. Ewy Piechocińskiej – jeszcze przed podpisaniem pełnomocnictwa. Prelegentka zwróciła także uwagę, jak ważne w zawodzie adwokata jest dokształcanie się w zakresie psychologii. Wiedza dodatkowa jest niezbędna w procesach cywilnych, ponieważ zdaniem pani mecenas sama znajomość przepisów prawa nie wystarcza.

Ostatnią parą prelegentów były SSR dr Sylwia Jastrzemska z Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury oraz Małgorzata Kramarz, psycholog terapeuta NEST i pedagog. Prelegentki w zajmującym dialogu zwróciły uwagę na istotę terapii rodzinnej jako środka ochrony dobra dziecka po myśli art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o. i zasadę proporcjonalności w stosowaniu środków ograniczających władzę rodzicielską. Prelegentki przedstawiły swoje poglądy w oparciu o jedną ze spraw z referatu sędzi, w której rodzice pozostawali w konflikcie po rozwodzie i władza rodzicielska została przyznana ojcu, a matka wniosła do sądu wnioski o zmianę w tym przedmiocie. Pani psycholog terapeuta w swoim wystąpieniu skupiła się na opisie mechanizmów zachodzących w takiej konfliktowej sytuacji w psychice dziecka – świadka batalii rodziców w postępowaniu sądowym, a pani sędzia – na manipulacji ze strony rodzica, z którą często mamy do czynienia w sprawach rodzinnych. Sędzia i terapeutka podkreślały, że rodzice często zapominają o dziecku i traktują

je jak przedmiot, kartę przetargową w ich własnym konflikcie. W wystąpieniach obu prelegentek dziecko przestało być tylko cichym uczestnikiem postępowania dorosłych, ale miało realne kształty, cechy i potrzeby. Na przykładzie referowanej sprawy i jej rozstrzygnięcia wskazano, jak przydatnym środkiem była terapia psychologiczna, której podjął się ojciec dziecka. Wystąpienie nagrodzono długimi brawami, ponieważ każdy z uczestników konferencji chciałby, aby w ten właśnie sposób traktowane było w praktyce sali sądowej dobro dziecka.

Wrocławska konferencja okazała się być oczekiwaną przez przedstawicieli zawodów prawnych i innych, biorących udział w postępowaniach sądowych: mediatorów, kuratorów, psychologów i psychiatrów. Zainteresowanie zebranego w sali audytorium i komentarze wśród osób, które nie mogły wziąć w niej udziału, oraz aktywny, czasem burzliwy przebieg dyskusji panelowych dowodzą, że konferencja przyniosła oczekiwany efekt, tj. zgromadziła praktyków wokół niewymiernego materialnie problemu dobra dziecka i dała szereg dobrych inspiracji na przyszłość. Zachęciła też środowisko sędziowskie i adwokackie do regularnych spotkań wokół innych problemów sali sądowej. Moderatorzy i prelegenci otrzymali podziękowanie od prezesa Sądu Okręgowego we Wrocławiu i wydanie *Malego Księcia* Antoine'a de Saint-Exupéry'ego, do przekazania dziecku spotkanemu w praktyce zawodowej. Oby takich konferencji było jak najwięcej. Szersza relacja z konferencji znajdzie się w publikacji, która zostanie wydana w 2016 r.

Olgierd Pankiewicz, Anna Wszendybył

I Konferencja Naukowa Pomorskiej Izby Adwokackiej w Gdańsku „Prawo medyczne i farmaceutyczne”, 12 listopada 2015 r.

Otwierając się na potrzebę umiejętnego połączenia wiedzy teoretycznej oraz doświadczeń zawodowych, stanowiących klucz do sukcesu w działalności biznesowej, Pomorska Izba Adwokacka postanowiła rozpocząć cykl

konferencji naukowych, które stworzą platformę do wymiany doświadczeń pomiędzy naukowcami i praktykami. Coroczne konferencje będą miały na celu zachęcenie naukowców do korzystania z wiedzy praktyków i odwrotnie

– zwrócić uwagę praktyków na konieczność podnoszenia kwalifikacji, samodoskonalenia i możliwość dzielenia się swoim doświadczeniem poprzez publikacje naukowe.

Symbolem łączącym coroczne konferencje została sowa, która powszechnie uważana jest za symbol mądrości. Symbol ten ma wpisywać się w ideę cyklu konferencji i przypominać o konieczności ciągłego doksztalcania się.

Celem nadrzędnym Pomorskiej Izby Adwokackiej jest również tworzenie wysoko wykwalifikowanych kadr prawników, służących fachową wiedzą w wielu dziedzinach prawa. W ramach konferencji naukowych słuchacze oraz prelegenci zdobywać będą wyspecjalizowaną wiedzę prawną, którą będą mogli wykorzystać w swojej codziennej praktyce.

W dniu 12 listopada 2015 r. odbyła się I Konferencja Pomorskiej Izby Adwokackiej w Gdańsku pod tytułem „Prawo medyczne i farmaceutyczne”. Pomysłodawcą i organizatorem wydarzenia była Komisja ds. Kształcenia Aplikantów Adwokackich, a patronat honorowy nad konferencją objął prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Andrzej Zwara. Dzięki gościnności Wyższej Szkoły Administracji i Biznesu im. E. Kwiatkowskiego konferencja odbyła się w murach uczelni. Nie sposób nie wspomnieć też o życzliwości kierownika doskonalenia zawodowego adw. Dariusza Maciejewskiego, dzięki któremu uczestnicy konferencji mogli zdobyć 12 punktów szkoleniowych.

Tematy konferencji oraz poszczególnych referatów zostały starannie wybrane, w celu zainteresowania słuchaczy zarówno ze środowiska prawniczego, jak i medyczno-farmaceutycznego. Program przewidywał pięć paneli tematycznych, z czego cztery pierwsze dotyczyły prawa medycznego, ostatni zaś prawa farmaceutycznego. Organizatorzy nie tylko zadbali o naukowe aspekty konferencji, ale także zapewnili wszystkim uczestnikom upominki z logo Pomorskiej Izby Adwokackiej oraz sponsora – Wydawnictwa Wolters Kluwer.

Konferencję otworzył dziekan Pomorskiej Izby Adwokackiej adw. Dariusz Strzelecki. Na-

stępnie goście oraz prelegenci zostali przywitani przez prof. Jerzego Młynarczyka, rektora Wyższej Szkoły Administracji i Biznesu w Gdyni. Wykład wstępny pt. „Patologia wdzięczności, czyli o korupcji w służbie zdrowia” wygłosił Igor Tuleya, sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie. Sędzia Tuleya zwrócił uwagę, jak cienka, z prawnego punktu widzenia, jest linia pomiędzy wdzięcznością pacjenta a korupcją wśród lekarzy.

Pierwszy panel, prowadzony przez kierownika Komisji ds. Kształcenia Aplikantów Adwokackich adw. Marcina Derlacza, dotyczył odpowiedzialności osób wykonujących zawody medyczne. Prof. Ewa Bagińska z Uniwersytetu Gdańskiego przedstawiła cywilne aspekty odpowiedzialności lekarzy, tymczasem na temat odpowiedzialności karnej referat wygłosił adw. dr Janusz Kaczmarek, wykładowca WSAiB. Adwokat Paweł Brzezicki zainteresował słuchaczy wystąpieniem na temat należytej staranności w procesie diagnostyczno-leczniczym oraz skutków jej niezachowania. Referat ten opierał się na studium przypadków, które znalazły swój epilog na sali sądowej. Z kolei adw. Roman Nowosielski przedstawił dwa referaty z zakresu odpowiedzialności lekarza. Pierwszy z nich dotyczył cywilnych i karnych aspektów odpowiedzialności lekarza Pogotowia Ratunkowego, drugi zaś miał za przedmiot odpowiedzialność lekarza z tytułu wygranego kontraktu i podpisanej umowy o świadczenie usług medycznych. Ostatni temat poruszony w panelu pierwszym dotyczył zarządzania ryzykiem prawnym w podmiotach leczniczych i został przedstawiony przez przedstawicielkę wydawnictwa Wolters Kluwer radcę prawnego Annę Sieńko. Po zakończeniu pierwszego panelu słuchacze zostali zaproszeni na przerwę kawową.

Moderatorem drugiego panelu, pt. „Moralność, prawo i medycyna”, była adw. Dominika Rydlichowska, członek Komisji ds. Kształcenia Aplikantów Adwokackich. O zagadnieniu *in vitro* okiem lekarza mówił prof. Krzysztof Łukaszuk z Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego. Tymczasem prawne aspekty dotyczące *in vitro*,

a dokładniej postulatory *de lege ferenda* w zakresie prac nad *in vitro*, były przedmiotem referatu dr. hab. Oktawiana Nawrota z Uniwersytetu Gdańskiego. Prof. Bolesław Rutkowski, również przedstawiciel Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego, przybliżył słuchaczom tematykę przeszczepiania narządów i problematykę prawną związaną z tym zagadnieniem.

Prowadzenie panelu trzeciego – „Prawo pacjenta do informacyjnego samostanowienia” – przejął adw. Janusz Masiak, członek Komisji Wizerunkowej PIA. O aspektach prawno-karnych poinformowanej zgody pacjenta mówiła dr Katarzyna Syroka-Marczewska z Uniwersytetu Warszawskiego. Ciekawe było zestawienie poglądów tzw. szkoły warszawskiej ze szkołą krakowską, którą reprezentował dr Tomasz Sroka. Przedstawiciel Uniwersytetu Jagiellońskiego wygłosił referat dotyczący wybranych problemów prawnych dotyczących ochrony informacji o stanie zdrowia pacjenta. Po wystąpieniach obu prelegentów wywiązała się intensywna dyskusja, w której chętnie wzięła udział publiczność.

Następnie uczestnicy konferencji zostali zaproszeni na lunch przygotowany przez restaurację Filharmonia z Gdańska. W tym czasie również nieocenieni aplikanci wspomagający organizatorów rozdawali certyfikaty uczestnictwa, przygotowane imiennie dla każdego z uczestników.

Po przerwie obiadowej prowadzenie konferencji przejęła adw. Joanna Gręndzińska – moderator panelu czwartego – „Postępowanie w sprawach dotyczących błędu medycznego”. Jako pierwszy głos zabrał wiceprezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Jerzy Glanc, wprowadzając słuchaczy w zagadnienia postępowania przed wojewódzką komisją ds. orzekania o zdarzeniach medycznych. Interesującym zagadnieniem, zwłaszcza w kontekście ostatniej nowelizacji Kodeksu postępowania karnego,

było poruszone przez dr. hab. Sławomira Steinborna z Uniwersytetu Gdańskiego znaczenie dowodowe tzw. opinii prywatnej w postępowaniu karnym dotyczącym błędu medycznego. Natomiast referat adw. dr Izabeli Adrych-Brzezińskiej na temat roli dokumentacji medycznej i ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym dotyczącym błędu medycznego został odczytany przez mgr Barbarę Murawską.

Ostatni panel, którego przedmiotem było prawo farmaceutyczne, moderowany był przez adw. Macieja Rydlichowskiego. O prawnych i medycznych aspektach substancji medycznej opowiedziała dr hab. Agnieszka Zimmermann z Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego. Z kolei przedstawicielka warszawskiej izby radców prawnych – radca prawny Natalia Łojko – poruszyła temat prawnych aspektów relacji firm farmaceutycznych z lekarzami. Ostatnim prelegentem był adw. Piotr Ratnicki-Kiczka z Pomorskiej Izby Adwokackiej, który wystąpił z referatem na temat łańcucha i odwróconego łańcucha dystrybucji leków.

I Konferencję Naukową Pomorskiej Izby Adwokackiej w Gdańsku zakończył i podsumował rektor WSAiB prof. Jerzy Młynarczyk. Organizatorzy obiecali uczestnikom, że dołożą wszelkich starań, żeby konferencja zwieńczona została monografią zawierającą rozwinięcia referatów prezentowanych przez prelegentów. Zatem pozostaje nam trzymać kciuki, że rektor słowa dotrzyma, a zagadnienia poruszane w poszczególnych referatach zostaną przelane na papier.

Z uwagi na fakt, że zamiarem Pomorskiej Izby Adwokackiej jest coroczna organizacja konferencji tematycznych, już teraz zapraszamy szanowne koleżanki i szanownych kolegów do udziału w II Konferencji Naukowej Pomorskiej Izby Adwokackiej pt. „Prawo przewozowe: morze, ląd, powietrze”, która odbędzie się w listopadzie 2016 roku.

Dominika Rydlichowska, Joanna Gręndzińska

Konferencja „Niezależność sądów i trybunałów jako gwarancja praw i wolności człowieka”, Warszawa, 5 marca 2016 r.

Pod takim tytułem odbyła się 5 marca 2016 r. w Warszawie konferencja zorganizowana przez Komisję Praw Człowieka przy NRA.

Konferencję otworzył adw. Andrzej Zwara, prezes NRA, który podkreślał, że demokracja zawsze musi być oparta na prawie. Demokracja sama w sobie nie wyklucza możliwości pogwałcenia praw i wolności obywatelskich, tortur czy niemoralnych zachowań. Według prezesa NRA nawet w demokratycznym państwie należy być ostrożnym w przekazaniu zbyt wielu uprawnień władzy ustawodawczej i wykonawczej. Prezes Zwara podkreślał, że w obronie podstawowych praw człowieka powinni zawsze stawać sędziowie, od których oczekuje się odwagi.

Adwokat Mikołaj Pietrzak, przewodniczący Komisji Praw Człowieka przy NRA, w przemówieniu nawiązał do ostatnich działań legislacyjnych, związanych z wyborem nowych sędziów i nowym ukształtowaniem Trybunału Konstytucyjnego oraz do zapowiadanej przez rząd reformy sądów powszechnych. Mecenas Pietrzak zauważył, że w konsekwencji tych działań wielu obywateli dopiero poznało takie określenia, jak niezależność sądów i niezawisłość sędziowska. Dodał, że działania te spotkały się z falą krytyki nie tylko środowisk prawniczych, ale i organizacji społecznych i mediów. Nie zabrakło też głosu adwokatury, która powołana jest do obrony praw i wolności obywatelskich. Jednym z tych praw jest prawo do niezależnego sądu, które ma za zadanie równowagę ustrojową przed nadużyciem władz. Przypomniał, że na niezależność sądów wpływają takie czynniki, jak: brak hierarchicznego podporządkowania sędziów i sądów innym rodzajom władzy publicznej czy odpowiedni budżet na wykonywanie zadań, odpowiednio ukształtowany system awansów, naboru, ukształtowanie immunitetów, odpowiedzialność dyscyplinarna, zasady wyłączenia sędziów oraz kwestia apolityczności. Niezawisłość i niezależność może być ograniczona lub nawet zniesiona przez oddziaływanie władzy na którykolwiek

z wyżej wymienionych czynników. – *Niezależność jest wartością, którą należy chronić szczególnie wtedy, gdy sąd wydaje orzeczenia, z którymi się nie zgadzamy. Nasza zdolność do obrony niezależności jest papierem lakmusowym naszej demokracji i dojrzałości społeczeństwa obywatelskiego. Stąd konieczność pracy nad postawami obywatelskimi i świadomością prawną. Obowiązkiem prawników jest podnoszenie wiedzy o prawie* – powiedział przewodniczący Komisji Praw Człowieka przy NRA.

Następnie Sebastian Kaleta, rzecznik ministra sprawiedliwości, odczytał list ministra Zbigniewa Ziobry skierowany do uczestników konferencji. W liście tym minister zaznaczył, że niezależność sądów i trybunałów oraz niezawisłość sędziów jest niewątpliwie kardynalną zasadą funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, ale konieczne są mechanizmy kontrolne gwarantujące takie działanie władzy publicznej, aby faktycznie urzeczywistniała i chroniła prawa i wolności obywatelskie. – *Służebna rola, jaką w tym zakresie odgrywają sądy i trybunały, wymaga zatem jednoznacznie właściwego systemu kontroli i równowagi pomiędzy władzą sądowniczą a wykonawczą, reprezentowaną przez Ministra Sprawiedliwości* – czytamy. Minister wyjaśnia, że chodzi o takie uformowanie stosunków, aby sądy nie występowały wobec Ministra Sprawiedliwości w roli petentów. Z drugiej strony, aby Minister Sprawiedliwości, który odpowiada politycznie za stan wymiaru sprawiedliwości, dysponował narzędziami pozwalającymi korygować te działania sądownictwa, które w odbiorze społecznym budzą sprzeciw. Rolą Ministra Sprawiedliwości jest podejmowanie wszelkich działań prawnych, aby zapobiegać takim zdarzeniom i postawom w funkcjonowaniu władzy sądowniczej, które podważają zaufanie obywateli do polskiego wymiaru sprawiedliwości.

Panel pierwszy poprowadziła adw. Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, przewodnicząca Zespołu ds. Kobiet przy NRA. Na początek głos zabrał dr hab. Ryszard Piotrowski, który mówił o znaczeniu niezawisłości sędziowskiej w demokratycznym państwie prawnym. Zdaniem pro-

fesora UW demokracja nie ma nic wspólnego z rządami większości, demokracja zawsze kieruje się prawami człowieka. – *Rządy prawa, a nie ludzi. Władza suwerena jest radykalnie ograniczona przez samo istnienie Konstytucji i przez prawo, z którego wywodzi się legitymacja sędziów do sprawowania władzy sądowniczej. Prawa człowieka zaś trzeba postawić przed wolą suwerena* – tłumaczył prof. Piotrowski. Jego zdaniem współczesny podział władzy to podział władzy między politykami a ekspertami o innym statusie, w tym szczególnie sędziami. – *Jedynie sędziowie mogą powiedzieć politykom „nie” i są w stanie zatrzymać to, żeby jeden człowiek nie naciskał wszystkich guzików* – mówił prelegent. Dodał, że ostatnie działania związane ze zmianą ustawy o Trybunale Konstytucyjnym i wyborem nowych sędziów były działaniami wyłącznie na podstawie prognozy. W swoim wystąpieniu zwrócił też uwagę, że pojęcie niezawisłości sędziowskiej sięga czasów biblijnych i historii króla Salomona, z której dowiadujemy się, że niezawisłość jest darem Bożym. – *Niezawisłość polega na wierności prawdzie. Dlatego dopuszczenie możliwości korzystania z owoców zatrutego drzewa jest ciosem, który oddala nas od prawdy* – mówił. Profesor prognozuje, że władza sądownicza na całym świecie będzie podlegała ograniczeniom, co może doprowadzić do tego, że będziemy mieć do czynienia z demokracją totalitarną albo totalną. Zaznaczył też, że to, jak będzie kształtować się wymiar sprawiedliwości, zależy od poziomu kształcenia studentów prawa.

– *W demokracji niezwykle ważne jest, aby sędziowie i system wymiaru sprawiedliwości byli bezstronni i niezależni od zewnętrznych nacisków i siebie samych, aby obywatele mieli pewność, że są sądzeni sprawiedliwie i bezstronnie* – mówiła z kolei sędzia Sądu Najwyższego Katarzyna Gonera. Pani sędzia przypomniała, że niezawisłość sędziów i niezależność sądów opierają się na pięciu podstawowych zasadach: powołania, procedury dyscyplinarnej, warunków finansowych, ograniczonego wpływu zewnętrznego na wydawanie orzeczeń oraz na zasadzie braku możliwości usunięcia sędziego z funkcji przez władzę wykonawczą. Sędzia Gonera przybliżyła również trzy rodzaje orzeczeń Sądu Najwyższego w kwestiach doty-

czących niezależności sądów. Pierwsze dotyczą wyłączenia sędziego ze składu orzekającego. Zdaniem prelegentki są to sprawy, które dosyć często są uwzględniane, z uwagi na umocnienie bezstronności sędziowskiej w ocenie społecznej. Druga grupa to sprawy dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów. Te postępowania podlegają pełnej transparentności i jawności. Głównie postępowania dotyczą sędziów, którzy nie wyłączyli się z rozprawy, a powinni, oraz procedur wizytacyjnych i rozpatrywania w konkursie kandydatur na sędziów, w którym stawał krewny sędziego. Sędzia Gonera podkreślała, że sędzia może być skutecznie pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej, kiedy w rażący sposób narusza procedurę, ale nie może być sankcjonowany za błędy w orzekaniu. Karanie za wadliwą ocenę materiałów dowodowych byłoby ingerowaniem w niezawisłość sędziów. – *Wadliwe orzeczenia można korygować w postępowaniach odwoławczych, a sędzia nie może obawiać się, że za każdy popełniony błąd będzie pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej* – tłumaczyła. Podobnie sędzia nie może ponosić odpowiedzialności cywilnej w tym zakresie. Ostatnią grupą orzeczeń są te, które dotyczą odwołań sędziów przeniesionych do innych sądów. Wskazała, że w związku z reformą Jarosława Gowina, znoszącą tzw. małe sądy, wpłynęło do SN ponad 300 skarg. W 2013 roku SN zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym, czy przepisy pozwalające ministrowi sprawiedliwości na przeniesienie sędziego są zgodne z Konstytucją. TK umorzył sprawę, ponieważ małe sądy zostały reaktywowane.

O normatywnym kontekście zasady niezależności sądów i niezawisłości sędziów mówił Mirosław Wyrzykowski, sędzia TK w stanie spoczynku. Jego zdaniem napięcia i konflikty są stałym elementem życia publicznego. Przypomnił, że w III RP Trybunał Konstytucyjny rozpatrywał kilka poważnych konfliktów konstytucyjnych związanych z funkcjonowaniem państwa. Były to m.in. komisja śledcza dotycząca przekształceń własnościowych sektora bankowego – TK stwierdził niekonstytucyjność powołania komisji śledczej, a także spór mię-

dzy prezydentem a premierem o to, kto jest upoważniony do reprezentowania państwa polskiego na posiedzeniach Rady Europejskiej. Obecny spór o Trybunał Konstytucyjny jest poważniejszy, ponieważ zakres podmiotów włączonych w spór kompetencji konstytucyjnych jest szeroki: od parlamentu przez prezydenta, rząd, po Trybunał Konstytucyjny. – *Szczególność sytuacji polega na tym, że Trybunał został postawiony przed problemem na miarę Antygony. Z jednej strony albo ma się posłuchać prawa Boskiego, czyli Konstytucji i orzekać bezpośrednio w oparciu o Konstytucję, albo ulec rozkazowi Kreona, czyli podporządkować się ustawie z grudnia i odstąpić od swoich funkcji ustrojowych* – mówił sędzia Wyrzykowski. Dodał, że Trybunał nie jest źródłem kryzysu konstytucyjnego. Problem występuje wtedy, kiedy co najmniej dwa konstytucyjne organy państwa włączone są w problem mający związek z funkcjonowaniem mechanizmu konstytucyjnego w taki sposób, że następuje zakłócenie działania tego mechanizmu. Źródłem tego problemu jest zmiana zasad i znaczenia treści konstytucyjnych przez podmioty uczestniczące w tym sporze. Wszystkie te zdarzenia mają początek w nadużyciu swoich kompetencji. Prelegent zaznaczył, że kryzys konstytucyjny dotyczy nie tylko Trybunału. Zwrócił uwagę na brak przestrzegania ustrojowej zasady *vacatio legis*. Zasada ta nie dotyczy wyłącznie regulacji prawnych związanych z wolnością i prawami jednostki, ale dotyczy również mechanizmu wprowadzenia do porządku prawnego nowych norm, w tym funkcjonowania organów władzy publicznej. Sędzia Wyrzykowski dodał, że od listopada ubiegłego roku na 40 ustaw tylko 14 spełniało wymóg wejścia w życie w okresie co najmniej 14 dni od ogłoszenia w Dzienniku Ustaw. Podsumowując swoje wystąpienie, stwierdził, że to nie organy państwa przekraczają granice, ale jest to dzieło piastunów tych organów. Sytuacja ta to testowanie granic prawa, w tym Konstytucji.

Panel drugi prowadziła adw. Anna Mazurczak z Komisji Praw Człowieka przy NRA. W tej części jako pierwszy głos zabrał sędzia Waldemar Żurek z Sądu Okręgowego w Krakowie i rzecznik

prasowy Krajowej Rady Sądownictwa, który mówił o wizerunku sędziego. Jako główny problem w komunikacji ze społeczeństwem sędzia Żurek uznał język, jakim posługują się sędziowie. Jest on zbyt hermetyczny i niezrozumiały. Jako przykład podał wypowiedzi prof. Andrzeja Rzeplińskiego, prezesa TK, na temat kryzysu związanego z Trybunałem. Według sędziego Żurka przeciętny Polak niewiele zrozumie z tych wypowiedzi, dlatego TK powinien mieć rzecznika prasowego, który będzie wyjaśniał trudne pojęcia. Obecnie rola rzecznika TK ogranicza się do sprostowań. – *Musimy stworzyć systemowe rozwiązania, które sprawią, że dotrzemy do społeczeństwa. Nikt tego za nas nie zrobi* – stwierdził rzecznik KRS. Jego zdaniem środowisko sędziowskie powinno wybrać grupę, która będzie umiała dotrzeć do mediów i społeczeństwa. Ponadto sędzia Żurek odniósł się do ustawy o ustroju sądów powszechnych. Uważa on, że dyrektorom administracyjnym sądów przyznano zbyt wiele kompetencji, stali się „ramieniem ministra”. Dodał, że środowisko sędziowskie jest zachowawcze. – *Minister sprawiedliwości chce zmienić strukturę sądów, a to my powinniśmy wystąpić z naszą propozycją* – przekonywał.

Sędzia Żurek odniósł się również do listu min. Ziobry i jego słów o społecznym poczuciu sprawiedliwości i że sędziów należy uwolnić od nacisków wewnątrzsądowych oraz o słuchaniu innych gremiów sędziowskich. Przypomniał, że na ostatnim zgromadzeniu prezesów sądów apelacyjnych i okręgowych w tym tygodniu wydano oświadczenie, w którym prezesi domagają się respektowania trójpodziału władzy i respektowania wyroków sądów i Trybunału. Określenie „społeczne poczucie sprawiedliwości” uznał za niepokojące, twierdząc, że tym się różni sprawiedliwość od sprawiedliwości społecznej, ludowej, czym krzesło od krzesła elektrycznego.

O obecnej sytuacji Trybunału Konstytucyjnego mówił adw. dr hab. Szymon Byczko, przewodniczący Komisji ds. Postępowań Konstytucyjnych przy NRA. Jego zdaniem w kwestii Trybunału Konstytucyjnego nie dojdzie do kompromisu politycznego, ponieważ brakuje wspólnego punktu wyjścia. Kontrola sądowa władzy usta-

wodawczej jest konieczna, a aktualna większość parlamentarna nie podziela tego poglądu. Mecenas Byczko, na kilka dni przez rozprawą w TK, przypuszczał, że Trybunał orzeknie, iż większość przepisów wprowadzonych do znowelizowanej ustawy o TK zostanie zakwestionowana jako niezgodna z Konstytucją. Powstanie zatem luka prawna, a orzeczenie nie zostanie opublikowane. Ten sam los spotka kolejne orzeczenia wydane przez obecny TK. Ten stan rzeczy będzie trudny do usunięcia. Nawet jeśli następny prezes TK dopuści trzech wybranych sędziów do orzekania, to sytuacja nadal się nie rozwiąże. Będzie bowiem wątpliwość, czy w Trybunale orzekają osoby do tego uprawnione, co może spowodować nieważność orzeczenia. Prelegent podzielił pogląd prof. Marka Safjana, byłego prezesa TK, który mówił, że prawo w Polsce się skończyło. Ten kryzys świadczy o głębokim przekonaniu klasy politycznej, że TK stał się łupem zwycięzcy. – *Mam wrażenie, że politycy zaczęli traktować Trybunał jako jeszcze jedną spółkę skarbu państwa, którą można obsadzić swoimi* – mówił adw. Byczko. Mecenas Byczko nawiązał również do projektu nowelizacji ustawy o TK, którą z góry uznał za skazaną na niepowodzenie. Propozycja wprowadzenia do ustawy przepisu mówiącego o wygaszeniu kadencji aktualnych sędziów jest niezgodna z Konstytucją i z przepisami mówiącymi o nieusuwalności sędziów. – *Jeśli raz okaże się, że można sędziów usunąć, to będzie to normą w przyszłości. Nie będzie samodzielnej władzy sądowniczej, ponieważ będzie uzależniona od kaprysu władzy ustawodawczej* – twierdził. Wątpliwości budzi też propozycja rozpatrywania spraw dotyczących Trybunału przez Sąd Najwyższy. Zdaniem prelegenta również dobrze Sąd Najwyższy mógłby badać zgodność z Konstytucją każdej ustawy.

Dr Adam Bodnar, Rzecznik Praw Obywatelskich, mówił o niezależności sądów i trybunałów w świetle międzynarodowych standardów praw człowieka. O niezależności sędziowskiej mówi art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Standardy międzynarodowe zostały wypracowane przez ONZ i Radę Europy. Wprowadzają one m.in. zasadę, kiedy nadmierny udział ministra sprawiedliwości w postępowaniu dyscypli-

narnym może zagrażać niezawisłości, zasadę dotyczącą delegowania sędziów do innych sądów, czy też skracanie kadencji sędziowskiej. Standardy te mają bezpośredni wpływ na kształt orzecnictwa Komitetu Praw Człowieka przy ONZ czy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i mogą być źródłem inspiracji dla rodzimych przepisów. Rzecznik przybliżył sprawę, która obecnie czeka na rozstrzygnięcie przez Wielką Izbę, w której skarżący został pozbawiony stanowiska przed upływem kadencji. Podał też przykład sprawy *Henryk Urban i Ryszard Urban przeciwko Polsce*, dotyczący wątpliwości, czy asesory mogą orzekać. Sąd orzekł, że decyzja, czy asesor będzie powołany, zależy od prezydenta. Prelegent zastanawiał się, co będzie w przypadku sędziów sądów powszechnych, jeśli kryteria pozapolityczne będą miały znaczenie. Przypomniał sytuację sprzed kilku lat, kiedy prezydent Lech Kaczyński nie zaprzysiągł dziesięciu kandydatów na sędziego bez podania uzasadnienia. – *Sądy krajowe są częścią europejskiego porządku prawnego, zatem obowiązuje zasada wzajemnego uznawania orzeczeń. Jeśli sądy nie będą niezależne, to czy będą w stanie właściwie współpracować na poziomie europejskim?* – zastanawiał się prelegent. Dr Bodnar jest przeciwny myśleniu, że trzeba się dostosować do obecnej sytuacji i znaleźć kompromis. – *Kompromis może być jeden – dobro Konstytucji* – podkreślał. Podziękował również NRA za to, że konsekwentnie uczestniczy w rozprawach przed TK i przedstawia opinie *amicus curiae*.

Panel trzeci moderowała adw. Małgorzata Mączka-Pacholak z Komisji Praw Człowieka przy NRA. Rozpoczęła go sędzia Anna Korwin-Piotrowska, wiceprezes Stowarzyszenia Sędziów Themis, przybliżając zagadnienie nadzoru ministra sprawiedliwości nad sądami powszechnymi i jego wpływem na sprawność działania. Przypomniała, że sprawa nadzoru ministra sprawiedliwości była badana przez Trybunał Konstytucyjny (K 45/07), który nie dopatrywał się niekonstytucyjności. Trybunał odwoływał się do tradycji historycznej i do doświadczenia z Niemiec i Austrii. W 2012 r. ustawodawca przyjął, że minister nie może kontrolować sądów, może to robić za pośredni-

ctwem delegowanych sędziów. Sędzia Korwin-Piotrowska stwierdziła, że nadzór sprowadza się do dbania o dobre statystyki. – *Minister sprawiedliwości musi pochwalić się wynikami, aby odpowiednia liczba spraw była załatwiona i tylko to go interesuje. Sądy są zatem wygodnym narzędziem do budowania kapitału politycznego* – tłumaczyła prelegentka. Dodała, że jest to cecha wspólna kolejnych ministrów. Stąd ciągle reformy. Przytoczyła też badania przeprowadzone przez Helsińską Fundację Praw Człowieka, że nadzór nie wpływa na efektywne działanie sądów. Poruszona została też kwestia proponowanej reformy, która zakłada zamianę sądów rejonowych z okręgowymi. – *To nie może się udać. Niczego to nie zmieni, a spowoduje jedynie kolejne opóźnienia. Igrzyska dalej będą się toczyć, aby ministrowie mogli się chwalić sukcesami* – przekonywała sędzia Korwin-Piotrowska. Jej zdaniem reforma ustawy o sądach powszechnych nie dała dobrych rezultatów. Tłumaczyła, że menadżerskie zarządzanie sądami nie sprawdziło się. Orzeczenia wysyłane są po kilku miesiącach, terminy spadają, bo kadra źle funkcjonuje, a minister nie podejmuje żadnych środków zaradczych. Skrytykowała również system oceny okresowej. Badanie efektywności pracy sędziów oparte jest na wzajemnej konkurencji. Sędzięgo ocenia się pod kątem wydajności i stabilności orzeczniczej w porównaniu do innych sędziów. Działania te sprawiły, że w sądach skończyła się dobra współpraca i koleżeństwo. Żaden sędzia nie weźmie teraz za kolegę trudnej sprawy, ponieważ to popsuje mu statystyki. Kiedy sędzia będzie dostawał drobne, proste sprawy, to będzie się to przekładało na ich wyniki i w konsekwencji na awans. – *Chcemy sędziów odważnych, a od wielu lat wychowujemy sędziów-urzędników pracujących wyłącznie na siebie. Sędzia, który chce być niezawisły, musi nie chcieć awansować, a przecież wszyscy tego chcą* – podsumowała.

Następnie głos zabrała Barbara Grabowska-Moroz z Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, która porównywała niezależność sądownictwa i niezależność prokuratury w świetle standardów Rady Europy. Powołując się na opinię Ko-

misji Weneckiej, stwierdziła, że prokuratura nie może mieć takiej samej niezależności jak sąd. Jej zdaniem jednak niezależność prokuratorska powinna zmierzać w pełnym wymiarze do takiej, jaką mają sędziowie. Dodała, że za niezależnością sędziów stoi trójpodział władzy, w przypadku prokuratorów nie ma umocowania normatywnego. Według prelegentki w świetle Konstytucji istnieją pewne normatywne podstawy do tego, aby mówić o niezależności prokuratorskiej. Podstaw tych można upatrywać w art. 10 i art. 7, a także w całym rozdziale 2 Konstytucji. Przypomniała, że w 2011 roku Komisja Wenecka przygotowała dwa raporty: o niezależności sędziowskiej i niezależności prokuratorskiej. W tym drugim raporcie znalazły się wytyczne, jak powinien być wybierany prokurator generalny – na 25 rekomendacji aż 9 dotyczy tego tematu. Dla zabezpieczenia niezależności Komisja proponuje, aby tzw. Rada Prokuratorska miała możliwość weryfikacji poleceń wydawanych z góry. Zakres przyznawania spraw powinny zaś określać transparentne kryteria. Barbara Grabowska-Moroz przypomniała również o orzecznictwie ETPCz. W 2014 roku wydano dwa niekorzystne dla Polski wyroki dotyczące niezależności prokuratorskiej. Wskazano w nich, że śledztwo powinno być niezależne od rządu. Niezależność prokuratury od polityki może mieć przełożenie na np. liczbę wniosków o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Prelegentka podkreśliła, że niezależność prokuratorska to materia dopiero dojrzewająca. Jej skuteczność będzie zależeć od osoby kierującej prokuraturą.

Jako ostatnia głos zabrała dr Dagmara Rajska z Infopunktu przy Radzie Europy, która przedstawiła orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Podkreślała, że wyroki dotyczące Polski odnoszą się do sytuacji sprzed kilku lat i nie zawsze mają aktualny kontekst. Dodała, że liczba spraw przed ETPCz zmniejszyła się. Przybliżyła sprawę *Volkov przeciwko Ukrainie*. Sprawa dotyczyła usunięcia sędziego Sądu Najwyższego z zawodu, po podjęciu przeciwko niemu postępowania dyscyplinarnego przez Krajową Radę Sądownictwa, uza-

sadnionego rzekomym popełnieniem przed siedmioma laty czynów sprzecznych z przysięgą sędziowską. Trybunał dopatrywał się wielu naruszeń prawa do rzetelnego postępowania sądowego, spowodowanych między innymi brakiem niezależnego od władzy wykonawczej postępowania dyscyplinarnego. Z kolei przydzielanie konkretnych spraw sędziom lub sądom ETPCz ocenia się w granicach norm państwowych. Niezależność sądów Trybunał ocenia poprzez sposób powoływania sędziów i długość ich mandatów, gwarancję niezależności od nacisków zewnętrznych oraz przez ogólne wrażenie. Nieusuwalność sędziego z urzędu jest konsekwencją jego niezawisłości. Gwarancję niezawisłości daje wolność sędziego od wszelkich nacisków z zewnątrz, jak i wewnątrz wymiaru sprawiedliwości. Z kolei na ogólne wrażenie niezawisłości wpływa: wzbudzanie zaufania oskarżonego, uczestników postępowań sądowych oraz społeczeństwa. Dr Rajska poruszyła również kwestię niezawisłości sędziów TK. Wymagania ETPCz w zakresie niezawisłości sędziów TK wiążą się z warunkiem skuteczności środka odwoławczego, jakim jest skarga konstytucyjna.

Wystąpieniom prelegentów towarzyszyła ożywiona dyskusja słuchaczy. Głos zabrali m.in. prof. Andrzej Wróbel, sędzia Stanisław Zabłocki, adw. Romana Orlikowska-Wrońska oraz adw. Czesław Jaworski. Profesor Wojciech Katner z WPIA UŁ zwrócił uwagę na jakość kształcenia przyszłych prawników na uczelniach wyższych, być może niska jakość szkolenia wpływa na złe rozumienie wymiaru sprawiedliwości. Adwokat Romana Orlikowska-Wrońska stwierdziła, że wkrótce adwokaci będą mieli wiele spraw z zakresu obrony praw człowieka, ponieważ czekają nas procesy polityczne. Profesor Andrzej Wróbel, sędzia TK, stwierdził, że TK, rozpatrując sprawę nadzoru ministra sprawiedliwości nad sądami, niedostatecznie uwzględnił przepis Konstytucji mówiący o niezależności i odrębności sądów. Dodał,

że w ustawie o ustroju sądów powszechnych określenie „minister sprawiedliwości” pojawia się 195 razy. – *Jest to zatem ustawa o ministrze sprawiedliwości i sądach powszechnych* – skwitował. Sędzia SN Stanisław Zabłocki stwierdził, że problem niezawisłości sądów nie jest nowy. Już kilka lat temu zwracał uwagę, że każdy sędzia ma prawo sam zająć stanowisko, jeśli uzna, że przepis jest sprzeczny z Konstytucją. Sędzia Teresa Flemming-Kulesza, prezes Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Praw Publicznych SN, odniosła się do losowego przydzielania spraw sędziom. Uznała, że tego typu rozwiązanie wskazuje na większe zaufanie do osoby, która losowo wpisuje sprawy, niż do przewodniczącego wydziału. Jej zdaniem losowo powinny być wybierane wyłącznie sprawy o szczególnym napięciu. Redaktor Marek Ostrowski z tygodnika „Polityka” zwrócił uwagę na stosunek opinii publicznej do sądów. Środowisko sędziowskie ma złą renomę głównie ze względu na przewlekłość spraw. Sędziowie powinni zaproponować własne rozwiązania, inaczej zrobi to za nich władza wykonawcza. Adwokat Czesław Jaworski, były prezes NRA, uznał, że najgorszym rozwiązaniem, jakie można sobie wyobrazić, jest zastąpienie TK sądem powszechnym. Trybunał powinien być stałym organem naszego państwa. Dodał, że niezależność sędziego wynika z wiedzy, doświadczenia i z charakteru. W tym zakresie można obronić niezależność i niezawisłość sędziów. Sędzia Anna Korwin-Piotrowska z kolei krytycznie odniosła się do Krajowej Szkoły Sędziów i Prokuratorów, uznając ją za szkołę kształcąca nie sędziów, a urzędników. Jej zdaniem dobrym sędzią jest tylko sędzia z naboru dokonanego wśród adwokatów i innych zawodów prawniczych. Również powrót asesury uznała za zły pomysł. – *Tylko sędzia doświadczony, bez kompleksów będzie sędzią niezależnym i niezawisłym od własnych ograniczeń* – stwierdziła.

Wszystkie wystąpienia można obejrzeć w zakładce Adwokatury na stronie You Tube.

Joanna Sędek

Kronika adwokatury

Posiedzenie plenarne Naczelnej Rady Adwokackiej

POSIEDZENIE PLENARNE NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ
Z 15 STYCZNIA 2016 R.

Prezes NRA adw. Andrzej Zwara w obszernym wystąpieniu zreferował prace Prezydium NRA. Poinformował o zakupieniu dodatkowego lokalu w budynku, w którym mieści się siedziba NRA, i o tym, że niebawem rozpoczną się prace adaptacyjne, co doprowadzi do poprawienia komfortu pracy Biura NRA. Podniósł, że wszystkie podstawowe informacje o działaniach NRA są zamieszczane na bieżąco na stronie adwokatura.pl. Adwokatura podjęła wiele działań związanych z tworzeniem i obowiązywaniem prawa, np. dotyczących Trybunału Konstytucyjnego, projektu ustawy o Policji, projektu reformy Prokuratury. Prezes wyraził pogląd, że samorząd adwokacki nie powinien brać udziału w grze politycznej. Zadaniem samorządu jest stanie po stronie autonomii prawa. Poszczególni adwokaci mają jednak pełne prawo do angażowania się w życie polityczne. Gdybyśmy nie brali udziału w procesie legislacyjnym, przestalibyśmy być Adwokaturą.

Adwokat Jerzy Glanc poinformował, że od 1 stycznia 2016 r. zaczął funkcjonować nowy rejestr adwokatów i aplikantów adwokackich.

Na posiedzeniu NRA podjęto kilka ważnych uchwał.

Uchwałą nr 53/201 zwrócono się „do wszystkich władz Rzeczypospolitej Polskiej z apelem o rozwagę i zachowanie szczególnej staran-

ności w procesie konstruowania projektów aktów normatywnych, w tym w szczególności o powstrzymanie się od prezentowania projektów, które mogłyby budzić wątpliwości w świetle zasady trójpodziału i równowagi władz, zasady niezależności władzy sądowniczej oraz zasady niezawisłości sędziów Trybunału Konstytucyjnego i ich podległości jedynie Konstytucji, a także zasady demokratycznego państwa prawnego”.

Uchwałą nr 54/2016 wprowadzono nowy *Regulamin działania rzeczników dyscyplinarnych*. Stary regulamin pracy rzeczników nie był dostosowany do zmian wprowadzonych w ubiegłym roku, kiedy to rzecznik dyscyplinarny stał się organem izby, a Rzecznik Dyscyplinarny Adwokatury organem Adwokatury. Nie uwzględniał też w należytej mierze konieczności usprawnienia i przyśpieszenia postępowań dyscyplinarnych. W nowym regulaminie doprecyzowano relacje między rzecznikiem dyscyplinarnym i jego zastępcą. W bardziej skomplikowanych postępowaniach dyscyplinarnych może wziąć udział dodatkowo zastępca rzecznika.

Uchwałą nr 55/2016 wprowadzono nowy *Regulamin organizacji i funkcjonowania okręgowych rad adwokackich*.

Uchwałą nr 56/2016 NRA postanowiła o wy-

stąpieniu do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie zgodności ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 782 ze zm.) z art. 2 i art. 61 Konstytucji RP,

oraz upoważniła Prezydium NRA do złożenia do Trybunału Konstytucyjnego wniosku oraz do dopełnienia wszelkich czynności związanych z postępowaniem przed Trybunałem Konstytucyjnym wywołanym złożeniem tego wniosku.

Andrzej Bąkowski

Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 26 STYCZNIA 2016 R.

Minutą ciszy uczczono pamięć zmarłego adwokata dr. Michała Wenty. Prezes poinformował, że jeszcze w dniu niniejszego posiedzenia Prezydium odbędzie się spotkanie z Ministrem Sprawiedliwości Zbigniewem Ziobrą, na którym zostanie przedstawiona treść memorandum zawierającego wiele postulatów mających na celu usprawnienie procedury cywilnej. Odbyła się dyskusja, w której udział wzięli adwokaci Z. Gintowt, R. Dębowski, J. Zięba. Każdy z dyskutantów referował swoje uwagi do wspomnianego memorandum. Adwokat Jacek Trela obszernie poinformował o problematyce związanej z reformą Policji.

Prezydium podjęło uchwałę nr 113/2016

o wystąpieniu do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o złożenie opinii *amicus curiae* we wszystkich prowadzonych sprawach pod sygn. akt K 47/15.

Adwokat Jerzy Glanc przypomniał, że nowy Krajowy Rejestr Adwokatów i Aplikantów Adwokackich funkcjonuje już we wszystkich izbach z wyjątkiem Opola.

Omówiono sprawy związane ze szkoleniami adwokatów-mediatorów, wstępną propozycją produkcji kilkuodcinkowego cyklu telewizyjnego pt. *Adwokaci w sztuce* oraz przygotowania do Krajowego Zjazdu Adwokatury w Krakowie

Zatwierdzono plan wizytacji poszczególnych izb adwokackich w 2016 r.

POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 23 LUTEGO 2016 R.

W trybie obiegowym Prezydium przyjęło uchwały:

- 1 lutego 2016 r. nr 114/2016 w sprawie ustalenia specjalizacji (zakresu praktyki) wpisywanych do KRAiAA.
- 5 lutego 2016 r. w sprawie zwiększenia budżetu ogólnopolskiej kampanii wizerunkowej o kwotę 136 500 zł netto.
- 12 lutego 2016 r. w sprawie przyznania odznaki „Adwokatura Zasłużonym”:
 - na wniosek ORA w Krakowie – adwoka-

tom Stanisławowi Cabale oraz dr. Andrzejowi Skąpskiemu,

- na wniosek ORA w Toruniu – adwokatom Wandzie Kamińskiej, Ewie Wielińskiej, Wojciechowi Cukrowskiemu, Eugeniuszowi Graczykowi, Dariuszowi Kłowski, Henrykowi Ornassowi, Ryszardowi Szczygielskiemu,
- na wniosek ORA w Warszawie – adw. Bolesławowi Skąleckiemu.

Adwokat Bartosz Grohman referował spra-

wy izbowe ORA w: Białymstoku, Płocku, Kielcach, Krakowie, Olsztynie i Warszawie.

Prezydium NRA, po przedyskutowaniu projektu preliminarza i dokonaniu poprawek w poszczególnych pozycjach, zatwierdziło projekt preliminarza budżetowego NRA na 2016 rok w celu skierowania na najbliższe posiedzenie plenarne NRA.

Delegowano adwokatów Sławomira Ciemnego, Annę Masiotę i Dominikę Sępińską-Duch na adwokackie kongresy międzynarodowe.

Adwokata Macieja Łaszczuka, przewodniczącego Komisji ds. Arbitrażu, delegowano na konferencję „Arbitraż i mediacja – instytucje powszechne czy elitarne?“, która odbędzie się 22 kwietnia 2016 r.

Zapoznano się z informacją złożoną przez Dyrektora Biura NRA pana Łukasza Tkacza o pracach nad projektem architektonicznym i adaptacją pomieszczeń lokalu nr 34 przy ulicy Świętojskiej w Warszawie na potrzeby biura NRA.

POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 11 MARCA 2016 R.

Prezydium NRA, w trybie obiegowym, przyjęło uchwałę nr 116/2016, w której zadeklarowano gotowość podjęcia się roli bezstronnego mediatora w sporze o kształt Trybunału Konstytucyjnego.

Uchwałą nr 117/2016 Prezydium przyznało odznakę „Adwokatura Zasłużonym”:

- na wniosek ORA w Łodzi adwokatom Alicji Bień, Andrzejowi Bąkowi, Bogdanowi Lesiakowi, Łucji Malinowskiej, Jarosławowi Szczepaniakowi oraz Bartoszowi Tiutiunikowi;
- na wniosek Prezydium NRA adwokatom Ewie Skorek-Szpejewskej oraz Marcinowi Michałowi Imiolkowi.

Omawiano koncepcję dotyczącą projektu budowy miejsca pamięci Adwokatury w Warszawie przy ul. Stanisława Mikke. Prezydium NRA zatwierdziło koszty przygotowania projektu w kwocie 17 000 zł netto z budżetu Komisji Działalności Publicznej Adwokatury.

Adwokat Andrzej Zwara, prezes NRA,

przypomniawszy, że w zeszłym roku Prezydium NRA podjęło kierunkową decyzję dotyczącą wydawania esejów w serii *Horyzonty Filozofii Prawa*. Pierwszą publikacją były prace Gustawa Radbrucha, których myśl wręcz idealnie wpisuje się w obecne czasy. Prezes NRA przedstawił wniosek w sprawie wydania pracy Carla Schmitta pt. *O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa* wraz z komentarzem prof. Jerzego Zajadły, a Prezydium zdecydowało o przyznaniu wsparcia finansowego tej publikacji. Prezes przedstawił także wniosek organizacji koncertu ku pamięci adw. Joanny Agackiej-Indeckiej i adw. Stanisława Mikke, który odbędzie się 20 maja 2016 r. w Łodzi.

Na wniosek ORA w Bydgoszczy omówiono pomysł wyprodukowania filmu dokumentalnego *Kobiety w Adwokaturze*. Przedyskutowano ponadto wiele wniosków mających na celu przedstawienie wizerunku Adwokatury Polskiej.

POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 22 MARCA 2016 R.

Prezes A. Zwara przypomniał, że NRA podjęła prace nad przygotowaniem propozycji zmian legislacyjnych do ustawy o Policji. Postulaty Adwokatury dotyczą głównie ochrony tajemnicy zawodowej – przede wszystkim adwokackiej, ale również tajemnicy lekarskiej,

dziennikarskiej i związanej z wykonywaniem innych zawodów.

Prezydium NRA uchwałą nr 118/2016 wyraziło zgodę na wystąpienie w imieniu NRA z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego o wyrażenie zgody na przedłożenie Trybu-

nałowi Konstytucyjnemu opinii *amicus curiae* w postępowaniu z wniosku Prokuratora Generalnego z 12 listopada 2015 r. oraz z wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 4 grudnia 2015 r., połączonych do wspólnego rozpoznania pod sygn. akt K 32/15.

Prezydium NRA, po zapoznaniu się z przygotowaną przez architekta prezentacją dotyczącą planowanego remontu lokali należących do NRA, wybrało koncepcje do realizacji. Szczegółowe projekty i wizualizacje zostaną przygotowane i przedstawione do zatwierdzenia.

Zdecydowano się wesprzeć projekty: „Mediacje w szkole w praktyce” (na wniosek ORA w Bydgoszczy), organizację jubileuszu 40-lecia Izby Adwokackiej w Siedlcach, Rajd Rowerowo-Pieszno-Motocyklowy Adwokatów „Janów Lubelski 2016”, XXVII Ogólną Letnią Spartakiadę Prawników Szczecin 2016, XXXVIII Mistrzostwa Adwokatury w Tenisie Ziemnym oraz Ogólnopolski Złot Motocyklowy Adwokatów „Wiosna Riders 2016”. Przesądzone także o podpisaniu umowy z Polskim Towarzystwem Wspierania Przedsiębiorczości oraz o przekazaniu środków związanych z uczestnictwem NRA w Europejskim Kongresie Gospodarczym, który odbędzie się w dniach 18–20 maja 2016 r. w Katowicach – NRA jest organizatorem panelu poświęconego problematyce prawa w biznesie. Objęto patronatem i udzielono wsparcia finansowego konferencji szkoleniowej organizowanej przez Zrzeszenie Prawników Polskich w Ko-

łobrzegu, która odbędzie się w dniach 14–16 kwietnia br.

Delegowano adw. Katarzynę Przyłuską-Ciszewską na forum ośrodków mediacyjnych, które odbędzie się w Luksemburgu w dniach 22–23 kwietnia br., adw. dr Małgorzatę Kozuch na konferencję IBA w Barcelonie, która odbędzie się w dniach 24–27 maja br., oraz adw. Dominikę Stępińską-Duch na posiedzenie plenarne CCBE, które odbędzie się w dniach 19–20 maja 2016 r. w Lyonie.

Adwokat Jerzy Zięba poinformował, że w dniach 15–18 marca br. zostały przeprowadzone egzaminy zawodowe, w tym egzamin adwokacki.

Adwokat Ziemisław Gintowt poinformował, że adwokaci ubiegają się o stanowiska w każdym niemal sądzie i wielu je obejmują. Statystyki znacząco polepszyły się na naszą korzyść. Poruszył sprawę zajęcia stanowiska w kwestii *rządowego projektu ustawy o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych innych ustaw*. Prezydium NRA delegowało adw. Z. Gintowta jako swojego przedstawiciela na posiedzenia komisji parlamentarnych dot. wspomnianej ustawy.

Adwokat Rafał Dębowski poinformował, że na stronie Rządowego Centrum Legislacji zamieszczono projekt rozporządzenia zmieniającego rozporządzenie w sprawie regulaminu przeprowadzenia testu umiejętności dla kandydatów ubiegających się o wpis na listę adwokatów.

Andrzej Bąkowski

Odnowienie doktoratu adw. prof. dr. Janusza Szwai

Adwokatura krakowska nieraz miała okazję szczyścić się przynależnością do niej znanego naszemu środowisku prof. dr. Janusza Szwai. Tak było, kiedy obchodził w 2004 r. półwiecze nieprzerwanej pracy naukowej i kiedy wręczono Mu wydaną w ramach prac Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ księgę pamiątkową, zawierającą opracowania związane z Jego zainteresowaniami właśnie w dziedzinie prawa własności intelektualnej. Wtedy też został udekorowany Krzyżem Komandorskim Orderu Odrodzenia Polski. Takie zaszczyty przeżywalismy również w dniu 8 grudnia 2015 r. podczas zorganizowanego przez Uniwersytet Jagielloński uroczystego posiedzenia senatu z okazji odnowienia po 50 latach doktoratu Profesora. Uroczystość ta odbyła się w auli Collegium Maius i zgromadziła znamienitych gości. Jej gospodarzem był Rektor Uniwersytetu Jagiellońskiego prof. dr Wojciech Nowak, który w przemówieniu inauguracyjnym posiedzenie Senatu zwrócił między innymi uwagę na fakt, że odnowienie doktoratu w formie tak uroczystej jak w tym dniu dopuszczane jest przez Senat wówczas, kiedy działalność, w szczególności naukowa, na przestrzeni lat po obronie dysertacji doktorskiej znamionuje się walorami zasługującymi na takie jej zauważenie. Wśród członków Senatu odpowiednie miejsce zajęła Dziekan Wydziału Prawa Pani prof. dr hab. Krystyna Chojnicka. Natomiast laudację związaną z osobą Jubilata wygłosiła Pani prof. dr hab.

Ewa Łętowska. Nawiązała do pracy i osiągnięć naukowych oraz organizacyjnych Instytutu Prawa Własności Intelektualnej oraz Pracowni, następnie Zakładu, a obecnie Katedry Wynalazczości Własności Przemysłowej w tymże Instytucie. Przedstawiła działalność Profesora w tych placówkach, a także w organizacjach krajowych i zagranicznych oraz Jego uczestnictwo w pracach legislacyjnych. Podkreślony został wkład Profesora w redagowanie projektów przepisów prawa bezpośrednio bądź przez sporządzanie opinii do ustawy o wynalazczości, o rzecznikach patentowych, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wkład ten dotyczył także Kodeksu spółek handlowych czy Kodeksu cywilnego. Z perspektywy ubiegłych lat widać na podstawie przeglądu kilkuset pozycji opracowań naukowego autorstwa Jubilata, że ramy i szeroka tematyka zawodu adwokackiego nie byłyby w stanie sprostać Jego zainteresowaniom jako przede wszystkim naukowca. Mówczynie nie zapomniła jednak podkreślić związków Jubilata z adwokaturą. Tu trzeba dodać, że po odbyciu pełnej aplikacji adwokackiej i zdaniu egzaminu adwokackiego Janusz Szwaia, będący ówczesnie młodym naukowcem, nie przestał być adwokatem, członkiem izby krakowskiej. Adwokatem jest po dzień dzisiejszy, a więc był nim także i wówczas, gdy rozpoczął i rozwijał swą karierę naukową. W pewnym momencie przeszedł na tzw. listę „C”, ale nadal interesował się żywo losami adwokatury.

Nic w tym dziwnego, gdy zważyć powiązania rodzinne z zawodem poprzez ojca adw. Stanisława Szwałę, a także dziadka Kazimierza Kulczyckiego. We własnym wystąpieniu podczas opisywanej uroczystości Jubilat nawiązywał do wyżej przedstawionych faktów, a także okrasił je osobistymi wspomnieniami z przebytej dotychczas kariery naukowej.

Po uroczystości składano Jubilatowi w Stuba Communis gratulacje, wśród których znalazły się także pochodzące od adwokatury krakowskiej, w szczególności także od Konwentu Seniorów Izby Krakowskiej, którego członkiem jest Jubilat. Była to okazja do podkreślenia, że obchodzoną uroczystością wpisuje się On

w dobrą tradycję związaną z nazwiskami takich poprzedników, jak adwokaci dr Kazimierz Ostrowski, dr Stefan Kosiński czy dr Adolf Liebeskind. Jego osiągnięcia naukowe pozwalają nam szczerzyć się faktem, że jako równocześnie adwokat przyczynia się do dobrej oceny jakości tego zawodu w naszym społeczeństwie.

Po tej uroczystej części Rektor Uniwersytetu Jagiellońskiego zaprosił uczestników do sali reprezentacyjnej Wydziału Prawa i Administracji UJ w Pałacu Larischa, gdzie w swobodnej atmosferze i przy zastawionych stołach goście mogli wymieniać poglądy na tematy, które nastęrczała zakończona dopiero uroczystość.

I ja tam byłem...

Stanisław J. Jaźwiecki

IV Otwarte Mistrzostwa Adwokatury w Brydżu Sportowym

Okręgowa Rada Adwokacka w Olsztynie uprzejmie informuje, że w dniach 8–10 kwietnia 2016 r. odbyły się w Olsztynie w Hotelu Omega IV Otwarte Mistrzostwa Adwokatury w Brydżu Sportowym, w których wzięło udział 38 zawodniczek i zawodników, w tym 25 adwokatów i aplikantów adwokackich oraz 13 osób reprezentujących inne zawody prawnicze.

Rozegrano 4 turnieje: indywidualny, dwa parami oraz drużynowy.

Wyniki są następujące:

Indywidualnym Mistrzem Polski Adwokatów został Lech Kasprzyk z Częstochowy, II miejsce zajął adw. Wojciech Skorupski z Płocka, III miejsce adw. Czesław Reut z Olsztyna.

Mistrzami Polski Adwokatów w turnieju na zapis maksymalny zostali adwokaci Czesław Reut i Andrzej Szydziński z Olsztyna, II miejsce zajęli adwokaci Wojciech Skorupski i Wiktor Kołakowski z Płocka, a III miejsce adwokaci Krzysztof Hład i apl. adw. Marcin Janik z Częstochowy.

Mistrzami Polski Adwokatów w turnieju na zapis meczowy (imp) zostali adwokaci Paweł Bubnowski i Jan Wasilewski z Olsztyna, II miejsce zajęli adwokaci Tomasz Głuszek i Jacek Kozłowski z Torunia, III miejsce zajęli adw. Krzysztof Hład i apl. adw. Marcin Hład z Częstochowy.

Drużynowymi Mistrzami Polski Adwokatów została I drużyna z Częstochowy w składzie: apl. adw. Marcin Janik, adw. Krzysztof Hład, adw. Lech Kasprzyk oraz SSO Andrzej Biernacki, zaś Wicemistrzami adwokaci Paweł Bubnowski, Czesław Reut, Andrzej Szydziński, Jan Wasilewski z Olsztyna.

Zwycięzcy zostali uhonorowani pucharami i nagrodami rzeczowymi, a wszyscy uczestnicy specjalnymi kubkami oraz nagrodami w postaci publikacji wydawnictw C. H. Beck oraz Wolters Kluwer.

Na podkreślenie zasługuje wysoki poziom sportowy Mistrzostw oraz wspaniała koleżeńska atmosfera, mimo wyczerpujących turniejów trwających po 4 godziny każdy.

Przewodniczący Komitetu Organizacyjnego
adw. *Andrzej Szydziński*

Współpraca z Adwokaturą Ukraińską

Zastępca Redaktora Naczelnego „Palestry” adw. dr hab. Adam Redzik został delegowany przez Naczelną Radę Adwokacką w dniach 19–21 kwietnia 2016 r. do Kijowa. Wizyta odbyła się na zaproszenie Narodowej Asocjacji Adwokatów Ukrainy oraz wydawcy czasopisma „Prawo Ukrainy”.

Spotkanie z głównym redaktorem „Prawa Ukrainy” adw. prof. Oleksandrem Swiatockim dotyczyło usytuowania obu pism prawniczych w adwokaturze i na rynku wydawniczym, możliwości współpracy obu redakcji w zakresie wydawnictw, badań naukowych i szkoleń. Narodowa Asocjacja Adwokatów Ukrainy powierzyła Panu redaktorowi O. Swiatockiemu misję zorganizowania Wyższej Szkoły Adwokatury, będącą ważną inicjatywą samorządu, a mającą w przyszłości prowadzić m.in. szkolenia podnoszące kwalifikacje zawodowe adwokatów na wzór francuski.

Rozmowa z Panią Prezes ukraińskiej Adwokatury adwokat Lidią Izawitową koncentrowała się na możliwej współpracy samorządów zawodowych adwokatów Polski i Ukrainy oraz ich miejscu i roli w strukturach państwa.

Ukraiński samorząd boryka się z problemami organizacyjnymi i ingerencją państwa. Wiele współczesnych problemów ukraińskiego samorządu adwokackiego nie istnieje w Polsce, np. kwestia przynależności

do samorządu, wnoszenia składek adwokackich, ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Adwokaci na Ukrainie bywają zatrzymywani przez policję i szykanowani. W tej sprawie samorząd przygotował raport w języku angielskim, który jest dostępny na stronie internetowej samorządu ukraińskiego – <http://unba.org.ua>.

Mimo trudności ukraiński samorząd adwokacki w ciągu trzech lat swojego istnienia potrafił się zorganizować i okrzepnąć. Publikuje roczne raporty o swojej działalności, gdzie też relacjonowana jest działalność wszystkich gremiów samorządu, w tym kolegów (izb) regionalnych, a także wydaje własny miesięcznik naukowo-praktyczny – „Wisnyk”.

Jako samorząd adwokatura ukraińska jest członkiem CCBE – Radą Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy, gdzie współpracuje m.in. z adw. r.pr. Marią Ślęzak – Prezesem CCBE. Narodowa Asocjacja Adwokatów Ukrainy ma liczne kontakty z wieloma samorządami w Europie. Ostatnio ukraińscy adwokaci zorganizowali wspólny kongres z adwokaturą niemiecką.

Narodowa Asocjacja Adwokatów Ukrainy wraz z Komisją Dyscyplinarną ma siedzibę w starej i pięknej dzielnicy Kijowa – Podole, gdzie zajmuje prawie trzy piętra stylowej kamienicy.

AJR

225 lat Konstytucji Trzeciego Maja

O Konstytucji Trzeciego Maja uchwalonej przez Sejm Wielki w 1791 r. można wiele mówić i pisać. Przez dwa wieki i ćwierćwiecze obrosła legendą i literaturą, której sam spis zajęłby tomy. Prawili i prawią o Niej przede wszystkim historycy, politycy, a tylko od czasu do czasu – prawnicy.

Cóż powiedzieć z perspektywy czasu, co nie trąciłoby banałem. Może to, że zrodziła się w umysłach oświeconych Patriotów, dla których los zanarchizowanej Rzeczypospolitej i jej pomyślność były szczególnie ważne. Stworzona została z naruszeniem dotychczasowych procedur, ale było to jedyne możliwe rozwiązanie, albowiem gwarantami dotychczasowych praw byli bezwzględni sąsiedzi, którzy dokonali już I rozbioru Polski.

Nowoczesna, uroczystie uchwalona, była pierwszą w Europie Konstytucją, oparta na trójpodziale władzy, w której tzw. „władza sędziowska nie może być wykonywaną ani przez władzę prawodawczą, ani przez króla; lecz przez magistratury na ten koniec ustanowione i wybierane”.

Wierzono, że uchwalona Konstytucja uratuje Rzeczpospolitą. Stało się jednak inaczej. Dlaczego? Nietrudno odpowiedzieć. W kolejnych latach, dziesięcioleciach jej idee wrastały w świadomość Narodu... rosło jej znaczenie... potężniała.

Stulecie Konstytucji uroczystie świętowano we Lwowie i w Krakowie. Z tego powodu napisał klasyczne dzieło o Ustawie Rządowej sam Oswald Balzer, a ambitną próbę przedstawienia ustroju Rzeczypospolitej pod rządami Konstytucji Trzeciego Maja na tle ustrojów państw ówczesnej Europy podjął wybitny konstytucjonalista Stanisław Staryński. Przedstawił on rozważania o formie rządów przed uchwaleniem Konstytucji, jak i po jej uchwaleniu. Zwrócił uwagę na podobieństwa ustrojowe wynikające z Konstytucji Trzeciego Maja oraz rozwiązań znanych w Anglii, republikach włoskich, czy wcześniej Cesarstwie Rzymskim Narodu Niemieckiego.

W 1916 r. w Warszawie, w stolicy odradzającego się Państwa Polskiego, uczczono uchwalenie Konstytucji wielkim pochodem „wszystkich stanów polskich”.

Niemal niemal nazajutrz po uchwaleniu Konstytucji powstało setki tekstów politycznych, broszur, poematów, pieśni. Nie wszystkie przetrwały do naszych czasów. Poeta Michał Stanisław Mackiewicz (1757–1824), dziś zupełnie zapomniany, napisał anonimowo i opublikował Odeę na cześć Konstytucji, którą w wiernym zapisie przytaczamy w całości. Wydaje się, że jest ona aktualna i dziś.

Adam Redzik

DZIEŃ 3. MAJA 1791

*Stet Capitolium Fulgens;
triumphatisque possit Roma ferox dare jura Medis.*

HORATI

Święta wolności! Drogi przyrodzenia darze!
Tobie dziś Naród prawe zbudował Ołtarze.
Tłoczona dotąd grubych uprzedzeń mnóstwem
Z nich wolna, świetnym w Kraju rozjaśniałaś
Bóstwem.
A gdy Gmin powierzchniowy spadłych skorup płacze,
Naród Cię czci, Świećności Twej wielbiąc Działacze.
Precz odtąd urojone postrachy i bóle
Co Wolnością mniemały, bezład i swawole.
Dziś się Wolność prawdziwa dla Polaka rodzi,
Wolność czynić to wszystko, co się z Prawa godzi.
Mnożyły się Ustawy, razem zbrodnie rosły,
Tamte w pyłe butwiały, a te głowę wzniosły.
A w dzikiego Erebu zapłatanym Stanie
Władalo Moźnowładczych wichrów panowanie
Które walcząc wzajemnie swą zjadłością srogą
Napępniały mieszkańce bliskiej śmierci trwogą.
Patrz Narodzie, i w Niebo wdzięczne podnieś głosy
Runęły Bałwochwalskie o ziemię kolosy
A cześć Prawa na dzikich przesądów ruinie
Jasnej prawdzie wspaniale wystawia Świątynie
Do niej pierwszy wstępuje co na Piastów Tronie
Dębem Obywatelskie przepasuje skronie
Ozdobniejszy, nie złotą przepaską połyskać
Chęć jego miłość ludu tę zdołał pozyskać,
On to upadłą ludzkość stawiając na nogi
Wszedł gminem otoczony na Świątyni progi
Wiodąc dla swej Ojczyzny dar niepospolity
Lud Miejski z zapomnienia Prawem wydobyty.
Tam przed Bogiem pokoju przy ofiarnym Stole
Złożył Siebie, Lud, Prawa, i Ojczyzny dolę

Ojczyzny, która dotąd bez wagi i mocy,
Czekała rychło w Komnall politycznych Nocy
Dojrzeję te układy które mi złość czyja
Nie Ludzie ale Państwa niewinne zabija
Frymark nowy w Europie postawił Nas w rządzie
Państwa które dziś stoi, a jutro nie będzie
Te co nas krajać miały, tuż przy Naszym boku
Wrzały Szturmy ukryte w ozdobnym obłoku.
Już się ręka wznosiła, co miała bez względu
Wymazać Polskie Imię z Państw i Królestw rządu
Lecz oto spojrzal z góry ten co Światem włada,
Pogroził Twórczym palcem na złego Sąsiada.
A za miłość którąśmy z bliźnim się zbratali
Dozwolił Narodowi potrwać jeszcze dali.
Tej trwałości Przywilej nadał znamienity
Rząd Nam dając w Ustawie Sejmowej wryty
Rząd w którym dla Narodu i Szczęście i Sława
Wolność buja wesoło, lecz Panują Prawa
Rząd co bez sił i mocy tak dobrze jak nie żył,
Dzielną się mocą przeciw napaściom najeżył
Zgrzytnęły na ten widok po pieczarach Jędze:
Widząc zerwane złości, lub splecione przędze
Tak kończąc nieszczęście Kraju szereg nadto długi
Król z Narodem ex voto jakby Noe drugi
Stawi Kościół na wieczną pamiątkę zbawienia
Ten uratowanego Ojciec pokolenia.
Ty Polsko! w dawne szczęścia wrócisz się koleje,
A nowe Twojej Sławy pisać będą Dzieje;
I skąd władają Prawa do tejsz Świątyni
Pójdzie kiedyś Młódź Twoja w niezwiędłym Wawrzynie
Niosąc przed sobą świetne Orły i Pogonie

Za niemi pójda Starce, co Ojcowskie skronie
Dla posługi Ojczyzny i w Radzie i w boju
Uwieńczyli Laurami i Wieńcem pokoju
Klucz odrzwi Janusowych w Twym ręku mieć będziesz,
Takie miejsce u Świata Ty Polsko posiędziesz...
A Ty! coś ponad brody nadeschłej topieli
Nosił różczkę Oliwy Ptaku śnieżnej bieli
Wznieś lot bujny nad Krajem co się dziś odradza,

Niech się Brat z Bratem w dziką nieprzyjaźń
nie zwadza
Pokaż im jak się miła zieloność rozwija
Jak Nam Wyrok Opatrzny dobrym losem sprzyja?
Niech się wszyscy uścisną Mieszkańce tej Ziemi
Niech usta wzajem lica dotkną uprzejmemi
Na znak pokoju ręce podając nawzajem
Niech szczęśliwi panują, nad szczęśliwym Krajem.

TABLE OF CONTENTS

<i>Jacek Barcik</i> , advocate, Ph.D. habilitated, University of Silesia (Częstochowa–Katowice) The European Protection Order from the perspective of a lawyer	5
<i>Aleksandra Rychlewska</i> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of Jagiellonian University (Kraków) Article 168a of the Polish Criminal Procedure Code as a permission to use illegally obtained evidence in criminal proceedings	11
<i>Tomasz Iwanicki</i> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of University of Białystok (Białystok) The possibility of using „illegal evidence” in civil proceedings in the light of the judicial decisions and doctrine	19
<i>Magdalena Mączyńska</i> , advocate, candidate for doctor’s degree of Andrzej Frycz Modrzewski Cracow University (Kraków) Amendment to the juvenile procedure law – selected problems	31
<i>Maciej Gutowski</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated, Adam Mickiewicz University (Poznań), <i>Piotr Kardas</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated, Jagiellonian University (Kraków) Presumption of constitutionality vs. competence of courts	44
<i>Joanna Karniol</i> , advocate (Warsaw) European law manipulation – hazardous waste incineration plants monopoly to the EU law	63
<i>Jacek Kraczek</i> , advocate’s trainee (Lublin) Scope of binding court by proposal of incapacitation	69
<i>Bartłomiej Dębski</i> , advocate’s trainee (Warszawa) Return of consumer sale to the Civil Code – practical implications and theoretical problems	76
GLOSSES	
<i>Piotr Nycz</i> , advocate, candidate for doctor’s degree of Jagiellonian University (Kraków) Gloss to the sentence of Court of Appeal in Poznań of 13 th December 2012, II AKa 258/12 [on transfer of ownership in marriage]	82
<i>Sebastian Gajewski</i> , Ph.D. (Warszawa) Gloss to the sentence of Supreme Administrative Court of 27 th February 2014, II GSK 1856/12 [on the interpretation of art. 72 part 1 point 4 of the Law on the Bar]	89
<i>Jarosław Skowyrza</i> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of University in Białystok (Białystok) Gloss to the sentence of Court of Appeal in Białystok of 28 th November 2014, IACa 538/14 [on grossly reprehensible conduct within the meaning of art. 58 § 2 of the Family and Guardianship Code]	94
<i>Aneta Michalska-Warias</i> , Ph.D., senior lecturer of Maria Curie-Skłodowska University (Lublin) Gloss to the decision of Supreme Court of 4 th March 2015, IV KO 98/14 [on the interpretation of the term of “the closest person”]	104
RECENT CASE-LAW	
<i>Monika Strus-Wołos</i> , advocate, Ph.D. (Grójec) Review of the case-law of Supreme Court in civil cases	109
<i>Zbigniew Szonert</i> , Ph.D., retired judge of NSA (Supreme Administrative Court) (Warszawa) Review of the case-law of Supreme Administrative Court	113

LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS

<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa)	
Shall the submission of an application for a summons to a conciliation hearing cause the limitation period after it has been interrupted by this act to start running again from the day the court has received the letter initiating the procedure provided for in art 185 of the code of civil procedure or from the moment the court has stated that the agreement has not been reached?	117

LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES

<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa)	
From politics to history	119

TRIALS IN THE ARTISTIC WORLD

<i>Marek Sołtysik</i> (Kraków)	
Bieski (part 1). A sudden death of a cautious person	122

SYMPOSIA AND CONFERENCES

“New challenges on family issues and the principle of the child’s welfare. Ethical perspectives of the professions involved in the court proceedings”, Wrocław, 6 th –7 th November 2015	
<i>Olgierd Pankiewicz</i> , advocate (Wrocław), <i>Anna Wszendybył</i> , advocate’s trainee (Wrocław)	129
1 st Scientific Conference of the Pomeranian Bar in Gdańsk “The medical and pharmaceutical law”, 12 th November 2015	
<i>Joanna Grędzka</i> , advocate (Gdańsk), <i>Dominika Rydlichowska</i> , advocate (Gdańsk)	
Conference “The independence of courts as the basis of the democratic rule of law”, Warsaw, 5 th March 2016	
<i>Joanna Sędek</i> , Head of Press Office of Polish Bar Council (Warszawa)	135

THE BAR CHRONICLE

The plenary meeting of Polish Bar Council	141
From the meetings of Polish Bar Council’s Presidium	142

VARIA

Renewal of doctoral dissertation of Janusz Szwaja, advocate, Prof. Ph.D.	
<i>Stanisław J. Jaźwiecki</i> , advocate (Kraków)	145
4 th Open Bridge Championships of the Bar	
<i>Andrzej Szydziński</i> , advocate (Olsztyn)	146
Cooperation with the Ukrainian Bar	147

225 YEARS OF THE CONSTITUTION OF MAY 3, 1791

225 lat Konstytucji Trzeciego Maja	148
Michał Stanisław Mackiewicz – Day of 3 May 1791	149

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, PIOTR KARDAS

Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów

JACEK BARCIK

Europejski nakaz ochrony z perspektywy adwokata

JACEK KRACZEK

Zakres związania sądu żądaniem wniosku o ubezwłasnowolnienie

ALEKSANDRA RYCHLEWSKA

O przepisie art. 168a k.p.k. jako przyzwoleniu na korzystanie w ramach procesu karnego z dowodów zdobytych w sposób nielegalny

TOMASZ IWANICKI

Możliwość wykorzystania „dowodów nielegalnych” w postępowaniu cywilnym w świetle orzecznictwa oraz doktryny

BARTŁOMIEJ DĘBSKI

Powrót sprzedaży konsumenckiej do Kodeksu cywilnego – praktyczne implikacje i teoretyczne problemy