



czerwiec

6/2016

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





czerwiec

6/2016

PALESTRA

P i s m o A d w o k a t u r y P o l s k i e j

Rok LXI nr 702



Naczelna Rada Adwokacka

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Redaktor Naczelny: Czesław Jaworski
Zastępca Redaktora Naczelnego: Adam Redzik

Kolegium:

Stanisław Balík, Zbigniew Banaszczyk, Andrzej Bąkowski,
Antoni Bojańczyk, Lech Gardocki, Jacek Giezek,
Maciej Gutowski (przewodniczący),
Piotr Kardas (wiceprzewodniczący),
Jan Kuklewicz, Erik Luna,
Maciej Łaszczuk (wiceprzewodniczący),
Elwira Marszałkowska-Krześ, Andrzej Mączyński,
Frank Meyer, Marek Antoni Nowicki, Lech K. Paprzycki,
Mychajło Petriw, Krzysztof Piesiewicz,
Krzysztof Pietrzykowski, Adam Redzik, Stanisław Rymar,
Philippe Sands, Piotr Senddecki, 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

Projekt okładki: Izabela Matjasik
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.: 14,2. Nakład: 18 900 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>Magdalena Budyn-Kulik</i> , dr hab., adiunkt UMCS (Lublin), <i>Marek Kulik</i> , dr hab., adiunkt UMCS (Lublin) Z zagadnień współdziałania przestępnego. Uwagi na gruncie art. 281 k.k.	7
<i>Teodor Szymanowski</i> , prof. dr hab. (Warszawa) System dozoru elektronicznego w wykonywaniu kary pozbawienia wolności	14
<i>Sebastian Brzozowski</i> , sędzia SO (Gdańsk) Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego	20
<i>Marcin Piotrowski</i> , adwokat (Płock) Krytycznie o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia	27
<i>Andrzej Jezusek</i> , dr, adiunkt UJ (Kraków) Niektóre aspekty powszechnego obowiązku udzielenia pomocy organom prowadzącym postępowanie karne	38
<i>Kazimierz Postulski</i> , sędzia SA w st. spocz. (Lublin) Uchylanie się od odbycia kary ograniczenia wolności	52
<i>Jacek Czabański</i> , adwokat, dr (Warszawa) Walutowe klauzule waloryzacyjne w umowach kredytów hipotecznych. Analiza prob- lemu	63
<i>Artur Kruszewski</i> , apl. adw., doktorant UW (Warszawa) Wykorzystanie nagrań wykonanych bez zgody osoby nagrywanej w postępowaniu cywilnym	84
Punkty widzenia	
<i>Jakub Kawalek</i> , sędzia SR (Bydgoszcz) Kilka uwag na temat stosowania art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c.	90
Ważne dla praktyki	
<i>Lucyna Łuczak-Noworolnik</i> , r. pr., doktorantka UAM (Poznań), <i>Andrzej Filip Żurawski</i> , adwokat (Wrocław) Jak skutecznie dochodzić należności od zagranicznych kontrahentów – narzędzia infor- matyczne usprawniające pracę pełnomocnika profesjonalnego w sporach transgranicz- nych	95
Przed Zjazdem i zgromadzeniami	
<i>Jan Kuklewicz</i> , adwokat (Kraków), <i>Marcin Imiołek</i> , adwokat (Kraków) Adwokatura wobec zmian	103

Glosy

- Paweł Malec-Lewandowski*, adwokat, doktorant UJ (Kraków)
Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 21 września 2015 r., K 28/13 [o zgodności z Konstytucją RP art. 49 § 1 Kodeksu wykroczeń] 110
- Agata Michalska-Olek*, adwokat, dr (Poznań)
Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 marca 2014 r., K 6/13 [o składzie i kompetencjach wojewódzkiej komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych] 117
- Małgorzata Markowska*, apl. adw., doktorantka UwB (Warszawa–Białystok)
Glosa do wyroku WSA w Warszawie z 5 grudnia 2013 r., VII SA/Wa 713/13 [o kompetencjach uczelni wyższych w zakresie przyznawania stypendiów socjalnych] 122

Najnowsze orzecznictwo

- Michał Jackowski*, adwokat, dr (Poznań)
Przegląd orzecznictwa TK: Trybunał Konstytucyjny o wynagrodzeniu adwokackim w postępowaniu cywilnym – omówienie wyroku z 6 kwietnia 2016 r., SK 67/13 128
- Marek Antoni Nowicki*, adwokat (Warszawa)
Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (październik–grudzień 2015 r.) 134

Pytanie o obronę

- Antoni Bojańczyk*, adwokat, dr hab., prof. UW (Warszawa)
Informacja, opinia czy stanowisko: jaki ma być efekt pracy obrońcy z urzędu wyznaczonego do postępowań określonych w przepisie art. 84 § 3 k.p.k.? 139

Problematyka wypadków drogowych

- Wojciech Kotowski* (Warszawa)
Zawinione najechanie motocyklisty na zawracającego kierującego samochodem osobowym 145

Po lekturze

- Andrzej Bąkowski*, adwokat (Warszawa)
Opus magnum o Uniwersytecie Jana Kazimierza we Lwowie 149

Recenzje i noty recenzyjne

- Mirosław Damian Kopeć, *Zwycząj jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w polskim prawie karnym*
Radostaw Krajewski, dr hab., prof. UKW (Bydgoszcz) 152
- Wojciech Marchwicki, Marek Niedużak, *Zbiory Orzecznictwa Becka, Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz etyka zawodowa adwokatów i radców prawnych. Orzecznictwo*
Maciej Kwiek (Warszawa) 154

Sympozja, konferencje

- I Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Prawne aspekty dyskryminacji i zasady równego traktowania”, Warszawa, 11 marca 2016 r.
Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, adwokat (Warszawa),
Ewelina Zdunek, apl. adw. (Warszawa) 156
- Otwarte seminarium Katedry Postępowania Karnego nt. „Odwrócenie wielkiej nowelizacji Kodeksu postępowania karnego”, Kraków, 1 kwietnia 2016 r.
Marzena Andrzejewska, doktorantka UJ (Kraków),
Maciej Andrzejewski, doktorant UJ (Kraków) 160

Kronika adwokatury

Zgromadzenie Izby Adwokackiej w Warszawie

Joanna Sędek, szefowa Biura Prasowego NRA (Warszawa) 162**Varia**

Centrum Arbitrażu i Mediacji przy Izbie Adwokackiej w Olsztynie

Jerzy Dobrzański, adwokat (Olsztyn), *Anna Zielińska-Turek*, adwokat (Olsztyn),*Michał Hejbudzki*, adwokat (Olsztyn) 164

Na 60. rocznicę Poznańskiego Czerwca

Czesław Jaworski, adwokat (Warszawa) 165

Table of contents 167

Z ZAGADNIEŃ WSPÓLDZIAŁANIA PRZESTĘPNEGO. UWAGI NA GRUNCIE ART. 281 K.K.

Współdziałanie przestępne jest jednym z najbardziej interesujących, ale i skomplikowanych zagadnień. Często rozważania dotyczące go prowadzone są na płaszczyźnie normatywnej art. 18 k.k. Problematyka ta staje się jeszcze ciekawsza i niejednokrotnie – bardziej złożona po przeniesieniu dociekań na grunt konkretnych typów czynów zabronionych; zwłaszcza tzw. dwuaktowych, których dyspozycja stanowi alternatywę zwykłą. Złożoność analizowanego zagadnienia wymusza niejako pewien stopień komplikacji struktury niniejszego wywodu, konieczny paradoksalnie dla jego uporządkowania i większej przejrzystości.

Przepis art. 281 k.k. typizuje zachowanie sprawcy, który w celu utrzymania się w posiadaniu zabranej rzeczy, bezpośrednio po dokonaniu kradzieży, używa przemocy wobec

osoby lub grozi natychmiastowym jej użyciem albo doprowadza człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Na płaszczyźnie deskryptywnej ujęcie takie zdaje się wskazywać na to, że chodzi wyłącznie o przypadek, gdy znamię czynnościowe realizuje ta sama osoba, która wcześniej zabrała rzecz. Stanowisko takie jest prezentowane w doktrynie prawa karnego i orzecznictwie¹. Oznaczałoby ono, że mamy do czynienia z przestępstwem indywidualnym² lub indywidualnym co do czynu³. Co do zasady tak właśnie jest, jednak zagadnienie to wydaje się bardziej skomplikowane.

Do jego rozstrzygnięcia konieczne jest wniknięcie w istotę powiązania funkcjonalnego między zaborem rzeczy i działaniem w celu utrzymania się w jej posiadaniu. Należy mianowicie ustalić, czy jest możliwa sytuacja, że osoba, która własnoręcznie nie dokonała

¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, wyd. 1, Gdańsk: Arche 2005, s. 396; P. Kardas, (w:) P. Kardas, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko mieniu. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918–2000). Piśmiennictwo*, Kraków 2002, s. 63; M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, wyd. 1, Warszawa: Wolters Kluwer 2014, s. 712; G. Łabuda, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer 2014, s. 1086; A. Marek, *Kodeks karny*, wyd. 5, Warszawa: Wolters Kluwer 2010, s. 601; B. Michalski, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, tom II. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa: C. H. Beck 2010, s. 1054–1055; tenże, (w:) R. Zawłocki (red.), *System Prawa Karnego. T. 9. Przestępstwa przeciwko mieniu i przestępstwa gospodarcze*, wyd. 1, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 207; L. Wilk, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa: C. H. Beck 2013, s. 589; E. Plywaczewski, E. Guzik-Makaruk, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa: LexisNexis 2014, s. 1432; W. Świda, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1973, s. 638; wyrok SN z 3 września 1965 r., VI KZP 36/65, OSNKW 1965, nr 11, poz. 128 z głosami W. Woltera (PiP 1966, z. 4–5) i T. Bojarskiego (NP 1966, nr 10); wyrok SA w Lublinie z 15 września 1993 r., II AKr 168/93, OSA 1994, nr 1, poz. 3.

² P. Kardas, (w:) P. Kardas, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko mieniu*, s. 63; G. Łabuda, (w:) *Kodeks karny*, s. 1086; A. Marek, *Kodeks karny*, s. 602; B. Michalski, (w:) *Kodeks karny*, s. 1054–1055. Zwraca uwagę stanowisko L. Wilka, który zauważa, że całościowe potraktowanie typu sprawia, że nie da się go uznać za indywidualne. Autor ten opowiada się za stanowiskiem, że podmiotem drugiego etapu czynu może być tylko ten, kto wcześniej zrealizował pierwszy etap. Jednak indywidualny lub powszechny charakter czynu należy odnieść jego zdaniem (które należy podzielić) do całości czynu. To z kolei oznacza, że czyn ten ma zdaniami Autora charakter powszechny [L. Wilk, (w:) *Kodeks karny*, s. 589].

³ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) *Kodeks karny*, s. 164.

zaboru rzeczy, znajduje się w jej posiadaniu, a co za tym idzie, może podjąć zachowania w celu utrzymania się w jej dalszym posiadaniu. Wykładając przepis art. 281 k.k., należy poczynić dwa wstępne spostrzeżenia. Mówi on o tym, że sprawca działa w celu utrzymania się w posiadaniu zabranej rzeczy oraz że sprawca podejmuje opisane czynności bezpośrednio po dokonaniu kradzieży. *Prima facie* można by odnieść wrażenie, że oba te sformułowania wskazują, iż to on jest tą osobą, która zabrała rzecz, dokonując jej kradzieży. Nawet jednak w warstwie językowej przepisu da się zauważyć, że nie zawiera on takiego wymogu. Sprawca oczywiście musi działać w celu utrzymania się w posiadaniu rzeczy⁴; jest to rzecz zabrana, ale przepis nie przesądza, przez kogo. Tym, co mogłoby sugerować, że zabierającym był sprawca, jest właśnie zawarte w przepisie stwierdzenie, iż działa on w celu utrzymania się w posiadaniu rzeczy, z czego pozornie wynikają dwie kwestie: że wszedł w jej posiadanie własnoręcznie oraz że fizycznie ją dzierży. Tak często bywa, ale poniżej podejmiemy próbę wykazania, że tak być nie musi, ponieważ posiadanie nie musi wiązać się z koniecznością fizycznego dzierżenia rzeczy.

Druga kwestia dotyczy określenia „bezpośrednio po dokonaniu kradzieży”. Jest ona stosunkowo prostsza do wyjaśnienia⁵. Ujęcie to mogłoby sugerować, że sprawca kradzieży działa bezpośrednio po jej dokonaniu przez siebie, ale można je odczytywać również w ten sposób, że sprawca działa bezpośrednio po dokonaniu kradzieży przez kogokolwiek.

Możliwe są tu trzy podstawowe modele sytuacji.

I. Osoba A dokonuje zaboru rzeczy i zostaje w jej posiadaniu, podejmując opisane w art. 281 k.k. zachowania.

II. Osoba A dokonuje zaboru rzeczy, osoba B zachowuje się w sposób opisany w art. 281 k.k. po to, aby osoba A utrzymała się w posiadaniu rzeczy. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że o realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego przez art. 281 k.k. można mówić tylko wtedy, kiedy sprawca podejmuje określone w tym przepisie czynności w celu utrzymania się w posiadaniu zabranej rzeczy. Można więc odnieść wrażenie, że model, o którym obecnie mowa, jest pusty, jeśli uznać, że to, iż w danym wypadku B działa zawsze w celu utrzymania A w posiadaniu rzeczy, oznacza, że nie może działać w celu utrzymania w tym posiadaniu siebie. Cel utrzymania się w posiadaniu zabranej rzeczy limituje bowiem możliwość przypisania sprawcy realizacji ustawowych znamion omawianego czynu zabronionego. Nie może ich zrealizować ten, kto nie posiada zabranej rzeczy, gdyż nie może on działać w celu utrzymania się w jej posiadaniu.

Możliwe są jednak różne warianty tej sytuacji, które zostaną omówione dalej. W niektórych z nich okoliczność, że A fizycznie dzierży rzecz, nie znaczy, że nie posiada jej także B, który nie dzierży jej fizycznie. Wydaje się, że możliwe są sytuacje, w których rzecz jest współposiadana przez osobę, która nie ma z nią fizycznego kontaktu. Właśnie w takich wypadkach pojawia się możliwość zrealizowania ustawowych zna-

⁴ Bliższa analiza tego problemu zostanie przeprowadzona w dalszej części tekstu.

⁵ Nie wchodzim tu szczegółowo w analizę pojęcia bezpośredniości, jako pozostającego poza głównym nurtem rozważań. Chcemy tylko zaznaczyć, że opowiadamy się za stanowiskiem, iż bezpośredniości nie należy utożsamiać z natychmiastowością, niezależnie od tego, że zapewne najczęstsze w praktyce będą przypadki, kiedy druga faza czynu następuje natychmiast po pierwszej. Por. I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, wyd. 4, Warszawa: PWN 1986, s. 186; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) *Kodeks karny*, s. 166–167; P. Kardas, (w:) P. Kardas, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko mieniu*, s. 63–65; G. Łabuda, (w:) *Kodeks karny*, s. 1087; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 5, Lwów: Wydawnictwo Ossolińskich 1938, s. 591; J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach z komentarzem*, Warszawa 1938, s. 223; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 551; L. Wilk, (w:) *Kodeks karny*, s. 590; E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, (w:) *Kodeks karny*, s. 1432; wyrok SN z 20 lipca 1933 r., 3K 527/33, RPEiS 1934, z. 1, s. 177; wyrok SN z 26 marca 1934 r., 2K 1555/35, Zbiór Orzeczeń SN 1934, z. 10, poz. 202; wyrok SN z 9 kwietnia 1937 r., 3K 2655/36, OSP 1938, poz. 118. Odmienne wyrok SN z 31 stycznia 1934 r., 3K 1315/33, OSP 1934, poz. 534.

mion czynu zabronionego przez art. 281 k.k., gdyż wydają się możliwe sytuacje, w których osoba B działa nie tylko w celu utrzymania A w posiadaniu zabranej rzeczy, lecz także by samemu utrzymać się w jej posiadaniu.

III. Osoba A dokonuje zaboru rzeczy, przekazuje ją osobie B, która podejmuje zachowania opisane w art. 281 k.k., aby utrzymać się w jej posiadaniu.

AD I

Jest to sytuacja oczywista do tego stopnia, że część doktryny i praktyki do niej właśnie ogranicza zakres zastosowania art. 281 k.k. Niewątpliwie mamy wówczas do czynienia z kradzieżą rozbójniczą.

AD II

W tej sytuacji występują dwie różne osoby. Wspólnym mianownikiem wszystkich wariantów tej sytuacji jest to, aby jedna z nich – A – utrzymała się w posiadaniu rzeczy, rozumianym jako jej fizyczne dzierżenie. Oczywiście jest, że zachowanie osoby B, odpowiada-

jące czynności wskazanej w art. 281 k.k., jest relewantne prawnokarnie, powstaje jednak pytanie, na jakiej podstawie.

Tylko częściowo można się zgodzić z wyrażonym przez SA w Lublinie w wyroku z 15 października 1993 r. (II AKR 168/93)⁶ stanowiskiem, że w przypadku, gdy sprawca działa w celu umożliwienia innej osobie utrzymania się w posiadaniu zabranej rzeczy, dopuszcza się tylko pomocnictwa. Zgadzając się z możliwością zakwalifikowania czynu zabronionego jako pomocnictwa, należy zastrzec, że nie wydaje się, aby było to pomocnictwo do kradzieży rozbójniczej. Należy bowiem zauważyć, że w wypadku, kiedy między współdziałającymi nie ma ani uprzedniego, ani powstałego w czasie czynu porozumienia, sprawca dopuszcza się zwykłej kradzieży, a nie kradzieży rozbójniczej. Skoro tak, także i pomocnik dopuszcza się pomocnictwa do zwykłej kradzieży (warto rozważyć ewentualny zbieg ze zmuszaniem⁷). Nie chodzi tu wszakże o jakiś przypadek akcesoryjności pomocnictwa. Jest to typowy przypadek, kiedy pomocnik działa w zamiarze, by inna osoba dokonała zwykłej kradzieży, i ułatwia jej to.

Należy jednak zastanowić się, czy zawsze sprawca, który podejmuje działanie w celu utrzymania się innej osoby w posiadaniu rze-

⁶ OSA 1994, z. 1, poz. 3. Także i część doktryny prezentuje pogląd, że w wypadku, kiedy jedna osoba dokonuje zaboru rzeczy, a druga stosuje wskazane w przepisie metody oddziaływania na osobę, aby umożliwić sprawcy utrzymanie się w posiadaniu zabranej rzeczy, dopuszcza się pomocnictwa do kradzieży rozbójniczej [A. Marek, *Kodeks karny*, s. 602; B. Michalski, (w:) *Kodeks karny*, s. 1055; L. Wilk, (w:) *Kodeks karny*, s. 591]. Przeciwno akceptacji tego poglądu przemawia naszym zdaniem okoliczność, że sprawca, który zabiera rzecz, nie realizuje przecież ustawowych znamion czynu zabronionego przez art. 281 k.k. Spośród powołanych Autorów B. Michalski nie jest jednak konsekwentny. Autor ten bowiem akceptując przywołuje stanowisko SN, że użycie przemocy wobec osoby lub zagrożenie jej natychmiastowym użyciem może być dokonane zarówno przez sprawcę kradzieży, jak i przez inną osobę współdziałającą z nim, jeżeli przemoc lub groźba ma na celu utrzymanie się przez sprawcę w posiadaniu zabranej rzeczy – wyrok SN z 23 listopada 1981 r., I KR 42/81, OSNKW 1982, nr 3–4, poz. 22; B. Michalski, (w:) *Kodeks karny*, s. 1057. Powoduje to niemożność ustalenia, jaki właściwie jest pogląd powoływane go Autora na to zagadnienie. Ostatecznie – w innej pracy – Autor uznaje orzeczenie SA w Lublinie za kontrowersyjne, podnosząc słuszne wątpliwości, że sprawca dopuszcza się tylko zwykłej kradzieży. Por. B. Michalski, (w:) *Kodeks karny*, s. 209–210. Warto zwrócić uwagę, że SN mówi w powołanym wyroku o osobie **współdziałającej ze sprawcą**, gdy powołujący ją Autor po prostu o innej osobie. Odmienne jest w obu wypadkach rozłożenie akcentów. Brak stwierdzenia, że chodzi o osobę współdziałającą ze sprawcą, sugeruje, że Autorowi chodzi także o przypadki, kiedy obu sprawców nie łączy porozumienie. Wydaje się wszakże, że w takim wypadku nie da się uzasadnić odpowiedzialności sprawcy B za kradzież rozbójniczą w jakiegokolwiek bądź formie zjawiskowej. Bliżej na ten temat w dalszej części wywodu.

⁷ Wydaje się, że właściwa byłaby kwalifikacja kumulatywna z art. 278 § 1 lub 2 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k. i z art. 191 § 1 k.k.

czy, działa wyłącznie na jej korzyść, czy może istnieją przypadki, gdy działa również we własnym interesie. Gdyby tak było, można byłoby bronić poglądu, że w takich właśnie przypadkach B, chociaż nie ma fizycznego kontaktu z rzeczą, działa nie tylko po to, by utrzymać A w posiadaniu rzeczy, lecz także po to, by samemu się w nim utrzymać.

Przy wykładni pojęcia „posiadanie” należy odwołać się do przepisów Kodeksu cywilnego, który zna nie tylko posiadanie samoistne, ale także posiadanie zależne. Zgodnie z art. 336 k.c. samoistnym posiadaczem rzeczy jest ten, kto nią włada jak właściciel. Ten natomiast, kto rzeczą włada w zakresie innego prawa, jest posiadaczem zależnym. Na stan posiadania składają się dwa elementy – *corpus possessionis* i *animus possidendi*⁸. Pierwszy oznacza znajdowanie się posiadacza w sytuacji pozwalającej mu na wykonywanie władztwa nad rzeczą⁹. W analizowanym przypadku jest to osoba A. Element *animus* oznacza wolę wykonywania tego władztwa dla siebie, w zakresie określonego prawa¹⁰. Posiadacz samoistny, czyli taki, który wykonuje władztwo dla siebie, nie musi fizycznie władać rzeczą. Może władać za niego ktoś inny. Osoba ta nazywana jest na gruncie art. 338 k.c. dzierżycielem¹¹. Osoba B w danym przypadku może mieć wolę, by osoba A wykonywała dzierżenie rzeczy dla niego. Istotne tu jest także, jakie nastawienie do czynu prezentuje osoba A. Jeżeli zabiera rzecz dla siebie i skłonna jest przyjąć pomoc osoby B, ale chce nadal zachować posiadanie rzeczy dla siebie (z wyłączeniem B), B nie staje się posiadaczem¹². Natomiast jeżeli A zabiera rzecz dla siebie i dla B, obaj stają się posiadaczami, nawet wówczas, gdy B nie ma żadnego kontaktu fizycznego z rzeczą.

W ramach opisywanej sytuacji można wyodrębnić trzy warianty.

Wariant IIa

A zabiera rzecz i z nią ucieka, B podejmuje zachowanie opisane w art. 281 k.k., a całość zachowania stanowi realizację uprzedniego porozumienia. Mamy wówczas do czynienia ze współsprawstwem właściwym kradzieży rozbójniczej. Wydaje się, że do takiej właśnie sytuacji odnosił się Sąd Najwyższy w wyroku z 23 listopada 1981 r. (I KR 42/81), w którym stwierdził, że użycie przemocy wobec osoby lub zagrożenie jej natychmiastowym użyciem może być dokonane zarówno przez sprawcę kradzieży, jak i przez inną osobę współdziałającą z nim, jeżeli przemoc lub groźba ma na celu utrzymanie się przez sprawcę w posiadaniu zabranej rzeczy¹³. Zaakcentowanie przez SN konieczności współdziałania sprawia, że powołany wyrok tylko pozornie wyraża pogląd sprzeczny z tu przyjmowanym. Należy bowiem zdecydowanie odróżnić sytuację, w której porozumienie istnieje, od takiej, w której porozumienia brak. W powołanym wyroku SN mowa jest o sytuacji, w której da się dostrzec istnienie porozumienia.

Dodać należy, że B odpowie za kradzież rozbójniczą również wtedy, gdy w zakresie zaboru był sprawcą kierowniczym lub polecającym, a w zakresie zachowania opisanego w art. 281 k.k. – zwykłym sprawcą. Byłby to ciekawy przypadek skrzyżowania w jednym czynie różnych postaci sprawstwa.

Wariant IIb

Osoba A dokonuje zaboru rzeczy, zwraca się o pomoc do B, obiecując podzielenie się

⁸ W. Czachórski, *Pojęcie i treść posiadania według obowiązującego prawa rzeczowego*, NP 1957, nr 5, s. 40; E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, wyd. 3, Warszawa: C. H. Beck 1999, s. 264; S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa: PWN 1989, s. 273; J. Ignatowicz, *Ochrona posiadania*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1963, s. 51 i n.; A. Kunicki, *Zewnątrzna i wewnętrzna istota posiadania w prawie polskim*, „Roczniki Nauk Społecznych KUL” 1949, t. 1, s. 107.

⁹ S. Grzybowski, *Prawo cywilne*, s. 179; F. Zoll jr., *Prawo cywilne, część ogólna*, Poznań 1931, s. 283.

¹⁰ E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, s. 264; S. Grzybowski, *Prawo cywilne*, s. 180–181.

¹¹ J. Ignatowicz, *Ochrona posiadania*, s. 85.

¹² Chodzi tu wyłącznie o sytuację, gdy B fizycznie w ogóle nie dzierży rzeczy.

¹³ OSNKW 1982, nr 3–4, poz. 22.

z nim spodziewaną korzyścią z zaboru, chociaż uprzednio nie zawarli porozumienia. Możliwe są tu także dwie modyfikacje¹⁴. Pierwsza, gdy obietnica złożona przez A jest szczerą. Nie ma wówczas przeszkód, by przyjąć współsprawstwo. Ta sytuacja nie różni się co do istoty od tej opisanej w punkcie IIa. Jest to przypadek współsprawstwa sukcesywnego. Należy zastrzec jednak, że okoliczność, iż współsprawca sukcesywny nie może odpowiadać za to, co stało się przed jego przystąpieniem, nie wpływa na kwalifikację zachowania¹⁵. Złożona deklaracja A czyni bowiem B współposiadaczem rzeczy przez A zabranej. Wszelkie następne czynności B podejmie zatem w celu utrzymania się w posiadaniu zabranej rzeczy.

Druga, gdy A nie zamierza się wcale dzielić z B, ale ten o tym nie wie. W tym przypadku na pewno B nie dokonuje kradzieży rozbójniczej, chociaż dokona jej A, nawet jeżeli sam nie zrealizuje znamion czynu z art. 281 k.k. Zaboru rzeczy dokona sam, element rozbójniczy zostanie zaś wykonany przez B w ramach współsprawstwa właściwego. Sytuacja karnoprawna B jest znacznie ciekawsza. W związku z tym, że on tylko uważa się za współposiadacza, którym nie staje się ze względu na postawę A, może odpowiadać tylko za usiłowanie kradzieży rozbójniczej i dokonanie zmuszania. Pozostaje do rozstrzygnięcia kwestia, z jaką postacią usiłowania mamy tu do czynienia. Jeżeli przyjmiemy, że stanowisko A jest niewzruszalne i żadne okoliczności nie sprawią, że udzieli on B obiecanej korzyści, należy chyba uznać, że

jest to usiłowanie nieudolne ze względu na brak przedmiotu zdanego do popełnienia na nim czynu zabronionego. Przedmiotem czynności wykonawczej jest, jak się zdaje, posiadana rzecz. W opisywanym przypadku B rzeczy nie posiada i nie może wejść w jej posiadanie. Jest to zatem karalne usiłowanie nieudolne. Skomplikowana robi się sytuacja, gdy osoba A dopuszcza myśl, że w razie określonego układu okoliczności, jeżeli nie będzie miała innego wyjścia, podzieli się uzyskaną korzyścią z B (choć wolałaby tego uniknąć). Należy chyba przyjąć, że mamy tu do czynienia z usiłowaniem zwykłym.

Wskazano wyżej, że w przypadku, kiedy A nie chce podzielić się rzeczą z B, B może odpowiadać tylko za usiłowanie kradzieży rozbójniczej i dokonanie zmuszania. Można jednak na jego czyn spojrzeć przez pryzmat pomocnictwa, którego ten udziela osobie A¹⁶. Powstaje pytanie, do czego jest to pomocnictwo – czy do kradzieży zwykłej, czy rozbójniczej? Przeciwno uznaniu, że mamy do czynienia z pomocnictwem do kradzieży zwykłej, przemawia to, iż B obejmuje stroną podmiotową zarówno zabór, jak i zachowanie w celu utrzymania się w posiadaniu rzeczy. Z kolei przeciwko uznaniu, że jest to pomocnictwo do kradzieży rozbójniczej, przemawia okoliczność, iż to B jest osobą, która realizuje znamiona czynnościowe tego czynu. Trudno jednak uznać go za współsprawcę, skoro nie jest posiadaczem. Dlatego wydaje się, że najwłaściwsza jest mimo wszystko kwalifikacja czynu B jako pomocnictwa do kradzieży rozbójniczej, chociaż dochodzi tu do kuriozalnej

¹⁴ Słusznie zwraca się uwagę w orzecznictwie, że działanie wspólnie i w porozumieniu w rozumieniu art. 281 k.k. nie ogranicza się do sytuacji, w których doszło do uprzedniego uzgodnienia wszystkich elementów czynu, lecz także obejmuje takie działania, których podjęcie wymusza rozwój sytuacji. Wyrok SA w Białymstoku z 29 sierpnia 2000 r., II AKa 121/00, OSA 2001, nr 5, poz. 50; E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, (w:) *Kodeks karny*, s. 1432. Wydaje się wszakże, że brak podstaw, by możliwość przyjęcia współdziałania ograniczać do przypadków, kiedy przed rozpoczęciem realizacji czynu istniało jakiegokolwiek porozumienie. Słusznie przyjmuje się w powołanym wyroku, że rozwój wydarzeń może narzucić sprawcom określone zachowania. Nie powinno wszakże budzić wątpliwości, że tenże rozwój wydarzeń może zdecydować o zaistnieniu porozumienia na etapie realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego.

¹⁵ Co miałyby na przykład miejsce, gdyby przyłączył się do kradzieży z włamaniem po dokonaniu przez inną osobę włamania.

¹⁶ Jest to sytuacja w pewnym sensie podobna do skonstruowanego przez A. Wąska przykładu współsprawstwa sukcesywnego kradzieży z włamaniem – gdy spóźniony współsprawca odpowiada za współsprawstwo kradzieży zwykłej i pomocnictwo do kradzieży z włamaniem. A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1977, s. 78.

sytuacji, kiedy typ został zrealizowany dzięki zachowaniu osoby, która nie jest jego sprawcą.

Wariant IIc

Osoba A dokonuje zaboru rzeczy, następnie prosi osobę B o udzielenie pomocy w utrzymaniu się w posiadaniu rzeczy. Dla obu sprawców nie ulega wątpliwości, że „usługa” wykonana przez B nie wiąże się z partycypowaniem w rzeczy. Osoba A może oferować B pewne korzyści w zamian za pomoc (np. zapłatę, przysługę wzajemną), ale niepolegające na jakimkolwiek udziale w rzeczy. Niewątpliwie osoba B nie staje się w tym przypadku posiadaczem; nie staje się zatem sprawcą kradzieży rozbójniczej. Jest to przypadek, kiedy B jest pomocnikiem do zwykłej kradzieży i może odpowiadać za dokonane zmuszanie¹⁷. Kwestia odpowiedzialności A przedstawia się w bardziej złożony sposób. Należy zastanowić się, czy jego prośba nie prowadzi go do realizacji ustawowych znamion typu z art. 281 k.k. Wydaje się, że nie. Jego zachowanie wypełnia znamiona podżegania do przestępstwa zmuszania. Chociaż trzeba też rozważyć sytuację nietypową, gdy między A i B istnieje taki stosunek, który pozwoli A wystąpić w charakterze sprawcy polecającego, lub, gdy da się to stwierdzić sprawstwo kierownicze. W takim wypadku A oczywiście odpowiada za kradzież rozbójniczą, a sytuacja B nie ulegnie zmianie.

AD III

Osoba A dokonuje zaboru rzeczy, przekazuje ją osobie B, która podejmuje zachowania opisane w art. 281 k.k., aby utrzymać się w jej posiadaniu.

Sytuacja osoby A jest całkowicie klarowna. Zależy jednak od nastawienia, z jakim rzecz oddaje B. Jeżeli nie ma zamiaru wyzbycia się posiadania w całości, rzecz wygląda następująco. Zabierając rzecz w celu jej przywłaszczenia, A nabywa posiadanie tej rzeczy, bezprawne, w złej wierze¹⁸, ale samoistne. Jak wynika z art. 337 k.c., posiadacz samoistny, który oddaje rzecz innej osobie w posiadanie zależne, nie traci posiadania. Co prawda właściciel także nie traci posiadania, co pozwala prezentować także i taki pogląd, że A nie staje się posiadaczem samoistnym, lecz zależnym, dla omawianej sytuacji nie ma to jednak znaczenia. W doktrynie prawa cywilnego uważa się, że art. 337 k.c. dotyczy nie tylko posiadacza samoistnego, lecz również zależnego¹⁹. Posiadacz zależny także nie traci więc posiadania rzeczy, przekazując ją w dalsze posiadanie zależne²⁰. Kwestie te nie budzą żadnych wątpliwości na gruncie prawa cywilnego, warto jednak zwrócić na nie uwagę przy okazji analizy prawnokarnej. Dla analizowanej sytuacji ma to takie znaczenie, że nawet jeśli osoba A odda rzecz B, nadal jest jej posiadaczem. Tutaj również sytuacja jest zróżnicowana w zależności od tego, z jakim nastawieniem psychicznym tę rzecz oddaje: może liczyć na to, że B, działając w sposób określony w art. 281 k.k., utrzyma dla nich obu posiadanie rzeczy; może jednak też liczyć na to, że utrzyma owo posiadanie w jakiś inny sposób, np. uciekając.

W pierwszym przypadku nie ma przeszkód, aby A odpowiadał na podstawie art. 281 k.k. Forma zjawiskowa, w jakiej czyn ten popełni, będzie zależała od konkretnego układu faktycznego. Niekiedy może mieć postać sprawstwa kierowniczego lub polecającego, czasem da się stwierdzić zaistnienie porozumienia, które spra-

¹⁷ Przypadek ten jest podobny do tego, w jakim zapadł wyrok SA w Lublinie z 15 października 1993 r. (II AKr 168/93), OSA 1994, nr 1, poz. 3. Jego rozstrzygnięcie jest podobne do tu proponowanego, z zastrzeżeniem, że B nie jest naszym zdaniem pomocnikiem do kradzieży rozbójniczej, ale do zwykłej kradzieży, ewentualnie także sprawcą zmuszania.

¹⁸ W. Czachórski, *Pojęcie*, s. 31; S. Grzybowski, *Prawo cywilne*, s. 182–183; K. Przybyłowski, *Dobra wiara w polskim prawie cywilnym (ogólne uwagi o pojęciu)*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. 4, s. 3 i n.

¹⁹ J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, wyd. 9, Warszawa: PWN 1999, s. 280.

²⁰ Por. bliżej A. Kunicki, *Elementy romańskie i germańskie w konstrukcji posiadania według kodeksu cywilnego*, „Studia Prawnicze” 1970, nr 26–27, s. 67 i n.

wi, że będziemy mieć do czynienia ze współsprawstwem; tym bardziej będzie tak, gdy porozumienie istniało wcześniej. W niektórych przypadkach jednak nie da się sprawcy A przypisać odpowiedzialności karnej na podstawie art. 281 k.k. Wówczas będzie on odpowiadał za zwykłą kradzież i podżeganie do zmuszania.

Odpowiedzialność B będzie w pewnym sensie komplementarna do odpowiedzialności A. Jeżeli A przekaze B rzecz w posiadanie zależne, staje się on jej posiadaczem w rozumieniu prawa karnego, niezależnie od zakresu, w jakim to posiadanie wykonuje. Przypomnieć należy, że na gruncie prawa cywilnego możliwe jest posiadanie zależne wykonywane dla siebie w zakresie jakiegoś prawa rzeczowego, a także tzw. dzierżenie. Dzierżyciel w żadnym zakresie nie wykonuje posiadania dla siebie. Wykonuje

je zawsze dla tego, kto mu rzecz przekazał. Na gruncie prawa karnego jako znamię czynności wykonawczej (a nie przedmiotu ochrony²¹) powszechnie przyjmuje się, z czym należy się zgodzić, że dzierżenie czysto zastępcze jest posiadaniem²². Oznacza to, że niezależnie od tego, czy rzecz została B fizycznie przekazana z obietnicą udziału w korzyściach z kradzieży, czy może tylko na „przechowanie”, B stał się jej posiadaczem i stosując w celu utrzymania się w jej posiadaniu sposoby przewidziane w art. 281 k.k., realizuje ustawowe znamiona czynu tam określonego jako sprawca.

Jeżeli A oddaje rzecz B z zamiarem całkowitego wyzbycia się posiadania, przestaje być jej posiadaczem. Odpowiada więc tylko za zwykłą kradzież, niezależnie od zachowania B, który może popełnić czyn z art. 281 k.k.

²¹ Por. bliżej M. Kulik, *Przestępstwo i wykroczenie uszkodzenia rzeczy*, Lublin: Verba 2005, s. 50; D. Wysocki, *Pojęcie posiadania w prawie karnym*, Prok. i Pr. 2000, z. 2, s. 27.

²² Wyrok SN z 4 listopada 1975 r., Rw 562/75, OSNKW 1976, nr 1, poz. 17; uchwała SN z 15 lutego 1984 r., VI KZP 50/83, OSNKW 1984, nr 7–8, poz. 73; wyrok SN z 13 sierpnia 1993 r., WR 107/93, OSNKW 1993, nr 11–12, poz. 74; uchwała SN z 19 lipca 1995 r., IKZP 26/95, OSNKW 1995, nr 9–10, poz. 62; uchwała SN z 18 grudnia 1997 r., IKZP 34/97, OSNKW 1998, nr 1–2, poz. 91; uchwała SN z 14 listopada 1999 r., IKZP 32/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 68; J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1987, t. 2, s. 255; O. Górniok, *Glosa do uchwały SN z dn. 18 grudnia 1997 (IKZP 34/97)*, OSP 1998, nr 7–8, poz. 146; M. Kulik, *Przestępstwo*, s. 48–50; S. Łagodziński, *Glosa do uchwały SN z dn. 18 grudnia 1997 (IKZP 34/97)*, Prok. i Pr. 1998, z. 9, s. 97; W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 317; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, s. 716; R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej SN w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego i prawa wykroczeń za 1999 r.*, WPP 2000, nr 1, s. 65; D. Wysocki, *Pojęcie posiadania*, s. 27 i n.; tenże, *Glosa do uchwały SN z dn. 14 listopada 1999 (IKZP 32/99)*, OSP 2000, nr 3, poz. 44.

Summary

Małdalena Budyn-Kulik, Marek Kulik

AS FAR AS CRIMINAL COMPLICITY IS CONCERNED. AROUND THE ART. 281 C.C.

The article deals with chosen aspects of criminal complicity as far as the crime of theft with violence used after the act (art. 281 C.C.). Commonly is assumed that this act can be committed only by a person who previously stole the thing. The authors of this paper accepting, as a rule the thesis mentioned above, try to prove that there are possible situations in which criminal responsibility for committing the crime of art. 281 C.C. can be prescribe to a person who had stolen the thing, but did not use violence to keep it him or herself. The violence can be used by another person, who plays then the role of a perpetrator or a helper in committing the act of art. 281 C.C.

KEY WORDS: criminal law, criminal complicity, helper, perpetrator, theft with violence

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo karne, współdziałanie przestępne, pomocnik, sprawca, kradzież rozbójnicza

SYSTEM DOZORU ELEKTRONICZNEGO W WYKONYWANIU KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI

1. UWAGI WSTĘPNE

Zasadnicza, fundamentalna zmiana prawa karnego została wprowadzona w nowym Rozdziale VIIa k.k.w., regulującym **stosowanie systemu dozoru elektronicznego**. Zanim scharakteryzuje się tę nową ważną instytucję prawa karnego wykonawczego, trzeba przypomnieć, że 7 września 2007 r. Sejm RP uchwalił ustawę o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego jako ustawę czasową, której termin miał obowiązywać przez 5 lat (od 1 lipca 2008 r. do 30 czerwca 2014 r.). Ostatecznie w 2008 r. czas jej obowiązywania przesunięto na czas 2009 do 31 sierpnia 2014 r.

Następnie wprowadzono kilka zmian do tej ustawy (m.in. możliwość uzyskania warunkowego przedterminowego zwolnienia z zastosowaniem dozoru elektronicznego), a w dniu 12 lipca 2013 r. obowiązywanie ustawy o systemie dozoru elektronicznego (dalej: SDE) zostało przedłużone bezterminowo i w ten sposób instytucja ta weszła na stałe do systemu prawa karnego w Polsce.

O funkcjonowaniu SDE w okresie do 2014 r. świadczą m.in. następujące dane pochodzące ze statystyki oraz innych informacji. Do końca stycznia 2014 r. ukończyło karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego 23 657 skazanych. Według danych Ministerstwa Sprawiedliwości koszt wykonania kary w tym systemie przypadający na jednego skazanego wyniósł 564,25 zł¹. Jednak według innych danych, nawiązujących do informacji pokontrolnych NIK, powyższa kwota kosztów

wykonania kary w SDE być może jest zaniżona². Z uzasadnienia do reformy prawa karnego wynika, że wykonywanie tej kary odbywało się prawidłowo, zasadniczo bez zakłóceń. Jednakże brak jest najważniejszych badań, które by wskazywały na powrotność do przestępstwa po wykonaniu kary w tym systemie. Z cytowanego uzasadnienia wynika też, że planowane jest zwiększenie pojemności SDE od 10 000 skazanych w 2013 r. do 12 500 w 2016 r. i do 15 000 – w 2017 r. W odniesieniu do liczby wszystkich skazań w 2014 r. będzie stanowić od 3,5% w 2015 r. do 5,1% skazań w 2017 r., czyli ilościowo ujmując, nie będzie ten system odgrywać znaczącej roli w systemie karnym.

Ustawa z 20 lutego 2015 r., obowiązująca od 1 lipca tegoż roku, wprowadziła do k.k.w. wiele istotnych zmian, w tym szczególnie dotyczących stosowania dozoru elektronicznego. W powyższym akcie prawnym zrezygnowano z określenia dozoru elektronicznego stosowanego do skazanych jako systemu wykonywania kary pozbawienia wolności i przypisano mu szereg ważnych funkcji w wykonywaniu kary oraz innych środków w reakcji na popełnienie przestępstw (i czynów karalnych), a m.in. w wykonywaniu kary ograniczenia wolności. To ostatnie unormowanie okazało się bardzo niefortunne, skoro w drugiej połowie 2015 r. takich skazań (nieprawomocnych) było tylko 126. Po półrocznym okresie obowiązywania noweli do prawa karnego z 20 lutego 2015 r. (w którym to roku nastąpiła również zmiana władzy w Polsce w wyniku przeprowadzonych wyborów parlamentarnych), w styczniu 2016 r. w Ministerstwie Sprawiedliwości przygotowa-

¹ Por. Uzasadnienie do Projektu ustawy dot. zmian w prawie karnym z 8 maja 2014 r., s. 54–56.

² A. Dziubińska, *System dozoru elektronicznego w świetle przepisów prawa, danych statystycznych oraz raportu NIK*, PWP 2015, nr 87, s. 65 i n.

no nowelę korygującą niektóre postanowienia wspomnianej ustawy.

Ustawa ta weszła w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r. i wprowadza szereg ważnych zmian, a wśród nich przede wszystkim wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, które znacznie się różni od poprzednio obowiązującej ustawy, tj. do 30 czerwca 2015 r. regulującej stosowanie tej kary.

W tym artykule omówiono jedynie unormowania dotyczące SDE w odniesieniu do kary pozbawienia wolności, ponieważ jego zastosowanie do środków karnych i zabezpieczających oraz ogólne zasady regulujące wykonywanie tego systemu zostały przedstawione przez autora w artykule pt. *Nowelizacja prawa karnego wykonawczego – przegląd ważniejszych zagadnień*, „Palestra” 2015, nr 7–8.

2. KARA POZBAWIENIA WOLNOŚCI WYKONYWANA W SYSTEMIE DOZORU ELEKTRONICZNEGO

Jak już wcześniej wspomniano, ostatnia nowelizacja prawa karnego wniosła dwie podstawowe zmiany do tej dziedziny prawa, tj.:

- uchylenie przepisów o wykonywaniu kary ograniczenia wolności w systemie dozoru elektronicznego, oraz
- wprowadzenie możliwości orzekania i wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

Tego rodzaju kara była już przewidywana w dawnym stanie prawnym, uregulowana w odrębnej ustawie obowiązującej do 30 czerwca 2015 r. Obecnie obowiązujące uregulowanie nie stanowi jednak powtórzenia dawnych przepisów, ponieważ przedstawia bardziej rozwinięty system tego trybu wykonywania kary. Celem tak wykonywanej kary jest nadal unikanie nadmiernego stosowania kary pozbawienia wolności, ale jednocześnie oddziaływanie na skazanego, włącznie z odczuwaniem przez niego pewnej dolegliwości, co jest immanentną cechą realnej kary. W tej

zmianie zapewne nie bez znaczenia był też fakt, że w minionym drugim półroczu 2015 r. orzekanie kary ograniczenia wolności w SDE zakończyło się kompletnym fiaskiem.

Przed przedstawieniem zasad orzekania i wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego należy poczynić kilka uwag poprzedzających.

Institucja wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest już od lat stosowana w systemach penalnych wielu krajów – np. w krajach europejskich (wliczając do nich również Turcję) wedle danych Rady Europy z 2013 r. W wielu krajach stosuje się dozór elektroniczny do skazanych zaliczonych do populacji penitencjarnej³. Są to: Austria, Belgia, Finlandia, Francja, Islandia, Holandia, Rosja, Hiszpania, Turcja. Znaczące liczby takich skazań wystąpiły w Belgii – 1242, Francji – 10 451, Rosji – 9485 i Hiszpanii – 1899.

Oprócz tych państw stosuje się dozór elektroniczny do skazanych niezaliczanych do więźniów w kilku innych krajach, tj. w Polsce – 4864 skazanych, a także w Serbii, Luksemburgu, Portugalii, Islandii. Danych dotyczących tych krajów w raporcie RE nie podano, ale są to prawdopodobnie liczby niewielkie. Z danych tych wynika, że system dozoru elektronicznego jest znany w licznych krajach Europy, choć – z kilkoma wyjątkami – pod względem ilości nie odgrywa znaczącej roli.

O celach kary wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego była mowa już wcześniej. Tu jednak w tym fragmencie, w którym poddano analizie karę pozbawienia wolności realizowaną w systemie dozoru elektronicznego, która zasadniczo nie spełnia zadań resocjalizacyjnych właściwych zakładom karnym, to jednak przez sam fakt unikania izolacji więziennej chroni się skazanego przed jej negatywnymi następstwami i jednocześnie obniża się koszty wykonania kary. Jednakże w świetle tych nowych przepisów nie rezygnuje się z oddziaływania na skazanych w tym systemie, być może nawet bardziej efektywnego. A w tych ogólnych uwagach war-

³ Council of Europe, *Annual Penal Statistics, Prison Population, Survey 2013*, s. 42–48.

to też uwzględnić stanowisko międzynarodowych europejskich rekomendacji związanych z wykorzystaniem dozoru elektronicznego w wykonywaniu kar. Jest ono zawarte w kilku następujących rekomendacjach Rady Europy:

- Rekomendacja Nr R (2014) Komitetu Rady Europy dotycząca dozoru elektronicznego z 19 lutego 2014 r.,
- Rekomendacja Nr R(99)22 Komitetu Ministrów Rady Europy, dotycząca przeludnienia w więzieniach i wzrostu populacji więziennej (szczególnie por. pkt 9 i 17 załącznika do tych zaleceń),
- Rekomendacja Nr R(92)16 Komitetu Ministrów Rady Europy – Europejskie Reguły dotyczące sankcji i środków alternatywnych (por. zwłaszcza Reg. 90), oraz
- Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy Rec(2000)22 w usprawnieniu implementacji Europejskich Reguł dotyczących sankcji i środków alternatywnych (por. szczególnie pkt 1 załącznika nr 2 do pierwszej z tych rekomendacji)⁴.

W tym tekście nie omawia się zawartości treści ww. dokumentów, odsyłając do ich lektury. Należy jednak zwrócić uwagę na użyteczne rezultaty z ich stosowania, do których można zaliczyć przede wszystkim:

- zmniejszenie populacji więziennej w zakładach karnych, oraz
- ograniczenie negatywnych następstw więzienia.

Jednocześnie też Rekomendacje Rady Europy w stosowaniu dozoru elektronicznego zalecają poszanowanie praw rodziny skazanego, która powinna wyrazić zgodę na zastosowanie SDE. Warto też zwrócić uwagę na określenie wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jako „elektronicznie monitorowany areszt domowy” (pkt 17 załącznika do pierwszego z tych dokumentów). Uważam przytoczone określenie za trafniejsze niż „wykonywanie kary pozbawienia wolności

w systemie dozoru elektronicznego”, ponieważ ten drugi termin kojarzy się zawsze z więzieniem (lub zakładem karnym), choć przecież ta nowa instytucja ma niewiele wspólnego z tym zakładem, aczkolwiek jest z nim powiązana.

W piśmiennictwie polskim teoretyczne problemy związane z aresztem domowym omówił J. Jasiński⁵.

3. WARUNKI ORZECZENIA O WYKONYWANIU KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI W SDE

Sądem właściwym do orzekania w sprawach dotyczących wykonywania kary pozbawienia wolności jest sąd penitencjarny.

Jego zadania polegają zwłaszcza na następujących działaniach:

- udzieleniu, jak również uchyleniu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego,
- zarządzeniach przerwy w wykonywaniu tej kary,
- orzeczeniach o warunkowym zwolnieniu,
- nadzorze nad wykonaniem kary pozbawienia wolności w SDE,
- nałożeniu obowiązków określonych w art. 72 k.k. lub zwolnieniu z nich,
- zmianach w zakresie wykonywania tej kary w SDE dotyczących ustanawiania, rozszerzania lub zmieniania nałożonych obowiązków, określonych w art. 72 § 1 pkt 3–8 k.k., obejmujących niemal wszystkie metody oddziaływań probacyjnych przewidzianych w prawie karnym.

Ważną rolę w wykonywaniu kary pozbawienia wolności w SDE odgrywa też kurator sądowy, który m.in.:

- w razie potrzeby zbiera informacje dotyczące skazanego oraz jego warunków rodzinnych i socjalno-bytowych i niezwłocznie przekazuje je sądowi,

⁴ Por. *Międzynarodowe standardy wykonywania kar*, opracowanie zbior. pod red. T. Szymanowskiego, nr specjalny 72–73, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011.

⁵ *Problemy kodyfikacji prawa karnego*, red. S. Waltoś, Kraków 1993.

- uczestniczy w przedmiotowych posiedzeniach sądu,
- składa wnioski, m.in. dotyczące odbywania kary w SDE i warunkowego przedterminowego zwolnienia,
- w przypadkach konieczności dokonania zmian w przedziałach czasu wykonywania dozoru stacjonarnego może też podjąć stosowną decyzję, powiadamiając o tym sędziego penitencjarnego,
- również w przypadkach uzasadnionych, szczególnie ważnych dla skazanego, może zezwolić na opuszczenie na czas nieprzekraczający jednorazowo 7 dni miejsca wykonywania dozoru elektronicznego, powiadamiając o tym prezesa sądu, upoważnionego sędziego lub sędziego penitencjarnego.

Szereg uprawnień i zadań należy też do kuratora sądowego w związku z realizacją przez skazanego obowiązków nałożonych na skazanego na podstawie art. 72 § 1 k.k., co szczegółowo zostało określone w Rozdziale XI k.k.w. (Prawa i obowiązki kuratora sądowego).

Natomiast dozór elektroniczny, tak jak w przypadku innych kar i środków, jest wykonywany przez centralę monitorowania i podmiot dozorujący.

Sąd penitencjarny może orzec o udzieleniu skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w SDE po wypełnieniu przez niego następujących warunków:

- wobec skazanego orzeczono karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku, a nie zachodzą warunki przewidziane w art. 64 § 2 k.k. (tj. recydywa wielokrotna),
- jest to wystarczające dla osiągnięcia celów kary,
- skazany posiada określone miejsce stałego pobytu,
- osoby pełnoletnie zamieszkujące wspólnie ze skazanym wyraziły zgodę,
- odbywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie stoją na przeszkodzie warunki techniczne.

Powyższego zezwolenia na odbywanie kary w SDE może też udzielić sąd penitencjarny w przypadku orzeczenia kary mieszanej (łączo-

nej) (art. 37b k.k., przewidujący karę pozbawienia wolności oraz karę ograniczenia wolności). Również możliwe jest udzielenie wymienionego zezwolenia skazanym na zastępczą karę pozbawienia wolności, która to kara nie może przekraczać 6 miesięcy lub 12 miesięcy.

Zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w SDE może sąd udzielić przed rozpoczęciem wykonywania kary, jak i w trakcie jej wykonywania, jeżeli, prócz wyżej wymienionych warunków, pozwalają na to względy bezpieczeństwa i stopień demoralizacji skazanego, a w przypadku pozbawionego wolności przemawiają za tym dotychczasowa postawa i zachowanie skazanego.

O wykonywaniu kary pozbawienia wolności w omawianym systemie sąd orzeka na wniosek: skazanego, jego obrońcy, prokuratora, sądowego kuratora zawodowego lub dyrektora zakładu karnego. Wniosek składa się na piśmie wraz z uzasadnieniem, uwzględniającym wcześniej wymienione warunki i okoliczności. Szczególną rolę odnośnie do uzyskania przez skazanego zezwolenia na odbycie kary w SDE mogą odegrać obrońcy w obydwu etapach jego otrzymania.

Ważne jest też postanowienie, że sąd penitencjarny przed wydaniem zezwolenia na odbycie kary w SDE wysłuchuje skazanego, jego obrońcy, sądowego kuratora, który składał wniosek, oraz ewentualnie przedstawiciela skazanego. To ostatnie wskazanie może też ożywić instytucję przedstawiciela skazanego, z reguły członka zainteresowanych losem skazanego organizacji społecznych.

Bardzo ważne jest w tych aktualnie obowiązujących unormowaniach kary pozbawienia wolności wykonywanej w SDE określenie jej reżimu, czy raczej ustalonego porządku. Jak to już wcześniej wspomniano, omawiany dozór jest określony jako stacjonarny, tzn. że skazany w określonym czasie w ciągu doby i w poszczególnych dniach i tygodniach jest zobowiązany do przebywania w wyznaczonym miejscu stałego pobytu, którym z reguły będzie miejsce jego zamieszkania. Jednakże w związku z możliwością zastosowania wobec skazanego obowiązków z art. 72 § 1 k.k. może też mieć zastosowanie

dozór mobilny lub zbliżeniowy. Ale polski ustawodawca słusznie przewidział, że samo pozostawienie skazanego w określonym miejscu, stanowiącym środek kontroli, nie wystarcza do zapewnienia pozytywnych przemian w jego społecznym funkcjonowaniu, a ponadto zbyt sztywne tego rodzaju ograniczenie nie byłoby możliwe ze względu na konieczność wykonywania zadań życiowych poza nakazanym miejscem pobytu. Dlatego też ustalono w k.k.w., że skazany ma prawo oddalić się od miejsca stałego pobytu na czas do 12 godzin dziennie (w ciągu doby) w określonych przepisami celach, tj.:

- świadczenia pracy,
- wykonywania praktyk religijnych lub korzystania z usług religijnych,
- sprawowania opieki nad osobą małoletnią, osobą niepełnosprawną lub chorą,
- kształcenia i samokształcenia oraz wykonywania twórczości własnej,
- korzystania z urządzeń lub zajęć kulturalno-oświatowych i sportowych,
- komunikowania się z obrońcą, pełnomocnikiem oraz wybranym przez siebie przedstawicielem, o którym mowa w art. 42 k.k.w.,
- komunikowania się z podmiotami, o których mowa w art. 38 § 1 k.k.w.,
- utrzymywania więzi z rodziną lub innymi bliskimi osobami,
- korzystania z opieki medycznej lub udziału w terapii,
- dokonania niezbędnych zakupów.

Przedstawione wyżej wymienione działania lub czynności mogą, w zasadzie, obejmować całą aktywność ludzką, a okres kontrolowanego pobytu, jeśli się jeszcze odliczy czas snu, może nie przekraczać 4 godzin na dobę. Jednocześnie trzeba zaznaczyć, że to sąd udzielający skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w SDE określa miejsce, czas, rodzaj lub sposób wykonywania nałożonych obowiązków, jak też przedziały czasu w ciągu doby i w dniach tygodnia, w których skazany ma prawo oddalić się z miejsca stałego pobytu, tj. na czas do 12 godzin dziennie w celu wykonania wcześniej wymienionych czynności.

Należy też przypomnieć, że sąd może na-

łożyć na skazanego obowiązki wymienione w art. 72 § 1 k.k. (które są związane ze środkami probacyjnymi, np. warunkowym zawieszeniem kary pozbawienia wolności lub z warunkowym zwolnieniem).

Ustawodawca słusznie też przewidział, że zarówno czas i miejsce wykonywania czynności poza miejscem wyznaczonego i kontrolowanego miejsca pobytu, jak też niektóre obowiązki nałożone na skazanego (z art. 72 § 1 k.k.) może sąd zmieniać, a w przypadku tych ostatnich również ustanawiać lub uchylać.

Natomiast zmian dotyczących przedziału czasu na wykonywanie ww. czynności przez skazanego w uzasadnionych przypadkach i z uwagi na nagłość może swą decyzją dokonywać kurator sądowy, informując o tym sędziego penitencjarnego. Ostatecznie sąd penitencjarny podejmuje stosowną decyzję, ewentualnie uchylając zmianę dokonaną przez kuratora sądowego.

Na podstawie omówionych przepisów można uznać, że wprowadzenie do prawa karnego nowego sposobu wykonywania kary pozbawienia wolności w SDE pozwala na rezygnację z umieszczania znacznej części skazanych w zakładach karnych. Trzeba też podkreślić, że ten nowy system wykonywania kary pozbawienia wolności, poza unikaniem kosztownego i mało efektywnego umieszczania skazanych w zakładach karnych, pozwala skazanym na niemal pełne uczestnictwo w życiu społecznym, w tym i rodzinnym. Elementy dolegliwości tej kary tkwią zaś w systemie elektronicznej kontroli oraz mogą też wynikać z wyznaczonych skazanemu przez sąd obowiązków przewidzianych w art. 72 § 1 k.k., ale ich zastosowanie jest w pełni uzasadnione wobec większości skazanych. Jest to więc taki rodzaj kary, który pomimo że nie polega na bezwzględnym pozbawieniu wolności w zakładzie karnym, ma określoną konkretną treść, a przewidziane w przepisach środki mogą rzeczywiście oddziaływać na postawy skazanych. Dodatkową zachętą dla skazanych jest możliwość stosowania warunkowego wcześniejszego zwolnienia z odbycia orzeczonej kary wykonywanej w tym systemie,

mimo że kara ta już z założenia nie należy do długotrwałych.

Prawa przysługujące skazanym i obowiązki w SDE są zawarte w omawianym rozdziale k.k.w. Natomiast zasadniczo nie stosuje się do nich przepisów k.k.w. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności, z pewnymi wyjątkami, wynikającymi np. z przepisów dotyczących warunkowego zwolnienia.

Zastanawiając się nad możliwością zastosowania kary pozbawienia wolności w SDE wobec sprawców, można jedynie teoretycznie określać możliwy jego zasięg. W tym celu trzeba odwołać się do danych statystycznych sądowych i więziennych za ostatni dostępny, 2014 rok. Wzięto tu pod uwagę skazanych przez sądy na karę bezwzględnego pozbawienia wolności do roku.

W wymienionym roku takich skazanych było 23 941 (14,7% skazanych ogółem na takie kary i 139 391 skazanych na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem – 85,3%). W tym samym roku skazanych odbywających zastępcze kary pozbawienia wolności było około 18 000.

Z powyższych danych wynika, że zasięg stosowania kary pozbawienia wolności w SDE

mógłby być znaczny, gdyby nie wymieniona na wstępie jego ograniczona pojemność w najbliższych latach. Unormowanie tego systemu jest spójne i trafne, i przy właściwym działaniu sądów oraz kuratorów sądowych powinien on przynieść pożądane efekty w polityce karnej.

Jego niekwestionowaną zaletą będzie połączenie interesu samych skazanych z celami polityki karnej państwa. Należy wyrazić nadzieję, że właściwe organy wymiaru sprawiedliwości uczynią wszystko, aby ta zmiana w systemie karnym powiodła się. Na zakończenie tego tekstu należy wyrazić postulat, aby po wejściu w życie nowych unormowań dokonać ich weryfikacji w drodze badań, szczególnie recydywy, po wykonaniu kary. Przedstawiciele nauki mogą wskazać, jak należy tego dokonać.

Piśmiennictwo dotyczące tych najnowszych unormowań wykonywania kary w systemie dozoru elektronicznego dopiero powstaje. Czytelnikom należy jednak polecić dwa najnowsze komentarze, które się ukazały po wejściu w życie przepisów prawa karnego wykonawczego od 15 kwietnia 2016 r.

Są to: J. Lachowski (red), *Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 2016 oraz K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 2016.

Summary

Teodor Szymanowski

ELECTRONIC SURVEILLANCE SYSTEM IN THE EXECUTION OF A CUSTODIAL SENTENCE

One of the recent important amendments to the Polish criminal law in 2016 was a re-regulation of the electronic surveillance as an imprisonment. It was based on the penitentiary court authorization given to convicted offenders for punishments up to one year of imprisonment (offenses of lower social harmfulness).

The above mentioned penalty provides similar duties for a convicted as probation. Convicted is obliged to stay in a particular place, usually in his own house, where he is controlled. He may leave the place of stay in order to work, learn, have a treatment, or have religious practitioners, as well as to do other activities which prevent him from being excluded from the society and family.

KEY WORDS: punishment of electronic surveillance as an imprisonment, executing authorities, penitentiary court, probation officer, rights and obligations of the convicted person

POJĘCIA KLUCZOWE: kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, organy wykonujące tę karę, sąd penitencjarny, kurator sądowy, prawa i obowiązki skazanego

WYKORZYSTYWANIE DOWODÓW UZYSKANYCH W TOKU KONTROLI OPERACYJNEJ W KONTEKŚCIE ART. 168B KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Zagadnienia związane z wykonywaniem przez Policję czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej, niejednokrotnie stanowiły przedmiot zainteresowania zarówno doktryny, jak i judykatury. Problematyka ta analizowana była głównie w kontekście zakresu przedmiotowego oraz aspektów proceduralnych związanych z uzyskiwaniem zgody pierwotnej i następczej sądu na prowadzenie kontroli operacyjnej. Zmiana uregulowań w tej materii wprowadzona ustawą z dnia 16 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw¹ oraz wprowadzenie art. 168b Kodeksu postępowania karnego skutkują istotnym przekształceniem tej instytucji w kontekście wykorzystania dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej. Kwestia ta ma znaczenie nie tylko teoretyczne, ale również praktyczne, stanowi bowiem element wyznaczenia zakresu materiału dowodowego wprowadzanego do procesu karnego.

Czynności operacyjne pełnią rolę służebną wobec procesu karnego, a ich efekty znajdują swoją realizację w postępowaniu karnym². Celem działań operacyjnych jest przede wszystkim rozpoznawanie przestępstw i wykroczeń,

zapobieganie im i ich wykrywanie, kontrola operacyjna ma zaś na celu zapobieżenie przestępstwom umyślnym, ściągany z oskarżenia publicznego, wymienionym w przepisie art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji, wykrycie tych przestępstw, ustalenie ich sprawców oraz uzyskanie i utrwalenie dowodów³. Jakkolwiek kontrola operacyjna należy do grupy czynności operacyjno-rozpoznawczych⁴, zagadnienia związane z uzyskiwaniem zgody na jej wykonywanie, a następnie wykorzystanie pozyskanych materiałów, zostały uregulowane w sposób szczególny. Wynika to z charakteru tej instytucji, która stanowi głęboką ingerencję w prawa i wolności obywatelskie⁵.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze, w tym kontrola operacyjna, są formą gromadzenia przez państwo informacji o jednostkach dla celów bezpieczeństwa i sprawiedliwości prawnokarnej⁶. Dopuszczalność czynności tego rodzaju uzasadniana jest nadrzędnym interesem publicznym i zachowaniem bezpieczeństwa państwa⁷. Konstytucyjnej podstawy wprowadzenia instytucji kontroli operacyjnej należy poszukiwać w art. 5 ustawy zasadniczej, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swo-

¹ Dz.U. z 2016 r. poz. 147.

² K. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, z. 9, s. 28–29.

³ Dz.U. z 2015 r. poz. 355.

⁴ K. Boratyńska, *Uwagi dotyczące kontroli operacyjnej w świetle nowelizacji art. 19 ustawy o Policji*, „Prokurator” 2001, nr 4, s. 51–52.

⁵ Tamże, s. 44–45; P. Pochodyła, S. Franc, *Kontrola operacyjna oraz zakres jej stosowania*, „Zeszyty Naukowe WSEI w Lublinie” 2011, nr 1, s. 199–200.

⁶ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacja do procesu karnego*, wyd. 1, Warszawa: LexisNexis 2012, s. 116–117.

⁷ Uzasadnienie wyroku TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK ZU 2005, nr 6A, poz. 64.

jego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli⁸. Wprawdzie w Konstytucji nie ma wprost odniesienia do ochrony porządku i zapobiegania przestępstwom, jednakże elementy te wywodzone są z pojęcia bezpieczeństwa oraz z zasady demokratycznego państwa prawnego⁹. Sama potrzeba zachowania bezpieczeństwa w demokratycznym państwie prawa nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla wprowadzenia możliwości ingerencyjnych działań państwa – w ogólności. Działania takie służyć mają ochronie istotnych dóbr, zarówno o charakterze ogólnym – jak podstawy ustrojowe i bezpieczeństwo państwa, porządek gospodarczy czy ład fiskalny, jak i odnoszących się do sfery poszczególnych jednostek – życie, zdrowie, wolność, cześć, mienie¹⁰.

Z jednej strony na państwie spoczywa obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa, z drugiej zaś – obowiązek powstrzymania się od ingerowania w prawa i obowiązki jednostek. Niejednokrotnie obowiązki te pozostają w kolizji, co wywołuje konieczność wyważenia obu sfer pozostających w konflikcie¹¹. Z jednej strony obowiązek zachowania bezpieczeństwa nie może uzasadniać ograniczenia swobód konstytucyjnych jednostek w sposób dowolny, z drugiej zaś – prawa i wolności konstytucyjne jednostek nie są wartościami absolutnymi. Mogą one, a czasem wręcz muszą, podlegać ograniczeniom ze względu na potrzebę ochrony lub zapewnienia realizacji innej normy konstytucyjnej, obejmującej ochroną dobro, które w danym wypadku znajdzie pierwszeństwo przed prywatnością¹². Funkcjonowanie

jednostki w mniejszych lub większych wspólnotach powiązane jest bowiem ze współistnieniem – często kolizyjnym – praw i wolności poszczególnych jej członków między sobą oraz między społecznością jako całością. Realizacja ich jest wynikiem kompromisu szeregu ogólnych i jednostkowych interesów, dlatego normy regulujące prawa i wolności jednostki mogą podlegać ograniczeniom w przypadku kolizji z innym prawem lub wartością chronioną konstytucyjnie w sytuacji, gdy pełna realizacja obu tych praw jest niemożliwa¹³.

Jak już wspomniano, prawa i wolności konstytucyjne nie mają charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniom. Istotne jest jednak, by ograniczenia te konstruowane były w sposób czyniący zadość wymaganiom konstytucyjnym¹⁴. Zatem ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych są dopuszczalne, o ile umożliwiają ochronę bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności publicznej, środowiska albo wolności lub praw innych osób. Nie mogą przy tym naruszać istoty uszczuplanych swobód i muszą być zgodne z zasadą praworządności i proporcjonalności¹⁵. Wprowadzone unormowania ograniczeń praw jednostki powinny być niezbędne dla ochrony interesu publicznego, z którym są powiązane, natomiast wybrane do zastosowania środki muszą doprowadzić do zamierzonych skutków i pozostawać w rozsądnej relacji do zamierzonego celu¹⁶. Oznacza to, że ingerencja w prawa i wolności konstytucyjne jednostki odbywać się musi z zachowaniem zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Zasada proporcjonalności jest konsekwen-

⁸ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 116–117.

⁹ Tamże.

¹⁰ Tamże, s. 117–118; P. Pochodyła, S. Franc, *Kontrola operacyjna*, s. 200.

¹¹ Uzasadnienie wyroku TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK ZU 2005, nr 11A, poz. 132.

¹² Wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK ZU 2005, nr 11A, poz. 132.

¹³ M. Korycka, *Zasada proporcjonalności – refleksje na gruncie aksjologicznych podstaw konstytucji z 1997 roku i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) *Wykładnia prawa i inne problemy w filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika 2005, s. 50 i n.

¹⁴ Np. wyrok TK z 21 listopada 1995 r., K 12/95, OTK ZU 1995, nr 3, poz. 15.

¹⁵ K. Tarnacka, *Prawo do informacji w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 5, s. 77.

¹⁶ Uzasadnienie wyroku TK z 4 listopada 2015 r., K 1/15, OTK-A 2015, nr 10, poz. 163.

cją rozwinięcia ogólnie rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji, powiązanego w szczególności z nakazem stosowania środków koniecznych i przydatnych do osiągnięcia zakładanych celów. Elementem zasady proporcjonalności jest także ważenie dobra poświęcanego i dobra, któremu służy ingerencja, co określane jest mianem zbilansowania. Dla oceny dopuszczalności ingerencji ustawodawcy w prawa i wolności konstytucyjne stosowany jest trójstopniowy test proporcjonalności, sprowadzający się do udzielenia odpowiedzi na pytania: czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, czy jest ona niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, czy rezultaty wprowadzonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela¹⁷. Zachowanie zasady proporcjonalności warunkuje możliwość ingerencji władzy publicznej w sferę praw i wolności konstytucyjnych. Dla dopuszczalności wkraczania w sferę wolności i praw konstytucyjnych niezbędne jest istnienie: precyzyjnej i konkretnej podstawy prawnej ingerencji w postaci aktu rangi ustawowej, konieczności wkroczenia w sferę swobód obywatelskich rozważanej przez pryzmat wymogów demokratycznego państwa prawnego oraz celu ingerencji rozumianego jako ranga chronionego interesu publicznego¹⁸. Zakres ograniczeń uprawnień swobód konstytucyjnych powinien być formułowany precyzyjnie, a więc wyłączone jest określanie go z użyciem klauzul generalnych¹⁹.

Takie założenia aksjologiczne sprawiają, że przy wytyczaniu granic czynności operacyjno-rozpoznawczych nie można pominąć konstytucyjnej regulacji praw i obowiązków jednost-

ki²⁰. W odniesieniu do kontroli operacyjnej granice stosowania tej instytucji nie mogą być ustalane z pominięciem prawa zapewniającego wolność i tajemnicę komunikowania się (art. 49 Konstytucji), z którym powiązane jest w sposób immanentny prawo do prywatności (art. 47 Konstytucji), gwarantujące każdemu prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz decydowania o swoim życiu osobistym. Przyjąć można, że tajemnica komunikowania się jest jednym z przejawów prawa do prywatności²¹. Rozwinięciem prawa do prywatności jest prawo do autonomii informacyjnej, którego istota zasadza się na pozostawieniu każdej osobie swobody w określeniu sfery dostępności dla innych wiedzy o sobie²². Konstytucyjne podstawy tego prawa zawierają się w trzech dyrektywach: 1) nikt nie może być zobowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawnienia informacji o jego osobie (art. 51 ust. 1 Konstytucji), 2) władza publiczna nie może pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym (art. 51 ust. 1 Konstytucji), 3) zasady i tryb gromadzenia informacji o osobach określać musi ustawa (art. 51 ust. 5 Konstytucji)²³. Nie może budzić wątpliwości, że powyższe regulacje konstytucyjne powinny determinować ukształtowanie instytucji kontroli operacyjnej.

Należy przyjąć zatem, że ustawodawca celowo, posługując się kryterium proporcjonalności i mając na uwadze poszanowanie prywatności, zawęził katalog typów czynów zabronionych, w odniesieniu do których kontrola operacyjna może być prowadzona przez organy policyjne. Dopuszczalność prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych w ogóle, w tym również kontroli operacyjnej,

¹⁷ Wyrok TK z 31 stycznia 2013 r., K 14/11, OTK ZU 2013, nr 1A, poz. 7.

¹⁸ Postanowienie SN z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 37.

¹⁹ Wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK ZU 2005, nr 11A, poz. 132.

²⁰ D. Szumilo-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 118–119.

²¹ S. Janosz-Żukowska, *Konstytucyjnoprawne aspekty ochrony tajemnicy komunikowania się w Internecie*, „Acta Universitatis Vratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji”, t. 78 (2008), s. 11–29.

²² Wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK ZU 2005, nr 6A, poz. 64.

²³ D. Szumilo-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 127.

warunkowana jest koniecznością zapobieżenia przestępstwom ściganym z oskarżenia publicznego, enumeratywnie wymienionym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, wykrycia tych przestępstw, ustalenia ich sprawców oraz – co istotne z punktu widzenia procesu karnego – uzyskania i utrwalenia dowodów. Zarówno konieczność respektowania zasady proporcjonalności, jak i zakaz rozszerzania wyjątków (*exceptiones non sunt extendendae*) nie mogą pozostawiać wątpliwości co do ścisłego określenia typów czynów zabronionych, w odniesieniu do których czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą być stosowane. Wykładnia rozszerzająca w odniesieniu do przepisów o charakterze nadzwyczajnym jest niedopuszczalna, zwłaszcza gdy chodzi o ograniczenie praw i wolności konstytucyjnych²⁴. Wprawdzie wypowiedane były poglądy, że nie jest zasadne niekorzystanie z dowodów świadczących o popełnieniu przestępstw innych – lżejszych gatunkowo – zgromadzonych legalnie przy okazji kontroli operacyjnej zarządzanej w odniesieniu do innego przestępstwa²⁵, jednakże nie znalazły one szerszego oddźwięku. Określenie zakresu przedmiotowego stosowania kontroli operacyjnej pełni niewątpliwie rolę gwarancyjną, zatem katalog typów czynów zabronionych określony w przepisie art. 19 ust. 1 ustawy o Policji nie może być rozszerzany²⁶.

W świetle powyższych rozważań wątpliwości budzi konstrukcja przepisu art. 168b Kodeksu postępowania karnego, wprowadzonego ustawą z dnia 16 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw. Stosownie do brzmienia tego przepisu, jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przestępstwa przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana,

innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Regulacja ta, w porównaniu z dotychczasowymi rozwiązaniami w zakresie tzw. zgody następczej, jawi się jako krok wstecz. Trudno przy tym oprzeć się wrażeniu, że narusza ona konstytucyjne prawa i wolności jednostki.

Przepis art. 168b k.p.k. wywołuje wątpliwości w dwóch zasadniczych elementach. Pierwszym z nich jest określenie zakresu przedmiotowego wykorzystania materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej. Jak wspomniano, przepis art. 19 ust. 1 ustawy o Policji określa ściśle katalog czynów zabronionych, w odniesieniu do których instytucja ta może być stosowana. W przepisie art. 168b k.p.k. brak czy to nawiązania do zakresu hipotezy art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, czy wskazania kategorii czynów zabronionych, w odniesieniu do których materiały z kontroli operacyjnej mogłyby zostać wykorzystane, przy czym katalog ten winien być tożsamy z regulacją art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Norma art. 168b k.p.k. dopuszcza możliwość wykorzystania dowodów pozyskanych w trakcie kontroli operacyjnej w odniesieniu do każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa karnoskarbowego. Zatem w przypadku uzyskania zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej w związku z przestępstwem zabójstwa mogłoby dojść do wykorzystania pozyskanych dowodów w odniesieniu do przestępstwa np. groźby karalnej z art. 190 § 1 k.k. czy nieumyślnego narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia – art. 160 § 3 k.k.

²⁴ A. Lach, B. Sitkiewicz, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07*, „Prokuratura i Prawo” 2007, z. 10, s. 147–148.

²⁵ A. Herzog, *Wykorzystywanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, „Prokuratura i Prawo” 2007, z. 2, s. 87.

²⁶ Uchwała SN z 15 listopada 2005 r., SNO 57/05, LEX nr 471928; uchwała SN z 27 lipca 2006 r., SNO 35/06, LEX nr 471767; uchwała 7 sędziów SN z 23 marca 2011 r., IKZP 32/10, OSNKW 2011, nr 3, poz. 22.

Brak powiązania przepisu art. 168b k.p.k. z zakresem przedmiotowym art. 19 ust. 1 ustawy o Policji sprawia, że w istocie ograniczenie wprowadzone normą art. 19 ust. 1 ustawy o Policji w zakresie możliwości wykorzystania dowodów przestaje faktycznie istnieć. Jedyne przy uzyskiwaniu zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej wymagane jest zbadanie, czy kontrola ta odnosi się do czynów enumeratywnie wymienionych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Natomiast wykorzystanie pozyskanych materiałów nie jest warunkowane rodzajem czynu zabronionego, którego popełnienie i sprawstwo ma zostać udowodnione tymi materiałami. Na płaszczyźnie wykorzystania dowodów pozyskanych w trakcie wykonywania kontroli operacyjnej zakaz rozszerzania katalogu czynów zabronionych jest iluzoryczny, gdyż przepis art. 168b k.p.k. nie koreluje z hipotezą normy art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

Konstrukcja przepisu art. 168b k.p.k. prowadzi również do wyłączenia ograniczeń stosowania kontroli operacyjnej w niektórych przypadkach. Przepis ten bowiem wskazuje, że prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w toku kontroli operacyjnej w odniesieniu do innej osoby, niż ta, wobec której kontrola ta była prowadzona. Zatem decyzja w przedmiocie wykorzystania dowodu winna zostać podjęta w zakresie jakiegokolwiek przestępstwa popełnionego przez osobę, wobec której nie była zarządzona kontrola operacyjna. Prowadzi to do sytuacji, w której pozyskany został dowód popełnienia przestępstwa innego niż czyn zabroniony z katalogu określonego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, przez osobę inną, niż wobec której podjęta została decyzja o prowadzeniu kontroli operacyjnej. Przepis art. 168b k.p.k. mówi przy tym wyłącznie o decyzji w przedmiocie wykorzystania tego dowodu, nie wyłączając wprost możliwości jego wykorzystania. Można więc przyjąć, że dopuszczalne będzie podjęcie

decyzji o wykorzystaniu tak pozyskanego dowodu poprzez włączenie go w poczet materiału dowodowego.

Do takiego wniosku prowadzić także musi porównanie treści art. 168b k.p.k. z rozwiązaniem normatywnym obowiązującym poprzednio. W stanie prawnym obowiązującym do 14 kwietnia 2016 r. przepis art. 15c ustawy o Policji wskazywał, że jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę. Przepis ten więc wyraźnie nawiązywał do zakresu przedmiotowego kontroli operacyjnej poprzez odniesienie do przestępstwa, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną. Takiej korelacji do katalogu czynów z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji brak w przepisie art. 168b k.p.k.

Zatem pozyskanie dowodu w odniesieniu do osoby, wobec której nie została wydana zgoda na prowadzenie kontroli operacyjnej, i w zakresie przestępstwa niewymienionego w katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, a następnie posłużenie się informacjami wynikającymi z jego treści (tj. wykorzystanie dowodu)²⁷, wymyka się wszelkim ograniczeniom przewidzianym dla kontroli operacyjnej, wprowadzonym wszak w celach gwarancyjnych. Co więcej, o ile we wcześniej obowiązujących przepisach zakreślone były ramy czasowe złożenia wniosku i podjęcia decyzji w przedmiocie wykorzystania dowodów pozyskanych w trakcie kontroli operacyjnej w odniesieniu do innego czynu lub innej osoby, niż wobec której zarządzono kontrolę operacyjną, o tyle obecnie możliwość wykorzystania takiego

²⁷ Odnosnie do takiego rozumienia pojęcia „wykorzystanie dowodu” por. K. Federowicz, *Zakaz dowodowy z art. 168a kodeksu postępowania karnego (część I)*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 7–8, s. 45–48.

dowodu jest nieograniczona czasowo. Również i ta okoliczność rodzi wątpliwości co do zapewnienia gwarancji ograniczeń ingerencji w prawa i wolności konstytucyjne.

Konstrukcja art. 168b k.p.k., dopuszczająca możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego w warunkach wyłączenia ograniczeń przedmiotowych i czasowych zakresu kontroli operacyjnej, narusza zasadę proporcjonalności. Wprowadzona została bowiem możliwość ingerencji w prawo do wolności osobistej i wynikającej z niej tajemnicy komunikowania się, bez wprowadzenia mechanizmów ograniczających tę ingerencję. Instytucje procesowe mają zaś zabezpieczać obywateli przed nadmierną ingerencją w ich prawo do komunikowania się i w tajemnicę korespondencji²⁸. Ograniczenia konstytucyjnych gwarancji muszą być rozpatrywane – w świetle zasady proporcjonalności – przez zestawienie ewentualnych korzyści wynikających z ingerencji państwa poprzez ograniczenie prawa i wolności komunikowania się (art. 49 Konstytucji) z uszczerbkiem, jakiego może doznać jednostka na skutek naruszenia tego prawa. Sposób regulacji wykorzystania materiałów pozyskanych w następstwie wykonywania kontroli operacyjnej przewidziany w art. 168b k.p.k., pozostawiając w istocie pełną możliwość wykorzystywania materiałów kontroli operacyjnej, ocenić należy jako naruszający zasadę proporcjonalności.

Drugim elementem wywołującym wątpliwości przy analizie konstrukcji przepisu art. 168b k.p.k. jest pozostawienie prokuratorowi decyzji odnośnie do wykorzystania dowodów pozyskanych w toku kontroli operacyjnej co do czynów nieobjętych zgodą na prowadzenie takiej kontroli lub w odniesieniu do innej osoby niż ta, w stosunku do której zgoda na kontrolę operacyjną została wyrażona. Nie może budzić wątpliwości, że zarządzenie kontroli operacyjnej następuje na podstawie

postanowienia sądu okręgowego, na wniosek uprawnionego podmiotu. Ingerencja w prawa i wolności konstytucyjne następuje więc na skutek decyzji sądowej. W stanie prawnym obowiązującym do 14 kwietnia 2016 r. wykorzystanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, a dotyczących innego czynu z katalogu określonego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, niż w odniesieniu do którego prowadzona była kontrola operacyjna, lub też w stosunku do innej osoby, następowało w drodze postanowienia sądu okręgowego. Zatem ten sam organ decydował o zarządzeniu kontroli operacyjnej, a następnie o wykorzystaniu dowodów pozyskanych w toku kontroli, jednakże wykraczających poza zakres decyzji o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Zakres przedmiotowy możliwości wykorzystania dowodów był determinowany hipotezą art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

W obecnym stanie prawnym o wykorzystaniu dowodów pozyskanych w ramach kontroli operacyjnej w zakresie wykraczającym poza ramy wynikające z postanowienia sądu decydować będzie prokurator. Jest to więc inny podmiot niż organ procesowy decydujący o zarządzeniu kontroli operacyjnej. W poprzednim stanie prawnym regulacja wprowadzająca obowiązek zgody sądu dla wykonywania kontroli operacyjnej była oceniana pozytywnie, jako rozwiązanie właściwe, pozwalające na ocenę zasadności stosowania kontroli operacyjnej, co powinno należeć do niezawisłego i niezależnego od żadnej władzy podmiotu, a takim jest sąd²⁹. Również Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazywał jako właściwe rozwiązanie wyrażanie zgody na kontrolę operacyjną przez sąd.

W wyroku z 4 maja 2000 r. w sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii*³⁰ Trybunał stwierdził, że systemy niejawnej inwigilacji, dla zgodności z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człó-

²⁸ Uzasadnienie wyroku SN z 16 października 2012 r., V KK 414/11, LEX nr 1226789.

²⁹ K. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd*, s. 40–41; D. Drajewicz, *Zgoda następcza sądu na stosowanie kontroli operacyjnej*, „Prokuratura i Prawo” 2009, z. 1, s. 90–91.

³⁰ Sprawa nr 28341/95, LEX nr 76775.

wieka, muszą zawierać gwarancje prawne stosowane do kontroli działań właściwych służb. Procedury kontrolne powinny odpowiadać, w najszerszym możliwym zakresie, wartościom demokratycznego społeczeństwa, w szczególności zasadzie praworządności. Trybunał wskazał, że zasada rządów prawa zakłada m.in., że ingerencja ze strony organów władzy wykonawczej w prawa jednostki powinna być przedmiotem skutecznej kontroli, która w normalnych warunkach powinna być przeprowadzona przez organy sądowe, gdyż kontrola sądowa zapewnia najlepszą gwarancję niezależności, bezstronności oraz stosowania właściwej procedury. Także w wyroku z 6 września 1978 r. w sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom*³¹ Trybunał wywiódł, że państwo nie dysponuje niczym nieograniczoną swobodą poddawania jednostek tajnej kontroli. W sytuacji gdy ingerencję państwa w prawo do prywatności należy uznać za dopuszczal-

ną, pożądanym rozwiązaniem jest powierzenie nadzoru nad tajną kontrolą sądowi.

Wprowadzenie w art. 168b k.p.k. dualizmu w zakresie pozyskiwania i wykorzystywania dowodów ocenić więc trzeba jako krok wstecz w porównaniu z wcześniejszymi uregulowaniami tej kwestii. Pewne dowody, odczytując ten przepis *prima facie*, będą mogły zostać wykorzystane z całkowitym pominięciem ograniczeń i kontroli przewidzianej dla wykonywania kontroli operacyjnej. Przepis art. 168b k.p.k. eliminuje *de facto* instytucję kontroli sądowej poprzez wydawanie orzeczenia o zgodzie następczej na wykorzystanie materiałów pozyskanych z kontroli operacyjnej. Rozwiązanie takie nie może zostać ocenione pozytywnie, a nadto będzie ono w praktyce wywoływać szereg trudności co do wyznaczenia zakresu możliwości przeprowadzenia dowodu i jego wprowadzenia do podstawy dowodowej rozstrzygnięcia w postępowaniu jurysdykcyjnym.

³¹ Sprawa nr 5029/71, LEX nr 80801.

Summary

Sebastian Brzozowski

USING THE EVIDENCE OBTAINED DUE TO TELEPHONE TAPPING IN CONTEXT OF THE ARTICLE OF 168B OF CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

The subject of the article are the issues concerning the use of evidence under Article 168b of Code of Criminal Procedure in context of the limitations of interference with the right to privacy. It contains the deliberations concerning constitutional basis of the limitation of the civil rights in the aspect of the telephone tapping. It is suggested that the regulation of Article 168b of Code of Criminal Procedure might be considered as violating the constitutional civil rights in the field of using the evidence obtained due to the telephone tapping.

KEY WORDS: telephone tapping, using evidence, constitutional civil rights, the right to privacy, the principle of proportionality

POJĘCIA KLUCZOWE: kontrola operacyjna, wykorzystanie dowodu, prawa i wolności konstytucyjne, prawo do prywatności, zasada proporcjonalności

KRYTYCZNIE O TRYBIE ŚCIGANIA PRZESTĘPSTWA ZGWAŁCENIA

Bierzmy z przeszłości nie popioły, tylko ogień

Z okazji obchodów czterdziestej rocznicy
powstania Izby Adwokackiej w Płocku

Przestępstwo zgwałcenia pod rządami wszystkich Kodeksów karnych, tj. z 11 lipca 1932 r., z 19 kwietnia 1969 r. i z 6 czerwca 1997 r., ścigane było na wniosek pokrzywdzonego, aż do 27 stycznia 2014 r., kiedy to weszła w życie nowelizacja tego ostatniego, wynikająca z ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, na mocy której uchylono jego art. 205. Od tej chwili wszystkie przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, w tym zgwałcenie, ścigane są z urzędu. Wśród przedstawicieli doktryny prawa karnego od dłuższego już czasu toczył się dyskurs, w którym jedni formułowali postulaty zmiany trybu ścigania przedmiotowego przestępstwa z wnioskowego na ścigane z urzędu, inni stali na stanowisku, że wnioskowe jego ściganie jest właściwe, a jeszcze inni zajmowali stanowisko pośrednie, podnosząc, że zgwałcenie w typie podstawowym powinno być ścigane na wniosek, a jego postaci kwalifikowane należałoby objąć ściganiem z urzędu. Nigdy jednak polemiki te nie doprowadziły nawet do etapu projektów zmian legislacyjnych w tym zakresie, aż do 2012 r., kiedy to argumenty zwolenników ścigania zgwałcenia z urzędu przełożyły się na przygotowanie takich projektów, co w końcu zaowocowało przedmiotową zmianą. Jak czytamy z uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz

ustawy Kodeks postępowania karnego z dnia 13 czerwca 2013 r., głównym powodem zmiany była poprawa wykrywalności przestępstw oraz względ na prewencję¹. Jednocześnie powołana zmiana miała przybliżyć postępowanie karne do wytycznych/norm zawartych w podpisanej przez Polskę Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule 11 maja 2011 r.² Chciano również zapobiec sytuacjom, w których na osoby pokrzywdzone przestępstwem wywierane są naciski dotyczące odstąpienia od złożenia wniosku.

Racje, które legły u jej podstaw, budzić muszą poważne wątpliwości. Zaraz po wprowadzeniu zmiany w Kodeksie karnym przedstawiciele nauki prawa karnego byli podzieleni w jej ocenie, konsekwencją czego jest tocząca się nadal dyskusja – już nie nad potrzebą zmiany w tym względzie, lecz nad zasadnością jej dokonania. W ocenie autora niniejszego opracowania sensowniej brzmiały głosy jej krytyków, choć dla zachowania obiektywizmu prezentacji wskazać należy zarówno wypowiedzi co do tej zmiany krytyczne, jak i ją aprobujące.

Niejako na „przedpolu” dalszych rozważań, dla aktualnej naukowej debaty odnośnie do trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia istotne jest wskazanie przynajmniej najważniejszych wypowiedzi autorów opracowań dotyczących analizowanego zagadnienia, sformułowanych

¹ Uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk sejmowy nr 998.

² Dz.U. z 2015 r. poz. 398, ustawa z dnia 6 lutego 2015 r. o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r.

na przestrzeni lat, a ukazujących, że także w przeszłości różne były w tej mierze stanowiska. Racje zwolenników ścigania zgwałcenia na wniosek, według piszącego te słowa, zachowały swą aktualność pomimo przedmiotowej zmiany, którą należy ocenić jako nieprzemyślaną, uczynioną przy nieuwzględnieniu przeważających stanowisk o słuszności trybu wnioskowego odnośnie do zgwałcenia, będącą wyrazem jednostronnego podejścia do tego zagadnienia, a w konsekwencji zmiany niepotrzebnej, a nawet szkodliwej dla pokrzywdzonych tym przestępstwem.

I tak potrzebę ścigania zgwałcenia z urzędu dostrzegał początkowo J. Leszczyński, który przepis o wnioskowym trybie ścigania zgwałcenia uważał za przestarzały i postulował, że powinien on być w interesie społecznym uchylony, przynajmniej w odniesieniu do zgwałceń kwalifikowanych³. Także M. Filar postulował ściganie zgwałcenia na zasadach ogólnych, gdyż „przemawiają za tym zarówno argumenty teoretyczne, jak i korzystny bilans ewentualnych zysków i strat społecznych przy zastosowaniu tego właśnie trybu ścigania”⁴. M. Filar w późniejszych opracowaniach wycofał się jednak z tego poglądu, a pisząc uwagi do projektu aktualnie obowiązującego Kodeksu karnego, wskazywał, że zachowanie wnioskowego trybu ścigania zgwałcenia jest słuszne i „inicjatywę karnego ścigania tych przestępstw pozostawić należy w rękach ich ofiar”⁵. Stanowisko to konsekwentnie M. Filar podtrzymał już na kanwie inicjatyw ustawodawczych, które doprowadziły do zmiany trybu ścigania zgwałcenia, podnosząc, że „pojawiące się od wiosny 2012 r. inicjatywy legislacyjne, które zmierzają do zmiany trybu ścigania w odniesieniu do niektórych przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, zwłaszcza czynu z art. 197 k.k., zdają się być

kontrowersyjne ze względu na brak zrozumienia dla istoty wnioskowego trybu ścigania, w związku z czym ich perspektywa wydaje się wątpliwa”⁶.

Za wnioskowym trybem ścigania zgwałcenia opowiadał się również J. Warylewski, który propozycje J. Leszczyńskiego i M. Filara odnośnie do potrzeby zmiany w tym zakresie uważał „za godne uwagi”, lecz nie za bezdyskusyjne. Po rozważeniu wszystkich za i przeciw uznał, że „słusznym jest ściganie zgwałcenia na wniosek osoby pokrzywdzonej”, jednocześnie wskazując, że „od wymagania tego powinno się odstąpić wyłącznie w przypadku zgwałcenia pozostającego w związku z toczącym się konfliktem zbrojnym. Warunki wojenne mogą na tyle utrudnić składanie i uzyskiwanie wniosków o ściganie, że w praktyce czyny takie pozostawałyby bezkarne”⁷. J. Warylewski zalety wnioskowego trybu ścigania zgwałcenia dostrzegał także w późniejszych pracach. Według niego ściganie przestępstw w trybie wnioskowym jest wyrazem woli ustawodawcy doceniającego interes indywidualny, tryb wnioskowy zaś, podobnie jak i tryb prywatnoskargowy, stanowi odpowiedź na konieczność rozstrzygnięcia kolizji interesów społecznego i indywidualnego. W tej sytuacji oczywiste jest, że zakwalifikowanie jakiegoś typu przestępstwa do trybu ścigania wnioskowego następuje z reguły po to, aby uwzględnić interesy osobiste pokrzywdzonego. W przypadku przestępstw o charakterze seksualnym o szczególnym trybie decyduje charakter naruszonego dobra prawnego – wolności seksualnej, dobra ściśle osobistego, indywidualnego, o charakterze intymnym i związanym ze sferą prywatności jednostki. J. Warylewski słusznie dostrzega, że „brak aktywności pokrzywdzonego w realizacji przysługujących mu uprawnień może nie wynikać tylko i wyłącznie z faktu pogodzenia

³ J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973, s. 282.

⁴ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974, s. 179.

⁵ Tenże, *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*, „Palestra” 1995, nr 7–8, s. 31.

⁶ Tenże, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, Warszawa 2012, s. 1028.

⁷ J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 119.

się z czynem, który był przeciw niemu skierowany. Motywy zaniechania działań mających doprowadzić sprawcę czynu przed oblicze wymiaru sprawiedliwości mogą być zróżnicowane (obawa przed zemstą przestępców, antagonistyczny stosunek do organów ścigania, brak wiary w skuteczność wymiaru sprawiedliwości)⁸.

Zdecydowanie wcześniej za celowością ścigania przestępstwa zgwałcenia na wniosek opowiedział się M. Cieślak, zdaniem którego przeciw bezwarunkowemu ściganiu tego przestępstwa z oskarżenia publicznego przemawia względ na wyjątkowe powiązanie interesu pokrzywdzonego z charakterem postępowania. W opinii tego autora „(...) interes społeczny, niewątpliwie ważny, winien ustąpić interesowi indywidualnemu, jakim jest ewentualna krzywda, którą może wyrządzić ofierze przestępstwa prowadzone – wbrew jej woli – postępowanie karne”⁹. Zwolennikiem ścigania zgwałcenia na wniosek był także A. Marek, który wskazywał, że „regulacja taka uwzględnia szczególny charakter spraw tego typu, których ujawnienie powoduje często ujemne konsekwencje w sytuacji społecznej osoby pokrzywdzonej (zjawisko wtórnej wiktymizacji). Z tego powodu ustawa pozostawia jej prawo decyzji, czy życzy sobie wdrożenia postępowania karnego”¹⁰. W podobnym tonie wypowiedziała się E. Kolińska, według której „osoba pokrzywdzona może nie być zainteresowana prowadzeniem postępowania, które często naraża ją na dodatkowe i niedające się uniknąć dolegliwości. Wiktymologia wykazała

bowiem, że ujawnienie zgwałcenia wywołuje często komplikacje w życiu ofiary i stany depresyjne, mogące prowadzić nawet do zachowań autodestrukcyjnych”¹¹. Podobnie kwestię tę postrzegał W. Cieślak, a mianowicie że „wnioskowy charakter przestępstw zgwałcenia wynika z faktu, że ściganie sprawcy może dla pokrzywdzonego być związane z dyskomfortem psychicznym o dużym natężeniu, ustawodawstwo pozostawia więc tę decyzję pokrzywdzonemu”¹².

Innego zdania byli J. Kudrelek i M. Lisiecki, którzy proponowali zmianę trybu ścigania zgwałcenia na ściganie z urzędu, zwłaszcza typów kwalifikowanych tego przestępstwa¹³. Wcześniej za takim rozwiązaniem opowiedzieli się także M. Lipczyńska¹⁴ oraz H. Pracki¹⁵. Tuż przed zmianą trybu ścigania zgwałcenia z wnioskowego na ścigane z urzędu, odnosząc się krytycznie do propozycji tej zmiany jako takiej, za możliwością zastanowienia się nad zasadnością ścigania z urzędu zgwałcenia w typie kwalifikowanym, gdy pokrzywdzonym jest małoletni poniżej lat 15, opowiedziała się M. Budyn-Kulik. Autorka dostrzegła bowiem, że w obowiązującym wówczas stanie prawnym dobrowolne poddanie się obcowaniu płciowemu lub innej czynności seksualnej przez małoletniego poniżej lat 15 ścigane było z urzędu, natomiast niedobrowolne na wniosek. Autorka wskazała przy tym, że „z wielu względów, m.in. ze względu na wysokie ryzyko rewiktymizacji oraz długotrwałe i głębokie następstwa zgwałcenia, zarówno fizyczne, jak i psychicz-

⁸ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, pod red. A. Wąska i R. Zawłockiego, Warszawa 2010, s. 1161–1162.

⁹ M. Cieślak, *O ściganiu na wniosek w obowiązującym polskim prawie*, „Państwo i Prawo” 1973, z. 1, s. 73–74.

¹⁰ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 492.

¹¹ E. Kolińska, *Tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia – problem wtórnej wiktymizacji i związanej z nią możliwości cofnięcia wniosku*, „Jurysta” 2003, nr 7–8, s. 22.

¹² W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelne zasady*, Warszawa 2010, s. 290.

¹³ J. Kudrelek, M. Lisiecki, *Tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Przegląd Policyjny” 2000, nr 3–4, s. 35.

¹⁴ M. Lipczyńska, *Wniosek o ściganie w sprawach o przestępstwo zgwałcenia w świetle ustawy i praktyki*, „Palestra” 1973, nr 11, s. 45–47.

¹⁵ H. Pracki, *Czy zgwałcenie powinno pozostać przestępstwem ściganym na wniosek pokrzywdzonego?*, „Problemy Praworządności” 1981, nr 8–9, s. 33–34.

ne dla pokrzywdzonego”, wnioskowe ściganie zgwałcenia było właściwe¹⁶.

Za takie postrzegał je również R. Krajewski, który uważał, że „lepszym rozwiązaniem jest ściganie zgwałcenia na wniosek pokrzywdzonego we wszystkich postaciach tego przestępstwa. Uzależnienie bowiem trybu jego ścigania od kwalifikacji czynu w typie podstawowym lub kwalifikowanym, prowadziłyby do zbędnej kazuistyki. Byłaby ona tym bardziej kłopotliwa w praktyce, że w toku procesu karnego kwalifikacja ta mogłaby ulegać zmianie, co musiałoby wywierać określone konsekwencje w zakresie wniosku o ściganie”. Autor ten zauważał, że „prócz tego nie bez znaczenia jest fakt, że w dobie coraz szerszego dostrzegania praw ofiar przestępstw, większe znaczenie powinny mieć rozwiązania prawa te gwarantujące, aniżeli zapewnienie możliwości ścigania przestępstw przez państwo. Innymi słowy legalizm ścigania karnego ustąpić musi przed wolą ofiary co do ścigania zgwałcenia, albo jego nieścigania”¹⁷.

Tuż przed dokonaniem zmiany trybu ścigania zgwałcenia argumenty za wnioskowym trybem jego ścigania wskazał także M. Bielski, według którego „wnioskowy tryb ścigania stanowi przejaw swobody decydowania o wszelkich aspektach życia seksualnego jednostki, nawet tych związanych z ewentualnym ściganiem czynów zabronionych wymierzonych w wolność seksualną. Wnioskowy tryb ścigania uzasadniany jest przede wszystkim prawem ofiary do uniknięcia zjawiska wtórnej wiktyimizacji”¹⁸.

Jak widać, ten kierunek argumentacji ponad wszelkie inne dobra wysuwa przede wszystkim dobro jednostki. Swoboda życia płciowego należy bowiem do najbardziej osobistych dóbr jednostki, którymi winna ona dysponować swobodnie, proces karny zaś może niekiedy

przynieść osobie pokrzywdzonej zgwałceniem więcej szkody niż pożytku. W tym kontekście, jako ważnego argumentu przemawiającego za przyznaniem pokrzywdzonemu prawa wyboru, nie można pomijać aspektów prozy życia, kiedy to pokrzywdzeni przestępstwem zgwałcenia są przesłuchiwanymi przez osoby niekoniecznie przeszkolone w tym zakresie i nie zawsze wykazujące się należytyim zrozumieniem i cierpliwością – wszak sprawa o zgwałcenie jest jedynie kolejną sprawą, którą należy przeprowadzić i w odpowiednim czasie, zgodnie z zasadą szybkości postępowania, zakończyć. Nie zawsze jest czas na zadbanie o dobro i samopoczucie pokrzywdzonego. Negatywne znaczenie ma też perspektywa stygmatyzacji społecznej, jak też konieczność powracania do skrajnie niekorzystnych przeżyć związanych z doznaną krzywdą. Autorowi tej publikacji, jako osobie częstokroć występującej w postępowaniach karnych w charakterze pełnomocnika oskarżycieli posiłkowych, jak również obrońcy, łatwo sobie wyobrazić niechęć pokrzywdzonego do uczestniczenia w czynnościach procesowych inicjowanych przez aktywne strony procesowe, w których uczestniczenie związane jest z intensywnym powracaniem do negatywnych przeżyć wynikających z przestępstwa. Nie można w tej sytuacji czynić zarzutu stronom procesu bądź organowi prowadzącemu postępowanie z tegoż powodu, że aktywnie kreuje postępowanie dowodowe w celu ustalenia prawdy obiektywnej. Zatem pozostawienie pokrzywdzonemu prawa do decyzji, tak aby ewentualne postępowanie karne nie stanowiło dla niego znacznej ingerencji w intymną sferę jego życia i nie prowadziło do wtórnej jego wiktyimizacji, to zasadnicze racje zwolenników wnioskowego ścigania analizowanego przestępstwa, którzy wypowiedali się w ten sposób także tuż przed

¹⁶ M. Budyn-Kulik, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 117–221*, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, Warszawa 2013, s. 626.

¹⁷ R. Krajewski, *Ściganie zgwałcenia. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Jurysta” 2011, nr 1, s. 27.

¹⁸ M. Bielski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, pod red. A. Zolla, Warszawa 2013, s. 871.

dokonaniem zmiany trybu ścigania zgwałcenia.

Byli jednak i tacy autorzy, oprócz wskazanego powyżej J. Leszczyńskiego oraz do pewnego momentu M. Filara, którzy uważali, że przestępstwo zgwałcenia powinno być ścigane z urzędu, a swoje stanowisko formułowali oni w ostatnich latach przed analizowaną zmianą. Mianowicie za zniesieniem ścigania zgwałcenia na wniosek opowiedziała się E. Zielińska, odwołując się do orzecznictwa międzynarodowego w tym zakresie, jak i przedstawiając szereg innych racji natury kryminalnopolitycznej oraz praktycznej, w szczególności podtrzymywanie szkodliwych stereotypów społecznych, obciążanie pokrzywdzonych koniecznością podejmowania decyzji odnośnie do ścigania zgwałcenia czy wręcz bezkarność sprawców¹⁹. Krytycznie ściganie tego przestępstwa na wniosek pokrzywdzonego postrzegały także E. Bienkowska i L. Mazowiecka, według których „w Polsce w XXI w. regulacja taka była nie do przyjęcia”. Autorki te pisały, że ten tryb ścigania narusza „podstawową dla współczesnego społeczeństwa zasadę poszanowania godności każdego człowieka, jednakowej ochrony prawnej niezależnie od płci, a także zasadę, że sprawca każdego przestępstwa, zwłaszcza tak poważnego jak zgwałcenie, musi ponieść odpowiedzialność”. Ich zdaniem „utrzymywanie istniejącego stanu rzeczy oznaczało w istocie przyzwolenie państwa na kolejne zgwałcenia”²⁰. W ocenie autora zwłaszcza ten ostatni argument stanowił nadużycie, wszak nie sposób przyjąć, że taki, a nie inny tryb ścigania zgwałcenia oznaczał ze strony państwa jakiegokolwiek przyzwolenie na popełnianie takich czynów. Za nietrafionym uznać trzeba także za-

rzut, że wnioskowy tryb ścigania był wyrazem nierówności płci, gdyż pokrzywdzenie tym przestępstwem mogło nastąpić i następowało niezależnie od płci, choć oczywiście w praktyce to zdecydowanie częściej kobiety są ofiarami zgwałceń, których wobec nich dopuszczają się mężczyźni, ale nie ma to żadnego związku z trybem ścigania tych czynów zabronionych.

Jeszcze większej krytyce wnioskowy tryb ścigania zgwałcenia, przy użyciu argumentów natury feministycznej, poddała M. Płatek. Pisała ona, że taki tryb ścigania tego przestępstwa był elementem procesu „skrycia pod eufemizmem dyktatu obyczajowości”, przy nieuwzględnieniu „dorobku feministycznej kryminologii i jurysprudencji feministycznej”, które „unaoczniają fałszywość prawa jako neutralnego płciowo”, i o ile wnioskowy tryb ścigania miał sens w kodyfikacji z 1932 r., o tyle dalsze utrzymywanie linii przyjętej wówczas argumentacji było nieuzasadnione²¹.

Za koniecznością ścigania bezwnioskowego przestępstwa zgwałcenia opowiedziała się także G. Sidor, upatrując w przedmiotowej zmianie remedium na zwiększenie efektywności ścigania takich czynów, zmniejszenie ich ciemnej liczby, jak też odgrywanie funkcji prewencyjnej oraz mającej mieć znaczenie dla lepszej ochrony praw ofiar zgwałceń. Autorka dowodziła także, że zmiana ta prowadziłaby do zrównania zgwałcenia z innymi przestępstwami przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, które były ścigane z urzędu, a ponadto jego ściganie *ex officio* odpowiadałoby standardom prawnomiędzynarodowym, a nie bez znaczenia jest też fakt, że w większości państw naszego kręgu kulturowego zgwałcenie było i jest ścigane niezależnie od woli pokrzywdzonego²².

¹⁹ E. Zielińska, *Wnioskowy tryb ścigania w przypadku przestępstwa zgwałcenia: ochrona ofiar czy przyzwolenie na bezkarność sprawców i beczynność systemu wymiaru sprawiedliwości*, (w:) *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberlego*, pod red. K. Krajewskiego, Warszawa 2007, s. 345–354.

²⁰ E. Bienkowska, L. Mazowiecka, *Prawa ofiar przestępstw*, Warszawa 2009, s. 38.

²¹ M. Płatek, *Kryminologiczno-epistemologiczne i genderowe aspekty przestępstwa zgwałcenia*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 347.

²² G. Sidor, *Przestępstwo z urzędu – ścigane z urzędu czy na wniosek?*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, t. 20, s. 193–198.

Oczywiście nie jest tak, że zawsze rację mają ci, których jest więcej, ale głosy krytyków ścigania zgwałcenia na wniosek nie były przeważające ani też przyjmowane jako bezdyskusyjne. Pomimo tego ustawodawca zdecydował się na zmianę trybu ścigania tego przestępstwa. Nie zakończyło to dyskusji co do jej zasadności, a wręcz przybrała ona na sile, przy czym środowisko prawnicze jest w jej ocenie podzielone na tych autorów, którzy oceniają ją pozytywnie, oraz takich, którzy wysuwają liczne wobec niej argumenty krytyczne.

W pełni należy podzielić stanowisko, że zmiana ta absolutnie nie była wymuszona przez podpisanie przez Polskę Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej²³. Zmiana ta wynikała li tylko z uwarunkowań krajowych i miała ugruntowywać zmiany w obyczajności seksualnej i jej społecznej ocenie w takim kierunku, że nikt nie potępi ofiary zgwałcenia, lecz jego sprawcę.

Pozytywnie wprowadzoną zmianę ocenia W. Jasiński, pisząc, że „należy stwierdzić, że w kwestii trybu ścigania zgwałcenia ustawodawca podjął właściwą decyzję”. Uważa on, że „gwałt wydaje się na tyle poważnym przestępstwem, że istnieje uzasadniony interes publiczny w ściganiu jego sprawców, nawet wtedy, gdy ofiara nie przejawia takiej woli. Jej bierność nie może bowiem sprzyjać nieefektywności pociągnięcia sprawców do odpowiedzialności karnej, a w konsekwencji negatywnie wpływać na kształtowanie się podejścia społecznego do stosowania przemocy seksualnej”. Według W. Jasińskiego „skuteczne zwalczanie przemocy seksualnej i kształtowanie właściwych postaw społecznych w stosunku do niej przemawia za ściganiem przestępstwa z art. 197 k.k. z urzędu. Prywatność ofiar gwałtu jest niezmiernie istotna, ale ich ochrona przed wtórną wiktyimizacją powinna być osiągnana za pomocą

odpowiedniego traktowania w postępowaniu karnym. Służyć temu powinny mechanizmy karnoprocesowe chroniące ofiarę gwałtu (wyłączenie jawności postępowania, szczególny tryb przesłuchania pokrzywdzonego, ochrona danych osobowych ofiary, odpowiednie wyszkolenie funkcjonariuszy organów ścigania), ale nie uniemożliwiające pociągnięcia sprawy do odpowiedzialności karnej”²⁴.

Zmianę trybu ścigania zgwałcenia pozytywnie ocenia również A. Chodorowska. Jej zdaniem jest ona „wynikiem nie tylko potrzeby eliminacji funkcjonalnej dyskryminacji ofiar zgwałcenia spowodowanej uzależnieniem wszczęcia postępowania od złożenia wniosku i realnej ochrony interesów osób pokrzywdzonych tym przestępstwem, ale również wynika z potrzeby eliminacji systemowej aksjologicznej niespójności, wynikającej z uzależnienia ścigania zgwałcenia od złożenia przez ofiarę wniosku o ściganie oraz zobowiązań wynikających z przepisów prawa krajowego i międzynarodowego”. Autorka ta podniosła jednocześnie, że za zmianą przemawiały zmiany w zakresie obyczajowości seksualnej i moralności społeczeństwa, a zarazem zmiany w zakresie metodyki i kultury prowadzenia procesu karnego w sprawach o tego typu przestępstwa. Jej zdaniem za zmianą trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia przemawiała też waga tego czynu, gdyż mieliśmy do czynienia z sytuacją, że zagrożony poważnymi karami występkiem zgwałcenia w typie podstawowym, a nawet zbrodnie zgwałcenia w typach kwalifikowanych, był ścigany w trybie wnioskowym, a ściganie przestępstw o dużo mniejszej wadze i społecznej szkodliwości odbywało się i odbywa niezależnie od woli pokrzywdzonego. Ponadto A. Chodorowska podkreśliła, że wymóg uchylenia trybu wnioskowego przy przestępstwie zgwałcenia był także wynikiem podpisania przez Polskę w 2012 r. Konwencji Rady Europy²⁵.

²³ T. Kaszuba, *Nowelizacja kodeksu karnego – nowy tryb ścigania gwałtu*, artykuł dostępny na stronie internetowej www.justlaw.pl (dostęp: 16 września 2015 r.).

²⁴ W. Jasiński, *Uwagi o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2014, z. 1, s. 79–83.

²⁵ A. Chodorowska, *Przestępstwo zgwałcenia na przestrzeni lat w polskim prawie karnym, (w:) Idee nowelizacji kodeksu karnego*, pod red. M. Lubelskiego, R. Pawlik i A. Strzelca, Kraków 2014, s. 304–306.

Natomiast poważnej krytyce przedmiotową zmianę poddała M. Budyn-Kulik, przedstawiając liczne, a jednocześnie poważne argumenty na poparcie tego, że zmiana ta „była nie tylko niepotrzebna, ale wręcz zła”. Autorka uważa bowiem, że to właśnie tryb wnioskowy ścigania zgwałcenia wcale nie ograniczał pokrzywdzonego w dochodzeniu sprawiedliwości, lecz pokazywał, jak ważne jest jego zdanie w tej kwestii, a „sednem rzeczy jest to, aby osoba, która nie życzy sobie ujawnienia faktu pokrzywdzenia zgwałceniem nie była do tego zmuszana”. M. Budyn-Kulik uważa, że ustawodawca, wprowadzając ściganie zgwałcenia *ex officio*, „całkowicie ignoruje wolę osoby pokrzywdzonej, zmuszając ją do stania się uczestnikiem procesu karnego, chcąc zrealizować własne cele, na przykład w postaci prowadzenia własnej polityki kryminalnej”, przez co „paternalizm z relacji kobieta–mężczyzna zostaje przeniesiony na wyższą płaszczyznę, a więc relację obywatel–państwo”, gdzie to państwo uzurpuje sobie prawo do uznania, że wie lepiej od obywatela, co jest dla niego dobre. Według autorki zmiana ta powodować może także zwiększenie ryzyka naznaczenia społecznego ofiar zgwałceń, i to nie tylko kobiet, ale może nawet bardziej mężczyzn pokrzywdzonych zgwałceniami homoseksualnymi. Ponadto jej zdaniem osoby pokrzywdzone tymi przestępstwami mogą unikać szukania pomocy lekarskiej i psychologicznej z uwagi na obawę ujawnienia tego, co się stało. M. Budyn-Kulik podnosi też, że zupełnie błędne jest założenie, że wprowadzenie ścigania zgwałcenia z urzędu przyczyni się do zwiększenia bezpieczeństwa kobiet, gdyż może to prowadzić do propagowania postaw, że „kobieta może ubierać się i zachowywać jak chce i nic złego nie może jej spotkać”, co nie jest prawdą²⁶. Wszak dla motywacji potencjalnego sprawcy

nie ma znaczenia tryb ścigania. Autor co do zasady podziela poglądy dotyczące krytyki nowego trybu ścigania zgwałcenia wyrażane przez M. Budyn-Kulik.

Rację mają także J. Widacki, A. Cempura i M. Przybycień, którzy uważają za wątpliwe przyświecające autorom nowelizacji przekonanie, że przyczyni się ona do zwiększenia ujawnionych zgwałceń, gdyż w sytuacji, gdy pokrzywdzony nie będzie chciał ścigania zgwałcenia, po prostu o nim nie zawiadomi, a jeżeli zawiadomienie będzie pochodziło od innej osoby, to w toku postępowania pokrzywdzony będzie twierdził, że do relacji seksualnej doszło dobrowolnie. Autorzy ci podają także w wątpliwość przekonanie autorów nowelizacji, jakoby na korzyść zmienić się miały realia prowadzenia postępowań w sprawach o zgwałcenia, jak też podejście osób je prowadzących, gdyż nie ma na to żadnych dowodów. Dostrzegają oni również, że w wielu środowiskach, zwłaszcza wiejskich i małych miast, „fakt bycia ofiarą zgwałcenia wciąż jest jeszcze wstydlivy i stygmatyzujący”, jak też podnoszą, że przyjęcie Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej wcale nie zmuszało Polski do zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia²⁷. Również według M. Mozgawy zasadność tej zmiany budzi poważne wątpliwości²⁸.

Zarzuty nawet co do konstytucyjności dokonanej zmiany sformułował także J. M. Ferencz, zwłaszcza co do konstytucyjnej zasady proporcjonalności w kontekście poświęcenia prywatności pokrzywdzonego na rzecz zmuszania go do dostarczenia istotnych dla sprawy zeznań, jak też naruszenia godności człowieka. Według tego autora ustawodawca naraża nawet pokrzywdzonego na ryzyko odpowiedzialności za składanie fałszywych zeznań i na inne nie-

²⁶ M. Budyn-Kulik, *Zmiana trybu ścigania zgwałcenia – wołanie na puszczy*, „Palestra” 2014, nr 1–2, s. 84–91.

²⁷ J. Widacki, A. Cempura, M. Przybycień, *Przestępstwo zgwałcenia i jego ściganie po ostatniej nowelizacji Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 162–168.

²⁸ M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2014, s. 505.

dogodności prowadzenia postępowania karnego wbrew jego woli, a wprowadzona zmiana nie wpłynie na zwiększenie liczby ujawnionych zgwałceń i pociągnięcie ich sprawców do odpowiedzialności²⁹.

Sceptyczni wobec dokonanej zmiany są także M. Berent i M. Filar, podnosząc, że argumenty formułowane przez zwolenników ścigania zgwałcenia z urzędu prowadzone są „pod sztandarem powszechnej akceptacji środowiska prawniczego dla wprowadzonych zmian”, a w rzeczywistości takiej akceptacji nie ma. Autorzy ci mają wątpliwości, czy postanowienia Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej wymuszały przedmiotową zmianę, jak też uważają, że wnioskowy tryb ścigania zgwałcenia nijak miał się do jego ciężaru gatunkowego, gdyż o tym przesądza ustawowe zagrożenie karą, a ponadto za rodzaj „intelektualnego nadużycia” uważają oni twierdzenie, jakoby dotychczasowy tryb ścigania tego przestępstwa „stanowił wyraz petryfikacji męskiej dominacji nad kobietami”. Ich zdaniem nie wiadomo zupełnie, w jaki sposób zmiana trybu ścigania zgwałcenia wpłynie na statystyki przestępczości w tym względzie, a okaże się to dopiero w dłuższej perspektywie czasowej. M. Berent i M. Filar twierdzą, że „argumenty formułowane przez zwolenników ścigania zgwałcenia z urzędu nie mogą przekonywać do końca, miejscami też rażą swoją naiwnością. To jednak nie prowadzi jeszcze do wniosku, że decyzja ustawodawcy w tym względzie była pozbawiona słuszności. W istocie bowiem problemu trybu ścigania zgwałcenia nie da się rozstrzygnąć na płaszczyźnie czysto teoretycznej, to zaś, jakie będą faktyczne konsekwencje derogacji art. 205 k.k., uwidoczni dopiero praktyka najbliższych lat, przechylając tym samym szalę na korzyść którejś ze stron, choć

z pewnością nie przez pryzmat ideologicznie zabarwionych argumentów”³⁰.

Podobne stanowisko wobec analizowanej zmiany prezentuje A. Podemska, a mianowicie że „wybór najlepszego rozwiązania w kwestii ścigania zgwałcenia zdecydowanie nie jest prosty. Pewne racje, w tym przede wszystkim oddanie w ręce pokrzywdzonego kontroli nad prowadzeniem postępowania (co sprzyjać ma «otrząsaniu się» z traumy) przemawiają za wnioskowym trybem ścigania. Nie mniej istotne są także argumenty na rzecz trybu ścigania *ex officio*, w tym ograniczenie unikania odpowiedzialności przez gwałcicieli. Należy jednak zadać sobie pytanie, czy ściganie zgwałcenia z urzędu rzeczywiście pozwoli zmniejszyć bezkarność sprawców, czy po jakimś czasie istotnie uda nam się zaobserwować więcej stwierdzonych przestępstw a tym samym, czy zwiększy się ochrona dobra prawnego? Dopiero po latach będziemy w stanie powiedzieć, czy cel nowelizacji został osiągnięty”. Jednocześnie autorka podkreśla, że „wydaje się, że podstawowym problemem w kontekście ścigania zgwałcenia nie był i nie jest tryb ścigania. Jest nim natomiast podtrzymywanie szkodliwych stereotypów, brak edukacji społecznej i zmian w świadomości społecznej na temat przestępstwa z art. 197 k.k., jego sprawców i przede wszystkim ofiar”. Według A. Podemskiej wiele zależy w tym względzie także od postaw przedstawicieli organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, jak też od wsparcia najbliższego otoczenia ofiar³¹.

Próba skromnej, z uwagi na zaledwie roczną perspektywę czasową, ale jednak, analizy w odniesieniu do policyjnych danych statystycznych co do liczby postępowań wszczętych i liczby przestępstw stwierdzonych ukazuje następującą sytuację. Mianowicie np. w 2013 r. wszczęto 1885 postępowań w sprawach

²⁹ J. M. Ferenz, *Pravidłowość trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia w kontekście gwarancji konstytucyjnych*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 5, s. 28–41.

³⁰ M. Berent, M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, Warszawa 2014, s. 1151–1154.

³¹ A. Podemska, *Rozważania na temat zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2015, nr 2, s. 164–165.

o zgwałcenie, a czynów takich stwierdzono 1362, w 2014 r. zaś postępowań takich wszczęto 2444, a liczba stwierdzonych przestępstw wyniosła 1254³². Zatem proporcje te uległy całkowitej zmianie – przy większej liczbie zawiadomień o zgwałceniu stwierdzono ich mniej w porównaniu z okresem, gdy zgwałcenie ścigane było na wniosek. Oczywiście nie można z tak skromnego czasowo porównania wyciągać zbyt daleko idących wniosków, ale gdyby tendencja ta miała się utrzymać w kolejnych latach, to mogłoby to prowadzić do wniosku, że zmiana trybu ścigania zgwałcenia przyniosła skutek odwrotny od zamierzonego – spadłaby bowiem liczba potwierdzonych zgwałceń. Jednak to wcale nie musiałby być efekt tej zmiany, gdyż analiza policyjnych danych statystycznych wskazuje na spadek liczby zgwałceń w latach poprzedzających wprowadzenie zmiany.

Interesujące wnioski płyną również z Raportu z badań aktowych przeprowadzonych na zlecenie Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania odnośnie do odmowy wszczęcia i umorzenia postępowań w sprawach o zgwałcenia popełnione po zniesieniu wnioskowego trybu ścigania. Mianowicie 19% spraw z wszystkich zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstwa zostało prawnomocnie zakończonych bez wszczynania w nich w ogóle postępowania przygotowawczego, natomiast w przypadku aż 36% wszystkich spraw nie doszło do skierowania do sądu aktu oskarżenia w sprawie. Analiza akt prowadzonych postępowań dostarczyła także wiedzy o tym, że postępowania są kończone, gdy zgwałcona osoba wykazuje brak zainteresowania dalszym prowadzeniem postępowania. Raport zwraca uwagę, że taka sytuacja przypomina ukryte wycofywanie wniosków o ściganie, spotykane także przed zmianą przepisów. Zaakcentować trzeba, że w sytuacjach, gdy odmówiono

wszczęcia postępowania lub umorzono postępowanie, nie zostało wniesione ani jedno zażalenie³³. Dane te muszą skłaniać do refleksji nad celowością przyjętej zmiany. Zdawać sobie należy bowiem sprawę z tego, że nawet najlepsze w mniemaniu ustawodawcy regulacje prawne nie są w stanie wpłynąć na sposób postępowania osób pokrzywdzonych, szczególnie przy tych przestępstwach, gdzie trauma determinuje ich zachowania procesowe. Jak pokazuje praktyka, nie udało się więc uniezależnić ścigania karnego w sprawach o zgwałcenia od woli osoby pokrzywdzonej.

Powyższe wywody, mające na celu przybliżenie najbardziej istotnych aspektów dotychczasowych regulacji odnośnie do ścigania zgwałcenia oraz zarysowanie różnych stanowisk wraz z ich argumentacją, zmierzały do wstępnej, z uwagi na niewielki upływ czasu, oceny efektów wprowadzonych zmian, co do których nie sposób nie być krytycznym. Tryb wnioskowy czynił bowiem pokrzywdzonego pełnoprawnym podmiotem postępowania, swoim „gospodarzem skargi”, a ściganie z urzędu go uprzedmiotawia, nie bacząc na ryzyko wtórnej wiktyimizacji w szerokim jej znaczeniu. Tryb wnioskowy był wyrazem autonomii ofiary w zakresie jej przeżyć związanych z doznaną krzywdą, a ściganie zgwałcenia *ex officio* stanowi wyraz nieuprawnionego paternalizmu państwa, które uważa, że lepiej od samej ofiary zgwałcenia wie, co dla niej jest dobre. Ściganie zgwałcenia na wniosek wcale nie było wyrazem męskiej dominacji nad kobietami, a dokonana zmiana w imię racji feministycznych może w nie godzić bardziej niż dotychczasowe rozwiązanie. Nie wydaje się także, aby mogła ona w jakikolwiek sposób przyczynić się do zmniejszenia ciemnej liczby zgwałceń. W tak delikatnych sprawach, jakimi są sprawy o zgwałcenie, należało pozostawić pokrzywdzonym prawo wyboru, czy

³² Dane dostępne pod adresem internetowym <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwo-6/63496,Zgwalcenie-art-197.html> (dostęp: 15 września 2015 r.).

³³ Dane dostępne na stronie internetowej: http://rownetraktowanie.gov.pl/sites/default/files/raport_wersja_ostateczna.pdf (dostęp: 15 września 2015 r.).

chcą ścigania sprawców takich czynów, czy też z jakichkolwiek powodów tego nie chcą. Pozbawieni tego prawa i tak są w stanie zdecydować o biegu sprawy poprzez dysponowanie wachlarzem rozwiązań w sytuacji, gdy na ewentualny proces się nie godzą. Nie powinno uchodzić także uwagi, że tryb ścigania zgwałcenia z urzędu stanowić może instrument nadużyć ze strony osób trzecich, gdyby te składały zawiadomienia o zgwałceniu wbrew odmiennej woli osoby pokrzywdzonej, a tym bardziej w sytuacjach, gdyby zgwałcenia faktycznie nie było, a zawiadomienie takie związane byłoby z konfliktem osoby trzeciej z osobą mającą w jej zamiarze ponieść odpowiedzialność karną, czego skutkiem byłoby dramatyczne uwikłanie w sprawę drugiej strony, występującej wbrew faktom w roli pokrzywdzonego.

Ostatecznie więc krytycznie należy odnieść się do zmiany trybu ścigania na publicznoskargowy z urzędu. Tryb wnioskowy, podobnie jak i tryb prywatnoskargowy, jest odpowiedzią na konieczność rozwiązania kolizji między interesem społecznym a indywidualnym. Zaliczenie jakiegoś typu przestępstwa do tego trybu następuje najczęściej po to, by uwzględnić interesy osobiste pokrzywdzonego. W przypadku przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego o tym szczególnym trybie ścigania decydować winien charakter naruszonego dobra prawnego – wolności seksualnej, dobra ściśle osobistego, indywidualnego, o charakterze intymnym i związanym ze sferą prywatności. W przypadku gdy pokrzywdzonym jest osoba dorosła, która może sama złożyć wniosek o ściganie, ustawodawca, wprowadzając tryb wnioskowy, faktycznie chroni tę osobę przed niechcianymi przez nią konsekwencjami wszczęcia przeciwko sprawcy postępowania karnego (np. stygmatyzacją, ujawnieniem orientacji seksualnej,

ryzykiem rewiktymizacji), a nie nakazuje – pomimo jej woli – uczestniczyć w długotrwałym procesie karnym³⁴. Uwzględnienie interesu osoby pokrzywdzonej możliwe jest jednak tylko w sytuacji, gdy zdaje sobie ona sprawę ze wszystkich konsekwencji złożenia lub niezłożenia wniosku o ściganie³⁵.

Wnioskowy tryb ścigania stanowi przede wszystkim przejaw swobody decydowania o wszelkich aspektach życia seksualnego jednostki, nawet tych związanych z ewentualnym ściganiem czynów zabronionych wymierzonych w wolność seksualną. Jedynie konkretna osoba może stwierdzić, czy została faktycznie pokrzywdzona i czy te jej dobra zostały faktycznie naruszone. Odpowiedź na te pytania musi wiązać się z jeszcze jedną decyzją, a mianowicie czy dana osoba – ze względu na uwarunkowania społeczne, psychiczne, psychologiczne – jest gotowa, aby uczestniczyć w procesie karnym ze wszystkimi wynikającymi z niego obowiązkami. Nie bez znaczenia jest przecież konieczność złożenia często obszernych zeznań i udzielania odpowiedzi na pytania stron postępowania, kiedy sprawca, realizując swoje prawo do obrony, aktywnie w tym postępowaniu uczestniczy. Wnioskowy tryb ścigania uzasadniony jest przede wszystkim prawem ofiary do uniknięcia zjawiska wtórnej wiktymizacji³⁶. Wydaje się, że w tego typu sprawach pokrzywdzonym należy się prawo wyboru.

Kończąc, stwierdzić należy, że pomimo dokonanej zmiany legislacyjnej dyskusja nad jej zasadnością wciąż trwa, o czym świadczy choćby znaczna liczba publikacji z okresu po zmianie. Wydaje się, że gdyby ustawodawca „wysłuchiwał się” w argumenty obu stron dyskursu, to istniałaby szansa nieuchylenia art. 205 Kodeksu karnego. Obecnie zaś przywrócenie

³⁴ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Objaśnienia do art. 205 k.k.*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, tom I, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 626.

³⁵ J. Warylewski, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, tom I, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 1161.

³⁶ J. Warylewski, *Inicjowanie procesu karnego w sprawach o przestępstwa seksualne*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2003, nr 11, s. 254; także A. Marek, *Komentarz do art. 205 Kodeksu karnego*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek, 2010, publikacja dostępna w bazie programu LEX pod numerem 59896.

wnioskowego trybu ścigania zgwałcenia jest już zdecydowanie trudniejsze, choć zaznaczyć przecież trzeba, że nie jest niemożliwe. Praktyka funkcjonowania postępowania karnego może wskazać na konieczność rewizji obecnego trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia

ex officio i powrót do koncepcji wprowadzenia w ustawodawstwie polskim ścigania przestępstwa zgwałcenia na wniosek osoby pokrzywdzonej. Być może głosy takie, jak płynący z tego opracowania, również mogą mieć znaczenie dla inspiracji legislacyjnych w tym względzie.

Summary

Marcin Piotrowski

A CRITICAL REMARK ON THE MODE OF PROSECUTING THE CRIME OF RAPE

This study addresses the last amendment of the Penal Code from the 13th June 2013, which has caused that all crimes connected with sexual freedom and decency, including the crime of rape, will be prosecuted in office mode. Previously, these crimes had been prosecuted on request of the victim. This study shows scholarly debate on validity of this change among the representatives of penal law doctrine. In this article the Author would like to come onside of opponents for above-mentioned amendment. The Author also shows objectively the advantages and the disadvantages of such legal solution, basing his opinion on earlier comments in reference to the previous reasoning.

KEY WORDS: crime of rape, prosecution office, prosecution requested

POJĘCIA KLUCZOWE: przestępstwo zgwałcenia, ściganie z urzędu, ściganie na wniosek

NIKTÓRE ASPEKTY POWSZECHNEGO OBOWIĄZKU UDZIELENIA POMOCY ORGANOM PROWADZĄCYM POSTĘPOWANIE KARNE

1. Nowelizacją z dnia 9 maja 2007 r. (Dz.U. nr 99, poz. 664) art. 15 k.p.k. został uzupełniony o § 3, stanowiący, że: „Osoby prawne lub jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej inne niż określone w § 2, a także osoby fizyczne są obowiązane do udzielenia pomocy na wezwanie organów prowadzących postępowanie karne w zakresie i w terminie przez nie wyznaczonym, jeżeli bez tej pomocy przeprowadzenie czynności procesowej jest niemożliwe albo znacznie utrudnione”. Powyższemu paragrafowi nie poświęcono dotychczas w literaturze większej uwagi¹, mimo że jego wykładnia, a w szczególności charakter instytucji i zakres statuowanego w tym przepisie obowiązku, mogą budzić istotne wątpliwości. Dla zobrazowania problemu odwołam się do dwóch znanych mi przypadków zastosowania tego przepisu przez organy postępowania karnego.

Oba przypadki dotyczyły przedsiębiorcy dostarczającego innym podmiotom urządzeń pozwalających gromadzić dane o ruchu, położeniu i pracy pojazdów mechanicznych, a także programów komputerowych służących analizie tych danych. W obu przypadkach przedsiębiorca ten nie był uczestnikiem postępowania, a przedmiot postępowania karnego w żaden sposób go nie dotyczył. W pierwszej sprawie przedsiębiorca został wezwany przez prokuratora do nieodpłatnego przekazania jednego z oferowanych przez siebie programów komputerowych. Dodać należy, że nie było żadnych przeszkód do udzielenia Skarbowi Państwa licencji na przedmiotowe opro-

gramowania na zasadach rynkowych, sprawa nie była także nazbyt pilna – korespondencja w przedmiocie żądania trwała kilka tygodni. Opór przedsiębiorcy wynikał z przeświadczenia, że prokurator wykorzystuje przepis procedury karnej do uzyskania produktu, który powinien zostać nabyty przez organy ścigania na rynku. Przedsiębiorca postawił całkiem zasadne pytanie: czy prokurator na podstawie art. 15 § 3 k.p.k. mógłby zażądać udostępnienia komputera wraz z odpowiednim oprogramowaniem, które to urządzenie jest przydatne np. do napisania aktu oskarżenia?

Drugi przypadek wzbudził jeszcze większe wątpliwości. Funkcjonariusz Policji zażądał udostępnienia danych o ruchu i położeniu pojazdu za odpowiedni okres, przechowywanych na serwerach przedsiębiorcy. W istocie chodziło o miejsce przebywania osoby, która z tego pojazdu korzystała. Dane zostały zgromadzone na podstawie podpisanej z innym przedsiębiorcą umowy, zobowiązującej do monitorowania flotyli pojazdów tego przedsiębiorcy oraz gromadzenia danych. Umowa zawiera klauzulę zobowiązującą przedsiębiorcę i jego pracowników do zachowania w tajemnicy wszelkich danych pochodzących z monitoringu. Udostępnienie tych danych oznaczałoby więc złamanie ważnej i skutecznej umowy cywilnoprawnej, a co więcej, mogłoby zostać zakwalifikowane jako występki z art. 266 § 1 k.k., który to przepis stanowi, że każdy, kto wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą

¹ Przygotowując się do napisania niniejszego opracowania, zdołałem zidentyfikować, poza odpowiednimi ustępami w komentarzach do k.p.k., tylko jedno opracowanie poświęcone obowiązkowi udzielenia pomocy w trybie art. 15 § 2 i 3 k.p.k. – D. Kaczorkiewicz, *Udzielenie pomocy organom postępowania karnego*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2009, nr 9.

zapoznał się w związku z m.in. działalnością gospodarczą, podlega odpowiedzialności karnej. Przedsiębiorca postanowił odmówić udzielenia pomocy, wskazując, że istota wezwania sprowadza się do udostępnienia organom ścigania danych przechowywanych w urządzeniu lub systemie informatycznym. Dlatego ich wydanie może nastąpić wyłącznie na żądanie sądu lub prokuratora, zawarte w odpowiednim postanowieniu, wydanym na podstawie art. 217 k.p.k. w związku z art. 236a k.p.k. Co więcej, w ramach odpowiedniego zastosowania rozdziału 25 k.p.k. (art. 236a k.p.k.) dysponent danych może wskazać, że określona ich część jest objęta tajemnicą prawnie chronioną. W takiej sytuacji nośnik zawierający dane powinien zostać niezwłocznie przekazany bez ich odczytania prokuratorowi lub sądowi w opieczętowanym opakowaniu (art. 225 § 1 k.p.k.). W konsekwencji w kwestii wykorzystania dokumentów zawierających informacje niejawne lub tajemnicę zawodową jako dowodów w postępowaniu karnym stosuje się odpowiednio zakazy i ograniczenia określone w art. 178–181 k.p.k. (art. 226 k.p.k.).

Niniejsze opracowanie omawia tylko niektó-

re zagadnienia wiążące się z udzieleniem pomocy organom prowadzącym postępowanie karne przez inne podmioty niż instytucje państwowe i samorządowe (art. 15 § 2 k.p.k.). Dla przejrzystości wywodu będzie mowa o „powszechnym obowiązku udzielenia pomocy”², dla odróżnienia od obowiązku spoczywającego na organach władzy publicznej oraz jednostkach organizacyjnych powołanych przez organy państwowe lub samorządowe dla celów użyteczności publicznej³. Podmioty takie działają w oparciu o majątek publiczny lub organ władzy publicznej wywiera decydujący wpływ na ich działalność. Wyróżnienie powszechnego obowiązku udzielenia pomocy jest uzasadnione nie tylko tym, że spoczywa on na podmiotach zewnętrznych wobec struktury organów władzy państwowej, lecz także z tego powodu, iż jego nałożenie oznacza wkroczenie w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności obywatelskich. Odmienne rzecz się przedstawia w przypadku obowiązku statuowanego w art. 15 § 2 k.p.k., przy ocenie którego trzeba mieć na względzie przepisy konstytucyjne określające pozycje poszczególnych organów władzy publicznej i relacje pomiędzy tymi organami⁴.

² Pojęciem tym posługuje się W. Grzeszczak, komentarz do art. 15 k.p.k., (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 43.

³ Zob. T. Grzegorzczak, komentarz do art. 15 k.p.k., (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze 2005, s. 94. Nie można się natomiast zgodzić z tezą, że do tej kategorii należy zaliczyć instytucje społeczne. Kodeks wyraźnie odróżnia instytucje społeczne od instytucji państwowych i samorządowych (zob. art. 19 § 1 k.p.k.).

⁴ Jest oczywiste, że prawa i wolności statuowane w Konstytucji (poza prawami politycznymi) przysługują każdej osobie fizycznej pod władzą RP (art. 37 ust. 1 Konstytucji). TK wskazał ponadto, że „(...) konstytucja statuuje pewne prawa i wolności odnoszące się do podmiotów zbiorowych (np. partii politycznych, związków wyznaniowych). Wydaje się też oczywiste, że pewne prawa, np. prawo własności lub wolności, np. prowadzenie działalności gospodarczej, muszą – z istoty systemu gospodarczego – obejmować nie tylko osoby fizyczne, ale też podmioty gospodarcze nie będące osobami fizycznymi” – wyroki TK: z 8 czerwca 1999 r., SK 12/98, OTK 1999, nr 5, poz. 96; z 21 maja 2005 r., P 25/02, OTK-ZU 2005, nr 6A, poz. 65. Postanowienia statuujące prawa i wolności powinny być w stosunku do podmiotów zbiorowych stosowane odpowiednio. Zob. wyrok TK z 8 czerwca 1999 r., SK 12/98; postanowienie TK z 25 lipca 2002 r., Ts. 67/02, OTKA-ZU 2002, nr 3B, poz. 231; postanowienie TK z 31 maja 2005 r., Ts 36/05, OTK-ZU 2005, nr 4B, poz. 174. Z drugiej strony adresatami konstytucyjnych praw podmiotowych nie są organy władzy publicznej. Rozszerzenie zakresu podmiotowego praw konstytucyjnych na takie podmioty prowadziłoby do utożsamienia podmiotów ingerujących w te prawa z ich nosicielami. Zob. postanowienie TK z 31 maja 2005 r., Ts 36/05; postanowienie TK z 26 października 2001 r., Ts 72/01, OTK-ZU 2001, nr 8, poz. 298; postanowienie TK z 6 lutego 2001 r., Ts 148/00, OTK-ZU 2001, nr 3, poz. 72; postanowienie TK z 25 lipca 2002 r., Ts 67/02. Ograniczenie to obejmuje również osoby prawne prawa publicznego, których uprawnienia są ściśle powiązane z nałożonymi obowiązkami. Zob. postanowienie TK z 26 października 2001 r., Ts 72/01. Podmiotami konstytucyjnych praw i wolności nie są publiczne podmioty gospodarcze. TK wskazał dwa kryteria, które pozwalają zidentyfikować taki podmiot: prowadzenie działalności w oparciu o majątek publiczny (kryterium majątkowe) lub okoliczność, że organ władzy publicznej wywiera decydujący wpływ

2. W pierwszej kolejności należy wskazać, że przepisy określające ustrój i kompetencję podmiotów uprawnionych do prowadzenia postępowania karnego niejednokrotnie zawierają regulację analogiczną pod wieloma względami do art. 15 § 2 i 3 k.p.k. Funkcjonariusze poszczególnych służb często w pismach, w których zwracają się o udzielenie pomocy, powołują się na wszystkie zbiegające się podstawy prawne. Należy więc zbadać relację pomiędzy regulacją kodeksową a analogiczną do niej regulacją zawartą w poszczególnych ustawach ustrojowych.

Za modelowe w zakresie ustaw ustrojowych można uznać rozwiązania przewidziane w ustawie o Policji⁵. Artykuł 14 ust. 1 ustawy o Policji stanowi, że: „W granicach swych zadań Policja wykonuje czynności: operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-porządkowe (...)” m.in. „w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń”. Następnie przewidziano, że: policjanci, wykonując czynności, o których mowa w art. 14, mają prawo:

- żądania niezbędnej pomocy od instytucji państwowych, organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego oraz

przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie użyteczności publicznej; wymienione instytucje, organy i jednostki obowiązane są, w zakresie swojego działania, do udzielenia tej pomocy, w zakresie obowiązujących przepisów prawa;

- zwracania się o niezbędną pomoc do innych przedsiębiorców i organizacji społecznych, jak również zwracania się w nagłych wypadkach do każdej osoby o udzielenie doraźnej pomocy, w ramach obowiązujących przepisów prawa (zob. art. 15 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o Policji).

Powyższe rozwiązanie prawne jest powielone przez ustawy określające ustrój innych służb uprawnionych do prowadzenia postępowania karnego albo poprzez wyraźne odesłanie do ustawy o Policji⁶, albo poprzez umieszczenie w takiej ustawie przepisu o identycznej lub zbliżonej treści⁷. Uprawnienie do żądania/zwracania się o pomoc jest ograniczone zadaniami ciążącymi na każdej ze służb. Treść regulacji zawartych w ustawach ustrojowych nasuwa kilka ogólnych spostrzeżeń co do statuowanego przez nie uprawnienia:

- funkcjonariusze poszczególnych służb mogą z niego skorzystać w ramach wykonywania

na działalność takiego podmiotu (kryterium funkcjonalne). Zob. postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07, OTK 2011, nr 3A, poz. 28. Umożliwienie takim podmiotom wnoszenia skargi konstytucyjnej przekształciłoby tę instytucję w instrument rozstrzygania sporów pomiędzy poszczególnymi ogniwami władzy publicznej. Zob. postanowienie TK z 17 marca 2003 r., TS 116/02, OTK-ZU 2003, nr 2B, poz. 105; postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07.

⁵ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 355).

⁶ W takim wypadku ustawa stanowi, że funkcjonariusz odpowiedniej służby jest uprawniony do „żądania niezbędnej pomocy od instytucji państwowych, zwracania się o taką pomoc do jednostek gospodarczych, organizacji społecznych, jak również w nagłych przypadkach do każdego obywatela o udzielenie doraźnej pomocy na zasadach określonych w przepisach o Policji, określających szczegółowo zasady żądania takiej pomocy”. Zob. w odniesieniu do Państwowej Straży Rybackiej – art. 23 ust. 7 ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybnictwie śródlądowym, tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 652; Państwowej Straży Łowieckiej – art. 39 ust. 2 pkt 12 ustawy z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie, tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2168; w odniesieniu do Straży Leśnej – art. 47 ust. 2 pkt 10 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach, tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2100. Szerzej w kwestii wykładni tego typu klauzuli zob. W. Radecki, komentarz do art. 39, (w:) *Prawo łowieckie. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 209.

⁷ Zob. art. 23 ust. 1 pkt 7–8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 1–2 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1929; art. 11 ust. 1 pkt 11 i 12 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1402; art. 14 ust. 1 pkt 7–8 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1411; art. 7 ust. 1 i art. 11a ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 720; art. 17 ust. 1 pkt 12–13 oraz ust. 2–3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 96.

czynności operacyjno-rozpoznawczych, kontrolnych, analityczno-informatycznych, ale także dochodzeniowo-śledczych. Jednocześnie taki funkcjonariusz, jeżeli dana służba jest organem prowadzącym postępowanie karne, wykonuje czynności procesowe. Oznacza to, że zakres zastosowania regulacji przewidzianej w art. 15 § 2 i 3 k.p.k. może się pokrywać z zastosowaniem regulacji przewidzianej w ustawach ustrojowych;

- ustawy regulujące ustroj poszczególnych służb wyraźnie odróżniają uprawnienie do „żądania udzielenia niezbędnej pomocy” od instytucji państwowych, organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego oraz przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie użyteczności publicznej od uprawnienia do „zwracania się” do pozostałych podmiotów o udzielenie niezbędnej pomocy. Wydaje się, że takie sformułowanie przepisu pozwala twierdzić, że podmioty, do których zwrócono się o udzielenie pomocy, nie są do tego prawnie zobowiązane⁸. Za takim rezultatem wykładni przemawia kilka argumentów:

(a) po pierwsze, trudno inaczej racjonalnie uzasadnić użycie przez ustawodawcę w sąsiadujących jednostkach tekstu aktu normatywnego odmiennych zwrotów;

(b) po drugie, ustawodawca dopowiada, że gdy organ „żąda” pomocy, to wskazany w tym przepisie podmiot ma obowiązek udzielenia pomocy, natomiast gdy mowa o zwracaniu się o udzielenie pomocy, tego dopowiedzenia brak⁹;

(c) po trzecie, w rozporządzeniach wykonawczych do niektórych z tych ustaw wyraźnie wskazano, że „warunkiem skorzystania przez funkcjonariusza z pomocy” osoby, do której zwrócono się o udzielenie pomocy, jest wyrażenie przez nią zgody¹⁰. Mowa w nich o „prośbie o udzielenie pomocy”. Brak tego warunku w przypadku podmiotu, od którego żąda się udzielenia pomocy. Ponadto trudno racjonalnie wytłumaczyć, dlaczego warunkiem wykonania obowiązku prawnego przez osobę, do której zwrócono się o udzielenie pomocy, byłoby wyrażenie przez nią na to zgody, a nie można założyć, że wskutek wydania rozporządzenia wykonawczego do ustawy doszło do uchylecia przewidzianego w niej obowiązku¹¹. Sprzeciwia się temu wyższa moc prawna ustawy.

Należy więc przyjąć, że postanowienia rozporządzeń wykonawczych dopowiadają to, co można wywieść w drodze wykładni już z przepisów ustawy: osoba, do której zwrócono się o udzielenie pomocy, nie jest na mocy

⁸ Tak także D. Kaczorkiewicz, *Udzielenie pomocy*, s. 10. Odmiennie, zdaje się, przyjęto w wyroku NSA z 18 kwietnia 2002 r., I SA/Wr 322/99, LEX nr 71880.

⁹ W tym miejscu należy wskazać, że w art. 17 ust. 3 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych wyraźnie wskazano, że osoba, do której zwrócono się o udzielenie pomocy, ma obowiązek jej udzielenia. Rozumowanie *a contrario* uzasadnia twierdzenie, że brak takiego postanowienia w pozostałych ustawach świadczy o braku ustanowienia obowiązku udzielenia pomocy.

¹⁰ Zob. § 2 rozporządzenia RM z dnia 8 października 2003 r. w sprawie udzielania funkcjonariuszom ABW i AW niezbędnej pomocy przez instytucje państwowe, organy administracji rządowej i samorządu terytorialnego, przedsiębiorców, jednostki organizacyjne, organizacje społeczne oraz obywateli, Dz.U. z 2003 r. nr 183, poz. 1788; § 3 ust. 3 rozporządzenia RM z dnia 4 sierpnia 2006 r. w sprawie udzielania funkcjonariuszom CBA niezbędnej pomocy przez instytucje państwowe, organy administracji rządowej i samorządu terytorialnego, przedsiębiorców, jednostki organizacyjne, organizacje społeczne oraz obywateli, Dz.U. z 2006 r. nr 142, poz. 1018.

¹¹ Trzeba jednak zauważyć, że osoba, do której zwrócił się o pomoc żołnierz Żandarmerii Wojskowej, ma obowiązek udzielenia pomocy (art. 17 ust. 3 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych), a mimo to w rozporządzeniu wykonawczym przyjęto, że z wyjątkiem pewnych przypadków warunkiem skorzystania z pomocy obywatela jest jego zgoda (zob. § 31 ust. 1 i 2 rozporządzenia MON z dnia 14 grudnia 2001 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania niektórych uprawnień przez żołnierzy Żandarmerii Wojskowej, Dz.U. z 2001 r. nr 157, poz. 1851 ze zm.). Regulacja prawna jest w tym wypadku wyraźnie niespójna i należy przyjąć, że mamy tutaj do czynienia z omyłką legislacyjną zaistniałą na etapie wydawania rozporządzenia wykonawczego.

ustaw ustrojowych prawnie zobowiązana do jej udzielenia.

– w ustawach ustrojowych na przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie użyteczności publicznej (a więc na co najmniej część podmiotów objętych powszechnym obowiązkiem udzielenia pomocy statuowanym przez art. 15 § 3 k.p.k., np. przedsiębiorstwo pocztowe, przedsiębiorstwo prowadzące działalność w zakresie oczyszczania i usuwania ścieków)¹² został nałożony obowiązek udzielenia pomocy w takim samym zakresie i na takich samych zasadach, jak na instytucje państwowe, organy administracji rządowej oraz samorządu terytorialnego¹³. Rozwiązanie takie budzi zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia zachowania proporcjonalności ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności takich przedsiębiorstw.

Powyższe uwagi pozwalają na wyciągnięcie następujących wniosków co do relacji pomiędzy regulacją kodeksową a regulacją zawartą w poszczególnych ustawach ustrojowych:

– niewątpliwie regulacja kodeksowa ustanawia prawny obowiązek udzielenia pomocy w zakresie i w terminie wskazanym w wezwaniu organu prowadzącego postępowanie. Z kolei w ustawach ustrojowych uregulowano kwestię uprawnienia funkcjonariuszy niektórych służb do zwracania się o udzielenie pomocy. Mając na uwadze, że na gruncie języka potocznego każde wezwanie określonej osoby do udzielenia pomocy oznacza jednocześnie zwrócenie się do niej o jej udzielenie (jakkolwiek nie zachodzi relacja odwrotna), przyjęte przez polskiego ustawodawcę rozwiązania prawne mogą sugerować, że przesłanki i sposób zwracania się o udzielenie pomocy zostały określone w ustawach ustrojowych,

a k.p.k. wskazuje, kiedy takie zwrócenie się o pomoc aktualizuje obowiązek prawny. Wykładnię taką trzeba jednak odrzucić, ponieważ w jej podstaw leży założenie, że art. 15 § 3 k.p.k. nie kreuje uprawnienia do wzywania określonych w nim podmiotów do udzielenia pomocy. Oznaczałoby to, że niektóre organy prowadzące postępowanie karne (sąd/prokurator) nie mogłyby z tego przepisu skorzystać w ogóle albo nie mogłyby z niego korzystać w pełnym zakresie¹⁴. Konsekwentnie należałoby przyjąć, że w razie usunięcia odpowiednich przepisów z ustaw ustrojowych funkcjonariusze tych służb nie mogłyby się odwołać do art. 15 § 3 k.p.k. Ponadto komplementarno-dopełniającej wykładni stoi na przeszkodzie okoliczność, że część podmiotów wskazanych w art. 15 § 3 k.p.k. (przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie użyteczności publicznej) może zostać zobowiązana do udzielenia pomocy na podstawie ustaw ustrojowych. W rezultacie należy przyjąć, że przepis ten kreuje zarówno uprawnienie organu prowadzącego postępowanie do wzywania podmiotu do udzielenia pomocy, jak i obowiązek wezwanego podmiotu jej udzielenia;

– powstaje pytanie, czy przepisy ustaw ustrojowych w zakresie, w jakim statuują uprawnienie do zwracania się o udzielenie, ewentualnie żądania, niezbędnej pomocy nie stanowią *leges speciales* wobec art. 15 § 3 k.p.k. w zakresie, w jakim przepis ten statuuje uprawnienie o tej samej treści. Przede wszystkim reguła *lex specialis* może mieć zastosowanie w procesie wykładni przepisów: przyjmuje się, że ustawodawca, zamieszczając w tym samym akcie normatywnym przepis bardziej szczegółowy, chciał zawęzić zakres zastosowania przepisu bardziej

¹² K. Kohutek, M. Sieradzka, komentarz do art. 4, (w:) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 102–103.

¹³ W art. 17 ust. 1 pkt 12 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych mowa jest o wszystkich przedsiębiorcach.

¹⁴ Art. 10 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. o prokuraturze (Dz.U. z 2016 r. poz. 177) nie obejmuje wszystkich podmiotów, o których mowa w art. 15 § 3 k.p.k., np. osób fizycznych.

ogólnego¹⁵. Rozumowanie to nie może znaleźć zastosowania, ponieważ przedmiotowe przepisy są zamieszczone w różnych aktach normatywnych i, co ważne, mających różny przedmiot regulacji¹⁶. *Lex specialis* może także zostać zastosowana jako reguła kolizyjna pomiędzy dwiema normami wyinterpretowanymi z poszczególnych przepisów. Warunkiem jej zastosowania jest, aby statutowane w tych normach obowiązki były ze sobą sprzeczne¹⁷. Również i w tym zakresie reguła ta nie może znaleźć zastosowania, ponieważ nie można mówić o kolizji obowiązków nałożonych na podmioty spoza struktur władzy publicznej wskutek zwrócenia się do nich o pomoc/wezwania ich do udzielenia pomocy (w przypadku skorzystania z uprawnienia przewidzianego w ustawie ustrojowej – obowiązek taki zresztą przeważnie nie powstanie). W końcu przesłanki skorzystania z uprawnienia nie pozostają ze sobą w relacji podrzędności: uprawnienie przewidziane w regulacji kodeksowej wykonuje funkcjonariusz jedynie organu prowadzącego postępowanie karne, z kolei podmiotem uprawnionym na podstawie ustaw ustrojowych są funkcjonariusze poszczególnych służb, ale niekoniecznie wykonujący czynności procesowe, a nawet jeżeli je wykonują, to niekoniecznie działając jako organ prowadzący postępowanie (np. wykonując na polecenie prokuratora tylko poszczególne czynności procesowe);

- w rezultacie należy wskazać, że organ prowadzący postępowanie może być jednocześnie na różnych podstawach prawnych

uprawniony do zwracania się o pomoc/żądania pomocy oraz do wezwania do udzielenia pomocy (zbieg podstaw prawnych kreujących uprawnienia). Częściowo zbiegające się podstawy prawne kreują także obowiązki udzielenia pomocy (w przypadku przedsiębiorstw prowadzących działalność w zakresie użyteczności publicznej).

Powyższe konkluzje mają istotny wpływ na rozstrzygnięcie jeszcze jednego zagadnienia. Rozporządzenia wykonawcze do ustaw ustrojowych określają obowiązki funkcjonariuszy służb żądających pomocy/zwracających się o pomoc oraz regulują sposób skorzystania z tego uprawnienia. Pojawia się pytanie, czy postanowienia tych rozporządzeń mają zastosowanie, gdy funkcjonariusz publiczny działa jednocześnie jako organ prowadzący postępowanie karne, korzystający z uprawnienia przewidzianego art. 15 § 3 k.p.k. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby ta sama czynność (wezwanie w rozumieniu art. 15 § 3 k.p.k.) stanowiła jednocześnie żądanie pomocy/zwrócenie się o pomoc w rozumieniu ustaw ustrojowych. Wychodząc z tego założenia, funkcjonariusze Policji powołują obie podstawy prawne i stosują się do obostrzeń przewidzianych w rozporządzeniu wykonawczym. Taki wynik wykładni należy jednak odrzucić, ponieważ nie uwzględnia różnicy pomiędzy czynnościami o tej samej treści, lecz dokonany na różnych podstawach prawnych¹⁸. W literaturze przyjmuje się także, że w razie zbiegu uprawnień, jeżeli przepis nie stanowi inaczej, podmiotowi uprawnionemu przysługuje prawo wyboru podstawy prawnej, z której zamierza skorzystać, a co za tym idzie,

¹⁵ Zob. Z. Ziemiński, *Problematyka ogólna zbiegu przepisów prawnych*, (w:) S. Wronkowska (red.), *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007, s. 161–162.

¹⁶ Zob. szerzej W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Zakamycze 2003, s. 246.

¹⁷ Stosowanie reguły *lex specialis* jako reguły kolizyjnej ma podstawę w idei racjonalnego prawodawcy, który nie dopuszcza, aby jednocześnie wobec tego samego podmiotu zaktualizowały się obowiązki, z których spełnienie jednego (przewidzianego w przepisie szczególnym) wyklucza spełnienie drugiego (statutowanego w przepisie bardziej ogólnym). Zob. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, Warszawa 1973, s. 79.

¹⁸ Zob. rozważania D. Szumiło-Kulczyckiej dotyczące relacji między instytucją kontroli osobistej, przeglądania zawartości bagaży oraz sprawdzania ładunku w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego, regulowaną przez ustawy ustrojowe, a kodeksową instytucją przeszukania. D. Szumiło-Kulczycka, *Kontrola osobista, przeglądanie zawartości bagaży, przeszukiwanie (przyczynek do kwestii racjonalności legislacji)*, PiP 2012, z. 3, s. 36–43.

reżymu prawnego, który znajdzie zastosowanie. Mając to na względzie, należy stwierdzić, że w razie wezwania podmiotu do udzielenia pomocy w sytuacji zbiegu uprawnień funkcjonariusz nie jest zobowiązany stosować przepisów ustawy ustrojowej, jeżeli powołuje się jedynie na uprawnienie wynikające z art. 15 § 3 k.p.k., a ponadto należy uznać za wysoce wątpliwe, że względu na zakaz konstruowania w procesie stosowania prawa nieznanego ustawie reżymu mieszanego, jednocześnie stosowanie obu podstaw prawnych¹⁹.

3. Wezwanie organu prowadzącego postępowanie karne aktualizuje obowiązek udzielenia pomocy. Kodeks postępowania karnego nie precyzuje, na czym ma polegać udzielenie pomocy. Wskazuje jedynie, że zakres i termin udzielenia pomocy powinien zostać określony w wezwaniu organu prowadzącego postępowanie²⁰. Bardziej konkretnie wypowiedział się ustawodawca w rozporządzeniach wykonawczych do ustaw ustrojowych poszczególnych służb. I tak w § 29 ust. 2 rozporządzenia MON w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania niektórych uprawnień przez żołnierzy Żandarmerii Wojskowej wskazano, że udzielenie pomocy może obejmować udostępnienie na czas określony nieruchomości lub ich części, użyczenie środków transportu lub łączności albo innych rzeczy, umożliwienie eksploatacji urządzeń technicznych czy wykonanie innych wskazanych czynności. Wydaje się, że przepis ten dobrze obrazuje, na czym może polegać udzielenie pomocy również na podstawie regulacji kodeksowej. Inną czynnością, do której wykonania może zostać wezwany podmiot, jest przede wszystkim

udzielenie stosownej informacji lub przekazanie określonych danych. W literaturze wskazuje się, że przede wszystkim w celu uzyskania tego typu pomocy uzupełniono art. 15 o § 3²¹. Powstaje pytanie, czy organ może także żądać przekazania informacji, do której zachowania w tajemnicy był obowiązany podmiot wezwany.

Odpowiedź musi być negatywna, ponieważ udzielenie pomocy może nastąpić jedynie w granicach prawa. Bezprawność jest nieprzekraczalną granicą obowiązku statuowanego w art. 15 § 3 k.p.k. Organ może żądać od wezwanego podmiotu jedynie zachowań nienaruszających innych przepisów prawa, i tylko takie zachowania mogą stanowić przedmiot obowiązku. Ten aspekt obowiązku udzielenia pomocy wyraźnie wskazują regulacje zawarte w ustawach ustrojowych poszczególnych służb. Jako że są to pod wieloma względami regulacje analogiczne do obowiązku udzielenia pomocy przewidzianego w k.p.k., można więc przyjąć, że wysławiają one wspólną dla tych instytucji cechę zachowania stanowiącego przedmiot obowiązku. Dodać należy, że przepis ma charakter ogólny, jego literalne brzmienie wskazuje, iż korzystanie z niego przez organ prowadzący postępowanie jest limitowane jedynie brakiem możliwości przeprowadzenia czynności procesowej bez udzielenia pomocy lub jej znacznym utrudnieniem. Zakładając, że przedmiotem obowiązku może być każde zachowanie ułatwiające przeprowadzenie czynności procesowych, o ile są spełnione powyższe warunki, należałoby także przyjąć, że przepis ten legalizuje – działanie w ramach obowiązku prawnego nie może być bezprawne²² – wkroczenie bez innych ograniczeń w sferę dóbr prawnych, również tych najważniejszych.

¹⁹ Również D. Kaczorkiewicz wskazuje niezależność obu zbiegających się podstaw prawnych. D. Kaczorkiewicz, *Udzielenie pomocy*, s. 10.

²⁰ „(...) ustawa nie precyzuje w stosunku do osób fizycznych kryteriów wyznaczających zakres obowiązkowej pomocy świadczonej organom prowadzącym postępowanie” – J. Grajewski, S. Steinborn, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 104.

²¹ A. Sakowicz, komentarz do art. 15, (w:) K. T. Boratyńska (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 69; W. Grzeszczak (w:) *Kodeks*, s. 43. Nie można się zgodzić z poglądem, że art. 15 § 2 i 3 k.p.k. nie stanowią podstawy do żądania udzielenia informacji (taką błędną tezę postawiła D. Kaczorkiewicz, *Udzielenie pomocy*, s. 6), wysoce wątpliwy jest natomiast zakres informacji, których organ może żądać.

²² Ewentualnie można byłoby rozważyć, czy w takiej sytuacji nie zasłaby kolizja obowiązków, o której mowa

Regulacja taka, jako nieproporcjonalna i zbyt mało precyzyjna, musiałaby zostać uznana za sprzeczną z Konstytucją. Przyjmując, że wezwania wystosowane na podstawie tego przepisu nie legalizuje zachowań sprzecznych z innymi przepisami prawa, należy mieć na względzie, że organ władzy publicznej może działać jedynie w granicach i na podstawie prawa (art. 7 Konstytucji). W tym kontekście wzywanie do zachowań nielegalnych i korzystanie z ich owoców byłoby rażąco sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego, a jeżeli zachowanie bezprawne realizowałoby przedmiotowe znamiona czynu zabronionego, takie wezwanie stanowiłoby przekroczenie prawnokarnej normy zakazującej podżegania do przestępstwa.

W tym miejscu należy się odnieść do stanowiska SA w Łodzi²³, że naruszenie dóbr osobistych w związku z wykonaniem wezwania wystosowanego w trybie art. 15 k.p.k. mieści się w ramach porządku prawnego. Pogląd ten należy doprecyzować. Bezprawność naruszenia dobra prawnego byłaby wyłączona na podstawie art. 15 § 2 lub 3 wówczas, gdyby na pozwanym ciążył obowiązek udzielenia pomocy. Jednakowoż obowiązek taki zaktualizowałby

się tylko wtedy, gdyby pozwany został wezwany do zachowania legalnego. Niekiedy ustawa może zezwalać na naruszenie dobra prawnego. W prawie karnym tę grupę instytucji nazywa się kontratypami. W literaturze wyróżnia się m.in. kontratyp działania w ramach obowiązków i uprawnień służbowych. Funkcjonariusz publiczny może ingerować w sferę prawną innych osób tylko wówczas, gdy wyraźnie przewiduje to przepis prawa²⁴. Oczywiście jest, że art. 15 § 3 k.p.k. nie zezwala na naruszenie dóbr prawnych innych podmiotów niż osoba wezwana do udzielenia pomocy: w razie skutecznego wezwania tej osoby może dojść do ograniczenia jej dóbr prawnych w stopniu wynikającym z zakresu pomocy, do której udzielenia będzie zobowiązana²⁵. Ograniczenie dóbr prawnych podmiotów trzecich może natomiast nastąpić na innej podstawie prawnej: k.p.k. przewiduje liczne przypadki zezwalające organowi prowadzącemu postępowanie na wkroczenie w sferę dóbr prawnych innych osób. W zależności od treści konkretnego przepisu zezwalającego na taką ingerencję podmiot wezwany będzie mógł wykonać pewne czynności prowadzące do naruszenia

w art. 26 § 5 k.k. W kontekście tego przepisu wykonanie wezwania w sytuacji kolizji z innym obowiązkiem prawnym byłoby legalne jedynie w razie spełnienia innych znamion tego kontratypu, a osoba wezwana byłaby uprawniona (i zobowiązana) w razie braku realizacji tych znamion do odmowy udzielenia pomocy. Nie jest to jednak podejście właściwe z kilku powodów. Odwołanie się do kolizji obowiązków jest możliwe jedynie na gruncie prawa karnego i ma zastosowanie, gdy niewykonanie obowiązku wyczerpuje jednocześnie znamiona czynu zabronionego (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 2010, s. 366). Ta okoliczność nie zawsze wystąpi, a ponadto do ustalenia pozostałyby skutki takiego czynu na gruncie innych dziedzin prawa. Ponadto tego typu wykładnia oznaczałaby przyznanie organowi uprawnienia do aktualizowania obowiązku zachowania się, które *in abstracto* mogłyby być sprzeczne z prawem (brak jest jakichkolwiek wskazówek, że taka była intencja ustawodawcy) i które byłoby ograniczone bardzo ogólnymi i nieprecyzyjnymi przesłankami. Dopiero w okolicznościach konkretnej sprawy adresat kolidujących obowiązków dokona oceny, który z nich powinien zostać wykonany kosztem drugiego. Takie rozwiązanie godziłoby w bezpieczeństwo prawne podmiotów trzecich. Mogłyby się także okazać, że w okolicznościach konkretnej sprawy organ wezwał do zachowania, którego bezprawność, a nawet przestępnność, nie została wskutek działania w trybie art. 15 § 3 uchylona. Ze względu na art. 7 Konstytucji trudno zaakceptować interpretację prowadzącą do tego typu konsekwencji.

²³ Wyrok SA w Łodzi z 19 czerwca 2013 r., I ACa 49/13, LEX nr 1356577.

²⁴ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie*, s. 373–374.

²⁵ Nie można się więc zgodzić z M. Kurowskim, że obowiązek pomocy nie może wkraczać w sferę praw i wolności konstytucyjnych, ponieważ przepis nie precyzuje sposobu ograniczenia tych praw. Zob. M. Kurowski, komentarz do art. 15 k.p.k., (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 108. Aktualizacja jakiegokolwiek obowiązku oznacza wkroczenie w wolność człowieka, która jest konstytucyjnie chroniona, a ponadto udzielenie pomocy może oznaczać także ingerencję w majątek osoby wezwanej. Natomiast sama uwaga o nienależytej ustawowej określoności jest trafna. Jest to podstawowa wada tej regulacji, narażająca ją na podniesienie zarzutu sprzeczności z Konstytucją.

dobra osoby trzeciej (np. przekazać organowi dane zgromadzone na jego serwerze) lub tylko dopomóc organowi w naruszeniu dobra osoby trzeciej (użyczenie środka komunikacji ułatwiającego pościg i zatrzymanie podejrzanego). Tego typu zachowanie, stanowiące wykonanie wezwania organu, będzie mieściło się w ramach porządku prawnego. Pod warunkiem wszakże, co należy podkreślić, że organ będzie działał na podstawie szczególnego przepisu zezwalającego na ingerencję w dobra podmiotów trzecich (np. dysponenta tajemnicy, podejrzanego).

W związku z powyższym nie można zgodzić się z tezą, że obowiązek udzielenia pomocy na wezwanie organów prowadzących postępowanie karne nie wyłącza przepisów normujących tajemnicę prawnie chronioną, ponieważ mają one względem przepisu art. 15 § 3 charakter *leges speciales*²⁶. Relacja specjalności nie zachodzi, ponieważ obowiązek udzielenia pomocy z zasady nie obejmuje zachowań sprzecznych z prawem, w tym również z przepisami regulującymi tajemnicę prawnie chronioną. Obowiązek przekazania takiej informacji na podstawie art. 15 § 3 k.p.k. może się zaktualizować tylko w przypadkach, w których zgodnie z właściwymi przepisami osoba wezwana została zwolniona z obowiązku zachowania tajemnicy. Nie dochodzi więc do kolizji pomiędzy art. 15 § 3 k.p.k. a przepisami normującymi tajemnicę prawnie chronioną, a w konsekwencji brak potrzeby odwołania się do reguły *lex specialis*.

W ramach podsumowania trzeba jeszcze wskazać, że wezwanie wystosowane przez organ prowadzący postępowanie do wykonania zachowania bezprawnego może prowadzić do odpowiedzialności funkcjonariusza publicznego za przestępstwo przekroczenia uprawnień (art. 231 § 1 k.k.), a jeżeli zachowanie to wyczerpuje znamiona czynu zabronionego – do odpo-

wiedzialności funkcjonariusza za podżeganie do tegoż czynu zabronionego. W zależności od okoliczności konkretnej sprawy nie można z góry wykluczyć jego odpowiedzialności za współsprawstwo lub sprawstwo kierownicze. Z kolei z punktu widzenia osoby wezwanej do udzielenia pomocy zachodzi możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności za sprawstwo czynu zabronionego – jeżeli udzielenie pomocy wyczerpie jego znamiona, lub pomocnictwo – jeżeli zachowanie funkcjonariusza publicznego, któremu udziela pomocy, będzie wyczerpywało jego znamiona, a ona sama nie będzie brała udziału w wykonaniu bezprawnej czynności. Jeżeli weźmie w niej udział, powstaną warunki do pociągnięcia jej do odpowiedzialności za współsprawstwo. Badając możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej, należy szczególnie skrupulatnie zbadać świadomość osoby wezwanej co do ziszczenia się okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego oraz mieć na uwadze, że działanie w dobrej wierze na wezwanie organu prowadzącego postępowanie karne będzie z reguły prowadziło do usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności, w tym także usprawiedliwionego urojenia istnienia kontratypu (art. 30 k.k.)²⁷.

4. Ograniczenie obowiązku udzielenia pomocy jedynie do zachowań mieszczących się w granicach prawa nie załatwia jednak wszystkich problemów wiążących się z ustaleniem przedmiotowego zakresu tego obowiązku. Jak wskazują przywołane na wstępie opracowania przypadki, organ prowadzący postępowanie może niekiedy ulec pokusie skorzystania z art. 15 § 3 k.p.k. w celu ominięcia ograniczeń przewidzianych w przepisach regulujących poszczególne czynności procesowe, np. żądania informacji od osoby, która słuchana jako świadek mogłaby odmówić zeznań lub odpowiedzi na konkretne pytanie (art. 182 § 1,

²⁶ J. Grajewski, S. Steinborn, (w:) *Kodeks*, s. 104. Zob. także C. P. Klak, *Ochrona tajemnicy notarialnej w polskim procesie karnym*, Prok. i Pr. 2013, z. 1, s. 44–45.

²⁷ Zob. A. Zoll, komentarz do art. 30, (w:) A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2007, s. 466–467.

art. 183 § 1 k.p.k.), żądania informacji o treści oświadczeń złożonych przez oskarżonego wobec biegłego w trakcie badania lub udzielania pomocy, a dotyczących zarzucanego mu czynu (art. 199 k.p.k.), a także ograniczeń związanych z zatrzymaniem rzeczy lub przeprowadzeniem przeszukania (np. bez wydania odpowiedniego postanowienia przez sąd lub prokuratora). Należy wskazać, że przekazanie przez osobę wezwaną powyższych informacji, wydanie jej własnych rzeczy, umożliwienie dokonania przeszukania jej osoby lub jej własnego lokalu jako takie nie jest bezprawne, osoba wezwana jest bowiem uprawniona do dysponowania własnymi dobrami prawnymi. Problem jednakże w tym, że organ korzysta z art. 15 § 3 k.p.k. w celu zobowiązania tej osoby do wykonania ww. czynności, podczas gdy przepisy regulujące wykonanie poszczególnych czynności procesowych uzależniałyby powstanie takiego obowiązku od określonego zdarzenia (np. wydania postanowienia przez prokuratora/sąd), które jeszcze nie miało miejsca, albo przewidują możliwość uchylenia się od wykonania takiego obowiązku (możliwość odmowy złożenia zeznań lub udzielenia odpowiedzi na pytanie).

Oczywiste jest, że jeżeli określona czynność osoby udzielającej pomocy nie ma charakteru czynności procesowej (a więc nie zachowuje określonych rygorów formalnych), nie może ona być w toku dalszego postępowania podstawą dokonania ustaleń faktycznych. Jednakże czynność podjęta w trybie pomocy może ujawnić istotne okoliczności mogące być podstawą ustaleń faktycznych, które następnie mogą być przedmiotem działań organu prowadzących do jej zabezpieczenia i przekształcenia w ma-

teriał dowodowy w wymaganej przez ustawę formie²⁸, a ponadto nawet w razie braku możliwości dokonania powyższej operacji wykonanie danej czynności może istotnie ułatwić organowi prowadzenie postępowania, np. poprzez ujawnienie istnienia innych dowodów, które zostaną w sposób prawidłowy zabezpieczone. Dlatego powyższa sankcja nie jest wystarczająca dla zapobiegnięcia nadużywaniu trybu przewidzianego w art. 15 § 3 k.p.k.

Aby uporać się z powyższą trudnością, trzeba odwołać się do wykładni systemowej i funkcjonalnej. Organ może wezwać osobę do udzielenia pomocy wówczas, gdy bez tej pomocy przeprowadzenie czynności procesowej jest niemożliwe albo znacznie utrudnione. Ten fragment przepisu wskazuje cel, któremu służy udzielenie pomocy: jest nim przeprowadzenie czynności procesowej. Oczywiście jest, że czynność ta winna zostać przeprowadzona *lege artis*, i tylko ułatwieniu takiej czynności ma służyć udzielenie pomocy²⁹. Celem przepisu nie jest zastąpienie czynności procesowej czynnością wykonaną w trybie pomocy³⁰, a tym bardziej umożliwienie obejścia przepisów regulujących sposób przeprowadzania czynności procesowych. Takie korzystanie z art. 15 § 3 k.p.k. godziłoby w cel przepisów regulujących sposób przeprowadzenia czynności procesowych, którym jest m.in. ochrona istotnych dóbr prawnych i zapewnienie sprawiedliwości proceduralnej. W rezultacie cała regulacja kodeksowa stałaby się niespójna: pomiędzy art. 15 § 3 k.p.k. a gwarancjami i ograniczeniami przewidzianymi w przepisach regulujących przeprowadzenie czynności procesowych wystąpiłaby prakseologiczna sprzeczność.

²⁸ Zob. uwagi J. Grajewskiego i S. Steinborna, (w:) *Kodeks*, s. 103; M. Kurowskiego, (w:) *Kodeks*, s. 108.

²⁹ D. Kaczorkiewicz prawidłowo wskazuje, że art. 15 § 2 k.p.k. nie stanowi podstawy prawnej dla przeprowadzenia określonej czynności procesowej, a jedynie czynności umożliwiającej jej przeprowadzenie. Zob. D. Kaczorkiewicz, *Udzielenie pomocy*, s. 8–9. Dlatego także nie ma racji M. Kurowski, twierdząc, że instytucja z art. 218 k.p.k. stanowi konkretyzację obowiązku statuowanego w art. 15 § 3 k.p.k. Zob. M. Kurowski, (w:) *Kodeks*, s. 108.

³⁰ W literaturze twierdzi się, że obowiązek statuowany przez art. 15 § 3 nie wyłącza obowiązków statuowanych przez inne przepisy. Zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, komentarz do art. 15 k.p.k., (w:) *Kodeks postępowania karnego. Tom 1. Komentarz do art. 1–296*, Warszawa 2011, s. 164. Jest to oczywiście słuszne spostrzeżenie, z tym że należy dodać, iż obowiązek z art. 15 § 3 k.p.k. nie może także zastępować obowiązku wynikającego z innych przepisów prawa i tym samym stanowić narzędzia obchodzenia ograniczeń przewidzianych w tych przepisach.

Z ww. powodów należy postulować wyłączenie spod obowiązku przewidzianego w art. 15 § 3 k.p.k. w drodze wykładni zawężającej tych wszystkich zachowań, których wykonanie w realiach konkretnej sprawy prowadziłyby do obejścia gwarancji i ograniczeń przewidzianych w innych przepisach. Odwołując się do przytoczonych przykładów: organ nie powinien żądać jakichkolwiek informacji od osoby najbliższej dla oskarżonego³¹ ani odpowiedzi na pytanie, na które osoba wezwana do odpowiedzi, gdyby była słuchana jako świadek, mogłaby odmówić odpowiedzi. W takim wypadku funkcjonariusz służby, działając na podstawie ustawy ustrojowej, może się zwrócić o udzielenie informacji. Zwrócenie o udzielenie informacji nie rodzi obowiązku prawnego i pozostawia w gestii osoby zainteresowanej decyzję, czy spełni prośbę funkcjonariusza. Jeżeli organ chce przejąć rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie lub podlegające zajęciu w celu zabezpieczenia kar majątkowych, środków karnych o charakterze majątkowym albo roszczeń o naprawienie szkody, albo jeżeli chce uzyskać dostęp do pomieszczeń lub innych miejsc, gdy istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że znajduje się tam osoba podejrzana lub ww. rzeczy, w celu ich znalezienia lub w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej (art. 219 § 1 k.p.k.), powinien stosować odpowiednio przepisy o zatrzymaniu

rzeczy lub jej przeszukaniu³², a nie próbować osiągnąć powyższe cele przy wykorzystywaniu trybu przewidzianego w art. 15 § 3 k.p.k.

5. W literaturze sygnalizuje się, że skoro powszechny prawny obowiązek denuncjacji obejmuje jedynie taksatywnie wymienione w art. 240 § 1 k.k. przestępstwa, przeto powszechny obowiązek udzielania pomocy organom ścigania nie powinien wykraczać poza wspomniane kategorie przestępstw³³. Z postulatem tym trudno się zgodzić, ponieważ art. 240 § 1 k.k. dotyczy udzielenia informacji stanowiącej impuls do wszczęcia postępowania, tymczasem obowiązek udzielenia pomocy może się zaktualizować dopiero po wszczęciu postępowania i tylko na wezwanie organu. Osoba nie jest obowiązana udzielać pomocy z własnej inicjatywy, co ma miejsce w przypadku obowiązku denuncjacji. Ponadto art. 240 § 1 k.k. wskazuje tylko, kiedy niewykonanie obowiązku denuncjacji podlega karze. Artykuł 304 § 1 k.p.k. przewiduje, że każdy, dowiedziawszy się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, ma, co prawda tylko społeczny, obowiązek zawiadomić o tym prokuratora lub Policję. Z powyższych powodów analogia między art. 15 § 1 k.p.k. a art. 240 § 1 k.k. nie jest uprawniona.

6. Cel ustanowienia przez ustawodawcę powszechnego obowiązku pomocy jest istotny także w innym kontekście. Jak wyżej wskazano,

³¹ W literaturze twierdzi się, że osoby najbliższe uprawnione do odmowy zeznań (art. 182 § 1 k.p.k.) nie podlegają obowiązkowi wskazanemu w art. 15 § 1 k.p.k. Zob. J. Grajewski, S. Steinborn, (w:) *Kodeks*, s. 104. Pogląd ten nie jest trafny. Odmowa złożenia zeznań pociąga za sobą brak możliwości dokonania oględzin ciała takiej osoby oraz przeprowadzenia jej badań, nawet jeżeli osoba taka byłaby pokrzywdzoną (zob. art. 192 § 3 k.p.k.). Nie ma więc podstaw do twierdzenia, że jest ona całkowicie wyłączona spod obowiązku udzielenia pomocy: z racji brzmienia art. 182 § 1 i art. 192 § 3 k.p.k. obowiązek ten nie obejmuje udzielenia informacji organowi oraz wykonania ww. czynności. Poza tymi ograniczeniami osoba najbliższa nie jest uprawniona do utrudniania postępowania karnego. W tym kontekście należy przypomnieć, że przestępstwo popełnienia (art. 239 k.k.) może polegać na działaniu lub zaniechaniu (zob. wyrok SN z 5 sierpnia 2009 r., II KK 136/09, LEX nr 519594), a utrudnieniem postępowania jest stwarzanie przeszkód w wykryciu sprawcy lub w udowodnieniu temu sprawcy winy, w tym także powodowanie dodatkowych czynności organów postępowania (wyrok SA w Krakowie z 16 listopada 2005 r., II AKa 183/05, KZS 2006, z. 1, poz. 32). W rezultacie osoba najbliższa może dopuścić się przestępstwa popełnienia, z tym że nie podlega karze, gdy ukrywa sprawcę przestępstwa, a w pozostałych przypadkach sąd może jedynie stosować nadzwyczajne złagodzenie kary lub od wymierzenia kary odstąpić.

³² D. Kaczorkiewicz, *Udzielenie pomocy*, s. 8.

³³ Zob. J. Grajewski, S. Steinborn, (w:) *Kodeks*, s. 104.

udzielenie pomocy może polegać na udostępnieniu organowi prowadzącemu postępowanie określonych rzeczy lub pomieszczeń, a więc na pewnym świadczeniu rzeczowym albo na wykonaniu określonych czynności (świadczenie osobiste). Zważywszy na to, że owe świadczenia mają umożliwić lub ułatwić wykonanie zadania publicznego, powszechny obowiązek udzielenia pomocy może łatwo przekształcić się w obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, o którym mowa w art. 84 Konstytucji. Przepis ten określa jednocześnie podstawę i granicę obowiązku ponoszenia przez podmioty prywatne świadczeń osobistych i rzeczowych, które dla państwa stanowią źródło środków służących realizacji zadań publicznych³⁴. Obowiązek taki musi zostać określony w ustawie, przy czym TK precyzuje, że ustawa winna wskazywać maksymalną wysokość świadczenia³⁵, a obowiązek ponoszenia ciężarów nie może służyć przenoszeniu na zobowiązanego zadań przypisanych władzy publicznej³⁶. Artykuł 84 Konstytucji pełni więc funkcję gwarancyjną, zapewnia, że podstawowe elementy określonego świadczenia (ciężaru) publicznego zostaną w sposób klarowny i precyzyjny określone w ustawie³⁷.

Oczywiste jest, że celem regulacji przewidzianej w art. 15 § 3 k.p.k. nie było nałożenie na podmioty w niej wskazane obowiązku ponoszenia świadczenia publicznego w rozumieniu art. 84 Konstytucji. Przepis ten nie spełnia zresztą standardu wymaganego przez ten przepis. W rezultacie regulację kodeksową należy tak wyklądać, aby jej stosowanie nie przekształciło powszechnego obowiązku udzielenia pomocy w źródło zaspokajania materialnych potrzeb służb prowadzących postępowanie karne. Że nie jest to wyłącznie hipotetyczne niebezpieczeństwo, wskazuje przykład podany na początku niniejszego opracowania.

Rozwiązania należy szukać w restryktywnej wykładni przesłanek warunkujących wezwanie podmiotu do udzielenia pomocy. Obowiązek ten nie może stanowić źródła środków materialnych służących prowadzeniu postępowania karnego. W tym kontekście należy przyjąć, że przeprowadzenie czynności bez uiszczenia świadczenia osobistego lub rzeczowego ze strony podmiotu prywatnego jest niemożliwe lub znacznie utrudnione tylko wówczas, gdy organ nie mógł racjonalnie przewidywać, iż zwykły tok czynności procesowych będzie wymagał zaopatrzenia się w określoną rzecz lub zabezpieczenia sobie określonej usługi, a gdy w okolicznościach konkretnej sprawy taka potrzeba się pojawiła – brak jest możliwości nabycia przez organ owej rzeczy lub usługi we właściwym czasie. Mówimy więc o nagłej i nieprzewidzianej potrzebie skorzystania przez organ z określonej rzeczy lub usługi. W takiej sytuacji podmiot wezwany do udzielenia pomocy będzie obowiązany do udzielenia świadczenia bez możliwości żądania wynagrodzenia. Czas korzystania z takiego świadczenia przez organ trwa tak długo, jak długo organ nie będzie w stanie nabyć potrzebnej rzeczy lub zapewnić sobie koniecznej usługi na zasadach ogólnych. Po upływie tego okresu rzecz powinna być osobie wezwanej zwrócona bez uszczerbków innych niż te, które wynikają z jej zwykłego używania. Artykuł 15 § 3 k.p.k. nie stanowi podstawy prawnej do korzystania z rzeczy lub innych świadczeń podmiotu prywatnego w szerszym zakresie, a w konsekwencji wykroczenie poza ten zakres może stanowić źródło roszczeń cywilnoprawnych osoby wezwanej wobec Skarbu Państwa.

7. Kodeks nie przewiduje możliwości zażalenia się na czynność wezwania do udzielenia pomocy. W wypadku gdy osoba wezwana

³⁴ B. Banaszak, komentarz do art. 84 Konstytucji, (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 418.

³⁵ Wyrok TK z 28 listopada 2013 r., K 17/12, OTK 2013, nr 8A, poz. 125.

³⁶ Wyrok TK z 8 października 2007 r., K 20/07, OTK 2007, nr 9A, poz. 102.

³⁷ Zob. A. Krzywoń, *Podatki i inne daniny publiczne w orzecznictwie TK. Najnowsze tendencje*, Przegł. Sejm. 2012, nr 1(108), s. 38.

nie udzieliła pomocy w terminie wskazanym w wezwaniu, możliwe jest ukaranie jej (lub kierownika/przedstawiciela instytucji/osoby prawnej/jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej) karą pieniężną w wysokości 3000 zł. W takiej sytuacji znajdzie zastosowanie art. 285 § 1 w zw. z art. 287 § 1 w związku z bezpodstawnym uchyleniem się od wypełnienia ciążącego na niej obowiązku w toku postępowania³⁸. W literaturze wskazuje się także, że ocena, czy zachodzi sytuacja utrudniająca lub uniemożliwiająca przeprowadzenie czynności przez organ procesowy, należy do organu prowadzącego postępowanie karne³⁹. Podmiot niezorientowany w przebiegu postępowania nie jest w stanie ocenić, czy wezwanie do udzielenia pomocy jest zasadne⁴⁰.

Powyższe twierdzenia należy doprecyzować. Osoba wezwana do udzielenia pomocy nie może odwołać się od samego wezwania, będzie jednak mogła je zakwestionować w toku postępowania w przedmiocie ukarania jej karą pieniężną⁴¹. Warunkiem ukarania jest ustalenie, że osoba wezwana bezpodstawnie uchyła się od wykonania określonej czynności/udzielenia pomocy. W pierwszej kolejności należy więc stwierdzić, czy obowiązek udzielenia pomo-

cy zaktualizował się w stosunku do tej osoby, a więc przede wszystkim czy wezwanie do udzielenia pomocy odpowiada prawu. Jeżeli zostało dokonane z naruszeniem prawa, obowiązek udzielenia pomocy się nie zaktualizował, w rezultacie nie można sensownie mówić o uchyłaniu się od obowiązku lub czynności. Oznacza to konieczność zbadania, czy zaistniały przesłanki skorzystania z tej instytucji prawnej oraz czy żądane zachowanie mieściło się w granicach obowiązku statuowanego w art. 15 § 3 k.p.k. Na tym etapie postępowania osoba wezwana będzie mogła przedstawić powody, dla których odmówiła udzielenia pomocy, w tym zakwestionować ocenę organu, że bez udzielenia pomocy przeprowadzenie czynności procesowej było niemożliwe lub znacznie utrudnione. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że osoba taka w chwili jej wezwania do udzielenia pomocy będzie posiadała niezbędne informacje pozwalające jej na ocenę legalności żądanego od niej zachowania oraz zasadności skorzystania z trybu przewidzianego w art. 15 § 3. Dotyczy to w szczególności oceny, czy organ postępowania jest w stanie zaopatrzyć się w daną rzecz lub usługę we właściwym czasie lub że zawczasu powinien był taką potrzebę przewidzieć.

³⁸ W. Grzeszczak, (w:) *Kodeks*, s. 43; A. Sakowicz, (w:) *Kodeks*, s. 69; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, (w:) *Kodeks*, s. 164; D. Kaczorkiewicz, *Udzielenie pomocy*, s. 9.

³⁹ Zob. J. Grajewski, S. Steinborn, (w:) *Kodeks*, s. 104; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, (w:) *Kodeks*, s. 164; D. Kaczorkiewicz, *Udzielenie pomocy*, s. 7.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ „Sięganie po karę pieniężną jest usprawiedliwione tylko wówczas, gdy nie istnieją żadne wątpliwości co do tego, że podmiot wezwany do wykonania polecenia sądu rzeczywiście bezpodstawnie uchyła się od wykonania ciążącego na tym podmiocie obowiązku. **Nie ma podstaw do nałożenia kary porządkowej, gdy istnieją powody do odmówienia wykonania polecenia sądu**” – postanowienie SA w Krakowie z 23 lipca 2012 r., II AKz 311/12.

Summary

Andrzej Jezusek

SOME ASPECTS OF THE GENERAL OBLIGATION TO PROVIDE ASSISTANCE FOR THE LAW ENFORCEMENT AGENCIES

The paper elaborates so called general obligation to provide assistance for the law enforcement agencies (Article 15 § 3 of the Code of Penal Proceedings). The author indicates that abovementioned provision can concur with other legal grounds authorising to demand/call for assistance

and analyses consequences of such concurrence. Then he explains that behaviour contrary to other provisions of law cannot be subject of the obligation and underlines that this procedure cannot be used to circumvent limitations related to carrying out of procedural actions. Besides, the obligation to provide assistance is not the source of revenues which satisfies material needs of law enforcement agencies.

KEY WORDS: general obligation to provide assistance, penal procedure, justification, concurrence

POJĘCIA KLUCZOWE: powszechny obowiązek udzielenia pomocy, procedura karna, kontratyp, zbieg

UCHYLANIE SIĘ OD ODBYCIA KARY OGRANICZENIA WOLNOŚCI

I. Zasady postępowania w przypadku, gdy skazany uchyla się od odbywania kary ograniczenia wolności, są wypadkową uregulowań dotyczących wykonywania tej kary oraz uwzględniają jej istotę i cele.

W brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r. art. 35 k.k. przewidywał dwie formy, w jakich można alternatywnie orzekać karę ograniczenia wolności. Jest to obowiązek wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze od 20 do 40 godzin w stosunku miesięcznym oraz potrącanie od 10% do 25% wynagrodzenia za pracę na cel wskazany przez sąd.

W wyniku nowelizacji z 2015 r.¹ kara ograniczenia wolności może polegać także na obowiązku pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego, przy czym czas wykonywania tego obowiązku nie może być krótszy niż 12 miesięcy, dłuższy niż 70 godzin w stosunku tygodniowym i 12 godzin w stosunku dziennym (art. 34 § 1a pkt 2 i art. 35 § 3 k.k.), oraz na obowiązku, o którym mowa w art. 72 § 1 pkt 4–7a k.k. (art. 34 § 1a pkt 3 k.k.).

Wspomniane zmiany dotyczące orzekania kary ograniczenia wolności spowodowały, że uległ zatraceniu podstawowy cel tej kary, jakim było oddziaływanie na skazanego poprzez obowiązek pracy. W aktualnym brzmieniu art. 53 § 1 k.k.w. przewiduje, że celem kary ograniczenia wolności jest indywidualno-prewencyjne oddziaływanie na skazanego, realizujące cel

wychowawczy kary poprzez oddziaływanie obowiązkami należącymi do istoty kary ograniczenia wolności. Przepis ten pomija cele penitencjarne jej wykonywania, eksponuje natomiast resocjalizację rozumianą nie jako obowiązek, któremu musi poddać się skazany, ale jako uprawnienie, a więc tylko ofertę ze strony organu wykonującego orzeczenie, z której skazany nie musi skorzystać.

Tak rozumiana istota kary ograniczenia wolności wpływa na kształt regulacji prawnych, które określają sposób reagowania sądu na zachowanie skazanego określane jako uchylanie się od tej kary.

Przepisy, które dotyczą tej materii, ulegały od chwili wejścia w życie Kodeksu karnego wykonawczego czterokrotnie nowelizacji. Trudno ocenić, czy te zmiany były wynikiem braku koncepcji ustawodawcy odnośnie do reakcji na uchylanie się skazanego od odbywania kary ograniczenia wolności, czy też były poszukiwaniem optymalnej formy tej reakcji.

W pierwotnym brzmieniu art. 65 k.k.w. przewidywał, że jeżeli skazany uchyla się od odbywania kary ograniczenia wolności, sąd zamienia ją na zastępczą karę grzywny, przyjmując jeden dzień kary ograniczenia wolności za równoważny jednej stawce dziennej. Jedynie w przypadku, gdy orzeczenie zastępczej kary grzywny byłoby niecelowe z uwagi na brak możliwości jej uiszczenia lub ściągnięcia w drodze egzekucji, sąd określał zastępczą karę pozbawienia wolności.

W wyniku nowelizacji z 2011 r.² od 1 stycznia

¹ Art. 4 pkt 20, 28 i 29 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

² Art. 1 pkt 30 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. nr 240, poz. 1431).

2012 r. jedyną formą reakcji sądu na uchylenie się skazanego od odbywania kary ograniczenia wolności lub nałożonych na niego obowiązków stało się zarządzenie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności. Od tego czasu nie istnieje więc możliwość zamiany kary ograniczenia wolności na zastępczą karę grzywny.

Zmiana ta wydaje się uzasadniona, łagodniejsza rodzajowo kara (a taką jest grzywna) nie powinna być bowiem karą zastępczą orzecaną za uchylenie się od wykonania kary rodzajowo surowszej³. Nie może jednak ująć uwagi refleksja, że pozostawienie kary zastępczej pozbawienia wolności jako jedynej formy reakcji na uchylenie się skazanego od odbywania kary ograniczenia wolności ma niewątpliwie negatywny wpływ na stan populacji więziennej, zwiększając i tak niemałą liczbę wykonywanych krótkoterminowych kar zastępczych. Jak wynika ze statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości, kara zastępcza pozbawienia wolności za karę ograniczenia wolności orzekana jest corocznie wobec ponad 10 tys. skazanych, co stanowi około 20% wykonywanych kar ograniczenia wolności.

Zmieniony nowelą z 2011 r. art. 65 § 1 k.k.w. usankcjonował nadto wyrażane powszechnie stanowisko, że zarządzając wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności, sąd określa jej wymiar z uwzględnieniem części odbytej kary ograniczenia wolności⁴.

II. W brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. art. 65 § 1 k.k.w. przewiduje obligatoryjne zarządzenie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności tylko w przypadku uchylenia się skazanego od odbywania kary ograniczenia wolności. Jest to decyzja względnie obligatoryjna, uzależniona od swobodnej oceny sądu, czy konkretne zachowanie skazanego zostanie uznane za uchylenie się od odbywania tej kary, czy też nie.

Zarządzenie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności jest natomiast fakultatywne, jeżeli skazany uchyla się od świadczenia pieniężnego lub obowiązków orzeczonych na podstawie art. 34 § 3 k.k. Oznacza to, że sąd może nie zarządzać wykonania kary zastępczej nawet w przypadku ustalenia, że skazany uchyla się od świadczenia pieniężnego lub obowiązków.

Nadto dodany art. 65a k.k.w. wprowadził nieznaną dotąd możliwość wstrzymania w każdym czasie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności.

Wskazane zmiany złagodziły w istotnym stopniu rygoryzm przesłanek zarządzania wykonania kary zastępczej, jakie obowiązywały od 1 stycznia 2012 r.

W związku z wprowadzonym od 1 lipca 2015 r. nowym uregulowaniem dotyczącym systemu dozoru elektronicznego i możliwością odbywania w tym systemie kary ograniczenia wolności znalazł się w Kodeksie karnym wykonawczym art. 43zd, określający specyficzne zasady zarządzania wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności, jako reakcję na przewidziane w tym przepisie zachowania skazanego, oceniane jako negatywna reakcja wobec obowiązków związanych z dozorem elektronicznym.

III. W aktualnym brzmieniu art. 65 k.k.w. dotyczy bezpośrednio tylko tych form kary ograniczenia wolności, które są określone w art. 34 § 1a pkt 1, 3 i 4 k.k., a więc obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne, obowiązków, o których mowa w art. 72 § 1 pkt 4–7a k.k., i potrącania części wynagrodzenia za pracę w stosunku miesięcznym na cel społeczny wskazany przez sąd (zarządzenie względnie obligatoryjne) oraz od świadczenia pieniężnego lub obowiązków orzeczonych na podstawie art. 34 § 3 k.k. (zarządzenie fakultatywne).

³ Zob. jednak stanowisko krytykujące takie rozwiązanie: T. Szymanowski, *Zmiany prawa karnego wykonawczego (o potrzebie i zbędności nowelizacji przepisów)*, PiP 2012, z. 2, s. 56.

⁴ Zob. między innymi R. Giętkowski, *Skutki uchylenia się od odbywania kary ograniczenia wolności*, PiP 2006, z. 7, s. 78.

Jedyną przesłanką zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności na podstawie art. 65 § 1 k.k.w. jest zachowanie skazanego określone przez ustawodawcę jako „uchylanie się” od odbywania kary ograniczenia wolności oraz od świadczenia pieniężnego lub obowiązków orzeczonych na podstawie art. 34 § 3 k.k. Pojęciem „uchylanie się” posługuje się też kilka innych przepisów mających za przedmiot wykonywanie orzeczeń karnych (art. 65a § 2, art. 43zd § 1 pkt 1 i 3, art. 160 § 3 k.k.w. oraz art. 68 § 2, art. 75 § 2 i art. 75a § 5 k.k.). W żadnym z wymienionych przepisów nie znajdujemy jednak definicji tego pojęcia. Było ono natomiast przedmiotem wielu publikacji i orzeczeń Sądu Najwyższego.

Z treści art. 65 § 1 k.k.w. można wyprowadzić konkluzję, że o uchylaniu się od odbywania kary ograniczenia wolności jako przesłance obligatoryjnego zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności mogą świadczyć następujące okoliczności:

1) niestawienie się skazanego na wezwanie sądowego kuratora zawodowego lub oświadczenie mu, że nie wyraża zgody na podjęcie pracy, po uprzednim pouczeniu go przez kuratora o prawach, obowiązkach i konsekwencjach związanych z wykonywaniem nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne (art. 57 § 2 k.k.w.);

2) naruszenie obowiązków należących do istoty obowiązku pracy, a więc przede wszystkim niestawienie się do pracy w warunkach ograniczonej wolności, a w przypadku podjęcia pracy – wykonywanie jej niesumienne lub nieprzestrzeganie ustalonych w miejscu pracy porządku i dyscypliny (zob. art. 58 § 2 k.k.w.);

3) naruszenie obowiązków ciężących na skazanym z mocy prawa (art. 34 § 2 pkt 1 i 3 k.k.) lub nałożonych przez sąd na podstawie art. 34 § 1a pkt 3 k.k.;

4) niepodporządkowywanie się poleceniom sądu albo sądowego kuratora zawodowego (zob. art. 60 oraz art. 169 k.k.w.);

5) rozwiązanie bez zgody sądu stosunku

pracy w przypadku orzeczenia obowiązku potrącania części wynagrodzenia za pracę na cel społeczny (art. 34 § 1a pkt 4 k.k.) lub podejmowanie innych działań utrudniających lub uniemożliwiających potrącanie wynagrodzenia w całości lub w części.

Wymienione zachowania skazanego mieszczą się w tym, co art. 65 § 1 k.k.w. określa jako uchylanie się od odbywania kary ograniczenia wolności.

Fakultatywne zarządzenie wykonania kary zastępczej może natomiast nastąpić, jeżeli skazany uchyla się od wykonania świadczenia pieniężnego lub chociażby jednego z obowiązków orzeczonych na podstawie art. 34 § 3 k.k. Z uwagi jednak na fakultatywność decyzji do jej podjęcia nie jest wystarczające – jak w przypadku zarządzenia obligatoryjnego – jedynie ustalenie, że skazany uchyla się od orzeczonego świadczenia lub obowiązków. Konieczne jest też zbadanie relacji pomiędzy uchylaniem się od świadczenia lub obowiązków i realizacją przez skazanego obowiązków należących do istoty kary. Z tej oceny sąd wyprowadza każdorazowo wnioski, czy w konkretnych okolicznościach zarządzenie wykonania kary zastępczej jest niezbędne z punktu widzenia realizacji celów kary ograniczenia wolności określonych w art. 53 k.k.w.

Stwierdzenie, że zachowanie skazanego będące nierespektowaniem obowiązków określonych w art. 65 § 1 k.k.w. miało miejsce, obliguje sąd do zbadania przyczyn tego zachowania się. Chodzi o ocenę, czy zachowaniu skazanego można przypisać znamię „uchylania się”.

Uchylanie się od kary ograniczenia wolności, świadczenia lub obowiązków jako przesłanka zarządzenia wykonania kary zastępczej oznacza tylko takie zachowanie skazanego, które jest wyrazem jego negatywnego stosunku do tej kary czy nałożonych w związku z nią obowiązków, a więc wynika z jego złej woli, a nie z innych przyczyn, obiektywnych lub nawet przez niego zawnionych⁵.

W określeniu „uchyla się” mieści się więc

⁵ Uchwała SN z 20 czerwca 1979 r., VI KZP 6/79, OSNKW 1979, nr 9, poz. 89, LEX nr 19552.

negatywne nastawienie skazanego do wykonania obowiązku, którego pomimo obiektywnej możliwości skazany nie chce ze złej woli wykonać⁶. Jest ono równoznaczne z dążeniem do uniknięcia wykonywania kary ograniczenia wolności, świadczenia pieniężnego lub obowiązków, o których mowa w art. 34 § 3 k.k., wzbranianiem się przed ich wykonywaniem, mimo realnej możliwości podporządkowania się rygorom związanym z orzeczoną karą ograniczenia wolności. Powinno ono być naganne i obiektywnie nieusprawiedliwione.

J. Skupiński sprecyzował pojęcie uchylania się, określając je jako umyślne dążenie do niewykonania obowiązków, jakie wynikają dla skazanego z orzeczonej kary ograniczenia wolności⁷.

Najpełniejszą definicję pojęcia uchylania się od odbywania kary ograniczenia wolności sformułował S. Zimoch⁸. Według tego autora uchylanie się od odbywania kary ograniczenia wolności zachodzi wówczas, gdy skazany świadom ciężących na nim obowiązków składających się na treść określonej postaci kary oraz grożących mu konsekwencji prawnych na wypadek ich niewykonania, i mając ku temu obiektywnie istniejące możliwości, z przyczyn od siebie tylko zależnych wzbrania się przed wykonaniem w całości lub w części któregośkolwiek z nich w czasie, miejscu i zakresie wynikającym z obowiązujących przepisów oraz wskazanym przez właściwy organ wykonawczy.

Zaprezentowane rozumienie „uchylania się” od odbywania kary ograniczenia wolności zarówno przez Sąd Najwyższy, jak też przez

doktrynę pokazuje jednoznacznie wąskie rozumienie tego pojęcia⁹ i nakazuje, aby regulacje dotyczące tej problematyki były generalnie tłumaczone na korzyść skazanego¹⁰.

Konsekwencją takiego rozumienia „uchylania się” jest m.in. stanowisko Sądu Najwyższego¹¹, że osadzenie w zakładzie karnym dla odbycia wcześniej orzeczonej kary pozbawienia wolności nie świadczy o tym, iż skazany na karę ograniczenia wolności nie chce jej wykonywać. Nie można więc mówić w takim przypadku o uchylaniu się od tej kary.

Kontynuując ten tok rozumowania, można stwierdzić, że także osadzenie skazanego na karę ograniczenia wolności w zakładzie karnym z powodu przestępstwa popełnionego przez niego w okresie, w którym zobowiązany był do odbywania tej kary, nie może być traktowane jako uchylanie się od jej odbywania, chyba że zostanie ustalone, że po to właśnie dopuścił się przestępstwa¹².

Za co najmniej dyskusyjne należy uznać wyrażone w piśmiennictwie stanowisko, że wyjątkowo można uznać za uchylanie się skazanego od kary ograniczenia wolności sytuację, gdy w sposób rażący naruszy on któryś z głównych spoczywających na nim obowiązków, określonych ogólnie w art. 34 § 1a k.k., uniemożliwiając w ten sposób dalsze wykonywanie kary, ale bez zamiaru uchylania się od niej (np. popełni umyślne przestępstwo w miejscu pracy lub samowolnie rozwiąże stosunek pracy, na podstawie którego otrzymuje wynagrodzenie podlegające określonym w wyroku potrąceniom)¹³. Wbrew temu stanowisku zawsze istnieje obowiązek ustalenia motywów takiego zachowania skazanego

⁶ Postanowienie SN z 7 października 2010 r., V KK 301/10, LEX nr 612941.

⁷ J. Skupiński, *Glosa do postanowienia SN z dnia 11 maja 1974 r., IV KRN 19/74, PiP 1975, z. 7, s. 182.*

⁸ S. Zimoch, *O uchylaniu się od odbywania kary ograniczenia wolności oraz o rodzajach i granicach kar zastępczych*, NP 1977, nr 2, s. 207.

⁹ K. Postulski, *Zmiany w wykonywaniu kary ograniczenia wolności*, „Probacja” 2011, nr 3, s. 137.

¹⁰ R. Giętkowski, *Skutki uchylania się*, s. 80.

¹¹ Uchwała SN z 20 czerwca 1979 r., VI KZP 6/79, OSNKW 1979, nr 9, poz. 89, LEX nr 19552.

¹² S. Paweła, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego wykonawczego za lata 1979–1980*, NP 1981, nr 7–8, s. 56.

¹³ R. Giętkowski, *Skutki uchylania się*, s. 78.

i oceny, czy w zachowaniu tym mieszczą się cechy „uchylania się”¹⁴.

Jednym z podstawowych warunków przypisania zachowaniu skazanego znamienia „uchylania się” jest zrealizowanie obowiązku pouczenia skazanego o jego prawach i obowiązkach oraz konsekwencjach wynikających z uchylenia się od odbywania kary (art. 57 § 1 k.k.w.). Brak takiego pouczenia może postawić pod znakiem zapytania możliwość przypisania zachowaniu skazanego przymiotu uchylenia się od odbywania kary ograniczenia wolności.

Jak już zostało powiedziane, fakultatywne zarządzenie wykonania kary zastępczej może nastąpić, jeżeli skazany uchyla się od wykonania chociażby jednego z obowiązków orzeczonych na postawie art. 34 § 3 k.k. Z istoty fakultatywności decyzji wynika, że nie każdy przypadek uchylenia od świadczenia i obowiązków, o których mowa w tym przepisie, stanowi podstawę do zarządzenia wykonania kary zastępczej. Obowiązkiem sądu jest ustalenie i ocena motywów określonego zachowania skazanego, skali jego negatywnego stosunku do nałożonych obowiązków, uporczywości i złej woli wobec tych obowiązków, formy okazywania tej złej woli i uporczywości, permanentność takich zachowań, a także ich odbiór społeczny. Konieczne jest też zbadanie, jak uchylenie się od obowiązków określonych w art. 34 § 3 k.k. ma się do realizacji przez skazanego obowiązków należących do istoty kary, a więc jaka jest ranga tego konkretnego negatywnego zachowania na tle całościowej postawy skazanego w okresie odbywania kary. Z tej oceny sąd wyprowadza wniosek, czy w konkretnych okolicznościach zarządzenie wykonania kary zastępczej jest niezbędne z punktu widzenia realizacji celów kary ograniczenia wolności określonych w art. 53 k.k.w.

Bardzo istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie zarządzenia wykonania kary zastępczej, szczególnie dla wyjaśnienia przyczyn stwierdzonego zachowania się, a więc dla

wyjaśnienia, czy zachowanie to nosi znamiona „uchylania się”, mogą mieć wyjaśnienia skazanego. Są one pełnowartościowym dowodem w sprawie, podlegającym swobodnej ocenie, która powinna znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu postanowienia sądu. To samo dotyczy wiedzy, jakiej może sądowi dostarczyć kurator sądowy, wykonujący czynności określone w art. 55 § 2 k.k.w. Z tego względu w art. 65 § 3 k.k.w. przewidziano prawo do wzięcia udziału w posiedzeniu skazanego oraz jego obrońcy, sądowego kuratora zawodowego, a także prokuratora.

Treść art. 65 § 3 k.k.w. sprawia, że sąd ma obowiązek zawiadomić wymienione osoby o terminie i celu posiedzenia, zgodnie z treścią art. 22 § 1a k.k.w., i umożliwić im wzięcie udziału w posiedzeniu.

Gdy skazany wyraża wolę skorzystania z prawa do udziału w posiedzeniu sądu, ale z przyczyn obiektywnych nie może przybyć do sądu, należy rozważyć potrzebę skorzystania z możliwości sprowadzenia go na posiedzenie (art. 23 § 1 k.k.w.), przesłuchania przez sąd wezwany (art. 23 § 2 k.k.w.) lub odbycia posiedzenia w zakładzie karnym, w którym skazany przebywa (art. 23 § 3 k.k.w.).

W art. 65 § 1 zd. drugie k.k.w. usankcjonowana została zasada, że zarządzając wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności, sąd określa jej wymiar z uwzględnieniem części odbytej kary ograniczenia wolności. Z istoty zastępczej kary wynika, że może ona dotyczyć tylko kary (całości lub części), która nie została wykonana. Inne rozumienie art. 65 § 1 k.k.w. byłoby sprzeczne z poczuciem sprawiedliwości, ponieważ prowadziłoby do dwukrotnego odbywania tej samej części kary.

Z tym wiąże się inna jeszcze regulacja dotycząca wymiaru zastępczej kary pozbawienia wolności. Dodany nowelą z 2015 r. art. 65 § 2 k.k.w. przewiduje, że jeżeli sąd orzeka zamiast kary ograniczenia wolności na zastępczą karę pozbawienia wolności w przypadku, gdy

¹⁴ K. Postulski, *Orzekanie i wykonywanie zastępczej kary pozbawienia wolności (stan prawny, obawy, propozycje)*, „Proba-cja” 2013, nr 2, s. 47.

ustawa nie przewiduje za dane przestępstwo kary pozbawienia wolności, stosuje się zamiennik wskazany w art. 65 § 1 zd. drugie k.k.w. Oznacza to, że jeden dzień zastępczej kary pozbawienia wolności jest równoważny dwóm dniom kary ograniczenia wolności, natomiast jeżeli ustawa nie przewiduje za dane przestępstwo kary pozbawienia wolności, górna granica zastępczej kary pozbawienia wolności nie może przekroczyć 6 miesięcy.

Przytoczoną regulację należy rozumieć w ten sposób, że zasadą jest, iż ustalając wymiar kary zastępczej, należy przyjąć jeden dzień zastępczej kary pozbawienia wolności za równoważny dwóm dniom ograniczenia wolności. Dopiero jeżeli określony w ten sposób wymiar zastępczej kary pozbawienia wolności (po uwzględnieniu części odbytej kary ograniczenia wolności) przekracza 6 miesięcy, należy ją orzec w tej wysokości.

IV. Jak już powiedziano, art. 65a k.k.w. dodany nowelą z 2015 r. w sposób ewidentny łagodzi rygorizm zarządzania wykonania kary zastępczej pozbawienia wolności, wynikający przede wszystkim z obligatoryjności orzekania tej kary w przypadku uchylania się od odbywania kary ograniczenia wolności, a także z braku alternatywy w postaci zastępczej kary grzywny.

Na podstawie art. 65a § 1 k.k.w. sąd ma prawo do wstrzymania w każdym czasie wykonania zarządzanej zastępczej kary pozbawienia wolności i określenia wymiaru pracy społecznie użytecznej zgodnie z zasadami określonymi w art. 65 § 1 i 2 k.k.w. Warunkiem wydania takiej decyzji jest pisemne oświadczenie skazanego, że podejmie odbywanie kary ograniczenia wolności i podda się rygorom z nią związanym.

Postanowienie o wstrzymaniu wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności ma charakter fakultatywny. Celowość podjęcia decyzji w tym przedmiocie jest pozostawiona swobodnemu uznaniu sądu. Przy jej podejmowaniu

decydujące znaczenie powinna mieć ocena postawy skazanego, która uznana została jako uchylanie się od odbywania kary ograniczenia wolności, świadczenia lub obowiązków orzeczonych na podstawie art. 34 § 3 k.k., rozmiary i formy tego uchylania się. Nie bez znaczenia powinna też być ocena właściwości i warunków osobistych skazanego. Chodzi więc o prognozowanie, na ile realne jest podjęcie przez skazanego odbywania kary ograniczenia wolności i celowe danie mu szansy odbywania kary w tej podstawowej postaci.

Z art. 65a § 1 k.k.w. nie wynika istota czynności skazanego, określonej jako „oświadczenie na piśmie”. Nie jest to z pewnością „wniosek” o wstrzymanie kary zastępczej w rozumieniu art. 19 k.k.w., na co wskazuje terminologia, jaką posłużył się ustawodawca. Należy przyjąć, że jest to oświadczenie woli wyrażone przez skazanego, którego nikt nie może złożyć w jego imieniu. Odmienne niż w przypadku wniosku (art. 19 § 1 k.k.w.), takiego uprawnienia nie ma obrońca skazanego.

Wstrzymanie wykonania kary zastępczej nie może być orzeczone bez inicjatywy skazanego wyrażonej w złożonym oświadczeniu. Musi mieć ono formę pisemną, a jego adresatem jest sąd. Może ono być złożone w każdym czasie, a więc także na każdym etapie wykonywania kary zastępczej.

Złożenie przez skazanego oświadczenia powoduje obowiązek wszczęcia przez sąd z urzędu postępowania w przedmiocie wstrzymania wykonania zarządzanej zastępczej kary pozbawienia wolności i określenia wymiaru pracy społecznie użytecznej.

Postanowienie o wstrzymaniu wykonania kary zastępczej i określeniu wymiaru pozostałej do odbycia kary ograniczenia wolności jest wykonalne z chwilą wydania (art. 9 § 3 k.k.w.) i w dniu wydania musi być skierowane do wykonania (§ 348 ust. 1 regulaminu urzędowania sądów)¹⁵. Oznacza to m.in. konieczność zwolnienia skazanego w tym dniu z zakładu

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 czerwca 2015 r., Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. poz. 925).

karnego, jeśli rozpoczął odbywanie kary zastępczej.

Wstrzymanie wykonania kary zastępczej może nastąpić tylko raz. Jeżeli po wstrzymaniu jej wykonania skazany nadal uchyła się od odbywania kary ograniczenia wolności, sąd ponownie zarządza wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności (art. 65a § 2 k.k.w.). Jeżeli sąd zarządzi wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności, niedopuszczalne jest więc ponowne wstrzymanie wykonania tej samej kary zastępczej (art. 65a § 6 k.k.w.).

V. Inaczej ustawodawca uregulował zasady zarządzania wykonaniem zastępczej kary pozbawienia wolności w sytuacji, gdy kara ograniczenia wolności została orzeczona w formie obowiązku pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego (art. 34a § 1a pkt 2 k.k.). Wynika to z istoty dozoru elektronicznego i zasad wykonywania kary ograniczenia wolności w tym systemie. Przesłanki zarządzenia wykonania kary zastępczej odnoszące się do kary ograniczenia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego określa art. 43zd § 1 pkt 1–4 k.k.w. Problematyce związanej ze stosowaniem tego przepisu należy poświęcić więcej uwagi, niż miało to miejsce odnośnie do art. 65 k.k.w., ze względu na jej nowatorski charakter.

Przed przystąpieniem jednak do analizy zasad orzekania zastępczej kary pozbawienia wolności na podstawie art. 43zd § 1 k.k.w. konieczne jest zdefiniowanie kilku pojęć, które są związane z procedowaniem w tym przedmiocie i będą pojawiać się w dalszej części artykułu.

Dozór elektroniczny jest to kontrola zachowania skazanego na karę ograniczenia wolności przy użyciu stosownych środków technicznych. Kontrolę podlega w szczególności jego przebywanie w określonych dniach tygodnia i godzinach we wskazanym przez sąd miejscu. Jest to tzw. „dozór stacjonarny” (zob. art. 43b § 1 i § 3 pkt 1 k.k.w.). Natomiast pod pojęciem „system dozoru elektronicznego”, użytym

w art. 34 § 1a pkt 2 k.k. na określenie jednej z form kary ograniczenia wolności, należy rozumieć ogół metod postępowania i środków technicznych służących do wykonywania dozoru elektronicznego (art. 43b § 2 k.k.w.).

Kontrolowanie odbywania kary ograniczenia wolności w tym systemie następuje poprzez środki techniczne w postaci zainstalowanego nadajnika i rejestratora. Nadajnikiem jest urządzenie radiowe zakładane skazanemu na rękę lub nogę, wysyłające komunikaty odbierane przez rejestrator. Nadajnik z funkcją lokalizacji GPS umożliwia dodatkowo określenie przybliżonej lokalizacji skazanego (zakładany jest on skazanemu wyłącznie nad kostką nogi).

Rejestrator stacjonarny używany w kontroli przebywania skazanego w określonych dniach tygodnia i godzinach we wskazanym przez sąd miejscu jest urządzeniem radiowym rejestrującym komunikaty wysyłane przez nadajnik pozostający w zasięgu monitorowania i przekazującym je do centrali monitorowania. Jest on instalowany na stałe w miejscu odbywania kary wyznaczonym przez sąd i umożliwia komunikację telefoniczną z centralą monitorowania oraz z numerem alarmowym 112.

Wymienione środki umożliwiają rejestrację w systemie komunikacyjno-monitorującym centrali monitorowania każdego zdarzenia mającego znaczenie dla wykonywania dozoru elektronicznego, w szczególności polegającego na nieprzestrzeganiu przez skazanego obowiązków związanych ze stosowaniem dozoru, na przerwaniu lub nawiązaniu łączności między środkami technicznymi itp.

VI. Zaprezentowana istota odbywania kary ograniczenia wolności w systemie dozoru elektronicznego pozwala na zdefiniowanie zachowań skazanego, które należy oceniać jako uchylenie się od odbywania kary, a w ślad za tym na ustawowe określenie tych zachowań jako przesłanek zarządzenia wykonania kary zastępczej. Jest ono zawsze fakultatywne i może nastąpić, jeżeli skazany:

1) uchyła się od założenia nadajnika lub zainstalowania rejestratora;

2) naruszył porządek prawny, w szczególności popełnił przestępstwo lub przestępstwo skarbowe;

3) uchyła się od wykonania obowiązków związanych z dozorem elektronicznym;

4) któremu zezwolono na opuszczenie miejsca wykonywania dozoru stacjonarnego, w okresie objętym zezwoleniem nadużył zaufania, w szczególności nie powrócił do miejsca wykonywania dozoru elektronicznego w wyznaczonym czasie (art. 43zd § 1 k.k.w.).

Omówienie pierwszego z wymienionych wyżej obowiązków (poddanie się obowiązkowi założenia nadajnika lub zainstalowania rejestratora) wymaga kilku uwag wprowadzających.

Termin i sposób zgłoszenia przez skazanego gotowości do instalacji środków technicznych, a także środki techniczne, jakie mają zostać zainstalowane, określa w postępowaniu wykonawczym sąd w formie postanowienia, po uzyskaniu od podmiotu dozoru informacji, że możliwe jest niezwłoczne rozpoczęcie wykonywania kary, oraz po uzyskaniu zgody osób pełnoletnich, z którymi skazany wspólnie zamieszkuje, na wykonywanie wobec skazanego dozoru.

Podmiotem dozoru może być przedsiębiorca, instytucja państwowa lub podmiot zagraniczny będący przedsiębiorcą w rozumieniu prawa kraju rejestracji i spełniający warunki do wykonywania w Rzeczypospolitej Polskiej działalności gospodarczej. Wyboru podmiotu dozoru dokonuje Minister Sprawiedliwości (art. 43g § 2 i 3 k.k.w.).

Warunkiem rozpoczęcia dozoru stacjonarnego jest więc:

a) nadesłana przez podmiot dozoru – na żądanie sądu – informacja, że warunki techniczne pozwalają na niezwłoczne rozpoczęcie wykonywania tej kary, a jeśli nie – od jakiej daty będzie to możliwe. Jeżeli z informacji tej wynika, że nie jest możliwe niezwłoczne rozpoczęcie wykonywania kary, sąd orzeka o odroczeniu wykonania tej kary na czas określony,

z tym że łączny okres odroczenia nie może być dłuższy niż rok (art. 43i k.k.w.);

b) uprzednia pisemna zgoda osób pełnoletnich, z którymi skazany wspólnie zamieszkuje, na wykonywanie wobec skazanego dozoru, obejmująca także umożliwienie podmiotowi dozoru przeprowadzanie czynności kontrolnych zainstalowanych środków technicznych.

Termin zgłoszenia przez skazanego gotowości nie może być dłuższy niż 24 godziny od zwolnienia skazanego z zakładu karnego, a jeśli skazany przebywa na wolności, nie dłuższy niż 24 godziny od ogłoszenia lub doręczenia skazanemu postanowienia o rozpoczęciu dozoru elektronicznego. Wymienione terminy mają charakter instrukcyjny, ich celem zaś jest nadanie odpowiedniego tempa w zakresie wdrożenia w życie dozoru elektronicznego¹⁶.

Podmiot dozoru niezwłocznie zawiadamia sądowego kuratora zawodowego oraz sąd o niezgłoszeniu przez skazanego wspomnianej gotowości albo o uchyleniu się od instalacji środka technicznego (art. 43m § 1 i 3 k.k.w.). Okoliczność ta daje sądowi podstawę do wszczęcia postępowania w przedmiocie zarządzenia wykonania kary zastępczej, w toku którego powinno zostać ustalone, czy takie zachowanie skazanego może być potraktowane jako uchylenie się od założenia nadajnika lub zainstalowania rejestratora. Rozumienie pojęcia „uchylenie się” zostało omówione wyżej.

Kolejna przesłanka zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności to naruszenie przez skazanego porządku prawnego, w szczególności popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Termin „naruszenie porządku prawnego”, którym posługuje się art. 43zd § 1 pkt 2 k.k.w., występuje w wielu innych przepisach Kodeksu karnego i Kodeksu karnego wykonawczego jako podstawa niekorzystnych dla skazanego rozstrzygnięć w postępowaniu wykonawczym (np. art. 68 § 2 i 3, art. 75 § 2, art. 75a § 1, art. 336 § 2 k.k., art. 62 § 3, art. 156 § 1, art. 160 § 2 i 3

¹⁶ I. Zgoliński, (w.) J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy, Komentarz*, Warszawa 2015, s. 191.

k.k.w.). Żaden z wymienionych przepisów nie wyjaśnia jednak, co należy rozumieć pod tym pojęciem. Przepis art. 43zd § 1 pkt 2 k.k.w. jedynie przykładowo (zwrot „w szczególności”) wymienia jako przejaw rażącego naruszenia porządku prawnego popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Pod pojęciem „naruszenie porządku prawnego” należy rozumieć zachowanie skazanego wbrew nakazom lub zakazom prawa karnego (popełnienie przestępstwa), popełnienie wykroczenia, a także postępowanie wbrew regułom, których przestrzeganie mieści się w granicach zadań i celów, które prawo karne wiąże ze stosowanymi wobec sprawcy środkami penalnymi. Pojęcia tego nie należy rozumieć tylko w znaczeniu „prawno Karnym”, ale jako „prawność” w znaczeniu bardziej ogólnym.

Takie rozumienie naruszenia porządku prawnego utrwalone jest od dawna w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych wskazującym konkretne zdarzenia, które należy uznawać za naruszenie porządku prawnego¹⁷, oraz w piśmiennictwie¹⁸.

Naruszenie porządku prawnego powinno być udokumentowane¹⁹.

Popełnienie przestępstwa, jako jeden z przejawów naruszenia porządku prawnego, musi być stwierdzone prawomocnym wyrokiem²⁰. Zasadność tego stanowiska, wyrażonego przez

Sąd Najwyższy ponad 50 lat temu, zachowuje pełną aktualność także obecnie. Przemawia za tym przede wszystkim zasada domniemania niewinności wyrażona w art. 5 § 1 k.p.k. W innym przypadku mielibyśmy do czynienia z instytucją odbiegającą od standardów postępowania karnego, nie tylko nakazujących przestrzeganie zasady domniemania niewinności, ale też gwarantujących przestrzeganie praw konstytucyjnych, w tym prawa do wolności²¹. Nie ma natomiast przeszkód, aby ocenie sądu, w aspekcie naruszenia przez skazanego porządku prawnego, podlegało zachowanie skazanego wynikające z dowodów znajdujących się w aktach sprawy, w której wydany został nieprawomocny wyrok skazujący. W takim jednak przypadku sąd nie może powoływać się na fakt popełnienia przez skazanego przestępstwa, którego dotyczy ten wyrok.

W odróżnieniu od innych przepisów wiążących z naruszeniem przez skazanego porządku prawnego określone konsekwencje dla skazanego, w art. 43zd § 1 pkt 2 k.k.w. nie ma wymogu, aby naruszenie porządku prawnego nosiło znamię „rażącego”.

Interpretując kolejną przesłankę zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności (uchylanie się od wykonania obowiązków związanych z dozorem elektronicznym), należy mieć na uwadze ustawowe obo-

¹⁷ Zob. np. postanowienie SN z 6 października 1970 r., Z 71/70, LEX nr 21336; postanowienie SN z 13 stycznia 1984 r., V KRn 283/83, OSNKW 1984, nr 5–6, poz. 59; postanowienie SN z 11 maja 2006 r., V KK 442/05, LEX nr 186972; postanowienia SA w Krakowie: z 23 czerwca 2006 r., II AKzW 415/06, KZS 2006, z. 6, poz. 71, LEX nr 191011 i z 11 czerwca 2007 r., II AKzW 391/07, KZS 2007, z. 7–8, poz. 61, Prok. i Pr. – wkł. 2007, nr 12, poz. 24, LEX nr 314017; postanowienie SA w Lublinie z 12 maja 2010 r., II AKzW 188/10, LEX nr 593384; postanowienie SA w Krakowie z 26 sierpnia 2014 r., II AKzW 835/14, KZS 2014, z. 10, poz. 43.

¹⁸ Zob. np. S. Strycharz, *Pojęcie porządku prawnego w kodeksie karnym*, NP 1970, nr 6, s. 851; M. Jachimowicz, *Istota i charakter prawny podjęcia postępowania warunkowo umorzonego*, Prok. i Pr. 2004, z. 10, s. 71; K. Postulski, *Glosa do postanowienia SA w Krakowie z dnia 25 czerwca 2013 r.*, II AKzW 631/13, LEX nr 1391610; J. Skupiński, *Rażące naruszenie porządku prawnego jako podstawa odwołania środka probacyjnego*, (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 311.

¹⁹ Zob. też postanowienie SA w Krakowie z 25 czerwca 2013 r., II AKzW 631/13, KZS 2013, z. 7–8, poz. 43, LEX nr 1391610.

²⁰ Postanowienie SN z 17 września 1970 r., Z 65/70, OSNPG 1971, nr 2, poz. 33; podobnie I. Zgoliński, (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy*, s. 615.

²¹ A. Tęcza-Paciorek, *Zasada domniemania niewinności a ponowne popełnienie przestępstwa przez skazanego*, „Studia Prawnicze” 2010, nr 2, s. 67.

wiązki ciążące na skazanym, które wymienia w szczególności art. 43n k.k.w.

W myśl tego przepisu skazany ma obowiązek:

- 1) nieprzerwanie nosić nadajnik;
 - 2) dbać o powierzone mu środki techniczne, w tym zwłaszcza chronić je przed utratą, zniszczeniem, uszkodzeniem lub uczynieniem niezdatnymi do użytku, oraz zapewniać ich stałe zasilanie energią elektryczną;
 - 3) udostępnić podmiotowi dozorużącemu powierzone środki techniczne do kontroli, naprawy lub wymiany na każde żądanie tego podmiotu, w tym również umożliwiając pracownikom tego podmiotu wejście do pomieszczeń, w których skazany przebywa, lub na nieruchomości stanowiącą jego własność lub będącą w jego zarządzie;
 - 4) udzielać prezesowi sądu lub upoważnionemu sędziemu, sądowemu kuratorowi zawodowemu, podmiotowi dozorużącemu i podmiotowi prowadzącemu centralę monitorowania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary i wykonywania nałożonych obowiązków oraz stawiać się na wezwania sędziego i kuratora;
 - 5) pozostawać we wskazanym przez sąd miejscu w wyznaczonym czasie;
 - 6) odbierać połączenia przychodzące do rejestratora stacjonarnego;
 - 7) umożliwić sądowemu kuratorowi zawodowemu wejście do mieszkania lub na nieruchomość, gdzie zainstalowano rejestrator;
 - 8) udzielać osobom upoważnionym, na ich żądanie, wyjaśnień, o których mowa w pkt 4, również przy użyciu rejestratora stacjonarnego.
- Należy przyjąć, że chodzi w tym przepisie również o obowiązek określony w art. 34 § 2 k.k., a więc o zakaz zmiany bez zgody sądu miejsca stałego pobytu i obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary.

Pojęcie „uchyla się” oznacza, że nie każde niepodporządkowanie się wymienionym obowiązkom może być rozpatrywane jako przesłanka zarządzenia wykonania kary zastępczej, a tylko takie, które jest faktycznie uchylaniem

się od tych obowiązków w rozumieniu tego pojęcia, jakie zostało wyżej zaprezentowane.

Ostatnia przesłanka zarządzenia wykonania kary zastępczej przewidziana w art. 43zd § 1 pkt 4 k.k.w. związana jest z możliwością wydania przez sądowego kuratora zawodowego decyzji na podstawie art. 43p § 2 k.k.w., mającej za przedmiot zezwolenie na opuszczenie przez skazanego miejsca wykonywania dozoru stacjonarnego. Sam fakt, że skazany po upływie terminu wskazanego w tej decyzji nie powrócił do miejsca wykonywania dozoru w wyznaczonym czasie, nie jest wystarczający do uznania go za przesłankę zarządzenia wykonania kary zastępczej pozbawienia wolności. Konieczne jest ustalenie powodu takiej postawy skazanego. Tylko stwierdzenie, że mając realne możliwości powrotu, nie postąpił tak z przyczyn przez siebie zawinionych, może być potraktowane jako „nadużycie zaufania”.

Wszystkie omówione przesłanki zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności mają charakter ocenny i pozostawiają sądowi duży luz decyzyjny. Z uwagi na fakultatywność decyzji w przedmiocie zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności obowiązkiem sądu jest nie tylko ustalenie w każdej rozpoznawanej sprawie istnienia przynajmniej jednej z tych przesłanek, ale też ocena skali negatywnego stosunku, uporczywości i złej woli skazanego wobec kary i wynikających z niej obowiązków, formy okazywania tej złej woli i uporczywości, permanentności takich zachowań, a także ich odbioru społecznego. Z tej oceny sąd wyprowadza wnioski, czy w konkretnych okolicznościach zarządzenie wykonania kary zastępczej jest niezbędne z punktu widzenia realizacji omówionych na wstępie celów kary ograniczenia wolności, określonych w art. 53 k.k.w. w zw. z art. 66a k.k.w.

Pewne wątpliwości może budzić właściwe zrozumienie intencji ustawodawcy, sformułowanej w art. 43zd § 2 k.k.w. W myśl tego przepisu sąd może odstąpić od zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności z przyczyny określonej w:

1) art. 43zd § 1 pkt 1 k.k.w. – jeżeli do instalacji środków technicznych doszło w późniejszym terminie niż wskazany w postanowieniu o rozpoczęciu dozoru elektronicznego;

2) art. 43 § 1 pkt 4 k.k.w. – jeżeli skazany nie powrócił do miejsca wykonywania dozoru elektronicznego z przyczyn od niego niezależnych, których wystąpienia nie mógł przewidzieć.

Można zaryzykować stwierdzenie, że przepis ten wydaje się zbędny. Prezentując takie stanowisko, trzeba jeszcze raz podkreślić, że w myśl art. 43zd § 1 k.k.w. zarządzenie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności jest zawsze fakultatywne. Poza tym znajdują się w tym przepisie elementy ocen- ne, takie jak: „uchylanie się”, „naruszenie po-

rządku prawnego” czy „nadużycie zaufania”. Oznacza to, że mimo istnienia podstaw formalnych do zarządzenia wykonania kary zastępczej w konkretnym przypadku sąd może uznać, iż realizacja celów kary ograniczenia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego nie wymaga podjęcia takiej decyzji, niezależnie od tego, o czym mowa w art. 43zd § 2 k.k.w. Sąd nie może jednak tracić z pola widzenia tego, że orzeczenie kary zastępczej jest jedynym realnym środkiem oddziaływania na skazanego, mającym wywoływać u niego refleksję o potrzebie podporządkowania się wyrokowi w sytuacji, gdy inne formy oddziaływania, realizowane – na przykład – przez kuratora, okazały się bezskuteczne.

Summary

Kazimierz Postulski

EVASION OF SERVING THE PENALTY OF RESTRICTION OF LIBERTY

The article discusses the current state of the law specifying the conditions and rules of conduct in the event of ordering the execution of the sentence of imprisonment in lieu of restriction of liberty. It has significantly changed since 1st July 2015. One of the changes in the Executive Penal Code is to alleviate the current rigors of ordering the execution of alternative sanction. Another change is the introduction of a new form of adjudication and execution of the penalty of restriction of liberty, which is the system of electronic supervision. Therefore, it became necessary to regulate the legal situation in which sentenced person does not follow conditions of supervision.

KEY WORDS: penalty of restriction of liberty, alternative sentence of deprivation of liberty, evasion from serving the sentence, evasion of duties, violation of law, a system of electronic supervision

POJĘCIA KLUCZOWE: kara ograniczenia wolności, zastępcza kara pozbawienia wolności, uchylenie się od odbywania kary, uchylenie się od obowiązków, naruszenie porządku prawnego, system dozoru elektronicznego

WALUTOWE KLAUZULE WALORYZACYJNE W UMOWACH KREDYTÓW HIPOTECZNYCH. ANALIZA PROBLEMU

I. WPROWADZENIE

W okresie 2003–2011, a zwłaszcza w latach 2005–2008, banki masowo udzielały konsumentom kredytów hipotecznych powiązanych z kursem waluty obcej. Dotyczyło to przede wszystkim franka szwajcarskiego (CHF). Według danych Komisji Nadzoru Finansowego¹ liczba udzielonych kredytów kształtowała się następująco:

Rok	Liczba udzielonych kredytów (tysiące)	Wartość (mld zł)
Do 2005	67,2	5,6
2005	83,1	10,5
2006	115,5	23,6
2007	97,0	31,4
2008	162,0	52,6
2009	19,2	5,5
2010	8,3	2,9
2011	9,7	3,3
2012	0,4	0,2
2013	0,1	0,1

Źródło: Komisja Nadzoru Finansowego

W okresie 2005–2008 kredyty powiązane z kursem waluty obcej, a zwłaszcza CHF, stanowiły większość udzielanych kredytów konsu-

mentom na zakup nieruchomości mieszkalnej. Przykładowo w roku 2008 aż 69% nowo udzielonych kredytów hipotecznych było powiązanych z walutą CHF, a 30% ze złotym (pozostałe waluty miały marginalne znaczenie). W 2010 r. tendencja się odwróciła i 74% kredytów było kredytami złotowymi, tylko 5% powiązanymi z CHF, a 20% z euro².

Kredyty powiązane z kursem waluty obcej cieszyły się dużą popularnością, gdyż ich oprocentowanie było znacząco niższe niż kredytów złotych. Dzięki niższemu oprocentowaniu rata spłaty kredytu również była niższa, co w konsekwencji powodowało, że kredytobiorca mógł zaciągnąć kredyt na wyższą kwotę niż przy porównywalnym kredycie złotowym albo też w ogóle zyskiwał tzw. zdolność kredytową, gdyż nawet przy niskich dochodach dalej posiadał zdolność regulowania bieżących spłat rat kredytu. W rezultacie nastąpił boom na rynku kredytów hipotecznych, który skutkował również wzrostem cen nieruchomości, kredyt powiązany z walutą obcą stał się zaś dominującym produktem kredytowym na rynku.

II. RODZAJE KREDYTÓW

Udzielane kredyty nie były kredytami walutowymi. Aczkolwiek brakuje definicji legalnej,

¹ Dane pochodzą z: *Wpływ silnego osłabienia PLN względem CHF na stabilność polskiego sektora bankowego oraz sytuację finansową kredytobiorców*, prezentacja Przewodniczącego KNF wygłoszona na posiedzeniu Komisji Finansów Publicznych Sejmu RP 3 lutego 2015 r., https://www.knf.gov.pl/Images/Prezentacja_KNF_na_posiedzeniu_KFP_tcm75-40403.pdf (dostęp: 27 stycznia 2016 r.).

² Źródło: Raport AMRON-SARFiN 4/2010 z 8 marca 2011 r., Związek Banków Polskich. https://zbp.pl/public/repozytorium/Menu_gorne/O_ZBP/raporty/raport_amron_sarfin/Raport_AMRON_SARFiN_4.pdf (dostęp: 27 stycznia 2016 r.).

należy przyjąć, posługując się interpretacją językową, że kredyt walutowy to kredyt, który jest określony w walucie obcej, w tejże walucie obcej jest wypłacony i w walucie obcej jest spłacany.

Banki udzielające kredytów nie dysponowały odpowiednimi depozytami waluty obcej, aby udzielać w niej kredytu, ponadto kredytobiorcy nie potrzebowali waluty obcej, lecz określonej kwoty waluty polskiej, bo za tę kwotę nabywali nieruchomości w Polsce lub spłacali swoje inne zobowiązania wyrażone w złotych. W związku z tym udzielane kredyty były wypłacane i spłacane w złotych. W celu jednak zaoferowania kredytobiorcom niższego oprocentowania właściwego dla waluty obcej, a przez to zwiększenia popytu na swoje produkty, banki dokonały powiązania udzielanych kredytów z kursem waluty obcej. W praktyce uformowały się dwa typy umowy kredytowej powiązanej z kursem waluty obcej.

Najczęściej występujący był tzw. **kredyt indeksowany (waloryzowany)**. Kredyt był udzielany w walucie polskiej, jednak umowa nakazywała przeliczyć w momencie wypłaty kwotę kredytu w złotych polskich na jego równowartość w walucie obcej według kursu kupna danej waluty stosowanego przez bank. Równowartość kredytu wyrażona w walucie obcej stanowiła następnie podstawę do wyliczenia wysokości rat spłaty kredytu i wysokości zadłużenia kredytobiorcy. Raty te były następnie przeliczane na walutę polską według kursu sprzedaży stosowanego przez bank w dniu spłaty i w tej wysokości stanowiły zobowiązanie kredytobiorcy.

Rzadziej występowała konstrukcja **kredytu denominowanego**. Kredyt denominowany to kredyt, którego kwota jest co prawda okre-

ślona w walucie obcej, lecz zgodnie z umową jest wypłacana wyłącznie w złotych, po przeliczeniu wg kursu kupna waluty obcej stosowanego przez bank. Wysokość należnych rat spłaty kredytu jest wyrażana w walucie obcej, lecz kredytobiorca jest zobowiązany do spłaty w złotych polskich po przeliczeniu według kursu sprzedaży stosowanego przez bank w dniu spłaty³.

Ze względu na fakt, że umowy nakazywały kredytobiorcom spłacać kredyt po przeliczeniu według kursu stosowanego przez bank, banki miały pokusę do zawyżania ustalanych przez siebie kursów względem kursu rynkowego. Taka praktyka banków wywoływała sprzeciw kredytobiorców, a w końcu doprowadziła do ingerencji ustawodawcy i uchwalenia nowelizacji ustawy Prawo bankowe, która weszła w życie z dniem 26 sierpnia 2011 r.⁴ Ponieważ w języku finansowym różnica pomiędzy kursem kupna a kursem sprzedaży nazywana jest *spreadem*, to nowelizacja znana jest jako tzw. **ustawa antyspreadowa**.

Nowelizacja wprowadzała do ustawy Prawo bankowe wcześniej nieznaną terminologię: umowa indeksowana i denominowana do waluty obcej, aczkolwiek nie definiowała tych pojęć. Kredytobiorcom umożliwiała spłatę ich zobowiązań w walucie indeksacji albo denominacji, a więc z pominięciem kursu stosowanego przez bank⁵. Spłata taka wymagała zgodnie z ustawą zawarcia odpowiedniego aneksu do umowy. Ponadto w nowo zawieranych umowach banki zostały zobowiązane do szczegółowego opisu zasad wyznaczania przez siebie kursów waluty obcej. Nowelizacja obejmowała również umowy zawarte przed jej wejściem w życie, ale wyłącznie w zakresie rat, jakie będą płatne po jej wejściu w życie.

³ Do rzadkości należały umowy przewidujące wypłatę kredytu w walucie obcej, jak również spłatę kredytu w walucie obcej, ewentualnie po kursie ustalonym nie przez bank, lecz na przykład po kursie NBP.

⁴ Ustawa z 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 165, poz. 984).

⁵ Ustawa tworzyła więc uprawnienie przemienne do spłaty bądź w walucie zobowiązania, bądź walucie waloryzacji. Zob. T. Czech, *Spłata kredytu udzielonego w walucie obcej lub indeksowanego do waluty obcej*, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 11, s. 63.

III. PRAWNA CHARAKTERYSTYKA KREDYTÓW INDEKSOWANYCH I DENOMINOWANYCH

Umowa kredytu jest umową nazwaną, określoną w art. 69 i następnych ustawy Prawo bankowe. Do *essentialia negotii* tego typu umowy zalicza się: określenie kwoty i waluty kredytu, określenie oprocentowania i zasad jego zmian, cel kredytu, wysokość prowizji.

Zobowiązaniem kredytodawcy jest postawienie kredytu do dyspozycji, kredytobiorca zaś zobowiązuje się do zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji.

W przypadku kredytu złotowego (a także walutowego) powyższa definicja ustawowa jest w pełni adekwatna: kredytobiorca oddaje to, co pożyczył, powiększone o należne odsetki i prowizje. Inaczej jednak wygląda sytuacja w przypadku kredytu indeksowanego albo denominowanego. W przypadku takich kredytów kredytobiorca oddaje inną kwotę kapitału w złotych niż ta, którą wykorzystał. Jedynie równowartość spłaty kapitału wyrażona w walucie obcej równa się równowartości wykorzystanego kredytu wyrażonej w walucie obcej. Wahania kursów walutowych powodują, że jest praktycznie niemożliwe, aby kredytobiorca oddał w złotych dokładnie kwotę wykorzystanego kredytu, lecz zawsze będzie to suma mniejsza lub większa. Cecha ta stanowi znaczące odejście od ustawowej konstrukcji kredytu (a także pożyczki), której elementem przedmiotowym jest obowiązek zwrotu kwoty otrzymanej. Fakt ten jest spowodowany włączeniem do typowej umowy kredytu klauzuli waloryzacyjnej, która powoduje, że wysokość zobowiązania określonego w walucie polskiej jest modyfikowana innym miernikiem wartości. Włączenie klauzuli waloryzacyjnej do typowej umowy kredytu wywołuje szereg prawnych komplikacji, polegających na przełamaniu zasady nominalizmu,

zasady określoności świadczenia, obarczeniu kredytobiorcy nieograniczonym ryzykiem kursowym, a także na możliwości naruszenia przepisów o odsetkach maksymalnych, wreszcie – rażącem naruszeniu interesów konsumenta przez narzucenie nieuczciwego postanowienia umownego. Wszystkie te zagadnienia zostaną poniżej omówione szczegółowo.

IV. KLAUZULA WALORYZACYJNA A ZASADA NOMINALIZMU I WALUTOWOŚCI

Klauzula przewidująca ustalenie wysokości zobowiązania kredytobiorcy z tytułu zaciągniętego kredytu oraz wysokości należnych spłat w zależności od wysokości kursu waluty obcej to walutowa klauzula waloryzacyjna w rozumieniu art. 358¹ § 2 k.c. Zgodnie z tym przepisem: „Strony mogą zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości”. Przepis ten stanowi przełamanie zasady nominalizmu, zgodnie z którą spełnienie świadczenia pieniężnego następuje poprzez zapłacenie kwoty nominalnej. Klauzula waloryzacyjna prowadzi bowiem do zmiany wysokości świadczenia określonej pierwotnie wraz ze zmianami wartości miernika. W praktyce obrotu miernikiem takim może być właśnie kurs waluty obcej (nie jest to bowiem pieniądź w rozumieniu środka płatności, lecz miernik wartości)⁶, cena złota lub srebra, cena towaru czy na przykład wartość indeksu giełdowego albo indeks cen (wskaźnik inflacji). Należy przyjąć, że strony mają swobodę w wyborze miernika wartości zgodnie z celem, jaki chcą osiągnąć w umowie, oczywiście w granicach swobody umów.

Poza waloryzacją umowną polskie prawo zna jeszcze waloryzację sądową oraz waloryzację ustawową. Te przypadki nie mają jednak tutaj zastosowania i zostaną pominięte w dalszej części rozważań.

⁶ Kwestia nie budzi wątpliwości w doktrynie. Zob. np. T. Dybowski, A. Pyrzyńska, (w:) E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa: C. H. Beck 2007, s. 263–264. Zob. też uchwałę SN z 13 marca 1992 r., I PZP 14/92, OSNCP 1992, nr 9, poz. 160.

Wprowadzenie waloryzacji umownej przełamuje zasadę nominalizmu, wedle której spełnienie świadczenia pieniężnego następuje poprzez zapłatę określonego nominalu pieniędzy, niezależnie od zmian siły nabywczej pomiędzy datą zaciągnięcia zobowiązania a jego spełnieniem. Z zasadą nominalizmu powiązana jest druga zasada, mianowicie zasada walutowości. Zgodnie z zasadą walutowości zobowiązania pieniężne w danym państwie mogą być wyrażone wyłącznie w walucie danego państwa. Zasada ta idzie w parze z kontrolą obrotu walutami obcymi. Jeżeli bowiem zakazane lub reglamentowane jest posiadanie walut obcych i obrót nimi, to również i zaciąganie zobowiązań w walucie obcej nie powinno być dozwolone, skoro nie można ich później legalnie spełnić w tej walucie. Zanim przejdziemy do analizy stanu obecnego, przydatne będzie krótkie spojrzenie na historię zmian, jakie przechodziły zasady nominalizmu i waloryzacji w ciągu ostatnich stu lat na terenie Polski.

a) okres II RP

Odradzająca się Polska musiała się uporać z integracją terenów podzielonych pomiędzy różne systemy prawne i monetarne państw zaborczych. W związku z powyższym powstał problem przeliczeń zobowiązań wyrażonych w starych walutach na polskie złote. Dla generalnego rozwiązania problemu wprowadzono ustawową waloryzację zobowiązań w drodze rozporządzenia Prezydenta RP z 14 maja 1924 r. o przerechowaniu zobowiązań prywatnoprawnych⁷. Po ustabilizowaniu sytuacji monetarnej w II RP i wprowadzeniu polskiego złotego do głosu doszła zasada nominalizmu. Wyrażona

została ona w art. 210 Kodeksu zobowiązań z 1933 r., zgodnie z którym świadczenie pieniężne powinno być spełnione w kwocie nominalnej, niezależnie od wahań cen, jakie zachodzą pomiędzy datą zaciągnięcia zobowiązania a spełnieniem świadczenia. Dopuszczalne było jednak zaciąganie zobowiązań w złotych, ale wedle równowartości określonej waluty obcej albo równowartości kruszcu przy umowach pożyczki (a więc umowna waloryzacja świadczeń klauzulą walutową lub kruszcową). Rozwiązanie takie sankcjonował art. 437 Kodeksu zobowiązań, który w takim przypadku nakazywał przeliczenie kwoty udzielonej pożyczki na równowartość waluty obcej w dniu udzielenia, a następnie tejsze równowartości na złote w dniu spłaty⁸. Samo spełnienie świadczenia następowało w walucie polskiej, gdyż zastrzeżenie płatności w walucie obcej na terenie Polski było nieważne, zgodnie z art. 1 rozporządzenia Prezydenta RP z 12 czerwca 1934 r. o wierzytelnościach w walutach zagranicznych.

b) okres PRL

W okresie PRL możliwości waloryzacji umownej były bardzo ograniczone. Aczkolwiek sądy w okresie pierwszych lat powojennych stosowały waloryzację sądową na zasadach *ex aequo et bono*, przełamując tym samym zasadę nominalizmu Kodeksu zobowiązań⁹, położył temu kres dekret z 27 lipca 1949 r. o zaciąganiu nowych i określaniu wysokości nieumorzonych zobowiązań pieniężnych. Dekret wprowadzał ścisłą zasadę nominalizmu¹⁰. Należy tu zauważyć, że dokonana przy okazji waloryzacja ustawowa zobowiązań i związane z tym przeliczenia prowadziły do wyłączenia wierzy-

⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 1925 r. nr 30, poz. 213.

⁸ Nie wykluczało to jednak możliwości zastosowania przez sąd klauzuli *rebus sic stantibus*, jeżeli zmiana kursu waluty obcej była niespodziewanie duża i krzywdząca dla jednej ze stron. Zob. R. Longchamps de Bériér, *Zobowiązania*, Poznań: Księgarnia Akademicka, s. 40–41.

⁹ W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa: PWN 1968, s. 97–98.

¹⁰ A. Stelmachowski, *Nominalizm pieniężny a waloryzacja*, „Studia Cywilistyczne”, Kraków 1965, tom VI, s. 278, twierdzi, że zasada nominalizmu została przyjęta powszechnie i bez głosów sprzeciwu. W artykule tym znajduje się bardzo ciekawy rys historyczny kształtowania się przez wieki zasady nominalizmu oraz waloryzacji. W odniesieniu zaś do okresu PRL autor wskazuje pożądane odejście od zasady nominalizmu przy stosunkach ciągłych, przy najmie lokali, a także przy świadczeniach z ubezpieczeń społecznych. W zakresie zaś stosunków kredytowych autor widzi

cieli i były jednym z narzędzi wprowadzania ustroju komunistycznego. Przepisy PRL wprowadziły zasadniczo zakaz zawierania w umowach klauzul waloryzacyjnych, w tym klauzul walutowych¹¹. Klauzule tego typu postrzegane były jako sprzeczne z polityką socjalistycznego państwa, a także umożliwiające spekulację – niewątpliwie stanowiłyby zaś obejście rygorystycznych przepisów o walutowości¹².

Prawo dewizowe PRL przewidywało liczne ograniczenia w zakresie posiadania walut obcych, a także w konsekwencji w realizacji zobowiązań w tej walucie. Przykładowo można wskazać, że zgodnie z art. 20 ustawy dewizowej z 1950 r.¹³: „Posiadanie w kraju zagranicznych środków płatniczych oraz złota i platyny w postaci innej, niż w postaci wyrobów użytkowych, jest bez zezwolenia zabronione, jeżeli przepisy ustawy lub rozporządzeń, wydanych na jej podstawie, nie stanowią inaczej”. Kolejne regulacje dewizowe stopniowo liberalizowały zasady obrotu dewizowego, aczkolwiek do końca okresu PRL obrót dewizami był reglamentowany. W zakresie zaciągania zobowiązań, zgodnie z art. 1 dekretu z 1949 r., „osoba, mająca zamieszkanie lub siedzibę na obszarze Państwa Polskiego, może zaciągnąć zobowiązanie pieniężne, płatne na tym obszarze, tylko w walucie polskiej”. Zasada walutowości została następnie wprowadzona do Kodeksu cywilnego z 1964 r. jako art. 358 § 1 w brzmieniu: „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, zobowiązania pieniężne na obszarze Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej mogą być wyrażone tylko w pieniądzu polskim”. Zakaz wyrażania zobowiązań pieniężnych w walucie obcej został zniesiony

dopiero przez ustawę z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Prawo dewizowe, która weszła w życie z dniem 24 stycznia 2009 r.¹⁴

c) okres 1989–2009

Wraz z przemianami społeczno-gospodarczymi dopuszczono na nowo zasadę waloryzacji umownej w polskim prawie cywilnym. Nowelizacja Kodeksu cywilnego z 28 lipca 1990 r. uchyliła art. 3 i 5 dekretu, wprowadzając jednocześnie art. 358¹ k.c. Od tej chwili strony mogły uzależnić wysokość swoich świadczeń od innego miernika wartości, odchodząc od zasady nominalizmu, o ile tylko ich ustalenia pozostawały w zgodzie z ogólnymi zasadami dotyczącymi zobowiązań umownych, w tym poprzez wprowadzenie walutowej klauzuli waloryzacyjnej. Pozostawało jednak ograniczenie w postaci zasady walutowości, a więc nakaz wyrażania zobowiązań wyłącznie w walucie polskiej¹⁵. Prawo dewizowe przewidywało jednak szereg wyjątków od konieczności uzyskiwania zezwolenia dewizowego. W interesującym nas aspekcie umów kredytowych banki co do zasady były zwolnione z obowiązku uzyskiwania zezwolenia na dokonywane przez siebie operacje. Jednak zgodnie z § 12 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 września 2007 r. w sprawie ogólnych zezwoleń dewizowych Minister Finansów zastrzegł, że zezwolenia udziela się pod warunkiem jednoczesnego zaferowania konsumentowi, przez drugą stronę umowy, jej zawarcia oraz wykonania w walucie polskiej. Identyczny nakaz zawierała Rekomendacja S Komisji Nadzoru Bankowego z 2006 r. (termin

w zasadzie nominalizmu dużą przeszkodę dla rozwoju kredytu, gdyż stała inflacja pieniądza przy braku waloryzacji zamienia kredyt w dotację.

¹¹ W. Czachórski, *Prawo*, s. 100–101.

¹² Zob. W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa: PWN 1983, s. 70–71; Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, Warszawa: PWN 1986, s. 62, stwierdza, że klauzule walutowe byłyby nieważne na podstawie art. 58 § 1 k.c.

¹³ Dz.U. z 1952 r. nr 21, poz. 133.

¹⁴ Dz.U. z 2008 r. nr 228, poz. 1506.

¹⁵ O problemach na styku zasady walutowości i zasady nominalizmu oraz o umownych klauzulach waloryzacyjnych na walutę obcą zob. J. P. Naworski, *Kilka uwag na temat zasady walutowości w świetle nowego prawa dewizowego*, „Palestra” 1999, nr 9–10, s. 33–43.

wdrożenia do dnia 1 lipca 2006 r.), która nakazywała, aby banki „w pierwszej kolejności oferowały klientom kredyty, pożyczki lub inne produkty w złotych. Bank może złożyć klientowi ofertę kredytu, pożyczki lub innego produktu w walucie obcej lub indeksowanego do waluty obcej dopiero po uzyskaniu od klienta banku pisemnego oświadczenia, potwierdzającego, że dokonał on wyboru oferty w walucie obcej lub indeksowanej do waluty obcej, mając pełną świadomość ryzyka związanego z kredytami, pożyczkami i innymi produktami zaciąganyymi w walucie obcej lub indeksowanymi do waluty obcej”.

d) stan obecny

Powyżej przytoczona krótka historia zmian regulacji dotyczących zasady walutowości jest konieczna dla oceny prawnej umów kredytowych zawieranych głównie w latach 2005–2008, a zawierających walutowe klauzule waloryzacyjne.

Na wstępie należy zauważyć, że do 24 stycznia 2009 r. obowiązywała w Polsce zasada walutowości, a więc zgodnie z art. 358 § 1 k.c. zobowiązania na terenie Polski mogły być wyrażane wyłącznie w walucie polskiej, chyba że przepis szczególny stanowił inaczej. Tymi przepisami szczególnymi były regulacje prawa dewizowego i rozporządzeń Ministra Finansów, które zezwalały bankom na dokonywanie rozliczeń dewizowych. Jedynym warunkiem było jednocześnie zaoferowanie konsumentowi zawarcia oraz wykonania umowy w walucie polskiej. W związku z tym należy uznać, że także przed rokiem 2009 przepisy prawa cywilnego zezwalały na zawieranie umów kredytowych z walutową klauzulą waloryzacyjną, gdyż działanie takie było dopuszczalnym wyjątkiem od zasady walutowości wyrażonej w art. 358 § 1 k.c.

V. KLAUZULA WALORYZACYJNA A RYZYKO KURSOWE

Ustalając, że wprowadzenie walutowej klauzuli waloryzacyjnej do umowy kredytu jest

zasadniczo dopuszczalne, należy zauważyć, że znacząco zmienia to jej charakter prawny. Klauzula waloryzacyjna powoduje bowiem, że zwracana kwota pożyczonego kapitału niemal nigdy nie będzie równa kwocie kapitału pożyczonego. Równa będzie tylko równowartość kapitału pożyczonego i zwracanego wyrażona w walucie (lub innym mierniku) waloryzacji. Ta modyfikacja powoduje, że do umowy kredytu (pożyczki) z klauzulą waloryzacyjną nie może znaleźć zastosowania przepis art. 69 ustawy Prawo bankowe, mówiący o obowiązku kredytobiorcy do zwrotu pożyczonego kapitału, oraz art. 720 § 1 k.c., mówiący o obowiązku pożyczkobiorcy zwrotu tej samej ilości pieniędzy. Z tego powodu umowę kredytu (pożyczki) zawierającą klauzulę waloryzacyjną należy uznawać za umowę nienazwaną, opartą na typowej umowie kredytu (pożyczki), lecz z istotnymi odmiennościami.

Ta istotna odmienność polega zaś na tym, że obowiązek zwrotu kapitału dotyczy nie kwoty w wysokości faktycznie pożyczonej, lecz następuje w kwocie wynikającej z przeliczenia równowartości kwoty udzielonej pożyczki według określonego miernika wartości, a więc dotyczy zwrotu tej samej równowartości miernika wartości. W przypadku klauzuli walutowej typowy mechanizm działania klauzuli waloryzacyjnej będzie polegać na tym, że kwota udzielonego kredytu zostanie w momencie wypłaty przeliczona na równowartość waluty obcej według kursu z dnia wypłaty kredytu. Równowartość ta stanowić będzie następnie podstawę do wylizania kwoty zadłużenia, należnych odsetek oraz wysokości należnych rat spłaty. Raty spłaty będą natomiast dokonywane po ponownym przeliczeniu na złote polskie według kursu z dnia spłaty.

Taki mechanizm działania klauzuli waloryzacyjnej powoduje, że kredytobiorca może zarówno oddać mniej kapitału, niż pożyczył (nie wliczając w to należnych odsetek i prowizji), jak i więcej. Kwota kapitału, jaka zostanie faktycznie oddana, zależeć będzie wyłącznie od wysokości kursu waluty w dniach spłaty kredytu.

Oznacza to, że klauzula walutowa wysta-

wia kredytobiorcę i kredytodawcę na ryzyko kursowe. Ryzyko kursowe rozłożone jest jednak nierównomiernie: o ile kredytodawca przy spadku kursu waluty do zera traci co najwyżej kwotę pożyczonego kapitału, o tyle kredytobiorca jest narażony na nieograniczone (przynajmniej teoretycznie) ryzyko kursowe. Kurs waluty obcej może bowiem rosnąć bez żadnych ograniczeń, a wraz ze wzrostem kursu rośnie również wielkość zobowiązania kredytobiorcy. W rezultacie może okazać się, że kredytobiorca zobowiązany jest do zwrotu znacznie większej kwoty niż pożyczona. Taki właśnie problem dotyczy wielu kredytobiorców kredytów powiązanych z kursem CHF, których aktualne saldo zadłużenia jest często znacznie wyższe (czasem nawet dwukrotnie wyższe) niż początkowo pożyczona kwota, pomimo regularnych spłat kredytu.

Jeżeli kredyt jest regularnie spłacany, to bieżące saldo zadłużenia nie jest wymagalne, a kredytobiorca może mieć nadzieję na spadek kursu CHF w przyszłości, który zmniejszy wysokość jego zobowiązania. Jednak w przypadku kredytobiorców, którym wypowiedziano umowę kredytową, ich wymagalne zobowiązanie wynosi znacznie więcej niż pożyczona kwota. Ponadto aktualna wysokość nawet niewymagalnego zobowiązania ma znaczenie przy sprzedaży nieruchomości obciążonej hipoteką zabezpieczającą udzielony kredyt. W sytuacji, w której wysokość zobowiązania przewyższa w danym momencie wartość nieruchomości, sprzedaż tej nieruchomości jest praktycznie niewykonalna. Nawet jeżeli kredytobiorca chciałby zamienić nieruchomość na większą, to powstaje problem braku odpowiedniego zabezpieczenia w okresie przejściowym.

Opisany powyżej mechanizm działania ryzyka kursowego nie jest typowy dla nazwanej umowy kredytu. Można co najwyżej powiedzieć, że przypomina on skutki zaciągnięcia zobowiązania w walucie obcej. Jak jednak wspomniano, umowa kredytu indeksowanego to umowa kredytu w walucie polskiej zawierająca wyłącznie klauzulę waloryzacyjną. Powstaje więc pytanie o to, jakie obowiązki in-

formacyjne ciążyły na banku, profesjonalście w zakresie usług finansowych, twórcy wzorca umownego, który znacząco zmieniał typową umowę kredytu.

Ponieważ oferowany produkt kredytowy, pomimo tej samej nazwy, co do mechanizmu działania znacząco odbiegał od typowej umowy kredytu obecnej na rynku, należy uznać, że banki powinny dołożyć szczególnej staranności w informowaniu kredytobiorców o zagrożeniu, jakie wiąże się z oferowanym produktem, zgodnie z wymogami przywoływanej Rekomendacji S Komisji Nadzoru Bankowego.

W szczególności bank powinien zwracać uwagę na to, że zobowiązanie kredytobiorcy do zwrotu pożyczonej kwoty nie jest ograniczone wysokością pożyczonego kapitału, lecz może wielokrotnie wzrosnąć. Wzrost kursu waluty powoduje nie tylko wzrost wysokości bieżącej raty, ale również i bieżącego salda zadłużenia, które może stać się w każdej chwili zadłużeniem wymagalnym, jeżeli umowa kredytowa zostanie wypowiedziana.

Banki reklamowały kredyty „frankowe” jako kredyty o niższym oprocentowaniu. Ze względu na niższe oprocentowanie tych kredytów niższa była bieżąca rata ich spłaty, a tym samym większa liczba osób posiadała zdolność kredytową do zaciągnięcia kredytu w ogóle lub na wyższe kwoty. Te zalety kredytów „frankowych” były często podkreślane w reklamie, gdyż przyciągały kolejnych zainteresowanych. Nie wiemy, ilu z potencjalnych kredytobiorców zrezygnowałoby z kredytu indeksowanego, jeżeli dowiedziałoby się, że mogą być zobowiązani do zwrotu kwoty wielokrotnie wyższej niż pożyczona. Jestem natomiast przekonany, że banki miały obowiązek płynący z zasad współżycia społecznego rzetelnie informować o skali ryzyka związanego z produktem oferowanym powszechnie konsumentom, a więc osobom o zaledwie elementarnej znajomości rynku finansowego.

Tymczasem w typowych umowach kredytów indeksowanych znajdują się tylko standardowe oświadczenia kredytobiorców o tym, że

mają „pełną świadomość ryzyka związanego ze zmianą kursów walut”. Oświadczenia tego typu należy uznać za całkowicie niezadowalające i mające na celu wyłącznie formalne spełnienie wymogów nadzoru bankowego. Kredytobiorca powinien być wyczerpująco poinformowany o wpływie wzrostu kursu o 10, 20, 50 czy 100% na wysokość jego zobowiązań, a także o tym, że wysokość jego zobowiązania jest niczym nieograniczona. Kwestia ta jest o tyle ważniejsza, że dotyczyła zaciągania wieloletnich zobowiązań na zakup nieruchomości, a więc najważniejszego, a często jedyne go składnika aktywów przeciętnego konsumenta i stanowiącego dorobek jego życia. Ryzyko, że wskutek zaciągnięcia kredytu indeksowanego do waluty obcej konsument może być zobowiązany do zwrotu kwoty wielokrotnie wyższej od kwoty pożyczonej, co może prowadzić do utraty całego jego majątku, powinno być jasno przez bank przedstawione.

Jest przy tym oczywiste, że jasne przedstawienie wielkości ryzyka kursowego spowodowałoby, że część, być może znaczna, kredytobiorców zrezygnowałaby z kredytu, a tym samym spadłyby i zyski banków. Jednak dążenie do zysku nie może stanowić usprawiedliwienia dla wprowadzania konsumenta w błąd przez przedsiębiorcę przez oferowanie mu produktu, którego ryzyko jest pomijane lub pomniejszane.

Nadzór bankowy zwrócił uwagę na ryzyko kredytów powiązanych z kursem waluty obcej również dla kredytodawców. Wzrost kursu waluty obcej może bowiem spowodować, że część kredytobiorców przestanie regularnie spłacać kredyt, a tym samym wzrosną koszty działania banku. Dlatego Rekomendacja S nakazała dokonywanie tzw. testów skrajnych warunków w zakresie wpływu ryzyka kursowego dłużnika na ryzyko kredytowe ponoszone przez bank, zakładając spadek kursu złotego o 30% w stosunku do danej waluty obcej na okres 12 miesięcy.

Założenie to było o tyle adekwatne do sytuacji rynkowej, że przed rokiem 2006 wahania kursów walut obcych rzeczywiście nie były znaczne. Przykładowo kurs CHF w latach 1996–2006 wynosił 2,50 PLN/CHF plus minus 20%. Zważywszy na wyrażone powyżej stanowisko nadzoru bankowego, zakładającego wzrost kursu o 30% jako wartość skrajną, należy przyjąć, że nawet najbardziej przezorny i zaradny konsument, nie mówiąc już o konsumencie przeciętnym, nie mógł przewidywać wzrostu kursu waluty o więcej niż 30%. Nie można bowiem wymagać, aby przeciętny konsument był bardziej przewidujący niż państwowy nadzór nad działalnością banków, a więc instytucja wyspecjalizowana w analizie rynku finansowego.

Należy wreszcie zauważyć, że banki zabezpieczyły się przed ryzykiem kursowym, na ogół poprzez zawieranie transakcji na instrumenty pochodne typu swap walutowo-procentowy (CIRS). Transakcja ta w dużym uproszczeniu polega na tym, że podmiot trzeci pożycza bankowi określoną kwotę waluty obcej z gwarancją jej zwrotu bez względu na zmiany kursu, a więc bez ryzyka kursowego. Zarówno bank polski, jak i podmiot zagraniczny nie ponosiły ryzyka kursowego, gdyż całe to ryzyko zostało przerzucone na kredytobiorców¹⁶. Fakt, że podmioty działające profesjonalnie na rynku finansowym zabezpieczyły się przed ryzykiem kursowym kosztem konsumentów, podkreśla naruszenie zasad współzycia społecznego przez brak odpowiedniego poinformowania konsumentów.

VI. PODWÓJNE KLAUZULE WALORYZACYJNE W UMOWACH KREDYTOWYCH

Ważną cechą niemal wszystkich umów kredytu indeksowanego i denominowanego jest to, że nie posługują się one jednym mier-

¹⁶ Mechanizm finansowania akcji kredytowej nie został jeszcze w pełni opisany. Jak ten mechanizm jest opisywany z punktu widzenia banków, zob. wywiad przedstawiciela Raiffeisen Bank Polska: <http://m.wyborcza.biz/biznes/1,106622,19614276,czy-banki-mialy-franki.html> (dostęp: 8 marca 2016 r.).

nikiem wartości dla określania wysokości zobowiązań zarówno banku, jak i kredytobiorcy, lecz stosują dwa różne mierniki. Bank swoje zobowiązania przelicza według kursu kupna waluty obcej, a więc kursu niższego od kursu średniego, natomiast zobowiązania kredytobiorcy przeliczane są według kursu sprzedaży, a więc kursu wyższego. Wprowadzenie dwóch różnych mierników wartości do klauzul waloryzacyjnych nie jest przy tym związane z dokonywaniem jakichkolwiek transakcji walutowych, tych bowiem się nie dokonuje, a przynajmniej nie bezpośrednio w związku z daną umową kredytową. Kredyt jest wszak wypłacany i spłacany w złotych polskich, a waluta obca pełni tu tylko rolę miernika wartości. Zastosowanie jednak podwójnych klauzul waloryzacyjnych prowadzi do osiągnięcia znacznych zysków przez bank kosztem kredytobiorcy.

Przykładowo 1 sierpnia 2008 r. pewien bank wypłacił kredyt w wysokości 300 000 zł indeksowany kursem CHF. Wypłacona kwota została przeliczona na równowartość 158 311 CHF po kursie kupna wynoszącym 1,895 PLN/CHF (wysokość kursu autentyczna). Jeżeli kredytobiorca chciałby jeszcze tego samego dnia spłacić kredyt, musiałby zwrócić kwotę przeliczoną na złote po kursie sprzedaży wynoszącym w tym banku w tym dniu 2,043 PLN/CHF. Oznacza to, że kredytobiorca musiałby zwrócić kwotę 323 429,37 zł, a więc o 23 429,37 zł więcej, niż pożyczył. Różnica to wynagrodzenie banku wynikające z zastosowania podwójnych klauzul waloryzacyjnych. Wynagrodzenie to w okresie obowiązywania całej umowy kredytowej będzie znacznie wyższe, gdyż kredytobiorca będzie płacił poza ratami kapitałowymi także raty odsetkowe, również przeliczane po gorszym dla kredytobiorcy kursie. Warto zwrócić uwagę, że nawet gdyby hipotetycznie kurs waluty obcej pozostawał stały przez cały okres kredytowania, to i tak kredytobiorca byłby zobowiązany do zapłaty znacznie wyższe-

go wynagrodzenia, niż gdyby umowa opierała się tylko na jednym kursie przyjmowanym do waloryzacji zarówno zobowiązań banku, jak i kredytobiorcy. Wysokość tego dodatkowego wynagrodzenia można oszacować na dzień zawarcia umowy kredytowej w oparciu o te same zasady, według których szacuje się całkowite koszty kredytu. Nie ulega też wątpliwości, że to dodatkowe wynagrodzenie banku, wynoszące w typowym przypadku kilkadziesiąt tysięcy złotych, stanowiło istotny koszt kredytu dla kredytobiorcy oraz znaczące wynagrodzenie dla banku z tytułu udzielenia kredytu. Należy przy tym stwierdzić, że przepisy dotyczące waloryzacji zobowiązań umownych nie przewidują stosowania tego typu niesymetrycznych klauzul waloryzacyjnych, gdyż nieuchronnie prowadzą one do faworyzowania jednej strony, w tym przypadku banku, jako strony silniejszej. Dlatego narzucenie tego typu rozwiązania również podlega ocenie z punktu widzenia obejścia prawa, a także rażącego naruszenia interesu konsumenta i sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

VII. KLAUZULE WALORYZACYJNE A PRZEPISY REGULUJĄCE WYSOKOŚĆ CEN I INNYCH ŚWIADCZEŃ PIENIĘŻNYCH

Zgodnie z art. 358¹ § 5 k.c. zastrzeżenie przez strony w umowie waloryzacji świadczenia pieniężnego nie może uchybiać przepisom regulującym wysokość cen i innych świadczeń pieniężnych. Nie można więc stosować umownych klauzul waloryzacyjnych, jeżeli cena jest określona w sposób urzędowy, czy to jako cena maksymalna, czy też cena sztywne. Czasami też przepisy określają inny sposób waloryzacji świadczenia, jak na przykład waloryzacja opłaty z tytułu użytkowania wieczystego czy kaucji przy najmie lokalu – przepisy te wyłączają możliwość stosowania waloryzacji umownej¹⁷.

W zakresie umów pożyczki i kredytu prze-

¹⁷ Zob. A. Olejniczak, (w:) A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa: Wolters Kluwer 2010, s. 67.

pisami regulującymi wysokość świadczenia pieniężnego będą przepisy dotyczące odsetek maksymalnych obowiązujące od 20 lutego 2006 r.¹⁸ Zgodnie z art. 359 § 2¹ k.c. wysokość odsetek wynikających z czynności prawnych nie może przekroczyć 4-krotności stopy kredytu lombardowego NBP. Jeżeli wysokość odsetek z danej czynności przekracza kwotę odsetek maksymalnych, stosuje się odsetki maksymalne.

Jest oczywiste, że przyjęcie przez strony klauzuli waloryzacyjnej nie może służyć obejściu przepisów o odsetkach maksymalnych. Łatwo sobie wyobrazić, że w umowie kredytu zostanie przyjęty miernik wartości, który ma charakter ciągle rosnący, a więc świadczenie spełniane na jego podstawie będzie zawsze wyższe niż początkowe. W takim przypadku strony łatwo mogłyby obejść przepisy o odsetkach maksymalnych, zastrzegając odsetki w dozwolonej, maksymalnej wysokości, a następnie waloryzując je owym ciągle rosnącym miernikiem. Analogicznie należy przyjąć, że waloryzacja sumy zwracanego kapitału również podlega ograniczeniom, inaczej także mogłyby dojść do obejścia przepisów o odsetkach maksymalnych. Oznacza to, że badając zasadność roszczenia banku o zwrot udzielonego kredytu, który podlegał waloryzacji klauzulą walutową, należy zbadać, czy żądana suma nie przekracza maksymalnej sumy, która byłaby należna, gdyby kredyt nie był waloryzowany, lecz był oprocentowany według odsetek maksymalnych. Jeżeli tak jest, to należność banku należy odpowiednio pomniejszyć. Inne rozwiązanie prowadziłoby do obejścia przepisów o odsetkach maksymalnych, co jest zakazane zarówno na gruncie art. 358¹ § 5, jak i art. 58 § 1 k.c.

W przypadku udzielanych w Polsce powszechnie kredytów waloryzowanych kursem franka szwajcarskiego sytuacja taka prawdo-

podobnie będzie rzadka, gdyż oprocentowanie tych kredytów było znacząco niższe niż wysokość odsetek maksymalnych, a różnica ta nie została zniweczona wzrostem kursu franka szwajcarskiego, nie można jednak wykluczyć zaistnienia takiej sytuacji w poszczególnych sprawach.

Odmiennie wygląda sytuacja w przypadku kredytów udzielonych wprost w walucie obcej. W tej bowiem sytuacji odsetki maksymalne należy odnosić wyłącznie do tej waluty¹⁹. Zobowiązanie nie podlega bowiem żadnej waloryzacji, lecz jest wyrażone w walucie obcej. Nie można jednak moim zdaniem traktować kredytów denominowanych jako kredytów walutowych. Kredyt denominowany tylko pozornie bowiem został określony w walucie obcej, podczas gdy zgodnym zamiarem stron była wypłata oraz spłata tego kredytu w walucie polskiej. Dlatego należy takie kredyty traktować jak kredyty indeksowane, a więc kredyty wyrażone w walucie polskiej, zawierające klauzule waloryzacyjne.

VIII. KLAUZULA WALORYZACYJNA A OKREŚLONOŚĆ ZOBOWIĄZANIA

Jest oczywiste w doktrynie prawa, że świadczenie musi być oznaczone. „Ścisłe oznaczenie świadczenia, a przynajmniej sposobu, który pozwoli je oznaczyć w przyszłości, najpóźniej w chwili wykonania zobowiązania, jest konieczne do tego, by zobowiązanie w ogóle powstało”²⁰.

Jako wyjątek od zasady określoności świadczenia przepisy Kodeksu cywilnego w kilku miejscach wprost zezwalają na ustalenie wysokości świadczenia nie w momencie zaciągania zobowiązania, lecz w terminie późniejszym. Zgodnie z art. 536 k.c. przy umowie sprzedaży cenę można określić przez wskazanie pod-

¹⁸ Wprowadzone ustawą nowelizującą Kodeks cywilny z 7 lipca 2005 r. (Dz.U. nr 157, poz. 1316).

¹⁹ Należy zauważyć, że zgodnie z art. 359 § 2¹ k.c. również wybór prawa obcego nie wyłącza stosowania przepisów polskiej ustawy o odsetkach maksymalnych.

²⁰ W. Czachórski, *Prawo*, s. 80.

staw jej określenia lub też jako cenę przyjętą w stosunkach danego rodzaju (np. cenę rynkową)²¹. Zasady powyższe stosuje się również w zakresie umowy dostawy (art. 612 k.c.). Analogiczne rozwiązanie przyjmuje Kodeks cywilny dla umowy o dzieło (art. 628). Tam jednak dodatkowo, przy braku wskazania podstaw do ustalenia ceny, można przyjąć, że wynagrodzenie powinno odpowiadać uzasadnionemu nakładowi pracy oraz innym nakładom przyjmującego zamówienie. Przy określaniu wynagrodzenia w umowie zlecenia zgodnie z art. 735 § 2 k.c. przy braku innych podstaw należy przyjąć wynagrodzenie odpowiadające wykonanej pracy. Z kolei art. 836 k.c. przy określaniu wynagrodzenia za przechowanie odsyła w braku uzgodnienia do stawek przyjętych (rynkowych).

Przepisy te należy pożytywać jako próbę uproszczenia obrotu (brak uzgodnienia ceny wskazuje na cenę rynkową) lub też ochronę strony umowy, która w wyniku przyjęcia nieważności czynności prawnej, względnie nieodpłatności zobowiązania, poniosłaby nieuzasadnione koszty (tak przy umowie o dzieło, zleceniu czy przechowaniu).

Należy jednak traktować powyższe przepisy jako wyjątek od generalnej zasady określoności świadczenia²². Przyjmuje się również, aczkolwiek przy braku konkretnej podstawy prawnej, że wysokość świadczenia może zostać określona przez osobę trzecią lub nawet stroną umowy. W takim jednak przypadku określenie powinno być oparte

na obiektywnej podstawie. W sytuacji kiedy oznaczenie świadczenia pozostawione zostało jednej ze stron, powinno ono być w zasadzie oparte na obiektywnej podstawie, a nie pozostawione do swobodnego uznania strony, w przeciwnym razie zobowiązanie w większości przypadków byłoby nieważne. Gdyby bowiem oznaczenia świadczenia miał dokonać wierzyciel, byłoby to niezgodne z zasadami współżycia społecznego, ponieważ nazbyt zagrażałoby interesom dłużnika, z kolei pozostawienie dowolności dłużnikowi równałoby się z całkowitym brakiem związania dłużnika, co byłoby sprzeczne z istotą zobowiązania²³. Możliwe jest natomiast pozostawienie uznania stronie umowy, jeżeli ta oznaczy świadczenie przez odwołanie się do wskaźników obiektywnych lub tzw. słusznego uznania, to jest uznania opartego na obiektywnej mierze²⁴. Uzależnienie wysokości świadczenia od wskaźnika obiektywnego pozwala również w przypadku sporu na sądowe określenie wysokości świadczenia – byłoby to niemożliwe, gdyby strony uzależniły oznaczenie świadczenia od swobodnego uznania jednej ze stron albo osoby trzeciej – w takim przypadku należy uznać, że zobowiązanie w ogóle nie powstało²⁵.

Klauzula waloryzacyjna wprowadza oczywiście element modyfikacji wysokości świadczenia. Powstaje więc zagadnienie, jakie kryteria musi spełniać klauzula waloryzacyjna, aby zachować dalej określoną wysokość świadczenia, a w konsekwencji ważność umowy. Przede

²¹ Zgodnie z wyrokiem SN z 25 czerwca 2010 r. (I CSK 505/09): „Istnieje możliwość wskazania podstaw do ustalenia ceny, które jednak muszą być stabilne i konkretnie oraz jednoznacznie określone. Mogą to być również okoliczności istniejące w chwili zawarcia umowy przedwstępnej, jak i takie, które mogą wystąpić w przyszłości. Wymogiem takiego oznaczenia ceny jest to, żeby dane niezbędne do jej ustalenia były uzgodnione przez strony”. Wadliwość w ustaleniu ceny pociąga za sobą doniosły skutek prawny, albowiem powoduje nieważność umowy (wyrok SN z 5 lutego 2002 r., II CKN 726/2000).

²² R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*, Kraków: Zakamycze 2005, s. 333, podkreśla, że „podstawową rolą zobowiązania jest zapewnienie stronom pewności co do przysługujących im praw i obciążających ich obowiązków. Ustawodawca niechętnie zatem odnosi się do sytuacji, w których istnieje zbyt daleka niepewność co do skuteczności praw i stabilności położenia prawnego stron”.

²³ T. Dybowski, (w:) Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego. Tom III. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich 1981, s. 98; tak samo T. Dybowski, A. Pyrzyńska, (w:) *System*, s. 205–206.

²⁴ W. Czachórski, *Prawo*, s. 81; Z. Radwański, *Prawo*, s. 44–45.

²⁵ Zob. Z. Gawlik, *Umowne klauzule waloryzacyjne*, „Rejent” 1991, nr 4, s. 60.

wszystkim klauzula waloryzacyjna dla swojej ważności musi odnosić się do miernika obiektywnego, sprawdzalnego dla obu stron i od obu stron niezależnego. W przypadku walutowej klauzuli waloryzacyjnej, a więc waloryzacji kursem waluty, takim obiektywnie istniejącym kursem jest kurs rynkowy. Oczywiście samo stwierdzenie, że chodzi o kurs rynkowy, nie jest wystarczające, albowiem na rynku występują różne kursy: mamy więc kurs kupna danej waluty, kurs sprzedaży danej waluty, kurs średni. Dodatkowo różne kursy kupna i sprzedaży stosują banki, korzystniejsze kantory wymiany walut, a jeszcze korzystniejsze internetowe platformy wymiany walut. Należy więc w umowie sprecyzować, o jaki kurs chodzi, gdzie i w jakim momencie publikowany. Taki wymóg wprowadziła w 2011 r. nowelizacja antyspreadowa, która w art. 69 ust. 4a Prawa bankowego nakazała określenie w umowie „sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu”.

Nie oznacza to, że prawo pozwalało wcześniej pod tym względem na dowolność. Przeciwnie, reakcja ustawodawcy nie była związana z brakiem regulacji, lecz z masowym nieprawidłowym zachowaniem banków, które w umowach kredytowych formułowały klauzulę waloryzacyjną w ten sposób, że odsyłały do kursu wyznaczonego przez siebie we własnej tabeli kursowej. Tabela kursowa banku jest zaś każdego dnia układana i ogłaszana w drodze swobodnego uznania banku i może podlegać dowolnym zmianom. Jedynym ograniczeniem jest konkurencja na rynku, która wymusza, aby kurs oferowany przez bank nie

był jaskrawo gorszy od kursów stosowanych przez inne podmioty.

Wobec faktu, że niemal wszystkie umowy kredytów indeksowanych i denominowanych zawierały odesłanie nie do kursów rynkowych, lecz do kursów wyznaczanych przez bank, a więc stronę umowy, powstaje istotne zagadnienie określoności zobowiązania.

W chwili zawierania umowy zawierającej klauzulę waloryzacyjną odsyłającą do tabeli kursowej banku z dnia faktycznej wypłaty kredytu strony nie mogły przewidzieć, jakiej wysokości kurs zostanie przyjęty do przeliczenia wysokości zobowiązania. Kurs ten natomiast każdego dnia był wyznaczany swobodnie przez bank. Czy tego typu odesłanie spełnia wymóg określoności świadczenia? Zgodnie z tym, co powiedziano wcześniej, klauzula waloryzacyjna, stanowiąca sama w sobie wyłom w zasadzie nominalizmu, musi być określona wystarczająco precyzyjnie, na podstawie obiektywnych wskaźników, aby spełniała wymóg określoności świadczenia. Odesłanie do kursu wyznaczonego dowolnie przez jedną stronę umowy tego wymogu nie spełnia. W takiej sytuacji należałoby uznać, że klauzula waloryzacyjna jest nieważna, ważność całego zobowiązania byłaby zaś uzależniona od znaczenia tej klauzuli dla zawarcia całej umowy²⁶.

Drugim możliwym wariantem rozwiązania problemu byłoby odwołanie się do koncepcji tzw. redukcji utrzymującej skuteczność²⁷. Koncepcja ta zakłada, że jeżeli dane postanowienie umowne jest nieważne, to jest nieważne tylko w zakresie wykraczającym ponad dopuszczalny prawem zakres. Innymi słowy – należy zredukować zakres postanowienia, tak aby utrzymać jego skuteczność. Podkreśla się jednak, że zastosowanie tej koncepcji w umowach zawieranych z konsumentami jest

²⁶ T. Czech argumentuje, że tego typu klauzula w obrocie profesjonalnym jest dopuszczalna, stanowi jednak nieuczciwy warunek umowy w obrocie konsumenckim. W obrocie konsumenckim „podstawy ustalenia i zmiany takich kursów [wymiany walut] muszą być zobiektywizowane oraz skonkretyzowane, tak aby konsument nie był poddawany jednostronnemu dyktatowi banku, a jego niepewność co do stosowanych kursów była odpowiednio ograniczona”. T. Czech, *Ustalanie przez banki tabeli kursów wymiany walut*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, nr 6, s. 66.

²⁷ Szerzej o tej koncepcji F. Zoll, *Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000, nr 1–2, s. 9.

niedopuszczalne²⁸. W rozpatrywanej sytuacji klauzul walutowych odsyłających do swobodnego uznania banku w postaci tabeli kursowej koncepcja ta będzie twierdzić, że nieważność dotyczy tylko tego zakresu, który odbiega od kursu rynkowego. Gdyby bowiem strony uzgodniły kurs rynkowy jako miernik wartości klauzuli waloryzacyjnej, to do takiej konstrukcji nie byłoby zastrzeżeń. Zastrzeżenia dotyczą więc wyłącznie swobody banku w odbieganiu od kursu rynkowego. Innymi słowy – należy zredukować zakres tej swobody dla utrzymania ważności i skuteczności klauzuli waloryzacyjnej. Podobne rozwiązanie przyjmuje Draft Common Frame of Reference, który w regule II-9.105 dopuszcza ustalenie ceny przez jedną ze stron umowy, z tym że jeżeli wyznaczona cena jest rażąco niekorzystna, w to miejsce wchodzi cena rozsądna²⁹.

W doktrynie generalnie przyjmuje się, że dopuszczalność redukcji utrzymującej skuteczność nie może dotyczyć niedozwolonych postanowień umownych. Jednak powstały brak w umowie może być uzupełniony na podstawie art. 56 k.c., który każe brać pod uwagę nie tylko skutki wprost wyrażone w czynności prawnej, lecz także wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów.

Rozważając to zagadnienie na gruncie przedmiotowych umów kredytowych z klauzulą waloryzacyjną, trzeba jednak stwierdzić, że próba ustalenia, jaki miernik wartości powinien być stosowany w miejsce bezskutecznego postanowienia przyjętego przez strony, jest zadaniem karkołomnym i narusza zasadę określoności świadczenia.

Przykładowo 1 sierpnia 2008 r. pewien bank wypłacił kredyt w wysokości 300 000 zł indeksowany kursem CHF. Wypłacona kwota została przeliczona na równowartość 158 311

CHF po kursie 1,895 PLN/CHF (wysokość kursów autentyczna). Równowartość ta stanowiła następnie podstawę wyliczania wysokości świadczeń kredytobiorcy w postaci kolejnych rat spłaty kredytu. Kurs średni NBP wynosił w tym dniu 1,9723, kurs kupna 1,9459, zaś sprzedaży – 1,9853 PLN/CHF³⁰. Stosując kursy NBP, otrzymamy równowartość kwoty kredytu w wysokości 152 106 CHF, 154 170 CHF lub 151 110 CHF odpowiednio. W stosunku do równowartości wyznaczonej przez bank różnice sięgają od 4 do ponad 7 tysięcy CHF, co stanowi niebagatelną kwotę wówczas kilkunastu, a obecnie nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych. Przyjmując nieważność stosowania kursu banku jako wyznaczonego przez bank dowolnie i w wiele dni po zawarciu umowy kredytowej, należałoby ustalić, jaki kurs powinien być w to miejsce zastosowany, kierując się zasadą słuszności. A przecież poza kursami NBP były wówczas jeszcze inne kursy stosowane na rynku: kursy innych banków, kursy kantorowe, kursy internetowych platform wymiany walut. Zważywszy na znaczący wpływ, jaki przyjęcie danego kursu ma dla wyznaczenia wysokości świadczenia, należy dojść do wniosku, że próba ratowania nieokreśloności klauzuli waloryzacyjnej sądowym ustalaniem innego miernika musi prowadzić do zbyt daleko posuniętej arbitralności. Rezultatem może być wyłącznie przyjęcie nieważności takiej klauzuli, z oceną ważności całej czynności prawnej w świetle art. 58 § 3 k.c.

Oczywiście w miejsce nieważnych postanowień umownych zastosowanie znajdą przepisy dyspozytywne. Przepisy te w dużej mierze wypełnią zresztą w odpowiedni sposób brak regulacji spowodowany nieważnością niektórych postanowień umownych – a więc brak, któremu ma przeciwdziałać koncepcja redukcji, utrzymując skuteczność. W odniesieniu jed-

²⁸ Zob. R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa: Lexis Nexis 2013, s. 608–628; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa: C. H. Beck 2002, s. 343; M. Bednarek, (w:) E. Łętowska (red.), *Sytem Prawa Prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa: C. H. Beck 2013, s. 773; F. Zoll, *Kilka*, s. 9.

²⁹ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (dostęp: 26 kwietnia 2016 r.).

³⁰ Kursy NBP są kursami wyznaczanymi na podstawie kursów oferowanych przez największe banki na rynku. Kurs kupna i sprzedaży różni się od kursu średniego o 2%.

nak do klauzul waloryzacyjnych, w kredytach indeksowanych brak jest takich przepisów, a w szczególności nie są nimi przepisy nowelizacji antyspreadowej, które tylko zawierają wymóg określenia zasad ustalania kursów w umowie, ale nie wprowadzają żadnej normy, która w braku takiego określenia miałaby znaleźć zastosowanie³¹. Nie znajdzie tu również zastosowania norma art. 358 § 2 k.c., która wartość waluty obcej przy braku innego uzgodnienia umownego każe przyjąć w wysokości kursu średniego NBP. Przepis ten bowiem znajduje zastosowanie wyłącznie do zobowiązań pieniężnych wyrażonych w walucie obcej.

Można natomiast rozważyć, czy art. 358 § 2 k.c. nie znajdzie zastosowania przy umowach kredytu denominowanego, a więc kredytu, którego wysokość została określona w walucie obcej, choć został wypłacony i jest spłacany w walucie polskiej. Przyjmując, że kredyt został istotnie wyrażony w walucie obcej, należałoby przyjąć, że przy nieważności dowolnego wyznaczenia kursu przez bank w to miejsce wejdzie dyspozytywny przepis art. 358 § 2 k.c., nakazujący stosowanie kursu średniego NBP.

Jednak moim zdaniem należy umowy kredytu denominowanego traktować jako umowy tylko pozornie kredytu określonego w walucie obcej. Zgodnie bowiem z typowymi postanowieniami umownymi kredyt denominowany mógł być wypłacony wyłącznie w walucie polskiej i wyłącznie w walucie polskiej mógł być spłacany. Niewątpliwym celem kredytobiorcy było zaś uzyskanie środków w walucie polskiej na pokrycie swoich zobowiązań wyrażonych właśnie w tej walucie. Nie sposób zaś uznać za kredyt walutowy kredytu, który ani nie jest wypłacany w tej walucie, ani też nie dopuszcza spłaty kredytu właśnie w tej walucie. Dlatego należy zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli (art. 65 § 2 k.c.) uznać, że zgodnym zamiarem

i celem stron było zawarcie umowy na kredyt w walucie polskiej w wysokości faktycznie wypłaconej, który miał być waloryzowany kursem waluty obcej. Przy takim rozumieniu umów kredytu denominowanego skutki prawne nieokreśloności walutowej klauzuli waloryzacyjnej będą takie, jak w przypadku kredytów indeksowanych, to jest będą one nieważne, a wysokość kredytu zostanie określona w kwocie faktycznie wypłaconych złotych polskich.

Na koniec należy podkreślić, że niezależnie od stanowiska, jakie się przyjmie co do dopuszczalności koncepcji redukcji utrzymującej skuteczności, jej stosowanie w umowach konsumenckich jest wyłączone przez regulacje odnoszące się do nieuczciwych warunków umownych, o czym niżej.

IX. KLAUZULA WALORYZACYJNA A NIEUCZLIWE POSTANOWIENIE UMOWNE W ROZUMIENIU DYREKTYWY 93/13/EWG

Klauzule waloryzacyjne stosowane przez banki w umowach kredytowych były czterokrotnie przedmiotem kontroli Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w postępowaniu dotyczącym kontroli wzorców umownych pod kątem ochrony praw konsumentów³². Za każdym razem sąd stwierdzał, że postanowienia klauzul waloryzacyjnych odnoszące się do tabeli kursowej wyznaczonej swobodnie przez bank stanowią nieuczciwy warunek umowny i rażąco naruszają interes konsumenta w rozumieniu dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich o nieuczciwych warunkach umownych³³ oraz implementujący te postanowienia art. 385¹ § 1 k.c.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podnosił, że konieczne jest, aby ponoszone

³¹ Tak też SN w wyroku z 19 marca 2015 r., IV CSK 362/14.

³² Wyroki w sprawie klauzul stosowanych przez: Bank Millennium SA z 14 grudnia 2010 r. (XVII AmC 426/09); przez mBank SA z 26 stycznia 2011 r. (XVII AmC 1531/09); przez Bank BPH SA z 27 sierpnia 2012 r. (XVII AmC 5344/11); przez DnB Nord, wyrok z 25 czerwca 2014 r. (XVII AmC 8868/12).

³³ Dz.U. UE. L. 1993.95.29.

przez konsumenta koszty związane z zawarciem umowy, o ile nie wynikają z czynników obiektywnych, były możliwe do przewidzenia. Brak określenia w umowie sposobu ustalania kursów walutowych na potrzeby przeliczenia salda zadłużenia na walutę obcą oraz przeliczenia na złote kwoty wymaganej do spłat kredytu w rażący sposób narusza interes konsumenta. Konsument jest bowiem uzależniony całkowicie od decyzji zarządu banku, który ustali kursy walut w sposób znany wyłącznie jemu, konsument zaś nie ma żadnego wpływu na taką arbitralną decyzję, nie może jej w żaden sposób zweryfikować i może jedynie takiej decyzji się podporządkować. Czym innym – zdaniem sądu – jest ryzyko wynikające ze zmienności kursów walut, a czym innym samodzielne ustalanie kursów walut przez bank. Nawet jeżeli ryzyko kursowe jest zasadniczo niezależne od stron, to sam fakt, że bank ma dodatkowo możliwość swobodnego ustalania kursu waluty stosowanego do waloryzacji, bez żadnych formalnych ograniczeń wynikających z umowy np. co do wielkości dopuszczanego odchylenia od kursu rynkowego, pozwala bankowi w sposób jednostronny kształtować sytuację klienta.

Powyższe rozumowanie SOKIK w pełni zasługuje na uznanie. Należy zauważyć, że zastrzeżenie kształtowania wysokości wynagrodzenia jednostronnie przez przedsiębiorcę już po zawarciu umowy stanowi modelowy wręcz przykład nieuczciwego postanowienia umownego w rozumieniu załącznika do dyrektywy (art. 1 lit. I załącznika do dyrektywy), przewidującego możliwość podwyższenia ceny w trakcie trwania umowy. Załącznik do dyrektywy przewiduje, że ograniczenia tego nie stosuje się do instytucji finansowych, jednak wyłącznie w zakresie, w którym cena związana jest ze zmianami notowań giełdowych indeksu lub stopy rynku finansowego, nad którymi sprzedawca czy też dostawca nie ma żadnej kontroli (art. 2 lit. c załącznika do dyrektywy). Dodatkowo należy zauważyć, że

polski ustawodawca, implementując przepisy dyrektywy do Kodeksu cywilnego, wprowadził listę typowych zakazanych klauzul w art. 385³ k.c., w punkcie 20 przewidując, że określanie lub podwyższanie ceny po zawarciu umowy przez kontrahenta konsumenta jest niedozwolonym postanowieniem umownym, chyba że konsument posiada prawo odstąpienia od umowy. Jednocześnie polski ustawodawca nie wprowadził wyjątku dla instytucji finansowych, zapewniając w ten sposób konsumentowi większą ochronę, do czego był uprawniony na mocy art. 8 dyrektywy.

Oznacza to, że w stosunkach z konsumentami zastrzeżenie sobie możliwości swobodnego kształtowania wynagrodzenia jest niedopuszczalne nie tylko ze względu na złamanie zasady określoności świadczenia, ale jest również bezskuteczne, gdyż stanowi nieuczciwy warunek umowny.

Wejście w życie ustawy antyspreadowej nie usuwa abuzywności klauzul waloryzacyjnych, wbrew pogładowi wyrażonemu na marginesie wyroku SN z 19 marca 2015 r.³⁴ Należy bowiem zauważyć, że ustawa antyspreadowa nie zmodyfikowała zasad ustalania kursów walut w sposób obiektywny i niezależny od woli banku. Ustawa dała natomiast prawo kredytobiorcy do zawarcia aneksu do umowy, który da możliwość spłaty kredytu w walucie waloryzacji. Uprawnienie to jest jednak dużo słabsze niż poprawne wyznaczenie wysokości kursu waloryzacji. Kredytobiorca chcący bowiem skorzystać z tego uprawnienia musi zaangażować się w szereg dodatkowych czynności, polegających na szukaniu odpowiedniego miejsca sprzedaży waluty obcej, a następnie przekazaniu tej waluty obcej do banku, pomimo że celem umowy kredytowej było uzyskanie finansowania i zapewnienie spłat w walucie polskiej. Jest więc to rozwiązanie dużo bardziej kłopotliwe i kosztowne dla kredytobiorcy. Ponadto nowelizacja nie rozwiązuje problemu kursu zastosowanego do przeliczenia wypłaty kredytu, co rzutuje na wysokość wszystkich należnych rat kredytu,

³⁴ Wyrok SN z 19 marca 2015 r. (IV CSK 362/14).

w tym również i tych należnych po wejściu w życie ustawy antyspreadowej, oraz spłat kredytu dokonanych przed wejściem w życie ustawy antyspreadowej.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy nieuczciwe warunki umowne nie wiążą konsumenta, sama zaś umowa obowiązuje dalej, o ile to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. Jednocześnie dyrektywa przewiduje, że brak skuteczności nie dotyczy postanowień, które dotyczą głównych świadczeń stron, o ile tylko są wyrażone jasnym i zrozumiałym językiem. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na kilka orzeczeń TSUE.

W orzeczeniu z 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kasler i Rabaí*³⁵ dotyczącej kredytu waloryzowanego kursem waluty obcej Trybunał orzekł, że „tego rodzaju warunku – w zakresie, w jakim przewiduje on po stronie konsumenta zobowiązanie pieniężne w postaci obowiązku zapłaty w ramach rat kredytu kwot wynikających z różnicy między kursem sprzedaży a kursem kupna danej waluty obcej – nie można uznać za określający «wynagrodzenie», którego stosunek jako świadczenia wzajemnego do dostarczonej przez kredytodawcę usługi nie może być przedmiotem oceny nieuczciwego charakteru na podstawie art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13”, i dalej: „Artykuł 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że w przypadku warunku umownego takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym wymóg, zgodnie z którym warunek umowny musi być wyrażony prostym i zrozumiałym językiem, powinien być rozumiany jako nakazujący nie tylko, by dany warunek był zrozumiały dla konsumenta z gramatycznego punktu widzenia, ale także, by umowa przedstawiała w sposób przejrzysty konkretne działanie mechanizmu wymiany waluty obcej, do którego odnosi się ów warunek, a także związek między tym mechanizmem a mechanizmem przewidzianym w innych warunkach dotyczących uruchomienia kredytu, tak by rzeczony

konsument był w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wpływające dla niego z tej umowy konsekwencje ekonomiczne”. Można byłoby zaryzykować twierdzenie, że TSUE ustalił, że jednoznaczność mechanizmu oznacza jego powiązanie z obiektywnymi i sprawdzalnymi parametrami, które wykluczają swobodę przedsiębiorcy w określaniu wysokości swojego wynagrodzenia, a więc to, co polska doktryna prawa rozumie przez określoność świadczenia poprzez jego połączenie z obiektywnymi wskaźnikami. Jednocześnie wykluczone jest tutaj oparcie się na tzw. „słusznym uznaniu” strony, które poprzez brak odwołania się do jasnych kryteriów z konieczności zakłada duży margines swobody strony umowy w określeniu wysokości zobowiązania.

Stanowi to potwierdzenie wyrażanego w polskiej literaturze poglądu, że koncepcja redukcji, utrzymując skuteczność, nie znajduje zastosowania do umów z udziałem konsumenta.

Jednocześnie pozostaje do rozważenia kwestia skutków prawnych uznania danej klauzuli za bezskuteczną. Zgodnie z dyrektywą dane postanowienie umowne jest bezskuteczne, a umowa obowiązuje dalej, o ile jest to możliwe. Jeżeli zaś nie jest to możliwe, bo bezskuteczne postanowienie stanowiło istotny element umowy, to umowa jest nieważna w całości. Nie ma natomiast możliwości, aby nieuczciwe postanowienie umowne dalej wiązało konsumenta. W wyroku z 14 czerwca 2012 r. w sprawie *Camino*³⁶ TSUE stwierdził m.in.: „sądy krajowe są zobowiązane wyłącznie do zaniechania stosowania nieuczciwego warunku umownego, aby nie wywierał on obligatoryjnych skutków wobec konsumenta, przy czym nie są one uprawnione do zmiany jego treści. Umowa ta powinna bowiem w zasadzie nadal obowiązywać, bez jakiegokolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylecia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest

³⁵ Wyrok TSUE C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282.

³⁶ Wyrok TSUE C-618/10. ECLI:EU:C:2012:349.

prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego (...) gdyby sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w takich umowach, takie uprawnienie mogłoby zagrażać realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 dyrektywy 93/13. Uprawnienie to przyczyniłoby się bowiem do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów (...) ponieważ nadal byłiby oni zachęceni do stosowania rzeczonych warunków, wiedząc, że nawet gdyby miały one być unieważnione, to jednak umowa mogłaby zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd krajowy, tak aby zagwarantować w ten sposób interes rzeczonych przedsiębiorców (...). Z rozważań tych wynika zatem, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie można rozumieć jako umożliwiającego sądowi krajowemu – w wypadku gdy stwierdzi on istnienie nieuczciwego warunku w umowie zawartej pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem – zmianę treści rzeczonego warunku zamiast zwykłego niestosowania go”.

Artykuł 385¹ k.c. przewiduje analogiczne skutki: niezwiązanie konsumenta nieuczciwym postanowieniem oraz dalsze obowiązywanie umowy. Należy zaznaczyć, że obowiązywanie umowy w dalszym ciągu po wyłączeniu z niej nieuczciwego postanowienia umownego jest pomyślane jako ochrona interesu konsumenta, a nie jego kontrahenta. To bowiem konsument może być przede wszystkim zainteresowany dalszym obowiązywaniem umowy, tym razem już na korzystniejszych warunkach, bo z wyłączeniem nieuczciwie zastrzeżonych korzyści przez kontrahenta. Podkreśla się w doktrynie³⁷, jak również w orzecznictwie TSUE, że skutki ekonomiczne takiego rozwiązania mogą być dotkliwe dla kontrahenta konsumenta, jednak roz-

wiązanie takie ma pełnić funkcję odstrasżającą. Gdyby bowiem jedyną sankcją miał być powrót do warunków uczciwych, to kontrahent konsumenta niczym by nie ryzykował, narzucając nieuczciwe postanowienia umowne. W niewielu bowiem sprawach konsumenci decydują się na wniesienie sprawy do sądu, a w takim wypadku kontrahent i tak ma zagwarantowany powrót do warunków uczciwych, a więc tego, co powinien był proponować od razu³⁸.

X. SKUTKI UZNANIA KLAUZUL WALORYZUJĄCYCH ZA NIEWAŻNE ALBO BEZSKUTECZNE

W świetle powyższych rozważań nie ulega wątpliwości, że klauzule waloryzacyjne stanowią nieuczciwe postanowienie umowne i nie wiążą konsumentów.

Powstaje jednak w tym miejscu istotne pytanie o stosunek tego rozwiązania do przepisu art. 56 k.c., który stwierdza, że czynność prawna wywiera skutki nie tylko w niej wyrażone, ale również wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. O ile odwołanie się do ustawy jest jasne, i to zarówno w odniesieniu do przepisów dyspozytywnych, które znajdują zastosowanie, o ile strony nie umówiły się inaczej, jak też przepisów *iuris cogentis*, które wywierają skutki niezależnie od woli stron, to powstaje pytanie, jak należy rozumieć skutki czynności prawnej wynikające z zasad współżycia społecznego.

Jak stwierdza R. Trzaskowski: „Potrzeba uzupełnienia luki w umowie z odwołaniem do zasad współżycia społecznego dotyczy przede wszystkim sytuacji, w której strony nie przewidziały potrzeby uregulowania danej kwestii, a kwestia ta okazała się istotna, albo sytuacji, w których pierwotna regulacja oka-

³⁷ Zob. np. C. Żuławska, (w:) G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga 3. Zobowiązania*, tom I, Warszawa: Lexis Nexis 2010, s. 165.

³⁸ R. Trzaskowski, *Skutki*, s. 621, argumentuje, że same koszty procesu mogą być wystarczająco dotkliwym obciążeniem dla przedsiębiorcy i zapewniać wystarczający efekt odstrasżający. Pogląd taki wydaje się nieuzasadniony, a poza tym jest sprzeczny z podkreślanym przez TSUE zamierzonym efektem odstrasżającym utraty skuteczności nieuczciwego postanowienia umownego.

zała się nieskuteczna³⁹. Jednocześnie podkreśla się w doktrynie, że stosowanie art. 56 k.c. nie może prowadzić do modyfikacji stosunku umownego⁴⁰.

W omawianej sytuacji kredytów indeksowanych i denominowanych mamy do czynienia niewątpliwie z powstaniem braku w umowie. Wysokość zobowiązań stron została bowiem powiązana z kursem waluty obcej, przy czym sposób wyznaczania tego kursu został narzucony przez banki w sposób prowadzący do pokrzywdzenia konsumentów. Tego typu postanowienie umowne jest nieważne (albo co najmniej bezskuteczne), powstaje natomiast pytanie, jak wpływa to na ważność i treść pozostałej części umowy. Możliwości są trzy: cała umowa jest nieważna, gdyż strony nie zawarłyby takiej umowy bez zapewnienia skutecznego mechanizmu waloryzacji; umowa jest ważna, ale w miejsce bezskutecznych zapisów indeksacyjnych na drodze sądowej wprowadza się inny mechanizm waloryzacji w oparciu o zasady współżycia społecznego; umowa jest ważna, ale w miejsce nieważnych lub bezskutecznych postanowień waloryzacyjnych nie wchodzi żaden inny zapis.

Pierwsze rozwiązanie, a więc upadek całej umowy, wydaje się rozwiązaniem poprawnym⁴¹. Z punktu widzenia funkcjonowania całej umowy kredytowej powiązanie jej z kursem waluty obcej niewątpliwie było istotnym jej elementem, pozwalającym na zaoferowaniu konsumentom korzystniejszego oprocentowania (choć powiązane z dużym ryzykiem kursowym), co spowodowało większy popyt i w konsekwencji większą sprzedaż tych produktów przez banki. Bez mechanizmu waloryzacji żaden bank nie zaoferowałby produktu w walucie polskiej, ale oprocentowanego niżej, według oprocentowania

właściwego dla waluty obcej. Z drugiej strony wielu kredytobiorców nie zawarłoby umowy na kredyt w walucie polskiej z oprocentowaniem właściwym dla tej waluty, gdyż byłby to produkt zbyt dla nich drogi. Wylimitowanie z umowy mechanizmu waloryzacji powoduje więc, że uzasadnione jest przekonanie, iż strony nie zawarłyby takiej umowy bez tego postanowienia, a więc umowa w całości powinna być uznana za nieważną. Oczywiście nieważność setek tysięcy umów kredytowych, upadek hipotek zabezpieczających te kredyty i związana z tym konieczność dokonywania wielu rozliczeń byłaby praktycznym kłopotem tego rozwiązania, ale samo w sobie nie może to determinować oceny prawnej. Przeciwno temu rozwiązaniu można natomiast podnieść argument, że nie bierze ono pod uwagę zamiaru stron i nadmiernie ingeruje w stosunki umowne. Należy bowiem zauważyć, że klauzula waloryzacyjna nie stanowi istotnego przedmiotowo elementu umowy kredytu, a jej nieważność lub bezskuteczność sama przez się nie wpływa na możliwość dalszego wykonywania umowy kredytowej. Argument ten ma swoją moc zwłaszcza w sytuacji, w której strona słabsza, a więc kredytobiorca, nie podnosi zarzutu nieważności umowy, dążąc jedynie do wylimitowania z niej bezskutecznej klauzuli waloryzacyjnej, przy utrzymaniu umowy w pozostałej części. Dlatego moim zdaniem nieważność umowy kredytowej nie może być stwierdzona, jeżeli wskutek żądania konsumenta klauzule waloryzacyjne zostaną uznane za bezskuteczne, a umowa będzie obowiązywała dalej. W tym zakresie bowiem – zgodnie z art. 58 § 1 k.c. – należy przyjąć prymat rozwiązania szczególnego, określonego w art. 385¹ § 2 k.c., a więc dalsze trwanie umowy w pozostałym zakresie

³⁹ R. Trzaskowski, (w:) J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa, LexisNexis 2014, s. 211.

⁴⁰ M. Safjan, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom 1*, Warszawa: C. H. Beck 2014, s. 244.

⁴¹ Za takim rozwiązaniem opowiada się M. Korpalski, *Dowolność spreadów walutowych. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21.10.2011 (VI ACa 420/11)*, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 4, s. 61. Zob. także wyrok SN z 22 września 1987 r. (III CRN 265/87), OSN 1989, nr 5, poz. 80, w którym SN stwierdził, że zasady współżycia społecznego nie mogą prowadzić do modyfikacji zasad uznawania czynności prawnych za nieważne.

w interesie konsumenta jako słabszej strony stosunku umownego⁴².

Drugie potencjalne rozwiązanie jest znacznie bardziej kontrowersyjne. Zakłada bowiem, że po wyeliminowaniu klauzuli waloryzacyjnej w umowie powstaje luka dotycząca ustalenia miernika waloryzacji, która musi zostać w jakiś sposób wypełniona. Ponieważ zaś brak jest przepisów dyspozytywnych w odniesieniu do klauzul waloryzacyjnych, to uzupełnienie tej luki musi się odbyć na zasadzie odwołania się do zasad współżycia społecznego, a więc do zasad słuszności⁴³. Za tym rozwiązaniem przemawia niewątpliwie to, że utrzymuje umowę w mocy, a więc realizuje wolę stron, jednocześnie próbując zrekonstruować porozumienie stron, jakie byliby osiągnięte, gdyby nie próba narzucenia nieuczciwych postanowień umownych przez bank. Wadą jest zaś niewątpliwie arbitralne przyjęcie, jaki miernik wartości byłby przyjęty konsensem stron⁴⁴, a przez to uznaniowa w gruncie rzeczy decyzja o wysokości zobowiązania – jak wskazano wyżej w zależności od przyjętego kursu waluty jako miernika (kurs średni NBP, kurs kupna czy sprzedaży NBP, kurs na rynku bankowym, giełdowym, kantorowym), wartości zobowiązania kredytobiorcy będą różne nawet o kilkadziesiąt tysięcy złotych. Powoduje to, że trudno tutaj mówić o konsensie stron, a przez to uzgodnieniu klauzuli waloryzacyjnej. Jeżeli zaś w ogóle szukać takiego kursu, to należałoby wskazać kurs średni NBP jako podstawę – jest to bowiem kurs niezależny od decyzji poszczególnych banków,

a jednocześnie oparty na kursach rynkowych. Ponadto jako kurs średni wyważa interesy pomiędzy interesami sprzedającego (banku) i kupującego (kredytobiorcy), a wreszcie byłoby to rozwiązanie analogiczne do przeliczania zobowiązań wyrażonych w walucie obcej na podstawie art. 358 § 2 k.c. Jednak podstawową wadą takiego rozwiązania, które moim zdaniem całkowicie je dyskwalifikuje z obrotu konsumenckiego, jest sprzeczność z treścią i celem dyrektywy 93/13/EWG i art. 385¹ k.c. Wprowadzenie takiego rozwiązania równałoby się niczemu innemu jak modyfikacji stosunku umownego, a nie prostemu pozbawieniu skuteczności wadliwej klauzuli waloryzacyjnej narzuconej przez kontrahenta konsumenta. Funkcjonalnie równałoby się to zastosowaniu klauzuli redukującej skuteczność, a więc uznaniu, że klauzula waloryzacyjna jest bezskuteczna tylko w zakresie przewyższającym kurs słuszny, jakkolwiek zdefiniowany⁴⁵. Innymi słowy – byłoby to utrzymanie znacznej części niedozwolonego postanowienia w mocy i wyeliminowanie odstrasżającego efektu wywieranego przez dyrektywę, na który zwracał uwagę TSUE w cytowanym powyżej wyroku w sprawie *Camino*. Powrót do uczciwych postanowień umownych w sytuacji, w której wiadomo, że tylko część konsumentów będzie dochodzić swoich praw w sądzie, stanowiłoby wręcz zachętę dla przedsiębiorców do stosowania nieuczciwych postanowień umownych w stosunkach z konsumentami⁴⁶. Rozwiązanie to jest tym bardziej trudne do zaakceptowania,

⁴² Możliwość potwierdzenia częściowej ważności umowy w warunkach art. 58 § 3, zob. też R. Trzaskowski, *Skutki*, s. 339.

⁴³ Tak zdaje się argumentować generalnie R. Trzaskowski, *Skutki*, s. 632, choć stwierdza jednocześnie, że: „Jeżeli zatem niedozwolone postanowienie wytyczające konieczny element stosunku prawnego (np. niejednoznaczne postanowienie określające podstawę do ustalenia ceny) nie zostało potwierdzone przez konsumenta, to ze względu na brak minimalnego konsensu umowa będzie musiała zostać uznana za nieistniejącą” (s. 631), co w omawianym przypadku prowadziłoby do stwierdzenia nieważności umowy kredytowej; zob. także T. Czech, *Ustalenie*, s. 66 i tenże *Kontrola abuzywności klauzuli walutowej w umowie kredytu. Glosa do wyroku SN z 19 marca 2015 r. (IV CSK 362/14)*, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 10, s. 20.

⁴⁴ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa: PWN 1977, s. 69, daje przykład określenia ceny w koronach, bez sprecyzowania, o walutę jakiego kraju chodzi, jako przykład dyssensu prowadzącego do nieważności umowy.

⁴⁵ Możliwość uznania danego postanowienia umownego za tylko w części bezskuteczne została odrzucona w wyroku SN z 29 czerwca 2007 r. (III CZP 62/07, OSN 2008, nr 7–8, poz. 87).

⁴⁶ Dlatego też krytycznie należy odnieść się do wyroku SN z 14 maja 2015 r. (II CSK 768/14), w którym SN uznał,

że narzucenie przez banki własnych kursów walut było działaniem celowym, obliczonym na pobieranie dodatkowego ukrytego wynagrodzenia na szkodę konsumenta, jak to opisano wyżej, a w świetle ogólnych zasad prawa konsumenckiego, w tym przykładowych zakazanych postanowień umownych określonych w art. 385³ k.c. (w tym w pkt 20 zakazującym określania jednostronnie ceny po zawarciu umowy bez prawa do odstąpienia), sprzeczność tego typu postanowień z prawem musiała być dla przedsiębiorcy oczywista⁴⁷.

Wreszcie rozważyć należy trzecie rozwiązanie, a więc rozwiązanie, które utrzymuje w mocy umowę, lecz pozbawia skuteczności całą klauzulę waloryzacyjną. W rezultacie umowa kredytowa stałaby się umową pozbawioną powiązania z kursem waluty obcej, natomiast zachowałyby swoją moc w pozostałym zakresie, a więc przede wszystkim co do wysokości oprocentowania i zasad spłaty kredytu. Rozwiązanie takie wydaje się najbardziej pożądane, jeżeli z wnioskiem występuje konsument. Z jednej strony zachowuje częściową ważność umowy, a z drugiej – realizując w pełni postulat dyrektywy 93/13/EWG – całkowicie eliminuje nieuczciwe postanowienie umowne w postaci klauzuli walutowej odnoszącej się do kursów swobodnie wyznaczanych przez bank. W ten sposób wywiera również wymagany efekt odstraszający na banki, ponieważ umowa kredytowa będzie wykonywana na zdecydowanie mniej opłacalnych warunkach dla banku. Jest to jednak prosty efekt łamania prawa przez banki w narzucanych konsumentom wzorcach umownych. Przy okazji należy zauważyć, że umowa pozostaje dalej umową odpłatną, gdyż bank uprawniony jest do otrzymywania oprocentowania, a utrata

korzyści z waloryzacji kursem waluty obcej ma charakter z góry nieokreślony, gdyż jej wielkość zależy od wahań kursu tej waluty w przyszłości i może – przy określonych zmianach tego kursu – w ogóle nie wystąpić, a nawet wystąpić na korzyść konsumenta.

XI. PODSUMOWANIE

Stworzenie przez banki i wprowadzenie do masowego obrotu konsumenckiego kredytów powiązanych z kursem waluty obcej, w postaci kredytów denominowanych oraz indeksowanych, stworzyło szereg problemów zarówno ekonomicznych, jak i prawnych. Analizując typowe umowy kredytu, należy dojść do wniosku, że zawierały one nieuczciwe postanowienia umowne i rażąco naruszały interesy konsumenta. Ponadto samo zastosowanie klauzul waloryzacyjnych wystawiało kredytobiorców na niczym nieograniczone ryzyko, o którym kredytobiorcy nie zostali wystarczająco poinformowani. Ponadto banki poprzez stosowanie podwójnych klauzul waloryzujących w sposób ukryty zastrzegły sobie pobieranie dużo wyższego wynagrodzenia, niż zdawali sobie z tego sprawę kredytobiorcy, co stanowiło naruszenie zasad współżycia społecznego. Jedynym poprawnym rozwiązaniem problemu tych umów jest uznanie ich za nieważne ze względu na nieokreśloność świadczenia i sprzeczność z zasadami współżycia społecznego, a w przypadku odpowiedniego roszczenia konsumenta zastosowanie przepisów o nieuczciwych warunkach umownych i pozbawienie klauzul waloryzujących skuteczności przy braku sądowego ustanawiania innego mechanizmu waloryzującego świadczenia stron.

że można odwołać się do zasad współżycia społecznego dla ustalenia, w jaki sposób może się zmieniać stopa oprocentowania kredytu, jeżeli strony porozumiały się co do tego, że kredyt ma zmienne oprocentowanie, lecz klauzula przewidująca swobodę banku w zakresie zmiany oprocentowania jest abuzywna, zwłaszcza że SN nakazał branie pod uwagę słusznego wynagrodzenia dla banku, zamiast oprocentowania słusznego dla obu stron umowy. Zob. J. Czabański, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 14 maja 2015 r.*, „Palestra” 2016, nr 1–2, s. 182.

⁴⁷ O niebezpieczeństwie narzucania umownych klauzul waloryzacyjnych przez silniejszą stronę umowy zob. Z. Gawlik, *Umowne*, s. 73.

Summary

Jacek Czabański

FOREIGN CURRENCY INDEXATION CLAUSES IN MORTGAGE LOAN CONTRACTS. THE ANALYSIS OF THE CASE

The article discusses the problem of foreign currency indexed mortgage loans in Poland. In 2006–2008 mortgage loans indexed to Swiss Francs constituted most of the mortgage loan market. However, these loans present serious legal problems as banks indexed loans to their own currency exchange rates, not the market ones. Such clauses are unfair within the meaning of art. 3.1 of the Directive 93/13/EEC on unfair contract terms as they allow banks to increase the price of the loan without the consent of the borrower. Such terms have also been found unfair and ineffective in pre-formulated standard contract's review procedure by the Court of Competition and Consumer Protection. The remaining question is whether such ineffective indexation clauses may be replaced by other indexation mechanism by a court ruling. The author argues such a solution would be contrary to the art. 6.1 of the Directive and its preventive effect. Instead, the indexation clause should not be binding at all, and the loan contract should last without any indexation in the interest of the consumer.

KEY WORDS: unfair contract terms, foreign currency indexed mortgage loans

POJĘCIA KLUCZOWE: klauzule abuzywne, kredyt indeksowany, kredyt denominowany, określoność świadczenia

WYKORZYSTANIE NAGRAŃ WYKONANYCH BEZ ZGODY OSOBY NAGRYWANEJ W POSTĘPOWANIU CYWILNYM

I. WPROWADZENIE

Zagadnienie dopuszczalności dowodu z nagrań wykonanych bez zgody osoby nagrywanej w postępowaniu cywilnym nie zostało jednoznacznie przesądzone przez ustawodawcę. Z tego powodu zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie pojawiają się wątpliwości co do możliwości korzystania z tego rodzaju dowodów. Wziąwszy pod uwagę powszechność urzędzeń pozwalających na nagranie rozmowy, konieczne staje się jednoznaczne rozstrzygnięcie tej kwestii.

II. NORMY PROCESOWE

Nie sposób analizować przedmiotowego zagadnienia z pominięciem norm k.p.c. dotyczących postępowania dowodowego. Przede wszystkim należy zauważyć, że art. 309 k.p.c. statuuje otwarty katalog innych środków dowodowych¹, co oznacza, że ustawodawca dopuszcza możliwość wykorzystywania innych, niż tylko wyraźnie wymienione w k.p.c., środków dowodowych. Niemniej jednak dowód z filmu, fotografii oraz płyt lub taśm dźwiękowych i innych przyrządów utrwalających albo przenoszących obrazy lub dźwięki został *expressis verbis* wskazany jako możliwy do przeprowadzenia w art. 308 § 1 k.p.c., z tym zastrzeżeniem, że dowody te powinny

być przeprowadzone z odpowiednim zastosowaniem przepisów o dowodzie z oględzin oraz z dokumentów². Istotny jest tutaj zwłaszcza art. 248 k.p.c., dotyczący przedstawienia dokumentu, który jednoznacznie określa, że strona nie może odmówić przedstawienia dokumentu, jeżeli szkoda, na którą byłaby przez to narażona, polega na przegraniu procesu (jednocześnie toczącego się lub mogącego się toczyć w przyszłości)³.

Należy rozważyć, czy odpowiednie stosowanie art. 248 k.p.c. nie oznacza, że strona nie może sprzeciwić się odtworzeniu nagrania, nawet jeśli zostało ono wykonane bez jej wiedzy i zgody. Można dojść do wniosku, że, *per analogiam*, do dowodu z korespondencji pisemnej między stronami, którą sąd nie tylko może, ale wręcz powinien dopuścić jako dowód, a w przypadku gdy znajduje się ona w posiadaniu strony przeciwnej, zobowiązać ją do przedłożenia tej korespondencji, należałoby uznać, iż strona nagrywana nie może, stosując odpowiednio terminologię art. 248 k.p.c., „odmówić przedstawienia jej wypowiedzi”.

Mając na względzie powyższe, można zauważyć, że normy k.p.c. nie tylko nie ograniczają możliwości przeprowadzenia dowodów z nagrań, ale wręcz statuują korzystanie z nich w procesie cywilnym, przy czym konieczne jest, aby dowody te, jak wszystkie inne, zostały poddane przez sąd krytycznej analizie, zwłaszcza pod kątem ich prawdziwości, co znajdowa-

¹ K. Flaga-Gieruszyńska, (w:) A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2014 (SIP Legalis) (dostęp: 20 maja 2015 r.).

² T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa: LexisNexis 2012, s. 1227.

³ K. Piasecki, (w:) A. Marciniak, K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366*, wyd. 6, Warszawa: C. H. Beck 2014, s. 993.

ło od dawna wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁴ oraz doktrynie, wskazującej fakt, iż sąd może⁵, a nie musi, dopuścić dany dowód. Warto również zauważyć, że normy k.p.c. nie wprowadzają rozróżnienia na nagrania wykonane za czyjąś zgodą lub bez niej.

Na marginesie można zwrócić uwagę, że dość istotnym zagadnieniem związanym z dopuszczeniem dowodu z nagrań są nakładane niejednokrotnie przez sądy zobowiązania do złożenia przez stronę zgłaszającą dowód z nagrania pisemnego odtworzenia treści tych nagrań. Takie postępowanie w sposób zdecydowany narusza naturę dowodu z nagrań, a nadto nakłada na strony nieuzasadniony ciężar. W doktrynie jednoznacznie opowiedziano się za poglądem, że przeprowadzenie dowodu z nagrania polega na odtworzeniu nagrania⁶, natomiast strona zgłaszająca stosowny wniosek dowodowy nie ma obowiązku załączenia protokołu obejmującego jego treść⁷.

III. POGLĄDY WYRAŻANE W DOKTRYNIE I JUDYKATURZE

Jako jedną z podstawowych przeszkód w dopuszczeniu dowodu z nagrań, na które nagrywany nie wyraził zgody, wskazuje się normę art. 267 k.k., słusznie podnosząc, że penalizuje ona zachowania dotyczące nieuprawnionego dostępu do informacji⁸, a w szczegól-

ności zakładanie urządzenia podsłuchowego lub posługiwanie się nim. Jak trafnie jednak zauważono⁹, nie popełnia przestępstwa osoba uprawniona do uzyskania informacji, nawet jeśli posługuje się urządzeniem podsłuchowym. Wobec tego trudno byłoby czynić zarzut naruszenia art. 267 k.k. stronie zgłaszającej dowód z nagrania, jeśli była ona uprawniona do uzyskania tej informacji, zwłaszcza jeśli, co najczęstsze, była zarazem stroną nagrywanej rozmowy, ponieważ stałoby to w jawnej sprzeczności z obowiązującym w prawie karnym zakazem analogii¹⁰.

Niebagatelne znaczenie ma również fakt, że, zgodnie z art. 5 k.p.k. oraz art. 42 ust. 3 Konstytucji RP, każdego uważa się za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem¹¹, nie można więc mówić o tym, iż dane nagranie jest efektem przestępstwa, dopóki ktoś nie zostanie skazany za to przestępstwo¹², o czym zwolennicy odmówienia mocy dowodowej nagraniu, z uwagi na treść art. 267 k.k., zapominają aż nazbyt często.

Argumentem przemawiającym za odmową dopuszczenia dowodu z nagrań, na które nagrywany nie wyraził zgody, ma być również treść art. 47 i art. 49 Konstytucji RP¹³. Chronią one tajemnicę komunikowania się, należy jednak pamiętać, że adresatami tych norm są przede wszystkim organy państwa, nie zaś obywatele¹⁴. Dlatego słuszne wydaje się być

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 10 stycznia 1975 r., II CR 752/74.

⁵ J. Jodłowski, Z. Resich, *Postępowanie cywilne*, wyd. 7, Warszawa: LexisNexis 2014, s. 405.

⁶ K. Flaga-Gieruszyńska, (w:) A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa: C. H. Beck 2014, s. 548.

⁷ T. Zembrzusi, *Komentarz do art. 308 Kodeksu postępowania cywilnego*, (w:) H. Dolecki, T. Wiśniewski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–366*, LEX (dostęp: 22 maja 2015 r.).

⁸ W. Wróbel, (w:) A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, tom II, wyd. 4, Warszawa: Wolters Kluwer Polska 2013, s. 1497–1510.

⁹ A. Bojańczyk, *Glosa do wyroku SN z 10 maja 2002 r.*, WA 22/02, „Palestra” 2003, nr 7–8, s. 245–255.

¹⁰ L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 18, Warszawa: C. H. Beck 2013, s. 17–19.

¹¹ Znajduje to również jednoznaczne potwierdzenie w orzecznictwie, zob. wyrok Sądu Najwyższego z 8 marca 2013 r., III KK 317/12; postanowienie Sądu Najwyższego z 24 czerwca 2010 r., II K 138/10; wyrok Sądu Najwyższego z 25 marca 2009 r., III KK 36/09.

¹² J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2015, s. 24–26.

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 10 stycznia 2008 r., I ACa 1057/07.

¹⁴ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 16, Warszawa: Liber 2012, s. 99–101.

stwierdzenie, że zarówno nadawca wiadomości, jak i jej adresat mogą upowszechnić przekazywane treści¹⁵. Jest ono tym bardziej uprawnione w kontekście art. 54 Konstytucji RP, zapewniającego wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Dlatego też trudno byłoby jednoznacznie wskazać, że normy art. 47 i art. 49 Konstytucji RP mają w sposób oczywisty prymat nad art. 54 Konstytucji RP, w przypadku dojścia do konfliktu między nimi.

Podnoszone bywa również, że okoliczność, iż strona nie wyraziła zgody na nagranie rozmowy i nie została uprzedzona o nagrywanie, nagrywający zaś nie wspomniał przed przystąpieniem do nagrania, że zapis rozmowy będzie wykorzystany w procesie, stanowi o naruszeniu art. 227, 233 i 328 k.p.c.¹⁶ Wziąwszy pod uwagę, że wskazane normy w żaden sposób nie wymagają uprzedzenia kogokolwiek o możliwości wykorzystania danego środka jako dowodu, nie sposób zgodzić się z tym stanowiskiem. Na zasadzie *reductio ad absurdum* należałoby również dojść do wniosku, że każdy dowód z dokumentu, jeśli przed jego podpisaniem podpisującego nie uprzedzono o możliwości wykorzystania dokumentu w procesie, powinien zostać pominięty przez sąd, lecz jednak dowody takie pomijane nie są, co sugeruje, iż w stosunku do nagrań sądy powinny postępować analogicznie.

Nadto należy zwrócić uwagę, że orzecznictwo ETPCz¹⁷, które jest wskazywane jako przeszkoda do dopuszczenia dowodu z nagrań bez zgody nagrywanego, dotyczy postępowania karnego, w którym występuje oczywista nierówność między oskarżonym a oskarżycielem, dysponującym całym aparatem państwowym i gdzie należy chronić oskarżonego przed nad-

używaniem tej dysproporcji. W postępowaniu cywilnym natomiast strony są równe i mają do dyspozycji te same środki i możliwości techniczne, więc nie sposób zgodzić się z poglądem, że dopuszczalne jest obciążenie strony obowiązkiem dowodzenia z art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c., a następnie faktyczne uniemożliwienie jej tego poprzez odmowę dopuszczenia dowodu z nagrania, gdyż naruszałoby to prawo do sądu, które to prawo normy ustawowe winny urzeczywistniać¹⁸. Zwłaszcza wzięwszy pod uwagę, że Sąd Najwyższy wyraził nawet pogląd o dopuszczalności dowodu z prywatnego nagrania w sprawie karnej, trafnie podnosząc, iż ograniczenia dotyczące zbierania dowodów zawarte w k.p.k. odnoszą się do organów procesowych, nie zaś osób prywatnych¹⁹.

Można spotkać także twierdzenie, że sąd nie powinien dopuścić dowodu z nagrań z uwagi na naruszenie dóbr osobistych. Jak trafnie zauważa Sąd Apelacyjny w Warszawie²⁰, art. 23 k.c. nie zawiera wyczerpującego katalogu dóbr osobistych człowieka, które są chronione przez prawo cywilne. Jednak stanowisko Sądu Apelacyjnego, rozciągające tajemnicę korespondencji na całość jakiegokolwiek komunikacji, należy uznać za zbyt daleko idące. Zwłaszcza wzięwszy pod uwagę treść art. 159 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego z 16 lipca 2004 r., który *expressis verbis* stwierdza, że „zakazane jest zapoznavanie się, utrwalanie, przechowywanie, przekazywanie lub inne wykorzystywanie treści lub danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu”.

Tym samym ustawodawca jednoznacznie dozwala zarówno nadawcy, jak również odbiorcy komunikatu na utrwalanie, przechowywanie, przekazywanie lub inne wykorzystywa-

¹⁵ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Wyd. 2*, Warszawa: SIP Legalis 2012 (dostęp: 22 maja 2015 r.).

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 18 marca 2010 r., I ACa 10/10.

¹⁷ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 5 lutego 2008 r., 74420/01.

¹⁸ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, wyd. 2, Warszawa: Liber 2008, s. 110.

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 10 maja 2002 r., WA 22/02.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6 lipca 1999 r., I ACa 380/99.

nie treści komunikatu. Wobec powyższego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że działanie polegające na utrwaleniu i wykorzystaniu rozmowy jest bezprawne, skoro sam ustawodawca daje jasne i jednoznaczne podstawy do przyjęcia, iż jest to dopuszczalne.

Należy zauważyć, że czym innym jest piśmenna korespondencja, a czym innym wypowiedź ustna. Odnośnie do wypowiedzi ustnej w sieciach telekomunikacyjnych ustawodawca jednoznacznie dozwala na jej utrwalanie i wykorzystanie przez strony. Z uwagi na bliskość wypowiedzi ustnej za pośrednictwem urządzeń telekomunikacyjnych i bezpośredniej, należy raczej uznać, że w pełni dozwolone i zgodne z prawem jest utrwalanie i wykorzystywanie wypowiedzi ustnej, tak z wykorzystaniem środków telekomunikacyjnych, jak również bez ich użycia.

Na marginesie warto zauważyć, że jeszcze przed wejściem w życie obowiązującego obecnie art. 159 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego Sąd Najwyższy słusznie zauważył, iż nie ma powodów do dyskwalifikacji dowodu z nagrań rozmów telefonicznych, nawet jeżeli nagrań tych dokonywano bez wiedzy jednego z rozmówców, o ile nie zakwestionowano skutecznie w toku postępowania autentyczności tego dowodu i może on posłużyć za podstawę wyroku²¹.

We wspomnianym wyżej wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie²² wskazano również, że sąd nie powinien dopuścić dowodu z nagrań z uwagi na fakt, „że gromadzenie materiału dowodowego w procesie i prezentowanie go przez strony nie powinno odbywać się z naruszeniem zasad współżycia społecznego”. O ile stwierdzenie to odnosi się do stanu, w którym dochodzi do sytuacji penalizowanej przez art. 267 k.k., można zgodzić się, że dochodzi do naruszenia zakazu podsłuchiwania, jednak

w sytuacji, gdy nagrywa adresat lub nadawca danego komunikatu, nie można już mówić o naruszeniu zasad współżycia społecznego, ponieważ treści te są dla niego, tj. odpowiednio adresata lub nadawcy, jak najbardziej jawne. Zapewne właśnie z tego założenia wychodził ustawodawca, tworząc normę art. 159 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego.

Za korzystaniem z dowodu z nagrań wykonanych bez zgody osoby nagrywanej jednoznacznie opowiedział się Sąd Apelacyjny w Białymstoku²³, słusznie zauważając, że sąd orzekający w danej sprawie nie może pomijać wartości konstytucyjnie chronionej, jaką niewątpliwie jest prawo do sprawiedliwego, czyli także zgodnego z prawdą, rozpatrzenia sprawy przez sąd, wyrażone w art. 45 Konstytucji RP. Nadto, jak kontynuuje Sąd Apelacyjny w Białymstoku, nawet przy założeniu, że dochodzi do naruszenia danej wartości, jak np. dobra osobiste, to możliwe i zasadne będzie uznanie, iż naruszenie takowe nie jest bezprawne, ponieważ bezprawność zostaje wyłączona przez prawo do sądu oraz z uwagi na przedmiot postępowania, który został przedstawiony przez stronę pod osąd sądu i realizację ochrony jej praw podmiotowych w postępowaniu sądowym.

Słusznie jest podnoszone²⁴ również, że nieuzyskanie zgody osoby nagrywanej na zarejestrowanie prowadzonej z nią rozmowy i niepoinformowanie jej o dokonywaniu nagrania nie jest działaniem podstępny, co byłoby konieczne do ograniczenia swobody wypowiedzi, a jeśli nawet dowód z potajemnych nagrań może zagrażać dobru osobistemu, w postaci prawa do prywatności, to jeśli treść nagrań dotyczy okoliczności istotnych z punktu widzenia wyniku sprawy, nie może być mowy o bezprawności, z uwagi na realizację prawa do sądu. O działaniu bezpraw-

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 25 kwietnia 2003 r., IV CKN 94/01.

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6 lipca 1999 r., I ACa 380/99.

²³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 31 grudnia 2012 r., I ACa 504/11.

²⁴ A. Laskowska, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 2003 r., IV CKN 94/01*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 11–12, s. 156–164.

nym można byłoby mówić, gdyby strona chciała skorzystać z nagrania pozostającego bez związku z przedmiotem sprawy, a mającego na celu jedynie uderzenie w stronę przeciwną.

Zasadne wydaje się być również podkreślenie, że na gruncie przepisów o postępowaniu karnym Sąd Najwyższy wyraża zdanie, iż nie ma przeszkód do skorzystania z nagrań učinionych przez osobę niebędącą funkcjonariuszem przy użyciu sprzętu udostępnionego jej przez funkcjonariusza ABW, podnosząc, że nagranie prywatnych rozmów, w których zawarto propozycję korupcyjną, nie odbywało się w trybie przepisów rozdziału 26 k.p.k., wobec czego nie było poprzedzone procedurą przewidzianą w art. 237 i następnych k.p.k., co powoduje, iż nagranie to nie było objęte żadnym z zakazów dowodowych²⁵. Nie ma również zasadniczych powodów do dyskwalifikacji dowodu z nagrań rozmów telefonicznych, nawet jeżeli nagrania tych dokonywano bez wiedzy jednego z rozmówców, jak zauważa Sąd Najwyższy²⁶.

IV. WNIOSKI

Mając na względzie powyższe rozważania, należałoby postulować, aby sądy w postępowaniu cywilnym stosowały normy dotyczące postępowania cywilnego, nie zaś przepisy rozdziału 26 k.p.k., które, jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy²⁷: „nie dotyczą prywatnego gromadzenia w ten sposób dowodów”, a co za tym idzie, nawet w postępowaniu karnym „taśma magnetofonowa z utrwaloną na niej przez pokrzywdzonego (oskarżyciela posiłkowego) rozmową z oskarżonym może stanowić dowód w sprawie”.

Należy podkreślić, że normy k.p.c. nie tylko

nie zakazują, ale wręcz jednoznacznie odnoszą się do możliwości przeprowadzenia dowodu z nagrań, a wymóg uzyskiwania zgody czy informowania o nagrywaniu został sztucznie wykreowany poprzez nieprawidłową wykładnię niektórych norm konstytucyjnych czy k.p.k., bez cienia refleksji nad tym, kto jest adresatem tych norm, a są nim organy władzy, nie zaś jednostki. Ustawodawca nie wprowadza zakazów nagrywania treści, które są kierowane do danej jednostki, przez nią samą, dlatego też nie można zapominać, że jednostka ma swobodę działania zgodnie z zasadą, że co nie jest wyraźnie zabronione przez prawo, jest dla jednostek dozwolone²⁸. Natomiast to, co nie jest wyraźnie przewidziane przez prawo, jest zakazane dla organów szeroko rozumianej władzy, w tym sądów, przy czym warto zauważyć, że pominięcie dowodu z nagrania wykonanego przez stronę rozmowy bez wiedzy rozmówcy przewidziane przez prawo nie jest.

Również treść art. 159 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego przemawia za przyjęciem, że ustawodawca nie tylko nie uznaje nagrania rozmowy przez jej uczestników za czyn bezprawny, przestępny czy naruszający dobre obyczaje bądź zasady współżycia społecznego, ale wręcz jednoznacznie wskazuje, iż zachowanie takie jest w pełni dozwolone, dlatego też nie ma podstaw, aby twierdzić, że w przypadku bezpośredniej komunikacji werbalnej jest inaczej.

Mimo że nie ma zasadniczych powodów do dyskwalifikacji dowodu z nagrań rozmów, nawet jeżeli nagrania tych dokonywano bez wiedzy jednego z rozmówców²⁹, to nie należy zapominać o konieczności przeprowadzenia właściwej oceny takiego dowodu. Ocena ta powinna być tym bardziej wnikliwa, jeśli kwestionowana jest prawdziwość dowodu,

²⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z 14 listopada 2006 r., V KK 52/06.

²⁶ A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2014 (SIP Legalis), komentarz do art. 308 k.p.c.

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 10 maja 2002 r., WA 22/02.

²⁸ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 czerwca 2008 r., II FSK 569/07.

²⁹ A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2014 (SIP Legalis), komentarz do art. 308 k.p.c.

z uwagi na łatwość wprowadzania zmian we wszelkiego rodzaju nagraniach³⁰. W sytuacji wątpliwości co do autentyczności nagrania bądź tożsamości osób nagranych należałoby postulować, aby sądy korzystały z opinii odpowiednich biegłych.

Reasumując, wzięwszy pod uwagę obowiązujące normy prawne, a także argumen-

ty wyrażane zarówno w orzecnictwie, jak i w doktrynie, należy dojść do wniosku, że nie ma racjonalnych przesłanek, aby odmówić dopuszczenia dowodu z nagrań wykonanych bez zgody osoby nagrywanej w postępowaniu cywilnym. Jest wręcz przeciwnie, obowiązujące normy dopuszczają i przewidują możliwość skorzystania z takiego dowodu.

³⁰ E. Rudkowska-Ząbczyk, (w:) E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie cywilne*, wyd. 2, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 226.

Summary

Artur Kruszewski

THE USE OF RECORDINGS MADE WITHOUT A CONSENT OF THE PERSON BEING RECORDED IN CIVIL PROCEEDINGS

The use of recordings made without a consent of the person being recorded in civil proceedings may cause doubts. Opponents contend that it violates the personal rights of the person being recorded, the Polish Constitution, and art. 267 of the Criminal Code. However, the illegality of violation is excluded by the realization of the constitutional right to court. Moreover, art. 159 of the Telecommunications Law states that the use of the recording of a conversation by her side, is acceptable. In the judgments of the Supreme Court has been expressed the position of approving the use of recordings. The use of recordings is also provided by the Code of Civil Procedure.

KEY WORDS: evidence from recordings, recordings without a consent of the person being recorded, the recording as evidence in civil proceedings

POJĘCIA KLUCZOWE: dowód z nagrań, nagrania bez zgody nagrywanego, nagrania jako dowód w postępowaniu cywilnym

Punkty widzenia

Jakub Kawatek

KILKA UWAG NA TEMAT STOSOWANIA ART. 187 § 1 PKT 3 K.P.C.

Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów¹ z dniem 1 stycznia 2016 r. wprowadziła do systemu polskiej procedury cywilnej szereg rozwiązań zmierzających do upowszechnienia w społeczeństwie pozasądowych metod rozwiązywania konfliktów, jako szybszej i tańszej alternatywy dla rozstrzygnięcia spraw na drodze sądowej. Jednym z celów ustawodawcy pozostawało wytworzenie w społeczeństwie polskim możliwie jak najwyższej świadomości istnienia procedur służących porozumieniu się w drodze ugody jeszcze przed wytoczeniem powództwa oraz we wstępnej fazie postępowania². Natomiast jednym z instrumentów służących osiągnięciu tego celu stało się poszerzenie katalogu wymogów formalnych pozwu poprzez dodanie³ w art. 187 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego punktu 3, o treści: „informację, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu

rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia”. Czas, który upłynął od wprowadzenia w życie opisanej zmiany, pozwala już na przedstawienie kilku uwag związanych ze stosowaniem nowego przepisu.

Podstawowym problemem, przed którym staje praktyka w obliczu dodatkowego wymogu formalnego pozwu, pozostaje to, czy stanowi on tzw. „istotny” brak formalny. To znaczy czy jest to brak formalny, którego nieuzupełnienie w postępowaniu naprawczym⁴ uniemożliwia nadanie sprawie dalszego biegu i prowadzić musi do zwrotu pozwu. Konstrukcja przepisu art. 130 § 1 k.p.c. nie może pozostawiać bowiem wątpliwości co do tego, że do kategorii braków formalnych skutkujących zwrotem pisma zaliczać należy wyłącznie takie braki formalne, które uniemożliwiają nadanie sprawie dalszego biegu. Kwestia ta jest jednolicie rozumiana zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego⁵.

¹ Dz.U. z 2015 r. poz. 1595.

² Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP VII kadencji, nr druku 3432, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3432> (dostęp: 24 lutego 2016 r.).

³ Art. 1 pkt 13 ustawy.

⁴ Art. 130–130³ k.p.c.

⁵ Uchwała SN z 17 lipca 2014 r., III CZP 43/14, OSNC 2015, nr 5, poz. 57.

Możliwość wpływu zaistnienia przedprocesowych prób polubownego zakończenia sporu oraz ewentualnych przyczyn braku takich działań na możliwość rozpoznania sprawy już na pierwszy rzut oka budzi poważną wątpliwość.

W świetle art. 15–46 k.p.c. brak jest takiego wpływu na właściwość sądu. W świetle art. 47 k.p.c. na skład sądu. Przepisy ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁶ również nie wprowadzają różnicy w wysokości kosztów sądowych w zakresie opłaty od pozwu dla osób, które skorzystały z próby pozasądowego rozwiązania sporu. Jednocześnie oczywisty być musi brak takiego wpływu na merytoryczne rozstrzygnięcie. Próba uprzedniego polubownego rozwiązania konfliktu na tle praw majątkowych nie ma bowiem i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na rozstrzygnięcie o zasadności wniesionego powództwa.

Wszystko to prowadzi do wstępnego wniosku, że norma wprowadzona wskazanym przepisem jest pozbawiona efektywnej normy sankcjonującej⁷ i ma przede wszystkim charakter wprowadzającej w sposób niewiążący pewną dobrą praktykę – czyli stanowi to, co w teorii prawa zwykło określać się mianem *lex imperfecta*, a w odniesieniu do norm prawa międzynarodowego jako *soft law*⁸. Uzasadnienie projektu ustawy zresztą wprost wskazuje ten właśnie aspekt, podkreślając, że rozległe instrumentarium służące upowszechnieniu pozasądowych form rozwiązywania sporów wprowadzane zostaje równoległe z wdrożeniem do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie

alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich⁹).

Analizując uzasadnienie projektu ustawy, jedyne nawiązanie do ewentualnego skutku praktycznego nowelizacji odnajdziemy w kontekście art. 103 § 2 k.p.c., który również został zmieniony z dniem 1 stycznia 2016 r.

Obecnie wśród przyczyn umożliwiających obciążenie strony kosztami procesu niezależnie od wyniku sprawy¹⁰ przewidziano bowiem – jako wprost wskazany przykład niesumienności i oczywiście niewłaściwego postępowania – oczywiście nieuzasadnioną odmowę poddania się mediacji¹¹. W uzasadnieniu projektu ustawy szeroko omówiono ten aspekt wyjątku od zasady odpowiedzialności za wynik procesu. Podkreślono – z powołaniem się na pkt 13 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych¹² – że ogólna zasada dobrowolności mediacji nie wyklucza zastosowania rozwiązań częściowo ograniczających tę dobrowolność, co pozwala na przyjęcie, że nieuzasadniona odmowa podjęcia mediacji może się spotkać z pewnymi negatywnymi konsekwencjami. Wprowadzoną możliwość wskazano jako przykład takiego rozwiązania. Jednocześnie potwierdzono jednak, wynikające z treści art. 183⁸ § 3 k.p.c.¹³, prawo strony do odmowy mediacji bez podawania przyczyn oraz zasadę dyskrecjonalnej władzy sądu w zakresie orzekania o kosztach procesu.

⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1025 z późn. zm.

⁷ Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa–Poznań 1973, s. 29.

⁸ R. Kwiecień, *Miejsce umów międzynarodowych w porządku prawnym państwa polskiego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2000, s. 41.

⁹ Dz. Urz. UE L 165 z 18 czerwca 2013 r., s. 63.

¹⁰ Art. 103 § 1 k.p.c.

¹¹ Uprzednio: „(...) nieusprawiedliwionej odmowy poddania się mediacji, na którą strona uprzednio wyraziła zgodę”.

¹² Dz. Urz. UE L 136 z 24 maja 2008 r., s. 3.

¹³ W uprzednim i aktualnym brzmieniu przepisu.

W uzasadnieniu projektu, w interesującym nas kontekście, pada natomiast stwierdzenie: „jeżeli strona przed wytoczeniem powództwa dążyła do rozwiązania sporu w sposób polubowny, a strona przeciwna nie przychyliła się do takiej propozycji, odmowa strony poddania się mediacji już w trakcie procesu nie będzie mogła zostać oceniona jako oczywiście nieuzasadniona”.

Analiza powyższego fragmentu prowadzi do wniosku, że w praktyce można mówić jedynie o pośrednim charakterze skutków zamieszczenia informacji wymaganych w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c. W obowiązujących przepisach proceduralnych za nadal aktualną trzeba bowiem uznać zasadę, że przez „niesumienne lub oczywiście niewłaściwe postępowanie” należy zrozumieć postępowanie strony w samym procesie, nie zaś przed procesem¹⁴. Tym samym fakt nieudanego podjęcia próby mediacji przed procesem może obecnie stanowić jedynie przesłankę uzasadniającą odmowę poddania się kolejnej mediacji w procesie.

Powyższe – teoretycznie – nadal może stanowić argument dla uznania „istotności” braku w zakresie wymogów formalnych wskazanych w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c. Trzeba bowiem pamiętać, że utrwalone orzecznictwo sądów powszechnych i Sądu Najwyższego uznaje dany brak formalny za „istotny” również wówczas, gdy może mieć on wpływ choćby na wysokość kosztów procesu¹⁵. Orzeczenie o kosztach procesu jest bowiem – zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c. – obligatoryjnym elementem każdego orzeczenia kończącego sprawę w instancji. Ten aspekt proceduralny nie jest oczywiście tak widoczny w postępowaniu naprawczym w sprawach toczących się w pierwszej instancji, ale już relatywnie często ujawnia się przy uzupełnianiu braków formalnych środków odwoławczych, gdyż tu najczęściej dochodzi do sytuacji, gdy od wskazania wartości przedmiotu zaskarże-

nia nie jest uzależniona wysokość opłaty, właściwość sądu czy dopuszczalność środka odwoławczego, a ma ono wpływ wyłącznie na koszt wynagrodzenia pełnomocnika¹⁶.

Mając na uwadze, że w myśl art. 103 w zw. z art. 108 k.p.c. w orzeczeniu kończącym sprawę w instancji sąd rozstrzyga także o obowiązku zwrotu przez stronę kosztów wywołanych jej niesumieniem lub oczywiście niewłaściwym postępowaniem¹⁷, można by zatem argumentować, że nie sposób wykluczyć z góry wpływu treści informacji wymaganej w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c. na rozstrzygnięcie o kosztach procesu, a to nakazywałoby traktować brak formalny w powyższym zakresie za brak uniemożliwiający nadanie sprawie dalszego biegu.

Rzecz jednak w tym, że – wbrew tezie projektodawcy – brak jest podstaw do założenia automatyzmu pomiędzy treścią informacji zamieszczonej w pozwie w wykonaniu wymogu określonego w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c. a możliwością lub wyłączeniem możliwości zastosowania rozwiązania przewidzianego w art. 103 § 1 k.p.c.

Informacja ta każdorazowo będzie bowiem jedynie pewnym elementem, który – stosownie do swojej treści – powinien być wzięty pod uwagę w całości i w kontekście okoliczności sprawy¹⁸. Praktyk nie powinien mieć przy tym wątpliwości co do potencjalnej możliwości wystąpienia stanów faktycznych, w których pomimo tego, że dana strona przed procesem dążyła do rozwiązania sporu w sposób polubowny, a strona przeciwna nie przychyliła się wówczas do takiej propozycji, to odmowa poddania się kolejnej mediacji już na etapie procesu przez stronę inicjującą uprzednio próbę pozasądowego rozwiązania sporu pozostawać będzie oczywiście nieuzasadniona. Zgodnie z obowiązującym art. 183⁸ § 1 k.p.c. sąd może skierować strony do mediacji na każdym etapie postępowania. Dość zatem wskazać, że nie pozostaje wyją-

¹⁴ Por. wyrok SN z 25 sierpnia 1967 r., II PR 53/67, OSP 1968, nr 6, poz. 120.

¹⁵ Por. uchwałę SN z 27 marca 2008 r., III CZP 7/08, OSNC 2009, nr 4, poz. 55.

¹⁶ Por. uchwałę SN z 7 lipca 2005 r., II UZP 7/05, OSNP 2005, nr 24, poz. 396.

¹⁷ Por. postanowienie SN z 21 lipca 1981 r., IV PZ 43/81, OSNC 1982, nr 1, poz. 17.

¹⁸ T. Bukowski, *Rozstrzygnięcie o kosztach procesu cywilnego*, Warszawa 1971, s. 144.

kową sytuacja, w której szerokie pole konfliktu stron przed procesem wynika wyłącznie z ich silnego przekonania, nie zaś wiedzy co do faktów, a dopiero wyniki prowadzonego postępowania dowodowego pozwalają im znaleźć się w sytuacji, w której określone decyzje procesowe (w tym o poddaniu się mediacji) mogą być przez nie w ogóle oceniane przez pryzmat „zasadności”, rozumianej jako racjonalność i celowość.

Ujmując to inaczej – w pełni możliwe wydaje się zaistnienie u stron dopiero na określonym etapie postępowania dowodowego obiektywnej możliwości praktycznej diagnozy konfliktu, co pozostaje warunkiem racjonalnego wyboru skutecznych zachowań w trakcie negocjacji ugodowych¹⁹. W szczególności, jak należy zakładać, będzie się to zdarzać w procesach, w których istota rozstrzygnięcia zależy od wiadomości specjalnych.

Artykuł 103 § 1 k.p.c. z całą pewnością nie może zatem być traktowany jako sankcja niedochowania wymogu określonego w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c., i to nawet w najszerszym rozumieniu tego określenia. To zaś powoduje, że brak formalny w powyższym zakresie nie powinien być traktowany jako brak uniemożliwiający nadanie dalszego biegu sprawie.

Zwrócić należy przy tym uwagę na konieczność interpretacji przepisów proceduralnych w zgodzie z nadrzędnymi normami konstytucyjnymi, w tym z prawem do sądu zagwarantowanym w art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Upowszechnianie pozasądowych modeli rozstrzygnięcia sporów nie może odbywać się bowiem jedynie poprzez proste utrudnianie korzystania z drogi sądowej. Sąd zasady procesowe należy interpretować w kierunku możliwie szerokiego dostępu do sądu.

Doskonałym przykładem modelowego rozstrzygnięcia utrzymanego w tym duchu może

być stosunkowo świeża uchwała Sądu Najwyższego, z 26 lutego 2014 r.²⁰, w której oceniono, że przed doręczeniem pozwu i rozpoczęciem rozprawy sąd nie może zawiesić postępowania na podstawie art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c. na skutek niewskazania przez powoda danych pozwalających na ustalenie numerów, o których mowa w art. 208¹ k.p.c. Sąd Najwyższy dokonał tu interpretacji przepisów procedury „z intencją usprawnienia postępowania, a nie jego obezwładnienia”, co wprost znalazło odzwierciedlenie w motywach uzasadnienia i co zasługuje na pełną aprobatę.

Wydaje się zatem również w pełni uprawnioną tezę, że skoro informacja zamieszczona w pozwie odnośnie do przedprocesowych prób polubownego zakończenia sporu może mieć jedynie potencjalny wpływ na wyłączenie teoretycznej możliwości zastosowania wyjątkowej normy, wynikającej z art. 103 § 1 k.p.c., to brak jest dostatecznie istotnych przyczyn, aby niewskazanie tej informacji miało blokować wyznaczenie rozprawy. Tym bardziej że jest to informacja w razie potrzeby możliwa do uzupełnienia zarówno na rozprawie, jak i – z inicjatywy strony upatrującej w tym korzystnych skutków procesowych – w toku ewentualnego postępowania odwoławczego od postanowienia w przedmiocie kosztów procesu.

Powyższe rozważania już jedynie posiłkowo wypadają w sprzeczność z faktem niedostosowania do dodatkowego wymogu wzoru formularza pozwu oznaczonego symbolem P – dla pozwu w postępowaniu uproszczonym oraz pozwu w sprawach, o których mowa w art. 187¹ k.p.c.²¹ Oczywiście również do braków formalnych pism wnoszonych na formularzu stosuje się kryterium istotności braku²² i dostosowanie formularza do wymogów ustawy niczego jeszcze by nie przesądzało, jednak symptomatycz-

¹⁹ Por. A. Jakubiak-Mirończuk, *Negocjacje dla prawników: prawo cywilne*, Warszawa 2010, s. 120.

²⁰ III CZP 137/13, OSNC 2015, nr 1, poz. 2.

²¹ Stanowiącego załącznik do wydanego na podstawie art. 125 § 3 k.p.c. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 kwietnia 2012 r. w sprawie określenia wzorów i sposobu udostępniania urzędowych formularzy pism procesowych w postępowaniu cywilnym (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 723).

²² Por. wyrok TK z 12 marca 2002 r., P 9/01, Dz.U. nr 26, poz. 265.

ne wydaje się to, że za tak obszerną nowelizacją i dodaniem do katalogu wymogów formalnych pozwu nowego wymagania (co ostatecznie nie zdarza się często) nie podążyły działania zmierzające do uwzględnienia tej zmiany w tzw. postępowaniu „formularzowym”.

Reasumując, należy w praktyce uznać, że brak informacji określonej w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c. nie stanowi braku uniemożliwiającego nadanie sprawie dalszego biegu, a zatem nie podlega on uzupełnieniu w trybie art. 130 § 1 k.p.c.

Ważne dla praktyki

*Lucyna Łuczak-Noworolnik,
Andrzej Filip Żurawski*

JAK SKUTECZNIE DOCHODZIĆ NALEŻNOŚCI OD ZAGRANICZNYCH KONTRAHENTÓW – NARZĘDZIA INFORMATYCZNE USPRAWNIAJĄCE PRACĘ PEŁNOMOCNIKA PROFESJONALNEGO W SPORACH TRANSGRANICZNYCH

1. WSTĘP

Coraz częściej w codziennej pracy profesjonalnych pełnomocników wykorzystywane są narzędzia informatyczne, służące już nie tylko wyszukiwaniu informacji, ale także przeprowadzaniu postępowań sądowych. W przypadku sporów transgranicznych możliwość skorzystania z elektronicznych form komunikacji nabiera jeszcze większego znaczenia. Bariery językowe, długotrwały okres oczekiwania na doręczenie przesyłek oraz odmienne uregulowania prawne obowiązujące w państwie przeciwnika procesowego powodują, że spory z kontrahentami zagranicznymi są problematyczne i należą do jednych z bardziej skomplikowanych spraw prowadzonych przez pełnomocników profesjonalnych. W celu rozwiązania tych problemów, w szczególności na szczeblu unijnym, podejmowane są inicjatywy i przedsięwzięcia, które z założenia mają ułatwić i przyspieszyć przeprowadzenie spraw w takich właśnie przypadkach. Celem artykułu jest omówienie i poddanie

analizie wybranych narzędzi, z których każdy pełnomocnik może skorzystać przy okazji prowadzenia spraw, w których czynnik międzynarodowy odgrywa kluczową rolę.

2. PRAWIDŁOWA IDENTYFIKACJA KONTRAHENTA – STUDIUM PRZYPADKU, NARZĘDZIA INFORMATYCZNE UMOŻLIWIĄJĄCE PRAWIDŁOWĄ IDENTYFIKACJĘ ZAGRANICZNEGO PODMIOTU GOSPODARCZEGO

Przed podjęciem jakichkolwiek działań sądowych konieczna jest dokładna weryfikacja danych rejestrowych podmiotu z siedzibą za granicą. Weryfikacja kontrahenta w pierwszej kolejności powinna pozwolić na jego prawidłową identyfikację, co służy minimalizacji ryzyka powstania komplikacji w procesie dochodzenia zapłaty należności na drodze postępowania sądowego. Konieczne jest uzyskanie przede wszystkim potwierdzenia:

- 1) oficjalnej nazwy,
- 2) adresu siedziby,
- 3) formy prawnej działalności,
- 4) danych numerycznych:
 - a) numeru wpisu do oficjalnego rejestru przedsiębiorców,
 - b) numeru identyfikacji podatkowej.

Zakres koniecznych działań jest zawężony, gdy do weryfikacji danych doszło już na etapie rozpoczynania przez wierzyciela współpracy z kontrahentem zagranicznym. Jeżeli pozyskane zostały konieczne informacje, pozostaje jedynie ich aktualizacja (w szczególności danych adresowych). W praktyce niestety często zdarza się, że przedsiębiorcy, rozpoczynając współpracę z nowym odbiorcą z innego kraju, tak bardzo skoncentrowani są na należyтым wypełnieniu ciężącego na nich zobowiązania, aby pozyskać nowego kontrahenta, że zapominają o podstawowych zasadach bezpieczeństwa. Zdarza się, że pomijane są nawet działania, które na rynku krajowym stanowią standard, jak np. sprawdzenie danych rejestrowych w oficjalnym rejestrze przedsiębiorców.

Brak wiarygodnych informacji na temat podmiotu zagranicznego może mieć poważne konsekwencje dla postępowania sądowego, w zależności od charakteru błędu, jak również etapu, na jakim zostanie ujawniony.

Jeżeli błąd dotyczy nazwy podmiotu pozwanego i do jego korekty nie dojdzie na etapie postępowania sądowego np. w wyniku wątpliwości zgłoszonych przez operatora pocztowego lub jednostkę pośredniczącą w doręczeniu dokumentów sądowych [tryby, w jakich realizowane są doręczenia, regulowane są przepi-

sami Kodeksu postępowania cywilnego¹ oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1393/2007²], może to doprowadzić do sytuacji niemożności przymusowego wykonania uzyskanego orzeczenia w drodze egzekucji. Analogiczny skutek może wynikać z błędu w zakresie adresu pozywanego podmiotu.

Stosownie do art. 41 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012³ postępowanie egzekucyjne prowadzone jest na podstawie regulacji obowiązujących w państwie miejsca wykonania orzeczenia, ale jego podstawą jest tytuł wykonawczy (np. orzeczenie sądu polskiego wzbogacone o zaświadczenie o jego wykonalności wydane stosownie do art. 42 wyżej powołanego rozporządzenia). Stąd też jeżeli nie dojdzie do ujawnienia się błędu przed zakończeniem postępowania, pozwanemu przysługiwać będzie możliwość obrony przy wykorzystaniu zarówno regulacji obowiązujących w państwie miejsca wydania orzeczenia (np. zmierzających do wznowienia postępowania czy przywrócenia terminu do podjęcia określonych czynności procesowych), jak również regulacji przewidzianych normami państwa miejsca jego wykonania. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 w art. 46 i n. przewidziało instytucję odmowy wykonania orzeczenia, jako środek obrony pozwanego między innymi w sytuacjach wystąpienia nieprawidłowości opisanych powyżej. W przypadku postępowań uregulowanych wprost przepisami rozporządzeń unijnych – w sprawie europejskiego nakazu zapłaty⁴ oraz w sprawie drobnych

¹ Art. 1130–1136 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.).

² Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczenia w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych (doręczenie dokumentów) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000 (Dz. Urz. UE z 10 grudnia 2007 r.).

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE 351 z 20 grudnia 2012 r., s. 1), zwane w dalszej części rozporządzeniem ENZ.

⁴ Rozporządzenie (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty (Dz. Urz. UE 399 z 30 grudnia 2006 r., s. 1), zwane w dalszej części rozporządzeniem *small claims*.

roszczeń⁵ przewidziana została instytucja ponownego badania orzeczeń będących efektem wadliwie przeprowadzonych postępowań.

Nawet jeżeli błąd zostanie ujawniony w trakcie postępowania w czasie, gdy możliwe będzie podjęcie działań naprawczych, to na ogół jego konwalidowanie skutkuje znacznym wydłużeniem czasu procedowania, chociażby wobec konieczności ponownego nadawania przesyłek sądowych. Z uwagi na powyższe wskazane jest podjęcie działań w celu zabezpieczenia się przed problemami płynącymi z nieprawidłowego określenia pozwanego.

Dane podmiotu z siedzibą za granicą pozyskać można z kilku źródeł. Obok nieoficjalnych, takich jak wywiadownie gospodarcze, agencje detektywistyczne czy dokumenty samodzielnie udostępnione przez podmioty zagraniczne, które użyteczne są głównie na etapie podejmowania współpracy, funkcjonują źródła oficjalne, kluczowe dla działań sądowych, opierające się na danych zweryfikowanych przez organy rejestrowe. Do takich źródeł zaliczyć można:

- 1) oficjalne rejestry przedsiębiorców,
- 2) Europejski Rejestr Przedsiębiorstw (*European Business Register*),
- 3) oficjalne rejestry dłużników niewypłaćalnych.

Podstawowym źródłem danych są rejestry prowadzone przez organy rejestrowe w poszczególnych państwach. Nade wszystko wart podkreślenia jest fakt, że właśnie w tym zakresie w ramach Unii Europejskiej podejmowane są działania mające na celu zagwarantowanie, że dane udostępniane z tych źródeł spełniać będą minimalne standardy pozwalające na zabezpieczenie interesów innych uczestników obrotu gospodarczego⁶.

Do minimalnego zakresu informacji zalicza się m.in. akt założycielski i jego modyfikacje, dane osób uprawnionych do reprezentowania i nadzorowania spółki wraz z informacjami na temat sposobu reprezentacji i długości kadencji, dokumenty księgowe obejmujące rok obrotowy, dane na temat aktualnej siedziby oraz wszczętego, trwającego lub zakończonogo procesu likwidacyjnego. Duża część z rejestrów państwowych jest już w tej chwili prowadzona on-line, co umożliwia pobieranie aktualnych danych przy wykorzystaniu sieci internetowej niezwłocznie po ich zarejestrowaniu w systemie. W niektórych z rejestrów zaświadczenie pobrane w formie elektronicznej ma przymiot oryginału, w innych ma jedynie wartość poglądową. Także zakres informacji, jakie można w ten sposób pozyskać, oraz poziom opłat nie jest jednolity i konieczne jest każdorazowe zapoznanie się z warunkami udostępniania danych przed skorzystaniem z danego rejestru.

Bogatą listę elektronicznych rejestrów krajowych prowadzi Wikipedia⁷ – można w niej znaleźć linki do prawie 200 rejestrów państw z całego świata. Bazę informacji na temat rejestrów krajów europejskich prowadzi również Komisja Europejska⁸. Zawiera ona zarówno opis poszczególnych rejestrów i zakres danych przez nie udostępnianych, jak również bezpośrednie linki do poszczególnych portali.

Komercyjnym przedsięwzięciem podmiotów zajmujących się działalnością rejestracyjną jest Europejski Rejestr Przedsiębiorstw (*European Business Register*)⁹, odpłatnie udostępniający dane pochodzące z 27 krajowych europejskich rejestrów (nie tylko państw wchodzących w skład Unii Europejskiej). Ra-

⁵ Rozporządzenie (WE) nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń (Dz. Urz. UE 199 z 31 lipca 2007 r., s. 1).

⁶ Dyrektywa 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 września 2009 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 48 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich (Dz. Urz. UE L 258 z 16 września 2009 r., s. 11).

⁷ https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_company_registers (dostęp: 22 września 2015 r., godz. 21.35).

⁸ <https://e-justice.europa.eu> (dostęp: 22 września 2015 r., godz. 22.05).

⁹ <http://www.ebr.org> (dostęp: 22 września 2015 r., godz. 22.15).

porty udzielane są przez podmioty krajowe pełniące funkcję dystrybutorów informacji, w kilku językach, w standaryzowanej formie. Jak dotąd w przedsięwzięciu nie uczestniczy żaden polski podmiot, w związku z czym nie ma możliwości korzystania z opisanej platformy w języku polskim.

3. INFORMATYZACJA PRZESTRZENI PRAWNEJ W ASPEKTCIE EUROPEJSKIM

1) Europejska Sieć Sądowa w sprawach cywilnych i handlowych

Decyzją Rady z 28 maja 2001 r.¹⁰ powołano Europejską Sieć Sądową w sprawach cywilnych i handlowych – zwaną w dalszej części Europejską Siecią Sądową lub ESS¹¹. Decyzja zaczęła obowiązywać od 1 grudnia 2002 r. i jak wynika z treści samej decyzji¹² oraz sprawozdania Komisji dla Rady, Parlamentu Europejskiego i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie zastosowania decyzji Rady¹³, ESS ma spełniać trzy podstawowe cele:

a) poprawić i ułatwić współpracę sądową w sprawach cywilnych i handlowych między

państwami członkowskimi we wszystkich dziedzinach,

b) ułatwić skuteczne i praktyczne stosowanie aktów prawnych lub konwencji obowiązujących w co najmniej dwóch państwach członkowskich,

c) promować skuteczny dostęp obywateli do wymiaru sprawiedliwości.

Od chwili powstania ESS wspiera wdrażanie instrumentów UE w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i handlowych, jak również jest niezastąpionym narzędziem w codziennej praktyce prawniczej¹⁴. Na stronach internetowych ESS znajdziemy szereg przydatnych informacji wraz z odesłaniem do aktów prawnych z następujących obszarów:

- a) jurysdykcja¹⁵,
- b) tryb postępowania¹⁶,
- c) postępowanie w sprawie nakazu zapłaty,
- d) drobne roszczenia,
- e) rozwód,
- f) procedury wykonywania orzeczeń,
- g) przeprowadzanie dowodów,
- h) środki tymczasowe i zapobiegawcze,
- i) terminy proceduralne,
- j) automatyczne przetwarzanie (wykorzy-

¹⁰ Decyzja Rady z dnia 28 maja 2001 r. ustanawiająca Europejską Sieć Sądową w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. UE L 174 z 27 czerwca 2001 r., s. 25) – zwana dalej decyzją Rady.

¹¹ Decyzją związane są wszystkie państwa członkowskie poza Danią. Motyw 19 decyzji Rady stanowi, że zgodnie z art. 1 i 2 Protokołu w sprawie stanowiska Danii, załączonego do Traktatu o Unii Europejskiej i do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Dania nie uczestniczy w przyjęciu niniejszej decyzji i dlatego też nie jest nią związana ani nie jest zobowiązana do jej stosowania.

¹² Zgodnie z treścią motywu 6 decyzji Rady: „W celu usprawnienia, uproszczenia i przyspieszenia skutecznej współpracy sądowej między Państwami Członkowskimi w sprawach cywilnych i handlowych konieczne jest ustanowienie na szczeblu Wspólnoty sieci struktury współpracy – Europejskiej Sieci Sądowej w sprawach cywilnych i handlowych”.

¹³ Sprawozdanie Komisji dla Rady, Parlamentu Europejskiego i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie zastosowania decyzji Rady nr 2001/470/WE ustanawiającej europejską sieć sądową w sprawach cywilnych i handlowych, dostępne na stronie internetowej pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0203&qid=1437723976017&from=EN> (dostęp: 22 września 2015 r., godz. 20.55).

¹⁴ https://e-justice.europa.eu/content_ejn_in_civil_and_commercial_matters-21-pl.do (dostęp: 20 października 2015 r., godz. 20.00).

¹⁵ Przykładowo Europejski atlas w sprawach cywilnych zawiera nazwy i adresy wszystkich sądów w państwach członkowskich właściwych w sprawach cywilnych i handlowych (sądów pierwszej instancji, sądów odwoławczych itd.) oraz wskazuje okręgi sądowe, w których te sądy są właściwe. https://e-justice.europa.eu/content_jurisdiction-85-pl.do?clang=pl (dostęp: 20 października 2015 r., godz. 21.00).

¹⁶ Przykładowe informacje opublikowane na polskiej podstronie dotyczącej trybów postępowania – https://e-justice.europa.eu/content_how_to_proceed-34-pl-pl.do?member=1 (dostęp: 20 października 2015 r., godz. 21.05).

stywanie nowoczesnych technologii komunikacyjnych w postępowaniu cywilnym¹⁷),

- k) legalne wywiezienie dziecka,
- l) roszczenia alimentacyjne,
- m) upadłość,
- n) odpowiedzialność rodzicielska,
- o) prawo spadkowe,
- p) prawo właściwe,
- q) doręczanie dokumentów.

Niestety nie wszystkie informacje dostarczane przez poszczególne państwa członkowskie zostały przetłumaczone na język polski¹⁸. Dobrą praktyką zasługującą na aprobatę jest publikowanie kilku wersji językowych – poza językiem urzędowym kraju, którego informacja dotyczy. Warto w pierwszej kolejności przygotować obok rodzimej wersji językowej co najmniej wersję angielskojęzyczną¹⁹.

Praktycznym przykładem wykorzystania Europejskiej Sieci Sądowej jest publikacja na stronie internetowej ESS informacji uzyskiwanych od poszczególnych państw członkowskich wykonujących zobowiązania zamieszczone w aktach prawnych przyjmowanych przez organy UE²⁰. Jednym z nich jest rozporządzenie

ENZ. Na podstawie art. 28 i 29 przywołanego rozporządzenia państwa członkowskie przekazują Komisji informacje na temat:

- a) kosztów doręczania dokumentów,
- b) organów właściwych w sprawach wyko-
- nania przedmiotowego rozporządzenia,
- c) sądów właściwych w sprawach wyda-
- wania europejskiego nakazu zapłaty,
- d) procedury ponownego badania nakazu
- i sądów właściwych w tym zakresie,
- e) akceptowanych środków komunikacji
- dostępnych dla sądów,
- f) akceptowanych języków.

Komisja podaje ww. informacje do publicznej wiadomości poprzez ich publikację w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz za pomocą wszelkich innych odpowiednich środków. Przez pojęcie „wszelkie inne odpowiednie środki” należy rozumieć stronę Europejskiego Atlasu Sądowiczego w sprawach cywilnych, który jest dostępny na podstronie ESS i stanowi jej uzupełnienie²¹. Za pośrednictwem tej strony istnieje możliwość wyszukania oświadczenia przekazanego przez interesujące nas państwo członkowskie, jak również pobranie polskojęzycznej skonsolidowanej

¹⁷ W tej zakładce zostały umieszczone informacje na temat wykorzystywania nowoczesnych technologii w postępowaniach sądowych w poszczególnych państwach członkowskich, przykładowe informacje dotyczące Łotwy zostały opublikowane w języku łotewskim oraz angielskim i znajdują się na stronie https://e-justice.europa.eu/content_automatic_processing-280-lv-pl.do?clang=en (dostęp: 20 października 2015 r., godz. 22.12).

¹⁸ Przykładowo w zakładce dotyczącej postępowania rozwodowego na Litwie widnieje komunikat, z którego wynika, że treść strony nie została jeszcze przetłumaczona na język polski, a jedyną wersją językową dostępną w tej chwili jest wersja litewska – https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-lt-pl.do?member=1 (dostęp: 20 października 2015 r., godz. 23.00).

¹⁹ Przykładowo w zakładce dotyczącej postępowania rozwodowego we Włoszech widnieje komunikat, z którego wynika, że treść strony nie została jeszcze przetłumaczona na język polski, a wersje językowe dostępne w tej chwili to wersja włoska oraz angielska – https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-it-pl.do?member=1 (dostęp: 20 października 2015 r., godz. 23.02). Podstrona francuska natomiast, poza rodzimą wersją francuską, została przetłumaczona na język niemiecki, angielski oraz hiszpański – https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-fr-pl.do?member=1 (dostęp: 20 października 2015 r., godz. 23.05).

²⁰ W art. 3 decyzji Rady wprowadzono zasadę, zgodnie z którą głównym źródłem informacji jest strona internetowa sieci zawierająca aktualne informacje we wszystkich językach urzędowych instytucji Unii.

²¹ Europejski Atlas Sądowiczego w sprawach cywilnych (EAS) pozwala na łatwy dostęp do danych dotyczących sądów i organów odpowiedzialnych za wdrażanie różnego rodzaju wspólnotowych aktów prawnych (w sprawie przekazywania akt sądowych, przeprowadzania dowodów za granicą, pomocy prawnej itp.) w państwach członkowskich. Zawiera także rozmaite formularze przewidziane w wspólnotowych aktach prawnych i pozwala na ich wypełnienie i wysyłanie w trybie on-line. Informacje przekazane przez poszczególne państwa członkowskie UE oraz wersja skonsolidowana oświadczeń znajdują się na stronie internetowej pod adresem: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/epo_documents_pl.htm (dostęp: 21 lipca 2015 r., godz. 21.05).

wersji oświadczeń wszystkich państw członkowskich²².

Obecnie trwają prace polegające na przeglądzie całej zawartości strony ESS, poprzedzające jej przeniesienie do europejskiego portalu e-Justice. Działania nakierowane na stworzenie jednego miejsca, w którym zostaną zgromadzone informacje na temat funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich UE, należy ocenić pozytywnie. Utrzymywanie kilku alternatywnych stron internetowych poświęconych tym samym zagadnieniom powoduje, że potencjalni użytkownicy, nie mogąc w łatwy sposób odnaleźć poszukiwanych informacji, w konsekwencji nie korzystają ze zgromadzonych zasobów.

2) Portal e-Justice²³

Kolejnym informatycznym narzędziem usprawniającym pracę pełnomocnika profesjonalnego jest portal e-Justice. Znaczący wkład w jego stworzenie należy przypisać Radzie ds. Wymiaru Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, która w czerwcu 2007 r.²⁴ podjęła decyzję w zakresie stosowania technologii informacyjno-komunikacyjnych w dziedzinie prawa. Zgodnie z zapowiedzią wyżej wskazanego gremium w dniu 16 lipca 2010 r. oficjalnie rozpoczął funkcjonowanie ogólnoeuropejski portal pod nazwą e-Justice (w Polsce zwany portalem e-Sprawiedliwość). Portal prowadzony jest we wszystkich językach urzędowych Unii Europejskiej i jest dostępny na stronie internetowej pod adresem: <https://e-justice.europa.eu/home>.

²² J. Zatorska, *Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1896/2006 z dnia 12 grudnia 2006 r. ustanawiającego postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty*, LEX/el., 2009.

Oświadczenia państw podlegają podaniu do publicznej wiadomości poprzez ich publikację w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz za pomocą wszelkich innych odpowiednich środków.

²³ Szerzej na temat portalu e-Justice w artykule L. Łuczak, *Portal e-Justice jako element budowy społeczeństwa informacyjnego Unii Europejskiej*, „E-mentor” 2013, nr 4 (51), s. 81–89, dostępny także na stronie internetowej pod adresem: http://www.e-mentor.edu.pl/_pdf/ementor51.pdf (dostęp: 3 października 2015 r., godz. 18.05).

²⁴ Wieloletni Plan Działania na lata 2009–2013 dotyczący europejskiego e-prawa (Nr 2009/C75/01) z dnia 31 marca 2009 r. (Dz. Urz. UE C nr 75, s. 1). Zawiadomienia zgodnie z art. 29a ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. z 2010 r. nr 17, poz. 195 z późn. zm.) zawarte są w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydawanym przez Urząd Oficjalnych Publikacji Komisji Europejskiej w serii C.

²⁵ Dz. Urz. UE C 376 z 21 grudnia 2013 r., s. 7.

²⁶ Formularze dostępne są na stronie internetowej pod adresem: https://e-justice.europa.eu/content_european_payment_order_forms-156-pl.do (dostęp: 17 października 2015 r., godz. 18.55).

do?plang=pl&action=home. Jak wynika z treści punktu 11 Strategii dotyczącej europejskiego systemu e-sprawiedliwości na lata 2014–2018 (2013/C 376/06)²⁵, zwanej w dalszej części Strategią, portal ma być punktem kompleksowej obsługi europejskich obywateli i przedstawicieli zawodów prawniczych. Potencjalni interesariusze mogą uzyskać w nim informacje o europejskich i krajowych procedurach, jak również o funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości w poszczególnych państwach UE.

Zasadniczo należy pozytywnie ocenić funkcjonujące rozwiązanie, w szczególności z punktu widzenia pracy pełnomocników profesjonalnych, którzy mogą uzyskać podstawowe informacje, m.in. na temat:

a) rejestrów przedsiębiorców funkcjonujących w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej,

b) europejskich postępowań sądowych,

c) uregulowań prawnych dotyczących spraw rodzinnych, spadkowych, cywilnych obowiązujących w pozostałych państwach członkowskich UE.

Na szczególną uwagę zasługuje możliwość skorzystania z interaktywnych formularzy wykorzystywanych w postępowaniu w sprawie europejskiego nakazu zapłaty oraz europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń²⁶, jak również usługa *Find a lawyer* (Znajdź prawnika).

Funkcja Znajdź prawnika dostępna w europejskim portalu e-Justice umożliwia łatwe wyszukiwanie prawników w całej UE. System

został opracowany przez Komisję Europejską we współpracy z krajowymi samorządami prawniczymi. Każdy z pełnomocników profesjonalnych może za pośrednictwem samorządu zawodowego, w którym jest zrzeszony, umieścić swoje dane w ogólnodostępnej wyszukiwarce znajdującej się na portalu pod adresem: https://e-justice.europa.eu/content_find_a_lawyer-334-pl.do. Wprowadzenie swoich danych pozwala na rozszerzenie kręgu potencjalnych odbiorców, którzy szukając pełnomocnika, w szczególności w postępowaniach transgranicznych, będą mieli sposobność uzyskania informacji na nasz temat. Z drugiej strony w przypadku, gdy poszukujemy prawnika zagranicznego, warto także skorzystać z tego narzędzia. Z uwagi na proces rejestracji danych na portalu e-Justice, który odbywa się za pośrednictwem samorządu zawodowego, zostaje zminimalizowane ryzyko powierzenia sprawy osobie, która nie posiada prawnie wymaganych uprawnień do wykonywania zawodu. W analogiczny sposób możemy znaleźć zagranicznego mediatora, tłumacza przysięgłego czy też notariusza.

W celu zwiększenia atrakcyjności i przejrzystości portalu e-Justice należy rozważyć zasadność wprowadzenia dodatkowych informacji, obejmujących w szczególności następujące kwestie:

- a) minimalnej wysokości kapitału zakładowego w spółkach kapitałowych,
- b) warunków formalnych, które należy spełnić, zakładając spółkę kapitałową,
- c) opłat, które należy ponieść przy okazji składania dokumentów rejestrowych.

Zebranie w jednym miejscu powyższych informacji, dostarczonych przez wszystkie państwa członkowskie, pozwoli na szybkie porównanie warunków podjęcia działalności w wybranej formie prawnej na terytorium całej Unii Europejskiej.

Kolejnym postulatem wartym wzięcia pod uwagę jest stworzenie funkcjonalności służącej do poszukiwania komorników sądowych, co

znacznie ułatwi i usprawni proces egzekucji zagranicznej.

Wyrazem kontynuacji inicjatyw podjętych w latach 2010–2013 są następane dokumenty przyjmowane na szczeblu unijnym: Strategia oraz Wieloletni plan działania na lata 2014–2018 dotyczący europejskiej e-Sprawiedliwości (2014/C 182/02)²⁷, zwany w dalszej części Planem.

Jednym z podstawowych celów Strategii jest informatyzacja wymiaru sprawiedliwości wraz z upowszechnieniem korzystania z elektronicznych środków komunikacji przez wszystkie strony postępowań sądowych. Takie działania stały się ważnym elementem skutecznego funkcjonowania sądownictwa w państwach członkowskich. Punktem szczególnego zainteresowania jest oczywiście rzeczony portal e-Justice oraz międzynarodowy projekt e-CODEX.

3) Projekt e-CODEX

Jednym z założeń wskazanych w Planie jest dalszy rozwój elektronicznej komunikacji między organami sądowymi państw członkowskich, w szczególności w formie wideokonferencji lub bezpiecznej elektronicznej wymiany danych. Taka współpraca jest istotna zwłaszcza w kontekście postanowień aktów prawnych przyjmowanych w europejskiej przestrzeni sądowej w dziedzinie prawa cywilnego, karnego i administracyjnego. Wyrazem dążenia do osiągnięcia tego celu jest m.in. międzynarodowy projekt e-CODEX, który zmierza do zelektronizowania wybranych procedur transgranicznych oraz upowszechnienia wiedzy na ten temat zarówno wśród przedsiębiorców, konsumentów, jak również pełnomocników profesjonalnych. Projekt e-CODEX jest projektem wielkoskalowym (*Large Scale Pilot*)²⁸, którego głównym przedmiotem zainteresowania są m.in. europejskie postępowania sądowe. Już od tego roku za pośrednictwem platformy, która powstała w ramach projektu e-CODEX, można złożyć pozew o wydanie europejskiego nakazu zapłaty, przesyłając go do zagranicznego sądu

²⁷ Dz. Urz. UE C 182 z 14 czerwca 2014 r., s. 2.

²⁸ Projekt e-CODEX jest realizowany w ramach ICT Policy Support Programme – Competitiveness and Innovation Framework Programme.

drogą elektroniczną²⁹. W pierwszej kolejności uruchomiono usługę umożliwiającą złożenie pozwu o wydanie europejskiego postępowania nakazowego przed sądem w Grecji i w Niemczech oraz wszczęcie postępowania w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń przed sądem w Austrii³⁰. Całe postępowanie w przedmiocie wydania europejskiego nakazu zapłaty przeprowadzone jest drogą elektroniczną za pośrednictwem infrastruktury informatycznej przygotowanej przez partnerów projektu. Pismo procesowe wniesione za pośrednictwem platformy opatruje się bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, który jest uznawany w państwie wydania europejskiego nakazu zapłaty.

Wart podkreślenia jest fakt, że Plan w perspektywie najbliższych lat zakłada nie tylko opracowanie przedsięwzięć informatycznych na dużą skalę, takich jak e-CODEX, ale także ich utrzymanie oraz dalszy rozwój wypracowanych rozwiązań³¹.

4. WNIOSKI KOŃCOWE

Z całą pewnością aktualnie jednymi z ważniejszych oręży w pracy pełnomocnika profesjonalnego są narzędzia informatyczne, które ułatwiają oraz przyspieszają pracę, pozwalają na sprawniejsze prowadzenie spraw, zarówno sądowych, jak również tych odbywających się

jeszcze na etapie przedsądowym. Omówione na łamach niniejszego artykułu rozwiązania – w ocenie autorów – zasługują na szczególną uwagę osób na co dzień zajmujących się windykacją należności pieniężnych w sporach transgranicznych.

Podsumowując poczynione rozważania, nie sposób pominąć działań podejmowanych przez polskiego ustawodawcę, który nie pozostaje obojętny na rosące zapotrzebowanie na dostęp do narzędzi on-line. Doskonałym przykładem aktywnej postawy w tym obszarze jest najnowsza nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego, stanowiąca kolejny krok ku informatyzacji polskiego wymiaru sprawiedliwości. Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw³², przyspieszenie postępowania cywilnego poprzez znaczące rozszerzenie możliwości skorzystania z elektronicznych rozwiązań stanowi ważny element w budowie skuteczniejszego wymiaru sprawiedliwości. Zmiany wejdą w życie we wrześniu 2016 r., a sądy będą miały dodatkowo jeszcze trzy lata na przygotowanie infrastruktury teleinformatycznej niezbędnej do wdrożenia elektronicznego biura podawczego. Pełnomocnikom profesjonalnym nie pozostaje nic innego, jak cierpliwie poczekać na wdrożenie przyjętych zmian w polskim procesie cywilnym, mając nadzieję na to, że pozwolą one na sprawniejsze prowadzenie spraw.

²⁹ „W następstwie przeprowadzonego przez Komisję studium wykonalności w odniesieniu do elektronicznego składania wniosków o wydanie europejskiego nakazu zapłaty Komisja Europejska współfinansuje projekt pilotażowy dotyczący tej kwestii. Dziewięć państw członkowskich uczestniczy w projekcie pilotażowym e-CODEX w zakresie postępowania w sprawie europejskiego nakazu zapłaty”, Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego dotyczące stosowania rozporządzenia (WE) 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty, COM (2015) 495 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0495&qid=1445437476564&from=EN> (dostęp: 22 października 2015 r., godz. 16.25).

³⁰ Informacje na temat pilotaży dostępne są na polskiej stronie internetowej projektu e-CODEX pod adresem: <http://e-codex.pl/home/logowanie.html> (dostęp: 18 października 2015 r., godz. 18.55).

³¹ Zob. punkt 33 Planu działania: „Niektóre aspekty przyszłych działań mają charakter bardziej ogólny i obejmują różne domeny w obszarze e-sprawiedliwości. Opracowanie przedsięwzięć informatycznych na dużą skalę, takich jak e-CODEX, było udane i należy zapewnić uwzględnienie wyników przedsięwzięcia e-CODEX w portalu «e-Sprawiedliwość» i monitorowanie ich wdrażania”.

³² Dz.U. poz. 1311.

Przed Zjazdem i zgromadzeniami

Jan Kuklewicz, Marcin Imiołek

ADWOKATURA WOBEC ZMIAN

My, Naród Polski – wszyscy obywatele Rzeczypospolitej [...] pomni gorzkich doświadczeń z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie lamane, pragnąc na zawsze zagwarantować prawa obywatelskie, a działaniu instytucji publicznych zapewnić rzetelność i sprawność, w poczuciu odpowiedzialności przed Bogiem lub przed własnym sumieniem, ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej jako prawa podstawowe dla Państwa.

(Z PREAMBULY DO KONSTYTUCJI RP)

I. Żyjemy w dobie intensywnych zmian, o których dowiadujemy się niemal każdego dnia i nocy. Trudno pozostać niewzruszonym względem nich, przyjmując nawet postawę celowo poszerzonego dystansu, zdawałoby się pozwalającego na ich obiektywną ocenę i określenie – choć zapewne jedynie w części – powstałych już (może nieodwracalnie) szkód i zagrożeń na przyszłość. Te ekonomiczne z pewnością będą łatwiejsze do policzenia; te niefiskalne, będące następstwem wielu zdarzeń skutecznie dewastujących porządek i zwyczaje, historię i autorytety, wzbudzając przy tym i dzieląc opinię publiczną jak nigdy dotąd, okażą się daleko kosztowniejsze. Wszystkie one – mające miejsce na przestrzeni kilku minionych lat z kulminacją w ostatnim okresie – o trudnych do przewidzenia dziś jeszcze konsekwencjach, ponad te, których obecnie doświadczamy.

Zapewne nikt, niezależnie od miejsca i pozycji zajmowanych w społeczeństwie, nie jest

względem nich w pełni obojętny. Przeciwnie, jesteśmy wszyscy zaangażowani w dziejące się na naszych oczach wydarzenia nawet mimo woli. Różni nas jedynie skala w nich udziału. Ta zakładana ewentualnie instrumentalna obojętność jest tym trudniejsza, jeżeli dotyczy oglądu rzeczywistości dokonywanego przez prawników wykonujących swoje profesje, a to z uwagi choćby na ich specyfikę i możliwość czynienia stosownych ocen. Jest to tym trudniejsze – skoro właśnie prawnikom dana jest szczególna perspektywa ich postrzegania, przez co zdajemy sobie w pełni sprawę z doniosłości tych najdalej niepokojących zjawisk dla funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego, do którego to określenia o charakterze przecież zasadniczym, zdaje się, przywykliśmy już wszyscy, przyjmując ten stan rzeczy jako coś nam należnego i naturalnego, bez głębszej refleksji o potrzebie pielęgnowania go i zabiegania o dobrą jego kondycję już w czasach spokoju społecznego i przestrzega-

nia zasad legalizmu. Wszak dla większości nam współczesnych przywołane w Preambule do Konstytucji „gorzkie doświadczenia z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane”, to tylko historia.

Uwaga ta tyczy w szczególności nas, adwokatów. Uczestnicząc w procesie *udzielania pomocy prawnej*, mamy bowiem wyjątkową – i przejmującą zarazem – możliwość dokonywania nie tylko obserwacji zachowań ludzkich i ich wartościowania według przyjętych kryteriów, ale także wnikania w same motywy tych zachowań, które pozostają z oczywistych powodów nieznanne innym uczestnikom wszelakich postępowañ.

Mamy także codzienną możliwość konfrontowania formułowanych przez obywateli oczekiwań w zakresie ścisłego przestrzegania przez wszelkie organy i podmioty pryncypiów i zasad składających się na demokratyczne państwo prawne w ich indywidualnych sprawach z tym, co przynoszą wprowadzane zmiany, oraz z tym, co o tych zmianach w ogólności sądzą obywatele – nasi Klienci.

Wszystko to tłumaczy potrzebę naszej – nie tylko wewnątrz korporacyjnej – dyskusji o roli apolitycznej Adwokatury¹ dziś, prowadzącej do niezbędnego wypracowania stanowiska odnośnie do owych zmian oraz podejmowania działań teraz i w przyszłości, biorąc pod uwagę pryncypia i rzetelną potrzebę, konsekwentnie stroniąc od nasuwających się skojarzeń, podpowiadających doraźne, zdawałoby się – łatwe osiągalne cele. Nawet jeżeli jakieś czysto oportunistyczne działanie przyniesie pozorny pożytek, co jawi się w kategoriach więcej niż

wątpliwych, to z pewnością na krótką metę. Natomiast wynikiem z takiego działania konsekwencje rysować będą obraz Adwokatury w oczach społeczeństwa jako środowiska gotowego do rezygnacji ze swych honorowych i ustawowych powinności w imię doraźnych korzyści.

Skuteczna i dalekosiężna, mająca perspektywę wieloletnią, dająca nam szczególną pozycję pośród innych zawodów prawniczych, więcej, pośród zawodów zaufania publicznego, działalność zewnętrzna Adwokatury – do czego nie tylko legitymizuje nas, ale wręcz zobowiązuje ustawowe umocowanie w zakresie „współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa”² – będzie jednakowoż wtedy tylko możliwa, gdy określimy – przy uwzględnieniu nowej sytuacji – nasze samorządowe cele i możliwości oraz sposób ich realizacji.

Obecne działania publiczne Adwokatury – Naczelnej Rady Adwokackiej i jej Przedstawicieli lub poszczególnych Członków – mogą imponować. Stosowne uchwały i publikacje oraz wypowiedzi będące komentarzami dla aktualnie rozgrywających się wydarzeń, udział w posiedzeniach o charakterze ustrojowym przed Trybunałem Konstytucyjnym, podczas których mogliśmy obserwować wzorową postawę Pełnomocników wcielających się w rolę *amicus curiae*, ilustrują wartość merytoryczną opinii³ i wystąpień. W końcu sam liczny udział adwokatów jako publiczności w rozprawach przed Trybunałem Konstytucyjnym czy wreszcie znakomite opracowanie Naczelnej Rady Adwokackiej sporządzone dla potrzeb Komisji Weneckiej⁴ procedującej w sprawach, których

¹ O tym w artykule autorstwa M. Gutowskiego i P. Kardasa, *Adwokatura jest strażnikiem prawa, nie polityki*, „Palestra” 2016, nr 1–2.

² Art. 1 ustawy Prawo o adwokaturze.

³ Opinia *amicus curiae* NRA z 2 lutego 2016 r. w sprawie połączonych wniosków Pierwszej Prezes Sądu Najwyższego z 29 grudnia 2015 r., grupy posłów na Sejm RP z 31 grudnia 2015 r., Rzecznika Praw Obywatelskich z 15 stycznia 2016 r. – o zbadanie zgodności ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. poz. 2217) z Konstytucją RP; opinia *amicus curiae* NRA w sprawie wniosku grupy posłów z 4 grudnia 2015 r. o zbadanie zgodności uchwał Sejmu RP z 25 listopada oraz 2 grudnia ub.r. z Konstytucją RP i ustawą z 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym.

⁴ Opinia Naczelnej Rady Adwokackiej z 15 lutego 2016 r. dla Weneckiej Komisji dla Demokracji przez Prawo pn.

znaczenia nie da się przecenić – stanowią niekompletną ilustrację i przykład zaangażowania Adwokatury na rzecz interesu publicznego. Zaangażowanie to odpowiada wyrażonemu w Preambule do Konstytucji pragnieniu, aby w Rzeczypospolitej „na zawsze zagwarantować prawa obywatelskie, a działaniu instytucji publicznych zapewnić rzetelność i sprawność”.

Dla porządku odnotować należy, że Adwokatura zgłaszała także zastrzeżenia co do proponowanych zmian w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym⁵, co nastąpiło regulacją z 27 maja 2015 r., prowadzącą do inkorporowania tych rozwiązań w ustawie z 25 czerwca 2015 r., wyraźnie podkreślając nietrafność zamieszczonych w niej niektórych propozycji z jednej strony, a równocześnie obiektywizm i przez to należyte realizowaną funkcję Adwokatury z drugiej – do czego nawiązali Autorzy przywołanego już wyżej opracowania.

Czas dowiódł trafności owych zastrzeżeń z całą mocą, więcej, brutalnością (ta forma wartościowania bynajmniej nie jest przesadna), co nie oznacza, że spór wokół najważniejszego organu sądowiczego nie rozgorzałby na innej, równie rujnującej znaczenie Trybunału płaszczyźnie.

Jeżeli do tego dodamy aktywność przedstawicieli NRA w zakresie kontrowersyjnych propozycji zmian w regulacjach ustawo-

wych, grożących dysfunkcyjnością organów państwowych oraz niosących za sobą nade wszystko wyraźne ograniczenie lub zagrożenie dla praw i wolności obywatelskich⁶, do ochrony których Adwokatura w sposób ustawowy, historyczny i wręcz naturalny jest szczególnie powołana i predysponowana, udział w wysłuchaniach obywatelskich poprzedzających zazwyczaj zgłaszane potem uwagi i postulaty w procesie ustawodawczym, to otrzymujemy niezwykle obszerny – choć dalej niekompletny – obraz publicznej działalności Adwokatury, dostrzegającej nie potrzebę, a konieczność zachowania i przestrzegania konstytucyjnych i międzynarodowych norm prawnych, jasno kreślących ich funkcje gwarancyjne wobec obywateli i suwerena zarazem.

Szczególny rezultat tej działalności obserwujemy, śledząc informacje, artykuły prasowe oraz przede wszystkim bieżące komentarze, związane z burzliwą debatą publiczną nad wydarzeniami dotyczącymi Trybunału Konstytucyjnego, uchwalaniem kolejnych ustaw, niepokojąco zmieniających obraz systemu instytucji zakotwiczonych konstytucyjnie, z których to doniesień co rusz słyszymy o stanowisku Naczelnej Rady Adwokackiej względem analizowanych zagadnień, prezentowanym obok stanowisk Sądu Najwyższego, Krajowej Rady Sądownictwa czy Rzecznika Praw Obywatel-

Uwagi poczynione przez Naczelną Radę Adwokacką dotyczące ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. zmieniającej ustawę o Trybunale Konstytucyjnym z dnia 25 czerwca 2015 r.

⁵ Memorandum Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej z 3 czerwca 2015 r., przedstawione Prezesowi Rady Ministrów i doręczone również 22 innym Podmiotom; uchwała nr 78/2015 Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 2 czerwca 2015 r.

⁶ Udział przedstawiciela NRA w pracach na temat projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw; uwagi NRA do projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, przedłożone Ministerstwu Finansów; opinia NRA dotycząca projektu nowelizacji niektórych przepisów Konstytucji, zwracająca uwagę na sprzeczności poziome pomiędzy poszczególnymi rozwiązaniami Konstytucji; udział przedstawiciela NRA w pracach sejmowej Komisji Regulaminowej i Spraw Poselskich Sprawiedliwości dotyczących zmiany ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich i niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 77) w zakresie wprowadzenia procedury złożenia wniosku o uchyleniu immunitetu Rzecznikowi Praw Obywatelskich, prezesa NIK, prezesa GIODO, prezesa IPN, Rzecznika Praw Dziecka; inicjatywa Prezesa NRA adw. Andrzeja Zwary i Wiceprezesa NRA adw. Jacka Treli z 14 marca 2016 r. skierowana do Przewodniczącego Krajowej Rady Sądownictwa oraz Przewodniczących samorządów zawodów prawniczych oraz Dziekanów Wydziałów Prawa, mająca na celu znalezienie rozwiązań prawnych, które będą pomocne dla polityków w budowie kompromisu opartego na dobrze funkcjonującym mechanizmie trójpodziału władzy; uchwała nr 116/2016 Prezydium NRA z 10 marca 2016 r. w sprawie gotowości podjęcia się roli bezstronnego mediatora w sporze o kształt Trybunału Konstytucyjnego.

skich. Jest to niewątpliwie efekt merytoryczności – wolnej od koniunkturalizmu – głosu Adwokatury względem tych licznych i, zdaje się, już niekontrolowanych zmian, **ale także wyraz niezbędnej współcześnie aktywności i odwagi.**

Czas współczesny wymaga również nieustannego przypominania o sprawach zasadniczych dla funkcjonowania społeczeństwa i prawa, które zatarły się w świadomości wielu mających obecnie wpływ na jego kształt. W tym także Adwokatura odgrywa i może odgrywać istotną rolę. Wobec powtarzanych dzisiaj sloganów o dobru narodu będącym najwyższym prawem pozornie tylko jesteśmy bezsilni. Zawsze możemy odpowiedzieć przeżyta już raz historią i doświadczeniem płynącym z tej historii, o którym współcześnie zbyt wielu nie pamięta lub nie chce pamiętać.

Jak pisał Gustaw Radbruch: „(...) nie, nie może być tak, że wszystko, co służy narodowi jest prawem. Powinno być raczej odwrotnie, że tylko to, co jest prawem, służy narodowi”⁷.

W naszym przekonaniu wyżej prezentowana zewnętrzna postawa Adwokatury zasługuje na najwyższy szacunek, wzmacnia też jej wizerunek jako środowiska współodpowiedzialnego za sprawy naszego państwa.

Wskazanie rudymenatarych uwarunkowań prawnych i strzeżenie ich także poprzez przyjętą zasadę nieopowiadania się po którejkolwiek ze stron politycznego konfliktu to jedno, a przekonanie co do słuszności przyjętej linii postępowania Naczelnej Rady Adwokackiej i członków samorządu adwokackiego w szerokim słowa tego znaczeniu to drugie, tym bardziej że wszyscy jesteśmy także odbiorcami i komentatorami obserwowanych zdarzeń, niewolnymi przecież od osobistych poglądów i przekonań.

I choć pokusa opowiedzenia się po której-

kolwiek ze stron politycznego sporu jest olbrzymia, a nawet zrozumiała, to nie może się ona przełożyć na prezentację instytucjonalne – te bowiem mogą mieć za swą perspektywę wyłącznie obronę prawa, w tym szczególnie „prawa podstawowego dla Państwa, ustanowionego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, jak to zostało ujęte w przywołanej na wstępie tego tekstu Preambule.

To z tego powodu szkic nasz rozpoczyna przytoczenie fragmentu, który choć brzmi podniosłe, jest uzasadniony dla poczynionych następnie wywodów.

II. Działalność zewnętrzna Adwokatury warunkowana jest jednak, i to w niemalym, o ile nie w decydującym stopniu, sytuacją wewnątrz naszego środowiska, oczekującego z jednej strony podniesienia prestiżu zawodu, z drugiej zaś zapewnienia godnych warunków jego wykonywania. Pauperyzacja materialna, obok tej społecznej, tak wyraźnie wyartykułowanej przez uczestników ankiety „strategicznej”⁸ – jest przecież zjawiskiem zauważalnym przez wszystkich członków naszej społeczności bez względu na staż wykonywania zawodu. Ma to olbrzymie znaczenie również dlatego, że przesądza o wspólnych priorytetach i celach całej wielopokoleniowej Adwokatury. Wymaga jednak od nas wszystkich umiejętności działania w całkowicie nowych warunkach zewnętrznych, w których na przykład podwyższenie wysokości, niezmiennych od 2002 roku, stawek określających honoraria za udzielanie pomocy prawnej z urzędu prowadzi ministra sprawiedliwości do zdumiewających wprost konkluzji o możliwości popełnienia w ten sposób jakiegoś przestępstwa⁹.

Potrzeba odzyskania pozycji dominującej wśród zawodów prawniczych, tak mocno – co podkreśliliśmy – artykułowana przez

⁷ G. Radbruch, *Pięć minut filozofii prawa*, tłum. J. Zajadło, (w:) *Horyzonty Filozofii Prawa*. Radbruch, Sopot 2016, wydane przy wsparciu Naczelnej Rady Adwokackiej.

⁸ Przeprowadzona ankieta przez Zespół ds. Strategii Adwokatury pod przewodnictwem adw. prof. M. Gutowskiego.

⁹ „Rzeczpospolita” z 22 marca 2016 r., *Zbigniew Ziobro donosi na Borysa Budkę*.

uczestników ankiety, jest słusznie postrzegana jako wymagająca zrównania oczekiwań ekonomicznych z tymi prestiżowymi. Jest to w istocie powrót i zarazem nawiązanie do myślenia jakże pozytywnego, choć mającego swe źródło w innej sytuacji i wychodzącego z innych przesłanek.

Ongiś adwokat to w dużej mierze monopolista w wykonywaniu usługi prawnej, dzisiaj jeden z wielu wśród innych przedstawicieli zawodów prawniczych do tego powołanych. Już tylko to przypomnienie w zestawieniu z odmiennością potrzeb dnia codziennego, i to w kwestiach istotnych, stanowi wystarczający powód do poszukiwania przez wszystkich nas rozwiązań prowadzących do osiągnięcia tego jakże ważnego celu.

Rodzi się zatem pytanie, w jaki sposób, za pomocą jakich narzędzi do niego zmierzać; więcej – czy jako adwokaci posiadamy dziś wystarczający potencjał zarówno materialny, jak i intelektualny, aby nakreślony cel osiągnąć, a jeżeli nie, to w jaki sposób zapewnić niezbędną podstawę do osiągnięcia tych śmiałych zamierzeń.

W dużej części odpowiedzi na postawione powyżej pytania można i należy szukać w informacjach już uzyskanych dla potrzeb kreślenia przyszłości Adwokatury. Ich treść pozwala na wyciągnięcie pozytywnych wniosków.

Na pytanie, czy nas na to stać i czy to osiągniemy, chcemy odpowiedzieć pozytywnie.

Podstawę wspólnej pracy na rzecz pozytywnej przyszłości Adwokatury upatrujemy zarówno w wiedzy, doświadczeniu, jak i młodzieńczym wigorze, którego nie ma, skoro „struktura demograficzna” Adwokatury po 2005 roku systematycznie – i to w postępie niemal geometrycznym – zmienia się, niosąc za sobą merytoryczne przygotowanie, zapał i ambicje, czy też możliwości korzystania z narzędzi dnia współczesnego – jako niezwykle ważny, więcej, niezbędny element składowy.

Przywołana tęsknota za faktyczną dominacją adwokatów w środowisku prawników, a zatem w pewnym zakresie i w życiu społecz-

nym kraju, jest w swej istocie nawiązaniem do jakże wartościowych społecznie i historycznie doniosłych wydarzeń z udziałem polskich adwokatów w okresie Polski międzywojennej, bezpośrednio powojennej i tej z okresu stanu wojennego, jak również – co nie mniej ważne – z okresu pokojowej transformacji zwieńczonej osiągniętym wspólnie członkostwem w Unii Europejskiej, szczególnie dzisiaj zojdzanej i niezasłużenie kontestowanej z pozycji, które nie potrzebują dodatkowej krytyki; wystarczy chłodna, codzienna obserwacja.

Trzeba również pamiętać o zasadniczym, bo konstytucyjnym zakotwiczeniu podstaw wykonywania naszego zawodu, tym bardziej nakazującym szczególnie nam – adwokatom obronę porządku konstytucyjnego państwa, o czym wspominaliśmy już w pierwszej części naszego tekstu.

Wniosek jest oczywisty – nie da się wytyczono celu osiągnąć poprzez samo oczekiwanie, że ktoś zrobi to za nas. Podobnie nic nam nie da swoiście rozumiana tęsknota za „utraconym rajem Adwokatury” i kolejny już raz wylewane przez niektórych z powodu jego utraty krokodyle łzy, połączone z mniej lub bardziej składanymi (z naciskiem na mniej) zapewnieniami o tym, że jednak na powrót Adwokatura będzie „wielka”.

Naszym zdaniem każda aktywność w Adwokaturze wymaga uznania rzeczywistości oraz podejmowania próby formułowania pozytywnego programu. Bez wspólnej pracy wszystkich nas zrzeszonych w korporacji, jak i jej przedstawicieli mających za zadanie daleko większe obowiązki, a zatem i większą odpowiedzialność w tym zakresie, nie da się osiągnąć sukcesu. Choć traci to oczywistością, to – jak się okazuje – należy ją powtarzać nieustannie (mając na uwadze, że i w tej pozytywnej argumentacji – bez odróżnienia od tej złej – metoda ta zdaje się być w ogóle skuteczną, a przez to powszechnie stosowaną).

Wspomnienie poprzednich zjazdów dowodzi, że zestawienie tych potrzebnych reguł postępowania samorządowego było doskonale

znane wszystkim uczestnikom życia samorządowego (nie tylko samym przedstawicielom), a dowodnie ilustrowały to hasła, pod którymi obradowały kolejne zjazdy i zgromadzenia, żeby przypomnieć jedynie ich zasadnicze motto, na przestrzeni lat modyfikowane: „Historia i terażniejszość”.

Gorzej prezentowała się aktywność na wymaganych płaszczyznach, często przybierająca formę niewystarczającą, ograniczającą się do mało skutecznych wypowiedzi i pozornych dyskusji oraz działań, bywa że zabarwionych populizmem, a nawet samorządową prywatą.

O ile publiczna działalność Adwokatury przede wszystkim winna być realizowana przez gremia centralne z uzupełniającym zaangażowaniem poszczególnych organów izbowych, o tyle sytuacja dotycząca wewnętrznych zagadnień korporacji pozostaje na równi w kompetencji organów centralnych oraz organów izbowych. Podkreślenia wymaga natomiast to, że w dużej mierze zagadnienia te zależne są od nas samych (znowu oczywistość) i pozostają w naszej gestii, poprzez określenie np. sposobów nie tyle zapewnienia źródeł dochodów adwokatów, ile pomocy w stworzeniu nowoczesnego warsztatu umożliwiającego wykonywanie zawodu oraz zapewnienie – w ramach korporacyjnych możliwości – odpowiedniego dystrybuowania środków pozostających w gestii samorządu adwokackiego lub środków, których redystrybuowanie uzależnione jest od naszych decyzji.

Potrzeba dyskusji, przy możliwie szerokim zaangażowaniu nas wszystkich, i formułowania wniosków kreślących kierunki działania wynika także z okresu, w jakim przychodzi ją toczyć, każdy bowiem rok wyborczy w życiu samorządowym Adwokatury dyktuje swoje prawa.

Zróżnicowanie wiekowe naszego środowiska należy przyjąć jako niezwykle cenną wartość, nie zaś przeszkodę, gdzie wspólne

zamierzenia są, a przynajmniej powinny być, wypadkową doświadczenia i młodych inspiracji.

To dlatego, bez ignorowania tego faktu i obrażania się na rzeczywistość, zaistniałe po roku 2005 zmiany w regulacjach dotyczących Adwokatury¹⁰, radykalnie zmieniające sposób rekrutacji do zawodu (jak i innych zawodów prawniczych), a także skutki procesów deregulacyjnych¹¹, czego efekty z całą mocą ujawniły się i ujawniają obecnie – spowodowały w ich skali i zakresie najdalej idące wyzwania. Wyzwania te w swej istocie dalekie są od tych do tej pory przywoływanych i powtarzanych po wielokroć sekwencji, odnoszących się do zdarzeń i sytuacji nieporównywalnych, które minęły i z przyczyn oczywistych nie powrócą.

To jednak nie oznacza, aby poprzestać na ich negatywnym jedynie odnotowaniu, bez podjęcia kroków oddziałujących na przyszłość i tym samym kreujących nową sytuację w nowej rzeczywistości, z zachowaniem tego, co inspiruje, ale także dających podstawy do dumnego wspomnienia.

Zatem choć niewątpliwie znajdujemy się w wyjątkowo skomplikowanej przestrzeni, wyznaczonej z jednej strony zdarzeniami, do których wstępnie nawiązaliśmy, z drugiej zaś determinowanymi sytuacją wewnętrzną Adwokatury, to jednak – co podkreślić szczególnie należy – traktujmy ją jako szansę i inspirację dla zmian niezbędnych, choćby z racji upływu czasu i prostych konsekwencji z tym związanych.

Powtórzmy, zdajemy sobie zatem sprawę z faktu, że znajdujemy się w momencie wyjątkowym. Zdajemy sobie sprawę z odpowiedzialności za dalsze losy Adwokatury, której historia i dokonania oraz potrzeba odpowiedniego spełniania funkcji, do której została powołana, wyznaczają dzisiaj zadania na przyszłość, w żaden sposób nieznaną analogii w czasie minionym.

¹⁰ Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 163, poz. 1361).

¹¹ Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz.U. z 23 lipca 2013 r., poz. 829).

Obecna sytuacja uzasadnia zatem potrzebę zweryfikowania dotychczasowego sposobu myślenia i kreowania założeń programowych, w tym podejmowania działań, które jeszcze niedawno wydawały się niemożliwe do przyjęcia, by przykładowo wskazać kwestie dotyczące:

- pozostawiania adwokata wykonującego zawód w stosunku zatrudnienia, a jeżeli tak, to jednakże przy stosownych obostrzeniach deontologicznych poprzez zaproponowanie odpowiednich zapisów w zbiorze zasad wykonywania zawodu, zabezpieczających przed odejściem od istoty zawodu jako wolnej profesji,
- możliwości zasiadania w zarządach spółek kapitałowych oraz szerzej – samych form wykonywania zawodu,
- dopuszczenia reklamy w formie szerszej niż do tej pory, informacji o wykonywanym zawodzie,
- istotnej modyfikacji modelu szkolenia aplikantów, w tym instytucji patronatu.

Dyskusja przedzjazdowa i poprzedzająca zgromadzenia poszczególnych izb adwokackich w przedmiocie zagadnień związanych z problemami wewnętrznej sfery naszego zawodu (zresztą w niemalym stopniu ściśle powiązanych z tymi, które – bywa – zależą od zdarzeń, na które wpływ dominujący, o ile nie wyłączny, mają inni) winna skupiać się na filarach adwokackiej samorządności i je podkreślać oraz wskazywać obszary wymagające

zmian czy wręcz innowacji, pod jednym jednakowoż warunkiem, że nie będą sprzeczne z tymi wartościami, które dają nam możliwość zapewnienia niezależności zawodu zaufania publicznego w sferze:

- wykonywania profesji w zakresie świadczenia usług prawnych,
 - zagwarantowania i strzeżenia tajemnicy adwokackiej,
 - edukacyjnej (sfera weryfikacyjna względem szkolących się do zawodu lub aplikujących do niego w sposób więcej niż istotny została już wcześniej ograniczona),
 - samorządowo-organizacyjnej,
 - sądownictwa dyscyplinarnego i działań dyscyplinujących,
 - finansowej,
- przy czym ta ostatnia w dużej mierze jest warunkującą pozostałe.

Zauważyć należy, że wszystkie one wzajemnie się przenikają i uzupełniają zarazem, a winny być realizowane w warunkach samorządowej wspólnoty rozumianej w kategoriach koleżeńskich i solidarnościowych, mających wspólny cel, jakim jest konsolidacja środowiskowa, warunkująca nowoczesne funkcjonowanie będące kontynuacją historii i tradycji, zwłaszcza wobec zaistniałych zjawisk konsolidacji niesprzyjających.

Nawiązanie także do tej „wewnętrznej” problematyki znajdujemy w celnym i obszer- nym opracowaniu projektu strategii Adwokatury¹², wstępnie podsumowującym wyniki przywołanej już ankiety.

¹² Projekt Strategii Adwokatury – „Palestra” 2015, nr 11–12.

Paweł Malec-Lewandowski

GŁOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO Z 21 WRZEŚNIA 2015 R., K 28/13¹

Zgodnie z treścią sentencji wyroku, a konkretnie jej tenoru, art. 49 § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2015 r. poz. 1094) jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284, z 1995 r. nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r. nr 147, poz. 962, z 2001 r. nr 23, poz. 266, z 2003 r. nr 42, poz. 364 oraz z 2010 r. nr 90, poz. 587).

Przedmiotem kontroli dokonywanej przez Trybunał, w trybie art. 188 pkt 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, był zatem art. 49 § 1 Kodeksu wykroczeń, w brzmieniu następującym: „kto w miejscu publicznym demonstracyjnie okazuje lekceważenie Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom, podlega karze aresztu albo grzywny”. Z kolei wzorcami tejże kontroli były: 1) art. 54 ust. 1 Konstytucji o treści: „każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”, w związku z art. 31 ust. 3 ustawy zasadni-

czej stanowiącym, iż: „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”, a także 2) art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencja), zgodnie z którym (w ust. 1) „każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsięwzięciom radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych” i (w ust. 2): „korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub

¹ ZU OTK nr 8A/2015, poz. 120, sentencja: Dz.U. z 5 października 2015 r., poz. 1539.

bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej”, przy czym wskazać należy, że TK ograniczył zarówno konstytucyjny, jak i konwencyjny wzorzec kontroli, w sposób oczywiście uzasadniony, do „zakresu istotnego dla sprawy”, a zatem przede wszystkim do pojęć „porządek publiczny” (Konstytucja) i „konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku” (Konwencja), jako przesłanek ograniczenia wolności wyrażania poglądów (opinii).

W niniejszej glosie przedmiotem moich uwag uczyniłem rozważania Trybunału dotyczące proporcjonalności *sensu stricto* ograniczenia wolności wyrażania poglądów (opinii), wynikającego z kontrolowanego przepisu, do przesłanek dopuszczalności jej ograniczenia, przytoczonych wyżej. Przedmiotem mojego zainteresowania jest argumentacja Trybunału odnosząca się do teźże proporcjonalności w zakresie ustanowionej w kontrolowanej regulacji sankcji (kary) aresztu.

PROPORCJONALNOŚĆ *SENSU STRICTO*

W mojej ocenie zagadnienie proporcjonalności *sensu stricto* przepisu ustanawiającego wykroczenie, polegające na „demonstracyjnym okazywaniu lekceważenia Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom”, względem wartości konstytucyjnej i konwencyjnej, jaką jest „porządek publiczny”, należy analizować przez pryzmat sankcji za to wykroczenie, a to kary aresztu.

Wskazać należy, że kara ta może być zastosowana wobec sprawcy powyższego wykroczenia, gdyż przewiduje to ustawa. Nie

zmienia tego faktu żadna z okoliczności przytoczonych przez TK w jego analizie proporcjonalności *sensu stricto* kontrolowanej regulacji w odniesieniu do przesłanek z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej i art. 10 ust. 2 Konwencji² ani żadna z okoliczności wskazanych w jego rozważaniach dotyczących samej kary aresztu i w uwagach podsumowujących, a w moim przekonaniu stanowiących w istocie kontynuację analizy wyżej wskazanej³.

W pierwszej kolejności – w ocenie proporcjonalności *sensu stricto* regulacji art. 49 § 1 k.w. – Trybunał Konstytucyjny sięga do argumentu zróżnicowania, zarówno w zakresie istnienia z jednej strony regulacji karnej (art. 133 k.k., art. 226 § 3 k.k. i art. 135 § 2 k.k.), a z drugiej strony – wykroczeniowej, jak również w zakresie natężenia sankcji przewidzianych za omawiane wykroczenie. Zauważyć należy jednak, że nawet potraktowanie czynu określonego w art. 49 § 1 k.w. jako wykroczenia (a nie jako przestępstwa) nie eliminuje możliwości zaistnienia w jego ramach reakcji o charakterze izolacyjnym. W grę wchodzić będzie jedynie możliwość orzeczenia kary aresztu, a nie kary pozbawienia wolności, które to jednak kary są jednolite rodzajowo – obie wiążą się bowiem z pozbawieniem skazanego wolności osobistej na dłuższy (w przypadku przestępstw) bądź na krótszy (w przypadku wykroczenia) okres.

Warto przy tym zaznaczyć, że zasady wykonywania kary aresztu są co do zasady tożsame z zasadami wykonywania kary pozbawienia wolności. Zgodnie z treścią art. 1 § 1 Kodeksu karnego wykonawczego, według przepisów tego Kodeksu odbywa się wykonywanie orzeczeń w postępowaniu karnym, w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe i w postępowaniu w sprawach o wykroczenia. Nadto art. 242 § 3 k.k.w. nakazuje rozumieć przez pojęcie „kara pozbawienia wolności” także m.in. „karę aresztu”, chyba że ustawa stanowi inaczej. Warto przy tym zauważyć, że niektóre przepisy k.k.w.

² Pkt 3.4., nr akapitu 94.

³ Pkt 3.5., 4.

odnoszą się w sposób szczególny do sposobu wykonywania kary aresztu⁴. Najistotniejszym z nich jest ten dotyczący typu zakładu karnego, w którym, co do zasady, umieszczani są ukarani tą karą. Zgodnie z art. 88 § 2 k.k.w. odbywającego karę aresztu osadza się w zakładzie karnym typu półotwartego, chyba że szczególne okoliczności przemawiają za osadzeniem go w zakładzie karnym innego typu. W odniesieniu do treści powyższego przepisu zauważyć należy jednak, że typ zakładu karnego⁵, w którym odbywa się karę ingerującą w wolność osobistą, przesądza jedynie o stopniu izolacji, a nie o samej zasadzie odseparowania (art. 70 § 2 k.k.w. w związku z art. 90–92 k.k.w.).

Z kolei akcentowana przez Trybunał Konstytucyjny różnorodność natężenia sankcji za omawiane wykroczenie, w szczególności istnienie sankcji finansowej (grzywny) obok sankcji izolacyjnej (aresztu), nie wyłącza orzeczenia względem skazanego tej ostatniej.

Następnie – w szczegółowych rozważaniach na temat proporcjonalności *sensu stricto* kontrolowanej regulacji, w zakresie ustanowionej w niej kary aresztu, TK jako argument przemawiający za taką proporcjonalnością podaje w pierwszej kolejności alternatywność kary grzywny względem kary aresztu, wskazując, że kary te nie mogą być orzeczone równocześnie. Podkreślić jednak należy, że kara aresztu może być orzeczona jako wyłączna kara za wykroczenie opisane w art. 49 § 1 k.w., jako że znajduje się w katalogu kar alternatywnie ustanowionych w tym przepisie.

W drugiej kolejności, we wskazanych wyżej rozważaniach, Trybunał koncentruje się na okoliczności „wysoce nierównego prawdopodobieństwa wymierzania każdej z kar określonych w art. 49 § 1 k.w. w świetle przepisów części ogólnej k.w.”, o czym ma świadczyć istnienie w tej części wskazanego Kodeksu dyrektyw sędziowskiego wymiaru kary, prze-

pisów określających okoliczności łagodzące i obciążające, zasady prymatu kar nieizolacyjnych nad izolacyjnymi i instrumentów prawnych w postaci nadzwyczajnego złagodzenia bądź odstąpienia od wykonania kary. Trybunał w oparciu o powyższe regulacje sporządza nawet listę możliwych rozstrzygnięć sądu w sprawie wykroczeniowej o czyn kwalifikowany z art. 49 § 1 k.w.

Do podobnej argumentacji Trybunał Konstytucyjny odwołał się w swoim orzecznictwie obejmującym kontrolę zgodności z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 10 Konwencji przestępstwa znieważenia Prezydenta (art. 135 § 2 k.k.)⁶, osadzając treść tego przepisu w kontekście regulacji części ogólnej k.k., dotyczących wymiaru kar i środków karnych.

W mojej ocenie regulacje części ogólnej Kodeksu wykroczeń, szczegółowo przytoczone przez TK w komentowanym wyroku, nie świadczą w żadnym razie o prawdziwości tezy o „wysoce nierównym prawdopodobieństwie wymierzania każdej z kar określonych w art. 49 § 1 k.w. w świetle przepisów części ogólnej k.w.”, o prawdopodobieństwie bowiem wymierzenia takiej czy innej kary przesądzać mogą tylko i wyłącznie okoliczności faktyczne dotyczące sprawcy i popełnionego przez niego czynu w konkretnej sprawie. W zależności od wskazanych okoliczności ustawodawca karny przewiduje stosowne instrumentarium prawne, opisane przez TK, pozwalające na wymierzenie odpowiedniej kary, bardziej łagodnej bądź bardziej dolegliwej. Słowem – do problematyki „prawdopodobieństwa wymierzania każdej z kar określonych w art. 49 § 1 k.w. w świetle przepisów części ogólnej k.w.” należy podchodzić, moim zdaniem, z punktu widzenia stanu faktycznego konkretnej sprawy, a nie regulacji normatywnej. W konsekwencji równie prawdopodobne jest zarówno „odstąpienie od wymierzenia jakiegokolwiek kary”, jak

⁴ Zob. art. 86 § 1, art. 88 § 2 i § 6 pkt 1 i art. 99 § 2 k.k.w.

⁵ Poza zakładami karnymi typu półotwartego mogą być one organizowane także jako zakłady karne typu zamkniętego i otwartego (art. 70 § 1 k.k.w.).

⁶ Wyrok z 6 lipca 2011 r., P 12/09, OTK ZU 2011, nr 6A, poz. 51.

i „wymierzenie przez sąd kary aresztu od 5 do 30 dni” (zgodnie z gradacją kar zaprezentowaną przez Trybunał w głosowanym wyroku) – w zależności od stanu faktycznego konkretnej sprawy. Co do tej ostatniej kary – prawdopodobieństwo jej orzeczenia wskazuje sam TK, stwierdzając, że „(...) kara aresztu – jako zdecydowanie najdolegliwsza – może być wymierzona tylko za czyn charakteryzujący się wyjątkowym natężeniem naganności działania sprawcy, przy zaistnieniu okoliczności obciążających i braku okoliczności łagodzących. Innymi słowy, kara ta może zostać wymierzona tylko za zachowania najmocniej godzące w podmioty wymienione w przepisie (...)” – z czym w pełni należy się zgodzić.

W trzeciej kolejności, zdaniem Trybunału, argumentem na rzecz proporcjonalności *sensu stricto* kontrolowanej regulacji jest nieistnienie w polskiej rzeczywistości prawnej problemu karania za zachowania odpowiadające znamionom art. 49 § 1 k.w., stwierdzone przez TK na podstawie braku bogatego orzecznictwa poświęconego temu wykroczeniu.

Podobnie Trybunał argumentuje w przywoływanym już wyżej judykacie dotyczącym zgodności ze wskazanymi wyżej wzorcami normatywnymi przestępstwa znieważenia głowy państwa (art. 135 § 2 k.k., sygn. akt P 12/09), wskazując, że „[s]ądy z dużą ostrożnością (...) odnoszą się do kwestii ustalania odpowiedzialności karnej i wymiaru kary za publiczne znieważenie Prezydenta Rzeczypospolitej (...)”. Trybunał powołał się przy tym na stosowne statystyki przedstawione przez Prokuratora Generalnego, wskazujące jednostkowe zastosowanie kary pozbawienia wolności (z warunkowym zawieszeniem jej wykonania), i tezy orzeczenia sądu powszechnego.

Do podobnego argumentu TK odwołał się także, kontrolując zgodność karnoprawnej re-

gulacji przestępstwa zniesławienia (art. 212 § 1 i 2 k.k.) z art. 14 i 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, stwierdzając w oparciu o dane dotyczące praktyki sądów, że z możliwości orzeczenia kary pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 212 § 1 i 2 k.k. korzystają one w sposób nacechowany daleko idącą powściągliwością, a zagrożenie tą karą pełni więc w gruncie rzeczy tylko funkcję prewencyjną⁷.

Wskazać należy, że – wedle mojego przekonania – podstawą orzekania TK, jako kontrolującego hierarchiczną zgodność norm prawnych, powinna być jedynie argumentacja o charakterze normatywnym, a zatem odwołująca się do treści bądź wykładni określonego przepisu, a nie argumentacja wynikająca z praktyki sądowej jego stosowania. W konsekwencji to, że kara aresztu nie jest w praktyce orzekana za kontrolowane wykroczenie (bądź nawet czyny wypełniające znamiona wykroczenia opisanego w art. 49 § 1 k.w. nie podlegają bądź rzadko podlegają ściganiu w praktyce), nie oznacza, iż potencjalnie nie może kara ta zostać orzeczona względem jego sprawcy.

Tylko na marginesie wskazać należy, że jeżeliby nawet praktyka sądowa dotycząca braku karania za wskazane wykroczenie bądź wymierzania za nie raczej kary finansowej, a nie izolacyjnej, miała mieć znaczenie w ocenie proporcjonalności *sensu stricto* art. 49 § 1 k.w., to zauważyć wypada, iż najbardziej trafnym wnioskiem z tego faktu płynącym byłby ten o zniesieniu tego wykroczenia bądź wyeliminowaniu z niego sankcji izolacyjnej. Wynika to z wyraźnego przekonania sądów (a nawet szerzej – organów ścigania) o braku adekwatności w ogóle w karaniu zachowań o znamionach z art. 49 § 1 k.w. bądź braku adekwatności w karaniu ich karą wolnościową⁸.

Biorąc pod uwagę powyższe, w moim przekonaniu ustanowienie kary aresztu, a zatem

⁷ Zob. wyrok z 30 października 2006 r., P 10/06, OTK ZU 2006, nr 9A, poz. 128 i postanowienie z 11 czerwca 2013 r., K 50/12, OTK ZU 2013, nr 5A, poz. 69.

⁸ Zob. podobne postulaty na tle wyroku Trybunału z 30 października 2006 r., P 10/06, wyrażane w doktrynie: M. Kućka, K. Pałka, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2006 r.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, nr 2, s. 274; P. Malec-Lewandowski, *Problematyka konstytucyjności penalizacji zniesławienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 2, s. 53.

kary o charakterze izolacyjnym, uderzającej w wolność osobistą człowieka, za zachowanie polegające zasadniczo, jak się wydaje, na sformułowaniu wypowiedzi bądź wykonaniu gestu, choćby w sposób najbardziej rażąco ze względu na swoją formę lub treść, a to wypowiedzi lub gestu obejmujących jedynie wyrażenie pogardy i braku szacunku dla konstytucyjnych organów państwa, Rzeczypospolitej Polskiej czy Narodu Polskiego, nie jest proporcjonalne do celu, jakim jest zachowanie „porządku publicznego”, osiąganego nie bezpośrednio, a pośrednio – poprzez zachowanie autorytetu wskazanych podmiotów.

W tym miejscu wypada wskazać, że w wyroku zapadłym w niecały miesiąc po komentowanym wyroku, w znanej sprawie piosenkarki Doroty Rabczewskiej („Dody”), Trybunał w sposób zdecydowanie odmienny (choć na marginesie wskazanego orzeczenia) odniósł się do proporcjonalności sankcji pozbawienia wolności (do lat 2) za przestępstwo obrazy uczuć religijnych innych osób przez publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej (art. 196 k.k.). Trybunał stwierdził bowiem, że „(...) w demokratycznym państwie prawnym, należącym do kultury europejskiej, której wyznacznikiem są m.in. takie wartości jak tolerancja i pluralizm światopoglądowy, ochrona uczuć religijnych innych osób przed ich obrazą, znieważającym, publicznym i umyślnym zachowaniem wobec przedmiotu czci religijnej nie musi prowadzić do zagrożenia karą pozbawienia wolności, w szczególności w wymiarze do lat 2. Samo zagrożenie karą pozbawienia wolności w tym wymiarze, niezależnie od praktyki orzeczniczej, może być też postrzegane jako środek zbyt dolegliwy. Wybór określonego instrumentu prawnego musi bowiem być dokonywany nie tylko z punktu widzenia

celu, który powinien należeć do kręgu wartości uzasadniających ograniczenia praw i wolności, ale także z punktu widzenia konieczności w państwie demokratycznym”⁹.

Analizując proporcjonalność *sensu stricto* sankcji wolnościowej za czyn kwalifikowany z art. 49 § 1 k.w., nie można pominąć standardów w tym zakresie wynikających z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, wypracowanych na gruncie treści art. 10 Konwencji. Za najbardziej adekwatne judykaty w tej materii należy uznać rozstrzygnięcia w sprawach: *Murat Vural przeciwko Turcji*¹⁰ i *Shoydka przeciwko Ukrainie*¹¹.

W pierwszym za rażąco nieproporcjonalne do celu obejmującego ochronę pamięci Kemała Atatürka uznano wymierzenie skarżącemu kary pozbawienia wolności za zachowanie polegające na wylaniu farby na posąg tego tureckiego polityka i wojskowego.

Z kolei w drugim za sprzeczne z art. 10 Konwencji przyjęto skazanie członkini ukraińskiej partii opozycyjnej (względem partii prezydenta Wiktora Janukowycza) na karę dziesięciu dni aresztu za oderwanie od wieńca złożonego przez prezydenta w święto niepodległości części wstęgi z jego imieniem, nazwiskiem i funkcją.

W tym miejscu przypomnieć wypada także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie zgodności z art. 10 Konwencji sankcji pozbawienia wolności za znieważenie.

W sprawie *Skalka przeciwko Polsce* za „nieproporcjonalnie surową” ETPCz uznał karę pozbawienia wolności wymierzoną osadzonemu w zakładzie karnym za wulgarne odniesienie się przez niego w liście do działalności sądu, a w szczególności jednego z jego sędziów¹².

Z kolei w sprawie *Otegi Mondragon przeciwko Hiszpanii* do naruszenia art. 10 Konwencji

⁹ Wyrok z 6 października 2015 r., SK 54/13, OTK ZU 2015, nr 9A, poz. 142.

¹⁰ Wyrok z 21 października 2014 r., skarga nr 9540/07, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%5B%22001-147284%22%5D%7D> (dostęp: 26 stycznia 2016 r.).

¹¹ Wyrok z dnia 30 października 2014 r., skarga nr 17888/12, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%5B%22001-147445%22%5D%7D> (dostęp: 26 stycznia 2016 r.).

¹² Wyrok z 27 maja 2003 r., skarga nr 43425/98, por. I. C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Zakamycze 2006, s. 408–415.

doszło wskutek skazania na karę izolacyjną baskijskiego opozycjonisty za określenie króla Hiszpanii, będącego zwierzchnikiem sił zbrojnych, jako wykorzystującego tę funkcję do stosowania tortur. Warto zauważyć, że w ocenie Europejskiego Trybunału do nieproporcjonalnej ingerencji w wolność słowa w tej sprawie doszło na skutek przyjęcia przezeń, iż skazany nie dopuścił się „mowy nienawiści”¹³.

Warto przypomnieć także w omawianym kontekście orzecznictwo ETPCz dotyczące braku proporcjonalności – co do zasady – w nakładaniu kar izolacyjnych na dziennikarzy za zniesławianie osób publicznych w sprawach budzących społeczne zainteresowanie. Dotyczy tego przede wszystkim judykant *Cumpana i Mazare przeciwko Rumunii* z 17 grudnia 2004 r. (skarga nr 33348/96). W sprawie tej dwóch dziennikarzy (jeden z nich był redaktorem naczelnym gazety) skazano na bezwzględną karę pozbawienia wolności za zniesławienie i znieważanie prawniczki miasta Konstancy poprzez umieszczenie w czasopiśmie jej wizerunku w sposób sugerujący dopuszczenie się przez nią (wraz z burmistrzem tego miasta) korupcji i istnienie między nimi intymnej życzliwości. W postępowaniu przed ETPCz dyskusji nie podlegała zasadność samego skazania, ale tylko i wyłącznie dolegliwość orzeczonej kary, w szczególności kary izolacyjnej (która nie została wykonana jedynie z uwagi na ulaskawienie)¹⁴. W sprawie tej Europejski Trybunał wskazał, że „wymierzenie kary pozbawienia wolności za «przestępstwo prasowe» będzie zgodne z art. 10 Konwencji tylko w wyjątkowych okolicznościach, do których należy

poważne naruszenie innych praw podstawowych, na przykład nawoływanie do nienawiści i stosowania przemocy”¹⁵.

Między innymi to orzeczenie stało się podstawą do przyjęcia przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w dniu 4 października 2007 r. Rezolucji 1577 (2007) „Ku dekryminalizacji zniesławienia”. Jak wskazuje I. C. Kamiński: „[c]hociaż dokument nosi tytuł «Ku dekryminalizacji zniesławienia», nie wzywa do eliminacji wszystkich sankcji karnych. Wskazuje jedynie na konieczność ograniczeń w stosowaniu kary pozbawienia wolności. (...) Rezolucja wzywa do natychmiastowego usunięcia kary pozbawienia wolności za pomówienie z regulacji karnych w państwach członkowskich Rady Europy (pkt 17.1), również i tych, gdzie przepisy dopuszczające taką karę pozostają od lat martwą literą. Samo już bowiem istnienie prawa karnego zezwalającego na pozbawienie wolności jest wykorzystywane jako dogodne usprawiedliwienie przez te kraje, które nie tylko mają analogiczne przepisy, ale i z nich korzystają (pkt 13)”¹⁶.

Biorąc pod uwagę powyższe judykaty, zgodzić należy się z L. Garlickim, według którego dla ETPCz proporcjonalność ograniczeń wolności określonej w art. 10 Konwencji „(...) mierzona jest także rodzajem i surowością nakładanych sankcji. Najtrudniej proporcjonalność tę wykazać, gdy sankcje mają charakter karny, zwłaszcza, gdy obejmują karę pozbawienia wolności i nie brakuje wyroków, gdzie naruszenie art. 10 wynika tylko z nadmiernej surowości sankcji (...) Nakładanie sankcji musi być oceniane nie tylko w kontekście reakcji na

¹³ Wyrok z 15 marca 2011 r., skarga nr 2034/07, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{„itemid“:\[„001-103951“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{„itemid“:[„001-103951“]}) (dostęp: 26 stycznia 2016 r.).

¹⁴ I. C. Kamiński, *Swoboda*, s. 289–300.

¹⁵ Tamże, s. 299. Na marginesie powyższego należy zauważyć, że tzw. „mowa nienawiści”, do której ETPCz nawiązuje w powyższym wyroku, w Polsce podlega osobnej regulacji prawnokarnej, tj. art. 256 i 257 k.k.

¹⁶ I. C. Kamiński, *Wykreślić art. 212 k.k.*, <http://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-12/opinie-12/wykseslic-art-212-k-k-2.html> (dostęp: 26 stycznia 2016 r.). Przy okazji warto wspomnieć, że spośród przedstawicieli polskiej nauki prawa karnego w szczególności A. Zoll zwraca uwagę na konieczność dostosowania karnoprawnej regulacji przestępstwa zniesławienia do wskazanego postulatu wynikającego z omówionego dokumentu poprzez wyeliminowanie sankcji pozbawienia wolności za pomówienie (por. tenże, 212 k.k.: *wykreślić czy zmienić?*, <http://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-14/opinie-14/212-k-k-wykseslic-czy-zmienic.html> (dostęp: 26 stycznia 2016 r.)).

konkretną wypowiedź, ale także w aspekcie prewencyjnym, jako ostrzeżenie i zniechęcenie potencjalnych autorów przyszłych wypowiedzi. Może to hamująco wpływać na debatę publiczną, wywołując tzw. «efekt zmrażający» (*chilling effect*), trudny do pogodzenia z pluralistycznym modelem tej debaty¹⁷.

Odwołując się do najbardziej ogólnych standardów wolności ekspresji ustanowionych przez Europejski Trybunał, zauważyć należy, że już w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku¹⁸ sformułował on doniosły pogląd, iż „[s]woboda wypowiedzi stanowi jeden z zasadniczych filarów społeczeństwa demokratycznego, jeden z podstawowych warunków jego postępu i rozwoju każdej osoby. (...) Nie ogranicza się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie, uważane za nieobraźliwe lub neutralne, lecz odnosi się także do tych, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub części społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji, otwartości na inne poglądy, bez których nie istnieje demokratyczne społeczeństwo”¹⁹.

PODSUMOWANIE

Niniejsza glosa, w której komentowany jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego stwierdzający zgodność art. 49 § 1 k.w. z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ma charakter krytyczny. Krytyka ta dotyczy argumentacji Trybunału, sprowadzającej się do stwierdzenia proporcjonalności *sensu stricto* kontrolowanej regulacji, stanowiącej

ograniczenie wolności wyrażania poglądów dla zachowania „porządku publicznego”.

W mojej ocenie proporcjonalności *sensu stricto* przyjąć nie można ze względu na okoliczność ustanowienia (a zatem i możliwość orzeczenia przez sąd) w kontrolowanej regulacji kary aresztu (a zatem kary izolacyjnej, uderzającej w wolność człowieka). Kara ta, moim zdaniem, nie przystaje, z uwagi na treść normy sankcjonowanej zawartej w tej regulacji w związku z treścią wzorców kontroli (wypowiedzi jedynie pogardliwe, okazujące brak szacunku dla konstytucyjnych organów państwa, Rzeczypospolitej Polskiej, Narodu Polskiego), do nieosiąganego bezpośrednio (a jedynie pośrednio – poprzez zapewnienie autorytetu wyżej wskazanych podmiotów) celu w postaci zapewnienia „porządku publicznego”.

Stanowisko to wzmacnia prezentowane w głosie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie ograniczeń wolności ekspresji (w szczególności wolności słowa) dla zachowań polegających na lekceważeniu, znieważaniu bądź zniesławianiu, z którego wynika, że kara izolacyjna może być orzeczona za takie zachowania – jeżeli już – tylko wyjątkowo i w najbardziej skrajnych przypadkach (tzw. „mowy nienawiści” – co w oczywisty sposób nie dotyczy w szczególności regulacji art. 49 § 1 k.w.).

Wszystko to, w moim przekonaniu, wbrew treści rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego, przemawia za stwierdzeniem niezgodności kontrolowanej regulacji z przyjętymi wzorami kontroli, w każdym razie w zakresie ustanowionej w niej kary aresztu.

¹⁷ L. Garlicki, *Komentarz do art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 603–604.

¹⁸ Wyrok w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* z 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72, zob. szerzej: I. C. Kamiński, *Swoboda*, s. 31–45.

¹⁹ Cyt. z wyroku za M. A. Nowickim, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, LEX 2010. Co ciekawe, na takim poziomie ogólności podobnie wypowiada się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 23 marca 2006 r., K 4/06, OTK ZU 2006, nr 3A, poz. 32, stwierdzając, że: „[s]woboda wypowiedzi jest jednym z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostek. Swoboda ta nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne”.

Agata Michalska-Olek

GŁOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z 11 MARCA 2014 R., K 6/13¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

1. Art. 67i ust. 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2012 r. poz. 159 i 742 oraz z 2013 r. poz. 1245) w zakresie, w jakim nie przewiduje uczestnictwa lekarza w posiedzeniu wojewódzkiej komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, nie jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Art. 67j ust. 7 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odwołania się lekarza od orzeczenia wojewódzkiej komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, nie jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji.

Wniosek złożony przez Naczelną Radę Lekarską (NRL) dotyczył zbadania art. 67i ust. 2 i art. 67j ust. 7 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta² w zakresie zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej. NRL uzasadniała wniosek tym, że komisja nie dopuściła lekarza „obwinionego o zdarzenie medyczne” do udziału i nie zapewniła temu lekarzowi możliwości odwołania się od orzeczenia wojewódzkiej komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, czym pozbawiła go prawa do sądu – wyłączając możliwość do obrony i przedstawienia swojego stanowiska w sprawie, co w konsekwencji powoduje nierówność stron w postępowaniu toczącym się przed wojewódzką komisją.

Należy stwierdzić, że brak możliwości uczestnictwa lekarza w posiedzeniu (posiedzeniach) wojewódzkiej komisji do spraw

orzekania o zdarzeniach medycznych wynika wprost z art. 67i ust. 2 cytowanej ustawy. Przepis ten enumeratywnie wymienia, kto może uczestniczyć w posiedzeniach wojewódzkiej komisji. Do grona tych osób należą podmiot składający wniosek, przedstawiciel kierownika podmiotu leczniczego prowadzącego szpital, z działalnością którego wiąże się wniosek o ustalenie zdarzenia medycznego, przedstawiciel ubezpieczyciela, z którym podmiot leczniczy prowadzący szpital zawarł umowę ubezpieczenia określoną w przepisach o działalności leczniczej.

Ze wskazanego powyżej przepisu wynika jasno, że wśród tych podmiotów nie jest wymieniony lekarz, zatem nie może on brać udziału w posiedzeniach wojewódzkiej komisji (Komisja).

Do wyroku TK należy odnieść się w sposób

¹ Sentencja została ogłoszona 24 marca 2014 r. w Dz.U. poz. 372.

² Dz.U. z 2012 r. poz. 159 ze zm., dalej: ustawa lub u.p.p.

aprobujący, gdyż z ponad czteroletniej praktyki działań wojewódzkich komisji wynika, że nie tylko lekarzy dotyczą postępowania z wniosku o ustalanie zdarzenia medycznego. Niejednokrotnie postępowania dotyczyły ustalenia prawidłowości działań personelu medycznego na różnym szczeblu, w tym pielęgniarek, techników medycznych, personelu pomocniczego, sanitariuszy. Odpowiedzialność za te osoby ponosi podmiot leczniczy i stąd też uczestnikiem postępowania jest kierownik podmiotu leczniczego reprezentujący ten podmiot, a nie osoby, co do których *de facto* ustalana jest odpowiedzialność³. Ustalenie odpowiedzialności za działanie lub zaniechanie wynikać będzie z treści uzasadnienia orzeczenia Komisji, w przypadku przyjęcia, że do zdarzenia medycznego doszło, jednakże konsekwencje wydania takiego orzeczenia nie będą dotyczyć bezpośrednio lekarza, tylko podmiotu leczniczego.

Należy zatem stwierdzić, że działanie bądź zaniechanie w czynnościach wykonywanych przez lekarza nie jest jedyną kwestią, która podlega rozstrzygnięciu przez Komisję w toku postępowania. W sprawach o ustalenie zdarzenia medycznego na podstawie art. 67a cytowanej ustawy wojewódzkie komisje przeprowadzają postępowanie i dokonują ustaleń w zakresie czynności, jakie w procesie leczenia są podejmowane nie tylko przez lekarzy, ale również przez inne osoby działające z ramienia podmiotu leczniczego. Często jest tak, że sprawa dotyczy działań bądź zanie-

chań wspomnianego powyżej personelu medycznego. Ugruntowane orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że odpowiedzialność z tego tytułu działań bądź zaniechań tych osób ponosi zakład opieki zdrowotnej⁴. Są to często błędy organizacyjne, które doprowadzają do opóźnienia właściwego leczenia, a także naruszenia standardów postępowania w związku z zastosowaniem niewłaściwych procedur medycznych⁵.

Postępowanie przed Komisją zapewnia prawo podmiotowi leczniczemu do uczestniczenia w postępowaniu i przedstawienia stanowiska, jako ewentualnie odpowiedzialnemu za zdarzenie medyczne w rozumieniu definicji zawartej w ustawie. Istotne znaczenie ma również to, że wydawane przez Komisję orzeczenie dotyczy wyłącznie ustalenia, czy dane zdarzenie było zdarzeniem medycznym w świetle art. 67a ustawy. W przypadku orzeczenia, w którym stwierdzono, że leczenie lub diagnoza pacjenta stanowi zdarzenie medyczne, podmiot składający wniosek ma prawo przyjąć lub odrzucić propozycję składaną przez podmiot leczniczy lub działającego za podmiot leczniczy ubezpieczyciela w trybie art. 67k. Przyjęcie propozycji podmiotu kończy postępowanie w sprawie, gdyż pkt 6 art. 67k ust. 1 ustawy przewiduje, że „wraz z oświadczeniem o przyjęciu propozycji określonej w ust. 2 podmiot składający wniosek składa oświadczenie o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń o odszkodowanie i zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę mogących wynikać ze zdarzeń uznanych przez Wojewódz-

³ Odmienne stanowisko zajęła M. Serwach. Zob. M. Serwach, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 marca 2014 r. (K 6/13) w sprawie zgodności z Konstytucją RP przepisów ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wprowadzających zasady i tryb dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia z tytułu zdarzeń medycznych*, „Prawo Asekuracyjne” 2014, nr 2(79), s. 88 i n.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 25 kwietnia 2014 r., II CSK 436/13, LEX nr 1498488. Zob. również wyrok Sądu Najwyższego z 10 lutego 2010 r., V CSK 287/09, niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2011 r., IV CSK 308/10, LEX nr 784320; wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2013 r., IV CSK 431/12, niepubl. Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29 czerwca 2015 r., I ACa 221/15, LEX nr 1798729.

⁵ M. Nesterowicz, *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie – Wydział I Cywilny z dnia 12 X 2006 r. I Ca 377/06*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 3 (36 vol. 11); M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2012, s. 75 i n. (*Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 12 X 2006 r. I ACa 377/06 – odpowiedzialność zakładu opieki zdrowotnej za błędy organizacyjne i zaniedbania personelu medycznego oraz za naruszenie standardów postępowania i procedur medycznych*).

ką Komisję za zdarzenie medyczne w zakresie szkód, które ujawniły się do dnia złożenia wniosku". Ma to ważne znaczenie dla kwestii zamknięcia roszczeń, które mogłyby ewentualnie być dochodzone od lekarza. Inaczej ma się sytuacja, gdy nastąpi odrzucenie propozycji podmiotu, wtedy jest możliwość dochodzenia roszczeń przed sądem powszechnym. Należy zatem stwierdzić, że przyjęcie propozycji stanowi swoiste ostateczne rozstrzygnięcie sprawy i jest równoznaczne z powagą rzeczy osądzonej. Natomiast w sytuacji, gdy przed złożeniem wniosku do Komisji następuje rozstrzygnięcie sądowe (prawomocne osądzenie sprawy o odszkodowanie lub zadośćuczynienie pieniężne) albo toczy się postępowanie cywilne w sprawie, wtedy postępowanie o ustalenie zdarzenia medycznego jest umarzone. Z powyższego jasno wynika, że odpowiedzialność z tytułu postępowania przed Komisją nie obciąża konkretnego lekarza w sposób formalny, tylko stanowi ustalenie, które może być podstawą dochodzenia ewentualnych dalszych roszczeń pacjenta (tylko w przypadku odrzucenia propozycji podmiotu). Takie roszczenia są niezależne od ustaleń Komisji, stąd też należy aprobując odnieść się do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, który wskazuje, że brak udziału lekarza w postępowaniu nie jest niezgodny z Konstytucją, ponieważ niezależnie od tego pacjent ma prawo korzystania z dochodzenia swoich praw, w tym do złożenia do Izby Lekarskiej sprawy co do ustalenia ewentualnej odpowiedzialności. Oczywiście nie wyłącza to możliwości dokonania w ramach postępowania przed Komisją ustaleń, które otworzą drogę do postępowania dyscyplinarnego czy też odpowiedzialności regresowej względem lekarza. Nie można jednak przyjąć, że – analogicznie jak w postępowaniach cywilnych – rozstrzygnięcie sprawy przez Komisję automatycznie pociągnie za sobą negatywne skutki w postaci roszczeń regresowych.

Niemniej jednak TK zasadnie ustalił, że mimo faktu, iż lekarz nie jest uczestnikiem postępowania i nie uczestniczy w posiedzeniach Komisji, to nie jest to niezgodne z art. 32 ust. 1 Konstytucji w zakresie zasady równości wobec prawa i równego traktowania w postępowaniu. Celem postępowania przed Komisją nie jest bowiem prowadzenie postępowania wobec lekarza, tylko ustalenie, czy istnieje związek przyczynowy między działaniami podjętymi przez podmiot leczniczy w stosunku do pacjenta a skutkiem w postaci zakażenia, uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia czy śmierci.

Duże znaczenie ma tutaj fakt, że podmiot leczniczy jako strona postępowania może zgłaszać wszelkie wnioski dowodowe mające na celu wyjaśnienie sprawy, zatem logicznie rozumując, wniosek o przesłuchanie lekarza w celu podania przez niego wszystkich okoliczności istotnych dla sprawy jest gwarancją, iż interes podmiotu udzielającego świadczenia zdrowotnego będzie zapewniony⁶. Podmiot leczniczy posiada również prawo do ustosunkowania się do wszelkich twierdzeń składającego wniosek.

Komisja w celu wydania orzeczenia może wzywać do złożenia wyjaśnień zarówno podmiot składający wniosek, kierownika podmiotu leczniczego, osoby, które wykonywały zawód medyczny w podmiocie leczniczym oraz inne osoby, które były w nim zatrudnione lub w inny sposób z nim związane albo zostały wskazane we wniosku jako osoby, które mogą posiadać informacje istotne dla prowadzonego postępowania⁷. Powyższe wskazuje, że również Komisja ma możliwość wezwania lekarza w przypadku, gdy byłoby to istotne dla wyjaśnienia sprawy, a nie zawnioskowałby o to podmiot leczniczy.

Bardzo istotną kwestią jest to, że każdy wniosek, jaki wpłynie do Komisji, przekazywany jest niezwłocznie kierownikowi podmiotu leczniczego prowadzącego szpital, z działalnością którego wiąże się wniosek,

⁶ Definicja świadczenia zdrowotnego wynika z art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 618 ze zm.).

⁷ Art. 67i ust. 4 u.p.p.

oraz ubezpieczycielowi, jeżeli podmiot go posiada. Z treści art. 67d ust. 6 ustawy wynika, że w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku podmiot przedstawia swoje stanowisko w sprawie wraz z dowodami na poparcie tego stanowiska. Konsekwencją nieprzedstawienia merytorycznego stanowiska w sprawie jest przyjęcie przez Komisję, że podmiot akceptuje wniosek w zakresie dotyczącym okoliczności w nim wskazanych oraz proponowanej wysokości odszkodowania lub zadośćuczynienia⁸. Tu należy upatrywać niebezpieczeństwa uchybienia ustawowego terminu, które ma podobne skutki jak wydanie wyroku zaocznego w postępowaniu cywilnym⁹. Podmiot leczniczy traci również prawo do złożenia propozycji wysokości odszkodowania, a wydana przez Przewodniczącego Komisji klauzula obejmuje całość kwoty określonej we wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego bez weryfikowania jej wysokości, np. proporcjonalnie do skutków zdarzenia.

Analizie w niniejszej glosie podlega również sposób ustalenia przez Komisję zaistnienia zdarzenia w świetle odpowiedzialności podmiotu leczniczego zarówno za działanie, jak i za zaniechanie dokonane przez personel medyczny, i to na każdym szczeblu udzielania świadczenia medycznego, nie tylko przez lekarza. Nie można zatem uznać, że udział lekarza w postępowaniu jako strony byłby konieczny dla zagwarantowania jego praw. Wręcz przeciwnie, w świetle rozstrzygnięcia TK dokonane zostało zweryfikowanie prawidłowości ustalenia stron postępowania przed Komisją, a enumeratywne wyliczenie w ustawie stron postępowania zostało ocenione jako prawidłowe i nienaruszające przepisów Konstytucji. Podsumowując, należy stwierdzić, że zarówno pod względem formalnym, jak i ewentualnie materialnym odpowiedzialny w stosunku do pacjenta jest podmiot leczniczy i jako taki jest on uprawniony do inicjowania postępowania

dowodowego przed Komisją. Jednym z dowodów może być zeznanie lekarza, który brał udział w czynnościach medycznych. Trybunał Konstytucyjny wziął zatem pod uwagę zasadę równości stron, która jest zachowana w sposób wystarczający przez udział podmiotu leczniczego w postępowaniu. W innych postępowaniach konieczne będzie powołanie innych osób z personelu medycznego czy personelu pomocniczego (np. sanitariusze transportujący chorego na badanie). Z treści uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sposób jasny wynika, że Trybunał odniósł się do zasady równości stron postępowania i zasadnie przyjął, iż nie można uznać regulacji zawartej w art. 67i ust. 2 ustawy za niezgodną z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 35 ust. 1 Konstytucji.

Odnosząc się do kwestii podnoszonej we wniosku NRL, że art. 67j ust. 7 ustawy nie przewiduje możliwości odwołania się przez lekarza od orzeczenia Komisji, to należy stwierdzić, iż nie zamyka to uprawnień podmiotu leczniczego do wniesienia odwołania. Orzeczenie wraz z uzasadnieniem nie jest doręczane lekarzowi, tylko otrzymuje to uzasadnienie z urzędu wnioskodawca i podmiot leczniczy oraz ubezpieczyciel, jeżeli brał udział w postępowaniu, w celu umożliwienia złożenia odwołania, tj. wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy przez inny skład Komisji. Jeżeli bacznie przyjrzeć się konstrukcji tego przepisu, stwierdzić należy, że jest on konsekwencją określenia stron postępowania przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych i stąd też takie przyjęcie kręgu podmiotów jest ze wszech miar prawidłowe, co wynika z treści uzasadnienia orzeczenia TK.

Należy zaznaczyć, że uzasadnienie orzeczenia doręczane jest stronom postępowania zgodnie z powyżej powołanym artykułem ustawy i od dnia doręczenia biegnie 14-dniowy termin do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, które skutkuje wszczę-

⁸ Art. 67d ust. 6 u.p.p.

⁹ Art. 339 § 1 i 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.).

ciem quasi-postępowania odwoławczego. Trybunał zwrócił uwagę na to, że postępowanie przed Komisją nie jest postępowaniem sądowym i z tych względów nie może być oceniane „prawo dostępu do sądu”. W tym miejscu pozytywnie należy odnieść się do rozważań M. Urbaniak, zawartych w glosie do omawianego orzeczenia, w której stwierdziła ona, że „[n]ie można mówić o naruszeniu prawa do

sądu, albowiem postępowanie to nie dotyczy procedury sądowej w rozumieniu konstytucyjnego prawa do sądu”¹⁰. W związku ze złożoną skargą TK musiał również rozstrzygnąć o kwestiach formalnych w zakresie legitymacji do złożenia skargi. W tej kwestii już kilkakrotnie TK wypowiadał się o możliwości złożenia skarg przez samorzady zawodowe, działające w interesie swoich członków.

¹⁰ M. Urbaniak, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2014 r. (sygn. akt K 6/13)*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2014, z. 1, s. 160.

GŁOSA DO WYROKU WOJEWÓDZKIEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO W WARSZAWIE Z 5 GRUDNIA 2013 R., VII SA/Wa 713/13¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

1. (...) zgodzić się należy z organem, że student korzystający z instytucji wznowienia studiów czy też powtarzania roku musi się liczyć z negatywnymi konsekwencjami, jakimi może być brak możliwości pobierania świadczeń pomocy materialnej (...).
2. (...) podatnicy co do zasady nie mogą bowiem pokrywać pełnych kosztów utrzymania osób studiujących – nawet ubogich. Przy dokonywaniu kontroli zgodności regulaminu z powszechnie obowiązującym prawem należy więc w szczególności uwzględnić autonomię uczelni i korporacyjny charakter uniwersytetu (...).

I. Komentowane orzeczenie zasługuje na analizę z uwagi na sformułowane w nim tezy, w myśl których uczelnia jako autonomiczny podmiot została upoważniona przez ustawodawcę do wydawania aktów prawa wewnętrznego obowiązującego, którego przedmiotem jest materia związana z systemem stypendialnym i na podstawie których to aktów uczelnia jest uprawniona do odmowy przyznania stypendium socjalnego studentowi znajdującemu się w trudnej sytuacji ekonomicznej, powtarzającemu rok lub korzystającemu z instytucji wznowienia studiów. W uzasadnieniu głosowanego orzeczenia skład orzekający zauważył wprawdzie, że wewnętrzne akty prawne regulujące zasady oraz tryb przyznawania stypendium nie mogą naruszać istoty prawa do pomocy materialnej przeznaczonej na ten cel w budżecie

państwa, niemniej jednak Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie podniósł, że student korzystający z instytucji wznowienia studiów czy też powtarzania roku musi się liczyć z negatywnymi konsekwencjami, jakimi może być brak możliwości pobierania świadczeń pomocy materialnej, wobec czego doszło do błędnej wykładni art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (dalej: PSW)². Tym samym głosowanym orzeczeniem skład orzekający dotknął niezwykle szerokiego grona studentów znajdujących się w trudnej sytuacji ekonomicznej, którzy z różnych przyczyn powtarzają program studiów, względnie decydują się wznowić naukę. Powyższe w pełni uzasadnia podjęcie analizy przedmiotowego orzeczenia.

Jako że dla Wojewódzkiego Sądu Admini-

¹ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F04B3EB5EB> (dostęp: 13 kwietnia 2015 r.).

² Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 2005 r. nr 164, poz. 1365 z późn. zm.).

stracyjnego w Warszawie koronne znaczenie miała kwestia powtarzania roku, toteż tylko w tym zakresie należy dokonać przybliżenia okoliczności, które złożyły się na głosowane orzeczenie, inne zaś zarysować w minimalnym zakresie. Wydziałowa Komisja Stypendialna (dalej: WKS), działając na podstawie § 5, § 14 ust. 1, 3 i 4, § 22, § 23 ust. 1, § 24 ust. 1 i 4, § 25 Regulaminu pomocy materialnej dla studentów (dalej: regulamin), wydała decyzję o odmowie przyznania A. S. stypendium socjalnego.

W uzasadnieniu decyzji organ pierwszej instancji podniósł, że na podstawie złożonego wniosku i załączonej dokumentacji A. S. nie spełnia wymagań do uzyskania stypendium socjalnego, ponieważ w roku akademickim 2012/2013 wznowiła studia na II roku. Dlatego Komisja postanowiła odmówić przyznania stypendium socjalnego w zwiększonej wysokości w związku ze skierowaniem ww. studentki w roku akademickim 2012/2013 na powtarzanie roku. Rozstrzygnięcie decyzji WKS oparła na § 23 ust. 1 regulaminu, zgodnie z którym „stypendium socjalne miał prawo otrzymywać student znajdujący się w trudnej sytuacji materialnej, który nie został skierowany na powtarzanie roku lub nie wznowił studiów”. Studentka złożyła od ww. decyzji odwołanie do Odwoławczej Komisji Stypendialnej (dalej: OKS). W treści odwołania podniosła, że PSW nie wprowadza żadnych dodatkowych kryteriów przyznania stypendium socjalnego i nie przekazuje uprawnień do ich określenia w regulaminie pomocy materialnej uczelni. Organ odwoławczy – po rozpatrzeniu odwołania – nie podzielił zarzutów podniesionych przez odwołującą się, podnosząc, że stosownie do § 23 ust. 1 studentka nie jest uprawniona do pobierania świadczeń pomocy materialnej z uwagi na wznowienie studiów. Powyższa decyzja została zaskarżona do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie przez

A. S. (dalej: skarżąca). Skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji i zasądzenie kosztów postępowania. W uzasadnieniu skargi administracyjnej podniosła, że § 23 regulaminu w części stanowiącej o uwarunkowaniu uzyskania stypendium socjalnego od zaliczenia kolejnego etapu studiów jest niezgodny z PSW. Organ odwoławczy podtrzymał zaś swoje stanowisko wyrażone w decyzji ostatecznej i jednocześnie wniósł o oddalenie skargi w całości.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie nie przychylił się do stanowiska skarżącej. Rozstrzygając, oddalił skargę jako bezzasadną, uznając, że przepis § 23 regulaminu jest zgodny z treścią art. 179 PSW.

II. Zaznajomienie się ze stanem faktycznym ustalonym przez skład orzekający i dobraną do niego argumentacją prawną każe podjąć polemikę ze stanowiskiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Konkluzja składu orzekającego zdaje się stać w sprzeczności z aktualnym porządkiem prawnym, regułami doświadczenia życiowego oraz zasadami współżycia społecznego. Należy ją również interpretować w kategorii błędnej wykładni art. 179 i 186 PSW, godzącej także w konstytucyjne prawa osoby mającej statut studenta i będącej w trudnej sytuacji ekonomicznej. Ustawa Prawo o szkolnictwie wyższym z 27 lipca 2005 r. pozwala na wyodrębnienie szeregu form pomocy materialnej. Przywołany akt prawny czyni to na tyle precyzyjnie, że wręcz można mówić o stypendiach „celowościowych” oraz „sytuacyjnych”, tj. związanych z określoną sytuacją studenta³. I tak wybitne osiągnięcia studenta pozwalają mu ubiegać się o tzw. stypendium ministra (art. 178 PSW), jego sytuacja ekonomiczna decyduje zaś o możliwości ubiegania się o stypendium socjalne, uregulowane – jak wspomniano na wstępie – w art. 179 PSW. Istotne jest, że uprawnienie

³ PSW pozwala od 1 października 2011 r. na przyznanie pomocy w formie: stypendium socjalnego (również stypendium w zwiększonej wysokości z tytułu zamieszkania w domu studenckim lub innym obiekcie), stypendium socjalnego dla osoby niepełnosprawnej, stypendium rektora dla najlepszych studentów, stypendium ministra za wybitne osiągnięcia, zapomóg, wyżywienia.

do pobierania jednego rodzaju stypendium nie stanowi przeszkody do równoległego pobierania innego rodzaju pomocy dla studenta. Decydujące znaczenie ma bowiem każdorazowo kryterium właściwe dla świadczenia stypendialnego określonego rodzaju. Zauważyć zatem trzeba, że stosownie do art. 179 pkt 1 PSW „stypendium socjalne ma prawo otrzymać student znajdujący się w trudnej sytuacji materialnej”. Chociaż sama ustawa nie kreuje definicji legalnej pojęcia „trudna sytuacja materialna”, to doktryna zauważyła, że w sposób wystarczający precyzuje przesłanki pozwalające na przyznanie studentowi pomocy materialnej. Podstawowym kryterium uprawniającym do ubiegania się o takie stypendium jest wysokość dochodu w rodzinie studenta, ustalana co prawda przez rektora w porozumieniu z uczelnianym organem samorządu studenckiego, jednakże z zachowaniem ścisłych reguł ustawowych⁴. Dla porządku należy dodać, że art. 179 ust. 3–8 wyznacza dalsze reguły przyznawania pomocy socjalnej, obliczania dochodu itd., nie są to jednak zagadnienia istotne z punktu widzenia tezy głosowanego orzeczenia. Na tle omawianego przepisu należy również pochylić się nad istotą instytucji stypendium socjalnego dla studentów. W tym celu zasadne jest odwołanie się do wykładni językowej, funkcjonalnej i celowościowej. Każda z nich musi prowadzić do wniosku, że owa istota sprowadza się do ekonomicznego wsparcia osób, których sytuacja materialna jest trudna, a które chcą się kształcić. Ustawodawca dostrzegł bowiem dynamizm obecnych czasów i pogłębiające się rozwarstwienie społeczne, toteż chcąc realizować konstytucyjną zasadę równości oraz konstytucyjne prawo do bezpłatnej nauki, podjął kroki zmierzające do usunięcia z obrotu tych kwestii o charakterze bytowym, ekonomicznym, które mogą nega-

tywnie wpływać na możliwości kształcenia się społeczeństwa.

III. Na obecnym etapie przejść należy do regulacji o pierwszorzędnym znaczeniu, stanowiącej w pewnym sensie uzupełnienie normy dotyczącej tzw. stypendium socjalnego, tj. do art. 186 PSW, który przyznaje rektorowi uczelni prawo do sporządzenia szczegółowego regulaminu ustalania wysokości, przyznawania i wypłacania świadczeń pomocy materialnej dla studentów.

Doktryna zaznacza, że tak sporządzony regulamin jest aktem o charakterze proceduralnym, zawierającym jednak elementy materialnoprawne, takie jak ustalenie szczegółowych kryteriów przyznania pomocy⁵. Podkreśla się, że ustalony przez rektora regulamin nie może naruszać zasad świadczenia pomocy materialnej dla studentów, powinien jednak prowadzić do standaryzacji, usprawnienia i zapewnienia rzetelności postępowań prowadzonych w tym przedmiocie⁶. W orzecznictwie zwraca się natomiast uwagę, że „regulamin pomocy materialnej jest aktem administracyjnym o charakterze normatywnym, wewnątrzzakładowym, który reguluje prawa i obowiązki podmiotów będących «użytkownikami» danego zakładu”⁷.

Wyrażone w art. 186 PSW upoważnienie wymaga analizy przede wszystkim pod kątem zakresu przyznanego rektorowi upoważnienia do ustalania zasad przyznawania stypendium socjalnego. Na gruncie głosowanego orzeczenia przedmiotowe pytanie przybierze zatem formę pytania, czy wobec osoby powtarzającej rok lub wznawiającej studia zasadne jest pozbawienie jej możliwości korzystania ze stypendium socjalnego w sytuacji, gdy przesłanki ekonomiczne uzasadniają przyznanie takiego stypendium. Wprawdzie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z 28 maja

⁴ D. Dudek, *Komentarz do art. 179 PSW*, (w:) M. Pyter (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2012, s. 918.

⁵ H. Izdebski, J. M. Zieliński, *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer 2003, s. 452.

⁶ D. Dudek, *Komentarz do art. 179 PSW*, s. 930.

⁷ Tak WSA w Opolu w wyroku z 12 marca 2013 r., II SA/Op 17/13.

2006 r. (sygn. akt IV SA/Po 403/07)⁸ wskazał motywacyjny charakter systemu stypendiów i uznał, że niezaliczenie roku akademickiego skutkuje utratą uprawnień do każdego rodzaju pomocy materialnej, to jednak pogląd ten obecnie uznawany jest za kontrowersyjny⁹. Brak jest bowiem przesłanek prawnych uzasadniających działanie organu ponad przyznane mu kompetencje. Wypada zauważyć, że Naczelny Sąd Administracyjny w treści wyroku z 9 marca 2009 r. (sygn. akt I OSK 1384/09)¹⁰ podniósł, iż „działanie organów administracji publicznej, nawet w tak specyficznej sferze życia społecznego, jaką jest nauka, zawsze musi być działaniem w granicach i na podstawie prawa”.

W tym kontekście zwraca uwagę stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu, który w uzasadnieniu do wyroku z 21 grudnia 2011 r. (sygn. akt IV SA/Wr 622/11)¹¹ podniósł, że „uzależnienie w akcie administracyjnym o charakterze wewnętrznym, jakim jest przyjęty i obowiązujący w szkole wyższej regulamin pomocy materialnej dla studentów, przyznania studentowi prawa do świadczeń pomocy materialnej w formie stypendium socjalnego, stypendium na wyżywienie czy stypendium mieszkaniowego od spełnienia dodatkowych wymogów, innych niż przewidziane przepisami ustawy o szkolnictwie wyższym, wykracza poza ustanowione w art. 186 ust. 1 te same ustawy upoważnienie udzielone przez ustawodawcę wskazanym w niej organom”. W tym miejscu warto również wskazać słuszne stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wyrażone w wyroku z 19 grudnia 2013 r. (sygn. akt II SA/Wa 1665/13)¹². Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie uznał, że „wydanie przez organ decyzji, która określa sytuację prawną konkretnie wskazanego adresata w indywidualnie oznaczonej sprawie na podstawie

przepisu prawa wewnętrznego, którego treść jest odmienna od treści przepisu ustawowego, nie pozwala na uznanie, że zaskarżona decyzja odpowiada prawu, a tym samym koniecznym jest wyeliminowanie jej z obrotu prawnego. Innymi słowy, organ był związany normą ustawową, jako nadrzędną i w konsekwencji winien był wydać rozstrzygnięcie na jej podstawie, a nie na podstawie – sprzecznego z ustawą – prawa wewnętrznego. Wskazał w tym miejscu ponadto należy organowi, że działanie w granicach i na podstawie prawa w żaden sposób nie zakłóca autonomii uczelni wyższej, zaś taka argumentacja organu w rozpoznawanej sprawie, świadczy chociażby o błędnej interpretacji suwerenności uczelni”.

Stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu oraz stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie zasługują na pełną aprobatę, gdyż skład orzekający w sposób ścisły kierował się zasadami wyrażonymi w omawianej ustawie, nie szukając kryteriów pozaustawowych, jak również treść przywołanego stanowiska w pełni koresponduje z przywołaną już i omówioną istotą stypendium socjalnego.

IV. Poczyniwszy powyższe rozważania, wypada zauważyć, że kwestia przyznania stypendium socjalnego nie może być zależna od postępów studenta w nauce. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było nieprzyznanie uprawnień do pomocy materialnej osobom powtarzającym rok, względnie wznawiającym naukę, to tego rodzaju sankcje zostałyby zapisane w tekście ustawy. Ich brak każe przyjąć, że ustawodawca – na gruncie stypendium socjalnego – akcentuje kryteria o charakterze ekonomicznym, a pozostałym nie przypisuje znaczenia. Zauważyć trzeba także, że skoro na gruncie przyznawania stypendium za wyniki

⁸ Legalis nr 327858.

⁹ D. Dudek, *Komentarz do art. 179 PSW*, s. 905.

¹⁰ Legalis nr 280437.

¹¹ Legalis nr 506717.

¹² http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-sa-wa-1665-13/sprawy_kandydatow_na_studia_i_studentow_szkolnictwo_wyzsze/2d073a1/4.html (dostęp: 13 kwietnia 2015 r.).

w nauce podnosi się w orzecznictwie, iż jedyne kryterium otrzymania tego stypendium zostało określone w art. 181 ust. 1 PSW¹³, to również i z tej przyczyny – *per analogiam* – przyjęć trzeba, że źródłem właściwym do ustalania zasad przyznawania tzw. stypendium socjalnego jest wyłącznie PSW, a nie regulaminy uczelni. Analizując uzasadnienie głosowanego wyroku, nie sposób zgodzić się z argumentacją przedstawioną przez Sąd co do charakteru stypendium socjalnego. Istotą tego rodzaju stypendium jest niesienie pomocy przez państwo osobom znajdującym się w trudnej sytuacji materialnej. Stypendium socjalne nie jest bowiem uzależnione od wyników w nauce osiągniętych przez studenta, dlatego też nietrafny jest pogląd Sądu stanowiący, że student korzystający z instytucji wznowienia lub powtarzania roku pozbawiony jest prawa do przyznania stypendium socjalnego z uwagi na niezadowolające wyniki w nauce czy też niezaliczenie określonego etapu studiów. Z tej przyczyny, jak również z uwagi na rozważania poczynione w pkt III, w przedmiocie zakresu upoważnienia ustawowego wyrażonego w art. 186 PSW, nie ma potrzeby stawiać pytania o zakres relacji pomiędzy kryteriami przyznawania stypendium socjalnego określonymi w ustawie Prawo o szkolnictwie wyższym a regulaminem przyznawania tej pomocy opracowanym na potrzeby uczelni. Każdorazowo prymat będzie bowiem należało przyznać ustawie, i to kryteria w niej zawarte winny być uznawane za jedyne i wiążące. Określanie dalej idących warunków przyznawania pomocy socjalnej ponad te wynikające z ustawy trzeba interpretować w kategorii wykonywania przez rektora uczelni uprawnień przyznanych mu w art. 186 PSW w sposób niezgodny z ustawą. Konstytucyjna regulacja miejsca aktów mających charakter wewnętrzny w systemie prawa ograni-

cza się do przyjęcia zasady, że mają być zgodne z prawem powszechnie obowiązującym¹⁴.

V. Podniesiono już, że prawo do korzystania przez studenta z pomocy materialnej w postaci stypendium socjalnego jest uprawnieniem mającym swoje umocowanie w treści Konstytucji. Toteż właściwe jest rozważenie odmowy przyznania takiego stypendium osobie spełniającej kryteria ekonomiczne, lecz powtarzającej rok, na gruncie naruszenia przepisów Konstytucji.

Problematyka pomocy materialnej dla studentów uregulowana jest w art. 70 ust. 4 Konstytucji. Stosownie do treści przytoczonej normy prawnej „władze publiczne zapewniają obywatelom powszechny i równy dostęp do wykształcenia. W tym celu tworzą i wspierają systemy indywidualnej pomocy finansowej i organizacyjnej dla uczniów i studentów, warunki zaś jej udzielania określa ustawa”.

Nie ulega wątpliwości, że ustrojodawca, wprowadzając do Konstytucji art. 70 ust. 4, kierował się zminimalizowaniem różnic w dostępie do edukacji dla osób w trudnej sytuacji materialnej. W doktrynie przyjmuje się, że realizacja pomocy władz publicznych może następować różnymi drogami. Pomoc powinna mieć charakter „finansowy i organizacyjny”. Rozumieć należy to w ten sposób, że pomoc ta winna się przejawiać przyznawaniem świadczeń pieniężnych, przekazywanych wprost do rąk beneficjentów, a także zapewnieniem warunków do pobierania nauki przez udostępnienie pewnej liczby miejsc noclegowych w bursach, domach studenckich itp. Ponadto pomoc ta winna mieć charakter indywidualny, co należy rozumieć w taki sposób, że powinna być adresowana bezpośrednio do osób pobierających naukę, a nie do instytucji tę naukę świadczących¹⁵.

W tym miejscu należy odnieść się do orze-

¹³ Tak w wyroku WSA w Łodzi z 31 stycznia 2008 r., III SA/Łd 623/07 oraz w wyroku z 9 czerwca 2008 r., III SA/Łd 145/08.

¹⁴ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa: C. H. Beck 2008, s. 169.

¹⁵ L. Garlicki, Omówienie art. 70, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe 2003, s. 7–8.

czenia Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK), istotnego z punktu widzenia polemiki z głosowanym wyrokiem. W wyroku TK z 20 marca 2007 r., sygn. akt K 35/05¹⁶, stan faktyczny co prawda obejmował pomoc materialną dla uczniów – jak słusznie zauważył J. Pakuła – jednak wyrok TK wraz z uzasadnieniem można odpowiednio stosować do studentów¹⁷. Trybunał Konstytucyjny przyjął, że pomoc materialna zapewniona przez władze publiczne ma głównie służyć wyrównaniu szans edukacyjnych. Pomoc stypendialną dla uczniów charakteryzują dwa aspekty – socjalny – nawiązujący do sytuacji materialnej ucznia i jego rodziny oraz edukacyjny – nakazujący uwzględniać zakres, potrzeby i środki niezbędne dla wyrównania szans edukacyjnych uczniów¹⁸.

VI. Być może zasadne byłoby wprowadzenie tego rodzaju ograniczeń wobec osób powtarzających np. po raz drugi ten sam rok, lecz takie upoważnienie musi wynikać z ustawy i dopiero wówczas może mieć swoje odbicie w regulaminie uczelni.

VII. Głosowane orzeczenie jest niewątpliwie istotne, a jego ważkość wynika z faktu, że

wyrażona w nim teza dotyka dużego grona osób znajdujących się w trudnej sytuacji ekonomicznej i powtarzających rok, względnie wznawiających studia. Analiza problemu nie pozwoliła na odnalezienie żadnej przesłanki uzasadniającej pozbawienie takich osób prawa ubiegania się o tzw. stypendium socjalne. Pamiętać bowiem trzeba, że chociaż powtarzanie roku jest bezpośrednim następstwem złych ocen, to jednak przyczyna takich ocen może być wieloraka i złożona. W tym kontekście rolą ustawodawcy jest takie kształtowanie prawa, żeby jego treść była możliwie przejrzysta i sprawiedliwa w społecznym odczuciu. Z kolei rolą sądów jest orzekanie na podstawie i w granicach tego prawa. Negatywnie należy ocenić zjawisko, w którym sąd dopuszcza się nieuprawnionej rozszerzającej interpretacji norm przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia i w pewnym sensie wchodzi w rolę ustawodawcy, tworząc pozaustawowe kryteria.

Wobec groźby przyjęcia linii orzeczniczej wyrażonej w głosowanym orzeczeniu przez inne sądy administracyjne z tego rodzaju tezą należało podjąć zdecydowaną polemikę. Głosowane orzeczenie w żaden sposób nie zasługuje bowiem na aprobatę.

¹⁶ Wyrok TK z 20 marca 2007 r., K 35/05, OTK ZU 2007, nr 3A, poz. 28.

¹⁷ J. Pakuła, *Pomoc materialna w szkole wyższej – próba oceny*, (w:) *Prawo o szkolnictwie wyższym. Nowe prawo – aktualne problemy*, red. J. Pakuła, Toruń: Dom Organizatora 2012, s. 192–193.

¹⁸ Wyrok TK z 20 marca 2007 r., K 35/05, OTK ZU 2007, nr 3A, poz. 28.

Najnowsze orzecznictwo

Michał Jackowski

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Trybunał Konstytucyjny o wynagrodzeniu adwokackim w postępowaniu cywilnym – omówienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 6 kwietnia 2016 r., SK 67/13

1. Po okresie sporu konstytucyjnego, podczas którego Trybunał Konstytucyjny badał wyłącznie ustawy nowelizujące ustawę o Trybunale Konstytucyjnym, w kwietniu 2016 r. wydano kilka rozstrzygnięć w innych sprawach. Najbardziej interesujący dla adwokatury był judykat odnoszący się do problematyki wynagrodzenia adwokatów za prowadzenie spraw przed sądem oraz zasad zwrotu kosztów zastępstwa procesowego¹. W wyroku z 6 kwietnia 2016 r., SK 67/13, Trybunał ocenił konstytucyjność art. 98 § 3 k.p.c. w związku z § 2 ust. 3 nieobowiązującego już rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu. Przepisy te były badane w zakresie, w jakim do niezbędnych kosztów procesu pod-

legających zwrotowi od strony przegrywającej sprawę nie zaliczają kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do wynagrodzenia adwokata z wyboru.

Trybunał uznał taką regulację za konstytucyjną. Podkreślił przy tym, że mimo iż badał regulację, która utraciła moc obowiązującą, odpowiada ona treści § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu. Zatem pogląd wyrażony przez Trybunał powinien wiązać również po zmianach normatywnych.

2. Na wstępie Trybunał Konstytucyjny podsumował poglądy odnoszące się do kosztów procesu i zastępstwa procesowego. Przy-

¹ Problematyka opłat i kosztów sądowych była już dwa razy przedmiotem niniejszego przeglądu orzecznictwa w latach 2011 i 2013 – por. *Koszty obrony w sprawach karnych. Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Palestra” 2011, nr 11–12, s. 154–159 oraz *Konstytucyjność opłat w cywilnym postępowaniu egzekucyjnym. Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Palestra” 2013, nr 5–6, s. 214–218.

pomniał, że należą one do dziedziny prawa publicznego, a stosunek prawny wynikający z obowiązku zwrotu kosztów procesu jest stosunkiem publicznoprawnym.

Wskazał i omówił dwie podstawowe zasady rozstrzygania o kosztach procesu: zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania oraz zasadę kosztów celowych. Pierwsza z nich przewiduje obowiązek zwrotu kosztów procesu przez stronę przegrywającą sprawę, czyli tę, której żądanie nie zostało uwzględnione lub której obrona okazała się nieskuteczna. Przedmiotem zwrotu, zgodnie z drugą zasadą, są koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Do takich kosztów zaliczyć należy koszty wywołane czynnością procesową podjętą przez stronę w celu obrony jej interesu. Niezbędność oraz celowość kosztów procesu podlega ocenie sądu i jest uzależniona od konkretnych okoliczności sprawy oraz od jej charakteru. Jednak swoboda sądu jest ograniczona przez ustawodawcę. Sąd nie może zatem uznać za niecelowe, a w konsekwencji odmówić, zasądzenia od przegrywającego przeciwnika kosztów procesu określonych w art. 98 § 2 i 3 k.p.c.

Do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata należą m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego adwokata. Trybunał dodał, że przewidziane w art. 98 § 3 k.p.c. wskazanie rodzajów kosztów objętych domniemaniem ustawowym, że są niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, nie jest wyczerpującym i mogą się w nim mieścić inne koszty, wydatki i opłaty.

3. Trybunał Konstytucyjny podsumował również poglądy odnoszące się do ustalania wysokości wynagrodzenia adwokackiego.

Podkreślił, że zgodnie z art. 16 ust. 1 Prawa o adwokaturze opłaty za czynności adwokackie ustala umowa z klientem. Natomiast szczegółowe zasady w tym zakresie ustanawiają przepisy rozporządzenia w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu.

Orzekając o zwrocie kosztów procesu, sąd nie ingeruje w umowę zawartą między klientem a adwokatem i nie kontroluje wysokości ustalonego w niej wynagrodzenia. Strona nie może jednak otrzymać zwrotu kosztów procesu w dowolnej wysokości. Zasadzając koszty, sąd przyjmuje za podstawę ustalenia wynagrodzenia pełnomocnika kwotę umówioną z klientem, jednak w granicach określonych w rozporządzeniu w sprawie opłat adwokackich. Bierze przy tym pod uwagę niezbędny nakład pracy adwokata, charakter sprawy i wkład pracy adwokata w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia.

4. Na tle art. 98 § 3 k.p.c. zaistniał spór doktrynalny dotyczący możliwości zaliczenia podatku VAT do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez pełnomocnika z wyboru. Wbrew poglądom sformułowanym we wcześniejszych opracowaniach², Sąd Najwyższy konsekwentnie przyjmował, że podatek ten nie wchodzi w skład niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata z wyboru³. Wskazał, że przepisy rozporządzenia określają całościowo przesłanki orzekania przez sąd o wysokości opłat adwokackich, różnicując wyraźnie oba rodzaje zastępstwa prawnego – z wyboru i z urzędu. Nakaz podwyższenia wynagrodzenia o stawkę podatku VAT dotyczy tylko pomocy prawnej udzielonej z urzędu, a więc nie dotyczy zastępstwa adwokackiego z wyboru. Piśmiennictwo

² E. Marszałkowska-Krześ, S. Krześ, *Glosa do uchwały SN z 10 lutego 1995 r., III CZP 4/95*, „Monitor Prawniczy” 1995, nr 8, s. 240; A. Zieliński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 1995 r., III CZP 4/95*, „Palestra” 1995, nr 7–8, s. 220–225; A. Warfołomiejew, *VAT od usług adwokackich*, „Palestra” 1995, nr 11–12, s. 24; Z. Krzemiński, *Adwokat w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Palestra” 1995, nr 11–12, s. 192.

³ Uchwały SN: z 10 lutego 1995 r., III CZP 4/95, OSNC 1995, nr 5, poz. 79; z 25 stycznia 2007 r., III CZP 95/06, OSNC 2007, nr 12, poz. 179; postanowienia SN: z 14 września 2012 r., I UZ 86/12; z 24 września 2012 r., I UZ 84/12; z 27 sierpnia 2014 r., SNO 16/14.

zaakceptowało ten pogląd⁴, choć TK dostrzegł również zapatrywania odmienne⁵.

5. Oceniając konstytucyjność przyjętego rozwiązania, TK wskazał, że koszty sądowe są tradycyjnie uznanym instrumentem polityki państwa służącym do regulowania relacji stron stosunków procesowych oraz – w szerszym ujęciu – stymulowania decyzji jednostek co do sposobu prowadzenia swoich interesów i doboru środków ich ochrony. Koszty postępowania służą osiągnięciu należytej sprawności organizacyjnej i orzeczniczej sądów oraz oddzieleniu roszczeń szykanujących i oczywiście niezasadnych od roszczeń uzasadnionych, służących ochronie praw i wolności jednostki. Koszty sądowe spełniają kilka funkcji, wśród których – poza ważną funkcją społeczną (racjonalizowanie zakresu ochrony prawnej) i organizacyjną (usprawnianie pracy sądów) – jest także funkcja fiskalna (częściowy zwrot kosztów funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości)⁶.

Trybunał zbadał zaskarżoną normę pod kątem jej zgodności z prawem do sądu i jego elementami składowymi – dostępem do sądu oraz prawem do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej. Powtórzył, że naruszenie dostępu do sądu może mieć charakter bezpośredni w postaci wyłączenia drogi sądowej, ale i pośredni, przez takie ukształtowanie wymagań proceduralnych, które czynią uruchomienie postępowania nadmiernie utrudnionym. Takimi ograniczeniami są bariery o charakterze ekonomicznym, mające

postać wygórowanych kosztów, niezbędnych do wszczęcia i prowadzenia postępowania sądowego, ale również nadmiernie wysokie ryzyko ekonomiczne, będące konsekwencją zasad kształtujących obowiązek poniesienia kosztów postępowania. Z tego powodu za sprzeczne z zasadą dostępności do sądu uznano np. wyłączenie obowiązku zwrotu kosztów procesu przez jedną ze stron bez względu na wynik sprawy⁷, nałożenie obowiązku poniesienia kosztów procesu tylko na jedną ze stron w przypadku umorzenia postępowania⁸, wyłączenie możliwości zasądzenia na rzecz strony należności z tytułu udziału w postępowaniu adwokata lub radcy prawnego⁹ czy też ustalenie niezwykle wysokiej opłaty sądowej¹⁰.

Uwzględniając ukształtowaną linię orzeczniczą, TK przyjął, że brak zaliczenia podatku VAT do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata z wyboru nie ogranicza ani nie uniemożliwia jednostce dostępu do sądu. Jego zdaniem nie można przyjąć, że w sytuacji gdy sąd przyznaje stronie wygrywającej proces zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z wyboru według norm określonych w rozporządzeniu w sprawie opłat adwokackich bez powiększenia tej kwoty o stawkę podatku VAT, występuje nadmiernie wysokie ryzyko ekonomiczne, które ogranicza obywatelowi dochodzenie ochrony jego praw na drodze sądowej. Ewentualne bariery ekonomiczne są bowiem łagodzone przez instytucję zwolnienia od kosztów sądowych i ustanowienia adwokata z urzędu.

⁴ H. Cieplą, komentarz do art. 98, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. K. Piasecki, A. Marciniak, Warszawa 2014, s. 392; J. Gibiec, komentarz do art. 98, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2015, wyd. el.; J. Gudowski, komentarz do art. 98, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2012, s. 494.

⁵ A. Zieliński, komentarz do art. 98, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, Warszawa 2016, s. 223.

⁶ Takie poglądy wyrażono wcześniej w wyrokach TK z: 2 lipca 2003 r., K 25/01; 12 czerwca 2002 r., P 13/01; 27 września 2004 r., P 4/04; 16 czerwca 2008 r., P 37/07; 27 lipca 2012 r., P 8/12 oraz 7 marca 2013 r., SK 30/09.

⁷ Tak wyroki TK z 2 lipca 2003 r., K 25/01 oraz 27 lipca 2012 r., P 8/12.

⁸ Wyrok TK z 23 maja 2005 r., SK 44/04.

⁹ Wyrok TK z 18 października 2011 r., SK 39/09.

¹⁰ Wyrok TK z 15 kwietnia 2014 r., SK 12/13.

6. Rozważając natomiast, czy brak zaliczenia podatku VAT do kosztów nie narusza konstytucyjnego nakazu odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, TK uznał, że Konstytucja nie gwarantuje zwrotu wszelkich kosztów, które strona poniosła w celu dochodzenia roszczeń lub obrony swoich praw. Sąd nie jest związany treścią umowy adwokata z klientem, w której strony mogą dowolnie kształtować warunki i wysokość wynagrodzenia¹¹. Limitowanie stawek jest uzasadnione potrzebą przewidzenia finansowych skutków związanych z procesem, jak również ochrony przed ustalaniem przez stronę zbyt wygórowanego wynagrodzenia adwokackiego kosztem przegrywającego przeciwnika. Podkreślił, że skarżący powinien mieć również na względzie, że nawet w przypadku uwzględnienia stanowiska strony w postępowaniu cywilnym zasada odpowiedzialności za wynik postępowania może doznawać pewnych modyfikacji, ze względu na zasady słuszności, zawinięcia czy wzajemnej kompensaty kosztów procesu. To znaczy, że strona wygrywająca proces nie zawsze otrzyma pełny zwrot poniesionych przez nią kosztów wynagrodzenia adwokata z wyboru w wysokości uzgodnionej pomiędzy stronami umowy.

W ocenie TK między zastępstwem prawnym udzielonym z urzędu a zastępstwem prawnym z wyboru występują różnice dotyczące podstawy umocowania oraz zasad ustalania i wysokości kosztów, co uzasadnia różnicę w zasadzaniu podatku VAT.

Podkreślił nadto, że przyjęcie zasady, iż podatek od towarów i usług powinien być doliczany w każdym przypadku, gdy sąd przyznaje zwrot kosztów procesu, mogłoby prowadzić do wtórnej niekonstytucyjności. Zasadzenie kwoty powiększonej o podatek VAT na rzecz strony, która zapłaciła za usługi adwokata w związku z wykonywaniem przez siebie czynności opodatkowanych, prowadziłoby do jej wzbogacenia kosztem przeciwnika proceso-

wego. Nie ponosiłaby bowiem ciężaru podatku, a następnie uzyskiwałaby zwrot tej kwoty od strony przegrywającej. Natomiast ustalanie, czy strona jest podatnikiem VAT, w zakresie czynności adwokackiej byłoby, w ocenie Trybunału, skomplikowane i prowadziło do nadmiernego przedłużenia postępowania.

7. Rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego nie uwzględni dwóch kluczowych kwestii, które mogłyby wpłynąć na odmienną ocenę konstytucyjności badanej regulacji. Dla porządku należy jednak wskazać, że nie były one podniesione w skardze konstytucyjnej, badane przez TK i w tym zakresie wyrok nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej.

Po pierwsze, w sprawie tej nie dostrzeżono, że kluczowa dla jej rozstrzygnięcia kwestia wysokości kosztów zastępstwa adwokackiego, mimo że stanowi materię ustawową, została unormowana w akcie rangi podustawowej. Trybunał dostrzegł, że przepisy zawarte w rozporządzeniu regulującym wysokość zwrotu kosztów zastępstwa ingerują w prawo do sądu. Natomiast zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z tego prawa mogą być ustanawiane tylko w ustawie. W piśmiennictwie podkreśla się, że wyrażona w tym przepisie zasada wyłączności regulacji ustawowej pełni funkcję gwarancyjną wobec praw i wolności człowieka, zabezpieczając jednostkę przed nadmierną ingerencją państwa¹². W swoim dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie precyzował, że zasada wyłączności ustawy nie polega na prostym zachowaniu ustawowej formy ograniczania wolności, lecz zawiera także nakaz zachowania kompletności unormowania ustawowego. Należy przez to rozumieć konieczność określenia wszystkich podstawowych elementów ograniczenia danego prawa lub wolności bezpośrednio w ustawie, tj. takiego ich określenia, aby już na podstawie samej analizy przepisów usta-

¹¹ Postanowienia TK z 16 lutego 2004 r., Ts 175/03, Ts 176/03, Ts 177/03, Ts 181/03.

¹² K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 110.

wy możliwe było wyznaczenie kompletnych konturów ograniczenia¹³.

Rozporządzenie ma natomiast na celu wykonanie ustawy¹⁴. Niedopuszczalne konstytucyjnie jest takie sformułowanie upoważnienia, które w istocie upoważnia nie do wydania rozporządzenia w celu wykonania ustawy, lecz do samodzielnego uregulowania całego kompleksu zagadnień, co do których w tekście ustawy nie ma żadnych bezpośrednich unormowań czy wskazówek¹⁵. Przepis upoważniający musi być sformułowany w taki sposób, aby wyznaczał pewne minimum kierunku unormowań, jakie mają być zawarte w akcie wykonawczym.

Obowiązek ten jest tym bardziej wyrazisty, im istotniejsza – z punktu widzenia praw obywateli i zasady wyłączności ustawy – jest treść uregulowań, które miały być zawarte w akcie wykonawczym¹⁶. Wymaganie umieszczenia bezpośrednio w tekście ustawy wszystkich zasadniczych elementów regulacji prawnej musi być stosowane ze szczególnym rygoryzmem, gdy regulacja ta dotyczy władczych form działania organów administracji publicznej wobec obywateli lub korzystania przez obywateli z ich praw i wolności¹⁷. Ustawa winna wówczas uregulować „wszystkie sprawy istotne, a akt wykonawczy unormuje co najwyżej sprawy szczegółowe w dziedzinach uregulowanych w danej ustawie. Przekazanie spraw do unormowania w drodze rozporządzenia jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy prawodawca unormował w ustawie sprawy istotne dla normowanej dziedziny życia”¹⁸.

Tymczasem przepisy ustaw procesowych milczą na temat wysokości kosztów zwracanych

stronie postępowania. Artykuł 16 Prawa o adwokaturze odsyła natomiast w całości na drogę rozporządzenia, upoważniając Ministra Sprawiedliwości, aby w sposób kompletny uregulował wysokość opłat za czynności adwokackie przed organami wymiaru sprawiedliwości, stanowiących podstawę do zasądzenia przez sądy kosztów zastępstwa prawnego. Ogranicza rozporządzeniodawcę wyłącznie w ten sposób, że wymaga, by ustalenie opłaty wyższej niż stawka minimalna, lecz nieprzekraczającej sześciokrotności tej stawki, było uzasadnione rodzajem i zawilnością sprawy oraz niezbędnym nakładem pracy adwokata. Natomiast stawka minimalna winna uwzględniać rodzaj i zawilność sprawy oraz wymagany nakład pracy adwokata. Norma ustawowa jest zatem blankietowa. Minister Sprawiedliwości jako organ wykonawczy jest upoważniony do całkowicie dowolnego uregulowania wysokości i stawek minimalnych i opłat za czynności adwokackie. Żaden przepis ustawy nie ustanawia dolnej granicy takiej stawki. Żaden przepis nie wskazuje również, ile może wynosić maksymalna wysokość takiej opłaty. Skutkiem takiej treści ustawy Minister Sprawiedliwości w sposób całkowicie arbitralny wprowadza w rozporządzeniu stawki bardzo niskie, niepokrywające nawet w znikomej części wyłożonych przez strony kosztów adwokackich (jak kwota 60 zł, wskazana w § 7 ust. 1 pkt 11, § 9 pkt 2 czy § 12 pkt 3 rozporządzenia z 2002 r., czy też kwota 120 zł wskazana w § 4 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia z 2015 r.). Jest jednak również możliwe uregulowanie stawek bardzo wysokich, krzywdzących drugą stronę postępowania, zwłaszcza w sytuacji, gdy w myśl przepisów odrębnych sądy mogą zasądzać ich

¹³ Wyroki TK z: 25 maja 1998 r., U 19/97, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 47; 12 stycznia 2000 r., P 11/98; 5 lutego 2008 r., K 34/06, OTK ZU 2008, nr 1/A, poz. 2; 18 lutego 2014 r., K 29/12.

¹⁴ Orzeczenie TK z 23 października 1995 r., K 4/95; wyrok TK z 26 października 1999 r., K 12/99; wyrok TK z 13 listopada 2001 r., K 16/01.

¹⁵ Orzeczenie TK z 22 września 1997 r., K 25/97; wyroki TK: z 26 października 1999 r., K 12/99; z 13 listopada 2001 r., K 16/01; z 20 maja 2003 r., K 56/02.

¹⁶ Wyroki TK: z 25 maja 1998 r., U 19/97; z 14 marca 1998 r., K 40/97; z 26 października 1999 r., K 12/99; z 17 października 2000 r., K 16/99; z 29 maja 2002 r., P 1/01.

¹⁷ Wyroki TK: z 6 listopada 2007 r., U 8/05; z 26 kwietnia 2004 r., K 50/02.

¹⁸ Wyrok TK z 5 grudnia 2007 r., K 36/06.

wielokrotność (np. art. 423 § 2 k.s.h., zgodnie z którym sąd może zasądzić 10-krotność opłaty adwokackiej).

Ustawa w żaden sposób nie ogranicza również Ministra Sprawiedliwości w sposobie ustalania opłat czy sposobie ich zasądzania w zależności od liczby instancji. Posługuje się przy tym bardzo niedookreślonymi i bardzo trudnymi do zbadania pojęciami, takimi jak rodzaj i zawilość sprawy oraz wymagany nakład pracy adwokata. Stawki minimalne oraz opłaty za czynności adwokackie zostały niemal zupełnie oderwane od ich zawilości czy rzeczywistego wkładu adwokackiego, a bazują na wartości przedmiotu sporu lub są stałe, niezależnie od tego, jak skomplikowane jest postępowanie. Niewystarczający w tym zakresie jest mechanizm przewidziany w § 15 ust. 3 i § 17 rozporządzenia z 2015 r., gdyż zasądzenie stawki wyższej niż minimalna jest pozostawione uznaniu sądu, który może zasądzić wyższą opłatę od stawki minimalnej wyłącznie, jeśli uzna, że spełnione są przesłanki wymienione w tych przepisach. Taka regulacja na poziomie rozporządzenia wydaje się niekonstytucyjna.

8. Po drugie, Trybunał Konstytucyjny nie dostrzegł, jak niesprawiedliwie rozłożony jest

ciężar ponoszenia podatku VAT w sytuacji, gdy spór prawny prowadzi podatnik VAT oraz podmiot niebędący podatnikiem. W przypadku wygrania procesu przez podatnika może on odliczyć podatek uiszczony wraz z wynagrodzeniem adwokackim, a w konsekwencji sąd oddaje mu cały faktyczny wydatek w sprawie, oczywiście o ile mieści się w limicie wynikającym z rozporządzenia. Natomiast gdy spór wygra osoba niebędąca podatnikiem, otrzyma zwrot wyłożonych kosztów zastępstwa procesowego w 80%, a około 20% zasądzonej kwoty pokryje podatek VAT uiszczony przy wynagrodzeniu adwokackim. To znacząca dysproporcja w zakresie rozłożenia ryzyka ekonomicznego procesu, która powinna rzutować na ocenę konstytucyjności regulacji.

Tymczasem wbrew stanowisku TK kwestia zbadania, czy strona jest podatnikiem VAT w zakresie, w jakim uiszcza wynagrodzenie adwokackie, nie wydaje się szczególnie utrudniona. W przypadku zgłoszenia przez stronę żądania zwrotu kosztów powiększonych o VAT kwestia ta mogłaby być przedmiotem sporu, a każda ze stron musiałaby wykazać aktywność procesową. Sąd rozstrzygałby tę okoliczność w wyroku, co w żaden sposób nie wpłynęłoby na długość postępowania.

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (październik–grudzień 2015 r.)

PRAWO DO WOLNOŚCI WYPOWIEDZI (ART. 10)

Środek zakazujący oświadczeń krytykujących działania albo zaniechania ciał pochodzących z wyboru może być usprawiedliwiony z powołaniem się na „ochronę praw lub dobrego imienia innych” jedynie wyjątkowo.

Wyrok Kharlamov v. Rosja, 8.10.2015 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 27447/07, § 25.

Zasadę otwartej dyskusji o kwestii budzącej zainteresowanie w danym środowisku zawodowym należy interpretować w sposób wskazujący, że jest to element szerszej koncepcji autonomii akademickiej, obejmującej wolność akademików wypowiedzenia opinii na temat instytucji lub systemu, w którym pracują.

Wyrok Kharlamov v. Rosja, 8.10.2015 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 27447/07, § 27.

W wielu sprawach dotyczących wypowiedzi, słownych lub innych, rzekomo podburzających albo usprawiedliwiających przemoc, nienawiść lub nietolerancję, Trybunał musiał badać kwestię stosowania art. 10. Przy ocenie, czy ingerencje w korzystanie z prawa do wolności wypowiedzi autorów, albo czasami wydawców, były „konieczne w demokratycznym

społeczeństwie” w świetle ogólnych zasad sformułowanych w jego orzecznictwie, Trybunał uwzględniał szereg czynników. Jednym z nich była ocena, czy do wypowiedzi doszło w warunkach politycznego lub społecznego napięcia; generalnie bowiem w takich sytuacjach Trybunał akceptuje jakieś formy ingerencji.

Wyrok Perinçek v. Szwajcaria, 15.10.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 27510/08, § 204–205.

Trybunał bada, czy wypowiedzi, właściwie rozumiane i widziane w ich bezpośrednim i szerszym kontekście, można było uznać za bezpośrednie albo pośrednie wzywanie do przemocy albo jej usprawiedliwanie czy też wzywanie do nienawiści lub nietolerancji. Przy ocenie Trybunał jest szczególnie wyczulony na ogólnikowe hasła atakujące albo pokazujące w negatywnym świetle całe grupy etniczne, religijne albo inne.

Wyrok Perinçek v. Szwajcaria, 15.10.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 27510/08, § 206.

Przy ocenie, czy ingerencje w korzystanie z prawa do wolności wypowiedzi autorów, lub czasami wydawców, w kwestiach historycznych były konieczne w demokratycznym społeczeństwie, Trybunał uwzględniał rozmaite czynniki. Jednym z nich był sposób, w jaki

zarzucone wypowiedzi zostały sformułowane, oraz możliwy sposób ich odczytania. Inny czynnik to konkretny interes lub prawo dotknięte w rezultacie takich wypowiedzi. Związany z tym był wpływ wypowiedzi oraz upływ czasu od wydarzeń historycznych, do których dane wypowiedzi się odnosiły.

Wyrok Perinçek v. Szwajcaria, 15.10.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 27510/08, § 215–219.

Ingerencja w prawo do wolności wypowiedzi w formie skazania w sprawie karnej wymaga szczegółowej oceny przez sąd konkretnego zachowania zagrożonego karą. Do uznania zasadności ingerencji nie wystarcza, że została podjęta dlatego, że jej przedmiot zaliczał się do takiej czy innej kategorii albo odnosiła się do niego jakaś ogólna zasada prawna: należy raczej ustalić, czy w danych okolicznościach była ona konieczna.

Wyrok Perinçek v. Szwajcaria, 15.10.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 27510/08, § 275.

Artykuł 10 jako taki nie zakazuje uprzednich ograniczeń obiegu „informacji” lub „idei”, czy też zakazu ich rozpowszechniania, jednak stanowią one w społeczeństwie demokratycznym tak duże zagrożenie, że wymagają od Trybunału najbardziej skrupulatnego zbadania. Tym bardziej w przypadku środków mających wyłącznie zapobiegać ewentualności rozpowszechniania określonych wypowiedzi.

Wyrok Bidart v. Francja, 12.11.2015 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 52363/11, § 38.

Zadanie przekazywania informacji z konieczności obejmuje obowiązki i odpowiedzialność oraz ograniczenia, jakie prasa musi dobrowolnie sobie narzucić.

Wyrok Couderc i Hachette Filipacchi Associés v. Francja, 10.11.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 40454/07, § 89.

Fakty z życia prywatnego można ujawnić, jeśli ogół jest zainteresowany informacjami na temat określonych cech danej osoby publicznej.

Romanse zasadniczo stanowią dziedzinę ściśle prywatną. Z tego ogólnie wynika, że szczegóły życia seksualnego pary albo intymnych związków można publicznie ujawnić bez uprzedniej zgody jedynie wyjątkowo.

Wyrok Couderc i Hachette Filipacchi Associés v. Francja, 10.11.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 40454/07, § 99.

Interes publiczny odnosi się do kwestii mających znaczenie dla społeczeństwa w takim stopniu, że może ono w uprawniony sposób być nimi zainteresowane, zwracających jego uwagę albo je istotnie absorbujących, zwłaszcza gdy mają wpływ na sytuację obywateli lub życie społeczności. Odnosi się to również do kwestii mogących budzić poważne spory, związanych z ważnym problemem społecznym albo odnoszących się do zagadnienia, w związku z którym ogół ma interes w uzyskaniu informacji.

Wyrok Couderc i Hachette Filipacchi Associés v. Francja, 10.11.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 40454/07, § 103.

Artykuł prasowy stanowiący wkład do debaty publicznej nie musi być poświęcony temu w całości; wystarczy, że się do niej odnosi i w związku z nią zawiera jeden albo więcej fragmentów.

Wyrok Couderc i Hachette Filipacchi Associés v. Francja, 10.11.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 40454/07, § 110.

Udział prasy w debacie dotyczącej interesu publicznego nie może ograniczać się wyłącznie do bieżących wydarzeń albo dyskusji, które już się toczą. Prasa jest wektorem rozszerzania się debat w kwestiach interesu publicznego, ma jednak również swoją rolę do odegrania w ujawnianiu i zwracaniu uwagi ogółu na informacje mogące wywołać zainteresowanie ogółu i zapoczątkować debatę na ich temat w społeczeństwie.

Wyrok Couderc i Hachette Filipacchi Associés v. Francja, 10.11.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 40454/07, § 114.

Artykuł uproszczony i okrojony, mogący w ten sposób wprowadzić czytelnika w błąd, może znacznie ograniczyć jego istotny wkład w debatę dotyczącą interesu publicznego.

Wyrok Couderc i Hachette Filipacchi Associés v. Francja, 10.11.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 40454/07, § 132.

Przy wykonywaniu swoich zadań dziennikarze podejmują na bieżąco decyzje, w których określają linię podziału między prawem ogółu do informacji i prawem innych do poszanowania ich życia prywatnego. Ponoszą więc główną odpowiedzialność za ochronę jednostek, w tym osobistości publicznych, przed każdym wtargnięciem w ich życie prywatne. Ich wybory w tym zakresie muszą opierać się na zawodowych zasadach etycznych i kodeksach zachowania.

Wyrok Couderc i Hachette Filipacchi Associés v. Francja, 10.11.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 40454/07, § 138.

Artykuł 10 Konwencji pozostawia dziennikarzom możliwość decydowania o tym, co powinno być publikowane, aby zapewnić wiarygodność artykułu. Ponadto dziennikarze korzystają z wolności wyboru informacji, jakie do nich napływają, jakimi się zajmą oraz w jaki sposób. Swoboda ta wiąże się jednak z odpowiedzialnością.

Wyrok Couderc i Hachette Filipacchi Associés v. Francja, 10.11.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 40454/07, § 139.

Przy ocenie wpływu konkretnej opinii na dobra osobiste innej osoby nie można abstrahować od historycznego i społecznego kontekstu wypowiedzi.

Wyrok Annen v. Niemcy, 26.11.2015 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 3690/10, § 63.

PRAWO DO ZGROMADZANIA SIĘ I STOWARZYSZANIA SIĘ (ART. 11)

Uczestnik demonstracji nie przestaje korzystać z wolności pokojowego zgromadzenia

się, jeśli w trakcie demonstracji dochodzi do sporadycznych aktów przemocy albo innych karalnych działań ze strony innych, jeśli zachowanie danej osoby wskazuje, że była spokojna w swoich zamiarach i zachowaniu. Możliwość, że kierujące się przemocą inne osoby, niebędące członkami organizacji, która ją zorganizowała, przyłączą się do demonstracji, nie może jako taka być powodem odebrania tego prawa. Nawet w razie rzeczywistego ryzyka, że demonstracja publiczna doprowadzi do zakłócenia porządku w rezultacie wydarzeń poza kontrolą organizatorów, nie przestaje ona być – jako taka – pod ochroną art. 11 ust. 1, a wszelkie nałożone związane z nią ograniczenia muszą być zgodne z treścią ust. 2 tego przepisu.

Wyrok Kudrevičius i inni v. Litwa, 15.10.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 37553/05, § 94.

Uprzednia notyfikacja ma nie tylko pogodzić prawo do zgromadzania się z prawami i legalnymi interesami (w tym swobodą poruszania się) innych osób, ale również służyć zapobieganiu zakłóceniom porządku lub przestępstwu. W związku z planowaną demonstracją powszechną praktyką w państwach Konwencji pozwalającą rozważyć interesy pozostające ze sobą w konflikcie wydaje się instytucja wstępnej procedury administracyjnej. Regulacje tego rodzaju nie mogą jednak stanowić ukrytej przeszkody dla wolności pokojowego zgromadzenia chronionej w Konwencji.

Wyrok Kudrevičius i inni v. Litwa, 15.10.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 37553/05, § 148.

Brak zezwolenia i wynikająca z tego „bezprawność” działania nie dają władzom wolnej ręki; nadal są one ograniczone wymogiem proporcjonalności zawartym w art. 11. Należy więc najpierw ustalić, dlaczego nie zostało wydane zezwolenie na demonstrację, jaki interes publiczny wchodził w grę i jakie istniało związane z nią ryzyko. Metody użyte przez policję dla zniechęcenia protestujących,

umieszczenie ich w konkretnym miejscu czy fakt rozproszenia demonstracji są ważnymi elementami oceny proporcjonalności ingerencji.

Wyrok Kudrevičius i inni v. Litwa,
15.10.2015 r., *Wielka Izba,*
skarga nr 37553/05, § 151.

Prawo do spontanicznych demonstracji może przeważać nad obowiązkiem uprzedniej notyfikacji zgromadzeń publicznych jedynie wyjątkowo, a konkretnie jeśli uzasadnieniem była potrzeba natychmiastowej reakcji na bieżące wydarzenie w formie publicznej demonstracji. Derogacja od zasady ogólnej może być usprawiedliwiona, jeśli zwłoka spowodowałaby, że w innym przypadku reakcja stałaby się nieaktualna.

Wyrok Kudrevičius i inni v. Litwa,
15.10.2015 r., *Wielka Izba,*
skarga nr 37553/05, § 153.

Zamierzone niepodporządkowanie się przez organizatorów obowiązującym regulacjom oraz zorganizowanie demonstracji albo jej części w sposób zakłócający normalne życie oraz inne działania wykraczające poza granice tego, co jest w danych okolicznościach nieuniknione, stanowi zachowanie niemogące korzystać z tej samej uprzywilejowanej ochrony na podstawie Konwencji, jak wypowiedzi polityczne albo debata w kwestiach interesu publicznego czy związane z nimi pokojowe manifestowanie opinii. Państwa mają szeroką swobodę oceny konieczności działań mających ograniczyć takie zachowania.

Wyrok Kudrevičius i inni v. Litwa,
15.10.2015 r., *Wielka Izba,*
skarga nr 37553/05, § 156.

Władze muszą podejmować odpowiednie działania związane z legalnymi demonstracjami, aby zapewnić ich pokojowy przebieg i bezpieczeństwo wszystkich obywateli.

Wyrok Kudrevičius i inni v. Litwa,
15.10.2015 r., *Wielka Izba,*
skarga nr 37553/05, § 159.

PRAWO DO WOLNYCH WYBORÓW (ART. 3 PROTOKOŁU NR 1)

Istnienie systemu skutecznego badania skarg indywidualnych i odwołań w sprawach dotyczących praw wyborczych jest jedną z istotnych gwarancji wolnych i uczciwych wyborów. System taki zapewnia skuteczne korzystanie z indywidualnych praw do głosowania i kandydowania w wyborach, zachowuje ogólne zaufanie do administrowania przez państwo procesem wyborczym i stanowi ważny instrument w rękach państwa, umożliwiający wypełnienie pozytywnego obowiązku na podstawie art. 3 Protokołu nr 1 przeprowadzenia demokratycznych wyborów. Zobowiązanie państwa na podstawie art. 3 Protokołu nr 1 i prawo indywidualne zagwarantowane przez ten przepis byłyby iluzoryczne, gdyby konkretnych przypadków wskazujących na niezapewnienie demokratycznego charakteru wyborów nie można było zakwestionować przed właściwym organem krajowym zdolnym do skutecznego ich rozpatrzenia.

Wyrok Gahramanli i inni v. Azerbejdżan,
8.10.2015 r., *Izba (Sekcja I),*
skarga nr 36503/11, § 69.

Ważna jest przejrzystość i bezstronność oraz niezależność od politycznych manipulacji organów odpowiedzialnych za administrowanie wyborami. Ich decyzje powinny być wystarczająco dobrze uzasadnione.

Wyrok Gahramanli i inni v. Azerbejdżan,
8.10.2015 r., *Izba (Sekcja I),*
skarga nr 36503/11, § 70.

Racja bytu komisji wyborczej polega na zapewnieniu skutecznego administrowania wolnym i uczciwym głosowaniem w sposób bezstronny, co można osiągnąć przez odpowiednią strukturę jej składu gwarantującą niezależność i bezstronność. W innym przypadku komisja staje się kolejnym forum walki politycznej między różnymi siłami.

Wyrok Gahramanli i inni v. Azerbejdżan,
8.10.2015 r., *Izba (Sekcja I),*
skarga nr 36503/11, § 78.

SKARGI INDYWIDUALNE (ART. 34)

Skarżący może domagać się uznania za pokrzywdzonego naruszeniem na skutek samego tylko istnienia środków tajnej inwigilacji lub ustawodawstwa pozwalającego na ich stosowanie, z zastrzeżeniem spełnienia następujących wymagań. Po pierwsze, Trybunał musi uwzględnić zakres ustawodawstwa zezwalającego na inwigilację przez zbadanie, czy skarżący mógł być nią dotknięty ze względu na przynależność do grupy osób objętej kwestionowanymi przepisami albo dlatego, że dotyczyła ona bezpośrednio wszystkich użytkowników usług komunikacyjnych w systemie, w którym rozmowy każdej osoby mogą być kontrolowane. Po drugie, Trybunał musi wziąć pod uwagę dostępność środków odwoławczych na poziomie krajowym i uzależnić stopień kontroli od skuteczności tych środków. Jeśli system krajowy nie zapewnia skutecznego środka prawnego osobie, która podejrzewa, że jest poddana tajnej inwigilacji, nie można uznać za nieusprawiedliwione szeroko rozpowszechnionych podejrzeń i troski

w społeczeństwie, że uprawnienia do inwigilacji są nadużywane. Samo zagrożenie kontrolą można wtedy uznać za ograniczenie swobodnego komunikowania się przy pomocy służb pocztowych i telekomunikacyjnych, stanowiące bezpośrednią ingerencję w prawo zagwarantowane w art. 8. W rezultacie usprawiedliwione jest istnienie większej kontroli przez Trybunał i wyjątku od zasady, że jednostka nie może kwestionować prawa w sposób abstrakcyjny. Nie musi ona wtedy wykazać istnienia ryzyka, że tajne środki kontroli były wobec niej stosowane. Przeciwnie, jeśli system krajowy zapewnia skuteczne środki prawne, trudniej jest usprawiedliwić szeroko rozpowszechnione podejrzenie nadużyć. Jednostka może się wtedy domagać uznania za pokrzywdzoną naruszeniem z powodu samego tylko istnienia środków tajnych lub zezwalającego na nie ustawodawstwa wyłącznie w razie wykazania, że ze względu na sytuację osobistą była nimi potencjalnie zagrożona.

Wyrok Roman Zakharov v. Rosja, 4.12.2015 r., Wielka Izba, skarga nr 47143/06, § 171.

Pytanie o obronę (28)

Antoni Bojańczyk

INFORMACJA, OPINIA CZY STANOWISKO: JAKI MA BYĆ EFEKT PRACY OBROŃCY Z URZĘDU WYZNACZONEGO DO POSTĘPOWAŃ OKREŚLONYCH W PRZEPISIE ART. 84 § 3 K.P.K.?

1. Czy możemy sobie wyobrazić prokuratora żądającego od obrońcy wyznaczonego z urzędu i działającego w postępowaniu przygotowawczym pisemnego uzasadnienia zaniechania zaskarżenia postanowienia o zastosowaniu środka zapobiegawczego? Nie.

A sąd oczekujący od obrońcy podania przyczyn, dla których nie sformułował i nie złożył w postępowaniu jurysdykcyjnym takich czy innych wniosków dowodowych? Odpowiedź nasuwa się sama przez się. Jest po prostu oczywista – nie.

Tym bardziej musi zatem zdumiewać, że to, co nie do pomyślenia w toku powyższych etapów postępowania, jest nie tylko możliwe, ale wręcz w y m a g a n e od adwokata działającego w postępowaniu okołokasacyjnym i okołowznawieniowym (a od kwietnia 2015 r. również w postępowaniu w przedmiocie skargi na wyrok uchylający orzeczenie sądu *a quo*). Obrońca ten musi bowiem wytłumaczyć się sądowi obszernie ze swojej decyzji o niewniesieniu środka zaskarżenia w sporządzonej przez siebie opinii prawnej (piśmie procesowym zawierającym uzasadnienie stanowiska).

Spróbujmy w możliwie najkrótszy sposób

wytłumaczyć, jak doszło do takiego irracjonalnego – eufemistycznie rzecz ujmując – stanu rzeczy. Ale przede wszystkim zastanówmy się, czy jest on zgodny nie tylko z obowiązującymi przepisami procedury, ale także z przepisami ustawy zasadniczej normującymi prawo do obrony w postępowaniu karnym. I jak wobec wymogów stawianych przez judykaturę winien zachować się adwokat wyznaczony do zbadania sprawy pod kątem ewentualnego złożenia nadzwyczajnego środka zaskarżenia, który stwierdził brak podstaw do jego wniesienia.

2. W 1997 r. nic nie wskazywało na to, że przepis § 3 art. 84 k.p.k. może stać się obiektem dyskusyjnej wykładni w praktyce sądowej. Komu przysłoby do głowy, że w wyniku dość konsekwentnej linii orzeczniczej najwyższej instancji sądowej przepis ten ulegnie w niedługim czasie tak dalece idącej metamorfozie, że w istocie dojdzie do całkowitej mutacji jego dość oczywistego znaczenia?

Przegląd dawniejszych wypowiedzi komentatorów Kodeksu postępowania karnego przekonuje, że ich autorzy nie dostrzegali

niczego kontrowersyjnego w treści art. 84 § 3 k.p.k. W swych wywodach (niezbyt zresztą obszernych) byli po prostu wierni brzmieniu ustawy. Pod sformulowaniem „poinformować sąd” rozumieli – w czym nie ma niczego szczególnie kontrowersyjnego, zważywszy na znaczenie wyrazu „informować” – „powiadomienie” sądu o niestwierdzeniu przez obrońcę działającego z urzędu podstaw do wniesienia jednego z nadzwyczajnych środków zaskarżenia [T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2001, s. 248; J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Sopot 2000, s. 153]. W dodatku pisząc o „przekonaniu” obrońcy o braku podstaw do zaskarżenia wyroku kasacją, komentatorzy – słusznie – wcale nie formułowali postulatów pod adresem obrońców, by jakoś szerzej dzielili się oni tym przekonaniem z sądem i artykułowali je na piśmie [P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1999, s. 396].

Nie są to może wypowiedzi zbyt wnikliwe, ale też przepis art. 84 § 3 k.p.k. nie dawał (i do dziś nie daje) asumptu do prowadzenia jakichś specjalnie poszerzonych rozważań językowych czy potrzeby uruchamiania innych dyrektyw wykładni. Nie ma wszak potrzeby usuwania wątpliwości wynikających z jego literalnej wykładni, bo takich wątpliwości po prostu w tym przepisie nie ma. Funkcja art. 84 § 3 k.p.k. była i jest w miarę klarowna: miał on doprowadzić do uwolnienia adwokatów działających z urzędu z niezbyt komfortowego położenia, w którym znajdowali się w postępowaniu okołokasacyjnym czy okołowznowieniowym.

Z jednej bowiem strony – po zapoznaniu się z aktami sprawy i po przeprowadzeniu wstępnej konferencji z mandantem nie dostrzegali w sprawie żadnych podstaw do sformułowania jednego z nadzwyczajnych środków zaskarżenia objętych przymusem adwokackim, z drugiej zaś – obawiając się przykrych reakcji niezadowolonych mandantów (skargi i zażalenia kierowane do rady adwokackiej, mającąc na horyzoncie groźba postępowania dyscypli-

narnego), dla świętego spokoju z reguły woleli wnieść jakąkolwiek kasację czy jakąkolwiek sformułowany wniosek o wznowienie postępowania i mieć jasną sytuację obrończą, a nieprzyjemności – z głowy. I wszystko byłoby zapewne dobrze, gdyby Sąd Najwyższy nie zmodyfikował w sposób znaczący interpretacji występującego w przepisie art. 84 § 3 k.p.k. zwrotu „poinformować na piśmie sąd”. Adwokaci badaliby sprawy pod kątem kasacyjnym i wznowieniowym, w niektórych sprawach formułowaliby zapewne kasacje (bądź wnioski o wznowienie postępowania), a w innych spokojnie przedkładali sądom informacje o niestwierdzeniu podstaw do wniesienia kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania. Sądy przyjmowałyby te informacje do wiadomości. Tak by było – gdyby nie wykształciła się linia orzecznicza Sądu Najwyższego całkowicie zniekształcająca jasne brzmienie przepisu art. 84 § 3 k.p.k.

3. Zaczęło się od dwóch postanowień Sądu Najwyższego. A potem – jak to często bywa – kamyczki wyzwołyły lawinę. Najpierw najwyższa instancja sądowa (postanowienie z 10 września 2008 r., sygn. II KZ 43/08, OSNKW 2008, nr 10, poz. 86) uznała, że poprzestanie przez obrońcę wyznaczonego w postępowaniu okołokasacyjnym na „jednozdaniowym zwrocie o braku podstaw do wniesienia kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania” nie jest wystarczające z punktu widzenia art. 84 § 3 k.p.k. Sąd Najwyższy uznał, że „w ramach obowiązku określonego w art. 84 § 3 k.p.k. poinformowanie na piśmie sądu o braku podstaw do wniesienia kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania – jako efekt udzielonej pomocy prawnej – powinno przybrać formę opinii prawnej”. Parę miesięcy później Sąd Najwyższy zaprezentował w gruncie rzeczy identyczne stanowisko, jedynie ubierając rzecz w nieco inną szatę słowną: „pismo informujące o niestwierdzeniu podstaw do złożenia wniosku o wznowienie postępowania (art. 84 § 3 k.p.k.) powinno spełniać wymogi formalne pisma procesowego (art. 119 § 1 k.p.k.), a wo-

bec tego zawierać nie tylko samo stanowisko, ale także jego uzasadnienie. W wypadku gdy przedłożona sądowni przez obrońcę z urzędu pisemna informacja nie zawiera uzasadnienia, należy wezwać obrońcę do uzupełnienia braku formalnego tego pisma procesowego (art. 120 § 1 w zw. z art. 119 § 1 pkt 3 k.p.k.)” (postanowienie z 1 grudnia 2008 r., sygn. V KZ 64/08, OSNKW 2009, nr 1, poz. 10).

W literaturze komentarzowej (poza jednym wyjątkiem) dominuje aprobatą dla tych poglądów. Co zresztą ciekawe, to w zasadzie bez specjalnych zastrzeżeń nową interpretację art. 84 § 3 k.p.k. zaakceptowali także ci sami komentatorzy [J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 322], którzy wcześniej nie widzieli niczego dyskusyjnego w przepisie art. 84 § 3 k.p.k. i twierdzili (słusznie wszak), że art. 84 § 3 k.p.k. nakłada na obrońcę wyznaczonego do postępowania okołokasacyjnego czy okołowznawieniowego jedynie obowiązek poinformowania (powiadomienia) sądu o braku podstaw do sporządzenia nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Ten kierunek orzecznictwa jest konsekwentnie prezentowany przez Sąd Najwyższy, który wymaga od obrońców z urzędu działających w postępowaniu okołokasacyjnym i okołowznawieniowym przedkładania sądom opinii o niestwierdzeniu podstaw do wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia.

4. Orzeczenia te nasuwają wiele zastrzeżeń. Zbyt wiele, by omówić je wszystkie (i to w dodatku w sposób wyczerpujący) w naszym krótkim tekście. Pierwsze z nich to oczywiście niezasadnione żadnymi istotnymi merytorycznymi i funkcjonalnymi względami odejście od jednoznacznego wyniku wykładni literalnej. Ustawodawca zażądał od obrońcy, który działa z urzędu w postępowaniu okołokasacyjnym lub okołowznawieniowym, złożenia informacji. Nie – opinii. Nie – ekspertyzy. Nie – stanowiska zawierającego uzasadnienie prawne. Informacji – *tout court*.

5. Jeżeli poszukiwać uzasadnienia dla prawotwórczego poglądu o obowiązku sporządzenia przez obrońcę opinii prawnej zamiast informacji o braku podstaw do sporządzenia kasacji (wniosku o wznowienie *etc.*), to w niektórych orzeczeniach daje o sobie wyraźnie znać rys nieufności sądu wobec obrońców i prawidłowego wywiązywania się przez nich z obowiązków zawodowych. Jest to jednak wypaczenie instytucji przewidzianej w przepisie art. 84 § 3 k.p.k., bo przecież nie o nieufność w tym wszystkim chodziło, a o coś zupełnie innego (por. uwagi powyżej).

Uzyskanie opinii prawnej odnośnie do zbadanej przez adwokata sprawy zdaje się być w takiej perspektywie punktem odniesienia dla kontroli jakości pracy prawniczej obrońcy. Tyle tylko, że ustawodawca wcale tego nie żąda. A weryfikować pracę adwokata działającego z urzędu sąd może – ewentualnie, gdyby z jakiegokolwiek przyczyny powstała taka potrzeba – na przykład poprzez sprawdzenie, czy adwokat zapoznał się z aktami, czy kontaktował się z oskarżonym (choć i tu mogą być wątpliwości, czy takie uprawnienia sądu nie idą zbyt daleko i czy nie powinny zostać wpisane wyraźnie do ustawy postępowania karnego). Nie zaś przez stawianie adwokata w roli sędziego, który ma obiektywnie – a zatem przede wszystkim z uwzględnieniem momentów mało korzystnych dla oskarżonego – wykazać brak merytorycznych podstaw do sporządzenia nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Nie da się tego zrobić w taki sposób, żeby nie zaszkodzić mandantowi. Co prowadzi nas do najistotniejszego argumentu przemawiającego przeciwko wymaganiu od obrońców z urzędu znajdujących się w położeniu procesowym, o którym mowa w przepisie art. 84 § 3 k.p.k., sporządzania opinii prawnej dla sądu.

6. Nie jest możliwe przygotowanie opinii prawnej dotyczącej braku podstaw do sporządzenia kasacji (wniosku o wznowienie postępowania, skargi na wyrok uchylający orzeczenie i przekazujący sprawę do ponownego rozpoznania) bez zreferowania i poddania

analizie prawnej przez obrońcę z urzędu tych aspektów sprawy, które świadczą o braku merytorycznych podstaw do sformułowania nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Obrońca – chcąc rzetelnie wywiązać się z nałożonego nań przez orzecznictwo najwyższej instancji sądowej obowiązku opiniowania – musi zdradzać detale faktyczne i prawne świadczące o tym, że w danym układzie procesowym nie ma żadnej podstawy do działania na korzyść oskarżonego. W efekcie przeistacza się adwokat z obrońcy w sędziego oskarżonego. Nie tak zaprojektowała ustawa postępowania karnego rolę i zadania obrońcy.

Zresztą nie trzeba tutaj przeprowadzać jakichś zbyt wyszukanych zabiegów interpretacyjnych. Wystarczy przeciwstawić dwa obowiązki przewidziane przez art. 84 § 3 k.p.k. O ile co do pierwszego z nich nie może być najmniejszych wątpliwości odnośnie do tego, że jego realizacja stanowi działanie na korzyść skazanego (złożenie kasacji/wniosku o wznowienie postępowania karnego *etc.* bazuje wszak na okolicznościach niewątpliwie korzystnych dla oskarżonego), o tyle w przypadku obowiązku opiniowania chodzi o działanie ewidentnie niekorzystne, bo akcentujące okoliczności – z punktu widzenia podstaw kasacyjnych – dla oskarżonego niekorzystne, zamykające mu drogę do skorzystania z nadzwyczajnego środka zaskarżenia (w przypadku kasacji z reguły mniej lub bardziej definitywnie). Czyż nie daje tym samym obrońca – autor opinii prawnej o braku podstaw do sporządzenia kasacji silnych argumentów do rąk przeciwnikom procesowym mandanta? Opinia prawna obrońcy trafia przecież do akt sprawy, a tam będzie się z nią mógł zapoznać każdy uczestnik postępowania – także przeciwnicy procesowi oskarżonego. Zarysowuje się tu pewna paralela z problemem pojawiającym się na tle stosowania dyspozycji przepisu art. 378 § 2 k.p.k. „Uzasadniony wniosek” o zwolnienie obrońcy z obowiązków w związku z różnicą zdań co do sposobu realizacji obrony pomiędzy obrońcą i oskarżonym wcale nie oznacza, iżby obrońca miał „demaskować” przyjętą linię obrony

[i] wyjaśniać, na czym [polega] sprzeczność” pomiędzy oskarżonym a obrońcą działającym z urzędu (wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r., sygn. II KK 296/03, R-OSNKGW 2004, poz. 660). Mówiąc obrazowo: są pewne kwestie, które nie tylko nie powinny, ale po prostu nie mogą się znaleźć w aktach sprawy, bo ich ujawnienie przez obrońcę godziłoby ewidentnie w prawo do obrony i stawiało pod znakiem zapytania działanie obrońcy.

Nie jest więc linia orzecznicza Sądu Najwyższego, wymagająca od adwokatów opiniowania w sprawach wymienionych w przepisie art. 84 § 3 k.p.k., li tylko przeakcentowaniem pewnych mało istotnych szczegółów o technicznym wyłącznie znaczeniu, ale w istocie dotyka ścisłej istoty prawa do obrony i tę istotę narusza. Jest to więc problem o charakterze konstytucyjnym. Orzecznictwo najwyższej instancji sądowej wymagające opinii prawnych od adwokatów działających w układach procesowych określonych w przepisie art. 84 § 3 k.p.k. ma wybitnie antygwarancyjny charakter i godzi w prawo do obrony.

Co ma w takiej sytuacji zrobić obrońca? Stoją przed nim dwie ścieżki działania. Może pójść za linią orzeczniczą najwyższej instancji sądowej, sporządzić opinię prawną i pobrać wynagrodzenie za pomoc prawną sporządzoną z urzędu. Ale musi mieć świadomość, że rzetelna opinia prawna w tych sprawach będzie tożsama z działaniem na niekorzyść skazanego. Godna polecenia jest więc następująca – kreatywna – alternatywa zaproponowana przez komentatorów [P. Hofmański (red.), E. Sadzik i K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2011, s. 585–586]: obrońca powinien poinformować sąd o stwierdzeniu braku podstaw do sporządzenia nadzwyczajnego środka zaskarżenia (tryb określony w przepisie art. 84 § 3 k.p.k.), natomiast opinię prawną wysłać klientowi. Oczywiście pojawia się wówczas pytanie, czy już sam skazany może taką opinię przedstawić sądowi i – powołując się na niewywiązanie się obrońcy z jego obowiązków procesowych – żądać ustanowienia kolejnego obrońcy. Wydaje

się, że tak, choć postępując w ten sposób, skazany musi się liczyć z niekorzystnym oddziaływaniem opinii prawnej (dostępność opinii prawnej dla innych uczestników postępowania). Ale to już inna sprawa, wykraczająca poza ramy niniejszego odcinka.

7. I już na sam koniec dwie ciekawe, jak sądzę, uwagi prawnoporównawcze. Rzucające zresztą światło nie tylko na kwestię obowiązków spoczywających na obrońcy działającym z urzędu w toku postępowania dotyczącego nadzwyczajnego środka zaskarżenia, ale także na kondycję intelektualną prawników. Od dawna obserwujemy przykre zjawisko postępującej izolacji poszczególnych gałęzi prawa, zarówno w zakresie nauki, jak i praktyki prawa. Karnista nie wie, co piszczy w prawie cywilnym, a administratywista stara się z reguły z daleka trzymać od swych koleżanek i kolegów karnistów. Specjalista od prawa rodzinnego zapewne będzie miał mgliste pojęcie o prawie karnym. I tak dalej. Przyczynia się do tego lawinowy wprost przyrost orzecznictwa i literatury fachowej (niestety nie zawsze najwyższej próby). I tak powoli koło izolacji prawniczej się zamyka. Ale dzieje się coś jeszcze gorszego. Reprezentanci poszczególnych dziedzin prawa coraz bardziej się zasklepiają w swoich małych środowiskach, coraz intensywniej okopują się na własnych pozycjach i umacniają w – jakże pysznym i błędnym – przekonaniu, że cały układ normatywny kręci się wokół „ich” kodeksu postępowania karnego, „ich” kodeksu postępowania cywilnego czy „ich” kodeksu postępowania. Daje to szczególnie paradoksalne efekty właśnie w dziedzinie procesu, gdzie jest tak wiele instytucji nie tylko bardzo do siebie podobnych, ale wręcz identycznych.

Dobrze, ale co to ma wspólnego z obowiązkami obrońcy w postępowaniu kasacyjnym? Ma, i to bardzo wiele. Zarówno prawo postępowania sądowego w sprawach cywilnych (Kodeks postępowania cywilnego), jak i w sprawach administracyjnych poszło śladem ustawy postępowania karnego i wprowadziło instytucje podobne do tej wprowadzonej do

Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. przepisem art. 84 § 3 k.p.k. Ale każda z tych ustaw – nie wiedzieć czemu – uczyniła to zupełnie inaczej.

W postępowaniu cywilnym analogiczna instytucja procesowa, jak ta przewidziana w przepisie art. 84 § 3 k.p.k., funkcjonuje w odniesieniu do sytuacji procesowej adwokata lub radcy prawnego wyznaczonego w związku z postępowaniem kasacyjnym lub postępowaniem ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia od stosunkowo niedawna, bo ledwie od kwietnia 2010 r. Adwokat stwierdzający brak podstaw do wniesienia skargi zawiadamia o tym stronę i sąd nie później niż w terminie dwóch tygodni od zawiadomienia go o wyznaczeniu (art. 118 § 5 zd. 1 k.p.c.). A opinia? Adwokat działający z urzędu w postępowaniu cywilnym ma sporządzić opinię w sprawie, w której go wyznaczono, ale... opinia ta nie jest załączana do akt sprawy i nie jest doręczana stronie przeciwnej. Oczywiście wręcz rozwiązanie, w zupełności zresztą harmonizujące z podniesionymi wyżej argumentami odwołującymi się do prawa do obrony i prawa do ochrony własnych interesów procesowych w kontradiktoryjnym postępowaniu sądowym.

Z kolei w – w pewnym sensie bliźniaczym wobec Kodeksu postępowania karnego – akcie procesowym (Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi z 2002 r., p.p.s.a.) wprowadzono niedawno (lipiec 2015) uregulowanie podobne zarówno do przepisu art. 84 § 3 k.p.k., jak i do art. 118 § 4 k.p.c. Ale żeby nie było zbyt nudno w tych procedurach – różniące się, nie wiedzieć czemu, od regulacji przyjętej na gruncie k.p.c. Chodzi o przepis art. 177 § 4 p.p.s.a. (pełnomocnik strony, działając w ramach tzw. pomocy prawnej, sporządza opinię prawną i przekazuje ją sądowi wraz z odpisem dla strony, sąd bada treść opinii pod kątem zachowania zasad należytej staranności, art. 177 § 5 p.p.s.a. i w razie stwierdzenia, że przy sporządzeniu opinii nie dochowano należytej staranności, może uruchomić ścieżkę ustanowienia nowego pełnomocnika).

Z ciekawości zaglądam do najnowszego wydania wiodącego komentarza do Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi pod redakcją R. Hausera i M. Wierzbowskiego, wydanego pod szyldem prestiżowej oficyny C. H. Beck (Warszawa 2015, wydanie 3 zmienione i uzupełnione). Oczywiście nie ma tu ani słowa o tym, że w systemie prawa sądowego w procesie karnym podobna instytucja istnieje już od dobrych piętnastu lat i zdążyła obrosnąć całkiem pokaźnym orzecznictwem najwyższej instancji sądowej. Kodeks postępowania karnego to dla autorów coś na kształt gwiazdozbioru Alfa Centauri. Gdzieś istnieje i nasi Ziemianie (administratywiści) o nim słyszeli, ale niczego bardziej konkretnego. Ale co jeszcze bardziej zaskakujące – w komentarzu profesorów R. Hausera i M. Wierzbowskiego nie ma ani słowa na temat aksjologicznie istotnego w końcu zagadnienia: dlaczego to pełnomocnik wyznaczony z urzędu ma sporządzić opinię o stwierdzeniu braku podstaw do wniesienia skargi kasacyjnej i dostarczyć ją grzecznie sądowi. Czyż nie jest tak, że jest on obowiązany działać na korzyść mandanta? I – dalej – czy nie jest może tak, że prezentowanie opinii wyjaśniających sądowi (i wszystkim, którzy chcieliby zajrzeć do akt postępowania toczącego się przed sądem administracyjnym) szczegółowo słabe położenie procesowe klienta ma niewiele wspólnego ze świadczeniem pomocy prawnej i działaniem na korzyść mandanta? Zostawmy

jednak te wątpliwości procesowe kolegom administratywistom. Niech pospędzają im trochę snu z powiek.

A wracając do naszego skromnego zagadnienia z zakresu procesu karnego. Dla kwestii interpretacji art. 84 § 3 k.p.k. przepisy art. 118 § 5 k.p.c. i art. 177 § 4 p.p.s.a. mają niezwykle doniosłe znaczenie. Skoro racjonalny ustawodawca nie stosuje do określania tych samych desygnatów odmiennych terminów (co dla interpretatora tekstu normatywnego przekłada się na zakaz wykładni synonimicznej), to stanowią przepisy art. 118 § 5 k.p.c. i art. 177 § 4 p.p.s.a. jednoznaczne potwierdzenie, że w obszarze prawa sądowego w postępowaniu cywilnym i sądownoadministracyjnym od pełnomocnika z urzędu wyznaczonego w okolicasacyjnej fazie postępowania wymaga się opinii o stwierdzeniu braku podstaw do wniesienia skargi kasacyjnej, a od obrońcy z urzędu w procesie karnym – tylko informacji.

Konkludując – może należy wreszcie ujednolicić to, co w procedurach może być ujednolicone. A wiele rzeczy może zostać normatywnie ujednoliconych. Niewątpliwie do tych spraw należy właśnie instytucja przewidziana w przepisach postępowania sądowego w sprawach karnych, cywilnych i administracyjnych dla braku podstaw do wniesienia skargi kasacyjnej przez adwokata działającego z urzędu.

W następnym odcinku:

Kontakty obrońcy ze świadkami: czy dalej procesowe tabu?

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

ZAWINIONE NAJECHANIE MOTOCYKLISTY NA ZAWRACAJĄCEGO KIERUJĄCEGO SAMOCHODEM OSOBOWYM

Tytułowe zagadnienie *prima facie* wskazuje na wyraźną nieprawidłowość. Jednakże po wnikliwej analizie przebiegu zdarzenia odkrywamy, że w rzeczy samej kierujący wykonujący manewr zawrócenia na skrzyżowaniu w kształcie litery T, posiadającym jezdnie oddzielone pasem zieleni, który z natury rzeczy zobowiązany był do ustąpienia pierwszeństwa pojazdom nadjeżdżającym z przeciwnego kierunku, w istocie zachował się prawidłowo. Natomiast motocyklista poruszający się z przeciwnego kierunku, a więc posiadający pierwszeństwo, okazał się sprawcą wypadku. Z materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że w chwili realizacji manewru zawracania motocykl nie był jeszcze widoczny w zasięgu wzroku kierującego samochodem, ponieważ motocyklista jechał z nadmierną prędkością i pojawiając się zbyt szybko w rejonie skrzyżowania, pozbawił możliwości skutecznej reakcji obronnej zawracającego. Sam natomiast przy należytej obserwacji jezdni i prawidłowej reakcji na stan zagrożenia miał możliwość zatrzymania motocykla przed torem ruchu samochodu. Tak więc stał się na własne życzenie zarówno sprawcą wypadku, jak i odnoszącym poważne obrażenia. Nietypowe zjawisko, lecz

niejednokrotnie mające miejsce, wskutek czego wymagało szczególnej wnikliwości przy rekonstruowaniu zdarzenia.

Powołany do sprawy biegły z zakresu kryminalistycznej rekonstrukcji wypadków nazwaną przez siebie analizę skonstatował kuriozalnym stwierdzeniem, że zawracający „wymusił pierwszeństwo przejazdu”.

Przed rzeczową analizą warto pochylić się nad tym stwierdzeniem, które często jest używane zarówno przez biegłych, jak i organy procesowe. Stanowi ono – ni mniej, ni więcej – kiepski żargon urzędniczy. Jest wytworem wyobraźni podmiotów, które nie szczytą się znajomością podstawowych zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Wielokrotnie o tym pisałem, ale widać nadal istnieje potrzeba przypomnienia. Odpowiedzmy zatem na pytanie, kto może wymusić pierwszeństwo. Na pewno nie może tego dokonać podmiot, który nie ma pierwszeństwa, a zatem jest obowiązany do ustąpienia innemu podmiotowi, który to pierwszeństwo ma. Krótko mówiąc, wymuszenie pierwszeństwa może nastąpić w następującej sytuacji. Drogą z pierwszeństwem zbliża się do skrzyżowania pojazd, którego kierujący widzi, że zbliżający się drogą

podporządkowaną pojazd porusza się z nadmierną prędkością, co wskazuje jednoznacznie, że jego kierujący nie zdoła zatrzymać pojazdu w celu ustąpienia pierwszeństwa. Jeżeli zatem kierujący mający pierwszeństwo będzie kontynuował jazdę, wówczas powiemy, że wymusił swoje pierwszeństwo, lekceważąc zasadę ograniczonego zaufania. Tak więc istotą sformułowania „wymusił pierwszeństwo”, ujętego w opinii biegłego, jest „nieustąpienie pierwszeństwa”, które jednak do omawianego zdarzenia, ze względu na jego przebieg, nie ma zastosowania.

Zważywszy, że opinia tego biegłego zawierała szereg innych jeszcze mankamentów myślowych, adwokat będący obrońcą kierującego samochodem sformułował rzetelny i zarazem skuteczny wniosek dowodowy, wskazujący konieczność powołania biegłego z prawdziwego zdarzenia. Powołany biegły również z zakresu kryminalistycznej rekonstrukcji wypadków drogowych z powierzonego zadania wywiązał się należyście, jego opinia zaś, jako pełna, jednoznaczna, jasna i – co w istocie należy do rzadkości – zrozumiała, zyskała akceptację sądu, który – w mojej ocenie – wydał słuszny wyrok, uniewinniając kierującego samochodem osobowym. Wyrok jest prawomocny.

Sąd dla miejscowości W, powołując do sprawy nowego biegłego, zobowiązał go do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

1) Czy w oparciu o materiał dowodowy znajdujący się w aktach sprawy można ustalić bezpośrednią przyczynę zderzenia się pojazdów i dokonać rekonstrukcji czasowo-przestrzennie-ruchowej wypadku drogowego?

2) Na czym polegała istota wymienionego zdarzenia drogowego?

3) Jakie przepisy ruchu drogowego zostały naruszone przez osoby biorące udział w zdarzeniu?

4) Jak w świetle zasad ruchu drogowego należy ocenić technikę i taktykę osób biorących udział w zdarzeniu?

5) Z jaką prędkością poruszały się oba pojazdy przed zdarzeniem i w trakcie ich zetknięcia?

6) Jak przebiegał tor ruchu motocykla bezpośrednio przed zdarzeniem?

7) Jeżeli kierujący motocyklem poruszał się – jak przyjęto – prawym pasem, w którym miejscu (według szkicu sytuacyjnego miejsca zdarzenia) zdecydował się zmienić pas ruchu?

8) W którym miejscu (według szkicu) znajdował się samochód w momencie powzięcia decyzji o zmianie pasa ruchu z prawego na lewy przez kierującego motocyklem?

9) Jak przedstawia się zestawienie (wizualne) pojazdów w chwili zetknięcia (kąta położenia motocykla względem samochodu i wzajemne miejsce centralne uderzenia)?

10) Jaki był mechanizm przemieszczania się motocykla i motocyklisty w następujących etapach:

a) od zderzenia pojazdów do latarni;

b) od latarni do miejsca położenia motocykla i motocyklisty?

11) Jak należy ocenić technikę i taktykę ruchu pojazdów przed zderzeniem oraz w tym kontekście możliwości uniknięcia wypadku?

Na podstawie analizy przebiegu zdarzenia na wskazane pytania biegły udzielił następującej treści odpowiedzi.

1) W oparciu o materiał dowodowy można ustalić bezpośrednią przyczynę zderzenia motocykla marki Yamaha i samochodu osobowego marki Renault Megane oraz dokonać rekonstrukcji czasowo-przestrzennej przedmiotowego wypadku drogowego.

2) Istotą zaistniałego zdarzenia drogowego było poruszanie się kierującego motocyklem jezdnią, na odcinku bezpośrednio poprzedzającym skrzyżowanie, z prędkością nie niższą niż 97 km/h, niepozwalającą na panowanie nad kierowanym pojazdem (przy prędkości dozwolonej administracyjnie 50 km/h).

3) Kierujący motocyklem poruszał się z nadmierną prędkością, niezapewniającą panowania nad pojazdem. Kierujący samochodem osobowym zachował się prawidłowo podczas realizacji manewru zawracania, co zostało potwierdzone w analizie czasowo-przestrzennej ruchu pojazdów uczestniczących w przedmiotowym wypadku drogowym.

4) Z przeprowadzonej analizy czasowo-przestrzennej ruchu samochodu osobowego i motocykla wynika, że taktyka i technika jazdy kierującego samochodem osobowym nie budziła zastrzeżeń. Kierujący samochodem osobowym zatrzymał się na skrzyżowaniu, na wysokości pasa rozdzielającego jezdnie w przeciwnych kierunkach ruchu przed lewą krawędzią jezdni, na którą zamierzał wjechać, i ustąpił pierwszeństwa pojazdowi poruszającym się na wprost przez skrzyżowanie. W chwili ruszenia samochodu osobowego z miejsca zatrzymania na skrzyżowaniu motocykl znajdował się w odległości około 208,8 m od miejsca wypadku drogowego. Natomiast taktyka i technika jazdy kierującego motocyklem budziła zastrzeżenia. Kierujący motocyklem poruszał się jezdnią na odcinku bezpośrednio poprzedzającym skrzyżowanie z prędkością nie niższą niż 97 km/h. Mimo wjechania samochodu osobowego na lewy pas ruchu na około 2,0 m jego szerokości kierujący motocyklem, znajdując się w odległości około 76,8 m przed miejscem wypadku drogowego, nie podjął działań obronnych w postaci hamowania (brak ujawnionych śladów hamowania kół na jezdni) i kontynuował ruch przez skrzyżowanie, doprowadzając do wypadku drogowego.

5) Prędkość samochodu osobowego podczas zderzenia z motocyklem mogła wynosić około 7 km/h. Z uwagi na fakt, że samochód osobowy ruszył z miejsca zatrzymania na skrzyżowaniu i wykonywał manewr zawracania, prędkość ruchu tego pojazdu przed zderzeniem wzrosła do wartości 7 km/h. Natomiast prędkość motocykla podczas zderzenia z samochodem osobowym mogła być nie niższa niż 97 km/h. Ze względu na nieujawnienie śladów hamowania kół motocykla na jezdni, na odcinku bezpośrednio przed miejscem wypadku drogowego, kierujący poruszał się jezdnią przed zderzeniem również z prędkością nie niższą niż 97 km/h.

6) Ujawniony na prawym pasie ruchu jezdni początek śladów rycia w nawierzchni jezdni pochodzący od motocykla wskazuje, że tor ruchu motocykla bezpośrednio przed miejscem

wypadku drogowego biegł prawym pasem ruchu jezdni, bliżej linii segregacyjnej oddzielającej od lewego pasa ruchu tej jezdni.

7) Z dowodów osobowych w postaci zeznań świadków i wyjaśnień oskarżonego nie wynika, że kierujący motocyklem na odcinku drogi bezpośrednio przed miejscem wypadku drogowego zmieniał pas ruchu z lewego na prawy. Ponadto w materiałach dowodowych brak jest śladów materialnych wskazujących na zmianę pasa ruchu przez kierującego motocyklem.

8) Biegly nie może udzielić odpowiedzi na niniejsze pytanie, ponieważ nie jest możliwe ustalenie faktu i miejsca zmiany pasa ruchu z lewego na prawy przez kierującego motocyklem.

9) Podczas wypadku drogowego motocykl prawdopodobnie znajdował się na skrzyżowaniu, na prawym pasie ruchu jezdni (patrząc zgodnie z kierunkiem ruchu motocykla). Natomiast samochód osobowy podczas wypadku prawdopodobnie znajdował się na skrzyżowaniu, na lewym pasie ruchu (patrząc zgodnie z kierunkiem ruchu motocykla), usytuowany skośnie przez lewy pas ruchu, pod kątem około 60° do osi tej jezdni. Podczas zderzenia pojazdów kąt między osią podłużną motocykla i osią podłużną samochodu osobowego prawdopodobnie wynosił 60°.

10) Motocykl po zderzeniu z samochodem osobowym przewrócił się na jezdnię i następnie przemieszczał się skośnie w prawo po prawym pasie ruchu jezdni i asfaltowym poboczu tej jezdni oznakowanym znakiem poziomym P-21 „powierzchnia wyłączona” na odcinku drogi około 17,5 m, pozostawiając ślady rycia udokumentowane w materiale dowodowym. Po pokonaniu tego odcinka motocykl uderzył w słup latarni ulicznej usytuowany przy prawej krawędzi jezdni. Od miejsca uderzenia w słup latarni ulicznej motocykl przemieszczał się skośnie w prawo po prawym gruntowym poboczu, prawdopodobnie bez kontaktu z podłożem (brak śladów przemieszczania – lot motocykla), do położenia na początku ujawnionych śladów rycia. Dalej motocykl

przemieszczał się po poboczu gruntowym, pozostawiając ślady rycia do położenia powypadkowego udokumentowanego w materiale dowodowym. Natomiast motocyklista po zderzeniu motocykla z samochodem osobowym prawdopodobnie przemieścił się do miejsca ujawnienia plamy krwi bez kontaktu z podłożem (brak ujawnionych śladów tarcia ciała motocyklisty na nawierzchni). Brak udokumentowanego położenia powypadkowego motocyklisty w materiale dowodowym nie pozwala na stwierdzenie, czy ślad krwi na jezdni jest miejscem upadku motocyklisty (po locie), czy też końcowym miejscem położenia motocyklisty po całkowitym odrzuceniu (lot wraz z sunięciem po jezdni).

11) Taktykę i technikę kierujących omówiono w pkt 4 opinii. Kierujący samochodem osobowym nie miał możliwości uniknięcia wypadku drogowego, ponieważ po stwierdzeniu bezpiecznej odległości od poruszających się jezdnią innych pojazdów rozpoczął wykonywanie manewru zawracania i koncentrował swoją uwagę na jego właściwym wykonaniu. Natomiast kierujący motocyklem mógł uniknąć wypadku drogowego, gdyby poruszał się z prędkością dozwoloną administracyjnie, czyli 50 km/h. Ponadto gdyby kierujący motocyklem spostrzegł poruszający się po lewym pasie ruchu jezdni na skrzyżowaniu samochód osobowy po jego wyjechaniu na około 2,0 m szerokości lewego pasa ruchu i z odległości około 76,8 m od miejsca wypadku drogowego (jak ustalono powyżej w analizie czaso-

wo-przestrzennej) podjął działania obronne w postaci hamowania (przy czasie reakcji psychicznej kierowcy – 0,7 sekundy, czasie narastania opóźnienia hamowania – 0,4 sekundy), wówczas prędkością bezpieczną pozwalającą na zatrzymanie motocykla przed miejscem wypadku drogowego byłaby prędkość motocykla nie wyższa niż:

- 80 km/h przy hamowaniu tylko przednim kołem (opóźnienie 4,4 m/s²);
- 67 km/h przy hamowaniu tylko tylnym kołem (opóźnienie 2,9 m/s²);
- 95 km/h przy hamowaniu przednim i tylnym kołem (opóźnienie 6,6 m/s²).

Należy podkreślić trafność pytań skierowanych do biegłego na poziomie zadowalającym. Wśród nich pojawiły się wprawdzie niefortunne, lecz zręcznie zostały przez biegłego skorygowane treścią odpowiedzi. Przykładowo pojawienie się w pytaniu (1) rekonstrukcji czasowo-przestrzenno-ruchowej słusznie zostało przez biegłego sprowadzone do rekonstrukcji czasowo-przestrzennej. Chodzi mianowicie o to, że integralnym elementem rozliczenia czasowo-przestrzennego jest ruch, a więc nie trzeba tego przypominać. Z nieuprawnionego pytania (3) biegły wybrnął perfekcyjnie, dostarczając organowi procesowemu wiadomości wystarczających do tego, by ten sam w dalszym procedowaniu na nie odpowiedział. W pytaniu (4) mamy do czynienia z podobną sytuacją. Otóż biegły ocenia taktykę i technikę w kontekście technicznym, a nie prawnym. I znowu biegły stanął na wysokości zadania.

Po lekturze

Andrzej Bąkowski

OPUS MAGNUM O UNIWERSYTECIE JANA KAZIMIERZA WE LWOWIE

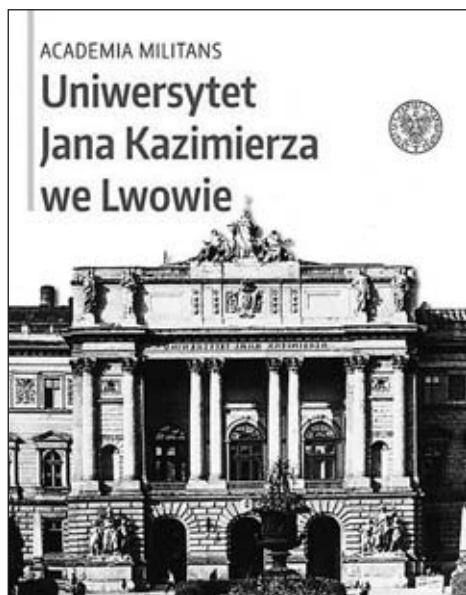
Kilka miesięcy temu nakładem krakowskiego wydawnictwa „Wysoki Zamek” ukazała się unikalna pozycja – książka historyczna o tytule *Academia Militans: Uniwersytet Jana Kazimierza we Lwowie*, poświęcona jednemu z najważniejszych w dziejach Polski uniwersytetów – dzieło w dużym formacie, o objętości 1302 stron, w twardej oprawie z dwiema wstążeczkami (czerwoną i białą), zawierające kilkaset ilustracji, tak znacząco ożywiających księgę.

Niniejszy tekst nie ma ambicji oceny zawartości intelektualnej książki. W szczególności w jej warstwie pozamerytorycznej. Na przykład, jak istnienie tego Uniwersytetu ważyło na stosunkach między studentami różnych narodowości: Polacy, Żydzi, Ukraińcy – zwani do końca XIX wieku Rusinami, przybliżenie genezy pewnych konfliktów, które musiały niejako zaistnieć (co jest przedmiotem rozważań na s. 64 i następujących). Różnorodność ludności zamieszkałej we Lwowie generowała konflikty, w które zamieszani byli również studenci.

Uniwersytet powstał na bazie szkolnictwa jezuickiego, sięgającego we Lwowie początku XVII wieku. W 1661 r. król Jan Kazimierz wydał dyplom podnoszący lwowskie kolegium jezuitów do godności uniwersyteckiej. Dyplom ten nie został jednak zatwierdzony wówczas przez

Sejm, ale – z drugiej strony – nigdy nie został też odwołany. Potwierdzony został zaś przez króla Augusta III, a papież Klemens XIII, bullą z 24 marca 1759 r., zaakceptował owo potwierdzenie i zezwolił na funkcjonowanie uniwersytetu i nadawanie stopni naukowych. W tym czasie we Lwowie wykładano gramatykę, retorykę, filozofię, teologię scholastyczną i moralną, prawo kanoniczne, prawo cywilne i inne nauki – tak jak na Akademii Krakowskiej. Uzyskano prawo promowania uczniów do wszystkich stopni akademickich – jak to w innych uniwersytetach się działo. To obudziło w pozostałych środowiskach akademickich protesty, które okazały się – w gruncie rzeczy – bezowocne. Warto odnotować, że uczniami lwowskiej uczelni w tym pierwszym okresie byli tak wybitni Polacy, jak bp Ignacy Krasicki, ale również uczniem szkoły był przywódca Kozaków z połowy XVII wieku Bohdan Chmielnicki. Jednym z pierwszych doktorów akademii lwowskiej był natomiast człowiek znany powszechnie jako autor słów kolędy *Bóg się rodzi* czy pieśni *Kiedy ranne wstają zorze*, pisarz i poeta, a przez lata także adwokat – Franciszek Karpiński.

Pisząc o dziele, którego inicjatorem, głównym autorem i redaktorem jest profesor Uniwersytetu Warszawskiego, a jednocześnie



adwokat i redaktor „Palestry”, nie mogę nie zauważyć, że poprzednia historia Uniwersytetu Lwowskiego została wydana w 1894 r., a jej autorami byli wybitny historyk Ludwik Finkel oraz ojciec polskich konstytucjonalistów Stanisław Starzyński (jeden z głównych twórców projektu Konstytucji z 1921 r., który jako pierwszy pisał o potrzebie utworzenia w II RP Trybunału Konstytucyjnego).

W II Rzeczypospolitej istniało i działało pięć uniwersytetów państwowych: w Krakowie, Lwowie, Poznaniu, Warszawie i w Wilnie. Jeszcze dwa prywatne: w Lublinie (Katolicki Uniwersytet Lubelski) i w Warszawie (Wolna Wszechnica Polska). Wszystkie starały się działać dobrze i pręźnie. W 1924 r. było w Polsce ok. 40 000 studentów – z czego ok. 20% studioowało we Lwowie. W roku szkolnym 1937/1938 liczebność studentów w Polsce wzrosła do 48 169 osób, z czego blisko 30% stanowiły kobiety. W tej ogólnej liczbie 89,1% deklarowało język polski jako ojczysty, 81,3% stanowili katolicy (39 000), 4688 – wyznawcy judaizmu, 1445 – prawosławni, 1203 – grekokatolicy, 1203 – ewangelicy, 245 – osoby innych wyznań.

Książka, którą polecam Czytelnikom „Palestry”, jest pierwszą próbą kompletnego przed-

stawienia historii jednego z najważniejszych polskich uniwersytetów. Napisana została lekkim stylem. Czytelnik zostaje stopniowo wprowadzany w historię wszechniczy lwowskiej i jej otoczenia kulturowego. Nieocenioną rolę odgrywają przytaczane wspomnienia ludzi nauki i kultury związane z lwowską Alma Mater, z atmosferą panującą w mieście. Ogrom materiału ilustracyjnego wplecionego w narrację powoduje, że na czytelnika patrzą twarze wybitnych uczonych różnych specjalności – profesorów Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie – o których właśnie czyta – bądź patrzy na sale wykładowe, na studentów, na budynki.

Odnotować koniecznie muszę, że Uniwersytet Lwowski był kuźnią najważniejszych polskich szkół naukowych, jak Lwowska Szkoła Matematyczna prof. Stefana Banacha, stanowiąca chyba największy polski wkład w naukę światową XX wieku. Dla nas, prawników, ważne jest to, że profesorami tej lwowskiej uczelni byli główni twórcy najważniejszych aktów prawnych z okresu II Rzeczypospolitej – Juliusz Makarewicz (Kodeks karny z 1932 r.), Ernest Till i Roman Longchamps de Bérier (Kodeks zobowiązań z 1933 r.), Maurycy Allerhand (Kodeks postępowania cywilnego) czy Aleksander Doliński (Kodeks handlowy z 1934 r.). Lwowska izba adwokacka była najliczniejszą izbą w Polsce. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że niemal połowa adwokatów II RP ukończyła prawo na Uniwersytecie Jana Kazimierza we Lwowie. Absolwentem tegoż był też mój mistrz, uczeń Juliusza Makarewicza i twórca naukowego środowiska karnistycznego przy Uniwersytecie Warszawskim prof. Stanisław Śliwiński, o czym już niegdyś pisałem na łamach „Palestry”.

Jestem przekonany, że do księgi sięgąc będą następne pokolenia historyków, prawników, profesorów medycyny, matematyki, teologii, historiografii, nauk przyrodniczych, bo jest ona poświęcona całej działalności uniwersytetu od XVII w. do 1946 r.

Dodać muszę, że książka została napisana przez specjalistów w dziedzinie historii po-

szczególnych nauk, czyli nauk przyrodniczych i ścisłych (prof. dr hab. Roman Duda – matematyka, prof. dr hab. Andrzej Kajetan Wróblewski – fizyka), teologii (ks. prof. dr hab. Józef Wołczański), prawa (prof. UW dr hab. Adam Redzik), medycyny (prof. dr hab. Wanda Wojtkiewicz-Rok) oraz historiografii (prof. UP KEN dr hab. Łukasz Tomasz Sroka, doc. dr Marian Mudryj), a całość spięta redakcją i narracją historyczną wspomnianego już adw. Adama Redzika. Z kronikarskiego obowiązku przedstawiam spis treści: Rozdział I – *Zarys historii Uniwersytetu Jana Kazimierza*; Rozdział II – *Wydział Teologiczny*; Rozdział III

– *Wydział Prawa*; Rozdział IV – *Wydział Humanistyczny*; Rozdział V – *Wydział Matematyczno-Przyrodniczy*; Rozdział VI – *Wydział Lekarski*; Rozdział VII – *Spór o ukraiński uniwersytet we Lwowie na przełomie XIX i XX stulecia i Ukraiński [Tajny] Uniwersytet lat 1921–1925*; Rozdział VIII – *Uniwersytet Lwowski w latach 1939–1946*.

Jak mnie poinformowano, książka wydana została w niewielkim nakładzie, przy czym oprócz wersji podstawowej (biały papier, czarny druk), w nakładzie 100 egzemplarzy ukazała się wersja z kolorowymi ilustracjami i na kremowym papierze.

Recenzje i noty recenzyjne

Mirosław Damian Kopec

*Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępnosć czynu
w polskim prawie karnym*

Wydawnictwo KUL, Lublin 2015, ss. 250.

Zwyczaj, najogólniej rozumiany jako utarta praktyka postępowania, naśladowanie tego, co robili i robią inni, będący częścią tradycji, jest interesującym zagadnieniem z zakresu prawa karnego. Niektóre zachowania ludzi, które formalnie wyczerpują znamiona czynów zabronionych lub przynajmniej *prima facie* wydaje się, że tak jest, nie są traktowane jako przestępne właśnie z uwagi na ich umocowanie w zwyczaju. Katalog takich zachowań zmienia się, gdyż część dawniej kultywowanych zwyczajów zanika, ale pojawiają się nowe. Trudności w ocenach tego, co jest zwyczajem, a co ze statusu tego nie powinno korzystać, potęguje lokalny jedynie charakter niektórych z nich, jak też zmieniająca się tolerancja społeczna dla takich zachowań.

Dotychczas zwyczaje były dostrzegane przez przedstawicieli doktryny przede wszystkim w podręcznikach z zakresu prawa karnego, w zakresie adekwatnym do formuły takich opracowań, a więc raczej ogólnie, bez

wchodzenia w analizy szczegółowe. Najczęściej zwyczaje traktowane są jako pozaustawowe kontratypy. Przykładowo tak traktuje je J. Warylewski, który sporo uwagi poświęca takim zwyczajom, jak śmigus-dyngus, prima aprilis, sobótki, topienie Marzanny, napiwki czy zwyczajowe dowody wdzięczności¹. Wśród kontratypów dostrzega je również L. Gardocki, według którego chodzi tu o sytuacje wręczania i przyjmowania zwyczajowych dowodów wdzięczności oraz tradycję tzw. lanego poniedziałku, a więc o śmigus-dyngus². Także starałem się odnieść nieco szerzej do zwyczajów jako okoliczności uchylających bezprawność³, jak też pisząc o poszczególnych z nich⁴, co w pewnym przynajmniej stopniu zdaje się uprawniać do niniejszej noty recenzyjnej.

Zasadniczą wartością książki *Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępnosć czynu w polskim prawie karnym* jest to, że po raz pierwszy w literaturze z zakresu polskiego prawa karnego w tak szerokim zakresie odnosi się ona

¹ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 301–309.

² L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 138–140.

³ R. Krajewski, *Zwyczaj jako okoliczność uchylająca bezprawność*, (w:) *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, pod red. S. Pikulskiego, W. Cieślaka, M. Romańczuk-Grąckiej, Olsztyn 2015, s. 91–99.

⁴ R. Krajewski, *Zwyczajowe dowody wdzięczności jako okoliczność uchylająca bezprawność*, „Palestra” 2011, nr 1–2, s. 85–93; tenże, *Kontratypy weselne*, „Palestra” 2014, nr 5–6, s. 18–24; tenże, *Prawnokarne aspekty zwyczajowego tytułowania osób nieposiadających stopnia i tytułu oraz niesprawujących funkcji*, „Jurysta” 2011, nr 11, s. 8–13.

do zwyczajów jako okoliczności wyłączających przestępczość czynu. Z uznaniem dla Autora przyjąć trzeba sam pomysł podjęcia tej problematyki, jak i jego realizację, przy pewnych drobnych zastrzeżeniach co do jej szczegółów.

Książka składa się z czterech rozdziałów, które podzielone są na podrozdziały. W ramach niektórych z nich wyodrębniono jeszcze mniejsze jednostki redakcyjne. Ich kolejność jest jak najbardziej poprawna.

W pierwszym z nich Autor wskazuje definicję zwyczaju, jak też omawia jego znaczenie w różnych dziedzinach prawa, tj. prawie konstytucyjnym, cywilnym, administracyjnym, międzynarodowym i karnym. Jest to bardzo trafne ujęcie, wskazujące rolę zwyczaju nie tylko w prawie karnym, ale że jest on ważny także w innych dziedzinach prawa, a więc że nie stanowi jakiejś specyfiki tylko prawa karnego.

W rozdziale drugim M. D. Kopeć omawia poszczególne zwyczaje, tj. śmigus-dyngus, przywoływki dyngusowe, Siuda Baba, prima aprilis, sobótki, topienie Marzanny, Halloween, Dzień św. Mikołaja, Boże Narodzenie, Sylwester, Nowy Rok, Trzech Króli, karnawał, Wielki Post i Wielki Tydzień, dożynki, ślub i wesele, okolicznościowe dowody wdzięczności. Uczynił to z wykorzystaniem licznych prac etnograficznych oraz historycznych, starając się wskazać, znamiona jakich czynów zabronionych formalnie wyczerpują zachowania mieszczące się w tych zwyczajach. Ta część pracy stanowi bardzo cenne źródło wiedzy o zwyczajach jako takich, dalece wykraczającą poza prawo karne, choć oczywiście niezbędną dla jego postrzegania w kontekście zwyczajów jako okoliczności wyłączających przestępczość czynu.

Rozdział trzeci, jak się wydaje zasadniczy, prezentuje poglądy przedstawicieli doktryny na zwyczaj jako okoliczność wyłączającą bezprawność czynu, jak też stanowi miejsce, w którym Autor poszukuje formuły uzasadnienia traktowania zwyczaju jako okoliczności wyłączającej przestępczość czynu, przy wskazaniami różnymi, często rozległymi, argumentów.

Nie znajduje jej ani w traktowaniu zwyczaju jako odrębnego kontraktu pozaustawowego, gdyż zupełnie odrzuca taką koncepcję. Nie znajduje jej także w ujmowaniu zachowań motywowanych zwyczajowo, jako mieszczących się w stanie wyższej konieczności. M. D. Kopeć uważa też, że podstawą uchylecia odpowiedzialności osoby działającej w ramach zwyczaju nie może być zgoda uprawnionego traktowana jako kontrakt, jak też że nie można zwyczaju rozumieć jako kontrakt działania w ramach uprawnień i obowiązków. Prowadzi go to do wniosku, że zachowania wynikające ze zwyczajów są czynami pierwotnie legalnymi.

Tezę tę Autor stara się dowieść w rozdziale czwartym. W tej części opracowania wytycza granice pierwotnej legalności zwyczaju, tj. granicę przedmiotową, kulturową oraz wyznaczoną stroną podmiotową. Argumenty te nie do końca przekonują, a to zapewne dlatego, że uważam, iż zwyczaj można i należy traktować jako pozaustawowe kontrakty, co nie pozostaje w sprzeczności z zasadą *nullum crimen sine lege*, gdyż ta nakazuje w ustawie określać znamiona typów czynów zabronionych, ale nie zakazuje doktrynie i orzecznictwu dookreślać, jakie zachowania, traktowane jako kontrakty pozaustawowe, znamion tych nie wyczerpują. Szanuję jednak odmienną koncepcję Autora, gdyż wskazane przez niego argumenty i interpretacje są istotne.

Pewnym mankamentem wywodów Autora wydaje się być to, że co do niektórych kwestii, jak w szczególności traktowania zwyczaju jako części kultury, jego znaczenia dla mniejszości narodowych i etnicznych, jak też odnośnie do pojęcia pierwotnej legalności czynu są one zbyt ogólne, nieco dalekie od sedna sprawy. Szkoda także, że książka nie ma zakończenia, które standardowo jest integralną częścią pracy naukowej, a w którym Autor mógł zawrzeć wnioski końcowe, podsumować rozważania, jak też wskazać najważniejsze swoje spostrzeżenia, które nieco trudno jest czytelnikowi „wyczytać” bez tej części opracowania.

Niewątpliwą zaletą książki jest wykorzy-

stanie licznych pozycji dotyczących problematyki będącej jej przedmiotem, tak z zakresu prawa karnego, jak i innych dziedzin prawa, ale także dotyczących historii zwyczajów, ich osadzenia w kulturze i innych. Dotarcie do wielu z nich wymagało dużej staranności badawczej Autora. Szkoda, że w przypadku niektórych z wykorzystanych książek, zwłaszcza podręczników z prawa karnego, M. D. Kopeć nie sięgał po ich najnowsze wydania. Tekst jest opatrzony licznymi przypisami, co świadczy o staranności Autora w wykorzystaniu dorobku doktryny przy poszanowaniu praw autorskich przytaczanych treści. Docenić także trzeba spożytkowanie licznych aktów prawnych oraz orzeczeń.

Podkreślenia wymaga, że książka jest sympatycznie wydana pod względem edytorskim. Składają się na to właściwy układ tekstu na

stronie, właściwy rodzaj i rozmiar czcionki i inne elementy, które sprawiają, że jej lektura jest przyjemna.

Niewątpliwie wzbogaca ona polską naukę prawa karnego, stanowiąc istotny w nią wkład. Polecać ją więc można szerokiemu gronu czytelników zainteresowanych tytułową problematyką tak z perspektywy praktycznej, jak i teoretycznej. Jest bowiem tak, że czasami szukając tego, co nowe, niesłusznie zapominamy o tym, co wynika z naszej tradycji oraz kultury, co wydaje się nam niewspółczesne, ale co warto kultywować, a czym są m.in. zwyczaje, których znaczenie dla prawa karnego jest bardzo ważne. Wiedzę o nich kompleksowo ujmuje publikacja *Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w polskim prawie karnym*, dzięki której lepiej niż dotychczas rozumieć można tę problematykę prawa karnego.

Radosław Krajewski

Wojciech Marchwicki, Marek Niedużak
Zbiory Orzecznictwa Becka, Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz etyka zawodowa adwokatów i radców prawnych. Orzecznictwo
wydanie II, C. H. Beck, Warszawa 2016, ss. 678.

Opracowanie W. Marchwickiego i M. Niedużaka składa się z dwóch części. W porównaniu z pierwszym wydaniem zostało poszerzone o orzeczenia wydane przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny Adwokatury.

Część I zawiera wybór orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, sądów apelacyjnych oraz sądów administracyjnych. Orzeczenia pochodzą z lat 1989–2016. Uzupełnione są także orzeczeniami, do których Autorom niniejszego zbioru w pierwszym wydaniu nie udało się dotrzeć (z uwagi na termin ich publikacji). Orzeczenia pogrupowane są tematycznie: tajemnica zawodowa, konflikt interesów, wolność słowa i immunitet zawodowy, naruszenie dóbr osobistych adwokata albo radcy prawnego, obowiązki wobec mocodawcy, pomoc prawna świadczona z urzędu, obowiązki związane z postępowaniem odwo-

ławczym, pełnomocnictwo, odpowiedzialność odszkodowawcza, nieskazitelność charakteru i rękojmia prawidłowego wykonywania zawodu, pozbawienie prawa wykonywania zawodu oraz zawieszenie w czynnościach zawodowych, godność zawodu, relacja z organami samorządu adwokackiego oraz kolegami, składki, inne kwestie związane z wykonywaniem zawodu.

W części II Autorzy przeanalizowali prawie cztery tysiące orzeczeń i dokonali stosownego wyboru ze względu na tematykę oraz aktualność wydanych orzeczeń. Najwcześniejsze orzeczenia pochodzą z pierwszej połowy lat 50. XX w. Orzeczenia WSDA również pogrupowano tematycznie: tajemnica zawodowa, konflikt interesów, wolność słowa i immunitet zawodowy, naruszenie dóbr osobistych adwokata albo radcy prawnego, obowiązki wobec

mocodawcy, obowiązki wobec sądu, prawdziwość wiadomości prezentowanych przez adwokata, pomoc prawna świadczona z urzędu, obowiązki związane z wnoszeniem środków odwoławczych, pełnomocnictwo, relacje adwokata ze świadkiem, odpowiedzialność odszkodowawcza i rozliczenia z klientem, pozbawienie prawa wykonywania zawodu oraz zawieszenie w czynnościach zawodowych, godność w wykonywaniu obowiązków zawodowych, godność w życiu prywatnym, relacje z organami samorządu adwokackiego oraz z kolegami, reklama i informacja o działalności, funkcjonowanie kancelarii i inne kwestie związane z wykonywaniem zawodu, na przykład takie, jak: prowadzenie spraw osób bliskich, udział adwokata w sprawach politycznych,

wypowiedzi dla mediów w trakcie trwania procesu. W tej części przywołano wybór tez dotyczących problematyki dyscyplinarnej i etyki zawodowej. W opinii Autorów zbioru cytowane orzeczenia są interesujące z uwagi na przebieg zdarzeń składających się na stan faktyczny, a nie z uwagi na występujące zagadnienia prawne. Opracowanie orzeczeń zostało – w miarę możliwości – zanonimizowane. Ta część opracowania będzie znakomitym uzupełnieniem wiedzy adwokatów, radców prawnych i aplikantów w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej i etyki wykonywania zawodu.

Tematyka ta winna również zainteresować przedstawicieli innych zawodów prawniczych, w szczególności praktyków i teoretyków prawa, a także studentów.

Maciej Kwiek

Sympozja, konferencje

I Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Prawne aspekty dyskryminacji i zasady równego traktowania”, Warszawa, 11 marca 2016 r.

W dniu 11 marca 2016 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbyła się I Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Prawne aspekty dyskryminacji i zasady równego traktowania”, zorganizowana przez Koło Naukowe Prawa Pracy UW oraz Koło Naukowe Prawo a Płeć UW (Lex & Sex). Patronat honorowy nad konferencją objęli: Pierwsza Prezes Sądu Najwyższego prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf, Minister Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej Elżbieta Rafalska, Dziekan WPIA UW dr hab. prof. UW Krzysztof Rączka oraz Główny Inspektor Pracy Roman Giedrojc. Opiekę naukową nad konferencją sprawowali Opiekun Koła Naukowego Prawa Pracy UW i Kierownik Katedry Prawa Pracy i Polityki Społecznej UW prof. dr hab. Ludwik Florek, prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf oraz Opiekun Koła Naukowego Prawo a Płeć UW dr Barbara Namysłowska-Gabrysiak. Patronat nad konferencją objęła Izba Adwokacka w Warszawie. Przebieg konferencji śledziły i odwzorowały w niniejszym sprawozdaniu adw. Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska oraz apl. adw. Ewelina Zdunek.

Wydarzenie to miało charakter wyjątkowy, nie tylko ze względu na podejmowaną tematykę, ale także z uwagi na udział znakomitych prelegentów, znawców tematu oraz licznie

zgromadzonego audytorium uczestników – prawników teoretyków oraz praktyków różnych profesji, w tym młodych adeptów prawa: aplikantów, studentów i doktorantów.

Konferencja została podzielona na cztery części, podczas których przedstawiono zagadnienia związane z zasadą równego traktowania w prawie polskim i europejskim, z pojęciem zakazu dyskryminacji oraz z tzw. ustawą równościową. Na zakończenie Konferencji studenci oraz doktoranci wystąpili z autorskimi referatami dotyczącymi poszczególnych zagadnień objętych tematyką Konferencji.

Konferencję otworzył prof. UW dr hab. Krzysztof Rączka, dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, który po uroczystym powitaniu w słowie wstępnym przypomniał, że dyskryminacja jest zjawiskiem wieloaspektowym i dopiero niedawno została jako pojęcie uregulowana i umieszczona w polskim porządku prawnym. Prof. Rączka podkreślił, jak ważne i doniosłe znaczenie ma niniejsza Konferencja oraz że konieczne jest odnalezienie odpowiedzi na pytanie: Jak przeciwdziałać dyskryminacji?

Następnie wystąpiła Pierwsza Prezes Sądu Najwyższego prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf. Podkreśliła, że obecnie Sąd Najwyższy staje przed licznymi problemami jurydycznymi,

usiłując wskazać, czym jest brak równości, a czym dyskryminacja, ponieważ niewątpliwie te pojęcia nie są tożsame. Jako konieczne jawi się zatem ustalenie kryteriów różnicujących, co jednakże nie jest zadaniem prostym. Na zakończenie Pierwsza Prezes SN podkreśliła wagę niniejszej Konferencji oraz wyraziła zadowolenie z podjęcia dyskusji w tak istotnych kwestiach, jakimi są równe traktowanie oraz zakaz dyskryminacji.

Po tym wstępie nastąpiło przejście do pierwszego modułu Konferencji – dyskusji panelowej na temat zasady równego traktowania w prawie polskim i europejskim. Prof. Ludwik Florek, prowadzący tę dyskusję, wskazał, że Konferencja ma charakter naukowy i jej głównym celem jest pogłębienie i konkretyzacja wiedzy z zakresu dyskryminacji oraz zasad równego traktowania.

Następnie głos zabrał Sędzia Trybunału Konstytucyjnego prof. dr hab. Marek Zubik, który podkreślił, że podstawę rozważań na temat zasady równego traktowania oraz zakazu dyskryminacji stanowi art. 32 Konstytucji RP. Wskazał, że w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP zostało uregulowane prawo do równego traktowania przez treść prawa oraz jego stosowanie, natomiast art. 32 ust. 2 Konstytucji RP stanowi o zakazie dyskryminacji. Prof. Zubik podkreślił także, że prawo do równego traktowania i zakaz dyskryminacji zająbiają się z innymi zasadami Konstytucji, w tym np. z zasadą sprawiedliwości społecznej, która może stanowić uzasadnienie różnicowania sytuacji jednostek.

Następnie wystąpił Sędzia Sądu Najwyższego Józef Iwulski, który na wstępie przypomniał, że w Polsce jedną z gałęzi prawa najbardziej zeuropeizowanego, obok prawa konkurencji, jest prawo pracy. Sędzia SN zgodził się, że przepisy dotyczące równego traktowania w zatrudnieniu i zakazu dyskryminacji są chaotyczne, tworzone w różnym czasie, posiadają różne sankcje, niepozostające ze sobą w korelacji. Podkreślił, że nierówne traktowanie przez pracodawcę może mieć miejsce w kilku sytuacjach – gdy pracodawca stosuje ustawę lub inny akt prawa powszechnie obowiązującego

i po pierwsze – sama ustawa zawiera przepisy dyskryminujące; po drugie – ustawa jest nieprecyzyjna i pracodawca błędnie ją interpretuje; po trzecie – ustawa nie narusza zasady równego traktowania, ale to pracodawca stosuje ją niezgodnie z jej treścią.

Kolejny głos zabrała dr Anna Pudło, specjalista w zakresie prawa unijnego. W swojej wypowiedzi między innymi podjęła się odpowiedzi na pytanie, czy art. 21 Karty Praw Podstawowych może stanowić standard ochrony przed dyskryminacją ze względu na zawarte w nim kryteria. Obecnie art. 21 KPP nie jest stosowany bezpośrednio, może natomiast być stosowany poprzez wykazanie tzw. łącznika – a zatem przepisów prawa pierwotnego bądź wtórnego, zdaniem zaś dr Pudło powinien być on stosowany bezpośrednio.

Następnie wystąpił dr Marcin Wujczyk z Uniwersytetu Jagiellońskiego. Wskazał, że Europejski Komitet Praw Społecznych stoi na stanowisku, iż w celu zapobieżenia dyskryminacji konieczne jest wprowadzenie krajowych planów równościowych, wdrożenie przez indywidualne podmioty planów równości, zawieranie porozumień zbiorowych w celu zwalczania dyskryminacji oraz zapewnienia równych szans. Dr Wujczyk przybliżył także problematykę odszkodowania wynikającego z zakazu dyskryminacji na gruncie prawa brytyjskiego. Jego zdaniem możliwości związane z zasądzeniem odszkodowania w Polsce stanowią pole do zmiany, gdyż odszkodowanie zgodne z przepisami Kodeksu pracy jest w znacznej mierze ograniczone.

Ostatnim prelegentem pierwszego modułu była prof. dr hab. Eleonora Zielińska, która podjęła temat dyskryminacji w prawie karnym ze względu na płeć, wskazując, że początkowo prawo podkreślało różnice wynikające z fizyczności, różnice kulturowe, co z kolei przyzwalało na wykluczenie kobiet. Następnie zaś poprzez negocjowanie różnic między kobietą a mężczyzną tworzone było prawo neutralne płciowo, jednakże i to nie było pozbawione wad, gdyż uwzględniało ono przede wszystkim potrzeby mężczyzn. Na zakończenie prof.

Zielińska podkreśliła, że państwo, jej zdaniem, nie dokłada starań w celu uniknięcia dyskryminacji kobiet w postępowaniu karnym – zwłaszcza tam, gdzie przestępczość skierowana jest przeciwko kobietom.

Po wystąpieniach zaproszonych prelegentów słuchacze konferencji mieli możliwość zadawania pytań oraz przedstawienia własnych wniosków bądź zauważonych problemów.

Podczas drugiej części Konferencji, prowadzonej przed dr. Michała Raczkowskiego z Katedry Prawa Pracy WPIA UW, jako pierwszy wystąpił adw. Bartłomiej Raczkowski, wypowiadając się między innymi na temat różnic pomiędzy nierównym traktowaniem a dyskryminacją. Zauważył, że dyskryminacja jest szczególnym rodzajem nierównego traktowania, u podstaw takiego nierównego traktowania będącego dyskryminacją leży kryterium uznane przez ustawodawcę za szczególnie naganne. Podkreślił także, że zasada równego traktowania rodzi trudności orzecznicze.

Następnie wystąpił adw. Michał Lisawa, podejmując kwestię dyskryminacji ze względu na wygląd zewnętrzny. Dyskryminacja tego typu jest elementem tzw. lukizmu – uprzedzeń związanych z wyglądem innej osoby. W opinii prelegenta polski katalog przyczyn dyskryminacji jest katalogiem otwartym. Ponadto zdaniem mecenasa dyskryminacja ze względu na wygląd jest zakazana i w takim wypadku osobie dyskryminowanej przysługują roszczenia wynikające z Kodeksu pracy.

Kolejny głos zabrała r. pr. dr hab. Monika Gładoch, podejmując temat zasady równego traktowania pracowników i niedyskryminacji w układach zbiorowych pracy i innych porozumieniach zbiorowych. Reakcją ustawodawcy polskiego na art. 16 dyrektywy 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. było wprowadzenie do Kodeksu pracy art. 9 § 4. Prelegentka przywołała także najważniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego, obrazujące podjętą przez nią tematykę.

Po Prelegentce głos zabrał adw. Waldemar Gujski, który przybliżył zagadnienia dotyczące zakazu dyskryminacji z praktycznego punktu

widzenia. Na wstępie wskazał, że w sytuacji istnienia obiektywnych powodów do wypowiedzenia umowy o pracę, nieawansowania pracownika, niewysyłania go na szkolenia, działania takie nie są bezprawne. Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że powód musi wskazać kryterium dyskryminacyjne oraz okoliczności faktyczne wskazujące na to, że powód w istocie był lub jest dyskryminowany. Mecenas nadto podkreślił, że najczęstszymi przyczynami dyskryminacji są wiek oraz płeć.

Następnie nadinspektor Andrzej Mazurek, przedstawiciel Państwowej Inspekcji Pracy w Warszawie, przybliżył zagadnienie dyskryminacji w zatrudnieniu z perspektywy Państwowej Inspekcji Pracy. Przedstawił dane statystyczne wynikające z kontroli przeprowadzonych przez PIP w 2015 roku. I tak w 2015 roku wpłynęło do PIP 141 skarg (wniosków), podczas gdy w 2014 roku było ich 103. Z tych 141 skarg (wniosków) zasadnych było 11, a zatem tylko ok. 8% wszystkich, 65 skarg uznano za bezzasadne, natomiast 65 skarg jest ciągle w toku załatwiania bądź wymaga rozpatrzenia przez inne organy.

Jako ostatnia w tej części wystąpiła adw. Joanna Jasiewicz, przedstawiając temat: Francuska i niemiecka płaca minimalna zagrożeniem dla równości pracowników w transporcie międzynarodowym? Prelegentka na wstępie podkreśliła, że przepisy dotyczące równości mogą być bardzo niebezpieczne, gdyż każdy system prawny jest inny – jak zatem można osiągnąć tę równość w ramach jednego zakładu pracy, wymagając jednocześnie od pracodawcy, by wszyscy pracownicy byli traktowani równo podług kilku systemów prawnych? Mecenas podsumowała swoje wystąpienie pytaniem, czy przypadkiem przepisy dotyczące równości nie mogą powodować nierówności.

W kolejnym etapie Konferencji, prowadzonym przez dr Barbarę Namysłowską-Gabrysiak, prelegenci odnosili się także do tzw. ustawy równościowej – jej praktyki stosowania, problemów z tym związanych oraz ewentualnych propozycji zmian.

Jako pierwszy wystąpił Jarosław Jagura,

przedstawiciel Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, podejmując temat równego traktowania stron postępowań sądowych i prokuratorskich. Wskazał, że problem nierównego traktowania niekoniecznie musi wynikać z wadliwego stosowania prawa, ale może także być skutkiem braku wrażliwości organów postępowania procesowego na szczególne potrzeby czy uwarunkowania kulturowe, społeczne i inne pewnych grup podmiotów. Postulowane przez HFPCz usprawnienia procesu nie będą naruszeniem równości stron, a jedynie gwarancją tego, że dane podmioty będą efektywnie korzystać z prawa do sądu.

W tym miejscu dr Barbara Namysłowska-Gabrysiak wyraziła swoją opinię, zwracając uwagę na duże znaczenie kwestii braku wrażliwości jako przyczyny dyskryminacji. Podkreśliła, że zakorzenione stereotypy odnoszące się do kobiet często są powielane także przez organy wymiaru sprawiedliwości. Podniosła także, że w stosunku do kobiety często przesłanką wyższego wymiaru kary jest jej rola w rodzinie jako matki i żony, natomiast w stosunku do mężczyzny podobne przesłanki (jako męża i ojca) nie są podnoszone.

Następnie uczestnicy Konferencji mieli okazję wysłuchać prelekcji dr Barbary Godlewskiej-Bujok na temat różnic między prawem do opieki a zasadą równego traktowania. Prelegentka wskazała, że zmiany ustawodawcze w polskim Kodeksie pracy pozwoliły na spojrzenie na kwestię opieki nad dzieckiem nie tylko w kontekście macierzyństwa, ale rozszerzyły swój zakres na rodzicielstwo rozumiane ogólnie. Prelegentka podkreśliła także, że konflikt między pracą zawodową a tzw. obowiązkami domowymi zawsze jest sprowadzany do kategorii płci i to zjawisko należy ocenić negatywnie.

Jako kolejny wystąpił Krzysztof Śmiszek, prezes Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego, który podjął temat instytucjonalnej ochrony przed dyskryminacją. Wskazał, że Polska jest zobowiązana do wdrażania programu antydyskryminacyjnego,

w tym także instytucjonalnego, gdyż przepisy Unii Europejskiej narzuciły ustanowienie instytucji, która ma czuwać nad wdrażaniem w życie przepisów antydyskryminacyjnych. W Polsce realizacja tego obowiązku nastąpiła poprzez zwiększenie zakresu zadań Rzecznika Praw Obywatelskich. W ocenie Krzysztofa Śmiszka takie uregulowanie nie spełnia standardu unijnego, konieczne zaś wydaje się powołanie kolejnego, odrębnego organu.

Ostatnim prelegentem w tej części Konferencji był Maciej Kułak z Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego. Jego wystąpienie poświęcone było ustawie równościowej, praktyce jej stosowania i propozycjom zmian. Podkreślił, że ustawa, która weszła w życie w styczniu 2012 r., jest nieprzejrzysta. Jej zadaniem było objęcie swoim zakresem wszystkich tych pól dyskryminacji, które nie znajdują się w Kodeksie pracy. Maciej Kułak wystąpienie zakończył stwierdzeniem, że pozostaje mieć nadzieję, iż ustawa będzie częściej wykorzystywana i kształtowana w drodze praktyki.

W ostatniej części Konferencji, moderowanej przez dr hab. Monikę Latos-Miłkowską, wystąpili studenci oraz doktoranci z przygotowanymi referatami. Arkadiusz Nalepek, Paweł Wyrębek, Kacper Van Wallendael, Julia Berg, Robert Stępień, Iwona Jasiak, Klaudia Kwoka oraz Michał Terebecki przedstawili zagadnienia związane z tematyką niniejszej Konferencji.

Na tym Konferencję zakończono.

Zauważyć należy, że dyskusja na temat nierównego traktowania i dyskryminacji, przeciwdziałania występowaniu tych zjawisk, poszukiwania efektywnych rozwiązań, zarówno na gruncie prawnym, jak i w zakresie oddziaływania społecznego, jest w zasadzie dyskusją niekończącą się. Cieszy, że tak trudne i istotne tematy zostały podjęte w ramach ogólnopolskiej Konferencji. Pozostaje mieć nadzieję, że będzie to stanowiło impuls dla zdwojenia wysiłków w celu zapobiegania nierównemu traktowaniu oraz dyskryminacji.

Otwarte seminarium Katedry Postępowania Karnego nt.: „Odwrócenie wielkiej nowelizacji Kodeksu postępowania karnego”, Kraków, 1 kwietnia 2016 r.

Katedra Postępowania Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie zorganizowała kolejne otwarte seminarium naukowe nt.: „Odwrócenie wielkiej nowelizacji Kodeksu postępowania karnego”, które odbyło się 1 kwietnia 2016 r. w Krakowie, gromadząc przedstawicieli innych uniwersytetów, liczne grono praktyków, jak również studentów i doktorantów. Obrady otworzył gospodarz spotkania, dr hab. Andrzej Światłowski, prof. UJ, p.o. Kierownika Katedry Postępowania Karnego, który w słowach powitania zawarł również zaproszenie do ożywionej dyskusji, stanowiącej inspirującą wymianę myśli wszystkich uczestników i główną oś dotychczasowych spotkań.

W pierwszej części wygłoszono cztery referaty poświęcone różnorodnym aspektom najnowszej nowelizacji procesu karnego wchodzącej w życie 15 kwietnia 2016 r., nie szczędząc przy tym krytycznych uwag i wątpliwości o charakterze konstytucyjnym, konwencyjnym, jak również prakseologicznym. Pierwszy panelista, sędzia TK w stanie spoczynku Wojciech Hermeliński, wyraził zaniepokojenie nowym uregulowaniem kilku kwestii: obrony z urzędu, pozaprocesowej przesłanki do zastosowania tymczasowego aresztowania, penalizacji fałszywych zeznań faktycznie podejrzanego na mocy art. 233 k.k., zakazu dowodowego ujętego w art. 168a oraz nieproporcjonalnego ograniczenia dostępu do akt postępowania aresztowego. Jak zauważył, zaplanowanemu zanikaniu elementów kontradiktoryjności towarzyszy ograniczenie prawa do obrony, zwłaszcza w stosunku do sprawców pozbawionych wolności przed sądem okręgowym czy potencjalnie podejrzanych, którym dotychczas nie przedstawiono zarzutów.

Sędzia Sądu Okręgowego w Krakowie dr Maciej Czajka zaczął od podsumowania i niejako umotywowania w dużej mierze sceptycznego stanowiska środowiska sędziowskiego wobec uchylonej nowelizacji procesu, funk-

cjonującej w przestrzeni prawnej od 1 lipca 2015 r., wyrażając jednak swoją akceptację dla idei kontradiktoryjności. Wśród spodziewanych skutków pośpiesznie przyjętej nowelizacji dostrzegł m.in. chaos intertemporalny, nieprzejrzystość i kazuistykę kodyfikacji oraz rodzącą wiele problemów niekonsekwencję w derogowaniu poszczególnych przepisów, prowadzącą do poważnych sprzeczności pozostawionych w ustawie norm. Bardziej szczegółową analizą objęto w wystąpieniu art. 168a i 168b czy art. 250 § 2b k.p.k. Wątpliwości panelisty zrodziły również przepisy dotyczące skargi na wyrok sądu odwoławczego oraz procedura wyznaczania składu orzekającego. Norma wynikająca z nowego brzmienia art. 351 k.p.k. budzi poważne zastrzeżenia nie tylko od strony redakcyjnej, ale również procesowej, w kontekście rozszerzenia katalogu bezwzględnych przyczyn odwoławczych.

W kolejnym wystąpieniu dr hab. Małgorzata Wąsek-Wiaderek, prof. KUL, skupiła swoje rozważania na ocenie w świetle standardu strasburskiego trzech znowelizowanych instytucji, począwszy od analizy dostępu do akt w procedurze aresztowej, poprzez tryb oceny kwestii dostępności dowodów przez sąd, a skończywszy na konsekwencjach prowadzenia procesu *in absentia*. Wyraziła stanowisko, że nieproporcjonalne ograniczenie dostępu do akt postępowania przez obronę na etapie stosowania tymczasowego aresztowania godzi w zasadę równości broni i stoi w sprzeczności z art. 5 ust. 4 EKPC. Do podobnych konkluzji doprowadziła analiza art. 168a k.p.k. w zakresie, w jakim dopuszczono w procesie dowody zdobyte z naruszeniem prawa prywatności bez możliwości skutecznego prawa do ich zakwestionowania, co czyni cały proces nierzetelnym w świetle orzecznictwa strasburskiego. Wiele niejasności budzi w przekonaniu prelegentki zniesienie obowiązku doręczania orzeczeń stro-

nom nieobecny na ogłoszeniu wyroku przez pryzmat ich prawa do zaskarżenia orzeczenia, gdy jednocześnie rozbudowaniu ulega prowadzenie procesu pod nieobecność oskarżonego.

W ostatnim referacie – prokuratora b. Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie Janusza Śliwy, a jednocześnie b. członka Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, nie zabrakło odniesień do formy i trybu zniesienia poprzedniej reformy, w tym m.in. niezwykle krótkiego *vacatio legis*, który kłóci się z tym, co rozumiemy przez legislację godziwą. Obok apriorycznego założenia przez ustawodawcę wadliwości przepisów wprowadzonych w ubiegłym roku prelegent zauważył rozbieżność pomiędzy tym, co powszechnie krytykowano w postępowaniu przygotowawczym, a tym, do czego faktycznie odniesiono się w treści nowej reformy. Nie uszła uwagi panelisty również forma zredagowania art. 168a k.p.k., niebezpiecznie ograniczająca sferę uprawnień sądu, czy brak określenia w art. 168b k.p.k. niezbędnych przesłanek legitymizujących decyzję prokuratora w przedmiocie tzw. zgody następczej na wykorzystanie materiałów kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym. Wystąpienie zakończyły refleksje o zmianach ustrojowych w prokuraturze i towarzyszącym im zjawisku o skutkach nieodwracalnych – rozformowaniu jednostek prokuratury i odejściu rzeszy doświadczonych prokuratorów w stan spoczynku.

Po interesujących wystąpieniach ekspertów drugą część seminarium otworzyła długa i pogłębiona dyskusja, w której głos zajęli głównie sędziowie i prokuratorzy, w tym m.in. J. Biederman, W. Domański, T. Duski, W. Dziuban, E. Klimowicz-Gajlikowska, J. Krok, a także wszyscy wygłaszający referaty paneliści. Wypada jednak w tym miejscu zwrócić uwagę, że debata przebiegała w sposób odmienny, niż zdążyły nas przyzwyczaić poprzednie seminaria. Choć dotychczasowe dyskusje zawsze charakteryzował silny element sporności wśród dyskutantów, niejako wpisujący się w ducha prowadzonych rozważań nad zwiększeniem kontrydiktoryjności, to tę ostatnią zdominowała jednomyślność,

wyrażająca się w obawie o skutki wprowadzonej nowelizacji. Wśród podnoszonych wątpliwości powracał aspekt interpretacji nowej bezwzględnej przyczyny odwoławczej, znacznie odbiegającej od istoty normatywnej dotychczasowych podstaw z art. 439 k.p.k. i stwarzającej wątpliwości już na etapie pouczeń zawartych w art. 40a k.p.k. Jednocześnie poruszono problem rzetelności czynności przeprowadzanych przez Policję, proponując jako remedium w zakresie przesłuchania obowiązek nagrywania tej czynności procesowej. Część osób wyraźnie nie kryła rozczarowania powrotem do inkwizycyjnego modelu procesu, widząc w nadaktywności dowodowej sędziego, wchodzącego również w interakcje ze stronami oraz odczytującego w pewnych konfiguracjach procesowych akt oskarżenia, koronny argument dla kontestowania jego obiektywizmu przez uczestników procesu. Choć za największych beneficjentów nowelizacji uznano środowisko prokuratorskie, to wskazywano wiele sprzeczności systemowych, wróżących nieuchronnie kontynuację procesu legislacyjnego. Przebieg seminarium ukazał, jak wiele jeszcze aspektów tzw. odwróconej nowelizacji wymaga dopracowania, gdyż zabieg ustawodawcy okazał się nie tylko zbyt pośpiesznym, ale i niekonsekwentnym „wotum nieufności” wobec propozycji przygotowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego. W sygnalizowanych elementach wprowadzono zmiany dotychczas obce naszemu ustawodawstwu, a jednocześnie wyraźnie pogarszające stanowisko procesowe oskarżonego, bez uprzedniego przeprowadzenia konsultacji społecznych. Seminarium odbyło się w dniu ogłoszenia w Dzienniku Ustaw omawianej nowelizacji, było więc pierwszym i z całą pewnością nie ostatnim seminarium naukowym z jednej strony poświęconym nowym regulacjom procesowym, z drugiej zaś tak pomyślnie łączącym świat nauki i praktyki pod patronatem Katedry Postępowania Karnego. Gospodarz spotkania wyraził wdzięczność za niegasnące zainteresowanie cyklem seminariów i zaprosił na najbliższe przedsięwzięcia w Katedrze.

Marzena Andrzejewska, Maciej Andrzejewski

Kronika adwokatury

Zgromadzenie Izby Adwokackiej w Warszawie

Wyborcze zgromadzenie Izby Adwokackiej w Warszawie odbyło się 23 kwietnia 2016 r. w centrum konferencyjnym Expo XXI.

Warszawscy adwokaci wybrali na dziekana adw. Grzegorza Majewskiego. Prezesem Sądu Dyscyplinarnego został adw. Witold Kabański, na przewodniczącego Komisji Rewizyjnej wybrano zaś adw. Andrzeja Tomaszka. Po raz pierwszy w bezpośrednich wyborach wybierano rzeczownika dyscyplinarnego, którym został adw. Krzysztof Wąsowicz.

Zgromadzenie izby przyjęło trzy uchwały merytoryczne. Jedną z nich zobowiązuje adwokatów i aplikantów adwokackich – członków izby – do zgłaszania Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie każdej próby naruszenia tajemnicy adwokackiej lub też zagrożenia jej naruszenia przez organy władzy państwowej.

Kolejną uchwałą zobowiązuje delegatów na Krajowy Zjazd Adwokatury do wskazania i popierania kierunków aktywności samorządu adwokackiego w kwestiach dotyczących: obniżenia składki na fundusz administracyjny NRA; wprowadzenia dobrowolności w zakupie pisma „Palestra”; zniesienia obowiązku zbierania punktów za szkolenia i składania sprawozdań w tym zakresie oraz zniesienia obowiązku prowadzenia list obecności pod-

czas szkoleń doskonalenia zawodowego; renegocjacji ceny i sumy ubezpieczeń OC; podjęcia działań na rzecz poszerzenia form wykonywania zawodu; podjęcia działań na rzecz przyznania adwokatom uprawnień w zakresie dostępu do rejestrów państwowych, w szczególności do bazy PESEL i do Bazy Danych Ksiąg Wieczystych; podjęcia działań na rzecz podwyższenia opłat za czynności adwokackie oraz kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielanej z urzędu oraz zniesienia usprawiedliwienia nieobecności adwokata z powodu choroby w drodze zaświadczenia wydanego przez lekarza sądowego; wprowadzenia parytetów wyborczych dla kobiet; podjęcia działań na rzecz uregulowania sprawy „urlopów sądowych” dla adwokatów, bez obowiązku wyznaczania zastępstwa procesowego; zmiany zasad finansowania izb przez aplikantów – udział aplikanta w kosztach działalności izby powinien być pokrywany z opłaty za szkolenia; podjęcia negocjacji w celu uzyskania korzystnej oferty za zakup systemu informacji prawnej.

Zgromadzenie izby warszawskiej podjęło również uchwałę dotyczącą sytuacji związanej z Trybunałem Konstytucyjnym. Zdaniem stołecznych adwokatów wszelkie zabiegi władzy ustawodawczej i wykonawczej zmierzające do

ograniczenia niezależności władzy sądowniczej i niezawisłości sędziów, w tym Trybunału Konstytucyjnego, zagrażają prawom i wolnościom obywatelskim. – *Zgromadzenie Izby Adwokackiej w Warszawie wyraża pełne poparcie dla rządów prawa, wzywając wszystkie podmioty uprawnione do podejmowania decyzji politycznych i czynności prawnych związanych z działalnością Trybunału Konstytucyjnego do przestrzegania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* – napisano w uchwale. Zgromadzenie wezwało Prezes Rady Ministrów do niezwłocznego opublikowania wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 marca 2016 r. wydanego w sprawie K 47/15 i innych orzeczeń wydanych po 9 marca br., przypominając, że ani Konstytucja RP, ani akty prawa niższego rzędu nie dają żadnemu organowi władzy publicznej prawa do dokonywania oceny ważności orzeczenia wydanego przez TK. W uchwale adwokaci wzywają także Prezydenta RP do niezwłocznego przyjęcia ślubowania od prof. Romana Hausera, prof. Andrzeja Jakubeckiego oraz prof. Krzysztofa Ślebzaka, wybranych w dniu 8 października 2015 r. na stanowisko sędziów TK, przypominając, że ich wybór odbył się zgodnie z procedurą. Zgromadzenie wezwało Sejm Rzeczypospolitej Polskiej do pełnego wdrożenia zaleceń Komisji Weneckiej z dnia 12 marca 2016 r., przypominając, że Rzeczpospolita Polska jest zobowiązana do przestrzegania wiążącego ją prawa międzyna-

rodowego, w tym standardów demokratycznych, łączących państwa członkowskie Rady Europy. Zobowiązano też adwokatów i aplikantów adwokackich izby warszawskiej, aby wykonując obowiązki zawodowe, a zwłaszcza występując przez sądami, organami ścigania, władzami państwowymi i samorządowymi, powoływali się na orzeczenia TK, choćby nie zostały opublikowane przez Prezesa Rady Ministrów.

Adwokaci wyrazili też swój niepokój wobec interpretacji przejawów łamania prawa i podejmowania prób marginalizacji Trybunału Konstytucyjnego, jako sporu politycznego wymagającego kompromisu. – *Zgromadzenie przypomina, że przestrzeganie prawa i zachowanie ustrojowych standardów demokratycznych państwa prawa nigdy nie może być przedmiotem kompromisu, gdyż prowadziłoby to do niebezpiecznej relatywizacji ocen prawnych i nihilizmu prawniczego* – czytamy w uchwale.

Zgromadzenie podjęło uchwałę w sprawie przyjęcia statutu Izby Adwokackiej w Warszawie.

Ponadto podczas zgromadzenia przyznano odznaki „Adwokatura Zasłużonym”. Otrzymały je: adw. Jacek Dubois, adw. Mirosława Jamrozińska-Toczyska, adw. Witold Kabański, adw. Tomasz Korczyński, adw. Mikołaj Pietrzak, adw. Ewa Skorek-Szpejewska oraz adw. Dominika Stępińska-Duch.

Joanna Sędek

Centrum Arbitrażu i Mediacji przy Izbie Adwokackiej w Olsztynie

Ewolucja poglądów dotyczących modelu rozwiązywania sporów nieustannie zmienia perspektywę postrzegania roli sądownictwa powszechnego. Coraz większego znaczenia nabierają alternatywne i nowoczesne metody rozstrzygania nieporozumień, w których wyraźnie zaznaczają się elastyczne i odformalizowane elementy postępowania. Strony, jako podmioty najbardziej zainteresowane optymalnym kształtem prowadzonego z ich udziałem procesu, uzyskują realny wpływ na jego przebieg. Okoliczności te stwarzają nowe wyzwania dla przedstawicieli palestry i wskazują kolejne obszary ich działalności. Adwokaci, uczestnicząc w dostosowanych do potrzeb stron postępowaniach, wypełniają zadania Adwokatury, kreując jej pozytywny obraz w odbiorze społecznym, a jednocześnie przyczyniają się do odciążenia pracy publicznego wymiaru sprawiedliwości.

Wychodząc z powyższych założeń, Okręgowa Rada Adwokacka w Olsztynie uchwałą z 1 grudnia 2015 r. powołała Centrum Arbitrażu i Mediacji przy Izbie Adwokackiej w Olsztynie (dalej: CAiM), które rozpoczęło swoją działalność w dniu 1 lutego 2016 r. Dyrektorem CAiM jest adw. Jerzy Dobrzański. Strukturę organizacyjną CAiM tworzy Centrum Mediacyjne kierowane przez adw. Annę Zielińską-Turek oraz Sąd Arbitrażowy, w którym funkcję prezesa sprawuje adw. dr Michał Hejbudzki. Centrum Arbitra-

żu i Mediacji propaguje wśród społeczeństwa ideę rozwiązywania sporów na drodze arbitrażu i mediacji, zapewnia profesjonalną pomoc i edukację w tym zakresie, służy utrwaleniu pozytywnego wizerunku Adwokatury.

Centrum Mediacyjne jest stałym ośrodkiem świadczącym pomoc w sprawach, w których strony lub sąd widzą możliwość zawarcia ugody przed bezstronnym mediatorem. Obowiązujące od 1 stycznia 2016 r. zmiany Kodeksu postępowania cywilnego zwiększają zapotrzebowanie na mediację, gdyż zachęcają strony do zażegnania sporu na drodze polubownej. Wymownie świadczy o tym treść art. 187 pkt 3 k.p.c., który nakłada obowiązek zamieszczenia w pozwie informacji, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienia przyczyn ich niepodjęcia.

Celem działalności Sądu Arbitrażowego jest zapewnienie społeczeństwu, w tym przedsiębiorcom, szerszych możliwości rozwiązywania sporów. Profesjonalizm i obiektywizm arbitrów, wywodzących się głównie z grona adwokatów, szybkość postępowania, przy jednoczesnym zapewnieniu najwyższej jakości świadczonych usług, dążenie do budowy prawidłowych relacji pomiędzy zwaśnionymi stronami, atrakcyjne opłaty oraz sprzyjająca atmosfera rozprawy to atuty, którymi arbitraż może skutecznie wspomagać wymiar sprawiedliwości.

Jerzy Dobrzański, Anna Zielińska-Turek, Michał Hejbudzki

Na 60. rocznicę Poznańskiego Czerwca

W tym roku mija 60. rocznica ważnych, dramatycznych wydarzeń, znanych powszechnie pod nazwą „Poznański Czerwiec 1956 r.”. W czwartek 28 czerwca 1956 r. na ulice Poznania wyszli przede wszystkim robotnicy oburzeni arogancją władzy i coraz gorszymi warunkami życia. W konsekwencji doszło do spontanicznego buntu społeczeństwa skierowanego przeciwko komunistycznemu reżimowi. Walki trwały dwie doby. W tłumieniu tego buntu brały udział oddziały wojska, milicji i UB. Przeszło 10 tysięcy osób, 400 czołgów, wozów pancernych i transporterów opancerzonych. Zginęło kilkadziesiąt osób. Setki aresztowano i pozbawiono wolności. Osoby te bito, nierzadko torturowano i poniżano.

Wszczęte już 29 czerwca śledztwo miało potwierdzić przyjętą przez PZPR tezę, że ten bunt był prowokacją wywiadów amerykańskiego i zachodnioniemieckiego oraz „reakcyjnego podziemia”. Wytoczono 41 aktów oskarżenia, którymi objęto 123 osoby. Pod koniec września (27) i na początku października (5) 1956 r. rozpoczęły się pokazowe procesy: tzw. „proces trzech”, „proces dziewięciu” oraz „proces dziesięciu” – nazwy miały związek z liczbą oskarżonych. Grupowe akty oskarżenia były tak konstruowane, aby na czele grupy stał „przestępca”, „chuligan” lub osoba karana. Starano się w ten sposób ukryć fakt, że zdecydowaną większość oskarżonych stanowili młodzi poznańscy robotnicy, którzy podjęli nierówną walkę o prawa i wolności obywatelskie, o godne ich traktowanie, o suwerenne i niepodległościowe prawa narodu.

W obronie oskarżonych i pozbawionych wolności wystąpili poznańscy adwokaci. Utworzyli wieloosobowy zespół (ok. 25 osób), który podjął się obrony nieodpłatnie lub za niską opłatą, umożliwiając tym samym uzyskanie obrońcy z wyboru każdemu z oskarżonych. W świetle dosyć zgodnej opinii liderami ławy obrończej byli adwokaci dr Stanisław Hejmowski, Gerard Kujanek, Michał Grzegorzewicz, Janusz Waliszewski. Podnoszone przez

wszystkich obrońców zarzuty pod adresem aktów oskarżenia, zgłaszane wnioski dowodowe (np. o wezwanie w charakterze biegłych wybitnych socjologów w osobach Jana Szczyńskiego, Józefa Chałacińskiego i Tadeusza Szczurkiewicza, którzy uznali, że oskarżeni działali pod wpływem psychozy tłumu, a ich czyny były wynikiem nacisków, jakim podlega psychika jednostki w warunkach zbiorowego napięcia, co miało wpływ na ostateczny wynik rozpoznawanych spraw) oraz ich wywody merytoryczne – były powszechnie znane dzięki transmisjom radiowym i korespondentom zagranicznym, akceptowane, podziwiane przez znaczną część społeczeństwa.

Wystąpienia obrońców, a w szczególności adwokata Stanisława Hejmowskiego, komentowało całe miasto. W dowód wdzięczności przed jego mieszkaniem kładziono kwiaty, Filharmonia Poznańska i Opera przysłały mu bilety na cały rok, a taksówkarz na pytanie: „Ile płacę?” odpowiedział: „Nic. Pan mecenas już zapłacił”. Korespondent belgijskiej Ligi Obrony Praw Człowieka pisał zaś: „Niekórtzy z adwokatów wygłosili mowy, których odwaga i elokwencja przynoszą zaszczyt ich zawodowi”.

Panowało powszechne przekonanie, że oskarżeni mieli szczęście, iż bronili ich adwokaci „z kręgosłupem”, ukształtowani w latach II RP.

We wspomnianych wyżej procesach w charakterze obrońców występowali adwokaci:

- **w procesie trzech:** Gerard Kujanek, Władysław Rust, Tadeusz Luboński, Adam Barszczewski, Stefan Jauks, dr Stanisław Hejmowski;
- **w procesie dziewięciu:** Józef Umbreit, Mieczysław Klauziński, Tadeusz Napierała, Józef Sopa, Kazimierz Nowak, Juliusz Wójciak, Witold Trojanowski, Stanisław Konieczny, Michał Grzegorzewicz, Gerard Kujanek;
- **w procesie dziesięciu:** dr Kazimierz Tasiemski, Władysław Banaczek, Piotr Moś, dr Stanisław Hejmowski, Adam Barczew-

ski, Leon Kaczyński, Bronisław Rzymek, Michał Grzegorzewicz, Janusz Waliszewski, Stanisław Szczęsny, Julian Sznajpik, Ludwik Bleidom, Seweryn Szelejak.

Wszyscy adwokaci poznańscy, którzy wystąpili w charakterze obrońców uczestników „Czerwca 56”, który stał się istotnym krokiem w kierunku odzyskania wolności, podstawowych praw obywatelskich i niepodległości – zasługują na wieczną wdzięczność całego naszego społeczeństwa i Państwa. Przypominając słowa, postawę, odwagę, a nawet gesty naszych Kolegów, pamiętajmy o czasie, w którym były wypowiedzane i czynione, o celu, któremu miały służyć, niezależnie od ewentualnych konsekwencji, które mieli ponosić i w rzeczywistości ponieśli. Postawa adwokatów wyrażająca się w bezkompromisowej krytyce ówczesnych władz spotkała się z dotkliwymi represjami. Dwaj spośród nich – adwokat Hejmowski i adwokat Grzegorzewicz – zostali zrujnowani wysokimi grzywnami i zawieszani w czynnościach wykonywania zawodu. Mimo zapowiedanej odwilży władza ludowa nie tolerowała tego rodzaju formy sprzeciwu, polegającego na ochronie praw i wolności obywatelskich.

Pamiętajmy więc:

– o geście adwokata Michała Grzegorzewicza, gdy na sali sądowej uniósł w górę skrważoną koszulkę Romka Strzałkowskiego, 13-letniej ofiary Czerwca,

– o apelu adwokata Gerarda Kujonka skierowanym do sędziów, aby wydali niezależny, sprawiedliwy wyrok, ponieważ „gdy do sali sądowej polityka wchodzi jednymi drzwiami, sprawiedliwość musi natychmiast wyjść drugimi drzwiami”; aby byli pobłażliwi dla oskarżonych, tak jak pobłażliwi są kierownicy ławy państwowej dla tych, „którzy odpowiedzialni za okres błędów i wypaczeń [który] (...) zrodził wypadki poznańskie”,

– o słowach adwokata Stanisława Hejmowskiego: „Nie karmi się kulami ludzi, gdy wołają o chleb”, „Wierzę, że krew ofiar tych zajęć nie została przelana na próżno. Ja wierzę, że na grobach tych, którzy polegli, spełni się zapowiedź, którą w *Nocy listopadowej* Stanisław Wyspiański włożył w usta Korze, bogini wiekuiście odradzającego się życia:

*Krwii przelanej nie zmarnię
Krwiią tą pola i rolę użyżnię,
I synów z krwi tej dam kiedyś Ojczyźnie.*

Z perspektywy mijających 60 lat od buntu w Poznaniu można powiedzieć, że przelana wówczas (a także wcześniej i później) krew nie zmarniała, że dzięki niej i mądrym zachowaniom, w tym również polskich adwokatów, mamy szanse budować wolną, suwerenną Ojczyznę – Ojczyznę, która powinna stanowić wspólne dobro wszystkich obywateli.

Czesław Jaworski

LITERATURA

Edmund Makowski, *Poznański Czerwiec 1956, pierwszy bunt społeczeństwa w PRL*; Andrzej Marcinkowski, *Obchody 47. Rocznicy poznańskiego Czerwca 1956 r.*, „Palestra” 2003, nr 7–8, s. 151–154; tamże: przemówienia obrończe adwokata dr. Stanisława Hejmowskiego z 16 i 18 października 1956 r., s. 155–156; Czesław Jaworski, *85 lat Odrodzonej Adwokatury Polskiej, Zamek Królewski w Warszawie*, NRA, Warszawa 2004, s. 27–39; Piotr Bojarski, *Mecenas Hejmowski – obrońca poznańskiego Czerwca 1956 r.*, Wyborcza.pl (artykuły) z 28 czerwca 2001 r.; Piotr Bojarski, *Adwokaci Czerwca 56*, Wyborcza.pl z 18 października 2006 r.; Poznan.pl, *Poznański Czerwiec 56 – historia, obchody*.

TABLE OF CONTENTS

<i>Magdalena Budyn-Kulik</i> , Ph.D. habilitated, senior lecturer of Maria Curie Skłodowska University (Lublin),	
<i>Marek Kulik</i> , Ph.D. habilitated, senior lecturer of Maria Curie Skłodowska University (Lublin) As far as criminal complicity is concerned. Around the art. 281 C.C.	7
<i>Teodor Szymanowski</i> , Prof. Ph.D. habilitated (Warszawa) Electronic surveillance system in the execution of a custodial sentence	14
<i>Sebastian Brzozowski</i> , judge of Regional Court (Gdańsk) Using the evidence obtained due to telephone tapping in context of the Article of 168b of Code of Criminal Procedure	20
<i>Marcin Piotrowski</i> , advocate (Płock) A critical remark on the mode of prosecuting the crime of rape	27
<i>Andrzej Jezusek</i> , Ph.D., senior lecturer of Jagiellonian University (Kraków) Some aspects of the general obligation to provide assistance for the law enforcement agencies	38
<i>Kazimierz Postulski</i> , retired judge of Court of Appeal (Lublin) Evasion of serving the penalty of restriction of liberty	52
<i>Jacek Czabański</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa) Foreign currency indexation clauses in mortgage loan contracts. The analysis of the case <i>Artur Kruszewski</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of University of Warsaw (Warszawa) The use of recordings made without a consent of the person being recorded in civil proceedings	63 84
POINTS OF VIEW	
<i>Jakub Kawatek</i> , judge of District Court (Bydgoszcz) A couple of remarks on the application of art. 187 § 1 point 3 of the Code of Civil Pro- cedure	90
IMPORTANT FOR THE PRACTICE	
<i>Lucyna Łuczak-Noworolnik</i> , legal adviser, candidate for doctor's degree of Adam Mickiewicz University (Poznań), <i>Andrzej Filip Żurawski</i> , advocate (Wrocław) How to effectively recover debts from foreign contractors – IT tools facilitating the work of a professional proxy in cross-border disputes	95
BEFORE THE CONGRESS AND THE MEETINGS	
<i>Jan Kuklewicz</i> , advocate (Kraków), <i>Marcin Imiołek</i> , advocate (Kraków) The Bar in the face of changes	103
GLOSSES	
<i>Paweł Malec-Lewandowski</i> , advocate, candidate for doctor's degree of Jagiellonian Uni- versity (Kraków) Gloss to the sentence of Constitutional Tribunal of 21 st September 2015, K 28/13 [on the constitutionality of art. 49 § 1 of the Code of Petty Offences]	110
<i>Agata Michalska-Olek</i> , advocate, Ph.D. (Poznań) Gloss to the sentence of Constitutional Tribunal of 11 th March 2014, K 6/13 [on the composition and the competencies of the Regional Commission for Evaluation of Medical Events] ..	117
<i>Małgorzata Markowska</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of University in Białystok (Warszawa–Białystok) Gloss to the sentence of Regional Administrative Court in Warsaw of 5 th December 2013, VII SA/Wa 713/13 [on the competence of universities in respect of granting maintenance grants]	122

RECENT CASE-LAW

<i>Michał Jackowski</i> , advocate, Ph.D. (Poznań) Review of Constitutional Tribunal's case-law: Constitutional Tribunal on attorneys' fees in civil proceedings – a discussion of the sentence of Constitutional Tribunal of 6 th April 2016, SK 67/13	128
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , advocate (Warszawa) European Court of Human Rights – review of case-law (October–December 2015)	134

QUESTION ABOUT DEFENCE

<i>Antoni Bojańczyk</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of University of Warsaw (Warszawa) Information, an opinion or a standpoint: what shall be the effect of the work of a public defender appointed to the proceedings referred to in art. 84 § 3 of the Code of Criminal Procedure?	139
--	-----

ROAD ACCIDENTS

<i>Wojciech Kotowski</i> (Warszawa) Culpable running over a u-turning car by a motorcyclist	145
--	-----

AFTER THE READING

<i>Andrzej Bąkowski</i> , advocate (Warszawa) <i>Opus magnum</i> on Jan Kazimierz University in Lviv	149
---	-----

REVIEWS AND NOTES

Mirosław Damian Kopeć, <i>Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu w polskim prawie karnym</i> (Custom as a circumstance excluding the criminality of an act in the Polish criminal law) <i>Radosław Krajewski</i> , Ph.D. habilitated., prof. of Kazimierz Wielki University (Bydgoszcz) .	152
Wojciech Marchwicki, Marek Niedużak, Series: <i>Zbiory Orzecznictwa Becka, Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz etyka zawodowa adwokatów i radców prawnych</i> (Disciplinary responsibility and professional ethics of advocates and legal advisers) <i>Maciej Kwiek</i> (Warszawa)	154

SYMPOSIA AND CONFERENCES

1 st All-Polish Scientific Conference "The legal aspects of discrimination and the principles of equal treatment", Warsaw, 11 th March 2016 <i>Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska</i> , advocate (Warszawa), <i>Ewelina Zdunek</i> , advocate's trainee (Warszawa)	156
An Open Seminar of the Department of Criminal Procedure "A reversal of the great amendment of the Code of Criminal Procedure", Kraków, 1 st April 2016 <i>Marzena Andrzejewska</i> , candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Kraków), <i>Maciej Andrzejewski</i> , candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Kraków) ..	160

THE BAR CHRONICLE

The Assembly of the Bar Association in Warsaw <i>Joanna Sędek</i> , head of Press Office of Polish Bar Council	162
---	-----

VARIA

The Arbitration and Mediation Centre at the Bar in Olsztyn <i>Jerzy Dobrzański</i> , advocate (Olsztyn), <i>Anna Zielińska-Turek</i> , advocate (Olsztyn), <i>Michał Hejbudzki</i> , advocate (Olsztyn)	164
For 60 th anniversary of the Poznań June <i>Czesław Jaworski</i> , advocate (Warszawa)	165

W numerze między innymi:

JACEK CZABAŃSKI

Walutowe klauzule waloryzacyjne
w umowach kredytów hipotecznych.
Analiza problemu

ARTUR KRUSZEWSKI

Wykorzystanie nagrań wykonanych bez zgody
osoby nagrywanej w postępowaniu cywilnym

ANDRZEJ JEZUSEK

Niektóre aspekty powszechnego
obowiązku udzielenia pomocy organom
prowadzącym postępowanie karne

TEODOR SZYMANOWSKI

System dozoru elektronicznego
w wykonywaniu kary pozbawienia wolności

KAZIMIERZ POSTULSKI

Uchylenie się od odbycia kary ograniczenia wolności

SEBASTIAN BRZOZOWSKI

Wykorzystywanie dowodów
uzyskanych w toku kontroli operacyjnej
w kontekście art. 168b k.p.k.

CZESŁAW JAWORSKI

Na 60. rocznicę Poznańskiego Czerwca