

lipiec–sierpień

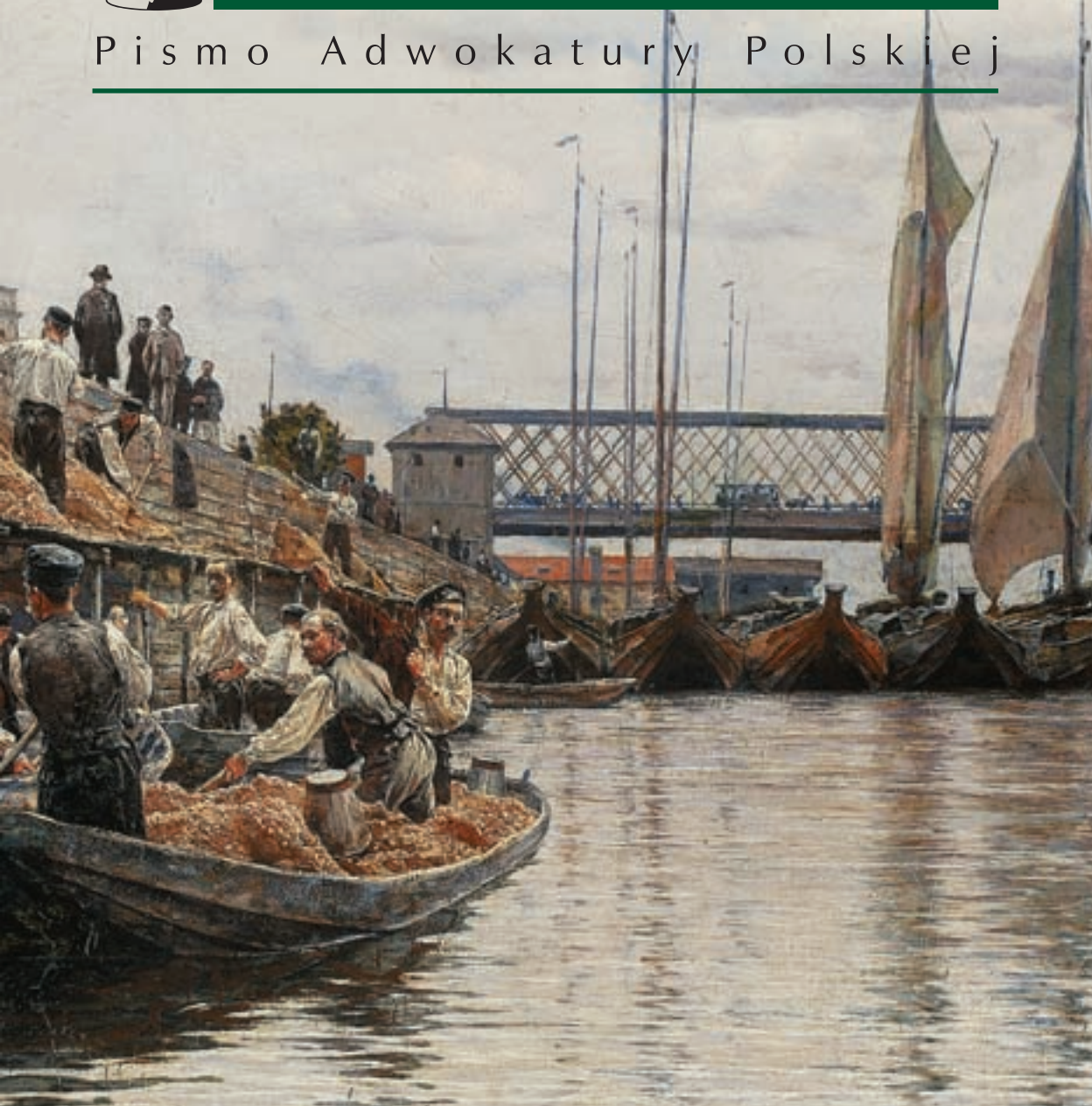
7–8/2017



# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

---



100 Lat Odrodzonego Sądownictwa Polskiego



... a dopóki płynie, Polska nie zaginie...

22 czerwca 2016 r. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, doceniając znaczenie Wisły w życiu Narodu i Państwa, ustanowił rok 2017 Rokiem Rzeki Wisły (M.P. 2016, poz. 627). W uchwale napisano:

„W 550. rocznicę pierwszego wolnego flisu Sejm Rzeczypospolitej Polskiej oddaje hołd pokoleniom rodaków, którzy dzięki Wiśle i w oparciu o nią budowali tożsamość i potęgę Państwa Polskiego. W wyniku postanowień II pokoju toruńskiego Polska odzyskała panowanie nad całym biegiem żeglownej Wisły. Tym samym rok 1467 stał się pierwszym rokiem wolnej żeglugi wiślanej, rozpoczynającym najwspanialsze lata historii Polski. Spław Wisłą i jej dopływami przyczynił się do rozkwitu gospodarczego w Polsce w okresie złotego wieku, dzięki czemu stała się ona europejską potęgą polityczną, militarną i ekonomiczną. Wisła – Królowa Polskich Rzek, symbol polskości i patriotyzmu – to nasze naturalne oraz historyczno-kulturowe dziedzictwo. Ta wyjątkowa rzeka, przez stulecia różnorodnie kształtowana przez naturę i ludzi, wciąż jest dla nas wyzwaniem cywilizacyjnym. Wymaga zrównoważonego rozwoju, przemyślanej strategii oraz odważnych, dalekowzrocznych działań”.

Wisła jest stałym elementem kultury polskiej. Istnieje w legendach i wierzeniach. Pisali o niej m.in.: J. Kochanowski, C. K. Norwid, W. Pol, S. Wyspiański, J. Tuwim, Z. Herbert, W. Broniewski w poezji a w prozie m.in. S. Żeromski. Nadwiślańskie krajobrazy inspirowały malarzy: J. Matejkę, A. Gierymskiego. Na jej temat Stanisław Moniuszko skomponował jednoaktową operę *Flis*.

Wisła płynie przez całą Polskę (1050 km), od Babiej Góry do Bałtyku, przemierza różne krainy geograficzne i kulturowe. Nad jej brzegami powstały dwie kolejne stolicy Polski: Kraków i Warszawa (z królewskimi siedzibami), a także inne miasta jak Sandomierz, Płock, Toruń, których architektura, zabytki, historia, życie naukowe i kulturalne przyciągają turystów. I choć Wisła nie odgrywa dziś tak znaczącej roli jak w złotym wieku, to ma potencjał nie tylko gospodarczy.

Swymi zakolami, rozlewiskami Wisła stanowi obszar bujnej flory i fauny. Długie jej fragmenty zachowały cechy naturalnej rzeki, niepowtarzalną przyrodę. Jej koryto obejmuje 54 obszary chronione: 22 obszary Natura 2000, 18 rezerwatów, 5 parków krajobrazowych, 5 obszarów chronionego krajobrazu, 3 użytki ekologiczne, 1 zespół przyrodniczo-krajobrazowy. Piaszczyste wyspy, które europejskie rzeki utraciły na skutek regulacji, w Polsce są chronionym miejscem lęgów ptactwa: rybitw (białoczelnej i rzecznej), mewy siwej, sieweczki obrożnej i rzecznej oraz 5 innych gatunków mew.

Portal Google Street View, który umożliwia wirtualne spacery ulicami miast, tworzy obecnie wirtualny spływ Wisłą w rozpoczętym programie Google River View, tym samym przyczyniając się do rozpropagowania niepowtarzalnego piękna polskiej rzeki i jej środowiska. Wisła będzie pierwszą europejską rzeką utrwaloną w panoramicznym filmie (jest już wyprawa Wielkim Kanionem Kolorado w USA). Rejs z Google Trekkerem, używanym dotąd do filmowania muzeów czy górskich szlaków, z 15 kamerami, rozpoczął się 7 czerwca 2017 r. Pierwszy utrwalony będzie najpiękniejszy krajobrazowo i kulturowo fragment górnej Wisły z klasztorem w Tyńcu i obszarem Natura 2000 Dolina Dolnej Skawy.

Na okładce fragment obrazu Aleksandra Gierymskiego, *Piaskarze*, olej, płótno, 1887, 50 × 66 cm, Muzeum Narodowe w Warszawie.



lipiec–sierpień

7–8/2017

# 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 LXII nr 716–717



Naczelna Rada Adwokacka

**WYDAJE**  
**NACZELNA RADA ADWOKACKA**  
**WARSZAWA**

---

**Redaktor Naczelny:** Czesław Jaworski  
**Zastępca Redaktora Naczelnego:** Adam Redzik

**Kolegium:**

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

---

Na okładce:

Fragment obrazu Aleksandra Gierymskiego *Piaskarze*,  
olej na płótnie, 1887, Muzeum Narodowe w Warszawie

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.: 19,8. Nakład: 17 600 egz.  
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe.

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

# S Spis treści

<i>Jan Widacki</i> , adwokat, prof. dr hab., KAAFM (Kraków) Opinia z badań poligraficznych w procesie karnym .....	5
<i>Radosław Krajewski</i> , dr hab., prof. UKW (Bydgoszcz) Wyłączenie zatarcia skazania za niektóre przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności .....	11
<i>Michał Zacharski</i> , adwokat, doktorant UJ (Warszawa–Kraków) Czy konstrukcja czynu ciągłego w Kodeksie karnym skarbowym obejmuje zachowania nieumyślne? .....	19
<i>Michał Prusek</i> , apl. adw., doktorant UŚ (Katowice) Utajnienie zeznań świadka w procesie karnym a realizacja konstytucyjnej zasady proporcjonalności .....	29
<i>Piotr Soroka</i> , adwokat, dr (Wrocław) Współwłasność a przestępstwo zniszczenia i uszkodzenia mienia .....	37
<i>Łukasz Pilarczyk</i> , doktorant UAM (Poznań) Status pokrzywdzonego przy przestępstwach przeciwko wiarygodności dokumentów .....	45
<i>Konrad Lipiński</i> , apl. adw., doktorant UW (Wrocław) O kryteriach przypisania biernego udziału w bójce lub pobiciu .....	55
<i>Paulina Żarnowska-Grabarz</i> , apl. adw., doktorantka UŁ (Warszawa–Łódź) Pornografia w sztuce a odpowiedzialność karna artystów – uwagi na tle art. 202 k.k. ...	62
<i>Kornelia Anna Grabowska</i> , apl. adw., doktorantka UMK (Olsztyn–Toruń) Prawo do zawarcia związku małżeńskiego w warunkach pozbawienia wolności .....	70
<i>Przemysław Tarwacki</i> , adwokat, dr (Warszawa) Zgodność z prawem decyzji badanej przez sąd penitencjarny na podstawie skargi z art. 7 k.k.w. ....	77
<i>Agnieszka Skowron</i> , adwokat, asystent UŚ (Katowice) Funkcje tymczasowego aresztowania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2012 r. (I KZP 18/11) oraz najnowszych zmian Kodeksu postępowania karnego .....	91
<i>Anna Juryk</i> , dr, adiunkt UP KEN (Kraków) Egzekucja alimentów w Niemczech a <i>Kindergeld</i> .....	103
<i>Krzysztof Olszak</i> , apl. adw., doktorant UW (Warszawa) Niedopuszczalność zastąpienia orzeczeniem sądowym uchwały wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wyrażającej zgodę na zbycie nieruchomości .....	114
<i>Aleksandra Rychlewska</i> , apl. adw., doktorantka UJ (Kraków) O ustawowej dyrektywie interpretacyjnej <i>in dubio pro tributario</i> słów kilka .....	127
<i>Cezary Paluchniak</i> (Warszawa) Dopuszczalność oceny zgodności z Konstytucją przepisów postępowania cywilnego kształtujących tzw. przedsąd w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną ...	139

## Głosy

<i>Tymon Markiewicz</i> , apl. adw., doktorant KUL (Lublin) Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 2 lutego 2016 r., IV KK 337/15 [o obrońcy obligatoryjnym nieletniego] .....	154
--	-----

<b>Michał Niedośpiał</b> , dr (Kraków)	
Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18 marca 2015 r., I CSK 111/14 [o tym, że prawo żołnierza do przydzielonej kwatery nie wchodzi do spadku po nim] .....	160
<b>Karolina Witczak</b> , doktorantka UŁ (Łódź)	
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 13 kwietnia 2016 r., II KK 3014/15 [o rozpowszechnianiu wizerunku jako znamienu przestępstwa z art. 191a k.k.] .....	164
<b>Michał Piech</b> , adwokat (Kraków)	
Glosa do wyroku TK z 25 marca 2014 r., SK 25/13 [uzasadnianie postanowień o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu dochodzenia] .....	168
<b>Najnowsze orzecznictwo</b>	
<b>Monika Strus-Wołos</b> , adwokat, dr (Grójec)	
Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych .....	173
<b>Marek Antoni Nowicki</b> , adwokat (Warszawa)	
Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (kwiecień–czerwiec 2017 r.)	177
<b>Pytania i odpowiedzi prawne</b>	
<b>Ewa Stawicka</b> , adwokat (Warszawa)	
Czy prawnie dopuszczalne jest zasiedzenie własności nieruchomości, na której ustanowione zostało prawo wieczystego użytkowania na rzecz innego podmiotu aniżeli zasiadający? ....	183
<b>Gawędy adwokata bibliofila</b>	
<b>Andrzej Tomaszek</b> , adwokat (Warszawa)	
Raport patologa, czyli głos amerykańskiej prawnicy .....	185
<b>Recenzje i noty recenzyjne</b>	
Philippe Sands, <i>East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity</i>	
<b>Patryk Gacka</b> (Warszawa) .....	189
Marek Antoni Nowicki, <i>Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka</i>	
<b>Justyna Metelska</b> , adwokat (Warszawa) .....	199
<i>Ochrona prawna konsumenta na rynku mediów elektronicznych</i> , pod red. Marii Królikowskiej-Olczak, Beaty Pachuca-Smulskiej	
<b>Katarzyna Sikora</b> , doktorantka KAAFM (Kraków) .....	200
<b>Kronika adwokatury</b>	
Posiedzenia plenarne Naczelnej Rady Adwokackiej .....	206
Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej .....	208
Z ostatniej chwili .....	209
<b>Varia</b>	
Muzyka pomaga pielęgnować pamięć	
<b>Anna Woźniakowska</b> , teoretyk muzyki, dziennikarka Polskiego Radia (Kraków) .....	210
Adwokat Marek Antoni Nowicki odznaczony Krzyżem Wolności i Solidarności .....	212
<b>Szpalty pamięci</b>	
Lauterpachtów dwóch: Elihu (1928–2017) i Hersch (1897–1960)	
<b>Philippe Sands</b> , barrister, QC, prof. dr, London University College (Londyn),	
<b>Adam Redzik</b> , adwokat, dr hab., prof. UW (Warszawa) .....	213
Adwokat Krystyna Chodkiewicz (13 lipca 1919–18 maja 2010 r.)	
<b>Zygmunt Sobkiewicz</b> , adwokat (Warszawa) .....	218
<b>Listy do Redakcji</b>	
Jerzy Szewczyk – „Szarzyński”	
<b>Stefan Płażek</b> , senior, adwokat (Kraków) .....	220
Table of contents .....	223

## OPINIA Z BADAŃ POLIGRAFICZNYCH W PROCESIE KARNYM\*

1. Kodeks postępowania karnego po nowelizacji w roku 2003<sup>1</sup> dopuszcza *expressis verbis* wykorzystanie badania poligraficznego w procesie karnym, tak w celach eliminacyjnych (art. 192a § 2 k.p.k.), jak i w celach dowodowych (art. 199a k.p.k.)<sup>2</sup>. Z przepisu art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k., a także art. 199a k.p.k. wynika jednoznacznie, że badanie takie musi być wykonywane przez biegłego w ramach ekspertyzy, nie może natomiast być traktowane jako część przesłuchania lub jego forma ani prowadzone równoległe z przesłuchaniem. Co w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. znaczy zwrot „w związku z przesłuchaniem”, wyjaśnił niedawno Sąd Najwyższy w postanowieniu z 29 stycznia 2015 r. (sygn. I KZP 25/14)<sup>3</sup>. Sąd Najwyższy stwierdził mianowicie, że „użyte przez ustawodawcę w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. wyrażenie «w związku z przesłuchaniem» rozumieć należy w ten sposób, że omawiany zakaz dotyczy nie tylko samej czynności procesowej przesłuchania, ale również czynności pozostających w bezpośredniej relacji z przesłuchaniem”<sup>4</sup>. Sąd Najwyższy wyjaśnia to następująco: „omawiany zakaz obejmuje zatem przesłuchanie z udziałem eksperta bądź samodzielne wykorzystanie wariografu przez organ przesłuchujący. Zakaz ten dotyczy także badania przeprowadzonego przez biegłego, które to badanie nie może być

substytutem przesłuchania. Za niedopuszczalne uznać trzeba przeprowadzenie badania bezpośrednio przed lub bezpośrednio po przesłuchaniu, kiedy mogłoby ono wpływać na swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej, stanowić rodzaj nacisku lub zagrożenia z jej punktu widzenia (...) Znaczenie wyrażenia «związek z przesłuchaniem» użytego w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. nie powinno być przy tym wykładane rozszerzająco”<sup>5</sup>. Uwzględniając samą istotę badania poligraficznego, którego częścią składową jest wywiad przedtestowy, czynność z natury rzeczy podobna do przesłuchania, można powiedzieć, że **badanie poligraficzne wykonywane przez biegłego w ramach ekspertyzy nie może być bardziej „substytucyjne” wobec czynności procesowej przesłuchania, niż wynika to z samej istoty tego badania, w tym także wywiadu przedtestowego.** W szczególności więc biegłemu nie wolno namawiać badanego do przyznania się, wypytywać o szczegóły niemające znaczenia dla badania, ale mogące mieć znaczenie dla śledztwa itp.<sup>6</sup> Z kolei to nie przesłuchujący powinien, jak to ma czasem miejsce w praktyce, pytać przesłuchiwanego, czy wyrazi zgodę na badanie poligraficzne, pobierać od niego taką zgodę na piśmie. Te czynności powinny być zarezerwowane dla biegłego<sup>7</sup>.

\* Artykuł powstał w ramach projektu DEC-2013/11/B/HS 5/03856 Narodowego Centrum Nauki.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. (Dz.U. nr 17, poz. 155).

<sup>2</sup> Kodeks nie używa nazwy „badanie poligraficzne”, ale badania takie nazywa opisowo: „stosowaniem środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu osoby badanej” (por. art. 171 § 5 pkt 2, art. 192a § 2 k.p.k., art. 199a k.p.k.).

<sup>3</sup> OSNKW 2015, nr 5, poz. 38.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Por. J. Widacki, A. Szuba-Boroń, *Badania poligraficzne w procesie karnym w świetle postanowienia SN z dnia 29 stycznia 2015 r. (sygn. I KZP 25/14)*, „Prokuratura i Prawo” 2016, z. 2, s. 11.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

2. We wspomnianym postanowieniu Sąd Najwyższy słusznie uznał, że dowód z badań poligraficznych dostarcza „dowodu pomocniczego”. Podobnie dowód ten określał wyrok Sądu Najwyższego z 25 września 1976 r. (sygn. II KR 171/76, niepublikowany, wielokrotnie omawiany w literaturze). Jednak tym razem Sąd Najwyższy wyjaśnił, że nieznanymi kodeksowi ani doktrynie „dowód pomocniczy” jest synonimem „dowodu pośredniego”. Ten ostatni wprawdzie nie jest też znany kodeksowi, ale jest od dawna znany doktrynie procesu karnego<sup>8</sup>. Jest to podział niezwykle użyteczny, znany także literaturze zagranicznej<sup>9</sup>. Przypomnijmy: dowody bezpośrednie to dowody dotyczące wprost faktu głównego. Dowody pośrednie to takie, których związek z faktem głównym wymaga przeprowadzenia wnioskowań. Jeśli na przykład oskarżony przyzna się do zabójstwa – to jego wyjaśnienia stanowią dowód bezpośredni (prawdziwy lub fałszywy). Jeśli świadek zezna, że widział, jak podejrzany zabijał, to jego zeznanie (prawdziwe lub fałszywe) stanowi dowód bezpośredni. Jeśli natomiast na odzieży podejrzanego stwierdzono DNA ofiary, to uzyskujemy dowód pośredni. Trzeba dopiero wykazać, że jest mało prawdopodobne, aby ślad ten powstał w sytuacji innej niż zabójstwo. W literaturze<sup>10</sup> podkreślano już, że wynik badania poligraficznego dostarcza dowodu pośredniego (będzie jeszcze o tym mowa niżej).

3. Skoro badanie poligraficzne może być wykonywane wyłącznie w ramach ekspertyzy przez biegłego, co uznajemy za pewnik, to wynika z tego kilka dalszych kwestii. Kwestia pierwsza to – kogo można powołać jako biegłego, uznając, że ma on wiadomości specjalne z zakresu badań poligraficznych. Sprawa by-

najmniej nie jest prosta, w Polsce istnieje wiele firm oferujących badania poligraficzne. Na listach biegłych sądowych widnieją także biegli z tej dyscypliny. Nie wdając się w tym miejscu w rozważania, na jakiej podstawie prezesi poszczególnych sądów okręgowych dokonywali wpisu na listę biegłych z tej specjalności, wystarczy może odnotować, że większość tych wpisanych na listy biegłych nie odbyła żadnego profesjonalnego przeszkolenia, nie składała żadnego egzaminu, nie legitymuje się żadnym certyfikatem. Wobec braku w Polsce procedur certyfikujących biegłych z tej dziedziny jedyne biegłymi z certyfikatem, czyli sprawdzonymi kwalifikacjami, są biegli legitymujący się certyfikatem American Polygraph Association. Jest ich w Polsce kilkunastu, w większości zatrudnieni są w organach bezpieczeństwa państwa. Dwa istniejące w Polsce stowarzyszenia, a mianowicie Polskie Towarzystwo Badań Poligraficznych i Stowarzyszenie Polskich Poligrafierów, udzielają rekomendacji osobom, które w ich przekonaniu dysponują wiadomościami specjalnymi z zakresu badań poligraficznych, umieszczając listy tych osób na swoich stronach internetowych. Większość działających w Polsce poligrafierów, reklamujących swe usługi w Internecie, niestety także figurujących czasem na listach biegłych różnych sądów okręgowych, nie posiada ani certyfikatu American Polygraph Association, ani rekomendacji polskich stowarzyszeń zajmujących się badaniami poligraficznymi. Są to zatem osoby o niepotwierdzonych wiadomościach specjalnych w rozumieniu art. 193 k.p.k., czego powołujące ich w charakterze biegłych organy procesowe powinny być świadome, podobnie jak sądy, oceniające wartość dowodową przedkładanych im wyników badań. Z faktu, że badanie poligraficzne wy-

<sup>8</sup> Por. np. M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. I, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1955, s. 82; A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Kraków 2007, s. 44; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. 8, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 345; T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1998, s. 417.

<sup>9</sup> Por. np. J. L. Ingram, *Criminal evidence*, Elsevier–Amsterdam–Heidelberg–New York–Oxford–Paris–San Diego–San Francisco–Singapore–Sydney–Tokyo 2001, s. 98–104.

<sup>10</sup> J. Widacki, *Results of polygraph examination: direct or circumstantial evidence*, „European Polygraph” 2014, 8, 2 (28), s. 61–67.



konywane może być w procesie karnym tylko w formie ekspertyzy, wynikają nadto następująca kwestie: o dopuszczeniu takiego dowodu (z opinii biegłego) należy wydać postanowienie o treści określonej w art. 194 k.p.k. W miarę potrzeby można biegłemu udostępnić akta (w zakresie niezbędnym do wydania opinii) – art. 198 k.p.k. Przed wykonaniem badania należy osobę badaną zapytać o zgodę na udział w badaniu (art. 192a § 2 k.p.k., art. 199a k.p.k.). Po badaniu biegły zobowiązany jest złożyć opinię o określonej treści i formie (art. 200 k.p.k.). Postanowienie o powołaniu biegłego, zgodnie z art. 194 pkt 2 k.p.k., powinno określać „przedmiot i zakres ekspertyzy, ze sformułowaniem, w miarę potrzeby, pytań szczegółowych”. Realizacja tego punktu art. 194 k.p.k. w dużej mierze przesądza o formie i treści opinii biegłego. Analiza praktyki pokazuje, że organy procesowe nie bardzo potrafią poprawnie określić przedmiot i zakres opinii z badań poligraficznych. Zdarzają się więc w postanowieniach zadania dla biegłych sformułowane dziwnie, często w sposób pozabawiony wszelkiego sensu. Za takie, jak ostatnio wymienione, uznać można niewątpliwie na przykład „zbadać związku emocjonalnego podejrzanego z zabójstwem” albo „stwierdzenie, czy w systemie nerwowym badanego są ślady pamięciowe zdarzenia”. Nie wdając się w szczegółowe rozważania, dość zwrócić uwagę, że każdy, komu postawiono zarzut popełnienia jakiegoś przestępstwa, bez względu na to, czy jest sprawcą, czy nie, ma emocjonalny stosunek do zarzucanego mu czynu i powołującemu biegłego chyba nie o takie potwierdzenie związku chodzi. Drugi przykład zadania dla biegłego jest po prostu śmieszny. System nerwowy człowieka obejmuje cały organizm i poszukiwanie w całym organizmie śladów pamięciowych jest chyba przesadą. Równie dobrze można by zapytać, czy „w organizmie badanego znajdują się ślady pamięciowe”. Jak już pytać o ślady pamię-

ciowe, wystarczyłoby ograniczyć się do samej pamięci badanego. Aby określić, jak powinno się prawidłowo wyznaczyć przedmiot i zakres ekspertyzy w obrębie badań poligraficznych, wcześniej trzeba przypomnieć, co naprawdę wykazuje badanie poligraficzne.

4. Badanie poligraficzne jest najbardziej popularną instrumentalną metodą detekcji nieuczciwości (kłamstwa). W kryminalistyce i psychologii sądowej za kłamstwo uważa się przekazanie fałszywego komunikatu, którego celem jest wytworzenie u odbiorcy komunikatu przekonania, co do którego wysyłający komunikat jest przekonany, że jest fałszywe<sup>11</sup>. Krótko mówiąc – dla kryminalistyki, a tym samym procesu karnego, interesujące jest kłamstwo polegające na tym, że ktoś (osoba podejrzana, podejrzan, oskarżony, świadek) wypowiada świadomie zdanie fałszywe, w intencji, by ktoś (z reguły organ procesowy) uznał je za prawdziwe<sup>12</sup>. Kryminalistyka ani żadna inna dyscyplina naukowa, z psychologią włącznie, nie dysponuje metodami pozwalającymi na bezpośrednie wykrycie kłamstwa jako takiego. Instrumentalne metody detekcji kłamstwa, w tym badanie poligraficzne, pozwalają na wykrycie zjawisk towarzyszących kłamstwu, w dodatku takiemu, z którego wykryciem łączą się dla kłamiącego jakieś istotne dla niego konsekwencje. Takimi zjawiskami towarzyszącymi są zmiany emocjonalne, obserwowane za pośrednictwem towarzyszących im zmian fizjologicznych, a także pewien wysiłek intelektualny, który towarzyszy kontrolowaniu się osoby kłamiącej. I to jest wykrywane w badaniu poligraficznym. Wydaje się więc logiczne, że organ procesowy w postanowieniu o powołaniu biegłego, określając zakres ekspertyzy, może pytać o to, co biegły danej specjalności może ustalić. Zatem skoro w wyniku badań poligraficznych może ustalić, w oparciu o stwierdzone

<sup>11</sup> Por. np. A. Vrij, *Detecting Lies and Deceit. The Psychology of Lying and Implications for Professional Practice*, John Wiley & Sons, Chichester 2000; por. także: J. Widacki, K. Dukala, *Detekcja kłamstwa czyli czego?*, „Problemy Kryminalistyki” 2015, nr 287, s. 6.

<sup>12</sup> Por. J. Widacki, K. Dukala, *Detekcja*, s. 6.

zmiany emocjonalne, towarzyszące odpowiedziom na pytania krytyczne testu, czy badany należy do grupy DI (reagujących tak, jak zwykle reagują osoby odpowiadające na te pytania nie-szczerze), czy do grupy NDI (reagujących tak, jak zwykle reagują osoby odpowiadające na te pytania szczerze), czy do grupy INC (reagują-cy w sposób niepozwalający przypisać jedno-znacznie do grupy DI lub NDI), to biegły może być pytany w postanowieniu tylko o to, do któ-rej grupy zaliczył badanego. Pytanie o „związki emocjonalne”, „obecność w organizmie śladów pamięciowych” pozbawione jest sensu, bowiem biegły z zakresu badań poligraficznych nie to wykrywa czy ustala. Dodać należy, że we współ-czesnych technikach badań poligraficznych ta wykryta „nieszczerość” dotyczy nie odpowiedzi na pojedyncze pytanie testu, ale całego obszaru wyznaczonego treścią pytań krytycznych. Nie ustala się zatem, czy na pytanie np. 3 badany odpowiadał szczerze, a na 5 nie szczerze. Takie ustalenia są uprawnione jedynie przy technice klasycznej, dziś już zdecydowanie przestarza-łej, niestosowanej przy badaniach w sprawach karnych, a dopuszczalnej jedynie wyjątkowo w badaniach przedzatrudnieniowych (*pre-em-ployment*) lub kontrolnych (*screening*).

5. Z nieco inną sytuacją mamy do czynienia, jeśli badanie byłoby wykonane nie techni-ką pytań kontrolnych<sup>13</sup>, ale techniką Lykkena (w Polsce czasem zwaną „techniką Kulickiego”<sup>14</sup>), taką jak Guilty Knowledge Technique (GKT) lub Concealed Information Technique (CIT), które to techniki, nawiasem mówiąc, są nader niepraktyczne, a nadto nie mają wcale wyższej wartości diagnostycznej niż techni-ki pytań kontrolnych<sup>15</sup>. Te techniki badań z założenia nie mają wykrywać nieszczerości

(*deception*), ale „świadomość winnego” (*guilty knowledge*) lub „ukrywaną informację” (*con-cealed information*). Jeśli więc badanie miało być wykonane jedną z tych technik (GKT lub CIT), to biegłemu można zlecić sprawdzenie, czy u badanego taką „świadomość winnego” lub „fakt ukrywania informacji” wykrył. Przy dużej dozie tolerancji można by uznać, że ów „związek emocjonalny” jest w jakimś sensie odpowiednikiem „świadomości winnego” lub „ukrywania posiadanych informacji”, choć by-łoby to wysoce nieprecyzyjne. Ale jeśli badanie wykonane było jedną z technik pytań kontrol-nych, to nie ustalano w nim „świadomości winnego” ani „ukrywania informacji”! – tylko szczerść lub nieszczerość badanego w obsza-rze wyznaczonym pytaniami krytycznymi.

Zatem organ procesowy, powołując biegłego z zakresu badań poligraficznych, może mu w postanowieniu zlecić ustalenie symptomów szczerości bądź nieszczerości w zakresie obję-tym pytaniami krytycznymi.

6. Jeśli zatem organ procesowy wydaje po-stanowienie o powołaniu biegłego w zakresie badań poligraficznych, to upewniwszy się, czy biegły rzeczywiście ma wiadomości specjalne (w pierwszej kolejności, czy dysponuje certyfi-katem American Polygraph Association lub re-komendacją Polskiego Towarzystwa Badań Poli-graficznych albo rekomendacją Stowarzyszenia Polskich Poligraferów), powinien – jak tego wy-maga art. 194 pkt 2 k.p.k. – poprawnie określić zakres i przedmiot ekspertyzy. Jeśli badanie ma być wykonane techniką pytań kontrolnych (np. najpopularniejszą dziś techniką Utah Zone Comparison Technique), postanowienie powin-no w następujący sposób zakreślać przedmiot i zakres ekspertyzy: „**Czy na pytania krytyczne**

<sup>13</sup> Techniki pytań kontrolnych to np. technika Reida, technika Backstera, Federal Zone Comparison Technique, Utah Zone Comparison Technique. Istotą tych technik jest stosowanie testów, w których obok pytań krytycznych i obojętnych stosuje się pytania kontrolne. Ocena reakcji polega na porównywaniu reakcji na pytania krytyczne z reakcjami na pytania kontrolne. Współcześnie w świecie, także w Polsce, stosuje się przede wszystkim techniki pytań kontrolnych. Najbardziej popularną techniką badania jest technika Utah ZCT.

<sup>14</sup> Rzecz była w Polsce wielokrotnie wyjaśniana i opisywana, ostatnio: J. Widacki, *Spór o technikę badań poligraficznych*, „Studia Prawnicze” 2016, nr 2(19), s. 9–24.

<sup>15</sup> Por. *Meta-analytic Survey of Criterion Accuracy of Validated Techniques*, „Polygraph” 2011, nr 20, s. 1.

dotyczące (np.) zabójstwa Kowalskiego badany reaguje tak, jak zwykle reagują osoby, które na pytania takie odpowiadają niezszerze, tj. kłamią lub zatają fakt posiadania informacji związanych z tym zabójstwem?”. Jeśli organ procesowy zakłada, że istnieje możliwość wykonania badania techniką GKT lub CIT, to znaczy badany został zatrzymany bezpośrednio przed badaniem, a szczegóły przestępstwa nie były ujawnione w mediach, w związku z czym można zasadnie zakładać, że znajomość szczegółów przestępstwa różnicuje sprawców i świadków od tych, którzy nie mają żadnych wiadomości o przestępstwie, można tak sformułować przedmiot ekspertyzy: **„Czy badany reaguje tak, jak osoba, która zna szczegóły zdarzenia, ale temu przeczy?”**. Ponieważ decyzja o tym, którą technikę badania zastosować w konkretnym przypadku, powinna należeć do biegłego, najlepiej gdy zadanie ekspertyzy (tu: badania poligraficznego) sformułowane jest w sposób wyżej opisany, w wariantcie pierwszym: **„Czy badany na pytania krytyczne testów dotyczących zabójstwa Kowalskiego reaguje tak, jak osoby, które na pytania krytyczne testów odpowiadają niezszerze, tj. kłamią lub zatają fakt posiadanych informacji związanych z tym zabójstwem?”**. Tak sformułowane zadania biegłego nie przesądają, jaką techniką (CQT czy GKT lub CIT) badanie ma być przeprowadzone.

Po przeprowadzeniu badania i po analizie stwierdzonych reakcji biegły w opinii powinien napisać odpowiedź na tak postawione pytanie. To znaczy powinien napisać, czy badany reaguje tak, jak zwykle reagują osobnicy, którzy na pytania krytyczne testów odpowiadają niezszerze, tj. kłamią lub zatają fakt posiadania istotnych informacji w tej sprawie.

Biegły powinien też podać podstawy swej konkluzji. Powinien podać, jaką technikę ba-

dania zastosował, podać liczbową wartość ocenianych reakcji oraz jaką metodę numerycznej oceny zapisów zastosował. Współczesny standard badań poligraficznych wymaga zastosowania numerycznej oceny zapisów. Oceny jakościowe (zwane często eufemistycznie „holistycznymi”) są współcześnie, jako zbyt przestarzałe, a w szczególności zbyt subiektywne, niedopuszczalne. Do opinii powinny być dołączone kopie zapisów poligraficznych, tak by ewentualnie powołani w trybie art. 201 k.p.k. inni biegli mogli ocenić prawidłowość wykonanego badania i prawidłowość ocen reakcji.

7. Wyjaśnienia wymaga, co znaczy użyte w opinii określenie „reaguje tak, jak zwykle reagują osoby, które na pytania krytyczne odpowiadają niezszerze, to jest kłamią lub zatają fakt posiadania informacji związanych z przestępstwem, którego dotyczy badanie”. Odnieść się tu trzeba do wartości diagnostycznej badania poligraficznego. Na marginesie warto odnotować, że wartość diagnostyczna badania poligraficznego należy do najlepiej zbadanych w naukach sądowych<sup>16</sup>. Wartość ta określana jest jakościowo („jest nie mniejsza niż innych rutynowo stosowanych metod nauk sądowych”<sup>17</sup>) lub ilościowo, przez podanie procentów wskazań (diagnoz) trafnych, błędnych i nierozstrzygających<sup>18</sup>. Przyjmuje się, że wartość diagnostyczna prawidłowo wykonanych badań poligraficznych, po odrzuceniu wyników nierozstrzygających, wynosi 85–95% trafnych wskazań (diagnoz). Inaczej mówiąc – szansa błędnego wskazania (diagnozy) wynosi od 5 do 15%. Jest to porównywalne z wartością diagnostyczną innych rutynowo stosowanych w kryminalistyce i akceptowanych w procesie karnym metod identyfikacji<sup>19</sup>. Co więcej, wartość diagnostyczna badania poligraficznego jest

<sup>16</sup> Por. J. Widacki, *Wartość diagnostyczna badania poligraficznego i jej znaczenie kryminalistyczne*, Wydawnictwo UJ, Kraków 1977; por. także: J. Widacki, F. Horvath, *An experimental investigation of the relative validity and utility of the polygraph technique and three others common methods of criminal identification*, „Journal of Forensic Sciences” 1978, 23, nr 3, s. 596–601; a ostatnio: *American Polygraph Association Report*, Polygraph 2011 (special issue).

<sup>17</sup> Por. np. J. Widacki, *Wartość diagnostyczna*; J. Widacki, F. Horvath, *An experimental investigation*.

<sup>18</sup> Tak na przykład uczyniono we wspomnianym wyżej Raporcie APA.

<sup>19</sup> Por. J. Widacki, F. Horvath, *An experimental investigation*.

wyższa od wartości diagnostycznej ekspertyzy pismoznawczej czy rozpoznania przez świadka w ramach okazania. Trzeba pamiętać, że ta relatywnie wysoka wartość diagnostyczna jest wyliczona dla badań wykonanych którąś z wystandaryzowanych technik. Jeśli badanie wykonane było techniką niestandardową, to jego wartość diagnostyczna jest nieznana. Jeśli więc po poprawnie wykonanym badaniu poligraficznym biegły stwierdzi, że osoba badana reagowała na pytania krytyczne tak, jak zwykle reagują osoby, które na te pytania odpowiadają nieszczerze (kłamia, zatajają coś), to znaczy, że na 100 badanych tak zareagowałoby 85–95 kłamiących, a tylko 5–15 szczerych, prawdziwych. I tylko (aż?) tyle może ustalić biegły w badaniu poligraficznym.

**8.** Dowód z badań poligraficznych podlega zatem, jak każdy dowód, ocenie w kontekście

innych dowodów, według reguł ustalonych w art. 7 k.p.k. Jest to dowód pośredni (co przyznał m.in. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 29 stycznia 2015 r. – por. wyżej), a zatem taki, który nie dotyczy bezpośrednio faktu głównego. Ustalenie dokonane w badaniu poligraficznym wymaga dopiero logicznego powiązania z faktem głównym, w szczególności wykazania poprzez inne dowody, że bardziej prawdopodobne jest, iż odnotowane reakcje badanego na pytania krytyczne są wynikiem tego, że na pytania krytyczne odpowiadał on nieszczerze, niż że są jakimś artefaktem o nieznannej przyczynie. Może to wbrew pozorom, ale identycznie postępujemy z dowodem z badań DNA. Ujawnienie śladu DNA na odzieży podejrzanego wymaga stwierdzenia, że bardziej prawdopodobne jest, iż znalazł się on tam w związku z zabójstwem niż w innych okolicznościach.

## Summary

*Jan Widacki*

### EXPERT OPINION FROM POLYGRAPH EXAMINATION IN POLISH CRIMINAL PROCEDURE

After the amendments from 2003, Criminal Procedure Code permits the use of polygraph testing both for the purposes of elimination (art. 192a § 2 of the Code) and evaluation of evidence (art. 199a of the Code).

In its statement of January 29 2015 (I KZP 25/14) the Polish Supreme Court makes comprehensive reference to polygraph practice, i.e. fine-tuning how to construe the passage: „polygraph examination must not be conducted with formal questioning (examination) of suspect or fitness by Police officer or prosecutor” included in the Code.

The Supreme Court furthermore specified that the opinion from polygraph examination belongs among circumstantial and not direct evidence. Numerous consequences ensue from the fact that a polygraph examination is therefore conducted by an expert-witness as a part of his or her expertise; they include expert-fitness eligibility, the form of the judicial body (prosecutor, Court) decision to Map Point such an expert, definition of the subject of examination, and the phrasing of the questions to be answered. Yet also the form of the expert opinion itself and the manner of considering it as evidence by the Court.

**KEY WORDS:** polygraph, expert opinion from polygraph examination, Polish criminal procedure, evidence, direct evidence

**POJĘCIA KLUCZOWE:** poligraf, opinia z badań poligraficznych, polski proces karny, dowód, dowód bezpośredni

## WYŁĄCZENIE ZATARCIA SKAZANIA ZA NIEKTÓRE PRZESTĘPSTWA PRZECIWKO WOLNOŚCI SEKSUALNEJ I OBYCZAJNOŚCI

Zatarcie skazania opiera się na założeniu, że po pewnym czasie należy „puścić w niepamięć” czyn sprawcy i fakt skazania za niego, gdyż „pamiętanie” mu tegoż w nieskończoność byłoby nadmierne rygorystyczne, a nawet niehumanitarne. Fakt skazania odnotowany jest w specjalnie prowadzonym dla tego celu rejestrze, którym aktualnie jest Krajowy Rejestr Karny, przez co wiedza o tym obciąża sprawcę w wielu aspektach jego życia, w szczególności niemożności zatrudnienia w niektórych zawodach oraz na niektórych stanowiskach. Pogłębia ona również jego społeczną stygmatyzację, która może także dotyczyć jego najbliższych. Wiedza o skazaniu może więc być nawet bardziej dotkliwa niż orzeczona i wykonana kara za przestępstwo. Dlatego też tradycją polskiego prawa karnego jest zatarcie skazania. Ujmując rzecz najogólniej – na gruncie Kodeksu karnego z dnia 11 lipca 1932 r.<sup>1</sup> następowało ono wyłącznie na mocy orzeczenia sądu, zaś w Kodeksie karnym z dnia 19 kwietnia 1969 r.<sup>2</sup> oraz w Kodeksie karnym z dnia 6 czerwca 1997 r.<sup>3</sup> jako regułę przyjęto zatarcie skazania z mocy prawa z jednoczesną możliwością jego wcześniejszego nastąpienia na mocy orzeczenia sądu działającego na wniosek skazanego odnośnie do niektórych z kar. Okres, po upływie którego to następowało w przeszłości, jak też następuje z mocy prawa lub może nastąpić na wniosek skazanego aktualnie, zależał i zależy wyłącznie od rodzaju i wysokości wymierzonej mu kary,

nie zaś od rodzaju naruszonych bądź zagrożonych przez niego dóbr prawnych.

W pierwotnym brzmieniu Kodeksu karnego z 1997 r., tak jak w jego poprzednikach, regulą było zatarcie skazania za wszystkie przestępstwa. Jednak ustawą z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy<sup>4</sup> dodano do Kodeksu karnego art. 106a. Stanowi on, że „nie podlega zatarciu skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jeżeli pokrzywdzony był małoletnim poniżej lat 15”. Rozwiązanie to nie jest jedynym, które wprowadza niezacierałość skazania, gdyż ta dotyczy także środków karnych orzekanych na zawsze. Chodzi o orzekany w takim wymiarze czasowym środek karny zakazu prowadzenia pojazdów, jaką to możliwość wprowadzono ustawą z dnia 14 kwietnia 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny<sup>5</sup>, jak też o środek karny zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów lub działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi oraz o środek karny zakazu przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu,

<sup>1</sup> Dz.U. z 1932 r. nr 60, poz. 571 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz.U. z 1969 r. nr 13, poz. 94 z późn. zm.

<sup>3</sup> Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz.U. z 2005 r. nr 163, poz. 1363.

<sup>5</sup> Dz.U. z 2000 r. nr 48, poz. 548.

w razie ponownego skazania sprawcy za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego, które to środki wprowadzono wskazaną powyżej ustawą z 2005 r., a więc wraz z art. 106a k.k.

Jak wskazuje B. J. Stefańska, przepis ten jest wyrazem zaostrzenia represji za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletnich poniżej lat 15 w szerszym aniżeli dotyczącym tylko tego rozwiązania zakresie. Wszak na mocy wskazanej ustawy z 2005 r. wprowadzono szereg regulacji zaostrzających traktowanie sprawców przestępstw seksualnych z pokrzywdzeniem małoletnich<sup>6</sup>. Za A. Grześkowiak wskazać trzeba także, że rozwiązanie to wprowadzono, mając na celu przede wszystkim realizację zadań wynikających z funkcji ochronnej prawa karnego oraz jego funkcji prewencyjnej. Ma ono także za zadanie „utrwalenie stygmatyzacji” sprawcy przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, a o jego wprowadzeniu zadecydowały względy polityki kryminalnej zawierające się w konieczności zintensyfikowania środków i metod zwalczania groźnych przestępstw o charakterze pedofilskim<sup>7</sup>. M. Błaszczyk wskazuje, że za wprowadzeniem tej regulacji przemawiały silne racje polityczno-kryminalne. Nie sposób bowiem kwestionować konieczności zintensyfikowania środków i metod zwalczania groźnej przestępczości pedofilskiej, a wyłączenie zatarcia skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jeżeli pokrzywdzonym był małoletni poniżej lat 15, może pomóc w realizacji tego zadania, choć przepis art. 106a k.k. nie jest wolny od wad<sup>8</sup>. Według T. Bojarskiego ustawodawca, wprowadzając to rozwiązanie, kierował się potrzebą wzmocnienia ochrony dzieci przed

demoralizacją i krzywdą moralną<sup>9</sup>, co jest specyficznym wytłumaczeniem pojawienia się przedmiotowego rozwiązania.

Zgodnie z przepisem art. 106a k.k. nie podlega zatarciu jedynie takie skazanie, które łącznie spełnia trzy przesłanki: sąd wymierzył sprawcy karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, skazał go za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, pokrzywdzony był małoletnim poniżej lat 15. W razie niespełnienia którejkolwiek z tych przesłanek skazanie ulegnie zatarciu na zasadach ogólnych przewidzianych w art. 106–108 k.k.

Jeśli chodzi o pierwszą z przesłanek, to skazanie nie ulegnie zatarciu tylko w razie skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Gdyby na podstawie art. 69 § 1 k.k. do takiego zawieszenia doszło, to zgodnie z art. 76 § 1 k.k. skazanie uległoby zatarciu z mocy prawa z upływem 6 miesięcy od zakończenia okresu próby. Jak zauważa A. Zientara, problematyczne jest, jak należy rozumieć użyte w art. 106a k.k. wyrażenie odnoszące się do kary pozbawienia wolności, gdyż Kodeks karny posługuje się pojęciem „kara pozbawienia wolności” niejednolicie, a mianowicie raz traktując je tylko jako mające zastosowanie do terminowej kary pozbawienia wolności, a innym razem odnosząc je także do kary 25 lat pozbawienia wolności oraz kary dożywotniego pozbawienia wolności. Zdaniem autorki użyte w art. 106a k.k. wyrażenie „kara pozbawienia wolności” odnosi się do wszystkich tych kar, gdyż w przeciwnym razie przy wymierzeniu sprawcy przestępstwa kary pozbawienia wolności do lat 15 zatarcie skazania nie następowaloby, a co miałyby miejsce, gdyby sąd wymierzył mu karę 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności, co byłoby niedorzecznością. Kwestia ta

<sup>6</sup> B. J. Stefańska, *Zatarcie skazania*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. A. Stefański, Warszawa 2015, s. 619–620.

<sup>7</sup> A. Grześkowiak, *Zatarcie skazania*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak i K. Wiak, Warszawa 2015, s. 679.

<sup>8</sup> M. Błaszczyk, *Zatarcie skazania*, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 32–116*, red. M. Królikowski i R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 677.

<sup>9</sup> T. Bojarski, *Zatarcie skazania*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, s. 282.

miałaby znaczenie w przypadku skazania za zabójstwo małoletniego do lat 15 w związku z jego zgwałceniem, gdyż żadne z przestępstw z art. 197–204 k.k. nie jest zagrożone karą 25 lat pozbawienia wolności ani karą dożywotniego pozbawienia wolności<sup>10</sup>. Pogląd, że chodzi tu o wszystkie z tych kar, reprezentuje także A. Grześkowiak<sup>11</sup>. Należy się z nim zgodzić, uznając, że w grę wchodzi tu skazanie na wszystkie z tych kar.

Anna Zientara słusznie wskazuje także, że użyte w art. 106a k.k. wyrażenie „skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania” odnosi się jedynie do wymiaru kary wyznaczonego w wyroku. Bez znaczenia jest zatem ewentualne późniejsze odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności ze względu na zarządzenie wykonania kary pierwotnie warunkowo zawieszony, jak też zamiana kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszony na karę grzywny lub ograniczenia wolności<sup>12</sup>. Tak samo uważa I. Zgoliński<sup>13</sup> oraz B. J. Stefańska<sup>14</sup>.

Drugą z przesłanek zastosowania art. 106a k.k. to skazanie za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Zdaniem K. Banasik ustawodawca błędnie użył spójnika „i” dla oznaczenia przestępstw, co do których chciał objąć możliwie jak najszerszą prawnokarną ochroną małoletnich poniżej lat 15, gdyż nie wszystkie przestępstwa stypizowane w rozdziale XXV Kodeksu karnego godzą zarówno w wolność seksualną, jak i obyczajność, a w konsekwencji właściwsze byłoby tu zastosowanie spójnika „lub”<sup>15</sup>. Zarzutowi temu na poziomie analizy dogmatycznej trudno odmówić racji, uznając, że lepiej byłoby, gdyby ustawodawca zastosował tu spójnik „lub”.

Biorąc jednak pod uwagę *ratio legis* analizowanego przepisu, przyjąć należy, że dotyczy on wszystkich przestępstw z tego rozdziału stypizowanych w art. 197–204 k.k. niezależnie od indywidualnego czy też rodzajowego przedmiotu ich ochrony, jak też niezależnie od bliższego i dalszego takiego przedmiotu. Taka interpretacja wcale nie zmniejsza, lecz pogłębia wątpliwości dotyczące art. 106a k.k., o których szerzej poniżej. Ponadto sporną może być kwestia kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu, tj. w razie realnego zbiegu przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, popełnionego na szkodę małoletniego poniżej lat 15, z innym przestępstwem, np. zabójstwem w związku ze zgwałceniem. Szczegółowe rozważania w tym zakresie podjęła A. Zientara, według której znaczenie ma przyjęcie jednego z przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności pozostającego w zbiegu z innym przestępstwem jako podstawy skazania i podstawy wymiaru kary, jak też istotne jest, czy związek między takimi przestępstwami jest jednoczynowy, czy też wieloczynowy<sup>16</sup>. Nie zanurzając się w niuanse tych analiz, podzielić należy zapatrywanie I. Zgolińskiego, że niezacierałość skazania dotyczy czynu, w którego kwalifikacji prawnej znajduje się wymagane przez art. 106a k.k. przestępstwo, a bez znaczenia jest to, czy podstawą wymierzenia kary była sankcja określona za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności<sup>17</sup>.

Trzecią przesłanką zastosowania art. 106a k.k. jest to, aby pokrzywdzony miał mniej niż 15 lat. Chodzi tu o jego wiek w chwili czynu, który jest skorelowany z wiekiem ochronnym z art. 200 i 200a k.k. Podkreślenia wymaga, przy wszelkich zarzutach wobec rozwiązania

<sup>10</sup> A. Zientara, *Sporne problemy dotyczące wyłączenia możliwości zatarcia skazania na podstawie art. 106a k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 3, s. 100–101.

<sup>11</sup> A. Grześkowiak, *Zatarcie skazania*, s. 680.

<sup>12</sup> A. Zientara, *Sporne problemy*, s. 101.

<sup>13</sup> I. Zgoliński, *Zatarcie skazania*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2016, s. 546.

<sup>14</sup> B. J. Stefańska, *Zatarcie skazania*, s. 621.

<sup>15</sup> K. Banasik, *Zatarcie skazania za przestępstwa o charakterze seksualnym*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 9, s. 95–100.

<sup>16</sup> A. Zientara, *Sporne problemy*, s. 101–102.

<sup>17</sup> I. Zgoliński, *Zatarcie skazania*, s. 547.

przewidzianego w art. 106a k.k., że i tak ustawodawca wybrał opcję mniej rygorystyczną. Wszak mógł nie wprowadzić przedmiotowego ograniczenia wiekowego, a w konsekwencji konstrukcją niezacierałości skazania objąć przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności z pokrzywdzeniem wszystkich małoletnich, a więc do ukończenia przez nich 18. roku życia, co jeszcze bardziej pogłębiłoby rygoryzm i nieracjonalność analizowanego rozwiązania.

Powoduje ono, jak podnosi Ł. Pohl, że w obecnie obowiązującym polskim prawie karnym nie obowiązuje zasada, że każde skazanie za przestępstwo może ulec zatarciu<sup>18</sup>. Jest to wbrew tradycji polskiego prawa karnego. Nie umniejsza tegoż to, że do zatarcia takiego skazania może dojść w drodze aktu łaski Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, na co zasadnie zwraca uwagę B. J. Stefańska<sup>19</sup>. Dostrzega to także K. Banasik, która pisze, że do zatarcia skazania, o którym mowa w art. 106a k.k., może dojść jedynie w drodze ulaskawienia albo amnestii. Autorka jednocześnie zauważa, że unormowanie zawarte w art. 106a k.k. powstało z woli ustawodawcy, dlatego też nie wchodzi w grę ustawa o amnestii, zależna w oczywisty sposób od woli tego samego ustawodawcy. Stosowania zaś prawa łaski nie można traktować jako sposobu rozwiązywania problemu, gdyż ulaskawienie ze swej istoty powinno następować z powodu nadzwyczajnych okoliczności, a nie być środkiem naprawiania regulacji prawa karnego. Jej zdaniem nie można także argumentować w obronie obecnego uregulowania, że skazany, który nie stanowi już zagrożenia dla małoletnich, zawsze może liczyć na ulaskawienie<sup>20</sup>.

Co do zasady fakt skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko

wolności seksualnej i obyczajności z pokrzywdzeniem małoletniego poniżej lat 15 będzie go obciążał do końca życia. Zdaniem N. Kłaczyńskiej z brzmienia art. 106a k.k. można wyprowadzić wnioski, że zatarcie skazania nie następuje nigdy, nawet po śmierci sprawcy<sup>21</sup>, co nie jest twierdzeniem uprawnionym odnośnie do czasu po śmierci sprawcy. Zgodnie bowiem z art. 14 ust. 7 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym<sup>22</sup> „dane osób zmarłych usuwa się z rejestru po otrzymaniu zawiadomienia o ich zgonie”. Stanowi to jednak dość wątpliwą dla sprawcy perspektywę, że po jego śmierci „w końcu” ciężące na nim piętno pedofila zostanie z niego „zdjęte”.

Wątpliwości budzi także relacja art. 106a k.k. do art. 108 k.k., który przewiduje regułę jednoczesnego zatarcia wszystkich skazań. Przepis ten stanowi, że „jeżeli sprawcę skazano za dwa lub więcej nie pozostających w zbiegu przestępstw, jak również jeżeli skazany po rozpoczęciu, lecz przed upływem okresu wymaganego do zatarcia skazania ponownie popełnił przestępstwo, dopuszczalne jest tylko jednoczesne zatarcie wszystkich skazań”. Gdyby przyjąć, że regulacja ta dotyczy wszystkich skazań, a więc zarówno tych, które standardowo ulegają zatarciu, jak i tych, które na podstawie art. 106a k.k. zatarciu nie ulegają, należałoby uznać, że gdyby sprawca po skazaniu w warunkach art. 106a k.k. popełnił jakiegokolwiek przestępstwo, to skazanie za nie nigdy nie uległoby zatarciu, co byłoby wbrew *ratio legis* rozwiązania niezacierałości tylko skazań, o których mowa w przedmiotowym przepisie. Dlatego też przyjąć należy za A. Zientarą, że art. 108 k.k. dotyczy tylko skazań ulegających zatarciu, a więc *a contrario* nie dotyczy tych skazań, o których stanowi art. 106a k.k.<sup>23</sup>

Rozwiązaniu z art. 106a k.k. czyni się wiele zarzutów, które należy przytoczyć *in extenso*.

<sup>18</sup> Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 466.

<sup>19</sup> B. J. Stefańska, *Zatarcie skazania w formie aktu łaski*, „Prokuratura i Prawo” 2009, z. 1, s. 46.

<sup>20</sup> K. Banasik, *Zatarcie skazania*, s. 102–103.

<sup>21</sup> N. Kłaczyńska, *Zatarcie skazania*, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 648.

<sup>22</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1036 z późn. zm.

<sup>23</sup> A. Zientara, *Sporne problemy*, s. 106.



Jedni przedstawiciele doktryny prawa karnego pozostają na gruncie tej gałęzi prawa, inni zaś prezentują szerszą, gdyż konstytucyjnoprawną perspektywę krytyczną. Wypowiedzi niektórych ograniczają się do kwestionowania przedmiotowej niezacieralności, a inne zawierają uzasadnienia takiego stanowiska, niekiedy nawet dość obszerne. Wiele argumentów powiela się, choć występują także oryginalne zapatrywania w tym zakresie.

Mianowicie zdaniem A. Marka i V. Konarskiej-Wrzošek przedmiotowe rozwiązanie jest pozbawione racjonalności i głęboko niesłuszne. Nie jest zrozumiałe, dlaczego skazanie nawet za najcięższe zbrodnie na karę 25 lat pozbawienia wolności podlega instytucji zatarcia skazania, a jest od niej wyłączone skazanie na karę pozbawienia wolności, bez względu na jej wymiar, za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni poniżej lat 15. Tego rodzaju nieprzemysłane regulacje psują prawo i zasługują na jednoznaczny krytykę<sup>24</sup>. Podobnie wypowiada się o nim J. Warylewski, który pisze, że uregulowanie to eliminuje zastosowanie instytucji zatarcia skazania w stosunku do sprawców przestępstw godzących w określone dobra prawne ze wskazaniem na małoletniego jako pokrzywdzonego. Odbiega to zdecydowanie od systemowych założeń instytucji zatarcia skazania przewidujących, że czas potrzebny do zatarcia skazania zależy od wysokości zagrożenia karnego, a nie od rodzaju naruszonych dóbr prawnych. Usunięcie wpisu o skazaniu z Krajowego Rejestru Karnego będzie więc dotyczyło nawet sprawców zbrodni zabójstwa skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności, ale już nie tego, kto np. został skazany na 2 lata pozbawienia wolności za masturbowanie się w obecności małoletniego poniżej lat 15. J. Warylewski uważa rozwią-

zanie to za nieracjonalne, nadmiernie represyjne i niehumanitarne. Pozwala ono np. na to, aby dożywotnie piętno pedofila, ze wszystkimi społecznymi konsekwencjami, przylgnęło do siedemnastolatka, który za zgodą czternastoletniej dziewczyny dopuścił się pewnych czynności seksualnych, niekoniecznie polegających na obcowaniu płciowym<sup>25</sup>.

Również W. Wróbel i A. Zoll rozwiązanie z art. 106a k.k. oceniają jednoznacznie negatywnie. Ich zdaniem odebranie prawa do zatarcia skazania jest niehumanitarne i można nawet mieć wątpliwości co do zgodności tego przepisu z Konstytucją, w szczególności z art. 31 ust. 3 statuującym zasadę proporcjonalności, a także z art. 2, który wyraża zasadę demokratycznego państwa prawnego. Autorzy ci wskazują, że widać bardzo wyraźnie, iż podstawą przyjętego rozwiązania były argumenty populistyczne, co jest tym bardziej widoczne, jeżeli się zważy, że zmiana ta została przyjęta na progu kampanii parlamentarnej i prezydenckiej<sup>26</sup>. Rację tym zarzutom przyznają Ł. Pohl<sup>27</sup> oraz I. Zgoliński, który podnosi ponadto, że brak jest pragmatycznych podstaw uzasadniających przyjęte rozwiązanie<sup>28</sup>. Zapatrywaniom tym trudno odmówić racji.

Pozostając przy argumentacji konstytucyjnoprawnej, można mieć także wątpliwości co do zgodności art. 106a k.k. z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa, którą wyraża art. 32 ust. 1 ustawy zasadniczej. W sposób nierówny traktuje on bowiem sprawców przestępstw, w gorszej sytuacji stawiając tych z nich, którzy dopuścili się przestępstw często łagodniejszych w porównaniu z tymi, którzy zostali skazani za przestępstwa poważniejsze. Z tych samych powodów może on być także postrzegany jako naruszający konstytucyjną zasadę niedyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny gwarantowaną przez art. 32 ust. 2

<sup>24</sup> A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 417–418.

<sup>25</sup> J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 536.

<sup>26</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 588–589.

<sup>27</sup> Ł. Pohl, *Prawo karne*, s. 466.

<sup>28</sup> I. Zgoliński, *Zatarcie skazania*, s. 546–547.

Konstytucji. Rozwiązanie z art. 106a k.k. dyskryminuje bowiem sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności z pokrzywdzeniem małoletnich poniżej lat 15, i to nie wszystkich, ale tylko tych, którzy zostali skazani na bezwzględną karę pozbawienia wolności, co wcale nie musi oznaczać, że to właśnie ci popełnili najpoważniejsze przestępstwa tego rodzaju. Wszak wybór rodzaju kary i jej wymiar, jak też warunkowe zawieszenie jej wykonania, zależy od uznania sądu i nie jest wykluczone, że w bardzo podobnych sprawach będzie to bardzo różnie wyglądało, w konsekwencji czego rzeczywiste dolegliwości dla sprawców będą bardzo różne, w tym wobec jednych z nich dojdzie do zatarcia skazania, a inni będą funkcjonowali z piętnem pedofila do końca swoich dni.

Krytyczna co do niego jest także A. Grześkowiak, która zwraca uwagę na zbyt szeroki zakres wyłączenia zatarcia skazania i jego niespójność aksjologiczną z kodeksowym systemem wartości, jak też na jego sprzeczność z art. 3 k.k.<sup>29</sup> Przepis ten stanowi, że „kary oraz inne środki przewidziane w tym kodeksie stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, w szczególności z poszanowaniem godności człowieka”. Jak zauważa L. Gardocki, zgodnie z tą zasadą prawo karne powinno być humanitarne, ludzkie w tym znaczeniu, że wymagania przezeń stawiane powinny być na miarę możliwości ludzi, a stosowane kary i środki nie powinny być okrutne, nie powinny poniżać karanego ani wyrządzać mu zbędnych dolegliwości<sup>30</sup>. Analizowana niezacierałość skazania musi być uznana właśnie za przejaw zbędnej dolegliwości, przy czym zbędność ta sprowadza się do braku walorów prewencyjnych w zakresie prewencji indywidualnej i generalnej przyjętego rozwiązania, którą dałoby się osiągnąć poprzez zastosowanie innych rozwiązań, jak np. orzeczenia dożywotniego zakazu pracy z dziećmi. Jest ona też wyrazem

nieuzasadnionej niewiary w poprawę człowieka, który wszak mógł dopuścić się zachowania przeciwko wolności seksualnej i obyczajności z pokrzywdzeniem dziecka poniżej lat 15, będąc w młodym wieku, czego żałuje, przez kolejne lata zachowuje się zgodnie z prawem, za co nie otrzymuje nic w zamian, lecz jest nadal „karany” statusem przestępcy o szczególnym „zabarwieniu”, bo pedofilskim. Takie traktowanie może poniżać sprawcę, co może być dla niego nawet na tyle negatywne, że może prowadzić go do kolejnych czynów zabronionych podobnych do tego lub do tych, za który lub które został skazany, na zasadzie, że skoro jest on „dożywotnim pedofilem”, to nie ma już w tym względzie nic do stracenia.

Paradoksalnie, przedmiotowa regulacja zamiast skutkować rygorystycznym traktowaniem sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności z pokrzywdzeniem małoletnich poniżej lat 15, może prowadzić do ich łagodniejszego traktowania w porównaniu z sytuacją, gdyby rozwiązania art. 106a k.k. nie było. Mianowicie nie jest wykluczone, że sąd, rozważając skazanie sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, jednak zdecyduje się na zastosowanie tego środka probacyjnego właśnie po to, aby nie obciążać sprawcy odium dożywotniej niezacierałości skazania. Po zmianach wprowadzonych przez ustawę z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw<sup>31</sup> kwestia ta jest tym bardziej istotna, bowiem zgodnie z art. 69 § 1 k.k. sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej w wymiarze nieprzekraczającym roku, a nie jak przedtem – w wymiarze do lat 2.

Rozwiązanie przyjęte w art. 106a k.k. za błędne uważa także M. Mozgawa, który całkowicie brak możliwości zatarcia skazania postrzega jako niehumanitarny. Autor ten wskazuje, że jeśli ustawodawca uważał, że zmiana w tym

<sup>29</sup> A. Grześkowiak, *Zatarcie skazania*, s. 679–680.

<sup>30</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 13.

<sup>31</sup> Dz.U. z 2015 r. poz. 396.

zakresie była konieczna z uwagi na względy polityki kryminalnej, to ewentualnie należało wydłużyć okres, po którym następowałoby zatarcie skazania, i wykluczyć możliwość wcześniejszego zatarcia skazania na wniosek albo wydłużyć okres, po którym mogłoby to nastąpić. Należy bowiem zauważyć, że zatarciu podlegają nawet skazania za najcięższe zbrodnie, w tym na 25 lat pozbawienia wolności i dożywotnie pozbawienie wolności<sup>32</sup>. Są to propozycje warte rozważenia, mogące stanowić swego rodzaju „złoty środek” pomiędzy tym, co obowiązuje, a co trudno byłoby zapewne zupełnie znieść zgodnie z postulatami niektórych przedstawicieli nauki prawa karnego. Mogłoby to być bowiem odebrane jako nadmierna liberalizacja w traktowaniu sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności z pokrzywdzeniem małoletnich.

Usunięcie art. 106a k.k. jako będącego błędem ustawodawcy i sprzecznego z zasadą humanitaryzmu, jak też nieracjonalnego z punktu widzenia zasad polityki karnej, postulował A. Marek<sup>33</sup>, z którym zgodziłem się we wcześniejszym opracowaniu<sup>34</sup>. Za wyeliminowaniem tego przepisu z Kodeksu karnego opowiadają się także B. J. Stefańska<sup>35</sup> oraz K. Banasik<sup>36</sup>. Jednak taki postulat *de lege ferenda* może być niemożliwy do zrealizowania w najbliższej perspektywie czasowej, a to ze względu na podejście ustawodawcy nastawionego zdecydowanie rygorystycznie wobec sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności z pokrzywdzeniem małoletnich. Rygoryzm ten jest zrozumiały jako taki, ale szkoda, że w jego ramach zabrakło i nadal brakuje racjonalnego namysłu nad pewnymi szczegółowymi rozwiązaniami sprzecznymi ze standardami systemowymi prawa karnego.

Interesujące, ale niemożliwe do zaakcepto-

wania, zmiany przedmiotowego rozwiązania zaproponowała A. Zientara. Mianowicie proponuje ona wyeliminowanie automatyzmu wprowadzonego przez art. 106a k.k., po pierwsze, poprzez przyznanie sądom możliwości ustanawiania dłuższych okresów koniecznych do zatarcia skazania za analizowane przestępstwa, a nawet możliwość orzeczenia o wyłączeniu zatarcia danego skazania. Miałyby to być rozwiązania wzorowane na art. 77 § 2 k.k., który przewiduje możliwość wyznaczenia przez sąd surowszych ograniczeń do skorzystania przez skazanego z warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. Sąd, orzekając takie wydłużenie okresu niezbędnego do zatarcia skazania, wziąłby pod uwagę okoliczności danej sprawy, a więc osobę sprawcy, jego uprzednią karalność, a także względy prewencji ogólnej i szczególnej. Zdaniem A. Zientary takie rozwiązanie wyeliminowałoby oczywiście niesprawiedliwości, jakie wiążą się ze stosowaniem art. 106a k.k. obecnie. Drugim rozwiązaniem zaproponowanym przez autorkę jest utrzymanie niezacieralności skazania za takie przestępstwa, z tym jednak uzupełnieniem, że po upływie określonego czasu od wykonania lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania skazany mógłby wystąpić do sądu z wnioskiem o zarządzenie zatarcia skazania. Sąd, orzekając o zatarciu lub jego odmowie, dokonałby oceny m.in. ciężaru gatunkowego popełnionego przestępstwa, osoby sprawcy, jego zachowania przed popełnieniem przestępstwa i po jego popełnieniu<sup>37</sup>. Pierwsze z rozwiązań proponuje także M. Błaszczyk, która uważa, że warto byłoby zwłaszcza rozważyć możliwość powierzenia decyzji co do zatarcia skazania spełniającego przesłanki wskazane w art. 106a k.k. sądom, które w wyrokach wskazywałyby skazania, które nie podlegałyby zatarciu<sup>38</sup>. Przy-

<sup>32</sup> M. Mozgawa, *Zatarcie skazania*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015, s. 299.

<sup>33</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 243.

<sup>34</sup> R. Krajewski, *Zatarcie skazania w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 11, s. 106–107.

<sup>35</sup> B. J. Stefańska, *Zatarcie skazania*, s. 621.

<sup>36</sup> K. Banasik, *Zatarcie skazania*, s. 103.

<sup>37</sup> A. Zientara, *Sporne problemy*, s. 107–108.

<sup>38</sup> M. Błaszczyk, *Zatarcie skazania*, s. 677.

jęcie tych propozycji oznaczałoby przyznanie zbyt dużej władzy sądom, które, co oczywiste, różniłyby się w ocenach poszczególnych przestępstw i traktowaniu ich sprawców, co mogłoby powodować nieuzasadnione rozbieżności orzecznicze. Proponowane rozwiązania nie mogą stanowić remedium na błędne regulacje prawne, wszak w polskim porządku prawnym sądy mają stosować prawo, a nie zastępować ustawodawcę w jego tworzeniu, zgodnym ze standardami systemu prawa jako takiego.

Dlatego propozycja M. Mozgawy sprowadzająca się do wydłużenia okresów zatarcia skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, gdy pokrzywdzonym był małoletni poniżej lat 15, jest propozycją najrozsądniejszą. Jej przyjęcie byłoby zgodne z formułą surowszego

traktowania takich przestępstw w perspektywie upływu czasu. Wszak odnośnie do przedawnienia ścigania takich i innych przestępstw na ich szkodę, zgodnie z art. 101 § 1 k.k., termin ten też jest dłuższy w porównaniu z przedawnieniem innych przestępstw. Postulowanie całkowitego zrównania traktowania zatarcia skazania za takie przestępstwa z innymi przestępstwami, jakkolwiek czynione także przeze mnie wcześniej, nie wydaje się mieć szansy na realizację, ale to, co jest *de lege lata*, także nie powinno się ostać. Potrzeba bowiem surowego traktowania sprawców wszelkich przestępstw na szkodę małoletnich, w tym przeciwko ich wolności seksualnej i obyczajności, ale tak samo potrzeba racjonalizmu prawa karnego jako tej części systemu prawa, której niedoskonałości mają konsekwencje często bardziej doniosłe niż konsekwencje pozostałych jego dziedzin.

## Summary

*Radosław Krajewski*

### EXCLUSION OF CANCELLING OF SENTENCING FOR SOME OFFENCES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND DECENCY

Cancelling of sentencing results in recognition of the sentenced person as unpunished, which is important for the social status of the person. It applies to all offences according to the rule that the more severe the penalty is, the longer cancelling period follows it. The sentence to a penalty of deprivation of freedom without a conditional suspension of its enforcement for offences against sexual freedom and decency is not cancelled if the wronged person was a minor below 15 years of age. Such solution is contrary to the systemic standards of the criminal law, there are no reasonable grounds for its maintenance. Eliminating it, however, seems to be impossible, that is why, in comparison with other offences, we should call for introduction of longer cancelling periods.

**KEY WORDS:** cancelling of sentencing, offence, minor, sexual freedom, decency, deprivation of freedom

**POJĘCIA KLUCZOWE:** zatarcie skazania, przestępstwo, małoletni, wolność seksualna, obyczajność, kara pozbawienia wolności

## CZY KONSTRUKCJA CZYNU CIĄGŁEGO W KODEKSIE KARNYM SKARBOWYM OBEJMUJE ZACHOWANIA NIEUMYŚLNE?

Przed nowelizacją z 28 lipca 2005 r. w Kodeksie karnym skarbowym konstrukcja czynu ciągłego odpowiadała regulacji przyjętej przez Kodeks karny z 1997 r. W art. 6 § 2 k.k.s. przyjęto w 1999 r., analogicznie do art. 12 k.k., że czyn ciągły stanowi dwa lub więcej zachowań podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru. Jednocześnie przyjęto, że w zakresie czynów zabronionych polegających na uszczupieniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej za krótki odstęp czasu uważa się okres kilku miesięcy (art. 6 § 2 *in fine* k.k.s.).

Na gruncie tak unormowanego czynu ciągłego nie budzi wątpliwości, że instytucja ta obejmować mogła jedynie zachowania charakteryzujące się umyślnością. Wskazuje na to użycie przez ustawodawcę pojęcia „z góry powzięty zamiar”, który w przypadku zachowań cechujących się nieumyślnością nie występuje<sup>1</sup>.

Komplikację przyniosła nowelizacja z 28 lipca 2005 r.<sup>2</sup>, wprowadzając istotne odmienności konstrukcji czynu ciągłego w ujęciu prawa karnego skarbowego wobec konstrukcji przyjętej w powszechnym prawie karnym. W wyniku zmiany z art. 6 § 2 k.k.s. zniknęło pojęcie z góry powziętego zamiaru. W jego miejsce pojawiły się dwie przesłanki, z których każda samodzielnie (ze względu na zastosowanie alternatywy zwykłej wyrażonej spójnikiem „lub”) pozwala

na zakwalifikowanie dwóch lub więcej zachowań podjętych w krótkich odstępach czasu jako jednego czynu zabronionego. Pierwsza z nich to „wykonanie tego samego zamiaru”, druga zaś to „wykorzystanie takiej samej sposobności”.

Tytułowe zagadnienie pozostawało dotąd w literaturze przedmiotem zaledwie apriorycznych twierdzeń, co wyklucza możliwość śledzenia toku myślowego stawiających je badaczy. Z różnych względów twierdzenia te nie mogą być traktowane jako oczywiste i niewymagające argumentacji. W doktrynie autorem najbardziej komplementarnej wypowiedzi odnoszącej się do omawianego zagadnienia jest P. Kardas:

„Poza (...) różnicami w ujęciu poszczególnych przesłanek (kryteriów) czynu ciągłego w prawie karnym powszechnym oraz prawie karnym skarbowym istotne jest podkreślenie odmiennego zakresu zastosowania instytucji czynu ciągłego w zakresie prawa karnego powszechnego oraz prawa karnego skarbowego. W drugim ze wskazanych obszarów zakres zastosowania czynu ciągłego jest zdecydowanie szerszy i obejmuje obok odmiennie ujętych zachowań umyślnych także zachowania realizowane z wykorzystaniem takiej samej sposobności, a więc spięte przesłanką obiektywną, **umożliwiająca powiązanie węzłem ciągłości także zachowań nieumyślnych** [podkr. M. Z.]”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Por. A. Wąsek, *Problemy z przestępstwem ciągłym*, (w:) T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.), *Problemy reformy prawa karnego*, Lublin 1993, s. 83; zob. wyrok SA w Katowicach z 30 marca 2006 r., II AKa 80/06, LEX nr 191757; wyrok SN z 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, Prok. i Pr. 1999, z. 10, poz. 2; wyrok SN z 1 lutego 2006 r., II KK 127/05, LEX nr 173663; postanowienie SN z 1 kwietnia 2003 r., IV KZ 9/03, R-OSNKW 2003, poz. 685.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 178, poz. 1479).

<sup>3</sup> P. Kardas, (w:) P. Kardas (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2012, s. 62; por. G. Bogdan,

O ile jest jasne, że przesłanka przyjęcia jednoczynowości polegająca na wykonaniu tego samego zamiaru ma charakter subiektywny, o tyle niezrozumiałe jest kategoryczne twierdzenie o obiektywnym charakterze drugiej z przesłanek, polegającej na wykorzystaniu takiej samej sposobności. Pogłębiona analiza dogmatyczna wydaje się tu niezbędna nie tylko ze względu na teoretyczną atrakcyjność poruszanej kwestii, lecz także wobec praktycznego jej znaczenia. Wprawdzie nieumyślne przestępstwa skarbowe zostały w ustawie karnej skarbowej stypizowane bodaj jedynie w art. 65 § 2 oraz art. 91 § 2, a tylko nieliczne spośród wykroczeń mogą być popełnione nieumyślnie (zob. art. 65 § 4 w zw. z § 2, art. 84 § 1, art. 91 § 4 w zw. z § 2, art. 96 § 1, art. 106l § 1 oraz art. 111 § 1 k.k.s.), jednakże już choćby jeden przepis typizujący w ustawie karnej skarbowej, a obejmujący nieumyślne zachowanie się sprawcy, czyni niniejszą analizę uzasadnioną także w sferze *praxis*. Mając zatem na uwadze, że interpretacja art. 6 § 2 k.k.s. przedstawiona w powyżej zacytowanej wypowiedzi P. Kardasa pozwala na przypisanie sprawcy nieumyślnego ciągłego przestępstwa lub wykroczenia skarbowego, przyjrzyjmy się temu przepisowi bliżej i zbadajmy, czy rzeczywiście może dojść do przyjęcia na gruncie ustawy karnej skarbowej czynu ciągłego wobec zachowań charakteryzujących się nieumyślnością.

Podstawowym problemem w kontekście postawionego w tytule pytania jest trudność w zdekodowaniu znaczenia ustawowego wyrażenia: „wykorzystanie takiej samej sposobności”. Trudność ta ma kilka aspektów. Pod rządem ustawy karnej z 1969 r. przesłanka ciągłości polegająca na wykorzystaniu tej samej trwałej sposobności została wypracowana w doktrynie i orzecznictwie na gruncie jej art. 58. Trwający wówczas spór o charakter

koncepcji przestępstwa ciągłego między zwolennikami wieloczynowej konstrukcji z jednej a zwolennikami jednoczynowej konstrukcji z drugiej strony tworzy kontekst historyczny, który raczej utrudnia precyzyjne zdekodowanie znaczenia ustawowego wyrażenia „wykorzystanie takiej samej sposobności”. Problem komplikuje się, gdy uświadomimy sobie, że wyrażenie to, w niezmienionej językowo formie w art. 91 k.k., kojarzone jest w doktrynie z tradycją nauki o wieloczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego, podczas gdy użycie go w normatywnej konstrukcji art. 6 § 2 k.k.s. przejawia kontynuację nauki o jednoczynowej konstrukcji przestępstwa ciągłego<sup>4</sup>. Krytycznie należy ocenić posłużenie się przez ustawodawcę tym samym językowym sformułowaniem przy ustanawianiu dwóch odmiennych instytucji. Rodzi to poważne problemy interpretacyjne i podważa założenie o spójności systemu prawa<sup>5</sup>. Mając na uwadze te trudności interpretacyjne, spróbujmy zacząć u podstaw, tj. od ustalenia językowego znaczenia wyrażenia „wykorzystanie takiej samej sposobności” na gruncie Kodeksu karnego skarbowego.

Sformułowanie „wykorzystanie takiej samej sposobności” jest z całą pewnością wyrażeniem języka prawnego. Przy ustalaniu jego znaczenia znajdują zatem zastosowanie reguły wykładni tekstu prawnego. Analizowane wyrażenie nie ma swojej definicji legalnej, która determinowałaby jego znaczenie na gruncie Kodeksu karnego skarbowego. Podobnie, jak już zaznaczono wyżej, próżno poszukiwać w nauce prawa karnego konsensusu w zakresie ustalenia takiego znaczenia tego wyrażenia, które wiązałoby bezwzględnie w procesie wykładni<sup>6</sup>. W tym stanie rzeczy interpretację omawianego wyrażenia złożonego należy rozpocząć od analizy znaczeń słownikowych wyrazów składających się na to wyrażenie.

*Jedność i wielość zachowań i ocen prawnych w nowelizacji kodeksu karnego skarbowego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, nr 1, s. 14.

<sup>4</sup> Zob. P. Kardas, *Ciąg przestępstw w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 105–106.

<sup>5</sup> Tamże, s. 106; por. A. Zoll, *Glosa do postanowienia SN z dnia 9 marca 2006 r.*, V KK 271/05, OSP 2007, nr 1, poz. 1.

<sup>6</sup> Słusznie wskazuje się, że z ustalonym znaczeniem wyrażenia w języku prawniczym mamy do czynienia jedynie

„Wykorzystanie takiej samej sposobności” jest wyrażeniem złożonym z czterech słów, z których pierwsze jest rzeczownikiem odczasownikowym słowa „wykorzystać”, drugie wraz z trzecim tworzy zaimek złożony, zaś czwarte to rzeczownik w funkcji przydawki dopełniającej.

Jeszcze w latach 70. ubiegłego wieku wskazywano, że czasownika „wykorzystać” nie powinno się używać<sup>7</sup>. W *Słowniku poprawnej polszczyzny* z 1973 r. pod red. H. Kurkowskiej i W. Doroszewskiego za lepsze od „wykorzystać” uznano czasowniki „wyzyskać” oraz „zużytkować”. Poradnik językowy współautorstwa W. Pisarka z 1969 r. podawał, że „wykorzystać” jest kalką niemieckiego „ausnutzen”. Podkreślono, że pomimo rozpowszechnionego użycia czasownika „wykorzystać” warto używać polskich synonimów<sup>8</sup>. Słowo „wykorzystać”, od którego pochodzi wyraz „wykorzystanie”, w słowniku języka polskiego w interesującym nas kontekście oznacza: „użyć czegoś dla osiągnięcia jakiegoś celu, pożytku, spożytkować coś z zyskiem, zużytkować”, „posłużyć się kimś, aby zrealizować własne cele”<sup>9</sup>. Z obu wskazanych definicji słownikowych wynika, że wykorzystanie znamienne jest celem. Jest to użycie czegoś lub posłużenie się kimś dla osiągnięcia celu, pożytku lub zysku. Słowa „wyzyskać” oraz „zużytkować” uznane przez stare poradniki językowe za lepsze synonimy czasownika „wykorzystać” także stanowią wskazówkę dla ustalenia jego znaczenia i potwierdzają nastawienie działania opisywanego przez ten czasownik na jakiś cel. Zaimek złożony „taki sam” składa się

z dwóch zaimków w funkcji przymiotnika, służą porównaniu przedmiotów i wskazuje na ich identyczność pod jakimś względem<sup>10</sup>. Oznacza „identyczny, o tych samych właściwościach, choć niekoniecznie ten sam”. Z kolei rzeczownik „sposobność” oznacza „sprzyjającą okoliczność, okazję do zrobienia czegoś, odpowiednie warunki pozwalające na wprowadzenie czegoś w życie, możliwość”<sup>11</sup>.

W ten sposób ustalone znaczenia wyrażen prostych pozwalają na zdekodowanie znaczenia analizowanego wyrażenia złożonego. „Wykorzystanie takiej samej sposobności” oznacza zatem użycie identycznej sprzyjającej okoliczności dla osiągnięcia jakiegoś celu, zysku. Nie ma przy tym żadnego powodu, by odstąpić od ustaleń językowej wykładni tego sformułowania.

Konfrontacja zacytowanej na wstępie wypowiedzi P. Kardasa z językowym znaczeniem wyrażenia „wykorzystanie takiej samej sposobności” rodzi w pierwszej kolejności pytanie o obiektywny charakter wskazanej przesłanki ciągłości. P. Kardas wskazuje, że „bez wątpienia ten warunek ciągłości nie jest związany z elementami charakteryzującymi subiektywne nastawienie sprawcy i nie wymaga wykazywania jakiegokolwiek stanu świadomości i woli sprawcy w odniesieniu do realizacji poszczególnych zachowań”<sup>12</sup>. To kategoryczne twierdzenie wymaga weryfikacji. Wydaje się, że P. Kardas traktuje je jako warunek konieczny przyjęcia, że czynem ciągłym w Kodeksie karnym skarbowym można objąć zachowania nieumyślne<sup>13</sup>. Zauważyć należy, że w nauce prawa karnego celowość zachowania

wówczas, gdy jest ono w języku prawniczym powszechnie przyjęte. Por. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 315.

<sup>7</sup> W. Pisarek, *Poczucie językowe, znajomość języka i praktyka językowa*, „Socjolingwistyka” 1977, nr 1.

<sup>8</sup> M. Kniaginina, W. Pisarek, *Poradnik językowy: podręcznik dla pracowników prasy, radia i telewizji*, Kraków 1969.

<sup>9</sup> *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, t. IV, Warszawa 2006, s. 609.

<sup>10</sup> Tamże, s. 12.

<sup>11</sup> *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, t. III, Warszawa 2006, s. 1339.

<sup>12</sup> P. Kardas, *Kodeks karny skarbowy*, s. 83–84.

<sup>13</sup> Por. P. Kardas, *Kodeks karny skarbowy*, s. 84: „Przesłanka obiektywna umożliwiająca przyjęcie czynu ciągłego w sytuacji podjęcia poszczególnych zachowań z wykorzystaniem takiej samej sposobności prowadzi do znacznego poszerzenia zakresu zastosowania tej instytucji. Po pierwsze, w szerokim zakresie umożliwia przyjęcie czynu ciągłego w odniesieniu do zachowań umyślnych, które nawet jeżeli nie zostaną zrealizowane w wykonaniu tego samego

jest kategorią podmiotową (subiektywną). Podmiotowa strona zachowania sprawcy, które jest znamienne określonym w ustawie celem lub określoną motywacją (przestępstwa kierunkowe), opisywana jest niekiedy przy użyciu pojęcia zamiaru kierunkowego (*dolus coloratus*). Ze względu na brak wyróżnienia takiej postaci zamiaru na gruncie obowiązującego prawa karnego *sensu largo*<sup>14</sup> przyjmuje się, że zamiar kierunkowy jest odmianą zamiaru bezpośredniego (*doli directi*)<sup>15</sup>. Oznacza to, że tam, gdzie zachowanie się sprawcy znamienne jest określonym w ustawie celem, dla przypisania czynu zabronionego konieczne jest ustalenie, że sprawca cel ten obejmował świadomością oraz że miał wolę jego realizacji. Już zatem na tym etapie analizy zauważyć można wyraźnie subiektywne elementy omawianej przesłanki ciągłości. Przesłanka przyjęcia czynu ciągłego polegająca na wykorzystaniu takiej samej sposobności nie może mieć charakteru czysto obiektywnego, skoro jest ściśle związana z celem, do którego realizacji sprawca dąży. W jaki jednakże sposób istnienie opisanych subiektywnych elementów przesłanki czynu ciągłego w k.k.s. polegającej na wykorzystaniu takiej samej sposobności przekłada się na możliwość objęcia przez tę konstrukcję zachowań nieumyślnych? By dostrzec istotę zagadnienia, należy odwołać się do toczzonego w nauce prawa karnego sporu o charakter przesłanki „wykorzystania tej samej trwałej sposobności”.

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie z okresu obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. nie było jasności, czy pozaustawowa

wówczas przesłanka „wykorzystania tej samej trwałej sposobności” była kryterium podmiotowym (subiektywnym), czy przedmiotowym (obiektywnym) ciągłości. A. Kaftal w swej analizie wskazuje ewolucję od „przedmiotowego ujmowania trwałej sposobności, która przedstawia się w wyzyskiwaniu określonej przedmiotowo sytuacji najczęściej polegającej na dogodnych warunkach do popełnienia przestępstwa w związku z wykonywaną pracą, do wprowadzania różnego rodzaju elementów podmiotowych opartych na swoistej więzi psychicznej, jednakowej sytuacji motywacyjnej czy nastawienia sprawcy do wykorzystywania powtarzającej się sposobności czy nawet sprezyzowanego postanowienia”<sup>16</sup>. Autor ten ostatecznie opowiada się za stanowiskiem przedmiotowym, jednakże wskazał on w pewnej perspektywie historycznej generalny kierunek interpretacji przesłanki ciągłości polegającej na wykorzystaniu tej samej trwałej sposobności, wynikający, jak może się wydawać, z uświadomienia sobie przez tych autorów, którzy opisywali to wyrażenie jako kryterium podmiotowe ciągłości, jego znaczenia językowego.

O jednakich okolicznościach i jednakich sposobnościach jako kryterium przyjęcia przestępstwa ciągłego mówił S. Śliwiński<sup>17</sup>. Autor ten stał na stanowisku czystej teorii przedmiotowej w odniesieniu do kryteriów przestępstwa ciągłego, odrzucając wszelkie kryteria podmiotowe. Wskazywał on, że „jest zupełną fikcją przypuszczenie, że sprawca przestępstwa ciągłego musi mieć z góry powzięty zamiar, przeciwnie, w przeważającej większości przy-

---

zamiaru, lecz np. w wykonaniu takiego samego, pojawiającego się w odniesieniu do każdego zachowania na nowo zamiaru, to mogą stanowić czyn ciągły jeżeli tylko poszczególne zachowania realizowane były z wykorzystaniem takiej samej sposobności. Wprowadzenie tego kryterium czynu ciągłego w znacznym stopniu marginalizuje znaczenie przesłanki subiektywnej, ponieważ niezależnie od jej wąskiej interpretacji, otwiera możliwość przyjęcia czynu ciągłego z uwagi na uwarunkowania obiektywne (zwraca na to uwagę G. Bogdan (w:) *Kodeks karny skarbowy*, 2007, s. 32). Po drugie, rozciąga konstrukcję czynu ciągłego w prawie karnym skarbowym na zachowania popełniane nieumyślnie”.

<sup>14</sup> Zarówno w k.k., jak i w k.k.s.

<sup>15</sup> W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego*, Warszawa 1947, s. 163–164; zob. też M. Budyn-Kulik, *Umysłowość w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 57.

<sup>16</sup> A. Kaftal, *Przestępstwo ciągłe w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985, s. 99.

<sup>17</sup> S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 406–407.



padków takiego zamiaru nie posiada”<sup>18</sup>. Pośród przedmiotowych kryteriów przyjęcia czynu ciągłego wymienia: (1) jednorodzałość poszczególnych czynów, (2) jednorodzałość naruszonego dobra chronionego prawem, (3) subsumpcję pod jeden przepis ustawy, (4) przy dobrach ściśle osobistych: powiązanie czynów ze względu na te same okoliczności, sposobności lub trwały związek, chociażby dokładne ustalenie poszczególnych czynów nie było możliwe<sup>19</sup>. Podobnie w wyroku z 28 lipca 1956 r., III K 402/56, Sąd Najwyższy do kryteriów podmiotowych czynu ciągłego zaliczył jednolity zamiar sprawcy, do przedmiotowych zaś jednakowe okoliczności przy jednakowych sposobnościach.

Z kolei wyraźną tendencję do subiektywizacji pozaustawowej wówczas przesłanki „wykorzystania tej samej trwałej sposobności” prezentowali m.in. K. Buchała<sup>20</sup>, W. Sieracki<sup>21</sup>, H. Rajzman<sup>22</sup>, A. Zębik<sup>23</sup>, a także W. Wolter<sup>24</sup>. Wydaje się, że najdalej w tym względzie idą wywody ostatniego z wymienionych Autorów. Wskazując uchwałą Sądu Najwyższego z 8 kwietnia 1966 r.<sup>25</sup> (*nota bene* opowiadającą się po stronie poglądu o „wieloczynowości”), zgodnie z którą dla przyjęcia ciągłości przestępstwa niezbędne jest ustalenie „wykorzystania tej samej trwałej sposobności”, powiada on, że „to ujęcie doskonale oddaje tę niezbędną ciągłość w sytuacji, jej właściwość sprzyjania popełnieniu wielokrotnego przestępstwa jako tworzącą szczególnie dobrą okazję **posługiwania się**

**układem okoliczności** do popełnienia czynów niedozwolonych [podkr. M. Z.]”. W tym ujęciu wydaje się, że celem sprawcy, który posługuje się układem okoliczności, jest popełnienie czynu zabronionego<sup>26</sup>. Nieco odmiennie istotę ciągłości ujmuje H. Rajzman: „O jedności czynu przestępnego, w takich przypadkach jednej i tej samej wykorzystywanej sposobności, rozstrzyga istnienie zespołu celowych czynności, które i poszczególnie, i w tym swoim zespole, znajdują się w kolizji wciąż z tą samą normą ustawy karnej. (...) Wspomniana łączność, gdy chodzi o owo wykorzystywanie ma charakter swoistej więzi psychicznej, łączącej z sobą wszystkie człony działania. Pozwala o niej mówić kierunkowa świadomość sprawcy, iż dzięki określonej sposobności dopuszcza się, bo ma właśnie możliwość dopuszczania się, celowego działania, będącego kontynuacją postępowania już raz przedsięwziętego. O więzi psychicznej wolno będzie mówić również w przypadku przestępstw nieumyślnych. I wtedy również to, co sprawca robi lub robić zaniecha, jest czynnością celową, a kwestia skutków, powodujących odpowiedzialność karną, jest już rzeczą dalszą”<sup>27</sup>. Prezentowany pogląd nie zakłada, że celem sprawcy z konieczności musi być popełnienie przestępstwa.

W myśl art. 6 § 2 k.k.s. dla przyjęcia czynu ciągłego wystarczy, że sprawca podejmie dwa lub więcej zachowań z wykorzystaniem takiej samej sposobności. Zgodnie z powyższymi ustaleniami wykorzystanie takiej samej sposob-

<sup>18</sup> Tamże, s. 407.

<sup>19</sup> S. Śliwiński, *Glosa*, PP 1958, nr 5–6, s. 1013.

<sup>20</sup> Zob. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 467.

<sup>21</sup> Zob. W. Sieracki, *Przyczynki do problematyki przestępstwa ciągłego*, WPP 1981, nr 2, s. 186 i n.

<sup>22</sup> Zob. H. Rajzman, *Przestępstwo ciągłe w bieżącym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Państwo i Prawo” 1960, z. 2, s. 301–302.

<sup>23</sup> Zob. A. Zębik, *Czyn a przestępstwo ciągłe*, Łódź 1971, s. 67.

<sup>24</sup> W. Wolter, *Problem struktury tzw. przestępstwa ciągłego*, „Państwo i Prawo” 1982, z. 1–2, s. 26 i n.

<sup>25</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 8 kwietnia 1966 r., VI KO 42/62, OSNKW 1966, nr 69.

<sup>26</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z 29 października 1973 r., IV KR 204/73, Biul. SN 1974, nr 2, poz. 33, s. 10, w którym przyjęto, że przestępstwo ciągłe zachodzi nie tylko wtedy, gdy sprawca działa z powziętym z góry zamiarem, realizując go w sukcesywnie dokonywanych czynach, ale również wtedy, gdy działa, wyzyskując tę samą sytuację, która stwarza mu **sposobność do popełnienia przestępstwa** „od okazji do okazji”; por. A. Kaftal, *Przestępstwo ciągłe*, s. 93.

<sup>27</sup> H. Rajzman, *Przestępstwo ciągłe*, s. 301–302.

ności musi być nastawione na realizację jakiegoś celu. Powstaje zatem pytanie, co jest owym celem. Skoro sposobność należy rozumieć jako sprzyjającą okoliczność, okazję do zrobienia czegoś, to celem wywodzonym z wyrażenia „wykorzystać” wydaje się być jakikolwiek cel przyświecający sprawcy przy podejmowaniu zachowania, o ile wykorzystywana sposobność może służyć jego realizacji<sup>28</sup>. Sposobność zatem *in concreto* jest okazją do podjęcia takiego to a takiego zachowania w takim to a takim celu.

Z powyższego wynika, że wykorzystanie takiej samej sposobności możliwe jest tylko przy takim nastawieniu psychicznym sprawcy, które odpowiada ustawowej konstrukcji zamiaru bezpośredniego (art. 4 § 2 k.k.s.). Z jednej bowiem strony konstrukcja ta wymaga, by sprawca zdawał sobie sprawę z zaistnienia takiej sposobności (świadomość), z drugiej zaś, by chciał użyć jej dla podjęcia konkretnego zachowania się (wola). W świadomości sprawcy wyraźne odbicie musi znaleźć sposobność, którą mógłby wykorzystać. Nie sposób bowiem przyjąć, że sprzyjająca okoliczność lub okazja może być wykorzystana przez sprawcę nieświadomego jej istnienia lub nieświadomego istnienia jej w takim stopniu, który pozwoliłby na jej celowe wyzyskanie. Zresztą – patrząc z perspektywy sprawcy – zwykła, nienacechowana, przedmiotowa „okoliczność” staje się „sposobnością” dopiero po uświadomieniu, czemu sprzyja i jakie konsekwencje może przynieść. Z kolei ukierunkowanie na cel wynikające ze znaczenia słowa „wykorzystać” przesądza o konieczności istnienia u sprawcy chęci, woli wykorzystania sposobności.

Słusznie jednak uważny Czytelnik zapyta, co to znaczy „nastawienie psychiczne sprawcy, które odpowiada ustawowej konstrukcji zamiaru

bezpośredniego”. Czy sprawca musi obejmować sposobność zamiarem? Czy czasownik „wykorzystać” wprowadza do konstrukcji czynu ciągłego w k.k.s. zamiar w sposób zakamuflowany<sup>29</sup>? Przed wyciągnięciem wniosków z powyższych rozważań konieczne jest ustalenie, czy sposobność stanowiąca element przesłanki ciągłości z art. 6 § 2 k.k.s. należy do znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego stanowiącego podstawę kwalifikacji prawnokarnej. W doktrynie przeważa pogląd, zgodnie z którym „wykorzystanie takiej samej sposobności” dotyczy okoliczności zewnętrznych, niestanowiących znamion czynu zabronionego realizowanych przez sprawcę, które tworzą możliwość i powtarzający się kontekst, w którym realizowane są kolejne zachowania sprawcy<sup>30</sup>. Pogląd ten wydaje się znajdować oparcie w wykładni Sądu Najwyższego, który w wyroku z 21 stycznia 1974 r. na gruncie art. 58 k.k. z 1969 r. wskazywał, że „przez wykorzystanie tej samej trwałej sposobności należy rozumieć działalność będącą wyzyskiwaniem jednej i tej samej sytuacji, w której znajduje się sprawca i która stwarza dla niego trwałą okazję powtarzania danego rodzaju czynów zabronionych”<sup>31</sup>.

Nie można jednak przejść obojętnie obok poglądu wyrażonego na gruncie art. 12 k.k. statuującego przesłanki czynu ciągłego na gruncie Kodeksu karnego powszechnego, zgodnie z którym art. 12 k.k. wysławia także część znamion typu czynu zabronionego, które uzupełniają zestaw znamion wyrażony pierwotnie w przepisie części szczególnej Kodeksu<sup>32</sup>. Wydaje się, że nie ma powodu, aby art. 6 § 2 k.k.s. traktować na gruncie Kodeksu karnego skarbowego odmiennie niż art. 12 na gruncie Kodeksu skarbowego. Należy również

<sup>28</sup> Zob. uwagi odnoszące się do celu w działaniu ludzkim A. Zębika, *Czyn a przestępstwo ciągłe*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, nr 2, s. 112–116.

<sup>29</sup> Por. A. Zębik, *Czyn a przestępstwo*, s. 67.

<sup>30</sup> P. Kardas, *Kodeks karny skarbowy*; por. tenże, *Ciąg przestępstw*, s. 106.

<sup>31</sup> Wyrok SN z 21 stycznia 1974 r., III KR 366/73, OSNKW 1975, nr 10–11, poz. 148; por. orzecznictwo podane w A. Kaftal, *Przestępstwo ciągłe*, s. 100 i n.

<sup>32</sup> P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, wyd. V, Warszawa 2016.

zauważyć, że zacytowanego wyżej poglądu Sądu Najwyższego nie można bezkrytycznie przenosić na grunt obecnie obowiązującego art. 6 § 2 k.k.s. Czym innym jest bowiem okazja do powtarzania danego rodzaju czynów zabronionych, o której mówił Sąd Najwyższy, a czym innym okazja (*verba legis* sposobność) do powtarzania zachowań, o czym traktuje art. 6 § 2 k.k.s. W tym pierwszym przypadku nie ulega wątpliwości, że okazja pozostaje poza znamionami powtarzanych czynów zabronionych, skoro popełnienie czynu zabronionego polega na realizacji zespołu znamion typu czynu zabronionego. Z kolei powtarzane zachowania mogą, lecz nie muszą samodzielnie realizować zespołu znamion jakiegokolwiek typu czynu zabronionego. Sposobność może zatem jako składowa przesłanki ciągłości wchodzić do zespołu znamion typu czynu zabronionego dekodowanego z odpowiedniego przepisu części szczególnej przy wykorzystaniu art. 6 § 2 k.k.s. Pogląd, zgodnie z którym „wykorzystanie takiej samej sposobności” dotyczy okoliczności zewnętrznych, niestanowiących znamion czynu zabronionego realizowanych przez sprawcę, jest natomiast trafny na gruncie art. 91 § 1 k.k., którego konstrukcja oparta jest na koncepcji wieloczynowości<sup>33</sup>.

Przyjmując tę perspektywę, stwierdzić należy, że na gruncie Kodeksu karnego skarbowego przesłanki ciągłości z art. 6 § 2 k.k.s. uzupełniają zestaw znamion wyrażony w odpowiednim przepisie zrubowym części szczególnej Kodeksu typizującym dany czyn zabroniony. Stąd choć sposobność nie znajduje odzwierciedlenia w znamionach określonych w pierwotnie statuującym czyn zabroniony przepisie części szczególnej, należy jednak do znamion typu czynu zabronionego dekodowanego z treści art. 6 § 2 k.k.s. i odpowiedniego przepisu części szczególnej Kodeksu.

W przypadku przesłanki „wykorzystania takiej samej sposobności” znamię to konstrukcyjnie odpowiada znamieniu „choćby nie-

umyślnego naruszenia zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym” z art. 177 § 1 k.k. Ich cechą wspólną jest zagnieżdżony wśród przedmiotowych znamion typu czynu zabronionego element podmiotowy, zrelatywizowany jedynie do części znamion przedmiotowych. Sąd, badając, czy zrealizowano znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 177 § 1 k.k., ustala, czy naruszenie przez sprawcę zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym było umyślne, czy nieumyślne<sup>34</sup>. Podobnie w przypadku badania możliwości przypisania przestępstw lub wykroczeń skarbowych nieumyślnych spiętych klamrą ciągłości sąd winien ustalić, czy sposobność została przez sprawcę wykorzystana, tj. czy dana okoliczność była postrzegana przez sprawcę jako sprzyjająca założonemu przez sprawcę celowi. Zilustrować można to następującym przykładem. *Iks* nabywa od *Igreka* dziesięciokrotnie w ciągu 5 miesięcy wyroby akcyzowe, o których powinien i może przypuszczać, że stanowią one przedmiot czynu zabronionego określonego w art. 63, art. 64 lub art. 73 k.k.s., na co wskazuje cena o wiele niższa niż rynkowa. Zakładamy, że *Iks* nie ma jednak świadomości, że wyroby akcyzowe, które nabywa, stanowią przedmiot takiego czynu zabronionego, a za każdym razem *Igrek* przynosi do domu *Iksa* inny gatunkowo wyrób akcyzowy (np. alkohol, papierosy), który *Iks* nabywa. Przybycie *Igreka* z wyrobami akcyzowymi do domu *Iksa* z całą pewnością może być postrzegane jako sposobność podjęcia zachowania polegającego na nabywaniu wyrobów akcyzowych. Zauważyć należy, że zarówno istnienie wskazanej okoliczności przybycia *Igreka* z wyrobami akcyzowymi do domu *Iksa*, jak i nazywanie jej „sposobnością” jest niezależne od świadomości *Iksa* co do tego, czy wyroby akcyzowe oferowane przez *Igreka* stanowią przedmiot czynu zabronionego określonego w art. 63, art. 64 lub art. 73 k.k.s. Stąd można sensownie powiedzieć, że *Iks*, nabywając efe-

<sup>33</sup> Por. P. Kardas, *Ciąg przestępstw*, s. 106.

<sup>34</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 lipca 2008 r., II KK 37/08, z glosą R. A. Stefańskiego, PiP 2009, z. 7, s. 127–132.

rowane przez *Igreka* wyroby akcyzowe, wykorzystał (taką samą) sposobność. *Iks* miał zatem pełną świadomość okazji (cena niższa niż rynkowa) oraz wolę jej wyzyskania. Nie przesądza to jednakże o świadomości choćby możliwości realizacji znamion jakiegokolwiek typu czynu zabronionego ani o woli ich realizacji.

Z dotychczasowych rozważań wynika, że w przypadku wykorzystania takiej samej sposobności mamy do czynienia ze stosunkiem psychicznym sprawcy do jego zachowania się w postaci znamiennej celem, lecz cel ten może leżeć całkowicie poza zespołem znamion przedmiotowych przestępstwa, które sprawca popełnia. Podjęte w wyniku wykorzystania sposobności zachowanie może nawet w ogóle samodzielnie nie realizować znamion jakiegokolwiek typu czynu zabronionego<sup>35</sup>. Nie istnieje także wymóg, by celem była realizacja znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego będącego podstawą kwalifikacji. Rację mają zatem ci autorzy, którzy jak H. Rajzman wskazują, że w przypadku czynu ciągłego charakteryzującego się nieumyślnością związek psychiczny polega na tym, że działanie lub zaniechanie sprawcy jest czynnością celową, a kwestia skutków, powodujących odpowiedzialność karną, jest już rzeczą dalszą. Oznacza to, że subiektywny charakter przesłanki ciągłości polegającej na „wykorzystaniu takiej samej sposobności” nie jest przeszkodą dla powiązania zachowań nieumyślnych węzłem ciągłości.

Z kolei twierdzenie, że konstrukcja czynu ciągłego w k.k.s. nie obejmuje zachowań nieumyślnych, zdaje się sugerować uzasadnienie rządowego projektu noweli, gdzie w odniesieniu do zmiany w art. 6 § 2 k.k.s. wskazywano, iż jest ona „odповідzią na konkretne postulaty aktualnej praktyki” i dlatego „rozszerza ustawowe pola kryminalizacji na te typowe

sytuacje, w których sprawca nie obejmuje wspólnym zamiarem wszystkich zachowań, a powtarza je motywowany np. początkową bezkarnością”<sup>36</sup>. Podejmowanie kolejnych zachowań motywowane początkową bezkarnością oznacza z konieczności, że sprawca nie tylko zdaje sobie sprawę choćby tylko z możliwości popełnienia czynu zabronionego, lecz także co najmniej godzi się na jego popełnienie. Pamiętać bowiem należy, że czyn nieumyślny cechuje zawsze brak zamiaru jego popełnienia<sup>37</sup>. Przykładowa początkowa bezkarnosc stanowiąca okoliczność motywującą dla sprawcy do podejmowania kolejnych zachowań zakłada istnienie w sferze wolicjonalnej sprawcy czegoś więcej niż braku zamiaru popełnienia czynu zabronionego. Inaczej w ogóle nie moglibyśmy mówić o rozpoznaniu przez sprawcę bezprawnego i karalnego charakteru swoich zachowań, koniecznego przecież do zorientowania się, że pozostaje on bezkarny. W przeciwnym razie przyjęcie musielibyśmy, że sprawca rozpoznaną przezeń początkową bezkarnością swoich zachowań mógłby być motywowany do naruszania reguł ostrożności z dobrem prawnym, nie chcąc jednak popełnienia przestępstwa ani nie godząc się na to. Jest to konkluzja trudna do przyjęcia na gruncie zacytowanego uzasadnienia nowelizacji, jeśli weźmiemy pod uwagę, że nawet sprawca działający w warunkach świadomej nieumyślności pragnie przestępstwa uniknąć, a o jego popełnieniu, tj. o realizacji ustawowych znamion, dowiaduje się typowo dopiero *ex post*, jeśli w ogóle się dowiaduje. Jak widać, ustawodawca nie przewidział wszelkich konsekwencji unormowania art. 6 § 2 k.k.s.

Czyn ciągły na gruncie prawa karnego skarbowego obejmuje zatem z pewnością zarówno te sytuacje, w których kolejne zachowania podejmowane są przez sprawcę cały czas w wykonaniu tego samego, podjętego z góry zamiaru<sup>38</sup>,

<sup>35</sup> Por. P. Kardas, *Kodeks karny skarbowy*, s. 76.

<sup>36</sup> Druk sejmowy nr 2375.

<sup>37</sup> Niektórzy autorzy wskazują, że brak zamiaru wywołania negatywnego skutku dałoby się od strony pozytywnej ująć jako zamiar jego niewywołania (zob. J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 227).

<sup>38</sup> Przy czym zastosowane w art. 6 § 2 k.k.s. pojęcie „zamiar” interpretować należy zgodnie ze znaczeniem tego terminu nadanym mu przez art. 4 § 1 i 2 k.k.s. (por. wyrok SN z 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, LEX nr 37938).

jak i te, w których zachowania swe sprawca podejmuje z odnawianym każdorazowo tym samym zamiarem<sup>39</sup>, przy czym w obu sytuacjach bez względu na to, czy sprawca wykorzystuje dla ich realizacji taką samą sposobność, czy też nie, na co wskazuje połączenie obu przesłanek spójnikiem „lub”, który – powtórzmy – czyni każdą z tych przesłanek samodzielną. Ponadto konstrukcja czynu ciągłego odnosi się do sytuacji, gdy sprawca podejmuje umyślne, w wykonaniu każdorazowo powziętego zamiaru, zachowania, wykorzystując taką samą sposobność. Powyższe ustalenia pozwalają jednak na wyróżnienie jeszcze jednej kategorii sytuacji, w których sprawca zachowania swe podejmuje z wykorzystaniem takiej samej sposobności bez zamiaru popełnienia czynu zabronionego. Warunkiem koniecznym dla przyjęcia czynu ciągłego w takiej sytuacji jest nastawienie psychiczne sprawcy, które sprowadza się do tego, że sprawca ma świadomość występowania takiej samej sprzyjającej okoliczności, którą dodatkowo celowo wyzyskuje. Pamiętając, że dla każdego przestępstwa nieumyślnego znamienne jest, że będące konieczną przesłanką odpowiedzialności naruszenie reguł ostrożnego postępowania z dobrem może być zarówno umyślne, jak i nieumyślne, stwierdzić należy, że wykorzystanie takiej samej sposobności przesądza jedynie o możliwości powiązania wszystkich zachowań sprawcy kłamrą ciągło-

ści. Psychiczny stosunek sprawcy polegający na celowym wyzyskaniu sprzyjającej okoliczności odpowiada ustawowej konstrukcji zamiaru bezpośredniego z art. 4 § 2 k.k.s., lecz nie jest zamiarem *sensu stricto* w rozumieniu tego przepisu, ponieważ nie jest zrelatywizowany do wszystkich przedmiotowych znamion typu czynu zabronionego. Nie można zatem mówić o wprowadzaniu do konstrukcji czynu ciągłego zamiaru w sposób zawoalowany<sup>40</sup>.

Powyższe rozważania pozwalają udzielić odpowiedzi na tytułowe pytanie. Pod rządem obecnej ustawy Kodeks karny skarbowy konstrukcja czynu ciągłego może obejmować zachowania nieumyślne. Jednocześnie nie istnieje wymóg, by przesłanka przyjęcia czynu ciągłego polegająca na wykorzystaniu takiej samej sposobności miała charakter przedmiotowy (obiektywny). Gdyby zamiarem ustawodawcy było nadanie tej przesłance takiego charakteru, w miejsce wyrażenia „wykorzystanie takiej samej sposobności” użyto by wyrażenia wskazującego na czysto przedmiotowe kryterium ciągłości, np. „przy zaistnieniu takiej samej (takich samych) okoliczności” lub jego analogonów<sup>41</sup>. W obecnym stanie prawnym kryterium przyjęcia czynu ciągłego polegające na wykorzystaniu takiej samej sposobności nie marginalizuje w żaden sposób, wbrew twierdzeniom części doktryny, znaczenia elementów subiektywnych, lecz wydatnie je wzmacnia.

<sup>39</sup> Zgodnie z unormowaniem aktualnym konstrukcji czynu ciągłego w k.k.s. nie wymaga się, aby sprawca obejmował zamiarem w chwili jego powzięcia wszystkie zindywidualizowane, co najmniej w ogólnym zarysie, zachowania, składające się na czyn ciągły (por. wyrok SA w Łodzi z 12 października 2000 r., II AKa 155/00, Prok. i Pr. 2001, z. 5, poz. 21; wyrok SN z 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, OSNPk 1999, nr 10, poz. 2). Co więcej – nie ma wymogu wykazywania, że zamiar ten istniał u sprawcy w kształcie obejmującym wszystkie zachowania składające się na czyn ciągły albo przed przystąpieniem do działania, albo co najmniej w chwili podjęcia pierwszego zachowania składającego się na ciąg. Wystarczające jest bowiem, by sprawca realizował przestępczy zamiar w kolejnych odsłonach, czy też „na raty”, sukcesywnie (zob. postanowienie SN z 9 marca 2006 r., V KK 271/05, OSNKW 2006, nr 5, poz. 50), o ile tylko jest to ten sam zamiar. Możliwa jest zatem sytuacja, w której sprawca dopuszcza się kilku zachowań z odnawiającym się w odniesieniu do każdego z nich zamiarem (por. wyrok SA w Łodzi z 12 października 2000 r., II AKa 155/00, Prok. i Pr. 2001, z. 5, poz. 21). W orzecznictwie ponadto wskazuje się, że nie wyklucza przyjęcia czynu ciągłego w oparciu o przesłankę „tego samego zamiaru” sytuacja, w której sprawca „działa z jednym zamiarem, a ustalono, że decyzje realizacji poszczególnych zachowań podejmował sukcesywnie, odrębnie do każdego zachowania” (wyrok SA w Krakowie z dnia 19 października 2004 r., II AKa 213/04, KZS 2005, z. 1, poz. 11).

<sup>40</sup> Por. A. Zębik, *Czyn a przestępstwo*, s. 67.

<sup>41</sup> Por. rozważania I. Andrejewa, który wskazywał, że ciekawe byłoby rozróżnienie pojęć „okoliczności” i „sposobności” (I. Andrejew, *Glosa do wyroku z 28 VII 1956 r.*, III K 402/56, OSPIKA 1958, nr 1, s. 9).

## Summary

*Michał Zacharski*

### **DOES THE CONSTRUCTION OF THE CONTINUING ACT IN PENAL FISCAL CODE ENCOMPASS UNINTENTIONAL CONDUCTS?**

This paper analyses one of the normative premises of a continuing offence in Penal Fiscal Code i.e. 'using the same opportunity'. The author decodes the subjective nature of this condition and reveals its consequences for the judicial application of law. The study shows that although the condition of committing particular conducts, using the same opportunity, is a normative premise, which refers to the elements not included in the content of the features of the individual types of a prohibited act forming the basis of legal classification, the condition in question completes the features of the type of a prohibited act decoded from art. 6 paragraph 2 of the Penal Fiscal Code and the appropriate article from the specific section of the code. As a consequence a judge needs to determine whether the objective circumstance became an opportunity recognised and used by the perpetrator. However it does not follow that only intentional conducts can be encompassed by the construction of continuing act, as even though a perpetrator may use an opportunity only intentionally, the negative and prohibited result of his conduct may still be unintentional.

**KEY WORDS:** crime, continuing offence, multi-act concept of a continuing offence, one-act concept of a continuing offence, continuing act, unintentional conduct, perpetrator, using the same opportunity, subjective elements of a crime, Penal Fiscal Code, linguistic interpretation

**POJĘCIA KLUCZOWE:** przestępstwo, przestępstwo ciągle, wieloczynowa koncepcja przestępstwa ciągłego, jednoczynowa koncepcja przestępstwa ciągłego, czyn ciągly, zachowanie nieumyślne, sprawca, wykorzystanie takiej samej sposobności, strona podmiotowa przestępstwa, Kodeks karny skarbowy, wykładnia językowa

## UTAJNIENIE ZEZNAŃ ŚWIADKA W PROCESIE KARNYM A REALIZACJA KONSTITUCYJNEJ ZASADY PROPORCJONALNOŚCI

Wskutek zmian wprowadzonych do k.p.k. ustawą nowelizującą z dnia 11 marca 2016 r.<sup>1</sup> prokurator zyskał uprawnienie do utajnienia zeznań świadka, a tym samym do ograniczenia w części podejrzanemu i jego obrońcy dostępu do akt postępowania w zakresie dowodów wskazanych we wniosku o zastosowanie bądź przedłużenie tymczasowego aresztowania. Słusznie podnosi się, że obecna regulacja art. 249a § 1 pkt 2 i art. 250 § 2b w zw. z art. 156 § 5a k.p.k. stanowi wyłom od zasady prawa do obrony, zasady kontradyktoryjności, zasady rzetelnego procesu oraz zasady jawności postępowania, znajdujących wyraz nie tylko w przepisach k.p.k., ale także w art. 2, art. 41 ust. 2 oraz art. 42 ust. 2 Konstytucji RP<sup>2</sup>. Tym samym powinna ona spełniać wymogi przydatności, niezbędności oraz proporcjonalności sformułowane na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a więc zmierzać do realizacji zamierzonych przez ustawodawcę celów w stopniu, który nie może być osiągnięty przez zastosowanie innych środków, a ponadto zachowywać odpowiednie proporcje między wartościami chronionymi a ograniczeniem praw i wolności<sup>3</sup>. Niniejszy artykuł stanowi zatem próbę odpowiedzi na

pytanie, czy art. 156 § 5a, art. 249a § 1 pkt 2 oraz art. 250 § 2b k.p.k. w obecnym brzmieniu spełniają wspomniane konstytucyjne wymogi ograniczenia praw i wolności.

Początkowo planowano ukształtowanie komentowanej regulacji na wzór instytucji świadka *incognito* poprzez możliwość udostępnienia podejrzanemu i jego obrońcy wspomnianych dowodów z zeznań świadków w postaci odpowiednio zmodyfikowanych kopii protokołów<sup>4</sup>. Ostatecznie ustawodawca nadał jednak komentowanej regulacji kształt nawiązujący do brzmienia art. 156 § 5a k.p.k. sprzed dnia 2 czerwca 2014 r. Przepis ten wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 3 czerwca 2008 r., K 42/07<sup>5</sup>, został uznany za sprzeczny z wyrażoną w Konstytucji RP zasadą demokratycznego państwa prawa i zasadą prawa do obrony w świetle dyrektyw art. 31 ust. 3 z powodu otwartego katalogu przesłanek częściowej odmowy dostępu do akt sprawy. Tym niemniej Trybunał Konstytucyjny wprost nie wykluczył możliwości rzeczonyj odmowy dostępu w razie prawidłowego sformułowania jej przesłanek. W uzasadnieniu jednak wskazał, że wspomniana prerogatywa prokuratora musi być zgodna

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 437).

<sup>2</sup> A. Sakowicz, K. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa: C. H. Beck 2016, s. 404–410, 613–614; Z. Pachowicz, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa: C. H. Beck 2016, s. 322.

<sup>3</sup> J. Skorupka, *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, PiP 2007, z. 7, s. 57, 60; R. Koper, *Uwarunkowania ochrony wolności osobistej świadka w procesie karnym*, „Studia Prawnicze” 2014, nr 1 (197), s. 170–171; W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Kilka uwag o prawie do obrony związku z nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z 2016 roku*, „Palestra” 2016, nr 9, s. 21–22.

<sup>4</sup> Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk 207, Sejm VIII kadencji, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nst/druk.xsp?nr=207> [2017.03.22, godz. 20:09].

<sup>5</sup> Dz.U. z 2008 r. nr 100, poz. 648; OTK-A 2008, nr 5, poz. 77.

z zasadą konieczności, wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z europejskimi standardami kontradiktoryjnego procesu<sup>6</sup>.

W uzasadnieniu projektu z 27 stycznia 2016 r. wskazano, że zmiana art. 156, 249a oraz 250 k.p.k. ma stanowić odpowiedź na zagrożenie przestępczością zorganizowaną, która stwarza zagrożenie dla życia i zdrowia osób składających zeznania. Dodatkowym celem miało być zapobieganie groźbom zniszczenia lub ukrycia dowodów lub tworzeniu dowodów fałszywych, a także zachowanie w tajemnicy prowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych<sup>7</sup>.

Z uwagi na to, że wskazane w uzasadnieniu rządowego projektu cele legły również u podstaw instytucji świadka *incognito*<sup>8</sup>, słuszne wydaje się uzupełnienie *ratio legis* wprowadzonej zmiany poprzez nawiązanie do wartości chronionych przez art. 184 k.p.k. Tym samym zastosowanie komentowanej regulacji powinno również zmierzać do podniesienia jakości zeznań świadka, umożliwiając mu zeznawanie w sposób szczery i bez obaw o bezpieczeństwo swoje i osób mu bliskich<sup>9</sup>. Ponadto przepisy te powinny być wyrazem lojalności ustawodawcy, który nakładając na świadka obowiązek zeznawania, i to zeznawania zgodnie z prawdą, zapewnia mu należyłą ochronę przed potencjalnym zagrożeniem ze strony podejrzanego

w zamian za należyte wypełnianie obowiązków procesowych<sup>10</sup>.

Ponadto na gruncie art. 156 § 5a k.p.k. w brzmieniu nadanym mu przez ustawę nowelizującą z 27 września 2013 r.<sup>11</sup> wskazywano, że wskutek rozszerzenia dostępu podejrzanego i jego obrońcy do akt postępowania przygotowawczego w zakresie wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania prokurator, przez wzgląd na ochronę świadków, nieraz zmuszony będzie zachować wstrzemięźliwość w kwestii wystąpienia z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania<sup>12</sup>. Tym samym zmiana wprowadzona ustawą nowelizującą z 11 marca 2016 r. może mieć także na celu wyeliminowanie czynnika powstrzymującego prokuratora przed złożeniem wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania.

Zatem w jakim stopniu regulacja art. 156 § 5a, art. 249a § 1 pkt 2 oraz art. 250 § 2b k.p.k. realizuje wyżej przedstawione cele?

Wydaje się, że poprzez komentowane utajnienie zeznań świadka w niektórych przypadkach jego ochrona przed zagrożeniami ze strony przestępczości zorganizowanej okresowo może być skuteczna. Jeżeli jednak jedynym świadkiem czynu będzie pokrzywdzony, wówczas zarówno jego osoba, jak i miejsce zamieszkania często będą podejrzanemu znane

<sup>6</sup> A. Tęcza-Paciorek, K. Wróblewski, *Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, Prok. i Pr. 2010, z. 5, s. 78; P. Kardas, *Standard rzetelnego procesu a prawo wglądu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania, czyli historia jednej nowelizacji*, Prok. i Pr. 2010, z. 1–2, s. 106, 110; A. Sakowicz, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks*, s. 405.

<sup>7</sup> Por. W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Kilka*, s. 24.

<sup>8</sup> P. Wiliński, *Świadek incognito w polskim procesie karnym*, Kraków: Zakamycze Kantor Wydawniczy 2003, s. 81–88; P. Hofmański, *Świadek anonimowy w procesie karnym*, Kraków: Zakamycze Kantor Wydawniczy 1998, s. 18–21; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, (w:) P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, wyd. IV, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 1027.

<sup>9</sup> Por. M. Żoźna, *Ochrona danych osobowych świadka w procesie karnym*, (w:) G. Goździewicz (red.), M. Szablowska (red.), *Prawna ochrona danych osobowych w Polsce na tle europejskich standardów*, Toruń: TNOiK 2008, s. 162; P. Wiliński, *Przesłuchanie świadka anonimowego z zachowaniem jawności*, Prok. i Pr. 2000, z. 11, s. 67.

<sup>10</sup> P. Hofmański, *Świadek*, s. 18–19; L. Paprzycki, (w:) L. Paprzycki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz LEX*, t. I, wyd. III, Warszawa: Wolters Kluwer 2013, s. 627–628.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 27 września 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247).

<sup>12</sup> M. Boczek, *Ochrona świadka w nowym procesie karnym*, (w:) J. Kasprzak (red.), W. Cieślak (red.), I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szcztyno: WSPol 2015, s. 86.



niezależnie od możliwości wglądu podejrzanego do protokołu zeznań pokrzywdzonego. Również wiedzę o osobie pokrzywdzonego podejrzany będzie mógł uzyskać także wskutek przedstawienia mu zarzutów lub zapoznania się z aktem oskarżenia poprzez informacje zawarte w opisie czynu<sup>13</sup>. Ponadto nawet jeżeli pokrzywdzony nie złożył jeszcze zeznań lub odmówił ich składania, to w przypadku, gdy jego osoba jest podejrzanemu znana, może on być narażony na niebezpieczeństwo ze strony osób trzecich bez względu na dostęp podejrzanego do akt sprawy.

Zaznaczenia także wymaga, że na gruncie art. 250 § 2b k.p.k. wskazuje się możliwość dokonania przez sąd kontroli zasadności utajnienia zeznań świadka<sup>14</sup>. Wówczas jeżeli sąd uzna, że obawa niebezpieczeństwa nie istnieje, dowód ten będzie mógł stanowić podstawę wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania tylko jeżeli zostanie ujawniony podejrzanemu i obrońcy. Zatem możliwe jest, że już na tym etapie procesu wspomniane zeznania świadka zostaną ujawnione. Dodatkowo w komentowanym przepisie brak jest wskazań co do formy decyzji prokuratora w przedmiocie utajnienia zeznań świadka lub cofnięcia tej decyzji, nie wspominając już o możliwości jej weryfikacji w drodze zażalenia<sup>15</sup>. Tym samym problematyczna jest kwestia trwałości takiej decyzji z uwagi na to, że jej wzruszenie przez sąd bądź przez prokuratora będzie w każdym czasie możliwe.

Ponadto zgodnie z brzmieniem art. 250 § 2b k.p.k. wydaje się, że odmowa udostępnienia

zeznań świadka podejrzanemu i jego obrońcy obowiązuje jedynie na czas postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Co prawda po jego zakończeniu dalsza odmowa dostępu do akt sprawy w tym zakresie może nastąpić na podstawie art. 156 § 5 k.p.k.<sup>16</sup>, jednak już z chwilą zakończenia postępowania przygotowawczego podejrzany i jego obrońca otrzymają bezwarunkowy dostęp do akt sprawy na podstawie art. 321 k.p.k. z możliwością zapoznania się z treścią utajnionych uprzednio na podstawie art. 250 § 2b k.p.k. zeznań świadka<sup>17</sup>. Wreszcie po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu oskarżony i jego obrońca uzyskają dostęp do akt sprawy na podstawie art. 156 § 1 k.p.k., a zgodnie z art. 410 k.p.k., aby wspomniane zeznania mogły stanowić podstawę wyroku w sprawie, konieczne będzie ich ujawnienie w toku rozprawy<sup>18</sup>. Należy także zwrócić uwagę, że o ile w postępowaniu właściwym na podstawie art. 148a k.p.k. protokół zeznań świadka nie będzie zawierał danych dotyczących jego miejsca pracy i miejsca zamieszkania, o tyle jego pozostałe dane osobopoznawcze oraz odpowiednio treść złożonych zeznań będą jawne<sup>19</sup>.

Zgodnie z powyższym ochrona zapewniona świadkowi na podstawie art. 250 § 2b k.p.k. wydaje się być ograniczona w czasie. Zatem wątpliwe jest, aby przepis ten należycie chronił świadka przed zagrożeniami ze strony przestępczości zorganizowanej. Zaznaczenia wymaga, że nawet jeżeli przed złożeniem wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania osoba świadka nie bę-

<sup>13</sup> Por. A. Kołodziejczyk, *Pokrzywdzony w charakterze świadka anonimowego*, Prok. i Pr. 2007, z. 1, s. 64–67; P. Łobacz, *Odmowa nadania statusu świadka anonimowego*, Prok. i Pr. 2010, z. 7–8, s. 300–301; M. Żoła, *Ochrona*, s. 164–165; P. Strykowski, *Świadek incognito – algorytm postępowania*, Prok. i Pr. 2015, z. 12, s. 129.

<sup>14</sup> J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks*, s. 565.

<sup>15</sup> K. Eichstaedt, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, Warszawa: Wolters Kluwer 2016, s. 238.

<sup>16</sup> Por. K. Wróblewski, A. Tęcza-Paciorek, *Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. 2016, z. 3, s. 42, 54–55.

<sup>17</sup> Por. S. Kudrelek, *Dostęp podejrzanego i jego obrońcy do akt postępowania przygotowawczego*, Prok. i Pr. 2012, z. 7–8, s. 257; A. Sakowicz, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks*, s. 403.

<sup>18</sup> Por. P. Strykowski, *Świadek*, s. 144; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, (w:) P. Hofmański (red.), *Kodeks*, s. 1034.

<sup>19</sup> Por. I. Dziugiel, *Ochrona „danych adresowych” w postępowaniu przygotowawczym*, Prok. i Pr. 2016, z. 1, s. 54.

dzie podejrzanemu znana, to w dalszym toku procesu wielokrotnie będzie miał on możliwość uzyskania odpowiedniej wiedzy w tym zakresie. Wówczas świadek może zostać narażony na potencjalne niebezpieczeństwo ze strony oskarżonego lub osób trzecich.

Również analizowana instytucja nie gwarantuje podniesienia jakości zeznań świadka. Z brzmienia art. 250 § 2b k.p.k. nie wynika, kiedy prokurator powinien podjąć decyzję w przedmiocie utajnienia zeznań świadka. Istnieje zatem duże prawdopodobieństwo, że o odmowie udostępnienia oskarżonemu i obrońcy wspomnianych dowodów prokurator będzie decydował na krótko przed sporządzeniem lub przesłaniem do sądu wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania. Tym samym możliwa jest sytuacja, w której w chwili przesłuchania świadka prokurator nie będzie w stanie zagwarantować świadkowi, że jego zeznania nie zostaną ujawnione podejrzanemu i jego obrońcy. Ponadto nawet jeżeli prokurator udzieli świadkowi wspomnianej gwarancji już w chwili przesłuchania, to jej podstawą często może być jedynie nieformalne zapewnienie prokuratora. Powyższe wady omawianej instytucji stwarzają wątpliwość, czy przy jej zastosowaniu świadek będzie zainteresowany szczerym zeznawaniem, bez obawy o bezpieczeństwo swoje i osób mu najbliższych, zwłaszcza jeżeli będzie świadomy wzruszalności decyzji prokuratora i ograniczonego w czasie utajnienia złożonych przez niego zeznań.

Postrzeganie art. 250 § 2b k.p.k. jako sposobu na wyeliminowanie czynnika powstrzymującego prokuratora przed złożeniem wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania przez wzgląd na ochronę świadka co prawda *prima facie* może wydawać się słuszne. Jednak analizując tę kwestię dokładniej, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że omawiana regulacja także w tym zakresie nie gwarantuje osiągnięcia zamierzonych ce-

łów. Prokurator bowiem, mając świadomość wzruszalności oraz ograniczonego w czasie zachowania w tajemnicy dowodów z zeznań świadka, nadal może mieć wątpliwości, czy występując z wnioskiem o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania nie narazi świadka na niebezpieczeństwo. Tym niemniej prokurator z uwagi na potrzebę zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania lub ochrony ważnego interesu państwa może być zainteresowany w ujawnieniu tożsamości świadka możliwie jak najpóźniej z przyczyn szeroko pojętej taktyki procesowej. Jednak taka motywacja może zmierzać już do obejścia prawa, w szczególności art. 156 § 5a k.p.k.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż art. 156 § 5a, art. 249a § 1 pkt 2 oraz art. 250 § 2b k.p.k. w obecnym brzmieniu nie spełniają konstytucyjnego wymogu przydatności, albowiem jedynie częściowo chronią świadka przed zagrożeniami ze strony przestępczości zorganizowanej, stanowiąc jednocześnie niewystarczającą gwarancję szczerych zeznań świadka. Również nie wydaje się, aby komentowana zmiana faktycznie pozwoliła prokuratorom na składanie wniosków o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania bez obaw o bezpieczeństwo świadków.

Odpowiadając następnie na pytanie, czy powyższe cele zamierzone przez ustawodawcę mogą być zrealizowane przez zastosowanie innych środków, warto, w ślad za doktryną, zwrócić uwagę na konstrukcję świadka *incognito*<sup>20</sup>.

Zgodnie z art. 184 k.p.k. decyzja o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka zapada w formie postanowienia, od którego świadkowi, oskarżonemu, a w postępowaniu przed sądem także prokuratorowi przysługuje w terminie 3 dni zażalenie. W przypadku utrzymania w mocy postanowienia przez sąd albo wraz z bezskutecznym upływem terminu do jego

<sup>20</sup> Z. Pachowicz, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks*, s. 322; A. Sakowicz, K. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.) *Kodeks*, s. 410, 614.

zaskarżenia zyskuje ono walor prawomocności. Jednocześnie uchylenie postanowienia jest możliwe tylko w ściśle określonych sytuacjach<sup>21</sup>. Zatem decyzja w zakresie nadania statusu świadka *incognito* jest trwalsza aniżeli decyzja prokuratora z art. 250 § 2b k.p.k.

Ponadto już samo postępowanie w przedmiocie zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka toczy się bez udziału stron, z zastosowaniem rygorów właściwych dla informacji niejawnych o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne”<sup>22</sup>. Zatem jeszcze przed uzyskaniem przez świadka statusu *incognito* okoliczności związane z jego osobą zostają objęte ochroną, i to ochroną o znacznie szerszym *spectrum* działania zarówno pod względem czasowym, jak i podmiotowym. W przypadku pozytywnego zakończenia postępowania okoliczności umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka zostają zachowane w tajemnicy przed wszystkimi podmiotami z wyjątkiem sądu, prokuratora oraz w razie konieczności – Policji<sup>23</sup>. Natomiast jeżeli w przedmiocie nadania świadkowi statusu *incognito* zapadnie decyzja odmowna, zmodyfikowany protokół zeznań zostaje zniszczony<sup>24</sup>. Wreszcie zgodnie z delegacją z art. 184 § 9 k.p.k. sposób i warunki dokonywania czynności z udziałem świadka *incognito* oraz wykorzystania uzyskanych dowodów zostały uregulowane w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości<sup>25</sup>, a praktyka wieloletniego stosowania omawianej instytucji dąży do wykształcenia odpowiedniego algorytmu

postępowania, zmierzającego do zwiększenia jakości ochrony świadka<sup>26</sup>.

Nie sposób przytoczyć wszystkich argumentów przemawiających za instytucją świadka *incognito* z punktu widzenia ochrony świadka przed przestępczością zorganizowaną, jednak już powyższe argumenty dowodzą, że instytucja ta znacznie wyprzedza rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w art. 156 § 5a, art. 249a § 1 pkt 2 oraz art. 250 § 2b k.p.k.

Mając także na uwadze poczucie bezpieczeństwa świadka i jego skłonność do szczerych zeznań, należy podkreślić, że w przypadku zastosowania instytucji świadka *incognito* świadek przed przystąpieniem do przesłuchania uzyskuje informację o wszczęciu procedury zmierzającej do zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie jego tożsamości. Zatem już pierwsze przesłuchanie świadka odbywa się z zastosowaniem rygorów właściwych dla czynności związanych z informacjami o klauzuli „tajne” lub „ściśle tajne”<sup>27</sup>. Świadek ma więc świadomość, że protokół z jego zeznań zostanie odpowiednio zmodyfikowany w celu zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację jego osoby. Ponadto utajnienie postępowania w przedmiocie anonimizacji świadka zwykle będzie przyczyną wzrostu poczucia bezpieczeństwa z jego strony. Następnie po uzyskaniu statusu *incognito* świadek zyskuje pewność, że w przypadku uczynienia zadość wszelkim algorytmom postępowania istnieje duża szansa, iż oskarżony do chwili zakończenia procesu nie pozna jego

<sup>21</sup> Zob. K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne. Podręcznik dla studentów prawa*, wyd. II, Katowice: Volumen 2013, s. 403–405; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, (w:) P. Hofmański (red.), *Kodeks*, s. 1048–1049; P. Wiliński, *Świadek incognito w polskim*, s. 91–124; P. Hofmański, *Świadek*, s. 116–145; P. Łobacz, *Odmowa*, s. 302–303; M. Żołna, *Ochrona*, s. 163.

<sup>22</sup> P. Strykowski, *Świadek*, s. 128–136; P. Wróbel, *Wniosek o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 91–96; P. Łobacz, *Odmowa*, s. 302.

<sup>23</sup> Szerzej: P. Wiliński, *Świadek incognito w polskim*, s. 320–331.

<sup>24</sup> D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks*, s. 411; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, (w:) P. Hofmański (red.), *Kodeks*, s. 1042.

<sup>25</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposobu postępowania z protokołami z zeznań tego świadka (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1869).

<sup>26</sup> R. Cisek, M. Myczkowski, *Techniczne warunki przesłuchania świadka incognito*, Prok. i Pr. 2003, z. 7–8, s. 147–156; P. Strykowski, *Świadek*, s. 128–150; P. Hofmański, *Świadek*, s. 145–162; M. Żołna, *Ochrona*, s. 162–163.

<sup>27</sup> P. Strykowski, *Świadek*, s. 130–136; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, (w:) P. Hofmański (red.), *Kodeks*, s. 1035.

tożsamości. Dodatkowo swoista sankcja procesowa ujawnienia świadka w przypadku złożenia przez niego fałszywych zeznań wydaje się stanowić sporą motywację do zeznawania w sposób szczerzy.

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że instytucja świadka *incognito* zwiększa poczucie bezpieczeństwa świadka i w wyższym stopniu od komentowanej regulacji zabezpiecza szczerłość jego zeznań. Co prawda zastosowanie instytucji świadka *incognito* zgodnie z przepisami prawa i przyjętymi w praktyce wytycznymi nie gwarantuje w stu procentach skutecznego zachowania w tajemnicy tożsamości świadka aż do zakończenia postępowania<sup>28</sup>. Tym niemniej powyżej dokonana analiza należyście dowodzi, że poszukując stosownych rozwiązań pozwalających prokuratorowi na złożenie wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania bez obaw o bezpieczeństwo świadka, należy odrzucić instytucję z art. 156 § 5a, art. 249a § 1 pkt 2 oraz art. 250 § 2b k.p.k. Bowiern przy jej zastosowaniu ochrona świadka będzie na niższym poziomie aniżeli w przypadku skorzystania z instytucji świadka *incognito*. Tym samym wspomniane poszukiwania powinny raczej zmierzać do rozwiązań zapewniających utrzymanie standardu ochrony świadka co najmniej na poziomie zagwarantowanym przez instytucję świadka *incognito*.

Należy także zwrócić uwagę, że przepisy nie zakazują zamiennego stosowania wspomnianych instytucji<sup>29</sup>. Z uwagi na zbliżone przesłanki zastosowania art. 250 § 2b k.p.k. i art. 184

k.p.k., w przypadku uzasadniającym odmowę udostępnienia zeznań świadka oskarżonemu i jego obrońcy, możliwe będzie także nadanie takiemu świadkowi statusu *incognito*<sup>30</sup>. Jedyną zaletą art. 250 § 2b k.p.k. przy uwzględnieniu charakterystyki postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania może być szybkość decyzji powodującej utajnienie tożsamości świadka. Należy pamiętać, że zatrzymanego powinno się przekazać do dyspozycji sądu w przeciągu 48 godzin od chwili zatrzymania, a sąd powinien rozstrzygnąć sprawę i doręczyć stosowne postanowienie zatrzymanemu przed upływem 24 godzin od przekazania go do dyspozycji sądu<sup>31</sup>. Tym samym zastosowanie instytucji świadka *incognito*, w szczególności w przypadkach zatrzymania osoby podejrzanej na gorącym uczynku, może być utrudnione z uwagi na konieczność sporządzenia postanowienia, ewentualnego wyznaczenia posiedzenia sądu, upływu czasu 3 dni na wniesienie środków odwoławczych, rozpoznania zażalenia przez sąd czy wreszcie sporządzenia zmodyfikowanych kopii protokołów zeznań, mając jednocześnie na względzie obowiązek udostępnienia akt postępowania przygotowawczego podejrzanemu i jego obrońcy w terminie pozwalającym na faktyczne zapoznanie się z nimi<sup>32</sup>. Tym niemniej należy pamiętać, że przesłuchanie świadka może nastąpić znacznie wcześniej aniżeli zatrzymanie podejrzanego. Wówczas brak jest przeszkód do zastosowania instytucji świadka *incognito* w miejsce komentowanej regulacji.

<sup>28</sup> M. Boczek, *Ochrona*, s. 81–87; R. Cisek, M. Myczkowski, *Techniczne*, s. 152–156.

<sup>29</sup> Co prawda wydaje się, że zgodnie z brzmieniem art. 250 § 2b w przypadku zaistnienia uzasadnionej obawy niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia albo wolności świadka lub osoby dla niego najbliższej prokurator ma obowiązek odmówić podejrzanemu dostępu do akt postępowania w komentowanym zakresie. Tym niemniej jeżeli uprzednio świadkowi zostanie przyznany status *incognito*, wspomniana przesłanka w postaci obawy niebezpieczeństwa dla świadka lub osoby dla niego najbliższej w chwili składania wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania w większości przypadków nie będzie już istnieć.

<sup>30</sup> Por. Z. Pachowicz, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks*, s. 322; A. Sakowicz, K. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks*, s. 410, 614.

<sup>31</sup> K. Marszał, *Proces*, s. 436; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. XIII, Warszawa: Wolters Kluwer 2016, s. 424–426.

<sup>32</sup> Por. A. Tęcza-Paciorek, K. Wróblewski, *Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, s. 72–73.

Zatem w świetle dyrektyw wypływających z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie sposób uznać analizowanej odmowy ujawnienia podejrzanemu i jego obrońcy zeznań świadka także za regulację niezbędną, skoro stawiane przed nią cele mogą być realizowane w sposób pełniejszy przez instytucję świadka *incognito*.

Ponadto zasadnie wskazuje się, że instytucja świadka *incognito* stanowi kompromis pomiędzy interesem oskarżonego a interesem świadka, mając na względzie odpowiednie wyważenie i zachowanie racjonalnych proporcji w ochronie każdej z wymienionych wartości<sup>33</sup>. O ile na podstawie art. 184 k.p.k. oskarżony i jego obrońca mają możliwość zapoznania się z treścią zeznań świadka poprzez dostęp do zmodyfikowanego protokołu z jego zeznań, o tyle przepis art. 156 § 5a k.p.k. w obecnym brzmieniu w sposób zupełny odmawia podejrzanemu i jego obrońcy zapoznania się z treścią zeznań świadka. W przypadku świadka *incognito* utajnione zostają jedynie okoliczności, które nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast zeznania takiego świadka nie mogą być dominującym ani wyłącznym dowodem w sprawie<sup>34</sup>. Przepisy art. 156 § 5a, art. 249a § 1 pkt 2 oraz art. 250 § 2b k.p.k. nie zawierają podobnych rozwiązań. Dokonując zatem porównania komentowanej regulacji z instytucją świadka *incognito* z uwzględnieniem całokształtu powyżej poczynionych rozważań, wydaje się, że art. 156 § 5a, art. 249a § 1 pkt 2 oraz art. 250 § 2b k.p.k. nie dość, że

stanowią zbyt daleko idące naruszenie interesu podejrzanego, to nie dają w zamian należytej gwarancji ochrony świadka. Interes świadka może być lepiej zagwarantowany i znacznie mniejszym kosztem przez instytucję świadka *incognito*. Tym samym również na tle postulatu proporcjonalnego ograniczenia praw i obowiązków człowieka i obywatela należy ocenić negatywnie komentowane zmiany wprowadzone ustawą nowelizującą z 11 marca 2016 r.

Ponadto w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka podkreśla się wagę dostępu podejrzanego do akt postępowania jako uprawnienia gwarantującego rzetelność procesu poprzez dążenie do zrównania stron w ich uprawnieniach i umożliwienie im przedstawienia swoich argumentów bez uprzywilejowania żadnej z nich. Z drugiej strony Europejski Trybunał Praw Człowieka wyjątkowo dopuszcza jednak utajnienie w części materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu przygotowawczym<sup>35</sup>. Tym niemniej zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2012/13/UE z 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym<sup>36</sup> Trybunał stoi na stanowisku, że w świetle zasady równości broni w postępowaniu w przedmiocie zażalenia na tymczasowe aresztowanie obrońca aresztowanego powinien mieć dostęp do akt postępowania w zakresie dokumentów, które mają istotne znaczenie dla efektywnego podważania zasadności tymczasowego aresztowania<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> R. Hernand, *Nowelizacja procedury karnej – inne spojrzenie*, (w:) P. Wiliński (red.), *Kontradycyjność w polskim procesie karnym*, Warszawa: Wolters Kluwer 2013, s. 165; B. Kaldon, *Środki ochrony świadka*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2009, nr 9.2, s. 210; P. Wiliński, *Świadek incognito w znolizowanym procesie karnym*, Prok. i Pr. 2003, z. 6, s. 72.

<sup>34</sup> K. Marszał, *Proces*, s. 404–405; P. Sowiński, *Gwarancje ochrony praw świadka w polskim procesie karnym. Zarys problematyki*, (w:) E. Dynia (red.), C. Klak (red.), *Europejskie standardy ochrony praw człowieka a ustawodawstwo polskie*, Rzeszów: Mitel 2005, s. 351; S. Waltoś, *Dylematy ochrony świadka w procesie karnym*, PiP 1995, z. 4, s. 44; Szerzej P. Wiliński, *Świadek incognito w polskim*, s. 508–525; P. Hofmański, *Świadek*, s. 162.

<sup>35</sup> K. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks*, s. 613; K. Wróblewski, A. Tęcza-Paciorek, *Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania po nowelizacji*, s. 47; *idem*, *Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, s. 69; S. Kudrelek, *Dostęp*, s. 264–266; M. Boczek, *Ochrona*, s. 88–89; A. Sakowicz, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks*, s. 409.

<sup>36</sup> Dz. Urz. UE L 142 z 1 czerwca 2012 r.

<sup>37</sup> Wyrok z 13 lutego 2001 r. w sprawie *Shöps przeciwko Niemcom*, skarga nr 25116/94; wyrok z 13 lutego 2001 r. w sprawie *Garcia Alva przeciwko Niemcom*, skarga nr 23541/94; wyrok z 13 lutego 2001 r. w sprawie *Lietzow przeciwko Niemcom*, skarga nr 24479/94; wyrok z 9 stycznia 2003 r. w sprawie *Shiskov przeciwko Bułgarii*, skarga nr 38822/97; wy-

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że funkcjonowanie art. 156 § 5a, art. 249a § 1 pkt 2 oraz art. 250 § 2b k.p.k. w obecnej postaci jest nieuprawnione w świetle dyrektyw płynących z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz europejskich standardów kontradyktoryjnego procesu, przez co zasadny wydaje się postulat powrotu do brzmienia tych przepisów w kształcie obowiązującym przed dniem 15 kwietnia 2016 r. Co prawda próby odpowiedniego stosowania do komentowanej

regulacji przepisów dotyczących świadka *incognito* na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP mogą wydawać się słuszne. Tym niemniej taka interpretacja zbliżałaby analizowaną regulację do instytucji świadka *incognito*, co dodatkowo przemawiałoby za jej wyeliminowaniem. Brak jest bowiem argumentów uzasadniających stosowanie konstrukcji podobnych do instytucji świadka *incognito*, podczas gdy w tym samym zakresie można zastosować bezpośrednio regulację z art. 184 k.p.k.

---

rok z 6 listopada 2007 r. w sprawie *Chruściński przeciwko Polsce*, skarga nr 22755/04 [zob. P. Kardas, *Standard*, s. 92–93; P. Nowak, *Kontrola zarządzenia o odmowie udostępnienia podejrzanemu oraz jego obrońcy akt sprawy w związku z postępowaniem w przedmiocie tymczasowego aresztowania w perspektywie konstytucyjnego standardu prawa do sądu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, Rok XII: 2008, z. 2, s. 91; M. Wąsek-Wiaderek, *Chruściński przeciwko Polsce – wyrok Czwartej Sekcji ETPCz z dnia 6 listopada 2007 r.*, skarga nr 22755/04 (kluczowe zagadnienia: dostęp oskarżonego i jego obrońcy do akt postępowania karnego, równość stron, procedura habeas corpus), „Przegląd Orzecznictwa Europejskiego dotyczącego Spraw Karnych” 2007, z. 3–4, s. 12–14; T. Wróbel, *Dostęp obrońcy podejrzanego do akt sprawy w postępowaniu mającym za przedmiot tymczasowe aresztowanie na etapie przedjurysdykcyjnym procesu karnego – regulacja polska w świetle standardów europejskich*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, Rok XII: 2008, nr 1, s. 145–146].

## Summary

*Michał Prusek*

### THE SECRECY OF THE WITNESS STATEMENTS IN THE CRIMINAL TRIAL AND REALIZATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

The essential element of the reliable criminal proceedings against a background of the Polish constitutional rights and freedoms and the European standards is the access of the suspect and his defendant to the preparatory proceedings files within the scope of the motion for preventive detention. This article answers the question, is the limitation of the above right, made in art. 156 § 5a, 249a § 1 point 2 and 250 § 2b of the Polish Code of Criminal Procedure, justified in the light of the art. 31 part 1 of the Polish Constitution and the European standards of the adversarial trial.

**KEY WORDS:** preventive detention, access to the files, defence of the suspect, secrecy of witness statements

**POJĘCIA KLUCZOWE:** tymczasowe aresztowanie, dostęp do akt, obrona podejrzanego, utajnienie zeznań świadka

## WSPÓŁWŁASNOŚĆ A PRZESTĘPSTWO ZNISZCZENIA I USZKODZENIA MIENIA

### 1. WPROWADZENIE

W praktyce organów ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości nierzadko dochodzi do sytuacji, w których jeden ze współwłaścicieli rzeczy dokonuje jej uszkodzenia, zniszczenia albo czyni ją niezdatną do użytku. Najczęściej związane jest to z konfliktem na tle osobistym między współwłaścicielami (na przykład między skonfliktowanymi małżonkami lub spadkobiercami). Nie sposób nie zauważyć, że sytuacje takie mogą nastęrczać wątpliwości, czy sprawca powinien zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za czyn opisany w art. 288 § 1–2 albo art. 294 Kodeksu karnego (dalej: k.k.)<sup>1</sup>. Wspomniane przepisy mówią bowiem o „rzeczy cudzej”, nie odnosząc się w ogóle do sytuacji, gdy, co prawda, rzecz nie jest dla sprawcy *stricte* „rzeczą cudzą”, jednak poza nim prawo własności przysługuje także innym osobom. Mając na względzie brak precyzji ze strony ustawodawcy, niniejszy artykuł prezentuje aktualne poglądy doktryny i orzecznictwa, a także własne poglądy autora na zagadnienie w nim omówione.

### 2. WSPÓŁWŁASNOŚĆ – POJĘCIE, TYPY ORAZ UPRAWNIENIA WSPÓŁWŁAŚCICIELI

#### 2.1. Uprawnienia właściciela rzeczy – *ius abutendi*

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, czym jest współwłasność rzeczy. Analizę roz-

począć należy od samego pojęcia „własność”. Przepisy odnoszące się do prawa własności zostały uregulowane w Księdze drugiej Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.)<sup>2</sup>. Zgodnie z art. 140 k.c. prawo to jest ograniczone przez przepisy ustaw, zasady współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarcze przeznaczenie tego prawa. Wskazać należy jednocześnie podstawowe uprawnienia właściciela – prawo do korzystania z rzeczy, prawo do pobierania pożytków, prawo do przyrostu, prawo do przetworzenia rzeczy oraz prawo do zużycia (zniszczenia) rzeczy<sup>3</sup>. Z punktu widzenia niniejszego opracowania najistotniejsze znaczenie będzie miało to ostatnie uprawnienie, czyli *ius abutendi*. Zniszczenie rzeczy prowadzi do unicestwienia prawa własności<sup>4</sup>. Skoro właściciel może swoją rzecz zniszczyć, to wolno mu także ją uszkodzić albo uczynić ją niezdatną do użytku. Uprawnienia te, jak wspomniano wcześniej, nie mają jednak charakteru absolutnego i podlegają ograniczeniom wskazanym w art. 140 k.c.

#### 2.2. Istota współwłasności

Prawo własności, zgodnie z art. 195 k.c., może przysługiwać niepodzielnie kilku osobom. Ustawodawca nazywa taką sytuację współwłasnością. Na podstawie wymienionego wyżej przepisu można wskazać następujące elementy współwłasności:

- 1) jedność przedmiotu (rzeczy);
- 2) wielość podmiotów (współwłaścicieli);

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 z późn. zm.).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.).

<sup>3</sup> W. Szydło, (w:) E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2014, s. 303–304.

<sup>4</sup> Zob. E. Gniewek, (w:) E. Gniewek (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 3, C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 390.

3) niepodzielność wspólnego prawa<sup>5</sup>.

Jeżeli chodzi o pierwszy element, to wskazać należy, że współwłasność dotyczy jednej rzeczy. Jeżeli zatem prawo własności, na przykład do gruntu, przysługuje dwóm podmiotom, to są one współwłaścicielami tego gruntu jako całości, a nie jego poszczególnych fragmentów. Gdy przedmiotem współwłasności jest zbiór rzeczy, to nie jest tak, że jednemu współwłaścicielowi przysługuje część tego zbioru, a drugiemu inna część tego zbioru. Z istoty współwłasności są oni bowiem współwłaścicielami każdego przedmiotu wchodzącego w skład tego zbioru<sup>6</sup>.

Wielość podmiotów oznacza, że właścicielej rzeczy jest co najmniej dwóch. Nie ma przy tym znaczenia to, czy współwłaścicielami są wyłącznie osoby fizyczne, czy jednostki organizacyjne posiadające podmiotowość prawną (osoby prawne lub podmioty wskazane w art. 331 k.c.). Wskazać należy jednocześnie, że nie stanowią współwłasności współników rzeczy stanowiące własność spółki osobowej prawa handlowego (jawnej, partnerskiej, komandytowej lub komandytowo-akcyjnej). Jedynym właścicielem jest w takich sytuacjach spółka jako odrębny podmiot prawa<sup>7</sup>.

Ostatnim elementem niezbędnym do istnienia współwłasności jest niepodzielność przysługującego współwłaścicielom prawa. Jest to silnie związane z jednością rzeczy i oznacza, że każdy ze współwłaścicieli ma

prawo do całej rzeczy, a jedynym ograniczeniem tego prawa jest prawo pozostałych współwłaścicieli<sup>8</sup>.

### 2.3. Typy współwłasności

Polskie ustawodawstwo wyróżnia dwa typy współwłasności – ułamkową (udziałową) i łączną. *Numerus clausus* praw rzeczowych wyklucza tworzenie innych rodzajów współwłasności<sup>9</sup>. Przepisy regulujące współwłasność w k.c. odnoszą się do współwłasności ułamkowej, podczas gdy współwłasność o charakterze łącznym jest przedmiotem regulacji przepisów dotyczących stosunków, z których ona wynika.

Współwłasność łączna, jak zasygnalizowano w art. 196 § 2 k.c., związana jest z innym stosunkiem prawnym. Oznacza to, że dla jej istnienia konieczne jest istnienie innego, podstawowego, stosunku prawnego<sup>10</sup>. W praktyce obrotu prawnego najczęstszymi przypadkami współwłasności łącznej jest wspólność małżeńska majątkowa uregulowana w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej: k.r.o.)<sup>11</sup> oraz współwłasność współników spółki cywilnej. Charakterystycznym elementem tego typu współwłasności jest brak ułamkowego określenia udziału przysługującego poszczególnym współwłaścicielom<sup>12</sup>. Sytuacja taka trwa jednak, dopóki istnieje stosunek podstawowy. Gdy wygaśnie on, to współwłasność staje się współwłasnością o charakterze udziałowym<sup>13</sup>. Podkreślenia wymaga, że w razie

<sup>5</sup> K. Szadkowski, (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. T. I*, C. H. Beck, Warszawa 2016, s. 889 i cytowana tam literatura.

<sup>6</sup> K. Górka, (w:) E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks*, s. 388.

<sup>7</sup> E. Gniewek, (w:) E. Gniewek (red.), *System*, s. 666–667. W doktrynie też prezentowane są poglądy przeciwne, np. Z. Nowakowski, (w:) J. Ignatowicz (red.), *System Prawa Cywilnego. Tom II. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1977, s. 388. Pogląd wyrażony przez E. Gniewka zasługuje jednak na pełną aprobatę, gdyż jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, lecz posiadająca zdolność prawną, jest odrębnym podmiotem i samodzielnie występuje w obrocie prawnym. Może pozywać i być pozywana oraz dysponować własnym majątkiem.

<sup>8</sup> Zob. wyrok SA w Krakowie sygn. akt I ACa 254/16.

<sup>9</sup> S. Rudnicki, G. Rudnicki, J. Rudnicka, (w:) J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 320.

<sup>10</sup> A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II*, Lex, komentarz do art. 196, teza 3.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2082 z późn. zm.).

<sup>12</sup> Zob. uzasadnienie do uchwały SN sygn. akt III CZP 33/00.

<sup>13</sup> Zob. tezę postanowienia SN sygn. akt II CKU 10/96.



braku stosownych regulacji do współwłasności łącznej można stosować odpowiednio przepisy o współwłasności ułamkowej<sup>14</sup>.

W przeciwieństwie do współwłasności łącznej, współwłasność o charakterze udziałowym nie musi być związana z jakimś innym, podstawowym stosunkiem prawnym. Jej istota wyraża się w tym, że każdemu ze współwłaścicieli przysługuje określony ułamkowo udział w rzeczy. Determinuje on uprawnienia wewnętrzne i zewnętrzne współwłaściciela. Współwłasność o charakterze ułamkowym może powstać w różnych sytuacjach:

1) z mocy ustawy (w tym także w sytuacji, gdy ze zdarzeniem faktycznym ustawa wiąże określone skutki prawne);

2) z mocy orzeczenia sądowego albo decyzji administracyjnej;

3) na podstawie czynności prawnej<sup>15</sup>.

Jak wynika z art. 198 k.c., w sytuacji współwłasności ułamkowej każdy ze współwłaścicieli ma prawo do swobodnego rozporządzania swoim udziałem w rzeczy. Nie wymaga to zgody pozostałych współwłaścicieli, bowiem wobec swojego udziału współwłaściciel jest niejako wyłącznym właścicielem<sup>16</sup>. Udział to jednak pewien konstrukt myślowy, który nie ma przełożenia na faktyczny podział rzeczy. Należy jednak mieć na uwadze, że jeżeli pozostaje to bez wpływu na rzecz będącą przedmiotem wspólności, to dopuszczalne jest na przykład wydzierżawienie udziału (o ile nie łączy się to z korzystaniem z rzeczy przez dzierżawcę)<sup>17</sup>.

#### 2.4. Czynności zwykłego zarządu i czynności przekraczające zwykły zarząd a współwłasność

Artykuł 199 k.c. reguluje kwestię konsensu wszystkich współwłaścicieli w sytuacji rozpo-

ządzenia rzeczą wspólną oraz czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu. Z treści przepisu wynika wprost, że takie czynności wymagają aprobaty wszystkich współwłaścicieli.

Artykuł 201 k.c. stanowi natomiast, że w sprawach zwykłego zarządu wymagana jest zgoda większości współwłaścicieli. Większość należy jednak, zgodnie z art. 204 k.c., rozumieć nie przez pryzmat liczby współwłaścicieli, lecz w kontekście przysługujących im udziałów. Może być tak, że współwłaścicieli jest kilku, ale udział jednego z nich wynosi więcej niż udziały wszystkich pozostałych. Kodeks cywilny przewiduje w sytuacjach konfliktu możliwość ingerencji sądu w zarząd rzeczą wspólną.

W kontekście problematyki niniejszego artykułu pojęcie zarządu oraz czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu będzie miało duże znaczenie. Samo pojęcie zarządu oznacza natomiast wszelkie czynności faktyczne i prawne odnoszące się do rzeczy wspólnej<sup>18</sup>. Zgodnie z art. 200 k.c. na współwłaścicielach ciąży obowiązek współdziałania. Ustawodawca nie zdefiniował czynności zwykłego zarządu ani takich, które ten zwykły zarząd przekraczają. Pojęcie czynności zwykłego zarządu w doktrynie odnosi się do takich zachowań, które związane są z zachowaniem rzeczy w stanie niepogorszonym oraz jej bieżącą eksploatacją<sup>19</sup>.

Treść art. 199 k.c. wskazuje jednak, że za czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu uznać należy bezspornie rozporządzenie rzeczą<sup>20</sup>. Obejmuje ono nie tylko zbycie rzeczy, ale także jej obciążenie. Nie ulega wątpliwości, że tak daleka ingerencja w rzecz jak jej zniszczenie, celowe uszkodzenie czy uczynienie niezdatną do użytku

<sup>14</sup> Zob. uzasadnienie do uchwały SN sygn. akt III CZP 68/89.

<sup>15</sup> S. Rudnicki, G. Rudnicki, J. Rudnicka, (w:) J. Gudowski (red.), *Kodeks*, s. 320–321.

<sup>16</sup> Zob. tezę wyroku SN sygn. akt I CKN 729/99.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Zob. uzasadnienie uchwały SN sygn. akt III CZP 76/90.

<sup>19</sup> A. Filipiak, (w:) A. Kidyba (red.), *Kodeks*, komentarz do art. 199, teza 4.

<sup>20</sup> P. Księżak, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 1069.

stanowi czynność przekraczającą zwykły zarząd, a zatem wymaga zgody wszystkich pozostałych współwłaścicieli. Za taką czynność można też uznać działania jednego ze współwłaścicieli, które prowadzą do pozbawienia władztwa nad rzeczą pozostałych współwłaścicieli. Chodzić może w szczególności o takie działania, jak wymiana zamków w mieszkaniu stanowiącym przedmiot współwłasności. Natomiast w kontekście wcześniejszych rozważań uszkodzenie rzeczy wynikające z bieżącej eksploatacji mieści się w pojęciu zwykłego zarządu rzeczą (na przykład zużycie części samochodu na skutek jego użytkowania).

### 2.5. Zniesienie współwłasności i jego skutki

Istotne znaczenie w kontekście omawianej w niniejszym artykule problematyki ma okoliczność zniesienia współwłasności przez współwłaścicieli albo przez sąd. Regulacja kodeksowa stanowi, że wszyscy współwłaściciele w drodze umowy mogą znieść współwłasność rzeczy. Nie ulega wątpliwości, że skutek takiej umowy następuje od momentu jej zawarcia, co oznacza, że ma ona charakter konstytutywny<sup>21</sup>. Podobnie jest w przypadku sądowego zniesienia współwłasności w trybie postępowania nieprocesowego. W tej sytuacji postanowienie sądu także ma charakter konstytutywny i skutek *ex nunc*<sup>22</sup>. Zgodnie z art. 624 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.)<sup>23</sup> z momentem uprawomocnienia się postanowienia sądu własność rzeczy przechodzi na jednego albo kilku wskazanych w nim uczestników. Przesądza to o konstytutywnym charakterze rozstrzygnięcia sądu, przejście własności następuje bowiem dopiero z momentem uprawomocnienia się orzeczenia.

## 3. PRZESTĘPSTWO ZNISZCZENIA, USZKODZENIA LUB UCZYNIENIA NIEZDATNYM DO UŻYTKU MIENIA

### 3.1. Rozważania ogólne

Czyn stypizowany w art. 288 § 1 k.k. jest przestępstwem przeciwko mieniu polegającym na zniszczeniu, uszkodzeniu albo uczynieniu rzeczy niezdatną do użytku. W § 2 uregulowano typ uprzywilejowany tego przestępstwa. Oba jego typy (uprzywilejowany i podstawowy) są przestępstwami, których ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego.

Artykuł 294 § 1 k.k. przewiduje typ kwalifikowany, w sytuacji gdy sprawca dopuścił się czynu w stosunku do mienia znacznej wartości<sup>24</sup>. Jest to przestępstwo ścigane z urzędu. Warto zwrócić także uwagę, że surowszą odpowiedzialność ponosi sprawca, który dopuścił się przestępstwa opisanego w art. 288 § 1 k.k. w stosunku do dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury. Ponadto także Kodeks wykroczeń (dalej: k.w.)<sup>25</sup> w art. 124 przewiduje kryminalizację zachowania polegającego na zniszczeniu, uszkodzeniu albo uczynieniu niezdatną do użytku cudzej rzeczy. Od przestępstwa oddziela wykroczenie próg kwotowy w wysokości 1/4 minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W stosunku do sprawcy, który dokonał czynu zabronionego opisanego w art. 288 k.k. albo w art. 294 k.k., ustawodawca wprowadził możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary albo odstąpienia od jej wymierzenia. Warunkiem jest naprawienie wyrządzonej szkody. Jeżeli sprawca naprawił szkodę w znacznej części (a zatem nie w całości), sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Nie jest natomiast możliwe odstąpienie od wymierzenia kary.

Przestępstwa opisane w art. 288 oraz w art. 294 k.k. (w zakresie wskazanym w art. 288 § 1 k.k.) są przestępstwami powszechnymi, co

<sup>21</sup> Zob. tezę wyroku SO w Gdańsku sygn. akt III Ca 794/09.

<sup>22</sup> Zob. tezę postanowienia SN sygn. akt III CKN 411/00.

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 z późn. zm).

<sup>24</sup> Zgodnie z art. 115 § 5 k.k. mieniem znacznej wartości jest mienie, którego wartość w chwili popełnienia przestępstwa przekracza 200 000 zł.

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz.U z 2015 r. poz. 1094 z późn. zm).

oznacza, że mogą być popełnione przez każdą osobę zdolną do ponoszenia odpowiedzialności karnej<sup>26</sup>. Mając na uwadze treść art. 8 k.k. – przestępstwa te mogą być popełnione wyłącznie umyślnie zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i w zamiarze ewentualnym<sup>27</sup>.

### 3.2. Czynności wykonawcze przestępstwa określonego w art. 288 § 1 k.k.

Przestępstwo opisane w art. 288 § 1 k.k. może polegać na zniszczeniu, uszkodzeniu albo uczynieniu niezdatną do użytku rzeczy cudzej. W pierwszej kolejności należy zatem zwrócić uwagę na pojęcie rzeczy cudzej, jakim posługuje się wskazany wyżej przepis. Nie ulega wątpliwości, że chodzi tu o rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c., czyli przedmioty materialne obejmujące zarówno nieruchomości, jak i rzeczy ruchome<sup>28</sup>.

Zniszczenie rzeczy może polegać na unicestwieniu rzeczy, tj. na pozbawieniu jej waloru rzeczy. Przykładem może być spalenie drewnianych mebli, z których nie pozostaną żadne resztki. W doktrynie za zniszczenie rzeczy uznaje się także pozbawienie rzeczy tych cech, które sprawiają, że jest ona rzeczą określonego typu<sup>29</sup>. Oznacza to, że rzecz nie traci przymiotu bycia rzeczą w rozumieniu prawa cywilnego, jednak ze względu na zakres dokonanych zmian nie może już być rzeczą określonego rodzaju. Jako przykład można wskazać umyślnie zniszczenie pojazdu, po którym został wrak, który rzeczą jest i może być przedmiotem własności i obrotu.

Uszkodzenie rzeczy oznacza, że na skutek działania sprawcy rzecz ulega częściowemu zniszczeniu, traci wartość lub walory użytkowe w takim stopniu, że niezbędna dla przywrócenia poprzedniego stanu staje się ingerencja w substancję rzeczy<sup>30</sup>. Może to polegać na przykład na konieczności ponownego malowania budynku w celu usunięcia napisu, który umieścił na nim sprawca<sup>31</sup>. Między zniszczeniem rzeczy a jej uszkodzeniem podstawową różnicą jest możliwość przywrócenia stanu poprzedniego przy normalnym nakładzie kosztów lub pracy. W istocie niekiedy jest tak, że zniszczoną rzecz dałoby się przywrócić do stanu poprzedniego, jednak wiązałoby się to z nadmiernymi trudnościami lub kosztami.

Uczynienie rzeczy niezdatną do użytku wiąże się z nieznaczną ingerencją w rzecz, jednak bez istotnego naruszenia jej substancji<sup>32</sup>. Skutkiem zachowania sprawcy jest niemożność korzystania z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem i właściwościami<sup>33</sup>. Istotna jest w przypadku omawianej czynności sprawczej niemożność użytkowania rzeczy pomimo braku widocznych oznak zmian w rzeczy<sup>34</sup>. Działanie sprawcy może polegać na przykład na usunięciu niezbędnej części, bez której rzecz nie może funkcjonować w sposób prawidłowy.

Podkreślić należy, że nie ma znaczenia dla prawnokarnej oceny działania sprawcy, czy dokonał on zniszczenia, uszkodzenia rzeczy, czy też uczynił ją niezdatną do użytku. W orzecznictwie wyrażony został trafny pogląd, że formy te są równorzędne<sup>35</sup>. Zróżnicowanie może oczywiście wystąpić na etapie wymiaru kary,

<sup>26</sup> I. Zgoliński, (w:) V. Konarska-Wrzosek, *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1215.

<sup>27</sup> T. Oczkowski, (w:) R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art. 288 k.k., teza 8.

<sup>28</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 613; zob. też tezę wyroku SN sygn. akt IK 899/33.

<sup>29</sup> J. Piskorski, (w:) R. Zawłocki (red.), *System prawa karnego. Tom 9*, C. H. Beck, Warszawa 2015, s. 357.

<sup>30</sup> Zob. uzasadnienie do uchwały SN sygn. akt VI KZP 48/83.

<sup>31</sup> Zob. uzasadnienie do wyroku SN sygn. akt V KKN 362/01.

<sup>32</sup> A. Marek, *Kodeks*, s. 613–614.

<sup>33</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 348.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Zob. tezę postanowienia SN sygn. akt III KK 471/13.

w zależności od takich czynników jak sposób działania sprawcy, stopień szkodliwości społecznej czy wartość wyrządzonej przestępstwem szkody.

### 3.3. Pojęcie rzeczy cudzej a współwłasność

W omawianej materii najistotniejszą kwestią jest ocena, czy rzecz stanowiąca przedmiot współwłasności jest rzeczą cudzą. Aby bowiem doszło do popełnienia czynu zabronionego, czynność wykonawcza musi zostać dokonana względem rzeczy cudzej<sup>36</sup>. Pojawia się zatem problem interpretacyjny, ustawodawca bowiem w art. 288 § 1 k.k. nie konstruuje definicji tego sformułowania.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w art. 115 § 9 k.k. ustawodawca zdefiniował, w sposób dość niejasny, pojęcie rzeczy ruchomej lub przedmiotu. Definicja ta jest jednak tylko częściowo przydatna na gruncie art. 288 k.k. Analiza tego przepisu wskazuje jednak, że przestępstwo to można popełnić także w stosunku do nieruchomości. Wydaje się zatem, że pojęcie rzeczy na gruncie prawa karnego oznacza „rzecz” w rozumieniu cywilistycznym oraz dodatkowo te przedmioty, które są wskazane w art. 115 § 9 k.k. Przepis ten jest jednak dalece nieprecyzyjny i nie wskazuje chociażby różnicy między przedmiotem a rzeczą ruchomą. Wydaje się, że są to pojęcia tożsame<sup>37</sup>. Jednocześnie należy wskazać, że Kodeks karny w ogóle nie wyróżnia także nieruchomości. Co więcej, w żadnym miejscu ustawodawca nie odniósł się wprost do problemu współwłasności rzeczy.

Jeśli wziąć pod uwagę treść art. 288 § 1 k.k., nie ulega wątpliwości, że przedmiotem wykonawczym może być każda rzecz, i to w rozu-

mieniu cywilistycznym i karnistycznym. Mogą być to zatem ruchomości, nieruchomości, pieniądze, środki płatnicze czy papiery wartościowe. Jak wspomniano wcześniej, omawiany przepis odnosi się jedynie do rzeczy cudzych. Nie ulega zatem wątpliwości, że przestępstwa może dopuścić się posiadacz na szkodę właściciela rzeczy. Z drugiej strony może być tak, że nie popełni przestępstwa osoba, która uszkodzi lub zniszczy rzecz niczyją. Już sama wykładnia literalna prowadzi bowiem do wniosku, że rzecz cudza to taka, która należy do innej osoby.

Skoro ustawodawca nie odniósł się do pojęcia współwłasności, to problem musiał zostać rozwiązany przez orzecznictwo i doktrynę. Sąd Najwyższy (dalej: SN) na gruncie przestępstwa przywłaszczenia doszedł do słusznej konkluzji, że rzecz stanowiąca współwłasność jest dla każdego ze współwłaścicieli rzeczą cudzą<sup>38</sup>. Z istoty współwłasności wynika, że jest więcej niż jeden właściciel, a co za tym idzie – prawo każdego ze współwłaścicieli ogranicza pozostałych. Także w późniejszych orzeczeniach sądów powszechnych pogląd ten uzyskał aprobatę i stanowił podstawę rozstrzygnięć<sup>39</sup>. Problem współwłasności był także przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK)<sup>40</sup>. TK dość jednoznacznie odrzucił tezę, że zniszczenie współwłasności należy rozpatrywać jedynie w kontekście przekroczenia uprawnień przez współwłaściciela. Oznaczałoby to tylko sankcję o charakterze cywilnoprawnym, bez skutków na gruncie prawa karnego.

### 3.4. Typ współwłasności oraz jej zniesienie a odpowiedzialność karna

Z prawnokarnego punktu widzenia bez znaczenia jest, czy współwłasność ma charak-

<sup>36</sup> Nie oznacza to jednak, że uszkodzenie czy zniszczenie własnej rzeczy jest zawsze irrelevantne z punktu widzenia prawa karnego. Przykładem może być dopuszczenie się przez sprawcę przestępstwa z art. 298 § 1 k.k. Zob. szerzej T. Oczkowski, (w:) *Kodeks*, komentarz do art. 288 k.k., teza 7.

<sup>37</sup> R. Zawłocki, (w:) R. Zawłocki (red.), *Kodeks*, Legalis, komentarz do art. 115 k.k., nb. 167.

<sup>38</sup> Zob. uzasadnienie wyroku SN sygn. akt III KKN 241/96, pogląd ten zachował aktualność także na gruncie obowiązujących przepisów.

<sup>39</sup> Zob. tezę wyroku SA w Katowicach sygn. akt II AKA 179/05; zob. też uzasadnienie wyroku SO we Wrocławiu sygn. akt IV Ka 671/13.

<sup>40</sup> Zob. uzasadnienie postanowienia TK sygn. akt Ts 3/07.

ter współwłasności łącznej, czy ułamkowej. Przestępstwo stypizowane w art. 288 k.k. może zatem popełnić małżonek uszkadzający drzwi w mieszkaniu stanowiącym przedmiot wspólności małżeńskiej majątkowej czy wspólnik spółki cywilnej niszczący maszyny będące wkładem do spółki. Nie ma też, w przekonaniu autora, żadnego wpływu na ocenę bezprawności działania sprawcy okoliczność posiadania udziału większego niż udział pozostałych współwłaścicieli. Zniszczenie, uszkodzenie albo uczynienie rzeczy niezdatną do użytku zawsze stanowi czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu. Tylko zgoda pozostałych współwłaścicieli może powodować, że sprawcy nie będzie można przypisać czynu opisanego w art. 288 k.k.

Okoliczność zniesienia współwłasności może mieć znaczenie tylko wtedy, gdy nastąpiło przed dokonaniem czynu zabronionego. Jeżeli rzecz została przyznana tylko sprawcy, to jest on jej jedynym właścicielem i nie jest ona rzeczą cudzą. Dokonanie czynności sprawczej w trakcie postępowania nieprocesowego albo przed jego wszczęciem nie może rzutować na prawnokarną ocenę zachowania sprawcy. Nawet jeżeli na skutek wyroku sądu doszło do przyznania rzeczy sprawcy, to ocenić należy jego zachowanie przez pryzmat art. 624 k.p.c. Dopiero z momentem uprawomocnienia się postanowienia dochodzi bowiem do przejścia prawa własności. Jeżeli zatem postępowanie trwa albo nie zostało jeszcze rozpoczęte, to rzecz pozostaje dla sprawcy rzeczą cudzą niezależnie od okoliczności, czy jego efektem będzie przyznanie własności rzeczy sprawcy.

Można jednak przedstawić argumentację przeciwną. Jeżeli w trakcie postępowania karnego o przestępstwo zniszczenia, uszkodzenia albo uczynienia niezdatną do użytku rzeczy doszłoby do przyznania na własność

sprawcy rzeczy, to należałoby rozważyć kwestię społecznej szkodliwości. Czyn jest jednak zdarzeniem historycznym, ocenić zatem należy zachowanie sprawcy w momencie popełnienia czynu. Ewaluacja stopnia szkodliwości społecznej jest oczywiście prerogatywą sądu orzekającego w danej sprawie.

#### 4. WNIOSKI

Nie sposób nie zauważyć, że brak precyzji ustawodawcy co do pojęcia rzeczy cudzej powoduje niepotrzebny zamęt pojęciowy. Zdaniem autora powinno się rozważyć nowelizację art. 115 k.k. poprzez zdefiniowanie rzeczy cudzej jako rzeczy, która nie stanowi wyłącznej własności sprawcy. Rozwiałoby to wszelkie wątpliwości interpretacyjne. Prawo karne powinno być precyzyjne, a posługiwanie się pojęciami, które mogą budzić wątpliwości, nie jest dobrą praktyką ustawodawcy.

Biorąc pod uwagę potoczne znaczenie pojęcia „rzecz cudza”, wydawać się może, że rzecz stanowiąca współwłasność rzeczą cudzą nie jest. Jak dowodzi jednak aktywność orzecznicza SN i sądów powszechnych, a także TK, nie ulega wątpliwości, że na gruncie art. 288 k.k. rzeczą cudzą jest także taka, która jest przedmiotem współwłasności. Obecną linię orzeczniczą uznać należy za słuszną. Przekraczanie uprawnień współwłaścicielskich ponad przeciętną miarę powinno spotkać się z represją karną. Jednocześnie należy mieć na uwadze, jakie okoliczności towarzyszą często tego typu sytuacjom. W szczególności chodzi tu o silne konflikty osobiste pomiędzy współwłaścicielami. Wizja ewentualnej odpowiedzialności karnej powinna działać odstrasząco na potencjalnych sprawców.

## Summary

*Piotr Soroka*

### CO-OWNERSHIP IN CONTEXT OF DAMAGING AND DESTRUCTING PROPERTY

Paper is focused on the problem of co-ownership and its connection with crime of destructing or damaging property. Co-ownership is not uncommon in polish reality and sometimes it is a source of conflict between the owners. These conflicts may lead to situations where subject of co-ownership is being damaged or even destroyed by one of co-owners. Polish penal law is not precise whether subject of co-ownership should be treated in the same way as property which does not belong to perpetrator. Judicial activity of polish common courts, Supreme Court and Constitutional Tribunal shown, that a co-owner which is damaging or destroying subject of co-ownership should be treated as a perpetrator of a crime.

**KEY WORDS:** co-ownership, destrutction of property, damaging property

**POJĘCIA KLUCZOWE:** współwłasność, zniszczenie mienia, uszkodzenie mienia

## STATUS POKRZYWDZONEGO PRZY PRZESTĘPSTWACH PRZECIWKO WIARYGODNOŚCI DOKUMENTÓW

Kwestia statusu pokrzywdzonego przy przestępstwach przeciwko wiarygodności dokumentów<sup>1</sup> jest jednym z tych problemów, gdzie potrzeby praktyki wydają się całkowicie różniąc z poglądami części orzecznictwa i doktryny, które jednak są brane pod uwagę przez ustawodawcę przy tworzeniu prawa. Od uchwalenia bowiem w dniu 22 marca 2013 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 480), obowiązującej od 23 lipca 2013 r., odpowiedź na pytanie, czy przy przestępstwach przeciwko wiarygodności dokumentów występuje osoba pokrzywdzona, wydaje się być negatywna, przynajmniej zdaniem polskiego ustawodawcy.

Ustawa ta znowelizowała bowiem art. 306 k.p.k. poprzez rozszerzenie katalogu podmiotów mogących złożyć zażalenie na umorzenie postępowania karnego, poprzez dodanie art. 306 § 1a, zgodnie z którym legitymacja do złożenia zażalenia przysługuje w dalszym ciągu stronom, ale ponadto także instytucji państwowej lub samorządowej, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie, oraz osobie, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie określonym w art. 228–231, art. 233, art. 235, art. 236, art. 245, art. 270–277, art. 278–294 lub w art. 296–306 Kodeksu karnego, jeżeli postę-

powanie karne wszczęto w wyniku jej zawiadomienia, a wskutek tego przestępstwa doszło do naruszenia jej praw.

Pozornie nowa ustawa była korzystna dla osób składających zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów i uważających się za pokrzywdzonych na skutek popełnienia tego przestępstwa, ponieważ w sposób jednoznaczny przyznawała im prawo do składania zażalenia na postanowienie o umorzeniu postępowania karnego<sup>2</sup>. Jednak jednocześnie była ona sygnałem, że ustawodawca akceptuje pogląd, zgodnie z którym osoby te nie są pokrzywdzonymi w rozumieniu art. 49 k.p.k., a co za tym idzie – pozbawiono je jakichkolwiek innych uprawnień przysługujących pokrzywdzonym.

W uzasadnieniu projektu ustawy stwierdzono natomiast<sup>3</sup>: „Najlepszym przykładem rozdziwisku pomiędzy powszechnym znaczeniem pojęcia «pokrzywdzonego» a prawną definicją tego pojęcia zawartą w przepisie art. 49 k.p.k. są właśnie przypadki fałszywych opinii biegłych, dokumentów (art. 271 lub 233 k.k.) czy nieprawdziwych zeznań świadków (art. 233 k.k.), które – w sensie formalnym – naruszają dobro wymiaru sprawiedliwości,

<sup>1</sup> Na wstępie od razu wskazane jest wyjaśnić, że przedmiotem analizy przedstawionej w niniejszym artykule są przypadki, gdy działania sprawcy popełniającego jedno z przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów nie wypełniają równocześnie znamion innego przestępstwa, w odniesieniu do którego nie ma wątpliwości, czy jego popełnienie narusza czyjeś indywidualne dobro. Przykłady np. zbiegu art. 270 § 1 k.k. oraz art. 286 § 1 k.k. pozostają zatem poza zakresem naszego zainteresowania, albowiem nie budzi wątpliwości, że popełnienie tak kwalifikowanego czynu zabronionego powoduje ukonstytuowanie się osoby pokrzywdzonej – podmiotu, w którego dobro indywidualne godził sprawca.

<sup>2</sup> O tym, że według niektórych autorów uprawnienia te przyznano w pewnym zakresie nawet zbyt szeroko, S. Dudziak, *Zaskarżanie postanowień o odmowie wszczęcia i umorzeniu postępowania przygotowawczego po nowelizacji art. 306 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2013, z. 10, s. 79–80.

<sup>3</sup> Dostępny na stronie: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=604> [dostęp: 12.02.2017].

a jedynie pośrednio naruszają dobra stron postępowania, które uzyskały niekorzystne rozstrzygnięcie w oparciu o takie nieprawidłowe dowody. Znane są również przypadki, gdy biegli rzeczoznawcy majątkowi wyceniając wartość nieruchomości, z której prowadzona jest egzekucja, sporządzają fałszywe opinie, nie odpowiadające rzeczywistej wartości, a nawet w niektórych wypadkach rzeczywistemu stanowi nieruchomości. W takich sprawach, choć działania biegłego rzeczoznawcy, komornika czy innych osób stanowią przestępstwo, często jednak faktycznie «pokrzywdzeni» taką nieprawdziwą opinią, dokumentem nie są uznawani przez prokuratorów za formalnie pokrzywdzonych. Prokuratorzy powołują się właśnie na art. 49 k.p.k.<sup>4</sup>

Uzasadnienie uchwalenia ustawy należy zatem – jak się wydaje – interpretować następująco: ustawodawca zdaje sobie sprawę z faktu, że osoby zawiadamiające o przestępstwach przeciwko wiarygodności dokumentów nie są często uznawane za pokrzywdzonych przez organy ścigania, i postanowił temu zaradzić. Zamiast jednak doprecyzować ustawową definicję pokrzywdzonego, dość niedwuznacznie zasugerował on, że akceptuje tezę, iż w odniesieniu do katalogu wymienionych w przepisie przestępstw nie występują osoby pokrzywdzone, w zamian przyznając zawiadamiającym o ich popełnieniu, którzy czują się pokrzywdzeni, minimalne, podstawowe uprawnienia procesowe – zdaniem niżej podpisanego

w żadnym stopniu niewystarczające. Gdyby bowiem w odniesieniu do tych kategorii przestępstw występowały osoby pokrzywdzone, to nowelizacja art. 306 k.p.k. byłaby niepotrzebna, bo i tak jako pokrzywdzeni mieliby oni prawo zaskarżania postanowień o umorzeniu postępowania karnego. Aktualnie zatem stan prawny utrudnić może w znacznym stopniu uzyskanie przez te osoby statusu pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 k.p.k.<sup>5</sup>

Obecny stan prawny abstrahuje tymczasem od rzeczywistości, w której działanie fałszerzy dokumentów w oczywisty sposób powoduje pokrzywdzenie osób, które niewątpliwie spełniają wymogi sformułowanej w art. 49 k.p.k. definicji pokrzywdzonego, jednak nie są za pokrzywdzonych uważane w toku postępowania karnego tylko i wyłącznie ze względu na pogląd, że przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów nie mogą godzić w dobra indywidualne. Pogląd taki został wygłoszony m.in. kilkakrotnie<sup>6</sup> w orzecznictwie Sądu Najwyższego, np. w wyroku z 1 kwietnia 2008 r. (sygn. V KK 26/08<sup>7</sup>): „przestępstwo z art. 270 k.k., jako skierowane przeciwko wiarygodności dokumentu, który sprawca przerobił i mające na celu zagwarantowanie pewności obrotu prawnego, nie zostało popełnione z pokrzywdzeniem konkretnej osoby fizycznej, nie istnieje zatem możliwość pojednania się z pokrzywdzonym, jak i naprawienia wyrządzonej mu szkody”<sup>8</sup>.

W kontekście też SN wątpliwość budzi fakt,

<sup>4</sup> Szerzej o motywach ustawodawcy przy uchwalaniu ustawy nowelizacyjnej S. Dudziak, *Zaskarżanie*, s. 77; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–467*, Warszawa 2014, s. 1046–1047.

<sup>5</sup> Do podobnych wniosków dochodzą także P. Czarniecki, M. Czerwińska (red.), *Uczestnicy postępowania karnego w świetle nowelizacji procedury karnej po 1.7.2015 r.*, Warszawa 2015, s. 233–235.

<sup>6</sup> Oprócz przywołanego dalej w artykule wyroku w sprawie V KK 26/08 jako przykłady podobnych w swej treści orzeczeń Sądu Najwyższego należy wymienić: wyrok z 20 grudnia 2006 r. (III KK 398/06, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2007, z. 5, poz. 5); wyrok z 2 kwietnia 2009 r. (IV KK 391/08, „Biuletyn Prawa Karnego” 2009, nr 6, s. 27–29); wyrok z 21 października 2010 r. (III KK 309/10, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2011, z. 2, poz. 11); postanowienie z 24 maja 2011 r. (II KK 13/11, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2011, z. 11, poz. 15); postanowienie z 24 sierpnia 2016 r., (I KZP 5/16, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa” 2016, nr 10, poz. 66).

<sup>7</sup> „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2008, z. 7–8, poz. 10.

<sup>8</sup> Na marginesie należy zauważyć, że brak stwierdzenia, iż w sprawie występuje pokrzywdzony, może powodować negatywne konsekwencje także dla oskarżonego. Przywołany wyżej wyrok zapadł na kanwie stanu faktycznego, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że niezasadne było warunkowe umorzenie postępowania karnego wobec sprawcy, albowiem przy przestępstwie z art. 270 k.k. nie występuje osoba pokrzywdzona i dlatego oskarżony nie mógł



że na podstawie jednostkowego przypadku Sąd Najwyższy wypracował koncepcję, która w jego zamierzeniu dotyczyć ma wszystkich przypadków popełnienia przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów, na co wskazuje dość kategoriyczny sposób sformułowania tej tezy przez SN<sup>9</sup>. Orzeczenie to pozornie jest zgodne z przyjętym już wcześniej przez Sąd Najwyższy stanowiskiem, zakładającym wąskie rozumienie pojęcia pokrzywdzonego przestępstwem. Jak bowiem wskazał SN w uchwale z 15 września 1999 r. (sygn. I KZP 26/99<sup>10</sup>), „krąg pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych”, co w samej treści orzeczenia uzasadniono następująco: „Zajęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do nadmiernego «rozmycia» pojęcia zdefiniowanego w art. 49 § 1 k.p.k. W szczególności niemal nieograniczony krąg podmiotów mógłby powoływać się na to, iż ich dobra prawnie chronione zostały nawet tylko zagrożone przez czyn będący przestępstwem. Przyjęcie wąskiej, materialnej definicji pokrzywdzonego pozwala natomiast na racjonalne ograniczenie tego kręgu do osób, których dobra prawne zostały zagrożone w wyniku przestępstw, które skonstruowane zostały jako przestępstwa z narażenia oraz do przestępstw popełnionych w innych formach stadialnych i zjawiskowych niż dokonanie. Dzięki takiemu ograniczeniu usunięta zostaje sfera uznaniowości organów procesowych, które mogłyby niemalże dowolnie kształtować krąg podmiotów, którym – zdaniem tych organów – przysługują

uprawnienia pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k.”<sup>11</sup>.

Odnosząc się do przywołanych wyżej orzeczeń, należy stwierdzić na wstępie, że nie wiadomo właściwie, czemu Sąd Najwyższy w swej uchwale z 1999 r. tak negatywnie podchodzi do kwestii szerokiego katalogu osób pokrzywdzonych, które mogą brać udział w postępowaniu karnym. Nie wydaje się bowiem, aby występowanie w postępowaniu karnym kilku osób pokrzywdzonych miało w znaczący sposób przyczynić się np. do przedłużenia trwania postępowania karnego. Wąskie ujmowanie katalogu osób pokrzywdzonych lekceważy natomiast fakt rzeczywistego pokrzywdzenia osób, które ucierpiały w wyniku czynu zabronionego i które nie będą mogły dochodzić swych praw w postępowaniu karnym. Tezy powyższych orzeczeń SN zdają się zatem pozostawać w sprzeczności z założeniami kompensacyjnej funkcji prawa karnego, nakazującymi w możliwie jak najszerszym zakresie uwzględniać interesy pokrzywdzonego – z czego można wyprowadzać zasadę szerokiego rozumienia pojęcia pokrzywdzonego, co miałyby na celu niedopuszczenie do sytuacji, gdy ktoś niesłusznie nie zostaje za pokrzywdzonego uznany. Interpretacja SN w tym zakresie zdaje się zatem naruszać uprawnienia osób pokrzywdzonych przestępstwem.

Uzasadnienie argumentacji SN jest zresztą nie tylko enigmatyczne, ale dość niejasne. Trudno zrozumieć, dlaczego „niemal nieograniczony krąg podmiotów” mógłby twierdzić, że ich dobra zostały naruszone przez popełnione przestępstwo. Co więcej, jeżeli czyjeś

się z nią pojednać, co w efekcie doprowadziło do niemożliwości zastosowania wobec niego korzystnego dla niego sposobu zakończenia postępowania karnego.

<sup>9</sup> Nieco mniej radykalne jest brzmienie tezy wygłoszonej przez SN w wyroku z 4 września 2008 r. (V KK 171/08, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2009, nr 1, poz. 6): „W sytuacji, gdy przestępstwo z art. 270 § 1 k.k., jako skierowane przeciwko wiarygodności dokumentu i godzące w gwarancję pewności obrotu prawnego, nie zostało popełnione z pokrzywdzeniem konkretnej osoby fizycznej, nie istnieje możliwość pojednania się z pokrzywdzonym, jak i naprawienia wyrządzonej mu szkody”. Wydaje się, że to stanowisko dopuszcza możliwość, że czyn zabroniony z art. 270 § 1 k.k. spowoduje pokrzywdzenie konkretnej osoby, jeżeli nie został popełniony wyłącznie przeciwko wiarygodności dokumentów.

<sup>10</sup> „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa” 1999, nr 11–12, poz. 69.

<sup>11</sup> Glosa częściowo krytyczna do tego orzeczenia: B. Mik, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, nr 2, s. 164.

dobro prawnie chronione zostało choćby i tylko zagrożone na skutek popełnienia czynu zabronionego, to zgodnie z ustawową definicją pokrzywdzonego z art. 49 k.p.k. wystarczy to do przyjęcia, że osoba ta jest pokrzywdzonym, skoro jest nim każda osoba, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Brak jest podstaw do stwierdzenia – co czyni jednak SN – że w sytuacji zagrożenia dobra prawnego przez czyn zabroniony pokrzywdzenie nie następuje.

Przede wszystkim jednak tezy zawarte w przywołanych powyżej orzeczeniach wydają się być wewnątrznie sprzeczne. Jeżeli bowiem zgodnie z uchwałą z 15 września 1999 r. „krąg pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania”, to SN w orzeczeniu z 1 kwietnia 2008 r. nie miał podstaw do tego, aby stwierdzić, że czyn z art. 270 k.k. jest przestępstwem niepopełnianym na niczyją krzywdę. Sąd Najwyższy odniósł się bowiem ogólnie do art. 270 k.k., ignorując brzmienie paragrafu drugiego tego przepisu, zgodnie z którym odpowiedzialności karnej podlega, kto wypełnia blankiet, opatrzony cudzym podpisem, niezgodnie z wolą podpisanego i **na jego szkodę** albo takiego dokumentu używa.

Wyraźne wskazanie w treści przepisu, że działanie sprawcy ma powodować szkodę w czymś majątku, wydaje się jednoznacznie wskazywać, iż osoba pokrzywdzona jednak tutaj występuje. Zgodnie z powyższą uchwałą SN raczej niepodważalne jest twierdzenie, że znamię szkody determinuje pojawienie się pokrzywdzonego, ponieważ konstytucyjne dla wypełnienia znamion przestępstwa jest pojawienie się osoby poszkodowanej, a zatem takiej, której dobro prawne (np. mienie) zostało bezpośrednio naruszone przez działanie sprawcy. Twierdzenia SN, że w odniesieniu do art. 270 nie występuje osoba pokrzywdzona, są zatem nieuzasadnione i sprzeczne z przywoływaną uchwałą, ponieważ przeprowadzona

przez Sąd interpretacja abstrahuje zupełnie od treści znamion art. 270, wydaje się skupiać jedynie na tym, że jest to przestępstwo skierowane przeciwko wiarygodności dokumentów. Tymczasem, jak sam SN wcześniej to przyznał, to wszystkie znamiona czynu zabronionego, a nie tylko znamię przedmiotu ochrony, decydują o tym, czy jest ono popełniane na czyjąś krzywdę w rozumieniu art. 49 k.p.k. Możliwość popełnienia czynu zabronionego z art. 270 § 2 k.k. na krzywdę konkretnego pokrzywdzonego jest zresztą akceptowana w orzecznictwie Sądu Najwyższego, np. w postanowieniu z 21 maja 2014 r. (sygn. V KK 418/13)<sup>12</sup>.

Powyższe rozważania dotyczyły jedynie treści art. 270 § 2 k.k., gdyż tam kwestia wystąpienia osoby pokrzywdzonej wydaje się oczywista, właśnie z uwagi na pojawiające się tam znamię szkody. W art. 270 § 1 to znamię się nie pojawia, przepis mówi jedynie o odpowiedzialności osoby, która w celu użycia za autentyczny podrabia lub przerabia dokument lub takiego dokumentu jako autentycznego używa. Dla stwierdzenia realizacji tego przestępstwa nie jest zatem konieczne spowodowanie szkody. Co jednak, gdy taka szkoda miała miejsce? Gdybyśmy uznali, że osoba poszkodowana nie jest tutaj pokrzywdzonym w rozumieniu art. 49 k.p.k., to stawialibyśmy ją w gorszej sytuacji niż osobę poszkodowaną wskutek wypełnienia blankietu opatrzony cudzym podpisem wbrew woli tej osoby (art. 270 § 2 k.k.). Nie wydaje się w żadnym wypadku aksjologicznie uzasadnione, aby sytuację tych osób tak drastycznie różnicować. Wobec tego zasadne byłoby uznać, że czyn z art. 270 § 1 k.k. może być popełniony na szkodę innej osoby, a skoro tak, to pobocznym dobrem prawnie chronionym przez ten przepis jest np. jej mienie. Wystąpienie szkody, choć niewymienione w znamionach strony przedmiotowej, konstytuowałoby pokrzywdzonego, co byłoby zgodne ze stanowiskiem SN, albowiem znamię przedmiotu ochrony obejmowałoby tutaj również mienie. Status pokrzywdzonego

<sup>12</sup> LEX nr 1475186.

byłby zatem pozytywnie weryfikowany w tym przypadku z uwagi na znamię przedmiotu ochrony. Nie miałyby znaczenia, czy byłby to główny, czy uboczny przedmiot ochrony, gdyż – jak się wskazuje w doktrynie – ta kwestia nie ma znaczenia dla bytu pokrzywdzenia<sup>13</sup>. Taka interpretacja byłaby zgodna ze stanowiskiem przedstawionym jeszcze w latach siedemdziesiątych przez Sąd Najwyższy – stanowiskiem, z którym, co należy od razu dodać, trudno zdaniem autora polemizować. W uchwale z 26 listopada 1976 r. (VI KZP 11/75<sup>14</sup>) Sąd uznał, że „o tym, kto jest osobą pokrzywdzoną w konkretnej sprawie decyduje dobro prawne tej osoby naruszone lub zagrożone przez sprawcę czynu i to w sposób bezpośredni, choćby nie wynikało to wprost z opisu tego czynu i kwalifikacji prawnej. Bezpośredniość ta wchodzi w grę także wtedy, gdy przedmiotem ochrony jest wprawdzie dobro ogólniejszej natury, ale naruszenie bądź zagrożenie tego dobra powoduje również bezpośrednio pokrzywdzenie indywidualnej osoby”. Orzeczenie to potwierdza, że w przypadku przestępstw skierowanych przeciwko dobrom prawnie chronionym o ogólnym, abstrakcyjnym charakterze pobocznym przedmiotem ochrony mogą być także dobra indywidualne poszczególnych osób, które powinny być uznawane za osoby pokrzywdzone w toku postępowania karnego. Nie należy zatem brać pod uwagę jedynie głównego przedmiotu ochrony danego przepisu<sup>15</sup>.

Z tym tokiem rozumowania należy się w pełni zgodzić, albowiem przyjęcie, że przy przestępstwach skierowanych przeciwko dobru ogólnej natury nie jest możliwe pokrzywdzenie indywidualnego podmiotu, prowadziłoby np. do absurdalnej konkluzji, że nie jest pokrzywdzonym funkcjonariusz publiczny, który został napadnięty w związku z pełnieniem funkcji publicznej, ponieważ czyny z art. 222 i 223 k.k. chronią przede wszystkim działalność instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, a nie jego dobra osobiste.

Przywołana uchwała SN z 1976 r. pozostaje jednak w sprzeczności z przywołanym na początku artykułu wyrokiem Sądu Najwyższego z 1 kwietnia 2008 r. Nie jest to jednak bynajmniej jedyna sprzeczność w orzecznictwie SN dotyczącym problemu osób pokrzywdzonych przestępstwami godzącymi w abstrakcyjnie ujęty przedmiot ochrony. Niekiedy bowiem w odniesieniu do innych przestępstw tego typu niż przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów SN przyznawał, że możliwe jest przyznanie legitymacji pokrzywdzonego osobie, której dobro prawnie chronione ucierpiało wskutek popełnienia tego przestępstwa. Reprezentatywnym przykładem orzeczenia wyrażającego podobną tezę jest postanowienie z 23 kwietnia 2002 r. (sygn. I KZP 10/02<sup>16</sup>). Sąd stwierdził w nim, że „dopuszczalne jest przyznanie legitymacji pokrzywdzonego podmiotowi występującemu jako strona w postę-

<sup>13</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 254; P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do artykułów 1–296*, Warszawa 2011, s. 379; S. Szolucha, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 186. Odmienne stanowisko zajmuje R. Kmiecik, którego zdaniem przy przestępstwach, gdzie głównym dobrem prawnie chronionym jest dobro o charakterze abstrakcyjnym, jeżeli doszło do naruszenia czyjegoś dobra indywidualnego, to nastąpiło to niebezpośrednio, ponieważ najpierw miało miejsce naruszenie dobra o charakterze ogólnym, poprzez które dopiero następnie naruszono dobro indywidualne, a więc naruszenie dóbr indywidualnych nie spełnia wymogu bezpośredniości wymaganego przy uznaniu kogoś za pokrzywdzonego [*Ustawowa definicja pokrzywdzonego (uwagi na tle art. 40 k.p.k.)*, „Annales UMCS” 1977, nr XXIV, s. 170–172]. Odpowiadając autorowi, należy stwierdzić, że bezpodstawny pozostaje pogląd, jakoby naruszenie dobra indywidualnego następowało „poprzez” naruszenie dobra ogólnego; tego typu konstrukcja wydaje się sztuczna i zasadniejsze jest przyjęcie, że czyn zabroniony może jednocześnie naruszać kilka dóbr prawnie chronionych, które mogą mieć różny charakter. Brak jest podstaw do przyjęcia, że naruszenie jednego dobra następuje poprzez naruszenie innego.

<sup>14</sup> „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa” 1977, nr 1, poz. 1, pkt 1.

<sup>15</sup> Podobnie K. Eichstaedt, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2015, s. 292.

<sup>16</sup> „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2002, nr 7–8, poz. 1.

powaniu określonym w § 1 art. 233 k.k.<sup>17</sup>, tzn. w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy również wtedy, gdy przedstawienie fałszywej opinii «bezpośrednio» dobro prawne tego podmiotu narusza lub mu zagraża, choćby nie naruszało to równocześnie innej normy karnej”. Przepięstwo składania fałszywych zeznań godzi co prawda w dobro prawne ujęte wysoce abstrakcyjnie – wymiar sprawiedliwości, jednak abstrakcyjny charakter dobra nie stoi na przeszkodzie, aby przyjąć możliwość wystąpienia konkretnej osoby pokrzywdzonej tym czynem zabronionym, jeżeli faktycznie jego popełnienie naruszyło przynależne jej dobro prawne<sup>18</sup>.

Odnosząc to do konkretnego przykładu sytuacji, która może być przedmiotem prawnokarnego wartościowania opartego na powyższym rozstrzygnięciu, przywołać można złożenie fałszywych zeznań przez uczestnika postępowania o stwierdzenie nabycia spadku, który wprowadza w błąd sąd co do niewystępowania innych spadkobierców, doprowadzając do wydania postanowienia pomijającego pozostałe osoby uprawnione. Osoby te, zgodnie z przyjętą powyżej tezą SN, byłyby

– rzecz jasna – osobami mającymi status pokrzywdzonych i mogłyby aktywnie działać w postępowaniu karnym jako jego strony. Ich interes majątkowy został bowiem w oczywisty sposób naruszony poprzez wydanie pomijającego je orzeczenia sądu<sup>19</sup>.

Gdyby natomiast doszło do wydania orzeczenia niekorzystnego dla jakiegoś podmiotu nie na skutek tego, że inny uczestnik postępowania złożył fałszywe zeznania, ale w rezultacie przedłożenia przez niego sądowi sfałszowanych dokumentów, to przyjmując tezę SN o braku występowania osób pokrzywdzonych przy popełnieniu czynu zabronionego z art. 270 k.k., podmiot, którego dobro ucierpiało w wyniku wydania takiego orzeczenia, nie mógłby zostać uznany za pokrzywdzonego. Trudno wobec tego zrozumieć, dlaczego przy popełnianiu na czyjąś szkodę – w niemal identycznym stanie faktycznym – przestępstwa składania fałszywych zeznań możemy mówić o wystąpieniu osoby pokrzywdzonej, a przy przestępstwie fałszerstwa dokumentu i posłużenia się nim osoba pokrzywdzona miałaby rzekomo nie występować<sup>20</sup>. Porównanie tych obu stanów faktycznych uświadamia, że nie ma podstaw do różnicowania przestępstw

<sup>17</sup> P. Czarnecki i M. Czerwińska zwracają z kolei uwagę na sprzeczności w orzecznictwie Sądu Najwyższego dotyczącym pokrzywdzonego w odniesieniu także do art. 233 k.k. (*Uczestnicy*, s. 228).

<sup>18</sup> Orzeczeniem odnośnym się do innego czynu zabronionego, jednak wyrażającym na jego gruncie podobny tok rozumowania, jest postanowienie Sądu Najwyższego z 23 września 2008 r. (I KZP 16/08, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa” 2008, nr 10, poz. 78), dotyczące przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. polegającego na nadużyciu uprawnień lub niedopełnieniu swoich obowiązków przez funkcjonariusza publicznego. Zdaniem Sądu pokrzywdzony tym przestępstwem jest tylko taki podmiot, którego indywidualny interes został bezpośrednio zagrożony działaniem funkcjonariusza publicznego. Jest to kolejny przykład, gdy Sąd przyznaje, że mimo iż konkretne przestępstwo przede wszystkim godzi w dobro prawne o charakterze abstrakcyjnym – w tym wypadku działalność instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego – to jest możliwe, aby na skutek jego popełnienia doszło do naruszenia także dobra indywidualnego, co skutkuje pojawieniem się w sprawie pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 k.p.k.

<sup>19</sup> Odmienne A. Pilch, *Status pokrzywdzonego w świetle przepisów art. 233 i 270 kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 8, s. 92–95 (przy czym autorka opiera się na niezasługującym na aprobatę stanowisku, że zawarta w art. 49 k.p.k. definicja pokrzywdzonego odnosi się wyłącznie do przestępstw skutkowych).

<sup>20</sup> Można też rozważyć przyjęcie w tej sytuacji koncepcji „oszustwa sądowego” i zastosować kwalifikację z art. 286 § 1 k.k. Szerzej R. Zawłocki, *Rozporządzenie mieniem w tzw. oszustwie sądowym*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 9, s. 490; Z. Kukuła, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17 V 2012, V KK 322/11*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 2, s. 135; tenże, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 29.08.2012 r. (V KK 419/11)*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 10, s. 132; tenże, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 21 stycznia 2014 r., II Aka 123/14*, „Palestra” 2015, nr 5–6, s. 153; A. Jezusek, *Orzeczenie sądowe w sprawie cywilnej jako rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 1, s. 55; A. Pilch, *Oszustwo sądowe – trójkatne oszustwo*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 1, s. 125; A. Drozd, *Rozporządzenie mieniem*

godzących w abstrakcyjnie ujmowane dobra prawne – jeżeli przy niektórych z nich przyjmujemy możliwość występowania osób pokrzywdzonych tym przestępstwem, to winniśmy taką możliwość dopuszczać przy wszystkich czynach zabronionych tego rodzaju.

Sąd Najwyższy w swym postanowieniu z 2002 r. słusznie też zauważa, że pogląd ograniczający krąg pokrzywdzonych w zależności od zespołu znamion czynu będącego przedmiotem postępowania nie zawsze pozwala na precyzyjne wskazanie wszystkich osób, które winny być uważane za pokrzywdzone. Nie można zatem z góry arbitralnie przyjmować, że w odniesieniu do jakiegokolwiek czynu zabronionego nie jest możliwe wystąpienie osoby pokrzywdzonej<sup>21</sup>. Każdy przypadek winien być odrębnie oceniany, co pozwala na przyjęcie, że przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów mogą godzić w czyjeś dobra prawnie chronione i osoba ta będzie mogła uzyskać status pokrzywdzonego w postępowaniu karnym dotyczącym odpowiedzialności za ten czyn.

Powyższemu stanowisku można postawić zarzut, że pomija ono wymóg bezpośredniości wyrażony w definicji pokrzywdzonego zawartej w art. 49 k.p.k. Taki zarzut formułuje chociażby<sup>22</sup> Marek Siwek w swej głosie krytycznej do tego orzeczenia, argumentując, że w podobnej do opisywanej wyżej sytuacji doprowadzenia do wydania orzeczenia na skutek złożenia fałszywych zeznań dobro prawne pokrzywdzonego jest naruszane nie bezpośrednio, ale „pośrednio, gdyż dopiero skutek orzeczenia sądu lub innego organu, dochodzi także do naruszenia lub narażenia praw uczestników postępowania. W czasie popełnienia prze-

stępstwa – składania fałszywego zeznania, oświadczenia, fałszywej opinii lub tłumaczenia – dobrem prawnym narażonym przez to przestępstwo jest jedynie orzeczenie sądu lub innego organu, które ma zapaść w konkretnym postępowaniu sądowym lub innym prowadzonym na podstawie ustawy”<sup>23</sup>.

Odnosząc się do tego poglądu, wypada się raczej zgodzić, że przy składaniu fałszywych zeznań (lub posłużeniu się sfałszowanym dokumentem) w postępowaniu sądowym nie następuje bezpośrednie naruszenie czyjegós dobra prawnie chronionego. To dzieje się dopiero w momencie wydania orzeczenia przez sąd w oparciu o fałszywe zeznania lub sfałszowane dokumenty. Czy oznacza to jednak, że w odniesieniu do takich czynów nie możemy mówić o wystąpieniu osoby pokrzywdzonej przestępstwem? Bynajmniej, ponieważ autor pomija w swej argumentacji istotny szczegół. Otóż do uznania kogoś za pokrzywdzonego w świetle art. 49 k.p.k. wystarczające jest już bezpośrednie zagrożenie jakiegoś dobra przez przestępstwo. To dobro nie musi zostać wcale naruszone. O ile zatem składanie fałszywych zeznań lub posługiwanie się w sądzie sfałszowanymi dokumentami faktycznie samo w sobie nie narusza jeszcze bezpośrednio dobra innych uczestników postępowania, ale niewątpliwie bezpośrednio mu zagraża. Pojawia się bowiem bezpośrednie zagrożenie wydania krzywdzącego inne podmioty orzeczenia przez sąd. Czyn sprawcy bezpośrednio zatem zagraża dobrom innych osób, nawet jeśli ich nie narusza – to ma miejsce dopiero w momencie wydania orzeczenia przez sąd w wyniku przestępnych działań sprawcy<sup>24</sup>. Definicja pokrzywdzonego

jako znamię oszustwa sądowego. Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 29 sierpnia 2012 r. (V KK 419/11), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, nr 2, s. 89.

<sup>21</sup> Na podobnym stanowisku stoi też J. Majewski, *Posłużenie się sfałszowanym dokumentem przez stronę postępowania cywilnego w sprawie o zapłatę a status pokrzywdzonego strony przeciwnej*, (w:) J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdzy*, Warszawa 2009, s. 750.

<sup>22</sup> Podobnie uważa R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2002 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2003, nr 2, s. 108–110.

<sup>23</sup> M. Siwek, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2002 r., sygn. I KZP 10/2002*, „Prokuratura i Prawo” 2004, z. 3, s. 117.

<sup>24</sup> Aprobując dla takiego poglądu J. Majewski, *Posłużenie się*, s. 755.

z art. 49 § 1 k.p.k. nie wydaje się zatem w żaden sposób przeczyć aprobowanemu przez autora stanowisku Sądu Najwyższego.

Podobnie błędne wydaje się opieranie stanowiska o niewystępowaniu pokrzywdzonego przy przestępstwach przeciwko wiarygodności dokumentów tylko i wyłącznie na podstawie dobra prawnie chronionego przez ten przepis. Zresztą Włodzimierz Wróbel zwraca uwagę na to, że twierdzenie, jakoby wszystkie czyny zabronione z rozdziału XXXIV k.k. były wymierzone w wiarygodność dokumentów, jest wysoce nieprecyzyjne, ponieważ są w nim również zawarte czyny godzące w prawo do dysponowania dokumentem (art. 274–276) oraz przestępstwo, którego ustanowienie jest uzasadnione ochroną znaków granicznych (art. 277)<sup>25</sup>. Kierowanie się ogólnie tytułem rozdziału, bez odniesienia go do treści poszczególnych czynów zabronionych, nie wydaje się zatem uzasadnione. Potwierdza to J. Zagrodnik<sup>26</sup>, który na przykładzie art. 241 § 1 k.k. pokazuje, że przedmiotem ochrony przepisu z części szczególnej k.k. może być – obok wyróżnionego w tytule rozdziału wymiaru sprawiedliwości – także dobro indywidualne osoby, której dotyczą wiadomości z postępowania przygotowawczego. Tak więc mimo że w tytule rozdziału wymienione jest dobro o charakterze abstrakcyjnym, to dobrem prawnie chronionym przez ten przepis może

być także dobro indywidualne (w tym przypadku dobre imię czy prywatność). Zdaniem A. Marka<sup>27</sup> przedmiotem ochrony przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów są także „prawa i stosunki prawne, których istnienie lub nieistnienie dany dokument stwierdza”. Konstatacja ta jawi się jako nad wyraz trafna. Uznanie, że np. przestępstwo fałszerstwa dokumentu godzi nie tylko w wiarygodność dokumentu, ale także związane z nim stosunki prawne, pozwala na stwierdzenie, iż pokrzywdzonymi w przypadku jego popełnienia będą chociażby podmioty będące stronami tych stosunków zobowiązaniowych. Tak ujęty przedmiot ochrony wydaje się zresztą precyzyjnie oddawać intencje ustawodawcy. Podobnie do A. Marka wypowiada się J. Piórkowska-Flieger, uważająca, że przedmiotem ochrony art. 270 k.k. jest także pewność obrotu prawnego<sup>28</sup>, czy też R. Zakrzewski, którego zdaniem przepis ten chroni obok interesów państwa także „interesy poszczególnych obywateli posługujących się tymi dokumentami”<sup>29</sup>. Koncepcje te opierają się na prostym założeniu – z dokumentami związane są prawa i obowiązania poszczególnych osób, zatem godzenie w dokumenty to godzenie jednocześnie w ich interesy, dlatego też wskazanie poszerzonego katalogu dóbr prawnie chronionych przez ten przepis wydaje się nieodzowne<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> W. Wróbel, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II: komentarz do art. 117–277 k.k.*, Warszawa 2013, s. 1535–1536. Podobnie J. Piórkowska-Flieger, *Falsz dokumentu w polskim prawie karnym*, Kraków 2004, s. 250.

<sup>26</sup> J. Zagrodnik, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2003 roku, I KZP 29/03*, „Palestra” 2004, nr 10, s. 267–271.

<sup>27</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 577; podobnie W. Wróbel, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 1535. Odmienne T. Razowski, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1013–1014, którego zdaniem dobrem prawnie chronionym jest tutaj wyłącznie ogólnie ujęta wiarygodność dokumentów, oraz A. Herzog, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1647, którego zdaniem przestępstwo to przeważnie nie godzi bezpośrednio w dobra prywatne konkretnej osoby, o ile nie pozostaje w zbiegu z innym przestępstwem, np. przeciwko mieniu (co, jak się wydaje, nie zdarza się często i który to pogląd w praktyce prowadzić musi do restrykcyjnego ograniczenia praw pokrzywdzonego).

<sup>28</sup> J. Piórkowska-Flieger, *Falsz dokumentu w polskim prawie karnym*, Kraków 2004, s. 253.

<sup>29</sup> R. Zakrzewski, *Ochrona wiarygodności dokumentów w nowym kodeksie karnym*, „Przeгляд Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 7–8, s. 7.

<sup>30</sup> J. Piórkowska-Flieger, *Falsz*, s. 253–254, gdzie wskazano ponadto wyraźnie, że sprawca przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów może jednocześnie swoim czynem naruszać interesy poszczególnych pokrzywdzonych. Autorka wyraźnie zresztą podkreśla co do przestępstw z rozdziału XXXIV k.k.: „rodzajowy przedmiot ochrony wykracza poza wskazaną w tytule tego rozdziału wiarygodność dokumentu” (tamże, s. 265).

W świetle powyższego opisywana na wstępie artykułu, dokonana w dniu 22 marca 2013 r., nowelizacja art. 306 k.p.k. nie może być oceniana pozytywnie. Wydaje się bowiem, że o wiele zasadniejsze byłoby rozszerzenie katalogu podmiotów mogących składać zażalenie na postanowienie o umorzeniu postępowania karnego w taki sposób, iż objęłoby ono wszystkich zawiadamiających o przestępstwie, którego fakt popełnienia naruszył ich prawa (nawet gdy nie są oni pokrzywdzonymi), a nie tylko zawiadamiających o popełnieniu czynów zabronionych wymienionych w katalogu zawartym w tym przepisie, w tym przestępstwie przeciwko wiarygodności dokumentów. Taka propozycja była zresztą brana pod uwagę przy pracach legislacyjnych nad zmianami tego przepisu<sup>31</sup>.

Jak już zaznaczono na wstępie, pozornie zakwalifikowanie osób zawiadamiających o przestępstwach przeciwko wiarygodności dokumentów do odrębnej od osób pokrzywdzonych kategorii podmiotów mogących składać zażalenie na postanowienie o umorzeniu postępowania karnego może być uznane za potwierdzenie tezy, że w odniesieniu do tych przestępstw osoba pokrzywdzonego nie występuje. Taka interpretacja tego przepisu przeczyłaby argumentom wymienionym wyżej, wskazującym na zasadność wskazywania w niektórych sytuacjach osoby pokrzywdzonej przestępstwami tego rodzaju. Jak się zatem wydaje, zasadne jest przeprowadzenie odmiennej wykładni tego przepisu, zgodnie z którą obecne brzmienie art. 306 § 1a k.p.k.

wcale nie odmawia osobom zawiadamiającym o popełnieniu czynów przeciwko wiarygodności dokumentów statusu osoby pokrzywdzonej<sup>32</sup>. Jeżeli bowiem uznać, że te przestępstwa w zależności od sytuacji mogą się wiązać z pokrzywdzeniem konkretnej osoby, to art. 306 k.p.k. mówi jedynie o tym, że w sytuacji, gdy zawiadamiający o popełnieniu takiego przestępstwa nie jest pokrzywdzonym (bo np. fałszerstwo dokumentów nie spowodowało dla niego powstania szkody), to i tak może złożyć zażalenie na postanowienie o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia na podstawie art. 306 § 1a pkt 3. Jeżeli natomiast został pokrzywdzony tym przestępstwem, to może złożyć takie zażalenie na podstawie art. 306 § 1a pkt 1 jako osoba pokrzywdzona. Artykuł 306 k.p.k. daje więc prawo do składania zażalenia na odmowę wszczęcia postępowania karnego tym osobom, które zawiadomiły o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów, ale jednocześnie nie są pokrzywdzonymi w wyniku jego popełnienia<sup>33</sup>.

Dla wykazania tezy przeciwnej nie jest natomiast dostatecznym argumentem powoływanie się na orzecznictwo Sądu Najwyższego wykluczające możliwość pokrzywdzenia pojedynczej osoby przez popełnienie czynu zabronionego skierowanego przeciwko wiarygodności dokumentów, albowiem orzecznictwo SN – jak wyżej to wykazano – pełne jest sprzecznych poglądów na ten temat, a zatem powoływanie się na nie nie może być uznane za argument rozstrzygający przedmiotową dyskusję.

<sup>31</sup> R. A. Stefański, *Krąg podmiotów uprawnionych do zaskarżania postanowień o zaniechaniu ścigania karnego w świetle nowych uregulowań*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 2, s. 25.

<sup>32</sup> Za zasadnością takiego sposobu wykładni opowiada się np. R. A. Stefański, który zauważa, że co do katalogu przestępstw z art. 306 § 1a k.p.k., to „objęte są nim także przestępstwa, w których występuje pokrzywdzony” oraz „katalog przestępstw obejmuje nie tylko tzw. przestępstwa bez ofiar, ale także te, w których występuje pokrzywdzony” (*Krąg podmiotów*, s. 25 i 28); podobnie Z. Brodzisz, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks*, s. 734.

<sup>33</sup> Podobnie T. Grzegorzczak, *Kodeks*, s. 1049.

## Summary

*Łukasz Pilarczyk*

### **THE STATUS OF A AGGRIEVED PARTY DUE TO A COMMITTING A CRIME AGAINST CREDIBILITY OF DOCUMENTS**

This paper presents controversies concerning the acknowledgment status of the aggrieved party in the criminal proceedings due to a committing a crime against credibility of documents. According to the first view, these crimes results in the impossibility of determination of the aggrieved party, so even if a person suffers a loss in a result of a crime, has no right to act in the criminal proceedings. In the opinion of the author, that belief has no legal base in the rules of the Polish law and also leads to the grievance of a victim, caused by the unjustified denial of the status of the aggrieved party in the criminal proceedings.

**KEY WORDS:** aggrieved party, credibility of documents, discontinuance of criminal proceedings, good protected by a law

**POJĘCIA KLUCZOWE:** pokrzywdzony, wiarygodność dokumentów, umorzenie postępowania karnego, dobro prawne



## O KRYTERIACH PRZYPISANIA BIERNEGO UDZIAŁU W BÓJCE LUB POBICIU

Typ czynu zabronionego brania udziału w bójce lub pobiciu charakteryzuje się – co zdaje się nie budzić większych wątpliwości – dość daleko idącą specyfiką. Z pewnych względów – prawdopodobnie podyktowanych trudnościami w ustaleniu konkretnego zachowania poszczególnych uczestników – umożliwia on pociągnięcie do odpowiedzialności nader szerokiego kręgu potencjalnych sprawców. Do ustalenia pozostaje jednak, z czego owa specyfika wynika oraz jakie zachowania realizować będą znamiona rozważanego typu czynu zabronionego, w szczególności znamię czynnościowe. Zastanović należałoby się również nad tym, czy specyficzne ukształtowanie art. 158 § 1 k.k. wprowadza modyfikacje w zakresie przesłanek przypisania skutku, czy szerzej – przypisania odpowiedzialności karnej.

W orzecnictwie w odniesieniu do przestępstwa udziału w bójce lub pobiciu eksponuje się niekiedy odstępstwo od zasady indywidualizacji odpowiedzialności karnej<sup>1</sup>. Już w tym miejscu zaznaczyć jednak należy, że spostrzeżenie takie nie wydaje się trafne. Sprawca popełnia wszak własny czyn polegający na „wzięciu udziału” w bójce lub pobiciu<sup>2</sup> i w odniesieniu do tak określonej czynności wykonawczej czynione muszą być – według zasad ustanawianych przez prawo karne materialne i procesowe – wszelkie ustalenia faktyczne. Problem polega również na tym, że „odstępstwo” to – tracąc na moment z pola widzenia niedoskonałość terminologiczną – bywa zdecydowanie

zbyt szeroko interpretowane w orzecznictwie. Rzekome odejście od zasady indywidualizmu nie oznacza bowiem odstąpienia od wyrażonych w części ogólnej Kodeksu karnego, ale i aktach prawnych o charakterze ponadstawowym, zasad odpowiedzialności karnej.

Wyjątkowość omawianego typu czynu zabronionego wynika, jak się zdaje, ze sposobu językowego ujęcia znamienia czynnościowego, a zatem „brania udziału” w zdarzeniu będącym bójką lub pobiciem (oraz dalej występującego wyrażenia „naraża się”). Znamię to obejmuje nadzwyczaj szeroki katalog okoliczności faktycznych w stosunku do innych typów czynów zabronionych znajdujących się w rozdziale XIX Kodeksu karnego, „pochłaniając” tym samym takie zachowania, które wobec odmiennego opisu czynności wykonawczej zakwalifikowane mogłyby być jako niesprawcze formy popełnienia czynu zabronionego. Pojęcie „brania udziału” może być zresztą postrzegane nawet jako pojemniejsze od granic wyznaczanych przez przewidziane w Kodeksie karnym formy współdziałania przestępnego. Wydaje się bowiem, że możliwy do obrony byłby pogląd, zgodnie z którym znamieniem tym objęte są również zachowania niemieszczące się w granicach podżegania. Tytułem przykładu, o ile zachowanie polegające na nakłanianiu innej osoby do zadania uderzenia pokrzywdzonemu mogłoby być uznane za podżeganie dopiero wówczas, gdy wywoła zamiar takiego zachowania u sprawcy<sup>3</sup>, o tyle w okolicznościach zdarze-

<sup>1</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 2009 r., IV KK 14/09, OSNKW 2009, nr 7, poz. 54; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12 lipca 2012 r., II Aka 108/12, KZS 2012, z. 9, poz. 38.

<sup>2</sup> M. Budyn-Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 432.

<sup>3</sup> Przy założeniu skutkowego charakteru podżegania, wyrażającego się właśnie w wywołaniu zamiaru popełnienia czynu zabronionego (czy podjęcia nieostrożnego zachowania) u nakłanianej osoby. Zob. P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2012, s. 351.

nia zbiorowego określonego w art. 158 k.k. wydaje się, że mogłoby ono zrealizować znamiona „brania udziału” w bójce lub pobiciu niezależnie od tego, czy zamiar po stronie osoby zadającej uderzenia istniał wcześniej, czy też nie. Byłoby to wówczas – przywoływane wielokrotnie w literaturze – branie udziału w bójce poprzez „zagrzewanie do boju” jej uczestników<sup>4</sup>.

Osobnego komentarza wymaga treść wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 15 lutego 2007 r.<sup>5</sup>, zgodnie z którym: „jeśli przyjąć, że oskarżony miał świadomość, w jakim celu udaje się na miejsce zdarzenia, zaakceptował fakt udziału w grupie napastniczej mającej pobić pokrzywdzonego, zwiększając jej liczebność, a tym samym zagrożenie dla ofiary, a następnie, mimo że sam fizycznie jej nie bił, a obserwował jedynie z bliska zajście, mając w każdej chwili w razie potrzeby możliwość aktywnego włączenia się do niego oraz akceptował bestialskie, mnogie i zadawane z dużą siłą przez pozostałych oskarżonych uderzenia pokrzywdzonemu, w tym wielokrotne kopnięcia obutymi stopami w głowę, nie przeciwstawiając się temu i nie reagując na wzywanie przez niego pomocy, to niewątpliwie w sytuacji, gdy jest on osobą dorosłą oraz w pełni poczytalną, istnieją podstawy do przypisania mu (...) udziału w pobiciu, w tym i związanym z następstwem w postaci śmierci pokrzywdzonego”. Jakkolwiek większość rozważań Sądu Apelacyjnego dotyczyła przestępstwa rozboju, wyrażony został w nich również pogląd dotyczący wykładni znamienia „brania udziału” w bójce lub pobiciu, sprowadzający

się do przyjęcia, że możliwe jest przypisanie odpowiedzialności karnej osobie, której zachowanie w trakcie zdarzenia zakwalifikowanego jako bójka lub pobicie ogranicza się do biernej jego obserwacji, o ile obserwacja taka połączona jest ze świadomością celu, w jakim potencjalny sprawca udał się na miejsce zdarzenia oraz akceptacją działań pozostałych jego uczestników.

Analogiczne stanowisko – sprowadzające się do uzależnienia stwierdzenia realizacji znamion strony przedmiotowej czynu określonego w art. 158 § 1 k.k. od samej obecności w miejscu zdarzenia – powtarza się również z niepokojącą częstotliwością w nowszych wypowiedziach judykatury. W ostatnim czasie w orzecznictwie sądów apelacyjnych pojawia się bowiem teza, zgodnie z którą „do przyjęcia udziału w (...) bójce lub pobiciu wystarczy świadome połączenie działania jednego ze sprawców z działaniem drugiego człowieka lub grupy osób przeciwko innemu człowiekowi lub grupie ludzi. Nie jest przy tym konieczne zadanie innej osobie uderzenia czy kopnięcia jej ani spowodowanie obrażenia ciała innej osoby, czy niebezpieczeństwa dla jej życia lub zdrowia. Wystarczy, by sprawca swoim zachowaniem przyczynił się do wzrostu sił po jednej ze stron zdarzenia stworzeniem warunków ułatwiających działania bezpośrednich sprawców, postawą, a nawet samą obecnością wśród osób występujących przeciwko pokrzywdzonym i przez to stwarzał zagrożenie ofiary”<sup>6</sup>.

*Prima facie* teza taka większego sprzeciwu nie budzi. W istocie bowiem znamię czyn-

<sup>4</sup> Zob. A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2013, s. 394–395; M. Szwarczyk, (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 428. Nie jest to jednak pogląd jednolity. L. Tyszkiewicz przyjmuje, że w tego rodzaju sytuacjach właściwe jest zastosowanie przepisów o podżeganiu lub pomocnictwie [L. Tyszkiewicz, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 955]. Podobnie A. Marek twierdzi, że wykładnia taka jest zbyt daleko idąca (A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 391). Co ciekawe – w opozycji do przytaczanych poglądów orzecznictwa – stanowisko, zgodnie z którym „zbyt daleko idące jest uznawanie za «udział» w bójce lub pobiciu słownego zachęcania uczestników do agresywnych działań”, wyraził Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 13 grudnia 2012 r., II AKa 359/12, LEX nr 1246967.

<sup>5</sup> II AKa 451/06, KZS 2007, z. 7–8, poz. 94.

<sup>6</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12 lipca 2012 r., II AKa 108/12, KZS 2012, z. 9, poz. 38; por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 czerwca 2015 r., II AKa 112/15, LEX nr 1789989; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 23 stycznia 2014 r., II AKa 209/13, LEX nr 1430791; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 września 2014 r., II AKa 95/14, LEX nr 1540967; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 8 lipca 2014 r., II AKa 126/14, KZS 2014, z. 12, poz. 69; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 grudnia 2012 r., II AKa 372/12, LEX nr 1314910. Zob. też

nościowe – o czym pokrótce już wspomniano – jawi się jako na tyle pojemne, że może obejmować zachowania, które wykraczałyby nawet poza granice niesprawczych form przestępnego współdziałania. Nie ma zatem przeszkód, aby pośród objętych znamieniem czynnościowym zachowań znalazło się charakterystyczne dla pomocnictwa stworzenie warunków ułatwiających popełnienie czynu zabronionego, takich jak choćby – również wskazywane w orzecznictwie – przytrzymywanie pokrzywdzonego. Teza w tym orzeczeniu zawarta zdaje się jednak przekraczać dalszą jeszcze granicę w postaci objęcia znamieniem czynnościowym zaniechania. Trudno bowiem inaczej rozumieć przyjęcie możliwości realizacji znamion brania udziału w bójce lub pobiciu przez „samą obecność”. Granica ta zdaje się jednak być nieprzekraczalna z trzech względów:

- ze względu na normę wynikającą z art. 2 k.k., a zatem konieczność ustalenia szczególnego prawnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi<sup>7</sup>,
- ze względu na – jakkolwiek sporą, to jednak nie nieograniczoną – językową „pojemność” znamienia czynnościowego – „brania udziału” w bójce lub pobiciu, która zdaje się obejmować wyłącznie zachowania będące działaniami,
- ze względu na konieczne dla przypisania skutku naruszenie reguły postępowania z dobrem prawnym czy też – z innej nieco perspektywy – stworzenie nieakceptowalnego niebezpieczeństwa nastąpienia negatywnego skutku<sup>8</sup>.

Założenie zawarte w cytowanych judykatach zdaje się być przy tym nietrafne również z tego względu, że pojęcia „wzrost sił” i „wzrost niebezpieczeństwa” nie są w rozważanym kontekście tożsame. Natomiast podstawą przypisania może być wyłącznie doprowadzenie do obiektywnego wzrostu drugiego z tych elementów.

Nawet jednak gdybyśmy pojęcia te potraktowali jako synonimy, trudno przyjąć, aby zachowanie bierne mogło być – posługując się pewnym uproszczeniem – niebezpieczne. Obecność tego rodzaju nie wywołuje bowiem tak rozumianego wzrostu sił – o ile pod pojęciem tym nie rozumielibyśmy wyłącznie oddziaływania o charakterze psychologicznym na pozostałych uczestników zdarzenia – a dopiero określona „zewnątrzna” aktywność przyczynić może się do niebezpieczeństwa. To jedynie druga z tych wartości jawi się jako istotna z perspektywy możliwości przypisania odpowiedzialności sprawcy czynu określonego w art. 158 k.k.

Przypisanie skutku w postaci narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k. (będące znamieniem czynu zabronionego z art. 158 k.k.) odbywa się niejako dwuetapowo. Na pierwszym etapie ustalić należy, że samo zdarzenie, rozumiane jako skumulowane zachowanie (działanie) jego uczestników, wywołuje tego rodzaju niebezpieczeństwo – niezależnie jeszcze od określenia, kto konkretnie brał w nim udział oraz jak duży był „wkład” poszczególnych osób. Dopiero na etapie drugim niezbędne dla przypisania odpowiedzialności karnej jest stwierdzenie, że konkretna osoba brała udział w bójce lub pobiciu. Jakkolwiek znamię „brania udziału” określone jest w sposób nadzwyczaj szeroki, z jego realizacją będziemy mieli do czynienia jedynie w przypadku stwierdzenia, że zachowanie sprawcy – choćby samo w sobie nie stwarzało jeszcze niebezpieczeństwa, o którym mowa w końcowej części przepisu art. 158 § 1 k.k. – z zachowaniem pozostałych uczestników zdarzenia do skutku takiego prowadzi. Z założenia takiego zdają się wynikać przynajmniej trzy wnioski:

- po pierwsze – zachowanie polegające na „braniu udziału” w zdarzeniu, w którym naraża

szeroki przegląd dawniejszego orzecznictwa co do strony przedmiotowej brania udziału w bójce lub pobiciu w pracy A. Nowosad, *Bójka i pobicie*, Warszawa 2014, s. 54 i n.

<sup>7</sup> Nie ulega wszak wątpliwości, że przestępstwo brania udziału w bójce lub pobiciu ma charakter skutkowy.

<sup>8</sup> Zob. J. Giezek, *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, PiP 1992, z. 1, s. 65 i n.

się człowieka na bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k., obejmuje o wiele szerszy katalog zachowań niż samo narażenie człowieka na ten skutek w wyniku działania – posługując się pewnym uproszczeniem – indywidualnego, a zatem bez „pośrednictwa” zdarzenia w postaci bójki lub pobicia, obejmującego zachowania wielu uczestników,

- po drugie – owo „branie udziału” musi przyczynić się do powstania lub zwiększenia niebezpieczeństwa rozumianego jako cecha zdarzenia w postaci bójki lub pobicia,
- po trzecie – w związku z wnioskiem drugim – nie jest możliwe zrealizowanie znamienia czynnościowego czynu zabronionego określonego w art. 158 k.k. poprzez bierne uczestnictwo w bójce lub pobiciu, a zatem – być może przerysowując nieco problem – przez zaniechanie.

Odmienna, przyjęta w przywoływanych judykatach wykładnia prowadzić musiałaby natomiast do wniosku, że zrealizowanie znamienia „brania udziału” w bójce lub pobiciu możliwe jest również przez samą obecność w miejscu zdarzenia, niepołączone z jakąkolwiek aktywnością zewnętrzną, a zatem – poniekąd – przez zaniechanie. W wielu przypadkach musieliśmy dojść do trudnego do zaakceptowania wniosku, że czynnikiem determinującym sprawstwo czynu zabronionego określonego w art. 158 k.k. jest sama obecność w określonym miejscu zdarzenia, szczególnie zapewne wówczas, gdyby była ona powiązana ze znajomością czynnych uczestników bójki. Z przywołanych orzeczeń wynika, że dla realizacji znamienia czynnościowego wystarczające jest wsparcie moralne i potencjalne fizyczne zabezpieczenie, przyjmujące postać *sui generis* „przyjaznej obecności” w miejscu zdarzenia. Pogląd taki nie

jest jednak możliwy do pogodzenia z obecnym językowym kształtem art. 158 § 1 i 2 k.k. Prowadziłby bowiem do konieczności stwierdzenia, że znamiona strony przedmiotowej omawianego czynu zabronionego realizuje każda osoba, która w bezpośredniej bliskości bójki się znajduje, choćby nawet przypadkowo. Biorąc zatem pod uwagę, że znamiona udziału w bójce lub pobiciu realizuje tylko takie zachowanie, które – choćby dopiero w połączeniu z zachowaniami innych osób – prowadzi do wywołania lub dostatecznego zwiększenia niebezpieczeństwa bójki rozumianej jako całość, nie sposób uznać, że zachowaniem takim może być bezczynność w miejscu zdarzenia, choćby była ona nawet – przenosząc się na moment na płaszczyznę subiektywną – przychylna dla jednej ze stron.

Rację mają przy tym niewątpliwie ci autorzy, którzy podkreślają, że sama bierna obecność większej liczby osób może powodować konsekwencje w sferze psychicznej napastników z tego choćby względu, że stają się oni bardziej agresywni<sup>9</sup>. Podobnie rzecz przedstawia się w przypadku takich zachowań, jak utrwalanie bójki przy użyciu kamery<sup>10</sup>. Gdybyśmy jednak nawet uznali, że zachowania tego rodzaju zwiększają niebezpieczeństwo zdarzenia – choć można by mieć co do tego daleko idące wątpliwości – nie mieszczą się one w językowym zakresie pojęcia „branie udziału” w bójce lub pobiciu<sup>11</sup>. Trudno bowiem przyjąć, że obserwacja zdarzenia czy nawet jego utrwalenie wiąże się z udziałem w nim. Trywializując nieco problem – trudno byłoby uznać, że obserwator, przyglądający się – choćby przyjaźnie i z bliskiej odległości – konsumpcji obiadu przez inne osoby, brał udział w spożywaniu posiłku (a z pewnością obserwacja taka nie spowoduje zaspokojenia u niego poczucia głodu). Będąc natomiast nieco bardziej konkretnym – obserwacja taka nie spowoduje przecież zwiększenia „niebezpieczeń-

<sup>9</sup> A. Nowosad, *Związek przyczynowy w kwalifikowanej bójce lub pobiciu*, Prok. i Pr. 2011, z. 11, s. 78.

<sup>10</sup> B. Michalski, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 406–407.

<sup>11</sup> Podobny pogląd wyraża V. Konarska-Wrzošek, która przyjmuje, że nie będzie braniem udziału w bójce lub pobiciu sama fizyczna obecność na miejscu zajścia w gronie napastników, która nie przybiera jakiegokolwiek formy aktywności wskazującej na zamiar sprawczej partycypacji w stworzeniu realnego zagrożenia utraty życia lub doznania ciężkiego

stwa" (prawdopodobieństwa) zjedzenia obiadu przez osoby aktywnie w nim uczestniczące.

Na marginesie należałoby również stwierdzić, że nie wydaje się, aby sama obecność w miejscu bójki lub pobicia stanowiła naruszenie reguły postępowania z dobrem prawnym w postaci zdrowia ludzkiego. Naruszenie takiej reguły stanowi wszak immanentny element nie tylko nieumyślnego, ale i umyślnego czynu zabronionego<sup>12</sup>. O ile zatem obecność oskarżonego nie jest przejawem żadnej, choćby werbalnej, aktywności wspierającej pozostałych uczestników zdarzenia, o tyle nie sposób uznać, że zachowanie tego rodzaju realizuje znamiona czynu określonego w art. 158 k.k. Odsuwając natomiast na moment na plan dalszy językowe brzmienie znamienia czynnościowego, nie można stracić z pola widzenia, że chcąc przypisać odpowiedzialność karną za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie, musielibyśmy ustalić, że potencjalny sprawca jest gwarantem nienastąpienia skutku w postaci narażenia człowieka na uszczerbek na zdrowiu.

Odstępstwo od indywidualizacji czy „zbiorowa odpowiedzialność za następstwa” oznacza zatem jedynie tyle, że – wyłącznie ze względu na językowe ukształtowanie znamienia czynnościowego – przypisanie odpowiedzialności karnej za udział w bójce lub pobiciu występuje również wówczas, gdy nie ma możliwości ustalenia, że zachowanie konkretnej osoby, uwzględniane indywidualnie, spowodowało konkretne narażenie na niebezpieczeństwo, charakterystyczne dla całego zdarzenia. Wprowadza się zatem w ten sposób element pośredni między zachowaniem pojedynczej osoby a skutkiem,

co pozwala na przypisanie odpowiedzialności uczestnikowi bójki lub pobicia nawet wówczas, gdy nie byłoby takiej możliwości w wymiarze czysto indywidualnym. Innymi słowy – poprzez użycie nader „pojemnego” znamienia czynnościowego oraz dalej występujących słów „naraża się” modyfikacji ulega konieczny do ustalenia stopień niebezpieczeństwa potrzebny dla przypisania potencjalnemu sprawcy odpowiedzialności karnej.

Przypisanie odpowiedzialności mogłoby mieć miejsce wobec wywołania wcześniej nieistniejącego stanu niebezpieczeństwa lub zwiększenia ryzyka już zaistniałego. Nie ma natomiast możliwości przypisania w sytuacji braku przeciwdziałania zachowaniu pozostałych osób, ze względu na to, że bierny uczestnik zdarzenia przez sam fakt przebywania w określonym miejscu nie zyskuje statusu gwaranta. O ile co do zasady warunkiem pociągnięcia do odpowiedzialności jest wywołanie niebezpieczeństwa lub jego wzrost, który można by scharakteryzować jako – co dobrze widać na przykładzie przestępstwa określonego w art. 160 k.k. – realny i znaczący<sup>13</sup>, w przypadku bójki lub pobicia realny i znaczący musi być wzrost wywołany przez zbiorowość. Dla przypisania odpowiedzialności uczestnikowi wystarczająca będzie zmiana choćby nawet minimalna, o ile daje się ona zsumować do odpowiedniego (tj. charakteryzowanego skutkiem przestępstwa z art. 158 § 1 k.k.) poziomu z zachowaniami pozostałych osób biorących udział w zdarzeniu. Mówiąc inaczej – zmiana poziomu niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, wymagana dla przypisania odpo-

lub średniego uszczerbku na zdrowiu przez inną osobę lub osoby. V. Konarska-Wrzosek, (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 769.

<sup>12</sup> Zob. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 99; M. Bielski, *Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, CzPKiNP 2004, nr 4, s. 31.

<sup>13</sup> Zob. przede wszystkim J. Giezek, D. Gruszecka, *Prawnokarne (obiektywne) przypisanie narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, (w:) J. Majewski (red.), *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2015, s. 47 i n., w stosunku zaś do przestępstwa z art. 160 k.k. – postanowienie Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2004 r., V KK 37/04, OSNKW 2004, nr 7–8, poz. 73 wraz z głosem J. Giezka („Palestra” 2005, nr 1–2, s. 261 i n.); zob. też M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2004 r.*, V KK 37/04, PS 2005, nr 4, s. 119 i n.

wiedzialności za wszelkie przestępstwa skutkowe, pozostaje w przypadku przestępstwa określonego w art. 158 k.k. zrelatywizowana do samej bójki lub pobicia, natomiast zachowanie się poszczególnych uczestników, aby przyjąć ich odpowiedzialność za „branie udziału” w bójce lub pobiciu, zwiększać to ryzyko musi w jakimkolwiek – choćby minimalnym – stopniu. Nie chodzi jednak o to, żeby badać stopień niebezpieczeństwa wywoływany przez każdego uczestnika zajścia – stałoby to wszak w sprzeczności z celowo użytymi przez ustawodawcę określeniami pozwalającymi na przypisanie odpowiedzialności uczestnikom zajścia nawet wobec niemożności ustalenia, który z nich zadał określone uderzenia. Konieczne wydaje się jednak ustalenie, że zachowanie konkretnego oskarżonego charakteryzowało się niebezpieczeństwem z perspektywy dobra prawnego w postaci zdrowia ludzkiego. Dzięki zatem wprowadzeniu do ustawy znamion „bierze udział” oraz „naraża się” w wymiarze indywidualnym dla przypisania realizacji znamion strony przedmiotowej omawianego typu czynu zabronionego wystarczające jest stwierdzenie – w aspekcie wyłącznie jakościowym, abstrahując od aspektu ilościowego (natężenia) – że zachowanie potencjalnego sprawcy charakteryzowało się (jakimkolwiek) niebezpieczeństwem dla dobra prawnego.

Innymi słowy, nawet jeśli przyjąć – co zdaje się nie budzić wątpliwości – że niebezpieczeństwo zdarzenia w postaci bójki lub pobicia stanowi pewien „agregat niebezpieczeństwa” wywoływany przez zachowanie poszczególnych osób, dla przypisania poszczególnemu uczestnikowi udziału nie jest konieczne dokładne ustalenie nie tylko, jakie konkretnie czynności były przezeń podejmowane (np. kopnięcia czy uderzenia pięścią), ale również to, jak bardzo zachowanie takie skutek w postaci odpowiedniego kwantum ryzyka zwiększało. Wystarczające będzie stwierdzenie, że rozważana aktywność wywoływała **jakiegokolwiek** niebezpieczeństwo, które powinno być

w tym kontekście rozważane jedynie z perspektywy jakościowej – a zatem wyłącznie na potrzeby stwierdzenia, że konkretne zachowanie – alternatywnie – charakteryzowało się niebezpieczeństwem dla zdrowia ludzkiego lub też nie. Z tej perspektywy za zbyt daleko idące uznać należy również stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 22 lutego 2007 r.<sup>14</sup>, zgodnie z którym sprawcą przestępstwa określonego w art. 158 k.k. jest każdy, kto w jakimkolwiek sposób bierze udział w bójce lub pobiciu, niezależnie od tego, czy jego osobisty udział wykazuje cechy działania niebezpiecznego dla życia człowieka lub jego zdrowia. Wydaje się bowiem, że rzecz przedstawia się dokładnie odwrotnie: prawnokarnie relewantnym udziałem w bójce lub pobiciu jest jedynie takie zachowanie, które w minimalnym choćby stopniu jest dla zdrowia ludzkiego niebezpieczne. Zachowaniem takim nie jest natomiast bierna obecność w miejscu zdarzenia, choćby nawet przychylna uczestnikom bójki czy pobicia.

Sensowne wydaje się sformułowanie swojego testu, który pozwoliłby na rozgraniczenie prawnokarnie irrelevantnego od istotnego – tj. zwiększającego niebezpieczeństwo – udziału w bójce lub pobiciu przez zaniechanie (jeśliby jednak uznać, że takowe w ogóle byłoby możliwe). Można by zastanowić się nad tym, czy nie jest możliwe, aby w niektórych sytuacjach obecność niektórych biernych uczestników miała odbicie w rzeczywistym, zewnętrznym zachowaniu napastników. Aby jednak do takiej konstatacji w konkretnym układzie okoliczności faktycznych dojść, należałoby przeprowadzić postępowanie dowodowe w kierunku wykazania, że to właśnie obecność poszczególnych uczestników wpłynęła na odmienny sposób zachowania atakujących. Hipotetycznie możliwe byłoby to choćby w sytuacji obecności w miejscu zdarzenia osoby znajdującej się relatywnie wysoko w hierarchii grupy napastniczej. Jeśli zatem zgromadzony materiał dowodowy daje podstawy do przyjęcia, że w miejscu bójki lub

<sup>14</sup> II AKa 3/07, Prok. i Pr. – wkl. 2008, z. 5, poz. 31.

pobicia obecni byli zarówno uczestnicy czynni, jak i bierni, przypisanie odpowiedzialności karnej uczestnikom biernym możliwe byłoby tylko wtedy, gdy porównanie stopnia niebezpieczeństwa wywołanego bójką wobec – z jednej strony – obecności takich osób oraz – ze strony drugiej – ich nieobecności daje podstawy do przyjęcia, że w pierwszym z tych przypadków dobro prawne zagrożone jest w większym stopniu, w wyniku odmienności w zewnętrznym zachowaniu uczestników bójki. Raz jeszcze podkreślić należałoby, że porównania takiego można by dokonać jedynie na podstawie odpowiednio przeprowadzonego w tym kierunku postępowania dowodowego.

Należałoby zatem przyjąć, że znamię „brania udziału” w bójce lub pobiciu obejmuje wyłącznie takie zachowania, które choćby w minimalny sposób zwiększają stopień niebezpieczeństwa – cechy bójki lub pobicia rozumiane jako zdarzenia charakteryzujące się zagregowanym ryzykiem wywołanym przez działanie wielu osób. Jakkolwiek można w pewnym zakresie mówić tu o „wspólnej odpowiedzialności za następstwa” w tym znaczeniu, że przypisanie konkretnemu sprawcy odpowiedzialności zależne jest od – objętego jednak przewidywalnością – potencjału ryzyka wywołanego zachowaniem również pozo-

stałych uczestników bójki lub pobicia, nie jest możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby, która w trakcie zdarzenia zachowywała się biernie, stanowiąc jedynie potencjalne wsparcie dla osób aktywnie biorących udział w bójce lub pobiciu. Odpowiedzialność karna limitowana jest bowiem w tym przypadku przez językową wykładnię znamienia czynnościowego „brania udziału” w bójce lub pobiciu, naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym w postaci zdrowia ludzkiego oraz wywołanie lub zwiększenie stopnia narażenia tego dobra na niebezpieczeństwo, przy czym odmiennie niż przy większości pozostałych przestępstw z narażenia, w tej sytuacji wystarczający będzie jakkolwiek – choćby minimalny – wzrost ryzyka wywołany przez zachowanie pojedynczego sprawcy. Modyfikacja taka nie oznacza jednak, że mamy do czynienia z wyjątkiem od zasady indywidualizacji odpowiedzialności karnej. Ustalenia faktyczne czynione w procesie nie mogą być bowiem czynione jedynie w odniesieniu do zdarzenia w postaci bójki lub pobicia, a konieczne jest przyjęcie, że w wymiarze indywidualnym konkretny oskarżony dopuścił się takiego zachowania, które – będąc choćby minimalnie niebezpiecznym dla zdrowia ludzkiego – realizuje znamiona „brania udziału” w bójce lub pobiciu.

## Summary

*Konrad Lipiński*

### ATTRIBUTION OF PARTICIPATING IN AFFRAY OR BATTERY BY OMISSION

The article concerns the possibility of committing a criminal act of affray or battery only by passive presence in the scene, friendly for one of the parties to the conflict. Such a possibility would stem from derogation from the principle of individualization of criminal responsibility. The article presents arguments both for that type of criminal act of section 158 of Criminal Code does not establish such derogation, as well as the fact that participating in a affray or battery cannot be achieved by omission.

**KEY WORDS:** affray, battery, health, objective attribution, individualization of criminal responsibility

**POJĘCIA KLUCZOWE:** bójka, pobicie, zdrowie, obiektywne przypisanie skutku, indywidualizacja odpowiedzialności

## PORNOGRAFIA W SZTUCE A ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA ARTYSTÓW – UWAGI NA TLE ART. 202 KODEKSU KARNEGO

### 1. PRZESTĘPSTWO Z ART. 202 K.K. A „PORNOGRAFICZNOŚĆ” DZIEŁ SZTUKI

Treść obecnie obowiązującego art. 202 Kodeksu karnego (dalej: k.k.)<sup>1</sup> jest wynikiem wielokrotnych nowelizacji. Dlatego na wstępie warto przybliżyć, jaka jest istota tej regulacji.

Przestępstwo określone w art. 202 § 1 k.k. jest występkiem o charakterze powszechnym. Kryminalizacji podlega publiczne prezentowanie treści pornograficznych w ten sposób, że może spowodować ich niechciany odbiór przez inną osobę. Dodatkowo wymagane jest wypełnienie znamienia publicznego charakteru takiej prezentacji. Dobrem chronionym jest prawo do życia nieobciążonego poczuciem wstydu seksualnego. Po stronie podmiotowej wymagana jest umyślność w postaci zamiaru bezpośredniego albo ewentualnego. Przewidzianą sankcją za popełnienie tego przestępstwa jest kara grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

W niniejszym artykule zostanie podjęta próba odpowiedzi na pytanie, czy artysta może stać przed sądem, będąc oskarżonym o dopuszczenie się przestępstwa z art. 202 § 1 k.k. Łatwo wyobrazić sobie sytuację, gdy organizuje on wystawę swoich obrazów np. w muzeum czy galerii sztuki. W takim przypadku należy jednak uznać, że nie dochodzi do narzuconego odbioru, gdyż wstęp do takich miejsc jest zazwyczaj limitowany koniecznością uprzedniego zakupu biletu. Zatem wystawę ogląda ten tylko, kto go dzi się na zapoznanie się z takimi dziełami. Jak

sygnalizuje jednak Mateusz Bieczyński, sam fakt zakupu biletu nie implikuje powstania domniemania pełnej świadomości zainteresowanego co do prezentowanych treści<sup>2</sup>. Można by zaakceptować to twierdzenie, jednak należy wziąć pod uwagę także fakt, że od pewnego czasu panuje praktyka informowania odwiedzających przy kasie o tym, że wystawa może zawierać treści szokujące czy nawet o charakterze pornograficznym. Jest to działanie zasługujące na aprobatę, pozwala bowiem zainteresowanemu na podjęcie decyzji, czy chcą zapoznawać się z takim rodzajem sztuki. Podobna sytuacja zachodzi, gdy wyrażamy chęć udziału w wydarzeniu organizowanym przez artystę, którego twórczość jest nam znana. Wydaje się zatem, że umieszczenie informacji stanowiącej w sposób wyraźny o charakterze wydarzenia artystycznego w takim miejscu, aby każdy zainteresowany mógł się z nią łatwo zapoznać, pozwala na uniknięcie odpowiedzialności karnej przez artystę. Gdyby natomiast zdecydowano się zaprezentować dzieła w przestrzeni internetowej, to aby uwolnić się od postawienia potencjalnie zarzutu wypełnienia znamion z art. 202 § 1 k.k., wskazane byłoby poprzedzenie wejścia na portal oświadczeniem informującym o zawartości strony.

Jak należy jednakże ocenić przypadek, w którym artysta nie prezentuje swoich dzieł w budynku, lecz w miejscu powszechnie dostępnym, jak np. na otwartym placu czy na ulicy? Czy w takiej sytuacji dochodzi do zrealizowania znamion przestępstwa określone-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 2016 r. poz. 1137.

<sup>2</sup> M. M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011, s. 293.



go w art. 202 § 1 k.k.? Na takie pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Stwarza to bowiem dla nieograniczonej liczby osób potencjalną możliwość zapoznania się z takimi dziełami nawet w sytuacji, gdy te osoby sobie tego nie życzą. W celu uwolnienia artysty od odpowiedzialności karnej można byłoby zastanowić się nad odwołaniem do postulowanego w doktrynie kontratypu sztuki<sup>3</sup>, jednakże ze względu na fakt, że czyn miałby charakter publiczny, konieczne byłoby spełnienie dodatkowych warunków, np. dzieło byłoby nośnikiem istotnej wartości poznawczej.

Artykuł 202 § 2 k.k. został uchylony wskazaną już ustawą o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 kwietnia 2014 r., która weszła w życie 26 maja 2014 r., dlatego też przepis ten podczas dalszej analizy zostanie pominięty.

## 2. MAŁOLETNI, PRZEMOC, ZWIERZĘTA W ŚWIETLE ART. 202 § 3–4B K.K. – UJĘCIE PORNOGRAFICZNE CZY JESZCZE ARTYSTYCZNE?

Według art. 202 § 3 k.k. za karalne uznaje się produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, przechowywanie lub posiadanie w celu rozpowszechniania albo rozpowszechnianie lub prezentowanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego albo treści pornograficznych związanych z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem. Przepis ten może być popełniony wyłącznie z zamiarem bezpośrednim.

Pornografię zawierającą przedstawienie czynności seksualnych z małoletnimi, zwierzętami lub akty przemocy określa się mianem pornografii twardej. Poddajmy najpierw analizie przypadki, w których artysta mógłby w swoim dziele zaprezentować akt seksualny – jak określa ustawa – z „posługiwaniem się” zwierzęciem (zoofilia). P. Kozłowska i M. Kucharska twierdzą, że jeśli zwierzę jest tylko tłem dla ukazania czynności seksualnych, np. dwóch osób różnej płci, to przepis nie powinien znaleźć zastosowania. Zwierzę bowiem nie jest bezpośrednio obiektem, z którym odbywany jest stosunek. Taką formą artystycznego wyrazu może posłużyć się artysta, wykonując fotografie<sup>4</sup>. Niezaprzeczalny jest oprócz tego fakt, że od wieków artyści interesowali się motywem zwierząt w połączeniu z seksualnością człowieka. Wymienić przykładowo można choćby słynny topos Ledy z łabędziem, który wykorzystywali np. Leonardo da Vinci czy Rubens. Prace tych artystów należą współcześnie do kanonu najwybitniejszych dzieł sztuki.

Ustawodawca, wprowadzając art. 202 § 3 do Kodeksu karnego, chciał zapewnić szeroko zakreśloną ochronę zwierzętom i zapobiec społecznym zachowaniom. Jednak J. Warylewski podziela pogląd, że treść przepisu traktująca o ochronie zwierząt przed wykorzystywaniem ich do czynności seksualnych powinna być skreślona i zachowana wyłącznie na gruncie ustawy o ochronie zwierząt<sup>5</sup>. Twierdzi także, że dotychczasowa regulacja na gruncie prawa karnego chroni faktycznie wyłącznie poczucie estetyki, w którą państwo nie powinno ingerować<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Zob. np. J. J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9–10, s. 31–43; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, (w:) *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 233–249.

<sup>4</sup> P. Kozłowska, M. Kucharska, *Prawnokarne aspekty pornografii*, Prok. i Pr. 1999, z. 4, s. 38–39.

<sup>5</sup> Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz.U. z 1997 r. nr 111, poz. 724 ze zm.) – art. 6 ust. 2 pkt 16 tej ustawy za karalne uznaje znęcanie się nad zwierzętami, poprzez które należy rozumieć obcowanie płciowe z nimi. Na podstawie art. 35 ust. 1a ustawy sankcją przewidzianą za ten czyn jest kara grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2. Według art. 202 § 3 k.k. sankcja przewidziana za to przestępstwo wynosi od 2 do 12 lat pozbawienia wolności.

<sup>6</sup> J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 200.

Kolejnym znamieniem czasownikowym określonym w art. 202 § 3 k.k. jest prezentowanie treści pornograficznych z użyciem przemocy. W wyroku z 23 listopada 2010 r. Sąd Najwyższy wyjaśniał, że pod tym pojęciem należy rozumieć prezentowanie aktów przemocy. Bez znaczenia jest, czy mają one wymiar autentyczny, czy stanowią tylko pozorację. Z perspektywy odbiorcy ten fakt nie ma znaczenia. Celem regulacji prawnokarnej jest kształtowanie pożądanych, właściwych postaw ludzkich, a zatem karalne powinno być każde, nawet udawane, ukazywanie aktów przemocy o charakterze seksualnym<sup>7</sup>.

Problematyka wykorzystywania treści pornograficznych z udziałem małoletniego ujmowana jest przez ustawodawcę w art. 202 § 3 oraz § 4–4c. W § 4 kryminalizowane jest utrwalanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego (w § 3 wymaga się dodatkowo, aby owo utrwalanie było motywowane chęcią rozpowszechniania). Na podstawie § 4a

zakazane jest przechowywanie, posiadanie lub uzyskiwanie dostępu do takich treści. § 4b stanowi, że karze podlega ten, kto produkuje, rozpowszechnia, prezentuje, przechowuje lub posiada treści pornograficzne przedstawiające wytworzony albo przetworzony wizerunek<sup>8</sup> małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej<sup>9</sup>. Czynność sprawcza może mieć charakter publiczny lub niepubliczny. Natomiast § 4c kryminalizuje uczestnictwo w prezentacji ww. treści, podejmowane w celu zaspokojenia seksualnego.

Uznaje się, że celem zespołu obowiązujących obecnie przepisów jest ochrona małoletnich przed wykorzystaniem na tle seksualnym. Wydaje się, że szczególnie zagrożenie dla realizacji wolności sztuki może stwarzać kształt aktualnego § 4b, w sposób istotny zmienił bowiem dotychczasowy zakres kryminalizacji. Wcześniej karalne były te czyny, które polegały na uwiecznianiu wizerunku osoby małoletniego (istniejącej), natomiast po 2008 r.

<sup>7</sup> „Należy zauważyć przy tym, że z punktu widzenia odbiorcy nie jest przecież ważne, czy przemoc była rzeczywista, czy też pozorowana, ważne jest tylko to, aby na rzeczywistość wyglądała. Jak podkreśla profesor Marian Filar dla uznania danej pornografii za «twardą», w rozumieniu art. 202 § 3 KK, nie ma znaczenia, czy zawiera ona odzwierciedlenie wydarzeń autentycznych, czy wydarzenia te są inscenizowane (np. scena zgwałcenia odegrana przed kamerą), także za pomocą innych technik wizualizacji (np. rysunkowej, wirtualnej). Istotą pornografii jest bowiem przekaz określonej idei (treści), a nie jedynie udokumentowanej rejestracji określonego wydarzenia faktycznego. Podzielając to dominujące w doktrynie stanowisko Sąd Najwyższy wyraża pogląd, że sformułowanie «treści pornograficzne związane z prezentowaniem przemocy» użyte w art. 202 § 3 KK, obejmuje swoim zakresem także przedstawianie odegranych przez aktorów scen przemocy powiązanych z treściami o jakich mowa w powołanym wyżej przepisie, jak też tego rodzaju sceny wytworzone za pomocą różnych innych technik wizualizacji”, wyrok SN z 23 listopada 2010 r., IV KK 173/10, Legalis nr 412578.

<sup>8</sup> Na marginesie warto podnieść, że użycie w treści przepisu słowa „wizerunek” jest nieodpowiednie. Określenie to odnosi się bowiem wyłącznie do osoby realnie istniejącej. Natomiast w art. 202 § 4b k.k. ustawodawca obejmuje zakresem penalizacji wytworzony lub przetworzony „wizerunek”, a zatem taki, który nie dotyczy wyłącznie osoby faktycznie żyjącej. Trafniejszym określeniem byłoby użycie słowa „obraz” osoby małoletniej.

<sup>9</sup> Przepis został dodany przez ustawę z 24 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 214, poz. 1344) i jest efektem transpozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej z 29 marca 2010 r., w której „pornografię dziecięcą” charakteryzuje się w następujący sposób: „art. 2 b. «pornografia dziecięca» oznacza: (i) wszelkie materiały ukazujące dziecko uczestniczące w rzeczywistych lub symulowanych zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze; lub (ii) wszelkie przedstawienia organów płciowych dziecka w celach głównie seksualnych; lub (iii) wszelkie materiały ukazujące osobę wyglądającą na dziecko uczestniczącą w rzeczywistych lub symulowanych zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze oraz przedstawienia organów płciowych osób wyglądających jak dziecko, w celach głównie seksualnych; lub (iv) realistyczne obrazy dziecka uczestniczącego w zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze lub rzeczywiste obrazy organów płciowych dziecka, niezależnie od tego, czy takie dziecko istnieje, w celach głównie seksualnych”; <http://eur-lex.europa.eu> [dostęp: 15.02.2017 r.].

ustawodawca określił, że zakres czynności wykonawczych powinien odnosić się także do obrazu odrealnionego (np. fantomy w grafice komputerowej). Co więcej, zgoda małoletniego na utrwalenie jego wizerunku w trakcie czynności seksualnej nie uchyla karalności czynu.

### 2.1. Casus Krzysztofa Kuszeja

Krzysztof Kuszej, przedstawiciel łódzkiej szkoły sztuki krytycznej, w swojej twórczości porusza problemy związane ze zjawiskiem pedofilii wśród księży w Kościele katolickim. Stworzył cykl obrazów, które ukazywały dzieci, księży, symbole religijne oraz narządy płciowe męskie. Prace zawierały także imię dziecka i jego wiek.

W 2010 r. Krzysztof Kuszej został oskarżony o popełnienie przestępstwa określonego w art. 200b k.k. (propagowanie lub pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim) i w art. 202 § 4b k.k. (prezentowanie treści pornograficznych przedstawiających wytworzone albo przetworzone wizerunki małoletnich uczestniczących w czynnościach seksualnych). Wcześniej umieścił na portalu aukcyjnym allegro.pl swoje obrazy w celu ich sprzedaży. W wyniku przeprowadzonego postępowania sąd z pomocą biegłych odtworzył, jaki zamiar towarzyszył artyście przy tworzeniu cyklu kontrowersyjnych obrazów. Naczelnym celem, jak ustalono, było wyrażenie protestu przeciwko zjawiskom patologicznym, jakie mają miejsce w Kościele katolickim. Sąd rozpoznający sprawę zakwalifikował także twórczość artysty do tzw. sztuki krytycznej. Pomimo że jego zdaniem obrazy zawierały treści pornograficzne, za kluczowe uznano jednak uwzględnienie stosunku twórcy do jego dzieł. Tym samym Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi w wyroku z 25 lipca 2012 r.<sup>10</sup> uniewinnił artystę, uzasadniając swoją decyzję stwierdzeniem

braku umyślności. Wyrok sądu pierwszej instancji został zaskarżony przez prokuraturę, sąd okręgowy rozpoznający sprawę w wyroku z 6 lutego 2013 r.<sup>11</sup> utrzymał jednak wyrok sądu rejonowego w mocy.

Komentując sprawę, A. Grochowska zauważyła, że sam fakt groźby przeprowadzenia postępowania przeciwko artystom, których twórczość ma charakter kontrowersyjny, wywierać może tzw. mrozący skutek (*chilling effect*). Tym samym uzasadnione będą obawy podejmowania jakichkolwiek działań i prezentowania swoich prac, nawet jeśli groźba ukarania będzie tylko hipotetyczna<sup>12</sup>.

### 3. „TREŚCI PORNOGRAFICZNE” W SZTUCE – ANALIZA WZAJEMNEJ RELACJI

Istotny problem, jaki należy rozważyć, gdyż uwydatnia się on szczególnie w przypadku próby rozgraniczenia sztuki i pornografii, zasadza się na określeniu, czym są „treści pornograficzne” i na czym polega ich istota. W przytaczanym wcześniej wyroku Sądu Najwyższego z 23 listopada 2010 r. została podjęta próba odpowiedzi na to zagadnienie. Według Sądu Najwyższego są to: „zawarte w utrwalonej formie (np. zdjęcia, czasopisma, obrazy, książki) lub nie (pokazy na żywo) prezentacje czynności seksualnych człowieka (zwłaszcza ukazywanie organów płciowych człowieka w ich funkcjach seksualnych) i to zarówno w wymiarze niesprzecznym z ich biologicznym ukierunkowaniem, jak i czynności seksualnych człowieka sprzecznych z przyjętymi w społeczeństwie wzorcami zachowań seksualnych”. Przy tym, według Sądu Najwyższego, istotę pornografii określa się jedynie w chęci udokumentowania pewnego stanu faktycznego, a nie przekazania określonej idei. Ponadto

<sup>10</sup> Wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z 25 lipca 2012 r., IV K 620/11, cyt. za: A. Grochowska, *Problem wszczynania postępowań karnych przeciwko artystom na podstawie sprawy Krzysztofa Kuszeja*, (w:) D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka (red.), *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, Obserwatorium wolności mediów w Polsce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, <http://www.obserwatorium.org>, s. 107 [dostęp: 15.02.2017 r.].

<sup>11</sup> V Ka 1385/12, cyt. za: A. Grochowska, *Problem wszczynania postępowań*, s. 107.

<sup>12</sup> A. Grochowska, *Problem wszczynania postępowań*, s. 110.

zaznacza się, że termin „treści pornograficzne” jest terminem prawnym, dlatego też przy ocenie konkretnej sytuacji o charakterze materiału dowodowego powinien rozstrzygać wyłącznie sąd powszechny, nie sugerując się w przeważającym stopniu opinią wydaną przez biegłego seksuologa.

Ustawodawca polski nie zdecydował się określić w Kodeksie karnym definicji legalnej „treści pornograficznych”. Natomiast określone teorie wysuwane są przez przedstawicieli doktryny. Mają one być pomocne przy ocenie „stopnia dopuszczalnej pornografii w dziele sztuki”<sup>13</sup>.

Pierwsza z nich, subiektywno-moralistyczna, kładzie nacisk na zamiar, jaki towarzyszył sprawcy – czy dzieło ma spełniać cel artystyczny, czy też ma na celu wywołanie podniecenia seksualnego u odbiorcy. Ów zamiar można próbować zrekonstruować na podstawie strony podmiotowej, jak i przedmiotowej. Co do pierwszej propozycji zarzuca się jednak, że mogłoby to naruszać art. 2 § 2 Kodeksu postępowania karnego, który wyraża prymarną zasadę procesu karnego – dążenia do rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o prawdziwe ustalenia faktyczne. Co do strony przedmiotowej, zwrócić należy uwagę na „intencję artystyczną, sposób odbioru czy kontekst społeczno-historyczny”. Uwzględnić należy również „walor intelek-

tualny”, którego w wizerunku o charakterze pornograficznym brakuje<sup>14</sup>.

Druga teoria – obiektywno-pragmatyczna – skupia się na analizie charakteru prezentowanych dzieł oraz skutkach, jakie osiągnął swoim działaniem sprawca, w oderwaniu od jego rzeczywistego zamiaru<sup>15</sup>. Jeśli dzieło będzie przedstawione w sposób prymitywny, wulgarny czy mało estetyczny, to będzie można przyjąć, że jest ono pornograficzne<sup>16</sup>. Oczywiście tak uproszczony sposób oceny dzieła nie jest pozbawiony wad, gdyż – jak już było to wcześniej zaznaczone – nie można w takim przypadku brać pod uwagę wyłącznie kryterium estetycznego.

W czasie obowiązywania Kodeksów karnych z 1932 r. i 1969 r. teorią dominującą była teoria subiektywno-moralistyczna, zgodnie z którą o pornograficznym charakterze dzieła decydować miał wyłącznie zamiar twórcy<sup>17</sup>. Zdaniem J. Warylewskiego to kryterium oceny jest najmniej przydatne. Wychodzi on bowiem z założenia, że „dzieło sztuki, które nie podnieca, jest niewiele warte”<sup>18</sup>. S. Śliwiński twierdził odmiennie. Jego zdaniem kryterium kluczowym przy ocenie, czy dzieło artystyczne nosi w sobie treści pornograficzne, jest właśnie zamiar artysty. Nieistotne jest natomiast to, jak zostanie ono w rzeczywistości odebrane przez innych<sup>19</sup>. M. Rodzyńkiewicz sądzi nato-

<sup>13</sup> M. M. Bieczyński, *Prawne granice*, s. 284.

<sup>14</sup> S. Morawski, *Sztuka i pornografia*, „Studia Socjologiczne” 1965, nr 4, s. 202–203.

<sup>15</sup> M. Filar, (w:) I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), *System Prawa Karnego, t. IV, cz. II, O przestępstwach w szczególności*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 215.

<sup>16</sup> M. Filar, (w:) *System*, s. 215–216; M. Rodzyńkiewicz także uważa, że kryterium estetyczne jest przydatne przy rozstrzygnięciu, czy dane dzieło ma charakter artystyczny, czy pornograficzny, M. Rodzyńkiewicz, *Komentarz do art. 202 k.k.*, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Kraków 2006, s. 670.

<sup>17</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz (komentarz do art. 202 k.k.)*, LEX 2010. Z prac komisji kodyfikacyjnej nad Kodeksem karnym z 1932 r. wynikało, co następuje: „Rozstrzygnięcie kwestii, czy dana rycina, rzeźba itp. wywołuje lub wywoływać może podniecenie czy też jest to przede wszystkim dzieło sztuki (przyroda widziana przez oczy talentu), jest to sprawa często trudna do rozstrzygnięcia, dlatego dyrektywą dla sędziego musi być subiektywny nastrój woli sprawcy (malarza, rzeźbiarza, fotografa itp.), który aż nadto odbija się w samym dziele”, cyt za: W. Kozieliwicz, *Przestępstwo produkowania i rozpowszechniania pornografii – kwestie sporne w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, (w:) M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 130.

<sup>18</sup> J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 265–266. Jak podaje Autor, sam Boticelli stwierdził publicznie, że jego obrazy są bezwstydne, lubieżne i niemoralne, choć zdaniem J. Warylewskiego do kategorii pornografii nie można ich zaliczyć.

<sup>19</sup> Cyt. za: J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej*, s. 204.

miast, że o tym, czy w dziele przeważają treści pornograficzne, czy artystyczne, decydować powinien biegły w procesie sądowym. Natomiast dostrzeżenie przez niego artystycznego charakteru dzieła wyklucza dalszą prawnokarną ocenę zachowania artysty. Z tą opinią częściowo nie zgadza się J. Warylewski, który zauważa podniesioną też przez SN kwestię, że termin „treści pornograficzne” jest pojęciem prawnym i tylko sąd jest kompetentny rozstrzygać, co wchodzi w jego zakres<sup>20</sup>. Twierdzi ponadto, że dzieło artystyczne może zawierać w sobie treści pornograficzne, będąc, z jednej strony, zaliczane do sztuki, a z drugiej do pornografii, lecz efekt twórczego zachowania artysty nie powinien być karalny ze względu na obowiązujący zdaniem autora pozaustawowy kontratyp sztuki. Zaznacza jednakże, że w odniesieniu do małoletnich lub w przypadku możliwości narzucenia niechcianego odbioru treści pornograficznych osobom dorosłym – ich prawnokarna ochrona powinna mieć pierwszeństwo przed wolnością sztuki. W pozostałych przypadkach, a w szczególności jeśli chodzi o udostępnianie grafik w Internecie, wystawianie prac w galeriach czy prezentowanie albumów z reprodukcjami dzieł, sztuka nie powinna doznawać innych ograniczeń niż te wyżej wymienione<sup>21</sup>.

W przypadku dzieł sztuki oprócz ukazania samego aktu seksualnego twórca dąży bowiem także do ukazania piękna cielesności człowieka. Dzieło ma wywierać efekt nie pornograficzny, lecz erotyczny, wywołanie zaś podniecenia seksualnego u odbiorcy musi być postrzegane w kategoriach skutku ubocznego.

M. Filar wskazywał, że stworzenie powszechnie akceptowanej definicji pornografii nie jest zadaniem wykonalnym. Dlatego też autor ten ograniczył się do podania dwóch cech, jakie jego zdaniem powinno posiadać dzieło

artystyczne, ażeby mogło zostać uznane za niosące w sobie treść pornograficzną. Są one następujące:

a) ukazanie czynności seksualnej z naciśnięciem wyłącznie na jej aspekt techniczny, nie zaś uczuciowy czy intelektualny;

b) ukazywanie organów płciowych w ten sposób, aby pokazać „odhumanizowaną technologię seksu”<sup>22</sup>.

Zarówno termin „treści pornograficzne”, jak i „dzieło sztuki” są terminami nieostryimi, zatem trudnym zadaniem jest określenie ich wzajemnego stosunku i wiążącej się z tym zagadnieniem odpowiedzialności karnej. Trzeba przy tym podkreślić, że nie każdy rodzaj pornografii jest karalny (tak jest w przypadku omawianej już pornografii twardej, natomiast co do pornografii tzw. miękkiej, ukazującej nagość w znaczeniu erotycznym czy stosunki „tradycyjne”, ustawodawca jest bardziej liberalny). Zdaniem L. Nijakowskiego o pornograficznym charakterze dzieła decyduje szereg czynników, m.in.: kontekst społeczny, polityczny, kulturowy czy ocena w debacie publicznej. Pojęcie „treści pornograficzne” jest bowiem zmienne w zależności od czasu oraz przestrzeni<sup>23</sup>.

M. Filar dokonuje analizy relacji sztuka–pornografia na poziomie filozoficznym, gdyż twierdzi, że takie badanie powinno poprzedzać rozważania ściśle prawnicze. Odwołuje się do następujących koncepcji:

a) teorii ontologicznego wyłączenia sztuki i sprośności;

b) teorii koegzystencji sztuki i sprośności<sup>24</sup>.

Wedle pierwszej teorii nigdy nie będzie można stwierdzić, czy sztuka zawiera elementy sprośności, uznane za nieobyczajne, ta bowiem w założeniu takich cech posiadać nie może. Zgodnie z drugą teorią możliwa jest sytuacja, gdy sztuka będzie zawierać elementy godzą-

<sup>20</sup> J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej*, s. 205–206.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 205.

<sup>22</sup> M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997, s. 39–40.

<sup>23</sup> L. Nijakowski, *Pornografia. Historia, znaczenie, gatunki*, Warszawa 2010, s. 50.

<sup>24</sup> J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej*, s. 205.

ce w moralność społeczną. W związku z tym konieczne jest wyznaczenie ram prawnych, które będą określać nieprzekraczalną granicę oraz warunki poniesienia odpowiedzialności karnej. Obserwując dzieła, które powstawały na przełomie wieków, przyznać należy słuszność drugiej koncepcji. Zdobyła ona uznanie także J. Warylewskiego.

Dzieło artystyczne jest wielowymiarowe, zawiera w sobie niejednoznaczność, podatną na mnogość interpretacji treści oraz różnorodność kontekstów. Pracę przedstawiającą nagość człowieka lub jego sferę seksualną nie zawsze będzie można bez wątpliwości zakwalifikować jako zawierającą treści pornograficzne. W sztuce starożytnej czy dalszych epokach, takich jak renesans czy barok, wielcy mistrzowie pędzla przedstawiali nieokryte ciała ludzkie. Ukazanie nagości nie było czynnikiem determinującym powstanie obrazu, lecz celem była chęć przekazania określonych uczuć czy przeżyć artysty. Obecnie uznaje się, że aby można było uznać, iż mamy do czynienia z treściami pornograficznymi, wymaga się przedstawienia genitaliów podczas stosunku płciowego w określonym kontekście (akt seksualny jako czynność o charakterze wyłącznie fizycznym) lub bez kontekstu, lecz z nakierowaniem jedynie na wywołanie u odbiorcy podniecenia seksualnego.

Kolejną teorią, która może być przydatna do odróżnienia dzieła artystycznego od pornograficznego, jest zaproponowana przez M. Filara teoria przewagi interesów, wywodząca się z teorii koegzystencji sztuki i sprośności. Teoria ta opiera się na stwierdzeniu, że przy ocenie, czy dzieło zawiera elementy sprośności (co pociąga za sobą konieczność poniesienia odpowiedzialności karnej), należy umiejętnie wyważyć interes społeczny polegający na zakazie upubliczniania takich treści oraz ujawniający

się w wyrażaniu swoich idei i myśli za pomocą wyrazu artystycznego. Jak owego wyważenia dokonać? Autor wskazuje, że należy rozważyć, jakie elementy – sprośne czy artystyczne – przeważają w danym dziele<sup>25</sup>.

A. Forel był zdania, że: „Jeśli pornografia pojawia się w artystycznej szacie, należy w każdym szczególnym przypadku rozważyć stosunek artystycznej wartości dzieła do ukrytych w nim nieczystych intencji: rozstrzygnąć tu powinna względna miara obu czynników w połączeniu ze wszystkimi innymi warunkami”<sup>26</sup>.

M. Filar twierdzi, że koegzystencja sztuki i pornografii jest możliwa, a wręcz niezbędna. Ponadto autor przedstawia ciekawą koncepcję terminu „pornografia”, rozumianego jako pojęcie neutralne, wskazujące na jedynie graficzne przedstawianie sfery seksualnej człowieka. Tym samym M. Filar postuluje oderwanie się od dotychczas związanych z nim negatywnych konotacji<sup>27</sup>. O ile jest to pogląd interesujący, o tyle pozostaje jednak odosobniony w nauce prawa karnego. Wydaje się przy tym, że w świadomości społeczeństwa zakorzenione jest tak silne pejoratywne postrzeganie tego terminu, że koncepcja ta nie zyskałaby szerszego uznania.

P. Kozłowska i M. Kucharska podnoszą, że seksualizm jest jednym z tematów, które sztuka podejmuje najczęściej. Z jednej strony dotyka on istotnego elementu ludzkiej natury, a z drugiej pozwala na poruszenie opinii publicznej, wywołanie skandalu czy prowokacji<sup>28</sup>. Autorki dokonują podziału na sztukę erotyczną i pornograficzną. Granicę pomiędzy nimi ich zdaniem trudno jest wyznaczyć, ponieważ skomplikowanym zadaniem jest także obiektywne zdefiniowanie pornografii, co zostało już wyżej zaprezentowane. Czym ona jest, zależy w istocie od zawartej w sposób dorozumiany „umowy społecznej”<sup>29</sup>. Zakres tolerancji

<sup>25</sup> M. Filar, *Sztuka a zagadnienie pornografii*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10, s. 1438.

<sup>26</sup> A. Forel, *Zagadnienia seksualizmu*, Warszawa 1926, s. 1444.

<sup>27</sup> M. Filar, *Sztuka a zagadnienie*, s. 1445.

<sup>28</sup> P. Kozłowska, M. Kucharska, *Prawnokarne aspekty pornografii*, Prok. i Pr. 1999, z. 4, s. 25.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 41.

kształtuje się niejednolicie w społeczeństwach, w zależności od przyjętej w nich obyczajowości i innych czynników kulturowych<sup>30</sup>. Dobrym przykładem ilustrującym to twierdzenie jest praca Katarzyny Kozyry pt. *Łaźnia męska*. Artystka, przebrana za mężczyznę, udała się do łaźni w Budapeszcie, gdzie nakręciła wideoinstalację ukazującą od strony psychologicznej zachowania mężczyzn względem siebie w obliczu swojej nagości. Zaprezentowane w Polsce dzieło wywołało wiele kontrowersji, podczas gdy za granicą w trakcie 48. Międzynarodowego Biennale Sztuki w Wenecji w 1999 r. zdobyło uznanie, a sama artystka wyróżnienie honorowe.

<sup>30</sup> Warto na marginesie przykładowo wymienić, że w indyjskim kodeksie karnym (art. 292) wyłączono pornograficzność rzeźb, płaskorzeźb i obrazów umieszczonych w historycznych zabytkach wg ustawy o zabytkach i wykopaliskach archeologicznych, a także w świątyniach i pojazdach służących do celów religijnych. Identyczna regulacja obowiązuje w przypadku przedmiotów kultu religijnego lub służących literaturze, edukacji czy nauce (ustawa wymienia np. książki, utwory literackie, teksty, obrazy, rysunki, figury).

#### 4. PODSUMOWANIE

Systematyczne rozszerzanie treści art. 202 k.k. należy postrzegać jako zagrożenie dla wolności twórczości artystycznej. Motyw nagości człowieka, jego życia seksualnego i związanych z nim uczuć jest obecny w sztuce od wieków. Z wyjątkiem racjonalnie zakreślonej ochrony małoletnich przed prezentacją treści pornograficznych powinno się przyznać szeroką swobodę twórczej kreacji. Argumentem przemawiającym za takim twierdzeniem jest brak przestępnego celu po stronie artysty. Oczywiście każdą sprawę powinno się oceniać *ad casum*, biorąc pod uwagę także inne czynniki, istotne w danym stanie faktycznym.

#### Summary

*Paulina Żarnowska-Grabarz*

#### **PORNOGRAPHY IN ART AND CRIMINAL LIABILITY OF ARTISTS – COMMENTS ON THE BACKGROUND OF ARTICLE 202 OF PENAL CODE**

Pornographic content is present in many areas of human life. They are not avoided in pieces of art created by artists. However will the reference to such content not expose them to criminal liability under the art. 202 of the Criminal Code, which penalizes presentation of pornographic content? History of Polish judiciary knows cases when artists stood as accused for highlighting in their art pornographic elements (casus of Krzysztof Kuszej). This issue is not only problematic to solve in the juridical dimension, but also in social one, what shows an overview of theories how pornography and pornographic content over the past 90 years have been considered.

**KEY WORDS:** pornography, art, piece of art

**POJĘCIA KLUCZOWE:** pornografia, sztuka, dzieło sztuki

## PRAWO DO ZAWARCIA ZWIĄZKU MAŁŻEŃSKIEGO W WARUNKACH POZBAWIENIA WOLNOŚCI

### 1. WPROWADZENIE

Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Konwencja)<sup>1</sup> gwarantuje w art. 12 prawa o charakterze osobistym, jakimi są: prawo do zawarcia związku małżeńskiego oraz prawo do założenia rodziny. Zarówno w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz lub Trybunał), jak i w doktrynie akcentowana jest szczególnie rola i doniosłość praw przyznanych osobom pozbawionym wolności.

Artykuł ma charakter pogładowy. Jego celem jest dokonanie analizy regulacji zawartej w art. 12 Konwencji na podstawie wybranego orzecznictwa Trybunału, regulacji w prawie polskim, a także praktyce.

Ponadto autor wskazuje, że na gruncie prawa krajowego brak jest regulacji dotyczących terminu rozpoznania wniosku o udzielenie zgody na zawarcie związku małżeńskiego w warunkach pozbawienia wolności oraz iż brak jest skonkretyzowanych przesłanek ewentualnej odmowy. Mając to na uwadze, dostrzega potrzebę sformułowania kryteriów, którymi powinny kierować się organy wydające decyzje w tego typu sprawach.

### 2. REGULACJE KONWENCJI DOTYCZĄCE PRAWA DO ZAWARCIA ZWIĄZKU MAŁŻEŃSKIEGO W WARUNKACH POZBAWIENIA WOLNOŚCI

Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w art. 12 gwarantuje prawo do zawarcia związku małżeńskiego, stanowiąc: „mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”<sup>2</sup>. Prawo do zawarcia związku małżeńskiego zostało uznane za fundamentalne prawo przysługujące każdemu człowiekowi. Powyższe prawo zostało również zagwarantowane w międzynarodowych aktach prawnych mających na celu ochronę praw człowieka<sup>3</sup>.

Pojęcie małżeństwa w rozumieniu art. 12 Konwencji odnosi się do mężczyzn i kobiet, wobec czego chodzi tu o tradycyjne małżeństwo między dwiema osobami przeciwstawnej płci biologicznej<sup>4</sup>. Istotą tego prawa jest możliwość zawarcia związku małżeńskiego w sposób swobodny. Przy czym należy podkreślić, że istnieje również aspekt negatywny tej regulacji, który gwarantuje każdemu możliwość podjęcia decyzji o niezawieraniu związku małżeńskiego,

<sup>1</sup> Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Rzym, 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 10 lipca 1993 r.).

<sup>2</sup> Art. 12 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

<sup>3</sup> Por. art. 23 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, Nowy Jork, 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167); art. 9 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Lizbona, 7 grudnia 2000 r. (Dz. Urz. UE 2012 C 326); art. 17 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, San Jose, 22.11.1969 r., w: *Prawa człowieka*, opracowanie i przekład B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993; art. 1 Konwencji w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw ONZ, Nowy Jork, 7 listopada 1962 r. (Dz.U. z 1965 r. nr 9, poz. 53).

<sup>4</sup> T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, (w:) *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego*, Olsztyn 2014, s. 23.



pozostawaniu w związku partnerskim bądź życiu w pojedynkę<sup>5</sup>.

Na kanwie omawianego przepisu można doprecyzować opisane w nim prawo. Przez użycie formuły „mężczyzna i kobieta” Konwencja wskazuje, że chodzi o monogamiczny i heteroseksualny model małżeństwa. Zdolność do zawarcia związku małżeńskiego jest ograniczona kryterium wieku. Nie jest ono wyznaczone konkretnie, aby ustawodawca krajowy mógł sam go określić. Na koniec trzeba podkreślić, że w rozumieniu Konwencji zawarcie małżeństwa musi nastąpić zgodnie z ustawami krajowymi, regulującymi sposób korzystania z tego prawa<sup>6</sup>.

Regulacje proceduralne mogą ustanowić monopol państwowej formy zawarcia małżeństwa bądź alternatywnie dopuszczać również formy religijne. Jednak zawsze musi to być procedura uznana przez prawo krajowe. Artykuł 12 Konwencji pozostawia państwom szeroki margines oceny przy regulowaniu omawianej materii. Jednak swoboda regulacyjna musi mieć pewne granice, gdyż w przeciwnym wypadku mogłoby dojść do całkowitego blokowania możliwości korzystania z tego prawa<sup>7</sup>.

Analiza orzecznictwa dotyczącego owych granic pozwala na sformułowanie trzech głównych wniosków. Po pierwsze, regulacje krajowe nie mogą ograniczać bądź zawęźać prawa w taki sposób lub w takim zakresie, że mogłoby to naruszyć samą jego istotę<sup>8</sup>. Natomiast ocena, czy doszło do jej naruszenia, powinna być ustalona w oparciu o zasadę proporcjonalności. Ponadto regulacja korzystania z prawa do

zawarcia związku małżeńskiego musi sprostać wymaganiom legalności formalnej, tj. podstawa prawna powinna spełniać wymagania jasności i dostępności<sup>9</sup>.

Co ważne, państwa nie mogą ujmować zdolności do zawierania małżeństw w sposób nadmiernie restrykcyjny, a w szczególności wyłączać jej w odniesieniu do więźniów, rozdawków oraz transseksualistów<sup>10</sup>.

Stanowisko Trybunału w kwestii udzielenia zgody na zawarcie związku małżeńskiego w warunkach pozbawienia wolności nie od razu było sprecyzowane. Początkowo ów problem był całkowicie pomijany, lecz z czasem tendencje zaczęły się zmieniać. Pierwotne stanowisko można dostrzec w sprawie *X przeciwko Republice Federalnej Niemiec*<sup>11</sup>, gdzie osoba aresztowana wystosowała zażalenie na decyzję władz niemieckich odmawiającą zgody na zawarcie związku małżeńskiego w trakcie pobytu w areszcie. W sprawie została złożona skarga do Europejskiej Komisji Praw Człowieka, którą oddalono jako oczywiście bezzasadną. Komisja nie przedstawiła własnego uzasadnienia, lecz powołała się na zawarte w decyzji krajowej stwierdzenie dotyczące tego, że skarżący będzie przez dłuższy okres przebywał w areszcie, co uniemożliwi mu zamieszkanie z małżonką, wobec czego nie będą mogli stworzyć stabilnego związku małżeńskiego. Komisja uznała także, że biorąc pod uwagę osobowość więźnia i długi okres pozostawiania przez parę w stanie narzeczeństwa, nie można zakładać, iż skarżący poważnie myśli o małżeństwie. W uzasadnieniu zostało również podniesione zagadnienie

<sup>5</sup> L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, tom I, Warszawa 2010, s. 713; zob. też: wyrok ETPCz z 11 lipca 2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 28957/95, ust. 100.

<sup>6</sup> L. Garlicki (red.), *Konwencja*, s. 717.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 718.

<sup>8</sup> *Ibidem*, por. też: wyrok ETPCz z 13 września 2005 r. w sprawie *B. and L. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 36536/02, ust. 34; wyrok ETPCz z dnia 17 października 1986 r. w sprawie *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 9532/81.

<sup>9</sup> L. Garlicki (red.), *Konwencja*, s. 714.

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 718.

<sup>11</sup> Wyrok ETPCz z 4 grudnia 1978 r. w sprawie *X przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, skarga nr 892/60, dostęp w: Yearbook IV (1961), s. 240.

bezpieczeństwa. Uznano mianowicie, że małżeństwa więźniów wpływają negatywnie na utrzymanie porządku w zakładzie karnym<sup>12</sup>.

Za punkt zwrotny w orzecznictwie dotyczącym możliwości zawarcia związku małżeńskiego można uznać sprawę *Hamera przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Na jej gruncie odnotowano „ogólną tendencję w europejskich systemach prawnych w kierunku redukcji różnic pomiędzy życiem więziennym a życiem na wolności i wzmaganie akcentu na resocjalizację”<sup>13</sup>. Europejska Komisja Praw Człowieka podkreśliła, że odbywanie kary pozbawienia wolności nie może powodować utraty prawa do zawarcia małżeństwa, gdyż brak możliwości wspólnego przebywania i współżycia nie przekreśla istnienia małżeństwa. Ponadto wyłącznie do przyszłych małżonków należy decyzja, czy życzą sobie ustanowienia tych relacji, w sytuacji gdy nie będą mogli ze sobą przebywać. Natomiast odsunięcie w czasie możliwości zawarcia związku małżeńskiego do momentu zakończenia odbywania kary, choć jest ograniczeniem tymczasowym, stanowi ingerencję w istotę tego prawa<sup>14</sup>.

Na kanwie przytoczonej sprawy Trybunał podważył argument wykorzystany w postępowaniu *X przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, dotyczący niemożności wspólnego zamieszkania nupturientów ze względu na to, że jedno z nich przebywa w warunkach izolacji więziennej. Trybunał uznał, że: „istotą prawa do zawarcia związku małżeńskiego (...) jest powstanie między mężczyzną i kobietą prawnie wiążącego związku. To do nich należy decyzja, czy taki związek chcą zawrzeć w okolicznościach, w których nie będą mogli razem zamieszkać”<sup>15</sup>. Wskazać należy, że możliwość wspólnego zamieszkania nie powinna stano-

wić przyczyny odmowy udzielenia zgody na zawarcie związku małżeńskiego w zakładzie karnym, gdyż istotą sprawy jest chęć stworzenia związku mającego podstawowe znaczenie dla jednostki, nawet w przypadku, gdy istnieje przyczyna czasowo uniemożliwiająca wspólne życie małżonków.

W odniesieniu do praw przysługujących osobom pozbawionym wolności Komisja uznała, że zachowują one w zasadzie tytuł do zawarcia małżeństwa, a jakiegokolwiek ograniczenie czy unormowanie korzystania z tego prawa nie może być tego rodzaju, by godziło w jego substancję<sup>16</sup>. Ponadto na gruncie niniejszej sprawy Komisja podkreśliła, że wolność osobista nie jest konieczną przesłanką korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa. Pozwolenie więźniom na zawarcie małżeństwa w praktyce państw – czy to w więzieniu, czy też podczas przepustki pod eskortą – wykazuje, że nie są konieczne żadne szczególnie uciążliwe czy skomplikowane rozwiązania<sup>17</sup>.

Mając powyższe na uwadze, można dostrzec rosnącą tendencję do uznawania prawa więźniów do zawierania związków małżeńskich w zakładach karnych. Wynika z tego, że ograniczenie tego prawa może być związane jedynie ze szczególnymi kwestiami, przede wszystkim względami bezpieczeństwa. Ponadto należy podkreślić, że władzom nie wolno opierać odmowy na takich warunkach, jak chociażby możliwość wspólnego zamieszkania, ani innych tego typu argumentach.

Wyżej przytoczone argumenty zostały potwierdzone i poszerzone o nowe spostrzeżenia w sprawie *Draper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Komisja podkreśliła, że osadzenie w jednostce penitencjarnej samo w sobie nie może powodować utraty prawa do zawarcia

<sup>12</sup> P. van Dijk i G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, (w:) Kluwer Law International, Boston 1998, s. 604, 850.

<sup>13</sup> Wyrok ETPCz z 5 stycznia 2010 r. w sprawie *Hamer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 7114/75, dostęp w: *Raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka*, Strasburg, 13 grudnia 1979 r., s. 13.

<sup>14</sup> L. Garlicki (red.), *Konwencja*, s. 719.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 71.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 14–15.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 15.

małżeństwa, a odsuwanie w czasie takiej możliwości do momentu zakończenia odbywania kary godzi właśnie w samą istotę tego prawa<sup>18</sup>. W kwestii obawy o bezpieczeństwo Komisja dodała, że korzystanie z tego prawa przez osadzonych nie rodzi żadnego zagrożenia dla bezpieczeństwa więźnia ani dla należytego porządku. W szczególności, gdy ceremonia zawarcia małżeństwa może mieć miejsce pod nadzorem władz więziennych. Nie godzi to w żaden interes publiczny, przeciwnie – małżeństwo może mieć wpływ stabilizacyjny i rehabilitacyjny<sup>19</sup>.

Przy wydaniu decyzji w sprawie udzielenia zgody bądź jej odmowy na zawarcie związku małżeńskiego przez osobę pozbawioną wolności wszystkie okoliczności faktyczne powinny być dokładnie rozważone przez władze zakładu karnego. Wynika z tego, że rozstrzygnięcia powinny w całości opierać się na okolicznościach faktycznych danej sprawy, a nie na związanych z tym uprzedzeniach<sup>20</sup>.

Podkreślenia wymaga, że restrykcje nałożone na osoby pozbawione wolności powinny być ograniczone do koniecznego minimum i być proporcjonalne do uzasadnionego celu, dla którego zostały ustanowione<sup>21</sup>. Oznacza to, że uniemożliwienie zawarcia związku małżeńskiego osobom pozbawionym wolności może co prawda być uzasadnione w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa czy porządku więziennego, lecz nie może być pozostawione swobodnej ocenie władz zakładu karnego<sup>22</sup>. Zgodnie z orzecnictwem ETPCz państwo po-

winno zachowywać równowagę przy rozpatrywaniu kwestii bezpieczeństwa w zakładzie karnym i praw przysługujących więźniom. W odniesieniu do praw przysługujących osobom osadzonym Trybunał wielokrotnie podkreślał, że więźniom przysługują wszystkie prawa i wolności zagwarantowane przez Konwencję, oczywiście z wyjątkiem prawa do wolności osobistej<sup>23</sup>.

W sprawie *Christie Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał wskazał, że wymagane jest traktowanie więźniów z poszanowaniem praw człowieka i godności, o czym również stanowią Europejskie Reguły Więzienne<sup>24</sup>. Sam fakt pozbawienia wolności nie może prowadzić do odebrania więźniowi innych praw, w tym prawa do zawarcia związku małżeńskiego. Wszelkie ograniczenia muszą być szczególnie uzasadnione, a wprowadzane restrykcje nie mogą zmniejszać praw jednostki w taki sposób, że prawo to byłoby w swojej istocie naruszone<sup>25</sup>. Na kanwie omawianej sprawy Trybunał podkreślił również, że prawo do zawarcia związku małżeńskiego, gwarantowane w art. 12 Konwencji, nie jest prawem absolutnym, czyli że mogą być stosowane względem niego pewne prawnie przewidziane ograniczenia, lecz wprowadzone na mocy tego prawa restrykcje nie mogą ograniczać ani zmniejszać prawa jednostki w taki sposób, aby prawo takie zostało w swojej istocie naruszone<sup>26</sup>.

W związku z powyższym ograniczenia dotyczące prawa do zawarcia związku małżeńskiego powinny być poddane testowi propor-

<sup>18</sup> Wyrok ETPCz z 29 kwietnia 2008 r. w sprawie *Draper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 8186/78, dośp w: *Raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka*, Strasburg, 10 lipca 1980 r., DR 24, s. 79–80.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 81.

<sup>20</sup> Wyrok ETPCz z 6 października 2005 r. w sprawie *Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 74025/01, ust. 69.

<sup>21</sup> Rekomendacja Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie *Europejskich Reguł Więziennych*, przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 11 stycznia 2006 r. na 952. posiedzeniu delegatów, reguła nr 3.

<sup>22</sup> L. Garlicki (red.), *Konwencja*, s. 719.

<sup>23</sup> *Ibidem*, por. np. wyrok ETPCz w sprawie *Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

<sup>24</sup> Rekomendacja Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie *Europejskich Reguł Więziennych*.

<sup>25</sup> Wyrok ETPCz z 11 lipca 2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 28957/95, ust. 99.

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

cjonalności. Rozumie się przez to, że wszelkie ograniczenia w stosowaniu tego prawa muszą być proporcjonalne do danej sytuacji oraz nie mogą spowodować naruszenia żadnego innego przepisu Konwencji lub jej Protokołów. Zostało to również podkreślone w Podstawowych zasadach traktowania więźniów<sup>27</sup>, które stanowią, że więźniowie zachowują wszelkie prawa z wyjątkiem ograniczeń, które w oczywisty sposób wynikają z faktu osadzenia w zakładzie karnym, zostaną zachowane prawa człowieka i podstawowe wolności ujęte w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka w odniesieniu do wszystkich więźniów oraz w przypadkach, gdy dane państwo jest stroną w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych i Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych wraz z jego Protokołem Fakultatywnym, jak również inne prawa zawarte w innych traktatach Narodów Zjednoczonych<sup>28</sup>. W związku z zachowaniem przez więźniów wszelkich praw z wyjątkiem prawa do wolności każde ograniczenie powinno zostać przez władze krajowe uzasadnione.

### 3. GWARANCJE WYNIKAJĄCE Z ART. 12 KONWENCJI NA KANWIE SPRAW PRZECIWKO POLSCE

#### 3.1. Wyrok ETPCz w sprawie *Frasik przeciwko Polsce* (skarga nr 22933/02)

Krótką charakterystyką stanu faktycznego omawianej sprawy jest następująca. Skarżącemu został przedstawiony zarzut gwałtu i pobicia pokrzywdzonej, a następnie zastosowano wobec niego tymczasowe aresztowanie. W trakcie stosowania tego środka zapobiegawczego skarżący starał się najpierw doprowadzić do jego uchy-

lenia w związku z deklarowanym zamiarem zawarcia związku małżeńskiego z pokrzywdzoną. Następnie został złożony wniosek o udzielenie zgody na zawarcie małżeństwa w warunkach zakładu karnego. Wniosku nie uwzględniono, powołując się na specyficzne okoliczności sprawy, w szczególności na wątpliwości co do rzeczywistych zamiarów stron, które to wątpliwości mogły być dyktowane zamiarem skorzystania przez pokrzywdzoną z prawa do odmowy składania zeznań w sprawie. Jednocześnie stwierdzono, że zakład karny nie jest odpowiednim miejscem do odbywania ceremonii ślubnych.

W tej sprawie Trybunał stwierdził naruszenie art. 12 Konwencji i wskazał, że wolność osobista nie jest obligatoryjnym warunkiem do skorzystania z prawa do zawarcia związku małżeńskiego i sam fakt pozbawienia wolności nie ma wpływu na wskazaną gwarancję<sup>29</sup>. Ponadto w oparciu o Europejskie Reguły Więzienne ETPCz wskazał, że wszelkie ograniczenia nakładane na osadzonego winny być proporcjonalne do celu, który ma zostać osiągnięty<sup>30</sup>.

Po przeanalizowaniu tej sprawy nasuwa się kilka wniosków. Po pierwsze, każdy osadzony korzysta z przyrodzonych praw fundamentalnych, do jakich niewątpliwie zalicza się art. 12 Konwencji. Ponadto, jak już było wskazywane na tle wcześniejszych orzeczeń Trybunału, wszelkie ingerencje lub ograniczenia winny zostać w sposób przekonujący uzasadnione przez władze krajowe i – w zasadzie – winny wynikać z konieczności zapobiegania popełnianiu przestępstw lub naruszeń porządku i bezpieczeństwa. Co więcej, ograniczanie prawa osadzonego do zawarcia małżeństwa nie może być uzasadnione brakiem akceptacji władz krajowych dla takiego związku bądź też niechęcią opinii publicznej<sup>31</sup>.

Podkreślenia wymaga, że zarówno wybór

<sup>27</sup> Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ, A/RES/45/111, Basic Principles for the Treatment of Prisoners, Nowy Jork, 14 grudnia 1990 r.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Wyrok ETPCz z 5 stycznia 2010 r. w sprawie *Frasik przeciwko Polsce*, skarga nr 22933/02, ust. 88.

<sup>30</sup> Rekomendacja Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie *Europejskich Reguł Więziennych*.

<sup>31</sup> Wyrok ETPCz w sprawie *Frasik przeciwko Polsce*, ust. 92.

partnera, jak i podjęcie decyzji o wstąpieniu w związek małżeński jest sprawą prywatną i osobistą, a przede wszystkim nie zależy od tego, czy jednostka pozostaje na wolności, czy też przebywa w warunkach izolacji więziennej. Gdyby nie fakt pozbawienia wolności, prawo nie stwarzałoby żadnych przeszkód w zawarciu związku małżeńskiego w jakimkolwiek momencie podczas toczącego się postępowania karnego<sup>32</sup>.

### 3.2. Wyrok ETPCz w sprawie *Jaremovicz przeciwko Polsce* (skarga nr 23023/03)

W stanie faktycznym niniejszej sprawy skarżący odbywał karę pozbawienia wolności za usiłowanie włamania. W trakcie osadzenia najpierw złożył wniosek o udzielenie zgody na przepustkę w celu odbycia wizyty u innej osoby osadzonej, a po otrzymaniu decyzji odmownej złożył wniosek o przyznanie przepustki w celu zawarcia związku małżeńskiego z tą osobą. Wniosek ten również nie został uwzględniony, a w uzasadnieniu wskazano, że skarżący nie jest w stanie udowodnić, że strony pozostawały w związku nieformalnym przed znalezieniem się w zakładzie karnym, a nadto że znajomość rozwijała się poza formalnym obiegiem, tj. za pomocą grypsów.

Trybunał, podobnie jak we wcześniej omawianej sprawie, stwierdził naruszenie art. 12 Konwencji, wskazując brak zasadności podniesionego przez władze więzienia wymogu wolności osobistej jako warunku do skorzystania z prawa do zawarcia związku małżeńskiego<sup>33</sup>. Podkreślił przy tym, że ograniczenia tego prawa mogłyby zostać uzasadnione względami porządku i bezpieczeństwa w zakładzie karnym, przy czym decyzja w żadnej mierze nie powinna dotyczyć kwestii „jakości” związku pomiędzy nupturientami. W przedmiotowej sprawie źródłem naruszenia Konwencji był arbitralny charakter zapadłych decyzji. Podobnie jak w przypadku sprawy *Frasik przeciwko Polsce*, arbitralność ta

wyrażała się w braku zastosowania zasady proporcjonalności w zakresie wyrażenia interesu publicznego i indywidualnego stron<sup>34</sup>.

## 4. PODSUMOWANIE

Niewątpliwie prawo do zawarcia związku małżeńskiego, gwarantowane w art. 12 Konwencji, jest podstawowym prawem przysługującym każdemu człowiekowi. Pozbawienie wolności jest szczególnym stanem, w którym także istnieje możliwość, aby osadzony wstąpił w związek małżeński na terenie danej jednostki penitencjarnej. Bogate orzecznictwo Trybunału w tym zakresie utrwaliło pogląd, że osoba przebywająca w zakładzie karnym zachowuje wszystkie przysługujące jej prawa, oczywiście z wyjątkiem prawa do wolności. W związku z tym nie ma przeszkód, aby na terenie danego zakładu możliwe było zawarcie związku małżeńskiego.

Orzecznictwo ETPCz w sposób jasny i precyzyjny potwierdziło oraz rozwinęło zasady dotyczące interpretacji art. 12 w aspekcie osób pozbawionych wolności. Znalazło to również odzwierciedlenie w sprawach przeciwko Polsce, co pozwala sformułować kilka wniosków.

Po pierwsze, należy wskazać, że źródłem naruszenia Konwencji w tym zakresie jest przede wszystkim arbitralny charakter zapadłych decyzji. Arbitralność wyrażała się w niezastosowaniu zasady proporcjonalności przy wyważeniu interesu publicznego i prywatnego stron.

Ponadto w polskim ustawodawstwie władze mają zbyt daleko idącą swobodę w zakresie udzielania bądź odmowy udzielenia zgody na zawarcie przez osadzonych związku małżeńskiego. Poza tym brak jest regulacji dotyczących terminu rozpoznania wniosku czy też brak skonkretyzowanych przesłanek ewentualnej odmowy. Mając to na uwadze,

<sup>32</sup> *Ibidem*, ust. 96.

<sup>33</sup> Wyrok ETPCz z 5 stycznia 2010 r. w sprawie *Jaremovicz przeciwko Polsce*, skarga nr 24023/03, ust. 63.

<sup>34</sup> *Ibidem*, ust. 93.

można dostrzec potrzebę uwzględnienia pewnych zasad dotyczących regulacji możliwości zawarcia związku małżeńskiego w warunkach pozbawienia wolności w ustawodawstwie kra-

jowym. Przede wszystkim niezbędne wydaje się ściśle określenie warunków odmowy udzielenia zgody na wstąpienie w związek małżeński przez osobę pozbawioną wolności.

## Summary

*Kornelia Anna Grabowska*

### THE RIGHT TO MARRY UNDER THE CONDITION OF IMPRISONMENT

The right to marry and found a family belongs to the catalog of civil and political rights, and is therefore confirmed in many documents of international rank. This issue is also regulated by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which states in Article 12 that „married men and women have the right to marry and to found a family in accordance with national laws governing the exercise of this right.”

The right to marry has been recognized as the fundamental right of every human being. On the other hand, the state of deprivation of liberty does not constitute a negative condition for exercising this right. The Court's extensive case law in this regard has maintained the view that an imprisoned person retains all his rights, of course except the right to liberty. Therefore, there is no obstacle to the possibility of marriage in the area of the penitentiary.

This article analyzes the regulation contained in Art. 12 conventions based on the selected ECHR case law and issues related to Polish law as well as the practice of marrying in prison.

**KEY WORDS:** the European Convention of Human Rights, the right to marriage, deprivation of liberty, national regulations, *Frasik vs. Poland*, *Jaremwicz vs. Poland*

**POJĘCIA KLUCZOWE:** Europejska Konwencja Praw Człowieka, prawo do małżeństwa, pozbawienie wolności, przepisy krajowe, *Frasik vs. Poland*, *Jaremwicz vs. Poland*

## ZGODNOŚĆ Z PRAWEM DECYZJI BADANEJ PRZEZ SĄD PENITENCJARNY NA PODSTAWIE SKARGI Z ART. 7 K.K.W.

### 1. WSTĘP

Zgodnie z doktryną demokratycznego państwa prawnego jedynie sąd może być organem decydującym o wolnościach, prawach i obowiązkach jednostki<sup>1</sup>. Tym samym, pomimo tego, że skarga ukonstytuowana w przepisach art. 7 k.k.w. nie jest podstawowym środkiem ochrony praw i wolności skazanych<sup>2</sup>, to ten instrument prawny służy do rozstrzygania ostatecznie o tym, czy doszło do naruszenia praw tych osób, względnie czy egzekwowanie wobec nich obowiązków znajdowało oparcie w obowiązujących przepisach.

Z tych też względów należy w pełni podtrzymać dotychczasowe stanowisko<sup>3</sup>, że w sytuacji rozbieżności w stanowisku poszczególnych organów uprawnionych do rozpoznawania skarg osadzonych w danej kwestii<sup>4</sup> za rozstrzygające należy uznać to, które wyrażone zostało w postanowieniu sądu penitencjarnego badającego sprawę w trybie art. 7 k.k.w.

Instytucja skargi z art. 7 k.k.w. jest również jedynym z instrumentów skargowych, za po-

mocą którego na płaszczyźnie ustawy zwykłej urzeczywistnia się wobec skazanego zagwarantowane każdemu przez ustawę zasadniczą (art. 42 ust. 2) prawo do korzystania z pomocy obrońcy z urzędu na każdym etapie postępowania karnego.

W tym stanie rzeczy określenie zakresu kontroli decyzji zapadających w postępowaniu wykonawczym, dokonywanej w tym trybie, ma rudymentarne znaczenie dla ustalenia rzeczywistego stopnia ochrony praw i wolności osadzonych, czyli osób z powodu pozbawienia wolności posiadających ograniczone możliwości faktyczne dochodzenia swoich racji. Próba wytyczenia kierunku interpretacji art. 7 § 1 k.k.w. została już podjęta m.in. w publikacji *Prawo do wnoszenia skarg przez osadzonych w systemie penitencjarnym Polski i wybranych krajach członkowskich Unii Europejskiej*<sup>5</sup>. Ramy tamtego opracowania (o charakterze przede wszystkim komparatystycznym) nie pozwoliły jednak na szersze rozwinięcie tego zagadnienia. Tymczasem, jak pokazuje praktyka<sup>6</sup>, problem nie tkwi jedynie w rozstrzygnięciu sporu po-

<sup>1</sup> Por. np. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 65.

<sup>2</sup> Instrumentami takimi, przede wszystkim z uwagi na swój zakres zastosowania, są instytucje skargi, będące urzeczywistnieniem prawa petycji, uregulowane w art. 6 § 2 i 3 k.k.w. oraz art. 33 § 2 k.k.w.

<sup>3</sup> Por. P. Tarwacki, M. Warchoł, *Prawo do wnoszenia skarg przez osadzonych w systemie penitencjarnym Polski i wybranych krajach członkowskich Unii Europejskiej*, (cz. 2), „Palestra” 2012, nr 11–12, s. 185.

<sup>4</sup> Co niekiedy w specyfice polskiego systemu penitencjarnego ma miejsce, z uwagi na to, że w naszym kraju, aby złożyć skargę do sądu w trybie art. 7 k.k.w., nie jest konieczne wyczerpanie wewnętrznego trybu skargowego.

<sup>5</sup> Por. P. Tarwacki, M. Warchoł, *Prawo do wnoszenia skarg przez osadzonych w systemie penitencjarnym Polski i w wybranych krajach członkowskich Unii Europejskiej* (cz. 1), „Palestra” 2012, nr 9–10, s. 145.

<sup>6</sup> Przegląd orzecznictwa czy też doświadczenie poszczególnych sędziów penitencjarnych pokazuje, że rozumienie zakresu kontroli dokonywanej przez sąd badający skargę złożoną na podstawie art. 7 k.k.w. jest zróżnicowane nawet w ramach tych samych jednostek organizacyjnych sądownictwa, począwszy od pomijania w ogóle oceny skargi pod względem merytorycznym, a skończywszy na badaniu uznaniowości organu, który wydał zaskarżoną decyzję

szczególnych komentatorów Kodeksu karnego wykonawczego, czy w trybie art. 7 § 1 tej ustawy sąd penitencjarny bada jedynie legalność decyzji organów postępowania karnego wykonawczego, czy też kontroli tej podlega również trafność rozstrzygnięć, w sytuacji gdy akt prawny stwarza jedynie możliwość zastosowania określonego przepisu prawa, pozostawiając danemu organowi pewien luz decyzyjny. Nawet bowiem w przypadku odrzucenia tezy o tym, że w omawianym postępowaniu skargowym kontroli nie podlega uznaniowość organu podejmującego decyzje, rodzi się potrzeba sprecyzowania, jak szeroko rozumieć zakres przedmiotowej przyczyny odwoławczej, tj. niezgodności z prawem zapadłego rozstrzygnięcia. Odpowiedź na to pytanie ma zasadnicze znaczenie dla zgodnego z prawem orzekania.

## 2. KONTROLA ZGODNOŚCI Z PRAWEM DECYZJI ORGANÓW POSTĘPOWANIA WYKONAWCZEGO W DOTYCHCZASOWYM PIŚMIENICTWIE

Przed podjęciem próby udzielenia odpowiedzi na postawione powyżej pytanie zasadne wydaje się przytoczenie występujących w nauce prawa karnego wykonawczego poglądów w kwestiach, których rozstrzygnięcie jest niezbędne dla zrealizowania tego celu.

(referat P. Hejduka, Przewodniczącego V Wydziału Penitencjarnego i Nadzoru nad Wykonywaniem Orzeczeń Karnych SO w Poznaniu, *Zakres kontroli sądowej decyzji administracji penitencjarnej w kontekście niezgodności z prawem – art. 7 § 1 k.k.w.: praktyka a teoria*, wygłoszony 6 marca 2015 r. podczas drugiego z cyklicznych seminariów naukowych pt. „Wnioski i skargi skazanych a reakcja administracji więziennej”, zorganizowanego przez IPSIR UW, czy też referat M. Pankowca, Przewodniczącego IV Wydziału Penitencjarnego i Nadzoru nad Wykonywaniem Orzeczeń Karnych SO w Białymstoku, *Instytucja skargi z art. 7 k.k.w.: ocena istniejącego mechanizmu, możliwości jego reformy – doświadczenia sędziów apelacji białostockiej*, wygłoszony 7 listopada 2015 r. podczas trzeciego z cyklicznych seminariów naukowych pt. „Wnioski i skargi skazanych a reakcja administracji więziennej”, zorganizowanego przez IPSIR UW.

<sup>7</sup> Z. Hołda, (w:) Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. Arche, Gdańsk 2007, s. 82.

<sup>8</sup> Por. np. S. Leleńtal, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 3, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 99–100; J. Lachowski, T. Oczkowski, *Skarga skazanego w postępowaniu wykonawczym (art. 7 k.k.w.)*, PWP 2008, nr 61, s. 14; T. Kalisz, *Sędziowski nadzór penitencjarny. Polski model nadzoru i kontroli nad legalnością i prawidłowością wykonywania środków o charakterze izolacyjnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 31; K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 1, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 56.

<sup>9</sup> Por. Z. Hołda, (w:) *Kodeks*, s. 82. Por. np. S. Leleńtal, *Kodeks*, s. 99; J. Lachowski, (w:) *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, pod. red. J. Lachowskiego, C. H. Beck, Warszawa 2015, s. 43.

### 2.1. Pojęcie *decyzji* badanej w trybie skargi ukonstytuowanej w art. 7 k.k.w. w dotychczasowym piśmiennictwie

Przez *decyzję*, jak wskazywał Hołda, „należy rozumieć każdy akt prawny o charakterze indywidualnym i konkretnym, rozstrzygający sprawę w całości lub w części, lub też w inny sposób kończący sprawę. Jego forma prawna (i nazwa) nie ma znaczenia”<sup>7</sup>. Pojęcie to jest w nauce prawa karnego wykonawczego podobnie rozumiane również przez pozostałych jej przedstawicieli<sup>8</sup>.

### 2.2. Pojęcie *prawa*, z którym zgodne mają być decyzje wydawane przez organy postępowania karnego wykonawczego w dotychczasowym piśmiennictwie

W doktrynie dominujący jest pogląd, że pojęcie *prawa*, z którym zgodne mają być decyzje wydawane przez organy postępowania karnego wykonawczego, należy interpretować szeroko, w tym sensie, że decyzja powinna być zgodna nie tylko z ustawami, ale wszelkimi aktami prawa powszechnie obowiązującego (*hard law*)<sup>9</sup>.

Jeszcze szerzej pojęcie to rozumie Paweł, który stwierdza, że podstawą skargi może być niezgodność także z „każdym innym aktem, jeżeli zawiera normy prawne. «Za akt prawotwórczy należy uznać każdy taki akt, który wyznacza reguły i wzory postępowania, których przestrzeganie jest dla jego adresatów prawnie



obowiązujące, niezależnie od tego, jaką formę ma podstawa prawna jego ustanowienia, jaki jest jego zasięg przedmiotowy i podmiotowy oraz jaki jest zakres i forma sankcji służących ochronie jego przestrzegania»<sup>10</sup>.

### 3.3. Kontrola zgodności z prawem materialnym, procesowym, czy też zarówno z materialnym, jak i procesowym – ocena zagadnienia w dotychczasowym piśmiennictwie

W piśmiennictwie przeważa pogląd, że w trybie art. 7 k.k.w. kontroli podlega zgodność decyzji zarówno z prawem materialnym, jak i procesowym<sup>11</sup>. Przy czym Hołda stanął na stanowisku, że: „Decyzja ulega uchyleniu lub zmianie w razie stwierdzenia niezgodności z prawem, czyli obrazu przepisów prawa materialnego, lub obrazu przepisów postępowania mogących mieć wpływ na treść decyzji (art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2)”. Lachowski i Oczkowski wyrazili natomiast odmienny pogląd od tego przedstawiciela nauki i stwierdzili: „W grę może wchodzić naruszenie przepisów prawa materialnego, a także procesowego poprzez jego niezastosowanie lub niewłaściwe zastosowanie, i to niezależnie od tego, czy mogło to mieć wpływ na treść zaskarżonej decyzji, czy też nie (art. 438 k.p.k. nie znajduje zastosowania, albowiem przepis art. 7 § 1 k.k.w. w swoisty sposób reguluje zagadnienie przyczyn odwoławczych). Potrzeba tak szerokiego ujęcia przyczyny odwoławczej w art. 7 § 1 k.k.w. pozwala zapewnić przestrzeganie zasady praworządności w wykonywaniu orzeczeń wydawanych przez sąd karny”<sup>12</sup>. Lelental stwierdza natomiast, że: „Można sygnalizować wątpliwość, czy owa niezgodność lub sprzeczność z prawem dotyczy wyłącznie

prawa materialnego, czy również prawa procesowego. Należy bowiem zauważyć, że przepisy art. 7 k.k.w. nie stanowią o postępowaniu przed organem, który wydał decyzję”<sup>13</sup>.

### 3.4. Kontrola uznaniowości zawartej w decyzjach organów postępowania wykonawczego

Rozbieżność w wykładni, jak wskazano na wstępie artykułu, dotyczy również tego, czy uznaniowość organu podejmującego decyzje w postępowaniu karnym wykonawczym podlega kontroli sądu rozpoznającego skargi, wniesione w trybie art. 7 k.k.w. Chodzi przede wszystkim o badanie skarg, których podstawą wydania był przepis stanowiący, że w danej sytuacji organ *może* postąpić w określony sposób, lecz w realiach konkretnej sprawy z tej możliwości nie skorzystał.

Zwolennikiem poglądu, że owa uznaniowość podlega kontroli sądu rozpoznającego omawiane skargi, był Hołda<sup>14</sup>, który odwołując się do nauki prawa administracyjnego, zwrócił uwagę, że: „Obecnie nie dopuszcza się już uznania swobodnego. Przyjmuje się, że uznanie jest zawsze związane z normami prawnymi i w coraz większym stopniu zostaje poddawane sądowej kontroli. Kontroli takiej podlegają coraz szerzej – obok tradycyjnej i niekontrowersyjnej kontroli kompetencji, procedury i materialno-prawnych podstaw decyzji – kwestie przekroczenia granic uznania, nadużycia swobody uznaniowej, legalności celu, nieracjonalności działania organu czy złej wiary po jego stronie”. Pogląd ten został z kolei w pełni zaakceptowany przez Lachowskiego i Oczkowskiego, którzy stwierdzili, że: „Skardze z art. 7 k.k.w. podlegają również decyzje oparte na uznaniu. Wynika to z faktu,

<sup>10</sup> S. Paweła, *Kodeks karny wykonawczy. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1999, s. 37–38, za: W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy i formy działalności prawotwórczej*, Warszawa 1979, s. 18.

<sup>11</sup> Por. Z. Hołda, (w:) *Kodeks*, s. 86. Por. J. Lachowski, T. Oczkowski, *Skarga*, s. 18; K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 86; J. Lachowski, (w:) *Kodeks*, s. 43.

<sup>12</sup> Por. J. Lachowski, T. Oczkowski, *Skarga*, s. 18.

<sup>13</sup> Por. S. Lelental, *Skarga skazanego na decyzję organu postępowania wykonawczego w polskim prawie karnym wykonawczym*, (w:) *Rzeczelnym proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Z. Świdły*, Warszawa 2009, s. 676.

<sup>14</sup> Por. Z. Hołda, (w:) *Kodeks*, s. 86.

że nawet tam, gdzie przepis prawa nie zobowiązuje organu do wydania rozstrzygnięcia o określonej treści, lecz jedynie daje mu taką możliwość (np. art. 137 k.k.w., art. 141a § 1 k.k.w.), decyzja nie może być dowolna. Musi ona być poparta faktami ustalonymi przez organ orzekający, logicznie przez niego ocenionymi, zachowany musi być określony przez przepisy tryb jej wydania. W przeciwnym wypadku należy uznać, że decyzja narusza prawo<sup>15</sup>. Również w komentarzu pod redakcją Lachowskiego przedstawione zostaje stanowisko opowiadające się za obowiązkiem badania przez sądy rozpoznające skargi złożone w trybie art. 7 k.k.w. uznania organu wydającego kwestionowaną w tym postępowaniu decyzję. „Decyzje oparte na swobodnym uznaniu organu wykonującego orzeczenie również mogą być zaskarżone w drodze skargi. Uznanie nie może być bowiem dowolne, musi być poparte określonymi faktami, ustalonymi przez organ wykonujący orzeczenie, z których logicznie wynika treść decyzji. Wsparciem dla takiej argumentacji może być treść przepisu art. 2 Konstytucji RP, statuującego zasadę demokratycznego państwa prawa, w którym nie ma miejsca na niczym nieskrępowaną dowolność organów władzy, w tym organów wykonujących orzeczenie. Wydaje się, że również przepis art. 7 Konstytucji RP daje podstawę do takiego twierdzenia. Z przepisu tego wynika bowiem zasada, że organowi władzy wolno tylko tyle, na ile prawo mu pozwala. Wyjęcie spod kontroli sądowej gwarantowanej na podstawie art. 7 KKW decyzji opartych na uznaniu byłoby również przejawem przedmiotowego traktowania skazanego, co popada w kolizję z treścią przepisu art. 5 § 1 KKW<sup>16</sup>.”

Odmienny pogląd, tj. o braku podstaw do badania przez sąd owej uznaniowości, wyraził Lelental, który zwraca uwagę, że: „Ustawowe określenie podstawy zaskarżenia decyzji jest

jednoznaczne. W formule «może», a także «powinien» nie mieści się możliwość wydania decyzji niezgodnej lub sprzecznej z prawem. Decyzja taka może być natomiast nieprawidłowa i gdy dotyczy spraw, o których mowa w art. 7 § 2 k.k.w. podlega kontroli sędziego penitencjarnego w ramach sprawowanego przez niego nadzoru penitencjarnego<sup>17</sup>. Pogląd ten w całej rozciągłości podziela również Dąbkiewicz<sup>18</sup>.

#### 4. OCENA PROBLEMU ZGODNOŚCI Z PRAWEM DECYZJI BADANEJ W TRYBIE SKARGI UKONSTYTUOWANEJ W ART. 7 K.K.W.

Jak wynika z zestawienia poglądów doktryny, już samo pojęcie *prawa*, z którym zgodne mają być decyzje wydawane przez organy postępowania karnego wykonawczego, nie jest jednolicie rozumiane w doktrynie. Brak jest również pełnej spójności w zapatrywaniu na to, czy kontrola zgodności z prawem decyzji wydawanych przez organy postępowania wykonawczego ma obejmować tak prawo materialne, jak i procesowe, czy też wyłącznie prawo materialne. Również badanie uznaniowości zawartej w decyzjach organów postępowania wykonawczego ma tak swoich przeciwników, jak i zwolenników, a zarazem ci ostatni w różny sposób uzasadniają konieczność dokonywania kontroli decyzji organów postępowania wykonawczego w tym zakresie.

Rozstrzygnięcie wszystkich tych kwestii ma istotne znaczenie, albowiem, jak wskazano na wstępie, decyduje o rzeczywistym zakresie ochrony praw skazanych, zagwarantowanych tym osobom przez prawodawcę.

Powszechnie akceptowaną zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie zasadą jest pierwszeństwo wykładni językowej przy interpretacji przepisów. Tym samym należałoby w pierwszej

<sup>15</sup> Por. J. Lachowski, T. Oczkowski, *Skarga*, s. 18.

<sup>16</sup> J. Lachowski, (w:) *Kodeks*, s. 43.

<sup>17</sup> Por. S. Lelental, *Skarga skazanego*, (w:) *Rzetelny proces*, s. 676–677.

<sup>18</sup> K. Dąbkiewicz, *Kodeks*, s. 57.

kolejności ustalić, do jakich rezultatów prowadzi ona w odniesieniu do treści art. 7 § 1 k.k.w.

Skoro przepis ten stanowi, że: „Skazany może skarżyć do sądu decyzję organu wymienionego w art. 2 pkt 3–6 i 10 z powodu jej niezgodności z prawem, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej”, to naturalną konsekwencją zastosowania tej wykładni będzie stanowisko, że tak długo, jak nie zostanie wprowadzony przez ustawodawcę wyjątek w określonej kwestii, decyzje skarżone w trybie art. 7 k.k.w. (w odróżnieniu od decyzji skarżonych na podstawie art. 6 § 2 k.k.w.) podlegają kontroli jedynie pod kątem ich zgodności z prawem.

Brak dodatkowych obostrzeń (niedopełnienie powyższego zwrotu żadnymi dodatkowymi treściami) przemawia, w świetle powyższej wykładni, jednocześnie za przyjęciem, że kontrola sądu dokonywana w trybie art. 7 § 1 k.k.w. powinna objąć zarówno zgodność z prawem materialnym, jak i procesowym zapadłej decyzji.

Jakkolwiek istotnie art. 7 § 1 k.k.w. w swojej formie reguluje zagadnienie przyczyn odwoławczych, to jednak nie wydaje się uprawnione wnioskowanie, że skoro w przepisie tym, inaczej niż w art. 438 k.p.k., ustawodawca nie wskazał *explicite*, że obraza przepisów postępowania może być podstawą skargi tylko wówczas, gdy mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia, to uchyleniu lub zmianie będą podlegać wszystkie decyzje obrażające prawo procesowe, niezależnie od tego, czy naruszenie procedury miało wpływ na treść zapadłej decyzji.

Obraza procedury w postępowaniu karnym z istoty swej może być podstawą uchylenia lub zmiany decyzji procesowej wówczas, gdy miała wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia. Ustawodawca jedynie chroniąc prawomocność orzeczeń zapadłych w postępowaniu karnym, różnicuje, że do wzruszenia decyzji procesowych nieprawomocnych wystarczające jest, iż

uchybiecie mogło mieć wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.), podczas gdy do wzruszenia orzeczenia w trybie kasacyjnym niezbędne jest, by wpływ uchybienia na treść zapadłego orzeczenia miał charakter istotny (art. 523 § 1 k.p.k.). Wyjątki od zasady, że decyzje procesowe zapadające w postępowaniu karnym podlegają wzruszeniu niezależnie od wpływu naruszenia procedury na treść zapadłego rozstrzygnięcia, wskazywane są natomiast wyraźnie przez prawodawcę, poprzez zastrzeżenie, że decyzja procesowa z powodu ważkości uchybienia proceduralnego podlega uchyleniu *niezależnie od wpływu uchybienia na jego treść* (art. 439 § 1 k.p.k.). Wydaje się, że brak jest dobrych argumentów, by odmiennie podchodzić do tego problemu, w tym w kontekście realizacji zasady praworządności, na dalszym etapie procesu karnego, tj. w stadium postępowania wykonawczego.

Kodeks karny wykonawczy nie zawiera przepisu konstytuującego bezwzględne przesłanki odwoławcze, przy skardze z art. 7 § 1 k.k.w. Niektóre sądy penitencjarne przyjęły natomiast słuszną praktykę uznawania za tego rodzaju przyczynę uchybień polegających na wydaniu decyzji przez niewłaściwy rzeczowo organ. Można bowiem niekiedy zauważyć, że gdy treść skargi skazanego sprowadza się do polemiki z zasadnością danej decyzji, która była oparta na uznaniu poręczonym przez ustawodawcę w danej sytuacji organowi postępowania wykonawczego, to z motywów uzasadnienia wynika, iż niezależnie od treści zarzutów sąd z urzędu badał kwestię właściwości rzeczowej.

Przechodząc w ten sposób płynnie do kwestii badania uznaniowości przy rozpoznawaniu skarg wnoszonych w trybie art. 7 § 1 k.k.w., w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zgodnie z ugruntowanymi poglądami nauki prawa karnego procesowego<sup>19</sup>, jak i orzecznictwa Sądu Najwyższego, ukształtowanymi

<sup>19</sup> Por. np. S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz*, ABC, Warszawa 1998, s. 459; D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod. red. D. Świeckiego, wyd. LexisNexis, Warszawa 2013, s. 408–409; J. Grajewski, S. Steinborn, komentarz do art. 438 Kodeksu postępowania karnego, teza 4, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Tom II*.

na gruncie wykładni przepisów proceduralnych konstytuujących podstawy środków za skarżenia, ujętych w Kodeksie postępowania karnego, jeżeli akt prawny stwarza jedynie możliwość zastosowania określonego przepisu prawa materialnego, to niezastosowanie takiego przepisu nie stanowi naruszenia prawa. Do kwestionowania prawidłowości takiego rozstrzygnięcia w postępowaniu karnym służy w zależności od sytuacji procesowej zarzut błędu w ustaleniach faktycznych lub rażąco niewspółmiernej kary<sup>20</sup>.

Również przy odkodowywaniu norm prawa karnego materialnego przyjmuje się, że *naruszenie przepisów prawa* nie obejmuje tych zachowań adresatów norm, które są uzależnione od oceny danej sytuacji faktycznej. Tak przykładowo w świetle ugruntowanych poglądów zarówno doktryny<sup>21</sup>, jak i orzecznictwa nie jest możliwe przypisanie sprawcy przestępstw z art. 228 § 3 k.k. oraz art. 229 § 3 k.k. bez wskazania normy prawnej *n a k a z u j ą c e j* określone postąpienie<sup>22</sup>. Przykładowo w wyroku z 16 grudnia 2011 r., V KK 140/11, OSNKW 2012, nr 4, poz. 37, Sąd Najwyższy, uwzględniając zarzut obrazy art. 229 § 3 k.k., podniesiony w kasacji wywiedzionej na korzyść skazanego, któremu przypisano, że podczas odbywania kary pozbawienia wolności

obiecał udzielić korzyści majątkowej w kwocie 100 zł funkcjonariuszowi Służby Więziennej w celu nakłonienia go do odstąpienia od wykonania czynności służbowej polegającej na sporządzeniu wniosku o wymierzenie kary dyscyplinarnej za nieuprawnione posiadanie środków pieniężnych, zwrócił uwagę, iż „kary dyscyplinarne wymierza się z urzędu lub na pisemny wniosek przełożonego<sup>23</sup> skazanego, a więc, że decyduje o ich nałożeniu osoba uprawniona (dyrektor lub osoba przez niego upoważniona) na podstawie własnej oceny co do celowości wymierzenia kary lub po uwzględnieniu wniosku przełożonego skazanego, sporządzonego na piśmie. Przełożony nie jest jednak zobowiązany do złożenia wniosku o wymierzenie kary dyscyplinarnej ani przepisem art. 144 § 2 k.k.w., ani też żadnym innym przepisem prawa. niesporządzenie przez niego wniosku, mimo ujawnienia przekroczenia, nie stanowi więc naruszenia nakazu zawartego w przepisach prawa”.

Stąd też nie zasługują na aprobatę poglądy głoszące niezbędnosć kontroli w trybie art. 7 § 1 k.k.w. również uznania organu, szukające uzasadnienia takiego stanowiska w nauce prawa administracyjnego. Jest to w istocie wykładnia prawotwórcza, dezawuuująca treść art. 1 § 2 k.k.w.<sup>24</sup> Jak trafnie zauważa się w piś-

*Komentarz do art. 425–673*, pod. red. L. K. Paprzyckiego, LEX 2013; T. Grzegorzczak, komentarz do art. 438 Kodeksu postępowania karnego, teza 3, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467*, LEX 2014, dostęp: 2016.05.12.

<sup>20</sup> Por. np. wyroki SN: z 26 kwietnia 1977 r., I KR 65/77, OSNPG 1977, nr 10, poz. 90; z 20 maja 1983 r., IV KR 96/83, LEX nr 19892; z 26 kwietnia 1984 r., I KR 73/84, OSNPG 1984, nr 5, poz. 65, czy też postanowienia: z 27 lipca 2005 r., II KK 89/05, LEX nr 152499; z 10 grudnia 2008 r., II KK 307/08; LEX nr 477901 oraz z 24 lutego 2015 r., V KK 455/14, LEX nr 1654756.

<sup>21</sup> Por. np. A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*, pod red. A. Zolla, wyd. Zakamycze, Kraków 1999, s. 755; A. Marek, komentarz do art. 228 k.k., teza 10, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, LEX 2010; E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, *Kodeks karny. Komentarz*, pod. red. M. Filara, wyd. 3, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 1123 oraz 1126–1127, czy też J. Giezek, komentarz do art. 228 k.k., teza 32 oraz komentarz do art. 229 k.k., teza 9, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, wyd. LEX 2014.

<sup>22</sup> Por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z 11 listopada 1985 r., V KRN 801/85, OSNPG 1986, nr 6, poz. 81; z 6 listopada 1987 r., V KRN 200/87, OSNPG 1988, nr 8, poz. 81; z 26 października 2010 r., V KK 355/09, LEX nr 603965 czy też z 1 września 2010 r., IV KK 78/10, OSPriPr 2011, nr 2, poz. 8.

<sup>23</sup> Zgodnie z treścią art. 72 § 2 k.k.w.: „Funkcjonariusze i pracownicy zakładu karnego, w którym skazany przebywa, a także osoby kierujące jego pracą lub innymi zajęciami są, w zakresie wykonywanych przez nich czynności służbowych, przełożonymi skazanego”.

<sup>24</sup> Przepis ten stanowi, że: „W postępowaniu wykonawczym w kwestiach nie uregulowanych w niniejszym kodeksie stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego”.

miennictwie, skarga złożona „na podstawie art. 7 k.k.w. nie przebiega w trybie k.p.a.”<sup>25</sup>. Podkreślenia wymaga, że podstawą materialną decyzji badanych w trybie art. 7 § 1 k.k.w. są co do zasady przepisy prawa karnego (*sensu largo*). Organy wydające te decyzje są organami szeroko pojętego postępowania karnego. Również przepisy procesowe dotyczące zarówno ogłaszania, doręczania, uzasadniania przedmiotowych decyzji, jak i zasad ich zaskarżania oraz rozpoznawania reguluje ustawa konstytuująca postępowanie karne (w stadium wykonawczym)<sup>26</sup>.

Istotnie, jak słusznie stwierdził Hołda: „tam, gdzie przepis prawa nie zobowiązuje organu do wydania rozstrzygnięcia o określonej treści, lecz jedynie daje mu taką możliwość (np. art. 137 k.k.w., art. 141a § 1 k.k.w.), decyzja nie może być dowolna”. Do kontroli tej uznaniowości ustawodawca przewidział jednak inne tryby skargowe (art. 6 § 2 k.k.w. oraz art. 33 § 2 k.k.w.).

Również przywoływane przez Lachowskiego argumenty na wzmocnienie stanowiska reprezentowanego przez Hołdę, odwołujące się do treści art. 2 i 7 ustawy zasadniczej, czy też do art. 5 § 1 k.k.w., niewątpliwie wspierają słuszność tezy o konieczności dokonywania wszechstronnej i pogłębionej analizy każdej sprawy, w której organowi ustawodawca pozostawił podejmowanie decyzji opartej na uznaniu. Nie są natomiast w istocie argumentami wykazującymi, że kontrola tych decyzji, dokonywana w trybie art. 7 § 1 k.k.w., ma obejmować podstawy odwoławcze wykraczające poza zarzuty związane z obrazą prawa materialnego czy też procesowego.

Wydaje się, że, co do zasady, takie rozwiązanie pozostaje w granicach swobody prawodawczej. Z uwagi na istotność tego zagadnienia do kwestii tej należało będzie jeszcze powrócić w dalszej części niniejszego opracowania.

W tym miejscu warto z kolei nadmienić, że wykładnia treści art. 7 § 1 k.k.w. była już przedmiotem analizy Sądu Najwyższego. W postępowaniu, na potrzeby którego najwyższa instancja sądowa zajmowała się tym przepisem, nie było potrzeby dokonywania jego gruntownej interpretacji. Niemniej jednak w sprawie tej, tj. oznaczonej sygn. I KZP 56/05, Sąd Najwyższy wyraźnie zwrócił uwagę na ograniczony, w jego ocenie, zakres kontroli decyzji badanych w tym trybie<sup>27</sup>.

Istnieje natomiast niewątpliwie potrzeba podjęcia próby ustalenia, jak należy rozumieć ten ograniczony zakres kontroli decyzji zapadających w postępowaniu karnym wykonawczym w świetle przedmiotowej przyczyny odwoławczej.

Nie wymaga szerszego komentarza, jako że jest to kwestia niebudząca wątpliwości, zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie, że zakres kontroli decyzji badanych w trybie skargi, o której stanowi art. 7 § 1 k.k.w., obejmuje ich zgodność z prawem materialnym.

Obraza prawa materialnego w swej klasycznej postaci polega na błędnej wykładni przepisu, co zazwyczaj zdarza się w sytuacji, gdy zawiera on pojęcia nieostre lub ocenne.

Przykładem przepisu, który zawiera tego rodzaju określenia, jest art. 141a § 1 k.k.w., który stanowi, że: „Dyrektor zakładu karnego może udzielić skazanemu zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego pod konwojem funkcjonariuszy”.

<sup>25</sup> T. Przesławski, *Ustrój administracji Służby Więziennej w prawie polskim*, PWP 2010, nr 67–68, s. 61.

<sup>26</sup> Zob. kolejne przepisy art. 7 k.k.w.

<sup>27</sup> W postępowaniu tym Sąd Najwyższy stanął przed koniecznością ustalenia, czy na podstawie odesłania zamieszczonego w art. 1 § 2 k.k.w. przepis art. 441 § 1 k.p.k. może być odpowiednio zastosowany w postępowaniu wykonawczym tocącym się na skutek skargi wniesionej na podstawie art. 7 § 1 k.k.w. Analizując to zagadnienie, zwrócił uwagę, że przedmiotowe postępowanie skargowe ma swoją specyfikę, która odróżnia je wyraźnie od postępowania odwoławczego. Jedną zaś z jego cech charakterystycznych jest natomiast to, że:

„– uprawnienie do złożenia skargi ustawodawca nadał tylko skazanemu i z a w ę z i ł, w porównaniu ze środkami odwoławczymi (art. 438 k.p.k.), p o d s t a w ę z a s k a r ż e n i a stanowiąc, że skarga może być wniesiona w y ł ą c z - n i e z powodu niezgodności decyzji z p r a w e m” (postanowienie z 11 stycznia 2006 r., LEX nr 171891).

sza Służby Więziennej, osoby godnej zaufania lub samodzielnie, na czas nieprzekraczający 5 dni, w celu odwiedzenia poważnie chorego członka rodziny, uczestnictwa w pogrzebie członka rodziny oraz w innych wypadkach szczególnie ważnych dla skazanego”.

Jak wskazują przedstawiciele Służby Więziennej Okręgowego Inspektoratu w Warszawie, skargi na odmowę udzielenia tej potocznie, choć – jak słusznie wskazuje Lelental<sup>28</sup> – niezbyt precyzyjnie, nazywanej *przepustki losowej* są często kierowane do sądów penitencjarnych, zwłaszcza w okresie poprzedzającym komunie świętej<sup>29</sup>. Instytucja ta może służyć za dobry przykład, albowiem na jej stosowanie, w trybie art. 7 § 1 k.k.w., osadzeni często skarżą się również w innych inspektoratach Służby Więziennej<sup>30</sup>.

Należy przyjąć, że jeżeli dyrektor zakładu karnego odmówi udzielenia skazanemu przedmiotowego zezwolenia, przyjmując, iż w świetle treści art. 141a § 1 k.k.w. udzielenie zezwolenia na udział w komunii świętej dziecka skazanego jest niedopuszczalne, ponieważ w pojęciu *innych wypadków szczególnie ważnych dla skazanego* nie mieszczą się wydarzenia dotyczące jego osób najbliższych, wówczas należy przyjąć, iż organ ten dopuścił się obrazy prawa materialnego poprzez zbyt wąską wykładnię tego pojęcia. Za oczywiste bowiem należy uznać, że wydarzenie o tak doniosłym znaczeniu dla dziecka skazanego z istoty swej może być zarazem szczególnie ważne dla niego samego, jeśli tylko w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dotychczasowego postępowania ojca wobec dziecka, uprawniona będzie ocena, iż dziecko to pozostaje w życiu skazanego ważną dla niego osobą.

Wadliwość przykładowo wskazanej decyzji w powyższym zakresie niewątpliwie zatem

mogłaby być przedmiotem skargi wniesionej na podstawie art. 7 § 1 k.k.w. Podstawą odwoławczą w tej sytuacji procesowej byłby bowiem zarzut obrazy prawa materialnego.

Decyzje wydawane w postępowaniu wykonawczym, w tym także w przedmiocie przedstawionym w przykładzie dotyczącym art. 141a § 1 k.k.w., mogłyby być również wzruszone przez sąd penitencjarny w mających niekiedy miejsce sytuacjach, związanych z treścią uzasadnień. Mianowicie jeżeli dyrektor zakładu karnego odmawia udzielenia zezwolenia, jednakże motywy przedstawionego stanowiska są tak dalece lakonicznie sporządzone, że niemożliwe jest ustalenie, jakie konkretnie względy spowodowały jego zajęcie, to wówczas niewątpliwie ma miejsce naruszenie reguł procedowania.

Należy bowiem mieć na uwadze, że chociaż Kodeks karny wykonawczy nie określa precyzyjnie, jakie konkretnie wymogi muszą spełniać motywy decyzji organu postępowania wykonawczego, tak jak to uczynił ustawodawca chociażby w treści art. 424 Kodeksu postępowania karnego, to jednak niewątpliwie sporządzenie uzasadnienia decyzji procesowej w sposób umożliwiający poddanie go kontroli zewnętrznej jest immanentnie wpisane w jego istotę.

Jeżeli zatem mankamenty w tej materii są tak daleko idące, że niemożliwe jest prześledzenie toku rozumowania organu nad treścią wydanej decyzji, to sąd penitencjarny może w realiach poszczególnych spraw uznać, iż uchybienia tego rodzaju mogły mieć wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia.

Sytuacje takie mogą zwłaszcza mieć miejsce, gdy z treści uzasadnienia nie będzie wynikało, czy powodem odmowy skorzystania z określonej instytucji będzie w ocenie organu brak spełnienia jednej z wymaganych przez prawo-

<sup>28</sup> Por. S. Lelental, *Kodeks*, s. 575.

<sup>29</sup> Głos w dyskusji podczas trzeciego z cyklicznych seminariów naukowych „Wnioski i skargi skazanych a reakcja administracji więziennej”, zorganizowanego przez IPSIR UW dnia 7 listopada 2015 r.

<sup>30</sup> Stosowanie tej instytucji jest również najczęstszym przedmiotem skarg w inspektoracie białostockim (referat M. Pankowca, *Instytucja skargi z art. 7 k.k.w.*), a w poznańskim jednym z najczęstszych obok skarg na decyzje klasyfikacyjne oraz w przedmiocie ukarania karą dyscyplinarną (referat P. Hejduka, *Zakres kontroli sądowej*).

dawcę przesłanek, czy też organ ocenił, że przesłanki są spełnione, ale skorzystanie przez osadzonego z określonego dobrodziejstwa w realiach danej sprawy nie byłoby zasadne (chodzi o przypadki, w których ocenę w tym ostatnim zakresie prawodawca pozostawił uznaniu organu postępowania wykonawczego).

Podstawą odwoławczą może być niewątpliwie również obraza procedury w zakresie postępowania dowodowego. Może to być pominięcie przy wydaniu decyzji oceny istotnego dla rozstrzygnięcia danej kwestii dowodu, czy też wydanie decyzji bez uzyskania dowodu, który w realiach danej sprawy był niezbędny do wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy, bez którego uzyskania decyzja w istocie miała charakter arbitralny. Przy *przepustce losowej* sytuacja taka mogłaby zaistnieć, w realiach wielu spraw, na przykład przy odmowie jej udzielenia bez uprzedniego uzyskania prognozy społeczno-kryminologicznej.

Jeżeli natomiast organ w sposób zgodny z zasadami prawa dowodowego poddaje ocenie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i znajduje to odzwierciedlenie w motywach zapadłej decyzji oraz dokonuje prawidłowej wykładni użytych przez prawodawcę w poszczególnych przepisach pojęć, lecz powodem odmownej decyzji jest wyłącznie nieskorzystanie przez organ z poręczonej mu przez normodawcę możliwości, wówczas stanowisko organu nie może być kwestionowane w drodze skargi ukonstytuowanej w treści art. 7 § 1 k.k.w.

Pozostając przy przykładzie *przepustki losowej*, wskazać należy, że jeśli dyrektor zakładu karnego stwierdzi w decyzji, iż jakkolwiek przywołana przez skazanego okoliczność komunii świętej dziecka jest wypadkiem szczególnie ważnym dla skazanego, jednakże uznaje, że skorzystaniu z instytucji z art. 141a § 1 k.k.w. stoi na przeszkodzie charakter stosowanych obecnie środków oddziaływania penitencjarnego, na przykład że na obecnym etapie

odbywanej przez skazanego terapii przeciwalkoholowej skorzystanie z tego instrumentu prawnego byłoby niewskazane, to wówczas zasadność tego stanowiska nie będzie podlegać kontroli w trybie art. 7 § 1 k.k.w., albowiem z procesowego punktu widzenia podważanie oceny dyrektora zakładu karnego należałoby kwalifikować w kategoriach zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych.

Konsekwentnie wypada dalej twierdzić, że tam, gdzie ustawodawca poręcza organowi postępowania wykonawczego wybór jednej z kilku opcji, podjęta przez niego decyzja – gdy mieści się w zakresie przewidzianych przez prawodawcę możliwości – pozostaje decyzją legalną, a więc zgodną z prawem. Trafności dokonanej przez organ wyboru sąd penitencjarny zatem nie bada.

Tym samym jeżeli przykładowo skazany podczas odbywania kary pozbawienia wolności dopuści się zniszczenia cudzego przedmiotu o wartości 300 zł i po wymierzeniu mu kary dyscyplinarnej nie kwestionuje swojego sprawstwa, lecz w trybie skargi złożonej na podstawie art. 7 § 1 k.k.w. jedynie wybór kary<sup>31</sup>, zastosowanej wobec niego przez dyrektora zakładu karnego spośród katalogu wymienionego w art. 143 § 1 k.k.w., podnosząc, że jest ona nieproporcjonalna do wagi czynu, to przyjąć należy, iż zarzut ten nie podlega weryfikacji sądu penitencjarnego, albowiem na gruncie procedury karnej tak ujętą podstawę odwoławczą należałoby zakwalifikować w kategoriach zarzutu rażąco niewspółmiernej kary, a nie niezgodności z prawem.

Jako że wskazano uprzednio, iż w doktrynie brak jest również jednolitości poglądów co do rozumienia pojęcia „prawo”, z którym zgodne mają być decyzje wydawane przez organy postępowania karnego wykonawczego, zasadne w tym miejscu wydaje się odnieść również i do tej kwestii.

Za zasługujący na uznanie należy uznać pogląd mniejszościowy, tj. reprezentowany przez

<sup>31</sup> Osadzeni za popełnienie w warunkach izolacji penitencjarniej czynów zabronionych wyczerpujących znamiona wykroczeń odpowiadają wyłącznie dyscyplinarnie (art. 142 § 2 k.k.w.).

Paweł, który stanął na stanowisku, że podstawą skargi może być nie tylko niezgodność z aktami prawa powszechnie obowiązującego, ale także z „każdym innym aktem, jeżeli zawiera normy prawne. «Za akt prawotwórczy należy uznać każdy taki akt, który wyznacza reguły i wzory postępowania, których przestrzeganie jest dla jego adresatów prawnie obowiązujące, niezależnie od tego, jaką formę ma podstawa prawna jego ustanowienia, jaki jest jego zasięg przedmiotowy i podmiotowy oraz jaki jest zakres i forma sankcji służących ochronie jego przestrzegania»<sup>32</sup>.

Dokonując oceny trafności poglądów poszczególnych autorów, należało wziąć pod uwagę specyfikę prawa karnego wykonawczego, w którym normy o charakterze proceduralnym zawarte są zarówno w Kodeksie (np. art. 145 § 2 k.k.w.), wykonujących go rozporządzeniach (np. § 37–38 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności; Dz.U. z 2003 r. nr 152, poz. 1493), jak i w aktach normatywnych nieposiadających statusu źródeł prawa powszechnie obowiązującego.

Przykładowo wydana na podstawie art. 11 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej Instrukcja Nr 1/2011 Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z dnia 13 lipca 2011 r. w sprawie szczegółowego trybu organizowania nauczania w szkołach oraz

szkolenia kursowego w zakładach karnych i aresztach śledczych przewiduje regulacje o charakterze gwarancyjnym, mające na celu zapobieżenie zbyt pochopnemu wycofaniu przez komisje penitencjarne z nauczania wyodrębnionych grup osadzonych, tj. odbywających karę pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym: z niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi, upośledzonych umysłowo oraz skazanych za przestępstwo określone w art. 197–203 Kodeksu karnego, popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych<sup>33</sup>. W związku z tym, że wszyscy skazani objęci nauczaniem w danej szkole osadzani są w wyodrębnionym oddziale mieszkalnym, funkcjonowanie w tych oddziałach skazanych spośród powyższych kategorii może napotykać trudności. Tym samym ewentualne podjęcie przez komisję penitencjarną decyzji o wycofaniu ich z nauczania bez wyczerpania procedury przewidzianej przez Dyrektora Generalnego Służby Więziennej rodzi niewątpliwie ryzyko przedwczesnej rezygnacji ze stosowania tego środka oddziaływania penitencjarnego, mogącego z kolei mieć w wielu przypadkach istotne znaczenie dla procesu społecznej readaptacji skazanych, których te decyzje dotyczą.

Bezspornie przywołana przykładowo Instrukcja wyznacza reguły i wzory postępowania, których przestrzeganie jest dla funkcjonariuszy i pracowników Służby Więziennej

<sup>32</sup> S. Paweł, *Kodeks*, s. 37–38, za: W. Zakrzewski, *Zakres*, s. 18.

<sup>33</sup> Zgodnie z § 23 ust. 1 przedmiotowego aktu normatywnego przed podjęciem decyzji o wycofaniu z nauczania słuchacza należącego do powyższych kategorii osadzonych „dyrektor szkoły wspólnie z wychowawcą słuchacza, a w razie konieczności również z psychologiem, podejmują udokumentowane oddziaływania, mające zapobiec wycofaniu słuchacza z nauczania, obejmujące w szczególności:

- 1) pogłębione rozpoznanie jego sytuacji w środowisku szkolnym;
- 2) identyfikację czynników mogących skutkować koniecznością wycofania go z nauczania wraz z propozycjami ich modyfikacji;

- 3) motywowanie go do kontynuowania nauki”.

Ustęp 2 § 23 tego aktu prawnego stanowi natomiast, że:

„Przed podjęciem decyzji o wycofaniu słuchacza z nauczania w przypadku, o którym mowa w § 16 ust. 1 rozporządzenia, kierujący oddziałem penitencjarnym opracowuje w formie pisemnej strategię postępowania ze słuchaczem, mającą na celu zapobieżenie wycofaniu go z nauczania obejmującą:

- 1) identyfikację stwarzanych przez niego zagrożeń dla bezpieczeństwa;
- 2) propozycję neutralizacji zagrożeń bezpieczeństwa zakładu;
- 3) przedsięwzięcia do realizacji przez właściwe służby”.



prawnie obowiązujące. W tym stanie rzeczy należy stanąć na stanowisku, że wydanie niekorzystnych decyzji wobec osób, względem których te reguły i wzory postępowania nie zostały zachowane, może skutkować oceną tych decyzji jako wydanych niezgodnie z prawem, pomimo że prawo (formalne), będące w tym przypadku wzorcem kontrolnym, nie było ujęte w źródłach prawa powszechnie obowiązującego.

## 5. PODSUMOWANIE

Nie budzi wątpliwości zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie Sądu Najwyższego, że przy interpretacji przepisów pierwszeństwo ma wykładnia językowa, a odstępstwo od niej możliwe jest dopiero wówczas, gdy po jej zastosowaniu dochodziłoby do rażąco niesprawiedliwych czy absurdalnych wniosków. Za niedopuszczalne uznaje się bowiem, aby w drodze wykładni norm prawnych sądy tworzyły prawo.

Skoro z art. 7 § 1 k.k.w. wynika wprost, że decyzja podlega kontroli jedynie pod kątem jej zgodności z prawem, to interpretacje rozszerzające zakres tej kontroli naruszają w istocie zakaz stosowania wykładni *per non est*.

Należy podtrzymać stanowisko, że interpretacji literalnej treści art. 7 § 1 k.k.w. nie przeciwstawiają się także względy konstytucyjne. Zakazane jest bowiem jedynie pełne wyłączenie drogi sądowej, przez „wprowadzenie takich ograniczeń, które by znosiły lub naruszały istotę tego prawa” [por. L. Garlicki, komentarz do art. 77 ustawy zasadniczej, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom V, Warszawa 2007, praca zb. pod red. L. Garlickiego, teza 23 i przywołane w niej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego]. Jeśli na drodze sądowej, w trybie art. 7 k.k.w., może być zbadana najważniejsza kwestia, czyli zgodność z prawem (materialnym, procesowym) zapadłej decyzji, to trudno dopatrywać się w ograniczeniu poczynionym przez ustawodawcę w omawianym przepisie naruszenia istoty prawa określonego w art. 77 ust. 2 Konstytucji RP.

Zajmując niniejsze stanowisko, należy mieć w polu widzenia, że Kodeks karny wykonawczy nie pozostawił całkowicie poza zakresem kontroli uznaniowości organu postępowania karnego wykonawczego przy podejmowaniu decyzji, lecz przewidział inne instrumenty prawne mające na celu m.in. przeciwdziałanie ewentualnemu nadużywaniu tego uznania. Są to, będące przejawem prawa petycji, skargi przewidziane w art. 6 § 2 k.k.w., konstytuujące wewnętrzny system skargowy, oraz składające się na realizację tego samego prawa podmiotowego, przewidziane w art. 33 § 2 k.k.w., skargi do sędziego penitencjarnego.

Kwestią natomiast odrębną i wymagającą pogłębionej analizy jest to, czy ustawodawca zasadnie w tak licznych przypadkach pozostawia organom postępowania wykonawczego możliwość podejmowania określonych decyzji opartych na uznaniu. Kwestionowanie uznaniowości, niezależnie od trybu, w jakim się ono dokonuje, jest z istoty swej utrudnione i tak długo, jak decyzja nie jest dowolna i zgodnie z zasadami procedowania należyte uargumentowana, uchylenie jej, a tym bardziej zmiana, będzie z reguły dyskusyjne. Dlatego też warto w tym miejscu zastanowić się, czy nie należałoby przynajmniej w pewnym zakresie ograniczyć tej uznaniowości na płaszczyźnie normatywnej.

Pozostając przy przykładzie tak cenionej przez skazanych *przepustki losowej*, godzi się zwrócić uwagę, że, jak słusznie wskazuje się w Europejskich Regułach Więziennych, odbywanie kary pozbawienia wolności winno być, na ile to możliwe, jak najbardziej zbliżone do warunków życia na wolności. W tym też duchu winny być tworzone przepisy regulujące kwestie dotyczące podstawowych praw i wolności obywatelskich, w tym do konstytucyjnie chronionego prawa do życia prywatnego i rodzinnego.

W tym kontekście można pokusić się o tezę, że w zasadzie nie ma prawnych przeszkód, ażeby w odniesieniu do tak doniosłego zdarzenia, jakim jest np. udział w pogrzebie rodzica, dziecka, czy też małżonka, przyjąć za zasa-

dę, iż skazany odbywający karę pozbawienia wolności w zakładzie karnym typu otwartego i półotwartego ma prawo w nim uczestniczyć. Natomiast odmowę, względnie zgodę pod konwojem, jako odstępstwo od ogólnej reguły, traktować jako wyjątek, który mógłby mieć miejsce w przypadku wystąpienia przesłanek negatywnych. W przypadku ewentualnego wprowadzenia w życie takiej nowelizacji przedmiotowego przepisu dyrektor zakładu karnego nie mógłby odmówić skazanemu prawa do skorzystania z tej instytucji – w sytuacji braku wystąpienia tych negatywnych przesłanek, a udzielając zezwolenia pod konwojem, musiałby określić powody jego zastosowania, no i oczywiście warunki, na jakich ma on przebiegać.

Wydaje się, że w podobnym kierunku powinny pójść zmiany przepisów np. w sytuacjach dotyczących zezwoleń na odwiedzin wyżej wskazanych osób, jeśli ich stan zdrowia wskazuje na bezpośrednie zagrożenie życia.

Oczywiście formułując przesłanki negatywne odmowy udzielenia zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego, trudno byłoby uniknąć pojęć o nieostrej treści. Takim zresztą jest, o czym wcześniej była mowa, również występujący obecnie w art. 141a § 1 k.k.w. zwrot *w innych wypadkach szczególnie ważnych dla skazanego*.

Inną również rzeczą jest, że wyeliminowanie uznaniowości w przepisach konstytuujących wykonywanie środków polegających na pozbawieniu wolności do końca nie jest możliwe i w pewnych przypadkach, gdy chodzi o decyzje dalece ingerujące w sferę praw i wolności obywatelskich, kontrolowanie tej uznaniowości jest wysoce pożądane.

Na pierwszy plan wysuwają się decyzje w przedmiocie stosowania wobec osadzonych środków przymusu bezpośredniego. Środki te niewątpliwie dalece ingerują w prawa osób, wobec których są stosowane. Natomiast przy ich stosowaniu nietrudno o niezasadną decyzję, albowiem z natury swej stosowane są one w sytuacjach dynamicznych, a konieczność podjęcia natychmiastowego rozstrzygnięcia

utrudnia niekiedy wszechstronną ocenę poszczególnych sytuacji. Okoliczności te nie powinny oczywiście zamykać osadzonym, wobec których użycie poszczególnych środków przymusu bezpośredniego było niezasadne, drogi do poddania decyzji o ich zastosowaniu kontroli sądu, a co z tym związane – w przypadku potwierdzenia trafności zarzutów zawartych w skardze – do dochodzenia z tego tytułu odszkodowania.

Nie ma przeszkód prawnych, by w takich sytuacjach, na zasadzie odstępstwa od reguły, że sąd penitencjarny bada skargi pod kątem zgodności z prawem zapadłych decyzji, wprowadzić podstawę szczególną do badania skarg na określone ściśle decyzje w szerszym zakresie. Jakich innych decyzji taki przepis/przepisy szczególne miały dotyczyć, pozostaje kwestią otwartą.

Okoliczność, że w przykładowo wskazanym zakresie, dotyczącym stosowania środków przymusu bezpośredniego, pożądana wydaje się szersza ochrona prawna niż ta wynikająca z obowiązujących przepisów, nie wydaje się być wystarczającym argumentem, ażeby dokonywać rozszerzającej wykładni treści art. 7 § 1 k.k.w., który ma zastosowanie do szeregu decyzji znacznie mniej istotnych z punktu widzenia ochrony praw i wolności obywatelskich. Zresztą zabieg tego rodzaju i tak nie mógłby przynieść oczekiwanych rezultatów. Również bowiem interpretacja art. 7 § 1 k.k.w., w najszerszym znaczeniu, jakie można spotkać w piśmiennictwie, nie jest w stanie zapewnić wystarczającej ochrony osadzonym we wskazanym przykładzie.

Trzeba mieć bowiem na uwadze, że do stosowania środków przymusu bezpośredniego uprawnione są również podmioty nieposiadające statusu organu postępowania wykonawczego, a w takiej sytuacji, co już nie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, instytucja skargi z art. 7 § 1 k.k.w. nie będzie mogła mieć zastosowania, podobnie jak nie może mieć zastosowania wobec każdej innej decyzji ingerującej w prawa i wolności osadzonego, jeżeli decyzja ta nie zostanie wydana

przez podmiot nieposiadający statusu organu postępowania karnego wykonawczego, wymienionego w art. 2 pkt 3–6 i 10 k.k.w., a więc np. wobec z istoty swej budzących nierzadko kontrowersje decyzji w przedmiocie kontroli osobistej skazanego, o której stanowią przepisy art. 116 § 2 i 3 k.k.w.

Ponadto rozszerzająca interpretacja treści art. 7 § 1 k.k.w., gdyby hipotetycznie zakładając, powszechnie przyjęła się w orzecznictwie, wcale nie musiałaby przynieść lepszej ochrony praw osadzonych.

Gdyby bowiem teoretycznie założyć, że kontrola dokonywana w tym trybie obejmuje również uznaniowość organu postępowania wykonawczego wydającego decyzję, to konsekwentnie należałoby stać na stanowisku o konieczności badania w tym zakresie przez sąd penitencjarny wszystkich aktów prawnych organów postępowania wykonawczego, wymienionych w art. 7 § 1 k.k.w., o charakterze indywidualnym, rozstrzygających daną sprawę, a więc również zarzutów dotyczących zasadności odmowy przyznania przez dyrektora zakładu karnego np. nagrody w postaci pochwały, czy też ulgi w postaci zezwolenia na dokonywanie dodatkowych zakupów wyrobów tytoniowych.

Wydaje się, że brak jest racji zarówno prawnych, społecznych, jak i moralnych do odstępowania od wykładni językowej art. 7 § 1 k.k.w. i wykorzystywania w tak szerokim zakresie potencjału kadrowego sądów penitencjarnych, będących sądami okręgowymi.

Względy organizacyjne nie powinny przesądzać o zasadności wprowadzenia w życie określonych rozwiązań prawnych, jeśli są one potrzebne dla ochrony praw jednostki. Na marginesie warto jednak nadmienić, że rodzi się obawa, iż ewentualne nałożenie na przeciążone już obecnie liczbą spraw sądy penitencjarne powyższych obowiązków groziłoby w praktyce nadmiernym ich obciążeniem, co z kolei mogłoby wpłynąć na wydłużenie czasu oczekiwania na rozpoznanie wszystkich skarg, tymczasem ich charakter niejednokrotnie, jak

choćby w przypadku skarg na odmowę udzielenia *przepustki losowej*, wymaga niezwłocznego zbadania.

Najbliższe autorowi niniejszego opracowania, albowiem najbardziej racjonalne, będzie stanowisko, że brak jest wystarczających powodów do interpretacji treści art. 7 § 1 k.k.w. w sposób szerszy niż wynikający z wykładni językowej. Konieczne natomiast jest pogłębienie dyskusji, w jakich przepisach części szczególnej Kodeksu karnego wykonawczego, a także innych aktów prawnych (zob. wcześniejszy przykład, dotyczący skarg na stosowanie środków przymusu bezpośredniego) na zasadzie wyjątku winna zostać wprowadzona totalna kontrola decyzji o charakterze indywidualnym, rozstrzygających daną sprawę, zapadających w postępowaniu wykonawczym, i to niezależnie od tego, czy zostały one wydane przez organ wymieniony w art. 2 pkt 3–6 i 10 k.k.w., czy też przez inny podmiot. Charakter decyzji (tj. to, w które prawa i wolności obywatelskie i w jakim stopniu ingeruje dane rozstrzygnięcie) winien być kryterium przesądzającym o tym, które decyzje zapadające w postępowaniu wykonawczym mają podlegać pełnej kontroli sądu penitencjarnego, a nie to, kto był autorem tych decyzji. Nie jest natomiast zarazem możliwe w warunkach izolacji penitencjarnej zastrzeżenie wszystkich decyzji o powyższym charakterze do wyłącznej kompetencji organów wymienionych w art. 2 pkt 3–6 i 10 Kodeksu.

Wprowadzenie tego rodzaju odstępstw od reguły, że sąd penitencjarny badający skargi osadzonych jest jedynie sądem prawa, nie wydaje się być zabiegiem legislacyjnie skomplikowanym. Zresztą już obecnie w części szczególnej Kodeksu w kilku sytuacjach prawodawca zamieścił przepisy wskazujące, że na decyzję w określonych sytuacjach przysługuje skarga, np. art. 76 § 4, czy też art. 141a § 5 k.k.w. Przepisy te jednak w obecnym kształcie w istocie nie wprowadzają żadnych nowych norm prawnych wobec tych, które już wynikają z art. 7 § 1 k.k.w., stanowiąc tym samym jedynie *superfluum* ustawowe.

## Summary

*Przemysław Tarwacki*

### **THE LAWFULNESS OF THE DECISION, WHICH IS SERVED BY PENITENTIARY COURT, IN THE CLAIMANTS' PROCEDURE BASED ON THE ARTICLE 7 OF THE EXECUTIVE PENAL CODE**

The complaint, constituted in the rules of the article 7 of the Executive Penal Code is the law instrument which is intended to adjudicate, whether the rights of inmates were violated or not, alternatively, whether the enforcement of inmates duties was pursuant to binding regulations.

Therefore, estimating the scope of control in which the decisions, taken in the executive proceeding, performed in this mode, has a crucial meaning for assessing the real range of protection of the inmates' rights and freedom.

The analysis of the present subject matter shows that there are no good reasons to renounce linguistic interpretation of the article 7 § 1 of the Executive Penal Code, which constitutes the extent of judicial control of the whole executive proceeding bodies decisions, that were stipulated in this rule. In the light of that interpretation, the penitentiary court examines only the legality of decisions which were taken by that bodies. Whereas, in the cases where the legislator leaves the margin of the decision to the executive penal law organs, the justifiability of that decision is not examined.

Simultaneously, it is indispensable to introduce exceptions from above mentioned rule to the Executive Penal Code, providing full control of the penitentiary court over the selected categories of decisions, which were laid down during executive penal proceeding. Undoubtedly, the decisions regarding using the means of direct coercion require total control, regardless of which body made such decision. The question – what decisions need to be under full control of the penitentiary court – is open.

**KEY WORDS:** complaints, inmates, prison/jail, remand centre, complain procedure, penitentiary court, the means of direct coercion, rights of inmates

**POJĘCIA KLUCZOWE:** skargi, osadzeni, zakład karny, areszt śledczy, system skargowy, sąd penitencjarny, środki przymusu bezpośredniego, prawa osadzonych

## FUNKCJE TYMCZASOWEGO ARESZTOWANIA W KONTEKŚCIE UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 19 STYCZNIA 2012 R. (I KZP 18/11)<sup>1</sup> ORAZ NAJNOWSZYCH ZMIAN KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

### WPROWADZENIE

Uchwała Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2012 r. (I KZP 18/11) wzbudziła dosyć duże zainteresowanie zarówno przedstawicieli doktryny<sup>2</sup>, jak i praktyków. Nic zresztą dziwnego, skoro w sposób jednoznaczny rozstrzyga dotychczasowe wątpliwości interpretacyjne<sup>3</sup> i stanowczo wskazuje, że „podstawy stosowania tymczasowego aresztowania, określone w art. 258 § 2 k.p.k., przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 249 § 1 k.p.k. i art. 257 § 1 k.p.k. i przy braku przesłanek negatywnych określonych w art. 259 § 1 i 2 k.p.k., stanowią samodzielne przesłanki szczególne stosowania tego środka zapobiegawczego”. Nadto aktualnie doszło do kolejnej, modelowej zmiany przepisów Kodeksu postępowania karnego<sup>4</sup>, także w zakresie stosowania środków zapobie-

gawczych, w tym tego najsurowszego – tymczasowego aresztowania. Warto zatem zastanowić się, jak uchwała Sądu Najwyższego oraz najnowsze zmiany w regulacji podstaw stosowania środków zapobiegawczych wpływają na określenie funkcji tymczasowego aresztowania. Czy wyrażają one tendencje do ograniczania stosowania tego środka, czy wręcz przeciwnie – dają asumpt do jego częstszego i łatwiejszego stosowania?

### I. FUNKCJE TYMCZASOWEGO ARESZTOWANIA W POLSKIM PROCESIE KARNYM

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na pojęcie celu oraz funkcji tymczasowego aresztowania. Terminy te są ze sobą zbieżne,

<sup>1</sup> OSNKW 2012, nr 1, poz. 1.

<sup>2</sup> J. Skorupka, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r.*, I KZP 18/11, OSP 2012, nr 7–8, poz. 80, s. 546; M. Drewicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r.*, I KZP 18/11, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 3, s. 165–179; A. Woźniak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r.*, I KZP 18/11, OSP 2013, nr 6, s. 462; M. Kornak, *Glosa do uchwały SN z dnia 19 stycznia 2012 r.*, I KZP 18/11, opubl. LEX; R. Rynkun-Werner, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karne z 19 stycznia 2012 r.*, I KZP 18/11, „Palestra” 2013, nr 11–12, s. 215–219; D. Drązewicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r.*, sygn. I KZP 18/11, „Prokuratura i Prawo” 2013, z. 10, s. 181–186; J. Machłańska, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2012 r.* (I KZP 18/11), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 2, s. 157–168; M. Gabriel-Węglowski, (w:) W. Cieślak, K. J. Pawelec, I. Tuleya, M. Gabriel-Węglowski, *Praktyczny komentarz do zmian procedury karnej*, Warszawa: Difin 2017, s. 245.

<sup>3</sup> Przykładowo można wskazać: postanowienie SN z 12 marca 2009 r., WZ 15/09, OSNKW 2009, nr 7, poz. 52, s. 14; postanowienie SA we Wrocławiu z 30 czerwca 2009 r., II AKz 326/09, OSA 2010, nr 2, poz. 7, s. 21; postanowienie SA w Krakowie z 4 lutego 2010 r., II AKz 32/10, „Prokuratura i Prawo” 2010, z. 9, poz. 28, s. 15; postanowienie SA w Katowicach z 22 października 2008 r., II AKz 793/08, OSA 2008, nr 4, poz. 9; postanowienie SA w Krakowie z 12 grudnia 2007 r., II AKz 648/07, „Prokuratura i Prawo” 2008, z. 7–8, poz. 50, s. 22.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1749 ze zm.

jednakże o ile przez „cel” należy rozumieć to, co się chce osiągnąć, miejsce, do którego się zmierza<sup>5</sup>, o tyle „funkcja” oznacza zadanie, które spełnia lub ma spełnić jakaś osoba lub rzecz<sup>6</sup>.

Celu tymczasowego aresztowania powinno się zatem dopatrywać w zamierzeniach, jakie mają realizować środki zapobiegawcze. Głównym i jedynym celem tymczasowego aresztowania jest więc zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania tak, by jego cele zostały zrealizowane. Jest to tym samym główne zadanie tego środka. Tymczasowe aresztowanie może jednak spełniać w praktyce pewne funkcje, które w żaden sposób nie mogą być utożsamiane z jego celem.

Funkcje tymczasowego aresztowania można ogólnie podzielić na funkcje procesowe i pozaprocessowe. W doktrynie panuje zgodny pogląd, że jedyną funkcją procesową tego środka jest funkcja zabezpieczająca<sup>7</sup>. Przesądza ona równocześnie o jego celu. Jednakże ze względu na potrzeby praktyki tymczasowe aresztowanie spełniać może również inne zadania o charakterze akcesoryjnym. Aprobuje się więc, by środek ten realizował pewne funkcje pozaprocessowe, lecz w żadnym wypadku nie mogą one stanowić samodzielnej podstawy stosowania tego środka<sup>8</sup>. Należy przy tym zastrzec, że często trudno jest ustalić rzeczywiste funkcje tymczasowego aresztowania. Wskazuje się bowiem, że ustawodawca, dążąc do realizacji zadań, które wykraczają poza potrzeby toczącego się postępowania, ukrywa rolę środków zapobiegawczych za nieprecyzyjnymi, ogólnymi i nieostrymi sformułowaniami. Jed-

nie w odniesieniu do funkcji ochronnej ustawa wprost wskazuje, że możliwe jest zastosowanie tymczasowego aresztowania dla zapobieżenia działalności przestępczej oskarżonego. Natomiast ustalenie pozostałych zadań pozaprocessowych wymaga nierzadko dosyć skomplikowanych działań interpretacyjnych<sup>9</sup>.

Zasadnicza funkcja – zabezpieczająca – wynika z brzmienia art. 249 § 1 k.p.k. i wyraża istotę środków zapobiegawczych. Tymczasowy areszt, w myśl tego przepisu, może być stosowany w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Istotą tej funkcji jest zabezpieczenie podejrzanego lub oskarżonego przed negatywnym wpływaniem na tok procesu. Chodzi przede wszystkim o pozbawienie go możliwości podejmowania działań, które mogłyby utrudnić, przedłużyć lub uniemożliwić przeprowadzenie procesu<sup>10</sup>. Takie zachowania oskarżonego mogą polegać w szczególności na ukrywaniu się, ucieczce, zacieraniu, fałszowaniu, niszczeniu dowodów, naklanianiu do fałszywych zeznań czy też innych działaniach utrudniających lub opóźniających wykrycie prawdy materialnej w procesie<sup>11</sup>. Zabezpieczenie oskarżonego polega więc na zabezpieczeniu jego osoby dla ewentualnego postępowania wykonawczego, jeśli można oczekiwać, że zostanie mu wymierzona kara pozbawienia wolności, zabezpieczeniu go dla procesu jako uczestnika oraz źródła dowodowego, uniemożliwieniu lub chociaż utrudnieniu negatywnego wpływu na bieg procesu<sup>12</sup>. Należałoby jednak podkreślić, że owa „prewencja” przejawiająca się w tej funkcji nie może być w żadnym wypadku utożsamiana z prewencyjną funkcją

<sup>5</sup> L. Drabik, E. Sobol, *Słownik języka polskiego*, Warszawa: PWN 2007, t. I, s. 44.

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 122.

<sup>7</sup> J. Tylman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa: LexisNexis 2007, s. 552; zob. także K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa: LexisNexis 2012, s. 52.

<sup>8</sup> J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków: Zakamycze 2002, s. 49.

<sup>9</sup> J. Tylman, (w:) *Polskie*, s. 554.

<sup>10</sup> E. Cora, *Funkcje zatrzymania właściwego i tymczasowego aresztowania*, PiP 2009, z. 1, s. 64.

<sup>11</sup> A. Murzynowski, *Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegające uchylaniu się od sądu*, Warszawa: PWN 1963, s. 13.

<sup>12</sup> M. Cieślak, *Areszt tymczasowy w świetle obecnego i w perspektywie przyszłego ustawodawstwa*, PiP 1954, z. 12, s. 747.

kary. Odnosi się ona przecież do przebiegu procesu i ma go zabezpieczyć przed uchylaniem się oskarżonego od sądu<sup>13</sup>.

Istota kolejnej funkcji – ochronnej (zwanej także profilaktyczną) – sprowadza się do zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego przestępstwa<sup>14</sup>. Przyjmuje się, że taka rola tymczasowego aresztowania wykracza poza procesową podstawę stosowania tego środka, ponieważ nie ma ono na celu wówczas jedynie zabezpieczenia prawidłowego toku procesu<sup>15</sup>. Podstawy tej funkcji należy upatrywać w art. 249 § 1 w związku z art. 258 § 3 k.p.k. Koniecznym warunkiem zastosowania tego środka dla realizacji funkcji ochronnej musi być łączne wystąpienie dużego prawdopodobieństwa, że oskarżony popełnił zarzucane mu umyślne przestępstwo, oraz uzasadnionej obawy, że popełni w przyszłości nowe, ciężkie przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu<sup>16</sup>. Ponadto wypada podkreślić, że powyższe przepisy operują niejednoznacznymi pojęciami, co może budzić pewne wątpliwości w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztu na ich podstawie. Ani przepisy Kodeksu postępowania karnego, ani Kodeksu karnego nie zawierają bowiem definicji legalnej „ciężkiego przestępstwa”. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że ciężkim przestępstwem będzie takie, które należy do kategorii przestępstw określonych w rozdziale XIX i XX k.k. Jednakże nie oznacza to, że każde takie przestępstwo będzie ciężkim, ponieważ wśród przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu znajdują się też takie, które mogą być popełnio-

ne nieumyślnie. Wobec tego przyjmuje się między innymi, że o tym, czy dane przestępstwo jest ciężkie, decydować powinny podmiotowe i przedmiotowe okoliczności konkretnej sprawy, nie zaś umieszczenie danego przestępstwa w stosownym dziale Kodeksu karnego<sup>17</sup>.

Wydaje się, że areszt prewencyjny<sup>18</sup> stosowany dla realizacji funkcji ochronnej może budzić pewne wątpliwości. Jedynie na marginesie należy zaznaczyć, że omawiana funkcja jest przejawem tzw. aresztu predeliktualnego względnego, dopuszczalnego we współczesnych systemach prawnych, w przeciwieństwie do bezwzględnego, obecnie już niewystępującego<sup>19</sup>. Szczegółowa analiza tego zagadnienia wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania. Podczas licznych dyskusji wokół wprowadzenia funkcji ochronnej do Kodeksu postępowania karnego wskazywano, że pozbawienie wolności człowieka li tylko na podstawie prawdopodobieństwa, że popełni on nowe przestępstwo, godzi w zasadę domniemania niewinności i czyni z tej instytucji środek represji karnej. Jednakże w myśl art. 5 ust. 1 lit. c EKPC tymczasowe aresztowanie jest dopuszczalne „w celu postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą lub jeśli jest to konieczne w celu zapobieżenia popełnieniu takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu”. Stąd normatywną konstrukcją art. 258 § 3 k.p.k. uznać należy za całkowicie zgodną ze standardami europejskimi w zakresie ochrony praw człowieka i obywatela<sup>20</sup>. Z drugiej strony faktem jest, że organy ścigania, powołane przecież

<sup>13</sup> S. Pikulski, K. Szczechowicz, *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie w świetle praw i wolności obywatelskich*, Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego 2004, s. 55.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 58.

<sup>15</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do artykułów 1–296*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 1170.

<sup>16</sup> Ł. Cora, *Funkcje*, s. 66; R. A. Stefański, *Środki zapobiegawcze w nowym kodeksie postępowania karnego*, Warszawa: Dom Wydawniczy ABC 1998, s. 21.

<sup>17</sup> D. Tarnowska, *Pozaprosesowa funkcja środków zapobiegawczych*, „Prokuratura i Prawo” 2002, z. 11, s. 79.

<sup>18</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks*, s. 1170.

<sup>19</sup> S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa: LexisNexis 2009, s. 427.

<sup>20</sup> Ł. Cora, *Funkcje*, s. 66; S. Pikulski, K. Szczechowicz, *Zatrzymanie*, s. 59; A. Kiełtyka, *Analiza podstaw szczególnych*

do tego, by skutecznie zwalczać przestępczość i jej zapobiegać, nie mogą pozostawać bezsilne w sytuacji realnego zagrożenia popełnienia przestępstwa. Argument ten można jednak podważyć, wskazując, że funkcja ta może być równocześnie odczytywana jako przejaw słabości organów ścigania w wykrywaniu przestępstw. Środowiska przestępcze, ale także opinia społeczna, mogą pozostawać w przekonaniu, że organy te nie dysponują lepszymi środkami zwalczania przestępczości<sup>21</sup>.

Nie aprobując kategorycznie funkcji ochronnej, dostrzegając duże niebezpieczeństwo i „pole manewru” dla represyjnego wykorzystywania tymczasowego aresztowania, trzeba podkreślić fakt, że areszt prewencyjny może być stosowany wyłącznie wyjątkowo. Należy po ten środek sięgać niezwykle ostrożnie, pamiętając, że zastosowany jest w stosunku do osoby objętej zasadą domniemania niewinności<sup>22</sup>. Zastosowanie tymczasowego aresztowania ze względu na obawę popełnienia nowego przestępstwa dotyczyć powinno przestępstw większej wagi (właśnie przestępstw ciężkich), kiedy równocześnie zachodzi obawa, że oskarżony będzie się uchylał od wymiaru sprawiedliwości. I chodzi tu o obawę rzeczywistą, obiektywną. Jeśli jednak taka obawa nie występuje, wówczas stosowanie tego środka dla celów prewencyjnych budzi poważne zastrzeżenia<sup>23</sup>. Powinno nawet rodzić wyraźny sprzeciw. Tymczasowe aresztowanie nie może być traktowane jako środek służący do zwalczania przestępczości i nie może stanowić surrogatu kary.

Tymczasowe aresztowanie może pełnić także funkcję ogólnoprewencyjną. Jego dolegliwość zawsze bowiem będzie w jakiś sposób oddziaływać na społeczeństwo. Może

między innymi wskazywać na niebezpieczny charakter danego przestępstwa, wzmacniać zaufanie obywateli do państwa oraz ich poczucie bezpieczeństwa<sup>24</sup>. Zadaniem tej funkcji jest odstraszenie ewentualnych sprawców przestępstw od ich popełnienia. Istotnym jej elementem jest obawa przed izolacją i ograniczeniem swobód w związku z osadzeniem w areszcie śledczym. Funkcja ta w ten sposób zniechęca do wchodzenia w konflikt z prawem. Jednak by okazała się skuteczna, w społeczeństwie musi istnieć ugruntowane przekonanie o nieuchronności zastosowania tego środka. Wobec tego stosowanie tymczasowego aresztowania nie może być zbyt częste czy pochoopne<sup>25</sup>.

Z ogólnoprewencyjnym zadaniem tymczasowego aresztowania wiąże się jego kolejna funkcja – wychowawcza. Polega ona na zapobieganiu przestępczości oraz utrwalaniu zasad współżycia społecznego. Tymczasowe aresztowanie ma zatem za zadanie umacnianie społecznego poszanowania porządku prawnego. Lecz by zarówno funkcja wychowawcza, jak i wyżej wskazana – ogólnoprewencyjna miały spełniać swoje zadania, tymczasowe aresztowanie musi być wykorzystywane zgodnie z prawem. Chodzi w szczególności o to, by było ono stosowane na podstawie obowiązujących przepisów (legalnie), przez właściwe organy, z poszanowaniem przysługujących osobie tymczasowo aresztowanej gwarancji procesowych. Ważne jest również, by środek ten był stosowany zasadnie, zgodnie ze społecznym poczuciem sprawiedliwości, ale przede wszystkim – by motywy uzasadniające jego stosowanie były przekonujące<sup>26</sup>.

Ze względu na pojawiające się co jakiś czas drastyczne i bulwersujące przestępstwa społeczeństwa

*tymczasowego aresztowania określonych w art. 258 § 2 i 3 k.p.k. z 1997 r.*, „Rzeszowskie Zeszyty Naukowe Prawo-Ekonomia” 2000, t. XXIX, s. 171.

<sup>21</sup> D. Tarnowska, *Pozaprocesowa*, s. 74.

<sup>22</sup> P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgryzek, *Kodeks*, s. 1171.

<sup>23</sup> A. Murzynowski, *Areszt*, s. 46.

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 20.

<sup>25</sup> Ł. Cora, *Funkcje*, s. 69; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice: Volumen 2013, s. 445.

<sup>26</sup> Ł. Cora, *Funkcje*, s. 70.



czeństwo zainteresowane jest natychmiastową reakcją państwa i jego organów ścigania. Najskuteczniejszym wówczas środkiem uspokojenia nastrojów opinii publicznej i środków masowego przekazu jest tymczasowe aresztowanie<sup>27</sup>. Stąd też w doktrynie przyjmuje się, że dodatkowym zadaniem tego środka jest funkcja satysfakcyjna. Polega ona na zaspokojeniu poczucia sprawiedliwości, przede wszystkim u osób, które bezpośrednio doznały krzywdy wyrządzonej przestępstwem<sup>28</sup>. Jednak posługiwanie się tymczasowym aresztowaniem wyłącznie dla satysfakcji pokrzywdzonych jest niedopuszczalne. Nacisk opinii publicznej czy środków masowego przekazu nie może motywować organów ścigania do publicznych aresztowań, często nie do końca zasadnych, zbyt pochopnych, a nawet niesłuszných. Funkcję tę należy wobec tego uważać jedynie za konsekwencję zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia właściwego przebiegu procesu.

Przy dokonywaniu przeglądu zadań tymczasowego aresztowania nie może umknąć uwadze problematyka tzw. aresztu wydobyczego. Pod pojęciem tym kryje się stosowanie aresztu tymczasowego dla uzyskania dowodów, które uzasadniałyby procesową konieczność i zasadność jego zastosowania<sup>29</sup>. Takie wykorzystywanie tego środka jest kategorycznie niedopuszczalne. W szczególności tymczasowe aresztowanie nie może być stosowane dla wywarcia presji na podejrzanym, by przyznał się do zarzucanego mu czynu czy ujawnił współsprawców<sup>30</sup>. Niedopuszczalne jest, by środek ten był wykorzystywany jako restrykcja wobec oskarżonego, który nie przyznaje się do winy, odmawia składania wyjaśnień lub składa wyjaśnienia sprzeczne z ustaloną w śledztwie wersją<sup>31</sup>. Takie soso-

wanie tymczasowego aresztowania, niejako „w odwecie” za nieprzyznawanie się do winy lub niepotwierdzanie wersji śledczej, nie ma żadnego uzasadnienia w przepisach prawa<sup>32</sup>. Ponadto jest to ewidentnie sprzeczne z zasadą prawa do obrony, gwarantowanej oskarżonemu nie tylko przepisami Kodeksu postępowania karnego, ale także Konstytucją oraz aktami prawa międzynarodowego. Za naganne należy więc uznać stosowanie tego środka do realizacji celów wydobywczych.

Z punktu widzenia przedmiotu niniejszych rozważań szczególną uwagę należy zwrócić na represyjną funkcję tego środka. Jej przejawu, a także zbliżonej do niej funkcji – polegającej na antycypacji kary, należy dopatrywać się na gruncie art. 258 § 2 k.p.k., będącego przedmiotem analizy Sądu Najwyższego w uchwale z 19 stycznia 2012 r.

Wskazana funkcja odróżnia tymczasowe aresztowanie rozumiane jako środek zapobiegawczy od środka represji karnej. Nie ulega wątpliwości, że areszt tymczasowy jest instytucją prawa karnego procesowego i służyć ma zabezpieczeniu prawidłowego przebiegu procesu. Jednakże w różnych systemach politycznych i okresach historycznych instytucja ta była wykorzystywana do szerszych celów, zwłaszcza represyjnych.

W okresie powojennym stosowanie tego środka było wprost uzależnione od sytuacji społeczno-ekonomicznej. Jako przykład można wskazać, że areszt był stosowany w celu wymuszenia na oskarżonym dostarczenia zaległych przydziałów zboża, co sprawiało, że był on tożsamy ze środkiem represji karnej. W późniejszych okresach sytuacja ta nie ulegała znaczącej poprawie, a areszt mógł być stosowany ze względu na znaczny stopień społecznego niebezpieczeństwa

<sup>27</sup> S. Waltoś, *Proces*, s. 424.

<sup>28</sup> Ł. Cora, *Funkcje*, s. 71.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 69.

<sup>30</sup> Postanowienie SA w Katowicach z 28 grudnia 2005 r., II AKz 777/05, OSA 2006, nr 1, poz. 5.

<sup>31</sup> Postanowienie SA we Wrocławiu z 19 października 2005 r., II AKz 453/05, OSA 2006, nr 3, poz. 15.

<sup>32</sup> J. Skorupka, *Stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, z. 12, s. 109.

czynu, na wagę przestępstwa oraz szerzenie się określonej kategorii przestępstw<sup>33</sup>. Wraz z licznymi nowelizacjami oraz przemianami społeczno-ustrojowymi charakter tego środka ulegał zmianie. Organy wymiaru sprawiedliwości zaczęły odstępować od traktowania tymczasowego aresztowania jako środka represyjnego, dostrzegając przede wszystkim jego rolę zapobiegawczą<sup>34</sup>. Jednak nie budzi wątpliwości, że represyjna funkcja tymczasowego aresztowania jest wpisana w jego istotę w tym znaczeniu, że jego zastosowanie zawsze jest reakcją państwa na konkretny czyn oskarżonego. Jego represyjność wynika z dolegliwości, jaka wiąże się z izolacją podejrzanego (oskarżonego) od świata zewnętrznego. Podkreślić jednak należy, że areszt tymczasowy nie może być w żadnym wypadku stosowany wyłącznie jako środek represji karnej. W przeciwnym razie byłby uważany za surrogat kary pozbawienia wolności i bez wątpienia kolidowałby z zasadą domniemania niewinności. Analizowana funkcja może być rozumiana wyłącznie jako pochodna zastosowania tego środka w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego<sup>35</sup>. Za trafny należy uznać pogląd, zgodnie z którym stosowanie tymczasowego aresztowania jako formy antycypacji kary świadczy o rażącym naruszeniu istoty tej instytucji, środek ten musi być bowiem ograniczony do niezbędne-  
go minimum<sup>36</sup>.

W świetle powyższego można stwierdzić, że nie ma jasno określonej proporcji między funkcjami procesowymi a pozaprocessowymi stosowania środków zapobiegawczych. Tym niemniej, biorąc pod uwagę ich istotę, a przede wszystkim to, że – w przypadku tymczasowego aresztowania – w sposób szczególny

wkraczają w sferę wolności człowieka, należy stwierdzić, że realizowane winny być wyłącznie funkcje procesowe. Wskazał to także Trybunał Konstytucyjny, akcentując, że bezsporne i akceptowalne są wyłącznie funkcje procesowe tymczasowego aresztowania, innych funkcji – tj. pozaprocessowych – środek ten nie spełnia, w szczególności nie jest dopuszczalne traktowanie tymczasowego aresztowania jako środka restrykcji wobec oskarżonego<sup>37</sup>. Wykorzystywanie tymczasowego aresztowania do innego zadania, z pominięciem dbałości o prawidłowy tok procesu karnego, uznać trzeba za niedopuszczalne i sprzeczne z regułą *ultima ratio* stosowania środków zapobiegawczych. Tymczasowe aresztowanie z istoty swojej będzie pełniło różne funkcje, ale nie mogą one być wysuwane na pierwszy plan, przed funkcjami procesowymi. Należałoby przychylić się do stanowiska, zgodnie z którym funkcji procesowych oraz pozaprocessowych w żadnym wypadku nie można traktować równorzędnie<sup>38</sup>. W przeciwnym razie powodowałoby to możliwość stosowania tego środka wyłącznie dla zaspokojenia poczucia sprawiedliwości, odstraszenia od popełniania przestępstw, dla „wydobycia” z oskarżonego okoliczności go obciążających czy dla wymierzenia mu celowej dolegliwości, będącej przejawem kary. Nie powinno ulegać wątpliwości, że takie wykorzystywanie aresztu godziłoby w podstawowe prawa człowieka oraz zasady demokratycznego państwa prawa.

W tym kontekście należy się zastanowić, czy uchwała Sądu Najwyższego, a także najnowsze zmiany Kodeksu postępowania karnego, nie naruszają proporcji między procesowymi i pozaprocessowymi funkcjami tymczasowego aresztowania.

<sup>33</sup> J. Karpacz, *Prawne i kryminalistyczne aspekty tymczasowego aresztowania*, Warszawa: ASW 1986, s. 62.

<sup>34</sup> A. Siemaszko, *Podsumowanie*, (w:) *Tymczasowe aresztowanie*, red. A. Siemaszko, Warszawa: Oficyna Naukowa 1993, s. 51.

<sup>35</sup> J. Karpacz, *Prawne*, s. 68.

<sup>36</sup> P. Kardas, M. Dąbrowska-Kardas, *Zasada minimalizacji tymczasowego aresztowania w postępowaniu jurysdykcyjnym*, PiP 2010, z. 1, s. 39.

<sup>37</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 czerwca 2008 r., SK 17/07, OTK-A 2008, nr 4, poz. 78.

<sup>38</sup> J. Tylman, (w:) *Polskie*, s. 552.

## II. WPŁYW UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 19 STYCZNIA 2012 R. NA FUNKCJE TYMCZASOWEGO ARESZTOWANIA

Sąd Najwyższy w uchwale z 19 stycznia 2012 r. (I KZP 18/11) stanął na stanowisku, że „podstawy stosowania tymczasowego aresztowania, określone w art. 258 § 2 k.p.k., przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 249 § 1 i art. 257 § 1 k.p.k. i przy braku przesłanek negatywnych określonych w art. 259 § 1 i 2 k.p.k., stanowią samodzielne przesłanki szczególne stosowania tego środka zapobiegawczego”. Sąd Najwyższy przełamał więc dotychczasowe wątpliwości, jakie pojawiały się w orzecznictwie co do samodzielności wskazanej przesłanki<sup>39</sup>.

W uchwale słusznie podkreślono, że przy stosowaniu tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. „nie jest wystarczające samo odwołanie się do górnej granicy ustawowego zagrożenia karą przewidzianego w przepisie części szczególnej Kodeksu karnego, lecz wymagane jest ustalenie, że oskarżonemu w konkretnej sprawie rzeczywiście grozi surowa kara”. Ten fragment uchwały zdaje się akcentować, by nie ograniczać się jedynie do ustawowego zagrożenia karą, co ma niebagatelne znaczenie w praktyce stosowania tego środka. I choć w doktrynie powszechne jest przecież przekonanie, że nie ma miejsca na automatyzm w stosowaniu tymczasowego aresztowania w oparciu o tę przesłankę<sup>40</sup>, to jednak zdarzały się sytuacje, w których celowo przyjmowano taką kwalifikację prawną czynu, która uzasadniała stosowanie tego środka<sup>41</sup>. Odwoływanie się li tylko do zagrożenia ustawowego powodowałoby zbyt pochopne sięganie po ten najbardziej dolegliwy środek zapobiegawczy. Kwestia natomiast obowiązku prognozowania

kary – jak podkreśla to Sąd Najwyższy – w każdym konkretnym przypadku, ale wyłącznie na potrzeby orzekania w przedmiocie stosowania środka zapobiegawczego – została poddana krytyce. Zasadny bowiem zdaje się być pogląd, zgodnie z którym prognozowanie wysokości kary przed zgromadzeniem całego materiału dowodowego jest ryzykowne i opiera się na rozwiązaniach probabilistycznych, ale także rodzi wątpliwości w kontekście konstytucyjnej zasady domniemania niewinności, skoro takie prognozowanie wymiaru kary może odbyć się dopiero w warunkach przypisania sprawstwa czynu zabronionego oraz winy<sup>42</sup>. Ponadto nie wskazano kryteriów, jakimi wówczas miałby kierować się sąd aresztowy<sup>43</sup>. Wydaje się więc, że twierdzenie Sądu Najwyższego o prognozowaniu wymiaru kary miało na celu właśnie zwrócenie uwagi na konieczność wyeliminowania odwoływania się jedynie do ustawowego zagrożenia karą i chęci zniechęcenia do takiej interpretacji uchwały, która pozwalałaby na automatyczne stosowanie tego środka.

Równie trafnie zaakcentowano, że przepis art. 258 § 2 k.p.k. może stanowić szczególną podstawę stosowania tymczasowego aresztowania tylko w wypadku spełnienia ogólnych przesłanek stosowania środków zapobiegawczych określonych w art. 249 § 1 k.p.k. oraz przesłanki określonej w art. 257 § 1 k.p.k. Zastrzeżenia te wydają się zresztą oczywiste, albowiem stosowanie tymczasowego aresztowania w przypadku braku wskazanych przesłanek byłoby rażąco wadliwe i naruszałoby gwarancje procesowe oskarżonego. Niemniej jednak Sąd Najwyższy w kwestii, która jest kluczowa z punktu widzenia funkcji tymczasowego aresztowania, stwierdził, że „gdyby chcieć przyjąć, że dla zastosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 2 k.p.k., konieczne było wykazanie istnienia

<sup>39</sup> Zob. przypis nr 3 i wskazane tam przykładowo orzeczenia.

<sup>40</sup> J. Kosonoga, *Podstawy stosowania środków zapobiegawczych*, „Prokuratura i Prawo” 2003, z. 10, s. 43.

<sup>41</sup> P. Słupski, A. Drabikowska, *Pierwszy w Polsce areszt tymczasowy dla pijanego kierowcy*, „Gazeta Wyborcza” z 7 lipca 2006 r.

<sup>42</sup> M. DREWICZ, *Glosa*, s. 4-5.

<sup>43</sup> J. SKORUPKA, *Glosa*, s. 547.

uzasadnionej obawy matactwa lub uzasadnionej obawy ucieczki, ukrycia się oskarżonego czy też innego bezprawnego utrudniania postępowania karnego (a więc podstaw stosowania tymczasowego aresztowania określonych w art. 258 § 1 k.p.k.), to przepis § 2 okazałby się zupełnie zbędny. (...) Jeżeli więc ustawodawca przewidział w § 2 art. 258 k.p.k. dodatkową podstawę stosowania tymczasowego aresztowania, a jednocześnie z żadnego przepisu nie wynika konieczność łącznego wystąpienia przesłanek określonych w § 1 i § 2, to surowa kara grożąca oskarżonemu, w okolicznościach wskazanych w § 2 art. 258 k.p.k., stanowić może samodzielną przesłankę szczególną". Innymi słowy, nie jest konieczne badanie zachowań oskarżonego pod kątem bezprawnego utrudniania postępowania, lecz muszą zachodzić podstawy określone w art. 249 § 1 i art. 257 § 1 i nie mogą zachodzić przesłanki negatywne określone w art. 259 § 1 i 2 k.p.k.

Takie ujęcie podstaw tymczasowego aresztowania w sposób ewidentny hołduje represyjnemu stosowaniu tego środka i jest przejawem antycypacji kary. To z kolei zaburza przyjmowany w doktrynie podział na procesowe i pozaprocessowe funkcje tymczasowego aresztowania, wysuwając na pierwszy plan te, które z istoty środków zapobiegawczych winny mieć charakter akcesoryjny. Należy bowiem na gruncie uchwały Sądu Najwyższego odpowiedzieć sobie na pytanie o to, jaki jest więc sens i cel stosowania tymczasowego aresztowania w sytuacji, kiedy jedyną podstawą miałby być przepis art. 258 § 2 k.p.k., który jednocześnie nie wyczerpywałby przesłanek określonych w art. 258 § 1 k.p.k.<sup>44</sup> Nie ulega wątpliwości, że jedynie represyjny.

Przywołana uchwała Sądu Najwyższego daje asumpt do nadużywania stosowania, ale przede wszystkim przedłużania tymczasowego aresztowania, skoro grożąca oskarżonemu surowa kara może utrzymywać się przez całe

postępowanie. Nic zatem nie będzie stało na przeszkodzie ciągłemu stosowaniu tego środka w oparciu o wskazaną podstawę.

Zauważyć można niepokojącą tendencję wykorzystywania tej podstawy do przedłużania tymczasowego aresztowania. Nie brak bowiem orzeczeń, w których sąd odwoławczy na skutek zażalenia eliminuje wręcz z podstaw stosowania tymczasowego aresztowania obawę tzw. matactwa, za wyłączną podstawę uważając grożącą oskarżonemu surową karę – przesłankę wszak samodzielną. Taka praktyka z kolei wypacza istotę środków zapobiegawczych, narusza regułę *ultima ratio* stosowania tymczasowego aresztowania i w sposób oczywisty narusza gwarancje oskarżonego. Brak jest bowiem możliwości skutecznego podważenia decyzji sądu, za podstawę swojego rozstrzygnięcia przyjmującego wskazaną uchwałę. Wykazywanie, że oskarżony nie podejmuje działań utrudniających postępowanie, nie daje rezultatu. Uchwała ta zatem wywołuje w praktyce stosowania tymczasowego aresztowania daleko idące skutki. Jest niewątpliwie argumentem do częstszego i łatwiejszego stosowania tego środka.

### III. ZMIANY W KODEKSIE POSTĘPOWANIA KARNEGO

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącym spraw polskich wielokrotnie wskazywano, że jednym z głównych problemów jest długotrwałe i naruszające standardy europejskie stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania. W szczególności zwraca się uwagę na nadmierne stosowanie najsurowszego środka zapobiegawczego, jakim jest tymczasowe aresztowanie właśnie na podstawie art. 258 § 2 k.p.k.<sup>45</sup>

Problem ten próbowano rozwiązać, uchwalając tzw. nowelę lipcową<sup>46</sup>. W zakresie środ-

<sup>44</sup> Zob. także M. Drewicz, *Glosa*, s. 8–9.

<sup>45</sup> M. Wąsek-Wiaderek, „Przegląd Orzecznictwa Europejskiego dotyczącego Spraw Karnych” 2005, nr 3, s. 6–7.

<sup>46</sup> Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych

ków przymusu celem nowelizacji Kodeksu postępowania karnego było między innymi ograniczenie stosowania najsurowszego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania, doprecyzowanie wymogów wniosku o jego zastosowanie, jak i uzasadnienia jego stosowania, a także obostrzenie wymogów stosowania tymczasowego aresztowania oraz sprecyzowanie podstaw stosowania wszystkich środków zapobiegawczych<sup>47</sup>.

Wskazany przepis art. 258 k.p.k. otrzymał nowe brzmienie. Zgodnie z § 2: „wobec oskarżonego, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo którego sąd pierwszej instancji skazał na karę pozbawienia wolności wyższą niż 3 lata, obawy utrudniania prawidłowego toku postępowania, o których mowa w § 1, uzasadniająca stosowanie środka zapobiegawczego, mogą wynikać także z surowości grożącej oskarżonemu kary”. W celu ograniczenia stosowania tymczasowego aresztowania podniesiono zatem progi kary pozbawienia wolności, przy której może znaleźć zastosowanie powołany przepis. Dotychczas w przypadku tzw. aresztu międzyinstancyjnego środek ten mógł być stosowany, gdy sąd pierwszej instancji skazał oskarżonego na karę „nie niższą niż 3 lata”, a po nowelizacji miała to być kara pozbawienia wolności „wyższa niż 3 lata”. Nie spełniły się jednak całkowicie założenia projektodawców co do podniesienia progu kary pozbawienia wolności grożącej oskarżonemu za zarzucany mu występki – utrzymano, że próg ten wynosi 8 lat, a nie – jak zakładano w projekcie ustawy – 10 lat<sup>48</sup>.

Co jednak najistotniejsze, nowelą lipcową wyraźnie powiązano podstawy stosowania

środka zapobiegawczego określone w art. 258 § 2 k.p.k. z obawą wskazaną w § 1 tegoż przepisu. Taki zabieg stanowczo podkreślił, że obawy określone w § 1, jako uzasadniająca stosowanie tego środka, wynikać mogą „także”, a nie wyłącznie, z surowości grożącej oskarżonemu kary. Podkreślono więc, że obawy te mogą płynąć z określonych ustaleń wskazujących wprost na obawy wyrażone w § 1. W tym zakresie ustawodawca uregulował podstawy stosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania inaczej, niż to wynika z powołanej wyżej uchwały Sądu Najwyższego, *de facto* ją „dezaktualizując”.

Ponadto twórcy nowelizacji założyli także, że surowość grożącej oskarżonemu kary nie oznacza jedynie samego zagrożenia ustawowego wskazanego w konkretnym przepisie prawa karnego, ale również oznacza konieczność uwzględnienia przepisów części ogólnej Kodeksu karnego<sup>49</sup>. Podkreśla się więc, że w przepisie art. 258 § 2 k.p.k. ustawodawca użył dwóch określeń, tj. „zagrożenie karą” oraz „surowość grożącej oskarżonemu kary”, przy czym to pierwsze dotyczy sankcji karnej konkretnego przepisu części szczególnej Kodeksu karnego, natomiast drugie wskazuje wymiar kary realnie grożącej oskarżonemu. Tym samym przyjęć należy, że obowiązkiem sądu stosującego środek zapobiegawczy jest ustalenie, czy orzeczenie wobec oskarżonego takiej kary jest realne w kontekście okoliczności podmiotowych i przedmiotowych sprawy, ujawnionych w toku postępowania<sup>50</sup>.

Nie można także zapominać, że przepis art. 258 k.p.k. doznał także zmiany polegającej na podkreśleniu reguły *ultima ratio* w stosowaniu tymczasowego aresztowania. Do dnia wejścia w życie noweli lipcowej redakcja tego

ustaw (Dz.U. z 25 października 2013 r., poz. 1247; zm.: Dz.U. z 2014 r. poz. 1556, poz. 1778; Dz.U. z 2015 r. poz. 21, poz. 396) oraz ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 396), które weszły w życie 1 lipca 2015 r.

<sup>47</sup> Uzasadnienie projektu ustawy z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, s. 65 i 68.

<sup>48</sup> *Ibidem*, s. 77.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> K. Dąbkiewicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 297.

przepisu zakładała w pierwszej kolejności, że podstawy ujęte w tym przepisie odnosiły się wprost do tymczasowego aresztowania, a dopiero w § 4 wskazywano, że podstawy te stosuje się odpowiednio do pozostałych środków zapobiegawczych. Nowelą lipcową wyraźnie wskazano w art. 258 § 1 k.p.k., że tymczasowe aresztowanie i pozostałe środki zapobiegawcze można stosować, jeśli spełnione są wymienione dalej podstawy. Taka zmiana, wydawać by się mogło, że jedynie redakcyjna, to jednak wyraźnie nakazuje odnoszenie podstaw ujętych w tym przepisie do wszystkich środków zapobiegawczych, z pominięciem uwypuklenia tymczasowego aresztowania. Koreluje z tym istotna zmiana § 4 art. 258 k.p.k., w którym wyraźnie przyjęto, że „decydując o zastosowaniu określonego środka zapobiegawczego, uwzględnia się rodzaj i charakter obaw wskazanych w § 1–3, przyjętych za podstawę stosowania danego środka oraz nasilenie ich zagrożenia dla prawidłowego przebiegu postępowania w określonym jego stadium”.

Z punktu widzenia funkcji, jakie spełnia i może spełniać tymczasowe aresztowanie, zmiany dokonane nowelą lipcową nie są idealne. Zdaje się, że można było oczekiwać bardziej zdecydowanego działania, w szczególności z uwagi na szereg postulatów wysuwanych w doktrynie na kanwie praktyki stosowania tymczasowego aresztowania w oparciu o grożącą oskarżonemu surową karę. Być może zabrakło stanowczego rozwiązania problemu nadmiernego stosowania i przedłużania tego środka na podstawie art. 258 § 2 k.p.k. Można zgodzić się z poglądem, według którego przyjęto, że pozostawienie tego przepisu bez istotnej zmiany i dodatkowych regulacji, które ograniczałyby jego stosowanie przy przedłużaniu tymczasowego aresztowania, nakazuje wątpić, czy w tym obszarze realizowany będzie standard określony w art. 5 ust. 3 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>51</sup>.

Nie ulega jednak wątpliwości, że lipcowa nowelizacja Kodeksu postępowania karnego po raz pierwszy od uchwalenia przepisu art. 258 k.p.k. wprowadziła do niego zmiany. W dodatku zmiany te miały na celu ograniczenie stosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania wyłącznie ze względu na grożącą oskarżonemu surową karę. Zmiana ta miała charakter jakościowy i faktycznie dążyła do wyeliminowania wadliwej praktyki nadużywania stosowania, ale przede wszystkim przedłużania tymczasowego aresztowania tylko w oparciu o założenie, że grożąca surowa kara rodzi domniemanie utrudniania postępowania. Nowela lipcowa rodziła nadzieję, że środek ten rzeczywiście przestanie być stosowany automatycznie, wyłącznie w celach represyjnych. Zmiany wprowadzone w życie 1 lipca 2015 r. podążyły – może nie rewolucyjnie w tym zakresie, jak by należało tego oczekiwać – ale jednak w dobrym kierunku.

Tymczasem, tak jak w przypadku wielu innych rozwiązań wprowadzonych w życie nowelą lipcową, nie dane nam było poznać, czy zmiany te w praktyce rzeczywiście mogłyby się sprawdzić. Ustawą z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>52</sup> przywrócono bowiem brzmienie art. 258 § 2 k.p.k. obowiązujące przed 1 lipca 2015 r. Przepis ten ponownie więc stanowi, że jeżeli oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą. Obniżono zatem próg kary pozbawienia wolności, na którą sąd pierwszej instancji skazał oskarżonego – z kary „wyższej niż 3 lata” do kary „nie niższej niż

<sup>51</sup> J. Matras, *Niektóre regulacje tymczasowego aresztowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2014, z. 4, s. 47.

<sup>52</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 437.

3 lata". A co najistotniejsze, wyeliminowano obowiązek powiązania przepisu art. 258 § 2 k.p.k. z obawami wskazanymi w § 1.

Ustawa ta, w zamierzeniu projektodawców, wyraźniej akcentuje samodzielność przesłanki zastosowania środka zapobiegawczego z uwagi na zagrożenie surową karą. Na poparcie zmian odwołano się do kilku postanowień Sądów Apelacyjnych – w Katowicach, Krakowie i w Łodzi, a także przyjęto, że przecież takie rozwiązania funkcjonują w innych krajach europejskich, m.in. w Anglii, Danii, Francji, Szwajcarii, Szwecji i we Włoszech<sup>53</sup>.

Niestety zbagatelizowano dotychczasowe krytyczne poglądy na temat samodzielności wskazanej przesłanki jako podstawy do stosowania i przedłużania środka zapobiegawczego. Nie dokonano analizy skutków takiego rozstrzygnięcia. Pominięto w zupełności fakt wielokrotnego naruszania przez Polskę Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, właśnie ze względu na automatyczne przedłużanie tymczasowego aresztowania wyłącznie ze względu na groźcą oskarżonemu surową karę przez cały czas trwania postępowania.

Z pewną aprobatą odnieść się należy do tego, że pozostawiono brzmienie § 1 art. 258 k.p.k., który nadal stanowi, że tymczasowe aresztowanie i pozostałe środki zapobiegawcze można stosować w wymienionych dalej sytuacjach. Jednakże zabieg ten jest albo nieprzemyślany, albo fasadowy. Należy bowiem zauważyć, że przywołany § 1 podkreśla, iż wymienione w tym przepisie podstawy odnoszą się nie tylko do tymczasowego aresztowania, ale także do pozostałych środków zapobiegawczych. Tym samym nie podkreśla się prymatu tymczasowego aresztowania. Jednakże nowe, a właściwie poprzednie brzmienie art. 258 § 2 k.p.k. ponownie wskazuje wyłącznie na stosowanie tymczasowego aresztowania. Należy zatem stwierdzić, że taki zabieg powoduje pewną sprzeczność. Z jednej strony podkreślamy

regułę *ultima ratio* stosowania tymczasowego aresztowania, pozostawiając niezmienny przepis § 4 art. 258 k.p.k., a z drugiej strony wprost wskazujemy, że podstawa określona w § 2 odnosi się, tak jak to zakładano, uchwalając Kodeks postępowania karnego, wyłącznie do tymczasowego aresztowania. Takie rozwiązanie z pewnością jest nie do zaakceptowania.

Z punktu widzenia funkcji tymczasowego aresztowania taka zmiana nie jest prawidłowa. Stanowi tymczasem zagrożenie dla praw i wolności oskarżonego. W tym zakresie powrót do rozwiązań obowiązujących przed nowelą lipcową nie jest trafiony. Rodzi z kolei przypuszczenie, że po tymczasowe aresztowanie sądy będą sięgały częściej, z dużo większą łatwością, a wręcz automatyzmem. Tym bardziej oskarżony będzie pozbawiony możliwości skutecznej uchylenia tego środka.

#### IV. KONKLUZJE

Podsumowując powyższe rozważania, podkreślić trzeba, że choć nie ma jednoznacznej proporcji między procesowymi a pozaprocessowymi funkcjami tymczasowego aresztowania, to biorąc pod uwagę fakt, że środek ten najgłębiej ingeruje w sferę wolności człowieka, a zarazem jest najskuteczniejszy, jeśli chodzi o zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, to nie może on być wykorzystywany jedynie do zadań pozaprocessowych. Musi bowiem być stosowany jedynie dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. To, że przy okazji ze swojej istoty będzie pełnił i inne funkcje, nie oznacza, że mają się one stać jego celem. Uchwała Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2012 r. zdaje się te proporcje zaburzać, wysuwając na pierwszy plan represyjną funkcję tymczasowego aresztowania. Analogicznie stwierdzić trzeba, że zmiany dokonane w Kodeksie postępowania karnego ustawą z marca

<sup>53</sup> Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, s. 14–15.

2016 r. zmierzają do uwypuklenia represyjnej funkcji tymczasowego aresztowania, ale także do zaburzenia reguły *ultima ratio* stosowania tego środka. Zmiany te powodują, że można będzie po tymczasowe aresztowanie sięgnąć łatwiej, z dużą dozą automatyzmu i przedłużać

jego stosowanie ponad miarę. Jedynie nowela lipcowa, choć może nie była idealna, to przejawiała wyraźną tendencję do ograniczania stosowania i przedłużania tego środka, a jej rozwiązania podnosiły standard w zakresie stosowania środków zapobiegawczych.

## Summary

*Agnieszka Skowron*

### **FUNCTIONS OF THE DETENTION IN THE CONTEXT OF THE RESOLUTION OF THE SUPREME COURT FROM 19<sup>TH</sup> JANUARY 2012 (I KZP 18/11) AND OF THE NEWEST AMENDMENTS TO THE CRIMINAL PROCEDURE CODE**

The article discusses functions of detention in Polish criminal procedure. It emphasizes the position of the doctrine, that detention should only realize procedural functions. The resolution of the Supreme Court from 19<sup>th</sup> January 2012 (I KZP 18/11) was analysed, and it seems that the resolution is emphasizing a repressive function of detention. The article also discusses the recent amendments to the Polish Criminal Procedure Code, and it seems, that the amendment to the Criminal Procedure Code from 11<sup>th</sup> March 2016 is going to abusing the detention.

**KEY WORDS:** detention, functions of detention, amendment to the Polish Criminal Procedure Code

**POJĘCIA KLUCZOWE:** tymczasowe aresztowanie, funkcje tymczasowego aresztowania, zmiany Kodeksu postępowania karnego



## EGZEKUCJA ALIMENTÓW W NIEMCZECH A KINDERGELD

1. W dobie zwiększonej mobilności ludzi i w polskich realiach emigracji zarobkowej coraz częściej zachodzi konieczność prowadzenia egzekucji zasądzonych w Polsce na rzecz dziecka alimentów od rodzica mieszkającego i pracującego za granicą, w dużej mierze w Niemczech. W kręgu państw członkowskich UE podstawą prawną tej egzekucji jest od 18 czerwca 2011 r. rozporządzenie nr 4/2009 w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych (dalej: rozporządzenie alimentacyjne)<sup>1</sup>.

Zarówno w polskim, jak i niemieckim prawie obowiązek utrzymania i wychowania dzieci spoczywa na rodzicach i innych krewnych zobowiązanych z tytułu obowiązku alimentacyjnego. Jeśli jednak dziecko nie może otrzymać od dłużnika alimentacyjnego należnych mu alimentów, może uzyskać pomoc finansową od państwa. Warto zaakcentować, że zgodnie z zasadą pomocniczości<sup>2</sup> socjalna polityka państwa na rzecz dzieci nie może prowadzić do erozji obowiązków alimentacyjnych, tj. do

przejmowania przez podatników utrzymania dzieci, wobec których dłużnicy nie realizują swoich obowiązków<sup>3</sup>. Nie wchodząc w szczególności, należy wskazać, że zasada pomocniczości jest zasadą konstytucyjną w polskim i niemieckim systemie prawnym oraz fundamentalną zasadą w umowach międzynarodowych (por. art. 27 konwencji o prawach dziecka<sup>4</sup>).

Praktyka wskazuje, że krąg beneficjentów świadczeń w ramach obowiązku alimentacyjnego rodziców (i innych krewnych) wobec dzieci oraz świadczeń w ramach pomocy państwa w znacznej mierze się pokrywa, co oznacza konieczność określenia ich wzajemnych relacji, a zwłaszcza wpływu świadczeń socjalnych na świadczenia alimentacyjne. Jeśli obowiązek alimentacyjny jest realizowany, zgodnie z zasadą pomocniczości państwo nie może wkraczać. Jednak w sytuacji, gdy nie prowadzi on do zaspokojenia wszystkich usprawiedliwionych potrzeb dziecka, trzeba ustalić, czy dziecko może ubiegać się o pomoc państwa, a jeśli tak, to w jaki sposób wypłacane alimenty wpływają na wysokość tej pomocy.

<sup>1</sup> Dz.Urz. UE L 7 z 10 stycznia 2009 r., s. 1–79.

<sup>2</sup> K. Stopka, *Zasada subsydiarności w prawie pomocy społecznej*, wyd. 1, Warszawa: Difin 2009; M. Andrzejewski, *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko–rodzina–państwo)*, Kraków: Zakamycze 2003, s. 95–102.

<sup>3</sup> Por. wyrok TK z 18 maja 2005 r., K 16/04, OTK-A 2005, nr 5, poz. 51, zakaz zwalniania członków rodziny z obowiązków alimentacyjnych poprzez kreowanie konkurencyjnego systemu zasiłków rodzinnych.

<sup>4</sup> Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. z 1991 r. nr 120, poz. 526; por. art. 27:

„ (...) 2. Rodzice (rodzic) lub inne osoby odpowiedzialne za dziecko ponoszą główną odpowiedzialność za zabezpieczenie, w ramach swych możliwości, także finansowych, warunków życia niezbędnych do rozwoju dziecka.

3. Państwa-Strony, zgodnie z warunkami krajowymi oraz odpowiednio do swych środków, będą podejmowały właściwe kroki dla wspomagania rodziców lub innych osób odpowiedzialnych za dziecko w realizacji tego prawa oraz będą udzielały, w razie potrzeby, pomocy materialnej oraz innych programów pomocy, szczególnie w zakresie żywności, odzieży i mieszkań.

4. Państwa-Strony podejmą wszelkie właściwe kroki dla zapewnienia lożenia na utrzymanie dziecka ze strony rodziców lub innych osób ponoszących odpowiedzialność finansową za dziecko, zarówno na terenie Państwa-Strony, jak i za granicą. (...)”

Dodatkowe wątpliwości mogą się pojawić w sytuacji, gdy pomoc państwa dla dziecka pochodzi z innego państwa niż to, w którym ono mieszka, zwłaszcza jeśli w państwie przyznającym pomoc finansową jednocześnie prowadzona jest na to dziecko egzekucja zasądzonych za granicą alimentów. W dobie dużej mobilności ludzi nie jest to rzadkie zjawisko, dlatego doczekało się w UE ujednoczenia w postaci koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Na potrzeby tych reguł świadczeniami rodzinnymi są wszelkie świadczenia rzeczowe i pieniężne, wyrównujące wydatki na utrzymanie rodziny w ramach systemu zabezpieczenia społecznego, z wyjątkiem alimentów, specjalnych zasiłków porodowych oraz z tytułu przysposobienia dziecka<sup>5</sup>. Należą do nich także okresowe świadczenia przyznawane wyłącznie w oparciu o kryterium liczby oraz wieku członków rodziny, z pominięciem kryterium dochodowego, tzw. zasiłek rodzinny (np. *Kindergeld*)<sup>6</sup>.

2. W praktyce niemieckiego organu centralnego<sup>7</sup> przyjmującego od polskiego organu centralnego<sup>8</sup> wnioski o przeprowadzenie w Niemczech egzekucji alimentów zasądzonych przez polski sąd od rodzica w sytuacji, gdy w tym okresie ten rodzic pobierał lub pobiera na swoje dziecko niemiecki zasiłek rodzinny *Kindergeld*, jest on zaliczany na poczet alimentów zasą-

dzonych na to dziecko przez polski sąd. Warto podkreślić, że obowiązek zaliczania *Kindergeld* na rzecz alimentów to oficjalne i wieloletnie stanowisko niemieckiego organu centralnego<sup>9</sup>, wypracowane w orzecznictwie w sprawach transgranicznych. Przykładem jest postanowienie Wyższego Sądu Krajowego z Oldenburgu z 30 sierpnia 2006 r. (sygn. akt 9 W 25/05)<sup>10</sup>. Stanowisko to znajduje także potwierdzenie w unijnym prawie dotyczącym alimentów. Wynika z niego, że nie można rodzicowi będącemu dłużnikiem alimentacyjnym zabronić użycia otrzymanych w Niemczech zasiłków na dzieci do pokrycia jego zobowiązań alimentacyjnych powstałych za granicą.

Zatem niemiecki organ odpowiedzialny za egzekucję alimentów zasądzonych w Polsce sprawdza najpierw, czy zobowiązany do alimentów rodzic pobierał na swoje dziecko *Kindergeld*<sup>11</sup>. Jeśli tak, to egzekucja zagranicznych alimentów polega na zaliczeniu *Kindergeld* na poczet alimentów. Jeśli miesięczna kwota *Kindergeld* jest niższa od kwoty świadczenia alimentacyjnego zasądzonego w Polsce (co w praktyce ma miejsce rzadko)<sup>12</sup>, niemiecki organ egzekucyjny prowadzi egzekucję kwoty stanowiącej różnicę między świadczeniem alimentacyjnym a *Kindergeld*.

3. Powoływane przez niemiecki organ centralny jako podstawa prawna postanowienie

<sup>5</sup> Por. art. 1 lit. z rozporządzenia nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, Dz.Urz. UE L 2004.166.1.

<sup>6</sup> Por. M. Rozbicka-Ostrowska, *Komentarz do spraw o świadczenia rodzinne, (w:) Komentarz do spraw administracyjnych: wybrane zagadnienia*, Warszawa: Wolters Kluwer 2015, s. 334.

<sup>7</sup> Jest nim w rozumieniu rozporządzenia alimentacyjnego Bundesamt für Justiz w Bonn.

<sup>8</sup> Zgodnie z art. 49 ust. 1 rozporządzenia nr 4/2009 jest nim Ministerstwo Sprawiedliwości, Departament Współpracy Międzynarodowej i Prawa Europejskiego, szczególnie zadania organu centralnego określone w art. 51 w zakresie przekazywania wniosków i podejmowania wszelkich działań w odniesieniu do tych wniosków wykonują sądy okręgowe.

<sup>9</sup> Informacja pochodzi z Samodzielnej Sekcji ds. Obrotu Prawnego z Zagranicą Sądu Okręgowego w Krakowie.

<sup>10</sup> Sygn. akt OZ-551-193/15/SO, Małgorzata C. działająca w imieniu małoletnich Alicji C. i Jana C., przeciwko Rene G.

<sup>11</sup> J. Ignaczewski, M. Karcz, W. Maciejko, M. Romańska, *Alimenty. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, wyd. 3, Warszawa: C. H. Beck 2014, s. 523.

<sup>12</sup> Od 1 stycznia 2016 r. zasiłek rodzinny w Niemczech na pierwsze i drugie dziecko wynosi 190 euro, na trzecie dziecko – 196 euro, a na czwarte i każde kolejne dziecko – 221 euro, por. Reinken, *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, ed. Bamberger, Roth, 37. Edition, § 1612b, no 5a.

9 W 25/05 zostało wydane w sprawie o stwierdzenie wykonalności holenderskiego orzeczenia zasądającego na dziecko alimenty od ojca mieszkającego w Niemczech. Obowiązek prowadzenia postępowania w sprawie stwierdzenia wykonalności zagranicznego orzeczenia przewidywało rozporządzenie Bruksela I<sup>13</sup> (art. 38), będące podstawą omawianego postanowienia<sup>14</sup>. W obecnym stanie prawnym, pod rządami rozporządzenia alimentacyjnego, obowiązek ten został zniesiony, co znacznie przyspiesza egzekucję zagranicznych alimentów (art. 17).

W omawianej sprawie ojciec dziecka *de facto* regularnie przysyłał matce dwa przelewy miesięcznie, jeden określony jako „zasiłek na dziecko”, obejmujący 100% kwoty przyznanego zasiłku *Kindergeld*, oraz drugi jako „zapomoga” w stałej kwocie, które łącznie nieco przekraczały miesięczną kwotę alimentów zasądzonych wyrokiem. Zatem do kwoty zasądzonej w holenderskim wyroku dłużnik alimentacyjny zaliczał pobierany w Niemczech zasiłek *Kindergeld*<sup>15</sup>.

Sprzeciwiła się temu matka dziecka, która twierdziła, że zasiłek na dziecko należy się dodatkowo, niezależnie od zasądzonych alimentów. W związku z tym żądała od ojca dziecka zapłaty zaległych alimentów w wysokości *Kindergeld* za okres, w którym wliczał on ten zasiłek do alimentów, ponieważ w tej sytuacji nie wywiązał się w całości z ciężącego na nim

obowiązku alimentacyjnego. Samo określenie przy każdym comiesięcznym przelewie przez ojca dziecka przeznaczenia przesyłanych kwot jako „zasiłku na dziecko” wykluczało – w ocenie matki dziecka – wliczenie ich do alimentów, ponieważ sugerowało, że ojciec chciał przekazać dodatkową kwotę, wykraczającą poza alimenty<sup>16</sup>.

W ocenie sądu niemieckiego samo zdefiniowanie celu przelewu („zasiłek na dziecko”), jak również fakt stałego rozdzielania płatności na 2 osobne przelewy, nie uzasadnia twierdzenia, że ojciec chciał płacić na rzecz córki dodatkowe świadczenia, wykraczające poza jego obowiązek alimentacyjny. Przeciw temu przemawia przede wszystkim łączna kwota miesięcznych płatności, tylko nieznacznie przekraczająca kwoty alimentów zasądzone wyrokiem sądu<sup>17</sup>.

4. W omawianej sprawie, w której wydano postanowienie 9 W 25/05, kluczowym argumentem matki dziecka była konieczność uwzględnienia stanowiska prawa właściwego w zakresie relacji między zasiłkiem na dziecko i podobnymi świadczeniami a świadczeniem alimentacyjnym, a ściślej – czy podlegają one zaliczeniu na poczet alimentów. Na podstawie art. 4 konwencji z 1973 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych<sup>18</sup> prawem właściwym w tej sprawie było prawo holenderskie, jako prawo miejsca stałego pobytu

<sup>13</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.Urz. UE L 2001.12.1; uchylone przez rozporządzenie (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 L 2012.351.1.

<sup>14</sup> Ściśle rzecz biorąc, podstawę omawianego postępowania o stwierdzenie wykonalności stanowiła ustawa w sprawie wykonania umów między państwowych i wykonywania rozporządzeń Wspólnoty Europejskiej w dziedzinie uznawania i wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (AVAG) z dnia 19 lutego 2001 r. (BGBl. I, s. 288), „wprowadzająca” rozporządzenie Bruksela I do prawa niemieckiego, Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Abkommen der Europäischen Union auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen-Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz, (BGBl. I S. 2146); [http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/avag\\_2001/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/avag_2001/gesamt.pdf) (dostęp: 19 czerwca 2016 r.).

<sup>15</sup> Por. uzasadnienie 9 W 25/05, s. 3.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 6.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych, sporządzona w Hadze dnia 2 października 1973 r., Dz.U. z 2000 r. nr 39, poz. 444.

wierzyciela (dziecka). Zgodnie z art. 10 ust. 1 wspomnianej konwencji z 1973 r. prawo właściwe dla zobowiązania alimentacyjnego określa między innymi, czy i w jakim zakresie oraz od jakiej osoby wierzyciel może żądać alimentów.

Jednak w ocenie sądu niemieckiego problem prawny nie sprowadzał się w ogóle do wliczania zasiłku rodzinnego do świadczeń alimentacyjnych, dlatego sąd nie badał w ogóle relacji między tymi świadczeniami w prawie holenderskim<sup>19</sup>. Argumentacja sądu niemieckiego opierała się na charakterze prawnym *Kindergeld*. Uprawnionym do *Kindergeld* jest ojciec dziecka, a nie dziecko lub matka, jest to więc świadczenie dla ojca. *A contrario*, sąd rozważałby zaliczenie *Kindergeld* na poczet alimentów tylko w sytuacji, gdyby uprawnionym do jego pobierania nie był ojciec zobowiązany do alimentów.

Sąd niemiecki podkreślał, że *Kindergeld* nie jest świadczeniem socjalnym, tylko ulgą podatkową na dziecko. Alternatywą dla tej ulgi podatkowej jest kwota wolna od podatku z tytułu posiadania dzieci<sup>20</sup>. Relacja między nimi jest taka, że wypłacany miesięcznie zasiłek rodzinny uszczupla roczną kwotę wolną od podatku, jest więc zaliczany na jej poczet. Wybór między tymi podatkowymi instrumentami należy do uprawnionego. Organy podatkowe z urzędu weryfikują, w jakim stopniu wypłacony na rzecz danego uprawnionego *Kindergeld* wyczerpuje kwotę wolną od podatku z tytułu posiadania dziecka<sup>21</sup>. Zaletą wyboru przez podatnika formy zasiłku rodzinnego jest jego comiesięczna wypłata, co zbliża go do świadczeń socjalnych.

Konkludując – sąd niemiecki stoi na stanowisku, że uzyskiwane w Niemczech świadczenia rodzinne mogą być użyte do zapłaty alimentów zasądzonych za granicą, skoro celem *Kindergeld*

jest finansowe wsparcie rodzica z tytułu posiadania dziecka. Zatem tylko od tego rodzica zależy, czy będzie *Kindergeld* wykorzystywał w celu regulowania jego zobowiązań alimentacyjnych, czy też przekaże je dziecku dodatkowo, ponad kwotę wynikającą z obowiązku alimentacyjnego. W ocenie sądu niemieckiego nie ma prawnej podstawy nakładającej na osobę pobierającą w Niemczech zasiłek rodzinny obowiązek wypłaty tego zasiłku dziecku dodatkowo, powyżej kwoty zasądzonych za granicą alimentów<sup>22</sup>. Sąd nie znalazł takiej podstawy nie tylko w prawie niemieckim, ale także w podlegającym wykonaniu orzeczeniu. Ponadto argumentował, że zaliczenie *Kindergeld* na poczet alimentów w żaden sposób nie powoduje obniżenia świadczeń alimentacyjnych zasądzonych w holenderskim orzeczeniu.

Finalnie sąd niemiecki nadał holenderskiemu orzeczeniu alimentacyjnemu klauzulę wykonalności tylko w zakresie świadczeń alimentacyjnych płatnych na przyszłość, a odmówił stwierdzenia wykonalności w okresie minionym, ponieważ na skutek zaliczania przez ojca *Kindergeld* do kwoty alimentów obowiązek alimentacyjny został wykonany.

5. Matka dziecka powołała się także na to, że zgodnie z prawem holenderskim zasiłek na dziecko przysługuje wyłącznie rodzicowi sprawującemu nad nim opiekę, czyli w tym przypadku matce. Argument ten posłużył sądowi niemieckiemu do żądania od ojca zwrotu *Kindergeld* jako wypłaconego nienależnie na podstawie art. 10 ust. 1 rozporządzenia nr 574/72 z 1972 r. dotyczącego koordynacji zasad zabezpieczenia społecznego pracowników przemieszczających się w UE oraz ich rodzin<sup>23</sup>. Określa on zasady wypłaty przez państwa członkowskie UE świadczeń lub zasiłków rodzinnych w przypadku kumulacji praw do

<sup>19</sup> Por. uzasadnienie 9 W 25/05, s. 5–6.

<sup>20</sup> Schmidt, Weber-Grellet, *EstG*, 25. Edition, § 62; Beck-online; Born, *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. Edition, § 1612b; Beck-online.

<sup>21</sup> Por. uzasadnienie 9 W 25/05, s. 5.

<sup>22</sup> Por. *ibidem*.

<sup>23</sup> Rozporządzenie nr 574/72 z dnia 21 marca 1972 r. w sprawie wykonywania rozporządzenia (EWG) nr 1408/71

nich, a więc w sytuacji, gdy więcej niż jedno państwo powinno je wypłacać. W omawianym stanie faktycznym zasiłek taki powinny wypłacać właściwe organy holenderskie. Oznacza to automatycznie zawieszenie wypłaty *Kindergeld* w Niemczech, jeśli w tym samym czasie na tego samego członka rodziny przysługuje analogiczne świadczenie w Holandii. W świetle zasad koordynacji zabezpieczania społecznego w zakresie świadczeń rodzinnych ojciec dziecka mógł co najwyżej w Niemczech pobierać *Kindergeld* w wysokości kwoty stanowiącej różnicę między zasiłkiem w Holandii a zasiłkiem w Niemczech. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie podkreślał, że zawieszona na podstawie art. 10 ust. 1 rozporządzenia nr 574/72 kwota świadczeń ograniczona jest jedynie do kwoty, w stosunku do której świadczenia się pokrywają<sup>24</sup>.

Z oceny stanu faktycznego dokonanej przez sąd niemiecki można *a contrario* wnioskować, że zaliczenie *Kindergeld* na poczet alimentów nie może mieć miejsca, gdy rodzic faktycznie nie przesyłał zasiłku na rzecz dziecka, zatrzymując go dla siebie, w związku z tym rodzic (opiekun), z którym mieszka dziecko, nie miał go fizycznie do dyspozycji. W takiej sytuacji

dochodzi do wykorzystywania zasiłku niezgodnie z jego przeznaczeniem. Przeciwdziałać temu negatywnemu zjawisku ma regulacja art. 68a rozporządzenia nr 883/2004<sup>25</sup>, zgodnie z którym w takim przypadku świadczenia rodzinne są udzielane osobie rzeczywiście utrzymującej członków rodziny<sup>26</sup>.

6. *Kindergeld* w prawie niemieckim to rodzaj ulgi podatkowej przyznawanej na podstawie ustawy o podatku dochodowym<sup>27</sup> (dalej: EStG) rodzicowi mającemu status rezydenta podatkowego w Niemczech. Jeśli jednak rodzic nie jest rezydentem podatkowym, podstawą przyznania *Kindergeld* może być także federalna ustawa o zasiłku na dzieci<sup>28</sup> (dalej: BKGG), pod warunkiem że rodzic jest zatrudniony w Niemczech. W obu wypadkach wnioskodawca musi posiadać w Niemczech miejsce zamieszkania. W praktyce jest on wypłacany za okres faktycznego zamieszkania uprawnionego w Niemczech. Jego wypłata nie jest uzależniona od podlegania niemieckiemu systemowi ubezpieczeń społecznych, może być także przyznany pracownikom oddelegowanym i sezonowym<sup>29</sup>.

Zasiłek ten jest zasadniczo wypłacany do momentu ukończenia przez dziecko 18 lat,

w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, Dz.Urz. UE L 1972.74.1, uchylone przez rozporządzenie nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, Dz.Urz. UE L 2009.284.1; zob. także „wykonywane” rozporządzenie nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, Dz.Urz. UE L 1971.149.2, uchylony przez rozporządzenie nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, Dz.Urz. UE L 2004.166.1 (art. 10, art. 68 nowego rozporządzenia).

<sup>24</sup> Por. sprawa 104/80 *Kurt Beec v. Bundesanstalt für Arbeit*, LEX nr 132368; sprawa 104/84 J. W. M. *Kromhout v. Raad van Arbeid*, ECR 1985/6/02205, LEX nr 130744; M. Rozbicka-Ostrowska, *Komentarz do spraw o świadczenia rodzinne*, (w:) *Komentarz do spraw administracyjnych*, s. 334–335.

<sup>25</sup> Rozporządzenie nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, Dz.Urz. UE L 2004.166.1.

<sup>26</sup> Szerzej K. Ślebzak, *Koordinacja systemów zabezpieczenia społecznego*, Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business 2012, s. 572–573.

<sup>27</sup> Einkommensteuergesetz, §§ 62 i n., Federalny Dziennik Ustaw 2009 I, s. 3366.

<sup>28</sup> Bundeskindergeldgesetz, BKGG, Federalny Dziennik Ustaw 2009 I, s. 142; Wendl, Dose, *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis*, 9. Auflage 2015, nb. 3, Beck-online.

<sup>29</sup> Por. wyrok ETS z 12 czerwca 2012 r. w sprawach połączonych C-611/10 i C-612/10, *Waldemar Hudziński przeciwko Agentur für Arbeit Wesel-Familienkasse* (C-611/10) oraz *Jaroslav Wawrzyniak przeciwko Agentur für Arbeit Mönchengladbach-Familienkasse* (C-612/10); Dz.Urz. UE C 2012.227.4, www.eur-lex.europa.eu.

podlega jednak wydłużeniu do ukończenia przez nie 21 lub 25 lat, jeśli dziecko nie podjęło jeszcze pracy lub dalej się kształci (§ 32 ust. 4 pkt 1 EStG)<sup>30</sup>. Warunkiem przyznania *Kindergeld* nie jest zamieszkanie dziecka w Niemczech, przysługuje także, jeśli dzieci mieszkają w innych państwach członkowskich UE lub należących do Europejskiego Obszaru Gospodarczego (§ 63 ust. 3 EStG). Przysługuje on w pierwszej kolejności temu rodzicowi, z którym mieszka dziecko (§ 64 ust. 2 EStG, § 3 ust. 2 BKGG), a więc rodzicowi, który wypełnia swój obowiązek alimentacyjny przede wszystkim przez osobistą opiekę nad nim. Drugi rodzic jest uprawniony do zasiłku pod warunkiem, że wypełnia względem dziecka obowiązek alimentacyjny (§ 64 ust. 2 EStG). *Kindergeld* należy się więc tylko rodzicowi, który wypełnia obowiązek alimentacyjny, osobiście lub w formie pieniężnych świadczeń. Warto nadmienić, że w sprawach prowadzonych przez polski organ centralny alimenty były płacone nieregularnie i w niewielkiej wysokości lub wcale, a ich wysokość, ustalona w wyroku sądu, nie przekraczała kwoty wypłacanego dłużnikowi alimentacyjnemu *Kindergeld*. W tej sytuacji zaliczenie przez niemiecki organ centralny na poczet alimentów całej kwoty *Kindergeld* oznacza, że dłużnik jest traktowany tak, jakby w całości spełnił swój obowiązek alimentacyjny, choć w rzeczywistości został z niego zwolniony. Tymczasem wypełnianie obowiązku alimentacyjnego jest warunkiem koniecznym przyznania zasiłku, który może być następnie używany przez rodzica do wypełniania tego obowiązku. Jeśli rodzic otrzymujący *Kindergeld* przestał wy-

wiązywać się ze swojego obowiązku alimentacyjnego, prawo niemieckie przewiduje możliwość wypłaty tych świadczeń bezpośrednio do rąk dziecka (§ 74 EStG).

Zasadniczo *Kindergeld* traktowany jest jako dochód dziecka<sup>31</sup>, w związku z tym wpływa na wysokość należnych mu alimentów. W świetle § 1612b BGB w jego aktualnym brzmieniu<sup>32</sup> zmniejsza on potrzeby finansowe dziecka uprawnionego do alimentów o 1/2 kwoty *Kindergeld* w przypadku, gdy jeden rodzic realizuje swój obowiązek alimentacyjny poprzez osobistą opiekę nad dzieckiem, a drugi w formie pieniężnej. Chodzi o sytuacje, gdy dziecko mieszka tylko z jednym rodzicem, na skutek czego drugi rodzic zazwyczaj będzie realizował obowiązek alimentacyjny w formie pieniężnej. We wszystkich innych przypadkach 100% kwoty *Kindergeld* jest zaliczane na potrzeby finansowe dziecka, zmniejszając automatycznie wysokość świadczeń alimentacyjnych.

W praktyce sądów niemieckich przepis ten jest stosowany w ten sposób, że przy ustalaniu wysokości alimentów na rzecz dziecka małoletniego sąd odlicza 1/2 kwoty *Kindergeld*, a w przypadku dziecka pełnoletniego – 100% kwoty *Kindergeld*<sup>33</sup>. Rodzic zobowiązany do płacenia alimentów na rzecz swojego małoletniego dziecka, z którym nie mieszka, będzie płacił alimenty pomniejszone o 1/2 *Kindergeld*, podczas gdy rodzic, z którym dziecko mieszka, dostanie 100% *Kindergeld*, bo to on jest uprawniony w tej sytuacji do pobierania zasiłku. Przyjmując takie zasady zaliczania, ustawodawca niemiecki z jednej strony chce zrównać koszty ponoszone na wychowanie i utrzymanie dziecka przez

<sup>30</sup> Reinken, *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 4–8.

<sup>31</sup> Zgodnie z ustawami dotyczącymi pomocy społecznej; por. § 11 ust. 1 S 3 SGB II, Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe – (Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Dezember 2003, BGBl. I S. 3022); także § 82 I S 2 SGB XII, Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe – (Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Dezember 2003, BGBl. I S. 3022); <http://www.gesetze-im-internet.de> (dostęp: 19 czerwca 2016 r.).

<sup>32</sup> Obowiązującym od 1 stycznia 2008 r., Vorschrift neugefaßt durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl. I S. 3189). Regulacja dotycząca wpływu *Kindergeld* na wysokość alimentów przyznanych na dziecko, na które dłużnik alimentacyjny otrzymuje zasiłek, pojawiła się w prawie niemieckim w 1998 r. (ustawa z 6 kwietnia 1998 r., BGBl. I S. 666).

<sup>33</sup> Por. Reinken, *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 4–8; także jeśli dziecko pełnoletnie dalej mieszka z jednym z rodziców, jeśli ten rodzic jest w stanie go dłużej alimentować; *ibidem*, nb. 16.

każdego z rodziców, a z drugiej – podkreśla rolę codziennej osobistej opieki na dzieckiem, mogącej wpływać na ograniczenie zawodowych i tym samym finansowych możliwości tego rodzica<sup>34</sup>. Pokazują one także, że obowiązek alimentacyjny na rzecz dziecka pełnoletniego jest słabszy niż na rzecz dziecka małoletniego.

W świetle tych regulacji w niemieckiej doktrynie panuje pogląd, że dziecku przysługuje względem rodzica roszczenie alimentacyjne o przekazanie środków pieniężnych uzyskanych na nie tytułem *Kindergeld*<sup>35</sup>.

7. Podstawą zaliczania *Kindergeld* na poczet alimentów w sprawach transgranicznych może być ewentualnie koncepcja przepisów koniecznego zastosowania wypracowana na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego. Są to takie przepisy spoza prawa generalnie właściwego, których zastosowanie nie może być ograniczone lub wyłączone przez strony, dotyczy to także wskazania prawa za pomocą łącznika obiektywnego<sup>36</sup>. O takim charakterze przepisów decyduje każdy system prawa z osobna. Jednak z badań aktowych wynika, że niemiecki organ centralny nie powołał się w ogóle na § 1612b BGB jako na podstawę prawną swojego działania, z której wynika obowiązek zaliczenia *Kindergeld* na poczet alimentów. Ponadto zaliczył on na poczet alimentów całą kwotę *Kindergeld*, a zgodnie z § 1612b BGB w przypadku dzieci małoletnich na poczet alimentów może być zaliczona tylko 1/2 kwoty *Kindergeld*. To wskazuje, że wykształcił

się „podwójny standard”, tj. stosuje się inne zasady zaliczania *Kindergeld* na poczet alimentów w sprawach wewnętrznych, powiązanych wyłącznie z niemieckim porządkiem prawnym, a inne – mniej korzystne dla dzieci uprawnionych do alimentów – w sprawach transgranicznych.

8. W świetle unijnego prawa prywatnego międzynarodowego sąd przy określaniu wysokości świadczeń alimentacyjnych bierze pod uwagę potrzeby wierzyciela i możliwości majątkowe dłużnika, nawet jeśli prawo właściwe stanowi inaczej. Dotyczy to także świadczeń, które wierzyciel otrzymał zamiast okresowo wypłacanych świadczeń alimentacyjnych. Wynika to z art. 14 protokołu haskiego o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych<sup>37</sup>, określającego – zgodnie z odesłaniem z art. 15 rozporządzenia alimentacyjnego – prawo właściwe dla alimentów w sprawach transgranicznych.

W intencji twórców protokołu pojęcie „wszelkie świadczenia, które wierzyciel otrzymał zamiast okresowo wypłacanych świadczeń alimentacyjnych” odnosi się w szczególności do sytuacji, gdy na skutek rozwodu jeden z małżonków otrzymał jednorazową kwotę pieniężną lub część majątku należącego do drugiego z małżonków w celu zaspokojenia jego wszelkich roszczeń majątkowych, także alimentacyjnych<sup>38</sup>. *A contrario* nie dotyczy to świadczeń wypłacanych ze środków publicznych dotyczących pomocy państwa, szczególnie na rzecz małoletnich dzieci.

<sup>34</sup> *Ibidem*, nb. 11–13a.

<sup>35</sup> Graba, Maier, *Familienrecht. Scheidung, Unterhalt, Verfahren*, Monachium 2015, § 1612b BGB, nb. 1, Beck-online; Reinken, *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 17; I. Saathoff, (w:) Kaiser, Schnitzler, Friederici, Schilling (red.), *BGB. Familienrecht*, Monachium 2014, § 1612b BGB, nb. 10.

<sup>36</sup> Wyróżnia się krajowe (należące do systemu prawnego, w którym ma siedzibę organ orzekający w sprawie) oraz obce przepisy koniecznego zastosowania (przepisy państwa trzeciego, które stosuje się ze względu na ich ścisły związek z daną sprawą), por. M. Mataczyński, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków: Zakamycze 2005, s. 43–44, 50–51; *idem*, *Obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie. Rozważania na tle art. 7 ust. 1 konwencji rzymskiej oraz orzecznictwa sądów niemieckich*, KPP Rok X: 2001, z. 2, s. 375–379.

<sup>37</sup> Dz.Urz. UE L 2009.331.19, załącznik do decyzji Rady z dnia 30 listopada 2009 r. w sprawie zawarcia przez Wspólnotę Europejską Protokołu haskiego z dnia 23 listopada 2007 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych.

<sup>38</sup> A. Bonomi, *Protokół z dnia 23 listopada 2007 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych (polskie tłumaczenie)*, Belgia 2013, s. 44, <https://assets.hchc.net/docs/d8be4226-2b5c-4005-a314-af001e760189.pdf> (dostęp: 23 marca 2017 r.).

Zatem to sąd polski, ustalając wysokość alimentów, ma obowiązek uwzględnić potrzeby dziecka oraz możliwości zarobkowe i majątkowe rodzica zobowiązanego do alimentów. Decyzja niemieckiej Familienkasse o przyznaniu dłużnikowi alimentacyjnemu *Kindergeld* na jego dziecko mieszkające w Polsce zwiększa możliwości majątkowe dłużnika, a kwoty *Kindergeld* faktycznie przeznaczone na zaspokojenie potrzeb dziecka zmniejszą jego usprawiedliwione potrzeby. Zatem to polskie sądy, zasądzając alimenty, powinny uwzględnić *Kindergeld*, a nie niemieckie organy centralne odpowiedzialne za egzekucję alimentów zasądzonych prawomocnym wyrokiem obcego sądu.

9. Także w naszym prawie zakres świadczeń alimentacyjnych zależy od usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego oraz od zarobkowych i majątkowych możliwości zobowiązanego (art. 135 § 1 k.r.o.<sup>39</sup>). Jednak inaczej niż w Niemczech, w Polsce bardzo długo ani ustawodawca, ani orzecznictwo nie rozstrzygnęły jednoznacznie o wpływie świadczeń z pomocy społecznej na wysokość alimentów. Z tego powodu sądy uwzględniały te świadczenia albo ich nie uwzględniały przy ustalaniu wysokości alimentów. Dotyczyło to zwłaszcza świadczeń z funduszu alimentacyjnego. To prowadziło do bardzo negatywnego zjawiska, mianowicie w podobnych sprawach zapadały różne rozstrzygnięcia. Dlatego ze skutkami od czerwca 2009 r.<sup>40</sup> polski ustawodawca zdecydował się uregulować wpływ na istnienie i zakres obowiązku alimentacyjnego świadczeń:

1) z pomocy społecznej lub funduszu alimentacyjnego podlegających zwrotowi przez zobowiązanego do alimentacji; oraz 2) dla rodziny zastępczej (art. 135 § 3 k.r.o.).

Niezaliczanie świadczeń z funduszu alimentacyjnego na poczet alimentów należy oceniać pozytywnie, ponieważ są to świadczenia z założenia doraźne, powiązane ze stanem bezskuteczności egzekucji alimentów, które dłużnik ma obowiązek zwrócić podmiotowi zobowiązanemu do ich wypłaty na rzecz uprawnionego. Jest również bezsporne, że na wysokość alimentów nie powinny także wpływać świadczenia dla rodziny zastępczej.

Ponieważ przepis art. 135 § 3 k.r.o. nie odnosił się w ogóle do świadczeń rodzinnych, w dalszym ciągu nie wyeliminowano stanu niepewności prawnej co do ich wpływu na wysokość alimentów. W takiej sytuacji w doktrynie<sup>41</sup> wypracowano pogląd o zaliczaniu świadczeń rodzinnych na poczet alimentów, co znaczyło, że ich przyznanie powinno zmniejszać wysokość alimentów. Odwoływano się do wypracowanego w doktrynie<sup>42</sup> podziału świadczeń w ramach zabezpieczenia społecznego na świadczenia 1) z ubezpieczenia społecznego (np. emerytura, renta inwalidzka, renta rodzinna i inne związane ze stosunkiem prawnym ubezpieczenia pracowniczego lub z tytułu pracy na własny rachunek), 2) z powszechnego zaopatrzenia społecznego (np. zasiłek rodzinny, zapomoga z tytułu urodzenia dziecka) oraz 3) z pomocy społecznej (np. zasiłek stały i celowy). Także ustawodawca w uzasadnieniu<sup>43</sup> projektu ustawy z czerwca

<sup>39</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (dalej: k.r.o.), Dz.U. z 2015 r. poz. 2082.

<sup>40</sup> Na podstawie art. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2008 r. nr 220, poz. 1431.

<sup>41</sup> T. Smyczyński, *Alimentacja członków rodziny w świetle systemu zabezpieczenia społecznego*, Wrocław: Zakład Narodowy imienia Ossolińskich 1989, s. 170–172; M. Andrzejewski, *Ochrona praw dziecka*, s. 133; początkowo także SN zajął stanowisko, że sąd nie bierze pod uwagę zasiłków rodzinnych przy ustalaniu alimentów (por. uchwałę składu 7 sędziów SN z 11 grudnia 1967 r., III CZP 56/67, OSNC 1968, nr 12, s. 200), ale odstąpił od tego poglądu w wytycznych z 1987 r. (por. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej i Administracyjnej SN z 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, wytyczne w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej w sprawach o alimenty, OSNC 1988, nr 4, s. 42, MP 1988, nr 6, s. 60).

<sup>42</sup> T. Smyczyński, *Alimentacja członków rodziny*, s. 207, 247–248; *idem*, (w:) *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System Prawa Prywatnego. Tom 11*, red. T. Smyczyński, wyd. 2, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 790–797.

<sup>43</sup> Por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, druk nr 888 z 12 sierpnia 2008 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf> (dostęp: 9 maja 2016 r.).



2009 r. odwoływał się do argumentów doktryny, że świadczenia z ubezpieczenia społecznego oraz z powszechnego zaopatrzenia społecznego mają charakter roszczeniowy i wspierają własne siły osoby do nich uprawnionej, stanowią więc dochód zaspokajający bezpośrednio potrzeby uprawnionego lub wspierający możliwość wykonywania obowiązku alimentacyjnego przez zobowiązanego<sup>44</sup>.

Konkludując, należy stwierdzić, że świadczenia rodzinne nie są krótkotrwałymi formami wsparcia mającymi na celu przezwyciężenie trudnych sytuacji, nie odwołują się do zasady pomocniczości ani aktywizacji beneficjentów w kierunku poprawy ich sytuacji bytowej<sup>45</sup>, są rodzajem trwałej pomocy udzielanej przez państwo w celu ochrony rodziny, wielodzietności i niepełnosprawności<sup>46</sup>. Zasiłek rodzinny ma być wydatkowany na utrzymanie dziecka, ale jego funkcja nie polega na zapewnieniu środków utrzymania dziecku, a tym bardziej całej rodzinie<sup>47</sup>. Jego celem jest wspomaganie rodziców w ponoszeniu wydatków utrzymania rodziny, tak by w mniejszym stopniu odczuwali ciężary związane z jej utrzymaniem, co znaczy, że obowiązek alimentacyjny w dalszym ciągu obciąża rodziców, a nie organ wypłacający zasiłek<sup>48</sup>.

Z kolei pomoc społeczna jest oparta na zasadzie subsydiarności, zatem może być udzielona dopiero w przypadku, gdy w ramach tzw. solidarności rodzinnej nie można zaspo-

koić potrzeb uprawnionego albo nie może on uzyskać pomocy we właściwym czasie<sup>49</sup>, zatem przysługuje osobie, która nie ma żadnych innych wystarczających źródeł dochodu, także alimentów<sup>50</sup>.

10. Zmianę stanu prawnego przyniosła nowelizacja<sup>51</sup> k.r.o., która weszła w życie w sierpniu 2016 r. Zgodnie z art. 135 § 3 k.r.o. w nowym brzmieniu na zakres alimentów nie wpływają: 1) świadczenia z pomocy społecznej lub funduszu alimentacyjnego<sup>52</sup> podlegające zwrotowi przez zobowiązanego do alimentacji; 2) świadczenia, wydatki i inne środki finansowe związane z umieszczeniem dziecka w pieczy zastępczej<sup>53</sup>; 3) świadczenie wychowawcze<sup>54</sup> oraz 4) świadczenia rodzinne<sup>55</sup>. Zatem rozszerzono katalog świadczeń finansowanych ze środków publicznych, których nie uwzględnia się przy obliczaniu wysokości alimentów na świadczenia rodzinne oraz wprowadzone w kwietniu 2016 r. świadczenia wychowawcze (w ramach rządowego programu Rodzina 500 plus). Warto nadmienić, że konstrukcja świadczenia wychowawczego została oparta na analogicznych jak w przypadku świadczeń rodzinnych założeniach, z tą różnicą, że jest ono niezależne od kryterium dochodowego, ale wyłącznie w przypadku drugiego i każdego kolejnego dziecka<sup>56</sup>. Jego podstawowy cel – częściowe pokrycie wydatków związanych z zaspokojeniem potrzeb życiowych i wycho-

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 171–172; T. Smyczyński, (w:) *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, s. 793.

<sup>45</sup> A. Korcz-Maciejko, W. Maciejko, *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2009, s. 4.

<sup>46</sup> I. Sieprawska, *Prawo pomocy społecznej*, Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006, s. 232.

<sup>47</sup> A. Korcz-Maciejko, W. Maciejko, *Świadczenia rodzinne*, s. 163, 165.

<sup>48</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 5 marca 2009 r., IV SA/Po 518/08, LEX nr 544226.

<sup>49</sup> T. Smyczyński, *Glosa do wyroku SN z dnia 3 września 1998 r.*, I CKN 908/97, OSP 1999, nr 10, s. 173; *idem*, *Alimentacja członków rodziny*, s. 207–208.

<sup>50</sup> Wyrok SN z 3 września 1998 r., I CKN 908/97, OSNC 1999, nr 3, s. 53, OSP 1999, nr 10, s. 173, Biul. SN 1999, nr 1, s. 10, „Wspólnota” 1999, nr 21, s. 17, MP 1999, nr 3, s. 29.

<sup>51</sup> Na podstawie ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 1177.

<sup>52</sup> Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów, Dz.U. z 2016 r. poz. 169.

<sup>53</sup> Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, Dz.U. z 2016 r. poz. 575.

<sup>54</sup> Ustawa z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci, Dz.U. z 2016 r. poz. 195.

<sup>55</sup> Określone w ustawie z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych, Dz.U. z 2015 r. poz. 114.

<sup>56</sup> Przedstawiony przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzin-

wawczych dziecka<sup>57</sup> – jest tożsamy z celem świadczeń rodzinnych. Zatem wydawałoby się, że świadczenia wychowawcze, podobnie jak świadczenia rodzinne, powinny zmniejszać wysokość świadczeń alimentacyjnych.

Nie podejmując się w ramach tego opracowania próby rzetelnej oceny wprowadzonych zmian, warto zwrócić uwagę, że przyjęta w uzasadnieniu<sup>58</sup> nowelizacji regulującej wpływ m.in. świadczeń rodzinnych i wychowawczych na wysokość świadczeń alimentacyjnych argumentacja na rzecz ich nieuwzględniania przy obliczaniu alimentów nie jest spójna. Z jednej strony projektodawca wyraźnie akcentuje, że zarówno świadczenia rodzinne, jak i wychowawcze mają na celu pomoc rodzicom w utrzymaniu i wychowaniu dzieci<sup>59</sup>. Utrzymanie i wychowanie to istota i cel obowiązku alimentacyjnego rodziców na rzecz dziecka. Projektodawca podkreśla zresztą, że świadczenia wychowawcze mają charakter alimentacyjny. Z drugiej strony zabrania się rodzicom zaliczania ich na poczet alimentów, podnosząc, że przemawia za tym dobro dziecka. Zgodzić się należy z projektodawcą, że świadczenia wychowawcze „nie mogą być wykorzystywane do zmniejszenia obciążeń alimentacyjnych i pomocy osobom zobowiązanym z tego tytułu, zwłaszcza w sytuacji tak niskiej ściągalności alimentów. (...) rażąco naruszałoby to zasadę sprawiedliwości społecznej”<sup>60</sup>. Można jednak temu przeciwdziałać, np. jak w prawie niemieckim, pozbawiając uprawnienia do tego świadczenia rodziców, którzy nie realizują swojego obowiązku alimentacyjnego względem dziecka.

Patrząc na samą konstrukcję cywilistycznego obowiązku alimentacyjnego, należy stwierdzić, że kwoty przyznane tytułem świadczeń wy-

chowawczych lub/i świadczeń rodzinnych są (a przynajmniej powinny być) przeznaczone na zaspokojenie finansowych potrzeb związanych z utrzymaniem i wychowaniem dziecka. W sytuacji gdy pokryją wszystkie te potrzeby, obowiązek alimentacyjny nie powinien się w ogóle zaktualizować, a jeśli dojdzie do jego aktualizacji, wysokość świadczeń powinna być dostosowana do tych potrzeb uprawnionego, które jeszcze – mimo przyznanych zasiłków – nie zostały zaspokojone. Dlatego też ustawodawca nakazał nie zaliczać ich na poczet alimentów. Sądy zatem ustalają alimenty w takiej wysokości, jakby te świadczenia nie były wypłacane, biorą pod uwagę zatem te potrzeby, które dzięki wypłaconym zasiłkom zostały zaspokojone, choćby częściowo. Prowadzi to do zasądzenia alimentów w pełnej wysokości, ale często trudno ściągalnych lub nieściągalnych w ogóle. Skoro dłużnik wie, że jego dziecko będzie utrzymane, choćby na minimalnym poziomie, przez państwo, nie jest zainteresowany realizacją swojego obowiązku. Celem świadczeń rodzinnych i wychowawczych jest pomoc dla tych, którzy swoje dzieci utrzymują i wychowują, a nie dla tych, którzy tego nie robią. W przypadku tych ostatnich remedium na brak odpowiedzialności za dziecko mógłby być *de lege ferenda* obowiązek zwrotu wypłaconych świadczeń rodzinnych i wychowawczych.

Z jednej strony nowy stan prawny może przyczynić się do eliminacji, względnie zapobiegnięcia ubóstwu uprawnionego do alimentów, z drugiej – wprowadzenie świadczenia wychowawczego rodzi obawę całkowitego przejęcia przez państwo ciężaru utrzymania dziecka.

**11.** Trzeba przyznać, że osoby ubiegające się o alimenty w takim stanie prawnym mogły być

ny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, druk nr 448, s. 5; <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=448> (dostęp: 24 marca 2017 r.).

<sup>57</sup> P. Daniel (red.), P. Ławrynowicz, A. Skomra, *Ustawa o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci: komentarz*, Wrocław: Presscom 2016, s. 15–16. Trudno dopatrzeć się tutaj realizacji zasady pomocniczości państwa.

<sup>58</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, druk nr 448, s. 3.

<sup>59</sup> *Ibidem*, s. 4.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

co najmniej zagubione albo nabrać przeświadczenia, że wszelkie świadczenia z pomocy społecznej nie powinny być zaliczane na poczet alimentów, skoro wszystkie pochodzą ze środków publicznych.

W opisanej sytuacji najbardziej rozgoryczony jest rodzic dziecka (najczęściej matka) dochodzący alimentów w Niemczech na podstawie polskiego wyroku, błędnie przeświadczony, że *Kindergeld* należy się niezależnie od alimentów. Może go w tym utwierdzać wynikający z niedawnej zmiany prawa w Polsce obowiązek niezaliczania świadczeń wskazanych w art. 135 § 3 k.r.o. na poczet alimentów, warto więc podkreślić, że dotyczy to wyłącznie świadczeń rodzinnych i wychowawczych przyznanych i wypłacanych w Polsce na podstawie odpowiednio ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz ustawy o pomocy państwa

w wychowaniu dzieci. Nie dotyczy to *Kindergeld* wypłacanego w Niemczech, które zmniejsza kwoty zasądzonych alimentów, co wynika wprost z prawa niemieckiego.

Ponadto odwołując się do podstawowej zasady wymiaru alimentów, sąd polski ustala wysokość alimentów, uwzględniając aktualne potrzeby dziecka oraz możliwości zarobkowe i majątkowe rodzica zobowiązanego (art. 135 § 1 k.r.o.), tymczasem przepis prawa nakazuje sędziom uwzględniać także te potrzeby, które na skutek wypłaconych zasiłków zostały zaspokojone. Może to także prowadzić do naruszenia art. 14 protokołu haskiego z 2007 r. o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych<sup>61</sup>, w świetle którego sąd przy określaniu wysokości świadczeń alimentacyjnych musi uwzględnić aktualne potrzeby wierzyciela (a nie te, których już nie ma) oraz możliwości majątkowe dłużnika.

<sup>61</sup> Dz.Urz. UE L 2009.331.19.

## Summary

Anna Juryk

### ENFORCEMENT OF MAINTENANCE IN GERMANY AND KINDERGELD

The article concerns the impact of the German family benefit *Kindergeld* to execution in Germany maintenance awarded in Poland. There are frequent cases in practice due to the large number of Poles traveling to Germany to work. The author discusses the German regulations concerning *Kindergeld* and tries to explain why it is why it is deducted maintenance in cases of German and Polish (cross-border).

**KEY WORDS:** cross-border cases, international recovery of maintenance, German family benefit *Kindergeld*

**POJĘCIA KLUCZOWE:** sprawy transgraniczne, egzekucja alimentów za granicą, niemiecki zasiłek rodzinny *Kindergeld*

## NIEDOPUSZCZALNOŚĆ ZASTĄPIENIA ORZECZENIEM SĄDOWYM UCHWAŁY WSPÓLNIKÓW SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ WYRAŻAJĄCEJ ZGODĘ NA ZBYCIE NIERUCHOMOŚCI

Konieczność podjęcia uchwały wspólników spółki z o.o. dla zbycia nieruchomości, będącej w majątku tej spółki, wynika *expressis verbis* z art. 228 pkt 4 Kodeksu spółek handlowych (dalej: k.s.h.)<sup>1</sup> (w braku odmiennego uregulowania tej kwestii przez wspólników<sup>2</sup>). Stąd czynność prawną dokonaną w braku takiej uchwały należy poddać sankcji z art. 17 § 1 k.s.h.<sup>3</sup> (nieważność czynności prawnej spółki, gdy ustawa wymaga uchwały wspólników<sup>4</sup>). Mimo to w ostatnich latach pojawiła się niepokojąca linia orzecznicza, bezpodstawnie deprecjonująca walor normatywny przepisu art. 228 pkt 4 k.s.h., uznająca, że brak rzeczowej uchwały wspólników spółki z o.o. nie stanowi przeszkody do wydania wyroku w trybie orzeczenia zastępującego oświadczenie woli spółki o zbyciu nieruchomości na podstawie art. 64 Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.)<sup>5</sup> w związku z art. 1047 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.)<sup>6</sup>. Stąd niezbędne staje się rozważenie oraz podkreślenie roli i włas-

ciwego znaczenia art. 228 pkt 4 k.s.h., a także (nie)dopuszczalności zastępowania analizowanej uchwały orzeczeniem sądowym.

### I. LINIA ORZECZNICZA

Zagadnieniem wymagającym analizy jest sytuacja, w której prawidłowo reprezentowana przez zarząd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zawiera umowę przedwstępną zbycia nieruchomości z osobą trzecią przy dochowaniu formy aktu notarialnego, ale w braku uprzedniej uchwały wspólników wyrażającej zgodę na zbycie tejże nieruchomości, która to uchwała nie zostaje również podjęta w terminie późniejszym. Rozważenia wymaga problem prawny, czy w wyżej przedstawionej sytuacji osoba trzecia, będąca drugą stroną umowy przedwstępnej zawartej ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, może skutecznie domagać się zobowiązania spółki do

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1578 ze zm.).

<sup>2</sup> Zob. pkt II akapit III.

<sup>3</sup> Art. 17 § 1 k.s.h. niewątpliwie znajduje zastosowanie do uchwał wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w przedmiocie zbycia nieruchomości – zob. A. Szumański, (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–150 KSH. Tom I*, red. S. Sołtysiński, Legalis 2012, komentarz do art. 17; D. Kupryjańczyk, (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Legalis 2017, komentarz do art. 17. Zarazem trzeba zaznaczyć, że D. Kupryjańczyk zdaje się przychylić do poddanego krytycznej analizie w niniejszym artykule poglądu, że zgoda wspólników nie jest wymagana dla zawarcia umowy zobowiązującej do przeniesienia własności nieruchomości, nawet jeżeli jest to umowa przedwstępna zawierana ze skutkiem dalej idącym z art. 390 § 2 k.c.

<sup>4</sup> Oczywiście z zastrzeżeniem niezpełnienia braku w terminie dwumiesięcznym przewidzianym w art. 17 § 2 k.s.h. W trakcie biegu dwumiesięcznego terminu czynność obarczona jest sankcją bezskuteczności zawieszzonej, zob. A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Legalis 2014, komentarz do art. 228 k.s.h.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.).

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.).

zawarcia umowy, w której pozwana spółka dokona zbycia nieruchomości<sup>7</sup>, w drodze powództwa opartego na art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c.

Linia orzecznicza, której fundament stanowi wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22 listopada 2012 r.<sup>8</sup>, uznaje, że wydane na podstawie art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c. orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek spółki z ograniczoną odpowiedzialnością złożenia oznaczonego oświadczenia woli zastępuje to oświadczenie. Orzeczenie to ma charakter konstytutywny i samo w sobie nie jest oświadczeniem woli spółki, a dla jego skuteczności nie jest konieczna uchwała współników, wymagana w świetle art. 228 k.s.h. dla złożenia ważnego oświadczenia woli przez samą spółkę<sup>9</sup>. Postawiona teza i przywoływana w analizowanym orzeczeniu argumentacja zostały przyjęte przez orzecznictwo<sup>10</sup>. Zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa nie jest istotny fakt niewyrażenia zgody na zbycie nieruchomości przez współników, ani w dacie zawierania umowy zobowiązującej, ani w terminie późniejszym, oraz że uchwała współników stosownie do treści art. 228 pkt 4 k.s.h. jest konieczna do skutecznego rozporządzenia przez spółkę

własnością nieruchomości<sup>11</sup>. Artykuł 228 k.s.h. może być wykładany ściśle<sup>12</sup> lub szeroko. Szeroka wykładnia oznacza konieczność spełnienia wymogu uchwały zgromadzenia współników nie tylko przy nabyciu nieruchomości, ale do podjęcia jakichkolwiek działań prowadzących do takiego nabycia, np. negocjacji lub zawarcia umowy przedwstępnej<sup>13</sup>. Przy ścisłej wykładni uznaje się, że dopuszczalne jest zawarcie przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością umowy zobowiązującej do przeniesienia własności nieruchomości bez zgody współników, gdyż nie prowadzi to do rozporządzenia nieruchomości (zbycia nieruchomości)<sup>14</sup>. Ścisła wykładnia sprowadza pojęcie zbycia do skutku rozporządzającego<sup>15</sup>. Analizowana linia orzecznicza wyprowadza z tego skutek w postaci konieczności uznania, że skoro przy ścisłej wykładni art. 228 pkt 4 k.s.h. zgoda w postaci uchwały współników nie jest niezbędna dla zawarcia umowy przedwstępnej, to nie jest ona również konieczna w przypadku dochodzenia przed sądem wykonania umowy zobowiązującej do przeniesienia własności, czyli zawarcia umowy przenoszącej własność<sup>16</sup>. Podsumowując – linia orzecznicza sprowadza się do stwierdzenia, że **skoro wyrok sądu zastę-**

<sup>7</sup> W zależności od okoliczności sprawy powód może domagać się np. ustanowienia i przeniesienia na jego rzecz odrębnej własności lokalu mieszkalnego.

<sup>8</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22 listopada 2012 r., I ACa 516/12, Legalis nr 730908.

<sup>9</sup> Tamże.

<sup>10</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13, Legalis nr 993616; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 10 września 2015 r., I ACa 322/15, Legalis nr 1398317; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 10 września 2015 r., I ACa 324/15, Legalis nr 1398318; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 10 września 2015 r., I ACa 325/15, Legalis nr 1398319; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29 października 2015 r., I ACa 607/15, Legalis nr 1435260; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 19 listopada 2015 r., I ACa 933/15, Legalis nr 1445776.

<sup>11</sup> Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13, Legalis nr 993616.

<sup>12</sup> Tak na tle nabycia nieruchomości przez spółkę akcyjną w świetle art. 393 pkt 4 k.s.h. (będącego odpowiednikiem art. 228 pkt 4 k.s.h. dla spółki akcyjnej) wyrok Sądu Najwyższego z 6 lutego 2009 r., IV CSK 271/08, OSNC – Zbiór dodatkowy 2010, nr B, poz. 32, s. 12. Za ścisłą wykładnią art. 228 pkt 4 k.s.h. opowiedział się również Sąd Najwyższy w uchwale z 21 lutego 2008 r., III CZP 137/07, OSNC 2009, nr 1, poz. 10, s. 47, gdzie uznał, że dopuszczalne jest udzielenie przyzbycia własności nieruchomości na rzecz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bez uchwały współników wyrażającej zgodę na nabycie nieruchomości.

<sup>13</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z 6 lutego 2009 r., IV CSK 271/08, OSNC – Zbiór dodatkowy 2010, nr B, poz. 32, s. 12.

<sup>14</sup> Por. tamże.

<sup>15</sup> Por. tamże.

<sup>16</sup> Zob. zwłaszcza wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22 listopada 2012 r., I ACa 516/12, Legalis nr 730908; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13, Legalis nr 993616.

puje oświadczenie woli pozwanej spółki, to uchwała zgromadzenia wspólników nie jest wymagana<sup>17</sup>.

## II. ROLA UCHWAŁY WSPÓLNIKÓW SPÓŁKI Z O.O. WYRAŻAJĄCEJ ZGODĘ NA ZBYCIE NIERUCHOMOŚCI

Na zarządzie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spoczywa prowadzenie spraw spółki i jej reprezentacja (art. 201 § 1 k.s.h.). Jednakże w niektórych sferach działalności spółki wynikająca z art. 201 § 1 k.s.h. kompetencja zarządu do rozporządzania majątkiem spółki jest ograniczona i taki przypadek stanowi art. 228 pkt 4 k.s.h.<sup>18</sup> Sensem i celem ustanowienia przez ustawodawcę regulacji art. 228 pkt 4 k.s.h. jest ograniczenie możliwości dokonania czynności prawnej ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością bez zgody wspólników tejże spółki wyrażonej w formie uchwały<sup>19</sup>. Zbycie nieruchomości skutkuje oczywiście niemożnością korzystania z tejże nieruchomości przez spółkę, przy czym przepis art. 228 pkt 4 k.s.h. nie rozróżnia, czy nieruchomość służy spółce do prowadzenia działalności, czy też nieruchomość „jedynie” stanowi majątek spółki i nie jest przez spółkę w żaden sposób wykorzystywana (nie służy do prowadzenia działalności<sup>20</sup>), nieistotne są również jej wartość<sup>21</sup>, położenie<sup>22</sup> i wielkość<sup>23</sup>, stąd też zakres przedmiotowy przepisu art. 228 k.s.h. powinien być interpretowany maksymalnie szeroko, obejmuje on wszystkie nieruchomości, czyli grunty, budynki i lokale<sup>24</sup>, a precyzyjnie ujmu-

jąc, zgodnie z definicją legalną z art. 46 § 1 k.c. – grunty, budynki trwale z gruntem związane oraz części takich budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności<sup>25</sup>.

Pierwszą kwestią, jaka powinna być zbadana przy analizie potrzeby podjęcia przez wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością uchwały wyrażającej zgodę na zbycie nieruchomości, jest treść umowy danej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Jeżeli w umowie spółki wprowadzono postanowienie wyłączające wymóg uzyskania takiej uchwały wspólników, co umożliwia art. 228 pkt 4 k.s.h., to uchwała wspólników jest zbędna dla możliwości skutecznego domagania się przez kontrahenta spółki zawarcia umowy przyrzeczonej zbycia nieruchomości. Drugą kwestią jest weryfikacja, czy została podjęta uchwała wspólników lub do umowy spółki inkorporowano postanowienie, które określałyby zasady postępowania w zakresie rozporządzania składnikami aktywów trwałych lub dokonywania niektórych czynności prawnych (art. 228<sup>1</sup> k.s.h.), które to postanowienie umowy spółki lub uchwała wspólników dozwalałyby na zbywanie nieruchomości bez dodatkowej uchwały wspólników spółki w trybie art. 228 pkt 4 k.s.h.

W braku stosownego postanowienia w umowie spółki, wprowadzonego na mocy art. 228 pkt 4 lub art. 228<sup>1</sup> k.s.h. lub uchwały wspólników podjętej na podstawie art. 228<sup>1</sup> k.s.h., art. 228 pkt 4 k.s.h. bezwzględnie wiąże strony umowy zbycia nieruchomości. Tym samym uchwała wyrażająca zgodę na zbycie

<sup>17</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13, Legalis nr 993616.

<sup>18</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 2 września 2011 r., I ACa 774/11, Legalis nr 422331.

<sup>19</sup> Por. M. Borkowski, *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13*, LEX 2015, s. 7.

<sup>20</sup> Nie musi koniecznie chodzić o działalność gospodarczą, jako że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może być utworzona w każdym celu (niekoniecznie gospodarczym), ale prawnie dopuszczalnym, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 151 § 1 k.s.h.

<sup>21</sup> W. Popiołek, (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. W. Pyziół, LEX 2008, komentarz do art. 228 k.s.h.

<sup>22</sup> M. Stanik, (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, Legalis 2017, komentarz do art. 228 k.s.h.

<sup>23</sup> W. Popiołek, (w:) *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 228 k.s.h.

<sup>24</sup> Tak M. Borkowski, *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13*, s. 7.

<sup>25</sup> M. Stanik, (w:) *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 228 k.s.h.

nieruchomości stanowi konieczny wymóg<sup>26</sup> (konieczną przesłankę<sup>27</sup>) dla przeniesienia własności nieruchomości ze spółki na osobę trzecią (kontrahenta). Kwestia zgody decyduje więc o skutku w postaci przeniesienia własności nieruchomości na rzecz kontrahenta.

Skuteczność dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej może w niektórych przypadkach być zależna od spełnienia dodatkowych wymogów, w szczególności ze względu na przedmiot tego rodzaju umowy. Jeżeli przedmiotem umowy przyrzeczonej miałyby być przeniesienie własności nieruchomości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, taki wymóg ustanawia art. 228 pkt 4 k.s.h. Nie ulega wątpliwości, że zawarcie umowy przedwstępnej nie powoduje nabycia przez kontrahenta spółki prawa własności nieruchomości, gdyż umowa przedwstępna stanowi wyłącznie zobowiązanie się stron umowy do zawarcia umowy przyrzeczonej<sup>28</sup>, w analizowanym przypadku umowy przenoszącej własność nieruchomości. O ile zawarcie umowy przedwstępnej dotyczącej zbycia nieruchomości spółki z o.o. jest możliwe bez uchwały wspólników, o której mowa w art. 228 pkt 4 k.s.h., jako że nie skutkuje rozporządzeniem nieruchomością, o tyle w świetle treści art. 157 § 2 k.c. do przeniesienia własności potrzebne jest zawarcie dodatkowej umowy stron obejmującej ich bezwarunkową zgodę na przejście własności. Zarazem umowa przyrzeczona nie spełni przesłanki bezwarunkowości, jeżeli będzie obciążona brakiem uchwały wspólników spółki udzielającej zgodę

na zbycie nieruchomości, tak jak umowa przedwstępna. Nie powinno budzić wątpliwości, że uchwała taka jest już wymagana w odniesieniu do zawarcia umowy przyrzeczonej<sup>29</sup>. Skoro wymóg podjęcia uchwały przez wspólników dla dokonania czynności prawnej (tu: umowy zbycia nieruchomości) wynika z ustawy (tu: art. 228 pkt 4 k.s.h.), to w świetle treści art. 17 § 1 k.s.h. umowa zawarta bez wymaganej uchwały jest bezwzględnie nieważna<sup>30</sup>.

Uchwała taka może być podjęta zarówno przez zgromadzenie wspólników (art. 227 § 1 k.s.h.), jak i w trybie pisemnym – bez odbycia zgromadzenia wspólników (art. 227 § 2 k.s.h.<sup>31</sup>), uchwała, w braku odmiennego postanowienia umowy spółki, zapada bezwzględną większością głosów na mocy art. 245 k.s.h.<sup>32</sup>

### III. CZY WYROK NA PODSTAWIE ART. 64 K.C. W ZWIĄZKU Z ART. 1047 K.P.C., KTÓRY ZASTĘPUJE OŚWIADCZENIE WOLI SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, INKORPORUJE WYMÓG UZYSKANIA UCHWAŁY WSPÓLNIKÓW (ART. 228 PKT 4 K.S.H. W ZWIĄZKU Z ART. 17 K.S.H.)?

Jak wskazuje przywoływane w pkt I orzecznictwo, w praktyce problem braku uchwały wspólników najczęściej dotyczy umów, w których stroną zbywającą nieruchomość jest deweloper<sup>33</sup>. Niemniej dla niżej przedstawionych rozważań irrelevantne jest, czy

<sup>26</sup> Z racji znaczącego zakresu tematyki i niemożliwości jej wyczerpującego omówienia autor pozostawia poza analizą kwestię, czy uchwała wspólników stanowi warunek techniczno-prawny w rozumieniu art. 89 k.c., czy warunek prawny (*conditio iuris*), odsyłając do literatury w tym zakresie: P. Antoszek, *Cywilnoprawny charakter uchwał wspólników spółek kapitałowych*, Warszawa 2009, s. 303–326, gdzie P. Antoszek wyraża pogląd, że uchwała powinna być uznana za warunek prawny, jako że stanowi ustawową przesłankę skutecznego dokonania przez spółkę czynności prawnej.

<sup>27</sup> G. Wolak, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 2 września 2011 r., I ACa 774/11 (POSA/Gd. 2011, nr 3, poz. 6)*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2012, nr 4, s. 107.

<sup>28</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 24 czerwca 2016 r., II FSK 1233/14, LEX nr 2082812.

<sup>29</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 28 grudnia 2007 r., I ACa 836/07, LEX nr 466438.

<sup>30</sup> Oczywiście uwzględnivszy wpływ dwumiesięcznego terminu (art. 17 § 2 k.s.h.), przed którego bezskutecznym upływem czynność jest dotknięta sankcją bezskuteczności zawieszanej.

<sup>31</sup> Por. A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, komentarz do art. 228 k.s.h.

<sup>32</sup> M. Stanik, (w:) *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 228 k.s.h.

<sup>33</sup> Zob. wyżej przywołane w pkt I orzecznictwo.

zwykle to deweloper prowadzący działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, czy inny podmiot (niedeweloper) będący spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, gdyż przepis art. 228 k.s.h nie rozróżnia takich podmiotów. Stąd, zgodnie z paremią rzymską *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*, również ani doktryna, ani orzecznictwo takich podmiotów rozróżniać nie powinny. Zatem rozważania te znajdują zastosowanie zarówno do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, prowadzących działalność deweloperską, jak i takiej działalności nieprowadzących.

W przypadku zawarcia umowy przedwstępnej zbycia nieruchomości w formie aktu notarialnego przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (zbywcę) reprezentowaną przez zarząd zgodnie z przyjętym sposobem reprezentowania (prawidłowo reprezentowaną) oraz osobę trzecią<sup>34</sup> (nabywcę) brak jest przepisu szczególnego, który wyłączałby zastosowanie art. 228 pkt 4 k.s.h. Jest to przepis dyspozytywny, ale tylko rozumiany w ten sposób, że podmiotami uprawnionymi do wyłączenia jego zastosowania są jedynie wspólnicy, którzy mogą wyeliminować moc wiążącą tego przepisu w drodze odpowiedniego postanowienia w umowie spółki lub uchwale w trybie art. 228<sup>1</sup> k.s.h.<sup>35</sup> Jeżeli jednak umowa spółki nie zawiera w tej kwestii odmiennych postanowień (lub w ogóle nie reguluje kwestii zbycia nieruchomości), a uchwała w trybie art. 228<sup>1</sup> nie została podjęta, to art. 228 pkt 4 k.s.h. jest wiążący.

Przepis art. 228 pkt 4 k.s.h. nie zawiera roz-

różnienia co do trybu dokonywania czynności prawnej prowadzącej do zbycia nieruchomości. Istotny jest skutek rozporządzający, tj. przeniesienie własności nieruchomości. Stąd, ponownie przywołując rzymską paremię *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*, podkreślić należy, że przepis art. 228 pkt 4 znajduje zastosowanie do wszelkich trybów dokonywania czynności prawnych, prowadzących do zbycia nieruchomości. Co więcej, przepis art. 228 pkt 4 nie ogranicza swojego zastosowania jedynie do czynności prawnych. Obejmuje on swoim zastosowaniem wszelkie zdarzenia, na podstawie których może nastąpić zbycie nieruchomości<sup>36</sup>. Niezależnie więc, czy będzie to bezwarunkowa umowa zbycia nieruchomości zawarta w formie aktu notarialnego przez prawidłowo reprezentowaną spółkę z osobą trzecią, będącą nabywcą, czy też zbycie nieruchomości miało by nastąpić na skutek orzeczenia sądowego w trybie zastępczego oświadczenia woli wydanego na podstawie art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c., wymóg uzyskania uchwały wspólników udzielającej zgody na zbycie nieruchomości musi zostać zachowany<sup>37</sup>.

Odnosząc się do argumentu orzecznictwa, że uzależnienie skuteczności roszczenia danego powoda o zawarcie umowy przenoszącej własność nieruchomości od wyrażenia przez wspólników zgody z art. 228 k.s.h., trzeba stwierdzić, że jest ono niedopuszczalne, gdyż z punktu widzenia nabywcy zawarcie umowy byłoby uzależnione wyłącznie od woli spółki<sup>38</sup>, należy uznać to za argument wybiórczy.

<sup>34</sup> Przy czym na potrzeby niniejszego artykułu należy się ograniczyć do stwierdzenia, że przymiot nabywcy przysługuje osobie prawa cywilnego, a więc może być osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną, której ustawa przyznaje zdolność prawną.

<sup>35</sup> Zarazem podkreślić należy, że nawet w przypadku wyłączenia przez umowę spółki wymogu powzięcia przez wspólników uchwały w sprawie zbycia nieruchomości, o którym mowa w art. 228 pkt 4 k.s.h., uchwała ta będzie konieczna w przypadkach wypełniających hipotezę art. 229 k.s.h. oraz art. 230 k.s.h., chyba że umowa, o której mowa w art. 229 k.s.h., była przewidziana w umowie spółki lub umowa spółki zawiera postanowienia odmiennie od art. 230 k.s.h. [zob. M. Stanik, (w:) *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 228 k.s.h.].

<sup>36</sup> Przepis art. 228 pkt 4 k.s.h. nawet nie posługuje się sformułowaniem „czynność prawna”, wskazując jedynie, że zbycie nieruchomości wymaga uchwały wspólników, stąd należy wyklądać go szeroko, jeśli chodzi o zdarzenia, na mocy których dochodzi do zaistnienia skutku rozporządzającego.

<sup>37</sup> Por. M. Borkowski, *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13*, s. 7–8.

<sup>38</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13, Legalis nr 993616.



Rozważyć należy, skąd kontrahent spółki powziął wiedzę, że dla skutecznego przeniesienia własności nieruchomości jest potrzebna umowa w formie aktu notarialnego oraz skąd miał świadomość istnienia hipotezy art. 9 ustawy o własności lokali<sup>39</sup>. Odpowiedź jest oczywista – z aktów prawnych o randze ustawowej, odpowiednio k.c. oraz ustawy o własności lokali. Tak samo z aktu o randze ustawowej (k.s.h.) powinien wiedzieć, że wymóg uzyskania uchwały współników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, o którym mowa w art. 228 k.s.h., jest niezbędny dla zbycia nieruchomości przez tę spółkę<sup>40</sup>. W konsekwencji powinien mieć świadomość skutków takiego braku z treści art. 17 § 1 k.s.h. Nawet jeżeli miałyby (bezsadnie) budzić wątpliwości, czy zastosowanie znaleźć powinna paremia *ignorantia iuris nocet*, to trudno sobie wyobrazić sytuację, w której dany nabywca miałby wybiórczo zapoznać się z aktami prawnymi, tzn. znałby treść k.c. i ustawy o własności lokali, ale nie znałby k.s.h., takie zachowanie, raz, że nieprawdopodobne, dwa – nie zasługuje na ochronę prawną nawet ze słusznościowego punktu widzenia. Tym samym jeżeli nabywca nie został przez zbywcę (spółkę) wprowadzony w błąd co do udzielenia przez współników zgody, o której mowa w art. 228 pkt 4 k.s.h., nie ma żadnego argumentu przemawiającego za słusznością jego roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej. Nabywca, zawierając ze spółką umowę zbycia nieruchomości, w braku uchwały współników wyrażającej zgodę na zbycie tej nieruchomości musi liczyć się z tym, że w braku podjęcia takiej uchwały w terminie późniejszym nie będzie miał możliwości skutecznego dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej<sup>41</sup>.

Skoro dla zbycia nieruchomości konieczna jest uchwała współników opisana w art. 228 § 4 k.s.h., a więc w ustawie, to konsekwencją

zawarcia umowy zbycia nieruchomości w braku takiej uchwały jest sankcja nieważności z art. 17 § 1 k.s.h. Tym samym brak uchwały wyrażającej zgodę na zbycie nieruchomości oznacza niemożność zbycia nieruchomości przez spółkę, stąd po stronie spółki nie tyle nie występuje obowiązek zawarcia umowy przenoszącej własność nieruchomości, ale wręcz spółka, a dokładnie działający za nią zarząd, powinien powstrzymać się od jakichkolwiek działań prowadzących do zbycia nieruchomości (wystąpienia skutku rozporządzającego).

Linia orzecznicza zdaje się nie dostrzegać, że Sąd Najwyższy, opowiadając się za ścisłą wykładnią art. 228 pkt 4 k.s.h. na tle udzielenia przybycia spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (bez uchwały współników wymaganej art. 228 pkt 4), argumentował to faktem, że udzielenie przybycia nie jest równoznaczne z nabyciem własności nieruchomości, stąd w momencie wydania przez sąd postanowienia o udzieleniu przybycia nie jest niezbędna uchwała współników, o której mowa w art. 228 pkt 4 k.s.h.<sup>42</sup> Jednakże podkreślić należy, że wynika to właśnie z faktu braku wywołania przez udzielenie przybycia skutku rozporządzającego, a wydanie przez sąd postanowienia o udzieleniu przybycia (w przypadku sądu drugiej instancji poprzez utrzymanie w mocy postanowienia o udzieleniu przybycia) nie prowadzi, z mocy samego orzeczenia, do przeniesienia własności nieruchomości (zob. art. 995 k.p.c.) i stąd sąd nie musi uwzględniać treści art. 228 pkt 4 k.s.h.<sup>43</sup> Zatem, przenosząc te rozważania na grunt zbycia nieruchomości, o ile przy zawarciu umowy przedwstępnej brak zgody zgromadzenia współników (w trybie art. 228 pkt 4 k.s.h.) na zbycie nieruchomości może być uznany za irrelevantny, gdyż umowa przedwstępna nie prowadzi do skutku rozporządzającego, a więc zbycia nieruchomości,

<sup>39</sup> Ustawa o własności lokali z dnia 24 czerwca 1994 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1892 ze zm.).

<sup>40</sup> Zob. podobnie M. Borkowski, *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13*, s. 7.

<sup>41</sup> Aksjologicznym uzasadnieniem takiej konkluzji jest zasada *volenti non fit iniuria*.

<sup>42</sup> Zob. uchwałę Sądu Najwyższego z 21 lutego 2008 r., III CZP 137/07, OSNC 2009, nr 1, poz. 10.

<sup>43</sup> Por. tamże.

o tyle przy wyrokowaniu na podstawie art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c. sąd, zastępując oświadczenie woli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie może abstrahować od braku udzielenia zgody zgromadzenia wspólników na zbycie nieruchomości, gdyż wyrok uwzględniający powództwo odniesie skutek rozporządzający. Stąd przy wywoływaniu skutku rozporządzającego uchwała wspólników wyrażająca zgodę na zbycie nieruchomości jest niezbędna, a jej brak uniemożliwia zawarcie umowy rozporządzającej również na mocy orzeczenia sądu w trybie zastępczego oświadczenia woli. Tym samym nie można przyjąć, że dopuszczalność zawarcia przez spółkę z o.o. umowy zobowiązującej do zbycia nieruchomości bez uchwały wspólników w trybie art. 228 pkt 4 k.s.h. miałyby skutkować koniecznością uznania, że zgoda taka nie jest również konieczna w przypadku dochodzenia przed sądem wykonania umowy zobowiązującej do przeniesienia własności, gdyż dochodzenie zawarcia umowy przyrzeczonej oznacza dochodzenie zawarcia umowy przenoszącej własność, a więc umowy o skutku rozporządzającym, dla którego to skutku niezbędna jest uchwała wspólników, o której mowa w art. 228 pkt 4 k.s.h.

Brak jest podstawy prawnej do wydania przez sąd orzeczenia zastępującego uchwałę wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Żaden przepis wprost nie stanowi takiej podstawy<sup>44</sup>, a treść art. 64 k.c. wskazuje na niedopuszczalność jego zastosowania (zob. poniżej). Orzecznictwo podkreśla, że skuteczność roszczenia powoda w danym

postępowaniu sądowym o zawarcie umowy przyrzeczonej przenoszącej własność nieruchomości, w analizowanym stanie faktycznym, uzależniona byłaby od uzyskania zgody wspólników, co powodowałoby, z punktu widzenia powoda – nabywcy, że zawarcie takiej umowy byłoby uzależnione wyłącznie od woli spółki oraz że wspólnicy wyrażający zgodę określoną w art. 228 k.s.h. w tym przypadku działają nie jako podmiot zewnętrzny w stosunku do spółki (osoba trzecia), ale jako organ tej spółki<sup>45</sup>. O ile zgodzić się można, że wspólnicy, podejmując uchwałę wyrażającą zgodę na zbycie nieruchomości, działają jako organ spółki, o tyle nie należy pomijać treści art. 64 k.c., który stanowi, że: „Prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek danej **osoby** do złożenia oznaczonego **oświadczenia woli**, zastępuje to oświadczenie”. Tym samym w przepisie mowa jest o „osobie”, a nie organie osoby (tu: spółki z ograniczoną odpowiedzialnością). Przepis art. 64 k.c. mówi również o „oświadczeniu woli osoby”, tymczasem na uchwałę o wyrażeniu zgody na zbycie nieruchomości składać się będzie wiele oświadczeń woli wielu osób (tu: wspólników), a nie jednej osoby<sup>46</sup>. Każdy ze wspólników składa poprzez oddanie głosu odrębne oświadczenie woli, niepodobna twierdzić, aby suma tych oświadczeń woli składała się na jedno oświadczenie woli osoby (prawnej) – spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Organ osoby prawnej (tu: spółki z ograniczoną odpowiedzialnością)<sup>47</sup>, niebędący samodzielnym podmiotem stosunków prawnych, nie może uchodzić za osobę składającą oświadczenie woli danej osoby<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Podczas gdy odmiennie niż w przypadku spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, w odniesieniu do spółdzielni taka podstawa jest wprost przewidziana – zob. art. 108a § 4 i art. 108b § 4 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 21 ze zm.); podkreślenia wymaga, że nadal jest to sprawa wewnątrzspółdzielcza, a powództwa nie można wytoczyć na rzecz osób niezwiązanych ze spółdzielnią.

<sup>45</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13, Legalis nr 993616.

<sup>46</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z 7 maja 2010 r., III CSK 176/09, Legalis nr 248329.

<sup>47</sup> Zgodzić się więc można ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie przedstawionym w powoływanym już wyroku z 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13, że: „Nie można bowiem zapomnieć, że wspólnicy wyrażający zgodę, o jakiej mowa w art. 228 KSH w tym wypadku działają nie jako podmiot zewnętrzny w stosunku do spółki (osoba trzecia), ale jako organ tej spółki”, natomiast wywieść należy z tego inne wnioski.

<sup>48</sup> I. Gebusia, *Niezastępowalny charakter uchwał organów spółek*, MPH 2013, nr 4, s. 41.

Ponadto podkreślić należy, że oświadczenia woli w imieniu osoby prawnej, jaką jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, składa, na mocy art. 201 § 1 k.s.h., zarząd, do którego kompetencji należy reprezentowanie spółki w stosunkach z innymi podmiotami (np. kontrahentami z tytułu umowy zbycia nieruchomości), a nie zgromadzenie wspólników. Orzeczenie sądowe wydane w trybie art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c. nie może również zastępować aktów korporacyjnych<sup>49</sup>. Nie ma również przepisu, który nakładałby na wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością obowiązek podjęcia uchwały o wyrażeniu zgody na zbycie nieruchomości<sup>50</sup> np. przy zaistnieniu określonych przesłanek, takich jak zawarcie umowy przedwstępnej przez spółkę, stąd też nie da się wywieść obowiązku podjęcia takiej uchwały przez wspólników. Wyrok sądu wydany na podstawie art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c. prowadzi do ingerencji w organizacyjne sprawy spółki, podczas gdy sąd nie może ingerować w sprawy wewnętrzne spółki, jako że jest to uprawnienie (a nie obowiązek) wspólników. To, że w danych okolicznościach faktycznych skorzystał przez wspólników z przyznanej im ustawą kompetencji stanowi poza stosunkiem spółki element niezbędny do

wykonania umowy przedwstępnej zawartej w przepisanej prawem formie, nie może prowadzić do zmiany kompetencji (uprawnienia) w obowiązek<sup>51</sup>. Udział stanowi jedyną podstawę uczestnictwa w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością i określa status wspólnika spółki<sup>52</sup>, stąd brak podstawy do ingerencji sądu w istnienie/treść aktów korporacyjnych, nawet wyroki oparte na art. 249 k.s.h. i art. 252 k.s.h. jedynie uchylają/stwierdzają nieważność uchwały, a sentencja wyroku nie ustanawia uchwały w brzmieniu nigdy niepodjętym<sup>53</sup>. Co więcej, na mocy art. 250 k.s.h. i art. 252 § 1 k.s.h. legitymacja do wytoczenia powództwa przysługuje jedynie organom i członkom organów spółki, a nie osobom trzecim<sup>54</sup>. W świetle powyższej argumentacji uznać należy niezastępowalność uchwały wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, wyrażającej zgodę na zbycie nieruchomości, orzeczeniem sądowym w trybie art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c.

Ponadto art. 228 pkt 4 k.s.h. daje wspólnikom pełną autonomię w kwestii podejmowania uchwał dotyczących zbycia nieruchomości. Tym samym niezależnie od przyczyny, dla której zarząd spółki z o.o. zawarł w imieniu tejże spółki umowę przedwstępną z osobą trzecią<sup>55</sup>,

<sup>49</sup> Zob. A.W. Wiśniewski, *Jeszcze o wyłączeniu akcjonariuszy od poboru akcji*, PPH 1997, nr 10, s. 26, (za:) I. Gębusia, *Niezastępowalny charakter uchwał organów spółek*, s. 39.

<sup>50</sup> W szczególności takiego obowiązku nie ustanawia art. 228 pkt 4 k.s.h.

<sup>51</sup> I. Gębusia, *Niezastępowalny charakter uchwał organów spółek*, s. 40.

<sup>52</sup> Zob. A. Rachwał, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, (w:) *System Prawa Handlowego*, t. 2, *Prawo spółek handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2012, s. 742.

<sup>53</sup> I. Gębusia, *Niezastępowalny charakter uchwał organów spółek*, s. 41.

<sup>54</sup> Tamże, s. 41–42.

<sup>55</sup> W danym stanie faktycznym może to wynikać np. z braku komunikacji między wspólnikami a zarządem, niemożności uzyskania w danym momencie uchwały wspólników, nielojalności zarządu *etc.* Odrębną kwestią, w skrajnych przypadkach, pozostaje ewentualna odpowiedzialność członków zarządu w postaci odpowiedzialności organizacyjnej w stosunku do spółki: nieudzielenie absolutorium członkowi zarządu na mocy art. 228 pkt 1 k.s.h., odwołanie członka zarządu na mocy art. 203 § 1 k.s.h.; odpowiedzialności odszkodowawczej w stosunku do spółki na mocy art. 293 k.s.h. [z racji ograniczonego zakresu niniejszego artykułu mogę jedynie powiedzieć, że część doktryny wskazuje, że nienależyte prowadzenie spraw spółki może stanowić samodzielną podstawę odpowiedzialności określonej w art. 293 k.s.h., tak R. Pabis, (w:) J. Bierniak, M. Bierniak, G. Nita-Jagielski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Legalis 2015, komentarz do art. 293 k.s.h.] oraz odpowiedzialności karnej na mocy art. 296 Kodeksu karnego (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm.). Kwestia sankcji, jaka dotyka czynność prawną dokonaną w imieniu spółki przez zarząd z naruszeniem art. 209 k.s.h., również wykracza poza ramy niniejszego artykułu, z literatury w tym przedmiocie zob. zwłaszcza M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2008, s. 131; S. Sołtyński, *Ważność umowy zawartej przez członka zarządu spółki z o.o.*, *Glosa do wyroku SN z 11.01.2002 r.*, PPH 2002, nr 10, s. 53–56.

w żaden sposób nie wpływa to na kompetencję wspólników co do wiążącego wypowiedzenia się w kwestii zbycia nieruchomości. Skoro art. 228 k.s.h. stanowi katalog<sup>56</sup> spraw przekazanych do kompetencji wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością<sup>57</sup>, to jest to jednocześnie ograniczenie kompetencji zarządu. Podejmowanie uchwał w zakresie zbycia nieruchomości stanowi dyskrejonalną (uznaniową) kompetencję wspólników. W przypadku zawarcia przez zarząd wielu przedwstępnych umów zbycia różnych nieruchomości, np. kilkudziesięciu wyodrębnionych lokali w jednej nieruchomości, wspólnicy, w ramach swojej kompetencji, mogą podjąć uchwały o udzieleniu zgody na zbycie niektórych lokali oraz uchwały o nieudzieleniu zgody na zbycie niektórych lokali. Zróżnicowanie uchwał może wynikać np. z wykonania przez wspólników prawa kontroli, o którym mowa w art. 212 k.s.h., lub przedstawienia przez radę nadzorczą spółki z ograniczoną odpowiedzialnością opinii, z której będzie wynikać, że niektóre nieruchomości byłyby zbyt po cenie rynkowej, a inne po cenie bezpodstawnie uprzywilejowującej kontrahenta spółki. Niezależnie jednak od przyczyn, dla których wspólnicy udzieliliby w drodze uchwały zgody na zbycie niektórych nieruchomości, a co do innych nieruchomości podjęliby uchwały o nieudzieleniu zgody<sup>58</sup>, kompetencja ta realizuje się w ramach dyskrejonalnej władzy powierzonej wspólnikom przez ustawodawcę na mocy art. 228 k.s.h., stąd wykazywanie przez kontrahenta nieprawidłowości lub braku uzasadnionych przyczyn, dla których akurat w sprawie zbycia nieruchomości dotyczącej danego kontrahenta wspólnicy uchwalili nieudzielenie zgody na zbycie nieruchomości, jest obojętne dla skutku

wywołanego tą uchwałą, tzn. braku możliwości zawarcia umowy przyrzeczonej, skutkującej rozporządzeniem własnością nieruchomości.

Na marginesie wskazać można, że art. 228 pkt 4 k.s.h. nie reguluje jedynie uchwały udzielającej zgody na zbycie nieruchomości, ale stanowi, że: „Uchwały wspólników (...) wymaga (...) zbycie nieruchomości”, stąd nie powinno ulegać wątpliwości, że w zakresie kompetencji wspólników spoczywa zarówno podjęcie uchwały o udzieleniu zgody na zbycie nieruchomości, jak i uchwały o nieudzieleniu takiej zgody.

W sprawach wymienionych w art. 228 k.s.h. każdorazowo wymagane jest podjęcie przez wspólników stosownej uchwały<sup>59</sup>. Tym samym przyjmując należy, że nawet w przypadku rozpatrywania przez sąd powództwa osoby trzeciej o zobowiązanie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do zbycia nieruchomości wspólnicy mogą podjąć uchwałę wyrażającą wprost wolę odmowy udzielenia zgody na zbycie nieruchomości. Zaistnienie takiego zdarzenia skutkować powinno wydaniem **wyroku oddalającego powództwo**, nie tyle ze względu na brak uchwały wspólników wyrażającej zgodę na zbycie nieruchomości, ile z **racji** skorzystania przez wspólników z przysługującej im z woli ustawodawcy kompetencji do podjęcia **uchwały odmawiającej udzielenia zgody na zbycie danej nieruchomości**, będącej przedmiotem rozpatrywanej przez sąd sprawy. Jest to tym bardziej uzasadnione, że na mocy art. 316 k.p.c. sąd, orzekając, bierze za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy.

Rozważenia wymagają również inne możliwe **scenariusze, jakie mogą nastąpić po zawarciu umowy przedwstępnej**.

<sup>56</sup> Nieenumeratywny, ale jest to bez znaczenia dla analizowanych zagadnień.

<sup>57</sup> M. Stanik, (w:) *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 228 k.s.h.

<sup>58</sup> Optymalne z punktu widzenia ewentualnego procesu sądowego pomiędzy spółką a niedoszłym nabywcą nieruchomości byłoby zawarcie w treści uchwały co najmniej zwięzłego uzasadnienia nieudzielenia zgody na zbycie nieruchomości, tak aby usunąć jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie bezzasadnie nierównego traktowania kontrahentów, zarazem jednak podkreślić trzeba, że żaden z przepisów prawa nie nakłada na wspólników obowiązku merytorycznego uzasadnienia uchwały o nieudzieleniu zgody na zbycie nieruchomości.

<sup>59</sup> M. Stanik, (w:) *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 228 k.s.h.

Analogicznie dopuścić należy możliwość podjęcia uchwały wspólników o udzieleniu zgody na zbycie nieruchomości, pomimo upływu dwumiesięcznego terminu<sup>60</sup>, określonego w art. 17 § 2 k.s.h.<sup>61</sup>, od dnia złożenia oświadczenia woli prowadzącego do zawarcia umowy przedwstępnej przez spółkę. Wynika to ze względów funkcjonalnych, taka uchwała wspólników podjęta po upływie ustawowego terminu nie godzi w interes spółki, który wszak stanowi wypadkową interesu jej wspólników<sup>62</sup>, którzy decydują się na podjęcie takiej uchwały, a więc jest zgodna z interesem spółki, a zarazem jest w interesie powoda – kontrahenta spółki<sup>63</sup>. Tym samym nie dochodzi do naruszenia interesów żadnej ze stron, a co więcej – możliwe staje się zawarcie umowy przyrzeczonej. Jeżeli powód w takiej sytuacji skutecznie nie cofnie powództwa (art. 203 § 1 k.p.c.), to sąd powinien wydać wyrok uwzględniający żądanie pozwu.

W przypadkach, gdy podjęcie uchwały wspólników o udzieleniu zgody na zbycie nieruchomości nastąpi przed wytoczeniem powództwa przez kontrahenta spółki, możliwe staje się również uniknięcie, niejednokrotnie długiego, procesu, dzięki zawarciu umowy przyrzeczonej przez strony bez ingerencji sądu.

W braku podjęcia przez wspólników uchwały o wyrażeniu zgody na zbycie nieruchomości i zarazem braku wytoczenia powództwa przez kontrahenta spółki o zawarcie umowy

przyrzeczonej należy uznać za dopuszczalne wytoczenie przez spółkę powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego wynikającego z umowy przedwstępnej obciążonej wadą, uniemożliwiającą rozporządzenie nieruchomością, z powodu braku uchwały wspólników. Legitymowanym biernie będzie kontrahent spółki, a sąd powinien uwzględnić powództwo. Pozwanemu kontrahentowi przysługiwać mógłby jedynie zarzut podjęcia stosownej (pozytywnej) uchwały wspólników spółki, gdyby rzeczywiście do podjęcia takiej uchwały po wytoczeniu powództwa przez spółkę doszło, co w praktyce wydaje się jednak mało prawdopodobne – bezcelowe byłoby w takim przypadku wytaczanie przez spółkę, za którą działa zarząd, powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego, podczas gdy zarząd wcześniej zawarł umowę przedwstępną, której prawidłowość i skutki mają być przedmiotem orzekania przez sąd. Byłoby to nieprawdopodobne, nawet gdyby w okresie pomiędzy zawarciem umowy przedwstępnej a wytoczeniem powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego doszło do całkowitej zmiany składu zarządu (wszystkich członków), gdyż w takiej sytuacji tym bardziej oznaczałoby to, że polityka poprzedniego zarządu dotycząca zawierania umów przedwstępnych nie była akceptowana przez wspólników (którzy dali temu wyraz, nie podejmując uchwały o udzieleniu zgody na zbycie nieruchomości),

<sup>60</sup> Krytyka terminu dwóch miesięcy jako zbyt krótkiego zob. A. Opalski, (w:) A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom III A. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301–392*, Legalis 2016, komentarz do art. 17 i przywoływana tam literatura.

<sup>61</sup> Dotyczy to szerokiej wykładni art. 228 pkt 4 k.s.h., czyli przyjęcia, że uchwała wspólników jest wymagana również do zawarcia umowy przedwstępnej. Przy przyjęciu wąskiej wykładni uchwała wspólników może być podjęta w dowolnym momencie po zawarciu umowy przedwstępnej, a przed zawarciem umowy o skutku rozporządzającym, gdyż dwumiesięczny termin określony w art. 17 § 2 k.s.h. rozpoczyna swój bieg dopiero od momentu zawarcia umowy o skutku rozporządzającym.

<sup>62</sup> Interes spółki stanowi wypadkowa interesów wspólników z uwzględnieniem wspólnego celu zastrzeżonego w umowie spółki (celu, dla którego spółka została powołana), ustawodawca normatywnie wyodrębnił interes spółki (tu: z ograniczoną odpowiedzialnością) jako autonomiczny wobec interesów poszczególnych wspólników w niej uczestniczących, co stanowi następstwo przyznania spółce (tu: z ograniczoną odpowiedzialnością) podmiotowości prawnej, tym samym nietrafna jest koncepcja interesu spółki jako kategorii całkowicie autonomicznej wywodzonej z autonomii osobowości prawnej, zob. wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 2009 r., I CSK 158/09, Legalis nr 188463; A. Opalski, *O pojęciu interesu spółki handlowej*, PPH 2008, nr 11, s. 16 i n.

<sup>63</sup> Por. A. Opalski, (w:) *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 17.

a więc tym bardziej nie ma powodu, dla którego wspólnicy mieliby z biegiem czasu wyrazić wolę zbycia nieruchomości.

Należy również dostrzec praktyczne konsekwencje przyjęcia poglądu orzecznictwa o zastępowalności oświadczenia woli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością o zawarciu umowy przyrzeczonej orzeczeniem sądowym i w konsekwencji braku wymogu uchwały wspólników udzielającej zgody na zbycie nieruchomości. Przyjęcie poglądu, że uchwała taka nie jest konieczna, oznacza, że praktycznie każda umowa zobowiązująca do przeniesienia własności nieruchomości zawarta w formie aktu notarialnego w imieniu spółki przez jej zarząd, bez uzyskania uchwały wspólników udzielającej zgody na zbycie nieruchomości, a nawet wbrew wprost podjętej przez wspólników uchwale o nieudzieleniu zgody na zbycie nieruchomości, skutkowałaby możliwością wydania przez sąd orzeczenia zastępującego umowę o skutku rozporządzającym (przenoszącą prawo własności nieruchomości). Oznaczałoby to, że uchwała wspólników określona w art. 228 pkt 4 k.s.h. byłaby całkowicie pozbawiona praktycznego znaczenia.

Gdyby jednak sąd uwzględnił powództwo o wydanie zastępczego oświadczenia woli spółki o zbyciu nieruchomości, należy przychylić się do poglądu, że doprowadziłby tym samym do wykreowania nieważnej czynności prawnej, gdyż ze względu na swoją funkcję umowa przedwstępna nie może mieć za przedmiot takiej umowy przyrzeczonej, która zgodnie z art. 58 k.c. byłaby nieważna<sup>64</sup>.

Na marginesie dostrzec należy, że w przypadku, gdy kontrahent nie zawarł ze spółką zbywającą nieruchomość umowy przedwstępnej zbycia nieruchomości w formie aktu notarialnego, to nawet jeżeli podjęta została

uchwała wspólników wyrażająca zgodę na zbycie nieruchomości, jest ona kierowana do zarządu i to zarząd podejmuje decyzję o tym, czy z danym kontrahentem zawrzeć umowę ze skutkiem rozporządzającym; wynika to z braku wykreowania przez uchwałę wspólników stosunku zobowiązaniowego między spółką a kontrahentem, z którego kontrahent mógłby skutecznie wywieść swoje roszczenie zawarcia umowy przyrzeczonej<sup>65</sup>. Uchwała taka pozwala jedynie dokonać zarządowi rozporządzeń zgodnych z jej treścią<sup>66</sup>.

Podsumowując – w przypadku zawarcia umowy przedwstępnej między spółką z ograniczoną odpowiedzialnością (zbywca) a osobą trzecią (nabywca) w braku uchwały wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udzielającej zgody na zbycie nieruchomości, będącej w majątku tej spółki, który to brak nie został uzupełniony, nabywca nie może dochodzić zawarcia umowy przyrzeczonej<sup>67</sup>. Kwestię wymagającą odrębnej analizy, wykraczającej poza ramy niniejszego artykułu, stanowi dopuszczalność żądania naprawienia szkody, którą nabywca poniósł przez to, że liczył na zawarcie umowy przyrzeczonej (art. 390 § 1 k.c.).

#### IV. JAK PRECYZYJNA POWINNA BYĆ UCHWAŁA WSPÓLNIKÓW SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ WYRAŻAJĄCA ZGODĘ NA ZBYCIE NIERUCHOMOŚCI W ŚWIETLE ART. 228 PKT 4 K.S.H.?

W celu uniknięcia wszelkich wątpliwości interpretacyjnych uchwała wspólników wyrażająca zgodę na zbycie nieruchomości powinna:

1) zawierać odwołanie wprost do art. 228 pkt 4 k.s.h.,

<sup>64</sup> Tak na tle przeniesienia prawa do użytkowania wieczystego wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 28 grudnia 2007 r., I ACa 836/07, LEX nr 466438.

<sup>65</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 2 września 2011 r., I ACa 774/11, Legalis nr 422331. Tak również M. Stanik, (w:) *Kodeks spółek handlowych*, komentarz do art. 228 k.s.h.

<sup>66</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 2 września 2011 r., I ACa 774/11, Legalis nr 422331. Por. również J. Strzępka, E. Zielińska, (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Strzępka, Legalis 2015, komentarz do art. 228.

<sup>67</sup> Odmienne M. Borkowski, *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 26 lutego 2014 r., I ACa 1347/13*, s. 6 *in fine*.

2) wskazywać konkretną, precyzyjnie oznaczoną nieruchomość,

3) w przypadku niemożności spełnienia przesłanki określonej w pkt 2) np. z racji niewyodrębnienia, do momentu podjęcia uchwały wspólników, lokali w danej nieruchomości, które mają być przedmiotem zbycia, wskazywać, że w przyszłości nie będzie już potrzebna żadna uchwała wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do przeprowadzenia procesu zbycia wyodrębnionych w terminie późniejszym lokali.

Natomiast treść umowy zbycia nieruchomości powinna odwoływać się do załączonej do aktu notarialnego (w którym zawarta jest rzeczona umowa) uchwały<sup>68</sup>, ze wskazaniem, że uchwała stanowi wyrażenie zgody na zawarciu tejże umowy zbycia nieruchomości, np. umowy przedwstępnej czy też umowy deweloperskiej<sup>69</sup> oraz umowy przyrzeczonej (o skutku rozporządzającym). W przypadku gdy przy zawieraniu umowy przedwstępnej zabrakło uchwały wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wyrażającej zgodę na zbycie nieruchomości, dla skutku rozporządzającego (zawarcia umowy przyrzeczonej) niezbędne jest podjęcie takiej uchwały przez wspólników spółki.

Uznać należy, że niewystarczająca byłaby uchwała *in blanco*, uprawniająca do zbycia dowolnej nieruchomości w majątku spółki bezterminowo. Jednakże gdyby taka sytuacja zaistniała w praktyce, w razie wytoczenia powództwa, w którym kontrahent spółki – nabywca z umowy przedwstępnej – domagałby się zobowiązania spółki do zawarcia umowy, w której pozwana spółka dokona zbycia nie-

ruchomości, argumentując, że uchwała opisana w zdaniu poprzednim spełnia wymóg z art. 228 pkt 4 k.s.h., sąd powinien dokonać indywidualnej oceny na tle danej sprawy<sup>70</sup> ze względu na potrzebę ochrony kontrahenta, który np. nie będąc prawnikiem, może nie dostrzegać niedostatecznej, z wzorcowego punktu widzenia, treści uchwały, a skoncentrować się na samym fakcie, że uchwała wyraża zgodę na zbycie nieruchomości.

Na marginesie wskazać można, że w braku nawet ogólnikowej uchwały wspólników, wyrażającej zgodę na zbycie nieruchomości, zbyt nieprecyzyjnej, aby uznać, iż spełnia dyspozycję art. 228 pkt 4 k.s.h., nie zaistnieje możliwość powoływania się na orzecznictwo Sądu Najwyższego<sup>71</sup> wskazujące na to, że uchwała organu właścicielskiego spółki kapitałowej sprzeczna z ustawą pozostaje w mocy, aż do stwierdzenia jej nieważności konstytucyjnym wyrokiem sądu. Wynika to z faktu, że orzecznictwo to dotyczy sytuacji, w której jakkolwiek uchwała wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (odpowiednio walnego zgromadzenia spółki akcyjnej) została podjęta, a nie sytuacji, w której taka uchwała nie istnieje, brak jest więc możliwości oceniania zgodności z ustawą czynności, która nie zaistniała.

Aby uniknąć procesu sądowego wskutek wytoczenia powództwa przez kontrahenta spółki, wynikającego z braku spełnienia ustawowego obowiązku, należy postulować, aby w praktyce notarialnej, przy każdej umowie zobowiązującej do zbycia nieruchomości, której stroną zbywającą jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, notariusze wymagali przedłożenia uchwały wspólników spółki o udzieleniu zgody

<sup>68</sup> Jeżeli uchwała wspólników spółki udzielająca zgody na zbycie nieruchomości nie stanowi załącznika do aktu notarialnego, w którym zawarta jest umowa zbycia nieruchomości, to w akcie notarialnym obejmującym umowę zbycia nieruchomości powinna znaleźć się co najmniej wzmianka o jej okazaniu przy zawarciu tejże umowy.

<sup>69</sup> W tym miejscu należy ograniczyć się jedynie do stwierdzenia, że umowa deweloperska i umowa przedwstępna różnią się od siebie (nie są pojęciami tożsamymi), zob. G. Wolak, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 2 września 2011 r., I ACa 774/11 (POSA/Gd. 2011, nr 3, poz. 6)*, s. 101–102; wyrok Sądu Najwyższego z 25 lipca 2013 r., II CSK 575/12, Legalis nr 810258.

<sup>70</sup> Por. A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, komentarz do art. 228 k.s.h.

<sup>71</sup> Zamiast wielu zob. uchwałę Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z 18 września 2013 r., III CZP 13/13, OSNC 2014, nr 3, poz. 23.

na zbycie nieruchomości. W przypadku gdyby strony należały na zawarcie umowy zobowiązującej do zbycia nieruchomości pomimo braku

stosownej uchwały<sup>72</sup>, zasadne byłoby zwrócenie na to uwagi stron<sup>73</sup> oraz zamieszczenie o tym adnotacji w protokole notarialnym.

<sup>72</sup> Na przykład z racji zaufania kontrahenta do spółki, że uchwała wspólników udzielająca zgody zostanie podjęta w terminie dwumiesięcznym przewidzianym w art. 17 § 2 k.s.h. (dotyczy to szerokiej wykładni art. 228 pkt 4 k.s.h. – zob. przypis 61). Stąd też nie można uznać, że notariusz miałby obowiązek odmowy dokonania takiej czynności, skoro uchwała udzielająca zgody, w świetle treści art. 17 § 2 k.s.h., może być udzielona *ex post* w terminie dwumiesięcznym. Zob. uchwałę Sądu Najwyższego z 21 lutego 2008 r., III CZP 137/07, OSNC 2009, nr 1, poz. 10, s. 47.

<sup>73</sup> Por. art. 80 § 2 i 3 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1796 ze zm.) oraz wyrok Sądu Najwyższego z 7 listopada 1997 r., II CKN 420/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 76, s. 19.

## Summary

*Krzysztof Olszak*

### **INADMISSIBILITY OF REPLACEMENT OF THE RESOLUTION OF THE SHAREHOLDERS OF A LIMITED LIABILITY COMPANY EXPRESSING CONSENT TO THE DISPOSAL OF REAL ESTATE BY THE JUDICIAL DECISION**

Art. 228 point 4 of the Commercial Companies Code (CCC) establishes the requirement of the adoption of the resolution of shareholders of a limited liability company for disposal of a company's real estate. Legal action, without rectification of this lack, is null and void (art. 17 § CCC). Nevertheless, there has been courts' jurisprudence, according to which, in the event of the conclusion of the preliminary contract in the form of a notarial deed, the lack of resolution of the shareholders does not constitute a barrier to issue a ruling that replaces company's declaration of will of the disposal of a real estate. Hence, the significance of the art. 228 point 4 CCC and the admissibility of the replacement of the resolution of shareholders by a judicial decision should be considered.

**KEY WORDS:** limited liability company, resolution, shareholders, disposal of real estate, preliminary contract

**POJĘCIA KLUCZOWE:** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, uchwała, wspólnicy, zbycie nieruchomości, umowa przedwstępna



## O USTAWOWEJ DYREKTYWIE INTERPRETACYJNEJ IN DUBIO PRO TRIBUTARIO SŁÓW KILKA

I. Z dniem 1 stycznia 2016 r. do obowiązującej regulacji postępowania podatkowego, ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa<sup>1</sup>, dodany został przepis art. 2a, stanowiący, że: „[n]iedające się usunąć wątpliwości co do treści przepisów prawa podatkowego rozstrzyga się na korzyść podatnika”<sup>2</sup>. Zasada *in dubio pro tributario* stała się tym samym ustawową dyrektywą interpretacyjną. Z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej<sup>3</sup> dowiadujemy się tymczasem, że formalne uznanie jej za jedną z zasad ogólnych polskiego prawa podatkowego zwiększyć ma ochronę praw podatnika,

na którym to w praktyce spoczywa obecnie ryzyko wiążące się z brakiem precyzji w redagowaniu ustaw podatkowych<sup>4</sup>. Podkreśla się zarazem, że regulacja ta nie oznacza przyzwolenia na działanie antyfiskalne, a jej celem jest – po prostu – sformalizowanie reguły interpretacyjnej, pozwalającej dokonać wykładni przepisów prawa podatkowego bez uchybiania słusznym interesom podatnika. Jak czytamy, „[o]rgany podatkowe, działając zgodnie z zasadą legalizmu oraz mając na względzie zasadę wyłączności ustawy w odniesieniu do materii prawa podatkowego, w przypadku gdy – po

<sup>1</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 613, dalej jako: ordynacja podatkowa lub o.p.

<sup>2</sup> Przepis dodany mocą ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1197), dalej jako: ustawa nowelizująca. Krok ten poprzedzony był ponadto ogólnokrajowym referendum, gdzie 94,51% głosujących odpowiedziało pozytywnie na zadane pytanie: „Czy jest Pani/Pan za wprowadzeniem zasady ogólnej rozstrzygnięcia wątpliwości co do wykładni przepisów prawa podatkowego na korzyść podatnika?”. Frekwencja wyniosła tu jednak 7,8%. Znamienne przy tym, że samo referendum przeprowadzane było w dniu 6 września 2015 r., a zatem już po uchwaleniu ustawy nowelizującej.

<sup>3</sup> Tekst projektu ustawy nowelizującej wraz z jego uzasadnieniem, oznaczony jako druk nr 3018, dostępny na stronie internetowej Sejmu RP pod adresem <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3018>

<sup>4</sup> Także w opinii do projektu ustawy nowelizującej sporządzonej przez Radę Podatkową Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan czytamy, że: „w praktyce organów podatkowych dominuje zasada *in dubio pro fisco*, a wszelkie wątpliwości w kwalifikowaniu danego zdarzenia gospodarczego interpretuje się na niekorzyść podatników, bowiem przyjmuje się domniemanie działania podatnika w celu ukrycia lub zaniżenia dochodu”. Dokument, połączony z opiniami Pracodawców RP, Związku Rzemiosła Polskiego, Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych, Niezależnego Samorządnego Związku Zawodowego „Solidarność” i Krajowej Rady Sądownictwa, dostępny na stronie internetowej Sejmu RP pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=7E321234505B9AD7C1257DDD00503AB9> (s. 8 pliku). W tym tonie także opinia Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych (<http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=78D99B6E5BC9B872C1257DEE00389634>) oraz opinia sporządzona przez Prokuratora Generalnego RP (<http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=E2283F99D0E7C1C3C1257E0A002C297C>). Zob. także J. Augustyn, *Podatnik ma prawo do korzystnej interpretacji*, „Prawo i Podatki” 2015, nr 122, s. 2; W. Szewc, M. Broniecki, *Jeszcze raz o zasadzie in dubio pro tributario*, (w:) *Podatnik versus organ podatkowy*, red. P. Borszowski, A. Huchla, E. Rutkowska-Tomaszewska, Wrocław 2011, s. 192. Odmiennie A. Gomulowicz, *Ekspertyza na temat przedstawionego przez Prezydenta RP projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa w zakresie propozycji ujęcia art. 2a*, Zeszyty Prawnicze BAS 2015, nr 2, s. 60–61, gdzie podkreśla się, że teza ta jest nieuprawniona w świetle obecnych w orzecznictwie sądowym wypowiedzi dotyczących art. 121 § 1 i 2 o.p. Autor stwierdza w konsekwencji, że to nie sama zasada *in dubio pro tributario* chroni podatnika, ale dopiero „wysoka wiedza interpretacyjna sędziego, jego kultura prawna, wprowadzanie przez sędziego prawa w sposób zgodny z wymogami sprawiedliwości, solidność postępowania kasacyjnego, wysoka etyka zawodowa sędziego”.

zastosowaniu wypracowanych w nauce prawa metod wykładni przepisów, z uwzględnieniem pierwszeństwa wykładni językowej – przepis prawa podatkowego nadal będzie budził wątpliwości odnośnie do treści normy prawnej, która jest z niego dekodowana, powinny nie dające się usunąć wątpliwości rozstrzygać na korzyść podatnika”<sup>5</sup>.

Co również istotne, stosowanie zasady *in dubio pro tributario* umożliwić ma w ocenie projektodawców realizację postulatu pewności prawa podatkowego, w tym uprościć i „rozjaśnić” system prawa podatkowego. Jak wyjaśniają, „[g]dy postanowienie aktu prawnego prowadzi do wniosków niemających sensu, sprzecznych lub niejednoznacznych, to prawidłowym rozwiązaniem jest wybór znaczenia (normy prawnej), które jest korzystne dla podatnika – gwarantując ochronę praw podatnika i obrotu gospodarczego dzięki zwiększeniu pewności prawa”. Prowadzić ma to w konsekwencji do „wypełniania konstrukcyjnych luk prawnych, usuwania wątpliwości brzmienia przepisu oraz modernizacji norm prawnych”<sup>6</sup>. Na marginesie, w uzasadnieniu projektu wprost się wskazuje, że pożądanym skutkiem rzezoną nowelizacja winna wywrzeć po trzech latach, gdyż po tym dopiero okresie zasada ogólna *in dubio pro tributario* zacznie być szeroko stosowana przez sądy administracyjne i organy podatkowe. W pierwszych latach jej obowiązywania podatnicy, organy i sądy będą się „dostosowywały” do nowego stanu prawnego<sup>7</sup>.

Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że

w zakresie zastosowania nowo dodanego przepisu nie mieszczą się wątpliwości dotyczące stanu faktycznego danej sprawy. Wynika to niemniej z faktu, że w opinii niektórych ekspertów, z którymi konsultowano się na etapie sporządzania przez Kancelarię Prezydenta RP postulatów zmian w ordynacji podatkowej, regulacja w dotychczasowym brzmieniu zapewnić miała w tym zakresie wystarczające gwarancje poszanowania praw podatnika<sup>8</sup>.

Rodzi się w tym miejscu pytanie, czy założenia przyjęte na etapie prac legislacyjnych są prawidłowe, a to czy sformalizowanie zasady *in dubio pro tributario* w kształcie, jaki został jej nadany przez projektodawców art. 2a o.p., rzeczywiście może wzmocnić ochronę praw podatnika, w tym poprzez zwiększenie jego bezpieczeństwa prawnego. Wątpliwości budzić tu może zwłaszcza przesłanka „niedających się usunąć wątpliwości”, która już przez podmioty opiniujące projekt ustawy nowelizującej uznana została za mogącą powodować praktyczną „bezużyteczność” przepisu art. 2a o.p. W opinii Rady Podatkowej Konfederacji Lewiatan czytamy mianowicie, iż: „[w]arunek ten może w praktyce stanowić podstawę do uznawania przez organy podatkowe, że wszystkie wątpliwości dają się usunąć, oczywiście na korzyść organów podatkowych, a tym samym pomijania tej zasady”<sup>9</sup>.

**II.** Tytułem wstępu warto przypomnieć, że z przepisów art. 84 oraz art. 217 Konstytucji RP<sup>10</sup> wynikać mają dwie podstawowe dla

<sup>5</sup> Projekt wraz z uzasadnieniem ustawy nowelizującej, s. 5–6.

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 6.

<sup>7</sup> *Zob. ibidem*, s. 16–17.

<sup>8</sup> Tak *Postulaty zmian w ustawie – Ordynacja podatkowa, ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, s. 13, 19. Dokument, sporządzony w dniu 8 lipca 2014 r., dostępny na stronie Komitetu Podatkowego Pracodawców RP pod adresem: <http://www.komitetpodatkowy.pl/pages/konsultacje-aktow-prawnych/polskiej-postulaty-zmian-w-ustawie-ordynacja-podatkowa-ustawie-o-podatku-dochodowym-od-osob-fizycznych-ustawie-o-podatku-dochodowym-od-osob-prawnych-oraz-ustawie-o-swobodzie-dzialalnosci-gospodarczej>

<sup>9</sup> Podkreśla się tu jednocześnie zbędność dookreślania wątpliwości jako niedających się usunąć – „o ile bowiem wątpliwości dają się usunąć, nie są dalej wątpliwościami, i nie ma potrzeby ich rozstrzygnięcia na rzecz jednej lub drugiej strony postępowania”. *Zob. ww. opinia*, s. 9.

<sup>10</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.). Wskazane przepisy brzmią kolejno: „Každy jest obowiązany do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, określo-

prawa podatkowego zasady – powszechności opodatkowania oraz ustawowej wyłączności i określoności w zakresie nakładania na obywateli ciężarów podatkowych. Zarówno w orzecznictwie, jak i literaturze przedmiotu z regulacji tej wyprowadzano ponadto zasadę rozstrzygnięcia wątpliwości co do obowiązku podatkowego na korzyść podatnika, zwaną zasadą *in dubio pro tributario*. Jej uzasadnienia doszukiwać się można w przeświadczeniu, że jakkolwiek ustawa winna precyzyjnie wyznaczać granice ingerencji w sferę praw i wolności obywatelskich, a to w taki sposób kształtować normy prawa podatkowego, aby zakres opodatkowania był dla obywateli możliwy do przewidzenia, tak w procesie wykładni powstać mogą rzecz jasna wątpliwości co do rzeczywistej treści normy<sup>11</sup>. Wówczas to, w myśl rzeczonyj zasady, *notabene* będącej tutaj dyrektywą wykładni funkcjonalnej – ukierunkowaną

na ochronę interesów podmiotów podatkowo zobowiązanych, przyjąć należy interpretację korzystniejszą dla podatnika. Zakłada się tutaj, że podmiot ten nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z błędów, luk czy niejasności w regulacji tak „wrażliwej i delikatnej” materii jak zobowiązania podatkowe<sup>12</sup>. Założenie to znajduje oparcie również w ogólnej zasadzie demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP). Wyprowadzana z niej zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa i wiążące się z nią reguły przyzwoitej legislacji uzasadniają oczekiwanie, że w państwie prawa ustawodawca stworzy będzie normy prawne niebudzące wątpliwości co do treści nakładanych na obywateli obowiązków i przyznawanych im uprawnień, ryzyko zaś wynikające z wszelkiej niejasności w tym zakresie nie będzie ich obciążać<sup>13</sup>. W konsekwencji rola zasady *in dubio*

nych w ustawie” (art. 84) i: „Nakładanie podatków, innych danin publicznych, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustawy” (art. 217).

<sup>11</sup> Już w tym miejscu zwrócić należy uwagę na problem zakorzenionej w języku naturalnym wieloznaczności, przenoszonej także na grunt języka prawnego. Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978, s. 43 i n. Zob. także K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 208, gdzie czytamy: „Wymaganie jednoznaczności tekstu prawnego w praktyce nigdy nie zostanie i nie może zostać całkowicie spełnione. Jest tak ze względu na posługiwanie się językiem naturalnym w tworzeniu tekstów prawnych, co skądinąd wydaje się oczywiste i zrozumiałe, ale prowadzi do obciążenia tworzonych tekstów wszelakimi wadami języka potocznego. Takie ułomności jak homonimia, polisemia, niewyraźność znaczeniowa czy wieloznaczność tekstowa przenoszone są zatem niejako automatycznie w trakcie tworzenia tekstu prawnego”. W kontekście tym mówi się o tzw. otwartej tekstowości, a to możliwości zaistnienia sytuacji, w których użycie predykatu stanie się niepewne (T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Warszawa–Kraków 2006, s. 178), bądź o tzw. cieniu semantycznym, czyli sytuacji wątpliwości co do możliwości zakwalifikowania danego stanu faktycznego do zakresu potencjalnych stanów faktycznych wyznaczonych przez tekst prawny (J. Wróblewski, *Interpretatio extensiva*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, z. 1, s. 114).

<sup>12</sup> Zob. wyrok TK z 18 lipca 2013 r., SK 18/09, OTK-A 2013, nr 6, poz. 80, gdzie czytamy: „(...) zgodnie z wymogami konstytucyjnymi niejasnych regulacji podatkowych nie wolno interpretować na niekorzyść podatników, a w konsekwencji jeśli takie regulacje okazują się ostatecznie wieloznaczne, to zgodnie z zasadą *in dubio pro tributario* należy opowiedzieć się za rozwiązaniem uwzględniającym interes podmiotu obowiązującego do świadczeń podatkowych. (...) zgodnie z wymogami konstytucyjnymi niejasne regulacje podatkowe należy interpretować na korzyść podatników, a w konsekwencji jeśli takie regulacje okazują się ostatecznie wieloznaczne, to trzeba opowiedzieć się za rozwiązaniem uwzględniającym interes podmiotu obowiązującego do świadczeń podatkowych, a nie orzekać *in dubio pro fisco*”. Także wyrok NSA z 20 grudnia 2012 r., II FSK 764/11, LEX nr 1367065; uchwała NSA z 13 lipca 2009 r., I FPS 3/09, Legalis nr 214580. Szerzej A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść podatnika: zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2009, s. 193 i n.

<sup>13</sup> Zob. wyrok TK z 5 czerwca 2014 r., K 35/11, OTK ZU 2014, nr 6A, poz. 61, gdzie stwierdzono, że: „(...) zgodnie z wymogami konstytucyjnymi niejasnych regulacji ograniczających prawa i wolności konstytucyjne nie wolno interpretować na niekorzyść jednostek, a w konsekwencji jeśli takie regulacje okazują się ostatecznie wieloznaczne, to zgodnie z zasadą *in dubio pro libertate* należy opowiedzieć się za rozwiązaniem uwzględniającym interes podmiotu,

*pro tributario* w zakresie wykładni przepisów prawa podatkowego sprowadzać się miała z jednej strony do zakazu poszukiwania innego znaczenia normy prawnej niż (jednoznacznie) wynikające z kontekstu językowego – jeśli miałyby to prowadzić do rezultatów niekorzystnych z punktu widzenia interesów podatnika, z drugiej zaś do nakazu podjęcia rozstrzygnięcia najkorzystniejszego dla podatnika w przypadku, gdy rezultaty wykładni językowej nie są jednoznaczne<sup>14</sup>.

Gwarancja *in dubio pro tributario* odnoszona była przy tym zarówno do podstawy prawnej obowiązku podatkowego (wątpliwości co do wykładni prawa), jak i podstawy faktycznej (wątpliwości co do stanu faktycznego)<sup>15</sup>. W tym drugim przypadku uzasadnienie oparte na zasadzie zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa nie ma, rzecz jasna, bezpośredniego zastosowania. Odwołać się tu raczej należy do swoistego domniemania prawidłowości rozliczenia podatkowego – dokonanego przez podatnika w ramach dominującego w polskim prawie podatkowym systemu samoobliczania (por. art. 21 § 2 i 3 o.p.). Odstąpienie od tegoż domniemania opierać się musi tak na jednoznacznych wynikach wykładni prawa, jak i niewątpliwych ustaleniach faktycznych<sup>16</sup>. Rozumowanie to nawiązuje zresztą do karnoprosesowej zasady *in dubio pro reo*, uzasadnianej właśnie koniecznością obalenia przysługującego oskarżonemu

domniemania niewinności – w sposób niebudzący wątpliwości<sup>17</sup>. Sam wymóg jednoznacznego wykazania w postępowaniu podatkowym zaistnienia wszystkich elementów stanu faktycznego, rodzącego określony obowiązek podatkowy, wywieść można ponadto z ogólnej zasady praworządności (legalizmu), która dotyczy się również tych przypadków, gdy wysokość należnego podatku obliczana jest bezpośrednio przez organ podatkowy. Stąd też zasada *in dubio pro tributario* łączona jest na gruncie postępowania podatkowego z art. 120 [Organów podatkowe działają na podstawie przepisów prawa] i art. 121 § 1 [Postępowanie podatkowe powinno być prowadzone w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych] o.p.<sup>18</sup> Za A. Mariańskim wskazać tu można, że w zakresie ustaleń faktycznych zasada ta gwarantowała, iż braki w materiale dowodowym nie będą rodziły negatywnych konsekwencji dla podatnika, wszelkie zaś wątpliwości co do stanu faktycznego sprawy – istniejące mimo wyczerpania dostępnych środków dowodowych – będą rozstrzygane na jego korzyść<sup>19</sup>.

III. Zwracając w pierwszej kolejności uwagę na zawężony zakres zastosowania ustawowej zasady *in dubio pro tributario* w stosunku do dotychczas przyjmowanego w doktrynie, a to odniesienie jej wyłącznie do wątpliwości co do treści przepisów prawa podatkowego<sup>20</sup>, podkreślić należy, że problem ten sygnalizowany

któremu przysługuje dane prawo lub wolność”. W tym tonie również R. Mastalski, *Zasada państwa prawnego w prawie podatkowym*, (w:) *Podatki w orzecznictwie sądowym: Zjazd Katedr Prawa Finansowego Wigry 1995*, red. E. Ruśkowski, W. Konieczny, Warszawa 1995, s. 38; A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości*, s. 95–96. Zob. także wyroki: z 11 stycznia 2000 r., K 7/99, OTK 2000, nr 1, poz. 2; z 14 czerwca 2000 r., P 3/00, OTK 2000, nr 5, poz. 138; z 15 lutego 2005 r., K 48/04, OTK-A 2005, nr 2, poz. 15.

<sup>14</sup> A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości*, s. 244.

<sup>15</sup> Zob. wyrok NSA z 22 lutego 2011 r., II FSK 223/10, Legalis nr 364942; wyrok WSA w Poznaniu z 19 sierpnia 2011 r., ISA/Po 932/10, Legalis nr 450254. Szerzej A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości*, s. 100 i n.

<sup>16</sup> Tak A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości*, s. 92–94, 96–97.

<sup>17</sup> Zob. *ibidem*, s. 89 i n. Także A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 248; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 32–33; K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 2013, s. 134; wyrok SN z 24 lutego 1998 r., V KKN 362/97, Prok. i Pr. 1999, z. 7, poz. 11.

<sup>18</sup> Zob. m.in. wyrok WSA w Warszawie z 23 stycznia 2015 r., III SA/Wa 1292/14, Legalis nr 1244184; wyrok WSA w Gliwicach z 11 marca 2015 r., III SA/GI 1564/14, Legalis nr 1260708.

<sup>19</sup> A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości*, s. 185–186.

<sup>20</sup> W świetle definicji ustawowej „przepisów prawa podatkowego” (art. 3 pkt 2 o.p.) chodzi przy tym o przepisy

był już na etapie prac legislacyjnych. Zastrzeżenie, że przepis art. 2a o.p. winien się stosować również do rozstrzyganych w ramach postępowania podatkowego okoliczności faktycznych, zgłoszone zostało przez Krajową Radę Doradców Podatkowych<sup>21</sup>, Radę Podatkową Konfederacji Lewiatan<sup>22</sup> oraz Prokuratora Generalnego RP<sup>23</sup>. Wyrażano obawę, że organy podatkowe mogą w związku z takim brzmieniem ustawowej zasady *in dubio pro tributario* dokonywać ustaleń prowadzących do rezultatów najkorzystniejszych z punktu widzenia interesów fiskalnych państwa<sup>24</sup>. Jak zatem widać, dotychczasowe gwarancje poszanowania praw podatnika w tym zakresie nie przez wszystkich uznawane były za wystarczające, niewymagające interwencji ustawodawcy.

Wskazane obawy rozwiązać miała najpewniej interpretacja ogólna Ministra Finansów z dnia 29 grudnia 2015 r. w sprawie stosowania art. 2a o.p.<sup>25</sup>, gdzie podkreślono, że jakkolwiek nowo

dodana zasada dotyczy jedynie wątpliwości co do treści prawa, tak nie można na tej podstawie twierdzić, iż w zakresie rozstrzygania wątpliwości dotyczących stanu faktycznego obowiązuje norma odwrotna – *in dubio pro fisco*. Jak czytamy, „[n]ależyte stosowanie przepisów ordynacji podatkowej dotyczących postępowania podatkowego, a w szczególności przepisów normujących przeprowadzanie dowodów powinno zapewnić taki stopień wnikliwości badania stanu faktycznego, który prowadzi do ustalenia, jakie fakty w sprawie miały miejsce, a jakie nie zaistniały”<sup>26</sup>. Teza ta nawiązuje zatem do założeń leżących u podstaw zmian postulowanych przez Kancelarię Prezydenta RP.

Mając powyższe na uwadze, zastanowić się należy, jaka jest rzeczywista relacja pomiędzy zawartą w art. 2a o.p. zasadą rozstrzygania wątpliwości prawnych na korzyść podatnika a wyrowadzaną z przepisów Konstytucji RP

ustaw podatkowych, postanowienia ratyfikowanych przez Polskę umów o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz innych ratyfikowanych umów międzynarodowych dotyczących problematyki podatkowej, a także przepisy aktów wykonawczych wydanych w oparciu o ustawy podatkowe. *Notabene*, za ustawy podatkowe uważa się ustawy odnoszące się do podatków, opłat oraz niepodatkowych należności budżetowych określające podmiot, przedmiot opodatkowania, powstanie obowiązku podatkowego, podstawę opodatkowania, stawki podatkowe oraz regulujące prawa i obowiązki organów podatkowych, podatników, płatników i inkasentów, a także ich następców prawnych oraz osób trzecich (art. 3 pkt 1 o.p.). Zgodnie zaś z art. 2 § 1 o.p. przepisy ustawy, w tym art. 2a, stosuje się do podatków, opłat oraz niepodatkowych należności budżetu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego, do których ustalania lub określania uprawnione są organy podatkowe, opłaty skarbowe oraz opłat, o których mowa w przepisach o podatkach i opłatach lokalnych, oraz innych spraw z zakresu prawa podatkowego niż dotyczące podatków, opłat oraz niepodatkowych należności budżetu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego, należących do właściwości organów podatkowych. Wobec braku jakiegokolwiek zawężenia zasada ta znajduje zastosowanie w toku kontroli podatkowej, czynności sprawdzających, postępowania kontrolnego prowadzonego przez organy kontroli skarbowej, postępowania w zakresie wydania interpretacji indywidualnej, jak również w postępowaniu podatkowym przed organem pierwszej i drugiej instancji. Stosować się przy tym będzie zarówno do przepisów prawa materialnego, jak i przepisów proceduralnych (postępowania podatkowego). Zob. A. Gomulowicz, *Ekspertyza na temat*, s. 49; J. Augustyn, *Podatnik ma prawo*, s. 4.

<sup>21</sup> Tekst opinii dostępny na stronie internetowej Sejmu RP pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=97FECB2DCECE6612C1257DD40034A635> (s. 2 pliku).

<sup>22</sup> Zob. ww. opinia, s. 8.

<sup>23</sup> Zob. ww. opinia, s. 3.

<sup>24</sup> Tak *explicitie* w opinii Prokuratora Generalnego. *Ibidem*.

<sup>25</sup> Interpretacja ogólna Ministra Finansów nr PK4.8022.44.2015 z dnia 29 grudnia 2015 r. w sprawie stosowania art. 2a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, Dz. Urz. MF 2016, poz. 4.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 1. W tym tonie także wyrok WSA w Rzeszowie z 28 lipca 2016 r., I SA/Rz 392/16, LEX nr 2096841, gdzie stwierdzono, iż: „[w]ykładnia przepisu art. 2a o.p. prowadzi do wniosku, że zawiera on normę prawną, która nakazuje rozstrzygnięcie na korzyść podatnika wątpliwości, jednakże tylko tych wątpliwości, które dotyczą prawa, nie zaś wątpliwości, co do stanu faktycznego, który podlega ustaleniu, zgodnie z zasadami reguł postępowania”.

gwarancją *in dubio pro tributario*. O ile bowiem wątpliwości co do prawa mieszczą się zarówno w konstytucyjnym (doktrynalnym), jak i ustawowym ujęciu przedmiotowej zasady, o tyle wątpliwości co do faktów jedynie w tym drugim. Mówić by tu można o stosunku zawierania, gdzie ujęcie konstytucyjne – jako zakresowo szersze – jest nadrzędnym, podczas gdy ujęcie ustawowe – zakresowo węższe – podrzędnym. Istotę problemu sprowadzić przeto można do pytania, czy regulacja ustawowa pozbawiła jednostkę gwarancji, które do tej pory wywodzone były bezpośrednio z regulacji konstytucyjnej. Mając na uwadze założenia projektodawców oraz wydaną przez Ministra Finansów interpretację ogólną, odpowiedzieć by tu należało, że nie. Patrząc zatem na art. 2a o.p. jako przepis urzeczywistniający konstytucyjną zasadę *in dubio pro tributario*, stwierdzić należy, że dotyczy on wyłącznie jednego zakresu tejże zasady, prawnej podstawy zobowiązania podatkowego, który dotychczas nie był objęty regulacją ustawową. W pozostałym zakresie, dotyczącym faktycznej podstawy zobowiązania podatkowego, gwarancja *in dubio pro tributario* zapewniana jest – zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem – poprzez ogólne zasady postępowania podatkowego, zawarte w art. 120 i 121 § 1 o.p. Problem, jaki tu jednak pozostaje, sprowadza się do wątpliwego „praktycznego” wymiaru owej gwarancji<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Zob. J. Augustyn, *Podatnik ma prawo*, s. 6, gdzie mówi się o obowiązującej w praktyce zasadzie, że braki w zakresie materiału dowodowego działają na niekorzyść podatnika – wszak nie wykazał on korzystnych dla siebie okoliczności. Autor podnosi w tym kontekście, że organy podatkowe wybierają zazwyczaj dowody korzystne dla fiskusa, w skrajnych przypadkach odmawiając przeprowadzenia wnioskowanego przez stronę dowodu ze wskazaniem na niewiarygodność jego źródła. Zob. wyrok WSA w Opolu z 8 lipca 2015 r., ISA/Op 171/15, LEX nr 1808961, gdzie posłużenie się wykładnią funkcjonalną odbiegającą od jednoznacznych rezultatów wykładni językowej, a mającą jednocześnie wydźwięk korzystny dla Skarbu Państwa, uznane zostało za uzasadnione w świetle poczynionych przez organ podatkowy ustaleń faktycznych. W tym tonie także wyrok WSA w Krakowie z 20 stycznia 2015 r., ISA/Kr 1503/14 (orzeczenia.nsa.gov.pl).

<sup>28</sup> Zob. chociażby ww. wyrok TK z 18 lipca 2013 r., SK 18/09.

<sup>29</sup> *Notabene*, ordynacja podatkowa zawiera definicje legalne jedynie pojęć „płatnik” (art. 8) i „inkasent” (art. 9), niemniej choćby przepis art. 133 ust. 1 o.p., stanowiący, że: „[s]troną w postępowaniu podatkowym jest podatnik, płatnik, inkasent lub ich następca prawny, a także osoba trzecia, o której mowa w art. 110–117b, która z uwagi na swój interes prawny żąda czynności organu podatkowego, do której czynność organu podatkowego się odnosi lub której interesu prawnego działanie organu podatkowego dotyczy”, przesądza tutaj, iż „następca prawny” i „osoba trzecia” są odrębnymi niż „podatnik” podmiotami postępowania podatkowego.

<sup>30</sup> J. Augustyn, *Podatnik ma prawo*, s. 5.

IV. W miejscu tym zwrócić należy jeszcze uwagę na zawężenie na gruncie ordynacji podatkowej „podmiotowego” zakresu zastosowania konstytucyjnej zasady *in dubio pro tributario*. Jakkolwiek brak było uzasadnionych podstaw w wypracowanym do tej pory orzecznictwie i piśmiennictwie do uznawania za beneficjentów rzeczzonej zasady jedynie podmiotów będących podatnikami w myśl ustawowej definicji z art. 7 o.p., a to osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, podlegające na mocy ustaw podatkowych obowiązki podatkowemu (z zastrzeżeniem, że odrębne ustawy mogą uznawać za podatnika inne podmioty), w szczególności termin „podatnik” funkcjonował zamiennie wobec „podmiotu obowiązującego do świadczeń podatkowych” czy wyrażen podobnych<sup>28</sup>, tak dokonując wykładni przepisu art. 2a o.p., nie można owej definicji pominąć. Mając tym samym na uwadze, że w postępowaniu podatkowym występują także inne podmioty niż podatnik, w szczególności płatnik, inkasent, następca prawny czy osoba trzecia<sup>29</sup>, sama zaś ustawa nie rozszerza zakresu zastosowania art. 2a o.p., a to nie każe stosować wyrażonej tu zasady odpowiednio do innych uczestników postępowania, należy stwierdzić, że w praktyce może się ona stosować tylko do „podatnika”<sup>30</sup>.

Godzi się w tym miejscu podkreślić, że problem ten dostrzeżony został nie tylko przez

podmioty opiniujące projekt ustawy nowelizującej<sup>31</sup>, ale również przez Senat RP. W uchwale z dnia 4 sierpnia 2015 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw<sup>32</sup> zaproponował mianowicie następujące brzmienie przepisu: „Art. 2a. Niedające się usunąć wątpliwości co do wykładni przepisów prawa podatkowego organ rozstrzyga na korzyść podatnika lub innej strony postępowania”. W uzasadnieniu podano, że pozbawienie ochrony wynikającej z nakazu rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść osoby podatkowo zobowiązanej oznacza zawężenie możliwości stosowania dyrektywy wykładni na korzyść wszystkich adresatów przepisów podatkowych. Zróżnicowania tego nie sposób przy tym uznać za uzasadnione<sup>33</sup>. Poprawka ta nie została jednak uwzględniona<sup>34</sup>.

Pewne rozwiązanie zaproponował tutaj Minister Finansów we wskazanej uprzednio interpretacji ogólnej. Przepis art. 2a o.p. miałyby mianowicie być stosowany do innych podmiotów obciążanych obowiązkami podatkowymi na zasadzie analogii<sup>35</sup>. Odnosząc się pokrótce do tej sugestii, zaznaczyć należy, że byłaby to analogia na korzyść podmiotu podatkowo zobowiązanego, w związku z czym – dopusz-

czalna na gruncie tej dziedziny prawa<sup>36</sup>. Problemem może być tu jednak założenie racjonalnego ustawodawcy. Skoro bowiem rozszerzenie kręgu beneficjentów rzeczony zasady było proponowane na etapie prac legislacyjnych i pozytywnie zostało zaopiniowane przez komisję, jednak w ostatecznym kształcie przepis wskazuje wyłącznie podatnika, to mówienie w tym przypadku o „luce w prawie”, wymagającej wypełnienia zgodnie z domniemaną wolą ustawodawcy, nie jest raczej zasadne. Zwłaszcza że ordynacja podatkowa zazwyczaj wprost wskazuje, kiedy dana regulacja ma być stosowana odpowiednio do innego podmiotu. Jako pewną alternatywę podać tu jednak można bezpośrednie stosowanie normy konstytucyjnej ze wskazaniem sprzeczności przepisu art. 2a o.p. z zasadą równości wobec prawa<sup>37</sup>.

**V.** Główny problem związany z ustawową dyrektywą interpretacyjną *in dubio pro tributario* zdaje się jednak tkwić w charakterze wątpliwości, które warunkują jej zastosowanie. Mają to bowiem być wątpliwości „niedające się usunąć”. O czym była już mowa na wstępie, ograniczenie zakresu zastosowania art. 2a o.p. jedynie do „nieusuwalnych” wątpliwości

<sup>31</sup> Zob. ww. opinia Rady Podatkowej Konfederacji Lewiatan, s. 9.

<sup>32</sup> Tekst uchwały wraz z uzasadnieniem dostępny na stronie internetowej Sejmu RP pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=7D8E0AD5DDD74050C1257E9700605EC5>

<sup>33</sup> Uzasadnienie ww. uchwały, s. 2.

<sup>34</sup> Warto tutaj zaznaczyć, że poprawka ta została pozytywnie zaopiniowana przez Komisję Finansów Publicznych. Zob. sprawozdanie Komisji Finansów Publicznych o uchwale Senatu w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3790), dostępne na stronie internetowej Sejmu RP pod adresem <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3802>

<sup>35</sup> Przedstawione tutaj przez Ministra Finansów stanowisko jest następujące: „Art. 2a Ordynacji podatkowej odnosi się w swojej treści jedynie do podatnika. Nie ma jednak żadnych uzasadnionych powodów, które uniemożliwiłyby stosowanie tego przepisu także w sprawach innych podmiotów obciążanych obowiązkami wynikającymi z przepisów prawa podatkowego – płatników, inkasentów, następców prawnych podatnika czy osób trzecich odpowiedzialnych za cudze zobowiązania podatkowe. Podstawą zastosowania art. 2a Ordynacji podatkowej będzie analogia prawna. Porównanie sytuacji prawnej – w kontekście wymogu dostatecznej zrozumiałości przepisów prawa podatkowego i jednoznaczności norm z nich wynikających – podatnika i np. płatnika podatku, nie pozwala dostrzec istotnych różnic w tym zakresie. Sytuacja płatnika spełnia więc wszystkie warunki dopuszczające stosowanie, w drodze analogii, art. 2a Ordynacji podatkowej także do płatnika. Dotyczy to także innych wskazanych wyżej podmiotów”.

<sup>36</sup> Zob. w tym kontekście wyrok NSA z 29 sierpnia 2012 r., II FSK 166/11, Legalis nr 538046; K. Radzikowski, *Analogia w prawie podatkowym*, „Przegląd Podatkowy” 2007, nr 4, s. 18–22.

<sup>37</sup> Na temat obecnej w polskim orzecznictwie tendencji do bezpośredniego stosowania Konstytucji RP, a to z pominięciem treści ustaw zwykłych, zob. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 340 i n.

sprawić może, że ochrona, jaką proponuje się tutaj podatnikom, może przybrać bardzo iluzoryczną formę<sup>38</sup>. Mając na uwadze praktykę stosowania właściwej dla prawa karnego zasady *in dubio pro reo*, można bowiem założyć, że zarzut odwoławczy naruszenia zasady *in dubio pro tributario* tylko wówczas jawić się będzie jako zasadny, gdy z akt sprawy, przede wszystkim jednak z uzasadnienia prawnego podjętej decyzji, wynikać będzie, iż organ rzeczywiście powziął wątpliwości, których nie mógł usunąć, a które rozstrzygnięte przezeń zostały na niekorzyść podatnika<sup>39</sup>. O ile jednak sytuacja taka jawi się jako możliwa przy ustaleniu stanu faktycznego – wszak wszystko zależy tutaj od kompletności zebranego materiału dowodowego, tak w przypadku wykładni prawa „niedające się usunąć wątpliwości” są o tyle ciężkie do pomyślenia, że nawet w przypadku

kilku konkurencyjnych rezultatów interpretacyjnych można wybrać jeden z odwołaniem się do nadrzędnych wartości, leżących u podstaw systemu prawa, a których zabezpieczeniu służyć ma dyrektywa interpretacyjna uzasadniająca przyjęcie takiego właśnie znaczenia normy prawnej<sup>40</sup>. *Notabene*, współczesna teoria prawa zdaje się odrzucać nie tylko koncepcję *clara non sunt interpretanda*, łącząc proces poznania prawa z jego interpretacją<sup>41</sup>, ale również antykontynuacyjną postawę *interpretatio cessat in claris*<sup>42</sup>. Na przepis prawny winno się zatem spojrzeć przez pryzmat zarówno językowych, jak i systemowych czy funkcjonalnych dyrektyw interpretacyjnych, w razie zaś stwierdzenia ważnych ku temu racji (prawnych, społecznych lub moralnych) dopuszczalne jest odstąpienie nawet od jednoznacznego rezultatu wykładni językowej<sup>43</sup>. Mając zatem

<sup>38</sup> Tak ww. opinia Rady Podatkowej Konfederacji Lewiatan, gdzie postulowano w konsekwencji rezygnację z przedmiotowego warunku. Zob. przypis nr 9. Warto w tym miejscu przytoczyć uwagę H. Dzwonkowskiego, że nieodkreśloność zwrotu „niedające się usunąć wątpliwości”, jego subiektywny i ocenny charakter sprawiają, iż przepisy tworzące wątpliwości podlegają ocenie przez kryterium, które również rodzi spór wątpliwości. Tak H. Dzwonkowski, *Opinia prawna w zakresie zgodności z Konstytucją RP przedstawionego prezydenckiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw*, Zeszyty Prawnicze BAS 2015, nr 2, s. 68. Także M. Durczyńska, *Rostrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika (in dubio pro tributario)*, „Serwis Monitora Podatkowego” 2015, nr 4, s. 11.

<sup>39</sup> Zob. m.in. postanowienie SN z 12 lutego 2016 r., III KK 22/16, Legalis nr 1445147, gdzie stwierdzono, iż: „[s]kuteczne posłużenie się zarzutem obrazu art. 5 § 2 k.p.k. może przynieść oczekiwany przez skarżącego efekt jedynie wówczas, gdy zostanie wykazane, że orzekający w sprawie Sąd rzeczywiście miał wątpliwości o takim charakterze i nie rozstrzygnął ich na korzyść oskarżonego. Dla zasadności tego zarzutu nie wystarczy zaś zaprezentowanie przez stronę własnych wątpliwości co do stanu dowodów. O naruszeniu tego przepisu można więc mówić wówczas, gdy sąd, ustalając, że zachodzą niedające się usunąć wątpliwości, nie rozstrzygnie ich na korzyść skazanego, co w tej sprawie nie miało miejsca”. Także A. Rychlewska, *O dyrektywie interpretacyjnej in dubio pro reo. Uwagi na tle ustawy nowelizującej postępowanie karne*, „Palestra” 2015, nr 9–10, s. 29–30.

<sup>40</sup> Za J. Wróblewskim wskazać tutaj należy zagadnienie aksjologii wyboru tychże dyrektyw. O ile na gruncie statycznych teorii wykładni, hołdujących zasadzie pewności prawa, pierwszorzędne miejsce zajmować będą dyrektywy językowe, o tyle w ramach dynamicznych teorii wykładni, gdzie podkreśla się wymóg adekwatności prawa do zmieniającej się rzeczywistości, elastyczności prawa, nacisk położony będzie na dyrektywy funkcjonalne. Zob. J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985, s. 193 i n. Sporne jest przy tym, czy dyrektywy interpretacyjne w ogóle pełnią funkcję heurystyczną, wskazując, w jaki sposób szukać rozstrzygnięcia problemu interpretacyjnego (kontekst odkrycia), czy jedynie racjonalizacyjną, służąc do uzasadnienia decyzji podjętej niezależnie od ich treści (kontekst uzasadnienia). Zob. J. Wróblewski, *Właściwości, rola i zadania dyrektyw interpretacyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1961, z. 4, s. 105 i n. Także T. Spyra, *Granice wykładni*, s. 23 i n.

<sup>41</sup> M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, nr 2, s. 103–104. Szerzej na temat roli interpretacji w procesie poznania zob. B. Brożek, *Granice interpretacji*, Kraków 2014.

<sup>42</sup> M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność*, s. 108.

<sup>43</sup> Zob. wyrok TK z 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK 2000, nr 5, poz. 141. Także A. Gomulowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2013, s. 208, gdzie czytamy: „[w]ykładnia językowa nie może bowiem prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanej wartości mogłoby nasuwać wątpliwości co do oddania



na uwadze różnorodność dostępnych zabiegów interpretacyjnych, należy stwierdzić, że sytuacja braku „odpowiedniego narzędzia” do poczynienia stosownych ustaleń w zakresie treści normy prawnej nie może w zasadzie wystąpić<sup>44</sup>. Z drugiej strony, jeśli przepis prawny rzeczywiście byłby w takim stopniu niejasny, że przy użyciu powszechnie uznanych reguł wykładni nie dałoby się tego uczynić, to wówczas winno się stwierdzić jego niekonstytucyjność<sup>45</sup>. Zgodzić się bowiem należy ze stanowiskiem ekspertów opiniujących projekt ustawy nowelizującej, że przepis nakazujący przyjąć interpretację korzystną dla podatnika w sytuacji „nieusuwalnych” wątpliwości interpretacyjnych zdaje się mimo wszystko pozostawać w sprzeczności z konstytucyjnym standardem prawidłowej

legislacji, w tym zasadą określoności prawa. Zamiast przypisywać mu „jakieś” znaczenie (choćby korzystne dla jednostki), winno się go wyeliminować z systemu prawa<sup>46</sup>. Na marginesie, z perspektywy Konstytucji RP za równie problematyczne uznać należy samo założenie przyjęte przez projektodawców, że art. 2a o.p. służyć będzie do „wypełniania konstrukcyjnych luk prawnych, usuwania wątpliwości brzmienia przepisu oraz modernizacji norm prawnych”.

Mając powyższe na uwadze, przepis art. 2 o.p. winno się zatem interpretować w sposób odmienny, rzecz można – prokonstytucyjny. W szczególności pokusić by się można o pewną obiektywizację przesłanki „nieudających się usunąć wątpliwości” przykładowo poprzez każdorazowe odwoływanie się do wypracowa-

---

przez interpretatora *ratio legis* interpretowanego przepisu. Rozumienie treści przepisu prawnego jest wyznaczone nie tylko przez jego brzmienie, lecz także przez treść innych przepisów prawnych mających wpływ na jego rozumienie”. Odmiennie, że granica możliwego znaczenia językowego jest nieprzekraczalna, R. Wolański, *System podatkowy w Polsce*, Warszawa 2016, s. 65.

<sup>44</sup> Tak, w odniesieniu do problemu stosowania karnoprocesowej zasady *in dubio pro reo* do wątpliwości natury prawnej, A. Murzynowski, *Istota i zasady*, s. 260–261; J. Nelken, *Zasada in dubio pro reo w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1971, nr 3, s. 344.

<sup>45</sup> Zob. wyrok TK z 29 lipca 2014 r., P 49/13, OTK-A 2014, nr 7, poz. 79, gdzie stwierdzono: „[w] celu uznania niekonstytucyjności regulacji, której sądy pytające stawiają zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji nie wystarcza tylko i wyłącznie abstrakcyjne stwierdzenie nieokreśloności tekstu prawa. Nieprecyzyjne brzmienie lub niejasna treść przepisu nie w każdym przypadku uzasadniają wyeliminowanie go z obrotu prawnego w wyniku orzeczenia Trybunału. **Zdaniem Trybunału, niejasność lub nieprecyzyjność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, o ile jest tak daleko posunięta, że wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednołitości stosowania prawa** [wyróżn. – A. R.]. Pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności czy nieprecyzyjności powinno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany wtedy, gdy inne metody usuwania wątpliwości dotyczących treści przepisu w drodze wykładni okażą się niewystarczające. Dopiero jeżeli dana regulacja prawna okazuje się niejasna w sposób kwalifikowany, uzasadnia to orzeczenie jej niekonstytucyjności ze względu na naruszenie zasady poprawnej legislacji, w niektórych przypadkach wzmocnionej przez przepisy konstytucyjne ustalające szczególne wymagania co do określoności przepisów prawnych w niektórych gałęziach prawa czy w odniesieniu do niektórych zagadnień, takich jak prawo karne, prawo daninowe czy ograniczenia praw i wolności gwarantowanych konstytucyjnie”. Zob. także wyrok NSA w Warszawie z 17 lutego 2016 r., II FSK 3585/13, LEX nr 2026295, gdzie wprost stwierdzono, że: „[n]ie można zaakceptować sytuacji, w której w celu zapewnienia szczelności systemu podatkowego organy podatkowe w drodze wykładni prawa dokonują za ustawodawcę korekty uformowań podatkowych. Działania takie – zgodnie z art. 217 Konstytucji RP – należą do sfery wyłącznej kompetencji organów władzy ustawodawczej. To władza publiczna, a nie podległe jej podmioty, musi ponosić konsekwencje niedoskonałego ukształtowania regulacji podatkowej”.

<sup>46</sup> Zob. A. Gomułowicz, *Ekspertyza na temat*, s. 43; H. Dzwonkowski, *Opinia prawna*, s. 68. Także T. Dębowska-Romanowska, *Opinia na temat przedstawionego przez Prezydenta RP projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw*, Zeszyty Prawnicze BAS 2015, nr 2, s. 82–83, gdzie analizując tę kwestię z perspektywy zasady jednej (i jedynej) kwoty podatku, autorka stwierdza ostatecznie, że: „(...) w świetle polskiej Konstytucji nie ma sytuacji *nieudających się usunąć wątpliwości*, co do treści przepisów prawa podatkowego, gdyż w takiej sytuacji w ogóle nie można mówić o powstaniu obowiązku podatkowego ani też tym bardziej zobowiązania podatkowego”. Szersza analiza konstytucyjności rzeczonoego przepisu wykracza poza ramy niniejszego tekstu.

nych w orzecznictwie, także piśmiennictwie, poglądów prawnych. Jakkolwiek bowiem dla podmiotu dokonującego *in concreto* interpretacji, patrzącego na dany przepis prawny z perspektywy przyjmowanych przez siebie wartości i posiadanego wyobrażenia na temat aksjologii systemu prawa, jego treść będzie zasadniczo do ustalenia, tak analiza dorobku wykładniczego jest w stanie wykazać możliwe, być może odmienne sposoby rozumienia danej regulacji – oparte na innej hierarchii wartości. Jeśli brak jest jednolitej wykładni danego przepisu, ewentualnie żadnego poglądu nie można uznać za dominujący, to przyjęć by należało, że rzeczywiście zachodzą niedające się – obiektywnie – usunąć wątpliwości. Innymi słowy, jakkolwiek w pierwszym przypadku interpretator usunąłby obiektywnie istniejące wątpliwości w zgodzie z przyjmowanym przez niego systemem wartości, przez co nie byłoby już potrzeby odwoływania się do *in dubio pro tributario*, tak w przypadku drugim stwierdzając obiektywnie istniejące wątpliwości, nie mógłby się odwołać do własnych intuicji prawniczych, a zobowiązany byłby rozstrzygnąć je na korzyść podatnika<sup>47</sup>. *Notabene*, w ten sposób można by rozumieć stanowisko Ministra Finansów, który w przytoczanej już interpretacji

ogólnej wskazuje możliwość weryfikacji przez sąd administracyjny prawidłowości w zakresie stosowania art. 2a o.p.<sup>48</sup> Skoro przepis ten może stanowić samoistną podstawę odwoławczą, to jednostka musi mieć realną możliwość wykazania owych wątpliwości, sąd zaś – realną możliwość stwierdzenia ich występowania. Gdyby chodzić miało w tym przypadku wyłącznie o brak należytego uzasadnienia podstawy prawnej rozstrzygnięcia, to byłoby to naruszenie – po prostu – art. 210 § 4 o.p. Z kolei spory dotyczące „prawidłowości” tego czy innego poglądu prawnego rozstrzygane są w ramach zarzutu błędu co do prawa. Nie można oczywiście wykluczyć, że Minister Finansów miał tu na myśli sytuację, kiedy to organ podatkowy, stwierdziwszy w uzasadnieniu decyzji, iż wątpliwości co do treści określonego przepisu nie jest w stanie usunąć, przyjął niekorzystny dla podatnika wariant, niemniej przypadek taki uznać należy za oderwany od rzeczywistości. O czym była już ponadto mowa powyżej – nie można zaakceptować rozwiązania, aby w przypadku kwalifikowanej niejasności czy nieprecyzyjności przepisu prawnego przypisać mu mimo wszystko jakieś znaczenie, choćby – na zasadzie „mniejszego zła” – korzystniejsze dla podatnika<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Por. w tym kontekście wyrok WSA w Kielcach z 15 kwietnia 2016 r., I SA/Ke 112/16 (orzeczenia.nsa.gov.pl), gdzie zarzut naruszenia art. 2a o.p. uznany został za nieuzasadniony ze wskazaniem na okoliczność, że w ocenie sądu treść odnośnego przepisu, a to art. 21 ust. 1 pkt 32 lit. a i lit. e ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 361) nie nasuwała wątpliwości. Ocenę swą oparł on przy tym na „wypracowanym i utrwalonym przez orzecznictwo sądów administracyjnych” stanowisku, że finansowanie wydatków mieszkaniowych ze środków pochodzących z kredytu nie oznacza wydatkowania przychodu ze sprzedaży nieruchomości, jako że brak jest w tym przypadku tożsamości źródła przychodów w zakresie zwolnienia i wydatkowania przychodów.

<sup>48</sup> Jak czytamy: „(...) sąd administracyjny, badając legalność działania organów podatkowych, będzie mógł uchylić decyzję np. w sytuacji, gdy organ podatkowy nie zastosował art. 2a Ordynacji podatkowej, a – zdaniem sądu – istniały ku temu ustawowe przesłanki”. Tak ww. interpretacja ogólna, s. 2.

<sup>49</sup> Jakkolwiek sam organ podatkowy nie jest legitymowany do wystąpienia z wnioskiem o zbadanie konstytucyjności przepisu prawnego (por. art. 191 ust. 1 Konstytucji RP), tak zasugerować tu można, aby w takich przypadkach występował on do podmiotu posiadającego takie uprawnienie, przykładowo Rzecznika Praw Obywatelskich, z prośbą o złożenie stosownego wniosku do TK. Należałoby przy tym dokonać rewizji wyrażanego przez NSA stanowiska co do możliwości zawieszenia postępowania podatkowego z uwagi na toczące się przed TK postępowanie. Zob. wyrok z 14 października 1999 r., I SA/Łd 2042/98, LEX nr 40848. Por. w tym kontekście A. Gomulowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo*, s. 422. Zob. jednak wyrok WSA w Poznaniu z 21 kwietnia 2016 r., I SA/Po 1754/15 (orzeczenia.nsa.gov.pl), gdzie przepis art. 2a o.p. zdaje się być tak właśnie rozumiany. W uzasadnieniu czytamy mianowicie, że: „(...) skoro wątpliwości budzi znaczenie przepisu w konkretnej sytuacji faktycznej, a wątpliwości tych nie można usunąć w trakcie

Innym możliwym sposobem „racjonalizacji” normy wynikającej z art. 2a o.p. byłoby przyjęcie, że wyrażona tutaj zasada *in dubio pro tributario* stanowi ustawową regułę wykładni II stopnia, a to nakazującą dokonanie wyboru tego rezultatu interpretacyjnego spośród kilku możliwych, osiągniętych przy użyciu dyrektyw wykładniczych I stopnia, który jest najkorzystniejszy z punktu widzenia interesów podatnika<sup>50</sup>. W kontekście tym zwrócić należy uwagę na propozycję J. Augustyna, aby przepis art. 2a o.p. traktować jako wzmocnienie znaczenia językowych dyrektyw wykładniczych i stosować już wówczas, gdy po dokonaniu kompleksowej wykładni odnośnych przepisów ustaw podatkowych, uwzględniającej prymat wykładni językowej oraz granicę dopuszczalnej interpretacji kreślonej przez możliwe znaczenie językowe przepisu, uzyskano więcej niż jeden możliwy rezultat interpretacyjny<sup>51</sup>. Zwrot „nie-dające się usunąć wątpliwości” czytać by zatem należało jako wątpliwości, których nie da się usunąć przy użyciu językowych dyrektyw wykładniczych z uwzględnieniem kontekstu systemowego (możliwe znaczenie językowe z perspektywy systematyki aktu prawnego) i kontekstu funkcjonalnego (możliwe znaczenie językowe z perspektywy „funkcji” aktu prawnego).

**VI.** W ramach podsumowania stwierdzić należy, że założony przez projektodawców ustawy nowelizującej korzystny wpływ przepisu art. 2a o.p. na sferę interesów podatnika jest w rzeczy samej iluzoryczny, niemożliwy do osiągnięcia w praktyce. Kształt, jaki został nadany ustawowej dyrektywie *in dubio pro tributario*, zwłaszcza przesłanka jej aktualizacji w postaci

„nie-dających się usunąć wątpliwości”, powodować będzie „bezużyteczność” nowej regulacji na etapie stosowania prawa podatkowego. Zaznaczyć tu bowiem należy, że skoro przepis ten wprowadzono właśnie do ordynacji podatkowej, to jej wyłącznym adresatem jest organ podatkowy. Ten zaś, będąc reprezentowanym przez urzędnika fiskalnego, prowadzi zasadniczo politykę *in dubio pro fisco*, co obecnie, w związku z wprowadzeniem do obowiązującego stanu prawnego skrajnie profiskalnej klauzuli o unikaniu opodatkowania, jeszcze się najpewniej pogłębi. Jedynym przeto podmiotem, który częściej mógłby rozstrzygać wątpliwości na korzyść podatnika, jest sąd administracyjny, przy czym w tym przypadku – jeśli rozumieć art. 2a o.p. zgodnie z wypracowanym na gruncie procedury karnej orzecznictwem jako subiektywne wątpliwości podmiotu podejmującego w sprawie decyzję – w rachubę wchodzić już będzie stosowanie dyrektywy *in dubio pro tributario* jako zasady doktrynalnej, wyprowadzanej z przepisów Konstytucji RP. Weryfikacja tego, czy organ podatkowy miał jakieś wątpliwości, które rozstrzygnął z naruszeniem nowej zasady, jest wszak niemożliwa. Co przy tym ciekawe, skoro zgodnie z założeniami projektu ustawy nowelizującej przepis art. 2a o.p. wzmocnić miał bezpieczeństwo prawne jednostki, zwłaszcza jako podmiotu występującego w obrocie gospodarczym, to punktem odniesienia winno się uczynić nie urzędnika fiskalnego, a właśnie podatnika, który winien mieć możliwość uprzedniego przewidzenia konsekwencji prawnopodatkowych podejmowanego działania<sup>52</sup>. Tymczasem obecna regulacja odsuwa na dalszy plan subiektywne wątpliwości osoby podatkowo zobowiązanej,

prawkładnio prowadzonej wykładni przepisów prawa podatkowego, to wówczas powinna być przyjęta wykładnia korzystniejsza dla podatnika”.

<sup>50</sup> Por. B. Brzeziński, *Kierunki zmian przepisów ogólnych ordynacji podatkowej*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2001, nr 3–4, s. 38; A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości*, s. 244.

<sup>51</sup> J. Augustyn, *Podatnik ma prawo*, s. 6. *Notabene*, możliwe znaczenie językowe oznacza tutaj wszystko to, co może być uznane za będące desygnatem danego pojęcia zgodnie z odnośnym (ogólnym lub specjalnym) użyciem języka, a to w sposób przewidywalny dla kompetentnego użytkownika danego języka. Zob. T. Spyra, *Granice wykładni*, s. 52–53 i przytaczana tam literatura; B. Brożek, *Poza interpretację*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6, s. 21.

<sup>52</sup> *Notabene*, zarzut niedopełnienia obowiązków przez podatnika wtedy tylko uznać można za zasadny, jeśli treść

także te znajdujące obiektywne uzasadnienie w świetle niejednolitej linii orzeczniczej czy poglądów doktryny.

Proponowane w niniejszym opracowaniu rozwiązania na pewno nie są wolne od wad, w szczególności wiążą się z pewnym ograniczeniem swobody interpretacyjnej sędziego, także poprzez „automatyczne” rozstrzygnięcie konfliktu między interesem jednostki a interesem Skarbu Państwa na korzyść obywatela<sup>53</sup>. Jeśli mowa jednak o zasadzie pewności prawa i bezpieczeństwie prawnym jednostki, wydają się one optymalne. Na kanwie omawianej nowelizacji jedna jeszcze rzecz jawi się przy tym jako szczególnie fraszobliwa. Mimo licznych

konsultacji na etapie praw legislacyjnych, tak z ekspertami z zakresu prawa podatkowego, jak i zainteresowanymi instytucjami państwowymi i społecznymi, w tym negatywnych opinii co do proponowanego rozwiązania, przepis art. 2a o.p. przybrał dokładnie taką postać, jak w pierwotnych postulatach „prezydenckich”. Prowadzić to może do wniosku, że przepis ten od samego początku pomyślany był jako „martwy”, służący jedynie celom politycznym. Tym niemniej, jeżeli został on już dodany do ordynacji podatkowej, to winno się go uczynić przepisem rzeczywiście obowiązującym – rzeczywiście poprawiającym pozycję jednostki w relacji z fiskusem.

---

nałożonych na niego obowiązków jest w pełni zrozumiała. Por. wyrok NSA z 18 stycznia 1988 r., III SA 964/87, OSP 1990, nr 5–6, poz. 251, z glosą Z. Kmiecika.

<sup>53</sup> Tak A. Gomułowicz, *Ekspertyza na temat*, s. 43, 48–49.

## Summary

Aleksandra Rychlewska

### FEW WORDS ON THE STATUTORY INTERPRETATIVE DIRECTIVE OF *IN DUBIO PRO TRIBUTARIO*

The principle of *in dubio pro tributario* was known within the Polish tax law system as a constitutional norm. On 1 January 2016 it has been recognized as one of the general principles of tax proceedings obtaining the status of statutory interpretative directive. Although it was thought to lead to the strengthening of taxpayers' rights and the increasing of his legal security, the analysis of a new Article 2a of the Tax Ordinance Act may raise doubts about the accuracy of these assumptions. Even though many concerns for the wording of the proposed provision have been reported during the legislative process, the legislator has not taken them into account. This article will provide an analysis of the issue.

**KEY WORDS:** the principle of *in dubio pro tributario*, the amendment of the Tax Ordinance Act, interpretation of tax law

**POJĘCIA KLUCZOWE:** zasada *in dubio pro tributario*, nowelizacja ordynacji podatkowej, wykładnia prawa podatkowego

## DOPUSZCZALNOŚĆ OCENY ZGODNOŚCI Z KONSTYTUCJĄ PRZEPISÓW POSTĘPOWANIA CYWILNEGO KSZTAŁTUJĄCYCH TZW. PRZEDSĄD W POSTĘPOWANIU ZAINICJOWANYM SKARGĄ KONSTYTUCYJNĄ

Przedmiotem artykułu jest zagadnienie możliwości zaskarżenia przepisów postępowania cywilnego kształtujących instytucję tzw. przedsądu w zakresie ich niezgodności z Konstytucją w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym zainicjowanym skargą konstytucyjną. Stanowiska Trybunału Konstytucyjnego pochodzące z treści uzasadnień postanowień Trybunału Konstytucyjnego o odmowie nadania dalszego biegu skargom konstytucyjnym oraz postanowień o nieuwzględnieniu zażaleń na ww. postanowienia, a uznające, że skarżąc tzw. przedsąd, nie jest możliwe wywiedzenie naruszenia podstawowych praw i wolności konstytucyjnych, jest konfrontowane z poglądami autora.

### SKARGA KONSTYTUCYJNA – WSTĘPNA KONTROLA

Skarga konstytucyjna jest szczególnym środkiem ochrony konstytucyjnych praw i wolności, którego wniesienie zostało warunkowane spełnieniem szeregu przesłanek wynikających z art. 79 ust. 1 Konstytucji, a doprecyzowanych w przepisach ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym<sup>1</sup>. Zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo na zasadach określonych w ustawie wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją

ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub inny organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji. Przepis będący przedmiotem skargi konstytucyjnej musi wykazywać złożoną, podwójną kwalifikację. Po pierwsze, powinien być podstawą prawną ostatecznego orzeczenia wydanego w sprawie skarżącego. Po drugie, to w treści normatywnego przepisu tkwić powinna bezpośrednia przyczyna naruszenia określonych w Konstytucji praw podmiotowych skarżącego. Obowiązek wskazania, jakiej treści prawa i wolności i w jaki sposób zostały w ten sposób naruszone, również spoczywa na podmiocie występującym ze skargą konstytucyjną (art. 65 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK). Prawidłowe jego wypełnienie oznacza konieczność wywiedzenia z zaskarżonych przepisów określonej normy, następnie powołania właściwych wzorców konstytucyjnych, zawierających podmiotowe prawa przysługujące podmiotom prawa prywatnego, i przez porównanie treści płynących z obu regulacji wskazanie ich wzajemnej sprzeczności. Innymi słowy – istotę skargi stanowi prawidłowe wskazanie normy płynącej z podstawy normatywnej rozstrzygnięcia i powiązanie jej z adekwatnymi wzorcami konstytucyjnymi, a następnie ukazanie sposobu naruszenia konstytucyjnych praw podmiotowych<sup>2</sup>. Konieczność wykazania naruszenia konstytucyjnych praw podmiotowych jest tym, co odróżnia skargę konstytucyj-

<sup>1</sup> Dz.U. z 2015 r. poz. 1064 z późn. zm., dalej: ustawa o TK.

<sup>2</sup> Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 11 września 2014 r., Ts 262/13.

ną od wniosków o zbadanie zgodności normy prawnej z aktem wyższego rzędu, które mogą być składane do Trybunału Konstytucyjnego przez podmioty wymienione w art. 191 ust. 1 Konstytucji, kiedy to konieczne, ale zarazem wystarczające, ażeby skutecznie wnieść wniosek, jest wykazanie niezgodności zaskarżonej normy z adekwatnymi wzorcami konstytucyjnymi. Jednakże ustrojodawca nie definiuje w Konstytucji pojęcia praw podmiotowych oraz nie wskazuje, z których norm konstytucyjnych można wywieść konstytucyjne prawa i wolności. Ustawa o TK także nie doprecyzowuje tej materii. Zagadnienie rozstrzygnięcia, czy dany wzorzec konstytucyjny wyraża wolności i prawa podmiotowe, stało się tym samym domeną orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.

### SKARGA KASACYJNA – NADZWYCZAJNY ŚRODEK ZASKARŻENIA

W roku 2001 doszło do radykalnej zmiany w ustawie Kodeks postępowania cywilnego. Zastąpiono kasację, który to środek zaskarżenia rozpoznawał Sąd Najwyższy jako sąd trzeciej instancji, nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, a mianowicie skargą kasacyjną. Rozpoznanie skargi kasacyjnej w odróżnieniu od kasacji było uwarunkowane nie tylko spełnieniem kryteriów formalnych, lecz także spełnieniem kryteriów tzw. przedsądu. Wprowadzono niedookreślone kryteria, w brzmieniu art. 398<sup>3</sup> ustawy Kodeks postępowania cywilnego<sup>3</sup> (dalej: k.p.c.), które w zamiarze uprawniają Sąd Najwyższy do selekcji skarg kasacyjnych, które następnie będą merytorycznie rozpoznawane. Proces selekcji zwany przedsądem miał powodować, że tylko najistotniejsza problematyka stałaby się przedmiotem orzekania

Sądu Najwyższego. W rezultacie szacuje się, że w ok. 80% poprawnych formalnie skarg kasacyjnych wyrok nie zapada<sup>4</sup>, gdyż Sąd Najwyższy postanawia o odmowie przyjęcia, formalnie poprawnych, skarg kasacyjnych do rozpoznania, z uwagi na stwierdzenie, iż nie spełniają przesłanek określonych w art. 398<sup>3</sup> § 1 k.p.c.<sup>5</sup> Zdaniem Sądu Najwyższego skarga kasacyjna jest kwalifikowanym środkiem prawnym, którego rozpoznanie przez Sąd Najwyższy musi być uzasadnione względami o szczególnej doniosłości, wykraczającymi poza indywidualny interes skarżącego, a leżącymi w interesie powszechnym. Rozpoznanie skargi kasacyjnej powinno służyć ochronie obowiązującego porządku prawnego przed dowolnością orzekania oraz zapewnieniu jednolitości orzecznictwa sądowego w takich sprawach, w których możliwe jest dokonanie zasadniczej wykładni przepisu prawa, mającej walor generalny i abstrakcyjny<sup>6</sup>. Co więcej, Sąd Najwyższy, który otrzymał instrument bardzo silnej kontroli nad dopuszczalnością wydania przez Sąd Najwyższy wyroku, gdyż publicznoprawne kryteria przedsądu, o czym dalej, są niedookreślone i pozwalają na daleko idącą uznaniowość, „promuje” przedsąd w licznych orzeczeniach, uzasadniając przy tym zgodność przepisów k.p.c. kształtujących przedsąd z Konstytucją oraz przepisami europejskimi. I tak Sąd Najwyższy twierdzi<sup>7</sup>: „Instytucja przedsądu, jak wynika z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, jest zgodna z normami konstytucyjnymi, a także z zaleceniami Rady Europy zezwalającymi na wprowadzanie środków eliminujących dostęp do sądu najwyższego szczebla. Skarga kasacyjna służy od prawomocnego orzeczenia, ma ograniczony zasięg, a jej podstawowym celem jest ochrona interesu publicznego przez zapewnienie jednolitości wykładni i twórczy wkład Sądu Najwyższego

<sup>3</sup> Dz.U. z 2000 r. nr 22, poz. 269.

<sup>4</sup> Informacje od Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego oraz z witryny internetowej [www.sn.pl](http://www.sn.pl)

<sup>5</sup> Dz.U. z 2000 r. nr 22, poz. 269.

<sup>6</sup> Postanowienie SN z 7 kwietnia 2009 r., II CSK 13/09; wyrok SN z 23 lutego 2006 r., II CSK 126/05, niepubl.

<sup>7</sup> Postanowienie SN z 17 marca 2011 r., I CSK 584/10 (także I CSK 412/10).

w rozwój prawa". Należy jednakże zwrócić uwagę, że powszechna ocena, iż dostęp do sądu trzeciej instancji może być w danym kraju ograniczany przez ustawodawcę<sup>8</sup>, różni się od oceny konkretnej procedury obowiązującej w porządku prawnym danego kraju. W tym miejscu należy skonstatować, że Trybunał Konstytucyjny wyrażał ogólne uwagi o przedsądzie w uzasadnieniach orzeczeń dotyczących powiązanych przepisów prawa<sup>9</sup>, jednakże jak do tej pory nie orzekał o zgodności lub niezgodności art. 398<sup>9</sup> § 1 k.p.c.<sup>10</sup> z Konstytucją lub ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi<sup>11</sup>, który to przepis wprost normuje kryteria dopuszczalności skargi kasacyjnej ze względu na jej publicznoprawny charakter. Ustawodawca przyjął cztery przesłanki stanowiące podstawę do przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania. Wszystkie przesłanki, ażeby zostały uznane przez Sąd Najwyższy za uzasadnione, muszą zostać przywołane we wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania i – co istotne – wymagają uzasadnienia. Ustawodawca wybrał następujące przesłanki przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania: art. 398<sup>9</sup> § 1 pkt 1 k.p.c.<sup>12</sup> – w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne; art. 398<sup>9</sup> § 1 pkt 2 k.p.c.<sup>13</sup> – istnieje potrzeba wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie sądów; art. 398<sup>9</sup> § 1 pkt 3 k.p.c.<sup>14</sup> – zachodzi nieważność postępowania – ta przesłanka jest rozpoznawana z urzędu; oraz art. 398<sup>9</sup> § 1 pkt 4 k.p.c.<sup>15</sup> – skarga kasacyjna jest oczywiście uzasadniona. Każda z przesłanek w toku orzekania doczekała się wykładni Sądu Najwyższego, a to za sprawą wyroku Trybunału Konstytucyjnego

z 30 maja 2007 r.<sup>16</sup>, gdyż Trybunał zobowiązał ustawodawcę do zmiany przepisów ustawy Kodeks postępowania cywilnego, tak aby Sąd Najwyższy był zobligowany do sporządzania uzasadnień postanowień o odmowie przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania.

### TRZEŚĆ SKARG KONSTYTUCYJNYCH AUTORA ZASKARŻAJĄCYCH TZW. PRZESĄD

Autor, wywodząc skargi konstytucyjne wskutek wydania przez Sąd Najwyższy postanowień o odmowie przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania, oparł się na trzech zasadniczych twierdzeniach:

1. Art. 32 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji gwarantuje RÓWNY, acz obostrzony dostęp do Sądu Najwyższego w oparciu o przejrzyste i czytelne zasady.

2. „Przedsąd” narusza zasady wyprowadzone z art. 2 Konstytucji – prawo do sprawiedliwego traktowania, zakaz nadmiernego formalizmu, zasadę dostatecznej określoności, zasadę sprawiedliwości proceduralnej, zasadę praworządności oraz zasadę równego i sprawiedliwego postępowania sądowego.

3. Wiążąc art. 176 ust. 1 z art. 175 ust. 1 i art. 183 ust. 1, ustrojodawca gwarantuje uszczegółowione prawo podmiotowe do postępowań sądowych, w których Sąd Najwyższy wymierza sprawiedliwość.

Uszczegóławiając, należy stwierdzić, że zasada państwa prawnego, wynikająca z art. 2 Konstytucji, wymaga, aby przepisy gwarantowały rozpoznawanie spraw przez instancje odwoławcze wnikliwie, z poszanowaniem

<sup>8</sup> Europejski Trybunał Praw Człowieka, *Zmaliński przeciwko Polsce*, skarga nr 52039/99 oraz *Międzyzakładowa Spółdzielnia Mieszkaniowa Warszawscy Budowlani przeciwko Polsce*, skarga nr 13990/04.

<sup>9</sup> Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 maja 2007 r. – SK 68/06.

<sup>10</sup> Dz.U. z 2000 r. nr 22, poz. 269.

<sup>11</sup> Postanowienie SN z 11 października 2007 r., III PO 3/07.

<sup>12</sup> Dz.U. z 2000 r. nr 22, poz. 269.

<sup>13</sup> Tamże.

<sup>14</sup> Tamże.

<sup>15</sup> Tamże.

<sup>16</sup> Sygn. akt SK 68/06, Dz.U. nr 106, poz. 731.

praw stron procesowych oraz w sposób umożliwiający ocenę orzeczenia. Minimalne wymogi w tym zakresie wyznacza z jednej strony nakaz podmiotowego, a nie przedmiotowego, traktowania uczestników postępowania, z drugiej zaś – zakaz arbitralnego działania sądu. Wymogi te konkretyzują: 1) nakaz wysłuchania stron, 2) konieczność ujawnienia w czytelny sposób motywów rozstrzygnięcia w stopniu umożliwiającym weryfikację sposobu myślenia sądu, a tym samym unikanie dowolności czy wręcz arbitralności sądu, 3) zapewnienie przewidywalności dla uczestników postępowania przez odpowiednią spójność i wewnętrzną logikę mechanizmów, którym proces jest poddany. Gwarancją braku arbitralności stanowi: 1) udział zainteresowanych podmiotów w postępowaniu, 2) zasada jawności postępowania oraz 3) wydawanie rozstrzygnięć zawierających rzetelne, weryfikowalne uzasadnienie.

Obowiązujące przepisy kształtują skargę kasacyjną przede wszystkim jako instrument, za pomocą którego Sąd Najwyższy sprawuje nadzór judykacyjny nad orzecznictwem sądów powszechnych. Okoliczności wymienione w art. 398<sup>9</sup> § 1 pkt 1–4 k.p.c. świadczą o tym, że w wypadku skargi kasacyjnej nad interesem indywidualnym (uzyskaniem sprawiedliwego orzeczenia w konkretnej sprawie) przeważa interes publiczny (Sąd Najwyższy dokonuje selekcji wpływających do niego skarg kasacyjnych, wybierając sprawy najpoważniejsze lub o charakterze precedensowym, w celu zapewnienia jednolitości wykładni oraz dalszego rozwoju prawa) – wszystkie przesłanki uzasadniające przyjęcie do rozpoznania skargi kasacyjnej to zwroty niedookreślone<sup>17</sup>.

Decyzja ustawodawcy o wprowadzeniu dodatkowej procedury ponad minimalny standard dwuinstancyjnego postępowania

gwarantowany przez art. 176 ust. 1 Konstytucji powoduje zatem, że taka procedura może być przedmiotem oceny konstytucyjnej<sup>18</sup>.

Stwierdzenie, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie, nakazuje rozważyć: czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona; czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. Tak też treść zasady proporcjonalności jest formułowana w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego<sup>19</sup>.

Wprowadzenie „przedsądu” kasacyjnego jest równoznaczne ze znacznym ograniczeniem dostępności kasacji i uzależnieniem jej merytorycznego rozpoznania od spełnienia niedookreślonych i ocennych przesłanek. Okoliczności stanowiące przesłanki, których wykazanie jest konieczne, aby kasacja została przyjęta do rozpoznania, leżą w sferze POLITYKI SĄDOWEJ, znanej Sądowi Najwyższemu orzekającemu w sprawie przyjęcia kasacji do rozpoznania, nie należą natomiast do sfery znanej stronie składającej skargę kasacyjną.

Zdaniem inicjatora skarg konstytucyjnych przyjęta procedura „przedsądu” o ogólnikowej treści – „skarga jest oczywiście uzasadniona” – nie mieści się w porządku konstytucyjnym. Kwestionowane przepisy nie gwarantują wnikliwego rozpoznania sprawy przez instancję odwoławczą z poszanowaniem praw stron procesowych. Zgodnie zaś z judykaturą<sup>20</sup>: „Prawo do kontroli sądowej – podobnie jak prawo do sądu – ma na gruncie Konstytucji charakter autonomiczny. Nie chodzi zatem o formalne istnienie w danej sprawie co najmniej dwu in-

<sup>17</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 maja 2007 r., SK 68/06.

<sup>18</sup> Por. wyroki TK z 17 maja 2004 r., SK 32/03 oraz z 31 marca 2005 r., SK 26/02.

<sup>19</sup> Zob. m.in. orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, cz. I, poz. 12 oraz wyroki: z 28 czerwca 2000 r., K 34/99, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 142, s. 796 i z 24 marca 2003 r., P 14/01, OTK ZU 2003, nr 3/A, poz. 22.

<sup>20</sup> Wyrok SN z 20 października 2010 r., III CSK 323/09.



stancji sądowych oraz ustanowienie powszechnego dostępnego środka zaskarżenia, ale o realne zagwarantowanie «każdemu» możliwości skorzystania z tego środka, przeniesienia sprawy do wyższej instancji i przeprowadzenia merytorycznej kontroli orzeczenia. (...) skarga kasacyjna (...) jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, o ograniczonej dostępności i ograniczonym zakresie kontroli sądowej”.

Przyjęta procedura – wydawanie postanowień o przyjęciu skargi kasacyjnej do rozpoznania w jednoosobowym składzie na posiedzeniu niejawnym jest nie do pogodzenia ze standardami demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji). Ustawodawca, konstruując procedurę kasacyjną, powinien zważyć, że orzeczenia Sądu Najwyższego mają charakter ostateczny w obrębie jurydycznym Rzeczypospolitej Polskiej i stąd pozostawienie możliwości wydawania arbitralnych orzeczeń w składzie jednoosobowym godzi w zasadę demokratycznego państwa prawa. Z treści art. 2 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny wywiódł takie zasady państwa prawnego, jak zasadę zaufania obywatela do państwa, zasadę dostatecznej określoności, zasadę praworządności, zasadę sprawiedliwości proceduralnej oraz zakaz nadmiernego formalizmu. Zaskarżone przepisy Kodeksu postępowania cywilnego naruszają wszystkie wyżej wymienione zasady państwa prawnego. Zdaniem autora art. 183 ust. 1 Konstytucji nie upoważnia Sądu Najwyższego do kreowania polityki społeczno-gospodarczej, co w obecnym kształcie przepisów k.p.c. ma miejsce, gdyż Sąd Najwyższy jest uprawniony do odmowy przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania pomimo posiadania wiedzy, że zaskarżane orzeczenia sądów powszechnych naruszają przepisy prawa materialnego i procesowego i winny zostać uchylone. Sąd Najwyższy zarówno w Konstytucji, jak i w ustawie o Sądzie Najwyższym nie otrzymał delegacji do konstytuowania bezprawia. Natomiast zdaniem Sądu Najwyższego<sup>21</sup>: „Rozpoznanie kasacji, będącej środkiem odwoławczym

sytuującym się poza wymaganym przepisami art. 45 ust. 1 i art. 176 Konstytucji RP modelem postępowania dwuinstancyjnego, następuje tylko z przyczyn wykraczających ponad toczący się między stronami spór prywatnoprawny. Publicznoprawny charakter kasacji implikuje jej podstawowy cel, polegający na zapewnieniu jednolitości wykładni oraz na wkładzie w rozwój prawa i orzecznictwa sądowego”. Zdaniem autora teza ta nie znajduje umocowania w Konstytucji, w której Sąd Najwyższy otrzymał zadanie wymierzania sprawiedliwości (art. 175 ust. 1 Konstytucji), które to wymierzanie jest nieodłącznie powiązane ze sprawą, która ma charakter indywidualny. Oddziaływanie Sądu Najwyższego na orzecznictwo sądów powszechnych ma pierwotnie charakter instancyjny związany z indywidualną sprawą, a dopiero wtórnie możliwe jest postawienie tezy o publicznym charakterze kasacji, gdyż treści płynące z rozstrzygnięć Sądu Najwyższego kształtują szeroko rozumianą kulturę prawną. Zasadne jest więc postawienie zarzutu niezgodności przywołanych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego z wzorcami konstytucyjnymi wyrażonymi w art. 32 ust. 1 oraz art. 176 ust. 1 Konstytucji. Konstytucja gwarantuje dwuinstancyjność postępowania sądowego. Zwracam jednakże uwagę, że art. 176 ust. 1 akcentuje określenie „co najmniej”. Oznacza to, że Konstytucja gwarantuje w szczególności, ustawowo, określonych przypadkach dostępność także i do trzeciej instancji. Artykuł 176 ust. 1 jest rozwinięciem i uszczegółowieniem „prawa do sądu” wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji i określa prawo do odwołania się od orzeczenia sądu do sądu wyższej instancji, z ewentualną możliwością dalszego odwołania do trzeciej instancji. Sąd Najwyższy, zgodnie z art. 175 ust. 1 Konstytucji, „wymierza” sprawiedliwość i „sprawuje nadzór nad orzecznictwem sądów powszechnych” (art. 183 ust. 1). Natomiast wiążąc art. 176 ust. 1 z art. 175 ust. 1 i art. 183 ust. 1, ustrojodawca gwarantuje uszczegółowione prawo podmiotowe

<sup>21</sup> Postanowienie SN z 14 maja 2003 r., I PK 21/03.

do postępowań sądowych, w których Sąd Najwyższy wymierza sprawiedliwość. Mając zaś na względzie art. 32 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji, należy postawić tezę, że zasady określające dostępność do Sądu Najwyższego nie tylko powinny być przejrzyste i czytelne, co w sposób bezpośredni gwarantowane jest przez art. 2 Konstytucji, ale także powinny gwarantować równy, acz obostrzony dostęp do najwyższej instancji odwoławczej dla każdego obywatela. Jeśli więc spojrzeć przez pryzmat art. 32 ust. 1 Konstytucji, nie jest możliwa obrona ogólnikowej tezy, że Sąd Najwyższy, mając na względzie szerzej niesprecyzowany interes publiczny, jest uprawniony na skutek zastosowania zaskarżonych przepisów k.p.c. do selekcji tych skarg kasacyjnych, które są następnie rozpoznawane. Naruszono prawo do sprawiedliwego traktowania<sup>22</sup>. Selekcja skarg kasacyjnych ze względu na niedookreślone pojęcie interesu publicznego leży poza ustrojowymi zadaniami, jakie wyznacza Konstytucja dla Sądu Najwyższego. Prawo cywilne, będące fragmentem prawa prywatnego, w odróżnieniu od prawa publicznego (konstytucyjnego, karnego *etc.*), nie tworzy ram dla kreowania pojęcia interesu publicznego. Interes publiczny jest wyrażany w stworzeniu takiego systemu postępowania, w którym zaspokajany jest interes stron postępowania. Zasady państwa prawnego wyrażone w art. 2 Konstytucji zostały naruszone. W szczególności dotyczy to zasady dostatecznej określoności oraz zasady sprawiedliwości proceduralnej<sup>23</sup>. Skoro Sąd Najwyższy prowadzi politykę sądową ponad kompetencje wyrażone w art. 175 ust. 1 i art. 183 ust. 1 Konstytucji, naruszono także zasadę praworządności, którą oprócz art. 7 można także wywieść z art. 2 Konstytucji<sup>24</sup>.

Wprowadzając dodatkową, niedookreśloną procedurę selekcji skarg kasacyjnych ponad kryteria formalne, naruszono zakaz nadmiernego formalizmu, wywiedziony z art. 2 Konstytucji. Zasada równego, sprawiedliwego postępowania sądowego także została naruszona<sup>25</sup>.

## POGLĄDY TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie odmawia nadania dalszego biegu wnoszonym skargom konstytucyjnym<sup>26</sup> skarżących przepisy k.p.c. kształtujące tzw. przedsąd, argumentując, że „skarżący nie wskazał wolności ani praw konstytucyjnych naruszonych przez zaskarżone przepisy. Wzorcami kontroli skarżąca uczyniła art. 2, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 2, art. 175 ust. 1, art. 176 ust. 1 oraz art. 183 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału żadne z tych postanowień ustawy zasadniczej nie jest źródłem wolności ani praw podmiotowych, co oznacza, że nie może być samodzielny wzorcem kontroli dokonywanej w trybie skargi konstytucyjnej”<sup>27</sup>. Trybunał także twierdzi, że „art. 175 ust. 1, art. 176 ust. 1 oraz art. 183 ust. 1 Konstytucji nie wyrażają praw czy wolności konstytucyjnych. Unormowania te mają charakter ustrojowo-kompetencyjny, określają pozycje oraz kompetencje Sądu Najwyższego i ustanawiają zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego” i następnie: „skoro żaden z przywołanych przepisów nie gwarantuje konstytucyjnego prawa podmiotowego, to także przywołanie ich w związku ze sobą nie powoduje, że zarzuty sformułowane przez skarżącą można

<sup>22</sup> Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2001 r., SK 26/01.

<sup>23</sup> Zob. wyrok NSA z 19 października 1994 r., V SA 250/93, ONSA 1994, nr 2, poz. 84.

<sup>24</sup> Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C. H. Beck 2013, s. 43–44.

<sup>25</sup> Zob. tamże, s. 45.

<sup>26</sup> Zob. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 11 września 2014 r., Ts 262/13; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 6 lutego 2015 r., Ts 262/13; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 26 marca 2014 r., Ts 277/13; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 9 października 2014 r., Ts 277/13.

<sup>27</sup> Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 6 lutego 2015 r., Ts 262/13.

uznać za zarzuty naruszenia konstytucyjnych wolności i praw<sup>28</sup>.

Zdaniem autora rozróżnienie, które normy konstytucyjne mają charakter ustrojowy, a które wyrażają wolności i prawa podmiotowe, staje się szczególnie frapujące w sytuacji, gdy dana norma konstytucyjna zawiera w sobie oba pierwiastki. Niewątpliwie taką normą jest art. 2: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej” oraz art. 32: „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne (ust. 1). Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (ust. 2)”. W pierwszych latach obowiązywania Konstytucji z 1997 r. oraz ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o TK Trybunał Konstytucyjny w niepełnym składzie orzekał, uznając, że art. 2 i art. 32 wyrażają konstytucyjne prawa i wolności<sup>29</sup>. Jednakże w latach 2000–2002 Trybunał wydał orzeczenia, i w tym orzeczenia w pełnym składzie, uznające, że wzorce wyrażone w art. 2 i art. 32 Konstytucji nie mogą samodzielnie wyrażać wolności i praw konstytucyjnych. Normy te należy wiązać z innymi normami konstytucyjnymi i dopiero wówczas Trybunał będzie mógł ocenić, czy doszło do naruszenia konstytucyjnych praw i wolności. Jeśli chodzi o art. 2 Konstytucji, to Trybunał konsekwentnie wskazuje, że art. 2 może zostać powołany jako wzorzec kontroli wówczas, gdy zasada demokratycznego państwa prawnego zostanie odniesiona do przepisów Konstytucji, które prawa i wolności wyrażają. Tylko wyjątkowo art. 2 może w myśl orzecznictwa Trybunału stanowić źródło nowych praw i wolności, niewynikających z innych przepisów konstytucyjnych. W takiej sytuacji konieczne jest jednak dokładne określenie przez skarżącego zarówno

adresata konstytucyjnego prawa podmiotowego (jego beneficjenta), jak i jego całej sytuacji prawnej powiązanej z możliwością wyboru sposobu zachowania się<sup>30</sup>. Zdaniem Trybunału Trybunał Konstytucyjny nie wyklucza możliwości przyjęcia art. 2 Konstytucji i dekodowanych z jego treści zasad (demokratycznego państwa prawnego, sprawiedliwości społecznej) za samodzielny konstytucyjny wzorzec dla kontroli przepisów kwestionowanych w drodze skargi konstytucyjnej. Może to jednak nastąpić w sytuacji, gdy skarżący podnosi zarzut naruszenia praw bądź wolności niewysłowionych w treści innych przepisów konstytucyjnych (por. np.: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 listopada 1998 r., sygn. SK 7/98, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 114). Należy jednak zauważyć, że szeroki katalog „konstytucyjnych wolności i praw” wymienionych w rozdziale II Konstytucji zasadniczo wyczerpuje pojęcie „konstytucyjnych wolności lub praw”, o którym mowa w art. 79 ust. 1 Konstytucji. Za przejaw woli ustrojodawcy skoncentrowania zakresu skargi konstytucyjnej na prawach i wolnościach wyrażonych *expressis verbis* w konkretnych postanowieniach konstytucyjnych uznać można m.in. zamieszczenie właśnie w rozdziale II Konstytucji przepisów wprowadzających przedmiotowe ograniczenie skargi (art. 79 ust. 2), czy też ograniczenie dochodzenia niektórych praw „w granicach określonych w ustawie” (art. 81; por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 listopada 1998 r., sygn. SK 7/98, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 114, s. 629). W konsekwencji powyższego możliwość odwoływania się przez skarżącego do treści klauzul generalnych, wyrażonych w przepisach rozdziału I Konstytucji (na czele z tymi statuowanymi w art. 2) siłą rzeczy traktować należy jako wyjątkową i subsydiarną. Oparcie skargi konstytucyjnej na samoistnym zarzucie naruszenia art. 2

<sup>28</sup> Tamże.

<sup>29</sup> Zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: SK 4/98 z 24 lutego 1999 r.; SK 11/98 z 16 lutego 1999 r.; SK 12/98 z 8 czerwca 1999 r.; SK 19/99 z 8 grudnia 1999 r.; SK 14/00 z 19 lutego 2001 r.

<sup>30</sup> Por. postanowienia TK z: 23 stycznia 2002 r., Ts 105/00, OTK ZU 2002, nr 1/B, poz. 60; 23 stycznia 2002 r., SK 13/0, OTK ZU 2002, nr 1/A, poz. 9; 14 grudnia 2004 r., SK 29/03, OTK ZU 2004, nr 11/A, poz. 124.

Konstytucji zobowiązuje więc skarżącego do precyzyjnego określenia praw bądź wolności wywodzonych z treści tego przepisu, których naruszenie podnoszone jest w skardze. Chodzi przy tym o wskazanie konstytucyjnych praw bądź wolności przyjmujących normatywną postać praw podmiotowych, w tym znaczeniu, że ich adresatem jest obywatel (bądź inny podmiot prawa), kształtują one jego sytuację prawną, adresat ten ma zaś możliwość wyboru zachowania się, tzn. spełnienia lub niespełnienia normy (por. Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlić, J. Trzcziński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 159)<sup>31</sup>. Odnosząc się zaś do wskazanego jako wzorzec kontroli art. 32 Konstytucji, Trybunał uznaje, że przepis ten „wyraża przede wszystkim zasadę ogólną i dlatego winien być w pierwszej kolejności odnoszony do konkretnych przepisów Konstytucji, nawet jeżeli konstytucyjna regulacja danego prawa jest niepełna i wymaga konkretyzacji ustawowej. W takim zakresie wyznacza on także konstytucyjne prawo do równego traktowania. Mamy tu do czynienia z sytuacją „współstosowania” dwóch przepisów Konstytucji, a więc nie tylko z prawem do równego traktowania, ale ze skonkretyzowanym prawem do równej realizacji określonych wolności i praw konstytucyjnych. W skardze konstytucyjnej należy powołać oba przepisy Konstytucji, dopiero one wyznaczają bowiem konstytucyjny status jednostki, który przez regulację ustawową lub podustawową został naruszony. Natomiast gdy chodzi o uprawnienia określone w innych niż Konstytucja aktach normatywnych, jeśli treść konkretnego prawa ustala się wyłącznie na ich podstawie, art. 32 Konstytucji stanowi zasadę systemu prawa, a nie wolność lub prawo o charakterze konstytucyjnym<sup>32</sup>. Od wydania orzeczeń Ts 105/00<sup>33</sup> oraz SK 10/01<sup>34</sup> Trybunał, wydając postanowie-

nia o odmowie nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej, posiłkuje się poglądami wyrażonymi w ww. orzeczeniach, jeśli skarżący, podnosząc jako wzorce konstytucyjne art. 2 i/lub art. 32 Konstytucji, nie powiąże ich z innymi wzorcami wyrażającymi wolności i prawa konstytucyjne. W orzecznictwie pojawił się jednakże pogląd o możliwości łącznego podniesienia art. 2 i art. 32 Konstytucji jako wzorców kontroli konstytucyjnej w sytuacji, gdy skarżący wnosi skargę konstytucyjną<sup>35</sup>. Zdaniem Trybunału:

„Wymaga więc rozważenia, czy art. 32 Konstytucji może współwystępować jako wzorzec konstytucyjny w ramach skargi konstytucyjnej wspólnie z art. 2 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny dopuszcza wyjątkowo możliwość powołania się w treści skargi konstytucyjnej na zasady ustrojowe, które stanowią podstawę dla rekonstrukcji prawa podmiotowego (por. np. *wyrok z 8 grudnia 1999 r. w sprawie SK 19/99*, OTK ZU Nr 7/1999, poz. 161). Należy przede wszystkim zauważyć, że art. 2, umiejscowiony poza rozdziałem II Konstytucji, *prima facie* nie zawiera bezpośrednich gwarancji dla określonych praw lub wolności człowieka lub obywatela, jakie miałyby podlegać ochronie. Nie oznacza to jednak, że należy *a limine* wykluczyć możliwość rekonstrukcji takiego prawa lub wolności. Wyrażona w tym przepisie zasada sprawiedliwości społecznej nie stanowi jedynie ogólnej zasady ustrojowej Rzeczypospolitej Polskiej czy też swoistej dyrektywy programowej. W uznaniu Trybunału na gruncie tego przepisu można wskazać szczególne prawo podlegające ochronie, jakim jest PRAWO DO SPRAWIEDLIWEGO TRAKTOWANIA, jeśli zarazem jest ono odnoszone do sfery stosunków objętych gwarancjami konstytucyjnymi, choćby ogólnie ujętymi. Jest ono sprzężone z obowiązkiem

<sup>31</sup> Postanowienie TK z 23 stycznia 2002 r., Ts 105/00, OTK ZU 2002, nr 1/B, poz. 60.

<sup>32</sup> Postanowienie TK z 24 października 2001 r., SK 10/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 225.

<sup>33</sup> Postanowienie TK z 23 stycznia 2002 r., Ts 105/00, OTK ZU 2002, nr 1/B, poz. 60.

<sup>34</sup> Postanowienie TK z 24 października 2001 r., SK 10/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 225.

<sup>35</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2001 r., SK 26/01.

państwa stania na straży sprawiedliwości społecznej poprzez zaniechanie aktów (działań) mogących stać z nią w sprzeczności oraz eliminowanie takich aktów, które uznano za godzące w tę zasadę. Dotyczy to zarówno etapu stanowienia, jak i stosowania prawa. Należy zauważyć, że ukształtowane już od dawna orzecznictwo Trybunału odnajdywało w zasadzie wyrażonej obecnie w art. 2 Konstytucji podstawę dla ochrony dostatecznie skonkretyzowanych praw podmiotowych. Wszystkie te utrwalone w orzecznictwie i spotykające się z powszechną akceptacją doktrynalną prawa podmiotowe znajdują swoje oparcie w zasadzie sprawiedliwości ściśle sprzężonej z zasadą demokratycznego państwa prawa. Trybunał uznaje zatem, iż art. 2 Konstytucji statuujący zasadę państwa prawnego może stanowić samodzielną podstawę skargi konstytucyjnej wówczas, gdy skarżący skonkretyzował naruszenie prawa podmiotowego (zob. np. wyrok z 8 grudnia 1999 r., SK 19/99, OTK ZU Nr 7/1999, poz. 161, s. 844 i n.).

Trybunał Konstytucyjny nie może jednak poprzez odwołanie się do zasady sprawiedliwości społecznej zastępować ustawodawcy i określać samodzielnie zakresu, treści i sposobu rozwiązywania konkretnych problemów związanych z zabezpieczeniem socjalnym obywateli, ponieważ stanowiłoby to wkroczenie w sferę suwerennych kompetencji władzy ustawodawczej. Nie ulega wątpliwości, że zasada sprawiedliwości społecznej, stanowiąca rodzaj konstytucyjnej klauzuli generalnej, nie wyznacza samodzielnie kierunku i treści tych rozwiązań, nie zawiera bowiem dostatecznie precyzyjnych i jednoznacznych przesłanek do formułowania ocen prawnych, które byłyby wolne od arbitralności czy czysto subiektywnych przekonań aksjologicznych reprezentowanych przez poszczególne składy orzekające. Nie może być zatem zasada sprawiedliwości społecznej rozumiana jako podstawa do ustalenia określonego modelu stosunków społecznych czy ekonomicznych (tak np. w wyroku TK z 22 czerwca 1999 r., K. 5/99, OTK ZU Nr 5/1999, poz. 100). Jedno-

cznie jednak zasada ta określa pewne minimalne, progowe kryteria rozwiązań prawnych, które powinny być respektowane przez ustawodawcę przy regulacji określonej sfery stosunków społecznych wkraczającej w sferę interesów jednostki. I w tym też sensie, a więc w zakresie w jakim zasada ta tworzy gwarancję ochrony interesów jednostki poprzez ustanowienie wymogu sprawiedliwego traktowania, można dostrzegać w art. 2 podstawę do kreowania prawa podmiotowego jednostki. Kryteria sprawiedliwego traktowania nie mogą być jednak formułowane arbitralnie i nie mogą narzucać, jak to stwierdzono wyżej, jakiejś wizji stosunków społecznych, powinny być więc odnoszone do innych wartości i zasad wyrażonych w samej Konstytucji (np. związanych z ochroną dobra wspólnego, z zasadą solidaryzmu społecznego, godności osoby). Muszą być stosowane z ostrożnością i powściągliwością. Zasada ta pozostaje w ścisłym związku z ZASADĄ RÓWNOŚCI. Zasady te wzajemnie się uzupełniają (...) O ile więc zasada równości nakazuje jednakowe traktowanie wszystkich podmiotów wyróżnionych według cechy prawnie relewantnej w danej sferze stosunków, o tyle zasada z art. 2 Konstytucji pozwala odpowiedzieć na pytanie, czy zastosowanie danej cechy, czy też danego kryterium wyodrębnienia określonej kategorii podmiotów odpowiada względom sprawiedliwości, a więc czy nie jest arbitralne i czy odpowiada standardom państwa prawnego. W takim ujęciu wymaganie sprawiedliwego traktowania może nie tylko uzupełniać, ale może również korygować ocenę formułowaną na gruncie prawa do równego traktowania. W konsekwencji konkretne rozwiązanie normatywne podporządkowane zasadzie równego traktowania z punktu widzenia wyróżnionego kryterium formalnego nie będzie mogło być uznane za zgodne z Konstytucją, jeśli kryterium to nie odpowiada wymaganom sprawiedliwości”.

Według wiedzy autora poglądy wyrażone w ww. orzeczeniu są rzadko stosowane. Trybunał zwykł przede wszystkim odnosić się do

orzeczeń wydanych w pełnym składzie<sup>36</sup> (Ts 105/00 i SK 10/01), z treści ich uzasadnień czerpie argumentację do wydawania postanowień o odmowie nadania dalszego biegu skargom konstytucyjnym, jeśli zaproponowane wzorce konstytucyjne zawierały art. 2 i/lub art. 32 Konstytucji, bez wykazywania powiązań z innymi wzorcami konstytucyjnymi wyrażającymi wolności i prawa konstytucyjne. Natomiast wnioski kierowane do Trybunału o odstąpienie od poglądów wyrażonych w pełnym składzie, co wymaga wydania orzeczenia także w pełnym składzie, na podstawie art. 44 ust. 1 pkt 1e ustawy o TK, spotykały się z odmowami, a najczęstszą artykułowaną argumentacją jest stwierdzenie, że „Trybunał w tym składzie nie widzi potrzeby odejścia od poglądu (...)”.

### POLEMIKA Z POGLĄDAMI TRYBUNAŁU

Zdaniem autora zasadna jest polemika z praktyką orzeczniczą Trybunału w podniesionym zakresie, gdyż *de facto* Trybunał, korzystając z faktu, że ustrojodawca w Konstytucji oraz ustawodawca w ustawie o TK nie sprecyzował pojęcia wolności i praw konstytucyjnych, nie wskazując norm, które mogą stanowić wzorce kontroli konstytucyjnej, uzyskał uprawnienie do kreowania poglądów, które mają charakter normatywny, tworząc system barier ograniczających dostępność do wydawania przez siebie orzeczeń na skutek wniesionych skarg konstytucyjnych. Treści uzasadnień wydanych orzeczeń przez Trybunał w pełnym składzie służą za podstawę wydawania decyzji o odmowie nadania dalszego biegu skargom konstytucyjnym i stąd wiele zaskarżonych norm prawnych nie doczekało się wydania wyroku, gdyż w tak skonstruowanym systemie tylko organy wymienione w art. 191 ust. 1 Konstytucji mogą

skarżyć normy prawne w oparciu o ustrojowe lub mieszane – ustrojowo-wolnościowe wzorce, co sprzyja nadużyciom władzy wskutek np. możliwości uzgadniania wokandy spraw w Trybunale wśród najwyższych organów władzy państwowej.

Przechodząc zaś do autorskiej polemiki *sensu stricto* z wyrażonymi przez Trybunał poglądami w orzeczeniu Ts 105/00 i SK 10/01<sup>37</sup>, to w pierw odnosząc się do tezy, że art. 32 nie wyraża samodzielnie wolności i praw podmiotowych gwarantowanych w Konstytucji, należy podnieść, iż art. 32 Konstytucji znajduje się w Rozdziale II (*Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*). Wolą narodu – Konstytucja została wprowadzona na skutek referendum – art. 32 Konstytucji wyraża konstytucyjne wolności i prawa obywatela. Natomiast analiza semantyczna treści normy wskazuje, że „równość wobec prawa”, czyli prawo do równego traktowania przez władze publiczne oraz zakaz dyskryminacji, to prawa podmiotowe należne jednostce. Pierwiastek ustrojowy obecny w art. 32, nakazujący władzy publicznej powinność równego traktowania i zakazujący dyskryminacji zarówno przez władze publiczne, jak i uczestników życia politycznego, społecznego i gospodarczego, jest pojęciowo lustrzanym odbiciem praw jednostkowych wyrażonych w tej normie – prawa do równego traktowania i zakazu form dyskryminacji. Akcentując zaś na początku normy, że „WSZYSCY są równi wobec prawa”, ustrojodawca wyraźnie zdecydował o przewadze pierwiastka wyrażającego wolności i prawa podmiotowe nad pierwiastkiem wyrażającym normy kompetencyjno-ustrojowe. Trybunał pominął więc w rozważaniach dotyczących stosowania art. 32 Konstytucji jako samodzielnego wzorca kontroli konstytucyjnej treść art. 4 Konstytucji, który stanowi, że władza zwierzchnia należy do narodu. Jeśli więc naród przyjął w referen-

<sup>36</sup> Postanowienie TK z 24 października 2001 r., SK 10/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 225; postanowienie TK z 23 stycznia 2002 r., Ts 105/00, OTK ZU 2002, nr 1/B, poz. 60.

<sup>37</sup> Postanowienie TK z 24 października 2001 r., SK 10/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 225; postanowienie TK z 23 stycznia 2002 r., Ts 105/00, OTK ZU 2002, nr 1/B, poz. 60.

dum konstytucyjnym, że art. 32 Konstytucji wyraża wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela, a analiza semantyczna treści art. 32 nie pozwala na inną konstatację, to zupełnie nieuprawnione są poglądy Trybunału wyrażone w treści uzasadnienia postanowienia SK 10/01<sup>38</sup>. Odnosząc się zaś do literatury prawniczej, należy wzmiankować, że napisano 3 krytyczne głosy<sup>39</sup> do postanowienia SK 10/01, oparte przede wszystkim na poglądach aż pięciu sędziów Trybunału Konstytucyjnego, którzy wyrazili zdanie odrębne. Sędzia Lech Garlicki podnosił, że „wykładnia przepisów tej Konstytucji musi być zatem zawsze podporządkowana dyrektywie podstawowej – możliwie najpełniejszemu zapewnieniu ochrony wolności i praw jednostki (...) Nakazuje to przede wszystkim uznanie, że art. 32 stanowi nie tylko zasadę ustrojową, ale także podmiotowe prawo jednostki. Wynika to już z językowego sformułowania tego przepisu i nie ma podstaw, by przyjmować, iż ustrojodawca nie widział, co czyni”<sup>40</sup>. Natomiast sędzia Krzysztof Kolasiński twierdził, że: „Wolności i prawa konstytucyjne zostały określone w rozdziale II Konstytucji, obejmującym przepisy ogólne, wolności i prawa osobiste, wolności i prawa polityczne oraz wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne. Naruszenie jakiegokolwiek prawa lub wolności, sformułowanego w każdej z części tego rozdziału może być podstawą skargi konstytucyjnej. Nie ma podstaw do odmiennego traktowania praw i wolności konstytucyjnych sformułowanych w części pierwszej tego rozdziału – zasady ogólne. Zawiera ona m.in. tak konkretnie sformułowane prawa konstytucyjne, jak nabycia obywatelstwa polskiego przez urodzenie z rodziców będących obywatelami polskimi (art. 34), prawo mniejszości narodowych i etnicznych do tworzenia własnych in-

stytucji edukacyjnych, kulturalnych i instytucji służących ochronie tożsamości religijnej (art. 35 ust. 2).

Ujęcie poszczególnych praw i wolności w sposób bardziej ogólny nie oznacza pozbawienia przepisów, w których są one wyrażone, normatywnej treści, a w konsekwencji uznania, że nie wyrażają one praw konstytucyjnych”<sup>41</sup>. Sędzia Marek Safjan, ówczesny Prezes Trybunału Konstytucyjnego, stwierdził między innymi: „niezbędność odnoszenia prawa do równego traktowania do konkretnych regulacji normatywnych nie jest przecież tożsama z tezą, że prawo to jest pozbawione jakichkolwiek samodzielnych treści, które nie przekładają się na sferę podmiotowych praw jednostki”<sup>42</sup>. Sędzia Jerzy Stępień zauważył zaś: „Podrozdział ten [*Zasady ogólne* – przyp. autora] nie jest więc zbiorem zasad, wyciągniętych niejako przed nawias ujmujący podmiotowe prawa szczegółowe, ale jest raczej wyrazem woli ustrojodawcy, aby pewne prawa podmiotowe traktowane były jako szczególnie istotne z punktu widzenia konstytucyjnej pozycji jednostki. Należałoby raczej wnioskować następująco: Rozdział II ma tytuł «Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela» i ze względu na konstrukcyjną przejrzystość aktu został podzielony na podrozdziały. Pierwszemu z nich nadano tytuł: «Zasady ogólne». Nie wyciągnięto ich więc «przed nawias», a raczej wskazano ich podstawową wagę. Nie są one więc mniej ważne jako «ogólne», a raczej wręcz ważniejsze jako wymienione w pierwszej kolejności. Obie wykładnie – językowa i systemowa – jednoznacznie prowadzą, w moim przekonaniu, do wniosku, że prawo do równego traktowania wyrażone w art. 32 Konstytucji jest w istocie odbiciem po stronie uprawnień jednostki obowiązku organu władzy pub-

<sup>38</sup> Postanowienie TK z 24 października 2001 r., SK 10/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 225.

<sup>39</sup> J. Szczęsny, *Glosa do postanowienia TK z 24 października 2001 r., SK 10/01. Spór o zasadę równości*, LEX nr 897943; A. Rainer, *Glosa do postanowienia TK z 24 października 2001 r., SK 10/01*, Prz. Sejm. 2002, nr 2, s. 117; B. Banaszak, *Glosa do postanowienia TK z 24 października 2001 r., SK 10/01*, „Przegląd Sejmowy” 2002, nr 2(49), s. 124–128.

<sup>40</sup> Postanowienie TK z 24 października 2001 r., SK 10/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 225.

<sup>41</sup> Tamże.

<sup>42</sup> Tamże.

licznej nałożonego na poziomie konstytucji. Wykładnia celowościowa wyżej analizowanych przepisów konstytucyjnych uzasadnia z kolei tezę, że celem skargi jest eliminowanie podkonstytucyjnych uregulowań godzących w ustrojową pozycję podmiotu uprawnionego, określoną poprzez całą sferę konstytucyjnych wolności i praw kształtujących jego status. Powyższe przesłanki skłaniają mnie do wniosku, iż zarzut naruszenia w drodze ustawy prawa do równego traktowania przez władze publiczne może stanowić samodzielną podstawę do wniesienia skargi konstytucyjnej, stosownie do treści art. 79 Konstytucji<sup>43</sup>. Natomiast sędzia Janusz Trzciniński uznał, że „wykładnia językowa w przypadku analizy art. 32 Konstytucji ma pierwszorzędne znaczenie. Nie ma wątpliwości, że art. 32 Konstytucji formułuje wyraźnie prawo do równego traktowania jednostki”<sup>44</sup>. Autor podziela ww. tezy ze zdań odrębnych, podnosząc i podsumowując zarazem, że argumentacja autora zawiera nowe wątki – niezgodność z art. 4 Konstytucji, doszukiwanie się pierwiastków ustrojowych i podmiotowych w analizowanej normie.

Jeśli chodzi zaś o art. 2 Konstytucji jako wzorzec kontroli konstytucyjnej możliwy do samodzielnego podniesienia w skardze konstytucyjnej, to niewątpliwie norma ta wyraża w pierwszej mierze wartości ustrojowe. Poglądy na treść państwa prawnego różnią się i bogata wykładnia art. 2 Konstytucji nie będzie w tym artykule przytaczana. Należy jednakże wskazać, że pojawiły się nieliczne poglądy przemawiające za uznaniem, iż art. 2 Konstytucji nie wyraża tylko i wyłącznie zasad ustrojowych. Wśród nich: „Trybunał Konstytucyjny

definiuje klauzulę państwa prawnego «jako zbiorczego wyrażenia» szeregu zasad – reguł, nakazów, zakazów – oraz praw, które wprawdzie nie zostały *expressis verbis* ujęte w pisany tekście konstytucji, ale w sposób immanentny wynikają z aksjologii oraz z istoty demokratycznego państwa prawnego”<sup>45</sup>. Wśród zasad, które Trybunał wywodzi z art. 2 Konstytucji, są niewątpliwie i te, które kształtują wolności i prawa podmiotowe, uprawniając do twierdzenia, że art. 2 Konstytucji zawiera nie tylko elementy ustrojowe, ale też pierwiastki kreślące wolności i prawa podmiotowe. Do tego typu zasad należałoby zaliczyć: (1) zasadę ochrony życia ludzkiego w każdej fazie rozwoju<sup>46</sup>, (2) zasadę zaufania obywateli do państwa<sup>47</sup>, (3) zasadę ochrony praw nabytych<sup>48</sup> czy (4) zasadę sprawiedliwości proceduralnej<sup>49</sup>. Tym samym poglądu Trybunału wyrażonego w treści uzasadnień, m.in. Ts 105/00<sup>50</sup>, że art. 2 nie może stanowić samodzielnego wzorca kontroli w postępowaniu skargowym, nie można uznać za niepodważalny.

Podjmując się krytyki stanowiska Trybunału w zakresie roztrąszonym w niniejszym artykule, nie sposób nie odnieść się do wątpliwości natury konstytucyjnej stosowności przez Trybunał Konstytucyjny „poglądów”, o których mowa w art. 44 ust. 1 pkt 1e ustawy o TK. Judykatura oraz literatura prawnicza są w tej materii obszerne, zawierają rozbieżne poglądy, lecz nie będą omawiane w niniejszym artykule. Przykładowo zacytuję pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego: „Przepis art. 190 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne.

<sup>43</sup> Tamże.

<sup>44</sup> Tamże.

<sup>45</sup> Zob. E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003, s. 394.

<sup>46</sup> Orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19.

<sup>47</sup> M.in. wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., P 3/00, OTK 2000, nr 5, poz. 138; orzeczenie TK z 8 grudnia 1992 r., K 3/92, OTK 1992, nr 2, poz. 26.

<sup>48</sup> Wyrok TK z 22 czerwca 1999 r., K 5/99, OTK 1999, nr 5, poz. 100.

<sup>49</sup> Wyrok NSA z 19 października 1994 r., V SA 250/93, ONSA 1994, nr 2, poz. 84.

<sup>50</sup> Postanowienie TK z 23 stycznia 2002 r., Ts 105/00, OTK ZU 2002, nr 1/B, poz. 60.



Określenie «moc powszechnie obowiązująca» przybliżyła walor wyroków Trybunału do źródeł prawa powszechnie obowiązującego w rozumieniu art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, w zakresie dotyczącym kręgu adresatów, którzy powinni zapadłe judykaty respektować i dokonywać ich wdrożenia (implementacji)<sup>51</sup>. Autor, akcentując własny punkt widzenia, wskazuje, że jego zdaniem poglądy mają charakter normatywny, gdyż Trybunał traktuje poglądy jako wiążące nie tylko w postępowaniu, w jakim zapadło, ale i w innych postępowaniach, kiedy występuje zbliżona problematyka. Termin „poglądy” zaś należy rozumieć szeroko. Z jednej strony poglądem może być treść orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i wówczas moc poglądu jest powszechnie obowiązująca na podstawie art. 190 ust. 1 Konstytucji. Natomiast w praktyce poglądem są też zasadnicze treści uzasadnień orzeczeń Trybunału. Zdaniem A. Józefowicza: „Przepis art. 190 ust. 1 Konstytucji nadaje moc wiążącą całemu orzeczeniu TK i nie różnicuje tej mocy w odniesieniu do poszczególnych składników treści orzeczenia. Z tego względu, mimo że w sentencji wyroku TK nie powinna znajdować się wykładnia norm ustawowych, należy uznać, że wprowadzona do sentencji wyroku wykładnia, jako element treści wyroku, ma moc powszechnie wiążącą”<sup>52</sup>. Odejście od tak rozumianego poglądu wymaga podjęcia rozstrzygnięcia przez Trybunał w pełnym składzie. Trybunał w zakresie kreowania poglądów jest prawodawcą, gdyż tylko pełny skład Trybunału może ustanowić pogląd wiążący w innych postępowaniach. Moc normatywna „poglądu” zawartego w treści uzasadnienia orzeczenia jest więc zdecydowanie wyższa od uchwał podejmowanych przez Sąd Najwyższy<sup>53</sup> czy Naczelny Sąd Administracyjny<sup>54</sup>, które wiążą w danej sprawie i jedynie dostarczają istotnych i wartościowych wskazówek

do stosowania w innych sprawach. W przypadku Sądu Najwyższego ustawodawca<sup>55</sup> dopuszcza możliwość podjęcia uchwał mających moc zasady prawnej, lecz w postępowaniu przed sądami powszechnymi sądy nie są związane koniecznością stosowania zasad prawnych. Natomiast w przypadku Trybunału Konstytucyjnego należy wyrazić przekonanie, że takie ukształtowanie „poglądów” jako źródła prawa należałoby poddać ocenie Trybunału Konstytucyjnego. Ustawa o TK w tej materii powinna zostać zbadana w zakresie zgodności z Konstytucją, co możliwe jest tylko na wniosek organów wymienionych w art. 191 ust. 1 Konstytucji, gdyż – co warte zauważenia – orzeczenia Trybunału są poza zakresem kontroli Trybunału w postępowaniu skargowym, choć niewątpliwie można by doszukiwać się naruszenia praw i wolności w procedurze postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, szczególnie w sytuacji podejmowania przez Trybunał Konstytucyjny postanowień o odmowie nadania dalszego biegu wniesionym skargom konstytucyjnym. Należałoby więc w tym miejscu zaapelować do uprawnionych organów o sformułowanie i wniesienie stosownego wniosku do Trybunału w celu zbadania zgodności z Konstytucją przepisów ustawy o TK. Natomiast prawodawca powinien rozważyć możliwość ukonstytuowania instytucji „poglądu” na zasadach zbliżonych do „uchwał” SN i NSA, tak aby uelastyczyć stosowalność „poglądów” przez Trybunał.

Na koniec należy odnieść się do poglądu Trybunału, że „art. 175 ust. 1, art. 176 ust. 1 oraz art. 183 ust. 1 Konstytucji nie wyrażają praw czy wolności konstytucyjnych. Unormowania te mają charakter ustrojowo-kompetencyjny” oraz „przywołanie ich w związku ze sobą nie powoduje, że zarzuty sformułowane przez skarżącą można uznać za zarzuty naruszenia

<sup>51</sup> Wyrok NSA z 23 września 2014 r., II FSK 2328/12.

<sup>52</sup> A. Józefowicz, *Glosa do wyroku TK z 5 stycznia 1999 r.*, K 27/98, *teza 1*, PiP 1999, z. 7, s. 107–110.

<sup>53</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 499 ze zm. – art. 61, art. 62.

<sup>54</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 270 ze zm. – art. 187.

<sup>55</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 499 ze zm. – art. 62.

konstytucyjnych wolności i praw<sup>56</sup>. Oczywiście jest, że charakter ustrojowo-kompetencyjny jest dominantą przywołanych przepisów Konstytucji. Nie można jednakże nie dostrzec owego pierwiastka, z którego można wywieść prawo podmiotowe. Konstytucja gwarantuje dwuinstancyjność postępowania sądowego. Zwracam jednakże uwagę, że art. 176 ust. 1 akcentuje określenie „co najmniej”. Oznacza to, że Konstytucja gwarantuje, w szczególności, ustawowo, określonych przypadkach, dostępność także i do trzeciej instancji. Warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko Trybunału Konstytucyjnego<sup>57</sup>: „Z drugiej strony art. 176 ust. 1 jest przepisem gwarancyjnym, bo – dopełniając postanowienia art. 78 Konstytucji – konkretyzuje treść prawa jednostki do zaskarżenia decyzji sądu w ramach postępowania sądowego. Gwarancja proceduralnej kontroli postępowania sądowego służy zapobieganiu pomyłkom i arbitralności decyzji podejmowanych w pierwszej instancji (zob. wyrok TK z 12 czerwca 2002 r., sygn. P 13/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 42)”, co oznacza, że Trybunał dostrzegał w art. 176 ust. 1 Konstytucji prawo podmiotowe. Mając zaś na względzie art. 32 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji, należy postawić tezę, że zasady określające dostępność do Sądu Najwyższego nie tylko powinny być przejrzyste i czytelne, co w sposób bezpośredni gwarantowane jest przez art. 2 Konstytucji, ale także powinny gwarantować równy, acz obostrzony dostęp do najwyższej instancji odwoławczej dla każdego obywatela. Trybunał zaś w ogóle nie dostrzega, w licznych uzasadnieniach postanowień w postępowaniach skargowych, obecności, jak i znaczenia określenia „co najmniej”, które ma fundamentalne znaczenie dla wywiedzenia podmiotowego prawa do orzeczenia Sądu Najwyższego. Teza ta znajduje potwierdzenie w literaturze: „Jeżeli jednak ustawodawca zdecyduje się na wprowadzenie «trzeciej instancji», to w jej kształ-

towaniu muszą być przestrzegane określone zasady i wartości konstytucyjne. Słusznego zdania jest ETPCz, że jeśli zagwarantowało się prawo do postępowania kasacyjnego, to postępowanie powinno spełniać standardy wynikające z art. 6 ust. 1 EKPC<sup>58</sup>.

Podsumowując, należy wskazać, że obowiązujący system prawny ogranicza dostępność do wydawania orzeczeń przez Trybunał Konstytucyjny na skutek wnoszonych skarg konstytucyjnych przez indywidualne podmioty. Dzieje się tak dlatego, że zarówno ustrojodawca, jak i ustawodawca nie zdefiniowali pojęcia wolności i praw podstawowych. Obowiązujące regulacje pozwalają Trybunałowi w zbyt dalekim stopniu na rozstrzygnięcie, które normy konstytucyjne są źródłem wolności i praw podmiotowych, skutkiem przyjmowanych przez Trybunał tzw. „poglądów”. Stanowiska zaś Trybunału w tej materii, co zostało wykazane na przykładzie art. 2 i art. 32 Konstytucji oraz treści uzasadnień z postępowań zainicjowanych skargą konstytucyjną, których przedmiotem było zaskarżenie przepisów ustawy Kodeks postępowania cywilnego kształtujących instytucję tzw. przedsądu, nie zawsze są merytorycznie w pełni prawidłowe, a dodatkowo wątpliwa jest zgodność z Konstytucją tak ukonstytuowanych „poglądów”. Na koniec należy także zaapelować do organów wymienionych w art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji o zainicjowanie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w przedmiocie zbadania zgodności z Konstytucją przepisów postępowania cywilnego kształtujących tzw. przedsąd, gdyż wyrażane przez większość sędziów Trybunału Konstytucyjnego poglądy o niemożności skarżenia tzw. przedsądu w postępowaniu skargowym przed Trybunałem Konstytucyjnym *de facto* uniemożliwiają kontrolę konstytucyjną tychże kontrowersyjnych przepisów, które jak do tej pory nie były przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego *sensu stricto*.

<sup>56</sup> Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 6 lutego 2015 r., Ts 262/13.

<sup>57</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 czerwca 2010 r., SK 38/09.

<sup>58</sup> M. Zbrojewska, *Rola i stanowisko prawne Sądu Najwyższego w procesie karnym*, Wydawnictwo Ekonomik 2016.

## Summary

*Cezary Paluchniak*

### **ADMISSIBILITY OF ASSESSMENT OF CONSTITUTIONAL CONTROL OF THE „PRE-JUDGMENT” PROCEDURE IN CIVIL PROCEDURE CODE IN A PROCEDURE INITIATED BY THE CONSTITUTIONAL CLAIM**

The subject of the article is ability to complain the „pre-judgement” procedure from Civil Procedure Code in a procedure initiated by the constitutional claim in front of Constitutional Tribunal. The Constitutional Tribunal statements from justification’s contents of the Constitutional Tribunal statements on refusal to judge constitutional claims and statements on refusal of appeals on such statements, which stated that the „pre-judgement” procedure can not be complained with use of constitutional patterns of control which express the constitutional rights and freedoms is confronted with author’s point of view. Author proofs that current law system limits the accessibility to Constitutional Tribunal for individuals. It is due that sovereign and legislator have not defined notion of basic rights and freedoms. The current law leaves the Constitutional Tribunal to interpret and decide which constitutional patterns are source of basic rights and freedoms by means of setting „views”. Positions of Constitutional Tribunal in this matter, what was presented and proofed on example of art. 2 and art. 32 of Constitution and justifications of the Constitutional Tribunal statements on refusal to judge constitutional claims and statements on refusal of appeals on such statements, which complained the „pre-judgement” civil procedure are not proper in merits and additionally conformance of such „views” with Constitutionis questionable, „views” which in fact operate as source of law without constitutional base.

**KEY WORDS:** „pre-judgement” procedure, Supreme Court statement on refusal to judge cassation appeals, constitutional claim, constitutional patterns of control, constitutional rights and freedoms

**POJĘCIA KLUCZOWE:** przedsąd, skarga konstytucyjna, postanowienie Sądu Najwyższego o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, prawa i wolności konstytucyjne, wzorce konstytucyjne

*Tymon Markiewicz*

## GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 2 LUTEGO 2016 R., IV KK 337/15

W postanowieniu Sądu Najwyższego z 2 lutego 2016 r., IV KK 337/15, przedmiotem analizy uczyniono kilka zagadnień istotnych dla praktyki procesu karnego. Należy do nich zaliczyć: istotę bezwzględnych przyczyn odwoławczych, charakter możliwości uchylania orzeczenia jedynie na korzyść oskarżonego zgodnie z art. 439 § 2 k.p.k., obronę obligatoryjną dla nieletniego oraz osoby, która nie ukończyła 18 lat, a także istotę postępowania kasacyjnego. Na gruncie analizy wskazanego orzeczenia należy w szczególności wskazać następujące twierdzenia, które mają charakter tezy głosowanego postanowienia: „przyjmując za zasadne, że Sąd Najwyższy rozpoznający kasację bierze pod uwagę stan prawny obowiązujący w chwili wydania zaskarżonego orzeczenia uznać trzeba, że w razie stwierdzenia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k., dokonując oceny czy uchylenie orzeczenia nastąpi na korzyść oskarżonego (art. 439 § 2 k.p.k.), brać należy pod uwagę między innymi konsekwencje wynikające z przepisów prawa zmienionych po wydaniu zaskarżonego kasacją orzeczenia. W realiach sprawy A. K. zauważyć trzeba, że

uchylenie zaskarżonego kasacją wyroku nie przyniosłoby skutków korzystnych dla tego skazanego. Podczas ponownego rozpoznania sprawy, wobec nowego brzmienia art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k., A. K. nie mógłby skorzystać z obrony obowiązkowej”<sup>1</sup>.

Dokonana przez Sąd Najwyższy wykładnia przepisów k.p.k. dotyczyła sprawy opartej na następującym stanie faktycznym. Wyrokiem z 25 listopada 2014 r. Sąd Rejonowy w K. uznał A. K. winnym popełnienia ciągu 43 przestępstw stypizowanych w art. 270 k.k., tj. fałszerstwa dokumentów, i w konsekwencji skazał go na karę 5 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawiesił na okres 3 lat próby, nadto oddając skazanego pod dozór kuratora i wymierzając mu karę grzywny. Wskazany wyrok Sądu Rejonowego w K. nie został zaskarżony i uprawomocnił się z dniem 3 grudnia 2014 r. Tzw. „kasację nadzwyczajną” na korzyść skazanego wniósł Prokurator Generalny, zarzucając rażące art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k., polegające na przeprowadzeniu postępowania bez wyznaczenia oskarżonemu obrońcy z urzędu pomimo spełnienia przez

<sup>1</sup> Postanowienie SN z 2 lutego 2016 r., IV KK 337/15, OSNKW 2016, nr 3, poz. 21.

niego ustawowych przesłanek. Mianowicie w chwili popełnienia 24 z ciągu 43 czynów oskarżony był nieletni, a więc wyznaczenie posiadania przez niego obrońcy oraz udział tego obrońcy w postępowaniu karnym były obowiązkowe, a naruszenie tego obowiązku stanowi bezwzględny przyczynę odwoławczą (art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.).

Sąd Najwyższy uznał, że kasacja nie zasługuje na uwzględnienie, pomimo tego, że opisane w niej naruszenie miało miejsce. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że poczynienie takiej konstatacji może wydawać się sprzeczne z zasadą pewności prawa, wypracowaną przez teorię i filozofię prawa. Wskazana pewność prawa powinna cechować zarówno prawo stanowione, jak i stosowane. Nie ulega wątpliwości, że na tę znaczącą, ale i obszerną znaczeniowo zasadę składa się zbiór subzasad, wśród których znajduje się istotna w omawianym przypadku przewidywalność decyzji procesowych. Procedowanie sądu w sytuacji zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej obarczone jest przewidywalnością obiektywną, niezależną od siły dowodów przedstawionych przez strony procesu, nie dotyczy zaś przewidywalności subiektywnej, związanej z przekonaniem określonego podmiotu, jak prawo będzie stosowane<sup>2</sup>. Potwierdza to sama regulacja dotycząca bezwzględnych przyczyn odwoławczych, zgodnie z którą sąd uchyla orzeczenie niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść tegoż orzeczenia. Dlatego też stwierdzenie uchybienia wymienionego w art. 439 § 1 k.p.k. zobowiązuje sąd rozpoznający środek odwoławczy do uchylenia orzeczenia<sup>3</sup>. Należy zatem zauważyć, że nie jest możliwe, aby zaistnienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej nie powodowało reakcji sądu, co przyczyniałoby się do pozostawienia w obrocie prawnym orzeczenia obarczonego wadą. Co za tym idzie, rozpoczynające uzasadnienie przedmiotowego orzeczenia stwierdzenie Sądu

Najwyższego, że na kanwie omawianej sprawy zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza, niestanowiąca podstawy do uchylenia orzeczenia, jest z natury rzeczy stwierdzeniem wadliwym. Nie można jednak w tym miejscu pominąć unormowanego w art. 439 § 2 k.p.k. wyjątku, zgodnie z którym m.in. przy braku wyznaczenia i udziału w procesie obrońcy obligatoryjnego orzeczenie uchyla się wyłącznie na korzyść oskarżonego. Zgodnie z naturą przepisów prawnych o charakterze wyjątków oraz zasadą *exceptiones non sunt extendendae* należy go stosować z pewną dozą ostrożności, w oparciu o kryteria obiektywne. Ponadto jego stosowanie powinno cechować baczenie na względy gwarancyjne, w postaci interpretacji każdorazowej sytuacji procesowej leżącej u podstaw bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k. gwarancyjnie dla oskarżonego. W szczególności powinno mieć to miejsce w taki sposób, aby w sytuacji możliwej korzyści dla oskarżonego z uchylenia orzeczenia takiej czynności procesowej dokonać, a w sytuacji zagrożenia negatywnymi konsekwencjami orzeczenia nie uchylić.

Zdaniem Sądu Najwyższego wyłącznie ze względu na fakt, że na gruncie obowiązujących przepisów oskarżonemu w ponownym postępowaniu nie przysługiwałaby obrona obligatoryjna, w sytuacji gdy skazano go na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz kumulatywnie na grzywnę, uchylenie wyroku nie nastąpiłoby na jego korzyść. Trudno się ze wskazanym stanowiskiem zgodzić. Przede wszystkim przeczy ono gwarancyjnemu charakterowi instytucji prawnej z art. 439 § 2 k.p.k. Podnosi się, że przepis ten tworzy bardzo daleko idące gwarancje procesowe dla oskarżonego, przez co należy go rozumieć nawet w ten sposób, iż po uchyleniu orzeczenia wyłącznie na podstawie art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k. i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania sądowi *meriti* nie jest możliwe orzekanie na niekorzyść oskarżo-

<sup>2</sup> M. Wojciechowski, *Pewność prawa*, Gdańsk 2014, s. 109–110.

<sup>3</sup> J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 439 Kodeksu postępowania karnego*, LEX nr 470123, t. 2.

nego nawet wówczas, gdy uchylenie orzeczenia nastąpiło w wyniku środka odwoławczego wniesionego na jego niekorzyść<sup>4</sup>. W kontekście zakresu stosowania normy z art. 439 § 2 k.p.k. wskazać należy, że wyłącza on jedynie możliwość zaskarżania i uchylania orzeczeń na niekorzyść oskarżonego ze względu na przesłanki z art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k.<sup>5</sup> Dlatego też, jak słusznie podnosi się w piśmiennictwie, odstąpienie od uchylenia orzeczenia dotkniętego uchybieniem z art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k. możliwe jest tylko w odniesieniu do wyroku uniewinniającego, tylko bowiem takie orzeczenie może zostać uznane za najbardziej korzystne, a przez to możliwe do zaakceptowania, pomimo faktu, że zapadło z naruszeniem istotnych gwarancji procesowych oskarżonego<sup>6</sup>. W sytuacji gdy kontroli podlega wyrok uniewinniający, za którego uchyleniem przemawiać miałyby jedynie art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k., brak będzie podstaw do jego uchylenia, gdyż nie działałoby się to z korzyścią dla oskarżonego, tak jak tego wymaga art. 439 § 2 k.p.k., ponieważ to jedynie wyrok uniewinniający jest orzeczeniem najbardziej korzystnym dla oskarżonego<sup>7</sup>. Należy w tym miejscu podnieść, że przytoczone stanowisko obrazuje prymat wyroku uniewinniającego jako wyroku najkorzystniejszego dla oskarżonego, tym samym pozwalając wzruszyć na korzyść oskarżonego każdy wyrok skazujący, obarczony bezwzględną przyczyną odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k. W sytuacji stwierdzenia zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej sąd odwoławczy posiada możliwość działania z urzędu, a tym samym, dostrzegając powody wskazane w art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k., ma prawo z własnej inicjatywy uchylić orzeczenie na korzyść oskarżonego i wzruszyć wyrok skazujący<sup>8</sup>. Jeśli wziąć powyższe pod uwagę, jako konieczne jawi się uchy-

lenie orzeczenia w sytuacji stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej w postaci braku ustanowienia i udziału w postępowaniu obrońcy obligatoryjnego, zwłaszcza w sytuacji skazania w postępowaniu obarczonym uchybieniem z art. 439 § 1 k.p.k., a w szczególności jeżeli to uchybienie zostało podniesione w nadzwyczajnym środku zaskarżenia. Należy mieć bowiem na uwadze, że korzyść, o jakiej mowa w art. 439 § 2 k.p.k., w sytuacji gdy dochodzi do uchylenia orzeczenia ze względu na treść art. 439 § 1 pkt 9–11 k.p.k., odnosi się do postępowania przyszłego, będącego wynikiem uchylenia orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania<sup>9</sup>. W związku z powyższym podnieść należy, że wskazany przez Sąd Najwyższy brak konieczności wyznaczenia w ewentualnym, ponownym postępowaniu oskarżonemu obrońcy na podstawie art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. nie rozstrzyga jego pozycji w tym ponownym postępowaniu. Założenie takie nie determinuje przecież formalnego aspektu prawa do obrony tego oskarżonego, nie pozbawia go możliwości korzystania z pomocy profesjonalnego pełnomocnika procesowego, zarówno ustanowionego na podstawie wyboru, ale także wyznaczonego z urzędu, na gruncie art. 78 § 1 k.p.k. Posiadanie – zwłaszcza w młodym wieku, którego naturalną konsekwencją jest nikły poziom doświadczenia życiowego – reprezentanta procesowego, a zwłaszcza obrońcy w procesie karnym, może mieć zasadniczy wpływ na przebieg i rezultat postępowania, dając jednocześnie pewność fachowej obrony praw oskarżonego przed sądem. Obycie na sali sądowej, umiejętność odpowiedniej reakcji na zaistniałe sytuacje i stosunki procesowe, a także doświadczenie w danego rodzaju sprawach mogą wpłynąć nawet jeśli nie na rozstrzygnięcie co do winy, to na pewno mogą usytuować

<sup>4</sup> T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 841.

<sup>5</sup> R. Kmiecik, *Glosa do postanowienia SN z 9 lipca 2015 r.*, III KK 375/14. *Wpływ zmiany przepisów ustawy na zakres oddziaływania bezwzględnej przyczyny odwoławczej*, OSP 2016, nr 7–8, poz. 71, s. 984.

<sup>6</sup> P. Pratkaniecki, *Uchylenie orzeczenia na podstawie art. 439 § 2 k.p.k.*, PS 2004, nr 11–12, s. 138.

<sup>7</sup> Wyrok SA w Łodzi z 14 października 2014 r., II AKa 111/14, LEX nr 1544863.

<sup>8</sup> T. Grzegorzcyk, *Komentarz do art. 439 Kodeksu postępowania karnego*, LEX nr 429006, t. 5.

<sup>9</sup> P. Pratkaniecki, *Uchylenie*, s. 138.

oskarżonego w korzystniejszej pozycji, mającej wpływ chociażby na wymiar kary. Nie ulega wątpliwości, że udział obrońcy w postępowaniu karnym jest okolicznością oddziałującą na korzyść oskarżonego, a więc uchylenie orzeczenia skazującego, obarczonego bezwzględną przyczyną odwoławczą, z uwzględnieniem możliwości późniejszego, oddziałującego na pozycję w procesie oskarżonego, korzystania przez niego z pomocy obrońcy, należy traktować jako uchylenie orzeczenia na jego korzyść.

W stanie faktycznym leżącym u podstaw przedmiotowej sprawy zaistniała sytuacja, w której w stosunku do pewnej części ciągu przestępstw oskarżony jako nieletni musiał mieć obrońcę obligatoryjnego, natomiast w stosunku do pozostałej części, jako że w chwili procedowania miał już ukończone 18 lat, obowiązek ustanowienia dla niego obrońcy już nie obowiązywał. Ponadto przepisy zmienione obowiązywały także w czasie rozpoznawania kasacji, co prowadziło do sytuacji, w której na gruncie przepisów obowiązujących w czasie rozpoznawania nadzwyczajnego środka zaskarżenia nie doszło do naruszenia prawa, z kolei na kanwie przepisów obowiązujących w czasie merytorycznego orzekania zachodziła bezwzględna przyczyna odwoławcza. Wskazane okoliczności obliowały do zajęcia stanowiska co do tego, czy w postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy powinien badać zgodność z przepisami aktualnie obowiązującymi, czy też aktualnymi w chwili wydania zaskarżonego orzeczenia. Jak słusznie zauważono, w orzecznictwie Sądu Najwyższego istnieją w tej kwestii dwa przeciwstawne poglądy – oba wprost dotyczące zmian w przedmiocie obowiązku oraz odpowiednio prawa oskarżonego do udziału w rozprawie. Pierwszy z nich aprobuje zasadność badania aktualnego stanu prawnego, opierając swoje stanowisko na założeniu, że skoro obecność oskarżonego na rozprawie głównej przestała być obowiązkowa

(poza wyjątkiem wskazanym w art. 374 § 1a k.p.k.), ewentualne uchybienia z tym związane, choć zaistniałe wcześniej, z tym dniem straciły charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.<sup>10</sup> Z kolei pogląd opozycyjny, oparty na istocie kontroli kasacyjnej prawomocnego orzeczenia, powołujący się na ukształtowane już stanowiska orzecznicze i doktrynalne, wyraża się przez tezę, że wprawdzie obecność oskarżonego na rozprawie głównej przestała być obowiązkowa (poza wyjątkiem wskazanym w art. 374 § 1a k.p.k.), jednak nie można uznać, że ewentualne uchybienia z tym związane, które zaistniały wcześniej, z tym dniem straciły charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.<sup>11</sup> Wydaje się, że zdecydowany prymat należy przyznać pogładowi drugiemu, a więc konieczności badania w postępowaniu kasacyjnym zgodności orzeczenia z przepisami prawa obowiązującymi w czasie orzekania przez sąd *meriti*, w szczególności ze względu na istotę postępowania w przedmiocie kasacji. Przede wszystkim Sąd Najwyższy, jako sąd kasacyjny, jest sądem prawa, co oznacza merytoryczną kontrolę prawomocnych orzeczeń jedynie pod względem ich merytorycznej i formalnej legalności, poza zakresem orzekania znajdują się kwestie faktyczne. Ponadto postępowanie kasacyjne służy kontroli stosowania prawa przez sądy orzekające<sup>12</sup>, co wyraźnie obrazuje, że jest to kontrola stosowania prawa obowiązującego w momencie orzekania – pogląd odmienny jest wykluczony z natury rzeczy, ze względu na fakt, iż w momencie orzekania jedynym prawem istniejącym jest prawo ówczesnie obowiązujące. W piśmiennictwie słusznie podnosi się, że pomimo faktu, iż ogólną regułą intertemporalną ostatnich nowelizacji k.p.k. jest zasada „chwytania w lot” nowych przepisów, to nie dotyczy to postępowania kasacyjnego, ma ona bowiem jedynie zastosowanie do spraw będących w toku. Treść znoweli-

<sup>10</sup> Postanowienie SN z 9 lipca 2015 r., III KK 375/14, Prok. i Pr. – wkładka 2015, z. 11, poz. 11.

<sup>11</sup> Wyrok SN z 2 października 2015 r., III KK 132/15, LEX nr 1814909.

<sup>12</sup> M. Zbrojewska, *Rola i stanowisko prawne Sądu Najwyższego w procesie karnym*, LEX nr 198233, § 2, t. 1.

zowanych przepisów nie powinna mieć wpływu na ocenę dokonywaną na etapie kasacji, ponieważ jest to etap procesu kontrolujący postępowanie prawomocnie zakończone jeszcze przed wejściem w życie nowych przepisów<sup>13</sup>. Ponadto z istoty pojęcia „stosowanie prawa” wiadomo, że jest to rozstrzyganie konsekwencji określonych sytuacji faktycznych w oparciu o obowiązujące normy prawne. Dlatego też, skoro Sąd Najwyższy jako sąd kasacyjny określa się nawet mianem „sądu nad sądem”<sup>14</sup>, konieczne jest uznanie, że ocenia on zgodność z prawem obowiązującym w chwili merytorycznego orzekania w sprawie. Zasadniczo zmiana przepisów procesowych nie może oddziaływać wstecz, jeżeli nowe przepisy wchodzi w życie dopiero po uprawomocnieniu się wyroku, a nie w toku postępowania<sup>15</sup>. Co wydaje się niezwykle istotne, nie jest trafny mniejszościowy tzw. argument funkcjonalny, zgodnie z którym za brakiem uchylenia orzeczenia przemawia fakt, że ze względu na zmiany przepisów lub sytuacji faktycznej ponowny proces mógłby przebiegać w ten sam sposób co przed uchyleniem. Takie stanowisko wydaje się poddawać kontrargumentacji – przede wszystkim przeciwko niemu świadczy to, że w sytuacji zaistnienia jakiegokolwiek przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 k.p.k. sąd odwoławczy nie jest uprawniony do badania wpływu uchylenia na treść orzeczenia. Ponadto argumentacja funkcjonalna może jawić się jako sprzeczna z możliwością pełniejszej i korzystniejszej dla oskarżonego realizacji prawa do obrony w ponownym postępowaniu<sup>16</sup>, co staje się szczególnie widoczne w sytuacji możliwości uchylenia orzeczenia na gruncie art. 439 § 2

k.p.k. Między innymi w oparciu o przytoczone argumenty stanowisko dominujące zaaprobował Sąd Najwyższy w postanowieniu z 2 lutego 2016 r., IV KK 337/15, jednocześnie się do niego nie stosując, a odwołując się do wskazanej już normy art. 439 § 2 k.p.k. – w opinii autora odwołując się w sposób nietrafny, z pominięciem *stricte* gwarancyjnego charakteru wskazanej instytucji.

Niejako na marginesie powyższych rozważań wskazać należy, że nie sposób kwestionować tego, iż w obowiązującym stanie prawnym oskarżony musi mieć obrońcę nie jeżeli jest nieletni, ale jeżeli nie ukończył 18 lat. Dlatego też, na skutek zmian obowiązujących od 1 lipca 2015 r., wraz z osiągnięciem wieku wskazanego w art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. odpada konieczność posiadania przez niego obrońcy obligatoryjnego. Wynika to zarówno z charakteru instytucji obrony obligatoryjnej, jak i wykładni, zwłaszcza językowej, kluczowej w niniejszej sprawie przesłanki. Obrona obowiązkowa określona w art. 79 § 1 k.p.k. odznacza się przemijającym charakterem, który to charakter oznacza konieczność zwolnienia z obowiązków obrońcy z urzędu obrońcy wyznaczonego jako obligatoryjny w sytuacji dezaktualizacji przesłanek warunkujących wyznaczenie takiego obrońcy. Ponadto konstrukcja gramatyczna, którą posłużył się ustawodawca w art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k., wyraźnie wskazuje, że oskarżony musi mieć obrońcę, jeśli nie ukończył 18 lat, a co za tym idzie – jeżeli w jakimkolwiek momencie postępowania oskarżony 18 lat ukończył, z tą chwilą nie obowiązują już względem niego wymóg posiadania obrońcy obligatoryjnego<sup>17</sup>. Należy zauważyć, że zgola odmiennie kształtowała się, przed wskazanymi

<sup>13</sup> A. Pabian, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015, III KK 375/16 [o skutkach nieobecności oskarżonego na rozprawie głównej po 1 lipca 2015 r.]*, „Palestra” 2016, nr 9, s. 122–123.

<sup>14</sup> M. Zbrojewska, *Rola*, t. 1.

<sup>15</sup> R. Kmiecik, *Glosa do postanowienia SN z 9 lipca 2015 r., III KK 375/14*, s. 982.

<sup>16</sup> M. Wąsek-Wiaderek, *Ocena skutków nieobecności oskarżonego na rozprawie głównej przed 1 lipca 2015 r. w świetle przepisów k.p.k. obowiązujących po tej dacie*, (w:) *Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Przegląd Orzecznictwa za rok 2015*, red. J. Kosonoga, Warszawa 2016, s. 523–524.

<sup>17</sup> W ten sposób także: S. Steinborn, *Komentarz do art. 79 Kodeksu postępowania karnego*, LEX nr 493680, t. 2; R. A. Stefański, *Obrona obligatoryjna po 1 lipca 2015 r.*, (w:) *Obrona i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, red. P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 29.



zmianami legislacyjnymi, pozycja nieletniego. Zgodnie bowiem z niekwestionowanym stanowiskiem wypracowanym w orzecznictwie status nieletniego nabywa się przez fakt popełnienia przestępstwa przed ukończeniem 17. roku życia, a tym samym niezależnie od wieku oskarżonego w chwili trwania postępowania, ze

względu na związanie czasem popełnienia czynu zabronionego, posiada on wskazany status już zawsze, co z kolei (na gruncie art. 79§ 1 pkt 1 k.p.k. przed zmianami) stanowiło podstawę do wyznaczenia nieletniemu oskarżonemu obrońcy obligatoryjnego, bez względu na jego wiek w czasie trwania postępowania<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Wyrok SN z 1 czerwca 2006 r., V KK 158/06, LEX nr 188369.

## GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 18 MARCA 2015 R., I CSK 111/14

Teza głosowanego postanowienia:

**Prawo żołnierza zawodowego (emeryta lub rencisty wojskowego) do przydzielonej mu kwatery stałej nie wchodzi w skład spadku po nim<sup>1</sup>.**

1. Prawo do kwatery stałej żołnierza zawodowego (oraz emeryta lub rencisty wojskowego) a prawo spadkowe to przedmiot tej glosy.

2. Prawa i obowiązki majątkowe zmarłego przechodzą z chwilą jego śmierci na jedną lub kilka osób, stosownie do przepisów księgi czwartej („Spadki”) (art. 922 § 1 k.c.).

Nie należą do spadku prawa i obowiązki zmarłego ściśle związane z jego osobą, jak również prawa, które z chwilą jego śmierci przechodzą na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami (art. 922 § 2 k.c.).

Do spadku wchodzi zatem tylko prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym. Prawa i obowiązki zmarłego spadkodawcy niemające charakteru cywilnoprawnego nie wchodzi w skład spadku po nim. Wynika to z wnioskania z przeciwieństwa (*arg. a contrario*) z art. 922 § 1 k.c. oraz charakteru prawa spadkowego, które jest częścią prawa cywilnego i reguluje zatem przechodzenie praw i obowiązków o charakterze cywilnoprawnym. Chodzi tu o prawa majątkowe

o charakterze cywilnoprawnym w szerokim tego słowa znaczeniu, co odpowiada pojęciu praw i obowiązków prywatnoprawnych. Dotyczy to zatem nie tylko praw i obowiązków wynikających z Kodeksu cywilnego, lecz także z innych gałęzi prawa prywatnego, np. z Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Kodeksu spółek handlowych (prawa handlowego), prawa na dobrach niematerialnych (np. prawa autorskiego czy wynalazczego), np. majątkowych praw autorskich, majątkowych praw na innych dobrach niematerialnych, jak na przykład prawa z patentu, prawa ochronnego na wzór użytkowy, prawa ochronnego na znak towarowy, prawa z rejestracji wzoru przemysłowego, prawa z rejestracji topografii układów scalonych, prawa do *know-how*, prawa z umów o prawa majątkowe na dobrach niematerialnych, np. umowy przeniesienia praw autorskich majątkowych, umowy licencyjnej, np. z prawa autorskiego, prawa wekslowego i czekowego, prawa spółdzielczego.

Prawa i obowiązki cywilnoprawne przechodzą na spadkobierców osoby zmarłej. Taką

<sup>1</sup> Orzeczenie opublikowane w OSNC 2016, nr 2, poz. 28. Co do przyznania żołnierzowi prawa do kwatery stałej jako składnika majątku wspólnego małżonków por. glosę A. Krawczyk i A. Kowalskiej do postanowienia SN z 21 czerwca 2013 r., I CSK 597/12, „Palestra” 2016, nr 4, s. 106–111.

powinna być zasada, reguła, od której ustawodawca może czynić wyjątki tylko w przypadkach enumeratywnie wskazanych w prawie i powinien to być wyjątek od reguły, musi on być uzasadniony prawnie i społecznie.

Przykładowo do praw i obowiązków o charakterze cywilnoprawnym z Kodeksu cywilnego wchodzi prawa i obowiązki prawno-rzeczowe, prawa zobowiązań (obligacyjne), prawo spadkowe (np. z zapisu zwykłego lub windykacyjnego, polecenia majątkowego, zachowku, umów prawnosпадkowych), prawa i obowiązki rodzinne majątkowe.

Do spadku po spadkodawcy nie wchodzi jego prawa i obowiązki niemające charakteru cywilnoprawnego, w tym w szczególności prawa i obowiązki o charakterze administracyjnoprawnym, z zakresu prawa podatkowego, prawa karnego (np. grzywny).

Wyłączenie praw i obowiązków o charakterze niecywilnoprawnym ze spadku nie budzi wątpliwości prawnych, jest trafne, związane z naturą prawa spadkowego jako gałęzi prawa cywilnego (prywatnego).

3. W skład spadku wchodzi prawa i obowiązki cywilnoprawne o charakterze majątkowym. W skład spadku nie wchodzi prawa i obowiązki o charakterze niemajątkowym, np. z dóbr osobistych (art. 23 k.c.), autorskie dobra osobiste (prawa niemajątkowe), prawa niemajątkowe na dobrach niematerialnych. To wyłączenie też nie budzi wątpliwości.

4. W skład spadku nie wchodzi prawa i obowiązki ściśle związane z osobą zmarłego (np. z użytkowania, art. 266 k.c., służebności osobistej, np. mieszkania, art. 299, 301 k.c., prawa do alimentów, dziedziczne są natomiast poszczególne raty alimentacyjne, które jako świadczenia okresowe przedawniają się po trzech latach, art. 137 § 1 k.r.o.). To wyłączenie też nie budzi wątpliwości prawnych, nie łamie konstrukcji dziedziczenia (prawa spadkowego).

5. W skład spadku nie wchodzi prawa i obowiązki zmarłego, które z chwilą jego śmierci

przechodzą na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami (np. wstąpienie w stosunek najmu art. 691 obecnego Kodeksu cywilnego). Ustawy (cywilne, niecywilne) mogą przewidywać w tym zakresie wyjątki. I tu powstaje szeroka możliwość wyłączenia ze spadku praw i obowiązków cywilnoprawnych, gdyż unormowanie w art. 922 § 2 w tym punkcie jest blankietowe, nie zawiera żadnych ograniczeń prawnych. Może ono być stosowane szeroko, wskutek czego – w krańcowych sytuacjach – może okazać się, że spadek może mieć charakter kadłubowy, będą do niego należały resztki praw. Tu potrzebna jest kontrola ustawodawcy. Przepisy ustaw, które stanowią takie wyjątki, nie zawsze są pod kontrolą ustawodawcy cywilnego (np. obecnie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego). Stąd postulat prawny, aby te omawiane tu wyłączenia były zawsze konsultowane z ustawodawcą cywilnym (obecnie Komisją Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego czy Ministrem Sprawiedliwości), gdyż szeroko otwarta jest furta dla wyłączenia praw i obowiązków cywilnoprawnych ze spadku. Jak powiedziano, przepis art. 922 § 2 cz. II ma w tym punkcie charakter blankietowy. Nie było z tym problemów w okresie uchwalania Kodeksu cywilnego (w 1964 roku), praktycznie dotyczyło to bowiem tylko najmu i pisemnego wskazania wkladcy z prawa bankowego. Niemniej na przestrzeni lat od uchwalenia Kodeksu cywilnego po dzień dzisiejszy lista praw i obowiązków cywilnoprawnych, które są wyłączone z prawa spadkowego, w analizowanym trybie, niepomierne wzrosła, co budzi poważne wątpliwości prawne, czy jest to uzasadnione. Często podstawowe prawa i obowiązki przechodzą w trybie szczególnym (art. 922 § 2 cz. II k.c.). Liczba tych przypadków jest zastraszająca, wymyka się spod kontroli ustawodawcy cywilnoprawnego. Jak wspomniano, każdy taki przypadek powinien być konsultowany z ustawodawcą cywilnym (obecnie Komisją Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego i z Ministrem Sprawiedliwości). Ma znaczenie dla spadkobierców, jakie prawa i obowiązki przechodzą na nich, oraz

ma to znaczenie z punktu widzenia wierzycieli spadku, wyłączenie bowiem określonych praw i obowiązków ze spadku uniemożliwia wierzycielom spadku egzekucję ze spadku.

6. Problem prawny na tle Kodeksu cywilnego zastrzył się po wprowadzeniu w 2011 r. zapisu windykacyjnego do spadku. Prawa będące przedmiotem zapisu windykacyjnego nie wchodzi bowiem w skład spadku, lecz przechodzą na zapisobierców wprost. Łamię to zasadę, że spadek powinien obejmować wszystkie prawa i obowiązki majątkowe cywilnoprawne. Ma to znaczenie dla spadkobierców, jakie prawa i obowiązki odziedziczą, oraz dla wierzycieli spadku, czy będą mogli dochodzić swoich praw ze spadku. Wprawdzie ta ostatnia zasada została złagodzona przez przyjęcie, że zapisobiercy windykacyjni odpowiadają proporcjonalnie do wartości zapisu windykacyjnego za długi spadkowe, ale łamię to zasadę prawa spadkowego.

Ma to znaczenie także z punktu widzenia reguły interpretacyjnej art. 961 Kodeksu cywilnego. Logicznie biorąc – prawa niewchodzące w skład spadku (np. będące przedmiotem zapisu windykacyjnego) nie mogą być objęte regułą interpretacyjną art. 961 k.c., nawet jeśli zapis windykacyjny wyczerpuje cały spadek. Przedmiot zapisu windykacyjnego powinien wchodzić w skład spadku, a zapisobierca windykacyjny nie powinien odpowiadać za długi spadkowe, gdyż jest następcą prawnym pod tytułem szczególnym (następcą singularnym), a nie pod tytułem ogólnym (dziedziczenie, nie jest on spadkobiercą), takie też najczęściej jest rozwiązanie ustawodawstw obcych, które znają, dopuszczają zapis windykacyjny (rzeczowy, rozporządzający). Zapisobierca obligacyjny na tle prawa polskiego nie ponosi zazwyczaj odpowiedzialności za długi spadkowe. Powstaje pytanie, skąd to zróżnicowanie na zapisobierców zwykłych i windykacyjnych na tle ich odpowiedzialności za długi spadkowe. Obydwaj zapisobiercy nie powinni ponosić bowiem odpowiedzialności za długi spadkowe. Konstrukcja Kodeksu cywilnego jest taka, że teoretycznie

dopuszcza możliwość, że zapisy windykacyjne będą wyczerpywać cały spadek, czyli spadkobiercy nie odziedziczą żadnych praw majątkowych lub odziedziczą resztki (ochłapy) spadku, a będą zapisobiercy odpowiadać za wszystkie długi spadkowe. Jest to nielogiczne, nieracjonalne, nieetyczne. Konstrukcja Kodeksu cywilnego o zapisie windykacyjnym obecnie łamię zasadę sukcesji generalnej, uniwersalnej (dziedziczenia), z której powinno wynikać, że wszystkie prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym powinny przechodzić na spadkobierców, od tego możliwe powinny być tylko wyjątkowe przypadki o wąskim zakresie. Zapis windykacyjny rozszerzył niepomiarne zakres odstępstw, że prawa i obowiązki przechodzą w całości na spadkobierców.

Jestem zdania, aby ratować tę sytuację, aby przyjmując, że jeśli zapisy windykacyjne i obligacyjne (zwykle) wyczerpują prawie cały spadek (art. 961 k.c.), to trzeba przyjmując regułę interpretacyjną, że w braku odmiennej woli spadkodawcy osoby te są spadkobiercami, a nie zapisobiercami windykacyjnymi lub zwykłymi (obligacyjnymi). Pozwala to na niełamanie zasady jedności spadku oraz sukcesji uniwersalnej (dziedziczenia). Dla jasności sytuacji prawnej taką zasadę powinno się przyjąć w prawie spadkowym *de lege ferenda* (w przyszłej regulacji Kodeksu cywilnego). Konsekwentnie do tego zapisobierca windykacyjny w zasadzie nie powinien odpowiadać za długi spadkowe, gdyż następca szczególnie (zapisobierca windykacyjny lub obligacyjny) nie powinien odpowiadać za długi spadkowe (całej masy spadkowej), za długi spadkowe odpowiedzialność prawną powinni ponosić wyłącznie spadkobiercy (ustawowi lub testamentowi).

W związku z tym, co uprzednio powiedziano, istnieje pilna potrzeba przeglądnięcia przez ustawodawcę cywilnego (Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego oraz Ministra Sprawiedliwości) całego ustawodawstwa pod tym kątem, co uprzednio powiedziano, i zmiany w tym zakresie prawa. Należy podkreślić, że osoby, które nabywają prawa na podstawie art. 922 § 2 cz. II k.c., nie odpowiadają za długi spad-

kowe, nawet w sposób ograniczony, jak to jest przy zapisie windykacyjnym, czyli są uprzywilejowane w stosunku do spadkobierców i zapisobierców. Zazwyczaj wszystkie prawa i obowiązki cywilnoprawne majątkowe powinny wchodzić w skład spadku (zasada jedności spadku i sukcesji uniwersalnej), w drodze wyjątku można dopuścić nieliczne, nieznaczne wyjątki w tej mierze w przypadkach społecznie i gospodarczo uzasadnionych. Dotyczyłoby to nie tylko art. 922 § 2 cz. II k.c., to jest zasady, że określone prawa i obowiązki przechodzą na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami, ale także zapisu windykacyjnego, którego przedmiot powinien wchodzić w skład spadku, a zapisobierca windykacyjny – jak powiedziano – nie powinien odpowiadać za długi spadkowe.

Darowizna na wypadek śmierci (*donatio mortis causa*) jest czynnością prawną *inter vivos* (między żyjącymi), czyli prawa i obowiązki z tej umowy wchodzi w skład spadku (odmiennie jest przy zapisie windykacyjnym). Darowizna *mortis causa* nie łamie zatem zasady jedności spadku i sukcesji uniwersalnej. W literaturze jest sporne, czy dopuszczalna jest darowizna na wypadek śmierci. Osobiście jestem zdania, że jest ona dopuszczalna, ostatnio dopuścił ją także Sąd Najwyższy.

7. Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego w głosowanym postanowieniu jest trafne. Prawo do tzw. kwatery stałej przysługiwało m.in. żołnierzom zawodowym oraz żołnierzom przeniesionym w stan nieczynny [art. 22 ust. 1 ustawy z 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 206, poz. 1367 ze zm.)] oraz emerytom wojskowym, czyli żołnierzom zawodowym, którzy nabyli uprawnienia do emerytury wojskowej lub renty wojskowej (art. 23 ust. 1). W razie śmierci emeryta (rencisty) wojskowego prawo do kwatery stałej nabywali jedynie wspólnie zamieszkali w kwaterze z emerytem lub rencistą, w dniu jego śmierci, członkowie rodziny uprawnieni

do wojskowej renty rodzinnej (art. 23 ust. 2 powołanej ustawy), przy czym zachowanie lub nabycie uprawnień do kwatery stwierdzał dyrektor oddziału terenowego Agencji na podstawie zaświadczenia o posiadaniu uprawnień, o których mowa w ust. 1 i 2, wydanego przez wojskowy organ administracyjny. Stosunek prawny pomiędzy żołnierzem zawodowym (emerytem, rencistą wojskowym) a Skarbem Państwa – Wojskową Agencją Mieszkaniową w odniesieniu do przydzielonej kwatery nie ma charakteru cywilnoprawnego, ma on charakter stosunku administracyjnoprawnego. Przemawia za tym także źródło powstania tego stosunku, czyli decyzja administracyjna o przydziale kwatery stałej, jak i – w razie śmierci adresata decyzji o przydziale – poświadczanie także decyzją administracyjną prawa do kwatery członkom rodziny wspólnie z nim zamieszkałym i zarazem uprawnionym do wojskowej renty rodzinnej. Takie samo stanowisko przyjął już uprzednio Sąd Najwyższy w uchwale z 26 marca 2002 r., III CZP 14/02 (OSNC 2002, nr 12, poz. 148). Przedmiotowy lokal miał charakter kwatery stałej, a więc nie był przedmiotem najmu. Nie stosuje się zatem do kwatery stałej przepisów o wstąpieniu w stosunek najmu (obecnie art. 691 k.c.).

„Obowiązek ponoszenia kosztów zużycia urządzeń technicznych oraz kosztów wykonania robót malarskich w kwaterze stałej (art. 32 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 86, poz. 433 ze zm., oraz § 24 ust. 2 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 27 maja 1996 r. w sprawie wykonania przepisów ustawy o zakwaterowaniu sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 65, poz. 320 ze zm.), nie przechodzi na spadkobierców osoby uprawnionej, zajmującej kwaterę do chwili śmierci” (teza uchwały Sądu Najwyższego z 26 marca 2002 r. cytowanej wyżej).

8. Konkludując, należy stwierdzić, że orzeczenie Sądu Najwyższego jest trafne.

## GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 13 KWIEŃNIA 2016 R., II KK 3014/15

Teza wyroku:

**Rozpowszechnianie wizerunku stanowiące znamię przestępstwa z art. 191a k.k. w praktyce następuje wyłącznie za pomocą mediów elektronicznych, co samo w sobie w najmniejszym stopniu nie obniża stopnia szkodliwości społecznej takiego czynu.**

Wyrok Sądu Najwyższego z 13 kwietnia 2016 r. zawiera tezę odnoszącą się do relacji zachodzącej między stopniem szkodliwości społecznej czynu a rozpowszechnianiem wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, w okolicznościach uwzględnionych w art. 191a k.k., za pomocą mediów elektronicznych. Warto zwrócić uwagę na powyższe orzeczenie z dwóch powodów. Mianowicie jest to pierwszy wyrok Sądu Najwyższego, który bezpośrednio dotyczy znamienia przestępstwa z art. 191a k.k. Poza tym zagadnienie rozpowszechniania wizerunku skonkretyzowanego we wspomnianej regulacji za pomocą instrumentu w postaci mediów, w kontekście kryterium warunkującego gradację stopnia szkodliwości społecznej, nie zostało dotychczas podjęte w literaturze prawa.

Stan faktyczny głosowanego orzeczenia kształtował się następująco: 11 lipca 2013 r. A. S. złożył wniosek o zasądzenie od Skarbu Państwa na jego rzecz kwoty 170 000 zł zadośćuczynienia za niesłuszne pozbawienie wolności w trybie art. 49 § 1 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych. Sąd okręgowy

w wyroku z 12 lutego 2015 r. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz wnioskodawcy 3000 zł tytułem zadośćuczynienia, natomiast w pozostałej części wniosek oddalił. Orzeczenie to zostało zaskarżone przez pełnomocnika A. S., który podniósł zarzuty odnoszące się do naruszenia: art. 7 i art. 92 k.p.k., z uwagi na oparcie orzeczenia wyłącznie na części okoliczności ujawnionych w postępowaniu, które miały znaczenie dla rozstrzygnięcia, oraz pominięcie wśród ustaleń faktycznych okoliczności wynikających z dowodów ocenionych przez sąd okręgowy jako wiarygodne, błędu w ustaleniach faktycznych, a także naruszenie art. 445 § 1 k.c. przez nieprawidłowe zastosowanie. W następstwie sąd pierwszej instancji oddalił wniosek o zasądzenie zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na kwotę ponad 3000 zł. Sąd apelacyjny w wyroku z 8 lipca 2015 r. zmienił zaskarżony wyrok przez podwyższenie zadośćuczynienia do kwoty 5000 zł, w pozostałej zaś części utrzymał orzeczenie sądu niższej instancji w mocy. Powyższy wyrok stał się przedmiotem skargi kasacyjnej, gdzie między innymi został podniesiony zarzut<sup>1</sup> rażącego naruszenia art. 7

<sup>1</sup> Ze względu na zawężony charakter niniejszego opracowania został przedstawiony zarzut podniesiony przez

k.p.k. Naruszenie to miało przybrać postać dokonania przez sędziego dowolnej, zamiast swobodnej, oceny dowodów, gdyż sąd apelacyjny stwierdził, iż zamieszczenie faktu ukarania A. S. w serwisie internetowym „YouTube” nie sprowadzało się do upublicznienia, jak i nie zostało obarczone infamującym skutkiem dla wnioskodawcy. Ponadto jego pełnomocnik podkreśla, że zakres oddziaływania Internetu należy określić jako szerszy aniżeli tzw. tradycyjnych mediów, w szczególności tyczy się to wymienionego serwisu, ze względu na częste zjawisko umieszczania odnośników do materiałów zawartych na „YouTube” w innych witrynach internetowych, w szczególności o charakterze informacyjnym. Poza tym jego zasięg wydaje się być szerszy niż wspomnianego rodzaju mediów, z uwagi na fakt, że czynność kupna gazety czy włączenia odbiornika telewizyjnego nie jest równoznaczna z zapoznaniem się z tekstem bądź analogicznie z materiałem telewizyjnym, natomiast odtworzenie informacji pochodzących z serwisu „YouTube” poprzedza czynność wyszukania ich, dlatego każde wejście w odnośnik skutkuje obejrzeniem treści z nim związanych przez co najmniej jedną osobę<sup>2</sup>.

W wyroku z 13 kwietnia 2016 r. Sąd Najwyższy podważył twierdzenie sądu apelacyjnego odnośnie do istnienia podstaw do różnicowania zagadnienia upowszechnienia faktu ukarania wnioskodawcy i jego skutków, zależnie od formy, w jakiej nastąpiło rozpowszechnienie. W związku z tym Sąd Najwyższy uchylił wyrok w zaskarżonej części i w tym zakresie przekazał go do ponownego rozpoznania przez sąd apelacyjny, a także zarządził na rzecz A. S. zwrot wniesionej opłaty od kasacji<sup>3</sup>. Odnosząc się do projektu sejmowego dotyczącego

zmiany ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz innych niektórych ustaw, projektodawca podkreślił potrzebę wprowadzenia regulacji prawnej dotyczącej penalizacji upowszechniania wizerunku nagiej osoby lub w trakcie kontaktu seksualnego przy wykorzystaniu Internetu i innych sieci telekomunikacyjnych, jak również dostrzega znaczenie popularyzacji metod rejestracji obrazu wskutek zachodzącego postępu technicznego<sup>4</sup>. Jako przykład okoliczności, gdy może dojść do dokonania powyższego czynu, przywołano przypadek mężczyzny, który po rozpadzie związku rozpowszechnił w Internecie film zawierający sceny stosunków seksualnych odbywanych z byłą partnerką. O powyższym fakcie powiadomił bliski krąg znajomych<sup>5</sup>. Odnosząc założenia projektu ustawy do przedstawionych orzeczeń<sup>6</sup>, należy stwierdzić, że jeśli się przyjmie tezę wysuniętą przez sąd niższej instancji, powstaje pytanie o zasadność degradacji stopnia karygodności czynu sprawcy, ze względu na rozpowszechnianie nagiego wizerunku przy użyciu mediów elektronicznych, skoro projektodawca właśnie tego typu przypadek wskazał jako warunkujący potrzebę stworzenia tej konstrukcji prawnej. Ponadto w tym projekcie zostało zawarte stwierdzenie: „(...) do czasu upowszechnienia sieci telekomunikacyjnych i dostępu do nich niebezpieczeństwa płynące z braku tego rodzaju unormowań nie były nadmierne (...)”<sup>7</sup>. Należy zaznaczyć, że przed wejściem w życie nowelizacji Kodeksu karnego, która uwzględniła omawianą regulację prawną, jedyną ścieżką ochrony przed nieuprawnionym wykorzystaniem wizerunku przez osobę trzecią było postępowanie

pełnomocnika wnioskodawcy, który to zarzut ściśle jest powiązany z omawianą tezą wyroku Sądu Najwyższego z 13 kwietnia 2016 r., II KK 3014/15.

<sup>2</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 13 kwietnia 2016 r., II KK 3014/15, LEX nr 2019608.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Druk sejmowy nr 1394, Sejm VI kadencji.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 13 kwietnia 2016 r., II KK 3014/15, LEX nr 2019608.

<sup>7</sup> Druk sejmowy nr 1394, Sejm VI kadencji.

cywilne. W momencie rozpoczęcia procesu upowszechniania dostępu do mediów elektronicznych problem rozpowszechniania nagiego wizerunku człowieka lub wizerunku człowieka w trakcie czynności seksualnej nabrał innego wymiaru. Możliwości, jakie niesie za sobą sieć internetowa w kontekście niektórych form eksploatacji fizycznego obrazu (rozpowszechnianie, prezentacja, udostępnienie itp.), sprawiają, że tego typu zachowaniom można częstokroć przypisać cechę powszechności, a ich następstwa dla osoby, której wizerunek jest wykorzystany, mogą być niemalże natychmiastowe, a co więcej – trudno odwracalne, gdyż Internet nie podlega w wielu aspektach ani ścisłej kontroli, ani reglamentacji (również w aspekcie prawnym).

Przestępstwo rozpowszechniania nagiego wizerunku osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez zgody tejże osoby sprowadza się do ingerencji w wolność, bezpośrednio związaną ze sferą intymności jednostki. Wydaje się, że przyjęcie gradacji karygodności czynu na podstawie narzędzi, jakimi posłużył się sprawca, rozpowszechniając ten wizerunek, pomija specyfikę przedmiotu ochrony z art. 191a k.k. Trudno bowiem poddać stratyfikacji dolegliwość związaną z faktem wkroczenia do wspomnianej sfery, gdy jej zakres ulega zmianom w zależności od wpływu różnych czynników. Jednak większość z nich wiąże się z określonymi, zindywidualizowanymi konsekwencjami dla ludzkiej psychiki (np. wpływ na poczucie własnej wartości). Nie sposób jednoznacznie określić, które z nich wystąpią w określonych okolicznościach i jaki wywrą one wpływ na potencjalną ofiarę. Między innymi z tego powodu ustawodawca decyzję o ściganiu sprawcy pozostawił w gestii pokrzywdzonego (ściganie na jego wniosek – art. 191a § 2 k.k.). W rezultacie należy przyjąć, że mimo iż mogą wystąpić różne skutki dla pokrzywdzonego omawianym czynem (nawet następstwo w postaci

targnięcia się na własne życie), to w kontekście oceny karygodności czynu w przypadku rozpowszechniania wizerunku z art. 191a §1 k.k. bez znaczenia pozostaje charakter środka działania sprawcy (media elektroniczne czy tzw. media tradycyjne). Żaden ze wspomnianych środków nie ma charakteru determinującego wystąpienie określonych konsekwencji. Z tego powodu, w przypadku wykorzystania jednego lub drugiego „narzędzia” przez sprawcę, mogą wystąpić identyczne następstwa czynu dla pokrzywdzonego.

Serwis „YouTube” bez wątplenia jest najbardziej rozpoznawalnym tego typu portalem internetowym na świecie, dlatego można przyjąć, że wyróżnia się on bardziej rozległym zasięgiem aniżeli „tradycyjne” formy przekazu informacji. W następstwie owe tradycyjne media podlegają ograniczeniom w postaci dostępności terytorialnej oraz językowej.

W tym stanie rzeczy należy zaaprobować argument pełnomocnika wnioskodawcy odnośnie do faktu, że zakres oddziaływania powyższego portalu internetowego jest szerszy niż tzw. tradycyjnych mediów, a Internet stanowi jeden ze środków masowego przekazu<sup>8</sup>.

Przestępstwo przewidziane w art. 191a k.k. może być popełnione jedynie umyślnie. Jednakże w doktrynie prawa karnego nie istnieje jednolite stanowisko co do postaci zamiaru, który winien występować po stronie sprawcy podczas czynu zabronionego będącego przedmiotem glosowanego orzeczenia<sup>9</sup>. Wydaje się jednak, że skoro rozpowszechnianie nastąpiło poprzez umieszczenie wizerunku w serwisie internetowym, którego celem jest stworzenie możliwości zaprezentowania określonych treści, a w następstwie ich udostępnienie, to należy stwierdzić, iż sprawca podjął działania w zamiarze bezpośrednim. Zamieszczenie wizerunku w portalu internetowym, którego istota (z punktu widzenia jego adresata) sprowadza się do możliwości wyszukiwania i odtwa-

<sup>8</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 13 kwietnia 2016 r., II KK 3014/15, LEX nr 2019608.

<sup>9</sup> Zob. np. M. Filar, *XXIII Rozdział. Przestępstwa przeciwko wolności*, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa: Wolters Kluwer 2014, s. 1116.



rzania konkretnych materiałów, warunkuje cel osoby zamieszczającej treści tego rodzaju, polegający na ich upowszechnieniu. Analogicznie ten typ zamiaru będzie obecny wówczas, gdy ktoś opublikuje lub wyemituje wizerunek pokrzywdzonego przestępstwem z art. 191a k.k. Jeżeli w przypadku rozpowszechniania za pomocą mediów elektronicznych i tzw. mediów tradycyjnych osoba dokonująca czynu działa w zamiarze bezpośrednim, nie istnieją przesłanki, aby na podstawie kryterium zamiaru sprawcy różnicować obydwa przypadki działania w kontekście natężenia karygodności czynu.

W literaturze prawa karnego nie zostały wypracowane dostatecznie zobjektywizowane wskaźniki, stwarzające możliwość porównywalnego stopniowania społecznej szkodliwości w odniesieniu do każdego przestępstwa<sup>10</sup>. Dlatego na etapie subsumpcji prawa w gestii sądu leży kwalifikacja, czy ma do czynienia jedynie ze znikomym, czy ze znacznym stopniem szkodliwości społecznej. Nieweryfikowalna wydaje się być ocena, czy rzeczywiście sąd w konkretnej sprawie kierował się przesłanką obiektywności lub racjonalności, dlatego na płaszczyźnie praktycznej istnieje ryzyko, że przekonanie sędziego jest „intuicyjne”.

W celu podsumowania należy przywołać wyniki analizy przeprowadzonej przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską na temat struktury przestępstwa przewidzianego w art. 191a k.k.<sup>11</sup> Badania dotyczyły spraw zainicjowanych w 2012 r. Ich liczba wynosiła 252, we wszystkich jednostkach prokuratury powszechnej na terenie całej Polski<sup>12</sup>. W trakcie analizy odnotowano 173 przypadki rozpowszechniania oraz 36 przypadków utrwalania i rozpowszechniania, czyli łącznie 209 przypadków, gdy znamię wykonawcze z art. 191a

k.k. obejmuje czynność rozpowszechniania. W 144 przypadkach nastąpiło ono za pomocą Internetu<sup>13</sup>. Z zaprezentowanych danych wynika, że sprawca przestępstwa najczęściej wybiera formę działania w postaci rozpowszechniania wizerunku, przy wykorzystaniu jako środka przekazu Internetu. W rezultacie można domniemywać, że za dokonywanym wyborem przemawia relatywnie łatwy sposób osiągnięcia celu w postaci ingerencji w sferę intymności osoby, wobec której został skierowany zamach, a także prawdopodobnie wysoki stopień dolegliwości skutków popełnionego czynu dla pokrzywdzonego takim czynem. Powyższe konstatacje prowadzą do wniosku, że nie istnieją podstawy do różnicowania karygodności rozpowszechniania w kontekście art. 191a k.k. w zależności od charakteru środka przekazu – mediów tradycyjnych bądź elektronicznych. Jeżeli najczęściej wybieranym przez sprawcę „nośnikiem” wizerunku jest Internet, to należy uznać, że jego zasięg jest co najmniej porównywalny do zasięgu prasy czy telewizji. Wydaje się, że w odmiennym przypadku większość potencjalnych sprawców omawianego przestępstwa posługiwałaby się innymi metodami rozpowszechniania wspomnianego wizerunku.

Oceniając zatem – w kontekście wcześniejszych rozważań – wyrok Sądu Najwyższego z 13 kwietnia 2016 r., II KK 3014/15, należy wyrazić dla niego pełną aprobatę, gdyż argument odnoszący się do wyłącznego charakteru rozpowszechniania przy wykorzystaniu Internetu jako przesłanki determinującej niższy stopień szkodliwości społecznej wydaje się nie mieć uzasadnienia, chociażby z uwagi na specyfikę chronionego dobra prawnego z art. 191a k.k. (zamachu na sferę intymności pokrzywdzonego).

<sup>10</sup> J. Giezek, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej*, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa: Wolters Kluwer 2012, s. 22–23.

<sup>11</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawonokarna i praktyka ścigania)*, „Prawo karne w działaniu – Sprawy karne” 2014, nr 19, s. 19–30.

<sup>12</sup> Należy nadmienić, że z 252 spraw zostało załatwionych – jak określają autorzy raportu – „w inny sposób”, dlatego zostały one wyłączone z przedmiotu tej analizy. W rezultacie zostało przebadanych 245 przypadków.

<sup>13</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie*, s. 20.

## GŁOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z 25 MARCA 2014 R., SK 25/13<sup>1</sup>

Sprawa zawisła przed Trybunałem Konstytucyjnym w wyniku skargi konstytucyjnej W. P. wnoszącego o zbadanie zgodności art. 325e § 1 zd. drugie k.p.k., w zakresie, w jakim umożliwia organom postępowania przygotowawczego wydanie postanowienia o odmowie wszczęcia dochodzenia lub umorzenia dochodzenia bez konieczności sporządzenia uzasadnienia, z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji, z art. 2 Konstytucji, z art. 78 w zw. z art. 2 Konstytucji i z art. 32 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji.

Po zbadaniu sprawy TK orzekł, że art. 325e § 1 zd. drugie k.p.k. w zakresie, w jakim zezwala organowi prowadzącemu dochodzenie na wydanie postanowienia o umorzeniu dochodzenia bez uzasadnienia, jest zgodny z art. 78 Konstytucji RP oraz nie jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W pozostałym zakresie TK umorzył postępowanie.

Rozstrzygnięcie TK nie może zostać uznane za trafne. Przede wszystkim nie można zgodzić się z TK odnośnie do braku adekwatności art. 45 ust. 1 Konstytucji, wyrażającego prawo do sądu, do analizy konstytucyjności przepisu

art. 325e § 1 zd. drugie k.p.k. Zgodnie ze stanowiskiem TK adresatem normy wyrażonej w art. 45 ust. 1 Konstytucji jest wyłącznie sąd – tym samym organu postępowania przygotowawczego, wydającego postanowienia w oparciu o art. 325e § 1 k.p.k., nie dotyczą wymogi określone we wskazanym wyżej przepisie Konstytucji, w tym wymóg uzasadniania orzeczeń.

Konstrukcje normatywne, które przydają jednostce uprawnienia, powinny być tak tworzone, aby generowane przez nie prawo podmiotowe miało charakter rzeczywisty, a nie fasadowy<sup>2</sup>. Tymczasem interpretacja art. 45 ust. 1 Konstytucji, ograniczająca je do znaczenia językowego, ma takie właśnie skutki. Związane jest to ze specyfiką polskiego postępowania przygotowawczego. Zgodnie bowiem z obowiązującą regulacją w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego postępowanie przygotowawcze jest obligatoryjnym etapem każdego postępowania karnego, poprzedzając etap postępowania sądowego. Nie ma w polskim prawie możliwości, aby pokrzywdzony przestępstwem ściganym z oskarżenia publicznego docho-

<sup>1</sup> Dz.U. z 2014 r. poz. 440, OTK ZU 2014, nr 3/A, poz. 33.

<sup>2</sup> Orzeczenie TK z 2 marca 1993 r., K 9/92, OTK 1993, nr 1, poz. 6; wyrok TK z 28 listopada 2007 r., K 39/07, OTK ZU 2007, nr 10/A, poz. 129.

dził swoich praw z pominięciem tego etapu postępowania. Jeżeli zatem postępowanie przygotowawcze jest obligatoryjnym etapem każdego postępowania karnego w sprawach ściganych z oskarżenia publicznego, to wszelkie gwarancje odnoszące się do praw uczestników procesu winny być rozciągnięte na etap postępowania przygotowawczego. Proces karny winien być bowiem parafrazą systemu logicznego: powinien być wewnętrznie niesprzeczny, spójny. Jeżeli postępowanie przygotowawcze jest elementem obligatoryjnym ww. postępowań karnych, to przy analizie konstytucyjnego prawa do sądu z art. 45 ust. 1 Konstytucji powinno być traktowane jako część postępowania sądowego, a zatem wszelkie gwarancje procesowe odnoszące się do postępowania sądowego powinny zostać nań rozciągnięte. W przeciwnym razie w szeregu przypadków art. 45 ust. 1 Konstytucji będzie legislacyjnym pustosłowiem.

Zaktualizowanie się ochrony praw podmiotowych jednostki dopiero na etapie postępowania sądowego może być spóźnione. Właśnie dlatego, że regulacja normatywna obowiązująca na etapie postępowania przygotowawczego może uczynić realizację ich dopiero na etapie późniejszym niemożliwą.

Rozciągnięcie gwarancji procesowych z art. 45 ust. 1 Konstytucji na etap poprzedzający postępowanie sądowe nie byłoby pierwszym przypadkiem, kiedy to względy funkcjonalne uzasadnią odstępianie od wykładni językowej. Podobnie uczyniono w odniesieniu do konstytucyjnego prawa do obrony. Jakkolwiek przepis art. 42 ust. 2 Konstytucji mówi wprost o prawie do obrony w postępowaniu, TK obowiązywanie prawa do obrony rozciągnął na pierwszą czynność organów procesowych skierowaną na ściganie określonej osoby, kiedy to *de facto* postępowa-

nie jeszcze się nie toczy<sup>3</sup>. Względy celowościowe przeważały. Uznano, że zaktualizowanie się prawa do obrony na etapie późniejszym stanowi pozór istnienia tego prawa. Z podobnym przypadkiem mamy do czynienia, jeśli chodzi o gwarancje wywodzone z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Aktualizacja prawa do sądu dopiero na etapie formalnie wszczętego postępowania sądowego, w sytuacji kiedy etap wcześniejszy, obligatoryjny, nie jest objęty gwarancjami konstytucyjnymi, podobnie czyni prawo iluzorycznym. Co więcej, czynności, na które rozciągnięto prawo do obrony przed formalnym przedstawieniem zarzutów, trwają wielokrotnie krócej niż czynności przed wszczęciem postępowania sądowego. Szkody, jakie mogą nastąpić w realizacji tego konstytucyjnego uprawnienia, są zatem niepomierne większe.

Powyższe nakazuje objęcie gwarancjami z art. 45 ust. 1 Konstytucji etapu postępowania przygotowawczego, poprzedzającego etap postępowania sądowego, albowiem jest to konieczny zabieg, mający na celu urzeczywistnienie gwarancji konstytucyjnych. Standardy konstytucyjne wynikłe z wykładni konstytucyjnych pojęć nie stanowią wartości stałej i niezmiennej. Wprost przeciwnie. Droga odpowiedniej wykładni standardy te powinny być podwyższone.

Odnosząc się do zgodności kwestionowanej przez skarżącego regulacji z art. 78 Konstytucji, stwierdzić należy rzecz następującą. Jeżeli brakiem uzasadnienia uczyni się rzetelność środków odwoławczych od postanowień odmawiających wszczęcia dochodzenia albo umarzających je iluzoryczną, to w ten sposób zniweczony zostanie cel regulacji, jakim jest możliwość korygowania rozstrzygnięcia pierwszoinstancyjnego poprzez wniesienie środka odwoławczego. W przypadku zaskar-

<sup>3</sup> Wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., K 42/07, OTK ZU 2008, nr 5/A, poz. 77; wyrok TK z 11 grudnia 2012 r., K 37/11, Dz.U. z 2012 r. poz. 1447, OTK ZU 2012, nr 11/A, poz. 133. Zob. też. A. M. Tęcza-Paciorek, *Pojęcie osoby podejrzanej i jej uprawnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 11, s. 56–57; B. Nita, *Dostęp osoby zatrzymanej do pomocy obrońcy. Uwagi w związku z wyrokiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 10 marca 2009 r. w sprawie Płonka przeciwko Polsce*, „Palestra” 2011, nr 11–12, s. 43–52.

zenia przez pokrzywdzonego postanowienia odmawiającego wszczęcia dochodzenia lub o umorzeniu dochodzenia sąd rozpatruje środek odwoławczy bez znajomości motywów rozstrzygnięcia organu pierwszej instancji. Brak uzasadnienia powoduje, że odczytanie przyczyn, które legły u podstaw postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu dochodzenia, w wielu przypadkach staje się niemożliwe. Zażalenie, aby było efektywne, winno odpowiadać regułom sztuki, przede wszystkim zatem winno zawierać trafne zarzuty. Do tego jednak, aby postawić w środku odwoławczym skuteczny zarzut, konieczna jest znajomość motywów decyzji. Tymczasem w przypadku postanowień wydawanych na etapie postępowania przygotowawczego nieznane są nawet ustne motywy rozstrzygnięcia. Wprawdzie – jak słusznie wskazano w uzasadnieniu orzeczenia TK – na podstawie art. 306 § 1 k.p.k. uprawnionym do złożenia zażalenia przysługuje prawo przejrzenia akt, niemniej nie zmienia to faktu, że motywy rozstrzygnięcia mogą być nadal jedynie domniemywane.

W tych okolicznościach prawo do środka odwoławczego stanowi pozór istnienia tego prawa, gdyż wyłączona jest możliwość rzetelnego odniesienia się do argumentacji organu procesowego, wydającego postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia lub o umorzeniu dochodzenia. Środek odwoławczy sprowadza się wówczas do zwykłej polemiki z jedynie domniemanymi motywami decyzji.

Wskutek braku uzasadnienia możliwość zażalenia orzeczenia jest iluzoryczna. W orzeczeniu z 2 marca 1993 r. TK stwierdził wyraźnie, że ustawodawca nie może tworzyć konstrukcji normatywnych, które są niewykonalne, stanowią złudzenie prawa i w konsekwencji dają jedynie pozór ochrony interesów jednostki<sup>4</sup>.

Można by jeszcze zrozumieć decyzję ustawodawcy, gdyby postanowienie o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu dochodzenia było niezaskarżalne. Ale w przypadku, jeżeli ustawodawca sam wprowadza możliwość zaskarżenia decyzji organu procesowego, to prawo to winno mieć charakter rzeczywisty, a nie pozorny.

Ponadto obecne brzmienie art. 325e § 1 k.p.k. musi być ocenione w kontekście pozostałych regulacji karnoprocesowych. W szczególności w relacji do przepisów odnoszących się do subsydiarnego aktu oskarżenia. Proces karny jest złożony z wielu czynników i błędem jest ocenianie poszczególnych regulacji karnoprocesowych w oderwaniu od pozostałych. Poszczególne przepisy to nie bezludne wyspy na bezkresnym oceanie, ale elementy bardziej złożonej struktury. Na proces karny można patrzeć wyłącznie jako na całość, jako na zbiór przepisów, które wzajemnie się uzupełniają i muszą ze sobą współgrać. Otóż określenia przez ustawodawcę drogi do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia w oderwaniu od rzeczywistych, realnych możliwości jego realizacji nie można uznać za realizację czyjegós uprawnienia. Rodzi to podstawy zarzutu pozorności uprawnienia do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia. Wygodnictwo organu procesowego zadekretowane w art. 325e § 1 k.p.k. bierze górę nad interesem procesowym pokrzywdzonego.

W uzasadnieniu orzeczenia TK napisał: „wręcz wskazane jest, aby w sytuacjach, w których dane rozstrzygnięcie oparte jest w dużej mierze na subiektywnej ocenie organu (np. na przesłance procesowej znikomej społecznej szkodliwości czynu), takie uzasadnienie zostało sporządzone”. Niestety, TK nie pokusił się o wskazanie argumentów, które miałyby skłonić organ postępowania przygotowawczego do sporządzenia uzasadnień z urzędu<sup>5</sup>. Dłate-

<sup>4</sup> Orzeczenie TK z 2 marca 1993 r., K 9/92, OTK 1993, nr 1, poz. 6.

<sup>5</sup> Trafnie zdiagnozował możliwość odstępowania od sporządzania uzasadnienia T. Grzegorzcyk, pisząc, że „praktycznie oznaczać to będzie jednak korzystanie przez organy dochodzenia z tego udogodnienia”. Zob. T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, wyd. 4, Kraków: Zakamycze 2005, s. 806.

go też, wobec obecnego brzmienia art. 325e § 1 zdanie drugie k.p.k., powyższe stanowisko to jedynie deklaracja ideowa. Uczestnicy postępowania są zatem skazani na uczciwość ludzi. Przepisy prawne nie powinny być jednakowoż formułowane w taki sposób, aby prawo było przywilejem nielicznych i było uzależnione od samopoczucia organu procesowego i chęci do pracy, nad którymi nie ma *de facto* żadnej kontroli.

Dowolność organu postępowania przygotowawczego odnośnie do tego, czy należy sporządzić uzasadnienie postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania przygotowawczego, należy także ocenić w kontekście konstytucyjnej zasady równości, wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji. Otóż w praworządnym państwie powinny obowiązywać jednolite standardy, tak aby na terytorium całego kraju obowiązywało to samo prawo, które jest w jednolity sposób stosowane. Niedopuszczalna jest sytuacja, że dostępność uprawnień uczestników procesu uzależniona jest od regionu kraju, w którym toczony są czynności procesowe, albowiem w jednym rejonie uzasadnienia są sporządzane, a w innym nie. W ten sposób uprawnienia obywateli kształtują się odmiennie, w zależności od tego, gdzie są one realizowane. Co więcej, w postępowaniu przygotowawczym brak instrumentu, jakim dysponuje Sąd Najwyższy, w postaci uchwał, co mogłoby doprowadzić do ujednoczenia stosowania danego przepisu przez wszystkie organy postępowania przygotowawczego. Tym samym brak realnej możliwości ukształtowania prawidłowej praktyki. Prawo, nawet dobre, musi też być odpowiednio stosowane oraz interpretowane. A co dopiero prawo złe.

Podkreślić należy rzecz następującą. Obowiązujący system prawny, nie tylko prawa procesowego, oparty jest na pewnych założeniach aksjologicznych. Przepisy prawa nie są stanowione same dla siebie, ale służą realizacji pewnych wartości. Prawo oderwane od wartości nie jest prawem. Proces karny

nie jest celem samym w sobie, ale środkiem realizacji określonego celu. To właśnie oparcie na pewnych założeniach aksjologicznych skłoniło do redukcji uprawnień stron postępowania kosztem szybkości i sprawności procesu. Ustawodawca, decydując się na obecną brzmienie art. 325e § 1 k.p.k., wybierając brak konieczności uzasadnienia postanowień m.in. o umorzeniu dochodzenia, opowiedział się za szybkością postępowania, kosztem gwarancji pozostałych praw jego uczestników. Chcąc jednak uzdrowić kuracjusza cierpiącego na przewlekłość postępowania, zastosowano kurację nieadekwatną do dolegliwości. Wprowadzając możliwość arbitralnej rezygnacji ze sporządzania uzasadnienia postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu dochodzenia, w żaden sposób nie usprawniono i nie przyspieszono postępowania. Postanowienie, które nie zostało uzasadnione, z uwagi na iluzoryczną skuteczność środka odwoławczego, sporządzanego bez znajomości motywów rozstrzygnięcia, zazwyczaj kończy postępowanie. Ma to zatem niewiele wspólnego z usprawnieniem i przyspieszeniem postępowania, chyba że za takowe uznać realizację źle pojętego oportunistycznego procesu i zamykanie pokrzywdzonemu drogi do dochodzenia swoich praw. Nie dość zatem, że regulacja z art. 325e § 1 k.p.k. nie realizuje przyjętych założeń, to istotnie redukuje możliwość skorzystania z innych kodeksowych uprawnień, tj. możliwość wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia. Co się z tym wiąże, użycie środków nieadekwatnych do zamierzonego celu winno zostać uznane za niespełniające wymogu proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a tym samym za niekonstytucyjne.

Podsumowując, należy stwierdzić, że dowolność w sporządzaniu uzasadnienia postanowień wymienionych w art. 325e § 1 k.p.k. powinna być zniesiona. W praktyce jest wiele sytuacji, kiedy pokrzywdzony rezygnuje z wniesienia zażalenia lub subsydiarnego aktu oskarżenia i nie jest zainteresowany treścią uza-

sadnienia. W takich przypadkach zasady ekonomiki procesowej zasadnie umożliwiają sporządzenie ww. postanowień bez uzasadnienia. Niemniej w przypadku, kiedy pokrzywdzony zechce dochodzić swoich praw jako oskarżyciel posiłkowy, bezwzględnie konieczne jest danie

możliwości temuż do wystąpienia z wnioskiem o sporządzenie uzasadnienia. Do zaakceptowania byłoby stanowisko kompromisowe, gdy uzasadnienia postanowień sporządzano by na wniosek, z jednoczesnym pozostawieniem zasady niesporządzania uzasadnienia z urzędu.

# Najnowsze orzecznictwo

Monika Strus-Wołos

## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

### Prawo cywilne materialne

#### Zakres korzystania z rzeczy samoistnego posiadacza, który oddał rzecz w posiadanie zależne

Teza uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 19 kwietnia 2017 r., III CZP 84/16, brzmi: „Korzystanie z nieruchomości przez posiadacza samoistnego, który oddał rzecz do używania najemcy, polega wyłącznie na pobieraniu pożytków cywilnych (art. 224 i 225 k.c.)”. Uchwała została podjęta na tle stanu faktycznego, w którym byłym właścicielem kamienicy w Warszawie zwrócono w naturze część budynku z lokalami zajętych przez najemców. Po zwrocie właściciele wystąpili przeciw miastu stołecznemu Warszawa o zapłatę za bezumowne korzystanie z budynku za okres od daty wejścia w życie tzw. dekretu warszawskiego do unieważnienia decyzji dekretowej.

Pytanie prawne zadane Sądowi Najwyższemu odnosiło się jedynie do wątpliwości, czy samoistny posiadacz, który oddał nieruchomość w posiadanie zależne (np. najem), jest biernie legitymowany w sprawie o zapłatę wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości, czy też roszczenie właściciela może być skierowane jedynie przeciw posiadaczowi, który faktycznie włada nieruchomością lub jej

częścią. Jednakże SN stwierdził, że problematyka jest szersza i bardziej uniwersalna, stąd rozważania odnosiły się przede wszystkim do wykładni pojęcia „korzystanie z rzeczy”. Sąd Najwyższy słusznie dostrzegł, że w razie oddania nieruchomości w posiadanie zależne posiadacz samoistny nie używa nieruchomości, lecz zakres jego korzystania ograniczony jest do oddania jej najemcy i pobierania pożytków cywilnych. W takim więc wypadku miasto stołeczne Warszawa nie jest obowiązane do zapłaty wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości w okresie do unieważnienia decyzji dekretowej.

#### Ustanowienie służebności przesyłu w razie oddania sieci przesyłowej w dzierżawę

Uchwałą III CZP 3/17 z 13 kwietnia 2017 r. SN rozstrzygnął, że właściciel nieruchomości, na której znajduje się sieć wodociągowa, może żądać zgodnie z art. 305<sup>2</sup> § 2 w zw. z art. 305<sup>1</sup> k.c. ustanowienia służebności przesyłu obciążającej nieruchomość na rzecz gminy będącej właścicielem sieci wodociągowej także wówczas, gdy gmina wydzierżawiła tę sieć przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu.

Wprawdzie gmina nie jest wówczas przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym w rozumieniu ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę, jednakże jest uprawniona do służebności przesyłu, ponieważ będąc właścicielem urządzeń wodociągowych, wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu wody poprzez oddanie sieci w dzierżawę. Kryterium własności jest wystarczające dla zastosowania art. 305<sup>2</sup> § 2 w zw. z art. 305<sup>1</sup> k.c., tym bardziej że skoro spółka zajmująca się doprowadzaniem wody przy użyciu sieci wodociągowej nie jest jej właścicielem, to nie może być adresatem żądania o ustanowienie służebności.

### Zasiedzenie nieruchomości oddanej w wieczyste użytkowanie

Samoistny posiadacz nieruchomości oddanej w wieczyste użytkowanie, który nie jest jej użytkownikiem wieczystym, może nabyć jej własność przez zasiedzenie, jak stwierdził SN w uchwale z 22 marca 2017 r., III CZP 49/16. Uchwała kontynuuje dotychczasową linię orzecniczą, należy jednak przypomnieć, że w uchwale składu 7 SSN z 9 grudnia 2016 r., III CZP 57/16, SN wskazał, że do takiego zasiedzenia konieczne jest wyraźne zmanifestowanie przez posiadacza samoistnego swojego statusu.

### Przedawnienie roszczeń pasażerów z rozporządzenia (WE) nr 261/2004 w razie odmowy przyjęcia na pokład, odwołania albo dużego opóźnienia lotów

Uchwałą z 17 marca 2017 r., III CZP 111/16, Sąd Najwyższy orzekł, że roszczenie o odszkodowanie przewidziane w art. 7 rozporządzenia (WE) nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 lutego 2004 r. ustanawiającego wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów przedawnia się w terminie rocznym na podstawie art. 778 k.c.

Sąd, który wystąpił do SN z pytaniem prawnym, dostrzegł następujące możliwości

zastosowania terminów przedawnienia lub wygaśnięcia roszczeń pasażerów: (1) przedawnienie w okresie roku od dnia wykonania przewozu lub dnia, w którym przewóz miał być wykonany, zgodnie z art. 778 w związku z art. 775 k.c.; (2) wygaśnięcie w okresie dwóch lat od dnia przybycia do miejsca przeznaczenia lub od dnia, w którym statek powietrzny powinien był przybyć, albo od dnia, w którym przewóz został zatrzymany, zgodnie z art. 35 ust. 1 Konwencji o ujednocnieniu niektórych prawideł dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego, sporządzonej w Montrealu dnia 28 maja 1999 r. (Dz.U. z 2007 r. nr 37, poz. 235); (3) przedawnienie w okresie trzech lat od dnia wymagalności roszczenia zgodnie z art. 442<sup>1</sup> § 1 k.c.; (4) przedawnienie w okresie dziesięciu lat od dnia wymagalności roszczenia zgodnie z art. 118 w związku z art. 120 § 1 k.c.

W chwili sporządzania niniejszego opracowania nie było jeszcze uzasadnienia uchwały. Niezmiernie ciekawe jest bowiem, dlaczego SN odrzucił zastosowanie dwuletniego terminu wygaśnięcia roszczeń z konwencji montrealskiej. Wprawdzie nie reguluje ona materii odszkodowania za odmowę przyjęcia na pokład, odwołany lub opóźniony lot, jednakże w art. 29 stwierdza, że wszelkie powództwa o odszkodowanie o charakterze kompensacyjnym odnoszące się do przewozu osób, bagażu lub ładunku, zarówno wszczęte na podstawie konwencji, jak i z umowy lub deliktu, mogą „zostać wszczęte wyłącznie z zastrzeżeniem warunków i takich granic odpowiedzialności, jak określone w niniejszej Konwencji, bez uszczerbku dla tego, kim są osoby mające prawo wniesienia pozwu i jakie są ich odpowiedzialnie uprawnienia”. Wydaje się zatem, że dwuletni termin mógłby mieć zastosowanie, tym bardziej że konwencja, jako ratyfikowana za uprzednią zgodą ustawową (ustawa ratyfikacyjna z 17 czerwca 2005 r., Dz.U. z 2005 r. nr 150, poz. 1237), ma pierwszeństwo przed ustawami, w tym przed Kodeksem cywilnym, co wynika z konstytucyjnej hierarchii źródeł prawa (art. 91 ust. 3 Konstytucji RP). Co więcej,



konwencja montrealska jest również źródłem prawa Unii Europejskiej, gdyż decyzją Rady 2001/539/WE (4), Dz.U. L 194 z 18 lipca 2001 r. Wspólnota Europejska przystąpiła do konwen-

cji jako strona. Reformujący instytucje unijne traktat lizboński z 2007 r. zastąpił Wspólnotę Europejską Unią Europejską, która przejęła wszystkie kompetencje WE.

## Prawo cywilne procesowe

### Brak obowiązku wzywania strony reprezentowanej przez adwokata do uiszczenia opłaty sądowej po oddaleniu wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych

Niezmiernie ważna dla praktyki adwokackiej jest uchwała składu siedmiu sędziów SN z 16 marca 2017 r., sygn. III CZP 82/16, której nadano moc zasady prawnej. Stwierdza ona, że w razie wniesienia skargi kasacyjnej (zatem w sprawach, w których istnieje przymus adwokacko-radcowski), od której pobiera się opłatę stałą albo stosunkową, sąd drugiej instancji po doręczeniu postanowienia oddalającego w całości lub w części wniosków o zwolnienie skarżącego od opłaty sądowej nie wzywa już do uiszczenia tej opłaty, lecz w razie bezskutecznego upływu tygodniowego terminu przewidzianego w art. 112 ust. 3 u.k.s.c., biegnącego od doręczenia postanowienia rozstrzygającego w przedmiocie zwolnienia od kosztów, odrzuci na podstawie art. 398<sup>6</sup> § 2 k.p.c. skargę jako nieopłaconą.

Tym samym zasada prawna – uchwała składu 7 SSN z 15 czerwca 2010 r., II UZP 4/10 (OSNP 2011, nr 3–4, poz. 38) straciła aktualność, czego powodem było nadanie nowego brzmienia przepisowi art. 112 u.k.s.c. – co nastąpiło w drodze ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010 r. nr 7, poz. 45). Wspomniana uchwała II UZP 4/10 stanowiła, że przewodniczący powinien w pierw wydać zarządzenie wzywające do uiszczenia opłaty, jednak była ona podejmowana w wyniku wątpliwości powstałych na tle przepisów sprzed tej nowelizacji.

Istotą uchwały III CZP 82/16 było rozstrzygnięcie wzajemnego stosunku przepisów

art. 112 ust. 3 u.k.s.c. i art. 130 k.p.c. (który nakazuje przewodniczącemu wzywanie do usunięcia braków pisma). Nawet w orzecznictwie Sądu Najwyższego istniały bowiem rozbieżności i wątpliwości, czy art. 112 u.k.s.c. może być uznany za *lex specialis* względem normy z k.p.c. Omawiana uchwała rozstrzygnęła to w sposób potwierdzający stanowisko, że wymóg tzw. samoobliczania wysokości opłaty sądowej stawiany profesjonalnym pełnomocnikom nie jest nadmierny ani sprzeczny z konstytucyjnym prawem do sądu.

Co istotne, adwokaci muszą zapamiętać, że ta wykładnia przepisu art. 112 ust. 3 u.k.s.c. będzie miała również zastosowanie do innych środków zaskarżenia.

### Dopuszczalność drogi sądowej w sprawach o zwrot tzw. środków unijnych

Uchwałą III CZP 117/16 z 6 kwietnia 2017 r. SN udzielił pozytywnej odpowiedzi na pytanie prawne, czy pomimo administracyjnego trybu zwrotu środków przeznaczonych do realizacji programów finansowanych z funduszy europejskich (art. 207 ust. 9–12a ustawy z dnia 27 października 2009 r. o finansach publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1870 ze zm.) dopuszczalne jest zabezpieczenie wekslem roszczenia o zwrot tych środków, a następnie dochodzenia na drodze sądowej zapłaty tego weksla.

Wątpliwości Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który skierował do SN pytanie prawne, wynikały bowiem z tego, że w stosunkach administracyjnych, nieopartych na zasadzie równorzędności podmiotów, istnieje odrębny reżim dochodzenia należności i egzekucji, tym bardziej że w orzecznictwie SN

przesądono niedopuszczalność zabezpieczeń wekslowych roszczeń wynikających ze szczególnego stosunku pracy (np. wyrok SN z 19 marca 1998 r., I PKN 560/97, OSNP 1999, nr 5, poz. 160). Z drugiej zaś strony w postanowieniu SN z 8 lipca 2005 r., II CK 759/04 („Glosa” 2006, nr 4, s. 25), wyrażony został pogląd, że w razie odwołania się przez strony do stosunku podstawowego sprawa z płaszczyzny stosunku prawa wekslowego, na której rozpoznawana była wobec wytoczenia powództwa w postępowaniu nakazowym na podstawie weksła, przeniesiona zostaje na ogólną płaszczyznę prawa cywilnego. Konsekwencją tego staje się konieczność rozstrzygnięcia, czy roszczenie powoda znajduje uzasadnienie w stosunku podstawowym łączącym strony, co jest przesądzające o losie roszczenia wekslowego. Sąd Najwyższy w omawianej uchwale musiał więc rozstrzygnąć, czy przewidziany ustawowo tryb wydania decyzji administracyjnej w przedmiocie zwrotu dofinansowania wyłącza drogę sądową w takiej sprawie, czy jedynie w zakresie roszczenia wywodzonego przez powoda ze stosunku podstawowego, czy też w sprawie opartej na obu podstawach faktycznych i prawnych dochodzenie roszczenia na drodze postępowania cywilnego jest dopuszczalne.

### Termin do wniesienia zażalenia na postanowienie o zabezpieczeniu alimentów wydane na rozprawie

Zgodnie z uchwałą SN z 6 kwietnia 2017 r., III CZP 115/16, termin do wniesienia zażalenia na wydane na rozprawie postanowienie sądu o zabezpieczeniu alimentów biegnie od dnia jego ogłoszenia, jeżeli strona nie zażądała jego doręczenia.

Wątpliwość mogła w tej kwestii budzić norma art. 753 § 2 k.p.c., która w sprawach o zabezpieczenie alimentów nakazuje doręczanie z urzędu postanowienia o zabezpieczeniu. Słusznie jednak wskazał Sąd Okręgowy w Szczecinie, który zwrócił się do Sądu Najwyższego z pytaniem prawnym, że obowiązek nałożony na sąd w tym przepisie ma jedynie na celu doręczenie zobowiązanemu orzeczenia, żeby wiedział on, jaki obowiązek ma realizować, a uprawnionemu, aby miał tytuł wykonawczy (art. 743 § 1 k.p.c.), gdyby zobowiązany nie przystąpił do realizacji swojego obowiązku. W sprawach o rozwód bardzo często sąd wydaje w jednym postanowieniu szereg zabezpieczeń (np. dotyczących miejsca pobytu dziecka, kontaktów), zatem przyjęcie wykładni innej niż wykładnia językowa art. 394 § 2 k.p.c. powodowałoby, że jedno postanowienie byłoby zaskarżane w odpowiednich częściach w różnych terminach, co wprowadzałoby chaos.

Marek Antoni Nowicki

## EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (kwiecień–czerwiec 2017 r.)

### PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

Jako ciało mające za zadanie nadzór nad zobowiązaniami w dziedzinie praw człowieka wynikającymi z Konwencji Trybunał musi rozdzielić wybory polityczne dokonywane w walce z terroryzmem – które pozostają z natury poza takim nadzorem – oraz inne, bardziej praktyczne aspekty działań władz bezpośrednio wpływające na chronione prawa. Kryterium absolutnej konieczności sformułowane w art. 2 musi być stosowane z zachowaniem kontroli w stopniu zależnym od tego, czy i w jakim zakresie władze kontrolowały konkretną sytuację, oraz innych istotnych ograniczeń nieodłącznych od procesu podejmowania decyzji operacyjnych w tej wrażliwej sferze.

*Wyrok Tagayeva i inni v. Rosja, 13.4.2017 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 26562/07 i inne, § 481.*

W reakcji na bezprawne i niebezpieczne akty w bardzo zmiennych okolicznościach właściwe służby, takie jak policja, muszą posiadać pewną swobodę decyzji operacyjnych. Decyzje takie są prawie zawsze skomplikowane, a policja – mająca dostęp do informacji i tajnych materiałów publicznie niedostępnych – jest zwykle najlepiej przygotowana do ich podejmowania. Dotyczy to zwłaszcza działalności antyterror-

stycznej, w związku z którą władze stają często wobec zorganizowanych i wysoce utajnionych struktur, których członkowie są gotowi wyrządzić maksymalne szkody osobom cywilnym, nawet kosztem własnego życia. W obliczu pilnej potrzeby odwrócenia poważnych zagrożeń jest kwestią wyboru taktycznego, czy dla zapewnienia bezpieczeństwa władze wybiorą podejście bierne, czy interwencję bardziej aktywną. Środki takie powinny jednak – w granicach rozsądku – prowadzić do zapobieżenia lub zminimalizowania rozpoznanego ryzyka.

*Wyrok Tagayeva i inni v. Rosja, 13.4.2017 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 26562/07 i inne, § 492.*

Ograniczenia, jakie muszą istnieć w społeczeństwie demokratycznym rządzonym przez prawo, nie pozwalają na działanie systemu ochrony przed terroryzmem w sposób gwarantujący bezkarność funkcjonariuszy. W granicach obowiązków nałożonych przez Konwencję należy stworzyć możliwość zapewnienia odpowiedzialności służb antyterrorystycznych i ogólnego bezpieczeństwa bez narażania na szwank uprawnionej potrzeby zwalczania terroryzmu i zachowania dyskrecji koniecznej w tej sferze.

*Wyrok Tagayeva i inni v. Rosja, 13.4.2017 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 26562/07 i inne, § 497.*

Podobnie jak w przypadku każdej operacji sił bezpieczeństwa, która doprowadziła do ofiar, zasadnicze znaczenie ma ścisła odpowiedzialność funkcjonariuszy państwa za użycie śmiertelnej siły. Śledztwo musi umożliwić szczegółową, obiektywną i bezstronną analizę wszystkich istotnych aspektów sprawy. Ważne więc są wszelkie wysiłki zmierzające do stworzenia jasnych i jednoznacznych regulacji dotyczących użycia broni przez funkcjonariuszy państwa. Przy ich braku wszelkie wnioski co do odpowiedzialności karnej nie mogą mieć żadnej obiektywnej podstawy i rodzą ryzyko arbitralności.

*Wyrok Tagayeva i inni v. Rosja, 13.4.2017 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 26562/07 i inne, § 525.*

Wolność stowarzyszania się ma aspekty cywilne i polityczne. W przypadku kwestii na tle członkostwa partii politycznej, a więc aspektu politycznego tej wolności, art. 6 ust. 1 Konwencji nie ma zastosowania. Inaczej jest w związku z członkostwem stowarzyszenia o charakterze prywatnoprawnym, a więc aspektem cywilnym tej wolności.

*Wyrok Lovrić v. Chorwacja, 4.4.2017 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 38458/15, § 55.*

Autonomia organizacyjna stowarzyszeń nie jest absolutna, co oznacza, że nie można całkowicie wykluczyć ingerencji państwa w sprawy wewnętrzne stowarzyszeń. W przypadku usuwania członka stowarzyszenie musi stosować pewne minimalne standardy. W takich przypadkach jednak kontrola sądowa może być nawet znacznie ograniczona, aby w ten sposób uszanować autonomię organizacyjną stowarzyszeń.

*Wyrok Lovrić v. Chorwacja, 4.4.2017 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 38458/15, § 72–73.*

W systemie prawnym, w którym pomoc prawna w areszcie policyjnym jest przyznawana na wyraźne żądanie podejrzanego, istotne jest szybkie poinformowanie go o takiej możliwości. Ma to szczególne znaczenie w przypadku podejrzanego o poważne przestępstwa,

któremu grozi surowa kara. Otrzymanie takiej informacji przez podejrzanego jest jedną z gwarancji umożliwiających korzystanie z prawa do obrony i pozwalających władzom zapewnić w szczególności, aby każda rezygnacja przez podejrzanego z prawa do pomocy prawnej była dobrowolna, świadoma i przemyślana. W razie zagrożenia najsurowszymi karami społeczeństwo demokratyczne musi zapewnić poszanowanie prawa do rzetelnego procesu sądowego w najwyższym możliwym stopniu.

*Wyrok Simeonovi v. Bułgaria, 12.5.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 21980/04, § 126, 128.*

Artykułu 2 Konwencji nie można interpretować jako wymagającego szczególnego sposobu regulacji dostępu do nieautoryzowanych produktów medycznych dla osób śmiertelnie chorych.

*Decyzja (o odrzuceniu skargi) Gard i inni v. Wielka Brytania, 27.6.2017 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 39793/17, § 78.*

W sferze odnoszącej się do zakończenia życia, podobnie jak jego początku, państwa muszą posiadać pewną swobodę oceny, nieograniczającą się do warunków zezwolenia na przerwanie terapii sztucznie podtrzymującej życie i szczegółowych rozwiązań w tym zakresie, ale również środków zachowania równowagi między ochroną prawa do życia i prawa do poszanowania życia prywatnego pacjentów oraz ich integralności osobistej. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona i Trybunał zastrzega sobie możliwość kontroli, czy w tej sferze państwo spełniło swoje obowiązki na podstawie art. 2.

*Decyzja (o odrzuceniu skargi) Gard i inni v. Wielka Brytania, 27.6.2017 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 39793/17, § 84.*

W razie konfliktu między pragnieniem rodziców zastosowania wobec dziecka określonej terapii i opinią leczących je lekarzy szpital powinien go przedstawić do rozstrzygnięcia sądowi.

*Decyzja (o odrzuceniu skargi) Gard i inni v. Wielka Brytania, 27.6.2017 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 39793/17, § 106.*

## PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Rozważenie interesów obrony i argumentów na rzecz zachowania anonimowości świadków rodzi szczególne problemy, gdy należą oni do sił policyjnych państwa. Interesy tych drugich – podobnie jak interesy ich rodzin – zasługują również na ochronę na podstawie Konwencji. Ich sytuacja jest jednak w pewnym zakresie różna od sytuacji świadka zainteresowanego lub ofiary. Mają bowiem ogólny obowiązek posłuszeństwa wobec władzy wykonawczej państwa i zwykle są powiązani z prokuraturą. Z tych właśnie względów można korzystać z ich pomocy tylko wyjątkowo. Pod warunkiem poszanowania prawa do obrony uprawnione może być dążenie policji do zachowania anonimowości agenta zaangażowanego w działania tajne, aby w ten sposób nie tylko zapewnić ochronę jemu i jego rodzinie, ale również uniknąć utraty możliwości posłużenia się nim w przyszłych operacjach.

*Wyrok Van Wesenbeeck v. Belgia, 23.5.2017 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 67496/10, § 100.*

## PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)

Obowiązek sądu oceny opinii biegłych z zakresu medycyny w sprawach zarzuconych zaniedbań medycznych nie może sięgać tak daleko, aby nakładał na państwo mające wykonać swoje obowiązki pozytywne wynikające z art. 8 obciążenia niepotrzebne lub nieproporcjonalne. Dogłębność oceny przez sądy powinna zależeć od konkretnych okoliczności, z uwzględnieniem natury kwestii medycznej wchodzącej w grę, stopnia jej skomplikowania, a zwłaszcza tego, czy wnioskujący – zarzucając służbie zdrowia błąd – potrafił sformułować zarzuty konkretnych i specyficznych zaniedbań wymagające odpowiedzi przez tego rodzaju biegłych.

*Wyrok Erdinç Kurt i inni v. Turcja, 6.6.2017 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 50772/11, § 63.*

Niedopuszczalne jest odebranie dziecka rodzicom i umieszczenie go pod opieką publiczną wyłącznie ze względu na niezadowalające warunki życiowe lub sytuację materialną rodziców.

*Wyrok Barnea i Caldararu v. Włochy, 22.6.2017 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 37931/15, § 73.*

## WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Trybunał ustawicznie odmawia zgody na politykę i decyzje oznaczające predysponowane uprzedzenie większości heteroseksualnej do mniejszości homoseksualnej. Takie negatywne postawy, odwoływanie się do tradycji lub ogólnie przyjętych postaw istniejących w danym kraju nie mogą jako takie być uznawane przez Trybunał za wystarczające uzasadnienie różnicowanego traktowania w związku z orientacją seksualną, podobnie jak negatywne postawy wobec osób innej rasy, pochodzenia lub koloru skóry.

*Wyrok Bayev i inni v. Rosja, 20.6.2017 r., Izba (Sekcja III), skargi 67667/09, 44092/12 i 56717/12, § 68.*

Przy ocenie przez Trybunał nastroje społeczne mogą odgrywać ważną rolę w przypadku powoływania się na względy moralności. Istnieje jednak istotna różnica między ustępowaniem przed nastrojami społecznymi na rzecz rozszerzenia zakresu gwarancji Konwencji i sytuacją, w której władze powołują się na nie, aby zawęzić granice ochrony materialnej. Byłoby niezgodne z wartościami Konwencji, gdyby korzystanie z praw na jej podstawie przez grupę mniejszości było uwarunkowane akceptacją przez większość. Prawa grupy mniejszości do wolności religii, wypowiedzi i zgromadzania się stałyby się wtedy wyłącznie teoretyczne, a nie praktyczne i skuteczne, jak tego wymaga Konwencja.

*Wyrok Bayev i inni v. Rosja, 20.6.2017 r., Izba (Sekcja III), skargi 67667/09, 44092/12 i 56717/12, § 70.*

Nie można twierdzić, że ograniczenie wolności wypowiedzi w kwestiach dotyczących mniejszości seksualnych może prowadzić do zmniejszenia ryzyka dla zdrowia. Przeciwnie, rozpowszechnianie wiedzy o tożsamości seksualnej i płciowej i podnoszenie świadomości wszelkiego związanego z nią ryzyka oraz metod ochrony przed nim, prezentowane obiektywnie i naukowo, stanowi ważny element kampanii zapobiegania chorobom i polityki ogólnej zdrowia publicznego.

*Wyrok Bayev i inni v. Rosja, 20.6.2017 r., Izba (Sekcja III), skargi 67667/09, 44092/12 i 56717/12, § 72.*

Nie można uznać, że prawo zakazujące promowania homoseksualizmu lub nietradycyjnych relacji seksualnych wśród nieletnich może pomóc w osiągnięciu pożądanego celu demograficznego albo że brak takiego prawa ma na niego wpływ negatywny. Wzrost liczby ludności zależy od wielu warunków. Rozwój gospodarczy, prawa w sferze zabezpieczeń społecznych i dostępność opieki nad dziećmi są najbardziej oczywistymi czynnikami spośród tych, na które państwo ma wpływ. Zakaz informowania na temat związków tej samej płci nie jest metodą, w drodze której można odwrócić negatywny trend demograficzny. Równocześnie aprobata społeczna dla par heteroseksualnych nie zależy od zamiaru lub zdolności do posiadania przez nie dzieci. Argument nie może więc usprawiedliwiać ograniczenia wolności wypowiedzi na temat związków osób tej samej płci.

*Wyrok Bayev i inni v. Rosja, 20.6.2017 r., Izba (Sekcja III), skargi 67667/09, 44092/12 i 56717/12, § 73.*

Nawet gdyby obowiązek władz poszanowania przekonań religijnych lub filozoficznych rodziców można było interpretować jako wymagający podejmowania środków wykraczających poza programy nauczania w instytucjach edukacyjnych, nierealistyczne byłoby oczekiwanie, że zawsze poglądy religijne lub filozoficzne rodziców będą mia-

ły automatycznie pierwszeństwo, zwłaszcza poza szkołą.

*Wyrok Bayev i inni v. Rosja, 20.6.2017 r., Izba (Sekcja III), skargi 67667/09, 44092/12 i 56717/12, § 81.*

W kwestiach wrażliwych i takich, jak dyskusja publiczna o edukacji seksualnej, w której opinie rodziców, polityki edukacyjne oraz prawa innych osób do wolności wypowiedzi muszą być wzajemnie ważne, władze nie mają wyboru, muszą bowiem odwołać się do kryteriów obiektywności, pluralizmu, ścisłości naukowej i wreszcie użyteczności konkretnego typu informacji dla młodzieży.

*Wyrok Bayev i inni v. Rosja, 20.6.2017 r., Izba (Sekcja III), skargi 67667/09, 44092/12 i 56717/12, § 82.*

Rola organizacji pozarządowej informującej o rzekomej nieprawidłowości lub niezgodności z prawem działań funkcjonariuszy publicznych jest nie mniej ważna niż rola osoby fizycznej informującej o takich zdarzeniach, nawet gdy nie wynika z bezpośredniego osobistego doświadczenia. Gdy organizacja taka zwraca uwagę na kwestie publicznej troski, może być uznana za społecznego „obserwatora” o znaczeniu podobnym do prasy, wymagającego również podobnej ochrony na podstawie Konwencji. Społeczeństwo obywatelskie wnosi bowiem ważny wkład w dyskusję o sprawach publicznych.

*Wyrok Medžlis Islamske Zajednice Brčko i inni v. Bośnia i Hercegowina, 27.6.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 17224/11, § 86.*

W sposób porównywalny z prasą organizacja pozarządowa pełniąca rolę publicznego obserwatora posiada większe możliwości informowania o nieprawidłowościach w działaniach funkcjonariuszy publicznych i często dysponuje lepszymi instrumentami weryfikacji i potwierdzenia prawdziwości zarzutów niż osoba fizyczna informująca o swoich osobistych obserwacjach.

*Wyrok Medžlis Islamske Zajednice Brčko i inni v. Bośnia i Hercegowina, 27.6.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 17224/11, § 87.*

Podobnie jak w przypadku gazet, organizacja musi weryfikować prawdziwość zarzutów, również takich, które zostały przekazane władzom państwa w drodze niepublicznej korespondencji. Fakt, że zostały przekazane władzom w ten sposób, chociaż ważny, nie daje nieograniczonej swobody przekazywania w ten sposób niezweryfikowanych oskarżeń. Obowiązek władz ich późniejszego sprawdzenia nie może zastąpić zwykłego obowiązku organizacji zweryfikowania oświadczeń o faktach zniesławiających, nawet w przypadku funkcjonariuszy publicznych. Postrzeganie organizacji i jej działania jako przedstawicieli interesów znacznych grup społecznych wzmacnia obowiązek weryfikacji prawdziwości informacji przed przekazaniem ich władzom.

*Wyrok Medžlis Islamske Zajednice Brčko i inni v. Bośnia i Hercegowina, 27.6.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 17224/11, § 109.*

Artykuł 8 Konwencji zapewnia każdemu prawo do informacyjnego samookreślenia, pozwalając jednostkom na powoływanie się na prawo do prywatności w przypadku danych, które – chociaż neutralne – są zbierane, przetwarzane i rozpowszechniane zbiorowo i w formie lub w sposób oznaczający, że mogą wchodzić w grę ich prawa na tle tego artykułu.

*Wyrok Satakunnan Markkinaporssi Oy i Satamedia Oy v. Finlandia, 27.6.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 931/13, § 137.*

Przy ustalaniu, czy publikacja ujawniająca elementy życia prywatnego dotyczy także kwestii interesu publicznego, Trybunał bierze pod uwagę jej znaczenie dla społeczeństwa i naturę ujawnionych informacji.

*Wyrok Satakunnan Markkinaporssi Oy i Satamedia Oy v. Finlandia, 27.6.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 931/13, § 168.*

Sposób przedstawienia określonego tematu należy do wolności dziennikarskiej. Trybunał ani sądy krajowe nie mogą zastępować włas-

nyimi poglądów prasy w tej materii. Artykuł 10 Konwencji pozostawia również dziennikarzom decyzję, jakie szczegóły powinny być publikowane w celu zapewnienia wiarygodności artykułu. Poza tym dziennikarze korzystają z wolności wyboru z napływających do nich wiadomości tych, którymi się zajmą i w jaki sposób. Swoboda ta nie jest jednak wolna od odpowiedzialności. Wybory w tym zakresie muszą być oparte na regułach etyki zawodowej i kodeksów zachowania.

*Wyrok Satakunnan Markkinaporssi Oy i Satamedia Oy v. Finlandia, 27.6.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 931/13, § 186.*

Wcześniejsza publiczna dostępność inkryminowanych informacji należy do elementów oceny, czy zarzucone ograniczenie wolności słowa było konieczne dla celów art. 10 ust. 2. W pewnych przypadkach może rozstrzygać o uznaniu przez Trybunał naruszenia gwarancji art. 10. W innych sprawach, zwłaszcza odnoszących się do wolności prasy informowania o publicznym postępowaniu sądowym, Trybunał stwierdził jednak, że fakt, iż informacja znalazła się już wcześniej w przestrzeni publicznej, musi ustąpić przed potrzebą ochrony prawa do poszanowania życia prywatnego na podstawie art. 8 Konwencji.

*Wyrok Satakunnan Markkinaporssi Oy i Satamedia Oy v. Finlandia, 27.6.2017 r., Wielka Izba, skarga nr 931/13, § 187.*

## **PRAWO DO WOLNYCH WYBORÓW (ART. 3 PROTOKOŁU NR 1)**

Trybunał nie musi oceniać, czy każda konkretna zarzucona nieprawidłowość naruszała krajowe prawo wyborcze. Nie może również sam ustalać, czy doszło do wszystkich albo niektórych z zarzuconych nieprawidłowości, a jeśli tak, czy mogły stanowić zamach na swobodne wyrażanie opinii ludności. Ze względu na subsydiarny charakter swojej roli Trybunał musi unikać przyjmowania na siebie funkcji

sądu pierwszej instancji zajmującego się faktami, jeśli w konkretnym przypadku nie jest to nieuniknione. Jego zadanie polega natomiast na ustaleniu – w kategoriach bardziej ogólnych – czy państwo spełniło obowiązek przeprowa-

dzenia wyborów w warunkach swobodnych i uczciwych i zapewnienia skutecznej realizacji indywidualnych praw wyborczych.

*Wyrok Davydov i inni v. Rosja, 30.5.2017 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 75947/11, § 276.*



# Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

## CZY PRAWNIE DOPUSZCZALNE JEST ZASIEDZENIE WŁASNOŚCI NIERUCHOMOŚCI, NA KTÓREJ USTANOWIONE ZOSTAŁO PRAWO WIECZYSTEGO UŻYTKOWANIA NA RZECZ INNEGO PODMIOTU ANIŻELI ZASIADAJĄCY?

Od czasu uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 11 grudnia 1975 r., III CZP 63/75 (zasada prawna) w orzecznictwie, a i w doktrynie prawa rzeczowego nie budzi wątpliwości pogląd, że przez zasiedzenie może ulec nabyciu – poza własnością, służebnością gruntową i służebnością przesyłu – także użytkowanie wieczyste. W drodze zasiedzenia można jednak nabyć jedynie takie prawo użytkowania wieczystego, które już wcześniej skutecznie powstało na rzecz innego podmiotu<sup>1</sup>.

Pogląd ten wynika z powszechnego przekonania o daleko posuniętym podobieństwie wieczystego użytkowania do prawa własności; ustawodawca nie zdecydował się na jednoznaczne uregulowanie kwestii dopuszczalności zasiedzenia użytkowania wieczystego w Kodeksie cywilnym, pomimo że stosunkowo niedawno zaingerował w unormowanie tej instytucji, dodając do art. 172 nowy paragraf trzeci, który limituje dopuszczalność ziszczenia się skutków dawności w przypadku nieruchomości rolnych.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego mierzyło

się dotychczas także z niektórymi sytuacjami, w których kwestię zasiedzenia przychodziło rozstrzygać, gdy w grę wchodziły trzy podmioty: właściciel (którym z definicji zawsze musi być podmiot publiczny), wieczysty użytkownik oraz osoba ubiegająca się o stwierdzenie na swoją rzecz zasiedzenia własności nieruchomości. W szczególności należy przypomnieć stanowisko, wedle którego czasu władania takiego samego, jakie charakteryzuje pozycję wieczystego użytkownika, nie można zaliczyć na poczet posiadania właścicielskiego nieruchomości (tak m.in. uchwała Sądu Najwyższego z 23 lipca 2008 r., III CZP 68/08). Podobny tok myślowy jest podstawą stanowiska, że bieg terminu zasiedzenia własności gruntu nie ulega przerwaniu na skutek ustanowienia na tejże nieruchomości użytkowania wieczystego (tak m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r., V CSK 383/07), ani też bieg terminu zasiedzenia własności nie ulega zawieszeniu przez czas istnienia użytkowania wieczystego.

Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego podjęta w dniu 9 grudnia 2016 r. pod

<sup>1</sup> Do daty wejścia w życie Kodeksu cywilnego wieczyste użytkowanie mogło być nabyte przez zasiedzenie *secundum tabulas*, tj. jeżeli zostało wpisane do księgi wieczystej bez podstawy prawnej (art. 127 dekretu z dnia 11 października 1946 r. – Prawo rzeczowe, Dz.U. nr 57, poz. 319 z późn. zm.). W taki sposób prawo wieczystego użytkowania mogło nawet powstać wtedy, gdy na niczyją rzecz wcześniej go nie ustanowiono.

sygnaturą akt III CZP 57/16 rozstrzyga kolejne zagadnienie, dotychczas sporne. Jej teza brzmi następująco: „Samoistny posiadacz nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste może nabyć jej własność przez zasiedzenie”. Pomimo bardzo szeroko brzmiącego dosłownego sformułowania tak wyabstrahowane twierdzenie odnosi się – jak należałoby wnosić z kontekstu sprawy, na tle której orzeczenie zapadło – tylko do „relacji trójstronnych” w trójkącie: właściciel – użytkownik wieczysty – zasiadający, nie ma zatem zastosowania wówczas, gdy chodziłoby o dopuszczalność zasiedzenia prawa własności przez osobę, która sama jest wieczystym użytkownikiem danej nieruchomości.

Wcześniej twierdzono często, że skoro wieczystemu użytkownikowi przysługują w stosunku do oddanej mu w wieczyste użytkowanie nieruchomości wszelkie atrybuty analogiczne do cech właścicielskich, a z kolei gmina bądź skarż państwa atrybutów owych się wyzbywszy, nie sprawuje bieżącej kontroli nad stanem nieruchomości i tym samym może przeoczyć stany faktyczne prowadzące do zasiedzenia przez trzeci, zewnętrzny podmiot (a nawet, dostrzegłszy je, może nie móc im przeciwdziałać) – nie powinno dochodzić do zasiedzenia przez ów trzeci podmiot własności, lecz co najwyżej do wieczystego użytkowania.

W uchwale III CZO 57/16 doszło do głosu stanowisko przeciwne. W jej uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdza między innymi, co następuje: „Nie ma podstaw do uznania, że nieruchomości obciążone prawem użytkowania wieczystego mają cechy wyłączające je spod zasiedzenia; jest przeciwnie – przeznaczenie nieruchomości z zasobu publicznego do ustanowienia na niej użytkowania wieczystego – zwykle w trybie przetargowym – świadczy o tym, że nieruchomość nie jest zagospodarowana na cele wykluczające wprowadzenie na nią użytkownika wieczystego i oddanie mu nieruchomości w posiadanie, w warunkach niepewności, czy zrealizuje on cel ustanowienia tego prawa. Właściciel należący do sektora

publicznego nie tylko może, ale nawet powinien badać sposób wykorzystania nieruchomości pozostającej w jego zasobie i oddanej w użytkowanie wieczyste, w celu stwierdzenia, czy nieruchomość jest wykorzystywana zgodnie z przeznaczeniem i czy korzystający z niej dąży do osiągnięcia celu ustanowienia tego prawa. Jeśli właściciel utracił posiadanie samoistne nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste i przez odpowiednio dłuży, określony w ustawie czas nie odzyskał posiadania, to traci przysługujące mu dotąd prawo do nieruchomości”.

I dalej: „Kodeks cywilny zawiera wyraźne przesłanki zasiedzenia własności, a wśród nich nie ma negatywnej przesłanki oddania gruntu w użytkowanie wieczyste. Zawarta w kodeksie regulacja zasiedzenia nie może być więc ograniczana regułą niemającą ustawowej podstawy. Przyjęcie, że ustanowienie użytkowania wieczystego wyłącza możliwość nabycia przez zasiedzenie własności gruntu, na którym to prawo powstało, byłoby jednoznaczne z wyłączeniem spod zasiedzenia szerszego katalogu nieruchomości niż te, których dotyczy wyłączenie w stanie prawnym obowiązującym do dnia 1 października 1990 r. Wyłączenie to mogłoby objąć także nieruchomości jednostek samorządu terytorialnego wszystkich szczebli, jeżeli zostały oddane w użytkowanie wieczyste, tymczasem ustawodawca z dniem 1 października 1990 r. zrezygnował z negatywnej przesłanki zasiedzenia o charakterze podmiotowym”.

Stanowisko zawarte w tezie cytowanej uchwały należy uznać za słuszne. Wszak chociaż zasiedzenie zawsze następuje „przeciw” innej osobie, to jednak ustawodawca usytuował owo „przeciw” jedynie w warstwie proceduralnej, to znaczy określając krąg uczestników sprawy o zasiedzenie, natomiast wynikające z Kodeksu cywilnego materialnoprawne – pozytywne – przesłanki zasiedzenia odnoszą się wyłącznie do tego podmiotu, na rzecz którego z mocy samego prawa następuje efekt dawności.

# Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

## RAPORT PATOLOGA, CZYLI GŁOS AMERYKAŃSKIEJ PRAWICY

W przeddzień wizyty w Warszawie najbardziej prawnicowego od czasów Ronalda Reagana prezydenta Stanów Zjednoczonych zastanowiło mnie, co jest wspólne w wypowiedziach tak krajowych, jak i zagranicznych prawniczych polityków, co przekonuje do nich wyborców i pozwala wygrywać z konkurentami. Odpowiedź znalazłem w napisanej w 2002 roku pracy Patricka J. Buchanana *The Death of the West* (wyd. polskie: *Śmierć Zachodu. Jak wymierające populacje i inwazje imigrantów zagrożają naszemu krajowi i naszej cywilizacji* – wyd. Wektory, Wrocław 2005, tłum. Danuta Konik, Jerzy Morka, Jan Przybył).

Młodszym czytelnikom należy przypomnieć, że Pat Buchanan był doradcą trzech republikańskich prezydentów USA, w 1992 i 1996 roku starał się o nominację Partii Republikańskiej w wyborach prezydenckich, a w 2002 roku bez powodzenia startował w wyścigu do Białego Domu jako lider swojej Partii Reform. Potem walczył już przede wszystkim piórem, czego rezultatem są interesujące, wydane także w Polsce eseje: *Prawica na manowcach. Jak neokonserwatyści zniweczyli reaganowską rewolucję i zawłaszczyli prezydenturę Busha* (Wektory, Wrocław 2005), *Dzień sądu czyli jak pycha, ideologia i chciwość niszczą Amerykę* (Wektory, Wroc-

ław 2007), *Churchill, Hitler i niepotrzebna wojna* (Czerwone i Czarne, Warszawa 2013) i *Samo-bójstwo supermocarstwa. Czy Ameryka przetrwa do 2025 roku?* (Wektory, Wrocław 2013).

Warto uważnie przeczytać choćby pierwszą z prac Buchanana, aby słuchając rodzimych konserwatystów, dostrzec, co w ich wypowiedziach jest odkrywcze, a co odtwórcze.

Zacznijmy od jego oceny sytuacji w Stanach Zjednoczonych: Ameryka nie jest już społeczeństwem dwurasowym, ale tygłem ras. „Dzisiaj żonglujemy nienawistnymi i sprzecznymi ze sobą żądaniami wielorasowego, wieloetnicznego i wielokulturowego kraju” – stwierdza (s. 166). Za sprawą lewicowych demagogów Amerykanie źle oceniają przeszłość swojego kraju, utracili poczucie wspólnoty, różnie rozumieją terminy „równość” i „wolność”, nie są już jednym narodem (s. 172). Młodszy nie zna historii swego kraju, bo nawet najlepsze studia nie przewidują obowiązku jej nauczania (s. 204–205). Za sprawą liberalnego ustawodawstwa i orzecznictwa Sądu Najwyższego dokonano w USA faktycznej dechryścianizacji (s. 208–209, 212–217), której efektem jest rozpad rodziny, spadek rozrodczości, samobójstwa, upadek kultury, jak też brak prawdziwych liderów i bojaźń przed głoszeniem poglądów

sprzecznych z tzw. polityczną poprawnością. Konserwatyści przegrywają wojnę kulturową i znoszą inwektywy, jakoby byli rasistami, czy nawet faszystami, bo brak im odwagi i są zbyt pokorni wobec władzy (s. 245–258).

„Miliony ludzi poczuło się obco we własnym kraju. – stwierdza Buchanan – Odstępuje ich kultura masowa głosząca hedonistyczne wartości, pełna wulgarnego seksu. Widzą, jak likwiduje się stare święta i deprecjonuje dawnych bohaterów. Widzą, jak sztuka i pamiątki chwalebnej przeszłości są usuwane z muzeów, a na ich miejscu pojawiają się przygnębiające, brzydkie i antyamerykańskie artefakty. Są świadkami tego, jak ze szkół, do których niegdyś uczęszczali, znikają ich ukochane książki, które zastępowane są przez autorów i tytuły, o których nigdy nie słyszeli. Zburzono kodeks moralny, jaki im wpajano. W kraju, gdzie wyrosli, umiera kultura, w której się wychowali.

Na półmetku życia, wielu Amerykanów jest świadkami detronizacji ich Boga, profanowania bohaterów, splugawienia kultury, negacji wartości, podboju kraju. Ich samych natomiast demonizuje się, i za to, że trwają przy swoich przekonaniach określa mianem bigotów i ekstremistów” (s. 11–12).

Największym nieszczęściem jest odejście od religii chrześcijańskiej. „Dechrystianizacja Ameryki jest wielkim hazardem, rzucaniem kośćmi, przy czym stawką jest nasza cywilizacja. Ameryka wyrzuciła za burtę kompas moralny, którym kierowała się przez dwieście lat i żegluję, opierając się na martwych kalkulacjach” (s. 229).

USA bardzo ryzykują, sprowadzając imigrantów z innych kultur, bo asymilacja się nie powiedzie. Najbardziej prawdopodobna jest bałkanizacja i koniec Ameryki (s. 149). Groźna jest także niekontrolowana imigracja z Meksyku, która doprowadzi do latynizacji południowo-zachodnich stanów. „Ameryka stała się wentylem bezpieczeństwa dla rozrastającej się populacji, której Meksyk nie jest w stanie zapewnić pracy” – stwierdza Buchanan (s. 155). Ponadto imigranci z reguły głoszą najpierw na

demokratów, a dopiero w trzecim pokoleniu przechodzą na stronę republikanów (s. 163).

W konsekwencji Ameryka (rozumiana przez autora jako biała Ameryka) stoi przed problemem niskiej rozrodczości, upadku kultury i utraty narodowej i kulturowej tożsamości. Buchanan wskazuje liczne środki zaradcze, m.in. ograniczenie emigracji i obowiązek asymilacji (s. 270–272). Kościół powinien walczyć, a nie przeproszać za grzechy z przeszłości. („Być może jest to droga do Nieba, ale może doprowadzić do piekła na ziemi. Historia uczy, że to właśnie skomlącego psa się kopie” – s. 141). Niedopuszczalne jest przyzwolenie na śmierć z miłosierdzia, czyli eutanazję (s. 129–135), aborcję, małżeństwa homoseksualne i eugenikę.

Buchanan stawia wspólną diagnozę dla całego świata Zachodu:

„Zachód jest najbardziej rozwiniętą cywilizacją w historii, a Ameryka najbardziej rozwiniętym krajem – pierwszym na polu gospodarczym, naukowym, technologicznym i militarnym. Nie istnieje drugie supermocarstwo o podobnie wielkiej mocy. Europa, Japonia i Ameryka kontrolują dwie trzecie światowych bogactw, dochodów i mocy produkcyjnych” (s. 266). Zagrażają im wszakże cztery niebezpieczeństwa: wymierająca populacja, masowa imigracja „ludzi różnych kolorów skóry, wyznań i kultur, zmieniających charakter Zachodu na zawsze”, wpływy kultury wrogiej Zachodowi oraz rozpad narodów i niemoc elit rządzących wobec rządu światowego, „którego powstanie pociąga za sobą koniec narodów” (s. 266). Wskazuje, jak walczyć z tymi zagrożeniami (s. 267–275), ale przestrzega:

„Kołowrót historii obraca się teraz w odwrotnym kierunku. Wielki odwrót Zachodu, rozpoczęty od czasu rozpadu europejskich imperiów po II Wojnie Światowej, osiąga punkt kulminacyjny w tym wieku, podczas gdy w tym samym czasie druga wielka islamska fala wtacza się do Europy, a ludność Azji Centralnej i Chin domaga się zwrotu tego, co zabrali im carowie w poprzednich stuleciach. Do 2050 roku Rosja utraci fragmenty Syberii

i zostanie wyparta z Kaukazu za Ural, do Europy” (s. 125).

Najwięcej krytycznych uwag należy się jednakże zdaniem autora Europie. To już nie dzwonek alarmowy, ale swoisty „raport patologa” i akt oskarżenia wobec europejskich socjalistów.

„Uwalniając mężów, żony i dzieci od rodzinnych obowiązków – pisze Buchanan – europejscy socjaliści wyeliminowali potrzebę rodziny. W rezultacie, rodzina zaczęła zanikać. Jeśli zaś ona obumrze, Europa odejdzie wraz z nią. W czasie, gdy Europa umiera, w Trzecim Świecie co 15 miesięcy rodzi się 100 mln ludzi; toż to jeden nowy Meksyk! W Trzecim Świecie do roku 2050 powstanie czterdzieści takich «nowych Meksyków», podczas gdy Europa straci równowartość dzisiejszej populacji Belgii, Holandii, Danii, Szwecji, Norwegii i Niemiec razem wziętych! Jeśli nie nastąpi jakaś interwencja Boga, lub nie pojawi się u kobiet Zachodu nagłe pragnienie posiadania rodzin o tej samej liczebności, co rodziny ich babek, przyszłość należeć będzie do Trzeciego Świata” (s. 20).

I dalej: „Jeżeli współczynnik urodzeń nie podniesie się, liczba europejskich dzieci poniżej piętnastego roku życia spadnie w 2050 roku o 40% – do 87 mln, podczas gdy w tym samym czasie liczba osób starszych wzrośnie o 50% – do 169 mln. (...) Europa zaczyna stawać się kontynentem starych ludzi, starych domów, starych idei” (s. 29).

„Wydaje się, że Europa nie jest w stanie powstrzymać milionów przybywających do niej imigrantów – ocenia w 2003 roku – przejmujących stanowiska pracy w miarę jak wymiera pokolenie wojenne. W rzeczywistości pracodawcy będą wręcz żądali ich sprowadzenia. Będą się tego również domagać miliony osób starszych i w podeszłym wieku. Napływające do Europy z Afryki Północnej i Środkowego Wschodu milionowe rzesze, będą przynosić ze sobą arabską i islamską kulturę, tradycję, lojalność i wiarę, będą tworzyć repliki rodzimych krajów w sercu Zachodu” (s. 118).

Zdaniem autora Europejczycy, decydując się, że nie chcą mieć dzieci, „dobrowolnie za-

akceptowali koniec swojej cywilizacji, który nastąpi w XXII wieku” (s. 129). I Ameryka ich przed tym smutnym końcem nie uratuje, kierując się zasadnymi racjami politycznymi.

„Czas Europy się skończył. Napływające masowo migracje świata islamskiego tak bardzo zmienią skład etniczny Starego Kontynentu, że Europejczycy będą zbyt sparaliżowani groźbą terroryzmu, żeby interweniować w Afryce Północnej, na Środkowym Wschodzie czy w Zatoce Perskiej. (...) Przy zmniejszającej się populacji i coraz mniejszej liczbie dzieci, Europa nie ma żywotnego interesu usprawiedliwiającego wysyłanie dziesiątek tysięcy młodych ludzi na wojnę, jeśli nie zostali oni bezpośrednio zainteresowani. (...) Europa wybrała *la dolce vita*. **Lecz skoro Europejczycy są tak dalece nie zainteresowani własnym przetrwaniem (...) to dlaczego Amerykanie mieliby bronić Europy, a być może, także za nią umierać?”** (s. 128).

W 2003 roku Buchanan nie wierzy w powodzenie rozszerzenia Unii Europejskiej na dalsze kraje, gdyż „UE złożona z 25 krajów nie może być skutecznie rządzona z Brukseli, chyba że Bruksela posiędzie podobną władzę, jaką dzierży rząd USA nad 50 stanami” (s. 280) i zachęca do wycofania amerykańskich wojsk lądowych z Europy i do sprzeciwu wobec rozszerzania NATO. Proponuje pozostawić Europę jej własnemu losowi, chyba że kraje Europy się opamiętają i przeciwstawią ponadnarodowym struktutom.

„Wielka europejska wojna domowa trwała od 1914 r. do 1989 r. – przypomina – Faszyzm i bolszewizm zostały zmiżdżone. Ale to nie koniec historii. Chociaż zakończyła się wojna przeciwko międzynarodowemu komunizmowi, rozpoczęła się nowa walka, przeciwko międzynarodowemu socjalizmowi. To jest decydujący konflikt XXI wieku. Zadecyduje on o tym, czy wyjątkowe kultury Zachodu przetrwają, czy też staną się subkulturami wielokulturowego kontynentu. Określi on, czy narody Europy przetrwają jako niepodległe i wolne, czy zostaną zmienione w prowincje europejskiego superpaństwa, w którym korzystanie z ich wrodzonego prawa do zachowania swej

wyjątkowej tożsamości będzie na zawsze zabronione przepisami prawa.

Dzisiaj mówi się narodom Europy, że przyzwoitość, sprawiedliwość i słuszne zadośćuczynienie za grzechy przeszłości wymagają otwarcia drzwi i podzielenia się domem i dobrem narodowym z potomkami tych, których ich ojcowie prześladowali, bez względu na to, ilu ich zechce przyjechać. Czy narody Europy potrafią oprzeć się nienegocjowalnym żądaniom kulturowych marksistów? Bo żąda się od narodów europejskich ni mniej, ni więcej tylko demograficznego, narodowego i kulturowego samobójstwa ich krajów – dla dobra ludzkości” (s. 278).

Buchanan nie wierzy w powodzenie tego projektu, ani w powodzenie globalizacji, ani w odejście Europy od państw narodowych. „Ponieważ jest to projekt elit i ponieważ jego architekci nie są osobami, które się zna i darzy miłością, globalizm rozbija się o wielką rafę koralową patriotyzmu” – konstatuje (s. 278). „Amerykanie powinni oprzeć się jakimkolwiek ograniczeniu suwerenności – zaleca – i to bez względu na to, który prezydent czy partia faworyzują taką opcję, ustawić się w jednej linii z patriotami Europy, takimi jak Margaret

Thatcher i eurosceptycy (...) Nadchodzi czas, gdy wszystkie kraje staną przed wyborem pomiędzy narodowym buntem a wyginięciem narodu” (s. 280).

Na koniec Buchanan stwierdza wprost:

„Cywilizacje nie są równe. Zachód dał światu najlepsze wynalazki. Zachodnia cywilizacja i kultura są wyższe. Demokracja głosząca zasadę: jeden człowiek – jeden głos nie jest niepodważalną zasadą; jest ideą utylitarystyczną. W wymiarze globalnym nie zadziała. Mając cztery procent ludności świata i dysponując 30% światowego bogactwa i potęgi militarnej, Amerykanie powinni być ostatnimi ludźmi na Ziemi bełkoczącymi frazesy o równości narodów i ostatnimi ustępującymi choćby uncję suwerenności na rzecz Wieży Babel. Światowy rząd, w którym wszystkie kraje i narody mają równy głos w decydowaniu o przyszłości człowieka, jest absurdem” (s. 284–285).

Wydaje się, że dzisiaj tezy Buchanana brzmią dobitniej niż kilkanaście lat temu, gdy je formułował. Niektóre z nich pobrzmiewają w wypowiedziach rodzimych polityków. Czy zatem konflikt o przetrwanie Zachodu będzie – jak twierdzi Buchanan – decydującym konfliktem XXI wieku?

# Recenzje i noty recenzyjne

**Philippe Sands**

*East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*

London 2016, ss. 464

## WPLYW JEDNOSTEK NA ROZWÓJ PRAWA JEDNOSTEK (kilka refleksji po lekturze książki)

Na wstępie należy zaznaczyć, że nie jest to ani artykuł naukowy, ani recenzja w przyjmowanej zazwyczaj postaci. Stanowi wypadkową dwóch wskazanych form pisarskich. Zawiera rozważania o *stricte* naukowym charakterze (kwestia podmiotowości, retrospektywność prawa), biograficzne (H. Lauterpacht – R. Lemkin), a w końcowej części jest próbą komentarza do tytułowego „wpływu jednostek na rozwój prawa jednostek”. Philippe Sands za swoją książkę otrzymał już liczne nagrody, wyróżnienia i znakomite recenzje. Polski czytelnik nie zna jej jeszcze szerzej, dlatego poniżej przedstawiono ustalenia Sandsa, opatrując je własnymi refleksjami.

### Jednostka w świecie państw

Tradycyjnie już podkreśla się, że prawo międzynarodowe rozwija się przede wszystkim na skutek aktywności państw<sup>1</sup>. Czy oznacza to jednak, że państwa są zarazem jedynymi pod-

miotami tego prawa? Dziś już nie. Współcześnie nietrudno bowiem natrafić na twierdzenia, dobrze udokumentowane ciągle rozwijającą się praktyką międzynarodową, że krąg podmiotów prawa międzynarodowego ulega poszerzeniu między innymi o organizacje międzynarodowe<sup>2</sup>, osoby prawne prawa wewnętrznego<sup>3</sup> czy osoby fizyczne<sup>4</sup>. Zrozumienie rewolucyjności tych poglądów, jak i szerzej rozumianego postępu internacjonalizacji niemożliwe jest jednak bez spojrzenia w przeszłość. Dla przykładu, jeszcze w 1948 roku dwaj znamienici polscy badacze prawa międzynarodowego, Julian Makowski oraz Ludwik Ehrlich, wykazywali w swoich podręcznikach, że wyłącznymi (pełnymi – według terminologii Makowskiego) podmiotami prawa międzynarodowego są tylko państwa<sup>5</sup>. Poglądy te były wówczas całkowicie zasadne. Od tamtego momentu system prawa międzynarodowego uległ jednakże znacznym zmianom jakościowym.

<sup>1</sup> A. Boyle, Ch. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford 2007, s. 2.

<sup>2</sup> J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Wprowadzenie do systemu*, Warszawa 2004, s. 136–159.

<sup>3</sup> K. Karski, *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*, Warszawa 2009, s. 17–57.

<sup>4</sup> A. Peters, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge 2016, s. 35–59.

<sup>5</sup> Por. J. Makowski, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 1948 (wydanie pierwsze w 1918 r.), s. 59–61; L. Ehrlich, *Prawo Narodów*, Kraków 1948, s. 93–97 (wydanie pierwsze w 1927 r.). Gwoli sprawiedliwości należy nadmienić, że zarówno J. Makowski, jak i L. Ehrlich wspominają także o Stolicy Apostolskiej jako podmiocie prawa narodów (u Makowskiego nie zostało to jednak wyrażone *explicite*). Ehrlich swoje poglądy częściowo zmodyfikował w kolejnej

O teoretycznej i praktycznej doniosłości tych zmian świadczyć może także sama definicja podmiotowości, którą rozumieć możemy jako ogół praw i obowiązków podmiotów w określonym środowisku normatywnym. Posiadanie przez jednostkę międzynarodowo-prawnej podmiotowości (wtórnej)<sup>6</sup> oznacza *ex definitione*, że prawo międzynarodowe wyposaża ją w katalog praw i obowiązków (zdolność prawną), które można interpretować również w kategoriach uprawnień (np. prawo skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka) i zakazów (np. zakaz dopuszczania się zbrodni wojennych). Dopuszczenie się czynu wypełniającego znamiona zbrodni międzynarodowej stanowi wobec tego naruszenie określonego zakazu, a tym samym powinno prowadzić do odpowiedzialności karnej jednostki na podstawie tego prawa<sup>7</sup>.

### Jednostka w książce Philippe'a Sandsa

Książka Philippe'a Sandsa, profesora Uniwersytetu Londyńskiego i jednego z najbardziej znanych internacjonalistów na świecie, traktuje właśnie o historii tego „penalnego ramienia” prawa międzynarodowego, czyniąc to jednakże niekonwencjonalnie. Warto już na wstępie podkreślić, że nie jest to klasyczna książka naukowa, choć autor porusza przecież kwestie o fundamentalnym znaczeniu dla międzynarodowego prawa karnego i czyni to w sposób bardzo kompetentny, co w mojej opinii znajdzie również swoje odzwierciedlenie w pozytywnym odbiorze tej pozycji ze strony nauki prawa międzynarodowego. Obranie takiej formy pisarskiej wynikało z co najmniej dwóch przyczyn. Po pierwsze, jest to książka skierowana do każdego czytelnika zaintereso-

wanego historią lub prawem, lecz niekoniecznie specjalizującego się w którejkolwiek z tych dziedzin. Po drugie, opowieść Sandsa ma również wymiar autobiograficzny, ponieważ dotyka dziejów jego własnej rodziny, wskazując zarazem ciekawe relacje zachodzące pomiędzy wybraną przez autora ścieżką kariery a losami dwóch wielkich prawników XX wieku – Herscha Lauterpachta i Rafała Lemkina. Przewodnią ideą książki nie było zatem napisanie kolejnej rozprawy na temat korzeni międzynarodowego prawa karnego czy procesu norymberskiego. Tych bowiem nie brakuje<sup>8</sup>.

Złożoną strukturę tematyczną oddaje także przyjęta forma opowieści i podziału książki na jednostki redakcyjne. Składa się ona z dziesięciu części spiętych klamrą kompozycyjną w postaci prologu i epilogu. Każda z części dzieli się na krótkie rozdziały, których w sumie jest aż 158! Pozwala to czytelnikowi dozować lekturę, co może okazać się konieczne, biorąc pod uwagę jej obszerność (ponad 400 stron). Dla polskich czytelników, a zwłaszcza tych będących prawnikami, najciekawsze wydają się być te fragmenty książki, które dotyczą osób, miejsc i historii ściśle związanych z naszym krajem. Trzeba tu podkreślić, że znaczna część książki to erudycyjna prezentacja historii rodziny Philippe'a Sandsa, która stanowi swoisty motyw przewodni rozważań. Przeplata się ona z narracją biograficzną o Rafale Lemkinie, Herschu Lauterpachcie, wreszcie panującym na Wawelu nad Generalną Gubernią Hansie Franku – odpowiedzialnym za śmierć milionów ludzi. Sands ukazuje historię pierwszej połowy XX wieku poprzez selekcję indywidualnych historii i obrazów, tworząc swego rodzaju biograficzny (m.in. Lemkin, Lauterpacht, Hans

---

edycji podręcznika, tj. w wydanym w 1958 r. podręczniku pt. *Prawo międzynarodowe*, dokonując rozróżnienia między podmiotowością a osobowością prawa międzynarodowego.

<sup>6</sup> Wtórna, ponieważ „jednostka nie może nigdy brać udziału w tworzeniu norm prawa międzynarodowego”. W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2015, s. 139.

<sup>7</sup> Jest to oczywiście model wysoce uproszczony, ukazujący wyłącznie podstawowy sylogizm i niebiorący pod uwagę zastrzeżeń natury procesowej (np. takich, jak obowiązująca w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego zasada komplementarności).

<sup>8</sup> Szczególnie godna polecenia jest w tym względzie wydana niedawno reedycja książki M. Lewisa, *The Birth of The New Justice. The Internationalization of Crime and Punishment 1919–1950*, Oxford 2016.



Frank, Leon Buchholz), geograficzny (m.in. Lwów, Żółkiew, Wiedeń, Paryż, Norymberga) i prawny (zbrodnia ludobójstwa i zbrodnie przeciwko ludzkości) krajobraz tego okresu.

### Jednostka we Lwowie

Prawo międzynarodowe rozwija się przede wszystkim w formie przyjmowanych przez państwa międzynarodowych traktatów i kształtującego się na podstawie ich aktywności zwyczaju. Za każdą taką normatywnie istotną aktywnością tego hybrydowego tworu, jakim jest państwo, stoją zastępy działających w jego imieniu i na jego rzecz dyplomatów i prawników. Jednym ze sposobów mówienia o źródłach prawa może być zatem zwrócenie uwagi na elementy materialne, czyli innymi słowy – motywacje kierujące tymi, którzy takie działania inicjują, a następnie finalizują w określonej postaci. Cały mechanizm międzynarodowej legislacji wielokrotnie sprowadza się bowiem do pomysłów, które ukuto w zaciszu domowego gabinetu i które później, na skutek znalezienia poparcia w kręgach rządowych, zyskują szanse na wprowadzenie w wiążącej formie na arenę międzynarodową. Nie inaczej było w przypadku Herscha Lauterpachta oraz Rafała Lemkina i stworzonych przez nich dwóch konstrukcji zbrodni międzynarodowych, kolejno zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni ludobójstwa.

Zarówno Hersch Lauterpacht (1897–1960), jak i Rafał Lemkin (1900–1959) byli prawnikami żydowskiego pochodzenia, związanymi z Polską okresu międzywojennego. Obaj studowali na Uniwersytecie Jana Kazimierza we

Lwowie w mniej więcej tym samym czasie<sup>9</sup>, słuchali więc wykładów tych samych nauczycieli (m.in. Oswalda Balzera, Juliusza Makarewicza, Ernesta Tilla, Maurycego Allerhanda, Romana Longchamps de Bérier, Stanisława Starzyńskiego), a także uczestniczyli w życiu kulturalnym i towarzyskim wieloetnicznego w tamtych czasach Lwowa, o którym tak pięknie pisał przywoływany przez Sandsa Józef Wittlin w tomiku *Mój Lwów*<sup>10</sup>. Obaj byli poliglotami – Lauterpacht w wieku 21 lat miał mówić biegle w czterech językach, a w stosunku do kolejnych czterech deklarował bierną znajomość (s. 72)<sup>11</sup>, podczas gdy Lemkin w dorosłym życiu mówił ponoć w dziesięciu (s. 143)<sup>12</sup>. Czy istnieją zatem jakieś podstawy ku temu, by późniejsze wybory życiowe Lemkina i Lauterpachta i „ich wpływ na rozwój międzynarodowego prawa karnego wiązać z tym właśnie miastem, jego atmosferą i zdobytym tam wykształceniem?”, zastanawia się Sands (prolog, xxviii–xxix). Na tak postawione pytanie nie sposób udzielić niebudzącej jakichkolwiek wątpliwości odpowiedzi. Philippe Sands przywołuje w tym względzie opinię brytyjskiego prawnika Arnolda McNaira. Wierzył on, że wydarzenia, których świadkiem i ofiarą był Lauterpacht we Lwowie i w Wiedniu od 1914 do 1922 r., doprowadziły go do przekonania o „życiowej konieczności” ochrony praw człowieka (s. 83)<sup>13</sup>. Innymi słowy, chodziło mu o wyposażenie jednostki w międzynarodowe prawa przysługujące jej z racji posiadania przyrodzonej godności. Przyszłe pomysły Lauterpachta odnośnie do rozwoju ochrony praw jednostek nie były jednakże wyłącznie pokłosiem negatywnych doświadczeń

<sup>9</sup> Lemkin przybył do Lwowa dwa lata po wyjeździe Lauterpachta (s. 145).

<sup>10</sup> J. Wittlin, *Mój Lwów*, Warszawa 1946. W 2017 r. ukazało się tłumaczenie książki Wittlina na język angielski (*My Lwów*) uzupełnione relacją ze Lwowa Philippe’a Sandsa pt. *My Lviv* – zob. J. Wittlin, P. Sands, *City of Lions*, London 2017.

<sup>11</sup> Numery stron podane w nawiasach stanowią bezpośrednie nawiązanie do odpowiedniego fragmentu recenzowanej tutaj książki P. Sandsa. Odniesienie do innych książek i artykułów jest dokonywane w przypisach.

<sup>12</sup> Liczbę podaje za: W. Korey, *An Epitaph for Raphael Lemkin*, New York 2001, s. 7.

<sup>13</sup> Chodziło głównie o dyskryminację mniejszości narodowych i etnicznych, i to nie tylko bezpośrednio (np. getta ławkowe, pogromy Żydów we Lwowie w 1918 r.), lecz również pośrednio (np. dyskryminacyjne ocenianie w uniwersytecie w Wiedniu związane z posiadaniem przez Lauterpachta wschodniego akcentu – *Ostjuden*), jak i o inne wydarzenia polityczne mające miejsce w tym czasie (np. I wojna światowa).

związanych z dyskryminacją na terytorium byłej Monarchii Austro-Węgierskiej. W Wiedniu Lauterpacht trafił bowiem pod opiekę Hansa Kelsena, już wówczas uznanego filozofa prawa, który karierę naukową łączył od 1920 r. z dożywotnim członkostwem w Trybunale Konstytucyjnym. Sands zauważa: „W Austrii jednostka była umiejscowiona w samym sercu systemu prawa” (s. 76). Oznaczało to, że mogła ona korzystać z praw jednostek, a w razie potrzeby także powołać się na istniejące mechanizmy sądowe w celu ich egzekucji. Pomimo przykrych doświadczeń ze Lwowa Lauterpacht prawdopodobnie starał się wrócić na Uniwersytet Jana Kazimierza. Przegrał jednak z innym kandydatem (s. 80), którym był o wiele bardziej doświadczony i posiadający znaczny już wówczas dorobek naukowy Ludwik Ehrlich – podobnie jak on pochodzenia polsko-żydowskiego – którego wybrał ustępujący z katedry prof. Stanisław Starzyński<sup>14</sup>. W obliczu braku perspektyw na rozwój zawodowy w Polsce i w Austrii Lauterpacht zdecydował się na opuszczenie kontynentalnej Europy i wraz z poślubioną w 1923 r. Rachel Steinberg wyjechał na podstawie polskiego paszportu do Wielkiej Brytanii – jak miało się po latach okazać – jego nowej ojczyzny<sup>15</sup>. Na Wyspach kontynuował studia w Londynie pod opieką wspomnianego już Arnolda McNaira. W latach 30. objął z kolei katedrę prawa międzynarodowego na Uniwersytecie w Cambridge, z którym był związany do końca swojego życia<sup>16</sup>.

Rafał Lemkin przybył na Uniwersytet Jana Kazimierza w 1921 r. z Krakowa, gdzie rozpoczął studia prawnicze pod koniec 1919 r. Naukę we Lwowie kontynuował do roku 1926, kiedy to zdał egzaminy doktorskie (rygorozą). Przez co najmniej pięć lat uczestniczył w seminarium najwybitniejszego polskiego karnisty swoich czasów prof. Juliusza Makarewicza<sup>17</sup>, na którym przygotowywał pierwsze prace naukowe. Analizowanie otaczającej go rzeczywistości w języku prawa karnego ujawniają wspomnienia Lemkina sięgające czasów, gdy nie był on jeszcze studentem<sup>18</sup>. Ponoć już w wieku osiemnastu lat Lemkin miał myśleć o problemie zagłady całych grup ludzi, czego najbardziej przejmującym przykładem w czasach jego młodości była oczywiście rzeź Ormian w latach 1915–1918 (s. 143), współcześnie określana powszechnie mianem ludobójstwa, mimo protestów Turcji<sup>19</sup>. Interesującym wątkiem przywoływanym w książce przez Sandsa, opisywanym także przez samego Lemkina, był odbywający się w czerwcu 1921 r. proces w sprawie zabójstwa ministra rządu Imperium Osmańskiego Mehmeta Talaata Paszy przez młodego Ormianina Soghomona Tehliriana (s. 148–149). W trakcie rozprawy oskarżony zeznał, że zabił Talaata Paszę, aby pomścić swoją rodzinę, która zginęła kilka lat wcześniej na skutek działań podejmowanych przez ówczesne władze Imperium. Ostatecznie, co dla wielu okazało się być szokujące, ława przysięgłych berlińskiego sądu uniewinniła Tehliriana.

<sup>14</sup> A. Redzik, *Stanisław Starzyński (1853–1935) a rozwój polskiej nauki prawa konstytucyjnego*, Warszawa–Kraków 2012, s. 46–48.

<sup>15</sup> E. Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge 2010, s. 38.

<sup>16</sup> Nazwisko Lauterpachta nie zostało jednak zapomniane w Cambridge. Od 1985 r., za sprawą Sir Elihu Lauterpachta, na Uniwersytecie w Cambridge funkcjonuje *The Lauterpacht Centre for International Law*, jeden z najbardziej prestiżowych ośrodków badawczych w dziedzinie prawa międzynarodowego na świecie. Wypada odnotować, że co roku Ambasada RP w Londynie przyznaje dwa stypendia im. Bohdana Winiarskiego na prowadzenie badań z zakresu prawa międzynarodowego w tymże Centrum. Lauterpacht i Winiarski w tym samym czasie byli sędziami w Międzynarodowym Trybunale Sprawiedliwości. Lauterpacht nie był już obywatelem polskim (w 1931 r. nabył obywatelstwo brytyjskie i został sędzią MTS ze Zjednoczonego Królestwa). Por. K. Skubiszewski, *Sir Hersch Lauterpacht and Poland's Judges at the International Court: Judge Bohdan Winiarski*, „International Community Law Review”, t. 13, 2011.

<sup>17</sup> Zob. szerzej A. Redzik, I. Zeman, *Masters of Rafał Lemkin: Lwów school of law, (w:) Civilians in contemporary armed conflicts: Rafał Lemkin's heritage*, red. nauk. A. Bieńczyk-Missala, Warszawa 2017, s. 235–240.

<sup>18</sup> R. Lemkin, *Totally Unofficial: The Autobiography of Raphael Lemkin*, Yale 2013.

<sup>19</sup> Por. jednak kontrowersyjną sprawę *Perincek v. Switzerland* (Application no. 27510/08).

W swoich wspomnieniach Lemkin przywołuje dyskusję, którą miał toczyć na temat tej sprawy z jednym z lwowskich profesorów, prezentując diametralnie odmienne poglądy od swojego rozmówcy. Przyszły twórca koncepcji „zbrodni ludobójstwa” uważał, że zabijając Paszę, Tehlirian postąpił w jedyny właściwy sposób. Czy można bowiem w ogóle uzasadnić pozostawianie na wolności i spokojne życie architekta rzezi setek tysięcy Ormian? Czy zabójstwo Paszy przez Tehliriana nie prowadziło wyłącznie do zaspokojenia poczucia sprawiedliwości? Lemkin nie zgadzał się ze swoimi rozmówcami (być może był nim Ludwik Ehrlich bądź Juliusz Makarewicz? a może obaj?<sup>20</sup>) co do tego, że koncepcja suwerenności w żadnym razie nie pozwala jednemu państwu na jakąkolwiek ingerencję w wewnętrzne sprawy innego państwa. Innymi słowy – negował on przekonanie, że w wyłącznej gestii każdego państwa pozostaje określone, lepsze bądź gorsze, traktowanie własnych obywateli. Zgodnie z tym klasycznym i niemoralnym według Lemkina rozumowaniem zabicie nawet ponad miliona Ormian nie wykroczało poza sferę wyłącznych kompetencji wewnętrznych państwa, a zatem pozostawało prawnie nieistotne z perspektywy prawa międzynarodowego. W tego typu sporach, zwłaszcza że dotyczą one przecież fundamentalnych wartości dla każdego człowieka, należy starannie rozróżniać sferę *de lege lata* i *de lege ferenda*. Z tego też względu warta podzielenia jest analiza Sandsa, zgodnie z którą przywoływane przez bliżej nieznanego rozmówcę Lemkina argumenty nawiązujące do koncepcji suwerenności zupełnej trafnie oddawały stan rozwoju prawa międzynarodowego w okresie I wojny światowej (s. 148).

W obliczu opisanych historii można pokusić się o tezę, że przyjmowaną postawą już wówczas promował Lemkin wizję świata opartego na wartościach, których złamanie musi wiązać się z pociągnięciem do odpowiedzialności, nawet gdyby miało to nastąpić kosztem naruszenia suwerenności innego państwa. Z kolei obowiązek takiego działania miałby spoczywać na wszystkich innych państwach tworzących społeczność międzynarodową. Podobne argumenty można było usłyszeć blisko sto lat później, gdy w Organizacji Narodów Zjednoczonych i na innych międzynarodowych forach toczono dyskusje o tzw. humanitarnej interwencji w przypadku ludobójczego konfliktu w Darfurze<sup>21</sup>.

Po studiach Lemkin oddał się praktyce prawniczej, najpierw w położonych niedaleko od Lwowa Brzeżanach, a następnie w stolicy – Warszawie. Pracował między innymi jako asystent sędziego i prokurator. Nie zaniechał też działalności naukowej. Badał między innymi prawo sowieckie i włoskie – wiele publikując. Wykładał w Wolnej Wszechnicy Polskiej w Warszawie. Bardzo ważną sferą aktywności Lemkina była działalność międzynarodowa, przejawiająca się w czynnym uczestnictwie w międzynarodowych konferencjach i zjazdach karnistów. Wiosną 1933 roku, gdy w Berlinie już od kilku miesięcy władzę sprawował Adolf Hitler, Lemkin miał na V Międzynarodowej Konferencji Unifikacji Prawa Karnego w Madrycie zaprezentować referat, w którym przeprowadzał analizę pięciu nowych przestępstw, w tym między innymi aktów barbarzyństwa i wandalizmu (s. 157). W Madrycie nie był, ale broszurę z referatem przekazał uczestnikom<sup>22</sup>. W następnych latach przed-

<sup>20</sup> Zob. A. Redzik, I. Zeman, *Masters of Rafał Lemkin*, s. 235.

<sup>21</sup> Por. D. Moszkowicz, M. Walzer, *Military Intervention and the Humanitarian Crisis in Darfur*, (w:) J. Zajadło, S. Sykuna, T. Widlak (red.), *Humanitarian Interventions. Reflections of the Special Workshop at the 23<sup>rd</sup> IVR World Congress. Kraków 2007*, Gdańsk 2010, s. 55–75.

<sup>22</sup> Lemkin nie brał osobistego udziału w Kongresie. W broszurze Lemkin pisał, że „istnieją przestępstwa prawa narodów, uznane za karalne, co uzasadnione jest postulatami humanitarnymi (...). Chodzi przede wszystkim o obronę wolności i godności jednostki oraz przeszkodzenie temu, aby jednostka ludzka traktowana była jak towar”. Podaje za: R. Szawłowski, *Rafał Lemkin. Warszawski adwokat (1934–1939), twórca pojęcia „genocyd” i główny architekt Konwencji z 9 grudnia 1948 r. („Konwencja Lemkina”)*. W *55-lecie śmierci*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 299–300.

stawiał kolejne propozycje regulacji z zakresu międzynarodowego prawa karnego, tworzył kolejne konstrukcje przestępstw i zbrodni międzynarodowych, które miały zapobiec dyskryminacji mniejszości i naruszaniu innych niedostatecznie chronionych dóbr prawnych, a następnie ubieganiu się o poparcie decydentów politycznych w zakresie wprowadzania tych pomysłów w życie. Po wybuchu wojny Lemkin wyjechał z Polski i po długiej podróży (m.in. przez Szwecję, Związek Radziecki, Japonię i Kanadę) dotarł do Stanów Zjednoczonych<sup>23</sup>.

### Jednostka w Norymberdze

Zapewne zdecydowanej większości ludzi na świecie Norymberga kojarzy się nie z tysiącletnimi zabytkami, takimi chociażby jak Nürnbürger Kaiserburg, lecz z trwającym niecały rok procesem nazistowskich zbrodniarzy wojennych<sup>24</sup>. I trudno się temu dziwić. Procesy norymberskie pozostają bowiem symbolem przełomu na historycznej mapie rozwoju międzynarodowego prawa karnego. Tym przełomem było z jednej strony odejście od pozaprawnego i znacznie łatwiejszego do realizacji bezpośredniego rozliczania zbrodniarzy za popełnione przez nich czyny, do czego miał podobno namawiać sam Winston Churchill<sup>25</sup>, na rzecz zorganizowania długiego i kosztownego procesu w celu wprowadzenia załączka rządów prawa również na poziom ponadnarodowy. Z drugiej strony, oprócz aspektu instytucjonalnego, należy także odnieść się do postępu w obrębie prawa materialnego, stanowiącego przecież niezbędną tkankę jakiegokolwiek działalności procesowej. Ten drugi element jest zresztą o wiele bardziej kontrowersyjny. Trybunały można bowiem tworzyć, procedury postępowania przed sądami rozpi-

sywać i zmieniać, ale bez materialnych norm prawnych określających wzorzec wymaganego postępowania żadne postępowanie sądowe nie może zostać zwieńczone powodzeniem.

Prawo ze swej natury cechuje się perspektywnością. Oznacza to – przyjmując tym razem definicję negatywną – że nie może działać wstecz (normatywnie, nie faktycznie), co egzemplifikuje znana każdemu prawnikowi paremia *lex retro non agit*<sup>26</sup>. W dziedzinie prawa penalnego zakaz retrospektywności jest dodatkowo podbudowany fundamentalną, zwłaszcza w kręgu prawa kontynentalnego, zasadą *nullum crimen sine lege*<sup>27</sup>. Stanowi ona swoiste ostrzeżenie dla sędziego: zabronione jest ci karanie kogoś za czyn, który w momencie jego popełnienia nie miał charakteru przestępnego. Jest to podejście logiczne i właściwe, buduje bowiem przekonanie o pewności prawa i uzupełnia koncepcyjne podstawy przyjmowanej przez prawników fikcji prawnej dotyczącej znajomości prawa przez każdego jego adresata. Czemu więc powyższe reguły są zarazem tak problematyczne, gdy mowa o nich w kontekście procesów norymberskich?

Norymberski przełom w międzynarodowym prawie karnym miał potrójny charakter. *Ad hoc* powołany został międzynarodowy organ sądowy, na czystej kartce papieru rozpisano zasady postępowania sądowego i w ten sam sposób określono katalog zbrodni, za które odpowiadać mieli oskarżeni nazistowscy przywódcy. Uczyniły to przy tym wyłącznie cztery zwycięskie państwa, trudno więc podtrzymać pogląd, że była to legislacja dokonana przez całą, wciąż w tym przeddekolonizacyjnym okresie mało liczną, społeczność międzynarodową. O ile jednak nowatorstwo w dwóch pierwszych wymiarach nie budzi zasadniczych zastrzeżeń, o tyle stworzony w ten sposób kata-

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Ten jeden proces przyćmił zresztą pozostałe dwanaście, które toczyły się w Norymberdze aż do 1949 r. Por. K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford 2011, s. 85–105.

<sup>25</sup> Ian Cobain, Britain favoured execution over Nuremberg trials for Nazi leaders, 26 października 2012 r. [<https://www.theguardian.com/world/2012/oct/26/britain-execution-nuremberg-nazi-leaders>: (dostęp 5.01.2017 r.)].

<sup>26</sup> S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916, s. 221–222.

<sup>27</sup> K. S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, New York 2009, s. 47–51.

log zbrodni i kar pozostaje po czasie współczesne przedmiotem licznych debat i polemik<sup>28</sup>.

Zgodnie z art. VI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego z 8 sierpnia 1945 r. jurysdykcją trybunału objęte zostały trzy kategorie zbrodni: zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości<sup>29</sup>. Twórcą normatywnej struktury tej ostatniej kategorii, a zarazem pomysłodawcą wprowadzenia jej do Karty był Hersch Lauterpacht<sup>30</sup>. Zanim jednak skierowana została do niego propozycja czynnego udziału w procesie norymberskim i, co więcej, wpływu na kształt leżących u jego podstaw aktów prawnych, Lauterpacht oddawał się benedyktyńskiej pracy naukowej, starając się doprowadzić do konceptualizacji idei umiejscowienia jednostki w samym środku systemu prawa. Sands zauważa, że nie było to zadaniem łatwym i pochłonęło więcej czasu, niż Lauterpacht pierwotnie zakładał (s. 106). W 1944 roku profesor z Cambridge opublikował bardzo ważny artykuł pt. *The Law of Nature and the Punishment of War Crimes*, w którym wykazywał potrzebę karania zbrodniarzy wojennych za popełnione przez nich zbrodnie naruszające normy prawa międzynarodowego. Postulował w ten sposób przyjęcie aktywnej postawy normotwórczej. Realistycznie przyjmował zarazem, że: „w obecnym stanie prawa międzynarodowego, prawdopodobnie jest to nieuniknione, że prawo karania zbrodniarzy wojennych powinno być jednostronnie objęte przez zwycięzcę [wojny – przyp. aut.]”<sup>31</sup>. Z kolei w rok później Lauterpacht wydał prawdziwie rewolucyjną jak na tamte czasy monografię pt. *An International Bill of the Rights of Man*. Celem

jej było stworzenie prawnych podwalin pod, zgodnie ze słowami Churchilla, „intronizację praw jednostki” (s. 108), a zarazem ograniczenie omnipotencji państw, której przeciwstawiał się Lemkin. Stworzenie projektowanego katalogu praw człowieka nie przeszkadzało Lauterpachtowi w równoczesnym popieraniu idei zorganizowania procesów schwytych nazistowskich zbrodniarzy wojennych (s. 109). Zapoznany w trakcie pobytu w Ameryce sędzia Robert Jackson, przyszły główny oskarżyciel z ramienia Stanów Zjednoczonych w procesie, zwrócił się do Lauterpachta z propozycją współpracy. Krok po kroku zaczęto wówczas tworzyć załączki prawdziwie międzynarodowego prawa karnego, przynajmniej teoretycznie oderwanego od zwyczajów i rozwiązań wyłącznie jednego państwa. Wśród zwycięskich mocarstw brakowało jednakże zgody odnośnie do ostatecznego katalogu zbrodni, które swoją jurysdykcją miał objąć Trybunał. Jackson mógł jednak liczyć na legislacyjną kreatywność uczonego z Cambridge. Sands wykazał, że to właśnie Lauterpacht miał zasugerować, aby w miejsce „agresji” pojawiły się „zbrodnie przeciwko pokojowi”, zamiast o „naruszenia praw wojny” oskarżać o popełnienie „zbrodni wojennych” i, co szczególnie istotne, ażeby na grunt prawa międzynarodowego wprowadzić nowe pojęcie – „zbrodnie przeciwko ludzkości” – które swym semantycznym zakresem obejmie przestępstwa dokonywane na cywilach (s. 111). Zaproponowane nazwy nie wzbudziły jednak natychmiastowego zachwytu między innymi strony sowieckiej. Szczególnie kontrowersyjna okazała się propozycja nowej kategorii zbrodni przeciwko ludzkości. Lauterpacht

<sup>28</sup> Por. *ibidem*.

<sup>29</sup> Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, Londyn, 8 sierpnia 1945 r. (Dz.U. z 1947 r. nr 63, poz. 367).

<sup>30</sup> Należy jednak nadmienić, że korzeni zbrodni przeciwko ludzkości poszukuje się już w preambule I konwencji haskiej z 1899 r. Po raz pierwszy w praktyce użyły tej koncepcji (zbrodni przeciwko cywilizacji i ludzkości) Francja, Rosja i Wielka Brytania we wspólnej deklaracji wydanej w celu potępienia zbrodni popełnionych na Ormianach w 1915 r. Por. M. Cherif-Bassiouni, *Crimes Against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, New York 2011, s. 86–96.

<sup>31</sup> H. Lauterpacht, *The Law of Nature and the Punishment of War Crimes*, (w:) „British Yearbook of International Law” 1944, s. 59.

zdawał sobie zresztą sprawę, że nie znajduje ona oparcia w obowiązującym prawie. W opinii przygotowanej dla brytyjskiego Ministerstwa Spraw Zagranicznych Lauterpacht miał stwierdzić, że „wyraźnie jest ona innowacją” (s. 113). Dalej jednak w progresywnym tonie przekonywał, że jest to „innowacja oświecona”, potwierdzająca, że prawo międzynarodowe nie ma wyłącznie charakteru „międzypaństwowego”, lecz jest także „prawem ludzkości” (s. 113). *Summa summarum* pomysły Lauterpachta zostały przyjęte i wkrótce stały się one obowiązującym prawem.

Podobną batalię prawnotwórczą, mimo że w początkowym okresie ze znacznie mniejszym powodzeniem, toczył inny wychowanek Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie – Rafał Lemkin. Po przyjeździe do Stanów Zjednoczonych Lemkin nie zwlekał z kontynuacją podjętych już w trakcie swojego pobytu w Szwecji prac kompilatorskich, dalej zbierając, segregując i analizując wszelkie dokumenty, które ukazywały rozmiar popełnionych przez nazistów zbrodni<sup>32</sup>. Oprócz tego prowadził także „cichą dyplomację”, starając się przy każdej możliwej sposobności przekazać swoim rozmówcom informacje na temat tragicznych zdarzeń, które miały miejsce w Europie. Niewielu zresztą było w stanie od samego początku uwierzyć w opisywane przez Lemkina akty barbarzyństwa. Sands przywołuje w tym względzie rozmowę Lemkina z pułkownikiem amerykańskiego wojska Archibaldem Kingiem, który wysłuchawszy jego opowieści, stwierdził, że „przecież Niemcy przestrzegaliby prawa wojennego” (s. 172). Niespoczywający w wysiłkach polski prawnik został wkrótce zaproszony do współpracy z wysokimi urzędnikami amerykańskiej administracji, a nawet poproszony o pomoc w przygotowaniu przemówienia dla wiceprezydenta USA Henry’ego Wallace’a

(s. 176). Widząc jednak, że podjęta przez niego taktyka „cichej dyplomacji” nie przynosi pożądanego skutku, Lemkin zdecydował się ją porzucić i skierować swój czas i uwagę na napisanie książki, która finalnie miała doprowadzić do znacznego poszerzenia grona adresatów jego opowieści na temat wojny w Europie. Na rynku amerykańskim monografia pt. *Axis Rule in Occupied Europe* pojawiła się w listopadzie 1944 r. W przedmowie Lemkin wyjaśniał, że podejmuje ona problem eksterminacji grup narodowych (Żydów, Polaków, Słowian i Rosjan) przez „Niemców” (a nie „nazistów”), czym wyraźnie podkreślał przyjmowaną przez siebie krytyczną ocenę postawy całego narodu niemieckiego, który godząc się na przestępne działania władz III Rzeszy, stawał się automatycznie współwinny zbrodni popełnionych przez „nazistów” w trakcie wojny<sup>33</sup>. Kluczowy dla przyszłego rozwoju międzynarodowego prawa karnego okazać miał się jednak przede wszystkim rozdział dziewiąty książki, w którym Lemkin tworzy nowatorski termin dla określenia zbrodni wymierzonych w grupy. Pojęcie *Genocide*, czyli po polsku *ludobójstwo*, powstało w wyniku połączenia greckiego słowa *genos* (rasa, plemię) i łacińskiego *cide* (zabijanie). Jakie działania ta nowa zbrodnia miałaby obejmować? Lemkin podkreślał, że „ludobójstwo niekoniecznie oznacza natychmiastowe zniszczenie narodu, z wyjątkiem sytuacji, w której dokonywane jest przez masowe morderstwa wszystkich członków grupy (...). Ludobójstwo jest wymierzone przeciwko grupie narodowej jako całości, a działanie w jego ramach skierowane przeciwko jednostkom nie jako poszczególnym osobom, ale jako członkom grupy narodowej”<sup>34</sup>. Korzystając z posiadanej wiedzy o różnych przypadkach eksterminacji, a także na podstawie własnych życiowych doświadczeń, Lemkin stworzył

<sup>32</sup> R. Szawłowski, *Rafał Lemkin. Warszawski adwokat (1934–1939), twórca pojęcia „genocyd” i główny architekt Konwencji z 9 grudnia 1948 r. („Konwencji Lemkina”)*. W 55-lecie śmierci. Część II: Roczne interludium szwedzkie 1940–1941 i lata amerykańskie 1941–1948, „Palestra” 2015, nr 5–6, s. 228–235.

<sup>33</sup> Por. K. Jaspers, *Problem winy*, Warszawa 1982.

<sup>34</sup> R. Lemkin, *Rządy państw Osi w okupowanej Europie*, Warszawa 2013, s. 110.

nowe, chronione prawem karnym dobro prawne: grupę ludzi. Doprowadził w ten sposób do wzbogacenia funkcji ochronnej prawa karnego o nowy przedmiot ochrony – życie wielu jednostek połączonych ze sobą określonymi, kulturowymi i pozakulturowymi więzami.

Stworzenie koncepcji nowej zbrodni, ukucie nowatorskiej definicji oraz wydanie książki nie oznaczało automatycznego sukcesu w zakresie nadania tym rozwiązaniom mocy prawnej. Z tego też względu, wyposażony w egzemplarz swojej książki, Lemkin starał się przekonać do swych racji nie tylko Amerykanów, lecz również przedstawicieli innych państw. Lemkin stanowił w tym sensie całkowite przeciwieństwo Lauterpachta. Przyjmował on postawę agitatora, walcząc o uwagę ważnych postaci ówczesnej sceny politycznej i prawnej. Lauterpacht był natomiast osobą pasywną, która, czekając na zaproszenie do współpracy, w zaciszu swojego gabinetu opracowywała kolejne, mogące być później wykorzystane w praktyce, koncepcje międzynarodowej legislacji. Ostatecznie, jak miało się wkrótce okazać, Lemkin przegrał ten nieformalny pojedynek z Lauterpachtem w momencie, gdy Robert Jackson zwrócił się o pomoc przy tworzeniu katalogu zbrodni objętych jurysdykcją Trybunału do Lauterpachta. Prawdopodobnie Jackson nie docenił jednak uporu Lemkina. Ostatecznie termin „zbrodnie ludobójstwa” pojawił się w akcie oskarżenia, choć nie w postaci osobnego zarzutu, lecz pod szerszą kategorią „zbrodni wojennych” (s. 188).

### „Spór jednostek”

*Ratio* proponowanych przez Lemkina rozwiązań było od samego początku wyraźnie przez niego artykułowane, o czym świadczą mogą liczne publikacje jeszcze z okresu międzywojennego. Lauterpacht nie uznawał jednak Lemkina za naukowca, lecz raczej za uważ-

nego kompilatora nieposiadających znacznej wartości teoretycznej czy normatywnej dokumentów, które ewentualnie będą mogły zostać wykorzystane w przyszłych postępowaniach sądowych jako dowody w sprawie (s. 361). Sands wspomina także, że profesor z Cambridge nie był zbyt przyjaźnie nastawiony wobec Lemkina jako osoby (s. 361). Nie oznacza to jednak, iż „względy ludzkie” nie pozwoliły mu na docenienie wysiłku, który Lemkin włożył w zebranie i usystematyzowanie istotnych źródeł, a następnie napisanie na tej podstawie książki. W opublikowanej w 1945 r. recenzji książki Lemkina Lauterpacht zauważył: „Przeгляд [ustawodawstwa niemieckiego i włoskiego – przyp. aut.] nie jest zaledwie bogaty w informacje. Zawiera interesujące i logiczne obserwacje odnoszące się, dla przykładu, do odpowiedzialności policji specjalnej za zbrodnie wojenne i ograniczenia w powoływaniu się na rozkazy przełożonych”<sup>35</sup>. Dalej dodaje także, że książka „będzie (...) nieoceniona dla tych wszystkich zainteresowanych usuwaniem niemieckiej legislacji w Europie”<sup>36</sup>. W końcu stwierdza, że praca posiada wartość jako „naukowe źródło historyczne”. Całość przywołanej recenzji prowadzi do wniosku, że – mimo pewnych uwag krytycznych – Lauterpacht pozytywnie ocenił wydaną rok wcześniej książkę Lemkina. Niemniej o koncepcji ludobójstwa, stanowiącej przeciwieństwo pracy Lemkina, Lauterpacht w sprawozdawczym tonie ledwie wspominał, nie dokonując jednakże jej szerszej analizy, co może sugerować, iż nie uznał jej za wartą uwagi<sup>37</sup>. Potwierdzeniem tego mogą być także słowa z jednego z listów czeskiego i amerykańskiego prawnika oraz propagatora praw człowieka Eгона Schwelba, z którym zarówno Lemkin, jak i Lauterpacht pozostawali w tym czasie w kontakcie. Schwelb stwierdził w nim, że Lauterpacht nie był zwolennikiem terminu „zbrodnie ludobójstwa”, ponieważ wierzył, iż

<sup>35</sup> H. Lauterpacht, *Axis Rule in Occupied Europe. By Raphael Lemkin (review)*, „Cambridge Law Journal”, t. 128, 1945–1947, s. 140.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> „(...) what he calls ‘genocide’ – a new term for the physical destruction of nations and ethnic groups” – *ibidem*.

„położenie zbytniego nacisku na to, że zbrodnią jest zabicie wszystkich ludzi, może osłabić przekonanie, że zbrodnią jest już zabicie jednego człowieka” (s. 361). Lauterpacht był przeciwny tworzeniu „tożsamości grupowej” w prawie (s. 291). Sands twierdzi, że wpływ na to zachowawcze podejście Lauterpachta miały jego własne doświadczenia z czasów, gdy jako student we Lwowie był świadkiem, jak niewiele trzeba, aby jedna grupa narodowa czy etniczna wystąpiła przeciwko drugiej. Symbolem złego prawa, które zamiast poprawą skutkowało pogorszeniem sytuacji społecznej, był w opinii Lauterpachta tzw. mały traktat wersalski, narzucony Polsce przez Ligę Narodów w 1919 r.<sup>38</sup> (s. 291). Profesor z Cambridge wierzył z tego względu, że jedyną szansą na likwidację konfliktów pomiędzy poszczególnymi grupami jest skupienie się na prawnej ochronie jednostki. Trudno zatem zaprzeczyć, że argumenty Lauterpachta nie były pozbawione *stricte* racjonalistycznego wymiaru.

W kontekście powyższego uzasadniony jest powrót do pytania postawionego już na początku recenzji, a odnoszącego się do „wpływu kultury Lwowa i nauczania na lwowskim uniwersytecie na późniejszą karierę, a zwłaszcza idee normotwórcze obu prawników”.

Z perspektywy czasu można stwierdzić, że Uniwersytet Jana Kazimierza we Lwowie był w interesującym nas okresie prawdziwą „kuźnią” przyszłych prawniczych elit, zwłaszcza w obrębie szeroko rozumianego prawa międzynarodowego. Oprócz Lemkina i Lauterpachta absolwentami tego uniwersytetu byli bowiem również inni znakomici polscy internacjoniści, tacy jak Kazimierz Grzybowski, Stanisław Edward Nahlik, Kazimierz Kocot (Hofmann), Stanisław Hubert, Zenon Wachlowski czy tak znani na świecie absolwenci lwowskiego Wy-

działu Prawa i działającego przy nim Studium Dyplomatycznego jak Ludwik (Louis) Sohn oraz Jan Kozielowski (powszechnie znany jako Jan Karski)<sup>39</sup>.

Z książki Sandsa wynika, że posiadanie bardzo podobnych, a w wielu punktach wręcz identycznych doświadczeń życiowych nie musi prowadzić do uniformizacji percepcji świata. O ile Lemkin problem dyskryminacji grup ludności chciał rozwiązać w drodze przyjęcia stosownych norm prawnokarnych mających na celu ochronę ich jako dóbr prawnych, o tyle Lauterpacht doszedł do wniosków całkowicie odmiennych, obawiając się, że obowiązywanie norm zaproponowanych przez Lemkina może prowadzić do narastania podziałów i sytuacji konfliktowych w społeczeństwie, zwłaszcza społeczeństwie multietnicznym oraz multinarodowym. Trudno o dwie bardziej skrajne wizje rozwiązania identycznego problemu społecznego.

### Podsumowanie

Książka Sandsa spotkała się z powszechnym uznaniem zarówno wśród prawników, jak i niezwiązanych z praktyką bądź nauką prawa czytelników oraz krytyków<sup>40</sup>. Jest ona znakomitym przykładem tego, jak należy mówić o prawie w sposób zrozumiały dla laika, przy jednoczesnym utrzymaniu wysokiego poziomu merytorycznego prowadzonych wywodów. Philippe Sands, o czym mogą również świadczyć jego poprzednie publikacje<sup>41</sup>, dysponuje świetnym piórem, a czytelnikom pozostaje tylko cieszyć się, że angielski profesor nie stroni od częstego korzystania z tego cennego daru, zwłaszcza w pracach o charakterze popularnonaukowym. Co więcej, autor nie boi się odgrywać roli tzw. *public intellectual*. W ostatnich latach, oprócz działalności pisarskiej oraz występowania przed międzynarodowymi try-

<sup>38</sup> Traktat między Głównymi Mocarstwami sprzymierzonymi i stowarzyszonymi a Polską, podpisany w Wersalu dnia 28 czerwca 1919 r. (Dz.U. z 1920 r. nr 110, poz. 728).

<sup>39</sup> Por. A. Redzik, (w:) *Uniwersytet Jana Kazimierza we Lwowie*, red. A. Redzik, Kraków: Wydawnictwo Wysoki Zamek 2015, s. 506–513.

<sup>40</sup> Książka została wyróżniona w listopadzie 2016 r. prestiżową *The Baillie Gifford Prize for non-fiction*. Por. <http://thebailliegiffordprize.co.uk/> (dostęp 03.01.2017 r.).

<sup>41</sup> Przede wszystkim: *Lawless World* (2005), *Torture Team* (2008).



bunałami, Sands współtworzył między innymi film dokumentalny *What Our Fathers Did: A Nazi Legacy* (BBC 2015), dotyczący problematyki wzajemnego przebaczenia przez potomków sprawców i ofiar zbrodni międzynarodowych, oraz sztukę *A Song of Good and Evil* z gwiazdami brytyjskiego kina.

Pozostaje zachęcić Czytelników do zapoznania się z bogatym dorobkiem Philippe'a Sandsa, a w pierwszej kolejności do przeczytania książki *East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*, która wkrótce ukaże się także w języku polskim.

Patryk Gacka

*Serdecznie dziękuję Panu prof. Adamowi Redzikowi za pomoc w tworzeniu ostatecznej wersji tej recenzji. P. G.*

### Marek Antoni Nowicki

*Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*  
Warszawa: Wolters Kluwer 2017, ss. 1135 [stan prawny na 1 lutego 2017 r.]

Wśród praktycznych komentarzy ukazało się siódme, uaktualnione wydanie Komentarza do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka autorstwa znakomitego znawcy przedmiotu adwokata Marka Antoniego Nowickiego. Warto przypomnieć, że ta ceniona przez prawników publikacja ukazała się po raz pierwszy w 1992 r. w ramach Biblioteki „Palestry”. Było to pierwsze w Polsce książkowe opracowanie na temat strasburskiego mechanizmu ochrony praw człowieka. Do wydania Komentarza doszło dzięki zrozumieniu wagi tej inicjatywy dla środowiska adwokackiego ze strony kierujących wówczas „Palestrą” adw. Czesława Jaworskiego oraz adw. Stanisława Mikke.

Komentarz dostarcza niezbędnych informacji przy sporządzaniu skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zawiera wszechstronną analizę jego dorobku orzeczniczego oraz cenne praktyczne uwagi w odniesieniu do procedury przed ETPCz. Adresowany nie tylko do prawników, służy pomocą w zrozumieniu i poznaniu europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Przywołując słowa autora Komentarza: „Nie ma przesady w twierdzeniu, że dzięki Konwencji istnieje obecnie europejski porządek prawny w sferze ochrony praw jednostki, obejmujący nie tylko katalog praw chronionych, rozwijany przez dodatkowe protokoły i interpretację jej organów, ale również

unikalny w skali globalnej mechanizm wprowadzania ich w życie” (s. 21).

Publikacja składa się z trzech części: przedstawienia mechanizmu kontrolnego Konwencji (s. 33–304), analizy praw i ich gwarancji (s. 307–983) oraz obszernej dokumentacji związanej z postępowaniem przed ETPCz (s. 987–1119). Pierwsza część Komentarza poświęcona jest systemowi kontrolnemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, także w ujęciu historycznym, ze szczególnym uwzględnieniem reform wprowadzonych na mocy Protokołu 14 oraz dalszych rozwiązań przyjmowanych w celu usprawnienia i przyspieszenia rozpoznawania spraw. Autor przybliży założenia nowych Protokołów nr 15 oraz nr 16 do Konwencji, które po wejściu w życie wprowadzą szereg istotnych zmian. Warto wspomnieć, że art. 4 Protokołu nr 15 przewiduje skrócenie terminu do wniesienia skargi z obecnie obowiązujących sześciu miesięcy do czterech.

Cennym elementem publikacji jest uaktualniony tekst Regulaminu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, niezbędny pełnomocnikom reprezentującym skarżących w postępowaniu przed Trybunałem. Komentarz szczegółowo przybliży problematykę skutecznego korzystania z prawa do skargi indywidualnej, warunki jej dopuszczalności oraz procedurę postępowania przed Trybunałem. Autor wyjaśnia podstawy do

wystąpienia przez skarżącego o pomoc prawną oraz przesłanki złożenia wniosku o zastosowanie środków tymczasowych (tzw. *interim measures*). Opisuje procedurę wydawania orzeczeń, sposób rozpatrywania spraw w formie wyroku pilotażowego dotyczących systemowych lub strukturalnych problemów w porządku krajowym. Przybliża mechanizm wykonywania wyroków ETPCz pod nadzorem Komitetu Ministrów Rady Europy, zarówno w wymiarze wykonania przez państwo środków o charakterze indywidualnym, jak również generalnych, co często wiąże się z koniecznością wprowadzenia zmian ustawodawczych mających zapobiec w przyszłości podobnym naruszeniom Konwencji.

W drugiej części dzieła znajdziemy opis praw i wolności gwarantowanych w Konwencji oraz Protokołach dodatkowych na tle dorobku orzeczniczego Komisji i Trybunału. Autor omawia wiele ważnych wyroków ETPCz wydanych w ostatnim czasie, odnoszących się m.in. do gwarancji praw migrantów i uchodźców, dostępu do informacji publicznej, ochrony przed nadużyciami w Internecie.

Część trzecia Komentarza obejmuje teksty dokumentów: Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Protokołów nr 1, nr 4, nr 6, nr 7, nr 12, nr 13, oraz zmieniających system kontrolny Konwencji Protokołów nr 14, nr 15, nr 16 wraz z aktualnym tekstem Regulaminu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Publikacja zawiera również

tekst Porozumienia Europejskiego w sprawie osób uczestniczących w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, instrukcje dotyczące praktyki w zakresie wniosków o zalecenie środków tymczasowych, wszczęcia postępowania na podstawie art. 34 Konwencji, instrukcję Prezesa ETPCz dotyczącą praktyki przy składaniu argumentacji pisemnej. Ponadto znajdziemy instrukcję dotyczącą praktyki wnoszenia roszczeń o słuszne zadośćuczynienie, komunikacji elektronicznej i wniosków o zachowanie anonimowości na podstawie art. 33 i 47 Regulaminu Trybunału.

Całość publikacji uzupełnia wykaz składu sędziowskiego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka według stanu na dzień 1 lutego 2017 r., a także wykaz publikacji książkowych Marka Antoniego Nowickiego na temat Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, które ukazały się w języku polskim.

Informację o wydanym Komentarzu można znaleźć na stronie internetowej biblioteki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, gdzie prezentowane są wiodące komentarze do Konwencji.

Publikacja z pewnością będzie służyć pomocą w lepszym poznaniu systemu strasburskiego i skutecznym korzystaniu z prawa do skargi indywidualnej, a także, co niezbędne, w codziennym stosowaniu w praktyce adwokackiej standardów konwencyjnych w obronie podstawowych praw i wolności człowieka.

*Justyna Metelska*

### ***Ochrona prawna konsumenta na rynku mediów elektronicznych*** **pod red. Marii Królikowskiej-Olczak, Beaty Pachuca-Smulskiej**

Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck 2015, ss. 442

Monografia zatytułowana *Ochrona prawna konsumenta na rynku mediów elektronicznych* jest dziełem zwieńczającym analityczną pracę zespołu autorów pod redakcją Marii Królikowskiej-Olczak oraz Beaty Pachuca-Smulskiej. Książka w całości poświęcona jest refleksji w zakresie ochrony prawnej konsumenta

w świecie mediów elektronicznych. Autorzy wymieniają i omawiają liczne akty prawne Unii Europejskiej, które stały się fundamentem budowania współczesnej gospodarki i społeczeństwa informacyjnego. Rozważania zawarte w monografii w dużej mierze koncentrują się wokół strategii tworzenia jednoli-

tego rynku cyfrowego, który postrzegany jest jako krok w kierunku globalizacji procesów rynkowych, otwierający zarówno po stronie przedsiębiorców, jak i konsumentów ogromne możliwości gospodarcze. Powyższe stwarza więc potrzebę zbadania przyszłości prawa konsumenckiego na rynku cyfrowym, szczególnie wskutek wykształcenia się nowego rodzaju świadczeń w postaci świadczeń wyłącznie elektronicznych.

Ponadto autorzy słusznie zwracają uwagę na zagrożenia, na które narażony zostaje konsument rynku elektronicznego, ze szczególnym uwzględnieniem reklam oraz zamieszczanych w nich treści, które następnie stają się częścią umowy zawartej z konsumentem. Niemalą rolę między innymi w procesie tworzenia jednolitego rynku cyfrowego odgrywają prawne aspekty związane z gromadzeniem i przetwarzaniem danych osobowych, które to zagadnienia również zostały szczegółowo omówione w przedmiotowej monografii. Autorzy podkreślają także wzrost znaczenia aukcji internetowych na rynku elektronicznym oraz problematyki klauzul niedozwolonych w umowach zawieranych przez Internet. Ważną część monografii stanowią przedstawione przez autorów metody rozwiązywania sporów konsumentów z przedsiębiorcami, zmierzające do zapewnienia wzrostu poziomu ochrony konsumentów na rynku wewnętrznym. Znaczną część monografii autorzy poświęcili na zaprezentowanie czytelnikowi ochrony prawnej konsumenta w różnorodnych dziedzinach, takich jak na przykład umowy bankowe o kredyt konsumencki. Ciekawą, lecz dotychczas rzadko podejmowaną problematyką jest zaś poruszenie, istotnej w świetle przyjętej strategii tworzenia jednolitego rynku cyfrowego, kwestii uregulowania praw autorskich w Internecie.

To z całą pewnością pierwsza tak kompleksowa monografia traktująca o ochronie prawnej konsumenta na rynku mediów elektronicznych, która poddaje wnikliwej analizie tak obecne, jak i przyszłe problemy związane z prawem konsumenckim na ryn-

ku cyfrowym. Autorzy w sposób przejrzysty i rzeczowy przedstawili zarys rozwoju rynku mediów elektronicznych, który przyczynił się do konieczności spojrzenia na ochronę prawną konsumenta globalnie przez pryzmat rozwoju techniki cyfrowej. Ponadto w książce wskazano aspekty zarówno pozytywnego, jak i negatywnego oddziaływania sieci z punktu widzenia konsumenta. Powyższe umożliwia zatem czytelnikowi łatwe zapoznanie się nie tylko z aktualnymi problemami z zakresu ochrony praw konsumentów w świecie cyfrowym, lecz także z rozwiązaniami, które dopiero mają być implementowane do krajowych porządków prawnych, wraz z uwzględnieniem procesu implementacyjnego oraz prognozowanym funkcjonowaniem tych systemów w praktyce konsumenckiej.

Omawiana monografia składa się z 26 rozdziałów, które ujęto w sześciu częściach. Z uwagi na objętość pracy nie sposób nawet pokrótce odnieść się do jej każdej tezy oraz rozdziału, w związku z czym przedmiotem dalszych uwag będą jedynie wybrane fragmenty pracy. Jak już wspomniano powyżej, przedmiotem rozważań niniejszej recenzji będą jedynie te aspekty omawianej pozycji, które są w moim mniemaniu najistotniejsze z punktu widzenia zarówno recenzowanej pracy, jak i samej problematyki ochrony prawnej konsumenta w świetle rozwoju rynku mediów elektronicznych, a jednocześnie pozwalają na kompleksową oraz rzeczową ocenę monografii.

Część pierwsza recenzowanej monografii opisuje strategię jednolitego rynku cyfrowego z punktu widzenia ochrony konsumentów i ich roli w budowaniu jednolitej gospodarki cyfrowej Europy. Beata Pachuca-Smulska podkreśla w tym miejscu wzrost liczby konsumentów w sieci oraz dóbr wykorzystywanych w życiu codziennym, realizowanych w ramach bezpośredniego handlu elektronicznego. Samo rozpoczęcie rozważań z zakresu ochrony prawnej konsumentów na rynku elektronicznym od omówienia problematyki związanej z wprowadzeniem strategii jednolitego rynku cyfrowego

wraz z uwzględnieniem towarzyszących temu procesowi aktów prawnych stanowi umiejętną prezentację podjętego zagadnienia oraz jednocześnie przemyślany krok autorki. Wydaje się jednak, że w monografii, która skupia się wokół ewolucji pozycji konsumenta wobec rozwoju mediów elektronicznych, tak istotny projekt, jakim jest strategia jednolitego rynku cyfrowego, zasługuje w moim mniemaniu na większą uwagę z punktu widzenia wpływu wprowadzenia strategii na współczesną gospodarkę i społeczeństwo, których cyfryzacja postrzegana jest obecnie jako źródło wzrostu gospodarczego. Tworzenie bowiem jednolitego rynku cyfrowego uważane jest za znaczący ruch w kierunku globalizacji procesów rynkowych, głównie poprzez swobodę działania obywateli i przedsiębiorców w Internecie, ułatwiającą handel międzynarodowy. Słusznie jednak autorka tego rozdziału podkreśliła niedoskonałość strategii, z uwagi na pominięcie istotnej kwestii związanej z usługami finansowymi.

Anna Górska przedstawiła zaś czytelnikowi specyfikę regulacji prawnych w zakresie bezpośredniego handlu elektronicznego, zasadnie skupiając swą uwagę na świadczeniach wyłącznie elektronicznych, które mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia całej monografii. W sposób niezwykle klarowny zaprezentowane zostały główne problemy prawne konsumentów związane ze świadczeniami wyłącznie elektronicznymi wraz ze wskazaniem regulujących je obowiązujących przepisów prawa.

W części drugiej monografii zawarto między innymi problematykę związaną z zagubieniem konsumenta w świecie mediów, a wstęp do rozważań w tej materii stanowi wywód Renaty Tanajewskiej. Przedstawiono ponadto niebezpieczeństwo produktów medialnych, wśród których na pierwszym miejscu znajdujemy reklamę. Agnieszka Malarewicz-Jakubów postawiła pytanie, „czy reklama jest produktem niebezpiecznym?”. Jedną zaś z odpowiedzi na to pytanie znajdujemy w dalszym fragmencie części drugiej

monografii, w której autorki Irena Ozimek i Natalia Przeździecka-Czyżewska zwracają uwagę na rosnące w Polsce niebezpieczne zjawisko rozpowszechniania suplementów diety, budzące niepokój nie tylko po stronie autorek, lecz także polskiego środowiska prawniczego oraz medycznego.

W świetle zaś zmian Kodeksu cywilnego, wprowadzonych ustawą z dnia 30 maja 2014 r., odnoszących się tym razem do praw konsumenta, Edyta Sokalska skupiła się na relacjach pomiędzy konsumentem, przedsiębiorcą jako producentem oraz przedsiębiorcą sprzedawcą, w zakresie lokowania produktu i działań promocyjnych. Ciekawe z punktu widzenia czytelnika jest przedstawienie problematyki lokowania produktu w porządku prawnym Stanów Zjednoczonych. Ponadto z uwagi na fakt, że zjawisko lokowania produktów jest obecnie coraz bardziej powszechne, a w polskim systemie prawnym brak jest spójnej regulacji w tym zakresie, należy w pełni zaaprobować zasygnalizowanie tego problemu przez Magdalenę Zielińską.

Część trzecia monografii obejmuje zaś między innymi ciekawą i wnikliwą analizę ram prawnych związanych z gromadzeniem i przetwarzaniem danych osobowych w zakresie praw e-konsumenta, poprzez analizę działania na zbiorach typu *big data* przeprowadzoną przez Szymona Michała Buczyńskiego. Ponadto niezwykle istotne dla czytelnika jest wykazanie przez Agnieszkę Korzeniowską-Polak w tej części monografii znacząco ograniczonej możliwości skorzystania przez konsumenta będącego uczestnikiem rynku elektronicznego z ochrony swoich danych osobowych, którą gwarantuje przede wszystkim prawo publiczne, a także prawo ochrony konsumenta. Jedną z przyczyn tego ograniczenia jest zdaniem autorki zamieszczanie przez centralny organ administracji publicznej powołany do ochrony danych (GIODO) na swojej stronie internetowej informacji niezgodnych z obowiązującym prawem, mogących wprowadzić w błąd osoby poszukujące ochrony prawnej.

W części czwartej monografii Ewa Lewan-

dowska poruszyła wyjątkowo aktualną problematykę klauzul niedozwolonych w umowach zawieranych przez Internet. Należy w tym miejscu podkreślić, że w związku z rosnącą liczbą postanowień abuzywnych ujętych w tej materii w rejestrze klauzul niedozwolonych zagadnienie to jest bardzo istotne z punktu widzenia uczestników rynku elektronicznego. Znaczące zmiany wnoszą również wejście w życie ustawy o prawach konsumenta oraz nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Sylwia Łazarewicz słusznie podkreśliła znaczenie aukcji internetowych w handlu elektronicznym, umiejętnie zestawiając je z miejscem tradycyjnych instytucji prawa cywilnego oraz ochrony konsumentów w procedurze zawierania umów w trybie aukcyjnym.

W tej części monografii znajdziemy również analizy związane z ochroną wizerunku konsumenta w Internecie z wykorzystaniem regulacji ustawowych oraz orzecznictwa sądowego poruszone przez Marię Jasińską. Należy w tym miejscu podkreślić, że tematyka związana z ochroną wizerunku jako dobra osobistego jest tematyką niezwykle aktualną i stanowi przedmiot wielu opracowań, który wciąż ewoluuje, co w mojej ocenie jest między innymi przyczyną otwartego katalogu dóbr osobistych, który niewątpliwie ulegać będzie rozszerzeniu. Z punktu widzenia zaś recenzowanej monografii za najbardziej istotną kwestię należy uznać dające się zaobserwować zjawisko wykorzystywania danego wizerunku w ramach tak zwanej „kradzieży tożsamości”. Uważam, że problem ten mógł stać się przedmiotem szerszego wywodu autorki w zakresie ochrony wizerunku konsumenta w Internecie.

Rozważania ujęte w czwartej części monografii zamyka temat związany z opinią blogerów i komentarzami na forach internetowych, które przeanalizowane zostały przez pryzmat przedsiębiorcy i konsumenta wraz z uwzględnieniem dopuszczalnych granic krytyki konsumenckiej. Autorka Katarzyna Ciućkowska-Leszczewicz z sukcesem roz-

pracowała tę złożoną problematykę poprzez umiejętne wskazanie, że granice dopuszczalnej krytyki konsumenckiej w Internecie uległy znacznemu przesunięciu, co wynika ze specyfiki nietypowych uczestników środowiska internetowego, którymi są blogerzy, jednak krytyka ta powinna nadal mieć znamiona rzeczowej i rzetelnej.

Przedmiotem rozważań części piątej jest między innymi przyjęcie dwóch fundamentalnych aktów prawnych z punktu widzenia pozasądowych metod rozwiązywania sporów konsumentów z przedsiębiorcami. Mowa o dyrektywie 2013/11/UE oraz rozporządzeniu Nr 524/2013/UE. Wskazane akty prawne mają wzmacniać ochronę konsumentów i realizację postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz Karty Praw Podstawowych. Mają one, zdaniem autorek, Anny Franusz oraz Beaty Pachuca-Smulskiej, tworzyć rozwiązania prawne gwarantujące ochronę konsumentów na rynku wewnętrznym poprzez budowanie mechanizmów zapewniających konsumentom dostęp do sądu oraz przyjęcie warunków do dobrowolnego składania skarg dotyczących zachowania przedsiębiorców do podmiotów oferujących alternatywne metody rozstrzygania sporów. Należy przyznać, że szczegółowa i konsekwentna analiza przedmiotowej problematyki zawarta w tej części monografii stanowi, z punktu widzenia jej czytelnika, kompleksowy wywód w zakresie możliwości pozasądowego dochodzenia roszczeń. Słusznie zaś autorzy studzą entuzjazm unijnego ustawodawcy, zwracając uwagę na fakt, że wciąż mowa jest o systemie, który pozostaje w fazie budowy, nie można więc wyrazić pewności, iż w pełni należycie spełni on swoją rolę w zakresie ochrony praw konsumenckich w obszarze unijnego rynku. Ponadto przeprowadzona analiza pozwala na wskazanie kilku krytycznych uwag dotyczących nowej regulacji, takich jak rzetelność postępowania oraz jego efektywność.

Ostatnia już, szósta część monografii po-

święcona jest przybliżeniu zakresu ochrony prawnej konsumenta w różnorodnych dziedzinach. Dziedziny te obejmują: usługi i imprezy turystyczne nabywane drogą elektroniczną (Katarzyna Frączak), umowy ubezpieczenia zawarte za pośrednictwem Internetu (Wioleta Baranowska-Zajac), umowy bankowe o kredyt konsumencki (Jakub Jan Zięty), umowy o dostarczenie energii elektrycznej (Magdalena Brodawka), rynek „dopalaczy” w Internecie (Anna Chodorowska) oraz rynek e-papierosów (Wiesław Pływaczewski). Na szczególną uwagę zasługuje zaś rozdział poświęcony ochronie małoletnich użytkowników gier wideo. Jak słusznie podkreślono, pomimo że gry wideo często prezentują treści nieodpowiednie, takie jak przemoc czy erotyka, unijne regulacje prawne w dalszym ciągu nie odnoszą się do ochrony osób małoletnich. Skutkiem braku jednolitej regulacji unijnej odnoszącej się do gier wideo jest obecna sytuacja, w której tylko niewielka część państw członkowskich wprowadziła regulacje prawne w tej materii. W związku z czym należy uznać, że poruszenie przedmiotowego problemu przez Kamila Olczaka może mieć istotne znaczenie, nie tylko informacyjne, lecz także może stanowić przyczynę poruszenia tej problematyki na szerszym forum.

Ostatnią, lecz niezwykle aktualną i istotną kwestią, która poruszona została w części szóstej monografii przez Agatę Sobusiak, jest potrzeba dostosowania istniejących regulacji do nowych okoliczności w odniesieniu do praw autorskich w Internecie. Program Unii Europejskiej *Digital Agenda* zakłada bowiem stworzenie jednolitego rynku cyfrowego, którego jednym z kluczowych problemów będzie właśnie regulacja praw autorskich, a także organizacja zarządzania prawami autorskimi. Ponadto rozwój Internetu stworzył społeczeństwo informacyjne oraz technologię komunikacyjno-informacyjną, której celem stał się także rozwój mobilnych urządzeń elektronicznych. Ważnym aspektem poruszonym w przedmiotowej monografii przez Annę Górczyńską jest rozwój rynku e-booków oraz

e-gazet, w związku z którym pojawia się także problem zapewnienia ochrony korzystającym z tych dóbr konsumentom. Rozważania podjęte w celu przybliżenia tej materii zostały przeprowadzone na podstawie rzeczowej analizy dyrektywy 2011/83/UE, która pozwala na podzielenie opinii autorki tego rozdziału, zgodnie z którą dyrektywa ta zapewnia wystarczającą ochronę podstawowych praw konsumentów e-booków i e-gazet.

Kluczowe rozważania recenzowanej monografii zostały zawarte w sześciu częściach merytorycznych, które dzielą się na mniejsze jednostki redakcyjne. Ich układ jest przemyślany i logiczny, co sprawia, że praca pomimo swej obszerności tematycznej oraz wielości tworzących ją autorów zasługuje na zainteresowanie z uwagi na swoją przejrzystość oraz spójność. Opracowanie zostało napisane starannym i prawniczo precyzyjnym językiem, co jednocześnie nie wyklucza dostępności tekstu także dla osób spoza działalności prawniczej.

Jednym z atutów recenzowanej książki jest jej międzynarodowy charakter, w monografii znajdujemy bowiem zarys funkcjonowania najważniejszych z punktu widzenia problematyki ochrony praw konsumenta w świecie mediów elektronicznych instytucji unijnych oraz ich odpowiedników w pozostałych państwach. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że prezentację aktów unijnych poparto w przedmiotowej monografii przytoczeniem licznych badań przeprowadzonych w ramach Unii Europejskiej. Badania te wykazywały z kolei zarówno potrzebę utworzenia tych aktów, jak i konieczność ich wprowadzenia do porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich.

Kwestie związane z ochroną prawną konsumentów stanowią obecnie przedmiot licznych opracowań i monografii. Jednakże wydaje się, że podejście do kwestii ochrony praw konsumenta powinno ewoluować wraz z rozwojem dziedzin, które wywierają bezpośredni wpływ na zmianę zakresu prawa konsumenckiego. Należy więc podkreślić, że rozwój rynku mediów elektronicznych przyczynił się do

konieczności spojrzenia na ochronę prawną konsumentów z uwzględnieniem nowego modelu konsumenta, aktywnie uczestniczącego w świecie mediów elektronicznych. Zjawisko to spowodowało potrzebę szczegółowej analizy zagrożeń oraz możliwości ochrony praw konsumentów na rynku mediów elektronicznych. Należy w tym miejscu podkreślić, że na polskim rynku monograficznym trudno obecnie odnaleźć pozycję, która stanowiłaby próbę kompleksowego omówienia zakresu prawa konsumenckiego w świetle rozwoju rynku mediów elektronicznych, w związku z czym o walorach recenzowanej książki stanowi aktualność i ranga podjętej w niej problematyki oraz skład zespołu autorskiego, wpływający na wysoki poziom naukowy zaprezentowanych

rozważań. W związku z powyższym uważam, że monografia prawnicza zatytułowana *Ochrona prawna konsumenta na rynku mediów elektronicznych* jest pierwszym opracowaniem w polskiej literaturze prawniczej, które w tak kompleksowy sposób porusza kwestię zakresu prawa konsumenckiego w świetle rozwoju techniki cyfrowej.

Uważam, że publikacja ta zasługuje na polecenie nie tylko prawnikom, lecz także przedsiębiorcom i konsumentom, informatykom, urzędnikom oraz studentom, którzy pragną pogłębiać swoją wiedzę z zakresu ochrony prawnej konsumentów w świecie mediów elektronicznych, a tym samym stać się bardziej świadomymi uczestnikami rynku nowych technologii.

Katarzyna Sikora

# Kronika adwokatury

## Posiedzenia plenarne Naczelnej Rady Adwokackiej

### POSIEDZENIE PLENARNE NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 25 MARCA 2017 R.

Prezes NRA adw. Jacek Trela podziękował adw. Aleksandrze Przedpeńskiej, dziekan ORA w Częstochowie, za zorganizowanie wspianych uroczystości 40-lecia Izby Adwokackiej w Częstochowie. Poinformował, że adw. Justyna Mazur, dziekan ORA w Bydgoszczy, została uznana za jedną z najbardziej wpływowych kobiet w Bydgoszczy i pogratulował tego wyróżnienia. Podziękował adw. Mikołajowi Pietrzakowi, dziekanowi ORA w Warszawie, za wysiłek włożony w budowę wizerunku adwokatury warszawskiej – dobrym przykładem jest podjęcie się przez kilkunastu adwokatów Izby reprezentowania uchodźców z Czeczenii, którzy od paru miesięcy przebywają na polskiej granicy. Podziękował też wszystkim osobom, które wzięły udział w konferencji „Kryzys sądownictwa konstytucyjnego a rozproszona kontrola zgodności prawa z Konstytucją RP”, która odbyła się 3 marca br. w Katowicach. Podkreślił, że adwokat prof. Maciej Gutowski i adwokat prof. Piotr Kardas wystąpili w panelu obywatelskim ze znakomitą prezentacją.

Prezes NRA wskazał, że 2 kwietnia br. upływie 20 lat od uchwalenia Konstytucji RP. Adwokatura Polska uczci tę rocznicę – Prezydium NRA zdecydowało o podjęciu współpracy z „Dziennikiem Gazetą Prawną” w przygotowaniu specjalnego dodatku do gazety poświę-

conego rocznicy. Zostanie również nagrany film, na którym członkowie NRA odczytają wybrane artykuły Konstytucji dotyczące podstawowych spraw ustrojowych, praw i wolności jednostki, samorządności. Film *Adwokaci czytają Konstytucję* zostanie upubliczniony w Internecie. Poinformował ponadto, że Prezydium NRA podjęło już pierwsze działania dotyczące obchodów 100-lecia Adwokatury. Wedle założeń wydarzenia mają pokazać istotną pozycję Adwokatury w życiu społeczeństwa i poszczególnych obywateli. Obchody mają odbywać się w ciągu całego roku, a ich kulminacją będzie uroczystość na Zamku Królewskim w Warszawie w dniu 23 listopada 2018 r.

W czasie posiedzenia NRA wypowiediano się i stawiano pytania na temat wydatków proponowanych w projekcie preliminarza budżetowego (adw. Jacek Trela, adw. Piotr Kardas, adw. Henryk Stabla, adw. Jarosław Szymański, adw. Agnieszka Zemke-Górecka, adw. Mikołaj Pietrzak, adw. Marian Jagielski, adw. Andrzej Zwara, adw. Maciej Gutowski, adw. Włodzimierz Łyczywek, adw. Przemysław Rosati). Adwokat Henryk Stabla poinformował, że Prezydium NRA przyjęło plan ograniczenia kosztów wydawniczych „Palestry”, czego efekty będą w pełni widoczne od 2018 roku. Zdaniem niektórych dyskutantów



(adw. Piotra Kardasa i adw. Andrzeja Zwary) docelowo nie powinno wypłacać się Autorom honorariów za przesłane teksty. Ich zdaniem publikacja w „Palestrze” to zaszczyt dla Autorów, gdyż pismo cieszy się uznaniem w świecie naukowym i prawniczym.

Adwokat Czesław Jaworski, Redaktor Naczelny „Palestry”, poinformował, że Redakcja przedstawiła członkom Prezydium NRA propozycję dalszych obniżek kosztów wydawania „Palestry” (od roku 2010 koszty były wielokrotnie obniżane do kwoty 10 zł za egzemplarz), które sprawiają, że cena dla adwokatów i aplikantów adwokackich za egzemplarz może zmieścić się w granicach ok. 7–8 zł.

Po dyskusji zatwierdzono sprawozdanie finansowe NRA za 2016 rok (uchwała nr 10/2017) oraz podjęto uchwałę w sprawie straty bilansowej netto (nr 11/2017).

Odbyła się dyskusja nad budżetem na 2017 rok oraz nad składką na Fundusz Administracyjny NRA. W jej wyniku przyjęto uchwałę (nr 14/2017), na podstawie której obniżono składkę z 50 zł do 45 zł, począwszy od 1 kwietnia do końca 2017 r. – liczoną od adwokatów wykonujących zawód. Ustalono nadto wysokość składki na 25 zł oraz na 30 zł – liczonej odpowiednio od adwokatów mających prawo do emerytury oraz adwokatów niewykonujących zawodu (w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2017 r.). Izby adwokackie zostały zwolnione z naliczania i opłaty składek:

1) od kobiet adwokatów, poczynając od miesiąca następującego po dacie urodzenia lub przysposobienia dziecka, przez okres 6 miesięcy;

2) od adwokatów emerytów i rencistów niewykonujących zawodu;

3) od adwokatów w okresie korzystania z urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego oraz urlopu ojcowskiego, jeżeli w tych okresach adwokat jest adwokatem niewykonującym zawodu, z zastrzeżeniem pkt 1.

Adwokat prof. Maciej Gutowski poinformował, że do NRA wpływają informacje dotyczą-

ce sytuacji zwalniania adwokatów z tajemnicy adwokackiej. Większość przypadków dotyczy wniosków o zwolnienie z tajemnicy pełnomocników. Staramy się interweniować w każdym przypadku.

Adwokat prof. Jacek Giezek poinformował, że Komisja Etyki podjęła prace nad opracowaniem propozycji zmian w Zbiorze zasad etyki adwokackiej i godności zawodu. Komisja proceduje m.in. nad takimi obszarami, jak: tajemnica zawodowa, kwestia reklamy oraz łączenie zajęć. Komisja zamierza również, we współpracy z innymi Komisjami, dokonać przeglądu Zbioru zasad, aby przesądzić, które normy powinny w nim pozostać, a które powinny zostać ujęte w innych aktach prawnych.

NRA podjęła uchwałę (nr 12/2017), w której postanowiono, że adwokat, któremu przedstawiono zarzut popełnienia przestępstwa umyślnego, ma obowiązek niezwłocznego poinformowania o tym fakcie dziekana okręgowej rady adwokackiej, właściwej dla siedziby zawodowej adwokata. Pochodząca od adwokata informacja o przedstawionym mu zarzucie popełnienia przestępstwa nie stanowi samoistnej podstawy wszczęcia postępowania dyscyplinarnego przeciwko temu adwokatowi.

Przyjęto zmiany w regulaminie konkursów krasomówczych dla aplikantów adwokackich (uchwała nr 13/2017). Upoważniono jury do przeprowadzenia głosowania wśród publiczności w celu wyboru jej kandydata, wskazano, że organizatorem konkursu finałowego jest ORA wyznaczona przez Prezydium NRA spośród izb, której reprezentanci byli w gronie laureatów poprzedniego konkursu finałowego.

Ponadto NRA podjęła uchwały:

– w sprawie budżetu NRA na 2017 rok (nr 15/2017);

– w sprawie określenia wysokości zryczałtowanych kosztów postępowania dyscyplinarnego (nr 16/2017)

– w sprawie określenia wysokości zryczałtowanych kosztów postępowania dyscyplinarnego zakończonego upomnieniem dziekańskim (nr 17/2017).

Obydwie uchwały (16 i 17) zostały uchylone

ne z dniem 13 kwietnia 2017 r. Na posiedzeniu NRA w dniu 1 lipca 2017 r. przyjęto nową wersję uchwały w sprawie określenia wysokości zryczałtowanych kosztów postępowania dyscyplinarnego (nr 23/2017).

NRA podjęła też uchwałę (nr 18/2017) z okazji sześćdziesiątej rocznicy przyjęcia Traktatów Rzymskich. Podkreślono, że udział we wspólnotcie europejskiego porządku prawnego wymaga respektowania przez władze publiczne standardów wynikających z tego porządku,

zwłaszcza w sferze ochrony praw człowieka i podstawowych wolności.

W związku z ujawnionymi przypadkami naruszania praw cudzoziemców poszukujących ochrony na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, w tym niedopuszczania adwokatów do realizacji czynności zawodowych, NRA podjęła uchwałę, w której wzywa organy władzy publicznej do przestrzegania podstawowych gwarancji procesowych oraz do poszanowania uprawnień cudzoziemców poszukujących ochrony międzynarodowej na terytorium RP (nr 19/2017).

*Andrzej Bąkowski*

## Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

### PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 6 CZERWCA 2017 R.

Prezydium NRA, po przedyskutowaniu zaopiniowania, zdecydowało o tym, że poczynając od nr. 7/2017 Pisma Adwokatury Polskiej „Palestra” umowy z autorami zawierane będą na nowych zasadach – przy minimalnej odpłatności wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych na wszystkich polach eksploatacji. Wzór nowej umowy zostanie przygotowany przez Ośrodek Badawczy Adwokatury.

Prezydium NRA zatwierdziło koszty związane z organizacją i promocją Kongresu Prawników Polskich w łącznej kwocie 12 440 zł.

Adwokat Henryk Stabla przedstawił wniosek Komisji ds. Wizerunku Zewnętrznego i Ochrony Prawnej w sprawie organizacji kolejnej edycji „Bitwy Prawnej”. Adwokat Anisa Gnackiowska przypomniała, że dwie poprzednie edycje były skierowane do słuchaczy muzyki *hip-hop* w wieku 15–20 lat. Pierwsza z nich została przeprowadzona pod hasłem „Pijesz, nie jedź”, druga dotyczyła problemu używania telefonów w czasie prowadzenia pojazdów, a trzecia będzie poświęcona problemowi przemocy w rodzinie. Przekaz akcji opiera się na skojarzeniu adwokata jako pierwszego kontak-

tu przy szukaniu pomocy prawnej. Poprzednie edycje miały największy zasięg wśród innych akcji wizerunkowych – od 1 mln do 1,5 mln odsłon w Internecie. Prezydium NRA zatwierdziło kosztorys trzeciej edycji akcji „Bitwa Prawna” – do kwoty 50 000 zł brutto.

Adwokat H. Stabla przedstawił pismo Komisji ds. Wizerunku Zewnętrznego i Ochrony Prawnej w sprawie szczegółów kosztów akcji informacyjnej dotyczącej projektu pomocy dla frankowiczów. Akcja informacyjna odbędzie się w trzech etapach. Dodał, że projekt pomocy frankowiczom był realizowany w Izbie Adwokackiej w Opolu. Zainteresowanie było bardzo duże, a ludzie oczekiwali pomocy prawnej w podstawowych kwestiach, np. informacji o terminie przedawnienia. Prezydium NRA, w ślad za decyzją z 9 maja 2017 r., zatwierdziło szczegółowy kosztorys akcji informacyjnej „Tygodnia pomocy frankowiczom” do kwoty 18 000 zł brutto.

Prezydium NRA zatwierdziło koszt realizacji projektu „Adwokat dla zatrzymanego” do kwoty 42 000 zł netto.

Odbyła się dyskusja na temat organizacji

szkoleń z marketingu usług prawniczych, jakie miałyby się odbyć w poszczególnych izbach. W jej wyniku Prezydium NRA zdecydowało o przeznaczeniu kwoty 39 600 zł brutto w celu wsparcia organizacji tych szkoleń.

Prezydium NRA zdecydowało o przekazaniu kwoty 4287,31 zł brutto tytułem wsparcia organizacji V Otwartego Turnieju Piłki Nożnej Adwokatury Polskiej zorganizowanego przez ORA w Warszawie w dniu 20 maja 2017 r. oraz o wsparciu organizacji XXXIX Mistrzostw Polski Adwokatów w Tenisie Ziemnym, które odbędą się w Gliwicach w dniach 15–17 czerwca br., do kwoty 10 000 zł brutto. Prezydium NRA zatwierdziło także zestawienie kosztów organizacyjnych „Biegu Powstania Warszawskiego”,

który odbędzie się 29 lipca 2017 r., do kwoty 35 000 zł brutto.

Adwokat Jerzy Glanc przedstawił dwa projekty uchwał w sprawie określenia zryczałtowanych kosztów postępowania dyscyplinarnego (który powstał po konsultacjach z poszczególnymi izbami) oraz projekt zmian w Regulaminie organizacji i funkcjonowania okręgowych rad adwokackich, które dotyczą zasad rozliczania kosztów postępowania dyscyplinarnego między poszczególnymi izbami. Adwokat Piotr Kardas omówił rozwiązania dotyczące zryczałtowanych kosztów postępowania dyscyplinarnego zakończonego upomnieniem dziekańskim. Prezydium NRA omówiło oba projekty i uwzględniło uwagi zgłoszone do zaproponowanych rozwiązań.

*Andrzej Bąkowski*

## Z ostatniej chwili

W związku z procedowaniem przez Parlament ustaw zmieniających ustrój sądownictwa w Polsce w dniu 18 lipca br. odbyło się nadzwyczajne posiedzenie plenarne Naczelnej Rady Adwokackiej, w całości poświęcone kwestiom związanym z projektem ustawy o Sądzie Najwyższym, a także z uchwalonymi zmianami w Krajowej Radzie Sądownictwa i w ustawie o ustroju sądów powszechnych. NRA przyjęła uchwałę w sprawie zmian w wymiarze sprawiedliwości (nr 25/2017), w której sprzeciwiła się zmianom ustrojowym dokonywanym bez zachowania procedury zmiany Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Zauważono, że proponowane rozwiązania będą służyć upolitycznieniu sądów powszechnych i Sądu Najwyższego poprzez przejście nad nimi kontroli przez polityków, a poza tym zmiany godzą w podstawowe prawa i wolności obywatelskie. NRA w imię interesu publicznego zaapelowała o poszanowanie i ochronę ładu konstytucyjnego.

W kolejnych dniach Prezes NRA adw. Jacek Trela udzielił wywiadów prasowych, radiowych i telewizyjnych na temat zmian w ustawach o sądownictwie. W imieniu Adwokatury Polskiej Prezes NRA skierował też do Prezydenta RP pismo z prośbą o rozważanie zawetowania uchwalonych przez Parlament ustaw. Gdy 24 lipca br. Prezydent zapowiedział zawetowanie dwóch ustaw (o KRS oraz o SN), Prezes NRA skierował do Prezydenta pismo z wnioskiem o zorganizowanie okrągłego stołu dla reformy wymiaru sprawiedliwości, deklarując pełne zaangażowanie i merytoryczny wkład Adwokatury Polskiej w te prace i wyrażając nadzieję, że środowiska prawnicze zgromadzone wokół Prezydenta przy okrągłym stole będą w stanie przygotować reformy spełniające oczekiwania nie tylko polityków, ale przede wszystkim społeczeństwa.

Szerzej w następnym numerze.

## Muzyka pomaga pielęgnować pamięć

14 maja 2010 roku w Sali Kameralnej Filharmonii Narodowej w Warszawie odbył się niecodzienny koncert. Oto w kilka tygodni po katastrofie smoleńskiej Naczelna Rada Adwokacka postanowiła muzyką uczcić pamięć adwokatów, którzy znaleźli się wśród ofiar wypadku, a byli to: Joanna Agacka-Indecka – ówczesna Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej, Jolanta Szymanek-Deresz – była szefowa Kancelarii Prezydenta RP, Stanisław Mikke – redaktor naczelny „Palestry” i Stanisław Zajac – były wicemarszałek Sejmu RP. Publiczność, która szczerze wypełniła salę, wysłuchała *Tria fortepianowego H-dur* op. 8 Johanna Brahmsa oraz *Andante con moto z Tria fortepianowego Es-dur* op. 100 Franza Schuberta w mistrzowskim wykonaniu Kai Danczowskiej – skrzypce, Justyny Danczowskiej – fortepian i Bartosza Koziaka – wiolonczela. Tego wieczoru muzykę dopełniła filmowa prezentacja wywiadu z adw. Joanną Agacką-Indecką i sztuki wg opowiadania Romana Brandstaettera *Ja jestem Żyd z „Wesela”*.

Dlaczego o tym wspominam? Bo to wydarzenie, merytorycznie przygotowane przez adw. Stanisława Kłysa z Krakowa, dało początek pewnej cennej tradycji. Oto rokrocznie wiosną odpowiednio dobrane muzyka i słowo są hołdem składanym adwokatom przedwcześnie i tragicznie zmarłym pod Smoleńskiem, dowodem, że prawnicza społeczność odczuwa ich brak, że pamięta i ceni ich samych

i ich dorobek. Muzyka, jak żadna inna ze sztuk pięknych, sprzyja pielęgnowaniu takich właśnie uczuć. Wzbudza emocje, rodzi jednocześnie uczucia jednostkowe i wspólnotowe, przemawia do serca i buduje więzi.

W bieżącym roku wieczór wspomnieniowy odbył się 9 maja w Klubie Adwokackim im. adw. Janiny Ruth Buczyńskiej w Krakowie dzięki współpracy Okręgowych Izb Adwokackich w Częstochowie, Kielcach, Poznaniu, Rzeszowie, Siedlcach, Szczecinie, Toruniu, Warszawie i Krakowie. Przedstawiciele tych Izb przyjechali do Krakowa, by dać świadectwo solidarności środowiska adwokackiego i w kulturowaniu pamięci o Zmarłych, i w codziennym, coraz trudniejszym dla prawników, życiu. O tym, a także o znaczeniu kultury, w tym muzyki, w kształtowaniu tego życia mówili m.in. dziekan ORA w Kielcach adw. Edward Rzepka, wicedziekan ORA w Częstochowie adw. Lech Kurpios i adw. Paweł Gieras, dziekan ORA w Krakowie. Ale najważniejsze tego wieczoru były muzyka i słowo poetyckie.

Adwokat Stanisław Kłys (nie bez racji nazywany ministrem kultury adwokatury polskiej) odwołał się tym razem do tamtego koncertu sprzed siedmiu lat. Zaprosił tych samych wykonawców, a trzonem wieczoru były te same dwa utwory: *Trio H-dur* Brahmsa i *Andante con moto z Tria Es-dur* Schuberta. Trudno o trafniejszy wybór programu, te dwie kompozycje zajmują bowiem szczególnie miejsce i w dorobku

ich twórców, i w całej literaturze muzycznej tego gatunku.

Ludwik Erhardt, znany polski muzykolog, w zakończeniu wydanej przez PWM monografii Brahmsa bardzo trafnie scharakteryzował muzykę bohatera swej pracy, pisząc: „jest w niej ciepło i łagodne światło popołudniowego słońca nad łąkami, jest cichy szum wiatru w drzewach i kształty obłoków, jest ruch ptaka krążącego nad wodą. Jest świadomość, że każda z tych rzeczy ma swe piękno i wagę, będąc równocześnie cząstką wielkiego, wspaniałego świata. (...) Jeśli prawdą jest, że muzyka może czynić człowieka lepszym, to z pewnością muzyka Brahmsa czyni to najlepiej”.

*Trio H-dur* op. 8, dzieło młodego Brahmsa po latach zrewidowane przez dojrzałego już kompozytora, wspaniale udowadnia twierdzenie Ludwika Erhardta. Niewiele jest utworów tak doskonale równoważących formę i treść. Mistrzostwo warsztatowe sprawia, że do słuchacza dociera przede wszystkim głęboko humanistyczne przesłanie utworu, w którym dramat i powaga łączą się z lirycznym uczuciem niepozabawionym uśmiechem mędrca.

Wspaniała muzyka doczekała się 9 maja równie wspaniałej interpretacji. Istotą kameralistyki jest muzyczny dyskurs instrumentalistów, którzy – tocząc spory, pytając, odpowiadając na pytania, zgadzając się z rozmówcami lub im przecząc – budują dramaturgię utworu i przekazują słuchaczom idee w nim zawarte. „Muzyczna rozmowa” Kai i Justyny Danczowskich oraz Bartosza Koziaka była wartka i barwna, nasycona olbrzymimi emocjami i dająca spokój zarazem. To był Brahms prawdziwie mądry, i prawdziwie wywieziony z miłości i akceptacji świata w całej jego złożoności. Gdy słuchałam 9 maja *Tria H-dur* Brahmsa, przychodziły mi na myśl strofy Leopolda Staffa. I kompozytor, i wykonawcy mogliby za nim powtórzyć, że są „pogodni mądrym smutkiem i wprawni w cierpieniu”.

Wprawny w cierpieniu był Franz Schubert, król pieśni romantycznej, gdy na rok przed przedwczesną śmiercią (żył zaledwie 31 lat) pisał *Trio fortepianowe Es-dur* op. 100. Nie był

tak jak Brahms pogodzony ze światem. Z jego muzyki pełnej prostoty i romantycznej emocji często emanuje poczucie bezbrzeżnej samotności. Takim uczuciem przeszycona jest wolna część *Tria Es-dur – Andante con moto* i takąż była jej interpretacja. Marszowy rytm głównego jej tematu oraz jego powroty w coraz to innej modyfikacji ewokowały muzyczny obraz wędrówki przez życie, mimo pogodniejszych epizodów nieubałaganie prowadzącej do ostatecznego końca.

Dopełnieniem tych dwóch arcydzieł romantycznej kameralistyki był fragment także romantycznej *Sonaty A-dur* Cesara Francka. Belgijsko-francuski kompozytor napisał ją na skrzypce z fortepianem i ofiarował jako prezent ślubny znakomitemu wirtuozowi skrzypiec Eugène Ysaÿe'owi. Czteroczęściowe dzieło znalazło tylu admiratorów, że dokonano wielu jego transkrypcji na różne instrumenty. Kompozytor zaakceptował jedynie wersję na wiolonczelę i fortepian sporządzoną przez wybitnego wiolonczelistę owych czasów – Julesa Delsanta. Z tej właśnie wersji część trzecią *Sonaty*, czyli *Recitative – Fantazję*, słuchaliśmy w interpretacji Bartosza Koziaka i Justyny Danczowskiej. Muzyka poważna, wykonana z dużą ekspresją sięgającą dramatyzmu, dobrze wpisywała się w nastrój wieczoru.

A że życie nie z samych dramatów się składa, więc i w omawianym koncercie nie brakło pogodniejszych akcentów. Takim akcentem był niewątpliwie *Pastuszek na skale* Schuberta, jedna z najpiękniejszych pieśni Schuberta napisana niemal na miesiąc przed śmiercią do wiersza Wilhelma Müllera, na sopran, klarnet i fortepian. Choć i w niej mowa jest o samotności, to przecież wieńczy ją radość z nadchodzącej wiosny. Tę dwoistość nastroju bardzo dobrze oddała Paulina Maciołek, jeszcze studentka krakowskiej Akademii Muzycznej, obdarzona ładnym w barwie sopranem. Pięknie partnerowali jej Justyna Danczowska na fortepianie oraz na klarnecie ujmujący pięknym, wyrównanym we wszystkich rejestrach dźwiękiem i wrażliwością muzyczną ojciec Grzegorz Doniec OP, absolwent krakowskiej muzycz-

nej uczelni. W wykonaniu Pauliny Maciołek i Justyny Danczowskiej słuchaliśmy także kilku pieśni Mieczysława Karłowicza i Sergiusza Rachmaninowa.

Uczucia i przemyślenia zrodzone przez muzykę wzmocniło słowo. Poezje Zbigniewa Herberta, Czesława Miłosza i Tadeusza Różewicza licznie zgromadzonym w krakowskim Klu-

bie im. Janiny Ruth Buczyńskiej adwokatów i przyjaciół adwokatury z różnych kręgów intelektualnych Krakowa przekazał Jerzy Trela. Niewielu jest już, niestety, artystów, którzy tak jak on potrafią wydobyć sedno wiersza i oddać jego melodykę. Uczestniczący w wieczorze 9 maja obdarzeni zostali sztuką najwyższego lotu.

Anna Woźniakowska

ANNA WOŹNIAKOWSKA – teoretyk muzyki, dziennikarka przez trzydzieści lat związana z Rozgłośnią PR w Krakowie. Współpracuje m.in. z „Ruchem Muzycznym”, miesięcznikiem „Kraków” i portalem polskamuza.eu. Autorka siedmiu książek, m.in.: *60 lat Filharmonii im. Karola Szymanowskiego w Krakowie*; *Trzeba umieć marzyć. Rozmowy z Markiem Stachowskim*; *Rzeki płyną różnymi korytami. Rozmowy z Adamem Walacińskim*; *Kraków zastępuje na operę*. Prywatnie żona adwokata Antoniego Woźniakowskiego.

## Adwokat Marek Antoni Nowicki odznaczony Krzyżem Wolności i Solidarności

23 czerwca 2017 r. w Katowicach kilkudziesięciu działaczy opozycji z czasów PRL odebrało Krzyże Wolności i Solidarności. To osoby, które zaangażowały się w walkę o niepodległość i suwerenność państwa oraz prawa człowieka, doznając z tego powodu różnorodnych represji.

Wśród odznaczonych w piątek jest adwokat Marek Antoni Nowicki – współzałożyciel Komitetu Helsińskiego, który powołano w październiku 1982 r. Głównym celem Komitetu było informowanie opinii publicznej w kraju i za granicą o łamaniu praw człowieka w Polsce. Dzięki zabiegom Nowickiego w 1982 r. do członków obrad KBWE w Madrycie dotarł raport ukazujący skalę represji w Polsce w okre-

sie stanu wojennego. Był doradcą górników w czasie strajku górników w kopalni Manifest Lipcowy w sierpniu 1988 r.

Krzyż Wolności i Solidarności został ustanowiony przez Sejm 5 sierpnia 2010 r. Po raz pierwszy przyznano go w czerwcu 2011 r. przy okazji obchodów 35. rocznicy protestów społecznych w Radomiu. Krzyż nadawany jest przez prezydenta RP, na wniosek prezesa Instytutu Pamięci Narodowej, działaczom opozycji wobec dyktatury komunistycznej za działalność na rzecz odzyskania przez Polskę niepodległości i suwerenności lub respektowanie praw człowieka w PRL. Dotąd w samym woj. śląskim przyznano około 400 takich odznaczeń. (źródło: PAP)

# Szpalty pamięci

## LAUTERPACHTÓW DWÓCH: ELIHU (1928–2017) I HERSCH (1897–1960)

8 lutego 2017 r. w Cambridge zmarł Sir Elihu Lauterpacht, z kolei w sierpniu 2017 r. minie 120 lat od urodzenia jego ojca – Sir Herscha Lauterpachta. W stodwudziestoletniej klamrze czasu zamknęły się życiorysy dwóch ludzi – ojca i syna – mających ogromny wpływ na współczesne prawo międzynarodowe. Z tej okazji postanowiliśmy pokrótce przypomnieć polskiemu czytelnikowi życie i dokonania dwóch pokoleń Lauterpachtów. Dodatkową motywację stanowi fakt, że Elihu był jednym z najwybitniejszych adwokatów specjalizujących się w prawie międzynarodowym – barristerem z tytułem *Queen's counsel*, a także to, że jego ojciec urodził się w Żółkwi, a wykształcenie zdobywał we Lwowie – tamtym wielokulturowym Lwowie, o którym tak pięknie pisali Marian Hemar, Emanuel Schlechter czy Józef Wittlin.

### Elihu – Syn

Przez dziesiątki lat łączył szeroką praktykę adwokacką (jako barrister) z pasją naukową – jako znakomity praktyk prawa międzynarodowego, czego przykładem był m.in. proces z 1993 r. o ludobójstwo toczący się przeciwko Serbii przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości w Hadze. Elihu był mianowanym przez Bośnię i Hercegowinę sędzią *ad hoc*. W procesie odegrał istotną rolę. Podkreślał wówczas,

że sąd musi chronić jednostki, osoby fizyczne, ich życie i potrzeby, bo to one są ostatecznymi beneficjentami systemu prawnego, który musi mieć wymiar ludzki. Dodajmy, że w procesie



tym zastosowano też Konwencję ONZ w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r.

Elihu urodził się 28 lipca 1928 r. w Londynie (w dzielnicy Cricklewood). Był jedynym synem Herscha Lauterpachta (o którym niżej) oraz Rachel z d. Steinberg, kobiety wrażliwej na sztukę, pianistki. Kształcił się w elitarnych szkołach angielskich, a od 1941 r. także ame-

rykańskich (w Akademii Phillipsa w Andover w stanie Massachusetts). Następnie studiował w Harrow School, wreszcie w Trinity College w Cambridge. Początkowo były to studia histo-

ryczne, które porzucił jednak dla prawa. Dyplom LLB uzyskał w 1949 r. Potem zdał egzaminy adwokackie i w 1950 r. został członkiem korporacji barristerów (adwokatów) – Gray Inn. Po latach, w 1983 r., został wybrany starszym członkiem (bencherem) Innu, co oznaczało docenienie Go przez korporację. W latach 1980–1998 był członkiem sądu arbitrażowego przy Banku Światowym (w ostatnich latach na stanowisku przewodniczącego).

Wypada przypomnieć, że Elihu Lauterpacht brał udział w negocjacjach konwencji ONZ o prawie morza z 1982 r. Z kolei w latach dziewięćdziesiątych uczestniczył w negocjacjach pokojowych między: Izraelem i Jordanią, a także Erytreą i Etiopią oraz Egiptem i Izraelem. Aktywną działalność adwokata internacjonalisty (praktyka prawa międzynarodowego) Elihu prowadził od 1951, czyli od sprawy nacjonalizacji anglo-irańskiej spółki naftowej, do 2014 r. Wspomniana sprawa spółki naftowej toczyła się przed utworzonym w 1945 r. Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości przy ONZ. Elihu występował przed MTS od pierwszych lat swej prawniczej kariery. Nie może zatem dziwić, że posiadał nieocenioną wiedzę o procedurze, praktyce i kulisach działalności Trybunału, czym dzielił się z innymi, pomagając organizacjom pozarządowym, państwom, korporacjom.

Głośnych procesów międzynarodowych, w których występował, można przywoływać wiele. Na przykład w sprawie przeciwko Francji w 1995 r., toczącej się w związku z badaniami jądrowymi na Południowym Pacyfiku, za sprawą Elihu Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości uznał, że ochrona środowiska to część powszechnego prawa międzynarodowego. Spośród innych spraw, w których występował, najważniejsze to: Liechtenstein przeciwko Gwatemali (sprawa Nottebohm, 1955), Belgia przeciwko Hiszpanii (sprawa Barcelona Traction, 1970), Australia przeciwko Francji

(sprawa testów jądrowych, 1974), Salwador przeciwko Hondurasowi (sprawa granic, 1992), Pakistan przeciwko Indiom (tzw. incydent Atlantique, 1999–2000), Botswana przeciwko Namibii (sprawa wyspy Kasikili/Sedudu, 1999), Katar przeciwko Bahrajnowi (1994), Malesja przeciwko Indonezji (terytorialny spór o wyspy Sipadan i Ligitan, 2002), Meksyk przeciwko Stanom Zjednoczonym (sprawa Avena, 2004), Timor Wschodni przeciwko Australii (sprawa dotyczyła zajęcia i zatrzymania w mieszkaniu radcy prawnego rządu Timoru Wschodniego przez służby australijskie dokumentacji, w tym korespondencji, 2013–2015)<sup>1</sup>.

Mimo różnicowanej i pochłaniającej aktywności adwokackiej Elihu zachowywał istotną pozycję w środowisku nauki prawa międzynarodowego. Pewien czas wykładał w London School of Economics, ale potem, w 1953 r., powrócił do uczelni, z którą związany był Jego Ojciec, czyli do Uniwersytetu w Cambridge (Trinity College). Przez lata wykładał tam prawo międzynarodowe. W 1983 założył przy Uniwersytecie w Cambridge *Research Centre in International Law*, potem przekształcone w *Lauterpacht Centre for International Law*, na cześć Jego Ojca – Herscha.

W uznaniu dokonań w 1994 r. Elihu został mianowany profesorem honorowym prawa międzynarodowego Uniwersytetu w Cambridge. Posiadał też liczne odznaczenia, m.in. komandorię Orderu Imperium Brytyjskiego (1989).

Elihu Lauterpacht zawsze zwracał uwagę na praktyczność prawa międzynarodowego. Ogromną wagę przywiązywał do podniesienia autorytetu sądownictwa międzynarodowego jako gwaranta skuteczności prawa. Od 1960 r. wydawał *International Law Reports*, które stały się głównym źródłem wiedzy o orzecznictwie międzynarodowym. Rok ten stał się dla Niego przełomowy, a był to rok śmierci Ojca. Odtąd coraz bardziej pochłaniała Go nauka, ale praktyki adwokackiej nigdy nie zaniechał. W 1970 r.

<sup>1</sup> Pełny wykaz spraw, w których występował Elihu, zob: <https://www.squire.law.cam.ac.uk/eminent-scholars-archive/professor-sir-elihu-lauterpacht/international-litigation>. Spośród licznych publikacji Elihu na uwagę zasługuje monografia: *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge 1991.



został barristerem z tytułem radcy królowej (*Queen's counsel* – QC). Obserwatorzy, przeciwnicy w sporze, sędziowie, koledzy i uczniowie wiedzieli, że w negocjacjach Elihu Lauterpacht był nieustępliwy, celnie punktował w sporach przed sądami, a przy tym był dobrotliwy, ciepły, towarzyski. Interesowały Go sprawy z zakresu prawa międzynarodowego, które godziły w ludność i szerzej w ludzkość. Wspominam (P. Sands) sprawę z 1996 r. dotyczącą składowania odpadów nuklearnych w Sellafield, gdzie znajduje się zakład przerobu odpadów jądrowych, i postawę w czasie rozprawy Elihu. Mam w pamięci liczne rozmowy, Jego otwarty dom

– pełen radości, klimatu. Tęgo żaden uczeń nie może zapomnieć.

Zbliżając się do osiemdziesiątego roku życia, Elihu postanowił opublikować biografię naukową i sentymentalną swojego Ojca. W czasie przygotowywania jej, na przełomie 2008 i 2009 r., przez Ambasadę Polską w Londynie Elihu skontaktował się z niżej podpisanym (A. Redzik) – w sprawie studiów Ojca we Lwowie<sup>2</sup>. Książka ukazała się w 2010 r. jako *The life of Hersch Lauterpacht*<sup>3</sup>.

Sir Elihu Lauterpacht zmarł 8 lutego 2017 r. w szacownym wieku 88 lat. Pozostawił żonę, dzieci i wnuki oraz liczne grono uczniów.

## Hersch – Ojciec

Był przede wszystkim teoretykiem prawa międzynarodowego. Do dziejów wszedł jako jeden z konstruktorów podstaw prawnych Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze. W zaciśniętym gabinecie profesorskiego sformułował definicję „zbrodni przeciwko ludzkości” i osadził ją w trójce głównych zbrodni dokonywanych przez niemieckich



nazistów w okresie II wojny światowej. Jego publikacje z zakresu prawa międzynarodowego do dziś stanowią klasykę gatunku<sup>4</sup>.

Hersch Lauterpacht urodził się 29 sierpnia 1897 r. w Żółkwi koło Lwowa. Początkowo uczył

się w mieście rodzinnym, w którym od niedawna funkcjonowało gimnazjum, ale wkrótce – ok. 1907–1910 r. – przeniósł się z rodziną do stołecznego Lwowa, gdzie w przeddzień wybuchu I wojny światowej ukończył siódmą klasę gimnazjum.

Od września 1914 r. Lwów był miastem frontowym Wielkiej Wojny, w którym nauczanie nie mogło przebiegać w sposób niezakłócony. W latach 1914–1915 okupowali je Rosjanie. Po zakończeniu okupacji (22 czerwca 1915 r.) życie wracało do normy. 28 lipca 1915 r. Hersch Lauterpacht zdał egzamin dojrzałości (maturę) w renomowanym Gimnazjum

<sup>2</sup> Wyjaśniłem, na czym polegały studia prawnicze i egzaminy prawnicze w latach 1915–1918, gdy Jego Ojciec studiował we Lwowie. Choć z książki Elihu może to nie wynika, to trzeba podkreślić, że niemal całe studia prawnicze Hersch odbył we Lwowie, gdzie też nawiązał pierwsze kontakty naukowe.

<sup>3</sup> Książka ukazała się w 2010 r. – E. Lauterpacht, *The life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge 2010. Zob. też wspomnienia Elihu w wersji tekstowej oraz nagrania audio na stronie Squire Law Library Uniwersytetu w Cambridge: <https://www.squire.law.cam.ac.uk/eminent-scholars-archive/professor-sir-elihu-lauterpacht>

<sup>4</sup> Przede wszystkim: *Private law sources and analogies of international law*, London 1927; *The Function of Law in the International Community*, Oxford 1933; *An International Bill of the Rights of Man*, Oxford 1945 (reedycja z przedmową P. Sandsa, Oxford 2013); *The Development of International Law by the International Court*, London 1958.

nr V im. hetmana Stanisława Żółkiewskiego we Lwowie i zapisał się na Wydział Prawa i Umiejętności Politycznych Uniwersytetu Lwowskiego, gdzie słuchał wykładów do lata 1918 r. Jesień tego roku zaburzyła życie miasta i koegzystencję zamieszkujących je trzech głównych narodów – Polaków, Żydów, Ukraińców. Od listopada 1918 r. toczyła się wojna o miasto między Ukraińcami i Polakami, po tym jak wojska ukraińskie zajęły 1 listopada 1918 r. część Lwowa. W walkach o miasto wślawiło się niemal półtora tysiąca dzieci, w większości gimnazjalistów w wieku poniżej osiemnastego roku życia. Wielu z nich poległo. Przeszli oni do legendy jako Lwowskie Orleńta (wydarzenia te opisała szczegółowo francuska pisarka Rosa Bailly w książce pt. *A city fights for freedom*<sup>5</sup>). Trzeba pamiętać, że wówczas miasto miało oblicze polskie. Polacy stanowili ponad połowę mieszkańców, a drugą grupą narodowościową byli Żydzi. Ukraińcy (Rusini) stanowili mniej niż 20% ludności. Pod względem językowym miasto było jeszcze bardziej polskie, co jest faktem i nie stanowi przedmiotu sporu historyków polskich i ukraińskich<sup>6</sup>. Lwów był wówczas bardzo ważnym ośrodkiem polskości, ale także myśli narodowej ukraińskiej i ruchu syjonistycznego<sup>7</sup>. Hersch w tym czasie był działaczem organizacji syjonistycznych.

Niestabilność wojenna powodowała, że wielu studentów, którzy rozpoczynali studia na Uniwersytecie Lwowskim, przenosiło się do Krakowa lub, częściej, do Wiednia, gdzie zresztą od 1915 r. Uniwersytet Lwowski utrzymywał coś na wzór swojego przedstawicielstwa. Tak też było z Herschem Lauterpachtem, który po wysłuchaniu we Lwowie wykładów z trzech lat studiów (całe studia trwały cztery

lata) i zdaniu egzaminu historyczno-prawnego – *nota bene* jedyne, który był konieczny przed uzyskaniem absolutorium, przeniósł się na ostatni rok do Wiednia, do czego przyczyniło się zawieszenie zajęć na uniwersytecie w roku 1918/1919, a być może także nastroje w mieście i niechlubny pogrom z 22 listopada 1918 r.<sup>8</sup>

We Lwowie Hersch słuchał m.in. wykładów profesorów Oswalda Balzera, Przemysława Dąbkowskiego, Władysława Abrahama, Ernesta Tilla, Maurycego Allerhanda, Józefa Buzka, Zygmunta Cybichowskiego, Juliusza Makarewicza i znawcy prawa konstytucyjnego i prawa narodów Stanisława Starzyńskiego. W Wiedniu trafił natomiast pod opiekę Hansa Kelsena, twórcy normatywizmu prawniczego, a od 1920 r. dożywoźnego członka Trybunału Konstytucyjnego, utworzonego według jego koncepcji. Po ukończeniu studiów i uzyskaniu doktoratu (na podstawie zdanych egzaminów rygorozalnych), nie widząc szansy na rozwój naukowy w Wiedniu – z powodu swojego pochodzenia – Hersch prawdopodobnie (tak podaje Stanisław Edward Nahlik<sup>9</sup>) podjął jeszcze próbę powrotu do Lwowa, gdzie w 1923 r. na emeryturę odchodził jeden z jego profesorów Stanisław Starzyński. Ten jednak wskazał Ludwika Ehrlicha, posiadającego wówczas znacznie większe doświadczenie i dorobek naukowy. W tym samym roku Hersch poślubił wspomnianą Rachel Steinberg i wyjechali do Londynu.

*Nie ma tego złego, co by na dobre nie wyszło* – mówi polskie przysłowie. Gdyby Hersch Lauterpacht pozostał w Wiedniu lub we Lwowie, nie stałby się tym, kim wkrótce został. W Londynie podjął naukę, a potem wykłady w London School of Economics. Dalsze

<sup>5</sup> R. Bailly, *A city fights for freedom: the rising of Lwow in 1918–1919: an episode in the history of Poland*, London 1956.

<sup>6</sup> Inaczej było na prowincji, gdzie zdecydowanie dominowała ludność ukraińska.

<sup>7</sup> Ł. T. Sroka, M. Sroka, *Polskie korzenie Izraela: wprowadzenie do tematu: wybór źródeł*, Kraków 2015.

<sup>8</sup> Po zajęciu Lwowa przez Wojsko Polskie doszło do pogromu, w wyniku którego zginęło kilkadziesiąt osób (prawdopodobnie ok. 70), a znacznie więcej zostało rannych. Za udział w tych wydarzeniach aresztowano prawie półtora tysiąca osób, w tym 400 żołnierzy. Na karę śmierci skazano sześćdziesiąt osób i karę wykonano. Trzeba pamiętać, że w czasie wojny o Lwów Żydzi walczyli w szeregach wojska polskiego (wielu zginęło), ale też jako milicja żydowska, formalnie niezależna, ale traktowana jako wspierająca siły ukraińskie, gdyż była uzbrojona przez Ukraińców.

<sup>9</sup> S. E. Nahlik, *Przesiane przez pamięć. W rodzinnym gnieździe*, Kraków 1987, s. 241.

losy późniejszego twórcy koncepcji ochrony praw jednostki przed eksterminacją, zwaną od Procesu Norymberskiego „zbrodnią przeciwko ludzkości”, są znane, tak jak i Jego kariera naukowa i kodyfikacyjna, a także zaangażowanie w Proces Norymberski oraz krótki okres orzekania w Międzynarodowym Trybunale Sprawiedliwości<sup>10</sup>. Nawiasem mówiąc, Hersch Lauterpacht zachował do końca życia znajomość języka polskiego. Przed wojną publikował po polsku, m.in. w lwowskim „Głosie Prawa”, a po wojnie, będąc w latach 1955–1960 sędzią Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z ramienia Wielkiej Brytanii, toczył dysputy z polskim sędzią prof. Bohdanem Winiarskim, co ponoć spotykało się z komentarzami: „jak to, Polska ma dwóch sędziów?”.

Sir Hersch Lauterpacht zmarł 8 maja 1960 r. – rok po śmierci innego wychowanka Wydziału Prawa Uniwersytetu Lwowskiego i jednego z konstruktorów współczesnego międzynarodowego prawa karnego Rafała Lemkina (1900–1959), o którym na łamach „Palestry” obszernie pisał prof. Ryszard Szawłowski<sup>11</sup>. Obaj ci juryści są bohaterami książki niżej pod-

pisanego (P. Sands) pt. *East West Street*<sup>12</sup>, która – mamy taką nadzieję – ukaże się wkrótce także w języku polskim.

\* \* \*

Na koniec spróbujmy krótko scharakteryzować Ojca i Syna – „Lauterpachtów dwóch”, jakże różnych, choć zajmujących się prawem międzynarodowym, i jakże podobnych.

Hersch – Ojciec – był myślicielem poszukującym koncepcji poza pozytywizmem, badaczem w zaciszu profesorskiego gabinetu, którego nie lubił opuszczać, unikał praktyki prawniczej, ale to, co stworzył, jest trwałe, jak ochrona praw jednostki. Z kolei Elihu – Syn – był jurystą, który myśląc, mówiąc i pisząc o prawie międzynarodowym, stał twardo na ziemi, dostrzegał praktyczną rolę tego prawa w stosunkach międzynarodowych, a także jego granice.

Ojca i Syna połączyło Centrum Lauterpachta Uniwersytetu w Cambridge, stworzone przez Syna na cześć Ojca, choć z czasem postrzegane coraz bardziej jako „Centrum Elihu”. Dziś i w przyszłości – mamy taką nadzieję – pozostanie „Centrum Lauterpachtów dwóch”.

*Philippe Sands, Adam Redzik*

<sup>10</sup> E. Lauterpacht, *The life of Hersch Lauterpacht, passim*.

<sup>11</sup> R. Szawłowski, *Rafał Lemkin, warszawski adwokat (1934–1939), twórca pojęcia „genocyd” i główny architekt konwencji z 9 grudnia 1948 r. („Konwencji Lemkina”)*. W *55-lecie śmierci*, Warszawa 2015 – przedruk z „Palestry” 2014–2015.

<sup>12</sup> P. Sands, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*, London 2016 – zob. recenzję wyżej, s 189–199.

## ADWOKAT KRYSZYNA CHODKIEWICZ (13 LIPCA 1919–18 MAJA 2010 R.)

Długoletnia Kierownik Zespołu Adwokackiego nr 29 w Warszawie przy ul. Mokotowskiej 61/14, współtwórczyni tej siedziby, służącej adwokatom od 1974 r., znacząco wpisała się w utrzymanie dobrego imienia Palestry Warszawskiej, szczególnie jako dobry adwokat, znawczyni prawa cywilnego, spółdzielczego, człowiek prawy i życzliwy ludziom, ceniąca dewizę: *non habere, sed esse*.

Przez pięćdziesiąt lat, do 30 czerwca 2008 r., czynnego wykonywania zawodu adwokata w Warszawie zachowała wyjątkową skromność, wyrozumiałość dla cudzych błędów, pobłażliwość i tolerancję.

Pomagała ludziom, nie potępiała nikogo, wiedząc, że jedynie osobiste doświadczenie może dać prawo do sądów. Miała niezawodne wyczucie wartości – odrzucała to, cokolwiek trąciło fałszem, zakłamaniem, pretensjonalnością.

Pisała świetną polszczyzną, zachwycała wytwornym słownictwem, dykcją, kapitalnym zmysłem obserwacji, co w powiązaniu z wrodzoną elegancją bycia czyniło Ją instytucją samą w sobie, której niewyczerpany kapitał stanowiła Jej niepospolita inteligencja i niepojęty zmysł dobroci.

Była jednym z ostatnich adwokatów – ogniw łączących nas z tym, co jest wspomnieniem wartości polskiej adwokatury. Zakończyły się bowiem także równie ciekawe życiorysy Jej korporacyjnych Kolegów z ZA nr 29: adwokatów Małgorzaty Cholewickiej, Stanisława Dąbrowskiego, Alojzego Jezierskiego, Wacława Limanowskiego, Zofii Puścińskiej, Eugenii Śliwowej, Janusza Szmida, których poznałem w 1982 r, gdy jednogłośnie przyjęli mnie do tego Zespołu.



Przerwane przez II wojnę światową studia w Uniwersytecie Warszawskim Mecenasa Krystyna Chodkiewicz ukończyła w 1952 r. na Wydziale Prawa w zakresie kierunku cywilistycznego. Aplikację w Urzędzie Zastępstwa Prawnego zakończyła egzaminem referendarskim, była radcą prezesa Okręgowej Komisji Arbitrażowej w Warszawie, jednak droga do adwokatury nie była dla Niej prosta, gdyż priorytety przeznaczone były

dla innych warstw społecznych.

Dopiero w dniu 9 lipca 1958 r. przed Dziekanem Stanisławem Garlickim w lokalu Rady Adwokackiej w Warszawie przy ul. Koszykowej 54 Obywatelka Krystyna Małgorzata Chodkiewicz ze Zwierzchowskich, córka Piotra i Heleny Uniewicz, złożyła ślubowanie:

„Ślubuję uroczyście w mojej pracy adwokata przyczynić się ze wszystkich sił do ochrony i umocnienia porządku prawnego Państwa Ludowego, któremu wierności zawsze dochowam, obowiązki adwokata wypełniać gorliwie, sumiennie i zgodnie z przepisami prawa, dochować tajemnicy zawodowej, a w postępowaniu moim kierować się zasadami godności, uczciwości i sprawiedliwości społecznej”.

Ślubowanie adwokackie, jako symbol pełnej akcesji do cieszącej się społecznym prestiżem profesji adwokata, jest obecne w polskim porządku prawnym niemal od pięciu wieków, zainicjowane konstytucją sejmu krakowskiego w 1543 r. (*cit.* dr Grzegorz Maroń).

Tekst ślubowania, choć ulegał zmianom, jednak nigdy nie pominięto w nim obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej i to pozwalało wykonywać ten zawód, także w okresie socjalizmu, godnie i uczciwie.

W realiach ówczesnych, w kraju za żelazną

kurtyną, oddanym we władzę socjalizmu, tylko człowiek miał dar współczucia, zatem winien robić, co może, żeby zmniejszyć sumę cierpień.

Takie głębokie, metafizyczne uzasadnienie tkwiło w postawie ówczesnej adwokatury i te wartości – potrzebę niesienia bliźnim pomocy – niestrudzenie realizowała Mecenas Krystyna Chodkiewicz.

Jej pokolenie podkreślało, że wśród relacji międzyludzkich są takie, które stawiają człowieka wobec specyficznego wyzwania etycznego – gdy człowiek zdaje się na drugiego człowieka: by wyleczył go z choroby, by pomógł uregulować stosunki z innymi ludźmi, by wsparł go w relacjach z Bogiem. Ci, którzy podejmowali się tych zadań, to lekarze, prawnicy, duchowni – to oni, już w starożytności, składali publicznie takie zobowiązanie. Adwokat to bardziej powołanie niż zawód, bo motywacją jest nie tyle honorarium adwokackie, ile poznanie prawdy i czynienie dobra.

Obowiązkiem adwokata jest udzielenie pomocy prawnej – adwokat winien bronić człowieka, a nie przestępstwa.

To kanon etyczny adwokata, który przypominał Jan Paweł II prawnikom polskim: trzeba czynić wszystko, by w każdych warunkach człowiek czuł się broniony, miłowany.

Wspomnienie o Mecenas Krystynie Chodkiewicz, jako osobie o ogromnym uroku, wrażliwości, inteligencji, osobie, która miała potrzebę niesienia bliźnim pomocy, jest przydatne dla młodego pokolenia, któremu otwarcie zawodu adwokata stwarza uludę łatwości jego wykonywania.

Przypomnienie Mecenas Krystyny Chodkiewicz, z trudnego okresu powojennego, zasługuje na uwagę, bo jako adwokat, działający długo w tak niezwykłych okolicznościach dziejowych, zdecydowanie tworzyła wizerunek adwokatury jako, właściwie rozumianej, elity społecznej z zasobem wiedzy i wrażliwości przy niesieniu pomocy prawnej potrzebującym.

Niepospolite poczucie humoru Mecenas Krystyny Chodkiewicz, dla której dobro klienta było naczelnym celem jej zawodowego działania, pozwala na przypomnienie młodemu pokoleniu napisu na grobowcu Ivona z Chartres (zm. 1117 r.), które wskazała mi w czasie objazdu naukowego historyków sztuki Jej córka, Elżbieta Chodkiewicz-Przypkowska:

*Hic iacet sanctus Egidius, advocatus sed non la-tro, res miranda* (tu spoczywa św. Iwo, adwokat, lecz nie zbój, rzecz dziwna).

Zygmunt Sobkiewicz

# Listy do Redakcji

19 czerwca br. wpłynął do redakcji list, w którym czytamy m.in.:

„(...) pamiętam, że swego czasu bardzo duże wrażenie wywarła na mnie informacja, iż w czasie II wojny światowej zginęła ok. połowa polskich adwokatów i – co o wiele bardziej szokuje – ponad 90 proc. polskich aplikantów adwokackich, a wszak ci młodzi i bystrzy ludzie najłatwiej mogliby śmierci uniknąć i żyć potem jako adwokaci, a nie ginąć jako podchorążowie.

Pozwalam sobie załączyć niedługi tekst spisany niedawno przez mojego tatę, emerytowanego adwokata Stefana Płażka, obecnie już 96-letniego, podchorążego AK i wojennego studenta prawa UJ.

Tato jest Waszym pilnym czytelnikiem (przyznaję, że pilniejszym niż ja), więc pomyślałem, że spytam o możliwość opublikowania w „Palestrze” tego tekstu. (...)

[Wspomnienie] opatrzyłem paroma zdaniem mojego wprowadzenia, które wszelako śmiało można skrócić czy usunąć.

Pozostaję z uszanowaniem

dr Stefan Płażek, adwokat w Krakowie”

Czyniąc zadość prośbie Mecenasu dr. Stefana Płażka juniora, mając nadzieję sprawienia przyjemności Jego Ojcu Mecenasowi Stefanowi Płażkowi seniorowi, naszemu stałemu i aktywnemu czytelnikowi, publikujemy Jego wspomnienie o Przyjacielu z czasu okupacji, młodym krakowskim poecie Jerzym Szewczyku, zamordowanym przez Niemców w maju 1944 r.

## Jerzy Szewczyk – „Szarzyński”

*O autorze notatki. W latach 70. ub. wieku świat obiegła wiadomość o pewnym japońskim żołnierzu, który aż do wówczas ukrywał się w jakiejś południowoazjatyckiej dżungli, nie otrzymawszy rozkazu kapitulacji. Powiedziałem wtedy żartem do mojego taty (autora poniższej notatki): „To może i ty byś się wreszcie ujawnił?” Ale wtedy nie zrobił tego, teraz okazuje się, że miał dobrego nosa. W końcu dopiero kilka lat temu złożył raport ze swej wojennej i powojennej działalności, przyjmując zaproszenie krakowskiego IPN. Nigdy też nie starał się o status kombatanta i związane z tym przywileje, całą swą patriotyczną działalność uznał za sprawę prywatnego wyboru. Mimo że świat jego wzorców obyczajowych dawno już przeminął, on to spokojnie ignoruje. Pozostał też człowiekiem bardzo odważnym. Jak to teraz*

*mówi z humorem: „W sierpniu 1980 r. wsiałem do tramwaju nr 4 na placu Wolności, wysiadłem przy Kombinacie Lenina i założyłem tam Solidarność”.*

*Teraz ma 96 lat i kilka dni temu postanowił odświeżyć pamięć swego bohaterskiego przyjaciela z konspiracji, krakowskiego poety Jerzego Szewczyka, którego rocznicę śmierci (27 maja 1944) zawsze bardzo przeżywa. Napisał zatem poniższy tekst i poprosił o jego przesłanie do krakowskiego „Dziennika Polskiego”. Ale organ ten najwidoczniej bardzo krępką jest trzymany za twarz przez zagranicznego właściciela, dwoje dziennikarzy, do których się zwróciłem, nawet nie odpowiedziało. No cóż, jak to się ostatnio w Krakowie o „Dzienniku Polskim” mawia – „taki on teraz polski jak obozy koncentracyjne”. Najwidoczniej obecnie wzorcem dziennikarskim nie może być Jerzy*

*Szewczyk, który za wydawanie wolnej prasy oddał życie, tylko koniunkturalny cwaniaczek Axel Springer – hitlerowski slugus i moralna kanalia.*

*Gdy Niemcy mordowali „Szarzyńskiego”, musieli to zrobić własnymi rękami. Teraz, gdy starają się nie dopuścić do publikacji wspomnienia o nim, nie muszą już sobie własnych rąk brudzić. Jest to bardzo przykre.*

*Dlatego publikuję to tutaj. Stefan Płażek – junior.*

Zbliża się kolejna rocznica śmierci mojego przyjaciela z krakowskich Szarych Szeregów – Jerzego Szewczyka, urodzonego w 1922 roku, a zamordowanego przez Niemców w publicznej egzekucji przy rogu ul. Lubicz i Botanicznej 27 maja 1944 roku.

Jestem zapewne ostatnim żyjącym, znającym tego niezwykłego człowieka, któremu przy tym zawdzięczam życie. A ponieważ, będąc od niego o rok starszy, dobiegam już powoli setki, nie byłoby rzeczą roztropną ociążać się z przypominaniem go współczesnym.

Przed wojną obaj byliśmy harcerzami, ale wtedy nie znaliśmy się jeszcze. Jurek w chwili wybuchu wojny miał 17 lat, zatem podczas okupacji, gdy ja już studiowałem w podziemnej Alma Mater, on jeszcze uzupełniał średnie wykształcenie. Ale mimo mojego starszego wieku i większego na początku doświadczenia, wynikającego z odbytej przeze mnie ochotniczo Kampanii Wrześniowej, to on, a nie ja w późniejszej konspiracji wykazał się większymi kompetencjami i talentami. W wielkim bowiem stopniu posiadał zalety przywódcze i zdolności organizacyjne.

Poznałem go, będąc już zaprzysiężony w Szarych Szeregach, staliśmy się członkami tej samej komórki. Zajmowaliśmy się kolportażem prasy konspiracyjnej, głównie oczywiście Biuletynu Informacyjnego AK, a także samodzielnym wydawaniem pomniejszych tytułów. Naszym, Szarych Szeregów organem prasowym była „Watra”. Jurek objął jej redagowanie. Wydawał też inne tytuły, np. satyryczny periodyk „Na ucho” i opublikował parę tomików wierszy, zarówno własnych, jak i innych młodych poetów. Prasa to była nasza broń. Z jednej strony mieliśmy świadomość jej wagi

i tego, że Niemcy uważali ją za nie mniej groźną od działalności naszych grup dywersyjnych – dowodem tego było intensywne, nieustanne tropienie i zwalczanie nas. Z drugiej wszelako strony mieliśmy żal, że nam zapewne nie przyjdzie walczyć z karabinem w rękę, a perspektywą była śmierć nie w boju, lecz od bestialskich tortur w śledztwie. Wielu naszych kolegów tak zginęło, istnieje przejmujący wiersz Jurka o jednym z nich. Obaj jednak byliśmy też w akowskiej podchorążówce, ucząc się walki zbrojnej zwłaszcza w ramach planu Burza i spodziewanego ogólnokrajowego powstania, Jurek uczestniczył również w paru udanych akcjach ekspropriacyjnych, zdobywając środki na naszą działalność poprzez napady na niemieckie konwoje środków pieniężnych.

Jurek nie wyróżniał się fizycznie. Był wzrostu średniego, o zwyczajnym wyglądzie. Był jednak osobą bardzo sympatyczną i lubianą. Odnaczał się w szczególnym stopniu inteligencją i energią. Ze swoją działalnością poetycką nie afiszował się, mało kto o niej wiedział. Jego matka i ojczym byli stanu robotniczego, mieszkali w Podgórzu, w ich mieszkaniu odbywały się nieraz nasze robocze spotkania. Dopiero później dowiedziałem się, że przed wojną Jurek żył w biedzie i bardzo wcześnie musiał nauczyć się sam zarabiać na swoje utrzymanie. Nigdy bowiem nam o tym nie wspominał. W ogóle zresztą nie pamiętam, by kiedykolwiek się skarżył na swój los, był człowiekiem o silnej godności.

Zastanawiał mnie jego pseudonim konspiracyjny – „Szarzyński”. Nigdy bowiem nie podejrzewałbym w tym młodym i wesołym człowieku zafascynowania poetą tak w twórczości poważnym i odwróconym od doczesności, jakim był Mikołaj Sęp Szarzyński. Może to było przeczucie równie rychłej śmierci. Przy czym zauważam, że obaj ci młodzi poeci mieli ewidentnie powodzenie u płci pięknej.

Ponieważ dzięki przedwojennym jeszcze przyjaciołom dostałem posadę magazyniera w monopolu spirytusowym przy ul. Fabrycznej na Dąbiu, udało mi się tam załatwić zatrudnienie i dla Jurka. Pracował tam jako woźny. Stąd widywaliśmy się niemal każdego dnia. Imał się też róż-

nych innych zajęć, na obwieszczeniu o egzekucji jest wymieniony jako „Puppenspieler” (lalkarz).

Nie wiedziałem, że Jurek jako przywódca naszej komórki był od początku 1944 roku na spotkaniach dowództwa Szarych Szeregów w ramach przygotowywania przez całe AK planu Burza. W maju na skutek donosu konfidenta, który przeniknął do krakowskiej organizacji, Niemcy wkroczyli na jedno z tych spotkań w lokalu przy ul. Grzegórzeckiej. Został aresztowany m.in. komendant krakowskich Szarych Szeregów, Edward Heil. Nigdy go nie poznałem ani nawet nie wiedziałem, komu wyżej podlegaliśmy – takie były reguły konspiracji.

Dowiedziawszy się o aresztowaniu Jurka, ukrywałem się jakiś czas, bo istniała wszak obawa, że na mękach na Pomorskiej wyjawia nasze nazwiska. Ale on nic niemieckim oprawcom nie powiedział, nikogo nie wydał.

Aresztowanie nastąpiło 8 maja 1944, tortury trwały dziewiętnaście dni. 27 maja aresztowani, którzy jeszcze żyli, zostali powieszani u wylotu ul. Botanicznej. Jest tam teraz tablica pamiątkowa z naszą harcerską lilijką. Zamordowany tam również Edward Heil, którego byliśmy podkomendnymi, jest dziś patronem jednej z krakowskich ulic, poznałem też kilkanaście lat temu jego syna. Nie byłem tam w samym momencie egzekucji, Kraków był wtedy nasycony szpiclami, duża ilość mieszkańców w 1944 roku to byli Niemcy i folksdojczce. Byłem tam potem, widziałem wiszącego Jurka i innych. Naokoło stało jeszcze dużo ludzi. Takich publicznych egzekucji było wtedy wiele. Bardzo też często Niemcy mordowali po prostu przypadkowych zakładników.

Ja – cóż, po wkroczeniu Sowietów starałem się kontynuować działalność niepodległościową (teraz się mówi o nas „żołnierze wyklęci”) i w efekcie zimą 1946 znalazłem się w tym samym co Jurek „pensjonacie” przy ul. Pomorskiej, a konkretnie w lochu przy ul. Inwalidów. Tylko że administrator był już inny, bezpieczeństwa. Szczęściem na mnie nie było kwitów, a po referendum w 1947 roku była amnestia, puścili

mnie. Potem czekał takich jak my w socjalistycznym państwie los obywateli gorszej kategorii, jako wrogów ustroju. Teraz wiem z akt IPN, że byłem stale inwigilowany przez dwoje konfidentów bezpieki jeszcze do końca lat 60.

Czasem myślę, że gdyby nawet Jurek dotrwał do końca niemieckiej okupacji, to i tak ze swymi groźnymi talentami i bezkompromisowym patriotyzmem nie miałby wielu szans na długie życie.

W końcu lat 70. zgłosił się do mnie prof. Jerzy Jarowiecki, którego zasługą jest przypomnienie Jurka w publikacjach historycznych poświęconych krakowskiemu podziemiu. Opowiedziałem mu wszystko, co pamiętałem o naszej prasowej działalności, ale sam wolałem wtedy jeszcze pozostać w tych publikacjach pod moim konspiracyjnym pseudonimem – „Gandhi” (dostałem taki nie iżbym miał opory przed strzelaniem, tylko byłem chudy i nosiłem tanie druciane okulary).

Dziś prawie nikt już nie pamięta o młodym bohaterskim poecie z Krakowa. Nie ma on nawet jakiegokolwiek popularnego hasła encyklopedycznego. Nie ma też grobu. Rodzeństwa nie miał (tylko małą przyrodną siostrę), rodziny założyć nie zdążył. Jego koledzy z podziemia też już nie żyją. Ale przynajmniej moje dzieci nigdy nie zapominają się przeżegnać, przechodząc koło miejsca jego śmierci.

Chciałbym, żeby przynajmniej jeszcze jakiś czas o Jurku pamiętano. I żeby istniała świadomość, iż mamy obowiązek dbania o naszą Ojczyznę, albowiem używając słów św. Pawła, „za wielką cenę zostaliśmy nabyci”.

I jeszcze jedno wspomnienie. W czasie okupacji do naszej „Watry” pisywał parokrotnie artykuły pewien młody człowiek, z którym potem po wojnie zawarłem znajomość, gdy obaj zostaliśmy wybrani do zarządu Bratniej Pomocy Studentów (krakowskiej studenckiej organizacji charytatywnej). Przypominał mi on trochę Jurka Szewczyka – niewysoki, dynamiczny, wesoły, pracowity, ideowy. I również poeta.

Nazywał się Karol Wojtyła.

Ale to już jest zupełnie inna historia.

*Stefan Płażek senior (rocznik 1921),  
Muniakowice, 3 maja 2017 roku.*



## TABLE OF CONTENTS

<i>Jan Widacki</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated, A. F. Modrzewski Cracow Academy (Kraków) Expert opinion from polygraph examination in Polish criminal procedure .....	5
<i>Radosław Krajewski</i> , Ph.D. habilitated, professor of Kazimierz Wielki University (Bydgoszcz) Exclusion of cancelling of sentencing for some offences against sexual freedom and decency .....	11
<i>Michał Zacharski</i> , advocate, candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Warszawa–Kraków) Does the Construction of the Continuing Act in Penal Fiscal Code Encompass Unintentional Conducts? .....	19
<i>Michał Prusek</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Silesia University (Katowice) The secrecy of the witness statements in the criminal trial and realization of the constitutional principle of proportionality .....	29
<i>Piotr Soroka</i> , advocate, Ph.D. (Wrocław) Co-ownership in context of damaging and destructing property .....	37
<i>Łukasz Pilarczyk</i> , candidate for doctor's degree of Adam Mickiewicz University (Poznań) The status of a aggrieved party due to a committing a crime against credibility of documents .....	45
<i>Konrad Lipiński</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of University of Wrocław (Wrocław) Attribution of participating in affray or battery by omission .....	55
<i>Paulina Żarnowska-Grabarz</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree University of Łódź (Warszawa–Łódź) Pornography in art and criminal liability of artists – comments on the background of article 202 of Penal Code .....	62
<i>Kornelia Anna Grabowska</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Nicolaus Copernicus University (Olsztyn–Toruń) The right to marry under the condition of imprisonment .....	70
<i>Przemysław Tarwacki</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa) The lawfulness of the decision, which is served by penitentiary court, in the claimants' procedure based on the article 7 of the Executive Penal Code .....	77
<i>Agnieszka Skowron</i> , advocate, assistant of University of Silesia (Katowice) Functions of the detention in the context of the resolution of the Supreme Court from 19 <sup>th</sup> January 2012 (I KZP 18/11) and of the newest amendments to the Criminal Procedure Code .....	91
<i>Anna Juryk</i> , Ph.D., associate professor of Pedagogical University (Kraków) Enforcement of maintenance in Germany and <i>Kindergeld</i> .....	103
<i>Krzysztof Olszak</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of University of Warsaw (Warszawa) Inadmissibility of replacement of the resolution of the shareholders of a limited liability company expressing consent to the disposal of real estate by the judicial decision .....	114
<i>Aleksandra Rychlewska</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Jagiellonian University, (Kraków) Few words on the statutory interpretative directive of <i>in dubio pro tributario</i> .....	127
<i>Cezary Paluchniak</i> (Warszawa) Admissibility of assessment of constitutional control of the "pre-judgment" procedure in Civil Procedure Code in a procedure initiated by the constitutional claim .....	139
<b>GLOSSES</b>	
<i>Tymon Markiewicz</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Catholic University of Lublin (Lublin) Gloss to the decision of Supreme Court of 2 <sup>nd</sup> February 2016, IV KK 337/15 [on an obligatory counsel for the defence of a minor] .....	154

<i>Michał Niedośpiał</i> , Ph.D. (Kraków)	
Gloss to the decision of Supreme Court of 18 <sup>th</sup> March 2015, I CSK 111/14 [on the fact that the right of a soldier to lodging shall not be included in their inheritance] . . . . .	160
<i>Karolina Witczak</i> , candidate for doctor's degree of University of Łódź (Łódź)	
Gloss to the sentence of Supreme Court of 13 <sup>th</sup> April 2016, II KK 3014/15 [on reproducing physical likeness as a feature of a criminal offence from art. 191a of the Criminal Code] . .	164
<i>Michał Piech</i> , advocate (Kraków)	
Gloss to the sentence of Constitutional Tribunal of 25 <sup>th</sup> March 2014, SK 25/13 [the statement of reasons for the decisions on a refusal to initiate an investigation or on its termination]	168
<b>RECENT CASE-LAW</b>	
<i>Monika Strus-Wołos</i> , advocate, Ph.D. (Grójec)	
Review of the case-law of Supreme Court in civil cases . . . . .	173
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , advocate (Warszawa)	
European Court of Human Rights – review of case-law (April–June 2017) . . . . .	177
<b>LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS</b>	
<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa)	
Is it legally acceptable to acquire by prescription a real property over which a right of perpetual usufruct has been established for an entity other than the extended resident of this property? . . . . .	183
<b>LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES</b>	
<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa)	
A pathologist's report or the voice of the American right wing . . . . .	185
<b>REVIEWS AND NOTES</b>	
Philippe Sands, <i>East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity</i> , <i>Patryk Gacka</i> (Warszawa) . . . . .	189
Marek Antoni Nowicki, <i>Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka</i> (Around the European Convention. A comment on the European Convention on Human Rights)	
<i>Justyna Metelska</i> , advocate (Warszawa) . . . . .	199
<i>Ochrona prawna konsumenta na rynku mediów elektronicznych</i> (Legal protection of a consumer on the market of electronic media), edited by Maria Królikowska-Olczak, Beata Pachucca-Smulska	
<i>Katarzyna Sikora</i> , candidate for doctor's degree of A. F. Modrzewski Cracow Academy (Kraków) . . . . .	200
<b>THE BAR CHRONICLE</b>	
Plenary meetings of Polish Bar Council . . . . .	206
From the meetings of Polish Bar Council's Presidium . . . . .	208
Breaking news . . . . .	209
<b>VARIA</b>	
Music helps to cherish the memory	
<i>Anna Woźniakowska</i> (Kraków) . . . . .	210
Marek Antoni Nowicki, advocate, honoured with the Cross of Freedom and Solidarity . . .	212
<b>COLUMNS OF MEMORY</b>	
The two Lauterpachts: Elihu (1928–2017) and Hersch (1897–1960)	
<i>Philippe Sands</i> , barrister, QC, prof. Ph.D., London University College (London)	
<i>Adam Redzik</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of University of Warsaw (Warszawa) .	213
Krystyna Chodkiewicz, advocate (13 <sup>th</sup> July 1919–18 <sup>th</sup> May 2010)	
<i>Zygmunt Sobkiewicz</i> , advocate (Warszawa) . . . . .	218
<b>LETTERS TO EDITORS</b>	
Jerzy Szewczyk – “Szarzyński”	
<i>Stefan Płażek</i> , senior, advocate (Kraków) . . . . .	220

## Informacje dla autorów

W „Palestrze” publikujemy artykuły naukowe, artykuły praktyczne, glosy, przeglądy orzecznictwa, recenzje, sprawozdania oraz teksty informacyjne. Czasopismo sprofilowane jest na szeroko ujęte prawo sądowe, czyli materialne i procesowe prawo cywilne (w tym prawo handlowe, prawo własności intelektualnej oraz prawo pracy) oraz materialne i procesowe prawo karne. Podejmowane są również zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz międzynarodowego, a także historyczno-prawne, ale dotyczące szeroko ujętej adwokatury.

Z uwagi na liczebność nadsyłanych opracowań, ich różnorodność i niejednorodność wprowadzone zostały wymogi wobec przesyłanego materiału w zakresie objętości oraz sposobu prezentacji treści, w tym konstrukcji odsyłaczy. Artykuły naukowe nie powinny przekraczać 10 stron tekstu (1 strona = 1800 znaków). Objętość glos to 5–8 stron, recenzji 2–5 stron, a sprawozdań i tekstów informacyjnych 1–3 stron.

Teksty prosimy przysyłać drogą elektroniczną na e-mail: redakcja@palestra.pl, ewentualnie tradycyjną drogą pocztową (ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa) z wydrukiem oraz edytowalną wersją elektroniczną na płycie CD lub DVD. Do artykułów (z pominięciem glos, recenzji, sprawozdań i tekstów informacyjnych) należy dodać tytuł w języku angielskim, streszczenie w językach angielskim i polskim (do 600 znaków), pojęcia kluczowe (również w językach angielskim i polskim). Wszystkie teksty należy zaopatrzyć w krótką informację o autorze/autorach (status zawodowy i naukowy, dane adresowe, numer telefonu) oraz oświadczenie, że tekst nie został przedstawiony innej redakcji.

Prosimy o jednolite wstawianie przypisów na dole strony, według następujących zasad. Książkę cytujemy wg wzorca: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, Warszawa, C.H. Beck 2009, s. 112. Gdy książka posiada wielu autorów, a jest pod redakcją jednego, wskazujemy cytowanego autora oraz stronę w redagowanej książce według wzorca: E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste*, (w:) Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 13 – *Prawo autorskie*, red. J. Barta, wyd. 2, Warszawa, C.H. Beck 2007, s. 239. Artykuł w czasopiśmie proszę powoływać w sposób następujący: pierwsza litera imienia, nazwisko, tytuł kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie lub jego skrót (np. KKP, PiP, PPIA), rok wydawniczy, numer zeszytu oraz strony – wszystkie elementy oddzielone przecinkiem (np. M. Filar, *Pierwsze – nie mieszać*, „Palestra” 2012, nr 7–8, s. 215–216). W przypadku kolejnego przywołania cytowanej wcześniej pozycji proszę wpisać pierwszą literę imienia, nazwisko, początek tytułu (kursywą) oraz strony (np. M. Filar, *Pierwsze*, s. 215). Gdy cytujemy tę samą pozycję, co w przypisie poprzednim proszę wpisać słowo „Tamże” oraz numer strony (Tamże, s. 216). W przypadku publikacji elektronicznych proszę podać – oprócz autora i tytułu – adres strony internetowej oraz – w nawiasie kwadratowym – datę dostępu. Dodatkowe informacje znajdują Państwo na naszej stronie internetowej ([www.palestra.pl](http://www.palestra.pl)).

Wszystkie teksty przesyłane do redakcji poddawane są recenzjom. W przypadku artykułów i glos są to recenzje wewnętrzna i zewnętrzna. Wynik recenzji wpływa na decyzję o skierowaniu tekstu do druku.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania, wynikających z opracowania redakcyjnego, zmian w tekstach przyjętych do druku. Nadesłanie tekstu z zamiarem opublikowania go w „Palestrze” jest tożsame z udzieleniem zgody na publikację w Internecie. Tekstów niezamówionych nie zwracamy.

*W numerze między innymi:*

**JAN WIDACKI**

Opinia z badań poligraficznych w procesie karnym

**RADOSŁAW KRAJEWSKI**

Wyłączenie zatarcia skazania za niektóre przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności

**MICHAŁ PRUSEK**

Utajnienie zeznań świadka w procesie karnym a realizacja konstytucyjnej zasady proporcjonalności

**MICHAŁ ZACHARSKI**

Czy konstrukcja czynu ciągłego w Kodeksie karnym skarbowym obejmuje zachowania nieumyślne?

**AGNIESZKA SKOWRON**

Funkcje tymczasowego aresztowania ...

**ANNA JURYK**

Egzekucja alimentów w Niemczech a *Kindergeld*

**ALEKSANDRA RYCHLEWSKA**

O ustawowej dyrektywie interpretacyjnej *in dubio pro tributario* słów kilka

**PHILIPPE SANDS, ADAM REDZIK**

Lauterpachtów dwóch: Elihu i Hersch