

wrzesień

9/2018

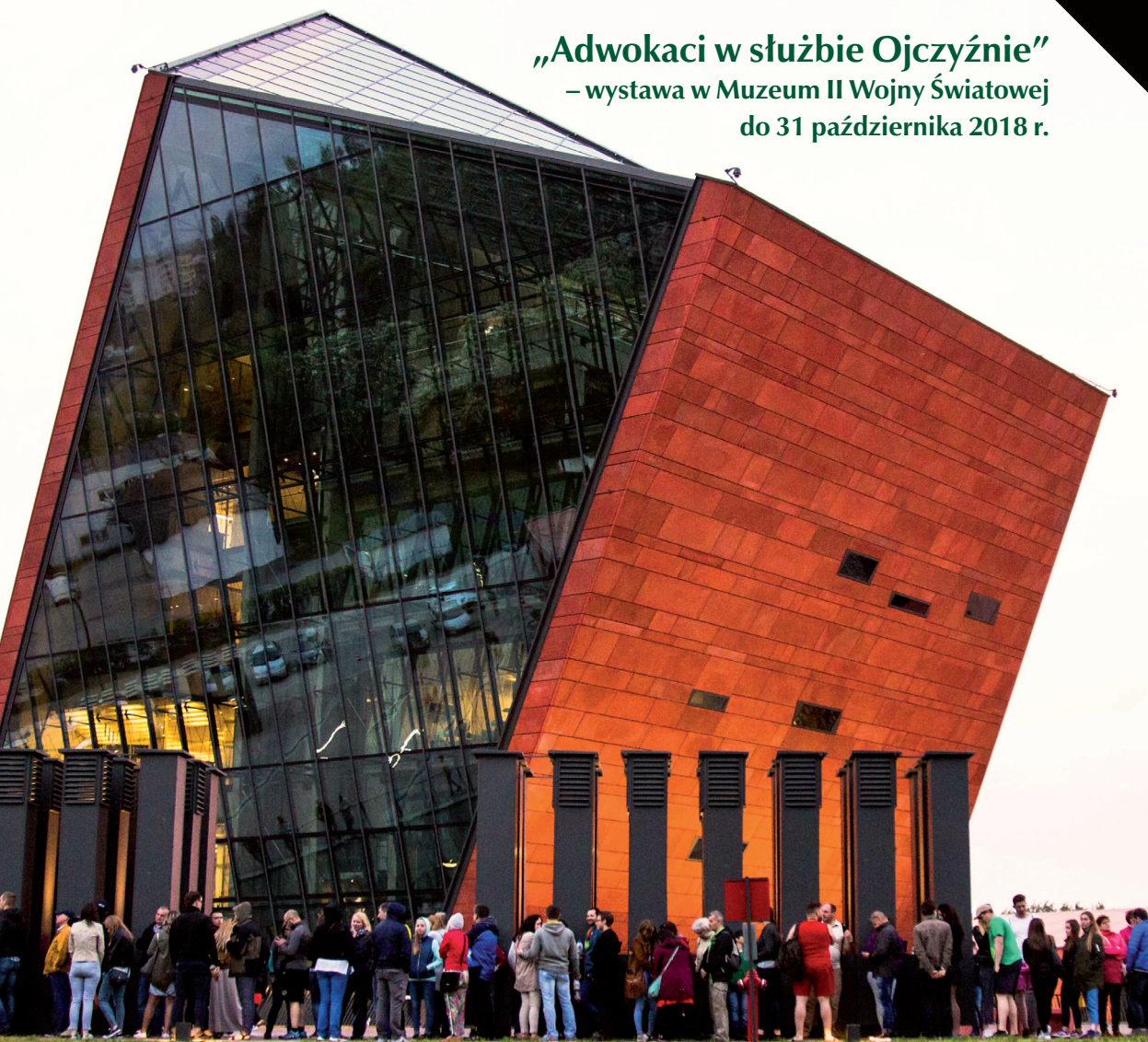


PALESTINA

Pismo Adwokatury Polskiej

„Adwokaci w służbie Ojczyźnie”

– wystawa w Muzeum II Wojny Światowej
do 31 października 2018 r.



100 LAT
ODRODZONEJ
ADWOKATURY
POLSKIEJ

Od 9 września do 31 października 2018 r. w sali wystaw czasowych Muzeum II Wojny Światowej (poziom -3) eksponowana jest wystawa „Adwokaci w służbie Ojczyźnie”, przygotowana w związku z obchodami 100-lecia Odrodzonej Adwokatury Polskiej. Organizatorami wystawy są Muzeum II Wojny Światowej oraz Naczelna Rada Adwokacka.

Na wystawie ukazano wkład Adwokatury Polskiej w odbudowę Państwa Polskiego, w walkę z okupantem w czasie II wojny światowej i w walkę o prawa obywatelskie i prawa człowieka w okresie tzw. Polski Ludowej. Szerzej na temat wystawy zob. s. 133–137.

Serdecznie zapraszamy.

Adwokat

CZESŁAW JAWORSKI

1934-2018

Redaktor naczelny „Palestry”

1990-1992, 2010-2018



Z głębokim smutkiem informujemy
o śmierci redaktora naczelnego
adwokata Czesława Jaworskiego

wybitnego prawnika, który Adwokaturę uczynił na niemal sześćdziesiąt lat
swoją Miłością i Obecnością,

odważnego obrońcy w licznych procesach politycznych okresu
Polski Ludowej oraz w skomplikowanych procesach karnych i lustracyjnych
w Trzeciej Rzeczypospolitej,

prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej (1995–2001),

powszechnie szanowanego autorytetu prawniczego zatroskanego
o Adwokaturę, wymiar sprawiedliwości, o Polskę,

prawego i życzliwego każdemu Człowieka,

redaktora naczelnego, który wprowadzał „Palestrę”
w Trzecią Rzeczpospolitą (1990–1992)
i poświęcał się jej w ostatnich latach (2010–2018).

Będzie nam brakowało mądrych rad i niedokończonych rozmów
o prawie, rzeczywistości dnia codziennego, o pasjach sportowych
i krajoznawczych.

Łączymy się w bólu z Panią Elżbietą,

z Córką Małgorzatą z Rodziną,

z Synem adw. Piotrem z Rodziną

i wszystkimi Bliskimi

R.I.P.

Kolegium, Redakcja

ADWOKAT SPEŁNIONY

[...]

Bez pana palestra już nie będzie taka sama.

Ona już od jakiegoś czasu ma całkiem nowe oblicze. A to za sprawą ogromnej rzeszy młodych ludzi, którzy zasilili jej szeregi. To nowe pokolenie inaczej patrzy na pewne sprawy, ma inne priorytety. Sąd także już nie ten, do którego przez lata przywykłem. Młodzi sędziowie mają lepszy kontakt z adwokacką młodzieżą.

Studia prawnicze rozpoczął pan w samym środku epoki stalinowskiej. Skąd ten wybór? W tamtych czasach nie był to najbardziej perspektywiczny kierunek.

Miałem niespełna 18 lat i byłem średnio uzdolniony do wszystkich przedmiotów. Mój nauczyciel fizyki w warszawskim liceum im. Rejtana był np. przekonany, że powinienem pójść na politechnikę. Mnie jednak ciągnęło do prawa, choć nie umiem wytłumaczyć, dlaczego. W rodzinie żadnego prawnika nie miałem.

A dlaczego adwokatura?

Wtedy funkcjonowały nakazy pracy. Po skończeniu prawa chciałem pójść do sądu, ale z pewnych powodów, które dziś uznalibyśmy za polityczne, zostałem skreślony. Wziąłem więc nakaz pracy do adwokatury, która w takiej sytuacji wydawała mi się najrozsądniejszym rozwiązaniem. Z tym że początkowo nie pozwolono mi pozostać w stolicy i tak wylądowałem na aplikacji w Olsztynie.

Czytałem niedawno książkę Krzysztofa Piesiewicza, który wspominał, że gdy on był aplikantem, na roku było kilkanaście osób. A w Olsztynie?

Z tego, co pamiętam, było nas pięciu lub sześciu. Ja w każdym razie miałem legitymację nr 5. Zachowałem ją na pamiątkę do dziś. Izba Olsztyńska była nowa, powołano ją w styczniu 1951 r.

Warunki do nauki adwokackiego rzemiosła nieporównywalne z obecnymi.

To prawda. Funkcjonujące wówczas zespoły adwokackie w miejsce dzisiejszych indywidualnych kancelarii miały z kolei tę zaletę, że umożliwiały kontakt z szerokim gronem kolegów, można było podpatrywać wielu znakomitych adwokatów.

A kto był pana patronem?

Pierwszym, w Olsztynie, był dziekan tamtejszej rady adw. Stefan Gąsiorowski. Wspaniały człowiek. To że byłem absolwentem prawa UW tuż po ukończeniu studiów, mogło mieć pewne znaczenie, że dziekan wziął mnie pod swoje skrzydła. Gdy po półtora roku udało mi się przenieść do Warszawy, miałem dwóch patronów – byłego wiceprezesa sądu wojewódzkiego dr Marcela Różyńskiego i Mieczysława Freudenheima. Też niezwykłych ludzi.

To oni zaszczepili w panu pasję do prawa karnego?

Raczej pogłębili. Już na studiach zainteresowała mnie ta dziedzina, pracę magisterską pisałem z procedury karnej.

Ale jeszcze jako aplikant został pan radcą prawnym.

Tak, przyjąłem odpowiedzialną funkcję radcy w Wojewódzkim Związku Spółdzielczości Pracy, a później także w MHD Stare Miasto. Zatem kończąc aplikację byłem nieźle przygotowany zarówno z dziedziny prawa karnego, jak i cywilnego.

Karne jednak zwyciężyło.

Dawało większe możliwości, było bardziej pociągające. W sprawach karnych koncentrują się wszystkie najważniejsze – od strony negatywnej – wydarzenia w kraju.

A czy ta specjalizacja była też bardziej atrakcyjna finansowo?

Wręcz przeciwnie. Gdy rozpoczynałem praktykę adwokacką, stawki były z góry określone i to na niskim poziomie. Na lepsze

zarobki mogli liczyć adwokaci prowadzący sprawy cywilne, w których wynagrodzenie było uzależnione od wartości sporu.

Pamięta pan swoją pierwszą sprawę w sądzie?

Pamiętam. Proces toczył się w Kętrzynie, chodziło o bójkę, ja broniłem jednego z kilku współoskarżonych. Mój patron znał dobrze prezesa tamtejszego sądu, a że bardzo o mnie dbał, to gdy miałem po raz pierwszy wziąć udział w rozprawie, zadzwonił i poprosił, by ten prezes spoglądał życzliwym okiem na ewentualne moje potknięcia czy niedociągnięcia. Poradziłem sobie chyba całkiem niezłe, bo mój klient jako jedyny został uniewinniony. Nawet patron był trochę zaskoczony.

A miał pan tremę po raz pierwszy zabierając głos na sali sądowej?

Nieprawdopodobną. Przygotowywałem się przez wiele dni, zapisałem parę zeszytów pytań, z których oczywiście potem nie skorzystałem, miałem przygotowane przemówienie, a jak sędzia udzielił mi głosu, poczułem pustkę w głowie. Przez dobrą minutę skrupulatnie odsuwałem i ustawiałem krzesło, by zdążyć zebrać myśli i odzyskać dyspozycję.

Potem były sprawy o pobicia, zabójstwa, różnego rodzaju malwersacje, a nawet jedna o molestowanie, ale prawdziwą renome zyskał pan występując w głośnym procesie o... grzejnik.

W latach 60. kilkunastu wybitnej klasy polskich rzemieślników inżynierów opracowało oryginalną technologię budowy grzejników kolejowych, która nie odbiegała od nowoczesnych światowych standardów. Prokuratura, opierając się na ekspertyzcie biegłych, zarzuciła im, że grzejniki są sprzedawane zbyt drogo, co oznaczało działanie na szkodę gospodarki społecznej i wyłudzenie znacznych korzyści. To były bardzo poważne zarzuty, oskarżonym groziło od pięciu lat nawet dożywocia. Ja broniłem głównego oskarżonego, któremu, ku zaskoczeniu obecnych na sali rozpraw,

zadałem tylko jedno pytanie: czy stosując materiały o parametrach określonych w opinii biegłych da się zbudować taki grzejnik, jak jego. On stwierdził, że da się zmontować najwyżej domową kuchenkę. W toku dalszych przesłuchań ekspertyza została podważona, biegli przyznali się do błędu, a sędzia wydał wyrok uniewinniający. Biorąc pod uwagę kaliber sprawy i realia epoki, była to sensacja. Tak już na marginesie dodam, że proces toczył się przez pół roku, pięć dni w tygodniu.

Sędzia chyba sporo ryzykował. Nie jest tajemnicą, że partia pilnowała, by zwłaszcza w sprawach gospodarczych zapadały wyroki skazujące, i to surowe.

To prawda. Wystarczy przywołać historię wybitnego sędziego Michała Kulczyckiego, który po tym, jak wydał wyrok niezgodny z oczekiwaniami czynników politycznych (chodziło o tzw. aferę skórzaną - red.), stracił stanowisko prezesa sądu w Warszawie i został zesłany gdzieś w teren jako szeregowy sędzia. Wówczas hołdowano pozytywistycznej teorii prawa, które musi być stosowane nawet, gdy jest niesprawiedliwe.

A zdarzyło się, by jakiś sędzia pana bardzo pozytywnie zaskoczył, znajdując salomonowe wyjście mimo niesprzyjających okoliczności?

Tu przypomina mi się historia pewnego kioskarza. Ów człowiek przez 2 dni nie odprowadzał utargu, za zgromadzoną kwotę kupił samochód marki Warszawa, następnie sprzedał go z zyskiem, a należny utarg zwrócił do kasy. Prokurator zażądał dla niego 15 lat więzienia jako karę za zagarnięcie mienia. Sędzia Waław Sutkowski, zresztą mój kolega z roku, późniejszy prezes izby cywilnej Sądu Najwyższego, odstąpił od tego rodzaju koncepcji uznając, że to było czasowe przetrzymanie mienia i przekroczenie uprawnień. Skończyło się na łagodnej karze pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

W sprawach związanych z tzw. aferą mięsną też pan uczestniczył?

W bardzo wielu, na szczęście nie w tej, w której orzeczona została kara śmierci. W pewnym momencie, choć byłem młodym adwokatem, trudne sprawy gospodarcze stały się moją specjalnością. To było pokłosie tego procesu o grzejnik, który miał zresztą dalszą historię, bo po wielu proceduralnych bojach udało się mi wywalczyć dla klienta zwrot willi zajętej przez skarbowkę, która nałożyła domiar. Bronilem np. jednego z oskarżonych w głośnej na przełomie lat. 60 i 70. aferze dewizowej. Ze średnim skutkiem, bo zapadł wyrok 25 lat więzienia. Mojemu klientowi za kratami przydarzyła się dość zabawna przygoda. Miał kłopoty z zębami, więc został przewieziony z ul. Rakowieckiej w Warszawie do Siedlec. Do tamtejszego zakładu rzadko trafiał ktoś z tak wysoką karą, więc naczelnik postanowił osobiście poznać delikwenta. Zdziwił się nieco, gdy wprowadzono mu typowego delikatnego inteligenta w okularach, ale nie zrażony zapytał: „Kogo zarębałeś”? Był pewien, że 25 lat mógł dostać tylko zabójca. Słyszając zaprzeczenie poprosił, by mu dokładnie opowiedzieć szczegóły sprawy i ostatecznie stwierdził: „Panie, gdybym ja był premierem, to pan byłbyś u mnie ministrem handlu zagranicznego, a nie siedział w więzieniu”. Takie to wówczas były przestępstwa gospodarcze.

Czy wtedy adwokaci prowadzili więcej spraw, czy dziś?

Teraz bierze się trzy, cztery sprawy w miesiącu, wtedy nawet kilkanaście. Ja rocznie prowadziłem ich ok. 120.

Kiedy wśród nich pojawiły się te polityczne?

Pierwszych porad udzielałem po 1968 r., ale wówczas nie wiązało się to jeszcze z obroną w sądzie, chodziło o konsultacje. Na dużą skalę sprawy polityczne pojawiły się po 1980 r., szczególnie po wprowadzeniu stanu wojennego.

Nie miał pan obaw przed ich przyjmowaniem?

Dla mnie było czymś naturalnym, że nale-

ży się nimi zajmować, nie słyszałem zresztą, by adwokaci, przynajmniej w izbie warszawskiej, odmawiali obron w tych sprawach. Traktowaliśmy to przede wszystkim jako obowiązek obywatelski i patriotyczny. Znamienne jest, że nazajutrz po wprowadzeniu stanu wojennego członkowie Rady Adwokackiej w Warszawie spontanicznie zebrali się w pokoju adwokackim w sądzie, gdzie podjęta została uchwała będąca swoistym protestem przeciwko stanowi wojennemu. Zobowiązała też obrońców do bezwzględnej obrony praw człowieka i obywatela.

Jako obrońca w procesach politycznych miał pan ponoć szczęście do sędziów.

Proszę sobie wyobrazić, że we wszystkich prócz jednego procesach, w których broniłem w okresie stanu wojennego, zapadły albo wyroki uniewinniające, albo łagodne wymiary kary z warunkowym zawieszeniem. Czasem orzeczenia były naprawdę zaskakujące. Bronilem kiedyś wspólnie z adw. Maciejem Dubois studentki złapanej 17 grudnia 1981 r. podczas rozlepiania plakatów. Przebieg procesu wskazywał, że zapadnie łagodny wyrok, ale my martwiliśmy się, że dziewczyna nie będzie mogła wrócić na uczelnię. Wtedy takie osoby masowo relegowano ze studiów. Zgłosiliśmy więc wniosek, by w ramach kary pozbawienia wolności wymierzonej z warunkowym zawieszenia jej wykonania sąd zobowiązał naszą klientkę do dalszej nauki. I sędzia, kapitan wojska polskiego, ten wniosek uwzględnił. Później uczelniana komisja dyscyplinarna, która oczywiście się zebrała, była związana wyrokiem sądu. A tamta studentka dziś jest świetnym psychologiem.

A ten jeden skazujący wyrok?

Dostałem z urzędu sprawę ZOMO-wca złapanego na kradzieży wódki. W tym przypadku mój klient trafił za kraty, ale bodaj tylko na rok, zamiast, jak chciał prokurator, na trzy lata.

Niedawno spory ferment wywołał pewien warszawski adwokat publicznie piętnując kolegę po fachu za reprezentowanie

domniemanego terrorysty i wywalczenie dla niego w Strasburgu odszkodowania, które Polska będzie musiała zapłacić. Bo takiej sprawy po prostu nie należało przyjmować.

Taka opinia świadczy o niezrozumieniu istoty adwokatury. Już w okresie międzywojennym obowiązywał pogląd, z którym ja się zgadzam, że w pewnych sytuacjach adwokat może odmówić przyjęcia sprawy, a w innych wręcz odwrotnie – nie wolno mu tego zrobić. W pierwszym przypadku chodzi o sprawy raczej z zakresu prawa cywilnego, w drugim – właśnie o sprawy karne. Bo tu idzie o realizację konstytucyjnego prawa człowieka do obrony jego wolności, czci, mienia, a nawet życia. Tylko bardzo ważny powód może przesądzić o odmowie przyjęcia sprawy. W sprawie karnej nie ma dla obrońcy ważniejszego interesu niż interes klienta.

A panu zdarzyło się odesłać z kwitkiem oskarżonego w sprawie karnej?

Nie przyjmowałem spraw o gwałt zbiorowy. Jako ojciec dorastającej córki czułem, że im nie podołam i nie będę potrafił zaangażować się w sposób, jakiego klient by oczekiwał.

W ostatnich kilkunastu latach pana nazwisko pojawiało się w wielu procesach z pierwszych stron gazet. Poseł, oskarżeni w aferze FOZZ, prezes PZU Życie, senator, minister, prezydent itd. Jak się pozyskuje klientów z najwyższej półki?

W wielu tych przypadkach dołączałem do już pracującej grupy adwokatów uważających, że moja osoba może przyczynić się do wzmocnienia ławy obrończej.

Brzmi to skromnie, a słyszałam, że tylko pan potrafi raz przeczytać akta i od razu sformułować wnioski, nad którymi inni głowią się tygodniami.

Rzeczywiście, analiza akt nieźle mi wychodzi. Poza tym uchodzę, chyba nie bez powodu, za pracusia (uśmiech). Proszę pamiętać, że wbrew pozorom praca adwokata nie polega tylko na występowaniu przed

sądem, ale w istotnej mierze na drobiazgowym przygotowaniu sprawy, najlepiej od samego jej początku.

Ale to pan był w latach 60. jednym ze współorganizatorów Studium Wymowy Sądowej dla studentów prawa na Uniwersytecie Warszawskim.

Głównym architektem tego pomysłu był wybitny adwokat Witold Bayer, twórca Ośrodka Badawczego Adwokatury. To był bardzo ciekawy projekt. Język polski był wówczas straszliwie kaleczony – w gazetach, w telewizji, przez przedstawicieli władzy, co rzutowało na język oficjalny, w tym sądowy. My, adwokaci, oraz środowisko aktorskie zmówiliśmy się, by jakoś temu zaradzić. Studenci mieli okazję uczyć się dykcji, modulacji głosu, operowania mimiką od Świderskiego, Holoubka, Bardinięgo, Mazurowej. A najlepsi adwokaci, m.in. de Virion, Krzemiński, Rościszewski, Piesiewicz, Wende prowadzili wykłady o sposobie konstruowania przemówienia w danym rodzaju postępowania, znaczeniu adwokata w życiu publicznym itd. Przychodziły tłumy.

Przy okazji walki o piękną polszczyznę został pan gwiazdą telewizji.

Bez przesady. Rzeczywiście przydarzyła mi się zabawna sytuacja. Gdy byłem szefem szkolenia aplikantów adwokackich i doskonalenia zawodowego adwokatów, nagraliśmy dla 2 programu telewizji serię audycji poświęconych wymowie. Konwencja była taka, że aplikanci wygłaszali przemówienia „sądowe”, a powołane jury je oceniało. Moja rola sprowadzała się do bardzo krótkiej wypowiedzi wprowadzającej i półminutowego podsumowania na koniec programu. Ktoregoś dnia siedzę w restauracji z moim przyjacielem, obydwaj jesteśmy w stroju i nastroju działkowym, a tu podchodzi do mnie pani kelnerka i mówi: „Panie mecenasie, czy ja bym mogła z panem porozmawiać?”. Pytam, skąd wie, że jestem adwokatem, a ona odpowiada: „Przecież pan występował w telewizji!”. Zrozumiałem wówczas, jak potężną siłą stanowią środki masowego

przekazu. Przy okazji warto wskazać na rolę samorządu adwokackiego, który zawsze stara się wychodzić z wieloma różnymi inicjatywami adresowanymi nie tylko do naszego środowiska.

Toczy się obecnie dyskusja wokół wpisania do ustawy – Prawo o adwokaturze zapisu o możliwości odwołania się do Boga pod-

czas ślubowania adwokackiego. Czy pana zdaniem taka regulacja jest potrzebna?

Na pewno nie zaszkodzi. Przy okazji tej dyskusji życzyłbym sobie również, abyśmy my adwokaci w swojej praktyce zawodowej – i nie tylko – zwracali również uwagę na ważne zobowiązania wynikające z roty ślubowania.

Rozmawiała *Ewa Szadkowska*

Rozmowa ukazała się w tygodniku „Prawnik” DGP z 5–7 września 2014 r., nr 172 (3813), s. C2–C3.

Dziękujemy redakcji DGP za zgodę na przedruk.

Obszerny życiorys Mecenasa Czesława Jaworskiego został opublikowany w dedykowanym Mu specjalnym zeszycie „Palestry” (nr 9 z 2014 r.), wydanym z okazji 80. urodzin i 50-lecia pracy w samorządzie.

* * *

(Czesławowi Jaworskiemu na pożegnanie)

* * *

Zbudź się i wstawaj! To nic, że są kraty,
Ciężkie kajdany i zbrojni strażnicy
Uchwycić się mocno mej ręki – zobaczysz,
Wkrótce cię Światło do wolnych zaliczy

Pamiętasz przecież Stanze Rafaela:
Mocarny anioł, blask pomarańczowy
I Święty Rybak, jak wychodzi z cienia
Cudowną siłą zrzuciwszy okowy

Ocknij się! Usłysz radość „Alleluja!”
Haendla „Mesjaszem” wzrastającą w ciszę
Już się nie lękaj. Poczuj, jak pulsuje
Serce co Prawdę w Tobie wykołysze

Ewa Stawicka



wrzesień

9/2018

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 LXIII nr 731



Naczelna Rada Adwokacka

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Redaktor Naczelny: Czesław Jaworski
Zastępca Redaktora Naczelnego: Adam Redzik

Kolegium:

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

Na okładce Gmach Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku
fot. Mikołaj Bujak/Muzeum II Wojny Światowej

Przygotowanie okładki do druku: Artur Tabaka

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

Ark. wyd.: 11,8. Nakład: 9700 egz.
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe.

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

Spis treści

Adwokat spełniony – wywiad z adw. Czesławem Jaworskim z 2004 r. przeprowadziła <i>Ewa Szadkowska</i>	3
<i>Ewa Stawicka</i> , adwokat (Warszawa) Czesławowi Jaworskiemu na pożegnanie	7
<i>Teodor Szymanowski</i> , prof. dr hab. (Warszawa) Zmiany w przestępczości w Polsce w okresie po odzyskaniu niezależności oraz ewolucja polityki karnej w tym okresie w świetle danych statystycznych	13
<i>Dagmara Gruszecka</i> , adwokat, dr, adiunkt UW (Wrocław) Podstawy skargi nadzwyczajnej w sprawach karnych – uwagi w kontekście „wypełniania luk w systemie środków zaskarżenia”	27
<i>Magdalena Kowalewska-Łukuć</i> , dr, adiunkt UŚ (Katowice) Konfiskata rozszerzona oraz przepadek przedsiębiorstwa – kilka refleksji po roku obo- wiązywania znowelizowanych przepisów Kodeksu karnego	41
<i>Stawomir Joachimiak</i> , dr, asystent sędziego SO (Kalisz) Pojęcie zakazu wstępu na imprezę masową a zasady prawidłowej legislacji	47
<i>Tomasz Połetek</i> , adwokat, doktorant UJ (Warszawa–Kraków) Czynna legitymacja procesowa członków konsorcjum w zamówieniach publicznych ..	56
<i>Anna Wolska-Bagińska</i> , dr, prokurator PR (Gdynia) Ochrona praw i wolności nieletniego a Rejestr Sprawców Przepęstw na Tle Seksualnym .	63
<i>Michał Długosz</i> , dr (Warszawa) Przestępstwo dzieciobójstwa z perspektywy Konstytucji RP	71
<i>Agnieszka Szczekala</i> , radca prawny, dr, adiunkt, UMCS (Lublin) Nadużycie prawa podmiotowego w stosunkach niemajątkowych między małżonkami – zagadnienia wybrane	78

Głosy

<i>Aleksandra Nowosad</i> , dr, adiunkt UMCS (Lublin) Głos do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 25 stycznia 2018 r., I KZP 11/17 [o karze łącznej]	88
<i>Stanisław Łagodziński</i> , dr, prokurator w st. spocz. (Olsztyn) Głos do wyroku Sądu Najwyższego z 22 marca 2017 r., III KK 349/16 [o kradzieży z włamaniem]	95
<i>Tadeusz Felski</i> , adwokat, dr (Toruń) Głos do wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 2 stycznia 2018 r., V ACa 577/16 [o zmianie podstawy faktycznej powództwa w postępowaniu apelacyjnym]	104

Najnowsze orzecznictwo	
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , adwokat, doradca Misji OBWE w Kosowie (Warszawa) Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (kwiecień–czerwiec 2018 r.)	109
Problematyka wypadków drogowych	
<i>Wojciech Kotowski</i> (Warszawa) Czy rażące naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów?	114
Gawędy adwokata bibliofila	
<i>Andrzej Tomaszek</i> , adwokat (Warszawa) Światowy bestseller o człowieku myślącym	119
Recenzje i noty recenzyjne	
Petr Toman, Ondřej Šebesta, <i>Nestoři české advokacie</i> <i>Ewa Stawicka</i> , adwokat (Warszawa)	124
Kronika adwokatury	
Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej	126
Wystawa „Adwokatura w służbie Ojczyźnie” w Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku, 9 czerwca–31 października 2018 r. <i>Andrzej Stoga</i> , dr (Warszawa)	133
Szpalty pamięci	
Adwokat Ewa Juszek-Pałubska (1948–2018) <i>Adam Redzik</i> , adwokat, dr hab., prof. UW (Warszawa)	138
Varia	
Upamiętnienie adwokata prof. Maurycego Allerhanda w Rzeszowie <i>Andrzej Grzywacz</i> , adwokat (Rzeszów)	141
Roczny program Centrum Prawa Amerykańskiego UW	142
Table of contents	143

ZMIANY W PRZESTĘPCZOŚCI W POLSCE W OKRESIE PO ODZYSKANIU NIEZALEŻNOŚCI ORAZ EWOLUCJA POLITYKI KARNEJ W TYM OKRESIE W ŚWIETLE DANYCH STATYSTYCZNYCH

I. NOWE INFORMACJE DOTYCZĄCE PRZESTĘPCZOŚCI

Artykuł ten zaczęły nietypowo, informując o wydaniu przez Ministerstwo Sprawiedliwości w 2017 r. bardzo ważnych i obszernych informacji dotyczących stanu przestępczości i zastosowanych orzeczeń przez sądy w reakcji na udowodnione naruszenia prawa karnego. Zwrócenie uwagi na to nowatorskie przedsięwzięcie jest podyktowane jego znaczeniem dla kształcenia przyszłych prawników oraz dostarczeniem ważnych danych dla badań naukowych oraz dozoru elektronicznego w realizowaniu zadań polityki karnej przez sądy oraz przedstawicieli organów wykonujących orzeczenia sądów, np. kuratorów sądowych, funkcjonariuszy SW, organów egzekucyjnych.

Do najważniejszych informacji należy zaliczyć:

- *Prawomocne skazania osób dorosłych w latach 1946–2016*, obejmujące okres 70 lat, oraz bardziej szczegółowe opracowanie pt. *Statystyka sądowa. Prawomocne skazania osób dorosłych w latach 2012–2016*.
- *Statystyka sądowa – sprawy nieletnich i prawomocne orzeczenia w latach 2010–2016*.
- *Postępowanie mediacyjne w sprawach karnych w świetle danych statystycznych, dotyczących sądów rejonowych i okręgowych w latach 2006–2017*, wyd. w 2018 r.

Oprócz wymienionych publikacji w Ministerstwie Sprawiedliwości są również dostępne inne dane ważne i interesujące, dotyczące wykonywania orzeczeń sądów karnych oraz specjalne opracowanie z ostatnich lat danych

ukazujących recydywę skazanych na kary niewiążące się z pozbawieniem wolności.

Wymienione opracowania statystyczne są dostępne na stronach informacyjnych Ministerstwa Sprawiedliwości. Zostały one przygotowane w Departamencie Strategii i Funduszy Europejskich MS przez zespół pracujący pod kierunkiem Naczelnika Wydziału Statystycznej Informacji – Justyny Kowalczyk.

Zwrócenie uwagi na realizowane w Ministerstwie Sprawiedliwości ważne inicjatywy informacyjne powinno dopomóc we właściwym przygotowaniu prawników do realizacji zadań polityki karnej w Polsce oraz przygotowaniu badań naukowych. Autor tego tekstu czuje się szczególnie zobowiązany do powyższej opinii, ponieważ od ponad pół wieku korzystał z informacji statystycznych MS.

II. NIEKTÓRE CZYNNIKI WPLYWAJĄCE NA PRZESTĘPCZOŚĆ

Na stan przestępczości oraz metody jej zwalczania lub ograniczenia w sposób przemożny wpływają warunki życia społecznego oraz polityka karna państwa. Polska współczesna, pod którym to określeniem rozumiemy państwo w okresie od 1989 r. (uzyskanie suwerenności), znalazła się w okresie burzliwych przemian politycznych, społecznych i ekonomicznych. Niezależnie od wciąż trwających w Polsce podziałów i sporów politycznych (nierzadko zbyt ostrych i szkodliwych) dominuje pogląd o zdecydowanie pozytywnych rezultatach tych przemian. M.in. takie wnioski wynikają z niektórych

opracowań szeregu autorów odwołujących się do wielu obiektywnie stwierdzonych faktów¹. Nie ma więc potrzeby powtarzania ich tu. Należy jednak zwrócić uwagę na przedtem niedostrzegane zmiany, które w sposób bezsporny wpłynęły lub mogły wpłynąć na zjawisko przestępczości, choć ich znaczenie mogło mieć charakter pozytywny czy negatywny, albo łączyły w sobie obydwie te cechy. Zwrócimy tu uwagę na niektóre z tych ważnych zmian.

Do jednych z najważniejszych należy zaliczyć znaczące przemiany demograficzne w minionych 30 latach, a zwłaszcza dotyczące struktury wieku. Jeśli chodzi o liczbę ludności ogółem, to od 1990 r. przez cały czas wynosi ona ponad 38 mln mieszkańców, a konkretnie w 1990 r. – 38,031 mln, a w 2016 r. – 38,427 mln. Natomiast w wieku od 17 do 29 lat w 1987 r. było 7 093 000 (18,8%), a w 2016 r. – 6 239 194 (16,2%). W tym samym czasie udział ludności Polski w wieku do 16 lat zmniejszył się z 28,6% do 16,9%.

Te ostatnie dane wskazują na znaczący spadek w przyszłości ludności w wieku odpowiedzialności karnej, co oczywiście wpłynie na dalsze zmniejszenie przestępczości w nadchodzących latach. Trzeba tu też podkreślić, że osoby najmłodsze i młode w wieku lat 17–29 popełniają ponad 41% wszystkich przestępstw. Dotyczy to również czynów najgroźniejszych.

Tak znaczące zmiany demograficzne są spowodowane głównie trzema zjawiskami: spadkiem urodzeń, emigracją oraz znacznym przedłużeniem życia ludzkiego w związku z istotnym wzrostem warunków życia (lepsze wyżywienie i mimo narzekań – efektywniejsza opieka lekarska).

Jednym ze wskaźników polepszenia warunków bytowych ludności jest liczba posiadanych samochodów osobowych. W Polsce w 1988 r. było zarejestrowanych 4,5 mln samochodów, a w 2016 r. – 21,6 mln. Taka zmiana nie mogła nie mieć wpływu na przestępczość drogową, do czego się jeszcze powróci.

W artykule tym nie ma możliwości ani potrzeby omawiania poprawiania się warunków społecznej egzystencji w okresie minionych 30 lat, z jednym wyjątkiem, który w sposób widoczny wpłynął na rozmiary i strukturę przestępczości. Mamy tu na myśli wymienioną liczbę samochodów, jakie się znalazły w posiadaniu ludności w Polsce.

Warto tu też dodać, że Polska w Europie należy do krajów o stosunkowo wysokiej ilości nasilenia posiadanych samochodów osobowych, bo w przeliczeniu na liczbę 1000 mieszkańców wskaźnik ten wynosił (w 2014 r.) – 520 i był wyższy niż w takich krajach, jak Belgia, Czechy, Dania, Hiszpania, Finlandia, Francja, Norwegia, Wielka Brytania i wiele innych. Oczywiście z pewnością można wyrazić pogląd, że auta posiadane w Polsce są pod względem technicznym znacznie mniej sprawne niż w większości zachodnich krajów europejskich. Do sprawy związku liczby samochodów z przestępczością powróci się w części analizującej drogową przestępczość w Polsce.

Do zachowań ludzi wiążących się z przestępczością z pewnością można zaliczyć nadużywanie alkoholu, używanie narkotyków oraz innych środków odurzających (dopalacze).

Związki używania czy nadużywania alkoholu z przestępczością pojawiają się w kilku sytuacjach, tj.:

- stanowią istotne znamię niektórych przestępstw, np. art. 178a, art. 178 § 1 k.k. i kilku innych dotyczących bezpieczeństwa w komunikacji,
- stan po użyciu alkoholu stwierdza się w przypadku innych przestępstw, np. przeciwko życiu i zdrowiu i przestępstw seksualnych,
- alkoholizm lub uzależnienie od alkoholu stwierdza się też jako okoliczność występującą w procesie demoralizacji sprawców przestępstw, a szczególnie recydywistów (ustalone np. w publikacjach kryminolo-

¹ Nie wyczerpując tu tego zagadnienia, można m.in. wskazać dwie publikacje sprzed kilku lat, tj. R. Bugaja, *Po 20 latach. Polska transformacja z perspektywy ekonomicznej, socjologicznej i prawniczej*, red. P. Kozłowski, A. Romański, Warszawa 2010, s. 29, oraz T. Szymanowski, *Przestępczość i polityka karna w Polsce*, Warszawa 2012, s. 27 i n.

gicznych, szczególnie Z. Ostrianskiej, S. Szelhausa i T. Szymanowskiego).

Tak np. w świetle danych policyjnych pochodzących z 2017 r. stan nietrzeźwości stwierdzono wśród podejrzanych o zabójstwo w 49,1% przypadków, o pobicie (i w bójkach) – 27,7%, rozboje – 25,1%. Oczywiście powyższe okoliczności nie upoważniają do stwierdzenia, że gdyby wszyscy ci podejrzani byli trzeźwi, to nie doszłoby do popełnienia przez nich przestępstw. Spożycie alkoholu w Polsce w przeliczeniu na 100% spirytus w ostatnich latach (od 2010 r.) było na zbliżonym poziomie. W 2016 r. wynosiło 9,37 litra. Należy też tu dodać, że w minionym okresie nastąpiła ogromna zmiana i struktura spożywanego napojów alkoholowych; skoro np. w 1980 r. napoje wysokoprocentowe stanowiły 61, a piwo – 30,41, to w 2016 r. analogiczne wartości wyniosły 3,21 i 99,5 litra.

Do zjawiska patologii społecznej ściśle się wiążącej z przestępczością zalicza się też narkotyki obejmujące różne substancje uzależniające ludzi. Trzeba tu też dodać, że do grupy środków uzależniających poza narkotykami znajdującymi się na aktualizowanych wykazach Ministerstwa Zdrowia znajdują się też substancje zwane dopalaczami o niekiedy równe, a czasami nawet bardziej szkodliwym działaniu, których zwalczanie jest utrudnione z uwagi na wytwarzanie tego typu substancji pod nowymi nazwami, usiłującymi ukryć ich szkodliwe działanie. W świetle rzetelnych badań opublikowanych w *Diagnozie społecznej 2015* odsetek osób przyznających się do brania narkotyków od 2005 do 2015 r. jest względnie ustabilizowany i wynosi od 1% do 1,3% wśród ogółu badanych. W ostatnim uwzględnionym roku 2015 najczęściej po narkotyki sięgali mężczyźni – 2,0%, a kobiety – 0,76%. Ponadto najbardziej zagrożone narkomanią są osoby najmłodsze (uczniowie i studenci, a także bierni zawodowo, z wykształceniem wyższym i osoby bogatsze².

W świetle danych GUS w tym samym 2015 r. do osób zaburzonych psychicznie z powodu

używania środków psychoaktywnych zaliczono 40 127 przypadków, z tym że w 15% były to osoby uzależnione od leków uspokajających lub nasennych.

W ostatnim 2018 r. zarejestrowano też najniższe bezrobocie od 1990 r. W 2016 r. wynosiło ono 8,2%. Podano ten wskaźnik, gdyż przemawia on również za tym, że sytuacja społeczna wydaje się dość stabilna. Niektórzy uważają też, że stan bezrobocia sprzyja zwiększeniu przestępczości, choć badania nie potwierdzają tego w sposób wiążący³, mimo że w świetle danych policyjnych z ubiegłych lat wśród osób podejrzanych o przestępstwo było aż 43,5% osób bezrobotnych lub niepracujących i nieposzukujących pracy.

Na koniec tych niektórych informacji, które wiążą się ze stanem przestępczości lub mogą na ten stan wpływać, warto wskazać, że w okresie ostatnich 15 lat liczba rozwodów znacznie wzrosła, przekraczając rocznie 60 tys., a w 2016 r. wyniosła ona 63,5 tys. orzeczeń rozwodowych. Oczywiście sam ten akt jest w pełni legalny, ale w znacznym stopniu ujawnia on konflikt, który nierzadko prowadzi do poważniejszych przestępstw przeciwko rodzinie.

Przytoczone dane zdają się potwierdzać przekonanie o względnej stabilizacji życia społecznego w Polsce, mimo istniejących zagrożeń spowodowanych przede wszystkim regresem demograficznym oraz być może nadmiernie ostrych konfliktów społecznych.

III. DYNAMIKA I STRUKTURA PRZESTĘPCZOŚCI

W okresie III RP (pod tą nazwą rozumie się Polskę niezależną po przełomie dokonanym w 1989 r.) zaszły również bardzo poważne zmiany ilościowe i strukturalne w dziedzinie przestępczości i w określonym stopniu w podejmowanych środkach jej zwalczania lub ograniczenia.

² J. Czapiński, T. Panek (red.), *Diagnoza społeczna 2015*, Rada Monitoringu Społecznego, s. 281.

³ Por. A. Kiersztyn, *Czy bieda czyni złodzieja? Związek między bezrobociem, ubóstwem a przestępczością*, Warszawa 2008, s. 359 i n.

Tym zagadnieniom poświęcono znaczną liczbę publikacji naukowych, choć nie dotyczy to w takim stopniu krytycznych opracowań z zakresu polityki karnej w Polsce tego okresu. W tym artykule najpierw podano informacje, które wskazują publikacje, które najszerzej potraktowały analizę przestępczości w Polsce współczesnej⁴.

Następnie trzeba wymienić podstawowe źródła, z których czerpano informacje statystyczne dotyczące przestępczości zarejestrowanej przez policję, a potem dane statystyki sądowej (orzecznictwo) i dotyczące wykonywania kar oraz innych środków, które zastosowano w reakcji na przestępstwo⁵.

Jak wynika z tytułu, w artykule tym uwagę zwrócono szczególnie na dwa zagadnienia, tj. przemiany w przestępczości oraz w polityce karnej w Polsce współczesnej. Autor wybrał 4 lata progowe, które obrazują zachodzące zmiany. Są to następujące lata – 1987 – ostatni rok PRL, w którym polityka karania nie była jeszcze zaburzona nadchodzącymi zmianami i następnie: 1997 r. – po kilku latach pierwszych przemian ustrojowych oraz ostatni pełny rok obowiązującego dawnego prawa karnego,

2003 – w którym już przez 5 lat obowiązywało nowe prawo karne i zarazem rok, w którym w świetle danych policyjnych stan przestępczości w Polsce sięgnął szczytu (tj. 1466 tys. przestępstw stwierdzonych), wreszcie 2016 r. ostatni, w którym dysponujemy odpowiednimi danymi i kiedy weszły w życie znaczące zmiany w prawie karnym.

Przytoczenie bardziej szczegółowych danych z wszystkich lat nie było niezbędne, ponieważ omówienie ich byłoby nader skomplikowane i niedające przejrzystego wyводу. Jednocześnie warto zauważyć, że szczegółowe informacje można znaleźć w przytoczonych wcześniej kilku publikacjach i statystykach.

Najpełniej o stanie przestępczości (a właściwie dokonywaniu czynów karalnych) informuje statystyka policyjna. Jej zaletą jest też i to, że odnośne dane można w pewnym zakresie porównać w poszczególnych państwach europejskich, czego dokonano i w tym artykule.

W tabeli 1 uwzględniono dane dotyczące przestępczości w wymienionych 4 latach, zarówno zawarte w statystyce policyjnej (przestępstwa stwierdzone), jak i w statystyce sądo-

Tabela 1. Przestępczość w wybranych latach w świetle statystyki policyjnej i sądowej

	1987		1997		2003		2016	
	l.b.	Wsp.	l.b.	Wsp.	l.b.	Wsp.	l.b.	Wsp.
Przestępstwa stwierdzone	508 333	135,0*	992 373	256,8	1 466 217	382,7	757 374	197,2
Skazania za przestępstwa	166 753	61,9**	210 600	74,3	415 933	137,2	289 512	90,7

* – na 100 tys. ludności

** – na 10 tys. ludności w wieku karnej odpowiedzialności

⁴ J. Błachut, *Stan przestępczości*, (w:) *System Prawa Karnego*, red. A. Marek, t. I, Warszawa 2010; K. Buczkowski, *Stan przestępczości w Polsce od 1918 r. do współczesności*, (w:) *Spoleczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości w Polsce, opracowanie zbiorowe*, Warszawa 2013; M. Melezini, *Puntywność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*, Białystok 2003; też: *Środki karne*, Białystok 2013; K. Mycka, T. Kozłowski, *Zarys aktualnych tendencji w polskiej polityce karnej w oparciu o dane statystyczne*, „*Probacja*” 2017, nr 1; A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości w Polsce*, t. 1–5, Warszawa 1994, s. 215; T. Szymanowski, *Przestępczość i polityka karna w Polsce*, Warszawa 2012.

⁵ Są to statystyki policyjno-prokuratorskie, sądowe opracowane w Ministerstwie Sprawiedliwości i dostępne na stronach internetowych MS. W znacznym stopniu uwzględniono też statystyki opracowane i opublikowane w GUS dotyczące nie tylko spraw wiążących się z przestępczością i wymiarem sprawiedliwości, ale również dane społeczno-demograficzne i w pewnym zakresie ekonomiczne. Wreszcie wykorzystano też informacje pochodzące z EUROSTATU odnoszące się do niektórych przestępstw na podstawie statystyk policyjnych.

wych skazań w długim okresie minionych 30 lat znamiennej licznymi i głębokimi zmianami w Polsce, które musiały w istotnym stopniu oddziaływać na przestępczość, tj. zarówno na jej dynamikę, jak i strukturę. Do tej ostatniej właściwości powróci się w dalszych wywodach. W tym miejscu wypada zwrócić uwagę na przemiany ilościowe w zjawisku przestępczości. Tak więc w okresie do 2003 r. zauważa się ogromny wzrost przestępczości (niemal trzykrotny) stwierdzany w obydwu powołanych tu statystykach przestępczości, a następnie wyraźny ogromny spadek tej przestępczości (ostatnie dane z 2016 r.).

Częściowe wyjaśnienie tego zjawiska jest możliwe, jeśli się uwzględni sądowe dane dotyczące struktury przestępstw, za które nastąpiły skazania, oraz dokonujące się w Polsce istotne przemiany demograficzne i w pewnym stopniu prawa karnego.

Informacje dotyczące struktury przestępczości przedstawiono w tabeli 3 w powołanych tu latach.

Przed dokładniejszym omówieniem struktury przestępczości trzeba zaznaczyć, że autor uwzględnił w tabelach przede wszystkim te dane, które są dostępne w publikacjach GUS (w rocznikach statystycznych), aby uniknąć zbędnego zamieszania i rozbieżności.

W świetle danych pierwotnych przestępczość, za którą nastąpiły skazania, jest – ilościowo ujmując – nieznacznie większa, ponieważ GUS uwzględnił skazania z k.k., k.k.s., ustawy związane z narkomanią, niektóre gospodarcze. Tymczasem przez wszystkie powojenne lata następowały też skazania na podstawie jeszcze kilkudziesięciu innych aktów prawnych (ustaw, dekretów i rozporządzeń z mocą ustawy sprzed wojny z 1939 r.). Do tych ww. czynów można by też dodać przestępstwa, które przynoszą bardzo duże straty, ale z uwagi na dotąd zbyt małą skuteczność organów kontrolnych i ścigania nie mogą być uwzględnione w przestępczości dokonanej (np. tzw. przestępczość vatowska od niedawna ujawniona).

Porównując skazania ogółem w wymienionych latach, zauważa się, że najwięcej ich było

w 2003 r. (trzeba jednak zaznaczyć, że najwięcej skazań zanotowano w 2004 r. – nieco ponad pół miliona, ale były to czyny w znacznym stopniu popełnione w okresie poprzednim), a w ostatnich latach zauważa się bardzo znaczny spadek przestępstw stwierdzonych i następnie tych, za których popełnienie nastąpiły skazania. Szczególnie zastanawiający jest najpierw kolosalny wzrost przestępczości stwierdzonej i za którą następnie nastąpiły skazania (na początku lat dwutysięcznych), a następnie bardzo znaczny ich spadek.

Szczególną rolę w tym procesie zdają się odgrywać dwa zjawiska, tj. wpływ zmian w polityce karnej oraz przemiany w strukturze demograficznej społeczeństwa polskiego.

Porównując skazania z roku 1987 ze skazaniami z 2016 r., trzeba stwierdzić, że gdyby nie nastąpiły zwłaszcza trzy następujące zmiany, to przestępczość w ostatnim okresie byłaby niższa niż 30 lat temu.

Pierwsza z nich – to wzrost liczby pojazdów samochodowych. I tak w 1988 r. było ich 4,5 mln, a w 2016 r. już 21,6 mln. Stąd też i liczba przestępstw drogowych znacznie się powiększyła, z 6500 skazań w 1987 r. do około 57 tys. w 2016 r. Oprócz ponad 4-krotnego zwiększenia liczby samochodów w Polsce (stopień nasylenia tymi pojazdami na tysiąc mieszkańców jest już taki jak w wielu rozwiniętych krajach Europy) odegrały znaczącą rolę jeszcze inne czynniki. Wzrost skazań został też spowodowany spenalizowaniem w 2000 r. prowadzenia pojazdów mechanicznych w stanie nietrzeźwości w art. 178a k.k.

Druga znacząca zmiana to wzrost przestępstw związanych z narkotykami, których używanie w latach 2003–2015 wzrosło niemal 10-krotnie.

Trzeci realny czynnik wpływający na poziom i strukturę przestępczości to zmiany o charakterze demograficznym społeczeństwa polskiego w minionych latach. Tak więc w 2003 r. osób w wieku 17–29 lat było 8,2 mln, a w 13 lat później, tj. w 2016 r., 6,3 mln, czyli spadek wyniósł 22,8%. Nie rozpatrujemy tu przyczyn tego spadku (oddziaływały tu zapew-

Tabela 2. Nasilenie skazań za przestępstwa w poszczególnych kategoriach wieku w wybranych latach

Kategorie wieku w latach	1987			1997			2003			2016		
	l.b.	%	wsp.	l.b.	%	wsp.	l.b.	%	wsp.	l.b.	%	wsp.
Ogółem skazań	166 753	100,0	61,9	210 600	100,0	74,3	415 933	100,0	137,2	289 512	100,0	90,7
Wiek: 17–20	20 706	12,4	103,5	49 370	23,4	91,5	76 325	18,3	285,9	32 635	11,3	200,5
21–24	20 169	12,1	96,1	30 550	14,5	128,6	62 841	15,1	246,1	39 583	13,7	205,3
25–29	31 852	19,2	103,5	27 740	13,2	109,1	59 398	14,3	199,8	47 263	16,4	169,0
30–34	30 232	18,1	90,1	25 585	12,3	103,2	46 227	11,1	182,1	44 483	15,4	137,7
35–39	22 618	13,6	74,1	27 549	13,1	92,0	43 303	10,4	180,4	35 209	12,2	113,3
40–44	12 652	7,6	62,9	22 636	10,7	69,8	46 085	11,1	166,8	26 741	9,2	96,1
45–49	9 558	5,7	49,5	13 449	6,4	46,3	38 630	9,3	123,6	19 811	6,8	84,2
50–59	12 031	7,2	29,6	9 332	4,4	25,7	34 229	8,2	71,0	30 607	10,6	59,2
60 i więcej	6 935	4,1	13,0	4 116	2,0	6,6	8 895	2,2	13,7	12 792	4,4	24,3

ne zmniejszenie dzietności rodzin i emigracja przede wszystkim młodych ludzi), ale jeśli uświadomimy sobie fakt, że w 2003 r. blisko połowa przestępstw (47,7%), za które nastąpiły skazania, została popełniona przez osoby w wieku 17–29 lat, a w 2016 r. analogiczny wskaźnik wyniósł 41,9%, to również czynnika demograficznego nie można pominąć. Oczywiście w dynamice i strukturze przestępstw odegrały też określoną rolę zmiany w przepisach prawa karnego, o czym już wcześniej wspomniano (prowadzenie pojazdów mechanicznych w stanie nietrzeźwości).

Tabela 2 przedstawiona poniżej ukazuje dwa zjawiska z zakresu przestępczości, za którą nastąpiły skazania, tj. wspomniane już relacje między wyodrębnionymi kategoriami wieku sprawców przestępstw, za które nastąpiły skazania, a także nasilenie przestępczości wspomnianych przestępstw również z uwzględnieniem ich wieku.

W obydwu tych zjawiskach stwierdza się istotne różnice między wiekiem skazanych a rozmiarami dynamiki i struktury przestępczości, co potwierdzają liczne dane z badań kryminologicznych również w pracach tu cytowanych.

Zależność przestępczości od wieku spraw-

ców jest oczywista i stwierdzana również w innych krajach.

Przechodząc do omówienia struktury przestępczości, czyli wskazania rodzaju przestępstw w wybranych latach, należy zaznaczyć, że oparto się tu jedynie na statystykach sądowych (prawomocnych skazaniach), ponieważ to jedynie sąd jest uprawniony do stwierdzenia, czy zarzucany czyn jest przestępstwem i jaka reakcja wobec jego sprawcy winna być zastosowana (nie tylko kara, ale też warunkowe umorzenie postępowania, odstąpienie od wymierzenia kary, środek karny lub kompensacyjny zastosowany samoistnie czy środek zabezpieczający). Przestępstwa rejestrowane (stwierdzone) przez policję są to zachowania poddane postępowaniu przygotowawczemu, w przypadku których, poza pewnymi wyjątkami, nie ma pewności, czy rzeczywiście stanowią przestępstwo ścigane prawem karnym. Najprostszym przykładem może być kradzież, w świetle statystyki policyjnej bardzo często stwierdzana, ale w toku rozprawy może się okazać, że skutek ustalonej wartości mienia może być ona uznana i karana jako wykroczenie.

Strukturę przestępstw, za które nastąpiły skazania w wybranych latach, przedstawiono w tabeli 3.

Tabela 3. Prawomocne skazania według rodzaju przestępstw

	1987		1997		2003		2016	
	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
Ogółem	166 753	100,0	210 600	100,0	415 933	100,0	289 512	100,0
przeciwko życiu i zdrowiu	14 190	8,5	21 082	10,0	21 407	5,1	14 479	5,0
w tym: zabójstwo	326	0,2	543	0,2	572	0,1	353	0,1
– uszczerbek na zdrowiu (uszkodzenie ciała)	7 221	4,2	8 114	3,8	7 716	1,8	6 854	2,3
– udział w bójce lub pobiciu	5 004	3,0	10 465	5,0	12 113	2,9	6 349	2,2
przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu	9 639	5,8	18 527	8,9	140 921	33,8	72 862	25,1
w tym: prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub w odurzeniu	6300 (drogowe)	3,9	17 287 * w tym drogowe	8,2	129 910	31,1	56 926	9,6
przeciwko wolności i obyczajności	4 366	2,6	8 646	4,1	11 995	2,9	11 003	3,8
w tym: zgwałcenie	1 201	0,7	908	0,4	986	0,2	684	0,2
obcowanie płciowe z nieletnim	425	0,3	493	0,2	574	0,1	604	0,2
przeciwko rodzinie i opiece	23 487	14,1	31 861	15,2	31 896	7,7	20 718	7,2
w tym: znęcanie się	9 612	5,8	12 638	6,0	13 952	3,3	10 883	3,7
– uchylanie się od obowiązku alimentacji	13 788	8,3	19 129	9,0	17 700	4,2	9 744	3,3
przeciwko czci i nietykalności cielesnej	7 269	4,4	449	0,2	553	0,1	148	0,0
przeciwko działalności instytucji państwowych lub samorządowych	9 895	5,9	5 558	2,6	6 988	1,7	13 146	4,5
w tym: czynna napaść	2 294	1,4	1 886	0,9	1 559	0,4	3 551	1,2
– sprzedajność lub przekupstwo	594	0,4	104	0,0	768	0,2	1 566	0,5
przeciwko wymiarowi sprawiedliwości	1 651	1,0	4 486	2,1	12 497	3,0	15 647	5,4
przeciwko porządkowi publicznemu	15 163	9,1	3 254	1,5	3 895	0,9	3 049	1,0
przeciwko wiarygodności dokumentów	2 227	1,3	16 489	7,8	18 272	4,4	9 500	3,3
w tym: fałszowanie dokumentów	1 107	0,7	13 115	6,2	14 405	3,4	6 914	2,4
przeciwko mieniu	66 912	40,2	90 413	42,9	133 143	31,9	91 974	31,9
w tym: kradzież	31 523	18,9	23 948	11,4	33 737	8,1	27 538	9,5
– kradzież z włamaniem	18 363	11,0	35 541	16,9	29 725	7,1	13 209	4,5
– rozbój	3 289	2,0	6 176	2,9	11 134	2,6	4 478	1,5
– pozostałe postacie rozboju	251	0,1	586	0,2	2 025	4,8	1 414	0,5
– oszustwo	1 374	0,8	2 913	1,4	29 442	7,0	26 474	9,1
przeciwko obrotowi gospodarczemu	3 269	1,9	1 131	0,5	25 241	6,1	14 456	5,0
– przestępstwa skarbowe	1 713	1,0	971	0,4	9 446	2,2	9 835	3,4
– przestępstwa związane z narkotykami	1 400	0,8	1 216	0,6	9 878	2,4	19 449	6,7
pozostałe czyny przestępcze niewymienione	2 090	1,2	6 517	3,1	753	0,2	3 083	1,0

Wcześniej omówiona dynamika przestępczości ukazuje jej rozmiary oraz stwierdzone zmiany. Wpływ na nie mają okoliczności i czynniki demograficzne, społeczne, ekonomiczne i kulturowe, a także prawnokarne określenie czynów społecznie szkodliwych, które podlegają karaniu.

Tak więc we wszystkich wymienionych tu latach przeważały przestępstwa przeciwko mieniu, z wyjątkiem 2003 r., w którym dominowały skazania za przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu (zwłaszcza drogowe). Taki stan dotyczył też kilku innych niewymienionych tu lat i wynikał ze zbyt pojemnego określenia prowadzenia w stanie nietrzeźwości pojazdu, również innego niż mechaniczny (np. roweru), i dopiero w 2013 r. nowela do k.k. zdepenalizowała takie zachowanie, odtąd karane na podstawie Kodeksu wykroczeń. Zamachy na mienie dominowały w przestępczości w Polsce zarówno w okresie przedwojennym, jak i po II wojnie światowej. Najczęściej były to kradzieże, oszustwa, a następnie kradzieże z włamaniem. Można jednak uznać, że powyższe dane nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu rzeczy w przypadku wymienionych przestępstw z uwagi na ich prawną kwalifikację, o której obecnie decyduje ocena wartości szkody wyrządzonej.

Drugim pod względem częstotliwości rodzajem przestępstw popełnianych w Polsce są czyny dokonywane przeciwko bezpieczeństwu publicznemu, które w ogromnej większości stanowią przestępstwa drogowe, najczęściej polegające na prowadzeniu pojazdu w stanie nietrzeźwości (niekiedy również pod wpływem środka odurzającego). Spadek liczby tych czynów, jaki się zaznaczył po 2013 r., najprawdopodobniej był spowodowany wspomnianą zmianą regulacji ustawowej w art. 178a k.k., ale nie można zaprzeczyć, że nastąpiła też pod tym względem pewna poprawa bezpieczeństwa na drogach, mimo wciąż wzrastającej liczby samochodów w Polsce, zmniejszającej się liczby wypadków (o ponad 30% w latach 2005–2015), a także ofiar śmiertelnych (w tych samych latach o 46%). Świadczyć to może o efektywności

nie tylko obowiązującego prawa, ale również starań podejmowanych w Polsce w celu poprawy bezpieczeństwa na drogach.

Kolejnym rodzajem przestępstw co do liczby skazań są czyny przeciwko rodzinie i opiece, które sprowadzają się właściwie do dwóch negatywnych zachowań, tj. znęcania się nad osobą najbliższą lub zależną oraz uchylania się od obowiązku alimentacji (łącznie 99,5% stanowiły te dwa przestępstwa). Liczba tych przestępstw, jak też i współczynniki, wyraźnie spadły w okresie po 1997 r. Jeśli chodzi o uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego, to można to wiązać ze spadkiem liczby rodzin, w których takie zobowiązanie może zaistnieć. Na szczególne podkreślenie zasługuje spadek liczby skazań za przestępstwo znęcania się (art. 207 k.k.), jaki nastąpił po 2003 r., aż o ponad 1/3 w stosunku do 2016 r., mimo że w tym okresie nasilono zwalczanie tego typu przestępstw.

Czyny związane z wytwarzaniem, obrotem (handlem), udzielaniem i używaniem narkotyków są określone w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii (środkiem odurzającym, psychoaktywnym). O szkodliwości narkotyków nie trzeba przekonywać, choć występują znaczne rozbieżności w ocenie niektórych z nich (np. marihuana). W Polsce, jak i w innych krajach europejskich, zauważa się znaczny wzrost ich używania w minionych 30 latach, choć w porównaniu z innymi państwami należymy do tych o najniższej przestępczości, co chyba świadczy o skuteczności zapobiegania narkomanii. Problemem trudnym staje się w tej dziedzinie zapobieganie i zwalczanie środków psychoaktywnych nieujętych w wykazie Ministerstwa Zdrowia, m.in. dopalaczy.

Kolejnym rodzajem przestępstw co do częstotliwości są przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, w przypadku których w ciągu minionych 30 lat (od roku 1987) zauważa się niezwykle wysoki, wielokrotny (blisko 10-krotny) wzrost. Nastąpił on zwłaszcza po 2003 r. w związku z niestosowaniem się skazanego za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości do orzeczonych przez sąd zakazów. Po 2013 r., zapewne w związku ze zmianą

w przepisach prawa w art. 178a, nastąpił wyraźny spadek tego rodzaju skazań. Tak gwałtownych zmian nie zauważa się w przypadku drugiego rodzaju skazań za czyny przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, np. za składanie fałszywych zeznań.

Kolejnym rodzajem przestępstw, za które nastąpiły skazania, są czyny przeciwko życiu i zdrowiu. Skazania za zabójstwa będą omówione w odrębnym fragmencie. Tu należy zaznaczyć, że odrębnie potraktowano czyny popełniane na podstawie ustawy o zapobieganiu (przeciwdziałaniu) narkomanii, gdyż autor uważa za niefortunne ich włączenie do czynów przeciwko życiu i zdrowiu, chociażby ze względu na to, że w stosunku do niektórych psychoaktywnych substancji kwestionuje się ich szkodliwy dla zdrowia wpływ.

Zasadniczą rolę w przestępczości przeciwko życiu i zdrowiu, jeśli chodzi o rozmiary, odgrywają czyny polegające na spowodowaniu uszczerbku na zdrowiu o różnych skutkach oraz udział w bójce lub pobiciu, również o rozmaitych następstwach. Ich rozmiary w omawianym tu okresie nie wykazują zaskakujących zmian, a po 2003 r. zauważa się pewien spadek skazań za wymienione przestępstwa, prawdopodobnie związany ze zmianami demograficznymi. Można tu dodać, że znaczna część przestępstw jest dokonywana przez sprawców działających po spożyciu alkoholu (wg danych policyjnych – 27,7%) w stanie nietrzeźwości.

Następną rodzajowo grupą przestępstw są czyny dokonywane przeciwko działalności instytucji państwowych lub samorządowych. Wśród nich należy wyróżnić przede wszystkim czynną napaść (lub naruszenie nietykalności funkcjonariusza), sprzedajność lub przekupstwo, a także znieważenie funkcjonariusza lub organu konstytucyjnego RP. Liczby tych przestępstw po 2003 r. wzrosły, ale w ostatnich latach nie wykazują istotniejszych zmian.

Kolejną grupą przestępstw są czyny przeciwko wolności i obyczajności. Pierwsze pojęcie zawiera też wolność sumienia i wyznania oraz wolność seksualną. Naruszenie tej ostatniej wolności w skrajnie ujmowanych lub

kwalifikowanych przypadkach jest uznawane za zbrodnię podlegającą karze co najmniej 3 lat pozbawienia wolności lub nawet 5 lat tej kary. Do tych ostatnich, najgroźniejszych czynów jeszcze się powróci w tej publikacji. Tu trzeba zaznaczyć, że najliczniejszą kategorią przestępstw przeciwko wolności są groźby karalne lub zmuszanie, których liczby po 2003 r. nieco się zmniejszyły z 9067 w 2003 r. do 6726 w 2016 r., mimo że w połowie 2011 r. dodano art. 190a k.k. przewidujący stalking – uporczywe nękanie, za które w 2016 r. skazano 1168 osób.

Kolejnym rodzajem przestępstw są czyny przeciwko dokumentom (od połowy 1987 r. do 20–80% w późniejszych latach). Ogółem liczba tego rodzaju przestępstw w ciągu minionych 30 lat wzrosła 4-krotnie, co być może wynika z rozwoju gospodarki wolnorynkowej i zwiększenia się fałszerstw podatkowych.

W tym samym okresie wzrosła również liczba przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu (ponad 4-krotnie) i skazań za przestępstwa skarbowe (blisko 6-krotnie).

W ostatnich latach zauważa się też znaczny spadek liczby skazań za przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu. W okresie PRL stanowiły one 9%, a w 2016 r. jedynie 1%. Tak wysoki wskaźnik tego rodzaju przestępstw w 1987 r. był spowodowany rygorystycznym przestrzeganiem zakazów przewidzianych w ustawie o wychowaniu w trzeźwości (7% ogółu skazań).

W nowym k.k. (z 1997 r.) wprowadzono jako odrębne przestępstwo surowo lub bardzo surowo karane z art. 258 – udział w zorganizowanej grupie przestępczej. Skazania za ten rodzaj przestępstw uległy nieporównywalnemu zwiększeniu, z 58 w 2003 r. do 388 w 2016 r. Ten typ przestępczości w Polsce ma z reguły charakter gospodarczy, choć może też mieć cele terrorystyczne.

Inne, niewymienione przestępstwa, za które nastąpiły skazania, stanowiły w uwzględnionym tu okresie nieznaczny odsetek (np. w 1987 r. – 1,2%, a w 2016 r. – 1%). Tym niemniej były to skazania np. za przestępstwa wymienione w 106 aktach prawnych rangi ustawowej (w

kilku przypadkach: rozporządzenia prezydenta RP z okresu międzywojennego). Jest to liczba aktów normatywnych bardzo znaczna i warto nadmienić, że w licznych (kilkunastu) były to pojedyncze skazania w wymienionych latach.

Jednakże nie należy zbyt pochopnie krytykować tych unormowań, dotąd bardzo rzadko wykorzystywanych, bo np. jedno tylko dotąd skazanie nastąpiło w 2010 r. na podstawie ustawy o międzynarodowym obrocie odpadami z 2004 r. Nagle w 2018 r. okazało się, że jej naruszenie może być w skutkach bardzo groźne dla społeczności w miejscach, w których odpady są składowane.

Podobnie również ustawa o sporcie z 2010 r. wydaje się bardzo użyteczna z uwagi na zagrożenia związane z komercjalizacją sportu wyczynowego. Jednocześnie karne przepisy o prawie budowlanym z 1994 r. (stosowane od około 200 do 400 przypadków w minionych latach) wykazują, że są to unormowania niezbędne dla zwiększenia bezpieczeństwa prac budowlanych.

Natomiast przesłedzenie stosowania przepisów karnych na podstawie ustawy o wychowa-

niu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi wykazuje, że od końca lat osiemdziesiątych zauważa się bardzo wyraźne odstępowanie od stosowania represji karnej za spenalizowane działania, mimo że alkoholizm w Polsce wykazuje wciąż jeszcze znaczne rozmiary.

Kończąc omawianie struktury przestępczości w Polsce, warto podkreślić bardzo interesujący trend w zakresie najgroźniejszej przestępczości w świetle danych przedstawionych w tabeli 4.

Do analizy wybrano trzy najgroźniejsze bądź bardzo groźne przestępstwa, ponieważ zarówno zgwałcenie, jak i rabunek w znaczącej liczbie czynów mogą być karane jako zbrodnie, jeśli zostaną stwierdzone przez sąd określone znamiona tych czynów, np. w przypadku zgwałcenia w 2016 r. – 157 skazań. Z wielu względów najbardziej miarodajne są dane dotyczące skazań za zabójstwa. Wynika z nich, że za te zbrodnie najwięcej sprawców skazano w latach 1997 i 2003. Natomiast w przedostatnim roku PRL, jak i w 2016 r. tego rodzaju skazań było około 60% mniej. Być może w poprzednich latach było to spowodowane burzliwymi zmianami doko-

Tabela 4. Skazania za zbrodnie zabójstwa, zgwałcenia i rabunek z uwzględnieniem wieku sprawców

Rodzaj czynu i wiek skazanych	1987			1997			2003			2016		
	l.b.	%	wsp.	l.b.	%	wsp.	l.b.	%	wsp.	l.b.	%	wsp.
Zabójstwa ogółem	327	100,0	0,12	543	100,0	0,19	512	100,0	0,19	353	100,0	0,11
W wieku 17–20	45	13,7	0,21	110	20,2	0,42	103	18,0	0,40	44	12,4	0,27
21–24	53	16,2	0,26	64	11,8	0,27	106	18,6	0,41	46	13,0	0,23
25–29	55	16,8	0,18	57	10,5	0,22	71	12,4	0,23	74	20,9	0,14
Zgwałcenia ogółem	1201	100,0	0,40	908	100,0	0,32	986	100,0	0,33	684	100,0	0,21
W wieku 17–20	354	29,5	1,71	193	21,2	0,75	220	22,3	0,85	79	11,5	0,45
21–24	256	21,3	1,27	181	19,9	0,76	182	18,4	0,70	69	10,1	0,36
25–29	270	22,5	0,89	158	17,4	0,62	143	14,5	0,46	111	16,2	0,39
Rabunek ogółem	x	x	x	6176	100	2,1	9901	100,0	3,33	4478	100,0	1,42
W wieku 17–20				3011	48,7	11,7	5323	53,8	20,7	1234	27,5	7,61
21–24				1205	19,5	3,1	1970	19,9	7,6	857	19,1	4,46
25–29				747	12,1	2,9	1150	11,6	3,7	863	19,2	3,0

* dane z 1987 r. niemiarodajne

nującej się transformacji społeczno-gospodarczej i łatwym przemieszczaniem się przestępczych grup międzynarodowych w tym okresie, nierzadko dysponujących bronią palną. Wspomniano już, że miernikiem stopnia zagrożenia przestępczością są jej rozmiary oraz ich dynamika, ale również nasilenie tej przestępczości mierzone współczynnikami wskazującymi na ich częstotliwość w relacji do określonej liczby ludności, np. na 10 tys. lub 100 tys.

Bardzo zaskakująco pozytywnymi danymi są informacje dotyczące zabójstw, i to nie z uwagi na malejące liczby skazań, ale przede wszystkim ze względu na współczynniki, które ogółem były najniższe w 2016 r. od kilkudziesięciu lat, a od 1997 do 2003 spadły one ponad 1/3. To dotyczy szczególnie sprawców w najmłodszych grupach wieku. Podobne różnice (malejący trend) zauważa się też odnośnie do przestępstw zgwałcenia, zwłaszcza w 2016 r. w zestawieniu z poprzednimi latami.

Trzeciego z poważnych przestępstw – rabunku – nie można było w 1987 r. uwzględnić ze względu na to, że jeśli chodzi o mienie społeczne, można mieć wątpliwości co do miarodajności danych. Natomiast uderzający jest spadek ponad 2-krotny skazań za rozbój w 2016 r. w porównaniu z 2003 r. To samo dotyczy współczynnika roboju.

Dane ujęte w tabeli 4 w sposób niebudzący wątpliwości (co dotyczy szczególnie zabójstw) wskazują na widoczny malejący trend tych najpoważniejszych przestępstw (zbrodni) skierowanych przeciwko mieszkańcom Polski. Tu warto też przytoczyć dane dotyczące przestępstw zarejestrowanych przez policję w 30 państwach europejskich (niemal wszystkich należących do UE).

Na podstawie informacji pochodzących z Eurostatu autor obliczył współczynniki przestępstwa (na 100 tys. mieszkańców), z których wynika, że jeśli chodzi o zabójstwa, to Polska razem z Włochami i Austrią znajduje się na 28. miejscu, jeśli chodzi o rabunek – na 22. miejscu, a kradzieże w włamaniem i czyny związane z narkotykami – na 26. miejscu (na 30 państw). Tęgo rodzaju informacje świadczą o postawach społeczeństwa

polskiego i zadowalającej kontroli stanu przestępczości ze strony organów państwa. Trzeba jednak zaznaczyć, że Państwo Polskie nie ma jeszcze należytego rozpoznania przestępczości gospodarczej (korupcja, przestępstwa podatkowe i oszustwa na wielką skalę), o czym świadczą wyniki prac komisji sejmowych.

Obraz przestępczości w Polsce nie budzi jednak szczególnego niepokoju, z wyjątkiem ww. przestępczości gospodarczej, ale stawia przed właściwymi organami zadania zmierzające do ograniczenia zwłaszcza najbardziej szkodliwych przestępstw.

IV. STOSOWANE KARY

W ostatnim fragmencie tego artykułu warto też spojrzeć na zmiany w polityce karnej Państwa Polskiego, uwzględniając orzekane przez sądy kary. Inne środki przewidziane w k.k., również w wybranych czterech latach, tj. środki karne, przepadek, środki kompensacyjne oraz środki zabezpieczające, będą poddane analizie w odrębnym opracowaniu nie tylko z uwagi na rozmiary artykułu, ale również z powodu wdrożenia nowych unormowań dopiero od roku.

W omawianym okresie przez pierwsze 30 lat niezależnej i demokratycznej Polski wymiar sprawiedliwości przeszedł znamiennej ewolucję. Przede wszystkim znikła kara śmierci, a pojawiła się ponownie kara dożywotniego pozbawienia wolności, która w 2016 r. została orzeczona w 20 przypadkach. Następnie bardzo surowa kara – 25 lat pozbawienia wolności – była również umiarkowanie orzekana (w 2003 r. – 92 razy, a w 2016 – 68 razy). Warto więc zwrócić uwagę na fakt że umiarkowane stosowanie najsurowszej represji nie przeskodziło w znaczącym spadku najcięższych zbrodni, tj. zabójstw. Potwierdza się więc dominujący w kryminologii pogląd, że najsurowsza represja karna (choć niekiedy niezbędna) nie jest czynnikiem należyte odstrasającym sprawców najgroźniejszych zbrodni, czego dowodem jest terroryzm, co na szczęście nie dotyczy Polski.

Zagadnienie orzekania pozostałych kar pozbawienia wolności (tj. poniżej 25 lat) omówi się na końcu, gdyż budzi to pewne uwagi krytyczne. Wyraźnie wzrosło stosowanie w ostatnim okresie kary grzywny (prawie 100 tys. i 34% wszystkich wymierzonych kar). Jest to kara najpowszechniej stosowana w Europie Zachodniej jako kara efektywniejsza i niezwiększająca kosztów przestępczości w skali globalnej. Co do Polski można jednak uznać, że jest ona zbyt mało dolegliwa, skoro np. w 2016 r. (kiedy już wzrastały zarobki osób pracujących) aż 60% skazań na grzywnę samoistną nie przekraczało minimalnej płacy miesięcznej. Również kary grzywny wymierzane obok kary pozbawienia wolności były niskie, ale stanowi to odrębny problem, zwłaszcza że w ogromnej większości były one zawieszane.

W ostatnim okresie (tj. w 2016 r.) bardzo wzrosła liczba skazań na kary ograniczenia wolności, niezbyt słusznie faworyzowane przez polskiego ustawodawcę, co uzasadnimy w końcowym podsumowaniu. Odsetek

ich orzekania w 2016 r. wzrósł w porównaniu do 2003 r. o 60,0%, a liczba bezwzględna tych skazań stanowiła 61,7 tys. (21,3% ogółu skazanych).

Kary mieszane pojawiły się po nowelizacji w 2015 r. i w 2016 r. stanowiły one 3544 (1,2%) skazań. Jeszcze nie można stwierdzić ich efektywności.

Powracając do orzekanych kar pozbawienia wolności, należy podkreślić, że dokonano najpierw w ustawie, a potem w orzecznictwie bardzo istotnych zmian. Przede wszystkim ograniczono możliwość zawieszania kary pozbawienia wolności, tak aby jej wymiar nie przekraczał roku. Unormowanie dawne obowiązywało przeszło 80 lat, ale to nie może stanowić argumentu za utrzymaniem tego postanowienia z lat poprzednich. Decydujące jest to, że w efekcie przy dowiedzionym spadku przestępczości wydatnie wzrasta liczba wymierzanych bezwzględnych kar pozbawienia wolności, o której wiemy, że jest mało skuteczna i jednocześnie bardzo kosztowna w wykonywaniu.

Tabela 5. Prawomocnie orzeczone kary skazanym w latach 1987, 1997, 2003 i 2016

	1987		1997		2003		2016	
	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
Ogółem skazani na kary	166 753*	100,0	210 600	100,0	415 933	100,0	289 512	100,0
– dożywotniego pozbawienia wolności	x	x	3	0,0	18	0,0	20	0,0
– 25 lat pozbawienia wolności	61	0,0	51	0,0	92	0,0	68	0,0
Kary pozbawienia wolności z tego:	105 917	63,5	141 911	67,4	269 643	64,8	125 368	43,3
– bezwzględne	55 541	33,3	25 752	12,2	36 588	8,8	43 695	15,1
– z warunkowym zawieszeniem, z tego:	50 373	30,2	116 159	55,2	233 055	56,0	81 673	28,2
– z dozorem	18 734	11,2	41 961	19,9	69 398	16,7	24 732	8,3
– bez dozoru	31 619	19,0	74 198	35,2	163 657	39,3	56 941	19,7
Kara grzywny	31 489	18,9	57 689	27,4	93 274	22,4	98 776	34,1
Kara ograniczenia wolności	28 959	17,4	10 934	5,2	52 763	12,7	61 720	21,3
Środki karne (do 1997 r. kary dodatkowe) orzeczone samodzielnie	323	0,2	12	0,0	143	0,0	9	0,0
Kary mieszane	x	x	x	x	x	x	3 544	1,2
Warunkowe umorzenie	5 208	x	21 284	x	37 848	x	29 996	x

* W 1987 r. na karę śmierci skazano 7 sprawców.

Dotychczasowe badania dowodzą, że recydywa wśród byłych skazanych na karę pozbawienia wolności stanowi około 60%. Stosowanie tak powszechne tej kary powoduje, że Polska, należąca do państw o stosunkowo niższej przestępczości (także tej groźnej), jest państwem, w którym liczba więźniów jest najwyższa obok kilku innych krajów Europy.

W analizie systemu karnego nie można pominąć najważniejszego, bo obiektywnego wskaźnika skuteczności orzekanych i wykonywanych kar. I tak po wykonaniu kary pozbawienia wolności (w świetle badań empirycznych) recydywa w ciągu 5 lat stanowiła ok. 60%⁶. W ostatnich latach na wniosek autora tego artykułu w MS przeprowadzono badania powrotności do przestępstwa skazanych w ciągu 5 lat po zastępowaniu następujących kar, w przypadku których ustalono następujące odsetki recydywy (powrót do przestępstwa w latach 2009–2013) i były skazane na kary

- grzywny samoistnej – 22,6%,
- pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem – 23,4%,
- ograniczenia wolności – 35%.

Stąd też ten ostatni rezultat powoduje zastrzeżenia autora do preferowania kary ograniczenia wolności, która w licznych krajach europejskich jest w znacznie mniejszym stopniu stosowana.

Taki stan polityki karnej wynika też z nieprzestrzegania niektórych dyrektyw sądowego wymiaru kary oraz wprowadzenia zmian bez należytego naukowego rozpoznania w systemie karnym.

Wśród tych nieuwzględnionych należyście dyrektyw trzeba wymienić m.in. (m.in. w 2016 r.):

- nieprzestrzeganie zasady prymatu kar pozbawienia wolności w przypadku mniej szkodliwych przestępstw (art. 58 § 1 k.k.) – zauważa się szersze niż dotąd orzekanie bezwzględnej kary pozbawienia wolności o około 10 tys. w ostatnim okresie,

- samoistne zastosowanie środka karnego, przypadku albo środka kompensacyjnego (art. 58 k.k.) – 16 przypadków orzeczenia samoistnego środka karnego,
- odstąpienie od wymierzenia kary (art. 61 k.k.) – w 2016 r. – 320 przypadków,
- wpływ na politykę karną powinna też wywierać zasada mediacji wymieniona w art. 23a k.p.k., a także uwzględniona wśród zasad wymiaru kary w art. 53 § 3 k.k. Liczba mediacji przeprowadzanych w sprawach karnych wyniosła 4079, z tego zakończonych ugodą – 2569.

Powyższe dane świadczą o niezadowolającym wykorzystaniu możliwości k.k. w racjonalizacji systemu karania w Polsce, a jednocześnie wprowadzono kilka niefortunnych zmian, które ograniczają możliwości dokonania znaczącego postępu i ograniczenia zbyt wielkiej populacji osób odbywających kary pozbawienia wolności. Dotyczy to również prawa karnego wykonawczego, które przewiduje zbyt szerokie pozbawienie wolności w trybie orzekania kar zastępczych oraz nieelastyczne podejście sądów w zakresie udzielania skazanym warunkowego zwolnienia.

Te rozważania można zamknąć konkluzją proponującą, by Ministerstwo Sprawiedliwości nawiązało odpowiednie kontakty ze środowiskiem naukowym, np. reprezentantami stowarzyszeń naukowych takich jak Towarzystwo Naukowe Prawa Karnego i Towarzystwo Naukowe Kryminologii im. St. Batawii.

Bardzo użyteczne byłoby też w szkoleniu przyszłych sędziów i prokuratorów uwzględnienie wiedzy o racjonalnej polityce karnej.

Jednocześnie bardzo ważne byłoby kontrowersyjne i nowe unormowania poddać stosownej weryfikacji naukowej, np. w drodze badania recydywy po zastosowaniu określonych kar bądź środków wobec sprawców przestępstwa, jak też analizy ponoszonych kosztów w związku ze stosowanymi karami i środkami.

⁶ S. Szelhaus, *Kwestia skuteczności długoterminowych kar pozbawienia wolności*, PiP 1968, z. 11; T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce*, Warszawa 2010.

Summary

Teodor Szymanowski

CHANGES IN CRIME IN POLAND AFTER POLITICAL TRANSFORMATION PERIOD AND EVOLUTION OF CRIMINAL POLICY IN THE LIGHT OF STATISTICAL DATA

The information contained in the article had been presented and analyzed on the basis of judicial and police statistics retrieved from Eurostat for the following years: 1987, 1997, 2003 and 2016.

The state of crime is influenced by conditions of social life and criminal policy of the state. The basic factors determining mentioned changes include:

- an increased number of motor vehicles (about 4 million in 1987 to over 21 million in 2016),
- consumption of alcoholic beverages and psychoactive substances, and above all, significant changes in the demographic structure of Polish society – a clear decrease in the population of younger age categories (17–29 years in which the greatest severity of crime is found).

The crime rate in Poland has clearly decreased in recent years which is particularly true of the most serious crimes such as murders, rapes, and robberies.

As far as criminal policy is concerned, it is noticed that the rules of criminal law are not always justified in Poland.

KEY WORDS: criminal policy, police statistics, court statistics, alcoholism, drug abuse, demographic structure, penalties

POJĘCIA KLUCZOWE: polityka karna, statystyka policyjna, statystyka sądowa, alkoholizm, narkomania, struktura demograficzna, orzekane kary

PODSTAWY SKARGI NADZWYCZAJNEJ W SPRAWACH KARNYCH – UWAGI W KONTEKŚCIE „WYPEŁNIANIA LUK W SYSTEMIE ŚRODKÓW ZASKARŻENIA”

Pozostawiając na marginesie przekreślenie założeń noweli z 27 września 2013 r., gdyż stanowiło ono wyraz nie dążeń do zmiany prawa, ale wyraźne zmianom się przeciwstawienie, obszarem, w którym jak dotąd w największym stopniu uwidoczniają się reformatorskie ambicje obecnego prawodawcy w zakresie procedury karnej, stała się kontrola orzeczeń prawomocnych. Jako pierwsza pojawiła się – nieznana wcześniej w regulacjach karnoprocesowych – instytucja skargi na wyrok sądu odwoławczego. Następnie zaś tzw. prezydencki projekt ustawy o Sądzie Najwyższym, który przegłosowany przez Sejm VIII kadencji przybrał formę nowej ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 5)¹, przewidział „skargę nadzwyczajną”. Forma ta nie okazała się ostateczną, co mogło przez krótki czas budzić pewną nadzieję na usunięcie co najmniej dyskusyjnych unormowań, niestety ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw², koncentrując się na kwestiach: kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi oraz terminów do jej wniesienia, w minimalnym jedynie stopniu odniosła się do sformułowania samych podstaw nowej instytucji, te zaś – zarówno w dotychczasowym, jak i proponowanym

brzmieniu art. 89 ustawy³ – budzą zasadnicze wątpliwości interpretacyjne. Nie trzeba zaś nikogo przekonywać, że to przede wszystkim ich właściwa regulacja decyduje w przypadku środka zaskarżenia o jego efektywności oraz przesądza zasadność jego funkcjonowania w strukturze kontroli judykacyjnej. Podejmując zwłaszcza z perspektywy karnistycznej próbę odtworzenia w oparciu o wspomnianej przepis uwarunkowań treści ewentualnych zarzutów, które będzie można postawić skarżonemu rozstrzygnięciu, już na pierwszy rzut oka dostrzec da się przynajmniej dwie grupy problemów. Pierwsza stanowi konsekwencję konstrukcji instrumentu totalnego, mającego znajdować odniesienie tak do prawomocnych i niepodlegających wzruszeniu na innej drodze orzeczeń wydanych w postępowaniu karnym, jak i cywilnym, jednak bez dostatecznego zwrócenia uwagi na różnice między tymi dwiema gałęziami prawa. Te zaś znacznie utrudniają interpretację podstaw skargi, ujętych w sposób bardziej cywilistyczny niż właściwy dla procedury karnej. Drugim problemem stają się natomiast już nie trudne do pogodzenia odmienności, ale – co wręcz zakrawa na pewną ironię – zbyt daleko idące podobieństwa. Nawet pobieżna lektura przepisu art. 89 § 1 UoSN pozostawia wrażenie, że skatalogowane w nim

¹ Ustawa ta weszła w życie 3 kwietnia 2018 r.

² Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, dla której podstawą był poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2480, Sejm VIII kadencji).

³ Sam katalog podstaw z art. 89 ustawy pozostał niezmienny, jedynie dotychczasowy zwrot wskazujący na dopuszczalność skargi „jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia praworządności i sprawiedliwości społecznej” zastąpiono przez inną klauzulę generalną, tj. odwołanie do konieczności dla zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającej zasady sprawiedliwości społecznej.

podstawy nie tworzą jednak żadnego dodatkowego obszaru kontroli, mając dawać szansę eliminacji uchybień do tej pory nieobjętych możliwością skorygowania w oparciu o znane środki zaskarżenia lub skargę konstytucyjną⁴. W rezultacie stworzone narzędzie można scharakteryzować zarówno jako mało operatywne wobec nadania mu wadliwego kształtu normatywnego, jak i po prostu zbędne z uwagi na równoległą dostępność innych instrumentów, przynajmniej równie skutecznych, a skonstruowanych w sposób nasuwający znacznie mniej wątpliwości interpretacyjnych. Rodzi się zatem pytanie, czy rzeczywiście mamy do czynienia w omawianym przypadku z jakąś nową wartością, czy jedynie z nie do końca spójną kompilacją (cywilistyczno-karnistyczną hybrydą?) istniejących rozwiązań, a tym samym z brakiem wystarczającego uzasadnienia dla przełamania nią zasady stabilności orzeczeń sądowych.

KRÓTKA CHARAKTERYSTYKA INSTYTUCJI

Skarga nadzwyczajna przysługuje od każdego prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego lub sądu wojskowego kończącego postępowanie w sprawie (art. 89 § 1 ustawy o SN), a zatem nie tylko od wyroków, ale także od prawomocnych postanowień, ponadto bez żadnych dalszych ograniczeń zarówno co do treści samego rozstrzygnięcia, jak i instancji,

w której zostało ono wydane. Podlegają jej także prawomocne, a więc nawet niezaskarżone wcześniej przez stronę apelacją lub zażaleniem orzeczenia pierwszoinstancyjne, co wydaje się zupełnie nietrafną tolerancją dla bierności strony, która nie wyczerpała, gdy jeszcze było to możliwe, zwyczajnej drogi kontroli. Określenie „od każdego prawomocnego wyroku sądowego” wskazuje też na możliwość zaskarżenia w tym trybie wyroku Sądu Najwyższego, np. rozstrzygnięcia w sprawie rozpatrywanej już w postępowaniu kasacyjnym. Przy tak obszernie zakreślonym przedmiocie zaskarżenia szczególnego znaczenia nabierają przesłanki dopuszczalności skargi, zarówno pozytywne, jak i negatywne. Te pierwsze to: konieczne dla zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej⁵ oraz niemożność uchylecia lub zmiany orzeczenia w trybie innych nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Wyłącza natomiast możliwość wniesienia skargi oparcie jej na tych samych zarzutach, które były przedmiotem rozpoznawania przez Sąd Najwyższy przy rozpatrywaniu kasacji (art. 90 § 2 UoSN). Ponadto od tego samego orzeczenia w interesie tej samej strony skarga może być wniesiona tylko raz (art. 90 § 1 UoSN). Dodatkową rolę czynnika hamującego dowolność korzystania ze skargi spełnia upoważnienie wyłącznie podmiotów specjalnych do jej wniesienia⁶ – ustawa nie przewiduje

⁴ A także – na co zwracał uwagę M. Balcerzak w swojej trafnej krytyce nowego rozwiązania – skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – tenże, *Skarga nadzwyczajna do Sądu Najwyższego w kontekście skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Palestra” 2018, nr 1–2, s. 11 i n.

⁵ Jest to przesłanka szczególnie enigmatyczna, przy czym od razu należy zastrzec, że zastąpienie nią pierwotnego zwrotu „konieczność zapewnienia praworządności i sprawiedliwości społecznej” w żadnym wypadku nie stanowiło doprecyzowania, a jedynie bardziej chyba zgrabne i poprawne z perspektywy jurslingwistycznej wyrażenie celu nadzwyczajnego środka zaskarżenia, tyleż oczywistego (z powodu jakich to bowiem innych wartości w ogóle dopuszczalne byłoby podważenie zasad wynikających z prawomocności), co – gdy jednak ustawodawca zdecydował się go wyrazić *expressis verbis* w przepisie – mogącego stanowić pole do nadużyć interpretacyjnych w konkretnych przypadkach, zwłaszcza poprzez niezmienione odwołanie do zasad sprawiedliwości społecznej, i uzasadniającego obawy o motywowanie jakimś politycznie nacechowanym „wyższym dobrem” rewizji spraw dawno prawomocnie zakończonych.

⁶ Na marginesie stanowiska o ich ograniczeniu jedynie do Prokuratora Generalnego i Rzecznika Praw Obywatelskich warto zauważyć, że pierwotny projekt prezydencki przewidywał oprócz kompetencji Prezesa Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, Rzecznika Praw Dziecka, Rzecznika Praw Pacjenta, Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego, Rzecznika Finansowego oraz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ponadto uprawnienie do wniesienia skargi przez grupę co najmniej 30 posłów lub 20 senatorów.

indywidualnych skarg nadzwyczajnych kierowanych bezpośrednio przez strony do Sądu Najwyższego – oraz ograniczenia temporalne. W zakresie nieuregulowanym w ustawie przepis art. 95 ust. 2 UoSN nakazuje odpowiednie stosowanie do skargi nadzwyczajnej przepisów dotyczących kasacji. Odnosić się to zatem będzie do pozostałych wymogów formalnych, jakie musi spełniać kasacja, w tym wypadku, jak należy sądzić, kasacja nadzwyczajna (ogólne wymogi pisma procesowego z art. 119 k.p.k. oraz – poprzez odpowiednie stosowanie art. 526 § 1 k.p.k. – obowiązek wskazania, na czym polega zarzucane uchybienie, w tym przytoczenie w uzasadnieniu skargi argumentacji przemawiającej za istnieniem przywoływanej jej podstawy) oraz – w zakresie nieuregulowanym – postępowania przed Sądem Najwyższym (np. wymogi kontroli formalnej skargi czy granic jej rozpoznania). Można by założyć, że odesłanie to powinno wywierać też pewien wpływ na kierunek wykładni, szczególnie dogodny dla podmiotu próbującego zdekodować zakres, przesłanki i podstawy skargi w sprawach karnych. Jak się jednak okaże, byłby to optymizm cokolwiek przedwczesny.

Oczywista sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego jako podstawa skargi nadzwyczajnej

Artykuł 89 § 1 UoSN stanowi, że podstawą skargi nadzwyczajnej może być jedynie: 1) naruszenie zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określonych w Konstytucji; 2) rażące naruszenie prawa przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie oraz 3) oczywista sprzeczność istotnych ustaleń

sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego. Rozpoczynając niejako od końca omówienie tak ujętych podstaw, nietrudno dostrzec, że ostatnie uchybienie jawi się jako najjaskrawszy chyba wyłom w dotychczasowym systemie nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Oto bowiem Sąd Najwyższy przestaje być wyłącznie sądem prawa i staje się także sądem faktu, jako że istotą błędu w ustaleniach faktycznych ma być całkowite oderwanie właściwych mu zarzutów od wszelkich rozważań prawnych⁷. Dochodzi tym samym do wykreowania w istocie trzeciej instancji, co dla postępowania karnego jawi się jako rozwiązanie wysoce osobliwe⁸.

W wypowiedziach karnistycznych odnoszących się do *error facti* przyjmuje się dwa jego rodzaje: błąd, który wynika z niepełności postępowania dowodowego – tzw. błąd „braku”, gdy błędnie lub w sposób niepełny przyjęto ustalenia, pomijając określone fakty w materiale dowodowym, lub też zabrakło istotnych ustaleń ze względu na nieprzeprowadzenie pełnego postępowania dowodowego, oraz błąd będący skutkiem przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów – tzw. błąd „dowolności”, gdy dokonano ustaleń faktycznych na podstawie całego materiału dowodowego, aczkolwiek błędnie ocenionego z perspektywy treści art. 7 k.p.k.⁹ Błąd co do faktu może być zatem wynikiem zarówno nieznamomości określonych dowodów, jak i nieprzestrzegania dyrektyw obowiązujących przy ocenie dowodów, np. zlekceważenie niektórych dowodów, danie wiary dowodom nieprzekonywającym czy oparcie się na faktach w istocie nieudowodnionych¹⁰. Określenie analizowanej podstawy skargi nadzwyczajnej – dość

⁷ Tak wyrok SA we Wrocławiu z 28 grudnia 2005 r., II AKa 340/05, KZS 2006, z. 6, poz. 103.

⁸ Osobliwość ta może być mniejsza w sprawach cywilnych, choć nie należy zapominać, że rozwiązania przyjęte w wyniku nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego dokonanej ustawą z 22 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2005 r. nr 13, poz. 98), którą wprowadzono skargę kasacyjną w miejsce kasacji, bez wątplenia zdążyły się utrwalić i w tej procedurze.

⁹ Jak podkreśla się w literaturze, powyższa typologia błędów ma ściśle karnistyczny rodowód – por. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 189–190.

¹⁰ Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1997, s. 129; T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 848; T. Grzegorzczak, *Kodeks*

precyzyjnie – jako sprzeczności między istotnymi ustaleniami a treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego prowadzi jednak do wniosku, że ustawodawca odniósł się tym samym jedynie do formuły błędu dowolności. Przy sprzeczności sfery zgromadzonych dowodów ze sferą ustaleń faktycznych w grę wchodzi bowiem jedynie błąd w ewaluacji dowodów, nie zaś niekompletność materiału dowodowego, prowadząca do równie wadliwych i niepełnych ustaleń faktycznych, a tym samym z nim niesprzecznych¹¹. Nawiązując do katalogu możliwych na gruncie procedury apelacyjnej w sprawach karnych postaci błędu co do faktów, zaproponowanych swego czasu jeszcze przez F. Prusaka i przytaczanych przez K. Łojewskiego, a obejmujących kolejno: 1) nieustalenie wszystkich faktów, z których można by wysnuć prawidłowy wniosek o kwestiach istotnych dla rozstrzygnięcia, 2) nieudowodnienie okoliczności faktycznych, tj. przyjęcie za udowodnione faktów bez dostatecznej ku temu podstawy w materiale dowodowym, 3) uznanie za nieudowodnione faktów mimo dostatecznych podstaw do przyjęcia, że fakty te są właściwie udowodnione, 4) sprzeczność wniosków między sobą lub sprzeczność wniosków z ustaleniami sprawy, 5) brak wzajemne-

go związku między faktami ustalonymi przez sąd, 6) nietrafność przyjętych kryteriów oceny, 7) niewiarygodność źródeł dowodowych¹², ponad wszelką wątpliwość da się wskazać przy przyjętym brzmieniu art. 89 UoSN tylko kategorię wymienioną w pkt 4. Zawężenia różnych postaci błędu logicznego, na którym wszak zawsze opiera się błąd w ustaleniach faktycznych¹³, jedynie do sprzeczności między ustaleniami a podstawą dowodową trudno zrozumieć. Jedynym bodajże argumentem za takim rozwiązaniem może być osłabienie tym samym możliwości wykorzystywania tego rodzaju zarzutów, w takim jednak wypadku nadal pozostaje pytanie, po co w ogóle rozważaną podstawę wprowadzać.

Konfuzja, w którą popaść musi karnista usiłujący dokonać wykładni art. 89 UoSN, zdaje się jednak mieć swoje źródło w odmienności kasacji karnej i jej podstaw a skargi kasacyjnej. W procedurze cywilnej wyraźnie zastrzega się, że z punktu widzenia unormowania art. 398³ § 3 k.p.c. za niedopuszczalny należy uznać zarzut popełnienia błędów w orzekaniu dotyczących tych czynności intelektualnych sądu, które obracają się wokół samej rekonstrukcji fragmentu ocenianej prawnie rzeczywistości przed nałożeniem nań jakiegokolwiek oceny

postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467, Warszawa 2014, s. 1467; K. Boratyńska, P. Czarnecki, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1002; D. Świecki, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1121–1122; tenże, (w:) D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2017, s. 159; tenże, *Konstrukcja apelacji jako środka odwoławczego*, Warszawa 2018, s. 110; W. Jasiński, (w:) T. Boratyńska, E. Chojniak, W. Jasiński, *Postępowanie karne*, Warszawa 2016, s. 559; wyrok SA we Wrocławiu z 6 lutego 2013 r., II AKa 395/12, Legalis.

¹¹ Jako że zdania są ze sobą sprzeczne, jeżeli prawdziwość jednego oznacza, że drugie musi być fałszywe. Sprzeczność jest konkretną postacią niezgodności. Nie wydaje się przy tym trafne utożsamianie jej z każdą postacią błędu logicznego, na którym opiera się błąd co do ustaleń faktycznych, lub identyfikacja pojęcia „sprzeczność” z pojęciem „dysharmonia”, która powielana jest ostatnio w orzecznictwie cywilistycznym dotyczącym rozumienia „sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego” – wyrok SA we Wrocławiu z 11 września 2013 r., I ACa 810/13, Legalis; wyrok SA we Wrocławiu z 28 sierpnia 2013 r., I ACa 763/13, Legalis; wyrok SA w Łodzi z 3 sierpnia 2016 r., III AUa 2042/15, Legalis; wyrok SA w Szczecinie z 2 marca 2016 r., I ACa 8/16, Legalis; wyrok SA w Katowicach z 23 czerwca 2015 r., I ACa 221/15, Legalis; wyrok SA w Białymstoku z 19 sierpnia 2016 r., I ACa 259/16, Legalis.

¹² F. Prusak, *Podstawy rewizji w procesie karnym*, Bydgoszcz 1970, s. 108; K. Łojewski, *Apelacja karna*, Warszawa 2005, s. 109.

¹³ S. Zabłocki, *Postępowanie odwoławcze, kasacyjne i wznowieniowe w procesie karnym*, Warszawa 1999, s. 96; K. Łojewski, *Apelacja*, s. 106; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do artykułów 297–467*, Warszawa 2011, s. 806–807; J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 308; G. Artymiak, M. Rogalski (red.), *Proces karny. Część szczegółowa*, Warszawa 2012, s. 162.

prawnej, zwłaszcza zaś naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.¹⁴ Także w judykaturze wskazuje się, że „wewnętrznie sprzeczne ustalenia faktyczne sądu drugiej instancji, wykluczające w sposób jednoznaczny przyjęcie przebiegu zdarzenia, skutkują niemożnością dokonania przez SN oceny zarzutów skargi kasacyjnej co do naruszeń prawa materialnego i w konsekwencji niemożnością odrzucenia tych zarzutów”¹⁵. W przeciwieństwie jednak do błędności oceny dowodów, brak ustalenia faktu może stanowić przedmiot zarzutu skargi kasacyjnej, pominięcie bowiem dowodów nie jest równoznaczne z dokonaniem ich oceny¹⁶. Z powyżej zakreślonej perspektywy cywilistycznej, zwłaszcza zakazu z art. 398³ § 3 k.p.c. i pozostałej regulacji podstaw skargi kasacyjnej, wyraźne wskazanie jako podstawy skargi nadzwyczajnej tylko błędu w ocenie dowodów (błędności dowolności), przy uznaniu zbędności, a tym samym i pominięciu błędności, może być nawet zrozumiałe. Równocześnie przemawia jednak za tym, że dla postępowania karnego podstawy skargi, jak i sama skarga wydają się ciałem szczególnie obcym.

Warto przy okazji zauważyć, że omawiany przepis ustawy nie wysławia także warunku

wpływu uchybienia na treść rozstrzygnięcia, który to powinien być wyraźnie wskazany, gdyby chodziło o rozumienie podstawy skargi nadzwyczajnej w sprawach karnych jako konstrukcji analogicznej do zarzutu z art. 438 pkt 3 k.p.k., ale i przepisu art. 523 § 1 k.p.k. Sprzeczność ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego musi być jedynie „oczywista”, same ustalenia zaś „istotne”. Oczywistość w tym kontekście to sprzeczność niewątpliwa, jaskrawa, ewidentna, dostrzegalna właściwie bez potrzeby głębszego badania stanu faktycznego, jak się też wydaje tego rodzaju, że nie wymaga ona wyjaśniania w toku kontradiktoryjnej rozprawy¹⁷. Odnosi się zatem ona do „widoczności” uchybienia, nie jednak do jego wagi. Przez ustalenia istotne rozumieć należy ustalenia co do faktów, na których podstawie sąd orzekł o przedmiocie procesu¹⁸, w jakimś zatem stopniu dałoby się przynajmniej ten warunek powiązać z wymogiem wykazania hipotetycznego związku przyczynowego między błędem a treścią orzeczenia, choć argumenty za tym przemawiające zdają się zasadniczo leżeć poza samą warstwą językową przepisu i ponownie trudno zaniechanie legislatora w tym zakresie sprawiedliwić.

¹⁴ M. Pilich, *Zakaz oparcia skargi kasacyjnej na zarzutach dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów*, PS 2008, nr 2, s. 27; A. Góra-Błaszczkowska, (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Art. 1–729*, Warszawa 2016, s. 1070–1071; A. Zieliński, (w:) A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 749.

¹⁵ Wyrok SN z 10 sierpnia 2007 r., II CSK 170/07, Legalis.

¹⁶ Wyrok SN z 23 lutego 2006 r., I CSK 29/05, Legalis. Uznaje się wówczas, że: „Skoro subsumcja oznacza podstawięcie ustalonego stanu faktycznego pod abstrakcyjny stan faktyczny zawarty w normie prawnej, to w przypadku gdy sąd nie ustalił stanu faktycznego jest oczywiste, że nie mógł dokonać takiego podstawięcia. Błędne jest uznanie istnienia związku między procesowo ustalonym faktem a normą prawną w sytuacji, gdy takie ustalenie faktu nie nastąpiło. Oznacza to, że w przypadku braku ustalenia podstawy faktycznej wyroku sądu drugiej instancji, zarzut niewłaściwego zastosowania prawa materialnego, w rozumieniu art. 398³ § 1 pkt 1 KPC, odnoszący się do przepisów powołanych w podstawie prawnej tego wyroku, jest uzasadniony” (wyrok SN z 18 stycznia 2012 r., II PK 117/11, Legalis); tak też wyrok SN z 16 marca 2006 r., III CSK 17/06, Legalis; wyrok SN z 4 lutego 2015 r., IV CSK 183/14, Legalis; postanowienie SN z 4 września 2014 r., II CSK 659/13, Legalis; A. Góra-Błaszczkowska, (w:) *Kodeks*, s. 1071; A. Zieliński, (w:) *Kodeks*, s. 749; A. Piotrowska, (w:) A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz. Art. 367–729*, Warszawa 2016, s. 131; T. Ereciński, (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2012, s. 363.

¹⁷ Znaczenie tego pojęcia powinno być zasadniczo tożsame z rozumieniem oczywistości przy zasadności lub bezzasadności kasacji czy skargi kasacyjnej – por. A. Piotrowska, (w:) *Kodeks*, s. 168; D. Świecki, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks*, s. 1241; wyrok SN z 15 grudnia 2000 r., II KKN 142/08, Legalis.

¹⁸ D. Świecki, *Konstrukcja*, s. 109.

Podstawa rażącego naruszenia prawa przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie

W przeciwieństwie do uchybień odnoszących się do sfery ustaleń faktycznych, podstawa rażącego naruszenia prawa przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie – jako kierująca od samego początku skojarzenia ku zbliżonej formule podstaw kasacyjnych z art. 523 k.p.k. – wydaje się budzić znacznie mniej wątpliwości. Niestety to życzliwe pierwsze wrażenie zostaje mocno zachwiane przy próbie uważniejszej lektury. Rodzi się przede wszystkim pytanie, czy istotnie interpretowanie pojęcia „rażące naruszenie prawa” w analogii do przyjętej wykładni tego zwrotu na gruncie wspomnianego art. 523 k.p.k. jest w pełni uprawnione. Do takiego wniosku mogłoby prowadzić odesłanie z art. 95 ust. 2 UoSN, nakazujące odpowiednie stosowanie do skargi nadzwyczajnej przepisów dotyczących właśnie kasacji, choć wskazana „odpowiedniość” stosowania dla procedury wykładni oznacza z całą pewnością tyle tylko, że to przepisy kodeksowe będą interpretowane stosownie do norm ustawy wskazanej w argumencie zwrotu odsyłającego, niekoniecznie zaś, że istnieje tu i pewne sprzężenie zwrotne. Poza tym uwzględnienie przepisu art. 90 § 2 UoSN, stanowiącego o niedopuszczalności oparcia skargi na zarzutach, które „były przedmiotem rozpoznawania skargi kasacyjnej lub kasacji przyjętej do rozpoznania przez Sąd Najwyższy” (art. 90 § 2 UoSN), otwiera przynajmniej dwie możliwości interpretacyjne. Po pierwsze, można uznać, że chodzi tu o niedopuszczalność faktycznego powielania zarzutów w danej sprawie, której to ewentualności trzeba właśnie zapobiec z uwagi na pokrywanie się na płaszczyźnie abstrakcyjnej uchybień mogących być podstawą kasacji (lub skargi kasacyjnej) z uchybieniami stanowiącymi podstawę skargi nadzwyczajnej. Po drugie – nie da się wykluczyć i takiego rozumienia sensu powyższego przepisu, przy któ-

rym ma on stanowić dodatkowe podkreślenie odmiennego charakteru podstaw skargi nadzwyczajnej od podstaw kasacji (podstaw skargi kasacyjnej). Skarga nadzwyczajna nie może zatem zostać oparta na tych samych zarzutach, które były przedmiotem rozpoznania przez sąd kasacyjny, nie dlatego, że organ ten już raz się nad nimi pochylał, ale dlatego, że nawet przy odpowiednim zastosowaniu w kwestiach nieuregulowanych do skargi kasacyjnej przepisów o kasacji kasacją ona jednak nie jest, zwłaszcza nie stanowi nadal nieprzyjmowanej w polskim systemie środków zaskarżenia tzw. „superkasacji”¹⁹, w związku z czym odnosi się też ona do kontroli zgoła odmiennych uchybień od tych, dla których przewidziano kontrolę kasacyjną. Zdając sobie w pełni sprawę, że intuicja znaczeniowa skłaniałaby nas raczej ku pierwszemu z wymienianych wariantów odczytywania przepisu, to stanowisko drugie podkreślałoby autonomiczność skargi nadzwyczajnej, przede wszystkim uzasadniając potrzebę jej wprowadzenia, tj. dowodząc, że rzeczywiście istnieją takie obszary wadliwości orzeczeń, które nie mogły zostać skontrolowane w drodze zastosowania dotychczas dostępnych środków, zwłaszcza środków zaskarżenia o charakterze nadzwyczajnym. *A contrario* – jeżeli skarga nadzwyczajna miałaby służyć do zwalczania tych samych uchybień, które mieszczą się już w podstawach istniejącego dotąd instrumentarium kontrolnego, to w najlepszym razie byłaby ona całkowicie zbędna, gdyż o żadnej luce w systemie nie mogłoby być mowy. W razie natomiast nieco „gorszym” skarga taka stawałaby się w istocie nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia od nadzwyczajnych środków zaskarżenia, kreując ekstraordynaryjne narzędzie nadzoru nad orzecznictwem wszelkich sądów, w tym orzeczeniami zapadłymi już w drodze rozpoznania środków nadzwyczajnych.

Przepis art. 90 § 2 UoSN wymienia też obok kasacji skargę kasacyjną. Podstawa „rażącego naruszenia prawa przez błędną jego wykładnię

¹⁹ Normę dopuszczającą wnoszenie od tego samego orzeczenia w interesie tej samej strony skargi nadzwyczajnej tylko raz wprost wysławia art. 90 § 1 UoSN.

lub niewłaściwe zastosowanie” nawiązuje zaś w większym chyba stopniu niż do brzmienia art. 523 k.p.k., do art. 398³ k.p.c. Podstawami skargi kasacyjnej w postępowaniu cywilnym może być bowiem: „naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie lub naruszenie przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy”. Zestawiając to unormowanie z podstawami kasacji w postępowaniu karnym: „uchybień wymienione w art. 439 lub inne rażące naruszenie prawa, jeśli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia”, nie można oprzeć się wrażeniu, że ustawodawca ponownie dokonał pomieszania elementów występujących w obu tych procedurach: „naruszenia przez błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie” z przepisów k.p.c., z dookreśleniem naruszenia jako „rażącego” z unormowań karnoprosesowych i wskazaniem, by obejmowało ono naruszenie prawa (a nie prawa materialnego). Czy – biorąc pod uwagę szeroki zakres przedmiotowy skargi nadzwyczajnej, pozwalającej zaskarżyć zarówno orzeczenia sądów cywilnych, jak i karnych – taka mozaika elementów z różnych procedur miałyby uzasadniać równie mieszaną wykładnię, stosownie do tej przyjętej na gruncie ustawy (karnej lub cywilnej), w której dany element pierwotnie wystąpił? Zgodnie zatem z powyższą propozycją: naruszenie miałyby charakter rażący, tj. niewątpliwy, wyraźny, dający się łatwo stwierdzić, jednak niepokrywający się znaczeniem z pojęciem „oczywistość”, gdyż

poza rozpoznawalnością niejako „na pierwszy rzut oka”, odznaczający się przede wszystkim odpowiednim ciężarem gatunkowym – określonym jako zbliżony do rangi bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 k.p.k.²⁰, a ponadto – poprzez ograniczenie jedynie do naruszenia prawa, a więc bez dookreślenia, czy chodzi o przepisy materialne, czy formalne, obejmowałyby obie kategorie²¹. Równocześnie należałoby uznać – tym razem w analogii do regulacji cywilistycznej – że musiałyby ono przybrać co najmniej jedną z trzech dopuszczalnych postaci naruszenia prawa: błędnej (niewłaściwej) interpretacji (wykładni) istniejącej normy; zastosowania nieistniejącej normy oraz błędu w subsumcji, czyli błędnego przyjęcia istnienia lub nieistnienia związku pomiędzy ustalonym przez sąd stanem faktycznym danej sprawy a określoną normą prawną²². Skarżący powinien wskazać, czy sąd dokonał błędnej wykładni, czy niewłaściwego zastosowania przytoczonego przepisu prawa, wyjaśnić, na czym polega jego błędna wykładnia lub niewłaściwe zastosowanie, oraz wykazać wpływ uchybienia na wynik sprawy. Koniecznym wymogiem uzasadnienia tej podstawy jest, zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 1, wskazanie, że sąd zastosował niewłaściwie określony przepis prawa materialnego, podczas gdy należało zastosować inny wskazany przez skarżącego przepis, lub też że zastosowany przepis należy rozumieć inaczej, niż rozumie go sąd w zaskarżonym orzeczeniu²³. Dopuszczalne jest przy tym konstruowanie jednoczesnego zarzutu błędnej wykładni, jak i zarzutu

²⁰ Tak zgodnie przedstawia się rozumienie powyższej podstawy w literaturze i orzecznictwie – por. choćby D. Świecki, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks*, s. 1226; tenże, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks*, t. II, s. 501; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom III. Komentarz do artykułów 468–862*, Warszawa 2012, s. 233; H. Paluszkiwicz, *Sporządzanie środków odwoławczych i innych środków zaskarżenia w postępowaniu karnym i karnoskarbowym*, Warszawa 2017, s. 307; polemizując jednak z trafnością takiego rozumienia, niemniej proponując zastąpienie go uchybieniem niewątpliwym i o istotnym wpływie – W. Grzeszczyk, *Kasacja w sprawach karnych*, Warszawa 2001.

²¹ Zob. jak wyżej, zwłaszcza D. Świecki, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks*, s. 1226; A. Sakowicz, M. Warchoń, *Komentarz do art. 523 k.p.k.*, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 8, Legalis 2018.

²² M. P. Wójcik, (w:) A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1–729*, Warszawa 2017, s. 637; A. Piotrowska, (w:) *Kodeks*, s. 122; M. Manowska, (w:) M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–505³⁸*, Warszawa 2015, s. 1010; T. Ereciński, (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III – Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016, s. 220–225; A. Góra-Błaszczkowska, *Kodeks*, s. 1062–1063; A. Zieliński, (w:) A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 732–735.

²³ Wyrok SN z 27 kwietnia 2012 r., V CSK 205/11, Legalis; A. Piotrowska, (w:) *Kodeks*, s. 122.

niewłaściwego zastosowania prawa materialnego²⁴. Trzeba wskazać, że w porównaniu do wymogów stawianych zarzutem przy kasacji w sprawach karnych powyższe zastrzeżenia są dużo bardziej rygorystyczne²⁵, z drugiej strony odwołanie przy rozumieniu rażącego charakteru naruszenia do bezwzględnych podstaw odwoławczych z art. 439 k.p.k. może w relacji do procedury cywilnej być o tyle trudne, że w tej ostatniej występuje nadal sankcja nieważności, a nie wszystkie uchybienia bezwzględne z art. 439 k.p.k. stanowią wadliwość wywołującą niegdyś nieważność²⁶. O naruszeniu przepisów procesowych mogących być podstawą skargi kasacyjnej można mówić jednak jedynie wówczas, gdy dochodzi do przypadków nieważności, a w odniesieniu do innych przepisów, gdy wykaże się, że konkretne uchybienie mogło mieć stanowczy, decydujący, czyli istotny, wpływ na wynik sprawy²⁷. Podobnie przy kasacji karnej uchybienia niebędące uchybieniami bezwzględnymi muszą być zarówno rażące, jak i mogące istotnie wpłynąć na treść orzeczenia²⁸. Rzecz jednak w tym, że wymogu „istotnego wpływu”, mimo że został on sformułowany w art. 523 § 1 k.p.k., jak i w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., omawiana podstawa skargi nadzwyczajnej już

nie wysławia. W takim pominięciu jest zresztą zbieżna z przepisem art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. Uzasadnia to jednak pytanie, czy opuszczenie frazy odnoszącej się do relacji między uchybieniem a wynikiem sprawy było celowym zabiegiem wskazującym, że wadliwości w niej ujęte nie muszą wcale wykazywać wpływu na treść rozstrzygnięcia, a zatem – o ile naruszenie prawa byłoby rażące – orzeczenie musiałoby ulec uchyleniu, nawet gdyby uchybienie to miało minimalny lub wręcz żaden wpływ na treść zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia, czy też należałoby warunek „istotnego wpływu” przyjmować nawet przy milczeniu ustawy, gdyż wynika on z samego charakteru obrazy prawa uzasadniającej kontrolę legalności przez sąd konstytucyjny. Przy wspomnianym już art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. zarówno w doktrynie procesu cywilnego, jak i w judykaturze utrwalony jest zasadniczo pogląd, że jeśli zaskarżone rozstrzygnięcie, mimo błędnego orzeczenia, w ostatecznym wyniku odpowiada prawu, to nie może być wzruszone w drodze kontroli kasacyjnej²⁹. Zastosowanie wadliwego przepisu musi spowodować nieprawidłowość wyroku, gdyż naruszenie prawa ma pozostawać w bezpośrednim związku przyczynowym z wynikiem sprawy³⁰. W analogii do

²⁴ A. Piotrowska, (w:) *Kodeks*, s. 123.

²⁵ Np. niedopuszczalne jest sformułowanie w skardze kasacyjnej zarzutu o następującej postaci: „naruszenie przepisu prawa materialnego przez przyjęcie, że...”. Rozstrzygnięcie na podstawie uzasadnienia tak sformułowanej podstawy skargi, jaką postać naruszenia określonego przepisu prawa materialnego kryje użyte w niej sformułowanie „przez przyjęcie”, wykracza co do zasady poza uprawienia kontrolne Sądu Najwyższego (por. wyroki SN: z 18 maja 2012 r., IV CSK 496/11, Legalis oraz z 27 kwietnia 2012 r., V CSK 205/11, Legalis). A. Piotrowska, (w:) *Kodeks*, s. 123.

²⁶ Por. Z. Muras, *Bezwzględne przyczyny odwoławcze*, Toruń 2004, s. 18–20.

²⁷ T. Ereciński, (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks*, s. 232. Precyzyjniej – co jednak już w ogóle nie mieściłoby się w zasadach rządzących procedurą karną, przy spełnieniu koniunktywnie warunków: a) zwrócenia przez stronę uwagi sądu na uchybienie poprzez wpisanie zastrzeżenia do protokołu, b) takiego charakteru naruszenia, które sąd bierze pod uwagę z urzędu, c) naruszenia przepisów postępowania, które nastąpiło w samym orzeczeniu – A. Zieliński, (w:) *Kodeks*, s. 735–736.

²⁸ Jak podkreśla SN: „Ocena zarzutów kasacyjnych musi każdorazowo uwzględniać nie tylko znaczenie podniesionych przez skarżącego usterek, ale również brać pod uwagę rysującą się perspektywę potencjalnej możliwości wydania innego niż zakwestionowane rozstrzygnięcia w wyniku przeprowadzenia ponownego postępowania wolnego tym razem od zarzucanych uchybień. Tylko wtedy można zasadnie mówić o istotnym (art. 523 § 1 KPK) wpływie na treść rozstrzygnięcia, gdy realna jest szansa na to, że kolejne będzie odmienne” (postanowienie SN z 16 stycznia 2007 r., V KK 122/06, R-OSNKW 2007, poz. 158; postanowienie SN z 18 marca 2003 r., IV KKN 332/00, R-OSNKW 2003, poz. 574); tak też A. Sakowicz, M. Warchoł, *Komentarz do art. 523 k.p.k.*

²⁹ M. Manowska, (w:) *Kodeks*, s. 1011; M. P. Wójcik, (w:) *Kodeks*, s. 637.

³⁰ T. Ereciński, (w:) *Kodeks*, s. 229.

racji przemawiających za wywodem jednak z art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. omawianego warunku, można by w drodze wykładni dokonać i stosownego „wzbogacenia” treści normatywnej art. 90 UoS.N. Niestety rozwiązanie w ten sposób wskazanego dylematu interpretacyjnego okaże się przedwczesne, gdy uświadomimy sobie, że jest ono stosowane do podstawy skargi kasacyjnej odnoszącej się jedynie do przepisów materialnoprawnych, a nie także procesowych, do których również zdaje się odnosić zwrot „przepisy prawa” z art. 90 UoS.N, użyty bez jakichkolwiek dalszych dookreśleń. Warto zauważyć, że dla naruszeń prawa procesowego ustawodawca tak karny, jak i cywilny (nie tylko zresztą przy podstawach kasacyjnych, ale również przy zarzutach apelacyjnych) zawsze wskazuje konieczność wystąpienia co najmniej hipotetycznego związku przyczynowego pomiędzy uchybieniami procesowymi a zapadłą decyzją procesową, chyba że wymienia uchybienia o charakterze bezwzględnym, podlegające uwzględnieniu z urzędu i – właśnie – niezależnie od wpływu na wynik sprawy. O tych jednak – i tu również w przeciwieństwie np. do podstaw kasacyjnych z procedury karnej – nigdzie nie wspomniano.

Nagle i wyraźnie zrezygnowanie legislatora z tak konsekwentnie do tej pory umieszczonego zastrzeżenia znacznie zaś osłabia zasadność dodawania dorozumianego warunku wpływu na etapie wykładni. Z drugiej strony – uznanie, że do wzruszenia prawomocnego orzeczenia może dojść nawet wówczas, gdy będzie ono odpowiadać prawu, z uwagi na uchybienia podczas procedowania, które – nawet jeśli rażące³¹ – w ostatecznym rozrachunku nie zostały zaabsorbowane w rozstrzygnięciu, dezawuuując jego trafność i prawidłowość, musi kolidować z wartością stabilności orzeczeń sądowych i celem nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Innymi słowy, każdy kierunek interpretacyjny tak problematycznie sformułowanego przepisu prowadzi ku swoistemu wyczerpaniu możliwości sensownego skonstruowania normy³².

Nie sposób też w tym momencie dłużej pomijać uporczywie narzucającej się kwestii, którą jednak – właśnie z racji jej znaczenia – pozostawiono na koniec. Otóż skoro podstawa „rażącego naruszenia prawa” z art. 90 UoS.N wyrażnie pomija warunek jego wpływu na wynik sprawy, spójny z naruszeniami prawa procesowego i dla nich właściwy³³, w to miejsce zaś *expressis*

³¹ Rażący charakter uchybienia czy istotność przepisu to nie to samo, co istotność wpływu na treść rozstrzygnięcia, co zresztą w doktrynie procesu karnego od dość dawna nie budzi wątpliwości – por. S. Paweła, *Względne przyczyny odwoławcze*, Warszawa 1970, s. 71; zob. też obszerną argumentację S. Zablockiego wskazującego, że nawet jeżeli każde naruszenie prawa materialnego należy traktować jako rażące, to nie przesądza to samo przez się wpływu *in concreto* takiego naruszenia na treść zaskarżonego orzeczenia – tenże, *Postępowanie kasacyjne a problem wymiaru kary*, „Palestra” 1996, nr 7–8, s. 8; tenże, *Postępowanie kasacyjne w nowym kodeksie postępowania karnego. Komentarz praktyczny*, Warszawa 1998, s. 40; L. Sługocki, *Wnoszenie kasacji karnej*, Warszawa 1998, s. 22–23; P. Kruszyński, *Podstawy kasacji w nowym k.p.k.*, (w:) A. Gaberle, S. Waltoś, *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Zbigniewa Dody*, Kraków 2000, s. 181–182. Warunki rażącego charakteru uchybienia i istotności wpływu muszą być każdorazowo spełnione kumulatywnie, co wprawdzie podkreśla łącząca je więź, ale w żadnym razie nie stanowi podstawy do ich utożsamienia ze sobą. W doktrynie podkreśla się zresztą, że przynależą one do dwóch różnych płaszczyzn oceny – wymóg badania istotności wpływu przenosi nas ku czynnikom subiektywnym, zależnym od okoliczności konkretnej sprawy (zob. M. Rogacka-Rzewnicka, *Kasacja w polskim procesie karnym*, Warszawa 2001, s. 238; zob. postanowienie SN z 5 lutego 2003 r., IV KKN 200/99, R-OSNKW 2003, poz. 281); A. Sakowicz, M. Warchoła, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1140.

³² To właśnie przy naruszeniu norm procesowych wskazanie na ich relację do treści rozstrzygnięcia nabiera fundamentalnego znaczenia, gdyż poza uchybieniami o charakterze bezwzględnym inne naruszenia przepisów proceduralnych uznaje się za zdadne do ich konwalidacji na drodze dalszych już prawidłowych czynności procesowych. Wykazanie możliwości wpływu na treść orzeczenia jest tym samym wykazaniem, że do takiej konwalidacji jednak nie doszło. Por. Z. Muras, *Bezwzględne*, s. 18. Z drugiej strony – jeżeli możemy przyjąć, że miała ona miejsce, tj. że pierwotne naruszenie pozostało jednak bez wpływu, to co miałyby właściwie być naprawiane w drodze kontroli, i to o charakterze nadzwyczajnym?

³³ Por. M. Rogacka-Rzewnicka, *Kasacja*, s. 237–241, trzeba jednak zaznaczyć, że zdecydowanie większościowy po-

verbis wysławia inny wymóg – by do naruszenia doszło „poprzez błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie”³⁴, co odpowiada postaciom uchybień prawa materialnego, to jedynym uprawnionym staje się stwierdzenie o ograniczeniu w tym zakresie skargi nadzwyczajnej jedynie do wadliwości w zakresie przepisów materialnoprawnych. Jest to znaczne zawężenie jej ewentualnego korekcyjnego oddziaływania, nieznajdujące przy tym żadnego zadowalającego wytłumaczenia, tym bardziej gdy podstawą kontroli mogą być równocześnie błędy natury faktycznej, i to w postaci niewłaściwej, bo nieznajdującej oparcia w dyrektywach art. 7 k.p.k. oceny zgromadzonego materiału dowodowego. Dla podmiotu dokonującego wykładni jeszcze większym zatem problemem niż to, co ustawodawca „zapożyczył” z regulacji art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. oraz art. 523 § 1 k.p.k. i połączył w hybrydową podstawę z art. 89 UoSN, jest to, co pominał.

Naruszenie zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określonych w Konstytucji jako podstawa skargi nadzwyczajnej

Skargę nadzwyczajną można wnieść wreszcie, jeżeli: „orzeczenie narusza zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określone w Konstytucji”. Tu także pojawia się dość oczywiste nawiązanie do regulacji podstaw skargi kasacyjnej, a konkretnie § 2 art. 398³ k.p.c., przewidującego dla podmiotów kwalifikowanych obowiązek oparcia wnoszonego przez nich środka zaskarżenia na naruszeniu podstawowych zasad porządku prawnego – gdy chodzi o Prokuratora Generalnego, a naruszeniu konstytucyjnych wolności albo praw człowieka

i obywatela w odniesieniu do Rzecznika Praw Obywatelskich. Wymogi skargi kasacyjnej Prokuratora Generalnego i RPO są bowiem dużo dalej idące niż skarg wnoszonych przez inne podmioty, co stanowi rozwiązanie zupełnie przeciwne do przyjętego w procesie karnym, gdzie właśnie dla kasacji nadzwyczajnej przewidziano zwolnienie z szeregu restrykcji krępujących stronę i zawężających dostępność dla niej kontroli kasacyjnej.

W postępowaniu cywilnym naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego oraz konstytucyjnych wolności albo praw człowieka musi ponadto wystąpić kumulatywnie z jednym z uchybień stanowiących ogólną podstawę skargi kasacyjnej³⁵. Należałoby zatem zadać pytanie, czy tak samo należy interpretować omawiane unormowanie z art. 89 § 1 pkt 1 UoSN. Wewnętrzna struktura przepisu art. 89 § 1 UoSN, zawierającego podzielony na kolejne punkty katalog podstaw, stanowiłaby oparcie dla intuicji o samodzielnym charakterze każdej z nich. Z drugiej strony wykazane już wielokrotnie inspiracje legislatora procedurą cywilną wspierałyby tezę o poprawności takiej interpretacji, która nakazywałaby uznać, że podstawą skargi nadzwyczajnej ma być w istocie naruszenie przez orzeczenie w sposób rażący prawa przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, gdy równocześnie orzeczenie takie narusza zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określone w Konstytucji (art. 89 § 1 pkt 1 i 2 UoSN), albo łączne zaistnienie oczywistej sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i naruszenia zasad lub wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji (art. 89 § 1

gład o bezpośrednim związku rażącego charakteru naruszenia prawa materialnego z wpływem na treść orzeczenia kwestionuje P. Kruszyński – tenże, *Podstawy*, s. 182.

³⁴ W przeciwieństwie do błędnej wykładni przepisu, jego niewłaściwego zastosowania lub niezastosowania przepisu, którego zastosowanie było obowiązkowe – postaci naruszeń prawa procesowego (poza uchybieniami bezwzględny) obejmują: a) zaniechanie określonych nakazów wynikających z prawa procesowego (*error in omittendo*), b) działania sprzeczne z określonymi normami (*error in faciendo*), c) naruszenie przepisów dotyczących samego orzeczenia (*error in iudicando*) – por. T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 847.

³⁵ T. Ereciński, (w:) J. Gudowski (red.), *System Prawa Procesowego Cywilnego. Środki zaskarżenia. Tom III, cz. 2*, Warszawa 2013, s. 964–965.

pkt 1 i 3 UoSN). Wymienienie analizowanej podstawy jako pierwszej mogłoby dodatkowo potwierdzać taki właśnie zamysł potrzeby każdorazowego wiązania jej z pozostałymi podstawami. Dodatkowym argumentem za aprobatą zarysowanego rozwiązania zdaje się też być podkreślany w uzasadnieniu projektu UoSN zasadniczy cel skargi, którym miałyby być zagwarantowanie zgodności działalności orzeczniczej sądów z zasadami wyrażonymi w Konstytucji³⁶, wspomniana już klauzula konieczności dla zapewnienia praworządności i sprawiedliwości społecznej poprzedzająca wszak w § 1 art. 89 UoSN wyszczególnienie podstaw³⁷, powiązanie interesu prywatnego z interesem ponadindywidualnym dla uzasadnienia potrzeby wniesienia skargi, powodujące, że skarga taka staje się „skargą w obronie prawa”³⁸, w końcu – взгляд na nadzwyczajny charakter tego środka zaskarżenia.

Zastrzeżenie kumulacji uchybienia w orzekaniu a naruszenia – także, co wyraźnie podkreślono – właśnie orzeczeniem zasady, prawa lub wolności określonych w Konstytucji może być także rozpatrywane jako dodatkowa racja za odróżnieniem podstaw skargi nadzwyczajnej a skargi konstytucyjnej, które to zagadnienie wywołuje już wątpliwości w piśmiennictwie³⁹. Rzecz jasna w polskim systemie prawnym przyjęto tzw. wąskie ujęcie skargi konstytucyjnej, czyniąc z niej jedynie instrument kontroli norm, nie zaś naruszeń Konstytucji, do

których doszłoby w samym procesie orzekania, np. poprzez przyjęcie przez sąd niewłaściwej interpretacji stosowanego przepisu czy przez naruszenie praw proceduralnych skarżącego⁴⁰. Kontrola za pomocą skargi nadzwyczajnej zgodności z Konstytucją samego orzeczenia wyraźnie odcinałaby się zatem od kontroli przy wykorzystaniu skargi konstytucyjnej. W konsekwencji jednak nie wpisywałaby się w ewentualny model skargi konstytucyjnej w ujęciu szerokim, gdyż nie przewidywałaby kontroli norm. W tym kontekście warto wspomnieć również o dyskutowanej w trakcie prac Komisji Kodyfikacyjnej Zgromadzenia Narodowego alternatywnej propozycji skargi konstytucyjnej do sądu powszechnego. Uzasadnieniem dla niej była większa efektywność ochrony sądowej, która nie każe obywatelowi czekać dopiero na skutki uchylecia przepisu prawa i przychodzi się do urzeczywistnienia bezpośredniej stosowalności Konstytucji⁴¹. Zwłaszcza ta ostatnia kwestia jest od pewnego czasu przedmiotem szczególnego zainteresowania także w piśmiennictwie karnistycznym⁴². W odniesieniu do najnowszych problemów karnistycznych można by przykładowo zadać pytanie, czy w ramach skargi nadzwyczajnej dałoby się zaskarżyć sprzeczną z Konstytucją wykładnię art. 168a k.p.k. w razie oparcia orzeczenia na „dowodach” pozyskanych przez funkcjonariuszy publicznych z naruszeniem przepisów procedury, czy też samo zastosowanie art. 168b

³⁶ Uzasadnienie projektu ustawy (druk sejmowy nr 2003, Sejm VIII kadencji), s. 5.

³⁷ Skądinąd przy powyższym rozumieniu to kontrowersyjne sformułowanie stawałoby się nie tyle wprost elementem zbędnym normy, ile jedynie kolejnym podkreśleniem związku uchybień w sferze faktów lub prawa z naruszeniem zasad, praw lub wolności określonych w Konstytucji i takie też tylko byłoby jego znaczenie.

³⁸ *Per analogiam* do uzasadnienia dodatkowej restrykcji dla legitymacji podmiotów specjalnych do wnoszenia skargi kasacyjnej w sprawach cywilnych, którą stanowi właśnie wykazanie, niezależnie od zawsze pierwotnego interesu strony, także celów ponadindywidualnych – por. T. Zembrzuski, *Skarga kasacyjna. Dostępność w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2011; tenże, *Rola Prokuratora Generalnego w cywilnym postępowaniu kasacyjnym*, Prok. i Pr. 2006, z. 2, s. 157; T. Ereciński, (w:) *System*, s. 965.

³⁹ Zob. zwłaszcza M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia*, s. 475 i n.

⁴⁰ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2017, s. 429.

⁴¹ Zob. L. Bosek, M. Wild, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1822.

⁴² Por. zwłaszcza M. Gutowski, P. Kardas, *Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów*, „Palestra” 2016, nr 5, s. 44–62; M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016, nr 4, s. 5–30; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia*, s. 570 i n.

k.p.k. jako przepisu, który możemy uznać za sprzeczny z Konstytucją⁴³. Sam fakt, że kontrola konstytucyjności w tym zakresie przypadłaby Sądowi Najwyższemu, a nie Trybunałowi Konstytucyjnemu, nie przemawia przeciwko wskazywanemu rozwiązaniu. Wszak coraz szersza aprobata dla metody konstytucyjnej, określonej właśnie przez zagadnienia bezpośredniego stosowania Konstytucji, wykładni w zgodzie z Konstytucją, „sędziog konstytucyjnego” oraz „konstytucyjności prawa” zakłada multicytryczność kontroli konstytucyjności oraz to, że ostatecznym gwarantem oraz wyrazicielem praw i wolności jednostki jest właśnie władza sądownicza⁴⁴. Wydaje się jednak, że skarga nadzwyczajna nie do końca wpisuje się w powyższą narrację. W porównaniu choćby do konstrukcji skargi konstytucyjnej do sądu powszechnego stanowi instrument niepełny, okrojony. Niejasność jej podstaw⁴⁵ dodatkowo zmniejsza jej ewentualną operatywność. Wreszcie może być wykorzystywana jako argument przeciwko kontroli konstytucyjności prawa przez sądy powszechne, skoro już ekstraordinaryjnie miały ją realizować oprócz Trybunału Konstytucyjnego Sąd Najwyższy, zarazem jednak bez dopusz-

czalności jakichkolwiek dalszych, zwłaszcza „idących w dół” odstępstw od wyłączności kompetencji konstytucyjnego sądu specjalnego.

PODSUMOWANIE

W uzasadnieniu przygotowanym przez projektodawców skargi można m.in. wyczytać, że skarga nadzwyczajna zapewni wzrost zaufania obywateli do wymiaru sprawiedliwości poprzez „przywrócenie podstawowego ładu prawnego przez wyeliminowanie z obrotu orzeczeń naruszających Konstytucję, rażąco naruszających prawo oraz oczywiście sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego”⁴⁶. Wskazane powody mają podkreślać i legitymizować konieczność uzupełnienia nową skargą luki w dotychczasowych rozwiązaniach normatywnych, luki – jak należy wnosić – wyjątkowo poważnej, prowadzącej do zauważalnej dysfunkcjonalności systemu i istotnej dolegliwości dla obywateli, skoro ustawodawca – wyważając takie niewątpliwe wartości konstytucyjne jak prawomocność⁴⁷ i pewność prawa oraz bezpieczeństwo prawne⁴⁸ z racjami przemawiającymi

⁴³ Tak wyraźnie K. Boratyńska, M. Królikowski, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks*, s. 442; M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2017, s. 638; D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks*, s. 346.

⁴⁴ M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017, s. 298 i n.

⁴⁵ Niezależnie od wątpliwości interpretacyjnych podnoszonych co do wcześniej omawianych podstaw z art. 89 § 1 pkt 2 i 3 UoSN rozważenie, co właściwie należałoby rozumieć pod pojęciem zasad, praw i wolności określonych w Konstytucji, wymagaloby co najmniej osobnego opracowania. Warto bowiem zaznaczyć, że pojęcie zasad konstytucyjnych, jako dotychczas niezdefiniowane doktrynalnie, uważa się nie tylko za mało precyzyjne, szczególnie wieloznaczne, sporne, podobnie jak i sam katalog tychże, ale również wskazuje się na niebezpieczeństwo nie tylko opisowego, ale powierzchownego charakteryzowania zjawisk politycznych językiem zasad – por. S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie*, Toruń 2014, s. 136–140; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle jej nadrzędności*, Kraków 2003, s. 148; tenże, *Pojęcie zasady konstytucyjnej*, (w:) K. Wójtowicz (red.), *Zasady ustroju Rzeczypospolitej Polskiej w nowej Konstytucji*, „Acta Universitas Wratislaviensis”, No 1969, Prawo CCLVIII, Wrocław 1997, s. 8; G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola w wykładni prawa i orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011, s. 183 i n. Równie problematyczne pozostaje wskazanie praw i wolności określonych w Konstytucji, gdyż wymaga rozstrzygnięcia takich choćby zagadnień, jak otwartość katalogu praw i wolności konstytucyjnych, tożsamość pojęcia praw i wolności konstytucyjnych a praw i wolności określonych w Konstytucji czy z rolą wspomnianych równolegle zasad konstytucyjnych dla wywodzenia z nich praw i wolności.

⁴⁶ Uzasadnienie projektu ustawy (druk sejmowy nr 2003, Sejm VIII kadencji), s. 5, 8.

⁴⁷ Por. wyrok TK z 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK ZU 2007, nr 9/A, poz. 108, s. 1364–1365.

⁴⁸ O znaczeniu wartości pewności prawa – J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, s. 94–95; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 215; M. Wojciechowski, *Pewność prawa*, Gdańsk 2014, s. 24; J. Potrzebszcz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Lublin 2013, s. 248 i n.

za funkcjonowaniem nadzwyczajnych środków zaskarżenia – opowiedział się za warunkowym pierwszeństwem tych drugich. Nie może jednak dziwić, że takie rozstrzygnięcie wskazanej kolizji nie spotkało się jak dotąd z akceptacją, i to nie tylko po stronie krajowego środowiska naukowego czy prawniczego, ale także Komisji Europejskiej. W swoim dążeniu do uszczelnienia systemu kontroli poprzez multiplikowanie kolejnych jej szczebli legislator nie dostrzegł, że niewątpliwe zalety wieloinstancyjności⁴⁹ po przekroczeniu pewnego progu krytycznego związanego właśnie z wartościami, na których strażą stoi zasada stabilności wyroków sądowych, albo w ogóle zanikają, albo ulegają przeobrażeniu w podstawy już nie nadzorowania praworządności i sprawiedliwości, ale samych obywateli, pokazując tym ostatnim, jak nietrwała jest ich sytuacja prawna i jak łatwo państwo może spowodować jej zmianę⁵⁰. Poza polem refleksji znalazła się także specyfika relacji międ-

dzy dostępem jednostki do skarg o charakterze nadzwyczajnym a prawem do sądu, mimo że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie – np. przy okazji rozważania zagadnienia ewentualnego „prawa do kasacji” w postępowaniu karnym – wskazywał, że wprawdzie obie te kwestie pozostają w pewnym związku⁵¹, to jednak przydanie stronom uprawnień do kontroli rozstrzygnięć także w drodze środków nadzwyczajnych nie pozostaje pod ochroną art. 45 Konstytucji⁵². Zlekceważono wreszcie podstawowe reguły organizacji procesu kontroli, do których przestrzegania zobowiązany jest prawodawca, chcący osiągnąć proces sprawny, a zarazem odbywający się z poszanowaniem praw i wolności obywatelskich, tj. zasadę niezawisłości sędziowskiej oraz reguły stałości wyroków sądowych⁵³. Wszystko już to – na płaszczyźnie niejako ogólnej – dyskwalifikuje wprowadzony instrument prawny. Próbując jednak wniknąć głębiej w rozumienie samych podstaw skargi, zwłaszcza rozstrzygając

⁴⁹ Por. A. Zieliński, *Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*, PiP 2005, z. 11, s. 4.

⁵⁰ Jak pisze M. Kordela, opierając się w tym zakresie na uwagach G. Radbrucha: „Sprawiedliwość, celowość i bezpieczeństwo prawne z jednej strony wzajemnie się dopełniają, ale z drugiej pozostają w nieuchronnym konflikcie. Sprawiedliwość, dążąc do uogólnienia, koliduje z celowością, której istotę stanowi maksymalne zindywidualizowanie (...). Natomiast bezpieczeństwo prawne żąda bezwzględnego obowiązywania prawa stanowionego, nawet jeżeli jest ono niesprawiedliwe i niecelowe. Nadto oczekuje, że stosowanie prawa będzie miało charakter pewny, a to pozostaje w sprzeczności z indywidualizującą naturą celowości. Historia prawa pokazuje, że kolizje między koniecznymi składnikami idei prawa próbowano rozstrzygać, przyznając pierwszeństwo jednemu z nich. Jednakże zawsze takie dążenia kończyły się jednostronnością i wynikającą z niej słabością całego porządku prawnego” – M. Kordela, *Pewność prawa jako wartość konstytucyjna*, (w:) M. Smolak (red.), *Wykładnia Konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016, s. 159.

⁵¹ Prawo do sądu odgrywa pomocniczą rolę przy określeniu standardów wiążących legislatora w ukształtowaniu nadzwyczajnych środków zaskarżenia – P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 142.

⁵² „Z jednej strony, prawo do sądu obejmuje prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia, a więc rozstrzygnięcia, które w sposób definitywny rozstrzygnie określoną sprawę, będzie podlegało wykonaniu i poza wyjątkowymi sytuacjami nie będzie mogło zostać zmienione. Co więcej, w myśl przepisów Konstytucji postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne. Konstytucja nie nakazuje wprowadzenia trójinstancyjnego postępowania sądowego. Zasadniczym instrumentem korekty orzeczeń niezgodnych z prawem jest kontrola instancyjna sprawowana przez sąd drugiej instancji. Z prawomocnym orzeczeniem wydanym w dwuinstancyjnym postępowaniu sądowym wiąże się domniemanie zgodności z prawem takiego orzeczenia. Zasada stabilności prawomocnych orzeczeń sądowych jest ważnym elementem prawa do sądu i ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji konstytucyjnych zasad bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa. (...) Z drugiej strony nie można wykluczyć, że prawomocne orzeczenie sądowe wydane w dwuinstancyjnym postępowaniu sądowym po wyczerpaniu dostępnych środków zaskarżenia będzie niezgodne z prawem. (...) Jednocześnie rozwiązania prawne powinny uwzględniać także takie wartości konstytucyjne jak ochrona zaufania jednostki do państwa i prawa, pewność prawa i bezpieczeństwo prawne. Z tego względu regulacje ustawowe urzeczywistniające rozważane prawo powinny w możliwie najszerszym zakresie zapewnić stabilność prawomocnych orzeczeń sądowych” (w wyroku z 1 kwietnia 2008 r., SK 77/06, OTK ZU 2008, nr 3/A, poz. 39, s. 356–357). Zob. też P. Wiliński, *Proces*, s. 142–146 i cyt. tam orzecznictwo.

⁵³ Zob. szerzej P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces*, s. 329.

praktyczny problem formułowania opartych na nich zarzutów w sprawach karnych, wyraźnie dostrzec można, jak mocno niedopracowane

i wątpliwe jest ich uregulowanie, silnie naznaczone pomieszeniem materii oraz konstrukcji karnistycznych i cywilistycznych.

Summary

Dagmara Gruszecka

GROUND FOR THE EXTRAORDINARY APPEAL IN CRIMINAL CASES – REMARKS IN THE CONTEXT OF “FILLING THE GAPS IN THE SYSTEM OF EXTRAORDINARY REMEDIES”

The last Act of 10/05/2018 on the amendment to the Law on the System of Common Courts and the Supreme Court Act retained the new contested extraordinary legal remedy, i.e. the Extraordinary Appeal to the Supreme Court. This contribution discusses the grounds for extraordinary appeal in criminal cases, formulating the need for urgent legislative changes and elimination of institution not only undermining the principle of legal certainty due to possibility of reviews of any final court judgment, but in its normative structure referring to the civil procedure, which is totally alien to the criminal proceedings, especially with regards to model of extraordinary remedies.

KEY WORDS: extraordinary appeal, Supreme Court, extraordinary legal remedies, criminal proceedings, civil procedure, cassation, grounds of cassation, charges

POJĘCIA KLUCZOWE: skarga nadzwyczajna, Sąd Najwyższy, nadzwyczajne środki zaskarżenia, postępowanie karne, postępowanie cywilne, kasacja, podstawy kasacyjne, zarzuty

KONFISKATA ROZSZERZONA ORAZ PRZEPADEK PRZEDSIĘBIORSTWA – KILKA REFLEKSJI PO ROKU OBOWIĄZYWANIA ZNOWELIZOWANYCH PRZEPISÓW KODEKSU KARNEGO

Niedawno minął rok od momentu, gdy weszły w życie przepisy ustawy nowelizującej Kodeks karny m.in. przez wprowadzenie do niego konstrukcji tzw. konfiskaty rozszerzonej oraz możliwości orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa¹. Uregulowania, o których mowa, jeszcze na etapie prac legislacyjnych budziły pewne wątpliwości, chociażby w zakresie zgodności z tak fundamentalnymi zasadami prawa karnego jak *lex severior retro non agit*² oraz *cogitationis poenam nemo patitur*³. Już tylko z tego względu wydaje się, że warto po roku obowiązywania przepisów regulujących konfiskatę rozszerzoną oraz przepadek przedsiębiorstwa raz jeszcze pochylić się nad ich ostatecznym kształtem i podjąć próbę zdiagnozowania ewentualnych kwestii problemowych.

Wprowadzona nowelizacją z marca 2017 r. konstrukcja konfiskaty rozszerzonej pozwala na orzeczenie przypadku korzyści majątkowych, pochodzących nawet pośrednio z przestępstwa, na podstawie swoistego retroaktywnego domniemania. Zgodnie bowiem z art. 45 § 2 k.k. w razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa znacznej wartości, albo przestępstwo, z którego została lub mogła zostać osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa, zagrożone karą pozba-

wienia wolności, której górna granica jest nie niższa niż 5 lat, lub popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa za korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa uważa się mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku, chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny. Orzeczenie przypadku w ramach wprowadzonej blisko rok temu konfiskaty rozszerzonej, a więc z wykorzystaniem wspomnianego domniemania, jest zatem możliwe przy spełnieniu przynajmniej jednego z dwóch warunków. Pierwszy z nich dotyczy wartości korzyści majątkowej pochodzącej chociażby pośrednio z przestępstwa – wartość ta musi być znaczna. Drugi z przedmiotowych warunków związany jest z samym typem czynu, z którego korzyść ta została lub mogła zostać osiągnięta, chociażby pośrednio. Czyn ten musi być mianowicie przestępstwem zagrożonym w górnej granicy karą minimum 5 lat pozbawienia wolności lub przestępstwem popełnionym w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa.

Za korzyść majątkową pochodzącą bezpo-

¹ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2017 r. poz. 768.

² Zob. J. Kluza, *Krytyczna analiza nowelizacji dotyczącej konfiskaty rozszerzonej – omówienie zmian w obrębie kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ. Nauki Społeczne” 2017, nr 2, s. 105.

³ Zob. Ł. Pohl, *O ujęciu przypadku składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa w projektowanym art. 44a § 1 kodeksu karnego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, tom XLIII, Wrocław 2017, s. 479.

średnio z przestępstwa uważa się każde przysporzenie w majątku sprawcy uzyskane w wyniku czynu zabronionego. Natomiast korzyścią uzyskaną pośrednio z przestępstwa jest korzyść uzyskana przez inne czynności faktyczne i prawne związane przyczynowo z działaniem przestępnym. Przykładem korzyści pochodzącej pośrednio z przestępstwa może być mienie nabyte za środki finansowe pochodzące wprost z przestępstwa⁴. W Kodeksie karnym brak jest definicji legalnej korzyści majątkowej znacznej wartości. Opierając się jednak na treści art. 115 § 5 k.k. definiującego mienie znacznej wartości, należy przyjąć, że korzyść majątkowa znacznej wartości to taka korzyść, której wartość przekracza 200 000 zł.

Wydaje się, że tym, co wzbudza największe kontrowersje w analizowanym przepisie, jest domniemanie, które zostaje uruchomione w sytuacji spełnienia się jednego z wyżej zakreślonych warunków. Domniemanie to rozszerza czasowy zakres możliwości orzeczenia przepadku. W myśl bowiem art. 45 § 2 k.k. za korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa uważa się wówczas mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie aż 5 lat przed popełnieniem przestępstwa do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku. Domniemanie to upada dopiero wówczas, gdy sprawca lub inna zainteresowana osoba udowodni legalne pochodzenie mienia.

Powodem wprowadzenia wyżej nakreślonych uregulowań dotyczących konfiskaty rozszerzonej miała być przede wszystkim implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej. Ministerstwo Sprawiedliwości, określając rok temu *ratio legis* przepisów o konfiskacie rozsze-

rzonej, wskazywało, że umożliwią one odbieranie majątków pochodzących z przestępstwa oraz w końcu pozwolą na skuteczną walkę z przestępczością zorganizowaną. Przyznać trzeba, że tak się chyba do pewnego stopnia stało. Ministerstwo Sprawiedliwości z końcem 2017 r. podkreślało duży sukces związany z wprowadzeniem konfiskaty rozszerzonej, wskazując, że w 2017 r. zabezpieczone zostało mienie pochodzące z przestępstwa o wartości ponad 1 miliarda złotych, co stanowi kwotę pięciokrotnie wyższą niż w roku 2016.

Jak już jednak wskazano, równoległe z nadziejami pokładanymi w konfiskacie rozszerzonej karności zgłaszali i nadal zgłaszają wątpliwości dotyczące kształtu przepisów ją regulujących. Wskazuje się przede wszystkim, że wykreowane w art. 45 § 2 k.k. domniemanie przestępnego pochodzenia majątku sięgające 5 lat wstecz od czasu popełnienia przestępstwa jest przerzucaniem ciężaru dowodu na oskarżonego, sprzecznym z konstytucyjną zasadą domniemanie niewinności⁵. W świetle obecnego brzmienia art. 45 § 2 k.k. to oskarżony musi bowiem udowodnić, że mienie, które objął w posiadanie w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa, ma w pełni legalne pochodzenie, czyli krótko mówiąc – nie ma żadnego, choćby pośredniego, powiązania z popełnionym przestępstwem.

Wyżej zakreślony kształt *onus probandi* nie jest jednak jedynym punktem nowelizacji wzbudzającym wątpliwości. Poważne zastrzeżenia należy również sformułować względem art. 23 ustawy z 23 marca 2017 r.⁶ Zgodnie bowiem z tym przepisem przepisy art. 45 § 1a–2 i art. 45a § 2 ustawy zmienianej w art. 1, czyli Kodeksu karnego, w brzmieniu nadanym ustawą nowelizacyjną, stosuje się także w sprawach dotyczących czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej i w tych sprawach nie stosuje się art. 4 § 1 k.k.

⁴ Zob. D. Szeleszczuk, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa: C. H. Beck 2018, s. 413.

⁵ Zob. J. Kluza, *Krytyczna*, s. 104.

⁶ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2017 r. poz. 768.

Krótko mówiąc – uregulowana blisko rok temu w art. 45a § 2 k.k. konfiskata rozszerzona może mieć zastosowanie do czynów popełnionych przed wejściem w życie tego przepisu. Wyłączona w tym zakresie została możliwość stosowania regulacji z art. 4 § 1 k.k., zgodnie z którą jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy. W przepisie tym zawarte zostały dwie fundamentalne dla prawa karnego zasady – *lex mitior retro agit* oraz *lex severior retro non agit*. W największym uproszczeniu oznaczają one tyle, że wstecz może działać tylko ustawa względniejsza dla sprawcy, nigdy zaś surowsza. Dość zgodnie nauka prawa karnego wskazuje, że obok zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*, wyrażony w art. 4 k.k. nakaz stosowania ustawy względniejszej jest przewodnią zasadą współczesnego prawa karnego czyniącą zadość jego funkcji gwarancyjnej⁷. Funkcja ta ma się zaś wyrażać w ochronie zaufania obywatela do państwa i prawa m.in. poprzez pewność obywatela co do tego, jakie konsekwencje prawne mogą się wiązać z jego określonym zachowaniem. Oczywiście jest, że w państwie demokratycznym prawo, a w szczególności prawo karne, nie może zaskakiwać. Nie sposób zasadnie wymagać od obywatela, by zawczasu przygotował się na zmiany w prawie karnym, a więc by np. zbierał dokumenty – umowy, faktury, paragony mające potwierdzić legalność źródła jego majątku, w sytuacji gdy nie miał żadnej świadomości, że tylko w ten sposób będzie mógł w przyszłości obalić domniama-

nie, że jego majątek pochodzi z zarzucanego mu przestępstwa. Przytoczyć w tym miejscu można uzasadnienie jednego z orzeczeń Sądu Najwyższego, w którym wprost wskazano, że: „Zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i prawa wyraża się w takim stanowieniu, jak i stosowaniu prawa, aby nie stawało się ono swoistą «pułapką» dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji”⁸.

Regulacji art. 23 ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw można oczywiście bronić poprzez argumentację, że wyrażone w art. 4 § 1 k.k. zasady nie mają charakteru bezwzględnych. Nie ulega chyba jednak wątpliwości, że każdorazowo ewentualna potrzeba odstępstwa od zasady *lex severior retro non agit* powinna być przez ustawodawcę wyczerpująco przeanalizowana, a następnie uargumentowana⁹. W wypadku obecnego brzmienia art. 45 § 2 k.k. w zw. z art. 23 ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw tak się niestety nie stało. Wyręczając choć w minimalnym stopniu ustawodawcę w tym zakresie, wskazać trzeba, że wartość, jaką stanowi pewność obywateli co do prawa, może być skonfrontowana z innymi wartościami uznanymi za istotne w prawie karnym, chociażby ze sprawiedliwością i celowością¹⁰. Zauważyć należy, że konfrontacja ta jest emanacją ścierania się funkcji gwarancyjnej i funkcji sprawiedliwościowej oraz ochronnej prawa karnego. W pewnych wypadkach waga dwóch ostatnich funkcji była na tyle istotna, że ustawodawca decydował się już na uczynie-

⁷ Zob. A. Grześkowiak, (w:) *Kodeks*, s. 54.

⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 lipca 2007 r., IV KK 174/07, LEX nr 287505. Zob. również A. Spotowski, *Zasada lex retro non agit (geneza, uzasadnienie, zasięg)*, „Palestra” 1985, nr 9, s. 15. Jeszcze dobitniej wagę zaufania obywatela do państwa w kontekście wolności i godności tego obywatela podkreśla W. Wróbel, wskazując, że: „Wszelka racjonalna działalność człowieka stanowiąca o jego godności dokonuje się w oparciu o stabilność obowiązujących reguł postępowania, a przynajmniej przewidywalność kierunku ich zmian w określonej perspektywie czasowej” – W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków: Zakamycze 2003, s. 367.

⁹ Zob. W. Wróbel, *Zmiana*, s. 335.

¹⁰ Zob. M. Królikowski, *O granicach zasady „lex severior retro non agit” w prawie karnym*, „Zeszyty Prawnicze” 2004, nr 4/1, s. 208.

nie wyjątku od zasady *lex severior retro non agit*. Przykładem mogą być tutaj niektóre przepisy regulujące kwestię przedawnienia, tj. art. 9 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny¹¹ czy art. 4 ust. 1a ustawy o Instytucji Pamięci Narodowej¹². Wydaje się jednak, że istnieje pewna istotna jakościowa różnica między instytucją przedawnienia a instytucją przepadku korzyści majątkowej i o ile w przypadku tej pierwszej nacisk położony na funkcję sprawiedliwościową zdaje się być zrozumiały, o tyle w przypadku drugiej wymagałby szerszej analizy i usprawiedliwienia. Jak już wyżej wskazano, tej analizy i usprawiedliwienia w przypadku regulacji art. 45 § 2 k.k. w zw. z art. 23 ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw chyba zabrakło¹³.

Analizując ewentualne wątpliwości związane z omawianą nowelizacją Kodeksu karnego, zwrócić trzeba również uwagę na przepis art. 44a k.k., przewidujący możliwość orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa albo jego równowartości. Przepadek taki jest zasadniczo możliwy wówczas, gdy przedsiębiorstwo jest własnością skazanego za przestępstwo, z którego osiągnął on, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, a dane przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści. Ustawodawca w analizowanej nowelizacji poszedł jednak jeszcze dalej, przewidując również możliwość orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa, które nie stanowiło własności sprawcy przestępstwa, a jedynie służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści. Zgodnie z art. 44a § 2 k.k. możliwość orzeczenia przepadku jest

wówczas warunkowana tym, by właściciel tego przedsiębiorstwa chciał albo godził się na to, aby służyło ono do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści.

Zakreślone przez ustawodawcę cele regulacji art. 44a k.k., choć dość ogólne, na pewno należy uznać za słuszne. Uzasadniając jej wprowadzenie, wskazywano m.in., że niektóre szczególnie poważne przestępstwa gospodarcze mogą być popełniane z wykorzystaniem przedsiębiorstw¹⁴. Wskazywano także potrzebę ograniczenia przestępczości zorganizowanej, szczególnie gospodarczej, oraz poprawę bezpieczeństwa ekonomicznego państwa i konkurencyjności jego gospodarki. Zwrócić też jednak należy uwagę na zagrożenia, jakie wiążą się z zakreśloną regulacją art. 44a k.k. Zauważyć przede wszystkim trzeba, że przepadek jest formą karnoprawnej represji¹⁵. Podstawą uruchomienia tej represji powinno zaś być jakieś zachowanie. Wszak za same myśli się nie karze (*cogitationis poenam nemo patitur*)¹⁶. Tymczasem przepadek może objąć przedsiębiorstwo należąca do osoby, która nie dopuściła się żadnego czynu zabronionego, a nawet nie dopuściła się w ogóle jakiegokolwiek czynu istotnego z punktu widzenia prawa karnego, a jedynie czegoś chciała albo na coś się godziła – konkretnie na wykorzystanie w przestępstwie jej przedsiębiorstwa. Orzeczenie przepadku tego przedsiębiorstwa oparte więc zostaje na samym zamiarze jego właściciela, na pewnych jego procesach poznawczych i wolicjonalnych, bez potrzeby uzewnętrznienia jakiegokolwiek zachowania. Nietrafnie więc w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizacyjnej wskazano, że: „Zachowanie takiego właściciela [przedsiębiorstwa – dop. M. K.-Ł.] będzie przedmiotem testu

¹¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny, Dz.U. nr 88, poz. 554.

¹² Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucji Pamięci Narodowej, Dz.U. z 2016 r. poz. 1575.

¹³ Por. D. Szeleszczuk, *Przepadek przedsiębiorstwa (art. 44a k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 12, s. 43. Za uzasadnienie takie trudno uznać zawarte w uzasadnieniu nowelizacji stwierdzenie, że wprowadzane przez nią zmiany mają wzmocnić prewencję ogólną i indywidualną – zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy, druk sejmowy nr 1186, s. 3.

¹⁴ Zob. *ibidem*, s. 4.

¹⁵ Zob. E. Pohl, *O ujęciu*, s. 479.

¹⁶ Zob. *ibidem*, s. 478–479.

zamiaru, a zatem świadomości i woli, warunkującego stosowanie przepadku przedsiębiorstwa nienależącego do sprawcy”¹⁷. Zdanie to zawiera ewidentną sprzeczność. Trudno sobie wyobrazić, na czym miałyby polegać testowanie zachowania za pomocą świadomości i woli, czyli fenomenów o charakterze intrapsychoicznym.

Na zakresłony wyżej problem zwrócił już uwagę Ł. Pohl, analizując proponowane brzmienie art. 44a k.k. jeszcze na etapie prac legislacyjnych¹⁸. W ówczesnej propozycji brzmienia tego przepisu orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa uzależnione było od tego, by jego właściciel lub inna uprawniona osoba na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach przewidywała albo mogła przewidzieć, że może ono służyć lub być przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Po stronie właściciela przedsiębiorstwa wymagany był zatem pewien stosunek psychiczno-intelektualny odpowiadający nieumyślności. W obecnym, obowiązującym już brzmieniu art. 44a § 2 k.k. stan ten odpowiadać ma konstrukcji zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego. Zarówno w wersji z etapu prac legislacyjnych, jak i w wersji obecnie obowiązującej wystarczający pozostaje sam wewnętrzny stosunek psychiczno-intelektualny przedsiębiorcy do wykorzystania jego przedsiębiorstwa w przestępstwie. Brak jest wymogu jakiegokolwiek zachowania po stronie właściciela przedsiębiorstwa. Na marginesie zwrócić trzeba uwagę, że rozważenia wymaga kwestia, czy właściciel przedsiębiorstwa wykorzystanego w przestępstwie mógłby po prostu odpowiadać za pomocnictwo¹⁹. Twórcy regulacji art. 44a k.k. możliwości takiej chyba nie dostrzegli. Jednak i wówczas oprócz określo-

nego stosunku psychiczno-intelektualnego konieczne byłoby wykazanie jakiegoś uzewnętrznionego zachowania realizującego znamiona pomocnictwa do danego czynu zabronionego, do popełnienia którego zostało wykorzystane przedsiębiorstwo.

Zauważyć też wreszcie trzeba, że istniejący po stronie właściciela przedsiębiorstwa zamiar, by jego przedsiębiorstwo posłużyło do popełnienia danego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, nie może być przecież domniemywany, ale wymaga takiego samego dowodzenia jak zamiar istniejący po stronie sprawcy przestępstwa. W danym postępowaniu karnym przedmiotem postępowania dowodowego będzie zatem nie tylko psychiczno-intelektualny stosunek sprawcy do popełnienia czynu zabronionego, ale również psychiczno-intelektualny stosunek osoby trzeciej – właściciela przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią art. 91b k.p.k. właścicielowi przedsiębiorstwa zagrożonego przypadkiem przysługują prawa strony w zakresie czynności procesowych odnoszących się do tego środka. Przepis ten zdaje się mieć gwarancyjny charakter. Nie przekazuje jednak żadnych dalszych informacji, chociażby co do obowiązków właściciela przedsiębiorstwa w danym postępowaniu karnym.

Poważne wątpliwości na gruncie komentowanego przepisu może budzić również sama procedura poprzedzająca orzeczenie przepadku danego przedsiębiorstwa. Wykonanie tego orzeczenia może bowiem w myśl art. 292a k.p.k. zostać zabezpieczone przez ustanowienie przymusowego zarządu przedsiębiorstwa i wyznaczenie zarządcy będącego doradcą restrukturyzacyjnym. Podkreślenia wymaga okoliczność, że do zabezpieczenia,

¹⁷ Uzasadnienie, s. 16–17. Nietrafnie wskazuje również K. Szczucki, że „(...) wywiedzenie naganności postępowania poprzez stworzenie wymogu udowodnienia intelektualno-wolitywnego zaangażowania właściciela przedmiotu w zachowanie przestępne sprawcy, mogłoby uzasadniać przepadek takiego przedmiotu” – K. Szczucki, *Komentarz do art. 44a, (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa: C. H. Beck 2017, nb 2. Intelektualno-wolitywne zaangażowanie samo w sobie nie jest jeszcze postępowaniem, nie musi zostać uzewnętrznione w jakimkolwiek zachowaniu.

¹⁸ Zob. *ibidem*, s. 478.

¹⁹ Zob. J. Kluza, *Krytyczna*, s. 101 i Ł. Pohl, *O ujęciu*, s. 480.

o którym mowa, a więc także do wyznaczenia zarządcy przedsiębiorstwa, dochodzi jeszcze przed prawomocnym wyrokiem skazującym. W wypadku, gdy nie dojdzie do prawomocnego skazania, przedsiębiorstwo nie ulega oczywiście przepadkowi, a ustanowione zabezpieczenie upada. Nietrudno sobie jednak wyobrazić, jak poważne, a często również nieodwracalne, mogą być konsekwencje dla przedsiębiorstwa, które przez długi czas pozostawało przedmiotem zabezpieczenia z przymusowym zarządem.

W myśl art. 292a § 8 k.p.k. zarządca powinien zapewnić ciągłość pracy zabezpieczonego przedsiębiorstwa oraz przekazać sądowi lub prokuratorowi posiadane informacje mające znaczenie dla toczącego się postępowania, w szczególności o sposobie i okolicznościach wykorzystania tego przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści oraz o rzeczach i dokumentach mogących stanowić dowód w sprawie. Jego

główną funkcją nie jest więc sprawne z ekonomicznego punktu widzenia zarządzanie przedsiębiorstwem. Możliwość stosowania art. 292a k.p.k. w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo nie jest własnością oskarżonego w prowadzonym procesie karnym, ale należy do osoby trzeciej, potęguje wątpliwości wobec całokształtu regulacji dotyczących przepadku przedsiębiorstwa.

Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzić trzeba, że wprowadzanie do polskiego prawa karnego instytucji konfiskaty rozszerzonej z pewnością zasługuje na uznanie. Było zresztą konieczne dla realizacji wspomnianej dyrektywy unijnej. Niemniej jednak uzasadnione pozostają wątpliwości co do konkretnego kształtu przepisów regulujących konfiskatę, a przede wszystkim możliwość orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa nienależącego do sprawcy przestępstwa. W związku z tym być może warto – niestety już po roku ich obowiązywania – zastanowić się nad racjonalną nowelizacją w tym zakresie.

Summary

Magdalena Kowalewska-Łukuć

THE EXPANDED FORFEITURE AND THE FORFEITURE OF FIRM – FEW REFLECTIONS AFTER ONE YEAR OF NEW LAW IN FORCE

The article outlines the essential problems arising on the ground of new provisions of Criminal Code which were amended over one year ago and which regulate the expanded forfeiture and the forfeiture of firm. The author draws attention primarily to the dissonance of these regulations with the principles *lex severior retro non agit* and *cogitationis poenam nemo patitur*.

KEY WORDS: forfeiture, firm, *lex retro non agit* principle

POJĘCIA KLUCZOWE: przepadek, przedsiębiorstwo, zasada *lex retro non agit*

POJĘCIE ZAKAZU WSTĘPU NA IMPREZĘ MASOWĄ A ZASADY PRAWIDŁOWEJ LEGISLACJI

Zakaz wstępu na imprezę masową dodany został z dniem 1 sierpnia 2009 r. do zawartego w art. 39 Kodeksu karnego katalogu środków karnych artykułem 72 pkt 1, 2 i 3 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych¹. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej wskazano, że bezpieczeństwo imprez masowych, w szczególności meczów piłki nożnej, wymaga systemowych rozwiązań umożliwiających sprawne i skuteczne działania wszystkich podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i porządek publiczny oraz egzekwowanie prawa. Wprowadzenie tego środka karnego miało na celu powstrzymanie przed uczestnictwem w imprezach masowych (z podkreśleniem imprez sportowych, w tym meczów piłki nożnej) osób, które swoim zachowaniem stworzyły zagrożenie dla bezpieczeństwa i przebiegu tych imprez. Motywem tej regulacji było także niewystarczające działanie prewencyjne dotychczasowych regulacji o charakterze wykroczeniowym². Wcześniej

bowiem środek karny zakazu wstępu na imprezę masową normowały przepisy regulujące odpowiedzialność karną za wykroczenia w art. 22 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o bezpieczeństwie imprez masowych³. Co ważne, z punktu widzenia przedmiotu artykułu omawiana instytucja nazywana jest często w literaturze nieprecyzyjnie „zakazem stadionowym”⁴. Owa nieprecyzyjność wynika z tego, że zakaz wstępu na imprezy masowe obejmuje nie tylko udział w meczach piłki nożnej, odbywających się na stadionach piłkarskich czy innych obiektach przystosowanych do gry w piłkę nożną, ale również udział w innego rodzaju imprezach sportowych czy też artystyczno-rozrywkowych⁵. Odróżnić należy pojęcie „klubowy zakaz stadionowy” (zwany również zakazem klubowym⁶), przez który rozumie się karę porządkową polegającą na zakazie uczestnictwa w kolejnych imprezach masowych, nakładaną przez organizatora imprezy masowej na osobę, która dopuściła się naruszenia regulaminu

¹ Dz.U. nr 62, poz. 504 ze zm.

² Por. Sejm RP VI kadencji, druk nr 1074, Uzasadnienie projektu ustawy.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 108, poz. 909 ze zm.

⁴ Por. W. Wróbel, *Zakaz wstępu na imprezę masową*, (w:) *System Prawa Karnego*; A. Marek (red.), *Kary i środki karne. Poddanie sprawy próbie*, pod red. M. Melezini, t. 6, Warszawa: C. H. Beck 2010, s. 558; P. Chlebowicz, *Instytucja tzw. zakazu stadionowego w polskim prawie karnym*, „Przeгляд Policyjny” 2010, nr 1, s. 118–124; P. Siejczuk, *Instytucja tzw. zakazu stadionowego w polskim systemie bezpieczeństwa imprez masowych*, „Bezpieczeństwo Narodowe” II – 2011, nr 18, s. 179; Z. Gądzik, Ł. Czebotar, *Problematyka zakazu stadionowego jako środka karego w polskim prawie karnym*, (w:) *Bezczelowość współczesnych kar i środków karnych*, pod red. S. Pikulskiego, A. Szymańskiej, Olsztyn: WPiA UW-M w Olsztynie 2013, s. 117; P. Soroka, „Zakaz stadionowy” w prawie polskim, (w:) *Acta Erasiana VII. Z badań nad prawem i administracją*, Wrocław: WPAiE UWr 2014, s. 98; a także M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa: C. H. Beck 2015, s. 356 oraz J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. 6, Warszawa: Wolters Kluwer 2015, s. 459, gdzie wskazane nazewnictwo traktowane jest jako potoczne.

⁵ Por. M. Szewczyk, W. Górowski, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, pod red. W. Wróbla, A. Zolla, wyd. 5, Warszawa: Wolters Kluwer 2016, s. 803.

⁶ Por. A. Janisławski, B. Kwiatkowski, *Analiza krytyczna ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 1, s. 77–79; J. Majewski, *Klubowy zakaz stadionowy – analiza regulacji ustawowej*, „Przeгляд Sądowy” 2013, nr 3, s. 76.

obiektu (terenu) lub regulaminu imprezy masowej⁷.

Już na początku omawiania instytucji zakazu wstępu na imprezę masową pojawia się pierwsze problematyczne zagadnienie związane z przedmiotową nowelizacją, a dotyczące stabilności prawa. Jest ona elementem pewności porządku prawnego⁸, rzutując bezpośrednio na zaufanie obywateli do państwa i stanowiącego przez nie prawa⁹. Kodeks karny z 1997 r. był ponad 80-krotnie nowelizowany, a samo uregulowanie zakazu wstępu na imprezy masowe już 4-krotnie, w ciągu zaledwie 9 lat obowiązywania. Nie służy to budowaniu zaufania obywateli do państwa, skoro tak często zaskakuje ono swoich obywateli nowymi regulacjami lub ich późniejszym poprawianiem, nie wspominając już o trudności utrzymania spójności całego systemu prawnego w sytuacji tak częstych zmian w prawie¹⁰.

Nie ulega wątpliwości, że środek karny zakazu wstępu na imprezę masową pełni funkcję prewencyjną, zapobiegając kryminalnej sytuacji, która może ponownie doprowadzić do

naruszenia porządku prawnego, jak i represyjną, stanowiąc dolegliwość poprzez uniemożliwienie udziału w imprezach masowych¹¹, przy czym druga ze wskazywanych funkcji klóci się z założonym przez ustawodawcę rozumieniem środków karnych jako środków racjonalnej polityki kryminalnej, których celem bynajmniej nie jest zwiększenie represji karnej, a „prewencja i ochrona porządku prawnego przed ponownym popełnieniem przestępstwa przez sprawcę”¹². Słusznie jednak wskazuje się w doktrynie, że środki karne nie przestały pełnić funkcji penalnych, zawierając różny stopień dolegliwości¹³.

Skonkretyzowaniem warunków orzekania wymienionego w art. 39 pkt 2c k.k. środka karnego jest przepis art. 41b k.k., który szczegółowo (w dziewięciu paragrafach) normuje okoliczności oraz sposób orzekania tego środka prawnokarnej reakcji na przestępstwo. W paragrafie pierwszym art. 41b k.k. wskazano, że sąd może orzec zakaz wstępu na imprezę masową, jeżeli przestępstwo zostało popełnione w związku z taką imprezą lub w razie skaza-

⁷ Szerzej na ten temat zob. A. Bułat, „Klubowy zakaz stadionowy” – sankcja administracyjna czy środek penalny?, „Prokuratura i Prawo” 2014, z. 9, s. 155–165.

⁸ Rozumianej jako pewien zespół cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne – zob. T. Biernat, *Stabilność versus zmiana*, (w:) *Stabilność prawa w kontekście wartości, instytucji i funkcjonowania systemu prawnego*, pod red. T. Biernata, Kraków: Oficyna Wydawnicza AFM 2016, s. 13–14; por. też orzeczenie TK z 2 marca 1993 r., K 9/92, OTK 1993, poz. 6; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań: Ars boni et aequi 1997, s. 134; A. Zoll, *Ostrożnie ze zmianami prawa*, „Na Wokandzie” 2010, nr 2, s. 63. Odnośnie do stabilności prawa zob. *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego*, pod red. W. Cieślaka, M. Romańskiej-Grąckiej, Olsztyn: Pracownia Wydawnicza ElSet 2017.

⁹ Por. T. Biernat, *Stabilność versus zmiana*, s. 13. Por. też B. Stępień-Załuca, *Stabilność prawa. Zadanie na dziś czy na wczoraj?*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 12, s. 9.

¹⁰ Por. M. Melezini, *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Białystok: Temida 2 2013, s. 294; por. też wyrok TK z 10 stycznia 2012 r., P 19/10, Dz.U. z 2012 r. poz. 76, gdzie wskazuje się, że tworzenie niespójnych przepisów prawa jest sprzeczne z zasadami prawidłowej legislacji.

¹¹ Por. Z. Sienkiewicz, *Środki karne*, (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, pod red. M. Bojarskiego, wyd. 6, Warszawa: Wolters Kluwer 2015, s. 307, ze słusznym wskazaniem, że funkcja prewencyjna jest dominująca.

¹² Por. I. Fredrich-Michałska *et al.*, *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1997, s. 136–137; R. A. Stefański, *Nowe środki karne i problem ich spójności z systemem Kodeksu karnego*, (w:) *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, pod red. A. Marka, T. Oczkowskiego, Warszawa: C. H. Beck 2011, s. 91.

¹³ Zob. R. A. Stefański, *Nowe środki karne*, s. 91, z powołanymi tam poglądami doktryny; A. Zoll, *Rozważania o potrzebie zmian w zakresie środków represji prawnokarnej*, (w:) *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, pod red. A. Rzeplińskiego, I. Rzeplińskiej, M. Niełaczonej, P. Wiktorskiej, Warszawa: Wolters Kluwer 2013, s. 214; A. Grześkowiak, K. Wiak, F. Cieply, M. Gałązka, R. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, *Prawo karne*, wyd. 5, Warszawa: C. H. Beck 2015, s. 214.

nia za występki o charakterze chuligańskim, a udział sprawcy w imprezach masowych zagroża dobrom chronionym prawem. Sąd orzeka zakaz wstępu na imprezę masową w wypadkach wskazanych w ustawie, przy czym odnosił się on będzie do wszystkich imprez masowych, z wyłączeniem możliwości wskazania przez sąd imprez masowych określonego rodzaju, których będzie dotyczył zakaz¹⁴. Ze względu na wagę tego stanowiska dla dalszych rozważań niniejszego opracowania zauważyć należy w tym miejscu pogląd przeciwny prezentowany w doktrynie i odnieść się do niego¹⁵. Wskazuje on, że sąd, orzekając zakaz wstępu na imprezę masową, jest zobligowany do uściślenia zakresu terytorialnego oraz rodzajów imprez nim objętych. Wynikać to ma ze wskazań zawartych w art. 41b § 3 i 8 k.k. Pierwszy z wymienionych przepisów stanowi, że „orzekając zakaz wstępu na imprezę masową za czyn popełniony w związku z masową imprezą sportową, sąd może orzec obowiązek przebywania skazanego w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego”. Zgodzić należy się z omawianym poglądem, że zwrot: „w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem” obliguje sąd do uszczegółowienia, o jakiego rodzaju imprezy masowe chodzi, jednak wbrew omawianemu pogładowi musi to nastąpić jedynie w przypadku zastosowania

tego szczególnego w stosunku do art. 41b § 1 k.k. przepisu, a nie za każdym razem, gdy sąd korzysta z tej fakultatywnej co do zasady instytucji prawa karnego¹⁶. Ustawodawca zresztą wskazuje wyraźnie w omawianym przepisie, że „orzekając zakaz”, a zatem w razie podjęcia decyzji o orzeczeniu tego środka, „sąd może”, a zatem nie musi, orzec obowiązek przebywania skazanego w trakcie trwania niektórych imprez objętych zakazem (a zatem wybranych z ogólnego katalogu imprez, do których odnosi się orzeczony zakaz) w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego¹⁷. Przyznać również trzeba, że „bezpośredni wymóg szczegółowego określenia imprez masowych objętych zakazem ustawodawca zamieścił w art. 41b § 8 k.k.”, dodać do tego należy, iż przepis ten stosuje się jedynie do tzw. złożonego zakazu wstępu na imprezę masową, wskazanego w art. 41b § 3, 5 lub 7 k.k. Omawiany kontrowersyjny pogląd błędnie również interpretuje art. 41b § 2 k.k.¹⁸, jako jedynie doprecyzowanie zakresu przedmiotowego środka karnego¹⁹, a już nie jako sposób określenia w wyroku rodzaju imprez masowych objętych zakazem. Treść tego przepisu nie upoważnia bowiem do wyszczególnienia ze wskazanych tam przez ustawodawcę w s e l k i c h (podkr. moje) imprez jedynie ich określonej kategorii, w przypadku orzekania zakazu na podstawie art. 41b § 1 k.k. Wymienione przepisy art. 41b § 1, 2, 3 i 8 k.k. należy interpre-

¹⁴ Zakaz dyferencjacji imprez – zob. R. A. Stefański, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R. A. Stefańskiego, Warszawa: C. H. Beck 2015, s. 340.

¹⁵ Zob. A. Ziółkowska, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. V. Konarskiej-Wrzosek, Warszawa: Wolters Kluwer 2016, s. 277.

¹⁶ Sąd obligatoryjnie orzeka zakaz wstępu na imprezę masową tylko w wypadkach wskazanych w ustawie (art. 41b § 1 *in fine* k.k.). Por. W. Zalewski, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116*, t. 2, pod red. M. Królikowskiego, R. Zawlockiego, wyd. 3, Warszawa: C. H. Beck 2015, s. 85; wyrok SN z 10 października 2017 r., IV KK 91/17, LEX nr 2389564.

¹⁷ Por. M. Królikowski, R. Zawlocki, *Prawo karne*, s. 357; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, wyd. 3, Warszawa: Wolters Kluwer 2015, s. 383; J. Warylewski, *Prawo karne*, s. 459.

¹⁸ Przepis ten stanowi, że: „Zakaz wstępu na imprezę masową obejmuje wszelkie imprezy masowe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz mecze piłki nożnej rozgrywane przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

¹⁹ Zob. A. Ziółkowska, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. V. Konarskiej-Wrzosek, Warszawa: Wolters Kluwer 2016, s. 277.

tować, uwzględniając również dyrektywy wykładni systemowej i funkcjonalnej, bazując na sposobie uporządkowania poszczególnych paragrafów przepisu art. 41b k.k. Jak już zatem wspomniano, w pierwszym paragrafie wskazano podstawy do orzeczenia tego środka karnego. Wyjaśniając w kolejnej jednostce redakcyjnej zakres zastosowania zakazu wstępu na imprezę masową, wskazano, że obejmuje on wszelkie imprezy masowe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz mecze piłki nożnej rozgrywane przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 41b § 2 k.k.).

Określając zasady orzeczenia środka karnego zakazu wstępu na imprezę masową, wyjaśnienia pojęcia „zakaz wstępu na imprezę masową” dokonano za pomocą definiowania *idem per idem*, wskazując, że oznacza on zakaz wstępu na imprezy masowe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz mecze piłki nożnej rozgrywane przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej²⁰. Definicję tę należy traktować jako błędne koło w definiowaniu (*circulus in definiendo*), z uwagi na próbę zdefiniowania przedmiotowego terminu, i to bezpośrednio – przez ten sam termin, nie wskazując, co należy rozumieć przez zwrot „impreza masowa”, a tym samym jak należy interpretować zakaz wstępu na imprezę masową i jak się stosować do tego środka karnego, aby nie naruszyć zakazu orzeczonego przez sąd. Ma to tym bardziej istotne znaczenie, że naruszenie zakazu stanowi przestępstwo z art. 244 k.k., zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

W zakresie rozumienia sformułowania „impreza masowa” przyjmuje się odwołanie do wspomnianej ustawy z dnia 20 marca 2009 r.

o bezpieczeństwie imprez masowych, wprowadzającej nowy środek karny – zakaz wstępu na imprezy masowe²¹. W tak zwanym słowniczku ustawowym, zawartym w art. 3 punkt 1, kolejny raz za pomocą definiowania *idem per idem*²² wskazano, co rozumie się pod pojęciem imprezy masowej, stanowiąc, że jest to impreza masowa artystyczno-rozrywkowa, masowa impreza sportowa, w tym mecz piłki nożnej, z jednoczesnym odwołaniem do kolejnych punktów art. 3 (od 2 do 4), uszczegóławiających zakres obowiązywania zakazu z zastrzeżeniem istnienia wyłączeń. Przez imprezę masową artystyczno-rozrywkową rozumie się „imprezę o charakterze artystycznym, rozrywkowym lub zorganizowane publiczne oglądanie przekazu telewizyjnego na ekranach lub urządzeniach umożliwiających uzyskanie obrazu o przekątnej przekraczającej 3 m, która ma się odbyć:

a) na stadionie, w innym obiekcie niebędącym budynkiem lub na terenie umożliwiającym przeprowadzenie imprezy masowej, na których liczba udostępniionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 1000,

b) w hali sportowej lub w innym budynku umożliwiającym przeprowadzenie imprezy masowej, w których liczba udostępniionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 500”.

Przez masową imprezę sportową w myśl tej ustawy należy rozumieć „imprezę masową mającą na celu współzawodnictwo sportowe lub popularyzowanie kultury fizycznej, zorganizowaną na:

a) stadionie lub w innym obiekcie niebę-

²⁰ Por. A. Grześkowiak *et al.*, *Prawo karne*, s. 220; J. Warylewski, *Prawo karne*, s. 459; Ł. Pohl, *Prawo karne*, s. 383.

²¹ Por. W. Zalewski, (w:) *Kodeks karny*, s. 87; M. Szewczyk, W. Górski, (w:) *Kodeks karny*, s. 803–804; A. Ziółkowska, (w:) *Kodeks karny*, s. 273.

²² Por. pogląd C. Kąkola, że ustawa ta nie zawiera pojęcia „impreza masowa”, *idem*, *Bezpieczeństwo imprez masowych. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer 2012, s. 56. Por. jednak pogląd G. Gozdóra, że omawiany przepis zawiera jednak definicję „kluczowego dla ustawy pojęcia imprezy masowej”, *idem*, *Bezpieczeństwo imprez masowych. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2008, s. 54.

dącym budynkiem, na którym liczba udostępniionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 1000, a w przypadku hali sportowej lub innego budynku umożliwiającego przeprowadzenie imprezy masowej – nie mniej niż 300,

b) terenie umożliwiającym przeprowadzenie imprezy masowej, na którym liczba udostępniionych przez organizatora miejsc dla osób wynosi nie mniej niż 1000”.

Wśród masowych imprez sportowych wyszczególniono mecze piłki nożnej, które również mają swoją ustawową definicję na potrzeby ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych. Przez mecz piłki nożnej należy rozumieć „masową imprezę sportową mającą na celu współzawodnictwo w dyscyplinie piłki nożnej, organizowaną na stadionie lub w innym obiekcie sportowym, na którym liczba udostępniionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 1000”.

Spośród wyżej wskazanych wydarzeń z pojęcia imprezy masowej wyłączono imprezy: organizowane w teatrach, operach, operetkach, filharmoniach, kinach, muzeach, bibliotekach, domach kultury i galeriach sztuki lub w innych podobnych obiektach, w szkołach i placówkach oświatowych przez zarządzających tymi szkołami i placówkami, organizowane w ramach współzawodnictwa sportowego dzieci

i młodzieży, imprezy sportowe organizowane dla sportowców niepełnosprawnych, imprezy sportu powszechnego o charakterze rekreacji ruchowej, ogólnodostępne i nieodpłatne, organizowane na terenie otwartym, imprezy zamknięte organizowane przez pracodawców dla ich pracowników – jeżeli rodzaj imprezy odpowiada przeznaczeniu obiektu lub terenu, gdzie ma się ona odbyć²³.

Z powyższego szczegółowego katalogu imprez uznawanych za masowe wyłania się niezmiernie rozbudowana kazuistyka²⁴, która charakteryzuje zresztą całą ustawę o bezpieczeństwie imprez masowych. Brak syntetycznego ujęcia cechuje zatem również wprowadzoną tą ustawą kodeksową regulację zakazu wstępu na imprezy masowe, co wpisuje się w ogólną ocenę o kazuistycznym uregulowaniu środków karnych w Kodeksie karnym z 1997 r.²⁵

Być może wyżej wskazane ujęcie, określające w sposób tak szczegółowy kryteria uznania danej imprezy za masową, jawi się jako konieczne, uzasadnione, racjonalne i logiczne, z administracyjnoprawnego punktu widzenia, jak i konieczności zapewnienia bezpieczeństwa takich imprez, co było przecież głównym powodem uchwalenia ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych²⁶. Trudno jednak uznać je za odpowiadające wymaganiom stawianym przepisom prawa karnego materialnego. Pojawia się w tym miejscu kolejne zagadnienie natury prawodawczej, nierozzerwalnie związane ze wspomnianym na początku zagadnieniem stabilności prawa. Zrealizowanie postulatu stabilności prawa wymaga bowiem unikania

²³ Wymienione rodzaje imprez sportowych oraz miejsca ich odbywania uważa się za pozbawione ryzyka w zakresie szeroko rozumianego bezpieczeństwa i w związku z tym niewymagające szczególnego rodzaju regulacji w tym zakresie – A. Ziółkowska, (w:) *Kodeks karny*, s. 274.

²⁴ Por. R. Zawłocki, *Opinia karnoprawna dotycząca projektów ustaw: poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw (druk 4280) rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, a także o zapewnieniu bezpieczeństwa w związku z organizacją Turnieju Finałowego UEFA EURO 2012 (druk 4281)*, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&=4281> [2018.04.06, godz. 17:02]; M. Melezini, *Środki karne*, s. 294; W. Zalewski, (w:) *Kodeks karny*, s. 87; M. Szewczyk, W. Górowski, (w:) *Kodeks karny*, s. 804.

²⁵ Zob. M. Melezini, *Środki karne*, s. 293 i powołane tam zbieżne stanowisko A. Zolla.

²⁶ Por. Sejm RP VI kadencji, druk nr 1074, Uzasadnienie projektu ustawy.

zbędnej kazuistyki tekstu prawnego²⁷. Wbrew pozorom kazuistyka w Kodeksie karnym jest mało czytelna dla prawnika stosującego te przepisy w praktyce sądowej, w gąszczu niezrządkiem niespójnych ze sobą przepisów prawnych, a tym bardziej dla „przeciętnego” obywatela, który do tych przepisów ma stosować się w życiu codziennym. Wobec tego drugiego podmiotu przepis taki musi się jawić jako zupełnie niezrozumiały. Poza tym nie ulega chyba wątpliwości, że im bardziej syntetycznie ujęty przepis, tym większe ma szanse na długotrwałe obowiązywanie bez wprowadzania zmian. Odmianą kwestią jest interpretacja syntetycznego tekstu prawnego, gdzie możliwe jest jednak osiągnięcie ukierunkowanego rozumienia ustawy w wyniku rozwoju orzecznictwa, w tym przede wszystkim sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego, zdolnych do wypracowania właściwego postrzegania danego fragmentu ustawy.

Warunkiem stosowania normy prawnej jest rzecz jasna dotarcie jej do adresata, które nie oznacza li tylko opublikowania tekstu przepisu prawnego w ogólnodostępnym publikatorze, ale również, co słusznie zauważa się w teorii prawa, jego zrozumienie przez adresata, to jest „przypisanie znakom tego tekstu określonego znaczenia”²⁸. Mówi się zatem o postulacie jasności prawa przy jego tworzeniu, którego realizacja wymieniana jest jako element efektywnego funkcjonowania systemu prawnego i polega na dołożeniu wszelkich starań, by norma prawna była sformułowana w ten sposób, by była jak najbardziej zrozumiała, ko-

munikatywna dla możliwie szerokiego kręgu odbiorców i precyzyjnie wyznaczająca nakazy i zakazy zachowania zgodnego z tą normą²⁹, i to w taki sposób, by adresat mógł w jej treści znaleźć wzorzec swojego zachowania³⁰.

Wyżej wskazana treść zakazu wstępu na imprezy masowe nawet nie zbliża się do tego ideału. A przecież wymienione postulaty w zakresie tworzenia prawa odnoszą się w szczególności, a można powiedzieć, że przede wszystkim, do prawa karnego, które wyznacza normy postępowania poprzez wskazanie zachowań, które są zabronione, i to pod groźbą kary, oraz zachowań nakazanych, do których niezastosowanie się również obarczone jest odpowiedzialnością prawnokarną reakcją. Od systemu prawa karnego powinno się wymagać szczególowej dbałości o przestrzeganie zasad prawidłowej legislacji, mając na względzie właściwości odbiorców, do których normy te są adresowane. Wymierzając środek karny zakazu wstępu na imprezy masowe i wymagając od podsądnego stosowania się do niego, powinno się również w sposób jasny i zrozumiały określić ograniczenia w korzystaniu z wolności człowieka. Tymczasem w ustawie określono je w sposób tak zawily, że skazany zobowiązany do stosowania zakazu musiałby korzystać z rozrywek kulturalnych, rozrywkowych czy sportowych dosłownie z tekstem ustawy w rękę, aby czasem nie narażać się na złamanie zakazu i związaną z tym kolejną odpowiedzialność karną, tym bardziej że tenor rozstrzygnięcia orzekającego omawiany środek karny nie zawiera wyjaśnienia,

²⁷ Zob. J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1989, s. 142, gdzie mowa jest o dążeniu do zapewnienia zwięzłości tekstu prawnego; postanowienie SN z 29 września 2004 r., I KZP 22/04, R-OSNKW 2004, poz. 1691.

²⁸ Zob. J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź: Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk 1985, s. 208; *idem*, *Zasady tworzenia prawa*, s. 137–138.

²⁹ Ten ostatni przypadek określano mianem jasności orientacyjnej, por. J. Wróblewski, *Pragmatyczna jasność prawa*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 4, s. 6–7. Por. też S. Wronkowska, *Postulat jasności prawa i niektóre metody jego realizacji*, „Państwo i Prawo” 1976, z. 10, s. 19–20; *eadem*, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM 1982, s. 185, 188; S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, s. 139; M. Andrzejewicz, *Jasność językowa w kontekście prawa do należytej legislacji*, (w:) *Prawa jednostki w demokratycznym państwie prawa*, red. A. Jamróz, L. Jamróz, Białystok: Temida 2 2016, s. 177–183.

³⁰ Zob. J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, s.138.

co należy rozumieć przez orzeczonej właśnie zakaz wstępu na imprezy masowe. A to właśnie formuła wyroku powinna w sposób jasny, zrozumiały i niebudzący wątpliwości dla pod sądnego wyjaśniać nakazy i zakazy względem niego orzeczone. Znajomość przepisów regulujących udział w imprezie masowej nie jest jednak największą trudnością związaną z przestrzeganiem zakazu. Uczestnicząc w imprezie masowej, skazany zobowiązany jest w zasadzie do zapoznania się z jej parametrami technicznymi, w zakresie chociażby przekątnej ekranu, w razie uczestnictwa w zorganizowanym publicznym oglądaniu przekazu telewizyjnego na ekranach lub urządzeniach umożliwiających uzyskanie obrazu, czy też liczby udostępnionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalonych zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, by nie wziąć udziału w zakazanej dla niego imprezie³¹. Wyżej wskazane wymagania co do uznania danej imprezy za masową w rozumieniu ustawy, w której uczestnictwa zakazuje zastosowanie przedmiotowego środka karnego, jawią się jako skomplikowane i niezyciowe, trudne do stosowania w praktyce. W jaki bowiem sposób ma ustalić osoba, wobec której środek ten orzeczono, czy, przykładowo, dana impreza dyskotekowa, plenerowa impreza miejska bądź też koncert muzyki rozrywkowej odbywa się w takim miejscu i sposób, że może w nim uczestniczyć bez narażania się na negatywne konsekwencje prawnokarne? Czy zatem jako takie powinny być częścią porządku prawnego? Należy mieć w tym względzie poważne wątpliwości.

Szukając odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób w takim razie powinien być zredagowany zakaz wstępu na imprezę masową,

należy przeanalizować treść całej zawartości art. 41b k.k. W paragrafie 8 tego przepisu zawarto dookreślenie nałożonego przez sąd obowiązku, który może polegać na: przebywaniu przez skazanego w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w miejscu stałego pobytu lub innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego (art. 41b § 3 k.k.), stawianictwie w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w jednostce organizacyjnej Policji lub w miejscu określonym przez właściwego, ze względu na miejsce zamieszkania skazanego, komendanta Policji (art. 41b § 5 k.k. i art. 41b § 7 k.k.). Nakładając jeden z obowiązków wskazanych w art. 41b § 3, 5 lub 7 k.k.³², sąd określa imprezy masowe, w czasie trwania których obowiązek ten ma być wykonywany, wskazując w szczególności nazwy dyscyplin sportowych, nazwy klubów sportowych oraz zakres terytorialny imprez, których obowiązek dotyczy. Nie chodzi w tym wypadku jedynie o wskazanie, o jaki rodzaj imprez masowych chodzi, to jest imprezy masowe artystyczno-rozrywkowe czy masowe imprezy sportowe, a zgodnie z ustawową sugestią o bardziej szczegółowe zawężenie zakazu wstępu poprzez wskazanie nazw dyscyplin sportowych, nazw klubów sportowych oraz zakresu terytorialnego imprez, których obowiązek dotyczy. Słusznie się bowiem zauważa, że w przeciwnym wypadku skazany byłby zobowiązany do stosowania się do obowiązków wskazanych w art. 41b § 3, 5 lub 7 k.k. przez bliżej nieokreślony czas i wobec znacznej liczby odbywających się w skali kraju czy nawet regionu sportowych czy też artystyczno-rozrywkowych imprez masowych³³.

To właśnie określenie zakresu omawianego środka karnego zawarte w art. 41b § 8 k.k.

³¹ Podnosząc konieczność nowelizacji przepisów w tym zakresie, wskazuje się jedynie konieczność zmiany co do sposobu wskazania liczby uczestników danej imprezy w celu uznania jej za masową w rozumieniu ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych – por. M. Drózdź, *Potrzeba zmian ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych. Praktyczne problemy z jej stosowaniem – wybrane zagadnienia*, „Ius Novum” 2014, nr 3, s. 75–76.

³² Nazywanych niekiedy złożoną postacią zakazu (*interdictio multiplex*) wstępu na imprezę masową – zob. R. A. Stefański, (w:) *Kodeks karny*, s. 339; A. Ziółkowska, (w:) *Kodeks karny*, s. 278.

³³ Por. W. Zalewski, (w:) *Kodeks karny*, s. 90.

jawi się jako najbardziej przejrzyste i powinno być podstawą całej regulacji zakazu wstępu na imprezę masową. Sąd bowiem, nakładając jeden z obowiązków wskazanych w art. 41b § 3, 5, lub 7 k.k., zobowiązany jest³⁴ (co wynika ze sformułowania: „sąd określa”) określić imprezy masowe, w czasie trwania których nałożony obowiązek ma być wykonywany. Nastąpić to może poprzez wskazanie nazwy dyscyplin sportowych, nazwy klubów sportowych oraz zakresu terytorialnego tych imprez. Wyżej przytoczone sformułowanie ustawy należy rozumieć w ten sposób, że sąd powinien wskazać, stosując tę szczególną formę zakazu wstępu na imprezę masową, jakiego rodzaju imprez masowych ta dodatkowa dolegliwość, w postaci kontrolowania miejsca przebywania, dotyczy³⁵. Następuje to poprzez wskazanie konkretnych imprez masowych (ich rodzaju), których te szczególne obostrzenia będą obowiązywać³⁶, to jest chociażby nazw dyscyplin czy klubów sportowych. Może ono mieć charakter innego rodzaju ograniczenia o charakterze przedmiotowym, wyodrębnionego z szerokiego katalogu imprez masowych, chociażby wyszczególnionych również z imprez masowych artystyczno-rozrywkowych. Oprócz wskazania zakresu przedmiotowego obowiązek określony w art. 41b § 8 k.k. musi zawierać wskazanie

zakresu terytorialnego, a zatem danej miejscowości (a nawet jej części), gminy, powiatu, województwa. Takie sformułowanie zakazu wstępu na imprezę masową w postaci złożonej pozwala, w części wskazanej w art. 41b § 3, 5 lub 7 k.k., na jego wykonanie w zasadzie bez wątpliwości co do zakresu nałożonego obowiązku. Podosądny zna bowiem dokładnie rodzaj imprez masowych, w trakcie których aktualizuje się nałożony na niego w tych przepisach obowiązek, poprzez dokładne wskazanie konkretnych kategorii imprez masowych i ich zasięgu terytorialnego, w stosunku do których w danym czasie określona dolegliwość obowiązuje. Określenie katalogu imprez następuje w tym wypadku w sposób syntetyczny, niebudzący zasadniczych wątpliwości co do ich zakresu. Wyraźnie się bowiem wskazuje, przykładowo, jakiego klubu czy też dyscypliny sportowej, rodzaju imprezy artystycznej lub rozrywkowej zakaz dotyczy. Zauważyć trzeba, że takie rozumienie zakresu orzekania omawianego środka karnego co do zasady istniało na tle minionych stanów prawnych³⁷ i w chwili obecnej uznać je należy za nieaktualne, ze względu na zmiany normatywne całej regulacji zawartej w przepisie art. 41b k.k. Warto jednak zastanowić się nad zmianą legislacyjną w postulowanym w niniejszej pracy kierunku.

³⁴ Por. P. Soroka, „Zakaz stadionowy”, s. 107.

³⁵ Por. W. Zalewski, (w:) *Kodeks karny*, s. 90; A. Ziółkowska, (w:) *Kodeks karny*, s. 280–281; M. Szewczyk, W. Górski, (w:) *Kodeks karny*, s. 806.

³⁶ Trudno bowiem stosować je permanentnie przez cały okres, na jaki orzeczony został środek karny, gdyż wiążą się one z istotnym ograniczeniem wolności, a mogą zostać potraktowane nawet jako forma pozbawienia wolności. Słusznie się zresztą wskazuje trudności w określeniu, co rozumie się przez obowiązek stawiennictwa w czasie trwania niektórych imprez masowych, w szczególności jak długo powinien on trwać – zob. A. Janiślawski, B. Kwiatkowski, *Analiza krytyczna*, s. 68.

³⁷ Por. W. Wróbel, *Zakaz wstępu na imprezę masową*, s. 560; R. A. Stefański, *Środek karny zakazu wstępu na imprezę masową*, „Prokuratura i Prawo” 2010, z. 1–2, s. 282; wyrok SN z 6 czerwca 2012 r., III KK 407/11, Legalis.

Summary

Sławomir Joachimiak

THE CONCEPT OF BAN ON PARTICIPATION AT MASS EVENT AND THE RULES OF PROPER LEGISLATION

The subject of the article is discuss the penal measure of ban on participation at mass event in terms of clarity and precision of regulation. The author tries to demonstrate the ambiguity of the formulation of a mass event and hence undesirable in criminal law the vagueness in the proper scope of the obligation imposed by the act on the perpetrator obliged to abstain from entering mass events.

KEY WORDS: penal measure, mass event, ban on participation at mass event, stability of law, proper legislation

POJĘCIA KLUCZOWE: środek karny, impreza masowa, zakaz wstępu na imprezę masową, stabilność prawa, prawidłowa legislacja

CZYNNĄ LEGITYMACJĄ PROCESOWĄ CZŁONKÓW KONSORCJUM W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Zgodnie z art. 23 Prawa zamówień publicznych wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a konsekwencją tego jest możliwość wspólnej realizacji umowy zawartej z zamawiającym przez kilka podmiotów. Nie wdając się w teoretyczne aspekty funkcjonowania konsorcjum, wskazać jedynie należy, że jest ono formą współdziałania co najmniej dwóch podmiotów, mającą na celu uzyskanie i realizację zamówienia publicznego, wynikającą najczęściej z potrzeby połączenia potencjałów na użytek wymogów stawianych przez zamawiającego. Taki model wywołuje oczywiste skojarzenia ze spółką cywilną, choć z reguły analogia nie będzie pełna, gdyż konsorcja powstają często na użytek udziału w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bez zamiaru długofalowej współpracy.

Wobec bardzo lakonicznej regulacji ustawowej oraz mnogości potencjalnych kształtów umowy konsorcjum trudno jest sformułować uniwersalny pogląd w zakresie tożsamości konsorcjum ze spółką cywilną, lub jej braku¹. Nie wydaje się zresztą, aby przyjęcie *a priori* jakiegoś jednego uniwersalnego rozwiązania pozwalało na rozstrzygnięcie wszystkich wątpliwości praktycznych, a te pojawiają się choćby na etapie sformułowania pozwu w imieniu konsorcjanta, gdzie rozważyć należy kwestię ewentualnego współuczestnictwa kilku podmiotów. O ile bowiem prawo zamówień publicznych wprowadza w art. 141 zasadę solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum wobec zamawiającego za wykonanie umowy, o tyle milczy na temat zasad legitymacji czyn-

nej oraz zasad dochodzenia roszczeń. Zagadnienie to jest przedmiotem wielu wątpliwości, a przecież ma podstawowe znaczenie praktyczne, gdyż warunkuje prawidłowy tok procesu i jego rozstrzygnięcie. Nie aspirując do wyczerpującego wyliczenia stanów faktycznych możliwych do wystąpienia w trakcie wykonywania umowy o udzielenie zamówienia publicznego, rozważyć należy generalnie sytuację, gdzie członkowie konsorcjum (wszyscy, niektórzy lub jeden) kierują wobec zamawiającego jakieś roszczenia, i spróbować znaleźć ogólne zasady wyznaczające podmiotowy zakres takiego postępowania po stronie powodowej. Pamiętać należy, że skutek zapadłego orzeczenia będzie miał wpływ na sytuację nie tylko zamawiającego (pozwanego), ale może też mieć znaczenie dla pozostałych konsorcjantów, którzy również mogą sobie rościć prawo do świadczenia objętego wyrokiem. Zróżnicowanie możliwych stanów faktycznych sprawia, że trudno ustalić wariant optymalny, dający się zastosować w każdej sytuacji.

Bodaj najbardziej typowym roszczeniem konsorcjów jest żądanie zwrotu wadium zatrzymanego przez zamawiającego z przyczyn, o których mowa w art. 46 ust. 4a PZP. Takie wadium może zostać złożone w gotówce i wpłacone w całości przez jednego albo przez kilku konsorcjantów w częściach, ważne, aby zamawiającemu przekazać określoną wartość. Konsorcjum może też złożyć gwarancję bankową i ubezpieczeniową, a po zatrzymaniu wadium dana instytucja finansowa obciąża jednego lub kilku konsorcjantów z tytułu jej wypłacenia zamawiającemu, co powoduje określony

¹ Por. A. Chrzęszcz, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego”, lipiec 2013, s. 41–47.

uszczerbek w majątku obciążonego podmiotu. Również i w przypadku „klasycznego” roszczenia o zapłatę za zrealizowane zamówienie część konsorcjantów może w ogóle nie być zainteresowana prowadzeniem sprawy, gdyż np. otrzymała już wcześniej swoje wynagrodzenie za wykonane prace czy dostawy w ramach dotychczasowych rozliczeń. Z drugiej jednak strony kilka podmiotów może rościć sobie prawo do dochodzonej w danym postępowaniu części wynagrodzenia oraz pozostawać ze sobą w sporze co do tego, komu ma przypaść dochodzona należność. Dodać jeszcze trzeba roszczenia dotyczące wynagrodzenia za realizację jakiejś części zadania, które zamawiający potrącił ze swoimi roszczeniami, np. z tytułu kar umownych związanych ze zwłoką dotyczącą całości lub zupełnie innej części zamówienia.

Przy uwzględnieniu powyższych uwarunkowań na gruncie przepisów regulujących postępowanie cywilne należy rozważyć dwa warianty interpretacyjne. Pierwszy, że pomiędzy członkami konsorcjum zachodzi współuczestnictwo materialne, a do prowadzenia sprawy niezbędne jest działanie w charakterze powodów wszystkich członków konsorcjum. Drugi, że współuczestnictwo konieczne nie występuje, a każdy podmiot może samodzielnie dochodzić roszczeń.

Za przyjęciem pierwszego poglądu przemawia to, że prawa i obowiązki konsorcjantów są oparte na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, że są oni stronami tej samej umowy, tego samego stosunku prawnego, że odpowiadają przed zamawiającym solidarnie. Innymi słowy, skoro wszyscy konsorcjanci w sensie formalnym wykonują umowę o udzielenie zamówienia publicznego, to, choć istnieją pomiędzy nimi jakieś zasady podziału pracy i wynagrodzenia, prawo do domagania się tego wynagrodzenia przed sądem przysługuje tylko i wyłącznie wszystkim konsorcjantom, analogicznie do spółki cywilnej. Sytuacja prawna konsorcjantów zdaje się zatem spełniać hipote-

zę przepisu art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c., gdyż można mówić o istnieniu „materialnoprawnej więzi między współuczestnikami, która występuje zawsze (ale nie tylko), gdy stanowią oni wielopodmiotową stronę stosunku prawnomaterialnego, pozostającą w związku z przedmiotem sporu”². Skoro bowiem wszyscy konsorcjanci są wykonawcami danej umowy [nawet gdyby tylko wnosili do niej wartości w rodzaju doświadczenia (referencje) czy know-how] i z jednej strony są solidarnie odpowiedzialni za jej wykonanie, a z drugiej zobowiązani do jej wykonania w całości, to można mówić o istnieniu materialnoprawnej więzi w postaci „tej samej podstawy faktycznej i prawnej”. Dla konsorcjantów nie może być bowiem różnych „podstaw”, skoro zawsze postępowanie będzie dotyczyć danej umowy z zamawiającym i okoliczności jej wykonywania. „Poszczególni konsorcjanci są współwykonawcami wspólnego zadania inwestycyjnego w wielopodmiotowym, ale dwustronnym stosunku obligacyjnym. Natomiast wewnętrzny podział między poszczególnych konsorcjantów pozostaje sprawą obojętną dla zamawiającego, ponieważ może on oczekiwać od uczestników konsorcjum wykonania całego zadania inwestycyjnego”³. Mało tego, skoro konsorcjanci wspólnie wykonują dane zamówienie, to tym samym wspólnie mogą (i powinni) dochodzić roszczenia o wynagrodzenie za to zamówienie. Mamy zatem do czynienia ze współuczestnictwem materialnym koniecznym, które wynika ze specyfiki danego stosunku prawnego. Czyli że realizacja umowy w ramach konsorcjum powoduje powstanie wspólnego roszczenia o wynagrodzenie, które może być dochodzone przez wszystkich konsorcjantów. Sytuacja taka ma miejsce, gdy „występowanie poszczególnych podmiotów indywidualnie jest niemożliwe, zachodzi zatem brak pełnej legitymacji procesowej i jeżeli nie zostanie uzupełniony spowoduje – w zależności od przyczyn jego nieuzupełnienia i w zależności od strony –

² A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 131.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14.

albo oddalenie powództwa, albo zawieszenie i w konsekwencji umorzenie postępowania”⁴.

Skoro przyjmujemy, że wszystkie podmioty (członkowie konsorcjum) są jednocześnie wykonawcami, to tym samym uznać należy, że przysługuje im także prawo do wynagrodzenia, przy czym najczęściej podział tego wynagrodzenia jest uregulowany „wewnętrznie” w umowie konsorcjum i pozostaje poza zainteresowaniem zamawiającego. Natomiast fakt ustanowienia lidera konsorcjum nie sprawia, że podmiot taki staje się jedynym „właścicielem roszczenia” i dysponentem w ramach postępowania cywilnego. Do takiego poglądu brak jest podstaw prawnych, szczególnie w sytuacji, gdy wszyscy konsorcjanci pozostają solidarnie odpowiedzialni za realizację umowy, o czym przesądza jedna z niewielu zasad prawa pozytywnego regulująca instytucję konsorcjum.

W cytowanym wyżej wyroku z 7 listopada 2014 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że „wspólność wierzycielności konsorcjantów o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wyłącza możliwość dochodzenia tej wierzycielności w całości lub w części przez jednego konsorcjanta. Sama podzielność wierzycielności wspólnej w rozumieniu przedmiotowym (art. 379 § 2 k.c.) nie zmienia tej sytuacji i nie prowadzi do podzielności w sferze możliwości dochodzenia wynagrodzenia od zamawiającego”. Przyjęcie takiego poglądu jest interesujące również ze względu na uproszczenie sytuacji procesowej pozwanej i uniknięcie możliwości równoległego pozwania go o *de facto* to samo świadczenie (wynagrodzenie za realizację tej samej umowy) przez dwa podmioty. Co ciekawe, w takiej sytuacji, wobec braku tożsamości powodów, nie zachodziłaby zawisłość sprawy, o której mowa w art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. Teoretycznie zamawiający mógłby zatem przegrać kilka toczących się równolegle

spraw i być zobowiązany do zapłaty oddzielnie kilku podmiotom wynagrodzenia za ten sam przedmiot umowy⁵. Oczywiście konieczność „zebrania” do wniesienia pozwu pozostałych konsorcjantów, ewentualnie wezwania ich w trybie art. 195 k.p.c., stanowi pewną komplikację dla podmiotu zdecydowanego na dochodzenie roszczenia, ale jest ona równoważona zapobieżeniem możliwości samodzielnego, równoległego dochodzenia roszczeń przez konsorcjantów.

W orzecznictwie sformułowano jednak również pogląd przeciwny, że pomiędzy konsorcjantami, co do zasady, nie zachodzi współuczestnictwo materialne, że każdy z nich może samodzielnie dochodzić roszczeń. W wyroku z 23 września 2016 r., II CSK 27/16, Sąd Najwyższy stwierdził, że z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, ponieważ nie można stawiać znaku równości między spółką cywilną. „Skoro, umowa konsorcjum nie została zawarta w formie przewidującej istnienie wspólnego majątku konsorcjantów, nie ma podstaw do analogicznego stosowania przepisów o spółce cywilnej, w zakresie odnoszącym się do majątku wspólnego (...) O tym czy prawa i obowiązki w związku, z którymi toczy się spór są wspólne dla jakichś osób i czy rodzaj więzi występujących między nimi wymusza konieczność wspólnego dochodzenia roszczeń, nie decyduje brzmienie art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c., lecz uregulowania materialnoprawne, czyli przepis ustawy lub istota spornego stosunku prawnego. Źródła takiego w stanie faktycznym sprawy, nie kreuje art. 23 ust. 2 p.z.p., skoro przewiduje on łączną reprezentację wykonawców jedynie w odniesieniu do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawarcia umowy w ramach tego postępowania oraz skorzystania z środków ochrony prawnej

⁴ T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 481.

⁵ Poza zainteresowaniem tego artykułu jest ewentualna możliwość skorzystania w takim przypadku przez zamawiającego z powództwa przeciwegzekucyjnego. Zgodzić się bowiem należy, że niezależnie od tej opcji trzeba unikać wariantów interpretacyjnych prowadzących do możliwości multiplikowania postępowań i wyroków dotyczących tego samego przedmiotu.

przewidzianej tą ustawą. Nie wynika ono również z art. 141 p.z.p., skoro dotyczy on jedynie solidarności biernej wykonawców”. Ostatni argument jest oczywiście zasadny, gdyż z faktu solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za wykonanie umowy nie wynika bynajmniej solidarność czynna, tutaj nie ma żadnego logicznego związku normatywnego. Podobny pogląd w zakresie braku współuczestnictwa koniecznego wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 20 listopada 2014 r., sygn. akt V CSK 177/14, gdzie również powołano się na brak analogii do instytucji spółki cywilnej.

Mamy zatem do czynienia z dwiema odmiennymi, wzajemnie wykluczającymi się liniami orzecznictwymi⁶, a przyjęcie jednej z nich determinuje kształt powództwa i treść rozstrzygnięcia. W tej sytuacji powstaje pytanie o możliwość zaproponowania uniwersalnego rozwiązania, albo chociaż wytlumaczenie tak znaczących rozbieżności w praktyce sądowej. Przy czym, co szczególnie interesujące, żadnemu z tych wyroków nie można odmówić „materialnej” słuszności rozstrzygnięcia. Wydaje się, że właśnie ta okoliczność determinowała treść orzeczeń, gdzie przez przyjęcie wzajemnie wykluczających się koncepcji teoretycznych w zakresie legitymacji czynnej powodów sądy dochodziły do rozwiązań słusznych na gruncie zasad zobowiązań i zwyczajnie sprawiedliwych, związanych ściśle z okolicznościami danej sprawy.

Cechą wspólną, szczególnie wyroków, gdzie wykluczono istnienie współuczestnictwa materialnego koniecznego konsorcjantów, było poszukiwanie analogii konsorcjum ze spółką cywilną, gdzie orzecznictwo i doktryna wypracowały już trwale zasady legitymacji czynnej. Brak takiej analogii stanowił uzasadnienie dla rozstrzygnięcia. Akurat ten zabieg interpretacyjny wydaje się nie do końca uzasadniony, gdyż rozwiązanie problemu nie leży w podobieństwie (lub jego braku) konsorcjum do

spółki cywilnej, ale polega na rozważeniu, czy w przedmiotowej sytuacji występuje współuczestnictwo materialne konieczne, wynikające z tego konkretnego stosunku prawnego, jaki powstał na gruncie zawarcia umów (konsorcjum i z zamawiającym) oraz ich realizacji. Poszukiwanie na tym gruncie uniwersalnego rozwiązania zawsze będzie skazane na niepowodzenie, gdyż regulacja ustawowa jest wręcz szcątkowa, a ilość poszczególnych stanów faktycznych nieograniczona. W praktyce zamówień publicznych treść umów konsorcjalnych jest niezwykle zróżnicowana, od bardzo lakonicznych, do regulujących wszelkie aspekty działań konsorcjantów. Do tego dodać należy równie szerokie *spectrum* komplikacji związanych z realizacją zamówienia i rozliczeniami z zamawiającym, co przekłada się następnie na treść pozwów i roszczeń w nich wyrażonych. W tej sytuacji próba sformułowania uniwersalnych zasad legitymacji procesowej przy dochodzeniu roszczeń przez wykonawców nie może się skończyć powodzeniem, czego dowodem jest przywołane wyżej rozbieżne orzecznictwo.

Natomiast kluczem do rozwiązania konkretnego przypadku wydaje się jego analiza pod kątem spełniania hipotezy art. 72 § 2 k.p.c. i ewentualnego charakteru tego współuczestnictwa. Niezbędne jest zatem rozważenie konkretnego stanu faktycznego i rozstrzygnięcie, czy w danej, konkretnej sytuacji postępowanie może toczyć się z powództwa jednego lub części konsorcjantów. Oznacza to konieczność dokonania analizy, czy roszczenie da się powiązać tylko z jednym konsorcjantem, czy jest on w stanie wykazać, że nie istnieje materialnoprawna więź pozostałych konsorcjantów z dochodzonym roszczeniem. Taki zabieg jest trudny, ale możliwy. Słuszne są głosy praktyki wskazujące na wspólność praw konsorcjantów i ich łączne uprawnienie do uzyskania należności, ale zdarzają się również sytuacje,

⁶ „Za” współuczestnictwem materialnym: wyrok SN z 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14; wyrok SN z 13 października 2011 r., V CSK 475/10; wyrok SN z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11; „Przeciw”: wyrok SN z 23 września 2016 r., II CSK 27/16; wyrok SN z 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14.

kiedy dochodzonego roszczenia nie sposób powiązać z innymi podmiotami wchodzącymi w skład konsorcjum. Nie są one w ogóle zainteresowane jakimkolwiek rozstrzygnięciem, gdyż uzyskały już całość swojego roszczenia na wcześniejszym etapie lub nie poniosły żadnych kosztów, np. wniesienia wadium. Przyjęcie legitymacji łącznej również i w stosunku do takich podmiotów nie znajduje żadnych podstaw prawnych i byłoby rozwiązaniem niepraktycznym, niepotrzebnie komplikującym postępowanie. Przecież taki uczestnik nie ma żadnego interesu prawnego w rozstrzygnięciu postępowania i najprawdopodobniej wezwanie w trybie art. 195 k.p.c. zostałyby zlekceważone, co praktycznie uniemożliwiłoby procedowanie sprawy i naruszałoby interes konsorcjanta – inicjatora procesu. Co najważniejsze jednak, właśnie ten materialny stosunek, widoczna *prima facie* możliwość wyłączonego, nawet hipotetycznego, powiązania danego podmiotu z roszczeniem będzie przesądzać o istnieniu albo nieistnieniu współuczestnictwa koniecznego. Za nie do końca potrzebne uznać należy częste w orzecznictwie poszukiwania analogii lub różnic konsorcjum ze spółką cywilną. Nie wydaje się to uzasadnione, gdyż przecież można sobie wyobrazić, że różne roszczenia tego samego konsorcjum mogą spełniać lub nie warunki współuczestnictwa koniecznego. Na przykład przy robotach budowlanych trudno znaleźć interes prawny i związek konsorcjanta – firmy wykonującej tylko fundamenty, która uzyskała już swoje wynagrodzenie na wcześniejszym etapie, z roszczeniem innego konsorcjanta dotyczącym zapłaty za wykonanie pokrycia dachu czy roboty wykończeniowe. Ta pierwsza firma nie ma już nic do uzyskania w takiej sprawie, często nie ma również żadnych informacji o okolicznościach

realizacji *etc.* Jej angażowanie w sprawę sądową jest pozbawione sensu. Natomiast w tym samym układzie podmiotowym konsorcjanci byłiby legitymowani łącznie w przypadku dochodzenia należności od zamawiającego, do której uzyskania obaj zgłaszają pretensje⁷. Skoro bowiem układ stosunków faktycznych sprawia, że istnieje współuczestnictwo materialne, to tym samym uznać je należy w ramach konsorcjum za współuczestnictwo konieczne. Przyjęcie innego rozwiązania prowadziłoby do dopuszczenia możliwości toczenia się równolegle dwóch lub więcej spraw o *de facto* to samo roszczenie (np. wybudowanie drogi czy budynku), gdzie pozwanym byłby ten sam podmiot, ale powodowie byłby różni. Praktyczna możliwość zawieszenia postępowania na podstawie art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. wydaje się zbyt skromnym środkiem „zapobiegawczym” w takiej sytuacji, zupełnie nieadekwatnym do skali problemu.

Dlatego też zasadne wydaje się uznanie możliwości indywidualnego przypisania danego roszczenia do konkretnego konsorcjanta – potencjalnego samodzielnego powoda – za jedyne kryterium pozwalające na przyjęcie albo wykluczenie współuczestnictwa koniecznego. Odpowiedzi w tym zakresie nie daje bowiem ani podobieństwo do spółki cywilnej, ani nawet sam fakt rozwiązania umowy konsorcjum⁸. Ta czynność bowiem w praktyce niewiele wyjaśnia w zakresie możliwości „przypisania” poszczególnych roszczeń, nie powoduje samoistnie odpadnięcia konieczności zastosowania art. 73 § 2 k.p.c.⁹ Brak jest przecież regulacji analogicznych do art. 875 i art. 867 k.c., tutaj nie następuje automatyczny podział majątku – przysługujących roszczeń. Natomiast brzmienie art. 379 § 1 i 2 k.c. nie wystarczy dla przyjęcia podziału z chwilą rozwią-

⁷ Np. z tytułu zrealizowania przez zamawiającego gwarancji należytego wykonania umowy z powodu wystąpienia zwłoki w realizacji obiektu.

⁸ Odmiennie K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez prawo zamówień cywilnych*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2015, s. 116.

⁹ Mowa oczywiście o sytuacji, gdy byli już konsorcjanci nie rozstrzygnęli wiążąco, któremu z nich i w jakim zakresie dane roszczenie miałyby przysługiwać. W takim przypadku nie odpada przecież uzasadnienie dla zastosowania art. 72 § 2 k.p.c. zarówno w trakcie istnienia konsorcjum, jak i po jego rozwiązaniu.

zania konsorcjum, gdyż czynność ta nie zmienia automatycznie istoty świadczenia z niepodzielnego na podzielne, skutek następuje przecież *ex nunc*. Jeśli już, to należałoby przyjąć podzielną świadczenia od początku, co jest przecież możliwe przy odpowiednim ukształtowaniu stosunków wewnątrz konsorcjum i z zamawiającym. *A contrario*, to właśnie treść konkretnego stosunku prawnego, oparcie roszczenia na tej samej podstawie faktycznej i prawnej oraz niemożliwość rozdzielienia (przypisania) części roszczenia pomiędzy poszczególnych konsorcjantów winny przesądzać o przyjęciu współuczestnictwa koniecznego w postępowaniu przeciwko zamawiającemu. Nie chodzi przy tym o samą podzielną świadczenia (najczęściej zresztą pieniężnego), ale o możliwość wykazania przez potencjalnego, samodzielnego powoda, że dane roszczenie przysługuje wyłącznie jemu. Można tego dokonać poprzez udowodnienie, że pozostali konsorcjanci zostali już zaspokojeni albo że roszczenie związane jest tylko i wyłącznie z określonym podmiotem. Może to nastąpić poprzez zapis w umowie konsorcjum (np. podział na etapy, części *etc.*), zapis w umowie z zamawiającym, oświadczenia pozostałych konsorcjantów bądź inne środki dowodowe, w tym również wykazanie braku zainteresowania dochodzeniem roszczenia przez inne podmioty, co także podlega odpowiedniej ocenie. W takiej sytuacji zasadne jest dopuszczenie możliwości samodzielnego wystąpienia z powództwem przeciwko zamawiającemu przez konsorcjanta. Poza takimi przypadkami uznać należy, że realizacja umowy dwustronnej w ramach konsorcjum tworzy taki rodzaj stosunku prawnego, że roszczenia muszą być dochodzone przez wszystkich konsorcjantów. Podstawowym *ratio* jest tutaj wyeliminowanie możliwości pozywania zamawiającego przez poszczególnych konsorcjantów o to samo świadczenie lub jego część w różnych procesach. Ponadto skoro każdy z konsorcjantów jest zobowiązany względem zamawiającego do realizacji umowy i pozostaje uczestnikiem stosunku prawnego, to nie można go bezpod-

stawnie pomijać w procesie uzyskiwania wynagrodzenia. Prawo zamówień publicznych mówi bowiem o „wykonawcy”, czyli o konsorcjum jako całości. Skoro takiemu „wykonawcy” należne jest wynagrodzenie, to trzeba wykazać szczegółowe okoliczności, że jego całość lub część przysługuje wyłącznie jednemu lub więcej podmiotom.

Sprzeczność pomiędzy wyrokami rozstrzygającymi kwestię legitymacji czynnej członków konsorcjów można wyjaśnić właśnie w powyższy sposób. Sądy dokonywały bowiem każdorazowo analizy konkretnego stosunku prawnego i możliwości powiązania roszczenia z powodem oraz innymi konsorcjantami, a wynik tego badania decydował z reguły o treści rozstrzygnięcia. Nie jest to oczywiście sytuacja komfortowa dla osoby sporządzającej pozew i decydującej o jego kształcie podmiotowym. Brak jest bowiem jednolitych zasad, które dałyby się zastosować w każdej sytuacji, a konsekwencje w postaci oddalenia niewłaściwie (zbyt wąsko) sformułowanego pozwu mogą powodować w warunkach trwających po kilka lat procesów właściwie utratę roszczenia. W tym kontekście wskazać należy praktyczną zasadność dyrektywy koncentrowania w miarę możliwości po stronie powodowej wszystkich konsorcjantów, co eliminuje zarzuty pozwanego w zakresie współuczestnictwa koniecznego. Również i samego sformułowania roszczeń warto dokonać w jak najszerszym zakresie, niejako na wypadek przyjęcia przez sąd różnych wariantów interpretacyjnych. W tym kontekście można przywołać wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 lipca 2015 r., sygn. akt VI ACa 1212/14: „Brak uprawnienia do żądania solidarnej zapłaty na rzecz powodów nie oznaczał – w ocenie Sądu drugiej instancji – braku możliwości uwzględnienia powództwa poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz każdego z powodów jego części kwoty wynagrodzenia. Należności te wynikały bowiem z tej samej podstawy faktycznej – ze stosunku prawnego powstałego na mocy umowy stron – a w żądaniu zasądzenia świadczenia solidarnie na rzecz powodów mieści się również żądanie

zapłaty należności od dłużnika na rzecz każdego z powodów w częściach odpowiadających ich wierzytelnościom". Sąd słusznie uznał, że żądanie solidarnego zasądzenia mieści w sobie również żądanie przyznania części dochodzonej kwoty poszczególnym powodom w częściach wynikających z danego stosunku prawnego, a w ostateczności w częściach równych, na zasadzie art. 379 § 1 k.c. Trafne okazało się zatem „szersze” zakreślenie powództwa.

Analiza orzeczeń dotyczących legitymacji czynnej członków konsorcjów dochodzących roszczeń od zamawiającego wskazuje na ko-

nieczność zachowania maksymalnej ostrożności przy formułowaniu pozwów i wybierania rozwiązań najbezpieczniejszych z punktu widzenia potencjalnego wyroku i przyjętych w nim poglądów. Szczupłość regulacji ustawowych oraz ogromna różnorodność umów konsorcjalnych i wykonawczych, a także sytuacji na tle ich realizacji, sprawia, że nie da się przyjąć jakichś uniwersalnych zasad w zakresie współuczestnictwa procesowego, a kształt pozwu musi uwzględniać różne warianty interpretacyjne i maksymalnie zabezpieczać interesy klienta.

Summary

Tomasz Połetek

MEMBER OF CONSORTIUM AS A PLAINTIFF IN CIVIL PROCEDURE

The article deals with procedural rules for the occurrence of civil claims by members of consortia established under the Public Procurement Law.

According to some of the rules of the Supreme Court, in case against the contracting authority, all members of the consortium must appear as plaintiffs because of the commonality of their claims. However, there is a group of judgements where different views are presented that consortium members can act independently.

The author discusses both concepts on the basis of civil procedure and concludes that it is impossible to generally accept one of the above views as "the only proper one". Due to great diversity of facts and modesty of the regulations, it is necessary to analyze the facts. It must be examined if there is a lack of material relationship between the other members of the consortium and the claim for example, due to their satisfaction or resignation (disinterest). In this situation, it will be reasonable to allow one of several members of the consortium to participate in the case as plaintiff.

KEY WORDS: investigation in public procurement, consortium as a plaintiff, consortium in a public procurement, settlements between consortium members, civil claim

POJĘCIA KLUCZOWE: dochodzenie roszczeń w zamówieniach publicznych, konsorcjum jako powód, konsorcjum w zamówieniach publicznych, rozliczenia pomiędzy członkami konsorcjum, powództwo cywilne

OCHRONA PRAW I WOLNOŚCI NIELETNIEGO A REJESTR SPRAWCÓW PRZESTĘPSTW NA TLE SEKSUALNYM

Artykuł ma na celu ocenę rozwiązań prawnych stosowanych wobec nieletniego, jakie zostały wprowadzone ustawą z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym¹. Rozważania skupiły się na zagadnieniu i próbie udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy przetwarzanie danych osobowych nieletniego w Rejestrze Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym jest zgodne z art. 51 i 72 Konstytucji.

W celu zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego poprzez ochronę społeczeństwa przed sprawcami przestępstw na tle seksualnym² do polskiego porządku prawnego wprowadzona została ustawa o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym. Dla urzeczywistnienia celów ustawy ustanowiono m.in. szczególnie środek ochrony w postaci Rejestru Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym. Utworzony na mocy ustawy Rejestr obejmuje dwie bazy danych, tj. Rejestr z dostępem ograniczonym oraz Rejestr publiczny. W Rejestrze z dostępem ograniczonym gromadzi się szereg informacji osobowych, nie tylko o osobach, które zostały prawomocnie skazane za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, lecz również o nieletnich, wobec których prawomocnie orzeczono środki wychowawcze, poprawcze lub wychowawczo-lecznicze albo którym wymierzono karę na podstawie art. 94 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich³, w sprawach o czyny karalne, o których mowa w art. 2 ustawy o przeciwdziałaniu za-

grożeniom przestępczością na tle seksualnym, z wyłączeniem art. 200 § 1 k.k. Wśród danych osobowych nieletniego w Rejestrze z dostępem ograniczonym znajdują się nie tylko dane zwykłe (dane identyfikujące w postaci: danych personalnych, numeru PESEL), lecz także dane o charakterze wrażliwym (dane o jego karalności). Z kolei przetwarzanie danych osobowych nieletniego nie zostało poddane regulacjom dotyczącym Rejestru publicznego.

Przetwarzanie w Rejestrze z dostępem ograniczonym informacji na temat sfery osobistej nieletniego powoduje, że ustawa o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym dotyka materii, jaką jest prawo do ochrony danych osobowych, sformułowane w art. 51 Konstytucji. Wiąże się to po pierwsze z tym, że zagadnienia, jakie reguluje przedmiotowa ustawa, bezpośrednio odnoszą się do problematyki przetwarzania danych osobowych nieletniego w Rejestrze z dostępem ograniczonym, a po drugie akcentują kwestię wagi interesów pomiędzy ochroną danych osobowych nieletniego a zapewnieniem bezpieczeństwa i porządku publicznego. Mając na względzie fakt, że regulacje dotyczące Rejestru z dostępem ograniczonym obejmują swoim zakresem problematykę prawa ochrony danych osobowych, konieczne jest ustalenie, czy przepisy odnoszące się do tego środka ochrony stanowią dopuszczalną ingerencję w autonomię informacyjną osoby nieletniej. Niezbędna jest również ocena, czy normy regulujące Rejestr z dostępem ograniczonym nie pozostają

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 862, dalej jako PrzesSeksu.

² Zob. druk sejmowy nr 189, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=189> (dostęp: 16.02.2018).

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz.1654.

w sprzeczności z art. 72 Konstytucji. Zauważyć bowiem należy, że ochrona praw dziecka należy do „wyjątkowo doniosłych” wartości konstytucyjnych⁴. Znajduje to potwierdzenie w nadaniu obowiązku ochrony praw dziecka rangi zasady ustrojowej (art. 72 ust. 1 zd. 1), której istotą jest nakaz uwzględniania w procesie stanowienia i stosowania prawa tegoż dobra⁵. Nakaz ochrony dobra dziecka oddziałuje na cały polski system prawa, w tym również na ustawę o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym. Z tych też względów uzasadnione jest omówienie i dokonanie oceny funkcjonujących obecnie w polskim porządku prawnym wybranych unormowań dotyczących przetwarzania danych osobowych nieletniego w Rejestrze z dostępem ograniczonym w kontekście ich zgodności z art. 51 i 72 Konstytucji.

Zanim jednak poczyniona zostanie w tym zakresie analiza, zaakcentować należy, że sam fakt ograniczenia niektórych praw i wolności jednostki nie przesądza z góry o niekonstytucyjności danej normy prawnej. Każdemu normatywnemu prawu jednostki, z uwagi na konflikt z innymi konstytucyjnymi dobrami, towarzyszy potrzeba jego rozgraniczenia, określenia granicy. Ustawodawca, mając na względzie powyższe, przewidział możliwość limitacji tej sfery ochrony praw jednostki, jednak sformułował warunki, jakie ograniczenia te muszą spełniać⁶. Ingerencja w życie prywatne jednostki musi zostać przede wszystkim zredu-

kowana do niezbędnych sytuacji dopuszczalnych w demokratycznym państwie prawa wyłącznie dla ochrony konstytucyjnie uznanych wartości i zgodnie z zasadą proporcjonalności⁷. Zasada proporcjonalności, jako zasada ogólna konstytucyjnego katalogu praw i wolności, odnosi się do wszystkich praw i wolności jednostki⁸, a więc także do praw i wolności nieletniego. Z konstytucyjnych praw i wolności wynika bowiem obowiązek państwa zapewnienia ich realizacji. Oznacza to, że po stronie ustawodawcy istnieje zobowiązanie stworzenia odpowiednich mechanizmów niezbędnych dla realizacji praw i wolności nieletniego, albo też zobowiązanie do świadczenia pewnej wartości⁹. Konieczne jest wobec tego zastosowanie takich środków, które będą chronić wartości nieletniego w stopniu, w którym nie mógłby zostać zrealizowany przy wykorzystaniu innych narzędzi, a równocześnie jest najmniej uciążliwy dla niego¹⁰. Sformułowana w art. 31 ustawy zasadniczej zasada proporcjonalności¹¹ nakazuje wobec tego dokonanie oceny niezbędności rozwiązań przyjętych wobec nieletniego w ustawie o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym odnoszących się do środka ochrony, jakim jest Rejestr z dostępem ograniczonym.

Obiekcie co do proporcjonalności przepisów dotyczących Rejestru z dostępem ograniczonym zgłaszano już podczas procesu legislacyjnego¹². Przede wszystkim podnoszono kwestie wyznaczenia terminów usuwania danych nie-

⁴ Wyrok TK z 15 listopada 2000 r., P 12/99, OTK 2000, nr 7, poz. 260.

⁵ *Ibidem*.

⁶ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 309. Ograniczenie praw jednostki jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy przemawia za tym inna norma, wartość lub zasada konstytucyjna, a stopień tego ograniczenia pozostaje w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie ma służyć. Zob. A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 98.

⁷ A. Walaszek-Pyziół, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, PUG 1995, nr 1, s. 17.

⁸ Wyrok TK z 15 listopada 2000 r., P 12/99, OTK ZU 2000, nr 7, poz. 260.

⁹ E. H. Morawska, *Ochrona praw dziecka w świetle art. 72 Konstytucji RP. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2007, nr 4, s. 130.

¹⁰ Wyrok TK z 3 października 2000 r., K 33/99, LEX nr 44404.

¹¹ Zasada proporcjonalności, jako ogólna zasada konstytucyjnego katalogu praw i wolności, dotyczy wszystkich praw i wolności określonych w tym katalogu, a więc także obejmuje ona prawa i wolności dziecka (nieletniego). Zob. wyrok TK z 15 listopada 2000 r., P 12/99, OTK ZU 2000, nr 7, poz. 260.

¹² Zob. np. pismo Rzecznika Praw Dziecka z 4 lutego 2016 r. o sygn. ZSR.422.6.2016.MK i pismo Sądu Najwyż-

letnich¹³. Uznano bowiem, że przyjęta w art. 18 PrzesSeksU formuła usuwania danych nieletniego sprawia, że w wielu sytuacjach pozostaje on w znacznie gorszej pozycji względem innych osób figurujących w Rejestrze. Odnosić należy, że usunięcie danych osobowych nieletniego, który popełnił przykładowo czyn karalny z art. 200a § 2 k.k. czy z art. 200b k.k. po ukończeniu 13. roku życia i wobec którego wykonywane były środki wychowawcze, nastąpi po upływie 10 lat od dnia ukończenia przez niego 18. roku życia, a więc dopiero po upływie 15 lat¹⁴. Natomiast usunięcie z Rejestru informacji osobowych sprawcy, który dopuścił się tego samego czynu, a wobec którego sąd orzekł karę grzywny, nastąpi już po upływie roku od wykonania przez niego kary, gdyż w tym okresie, zgodnie z art. 107 § 4a k.k., nastąpi zatarcie skazania z mocy prawa. W wypadku orzeczenia wobec sprawcy przestępstwa z art. 200a § 2 k.k. lub z art. 200b k.k. kary ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności termin usunięcia danych osobowych pozostaje i tak krótszy od tego, jaki został ustanowiony w art. 18 ust. 4 PrzesSeksU dla nieletniego.

Powyższe powoduje, że przewidziana w art. 18 ust. 4 PrzesSeksU konstrukcja usuwania danych nieletniego stanowi względem osoby dorosłej niezasadną stygmatyzację, wywołując równocześnie zaostrenie represji i rezygnację z oddziaływania wychowawczego. Rozwiązanie to jest przede wszystkim sprzeczne z nacelną zasadą postępowania w sprawach nieletnich, jaką jest dobro nieletniego. Zgod-

nie bowiem z dyspozycją art. 3 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich w sprawie nieletniego sąd kieruje się przede wszystkim dobrem nieletniego, dążąc do osiągnięcia korzystnych zmian w osobowości i zachowaniu się nieletniego, oraz zmierza w miarę potrzeby do prawidłowej realizacji przez rodziców lub opiekunów ich obowiązków wobec niego. Dyrektywą postępowania w sprawach nieletnich nie jest więc osiągnięcie stanu sprawiedliwości, lecz takie rozwiązanie w sprawie nieletniego lub zastosowanie takiego środka, które będą najbardziej pomocne nieletniemu w jego sytuacji¹⁵. Model postępowania w sprawach nieletnich jest nakierowany na wychowanie nieletniego, nie zaś na jego karanie. W świetle tak ukształtowanych reguł postępowania w sprawach nieletnich trudno uznać, że funkcja prewencyjna Rejestru z dostępem ograniczonym godzi się z zasadą dobra nieletniego, która to zasada przesądza o doborze takich narzędzi i środków, które mają być dla nieletniego najkorzystniejsze¹⁶.

Wątpliwe jest stąd, czy osiągnięcie celów postępowania w sprawach nieletnich będzie w dalszym ciągu możliwe, jeżeli w Rejestrze z dostępem ograniczonym zamieszczone zostaną dane osobowe i wizerunek nieletniego. Promulgacja danych nieletniego w Rejestrze może zniweczyć podstawowe cele postępowania w sprawie nieletnich, gdyż w bezpośredni sposób godzi w ustawowe założenia postępowania readaptacyjnego wobec nieletnich¹⁷. Dlatego też analizowana ustawa może skutkować

szego z 2 lutego 2016 r. o sygn. BSA II-021-12/16, czy pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z 24 lutego 2016 r. o sygn. VII.501.8.2016.AG, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=189> (dostęp: 16.02.2018).

¹³ Tak: pismo Rzecznika Praw Dziecka z dnia 4 lutego 2016 r. o sygn. ZSR.422.6.2016.MK, s. 7–8, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=189> (dostęp: 16.02.2018).

¹⁴ Powyższy termin nie dotyczy sytuacji, gdy środek wychowawczy zastosowano w okresie warunkowego zawieszenia wykonania umieszczenia w zakładzie poprawczym albo wykonanie środka wychowawczego ustalo z mocy prawa po ukończeniu przez nieletniego 21. roku życia bądź z chwilą powołania nieletniego do zasadniczej służby wojskowej, zasadniczej służby w obronie cywilnej albo służby zastępczej.

¹⁵ Zob. T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2016, wersja elektr. teza 1 do art. 3, LEX 2016.

¹⁶ J. Mierzwińska-Lorencka, *Rejestr sprawców przestępstwo seksualnych. Uwagi na tle ustawy z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym*, St. Prawn. 2016, nr 4, s. 147–162.

¹⁷ Zob. pismo Prokuratora Generalnego z 26 stycznia 2016 r. o sygn. PG VII G 025.7.2016, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=189> (dostęp: 16.02.2018).

tym, że nie dobro nieletniego będzie stanowić zasadnicze kryterium postępowania z nieletnim po popełnieniu przez niego czynu karalnego, lecz funkcja zabezpieczająca społeczeństwo przed zagrożeniem popełnienia przez niego ponownie czynu na tle seksualnym.

Ze względu na wiek sprawcy również prawo karne przewiduje szczególne obwarowania co do nieletniego, który odpowiada na zasadach Kodeksu karnego, gdzie jako generalną dyrektywę wymiaru kary stosuje się oddziaływanie wychowawcze. W piśmiennictwie zwraca się uwagę, że konieczność odmiennego traktowania nieletniego i rezygnacja z pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej wynika z niecelowości, a nawet szkodliwości karania go według zasad przewidzianych dla sprawców dorosłych¹⁸.

Przetwarzanie w Rejestrze danych osobowych nieletniego, który dopuścił się któregośkolwiek z czynów karalnych wskazanych w art. 2 PrzesSeksU, pozostaje także w sprzeczności z uniwersalną tendencją odsuwania nieletniego od formalnego wymiaru sprawiedliwości. Zwrócić należy uwagę, że w zaleceniach Komitetu Dziecka ONZ z dnia 4 października 2002 r. w przedmiocie przestrzegania postanowień Konwencji o prawach dziecka w Polsce Komitet stanął na stanowisku, że należy podjąć „wszelkie niezbędne środki w celu zapewnienia pełnej zgodności ustawodawstwa krajowego z zasadami i postanowieniami konwencji, w szczególności zaś w zakresie wymiaru sprawiedliwości wobec małoletnich i nieletnich sprawców czynów karalnych (...) oraz wykorzystywania seksualnego dzieci”¹⁹. Na objęcie nieletnich szczególną opieką wskazuje także Zalecenie Nr R(87)20 Komitetu Mini-

strów Rady Europy dla państw członkowskich w sprawie reakcji społecznych na przestępczość nieletnich²⁰ czy Zalecenie Rec (2003)20 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich dotyczące nowych sposobów postępowania w kwestii przestępczości nieletnich oraz roli systemu wymiaru sprawiedliwości wobec nieletnich²¹. Ustanowiona w art. 18 ust. 4 PrzesSeksU regulacja jest wobec tego niespójna systemowo nie tylko z polskim prawem, ale także z prawem europejskim, które traktuje osobę nieletnią znacznie łagodniej niż dorosłych sprawców przestępstw.

Zaakcentować należy, że aktualnie jedyną formą ochrony nieletniego przed wpisem do Rejestru jest instytucja wyłączenia zamieszczenia danych przez sąd określona w art. 9 ust. 3 PrzesSeksU. Zastosowanie tej instytucji może nastąpić w szczególnie uzasadnionych przypadkach, ze względu na: ochronę życia prywatnego lub inny ważny interes prywatny pokrzywdzonego lub jego osób najbliższych, a zwłaszcza gdy przemawia za tym dobro małoletniego pokrzywdzonego. W piśmiennictwie podnosi się, że realizacja tych przesłanek może nastąpić w sytuacji, kiedy nieletni i ofiara będą pochodzili z tej samej małej miejscowości lub sprawca i ofiara będą osobami spokrewnionymi, zamieszkującymi w jednym gospodarstwie domowym²². Sąd może również wyłączyć konieczność dokonania wpisu do Rejestru, gdy zamieszczenie danych spowodowałoby niewspółmierne skutki dla nieletniego. Słusznie zatem wskazuje się w piśmiennictwie, że w tym zakresie wątpliwości budzi w szczególności kwestia, w odniesieniu do jakich kryteriów ma być dokonywana ocena ich współmierności²³. Ustanowienie klauzuli „niewspółmiernie su-

¹⁸ V. Konarska-Wrzosek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013, s. 29–30.

¹⁹ CRC/C/15/Add.194 – pkt 12 zaleceń.

²⁰ Przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 17 września 1987 r. na 41. O. zebraniu Zastępców Ministrów.

²¹ Przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 24 września 2003 r. na 853. zebraniu Zastępców Ministrów.

²² E. Michalkiewicz, *Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym w aspekcie praw człowieka i obywatela*, PME 2016, nr 2, s. 62.

²³ A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczości na tle seksualnym i o zmianie niektórych innych ustaw*, „Zeszyty Prawnicze. Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2015, nr 2(46), s. 158.

rowych skutków”, która stanowi okoliczność wykluczającą możliwość umieszczenia danych nieletniego w Rejestrze, wskazuje ponadto na represyjny charakter tego środka ochrony, na co zasadnie zwróciła uwagę Helsińska Fundacja Praw Człowieka²⁴.

Ukształtowane w powyższy sposób przesłanki wyłączenia danych powodują, że sąd nie dokonuje indywidualizacji tego środka ochrony, albowiem nie bierze pod uwagę m.in. motywacji i sposobu zachowania nieletniego, jego cech osobowościowych czy zachowania się pokrzywdzonego. Brak jest również odniesienia do stopnia prawdopodobieństwa powrotności nieletniego do przestępstwa seksualnego²⁵. Oznacza to, że w zakresie podjęcia rozstrzygnięcia przez sąd o nieumieszczeniu danych nieletniego w Rejestrze okoliczności te nie zostaną przez sąd zbadane. Dlatego też należałoby zastanowić się nad rozszerzeniem przesłanek umożliwiających wyłączenie zamieszczenia danych, o których mowa w art. 9 ust. 3 PrzesSeksU, lub ewentualnym umożliwieniem usunięcia danych zawartych w Rejestrze na wniosek nieletniego. Takie rozwiązanie wydaje się słuszne z uwagi na fakt, że w wielu przypadkach przetwarzanie danych nieletnich może nie wpłynąć na realizację celów ustawy, z uwagi na minimalne zagrożenie z ich strony, zważywszy na ich wiek oraz aktualne właściwości i warunki osobiste czy upływ czasu od popełnienia czynu karalnego. Należałoby również rozważyć, czy w przypadku wszystkich osób nieletnich dopuszczających się czynu karalnego określonego w art. 2 PrzesSeksU niezbędne jest przetwarzanie ich danych osobowych w Rejestrze, czy też tylko w tych przypadkach, gdy nieletni popełnił najpoważniejsze z nich, a wobec którego sąd orzekł śro-

dek poprawczy. Wydaje się więc, że wpisanie nieletniego do Rejestru jest sankcją zbyt dolegliwą, zważywszy na fakt, że w Rejestrze tym znajdują się przede wszystkim recydywiści oraz osoby, które zostały uznane za winne i skazane prawomocnym wyrokiem sądowym. Dodatkowo umieszczenie danych osobowych nieletniego w Rejestrze łączy się z uciążliwym obowiązkiem zgłaszania każdorazowego, faktycznego miejsca pobytu oraz każdej jego zmiany we właściwej jednostce organizacyjnej Policji. Niewykonanie tego obowiązku będzie skutkowało odpowiedzialnością za wykroczenie określone w art. 23 PrzesSeksU. Dlatego też należy mieć nadzieję, że sądy stosujące przepisy ustawy będą korzystać z możliwości, które daje art. 9 PrzesSeksU w postaci odstąpienia od zamieszczenia danych nieletniego w Rejestrze.

Zastrzeżenia co do proporcjonalności przepisów dotyczących Rejestru z dostępem ograniczonym występują także na tle zbyt szerokiego zakresu udostępniania danych zawartych w Rejestrze. O ile nie budzi większych zastrzeżeń fakt udostępniania danych organom ścigania i wymiaru sprawiedliwości²⁶, o tyle wątpliwości te wywołuje kwestia ich udostępnienia innym podmiotom. Uprawnienie do pozyskania danych dotyczących nieletniego ujętego w Rejestrze z dostępem ograniczonym przysługuje nie tylko organom państwowym, lecz również innym instytucjom, które wiążą swoją działalność z kontaktami z dziećmi. Te ostatnie, czyli takie podmioty jak: szkoły, przedszkola i fundacje, mogą pozyskiwać z Rejestru z dostępem ograniczonym dane o nieletnim²⁷. Prawo do uzyskania danych przysługuje pracodawcom, którzy przed nawiązaniem z nieletnim stosunku pracy związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem małolet-

²⁴ Zob. opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczości na tle seksualnym (druk 189) z 8 lutego 2016 r., <http://www.hfhr.pl/publiczny-rejestr-sprawcow-przestepstw-na-tle-seksualnym-uwagi-hfpc/> (dostęp:16.02.2018).

²⁵ A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu*, s. 158.

²⁶ Dostęp do danych zgromadzonych w Rejestrze może przyczynić się do usprawnienia i poprawienia efektywności działań organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości oraz może im zapewnić szybkie i sprawne zebranie informacji.

²⁷ E. Michałkiewicz, *Rejestr Sprawców Przestępstw*, s. 61.

nich lub z opieką nad nimi mogą uzyskać informacje, czy jego dane zostały zgromadzone w Rejestrze. Przepis art. 12 PrzesSeksU umożliwia zatem przed nawiązaniem stosunku pracy z nieletnim uzyskanie informacji figurujących w Rejestrze przez różne podmioty i instytucje. Powyższe może spowodować, że zdyskwalifikowani z pracy z dziećmi mogą zostać nieletni, którzy zostali wpisani do Rejestru. Zauważyć bowiem należy, że w myśl przepisów działu IX ustawy z dnia 26 czerwca 1974 Kodeks pracy²⁸ osoby, które ukończyły 16 lat i nie przekroczyły 18 – a więc również nieletni – mogą nawiązać stosunek pracy. Dotyczy to w szczególności umów o pracę zawieranych z młodocianym w celu przygotowania zawodowego.

Ponadto udostępnienie danych podmiotom określonym w art. 12 pkt 6 PrzesSeksU może z kolei sprawić, że osoby o statusie prywatnym uzyskają dane o nieletnich w sprawach, w których przedmiot nie jest zbieżny z założeniami, które ustawodawca chce osiągnąć. Zwrócić bowiem należy uwagę, że procedura uzyskiwania informacji z Rejestru z dostępem ograniczonym polega jedynie na rejestracji, a następnie zalogowaniu się do systemu teleinformatycznego i wypełnieniu podstawy prawnej zgłoszenia²⁹. Podmiot określony w art. 12 pkt 6 PrzesSeksU może za pośrednictwem systemu teleinformatycznego uzyskać informację o nieletnim o treści „figuruje” wraz z jego danymi wskazanymi w zapytaniu. Co istotne, podstawa faktyczna zapytania kierowana przez powyższe podmioty nie podlega żadnej weryfikacji. Stąd też każdy podmiot prywatny chcący uzyskać informacje o konkretnym nieletnim może wystąpić z zapytaniem, wskazując jako podstawę prawną wniosku np. „zatrudnienie osoby do

opieki nad małoletnim dzieckiem”. Brak efektywnej weryfikacji dostępu do danych zawartych w Rejestrze stwarza tym samym niebezpieczeństwo niekontrolowanego dostępu do danych osobowych nieletnich, a przez to czynić ten Rejestr rzeczywiście publicznym.

Powyższe wiązać się może z negatywnymi skutkami dla nieletniego. Istnieje bowiem ryzyko stygmatyzacji nieletniego, które może prowadzić do retorsyjnych i często niebezpiecznych zachowań wobec niego. Przepis art. 12 pkt 6 PrzesSeksU stanowiąc może narzędzie społecznego ostracyzmu mogące wywołać u nieletniego szkodę, której rozmiaru nie sposób przewidzieć. W tym kontekście uwagi podnieść należy również do celu, który poprzez udostępnienie danych ma zostać zrealizowany. Zgodnie z dyspozycją art. 13 PrzesSeksU informacje uzyskane na podstawie art. 12 PrzesSeksU mogą zostać wykorzystane wyłącznie do celów postępowania, w związku z którym się o nie zwrócono, w szczególności celem ochrony małoletnich. Sformułowanie „w szczególności” powoduje, że zakres takich postępowań nie ma charakteru zamkniętego i jako taki nie wyznacza precyzyjnego oraz wyczerpującego obszaru sytuacji, w których można uzyskać informacje z Rejestru. Z punktu widzenia standardów ochrony danych osobowych i dobra dziecka za zbyt szerokie uznać należy zakreślenie sytuacji, w których podmioty wskazane w art. 12 pkt 6 PrzesSeksU uzyskują kompetencje do zasięgnięcia informacji na temat nieletniego z Rejestru.

Obecnie obowiązujące regulacje nie pozwalają również na ocenę, czy przetwarzanie danych nieletniego w Rejestrze jest rzeczywiście niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa

²⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 108. W wyjątkowych sytuacjach Minister Pracy i Polityki Socjalnej w porozumieniu z Ministrem Edukacji Narodowej może w drodze rozporządzenia określić przypadki dopuszczające zatrudnienie osób niemających 16 lat. Zob. rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 5 grudnia 2002 r. w sprawie przypadków, w których wyjątkowo jest dopuszczalne zatrudnianie młodocianych, którzy nie ukończyli gimnazjum, osób niemających 16 lat, które ukończyły gimnazjum, oraz osób niemających 16 lat, które nie ukończyły gimnazjum, tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. nr 214, poz. 1808.

²⁹ Zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 31 lipca 2017 r. w sprawie trybu, sposobu i zakresu uzyskiwania i udostępniania informacji z Rejestru z dostępem ograniczonym oraz sposobu zakładania konta użytkownika, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1561.

i porządku publicznego, w tym czy będzie służyć zapobieganiu ponownego popełnienia przez nieletniego czynu karalnego na tle seksualnym. W uzasadnieniu do projektu ustawy ustawodawca wskazał, że: „Projektowane ograniczenia są jednocześnie niezbędne do ochrony interesu publicznego, z którym zostały powiązane, w szczególności w sytuacji narastającej tendencji przestępstw na tle seksualnym oraz nowych rodzajów zagrożeń w tej sferze”³⁰. Tymczasem z danych statystycznych Komendantów Wojewódzkich Policji i Komendanta Głównego Policji oraz z badań przeprowadzanych przez instytucje zajmujące się pomocą ofiarom przestępstw seksualnych wynika, że od 2014 r. odnotowuje się spadek przestępczości na tle seksualnym, w tym popełnianej przez nieletnich³¹. Także statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości wskazują, że liczba osób prawomocnie skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności ma tendencję spadkową³². Należałoby zatem zastanowić się, czy zwiększenie poczucia bezpieczeństwa nie powinno być realizowane poprzez wykorzystanie dostępnych instytucji i środków prawnych. Postulat ten wydaje się uzasadniony choćby z tego powodu, że do tej pory wykorzystywano podobne, jednakże

mniej inwazyjne środki ochrony społeczeństwa³³.

Podsumowując powyższe, stwierdzić należy, że pomimo że koncepcja wprowadzenia do polskiego porządku prawnego środka ochrony, którego celem jest rejestrowanie osób dopuszczających się czynów na tle seksualnym, wydaje się co do zasady słuszną, to jednak chęć ochrony społeczeństwa nie powinna nastąpić kosztem ochrony konstytucyjnych praw i wolności nieletniego. Działania podejmowane dla realizacji celów ustawy powinny być przede wszystkim zgodne z podstawowymi prawami ustanowionymi w Konstytucji, w tym z prawem do ochrony danych osobowych i dobrem dziecka. Dlatego też podzielić należy stanowisko prezentowane w literaturze, że tworzenie Rejestru Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym powinno następować w sposób roztropny, czyniący zadość wymogom konstytucyjnym, zwłaszcza z poszanowaniem prywatności jednostki i zasady proporcjonalności³⁴. Z uwagi na zastrzeżenia, jakie podniesiono w niniejszym opracowaniu, stanąć należy na stanowisku, że powyższa ustawa wymaga niewątpliwie dalszych prac legislacyjnych, nakierowanych w szczególności na usunięcie dostrzeżonych wątpliwości natury konstytucyjnej.

³⁰ Zob. druk sejmowy nr 189, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=189> (dostęp: 20.02.2018).

³¹ Zob. Statystyki Komendy Głównej Policji za lata 2000–2010; Statystyki Komendy Głównej Policji za lata 1990–2013, <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przestepczosc-nieletni/50256,dok.html> (dostęp: 29.06.2016); Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości, <https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2010/> (dostęp: 22.02.2018); G. Jarząbek-Bielecka, J. Buks, D. Lorkiewicz-Muszyńska, M. Labęcka, M. Jarząbek, A. Bielecka-Gąszcz, M. Wilczak, M. Pisarska-Krawczyk, T. Opala, *Przestępstwa wobec nieletnich, przestępstwa seksualne*, „Polski Przegląd Nauk o Zdrowiu” 2014, nr 2 (39), s. 176–181.

³² Zob. opracowanie Ministerstwa Sprawiedliwości: *Skazania prawomocne – dorośli*, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> (dostęp: 22.02.2018).

³³ E. Michałek, *Rejestr Sprawców Przestępstw*, s. 61.

³⁴ J. Mierzwińska-Lorencka, *Rejestr sprawców przestępstw*, s. 150.

Summary

Anna Wolska-Bagińska

PROTECTION OF THE RIGHTS AND FREEDOMS OF MINORS IN THE CONTEXT OF THE SEXUAL OFFENDER REGISTER

The article discusses the legal solutions concerning minors introduced by the Sexual Offences Prevention Act of 12 May 2016. It was determined that actions undertaken in order to fulfil the objectives of the Act are inconsistent with the basic constitutional rights, including the right to personal data protection, and not in the best interest a child. The reservations apply particularly to the term of deletion of minors' data from the Register, and to the list of entities with access to such data. Moreover, the article discusses whether processing personal data of minors is necessary to ensure public safety and order, and whether it helps to prevent minors from committing further sexual offences. The analysis determined that protection of the public should not compromise constitutional rights of minors. Therefore, the article calls for further legislative works which would remedy the constitutional concerns.

KEY WORDS: Sexual Offender Register, minors, personal data, rights and freedoms

POJĘCIA KLUCZOWE: Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym, nieletni, dane osobowe, prawa i wolności

PRZESTĘPSTWO DZIECIOBÓJSTWA Z PERSPEKTYWY KONSTYTUCJI RP

Przedmiotem pracy jest analiza wzbu-
dzającego liczne kontrowersje przestępstwa
z art. 149 Kodeksu karnego. Analiza opiera
się w szczególności na tych normach, które są
wspólne dla prawa karnego oraz konstytucyj-
nego i wyznaczają ramy prawne funkcyjno-
wania przepisów zawierających sankcję karną.

Z treści art. 2 ustawy zasadniczej Trybunał
Konstytucyjny wyprowadził w drodze orzecz-
nictwa konstytucyjną zasadę dostatecznej
określoności prawa¹. Zgodnie z nią regulacje
prawne powinny być klarowne, ich treść nie
może budzić wątpliwości interpretacyjnych,
jak również w trakcie ich wykładni nie może
dochodzić do rozbieżności². Szczególnego zna-
czenia zasada określoności nabiera na gruncie
prawa karnego³.

Zgodnie z elementarną zasadą prawa karne-
go, *nullum crimen sine lege*, wyrażoną w art. 42
ust. 1 Konstytucji RP, a następnie powtórzoną
w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, osoby podlegają-
ce władzy państwowej mogą być karane tylko
wówczas, gdy dane przestępstwo zostało ujęte

w ściśle określone ramy przepisu rangi usta-
wowej. Z tej podstawowej zasady wynikają
następne, które uszczegółwiają jej treść.

Pierwsza zasada, *nullum crimen sine lege certa*,
zobowiązuje ustawodawcę do takiego formu-
lowania treści przepisów prawa karnego, aby ad-
resat tej regulacji mógł je łatwo zrozumieć, naj-
lepiej w oparciu o literalne brzmienie przepisu⁴.
Na zasadę tę Trybunał Konstytucyjny rozciąga
ochronę prawną wynikającą z konstytucyjnej
zasady dostatecznej określoności prawa⁵.

Druga zasada, *nullum crimen sine lege scrip-
ta*, nakazuje prowadzić wykładnię przepisu
karnego ściśle z jego literalnym brzmieniem,
zakazując wykładni rozszerzającej oraz wnio-
skowania *per analogiam*⁶. Niemożność zasto-
sowania wykładni rozszerzającej poza literalną
treść przepisu uniemożliwia rozszerzenie
zakresu odpowiedzialności karnej poza kon-
kretny czyn w tym przepisie opisany⁷. Chroni
zatem przed arbitralnym stosowaniem przez
władzę państwową sankcji karnych w stosun-
ku do takich zachowań, które nie zostały opi-
sane w ustawie.

¹ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 września 1998 r., K 10/98; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17 grudnia 2008 r., P 16/08; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 5 października 1999 r., K 4/99; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 grudnia 2002 r., P 13/02.

² Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C. H. Beck 2009, s. 27.

³ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 stycznia 1996 r., W 12/94; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 listopada 1998 r., K 39/97; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 lutego 2001 r., K 19/99; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 listopada 2002 r., K 41/02.

⁴ Zob. T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej*, (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis 2013, s. 28; L. Gardocki, *Prawo karne*, C. H. Beck 2015, s. 14–15, 33; A. Marek, *Kilka uwag o zasadzie praworządności w prawie karnym*, (w:) Ł. Pohl, *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70 urodzin Profesora Adama J. Szwarca*, Wydawnictwo Naukowe UAM 2009, s. 56–57; A. Barczak-Oplustil, *Obowiązki zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 3, s. 26 i n.

⁵ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 października 2006 r., P 3/06.

⁶ Zob. przypis 4.

⁷ Por. A. Grześkowiak, *Nullum crimen, nulla poena sine lege poena anteriori*, (w:) R. Wieruszewski, *Prawa człowieka. Model prawny*, Ossolineum 1991, *passim*.

Wydaje się, że konstytucyjna zasada dostatecznej określoności prawa w prawie karnym konkretyzuje się i wyraża właśnie przez zasadę *nullum crimen sine lege certa*, dodatkowo dookreśloną zasadą *nullum crimen sine lege scripta*. Tym samym naruszenie którejs z przywołanych wyżej zasad prawa karnego prowadzi każdorazowo do naruszenia przez daną normę zakresu zastosowania art. 2 i 42 ust. 1 Konstytucji RP, co powoduje nieważność takiego przepisu jako niezgodnego z Konstytucją. Niestety wydaje się jednak, że nie wszystkie przepisy prawa karnego statuujące byt przestępstwa te normy wypełniają.

Przestępstwo ujęte w art. 149 k.k., powszechnie zwane dzieciobójstwem, budzi szereg kontrowersji. Przepis brzmi: „Matka, która zabija dziecko w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Artykuł ten normuje czyn zabroniony, w którym stroną przedmiotową przestępstwa jest wyłącznie matka. Przestępstwo to związane jest z czynem matki, która zabija nowo narodzone dziecko pod wpływem silnego przeżycia związanego z przebiegiem porodu⁸, dopiero kumulatywne spełnienie przesłanek – osoby, czasu i okoliczności – wskazanych w regulacji pozwala zastosować względem sprawczyni ten przepis⁹.

Przestępstwo to jest uprzywilejowanym typem zabójstwa¹⁰, kwalifikowanego w typie podstawowym z art. 148 § 1 k.k., w którym jako przedmiot czynu zabronionego określono człowieka. Skoro więc przedmiotem zabójstwa jest człowiek (w rozumieniu art. 148 k.k.),

to dziecko rodzące się oraz nowo narodzone jest co do zasady – wyjątkiem właśnie regulacji z art. 149 k.k. – chronione przez prawo karne tak jak każdy inny człowiek¹¹. Różnica pomiędzy przestępstwem dzieciobójstwa a zabójstwem, która skłoniła ustawodawcę do uprzywilejowania tego pierwszego przestępstwa, nie dotyczy jego przedmiotu, ale polega na zaistnieniu u matki pod wpływem porodu takiego stanu zaburzenia psychiki, który prowadzi do zabójstwa noworodka. Brak symptomów zakłóceń w sferze psychiki po stronie kobiety rodzącej wyklucza przyjęcie art. 149 k.k. jako podstawy odpowiedzialności dzieciobójczyni nawet wówczas, gdy zamach miał miejsce w okresie porodu. Zamachy skalkulowane i przeprowadzone w warunkach niezakłóconych porodem mechanizmów emocjonalnych nie mogą być oceniane w oparciu o ten przepis¹².

W doktrynie i w orzecznictwie zasadnicze kontrowersje budzą poza sankcją i znamieniem czasownikowym wszystkie pozostałe elementy przestępstwa. Podmiotem przestępstwa – jak wynika wprost z tego przepisu – jest matka. Już na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. pojawił się pogląd W. Makowskiego i Z. Papierowskiego, że dzieciobójstwa może dopuścić się tylko matka narodzonego i zamordowanego dziecka¹³. Pogląd ten aktualny jest także obecnie¹⁴. Wskazywanie na przedmiot przestępstwa jako dookreślający jego podmiot jest zastosowaniem niedopuszczalnej wykładni rozszerzającej paradoksalnie przez zawężenie rozumienia pojęcia matki do kobiety, która zamordowane dziecko uro-

⁸ Por. M. Dzięgielewski, *Wpływ przebiegu porodu jako ustawowe znamię dzieciobójstwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980, nr 2.

⁹ Zob. M. Tarnawski, *Zabójstwo uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*, UAM 1981, s. 106, 179.

¹⁰ Zob. *ibidem*, s. 109.

¹¹ Zob. J. Potulski, *Glosa do uchwały SN z dnia 26 października 2006 r., I KZP 18/06, GSP*, „Przegląd Orzecznictwa” 2007, nr 3, s. 143.

¹² Zob. R. Kokot, *Dzieciobójstwo czy zabójstwo dziecka, czyli o racjonalizację znamion art. 149 k.k.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2006, nr 20, s. 11.

¹³ Zob. W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Księgarnia F. Hoesicka 1937, s. 644; Z. Papierkowski, *Dzieciobójstwo w świetle prawa karnego*, Towarzystwo Naukowe KUL 1947, s. 27.

¹⁴ Zob. Art. 149, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, wyd. II, Zakamycze 2006, s. 126.

działa, co z literalnego brzmienia przepisu nie wynika. Na tym gruncie nasuwają się pytania, czy przy aktualnie obowiązującym przepisie, bardzo podobnym w brzmieniu do swojego przedwojennego odpowiednika, zamordowane dziecko musi być noworodkiem i czy musi pochodzić od morderczyni¹⁵. Zdarzają się przecież przypadki, w których matka zabija nie nowo powite dziecko, ale starsze rodzeństwo. Prawnik oceniający kwalifikację czynu mógłby zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu uznać, że – w przypadku zabójstwa cudzego dziecka albo dziecka starszego, ale pochodzącego od morderczyni – doszło w istocie do dzieciobójstwa, o ile czynu tego zabójczyni dokonała w okresie porodu i pod jego wpływem. Przesłanką takiego zachowania matki może być np. preferowanie konkretnej płci dziecka lub uśmiercenie starszego, ale niepełnosprawnego dziecka, aby dzięki temu móc poświęcić czas i środki na wychowanie potomstwa zdrowego, lub ewentualnie niezadowolone ze starszego dziecka. Cudze dziecko zabić można z zemsty. Wydaje się, że gramatyczna wykładnia przestępstwa dzieciobójstwa dopuszcza zarówno morderstwo dziecka starszego, jak i dziecka cudzego, dokonane przez matkę pod wpływem porodu, dzieje się tak, bowiem obie przesłanki zastosowania przepisu zostają przez morderczynię spełnione.

Pojęcie okresu porodu również budzi spory dotyczące ram czasowych, w których przestępstwo mogłoby zostać popełnione. Także i tutaj nie ma zgody co do tego, w jakim przedziale czasu dzieciobójczyni może dokonać zabójstwa

kwalifikowanego z tego artykułu¹⁶. Nie jest dopuszczalne włączanie w zakres znaczeniowy pojęcia „przebieg porodu” elementów z tym procesem niezwiązanych. Jest to bowiem określenie ściśle sprzężone z porodem jako takim i odnosi się wyłącznie do zmieniającego się w procesie rodzenia zespołu cech fizycznych matki i rodzącej się istoty. Słowo „przebieg” ma wyraźne zabarwienie czasowo-przestrzenne, to znaczy, że wyraża kolejno po sobie następujące stadia jakiegoś trwającego w czasie procesu, w tym przypadku procesu porodu¹⁷. Dotychczas ani w doktrynie, ani w orzecznictwie nie zwrócono uwagi na rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20 września 2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki okołoporodowej sprawowanej nad kobietą w okresie fizjologicznej ciąży, fizjologicznego porodu, położu oraz opieki nad noworodkiem¹⁸. Rozporządzenie¹⁹ wprowadza standardy opieki nad noworodkami, definiujące w § 2 pkt 1–4 pojęcie „okres porodu”. Jak wynika z tej regulacji, okres porodu to okres liczony od pojawienia się pierwszych regularnych skurczów macicy powodujących zgładzenie i rozwarcie szyjki macicy aż do jej pełnego rozwarcia, trwający do 2 godzin po oddzieleniu i wydaleniu płodu. Wydaje się, że zastosowanie w tym wypadku wykładni systemowej i przyjęcie powyższej definicji dla potrzeb interpretacji art. 149 k.k. jest uzasadnione, ponieważ pozwala w sposób jednoznaczny²⁰ i wąski zinterpretować termin „okres porodu”, uniemożliwiając jego swobodną interpretację podmiotom prawo stosującym²¹. Z drugiej strony doprecyzowanie

¹⁵ Zob. M. Tarnawski zastanawiał się nad zabójstwem dziecka innej kobiety, *idem*, *Zabójstwo uprzywilejowane w świetle badań akt sądowych i ankietowych*, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu 1985, s. 104.

¹⁶ Zob. K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, Wydawnictwo Prawnicze 1968, s. 140–141.

¹⁷ Zob. M. Dzięcielski, *Wpływ przebiegu porodu jako ustawowe znamię dzieciobójstwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980, nr 2, s. 96.

¹⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1132.

¹⁹ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 września 2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki okołoporodowej sprawowanej nad kobietą w okresie fizjologicznej ciąży, fizjologicznego porodu, położu oraz opieki nad noworodkiem (Dz.U. nr 12, poz. 1100).

²⁰ Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Liber 2002, s. 65.

²¹ Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 17.

ustawy w rozporządzeniu, i to z zupełnie innej dziedziny prawa, jest zupełnie niezgodne z definiowaniem przestępstw.

Najbardziej jednak kontrowersyjny fragment art. 149 k.k. odnosi się do wpływu porodu jako czynnika, który popycha matkę do czynu przestępnego i równocześnie uzasadnia łagodniejszą sankcję, niż wynika to z podstawowego typu przestępstwa zabójstwa. Z. Łukaszewicz po przeanalizowaniu literatury medycznej stwierdził, że brak jest danych i jakichkolwiek przesłanek, w oparciu o które można by uznać, że poród wywiera kryminogenny wpływ na rodzicą²². Analogiczne stanowisko w tej kwestii zajęła J. Brzezińska, stwierdzając, że „(...) potwierdzono medycznie, że nie można wykazać i udowodnić istoty jego [porodu – M. D.] kryminogennego charakteru, determinującego zachowanie położnicy”²³. M. Rudnicka z kolei kategorię przeciwiła się możliwości wystąpienia u kobiety pod wpływem porodu takiego stanu psychicznego, który prowadziłby do zabicia dziecka²⁴. Podobne zastrzeżenia co do istnienia stanu psychicznego, który w okresie porodu miałby powodować u rodzicą mordercze bodźce, wyraził B. Popielski²⁵. K. Daszkiewicz w tym kontekście w ogóle uznała wpływ porodu na stan psychiczny matki za przesłankę fałszywą²⁶. Odmienne odniosło się do tego zagadnienia orzecznictwo. Sąd Najwyższy stwierdził, że: „na stan psychiczny rodzicą wywierają również wpływ inne czynniki, które wraz z przebiegiem porodu w znaczeniu fizjologicznym wywołują u niej szczególny stan psychiczny. (...) Mogą to być też czynniki związane z sytuacją społeczną

i materialną rodzicą. Do tej grupy czynników należą wypadki lęku przed hańbą, np. z powodu urodzenia dziecka pozamałżeńskiego, lęku przed gniewem lub wręcz prześladowaniem ze strony rodziny, lęku przed utratą pracy czy wreszcie lęku przed niemożnością wyżywienia dziecka”²⁷.

Zdaniem L. Paprzyckiego przestępstwa dzieciobójstwa dopuszcza się matka, która zabija noworodka pod wpływem silnego przeżycia. Chodzi tu o szczególny stan emocjonalny i jego odpowiednie nasilenie. W tej sytuacji jego zdaniem nie może ulegać żadnej wątpliwości, że dla ustalenia wystąpienia takiego stanu emocjonalnego i jego nasilenia potrzebne są wiadomości specjalne, jakie posiada tylko psycholog, i sąd samodzielnie nie jest w stanie ustalić tego rodzaju okoliczności. Psycholog będzie ustalał i oceniał nie tylko przeżycia matki pozbawiającej życia dziecko (noworodka), ale także powiązanie tego przeżycia, które musi być stanem emocjonalnym o wysokim nasileniu, z przebiegiem porodu, znacznym zniekształceniem dziecka lub ze szczególnie trudną sytuacją osobistą tej kobiety²⁸. Zaangażowanie w wykładnię art. 149 k.k. psychologów jest dla tej regulacji morderczym strzałem. Psychologia opisuje bowiem zjawisko tzw. depresji poporodowej, która występuje u 5–25% kobiet i 1–26% mężczyzn²⁹. Jednakże depresja poporodowa jest łagodna i szybko ustępuje, nawet bez leczenia farmakologicznego³⁰. Jak wskazują badania empiryczne, depresja poporodowa sama w sobie nie może prowadzić do zabójstwa noworodka³¹. Jeśli zaś chodzi o stan psychozy

²² Zob. Z. Łukaszewicz, *Glosa do wyroku z 15 kwietnia 1957 r.*, IV K 131/57, „Państwo i Prawo” 1958, z. 2, s. 365–366.

²³ J. Brzezińska, *Dzieciobójstwo. Aspekty prawne i etyczne*, Wolters Kluwer 2013, s. 181.

²⁴ Zob. M. Rudzka, *Dzieciobójstwo, w ustawodawstwie karnym*, Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki 1955, tom 7, s. 96.

²⁵ Zob. B. Popielski, *Medycyna i prawo*, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich 1968, s. 145.

²⁶ Zob. K. Daszkiewicz, *O dzieciobójstwie*, „Palestra” 1998, nr 5–6, s. 39–41.

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 2 czerwca 1966 r., III KR 41/6.

²⁸ Zob. L. K. Paprzycki, *Udział biegłego psychologa w polskim procesie karnym*, „Palestra” 1998, nr 11–12, s. 59.

²⁹ Zob. A. D. Cameron, *Psychiatria*, Elsevier Urban & Partner, Wrocław 2005, s. 169–171.

³⁰ Por. B. Banasiak-Parzych, *Depresja poporodowa – przyczyny, skutki, zapobieganie*, Psyche, Warszawa 2007; M. Wasilewska-Pordes, *Depresja poporodowa*, Adamsa, Kraków 2000.

³¹ *Ibidem*.

połogowej³², który faktycznie dotyczy tylko kobiety, to dotknięta nią osoba ma tak poważne zaburzenia świadomości i postrzegania oraz całkowicie dezorganizowany sposób myślenia, że przypisanie takiej kobiecie winy w świetle współczesnych standardów prawnych jest z pewnością niemożliwe³³. Kobieta w takim stanie nie może popełnić przestępstwa zgodnie z art. 31 § 1 Kodeksu karnego.

J. Szymczyk zauważa, że „ojciec współdziałający z matką zabijającą noworodka pod wpływem silnego przeżycia związanego z przebiegiem porodu odpowie za zabójstwo zwykłe z art. 148 § 1 k.k., a nie jego typu uprzywilejowanego określonego w art. 149 k.k.”³⁴. Przestępstwo dzieciobójstwa, wykluczając ojców z kręgu osób objętych zakresem zastosowania, dyskryminuje ich, równocześnie uprzywilejowując matki. Stan ten z całą pewnością narusza art. 33 Konstytucji RP, dlaczego bowiem depresja poporodowa dotykająca zarówno matki, jak i ojców tylko te pierwsze traktuje względniej za dokonanie zabójstwa dziecka spowodowanego właśnie wystąpieniem tego zaburzenia? Porównanie to dotyczy stanu prawnego, w którym depresja poporodowa zarówno w doktrynie, jak i w praktyce – pomimo ustaleń w dokonanych na gruncie nauk medycznych oraz psychologii – uważana jest za stan, który może prowadzić do dzieciobójstwa.

Ważne w tej kwestii orzeczenie wydał Sąd Najwyższy 8 grudnia 1975 roku na tle Kodeksu karnego z 1969 r., gdzie przestępstwo dzieciobójstwa miało identyczną treść do obecnie obowiązującego. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu powołał się na orzeczenie Sądu Najwyższego z roku 1975 i stwierdził, że: „okoliczności natury społecznej (pozaporodowe), które warunkowały powstanie zamiaru dzieciobójstwa mogą być uwzględnione wyłącznie przy wymiarze

kary”³⁵. Trzeba zauważyć, że w wyroku z 1975 r. Sąd Najwyższy wyraźnie rozróżnił wpływ porodu jako czynnik prowadzący do zabójstwa dziecka od czynników społecznych, takich jak ciąża pozamałżeńska i wynikające z tego potępienie społeczne, niedostatek uniemożliwiający wychowanie potomstwa, które to warunki powstanie zamiaru dzieciobójstwa³⁶.

Powyższe orzeczenie Sądu Najwyższego skrytykował M. Dziecielski. Zwrócił on uwagę, że zgodnie z wykładnią literalną art. 149 k.k. dla przyjęcia klasyfikacji z tego przepisu wymagane jest, aby: 1) matka, która 2) dopuściła się tego czynu w okresie porodu, 3) była pod wpływem jego przebiegu. Zdaniem tego autora nie ma wątpliwości, że podstawą uprzywilejowania dzieciobójstwa są tylko i wyłącznie względy natury medycznej. Podnosi on zarzut, że art. 149 k.k. tworzy fikcję, bo przebieg porodu nie jest tym czynnikiem, który decyduje o powzięciu zamiaru popełnienia dzieciobójstwa. Faktycznie natomiast kobieta pozbawia życia nowo narodzone dziecko ze względu na jej trudną sytuację bytowo-rodzinną i pod wpływem negatywnych opinii środowiska. „Wpływ przebiegu porodu” to pojęcie, do którego przypasowuje się różnego rodzaju elementy, nie zawsze wiele z porodem mające wspólne. Prowadzi to do orzecznictwa *contra legem*, do którego zmuszane są chcące ratować sytuację sądy, gdy przychodzi im wydać wyrok na matkę, która zabiła własne nowo narodzone dziecko w obawie przed opinią wsi czy miasteczka, a nie bynajmniej pod wpływem zaburzeń psychicznych, jakie zdaniem prawodawcy mogłyby u niej wystąpić w okresie porodu. M. Dziecielski za niedopuszczalne uznaje z kolei wciskanie w zakres pojęcia „przebieg porodu” czynników, które nie wynikają z samego porodu, a są związane jedynie z osobą kobiety rodzącej czy należą do oddziałujących na

³² Zob. J. Hanley, *Zaburzenia psychiczne w ciąży i połogu*, Elsevier Urban & Partner, Wrocław 2012, s. 24–26.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Zob. J. Szymczyk, *Współdziałanie przy przestępstwach indywidualnych*, „Prokuratura i Prawo” 2003, z. 7–8, s. 159.

³⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 16 września 2015 r., II AKA 212/15.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 8 grudnia 1975 r., I KR 234/75.

nią nacisków pozapородowych. Chodzi tutaj o wszelkiego rodzaju czynniki ekonomiczne, społeczne, środowiskowe itp.³⁷

Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 2002 r. zajął następujące stanowisko: „Zamiar dzieciobójstwa pod wpływem porodu (art. 149 k.k.) jest wynikiem zespołu czynników psychofizycznych, psychologicznych, fizjologicznych i społecznych, związanych zarówno z porodem, jak i sytuacją życiową matki. Nie spotyka się wypadków wyzwolenia agresji samodzielnie przebiegiem porodu, bez udziału pozostałych czynników, a jeśli takie występują, powinny być wartościowane wedle kryteriów poczytalności jako przypadki patologiczne”³⁸. Ze stanowiskiem tym nie można się zgodzić. Zabójstwo dziecka przez matkę musi nastąpić pod wpływem porodu, który popycha rodzącą do zabójstwa³⁹. Artykuł 149 k.k. nie przewiduje innych czynników niż endogenne. Zatem wyrok krakowskiego Sądu Apelacyjnego został wydany *contra legem*, z zastosowaniem niedopuszczalnej na gruncie prawa karnego wykładni rozszerzającej.

Sąd Najwyższy, rozważając, w którym momencie *nasciturus* podlegał będzie ochronie prawnokarnej z art. 160 k.k., stwierdził w odniesieniu do dzieciobójstwa, że: „o łagodniejszej penalizacji czynu określonego w tym przepisie decyduje zatem stan psychiczny matki, a nie wartość życia podmiotu, któremu przepis udziela ochrony”⁴⁰. Skoro jednak nie istnieje taki stan psychiczny matki, a na pewno na chwilę obecną nie da się go obiektywnie zidentyfikować, to każde zastosowanie art. 149 k.k. stanowi naruszenie godności dziecka, które przecież także jest człowiekiem, zasady równego traktowania i zakazu dyskryminacji. Dzieje się tak dlatego, że noworodek z powodów zupełnie arbitralnych traktowany jest

inaczej, gorzej – poprzez przyznanie mniejszej ochrony prawnej jego życia – niż wszyscy pozostali ludzie, a oczywiście, choć całkowicie niedopuszczalne, kryterium różnicowania stanowi tutaj wiek.

W uzasadnieniu do Kodeksu karnego z 1932 r. pisano, że uprzywilejowanie dzieciobójczyń wynikało z potrzeby ich ochrony przed sankcjami społecznymi, w tym celu domniemywano, że stan psychiczny rodzącej, która zabiła dziecko, był za każdym razem patologiczny⁴¹. B. Hołyst natomiast stwierdził, że dzieciobójstwo mogłoby opierać się wyłącznie na kryterium czasu, czyli z wyłączeniem określenia „przebiegu porodu”⁴². Dlaczego jednak matka, która zabija dziecko w okresie porodu, ma korzystać ze zmniejszonej odpowiedzialności karnej za zabójstwo dziecka? Przebieg porodu, który uzasadnia względniejsze traktowanie matki, stanowi serce przepisu. Władze II Rzeczypospolitej chroniły dzieciobójczynie przed sankcjami społecznymi tajemniczym i bliżej nieopisanym patologicznym, ale jednak niezależnym od woli i świadomości kobiety, zjawiskiem. Kobiety okresu międzywojennego nie miały łatwego, taniego i powszechnego dostępu do wiedzy z zakresu edukacji seksualnej, do aborcji czy możliwości oddania dziecka do adopcji, choćby w tzw. oknie życia. Ciężarna, która nie mogła wychować dziecka, a nie chciała lub nie mogła go wychować, np. z przyczyn ekonomicznych, albo noworodka porzucała, albo też uśmiercała. Na kanwie takiego stanu faktycznego ustawodawca, który – jak widać po uzasadnieniu Kodeksu karnego z 1932 r. – rozumiał ciężkie położenie kobiet, starał się chronić je przed dodatkowym prześladowaniem. Niemniej jednak przy takim podejściu dzieciobójstwo to nic innego jak aborcja „z opóźnionym zapłonem”, opóźnionym, bo moment przerwania życia

³⁷ Zob. M. Dziecielski, *Wpływ przebiegu*, s. 96.

³⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego z 24 października 2002 r., II AKa 256/2002.

³⁹ Zob. M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach – komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze 1958, s. 307.

⁴⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r., I KZP 18/06.

⁴¹ Zob. J. Brzezińska, *Dzieciobójstwo*, s. 182, 244.

⁴² Por. B. Hołyst, *Art. 226 k.k. w orzecznictwie sądów i w systemie przepisów prawa karnego*, „Nowe Prawo” 1959, nr 2, s. 164.

następuje po urodzeniu, a nie w łonie matki. Współcześnie kobiety dokonują aborcji z tych samych powodów – najczęściej ekonomicznych – co ich ascendentki. Prawo aborcyjne dopuszcza tylko trzy powody przerwania ciąży, i to pod pewnymi rygorami⁴³. Równocześnie z pewnym lekceważeniem traktuje życie człowieka nowo urodzonego, tak jakby było ono gorsze i zasługiwało na mniejszą ochronę niż dziecka starszego. Przedmiotem porównania nie jest sankcja karna przewidziana za dzieciobójstwo i nielegalne przerwanie ciąży, ale zakres ochrony prawnej, jaką ustawodawca roztacza nad *nasciturusem* i noworodkiem. Ochronie płodu ustawodawca poświęca obszerną ustawę, wprowadza szereg sankcji za przerwanie jego życia. Noworodek natomiast korzysta z mniejszej ochrony prawnej niż każdy inny człowiek w imię wątpliwych, także moralnie, przesłanek. Brak tu jakiegokolwiek logiki i konsekwencji ustawodawcy, który za człowieka chce uważać każdego od momentu poczęcia do naturalnej śmierci, ale na każdym stopniu jego egzystencji przyznaje mu różną ochronę prawną w oparciu o niejasne, wręcz arbitralne kryteria.

J. Brzezińska, dokując najbardziej obszernej i głębokiej analizy przestępstwa dzieciobójstwa w literaturze polskiej, stwierdziła wadliwość tej konstrukcji, uznając ją za nielogiczną i niespójną⁴⁴. Trudno nie zgodzić się z tą oceną. Przestępstwo dzieciobójstwa jest antytezą klarowności, treść tego przepisu budzi poważne wątpliwości interpretacyjne, których pomimo upływu dekad jego funkcjonowania w porządku prawnym nie udało się wyeliminować. Wszystko to dzieje się na gruncie prawa karnego, które pod względem określoności prawa powinno świecić przykładem. Przestępstwo zawarte w art. 149 Kodeksu karnego narusza szereg zasad ustrojowych, w szczególności art. 2, art. 33 w zw. z art. 32 ust. 2 ustawy zasadniczej. Jeżeli prawo konstytucyjne wyznacza granice funkcjonowania prawa w ogóle, natomiast z tej granicy wyrastają ramy, w których mają funkcjonować normy prawa karego, to dzieciobójstwo w tych ramach z pewnością się nie mieści i opiera się na gruncie wykraczającym daleko poza konstytucyjne granice prawa. Skutkiem takiego stanu musi być wyeliminowanie przepisu z sytemu prawa.

⁴³ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r., o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r. nr 17, poz. 78 z późn. zm.).

⁴⁴ Zob. J. Brzezińska, *Dzieciobójstwo, passim*.

Summary

Michał Długosz

THE CRIME OF INFANTICIDE FROM THE PERSPECTIVE OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

The aim of this thesis is to analyze the crimes provided for in Art. 149 of the Criminal Code that give rise to significant controversy. The analysis has been particularly based on standards that are common for criminal and constitutional law and that establish the legal framework for the functioning of regulations that include criminal sanctions. The starting point of the analysis, however, has regarded findings of factual character, in particular within the scope of medical sciences and psychology. Such findings clearly falsify the thesis that is the basis for situations when a mother kills a new-born child under a pathological mental condition caused by childbirth.

KEY WORDS: infanticide, discrimination, psychopathology

POJĘCIA KLUCZOWE: dzieciobójstwo, dyskryminacja, psychopatologia

NADUŻYCIE PRAWA PODMIOTOWEGO W STOSUNKACH NIEMAJĄTKOWYCH MIĘDZY MAŁŻONKAMI – ZAGADNIENIA WYBRANE

Problematyka stosowania art. 5 k.c. była i jest przedmiotem licznych wypowiedzi zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie, także na tle unormowań prawa rodzinnego. Celem niniejszego opracowania jest ustalenie zakresu stosowania konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego w niektórych stosunkach niemajątkowych zachodzących między małżonkami.

W ramach stosunków zachodzących między małżonkami możemy wyróżnić stosunki osobiste i majątkowe. Wynikające natomiast z tych stosunków prawa mają charakter podmiotowych praw cywilnych¹. Należy jednak zauważyć, że o ile małżeńskie prawa majątkowe, choć odznaczają się specyficznymi cechami, są zbliżone do praw majątkowych ze stosunków cywilnoprawnych, o tyle małżeńskie prawa niemajątkowe (w tym prawa stanu cywilnego) charakteryzują się swoistą naturą². Jak wskazuje się w literaturze, szczególną właściwość niemajątkowych praw małżeńskich

polega m.in. na tym, że elementy majątkowe są w nich ściśle splecione z elementami niemajątkowymi. Ponadto w znacznie większym stopniu prawa te podlegają działaniu klauzul generalnych, w szczególności klauzuli zasad współżycia społecznego, ponieważ są kreowane z uwzględnieniem założeń natury moralnej w szerszym zakresie niż w wypadku praw majątkowych³.

Normowana w art. 5 k.c. konstrukcja nadużycia prawa podmiotowego obejmuje wszystkie normatywne postacie praw podmiotowych (tj. prawa bezpośrednie, roszczenia i prawa kształtujące), zarówno o majątkowym, jak i niemajątkowym charakterze⁴. Należy jednak podkreślić, że ze względu na niemajątkowy charakter omawianych stosunków między małżonkami w zasadzie tylko klauzula generalna zasad współżycia społecznego znajdzie zastosowanie.

Zakres zastosowania art. 5 k.c. jest bardzo szeroki i obejmuje wszystkie kategorie stosun-

¹ Zob. M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna. T. 1*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2012, s. 825 i n.

² Zob. szerzej: tamże; T. Smyczyński, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. T. 11*, pod red. T. Smyczyńskiego, Warszawa 2014, s. 42 i n.; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 84 i n.

³ Zob. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, s. 220.

⁴ Zob. m.in.: S. Grzybowski, (w:) *System Prawa Cywilnego. Część ogólna. T. I*, pod red. S. Grzybowskiego, Ossolineum 1985, s. 268 i n.; M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System*, s. 886, tamże, (w:) *Kodeks cywilny. Część ogólna*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej, Warszawa 2009, s. 70; K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015, s. 53 i n.; P. Machnikowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2014, s. 19 i n.; S. Dmowski, R. Trzaskowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, pod red. J. Gudowskiego, Warszawa 2014, s. 52 i n.; A. Zbiegień-Turzańska, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. T. 1*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2013, s. 318; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2013, s. 107 i n.; T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Zakamycze 2000, s. 63 i n.; tenże, *Konstrukcja nadużycia prawa jako instrument zapewnienia słuszności w związku ze sprawami małżeńskimi*, (w:) *Nam hoc natura aequum est... Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Janusza Justyńskiego w siedemdziesięciolecie urodzin*, pod red. A. Madeja, Toruń 2012, s. 518 i n.; A. Zbiegień-Turzańska, *Zasady stosowania art. 5 Kodeksu cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 21, s. 1130.

ków cywilnoprawnych ze wszystkich działów prawa cywilnego, a w szczególności z dziedziny prawa rodzinnego (w tym prawa stanu cywilnego)⁵. Taki pogląd głoszony jest także w orzecznictwie. W wyroku z 3 października 2000 r. (I CKN 287/00)⁶ Sąd Najwyższy stwierdził, że treść art. 5 k.c. daje możliwość dokonania oceny zgodności z zasadami współżycia społecznego wykonywania każdego prawa podmiotowego. W wyroku z 6 stycznia 2005 r. (III CK 129/04)⁷ Sąd Najwyższy wskazał zaś, że z przepisu art. 5 k.c. nie wynika, by jego stosowanie było w jakimś określonym rodzaju spraw cywilnych wyłączone.

Przed przystąpieniem do bardziej szczegółowych rozważań dotyczących stosowania konstrukcji nadużycia prawa w odniesieniu do wykonywania poszczególnych praw wynikających z niemajątkowych stosunków małżeńskich należy przypomnieć, że zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie przyjmuje się, że zastosowanie art. 5 k.c. jest zależne od spełnienia trzech zasadniczych przesłanek, tj.: istnienia prawa podmiotowego, wykonywania tego prawa oraz sprzeczności czynienia zeń

użytku z zasadami współżycia społecznego lub ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa. Należy jednak zakładać, że uprawniony, wykonując prawo podmiotowe, czyni z niego użytek zgodny z zasadami współżycia społecznego i ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa. Dopiero ustalenie szczególnych okoliczności sprawy może pozwolić na zakwalifikowanie dochodzenia realizacji i ochrony prawa jako jego nadużycia niezaskługującego na ochronę⁸. Zbyt liberalne stosowanie konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego może prowadzić do podważenia pewności obrotu i naruszenia zasad praworządności⁹.

Problematyka stosowania art. 5 k.c. w wypadku żądania ustalenia nieistnienia małżeństwa, unieważnienia małżeństwa, orzeczenia rozwodu albo separacji była niejednokrotnie poruszana w piśmiennictwie¹⁰. Podglądy prezentowane w doktrynie prawa nie są jednak jednolite. Możliwość zastosowania konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego we wskazanych przypadkach wymaga ustalenia wykonywania prawa podmiotowego o określonej

⁵ Zob. m.in.: S. Grzybowski, (w:) *System*, s. 268 i n.; M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System*, s. 886; taż, (w:) *Kodeks*, s. 70; K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 53 i n.; P. Machnikowski, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 19 i n.; S. Dmowski, R. Trzaskowski, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 52 i n.; A. Zbiegień-Turzańska, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 318; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne*, s. 107 i n.; T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 63 i n.; tenże, *Konstrukcja nadużycia*, s. 518 i n.; A. Zbiegień-Turzańska, *Zasady stosowania*, s. 1130.

⁶ OSN 2001, nr 3, poz. 43.

⁷ Legalis nr 76870.

⁸ Zob. wyrok SN z 26 listopada 2004 r., I CK 279/04, LEX nr 277859; jak również por. m.in.: M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System*, s. 898 i n.; taż, (w:) *Kodeks*, s. 99 i n.; S. Dmowski, R. Trzaskowski, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 52 i n.; A. Zbiegień-Turzańska, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 325 i n.; T. Sokołowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. T. 1. Część ogólna*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2013, s. 41; T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 66 i n.; A. Zbiegień-Turzańska, *Zasady stosowania*, s. 1130 i n.

⁹ Zob. m.in.: M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System*, s. 924 i n.; taż, (w:) *Kodeks*, s. 102 i n.; K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 54 i n.; tenże, *Nadużycie prawa podmiotowego w prawie cywilnym*, (w:) *Nadużycie prawa*, pod red. H. Izdebskiego, A. Stepowskiego, Warszawa 2003, s. 126; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne*, s. 108; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2018, s. 180 oraz m.in.: uchwała SN z 17 stycznia 1974 r., III PZP 34/73, OSNCP 1975, nr 1, poz. 4; wyrok SN z 28 listopada 1967 r., I PR 415/67, OSP 1968, nr 10, poz. 210; wyrok SN z 11 września 1961 r., I CR 963/61, OSNCP 1963, nr 2, poz. 31.

¹⁰ Zob. m.in.: T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 226 i n.; tenże, *Konstrukcja nadużycia*, s. 517 i n.; K. Pietrzykowski, *Zakres stosowania konstrukcji nadużycia prawa w sprawach o prawa stanu cywilnego*, „*Studia Prawnicze*” 1988, nr 3, s. 73 i n.; tenże, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 1985 r.*, IV CR 557/84, „*Nowe Prawo*” 1986, nr 10, s. 107 i n.; A. Szpunar, *Stosowanie art. 5 kodeksu cywilnego w sprawach o prawa stanu*, „*Państwo i Prawo*” 1981, z. 6, s. 46 i n.; tenże, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 1985 r.*, IV CR 557/84, „*Nowe Prawo*” 1986, nr 6, s. 82 i n.; A. Zielonacki, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 1985 r.*, IV CR 557/84, „*Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych*” 1987, nr 7–8, s. 280 i n.

treści. Dopiero stwierdzenie istnienia takiego prawa i czynienia z niego użytku przez osobę uprawnioną może być oceniane na podstawie art. 5 k.c.

Wydaje się, że wskazanych wyżej małżeńskich praw niemajątkowych nie można zaliczyć do jednej z trzech typowych postaci praw podmiotowych (praw bezpośrednich, roszczeń, praw kształtujących). Można jednak uznać, że żądanie unieważnienia małżeństwa, żądanie rozwodu i żądanie separacji są prawami podmiotowymi, które mogą być realizowane w drodze czynności procesowych, tj. powództwa o ukształtowanie stosunku prawnego. Sytuacja podmiotu uprawnionego w tych przypadkach jest zbliżona do sytuacji podmiotu, któremu przysługuje podmiotowe prawo kształtujące. Ustawodawca przyznaje bowiem podmiotowi uprawnionemu możliwość ukształtowania stosunku prawnego, przy czym nie stwarza mu możliwości samodzielnego i bezpośredniego osiągnięcia takiego skutku prawnego. Przyznaje natomiast materialnoprawną legitymację do żądania, aby orzekł o tym sąd. Wydaje się więc, iż należy przyjąć, że są to prawa podmiotowe, a uprawniony, wytaczając powództwo, czyni użytek ze swoich praw. W konsekwencji zachowanie uprawnionego wykonującego prawo może podlegać ocenie na podstawie art. 5 k.c., chyba że ze względu na treść przepisów mających zastosowanie w danym wypadku (np. uwzględniających ocenę z punktu widze-

nia zasad współzycia społecznego) konstrukcja nadużycia prawa podmiotowego będzie zbędna¹¹.

Wyłączenie stosowania przepisu art. 5 k.c. następuje m.in. ze względu na treść przepisów regulujących daną instytucję prawną, na tle której miałyby dojść do stwierdzenia nadużycia prawa podmiotowego¹². Nie jest więc możliwe stosowanie art. 5 k.c. wówczas, kiedy stan faktyczny i jego ocena prawna są wyczerpująco uregulowane przepisami prawa zapewniającymi w pełni ochronę interesów określonych podmiotów¹³. Podkreśla się, że „nie wolno powoływać się na nadużycie prawa, gdy dany stan faktyczny jest wyczerpująco uregulowany w konkretnym przepisie prawa, w szczególności w przepisie, w którym możemy dostrzec dokonanie z góry oceny zachowania się i określenia konsekwencji tegoż z uwzględnieniem kryteriów takich lub podobnych do zawartych w art. 5 k.c.”¹⁴. Sąd Najwyższy, m.in. w wyroku z 4 października 1967 r., również wskazał, że przepis art. 5 k.c. nie może mieć zastosowania w sytuacji, gdy sam ustawodawca co do niektórych stanów faktycznych określa, kiedy czynienie użytku z prawa podmiotowego powinno być przez wzgląd na zasady współzycia społecznego pozbawione prawnej ochrony¹⁵.

Wyłączenie stosowania art. 5 k.c. wynika z treści przepisów § 2 oraz § 3 art. 56 k.r.o., ponieważ w tych przypadkach ustawodawca, przyznając uprawnienie określone w § 1, uza-

¹¹ Por. M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System*, s. 916 i n.; taż, (w:) *Kodeks*, s. 75; podobnie: T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 76 i n. Również P. Machnikowski wyróżnia jako tzw. normatywną postać uprawnień wynikające z prawa materialnego uprawnienia do żądania ukształtowania stosunku prawnego przez sąd – P. Machnikowski, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 20; szerzej: tenże, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. T. 5*, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2013, s. 165 i n.; tenże, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 96 i n.

¹² Zob. M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System*, s. 917 i n.; taż, (w:) *Kodeks*, s. 107.

¹³ T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 84 – Autor uznaje, że w takim przypadku mamy do czynienia z wyłączeniem stosowania art. 5 k.c. ze względu na *lex specialis*. Szersze jednak omówienie problematyki dotyczącej dyrektywy *lex specialis derogat legi generali* wykracza poza zakres niniejszego artykułu. Zob. również m.in.: A. Szpunar, *Uwagi o nadużyciu prawa podmiotowego*, (w:) *II Kongres Notariuszy RP*, Poznań–Kluczbork 1999, s. 342; K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 56; P. Machnikowski, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 21; A. Zbiegień-Turzańska, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 326; taż, *Zasady stosowania*, s. 1133.

¹⁴ Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, s. 180 oraz powołane tamże w przypisie nr 99 orzecznictwo.

¹⁵ Wyrok SN z 4 października 1967 r., II PR 340/67, „Państwo i Prawo” 1968, z. 12, s. 1080. Por. również m.in.: wyrok SN z 17 maja 2002 r., I CKN 827/00, OSP 2003, nr 12, poz. 157 i wyrok SN z 29 listopada 2002 r., IV CKN 1549/00, Legalis.

leźnił jego wykonywanie wprost od oceny odnoszącej się do zasad współżycia społecznego¹⁶. Zgodnie z przepisem art. 56 § 2 k.r.o. orzeczenie rozwodu nie jest więc dopuszczalne, jeżeli byłoby ono sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Przepis ten samodzielnie wyznacza granice wykonywania prawa podmiotowego, tj. prawa każdej ze stron do żądania rozwiązania małżeństwa przez rozwód. Małżonek pozwany nie może więc skutecznie podnieść na podstawie art. 5 k.c. zarzutu nadużycia prawa przez współmałżonka (powoda), ale może podnieść zarzut, że uwzględnienie żądania powoda byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Oczywiście przesłanki orzeczenia rozwodu sąd ustala z urzędu. Podobnie nie można, powołując się na art. 5 k.c., kwestionować odmowy udzielenia zgody na rozwód przez małżonka niewinnego rozkładu pożycia, ponieważ przepis art. 56 § 3 k.r.o. autonomicznie pozbawia taką odmowę doniosłości prawnej, jeżeli odmowa jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego¹⁷.

Analogiczna do przepisu art. 56 § 2 k.r.o. regulacja znajduje się w art. 61¹ § 2 k.r.o. w odniesieniu do orzeczenia separacji. W myśl tego przepisu orzeczenie separacji jest niedopuszczalne, jeżeli byłaby ona sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Sformułowane wyżej wnioski dotyczące wyłączenia zastosowania art. 5 k.c. w sprawach o rozwód można odnieść do tego przypadku.

Sytuacja nie przedstawia się jednak tak klarownie w przypadku dopuszczalności stosowania konstrukcji nadużycia prawa pod-

miotowego w sprawach o unieważnienie małżeństwa. W prawie polskim małżeństwo może zostać unieważnione tylko wyłącznie z przyczyn określonych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, a więc z powodu przeszkód małżeńskich, wad oświadczenia woli oraz niedostatków pełnomocnictwa (art. 10–16 k.r.o.). Dalsze rozważania będą ograniczone jedynie do unieważnienia małżeństwa z powodu przeszkód małżeńskich, ze względu na to, że ich naruszenie jest najczęstszą podstawą powództwa o unieważnienie małżeństwa.

Wydaje się, że należy zdecydowanie odrzucić możliwość stosowania art. 5 k.c. odnośnie do żądania unieważnienia małżeństwa z powodu istnienia tzw. bezwzględnych przeszkód małżeńskich, tj. nieusuwalnych w drodze zezwolenia sądu. W literaturze przedmiotu, uzasadniając ten pogląd, podnosi się, że przepisy normujące bezwzględne przeszkody małżeńskie należą do podstawowych zasad polskiego porządku prawnego, chociaż małżeństwo zawarte pomimo istnienia przeszkody bezwzględnej może ulec konwalidacji (z wyjątkiem przeszkody pokrewieństwa)¹⁸. Istniejące (niezniesione wskutek konwalidacji) bezwzględne przeszkody małżeńskie (ubezwłasnowolnienie całkowite, bigamia, pokrewieństwo i przysposobienie), jak już sama nazwa wskazuje, wykluczają jakiegokolwiek odstępstwa od nich, a zatem nie mogą być w żaden sposób usunięte przez sąd. Małżeństwo zawarte mimo istnienia takiej przeszkody może być natomiast konwalidowane, gdy okoliczność, ze względu na którą małżeństwo było zakazane, ustala

¹⁶ Tak M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System*, s. 921 i n.; też, (w:) *Kodeks*, s. 111. Zob. również m.in.: W. Stojanowska, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. T. 11*, pod red. T. Smyczyńskiego, Warszawa 2014, s. 683 i n.; J. Gajda, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015, s. 387 i n.; M. Manowska, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. J. Wiercińskiego, Warszawa 2014, s. 510 i n.; A. Olejniczak, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. H. Doleckiego, T. Sokołowskiego, Warszawa 2013, s. 418 i n.; B. Czech, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2009, s. 396 i n.

¹⁷ Zob. M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System*, s. 922; też, (w:) *Kodeks*, s. 111; T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 233 i n.; tenże, *Konstrukcja nadużycia*, s. 531.

¹⁸ Zob. K. Pietrzykowski, *Zakres stosowania*, s. 111; tenże, *Glosa*, s. 113; tak też: T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 229; tenże, *Konstrukcja nadużycia*, s. 527. K. Pietrzykowski dopuszcza jednak w zupełnie wyjątkowych przypadkach możliwość oddalenia powództwa o unieważnienie małżeństwa z powodu niektórych przeszkód bezwzględnych (np. przeszkody pokrewieństwa) – zob. K. Pietrzykowski, *Zakres stosowania*, s. 111; tenże, *Glosa*, s. 113.

(wyjątek stanowi, jak wyżej zostało wskazane, przeszkoda pokrewieństwa)¹⁹.

Naruszenie niektórych bezwzględnych przeszkód małżeńskich stanowi jednocześnie czyny zabronione penalizowane przez Kodeks karny. Przestępstwem jest bigamia (art. 206 k.k.) oraz obcowanie płciowe między osobami objętymi zakresem przeszkody pokrewieństwa (art. 201 k.k.). Nie stanowi jednak czynu zabronionego samo zawarcie związku małżeńskiego przez osoby objęte zakazem kazirodztwa i pozostawanie w takim związku bez podjęcia obcowania płciowego.

W wyroku z 13 kwietnia 1973 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że w sprawach, w których przedmiotem jest żądanie unieważnienia małżeństwa z powodu bigamii, przepis art. 5 k.c. nie może mieć zastosowania bez względu na to, jakie skutki unieważnienie małżeństwa wywoła w sferze interesów współmałżonka. Zawarcie małżeństwa bigamicznego, stanowiącego przestępstwo, jak również utrzymywanie takiego małżeństwa, godzi w sposób rażący w istniejący porządek prawny i obraża poczucie moralne społeczeństwa, likwidacja więc takiego stanu rzeczy leży w szeroko pojętym interesie społecznym wyższego rzędu, przed którym interes jednostki musi ustąpić²⁰. Sąd Najwyższy sformułował tę tezę, odnosząc się jedynie do przeszkody bigamii, jednak wydaje się, że ochrona nadrzędnego interesu społecznego²¹ i stabilności porządku prawnego powinna przemawiać przeciwko możliwości stosowania konstrukcji nadużycia prawa do żądania unieważnienia małżeństwa z powodu istnienia którejkolwiek bezwzględnej przeszkody małżeńskiej.

W przypadku dopuszczalności stosowania art. 5 k.c. w sprawach o unieważnienie małżeń-

stwa z powodu istnienia tzw. względnych przeszkód małżeńskich zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie prezentowane są różne stanowiska. Przeszkody względne (wiek, choroba psychiczna albo niedorozwój umysłowy oraz powinowactwo) są przeszkodami usuwalnymi, ponieważ w przypadkach i z powodów określonych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym sąd może zezwolić na zawarcie małżeństwa pomimo istnienia takiej przeszkody. Ponadto małżeństwo wadliwie zawarte bez zezwolenia sądu może ulec konwalidacji, gdy ustala okoliczność, ze względu na którą zawarcie małżeństwa było zakazane.

Przeciwnicy dopuszczalności stosowania art. 5 k.c. do oceny zasadności powództwa o unieważnienie małżeństwa w wypadku wystąpienia względnych przeszkód małżeńskich wskazują możliwość udzielenia *ex post* zgody na zawarcie związku małżeńskiego²². Odnośnie do dopuszczalności udzielenia zgody *ex post* na zawarcie małżeństwa, zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie, występuje jednak duże zróżnicowanie poglądów. Zwolennicy udzielenia zgody *ex post* twierdzą, że wskazany jest pewien liberalizm i nie ma żadnych uzasadnionych przyczyn, aby negować dopuszczalność i skuteczność takich zezwoleń²³. Wśród zwolenników tego poglądu nie ma jednak jednomyślności. Według pierwszego stanowiska udzielenie zgody na zawarcie małżeństwa *ex post* w postępowaniu nieprocesowym jest możliwe w każdym czasie. Zgodnie z drugim jest dopuszczalne, ale tylko do chwili wytoczenia powództwa o unieważnienie małżeństwa. Z kolei w myśl trzeciego udzielenie zezwolenia na zawarcie małżeństwa *ex post* jest niedopuszczalne w postępowaniu nieprocesowym i jedynie sąd rozpoznający sprawę o unieważ-

¹⁹ Warto jednak nadmienić, że nie jest wykluczone wzruszenie pierwotnie ustalonego pochodzenia małżonków z tym skutkiem, że małżonkowie nie będą mogli być już uważani za spokrewnionych w linii i stopniu wykluczających zawarcie małżeństwa.

²⁰ Wyrok SN z 13 kwietnia 1973 r., II CR 106/73, Legalis; zob. również: wyrok SN z 14 stycznia 1971 r., II CR 601/70, Legalis.

²¹ Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Pravo cywilne*, s. 182; T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 85 i n.

²² Zob. T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 227; tenże, *Konstrukcja nadużycia*, s. 525; K. Pietrzykowski, *Glosa*, s. 112.

²³ Zob. A. Zielonacki, *Glosa*; zob. też orzeczenie SN z 14 lutego 1961 r., I CR 938/59, OSPiKA 1962, nr 10, poz. 265.

nienie małżeństwa może o tym rozstrzygać²⁴. Warto również wskazać, że wśród zwolenników dopuszczalności zgody udzielanej *ex post* nie ma również jednomyślności odnośnie do przedmiotu tej zgody. Można bowiem wyróżnić pogląd wskazujący możliwość udzielenia zgody na zawarcie małżeństwa *ex post* odnośnie do wszystkich tzw. względnych przeszkód małżeńskich oraz stanowisko, według którego możliwość udzielania zgody *ex post* istnieje tylko w przypadku zawarcia małżeństwa między powinowatymi w linii prostej i przez osoby dotknięte chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym, jak również pogląd, zgodnie z którym możliwość udzielenia zgody *ex post* istnieje tylko w sytuacji zawarcia małżeństwa przez osoby dotknięte chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym²⁵.

A. Zielonacki wskazuje, że przeciwnicy dopuszczalności udzielania zgody *ex post* na zawarcie małżeństwa podkreślają natomiast, że zezwolenia na zawarcie małżeństwa mają służyć wprowadzeniu usprawiedliwionych wyłomów od zakazów zawierania małżeństw, nie zaś usankcjonowaniu zachowania bezprawnego, jakim z pewnością jest zawarcie małżeństwa mimo zakazu jego zawarcia bez uprzedniego uzyskania zezwolenia²⁶. W piśmiennictwie wskazuje się również, że za niedopuszczalnością udzielenia zezwolenia *ex post* przemawia językowa wykładnia przepisów k.r.o., które normują tzw. względne przeszkody małżeńskie²⁷. W uzasadnieniu uchwały 7 sędziów z 9 maja 2002 r.²⁸ Sąd Najwyższy wskazał, że z punktu widzenia reguł wykładni gramatycznej nie daje się obronić stanowiska, że można udzielić zezwolenia na zawarcie małżeństwa, jeżeli już zostało ono zawarte. Poza tym za przyjęciem niedopuszczalności udzielenia *ex post* zezwolenia na zawarcie małżeństwa

przemawia także wykładnia funkcjonalna. Celem wprowadzenia instytucji zezwolenia na zawarcie małżeństwa pomimo istnienia zakazu było umożliwienie jego zawarcia w przypadkach wyjątkowych, uzasadniających założenie rodziny, ale z zastrzeżeniem sądowej kontroli. Z chwilą zawarcia małżeństwa odpadają założenia i cele, które legły u podstaw tych unormowań, a orzekanie o zezwoleniu na jego zawarcie staje się bezprzedmiotowe. Zawarcie małżeństwa bez wymaganego prawem zezwolenia sądu stanowi naruszenie ustawowego nakazu jego uzyskania. Dopuszczenie udzielenia zezwolenia *ex post* w sytuacji, gdy zakładany przez ustawę jego cel już nie może być osiągnięty, stanowiłoby aprobatę dla działania bezprawnego, polegającego na zawarciu małżeństwa pomimo zakazu i bez zezwolenia. Należy jednak zaznaczyć, że Sąd Najwyższy jednocześnie wskazał, że można oddalić powództwo o unieważnienie małżeństwa w przypadku ustalenia, że małżeństwo zostało ważne zawarte, gdy stan zdrowia lub umysłu małżonka dotkniętego chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym w chwili zawierania małżeństwa nie zagrażały małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa. Taka ocena, zdaniem Sądu Najwyższego, oznacza zarazem stwierdzenie, że w stanie rzeczy istniejącym w dacie zawarcia małżeństwa istniały podstawy do udzielenia zezwolenia na jego zawarcie²⁹. Należy zgodzić się z J. Strzebińczykiem, że na pełną aprobatę zasługuje stanowisko Sądu Najwyższego o niedopuszczalności i bezprzedmiotowości udzielania zezwoleń *ex post*. Zarazem jednak teza Sądu Najwyższego o możliwości badania istnienia okoliczności wymienionych w art. 12 § 1 zd. 2 k.r.o. w toku procesu o unieważnienie małżeństwa zawartego przez osobę chorą psychicznie lub dotkniętą

²⁴ Por. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, s. 211 i n.; K. Pietrzykowski, *Glosa*, s. 108 i n. oraz literatura tam powołana. Szersze omówienie tej problematyki wykracza poza zakres niniejszej pracy.

²⁵ Zob. A. Zielonacki, *Glosa* oraz powołana tam literatura.

²⁶ Zob. tamże.

²⁷ Zob. K. Pietrzykowski, *Glosa*, s. 109 i n. oraz powołana tam literatura.

²⁸ Uchwała SN z 9 maja 2002 r., III CZP 7/02, OSNC 2003, nr 1, poz. 1.

²⁹ Zob. uchwała SN z 9 maja 2002 r., III CZP 7/02, OSNC 2003, nr 1, poz. 1.

niedorozwojem umysłowym jest dyskusyjna i trudna do obrony³⁰.

Można zaryzykować stwierdzenie, że co do zasady zwolennicy poglądu o możliwości udzielenia zgody *ex post* wyłączają stosowanie art. 5 k.c. Ich zdaniem jedynie wyjątkowo, w przypadku, kiedy udzielenie zgody *ex post* jest niemożliwe ze względu na brak przesłanek do jej udzielenia, dopuszczalne jest stosowanie przepisu art. 5 k.c.³¹ Przeciwnicy natomiast możliwości udzielenia zgody *ex post* (co do wszystkich lub co do niektórych przeszkód małżeńskich) najczęściej dopuszczają stosowanie konstrukcji nadużycia prawa do żądania unieważnienia związku małżeńskiego³².

Jak się wydaje, trafny jest pogląd odrzucający możliwość udzielenia zgody *ex post* na zawarcie małżeństwa, a zarazem dopuszczający w wyjątkowych przypadkach możliwość stosowania art. 5 k.c. w sprawach o unieważnienie małżeństwa w przypadku wystąpienia względnych przeszkód małżeńskich. Podobne stanowisko odnośnie do przeszkody choroby psychicznej zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 4 lutego 1985 r., w którym stwierdził, że wyjątkowo, gdy za tym przemawiają szczególnie okoliczności (np. długotrwałe i prawidłowe funkcjonowanie małżeństwa oraz pochodzenie z małżeństwa zdrowych, dorosłych dzieci), zasady współżycia społecznego mogą przema-

wiać za oddaleniem powództwa o unieważnienie małżeństwa (art. 5 k.c.)³³.

Odnośnie do dopuszczalności stosowania art. 5 k.c. do żądania ustalenia nieistnienia małżeństwa w doktrynie prezentowane są dwa stanowiska. Przedstawiciele pierwszego z nich wskazują, że art. 5 k.c. może mieć zastosowanie w niektórych sprawach o ustalenie nieistnienia małżeństwa³⁴. Ocena żądania ustalenia nieistnienia małżeństwa z punktu widzenia zasad współżycia społecznego uzasadniana jest ochroną interesu rodziny oraz interesu dzieci pochodzących z małżeństwa, a także ochroną małżeństwa zgodnie z postulatem orzekania *in favorem matrimonii*³⁵. Ponadto wskazuje się, że konstrukcja nadużycia prawa podmiotowego powinna mieć zastosowanie również w sprawach o prawa stanu, które nie są unormowane wyczerpująco przez ustawodawcę, a więc m.in. w sprawach o ustalenie nieistnienia małżeństwa³⁶.

Wydaje się jednak, że należy przychylić się do stanowiska, zgodnie z którym konstrukcja nadużycia prawa nie ma zastosowania w sprawach o ustalenie nieistnienia małżeństwa³⁷. Przepis art. 2 k.r.o. stanowi mianowicie, że w przypadku sporządzenia aktu małżeństwa pomimo niezachowania przesłanek zawarcia małżeństwa, określonych w art. 1 k.r.o., każdy, kto ma w tym interes prawny, może wytoczyć powództwo o ustalenie nieistnienia małżeń-

³⁰ Zob. szerzej: J. Strzebińczyk, *Glosa do uchwały SN z dnia 9 maja 2002 r., III CZP 7/02*, OSP 2004, nr 1, poz. 1.

³¹ Zob. m.in. K. Pietrzykowski, *Zakres stosowania*, s. 110 i n.; tenże, *Glosa*, s. 107 i n.

³² Zob. m.in. A. Szpunar, *Glosa*, s. 82 i n. Warto jednak wskazać, że nie wszyscy przeciwnicy udzielenia zgody *ex post* dopuszczają możliwość stosowania art. 5 k.c. do powództw o unieważnienie małżeństwa. Por. np.: A. Zielonacki, *Glosa*; uchwała SN z 9 maja 2002 r., III CZP 7/02, OSP 2004, nr 1, poz. 1, z głosem J. Strzebińczyka.

³³ Wyrok SN z 4 lutego 1985 r., IV CR 557/84, OSNCP 1985, nr 11, poz. 181.

³⁴ Zob. K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015, s. 113 i n.; tenże, *Zakres stosowania*, s. 111 i n.; A. Szpunar, *Stosowanie*, s. 57. Jako przykłady możliwości oddalenia powództwa o ustalenie nieistnienia małżeństwa na podstawie art. 5 k.c. wskazuje się m.in. sytuację złożenia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński przez osoby tej samej płci, gdy następnie w stosunku do jednej z nich wydano orzeczenie stwierdzające zmianę płci albo zawarcie małżeństwa przed wielu laty nie przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, ale przed pracownikiem, który nie był uprawniony do przyjmowania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński – szerzej zob. K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks rodzinny*, s. 113 i n.; tenże, *Zakres stosowania*, s. 112 i n.; tenże, *Glosa*, s. 113 i n.

³⁵ Zob. K. Pietrzykowski, *Zakres stosowania*, s. 113.

³⁶ Zob. K. Pietrzykowski, *Zakres stosowania*, s. 115; A. Szpunar, *Stosowanie*, s. 57.

³⁷ Zob. T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 230 i n.; tenże, *Konstrukcja nadużycia*, s. 527 i n.

stwa³⁸. Niezachowanie bowiem chociażby jednej z przesłanek zawarcia małżeństwa (odpowiednio wskazanych dla formy cywilnej i wyznaniowej) powoduje, że małżeństwo nie zostaje zawarte i nie istnieje od samego początku *ex lege* (*matrimonium non existens*). Wyrok ustalający nieistnienie małżeństwa ma charakter deklaracyjny, a więc nie tworzy nowego stanu prawnego (ze swej natury nie może ani znosić, ani tworzyć stosunku prawnego małżeństwa), lecz jedynie stwierdza, że w świetle przepisów k.r.o. małżeństwo nie zostało zawarte i w znaczeniu prawnym nie istnieje³⁹.

Dopuszczenie oddalenia powództwa o ustalenie nieistnienia małżeństwa przez zastosowanie przepisu art. 5 k.c., w przypadku niezachowania choćby jednej z przesłanek zawarcia małżeństwa, byłoby równoznaczne z uznaniem małżeństwa za istniejące, mimo że małżeństwo to od początku nie istnieje z mocy samego prawa⁴⁰. W literaturze przedmiotu wskazuje się zaś, że z powołaniem się na zasady współżycia społecznego lub społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa nie wolno podważać mocy bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa⁴¹. K. Piasecki wskazuje, że przepis art. 5 k.c. „nie daje podstawy do oceny, pod określonym kątem widzenia, przepisów obowiązującego prawa i dokonywania z powołaniem się na jego treść modyfikacji

obowiązującego porządku prawnego w sferze prawa prywatnego. Nie ma on też charakteru normy mogącej służyć derogowaniu lub modyfikowaniu przepisów obowiązującego prawa”⁴². Również Sąd Najwyższy w wyroku z 22 września 1987 r. jednoznacznie podkreślił, że „z powołaniem się na zasady współżycia społecznego nie można podważać ani modyfikować wyraźnych dyspozycji przepisów prawnych”⁴³.

Uwzględniając powyższe ustalenia, należy przyjąć, że stosowanie przepisu art. 5 k.c. do oceny żądania ustalenia nieistnienia małżeństwa jest wyłączone ze względu na to, że skutek prawny niespełnienia przesłanek zawarcia małżeństwa w postaci jego nieistnienia, choć może być niekorzystny dla małżonka lub małżonków, następuje *ex lege*. Sąd jest zobowiązany zbadać, czy przesłanki zawarcia małżeństwa z art. 1 k.r.o. zostały spełnione, i w przypadku niezachowania choćby jednej przesłanki powinien wydać wyrok stwierdzający, że małżeństwo *ex tunc* nie istnieje ze wszystkimi tego konsekwencjami⁴⁴. Słusznie zauważył T. Dybowski, że zarzut nadużycia prawa nie może być podnoszony w sytuacji, gdy przepis rozstrzyga w sposób jednoznaczny daną sytuację, nie pozostawiając sędziemu marginesu swobodnej oceny, nawet jeżeli można byłoby uznać, że dochodzi do pokrzywdzenia jednej ze stron⁴⁵.

³⁸ Należy wskazać, że dalsze ustalenia dotyczą przypadku, gdy w ogóle do próby zawarcia małżeństwa doszło, gdyż w wypadku braku takiej próby właściwe jest postępowanie o unieważnienie aktu małżeństwa – zob. szerzej J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, s. 343; J. Gajda, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*. T. 11, pod red. T. Smoczyńskiego, Warszawa 2014, s. 146 i n.; K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks rodzinny*, s. 112; W. Borysiak, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. J. Wiercińskiego, Warszawa 2014, s. 38 i n.; K. Piasecki, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2009, s. 52 i n. Odmienne zob.: K. P. Sokołowski w *Głosie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2014 r.*, I Aca 1315/14, OSP 2016, nr 1, poz. 3.

³⁹ Zob. szerzej: J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, s. 340 i n.; J. Gajda, (w:) *System*, s. 144 i n.; K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks rodzinny*, s. 112 i n.; W. Borysiak, (w:) *Kodeks rodzinny*, s. 36 i n.; A. Zielonacki, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. H. Doleckiego, T. Sokołowskiego, Warszawa 2013, s. 28; K. Piasecki, (w:) *Kodeks rodzinny*, s. 52 i n.

⁴⁰ Tak też: T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 232; tenże, *Konstrukcja nadużycia*, s. 529.

⁴¹ Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, s. 181 oraz powołane w przypisie nr 101 orzecznictwo.

⁴² K. Piasecki, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Warszawa 2009, s. 219. Podobnie K. Pietrzykowski, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 55; tenże, *Nadużycie prawa*, s. 126.

⁴³ Wyrok SN z 22 września 1987 r., III CRN 265/87, OSNCP 1989, nr 5, poz. 80.

⁴⁴ Por. M. Pyziak-Szafnicka, (w:) *System*, s. 914 i n.

⁴⁵ Zob. T. Dybowski, *Głos do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1992 r.*, III CZP 133/32, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 5, s. 116.

T. Justyński wskazuje ponadto, że „powództwo o ustalenie nieistnienia małżeństwa nie może być nadużyte”, ponieważ za takim stanowiskiem „przemawia w szczególności konstatacja, że ustawa nie przyznaje tu żadnych uprawnień materialnoprawnych”. Zdaniem Autora w takim przypadku stronie nie przysługuje prawo podmiotowe, z którego mogłaby czynić niewłaściwy użytek, wnosząc odpowiednie powództwo, lecz jedynie roszczenie procesowe, do którego konstrukcja nadużycia prawa nie ma zastosowania⁴⁶. W literaturze wskazuje się, że roszczenia procesowe co do zasady pozostają w ścisłym związku z uprawnieniami materialnoprawnymi, lecz od tej reguły występują wyjątki, np. prawo żądania ustalenia nieistnienia prawa (art. 189 k.p.c.)⁴⁷. Można byłoby przyjąć, że taki charakter ma powództwo o ustalenie nieistnienia małżeństwa wytaczane na podstawie art. 2 k.r.o.⁴⁸

W przypadku gdy został sporządzony akt małżeństwa pomimo niezachowania przesłanek zawarcia małżeństwa określonych w przepisie art. 1 k.r.o. mamy do czynienia z obiektywnym naruszeniem dobra osobistego, jakim jest stan cywilny. Został bowiem sporządzony akt małżeństwa, który wskazuje stan cywilny niegodny z rzeczywistością. Osoba, której dobro osobiste zostało naruszone w omawiany sposób, może zatem dochodzić jego ochrony. Ponieważ stan cywilny powinien być kwestionowany nie w jakimkolwiek trybie, lecz tylko w postępowaniu, które zostało w tym celu prawem przewidziane⁴⁹, sąd w procesie wytoczo-

nym na podstawie art. 24 k.c. o ochronę stanu cywilnego nie mógłby samodzielnie ustalić nieistnienia małżeństwa jako przesłanki żądanego w pozwie rozstrzygnięcia. Dlatego proces o ustalenie nieistnienia małżeństwa, w wypadkach, o których mowa, jest jedyną drogą postępowania o usunięcie stanu naruszenia dobra osobistego (jakim jest rodzinny stan cywilny) powodowanego przez istnienie aktu małżeństwa, który został sporządzony mimo niespełnienia materialnoprawnych przesłanek zawarcia małżeństwa (art. 2 k.r.o.)⁵⁰.

Na marginesie powyższego wniosku interpretacyjnego trzeba zwrócić uwagę, że obecnie za dopuszczalny (i wystarczający) środek ochrony praw (dóbr) osobistych jest powszechnie uznawane także powództwo o ustalenie istnienia dobra osobistego oparte na przepisie art. 189 k.p.c.⁵¹ Ponadto wyrażony został pogląd, że w wypadku naruszenia dóbr osobistych małoletniego dziecka przez jego rodziców dziecko jest chronione w postępowaniu o ograniczenie władzy rodzicielskiej lub o jej pozbawienie, nie zaś w procesie wszczętym na podstawie art. 24 k.c.⁵²

W razie uznania, że stronie przysługuje prawo podmiotowe, którego ochronie służy wszczęcie procesu o ustalenie nieistnienia małżeństwa, jej żądanie jednak nie mogłoby być oceniane na podstawie art. 5 k.c. Nie można bowiem stosować konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego w celu unicestwienia skutków prawnych wynikających z norm bezwzględnie obowiązujących (np. w postaci nieważności bezwzględnej czynności prawnej, zasiedzenia

⁴⁶ Zob. T. Justyński, *Nadużycie prawa*, s. 231; tenże, *Konstrukcja nadużycia*, s. 528 i n.

⁴⁷ Zob. A. Brzozowski, W. J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 189.

⁴⁸ Zob. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 102.

⁴⁹ Zob. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, s. 134.

⁵⁰ Oczywiście w wypadkach bezprawnego naruszenia (naruszania) dobra osobistego, jakim jest stan cywilny, przez osobę bezpodstawnie twierdzącą, że jest mężem (żoną) innej osoby, w sytuacji braku aktu małżeństwa będącego dowodem istnienia małżeństwa tych osób właściwą drogą dochodzenia ochrony stanu cywilnego będzie proces wytoczony na podstawie art. 24 k.c.

⁵¹ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne*, s. 174 i n.

⁵² Tak J. Ignatowicz, (w:) J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 509, stwierdzając przy tym, że w wypadku naruszenia dobra osobistego dziecka przez osobę trzecią „dziecko jest chronione – przy udziale rodziców jako jego przedstawicieli ustawowych – na zasadach ogólnych, tj. w drodze powództwa wytoczonego na podstawie art. 24 k.c.”.

albo jak w rozważanym stanie faktycznym – niedojścia do skutku zawarcia małżeństwa). W przypadku niezachowania choćby jednej z przesłanek zawarcia małżeństwa (odpowiednio przewidzianych dla formy cywilnej i formy wyznaniowej) małżeństwo nie zostaje zawarte i nie istnieje od samego początku *ex lege*. Wyrok zaś orzekający o nieistnieniu małżeństwa ma charakter deklaracyjny, tzn. stwierdza jedynie, że małżeństwo nie istnieje. Gdyby sąd oddalił powództwo o ustalenie nieistnienia małżeństwa, stosując art. 5 k.c. do oceny żądania powoda, usankcjonowałby pośrednio stan niezgodny z porządkiem prawnym. Akt małżeństwa sta-

nowiłby bowiem nadal dowód (i to wyłączny) zawarcia małżeństwa (art. 3 p.a.s.c.), które, ze względu na naruszenie bezwzględnie obowiązującego unormowania art. 1 k.r.o., nie mogło zostać zawarte. Trzeba też zauważyć, że wyrok sądu oddalający powództwo o ustalenie nieistnienia małżeństwa z uwzględnieniem przepisu art. 5 k.c. utrwałaby zarazem niezgodne z prawem naruszenie dobra osobistego w postaci stanu cywilnego. W świetle poczynionych wyżej ustaleń sąd w procesie o ochronę dobra osobistego nie mógłby bowiem ustalić nieistnienia małżeństwa osoby dochodzącej ochrony jako przesłanki własnego rozstrzygnięcia⁵³.

⁵³ Zob. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, s. 134.

Summary

Agnieszka Szczekala

ABUSE OF THE SUBSTANTIVE RIGHT IN NON-PROPERTY RELATIONS BETWEEN SPOUSES - SELECTED ISSUES

The present article aims to determine the scope of the doctrine of the abuse of the substantive right in some non-property relations between spouses.

The issue of the application of Article 5 of the Civil Code in the case of the request for a certificate of no record of marriage, marriage annulment, divorce or separation petition has been frequently discussed in the relevant literature. However, the views that are represented in the doctrine of law are not uniform.

The article claims that petitions for marriage annulment, divorce or separation are substantive rights that can be exercised by way of procedural acts i.e. action for a declaration of a legal relation. As a consequence, the actions of the authorised party exercising the right may be subject to assessment based on Article 5 of the Civil Code unless due to the content of the regulations applicable in the given case, the doctrine of abuse of substantive rights is redundant. With regard to the admissibility of the application of the provision of Article 5 of the Civil Code to the request of a certificate of no record marriage, it has been recognised that the doctrine of the abuse of a subjective right is excluded due to the fact that the legal effect of the failure to meet the conditions of contracting a marriage in the form of its non-existence, although it may be detrimental to the spouse or spouses, is produced *ex lege*. The court is obliged to examine whether the conditions for contracting a marriage as stipulated under Article 1 of the Family and Guardianship Code, have been met, and, in the event of non-compliance with even one of them, to adjudicate that a marriage is non-existent *ex tunc* with all its consequences.

KEY WORDS: abuse of substantive right; principles of social coexistence; marriage; non-property marital relations

POJĘCIA KLUCZOWE: nadużycie prawa podmiotowego; zasady współżycia społecznego; małżeństwo; stosunki niemajątkowe małżeńskie

Aleksandra Nowosad

GŁOSA DO UCHWAŁY 7 SĘDZIÓW SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 25 STYCZNIA 2018 R., I KZP 11/17

Teza glosowanej uchwały:

Pełnienie przez sprawcę przestępstwa w okresie próby wyznaczonym postanowieniem o warunkowym zwolnieniu z odbycia reszty kary pozbawienia wolności nie stanowi przewidzianej w art. 85 § 3 k.k. negatywnej przesłanki do orzeczenia kary łącznej obejmującej karę (kary łączne), z odbycia reszty której sprawca został warunkowo zwolniony oraz karę (kary łączne) za przestępstwo popełnione w okresie próby.

1. Glosowana uchwała dotyczy następującej sytuacji procesowej. Skazany został warunkowo przedterminowo zwolniony z odbycia reszty kar orzeczonych dwoma wyrokami łącznymi. W okresie próby w krótkim czasie popełnił trzy przestępstwa, w związku z czym odwołano warunkowe zwolnienie, a następnie został skazany za popełnienie tych przestępstw. Skazany złożył wniosek o wydanie wyroku łącznego, obejmującego kary łączne orzeczone w wyrokach, z odbycia których został warunkowo zwolniony (a następnie warunkowe zwolnienie odwołano) i karę łączną orzeczoną za przestępstwa, które popełnił w okresie próby.

W toku rozpoznania sprawy wyłoniło się zagadnienie prawne, czy popełnienie przestępstwa przez sprawcę w okresie próby wyznaczonym w związku z warunkowym przedtermi-

nowym zwolnieniem go z odbycia reszty kary pozbawienia wolności stanowi negatywną przesłankę w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności obejmującej karę, z której odbycia został warunkowo przedterminowo zwolniony, i karę orzeczoną za przestępstwo popełnione w okresie próby.

Cytowana wyżej teza uchwały Sądu Najwyższego, stanowiąca rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego, zasługuje na aprobatę, jednak trzeba poczynić pewne zastrzeżenia, poprzedzone ukazaniem ewolucji przepisu art. 85 § 3 k.k.

2. Nowelizacja Kodeksu karnego, która weszła w życie 1 lipca 2015 r.¹, gruntownie zmieniła instytucję łączenia kar i wyroku łącznego. Najbardziej radykalną modyfikacją było wy-

¹ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 396.

eliminowanie warunku temporalnego zbiegu przestępstw w postaci zapadnięcia wyroku co do któregoś z nich. Nowe przesłanki łączenia kar zostały ujęte tak liberalnie i szeroko, że biorąc pod uwagę nieprzekraczalne maksima kary łącznej, w pewnych warunkach procesowych, także zależnych od oskarżonego, dochodziłoby do jego bezkarności. Zapobiegać tym sytuacjom miał art. 85 § 3 k.k.

Zamiast dawnej cezury czasowej w postaci zapadnięcia chociażby nieprawomocnego wyroku ustawodawca wprowadził dwa ograniczenia temporalne łączenia kar. Pierwsze zawarte jest w § 2 art. 85, przewidującym, że łączone kary mają podlegać wykonaniu. Drugie zaś zawiera § 3 art. 85 k.k. Cele art. 85 § 3 k.k. zostały przedstawione w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizacyjnej następująco: „Jedynym instrumentem wyłączającym w pewnym zakresie łączenie kar jednorodzących lub innych podlegających łączeniu jest proponowany art. 85 § 3 k.k., wedle którego podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu oraz ta kara lub kara łączna, w skład której wchodzi. Ma on zapobiegać sytuacjom, w których skazany na surową karę pozbawienia wolności (jednostkową lub łączną), zbliżającą się do górnej granicy zagrożenia, przed zakończeniem odbywania aktualnej kary mógłby popełnić nawet przestępstwa o znacznej szkodliwości społecznej, a kary za nie wymierzone w ogóle lub jedynie w minimalnym stopniu wpływałyby (z uwagi na niemożność przekroczenia górnej granicy rodzajowej kary) na rozmiar kary pozostającej mu jeszcze do odbycia. Innym refleksem tej swoistej bezkarności byłby niewątpliwie fakt, że skazanym zależałoby w opisanej sytuacji na prawnym bądź nawet

bezpawnym odwlekaniu w czasie zakończenia odbywania kary pozbawienia wolności. Po jej zakończeniu musieliby bowiem odbyć nową karę w całości. Zgodnie z propozycją art. 85 § 3 k.k. karą łączną nie będzie można objąć kary wymierzonej za przestępstwo popełnione przed zakończeniem wykonywania innej kary (łącznej), która podlegałaby według zasad ogólnych łączeniu. W tym wypadku projektodawca przewiduje zasadę wykonywania po sobie orzeczonych kar (kar łącznych)².

Tak zarysowane cele nie znalazły odzwierciedlenia w treści art. 85 § 3 k.k., który został sformułowany w sposób niedoskonały. Pierwotnie przepis brzmiał: „Podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu”. Błędem było użycie imiesłowu w formie „podlegającej” zamiast w formie „podlegająca”³, co utrudniało wykładnię przepisu zgodną z motywami projektodawcy.

Z powodu „nieprecyzyjnej” redakcji art. 85 § 3 k.k. wzbudził problemy wykładnicze. Pojawiły się dwie linie interpretacyjne. Pierwsza, uwzględniająca kontekst intencyjny, pomimo mankamentów redakcyjnych interpretowała przepis zgodnie z deklarowanym w uzasadnieniu projektu celem⁴. Druga linia interpretacyjna uznawała, że mankamenty redakcyjne uniemożliwiają wykładnię zgodną z intencją projektodawców, a nie można odstąpić od jednoznacznego rezultatu wykładni językowej, ze względu na zakaz wykładni rozszerzającej przepisu zaostrzającego odpowiedzialność⁵.

² Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2393, s. 18–19.

³ Zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 304.

⁴ P. Kardas, (w:) W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 500–509; postanowienie SA w Szczecinie z 10 marca 2016 r., II AKz 68/16, KZS 2016, z. 5, poz. 50.

⁵ J. Majewski, *Kodeks*, s. 300–302, 304–306; zob. także wyrok SA we Wrocławiu z 30 marca 2016 r., II AKa 69/16, LEX nr 2039680. Wątpliwości co do brzmienia przepisu wyrażał także J. Giezek, *Kilka uwag o modyfikacji podstaw wymiaru kary łącznej*, (w:) P. Wiliński (red.), *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r.*, Warszawa 2015, s. 405 i n.

W pierwotnym kształcie art. 85 § 3 k.k. obowiązywał do 14 kwietnia 2016 r. i, niespełna rok po uchwaleniu, został zmieniony⁶. Nowelizacja miała być odpowiedzią na problemy wykładnicze, co można wnosić z uzasadnienia projektu ustawy, w którym stwierdzono, że „propozycja ukształtowania na nowo treści dotychczasowego art. 85 § 3 wynika z uzasadnionych wątpliwości co do językowej poprawności obecnej redakcji”⁷. A zatem deklarowany pierwotnie cel art. 85 § 3 miał być niezmieniony, chodziło jedynie o poprawne zredagowanie przepisu.

Dla większej przejrzystości przepis rozbito na dwie jednostki redakcyjne, nadając pierwszej z nich brzmienie: „Jeżeli po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej sprawca popełnił przestępstwo, za które orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą odbywaną w czasie popełnienia czynu”.

Konsekwentnie pojawiły się dwie sprzeczne oceny nowej regulacji. Pierwsza uznawała, że przepis art. 85 § 3 wraz z dodanym § 3a „nie stanowi zmiany merytorycznej, lecz kolejną próbę dostosowania treści przepisu do stawianych mu celów”⁸ oraz że „normatywna istota oraz cel obowiązującego rozwiązania są identyczne jak regulacji przyjętej pierwotnie w art. 85 § 3 k.k.”⁹. Wypowiadano także przeciwny pogląd, że, wbrew deklaracjom projektodawcy, zmiana nie ma charakteru redakcyjnego, ale merytoryczny¹⁰.

Nadając nowe brzmienie artykułowi 85 § 3 k.k., ustawodawca, jak można sądzić, znowu

nie dochował odpowiedniej staranności. Opisał objętą zakazem łączenia karę najpierw jako karę „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania”, a następnie, w tym samym zdaniu, nazwał tę karę „odbywaną” (a nie „wykonywaną”). Co ciekawe, w § 3a użył w stosunku do tej kary formuły „wykonywana”. Także przed nowelizacją art. 85 § 3 tak określał tę karę. Pojawił się zatem problem, czy określenie kara „odbywana” stanowi dodatkowe doprecyzowanie przesłanki z art. 85 § 3 k.k., czy też nie ma ono normatywnego znaczenia i jest synonimem określenia kary, której wykonanie rozpoczęto i go nie zakończono¹¹.

Dodać trzeba, że w rozpatrywanym przez SN w niniejszej sprawie układzie procesowym, w sytuacji odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia, spełniony jest warunek opisany w art. 85 § 3 *in principio* – popełnienia przestępstwa „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary” oraz z art. 85 § 2 k.k. „kara podlegająca wykonaniu”, a zatem Sąd Najwyższy skupił się w uzasadnieniu uchwały na analizie przesłanki w postaci „kary odbywanej w czasie popełnienia czynu”.

Jeżeli chodzi o interpretację szczegółowej kwestii stanowiącej przedmiot głosowanego orzeczenia, a mianowicie czy okres warunkowego przedterminowego zwolnienia jest okresem, o którym mowa w art. 85 § 3, w orzecznictwie i piśmiennictwie prezentowane są sprzeczne stanowiska, w gruncie rzeczy uwzględniające kontekst intencyjny i nie. W pierwszą linię, uznającą, że w czasie korzystania z przedterminowego zwolnienia kara jest „odbywana” i nie podlega łączeniu w wyroku łącznym w sytuacji

⁶ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 437.

⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy Sejmu VIII kadencji nr 207, s. 18–19.

⁸ M. Gałązka, (w:) A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 539.

⁹ P. Kardas, (w:) W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, Tom I, Warszawa 2016, s. 475–476.

¹⁰ D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna i wyrok łączny*, KSiP 2017, Seria Metodyki, s. 76. Rozważania na temat pierwotnego kształtu art. 85 § 3 k.k. nie mają tylko waloru historycznego, gdyż przy przyjęciu, że na skutek błędnej redakcji wprowadzone w nim ograniczenia mają charakter iluzoryczny, będzie on w wielu sprawach przepisem względniejszym w rozumieniu art. 4 § 1 k.k.

¹¹ Zob. postanowienie SN z 14 września 2017 r., I KZP 6/17, OSNKW 2017, nr 11, poz. 62.

opisanej w art. 85 § 3, wpisują się wyroki Sądów Okręgowych: w Jeleniej Górze z 1 sierpnia 2017 r., VI Ka 104/17, LEX nr 2361765, w Siedlcach z 26 lipca 2017 r., II Ka 805/16, LEX nr 2333437, w Legnicy z 25 maja 2017 r., II AKa 226/17, LEX nr 2346797, w Gliwicach z 16 grudnia 2016 r., VI Ka 1182/16, LEX nr 2202830, w Piotrkowie Trybunalskim z 13 września 2016 r., IV Ka 446/16, LEX nr 2140050 i Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 20 lipca 2017 r., II AKa 290/17, LEX nr 2382750 oraz z 13 października 2016 r., II AKa 388/16, LEX nr 2171141¹².

W przeciwną linię wpisują się wyroki Sądu Rejonowego w Olsztynie z 30 listopada 2017 r., VII K 925/17, LEX nr 2453870 i Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Północ z 31 marca 2017 r., IV K 788/16, LEX nr 2285299¹³, choć Sądy orzekały w innej sytuacji i odwoływały się do kary przed wydaniem postanowienia o odwołaniu przedterminowego zwolnienia, dlatego też argumentacja dotyczy innych aspektów niż określenie „kara odbywana”.

Także w piśmiennictwie prezentowane są rozbieżne poglądy odnośnie do tego, czy okres warunkowego zwolnienia jest okresem,

do którego odnosi się negatywna przesłanka wydania wyroku łącznego¹⁴.

3. Rozstrzygając zagadnienie prawne, Sąd Najwyższy słusznie przyznał pierwszeństwo wykładni językowej nad wykładnią funkcjonalną i względami aksjologicznymi.

Sąd Najwyższy uznał, że rezultat wykładni językowej jest jasny. Warunkiem wystąpienia negatywnej przesłanki z art. 85 § 3 k.k. jest to, aby sprawca popełnił czyn przestępny w czasie „odbywania” kary. Tymczasem art. 77 § 1 k.k. mówi o warunkowym zwolnieniu „z odbycia” reszty kary. Logicznie wykluczone jest przyjęcie, że przestępstwo popełnione w okresie próby jest popełnione w czasie „odbywania” kary, skoro sprawca „z odbywania” kary został zwolniony. Osoba zwolniona „z odbycia” kary jej nie odbywa. Zestawienie treści dwóch przepisów: art. 77 § 1 i art. 85 § 3 k.k. prowadzi do jednoznacznych wniosków. Wynik wykładni językowej jest jasny i zwalnia od prowadzenia wykładni na dalszych poziomach¹⁵.

Sąd Najwyższy przyznał, że ustawodawca zarówno na gruncie Kodeksu karnego, jak

¹² Zob. K. Janczukowicz, *Łączenie kary za przestępstwo popełnione w trakcie warunkowego zwolnienia*, Lex/el. 2018.

¹³ Tamże.

¹⁴ Zob. P. Kardas, (w:) *Kodeks*, s. 442–495; P. Hofmański, L. K. Paprzycki, A. Sakowicz, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 639–652; J. Lachowski, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 470–471; S. Żółtek, (w:) M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Tom II, Warszawa 2015, s. 493–494; J. Giezek, *Kilka uwag o modyfikacji podstaw wymiaru kary łącznej*, (w:) P. Wiliński (red.), *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, Warszawa 2015, s. 399 i n.; M. Bielski, *Przesłanki wymiaru kary łącznej orzekanej w trybach wyroku skazującego i wyroku łącznego na tle nowego modelu kary łącznej*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 86 i n. Wnikliwie kwestię tę analizuje SN w postanowieniu o przekazaniu rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego powiększonemu składowi, zob. postanowienie SN z 14 września 2017 r., I KZP 6/17. Wielu z wymienionych Autorów rozważa problem szerzej, odnosząc się do znaczenia terminów „kara podlegająca wykonaniu” i „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary”. Tymczasem w sprawie będącej przedmiotem uchwały to rozważania mogą być pominięte, gdyż, wobec odwołania przedterminowego zwolnienia, dylematy, czy zachodzą przesłanki z art. 85 § 2 i art. 85 § 3 *in principio*, są już rozwiązane. Spośród opinii przedstawicieli doktryny odwołujących się do przesłanki „odbywania kary” wskazać można pogląd D. Kali i M. Klubińskiej, uznający, że określenia „wykonywanie” i „odbywanie” kary nie mogą być uznane za synonimiczne i pierwsze jest nadrzędnym wobec drugiego, zob. D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna*, s. 76. Przeciwny pogląd wyraził D. Krakowiak, który zasadniczo postrzega te pojęcia synonimicznie, wskazując, że sam ustawodawca w zakresie zwrotów „kara odbywana” i „kara wykonywana” nie zachował dyrektyw konsekwencji terminologicznej, a zasada zakazu wykładni synonimicznej wiąże do czasu, gdy w samym akcie prawnym są wskazówki dla takiego rozumienia pojęć, zob. D. Krakowiak, *Odbywanie kary poza zakładem karnym jako przesłanka zastosowania art. 85 § 3 k.k.* – glosa do postanowienia SN z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 12/16, Lex/el. 17.

¹⁵ Z aprobatą należy odnieść się również do tezy SN, że jednoznaczny wynik wykładni językowej wręcz uniemożliwia prowadzenie wykładni na dalszych poziomach. Przeciwny pogląd wyrażono w postanowieniu SN z 14 września

i Kodeksu karnego wykonawczego niekonsekwentnie używa terminów „odbywanie” i „wykonywanie” kary, czego przykłady zawarte są w przywoływanych w orzeczeniu sprawach IKZP 6/17 oraz IKZP 12/16. Sąd Najwyższy jako egzemplifikację zamiennego stosowania tych terminów wskazał odnoszące się do tej samej instytucji przepisy art. 242 § 3 k.k. oraz art. 153 § 1 k.k.w. (w pierwszym mowa o „korzystaniu z przerwy w odbywaniu kary”, w drugim zaś o „udzieleniu przerwy w wykonaniu kary”). Jeszcze bardziej wymowną ilustracją jest art. 63 § 1 k.k.w., w którym oba określenia używane są zamiennie w jednym przepisie.

Pomimo niestaranności ustawodawcy w posługiwaniu się tymi określeniami nie ma jednak podstaw, aby traktować je jako synonimy i stwierdzać, że użycie przez ustawodawcę w końcowej części art. 85 § 3 k.k. terminu kara „odbywana” jest przypadkowe i nie ma merytorycznego znaczenia. Zakaz wykładni synonimicznej i wykładni *per non est* nie zostaje uchylony przez brak staranności ustawodawcy.

Intencje ustawodawcy wyrażone w uzasadnieniach projektów nowelizacji Kodeksu z 20 lutego 2015 r. i 11 marca 2016 r. są jasne (i zmierzają w przeciwnym kierunku niż teza głosowanej uchwały). Jednakże wypowiedź prawodawcy w art. 85 § 3 k.k. zarówno w wersji pierwotnej, jak i znowelizowanej 11 marca 2016 r. nie jest adekwatna do jego zamysłu. Kluczowe jest to, co ustawodawca powiedział, a nie to, co chciał powiedzieć. Rozbieżność między deklarowanymi celami art. 85 § 3 k.k. a jego ostatecznym brzmieniem nie powinna skłaniać interpretatora do rewizji sensu przepisu ustalonego za pomocą wykładni językowej. W głosowanej uchwale Sąd Najwyższy dał wyraz klasycznemu i ugruntowanemu przekonaniu, że w prawie karnym reguły językowe stanowią podstawę wykładni i wyznaczają jej granice.

4. Teza i uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego zasługiwałyby na pełną aprobatę, gdyby nie drobny błąd w przyjętych założeniach. Poczynić bowiem należy pewne zastrzeżenie. W głosowanej uchwale Sąd Najwyższy przyjął słuszne w rozpatrywanej sytuacji procesowej założenie, że art. 85 § 3 k.k. ustanawia wyjątek od zasady orzekania kary łącznej, a zatem nie można wyklądać go rozszerzająco, i to w kierunku zaostrzenia jego represyjności, bo taki byłby rezultat wykluczenia możliwości orzekania kary łącznej pozbawienia wolności (strona 6 uzasadnienia uchwały). Założenie to jest słuszne nie tylko w rozpatrywanej sprawie, ale w każdej sytuacji łączenia bezwzględnych kar pozbawienia wolności. W takiej konfiguracji kara łączna istotnie stanowi dobrodziejstwo, a interpretacja przepisu zgodna z intencjami prawodawcy uniemożliwiłaby skazanemu skorzystanie z tego dobrodziejstwa, a zatem stanowiłaby niedopuszczalną wykładnię rozszerzającą na niekorzyść oskarżonego.

Założenie to jest jednak niesłuszne w przypadku łączenia kar różnorodzajowych. Gdyby skazany na krótką karę pozbawienia wolności w okresie próby wyznaczonym w związku z warunkowym przedterminowym zwolnieniem popełnił czyn o niewysokim stopniu społecznej szkodliwości, za który wymierzono karę ograniczenia wolności, przedstawiona w uchwale wykładnia art. 85 § 3 k.k. działałaby na niekorzyść skazanego. Po odwołaniu warunkowego zwolnienia sąd zawiadomiony w trybie art. 12 b k.k.w. stanąłby przed koniecznością połączenia kar różnorodzajowych, które ze swej istoty, w związku z koniecznością zamiany kary łagodniejszego rodzaju na karę surowszą, jest dla skazanego niekorzystne. W takiej sytuacji reguła *in dubio pro reo* nakazywałaby odmienną interpretację przepisu art. 85

2017 r., IKZP 6/17, w którym uznano, że „nawet jasny i oczywisty wynik wykładni językowej nie zwalnia z obowiązku odwołania się także do innych dyrektyw wykładni, dla sprawdzenia, czy rezultat analizy językowej nie jest nieracjonalny czy aksjologicznie nieakceptowalny”; SN wskazał także uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29 października 2012 r., IKZP 15/12, OSNKW 2012, nr 11, poz. 111 i uchwałę Sądu Najwyższego z 20 września 2007 r., IKZP 27/07, OSNKW 2007, nr 11, poz. 76.

§ 3 k.k. niż wykładnia zaprezentowana w głosowanej uchwale¹⁶.

Biorąc pod uwagę wskazane zastrzeżenie, generalnie należy w pełni zaakceptować ideę prymatu wykładni językowej w prawie karnym. Głosowana uchwała może mieć jednak poważne konsekwencje, co oczywiście nie może obciążać interpretatorów, ale niefrasobliwego ustawodawcę.

5. Podzielenie argumentacji SN i uznawanie przez sądy, że okres korzystania z przedterminowego zwolnienia nie stanowi „odbywania” kary w rozumieniu art. 85 § 3 k.k. i w konsekwencji przyjęcie, że nie ma przeszkód do łączenia tej kary z karą wymierzoną za czyn popełniony w okresie zwolnienia może prowadzić do groźnych skutków. Zgodnie z wyraźnymi obawami będzie to oznaczać w pewnych wypadkach bezkarność lub wyjątkowe złagodzenie kary wobec skazanych, którzy nadużyli zaufania i w czasie warunkowego zwolnienia popełnili przestępstwo. Osoba odbywająca karę łączną 20 lat pozbawienia wolności, po 19 latach korzystająca z przedterminowego zwolnienia, popełniając w czasie zwolnienia przestępstwo, za które zostanie skazana na karę 4 lat pozbawienia wolności, niewiele ryzykuje, gdyż kara łączna i tak nie może przekroczyć 20 lat, co oznacza całkowity brak kary za nowy czyn¹⁷. Co więcej, nawet gdyby taka osoba popełniła zbrodnię, za którą zostałaby skazana na karę 25 lat pozbawienia wolności, kara łączna mogłaby maksymalnie wynosić 25 lat, z czego okres odbytej przez skazanego kary 19 lat zostałby już zaliczony na poczet kary łącznej,

a więc ostatecznie kara (po odwołaniu zwolnienia i odbycia pozostałego roku) powiększyłaby się tylko o 5 lat. Oczywiście kary podlegają łączeniu, jeżeli podlegają wykonaniu, dlatego dla skazanego najlepiej byłoby do czasu wydania wyroku łącznego odwlekać (miejmy nadzieję, że nie przez ucieczkę z zakładu karnego) wykonanie kary podlegającej łączeniu.

6. Na koniec jeszcze jedna uwaga na temat przepisów intertemporalnych związanych z nowelizacją instytucji wyroku łącznego. Ustawodawca, uchwalając art. 19 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej¹⁸, niestety spowodował sytuację, że w pewnych warunkach opłaca się popełnić przestępstwo. Skazany odbywający np. karę łączną w wysokości 15 lat i kary jednostkowe w wysokości 25 lat i 8 lat, orzeczone prawomocnymi wyrokami przed 1 lipca 2015 r., którego kary nie mogły być połączone z powodu restrykcyjnego warunku nieprzedzielenia pozostających w zbiegu przestępstw chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich, musi odbywać kary kolejno. Jeżeli jednak popełniłby przestępstwo, za które wyrok uprawomocni się po 1 lipca 2015 r., to art. 19 ust. 1 umożliwi zastosowanie znowelizowanych przepisów (jako względniejszych) i połączenie dawnych kar (oraz dodanie do nich jeszcze nowej kary) w karę łączną w wysokości 25 lat. Oznacza to premię za popełnienie przestępstwa w postaci faktycznego darowania kary 23 lat pozbawienia wolności (i jeszcze kary za nowe przestępstwo). Przy przyjęciu, jak w głosowanej uchwale, że kara za przestępstwo popełnione w czasie przed-

¹⁶ Na temat możliwości zastosowania zasady *in dubio pro reo* w procesie wykładni prawa karnego – zob. S. Tkacz, Z. Tobor, *Interpretacja „na korzyść oskarżonego”*, (w:) C. Martysz, Z. Tobor (red.), *Studia z wykładni prawa*, Bydgoszcz–Katowice 2008, s. 123 i n.

¹⁷ Takie obawy wyrażane były przez projektodawcę w cytowanym już uzasadnieniu ustawy nowelizacyjnej, zob. także postanowienie SN z 14 września 2017 r., I KZP 6/17, a także wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 13 września 2016 r., IV Ka 446/16, LEX nr 2140050.

¹⁸ Art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 396). Przepis brzmi: „Przepisów rozdziału IX ustawy, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, nie stosuje się do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, chyba że zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”.

minowego zwolnienia może podlegać łączeniu z karą, z której skazany został zwolniony, może się okazać, że w czasie zwolnienia niektórym skazanym opłaca się popełnić przestępstwo, co jest konstatacją przerażającą. Brak staranności legislacyjnej spowodował powstanie sytuacji, w której czasem opłaca się uciec z zakładu karnego lub w inny sposób odwlekać wykonanie

kary do końca i czasem opłaca się popełnić przestępstwo. Nie można stosować jednak żadnej „kreatywnej” wykładni, żeby naprawić błędy ustawodawcy. Może to zrobić tylko on sam. Dlatego orzeczenie, oparte na klasycznych zasadach prawa karnego, dające bezwzględne pierwszeństwo wykładni językowej zasługuje na aprobatę.

Stanisław Łagodziński

GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 22 MARCA 2017 R., III KK 349/16¹

Teza glosowanego wyroku:

1. Włamanie jako sposób działania sprawcy kwalifikowanego typu kradzieży określonej w art. 279 § 1 k.k. nie polega wyłącznie na przenikaniu sprawcy do wnętrza zamkniętego pomieszczenia na skutek przełamania jego zabezpieczeń, lecz może polegać na przełamaniu zabezpieczeń zamykających dostęp do mienia i jednocześnie manifestujących wolę właściciela (użytkownika) mienia niedopuszczenia do niego niepowołanych osób.
2. Dokonanie płatności kartą płatniczą w formie tzw. płatności zbliżeniowej przez osobę nieuprawnioną, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, stanowi przestępstwo kradzieży z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.).

Glosowane orzeczenie zasługuje na szczególną uwagę, z tej to przyczyny, że sformułowana teza obejmuje łącznie swoim zakresem zarówno klasyczną postać włamania do pomieszczenia zamkniętego z destrukcyjnym zachowaniem sprawcy, jak też każdy inny zabór z przełamaniem zabezpieczenia zamykającego dostęp do mienia i manifestujący wolę jego właściciela niedopuszczenia do niego niepowołanych osób. To każde zabezpieczenie zamykające dostęp do niego niepowołanych osób może być – co wynika z treści art. 267 k.k. – zabezpieczeniem elektronicznym, magnetycznym lub innym szczególnym, sposób zaś działania sprawcy – ich przełamaniem lub omijaniem. Obejmuje więc swoim zakresem każdą kradzież mienia chronionego zabezpieczeniem elektronicznym, a więc zarówno kradzieże pojazdów mechanicznych, kradzieże mienia

z kont bankowych oraz wszelkie płatności kartami płatniczymi bądź za pomocą innych instrumentów płatniczych, co eksponuje teza sformułowana w pkt 2 oraz charakter czynu będący podstawą rozstrzygnięcia. Istotne jest, aby to wysoce trafne orzeczenie znalazło wsparcie doktryny, a również stało się niekwestionowanym i podniesionym do rangi zasad prawnych wzorcem dla orzecznictwa sądowego.

Przestępstwo kradzieży z włamaniem znane było ustawodawstwom karnym państw zaborczych obowiązującym na ziemiach polskich i pełniło różne funkcje mające wpływ na wymiar kary. Stosownie do przyjętych rozwiązań skutkowało to uznaniem czynu: za zbrodnię przy określonej wartości przedmiotu zaboru, właściwości skradzionej rzeczy, jakości czynu lub przyniosu sprawcy – § 172 UKA; za szczególnie ciężki przypadek zaboru – § 243 StGB;

¹ OSNKW 2017, nr 9, poz. 50.

bądź uznanie za kwalifikowany typ kradzieży – art. 581, 583, 584 RKK z 22 marca 1903 r. Polski Kodeks karny z 1932 r., wobec syntetycznej typizacji czynów zabronionych, nie uznał potrzeby stworzenia typu przestępstwa kradzieży kwalifikowanej z włamaniem i mogło ono mieć wpływ jedynie na sędziowski wymiar kary.

W polskim porządku prawnym kradzież z włamaniem jako kradzież kwalifikowaną, i tylko w stosunku do mienia społecznego, wprowadził dekret z 4 marca 1953 r. o wzmożeniu ochrony własności społecznej, a stosowny przepis art. 1 § 3 lit. c użył zwrotu normatywnego „kto zagarnia mienie społeczne (...) dokonując kradzieży z włamaniem”. Tego samego zwrotu normatywnego użyła w art. 2 § 2 lit. b ustawa z dnia 18 czerwca 1959 r. o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko własności społecznej, zastępując przepisy wspomnianego dekretu. Kodeks karny z 1969 r. w art. 208 pojęcie kradzieży z włamaniem rozszerzył także na mienie nieuspołecznione, nie zmieniając jego ustawowych znamion – „kto kradnie (...) z włamaniem”. To ustawowe określenie istoty przestępstwa kradzieży z włamaniem przyjął także w art. 279 § 1 obowiązujący Kodeks karny. Żaden ze wspomnianych aktów prawnych nie definiował pojęcia kradzieży z włamaniem, pozostawiając to doktrynie i judykaturze. Już na wstępie obowiązywania dekretu podkreślano, że pojęcie włamania jest pojęciem prawnym, a nie określeniem języka potocznego, i oznacza przedostanie się do wnętrza zamkniętego pomieszczenia z przewyżeniem za pomocą siły fizycznej przeszkody tamującej dostęp do zabieranego mienia. Całościowego zaś zdefiniowania pojęcia kradzieży z włamaniem dokonała uchwała pełnego składu Izby Karnej Sądu Najwyższego sygn. VII KZP 48/78, stwierdzając, że zachodzi ona wtedy, „gdy jej sprawca zabiera mienie w celu przywłaszczenia w następstwie usunięcia przeszkody materialnej, będącej częścią konstrukcji pomieszczenia zamkniętego lub specjalnym zamknięciem tego pomieszczenia, utrudniającym dostęp do jego wnętrza”².

Życie ma jednak to do siebie, że nie zawsze daje się włożyć w normatywne ramy zadekretowane mu przez ustawodawcę i niekiedy kpiąc z tych reguł, stawia praktykę ścigania karnego w niemożności podjęcia racjonalnego rozstrzygnięcia i oceny prawnokarnej konkretnego zdarzenia faktycznego. Z takim przypadkiem włamania – godnym uchronienia przed zapomnieniem – zetknąłem się w sprawie Prokuratora Powiatowego w B., w której dwaj sprawcy schowali się w toalecie Restauracji Rynkowej w J., gdzie niezauważeni przez personel pozostali w niej po zamknięciu lokalu. Wówczas chowając się za bufetem i siedząc na podłodze, rozpoczęli spożywanie alkoholi będących w zasięgu ich wzroku i ręki. Z nadmiaru spożytego alkoholu jeden z nich stracił przytomność i zasnął, drugi zaś zabrał ze sobą butelkę niedopitej wódki i opuścił restaurację, otwierając od wewnątrz zamknięte okno. W drodze powrotnej do domu natknął się na patrol funkcjonariuszy MO, a posiadana przezeń butelka ze stemplami „wódka gastronomiczna” oraz „Restauracja Rynkowa w J.” określała jednoznacznie miejsce czynu. Po wezwaniu personelu restauracji funkcjonariusze MO zastali tam śpiącego nadal drugiego sprawcę, którego wynieśli otworem drzwiowym i przetransportowali do aresztu. Tu właśnie, już w czasie toczącego się warko postępowania przygotowawczego, odzyskał on świadomość.

Dylematem trudnym do rozstrzygnięcia dla prokuratora były tu następujące zagadnienia: – w odniesieniu do pierwszego z nich, czy kradzież z „wylamaniem” dotyczy tylko alkoholu znajdującego się w niedopitej butelce, czy również alkoholu już wcześniej zabranego i spożytego, a więc czy można kraść z włamaniem to, co zostało już wcześniej skradzione i rozdysponowane przez sprawcę przed opuszczeniem przezeń miejsca czynu; – w odniesieniu zaś do drugiego sprawcy, czy możliwe jest przyjęcie, że dokonał on kradzieży z „wylamaniem” całego przywłaszczonego i rozdysponowanego przez spożycie alkoholu, skoro z pomieszcze-

² OSNKW 1980, nr 8, poz. 65.

nia zamkniętego został wyniesiony na rękach funkcjonariuszy MO, nie mając nawet świadomości owego „wyłamywania się z pomieszczenia zamkniętego”.

Gdy w 1956 r. rozpoczynałem pracę zawodową w Prokuraturze Powiatowej w M., jednostka ta miała na stanie, dostępny dla wszystkich zatrudnionych, jeden aparat telefoniczny zaopatrzony w słuchawkę i korbkę. Językowi polskiemu i prawdopodobnie wszystkim innym było obce pojęcie „zabezpieczenie elektroniczne”, w moim zaś wyobrażeniu technika cyfrowa kojarzyła się z ruchomymi gałkami na drutach osadzonych w drewnianą ramę, tj. liczyłem i umiejętnością dokonywania na ich podstawie obliczeń matematycznych do sporządzanych comiesięcznych sprawozdań statystycznych z „ruchu spraw”. Posiadany aktualnie telefon komórkowy ma wprawdzie niepokazne rozmiary, jednakże podręcznik jego użytkowania liczy 143 strony druku formatu A4 i nie sądzę, abym kiedykolwiek mógł zgłębić zawarte w nim funkcje. Podobne pokoleniowe, a może i wielopokoleniowe, przeobrażenia nastąpiły w strukturze i sposobach popełniania czynów zabronionych, skutkiem czego trudno mi zrozumieć i odnaleźć się mentalnie w nowoczesnej przestępczości, zwłaszcza przestępczości komputerowej, w której pojęcie „mam mieć” zawiera niekiedy większą siłę przebicia niż „mam” lub „posiadam”. Dotychczasowe elity przestępcze „kaszarzy i doliniarzy” pracujące „*manu facere*” zastąpili pracujący „*capite facere*” członkowie grup przestępczych – owych mafii paliwowych, węglowych, wyludzenia podatku VAT, czy też piramid finansowych typu „Amber Gold”, do której aparat ścigania karnego podchodził jak przysłowiowy „pies do jeża” i nie bardzo też mu się chciało.

Wobec zmieniających się warunków życia społecznego i niedostosowania się doń regulacji prawno-karnych wprowadzono do Kodeksu karnego z 1997 r. cały rozdział niemal nowych typów przestępstw przeciwko ochronie informacji. Niektóre spośród nich mogły pozosta-

wać w związku z zaborem cudzego mienia w celu jego przywłaszczenia. Jeżeli opisane treścią art. 267 k.k. bądź innych przepisów tego rozdziału zachowanie sprawcze mające charakter uzyskania dostępu do informacji dla niego nieprzeznaczonej, przez podłączenie się do sieci telekomunikacyjnej, przełamanie lub ominięcie elektronicznego, magnetycznego, informatycznego lub innego szczególnego jej zabezpieczenia albo też mające charakter destrukcyjnego wpływu na dane informatyczne, było sposobem bądź środkiem zaboru cudzego mienia w celu jego przywłaszczenia, to zabór ów mocą ustawy staje się kradzieżą z włamaniem i jest tożsamy w prawnokarnej ocenie włamaniu do pomieszczenia zamkniętego z destrukcyjnym naruszeniem jego konstrukcyjnych zabezpieczeń.

Dla uniknięcia błędnego różnicowania obu tych typów kradzieży z włamaniem ustawodawstwa karne szeregu państw, bardziej zaawansowanych w rozwoju technologicznym, wprowadzały stosowne zmiany nowelizacyjne do ustawowych definicji kradzieży z włamaniem, tak aby zmiany te objęły swym zakresem pokonanie zabezpieczeń elektronicznych i każdych innych. Czyni to § 243 ust. 1 pkt 1 i 2 StGB słowami: „w celu popełnienia czynu włamuje się, wchodzi, posługuje się podrobionym kluczem lub innym bezprawnym narzędziem by wejść do budynku, pomieszczenia służbowego lub firmy lub innego pomieszczenia zamkniętego lub się w tym pomieszczeniu czoła” i pkt 2 „kradnie rzecz, która jest szczególnie chroniona przed przywłaszczeniem przez zamknięty pojemnik lub inne specjalne zabezpieczenie”³. Podobnie szerokie rozumienie kradzieży z włamaniem spotykamy w art. 132–73 francuskiego kodeksu karnego, który w jej kazuistycznym zdefiniowaniu używa takich zwrotów normatywnych, jak: destrukcja każdej zamkniętej przestrzeni, użycie fałszywych kluczy, każdego instrumentu mogącego być podstępnie użytym bez zniszczenia zamkniętego pomieszczenia. To przytaczanie rozwiązań prawno-karnych

³ E. Tuora-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny w tłumaczeniu na język polski*, Regensburg 2016.

państw obcych jest argumentem wskazującym, że dostrzegają one nowości zachowań przestępczych i nie utraciły instynktu obrony własnych obywateli przed przestępstwem, czego należy życzyć także rodzimemu ustawodawcy. Nie jest moim obowiązkiem analizowanie rozwiązań kodyfikacyjnych kradzieży z włamaniem w porządku prawnym państw unijnych. Jest to powinność ustawodawcy, posiadającego po temu stosowne służby i możliwości, którego *desinterestment* w tym zakresie i brak ustawowego zdefiniowania kradzieży z włamaniem przekłada się na błędy praktyki ścigania oraz niespójność orzecznictwa sądowego.

W praktyce ścigania karnego wprowadzone do kodeksu typy przestępstw przeciwko ochronie informacji i mogące pozostawać w związku z zaborem cudzego mienia w celu jego przywłaszczenia mają zastosowanie głównie do ochrony rozliczeń pieniężnych i płatności bezgotówkowych o różnorodnym charakterze dokonywanych przez podmioty gospodarcze, urzędy i obywateli, ochrony prowadzących do nich technicznych środków dostępu, a również elektronicznych i wszelkich innych zabezpieczeń dostępu do ich miejsca działalności i życiowego bytowania. Jest to zakres rozległy i mogący mieć wyobrażenie w tym – jak podaje P. Opitek – że w ostatnim kwartale 2015 r. ogólna liczba transakcji realizowanych w Polsce przy użyciu „plastikowego pieniądza” wyniosła ponad 893 mln, przekraczając kwotę 135 miliardów zł⁴. Liczebności te nie mają porównawczego odniesienia w statystyce przestępczości, albowiem zarówno w statystyce przestępstw stwierdzonych, a także prawomocnych skazań, nie wyodrębnia się typów przestępstw przeciwko ochronie informacji, dane dotyczące kradzieży z włamaniem nie różnicują zaś pośród nich włamań klasycznych i włamań z pokonaniem zabezpieczenia elektronicznego⁵.

Idąc tokiem rozumowania wspomnianego autora, należy dodać, że istniejące rozwiązania w zakresie funkcjonowania kart płatniczych, połączenia ze sobą telefonu komórkowego z instrumentem płatniczym oraz usługi związane z Internetem wykreowały kilkadziesiąt procedur płatności, a każda z tych procedur posiada właściwe sobie stosowne zabezpieczenie elektroniczne lub inne w postaci haseł dostępu oraz kodów PIN. Podobnego typu zabezpieczenia elektroniczne lub sterowane sygnałem pilota funkcjonują w ochronie mieszkań, pokoi hotelowych, garaży, magazynów oraz pojazdów mechanicznych jedno- i dwuśladowych. Ich względna skuteczność oraz świadomość możliwości przełamania bądź omijania przez sprawcę przestępstwa musi być poznawczo dostępna prowadzącemu postępowanie przygotowawcze oraz organowi procesowemu, jeżeli postępowanie karne ma spełnić swoje ustawowe cele. Prowadzący postępowanie muszą zwłaszcza respektować zasadę, że każdy *versanti in re illicita* naszej prywatności – przez atakowanie hasła dostępu do cudzego komputera – działa *cum dolo crimini*, a nie w celu przekazania znaku pokoju, podobnie jak i ręka do cudzej kieszeni zostaje włożona nie w celu przywitania się z jej właścicielem.

Cenną publikacją w tym zakresie jest moim zdaniem artykuł S. Bukowskiego postrzegający przestępstwo hackingu oczami jego sprawcy, w podejmowanych przezeń metodach i sposobach działania zmierzających do pokonania lub ominięcia stosowanych środków ochrony informacji⁶. Będące osnową publikacji założenie autora, że nie ma absolutnie doskonałych zabezpieczeń, gdyż każdy szyfr wymyślony przez jednego człowieka może być przez następnego przełamany, ukazuje nam już osiągnięte w rozwoju informatycznym możliwości łamania haseł, uzależnione głównie od mocy obliczeniowej komputera oraz wykorzystania

⁴ P. Opitek, *Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z transakcjami kartą płatniczą*, „Prokuratura i Prawo” 2017, z. 2.

⁵ Rocznik Statystyczny RP 2016, tabela 2: przestępstwa stwierdzone, s. 152–153, tabela 29: prawomocne skazania, s. 176–177.

⁶ S. Bukowski, *Przestępstwo hackingu*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4.

służących temu specjalnych programów. W takich warunkach jego zdaniem złamanie nawet najlepszego hasła możliwe jest w przeciągu kilku godzin⁷. Jako pomocne temu działania hackera wymienia będące formą ataku: przechwycenie, modyfikację i podrobienie – s. 146; inżynierię społeczną, będącą umiejętnością wykorzystania i niewiedzy ofiar i manipulowania nią – s. 147; skanowanie w celu odnalezienia otwartych portów – s. 149; podsłuchiwanie transmisji – s. 150; *session hijacking*, polegający na przerywaniu połączenia i podszywaniu się pod klienta – s. 153; oraz instalowanie wirusów, robaków i koni trojańskich, umożliwiające dostęp do systemów komputerowych – s. 156. Rozważania swoje o przestępstwie hackingu w jego obowiązującym kształcie normatywnym ocenia negatywnie, uważając, że jest to wynikiem niedopatrzania ustawodawcy, albo też prawo to tworzone jest przez laików nieobeznanych z technologią. Jakkolwiek przestępstwo hackingu wymaga od jego sprawcy wiedzy informatycznej, to nie jest popełniane przez profesjonalistów. Gdyby popełniali je wyłącznie profesjonalści, to wobec ich umiejętności zacierania śladów swojego działania świat nigdy by się nie dowiedział o hackingu i hackerach⁸.

Podzielić należy podniesiony zarzut niedoskonałości rozwiązań legislacyjnych, już pierwszy rzut oka na treść przepisów rozdziału XXXIII kodeksu rodzi pytanie o sens, a może bardziej właściwie o bezsens wnioskowego trybu ścigania karnego przestępstw stypizowanych w art.: 267, 268 i 268a k.k. Godzą one wprost i bezpośrednio w interes prawny każdego właściciela zhakowanego komputera, „dotykają” także administratora sieci, niekiedy również banku, w którym tenże właściciel ulokował swoje oszczędności. Wszystko to zaś rozgrywa się w przestrzeni wirtualnej z wszechobecnością różnego rodzaju służb oraz hakujących zleceniobiorców, producentów i handlowców polujących na potencjalnych nabywców

towaru. Dla przeciętnego właściciela, któremu „wyczyszczono” jego konto, *modus operandi* hackera pozostanie zawsze i wszędzie wiedzą tajemną i w komputerze swym nie dostrzeże nie tylko wirusa, ale też i konia trojańskiego. Ta jego nieświadomość własnego pokrzywdzenia uzasadnia już na wstępie posiadania informacji o zdarzeniu publicznoskargowy tryb ścigania, gdyż w symbiozie z trybem wnioskowym będzie skutkować faktyczną depenalizacją popełnionego przestępstwa. A brak znamienia „posiada” w treści art. 269b § 1 k.k., względnie też znamię „uzyskuje dostęp do informacji” w art. 267 § 1 k.k., to tylko uzyskanie hasła czy również i chronionej nim treści, czy nie jest już zaproszeniem do roztrząsania przed sądem uroków sofistyki? Należy mieć świadomość, że hacker traci przymiot powszechności swojego niebezpieczeństwa dla porządku prawnego dopiero jako „Hacker Bezręki”.

Znacznie więcej informacji dotyczących kradzieży z włamaniem pojazdów i do pojazdów mechanicznych, wraz z całą ich minioną historią sposobów popełniania oraz stosowanych zabezpieczeń, spotykamy w Internecie. Sposobem tym, kończącym historię włamań klasycznych, był tzw. łamak w postaci stalowego pręta zgiętego pod kątem prostym wraz z zaostrzonym jego końcem na kształt płaskiego śrubokrętu. Włożony do otworu kluczyka zamka w drzwiach samochodu niszczył zapadki bębena zamka i umożliwiał przedostanie się do wnętrza. Dalsze manipulacje połączenia przewodów przy stacyjce umożliwiały zapłon i oddalenie się z miejsca przestępstwa. Wraz z pojawieniem się zabezpieczeń elektronicznych w postaci zamka centralnego otwieranego sygnałem pilota oraz immobilizera zakodowanego w oryginalnym kluczyku samochodowym przełamaniu tych zabezpieczeń zaczęły służyć skanery fal radiowych i deimmobilizery do konkretnych marek samochodowych. Podobne zabezpieczenia jak: blokada kierownicy, immobilizer zakodowany

⁷ *Ibidem*, s. 149.

⁸ *Ibidem*, s. 145, 150.

w oryginalnym kluczyku zapłonu, a nawet zabezpieczenie typu „keyless go” funkcjonowały także w motocyklach. Każde zabezpieczenie ma bowiem swój słaby punkt, który wcześniej lub później zostaje wykryty. Nie oparły się im także pojazdy mechaniczne używające systemu „keyless go”. Tu „złodziejskie wiadomości internetowe” są szczególnie obszerne, bowiem obok opisu zasad działania „walizeczek” z ich skanerem i transponderem, zagranicznych producentów, ceny ich nabycia z możliwością dostawy *loco crimini*, spotykamy również filmy poglądowe prezentujące ich praktyczne zastosowanie. Czy jest to jeszcze pełnienie przez media ich społecznej funkcji informowania obywateli o zagrożeniu przestępczością, czy już instruktaż przestępczy? – można mieć wątpliwości. Osobiście uważam to za czerpanie zysku z przestępstwa, w postaci zwiększenia nakładu, oglądalności, przez żerowanie na negatywnych skłonnościach jednostki ludzkiej. Decydom zaś tych mediów, dla otworzenia oczu, polecam lekturę niemieckiego kryminologa H. Schneidera – *Zysk z przestępstwa*. Dla poznania możliwości łamania bądź omijania zabezpieczeń elektronicznych w samochodach zasięgnąłem informacji u prowadzącego zakład mechaniczny ze specjalnością „awaryjne otwieranie zamków”, z którego usług już korzystałem. Z uzyskanej informacji wynikało, że otwieranie awaryjne zamków w samochodach, w tym również używające systemu „keyless go”, nie powoduje zniszczenia bądź uszkodzenia istniejącego zabezpieczenia.

Dwudziestoletni okres obowiązywania Kodeksu karnego wraz z nowymi typami przestępstw przeciwko ochronie informacji unaczni nam, że ich „przełożenie się” na pojęcie kradzieży z włamaniem postępuje opornie. Mimo powszechnego stosowania zabezpieczeń elektronicznych, magnetycznych, zamków cyfrowych, zatraskowych bądź innych szczególnych zabezpieczeń w ochronie nie tylko pomieszczeń zamkniętych, klasycznym wzorcem włamania mającym siłę imperatywu było nadal zachowanie destrukcyjne w stosunku do pomieszczenia zamkniętego, wewnątrz

którego znajduje się mienie będące przedmiotem zaboru. Wszelkie zaś innowacje w zachowaniu sprawcy przymierzamy do wzorca klasycznego i dopiero ich tożsamość spełnia warunek *sine qua non* kradzieży z włamaniem. Ten klasyczny wzorec był jak najbardziej słuszny w chwili wprowadzania do polskiego porządku prawnego kwalifikowanego typu kradzieży z włamaniem, wówczas bowiem nawet w czasie snu nie można było inaczej wyobrazić sobie włamania. A dzisiaj to już tylko czas zaprzyszły, można by rzecz *plusquam perfectum*. Taka definicja kradzieży z włamaniem przegrała ze zmieniającym się życiem społecznym, tracąc swoją aktualność, a zwłaszcza społeczny rozsądek. Pomieszczenie zamknięte, zachowanie destrukcyjne wobec zabezpieczenia tudzież kolejność czasowa zaboru – po włamaniu czy przed, nie są pojęciami ustawowymi, lecz wyłącznie wytworem wyobrażenia człowieka na określonym etapie jego rozwoju społecznego o możliwości popełnienia omawianego typu przestępstwa. Tak jak w chwili wprowadzania kradzieży z włamaniem do polskiego systemu prawa karnego nikt nie wyobrażał sobie możliwości stosowania zabezpieczeń elektronicznych, tak i w chwili obecnej nie wiemy nic o zabezpieczeniach, jakie będą stosowały kolejne pokolenia. Aktualnie kodem dostępu w niektórych telefonach komórkowych jest czytnik linii papilarnych dowolnie wybranego palca. Mam absolutną pewność, że pomysł ten przejmą w nieodległej przyszłości producenci pojazdów mechanicznych. Po jego pokonaniu producenci sięgną do pozostającej w odwodzie poroskopii. Taki jest bowiem niemający końca „społeczny ciąg technologiczny” w życiu człowieka: pomysł, produkcja, przestępstwo i spóźniający się aparat ścigania karnego. Co jest przyczyną takiego stanu rzeczy? Myślę, że jedynym rozsądnym stanowiskiem jest uznanie, że w naturze człowieka jego egoizm dominuje nad altruizmem.

Balastu klasycznego włamania z jego pomieszczeniem zamkniętym i destrukcyjnym przełamaniem zabezpieczenia nie pozbył się również i Sąd Najwyższy, a wyraźne tego

ślady dostrzegamy w jego orzecznictwie, ich wyrazem były: wyrok z 9 września 2004 r., sygn. V KK 144/04⁹ oraz postanowienie z 29 października 2012 r., sygn. I KZP 11/12¹⁰. W pierwszej z tych spraw zarzucono oskarżonemu, że w dniach 3 i 6 czerwca 2003 r. dokonał dwóch czynów kwalifikowanych z art. 278 § 1 k.k., a polegających na kradzieży i usiłowaniu kradzieży rowerów zabezpieczonych linką mocującą do innych przedmiotów trwale związanych z podłożem. Sąd rejonowy, uznając przecięcie linki za pokonanie przeszkody zabezpieczającej rower przed zaborem, przyjął w ocenie prawnokarnej czynu, że stanowił on kradzież z włamaniem. Wyrok powyższy zaskarżył prokurator apelacją na korzyść oskarżonego, a wobec jej nieuwzględnienia kasacją. Sąd Najwyższy uwzględnił kasację prokuratora, a w tezie wyroku zawarł następujące sformułowanie podjętego rozstrzygnięcia: „Włamanie nigdy nie było utożsamiane z samym pokonaniem przez sprawcę zabezpieczenia mienia przed zaborem, jeśli mienie to nie znajdowało się w zamkniętym pomieszczeniu i jeśli działanie sprawcy nie polegało na przeniknięciu do tego pomieszczenia. W doktrynie podkreślano natomiast, że nie ma kradzieży z włamaniem w wypadkach, gdy przedmiot wykonawczy jest położony wśród wolnej nieograniczonej przestrzeni, a zarazem nie tworzy sobą zamkniętego, zabezpieczonego przed zaborem pomieszczenia. Stosowanie mechanicznych zabezpieczeń przedmiotu przed kradzieżą niczego w tym względzie nie zmieniło, przykład zaś kradzieży roweru połączonego klódką lub obejmą z jakimś trwałym urządzeniem wskazywano jako bez wątpienia niewypełniający znamion typu kradzieży z włamaniem”.

Jakie nasuwają się tu wątpliwości i skojarzenia? Gdyby ten sam rower skradziono z pomieszczenia zamkniętego po uprzednim przecięciu tej samej linki, którą zabezpieczono drzwi wejściowe, to czym różniłyby się w sposobie zabezpieczenia i jego pokonania

oba te stany faktyczne? Wszak pomieszczenie zamknięte to nie znamię ustawowe, a jedynie wyobrażenie interpretatora normy prawnej. Jakie reperkusje społeczne może to wywołać, gdy place parkingowe fabryk, marketów, zakładów pracy posiadają tylko stojaki, do których można zabezpieczyć rower obejmą lub linką? A modne aktualnie rowery miejskie, zabezpieczone zamkiem elektronicznym, też nie są przechowywane w zamkniętych pomieszczeniach. A wreszcie motocykle i skutery, również niemające ze swej istoty konstrukcji pomieszczenia zamkniętego, sposobem zabezpieczenia i ceną nieodbiegające zaś od ceny samochodu średniej klasy. Ich ceny to 50 do 90 tysięcy zł. Najwyższa cena oferowanego do sprzedaży motocykla, jaką spotkałem w salonie firmy Honda, wynosi 130 tys. zł. A gdyby właściciele rowerów i motocykli, korzystając z historycznego wzorca, ciągnęli za sobą „garaże Drzymały”, dla „załapania się” na ocenę kradzieży z włamaniem utraconego pojazdu, to kto byłby wówczas uosobieniem pruskiego zaborcy tępiącego polskich cyklistów i motocyklistów? Przyznaję, że posługuję się w tej polemice konwencją groteski, lecz czynię to dlatego, aby wykazać, że ostatecznym i wyłącznym efektem krytykowanego rozstrzygnięcia jest jego sprzeczność ze społecznym rozsądkiem, prowadząca do absurdu. Nic zaś tak skutecznie nie obdziera z powagi i dostojeństwa krytykowanego rozstrzygnięcia, jak wykazanie jego absurdalności. Jaka logika i jakie argumenty pozwoliłyby tu na różnicowanie tożsamych środków i sposobów ochrony własnego mienia przy rozliczeniach plastikowym pieniądzem oraz mienia mającego postać rzeczy ruchomej? Przecież już starożytni pouczali nas: *quidquid agis, prudenter agas et respice finem*, erystyka podpowiada zaś, że absurd nie jest „dzieckiem specjalnej troski” prowadzonego sporu i nie podlega barierom ochronnym.

W kolejnym przypadku sprawca kradzieży z włamaniem zastosował innowację swego

⁹ LEX nr 137749.

¹⁰ OSNKW 2012, nr 12, poz. 124.

postępowania polegającą na tym, że skanerem częstotliwości radiowych zagłuszył (zablokował) sygnał fal radiowych pilota sterującego zamkiem centralnym samochodu pokrzywdzonego, gdy ten zamykał go na parkingu. W wyniku powyższego pokrzywdzony, będąc przekonany o zamknięciu pojazdu, pozostawił go otworzonym, za sprawczym zachowaniem oskarżonego. W takim stanie faktycznym Sąd Najwyższy spotkał się z pytaniem prawnym, czy zachowanie sprawcy wyczerpuje normatywne pojęcie kradzieży z włamaniem. Odwołując się do uchwały, stanowisko swoje co do rozumienia pojęcia włamania uzasadnił następująco: „przeżywaną przez sprawcę stronie podmiotowej musi towarzyszyć adekwatna do zamiaru strona przedmiotowa w postaci przełamania istniejącego zabezpieczenia poprzedzająca kradzież. Abstrahowanie przy wykładni włamania od któregoś ze wskazanych wymogów, zawsze doprowadzać będzie do sytuacji niemożliwych do przyjęcia z punktu widzenia pewności prawa, w szczególności w perspektywie realizacji wymogu *certa* wypływającego z zasady *nullum crimen sine lege*”. W konsekwencji zaś tego uznał, że „rozszerzenie interpretacji pojęcia włamania przez przyjęcie, iż włamanie to także niedopuszczenie do złączenia się zabezpieczenia przed nieuprawnionym otwarciem pojazdu mechanicznego, jest z punktu widzenia wykładni zabiegiem noszącym w sobie cechy analogii na niekorzyść sprawcy”.

Krytykując powyższe rozstrzygnięcie, J. Potulski zarzucił mu, „iż nie ma żadnego powodu kryminalno-politycznego dla odmiennego traktowania elektronicznego przełamania blokady od elektronicznego doprowadzenia do niezastosowania blokady (...) bowiem sposób działania sprawcy jest identyczny – chodzi o wysłanie sygnału modyfikującego istniejący system zabezpieczeń”¹¹. W zachowaniu sprawcy osobiście dostrzegam tu ewidentne elementy prakseologii, wyrażające się w inno-

wacji złodziejskiego *modus operandi*, w którym podjęta z jego inicjatywy zmiana czasowej kolejności zachowań w ramach dążenia do celu głównego nie może przecież eliminować celu głównego, którym był i pozostał *animus rem sibi habendi* wraz z pokonaniem – obejściem istniejącego zabezpieczenia. W rozkładanej zaś tu na czynniki pierwsze *nullum crimen sine lege*, jako *lex certa* czy też *lex stricta*, musi również towarzyszyć *lex ratio sana* jako *nata lex*, a oznaczająca konieczność zachowania zdrowego rozsądku przy wykładni prawa. Niezachowanie zaś tego zdrowego rozsądku prowadzi nas wyłącznie w objęcia absurdu, co – jak się wydaje – zaprezentowano w omawianym rozstrzygnięciu.

Sformułowana w pkt 2 teza wyroku, że dokonanie płatności kartą płatniczą w formie płatności zbliżeniowej przez osobę nieuprawnioną, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, stanowi przestępstwo kradzieży z włamaniem, zapadła na tle stanu faktycznego, w którym oskarżony wszedł w posiadanie karty płatniczej drogą jej zaboru w celu przywłaszczenia. Następnie poprzez użycie karty w transakcji zbliżeniowej dokonał kradzieży pieniędzy stanowiących płatność za zakupione towary.

Analizując poglądy orzecznictwa na istotę kradzieży z włamaniem, Sąd Najwyższy podkreśla, że zawarta w uchwale pełnego składu Izby Karnej Sądu Najwyższego z 25 czerwca 1980 r. ocena kradzieży z włamaniem była wynikiem nadinterpretacji ustawy. Stanowisko takie uzasadnił tym, że „ani w przepisie art. 208 k.k. z 1969 r., ani w przepisie art. 279 k.k. nie ma żadnego wskazania pozwalającego na zawężającą interpretację włamania jako usunięcia przeszkody materialnej będącej częścią pomieszczenia zamkniętego”. Przenosząc to rozumowanie na grunt płatności kartą płatniczą w formie płatności zbliżeniowej, argumentował, że pierwotnym zabezpieczeniem dostępu do środków pieniężnych zgromadzonych na koncie bankowym właściciela karty

¹¹ J. Potulski, *Glosa do postanowienia SN z 29 października 2012 r., I KZP 11/12*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa Sekcja B”, poz. 812.

płatniczej jest konstrukcja karty płatniczej, kod PIN jest zaś zabezpieczeniem dodatkowym. Karta płatnicza zawiera mikroprocesor, który umożliwia dokonywanie płatności w formie zbliżeniowej bez użycia kodu PIN, co doprowadza do zmniejszenia stanu posiadania na rachunku bankowym właściciela karty. „Przybliżenie karty płatniczej do terminalu skutkuje uzyskaniem dostępu do rachunku bankowego właściciela karty, dochodzi zatem do przełamania bariery elektronicznej w systemie bankowej płatności bezgotówkowej. Jeżeli czyni to osoba nieuprawniona, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, w celu dokonania płatności za określony towar lub usługę, dokonuje kradzieży z włamaniem”¹².

Przeciwko temu rozstrzygnięciu wypowiedział się A. Lach, argumentując, że właściciel karty płatniczej, aktywując w niej funkcję płatności zbliżeniowej, rezygnuje jednocześnie z zabezpieczenia jej kodem PIN do wysokości płatności zbliżeniowej. Jego zdaniem „dopiero kod PIN jest swoistym kluczem pozwalającym na dotarcie do zgromadzonych na koncie środków przy użyciu karty”, sytuacja zaś użycia przez osobę nieuprawnioną cudzej karty płatniczej w formie płatności zbliżeniowej jest porównywalna do sytuacji, gdy właściciel rezygnuje z zamykania swojego mieszkania bądź samochodu na klucz, poprzestając na użyciu klamki¹³.

Rozumowanie autora jest tu obarczone istotnym błędem polegającym na tym, że pojęcie przełamania zabezpieczenia zamykającego dostęp do mienia przy płatności zbliżeniowej utożsamia wyłącznie z zabezpieczeniem bankowym, a pomija świadomie bądź nieświadomie zabezpieczenie podjęte przez właściciela karty płatniczej, które w sprawie niniejszej zostało przełamane poprzez kradzież karty płatniczej wraz z innymi dokumentami. Już samo to działanie sprawcy – pomijając późniejsze po-

stępowanie z użyciem karty w płatności zbliżeniowej – wyczerpało znamiona czynu przewidzianego w art. 278 § 5 k.k. Byłoby – jak sędzę – sofistycznym nadużyciem prawa ograniczanie pojęcia „zabezpieczenie zamykające dostęp do mienia” do powoływania się na wybiórcze aspekty lub rodzaje przeszkód, a nie istniejący obiektywnie ich całokształt uniemożliwiający taki dostęp. Jest przy tym rzeczą obojętną, czy sprawca pokonuje jedno, czy też kilka zabezpieczeń chroniących dostęp do zabieranego mienia i czyje to było zabezpieczenie (banku lub pokrzywdzonego). Wypada również przypomnieć, że w poprzednim stanie prawnym nie budziła wątpliwości prawnokarna ocena kradzieży z włamaniem w tych sytuacjach faktycznych, gdy sprawca przedostawał się do wnętrza zamkniętego pomieszczenia, używając skradzionego, znalezione go bądź podrobionego klucza. Aktualnie tym odpowiednikiem skradzionego bądź podrobionego klucza jest skradziona karta płatnicza użyta w systemie płatności zbliżeniowej, zachowanie sprawcy wyczerpuje zaś znamiona przełamania elektronicznego zabezpieczenia mienia.

Uważam także, że nastąpił już najwyższy czas, aby publicznie wykrzyknąć, że sprawca przestępstwa to nie *primus inter pares* obywateli Rzeczypospolitej Polskiej, lecz tylko Zenek z *Tanga* Mroźka, owa społeczna jemiola żyjąca kosztem innych, takty tego tanga, którymi są głosy umniejszające lub ekskulpujące jego zawinienie, rozbrzmiewają zaś wyraźnie w teorii prawa karnego. Sprawcy czynu zabronionego należy zagwarantować to wszystko, co mocą przepisu prawa przysługuje mu w jego obronie, lecz ta nie może następować kosztem pokrzywdzenia ofiary. Jestem także niezmiernie ciekaw, kiedy i z czyich *pleno titulo* ust usłyszę, że za popełnione przestępstwo powinien „odsiedzieć” pokrzywdzony.

¹² OSNKW 2017, nr 9, poz. 50.

¹³ A. Lach, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2017 r., sygn. III KK 349/16*, OSNKW 2017, nr 9, poz. 50.

Tadeusz Felski

GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W GDAŃSKU Z 2 STYCZNIA 2018 R., V ACA 577/16

Teza glosowanego wyroku:

Przejdzie [w postępowaniu apelacyjnym] z pierwotnych żądań opartych na art. 36 ust. 1 i 3 ustawy z dn. 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym w kierunku roszczeń odszkodowawczych na zasadach ogólnych, ma wpływ nie tylko na zmianę podstawy prawnej dochodzonych roszczeń, ale przede wszystkim na zmianę podstawy faktycznej ich dochodzenia. W istocie, zmiana podstawy faktycznej dochodzonych żądań sprawia, że mamy do czynienia z innymi roszczeniami. Tymczasem, w myśl art. 383 k.p.c., w postępowaniu apelacyjnym nie można rozszerzyć żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami (...)¹

Problematyka roszczeń rekompensujących właścicielowi lub użytkownikowi wieczystemu nieruchomości negatywne (z jego punktu widzenia) skutki zmian w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego stale zyskuje na praktycznym znaczeniu, o czym świadczy duża liczba tego rodzaju spraw pojawiających się na wokandach sądowych.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy powodowie dochodzili od Gminy Miasta T. dwóch roszczeń, których źródłem była zmiana miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego: roszczenia o wykup nieruchomości (prawa użytkowania wieczystego) i roszczenia odszkodowawczego. Zdaniem powodów zmiana planu uniemożliwiała lub istotnie ograniczała korzystanie z nieruchomości (prawa użytkowania wieczystego) w dotychczasowy sposób lub sposób zgodny z dotychczasowym przeznaczeniem. Wymienionych roszczeń do-

chodzili w różnych konfiguracjach, formułując raz jedno, raz drugie jako roszczenie główne albo roszczenie ewentualne. Ostatecznie powodowie umieścili na pierwszym miejscu roszczenie odszkodowawcze, a roszczenie o wykup określili jako ewentualne. Sąd pierwszej instancji uwzględnił częściowo roszczenie odszkodowawcze powodów, oddalając powództwo w pozostałej części. Jako podstawę prawną roszczenia odszkodowawczego przyjął sąd okręgowy przepis art. 36 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (dalej: ustawa), co wyraźnie wskazał w uzasadnieniu wyroku.

W toku postępowania powodowie utracili prawo użytkowania wieczystego wskutek egzekucji komorniczej. W rezultacie, jak trafnie przyjął Sąd Apelacyjny, utracili również legitymację czynną do dochodzenia roszczeń wskazanych w art. 36 ust. 1 ustawy, zarówno

¹ Orzeczenie opublikowano na Portalu orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, orzeczenia.gdansk.sa.gov.pl

o wykup, jak i odszkodowanie. Zgodnie bowiem z utrwaloną już linią orzecznictwa osoba dochodząca tych roszczeń musi utrzymać status właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości do chwili zamknięcia rozprawy przed sądem drugiej instancji².

Powstało jednak pytanie, czy w tej sytuacji przysługuje powodowi roszczenie z art. 36 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym, jeżeli w związku z uchwaleniem planu miejscowego albo jego zmianą wartość nieruchomości uległa obniżeniu, a właściciel albo użytkownik wieczysty zbywa tę nieruchomość i nie skorzystał z praw, o których mowa w ust. 1 i 2, może żądać od gminy odszkodowania równego obniżeniu wartości nieruchomości. Skoro przesłanką zastosowania tego przepisu jest „zbycie” nieruchomości, to trzeba rozstrzygnąć, czy zakres tego pojęcia obejmuje również egzekucyjną sprzedaż nieruchomości (użytkowania wieczystego). W tej kwestii trafnie przyjął Sąd Apelacyjny, że pojęcie „zbywa” oznacza tylko przeniesienie prawa własności albo użytkowania wieczystego w drodze odpłatnej czynności prawnej, nie dotyczy więc tzw. sprzedaży egzekucyjnej. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyjaśniono, że egzekucyjna sprzedaż nieruchomości – mimo podobieństwa terminologicznego – nie jest sprzedażą w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Nie jest to nawet czynność prawna, lecz przenoszący własność rzeczy skutek postanowienia sądowego o przyśądzeniu własności³. Postanowienie o przysądzeniu własności ma charakter konstytutywny, ponieważ przenosi własność nieruchomości, a nie stwierdza tego przeniesienia. Nabycie własności w tym trybie ma charakter pierwotny, niezależny od woli poprzedniego właściciela nieruchomości – ze wszystkimi konsekwencjami tego sposobu nabycia na gruncie prawa materialnego⁴.

Wobec powyższego powodowie, dostrzegając zapewne bezzasadność roszczeń opartych

na przepisach art. 36 ust. 1 i 3 ustawy, podjęli w toku postępowania apelacyjnego próbę zmiany podstawy prawnej swoich żądań, powołując się na tzw. zasady ogólne. W szczególności powodowie zaczęli powoływać się na nową podstawę prawną roszczenia odszkodowawczego w postaci art. 417 § 1 k.c., twierdząc, że mamy w tej sprawie do czynienia ze szkodą wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej, a wynikającą z odmowy wykupu przez gminę ich prawa użytkowania wieczystego. W jednym z pism procesowych w postępowaniu apelacyjnym powodowie dokonali nawet formalnej zmiany powództwa polegającej na dochodzeniu, „w miejsce roszczenia o wykup”, roszczenia odszkodowawczego opartego na hipotezie normy art. 417 § 1 k.c.

Nie chodziło tu jednak tylko o podstawę prawną roszczeń powodów, której wyboru, jak wiadomo, dokonuje sąd z urzędu, ale także o zmianę podstawy faktycznej – w zależności bowiem od przyjęcia takiej lub innej normy prawa materialnego inny zespół faktów, wynikający z hipotezy tej normy, staje się istotny dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie wolno dopuścić do sytuacji, aby sąd drugiej instancji orzekał na innej podstawie faktycznej, aniżeli czynił to sąd pierwszej instancji. Taka zmiana powództwa byłaby niedopuszczalna także w razie „zmiany okoliczności”, o której mówi art. 383 k.p.c. – nawet w tym przypadku podstawa faktyczna powództwa powinna być jednakowa zarówno dla żądania pierwotnego, jak i zmienionego. Zdaniem T. Erecińskiego zmiana podstawy faktycznej powództwa powodowałaby, że przedmiotem rozpoznania przez sąd odwoławczy byłoby nowe powództwo, a takie uprawnienie sądu drugiej instancji jest wyłączone, ponieważ przedmiotem procesu w drugiej instancji może być w całości lub w części wyłącznie to, co było przedmiotem procesu przed sądem niższym, bądź też to, co stało się przedmiotem

² Tak np. wyrok SN z 29 września 2015 r., II CSK 653/14.

³ Zob. uzasadnienie postanowienia SN z 9 sierpnia 2000 r., V CKN 1254/00 i orzeczenie SN z 22 września 1997 r., II CKN 730/97.

⁴ K. Flaga-Gieruszyńska, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, C. H. Beck, Warszawa 2017, s. 1626 i 1654.

procesu do chwili zamknięcia rozprawy w pierwszej instancji. Dopuszczając możliwość zmiany podstawy powództwa, sąd drugiej instancji rozpoznałby sprawę, o której nie rozstrzygnął sąd pierwszej instancji, co naruszałoby zasadę instancyjności⁵.

Zmiana surogacyjna powództwa może wprawdzie polegać na żądaniu, w razie zmiany okoliczności, innego przedmiotu, ale nowy przedmiot procesu powinien pozostawać w ramach tej samej podstawy faktycznej, która była wskazywana przed sądem pierwszej instancji. Uwarunkowanie dopuszczalności zmiany podstawy faktycznej powództwa od zmiany okoliczności nie oznacza więc zmiany podstawy faktycznej powództwa, która powinna być jednakowa zarówno dla żądania pierwotnego, jak i zmienionego (tak wyrok SN z 16 listopada 1999 r., II CKN 586/98; podobnie wyrok SN z 19 listopada 1998 r., III CKN 32/98, wyrok SN z 25 lipca 2000 r., III CKN 821/00 oraz wyrok SN z 29 stycznia 2009 r., V CSK 282/08)⁶.

Oczywiście, skoro przepis art. 383 k.p.c. mówi o „zmianie okoliczności”, to mamy do czynienia z powstaniem nowych okoliczności, które w pewnym zakresie modyfikują dotychczasową podstawę faktyczną powództwa. Chodzi jednak o to, aby podstawowy zespół faktów prawotwórczych (kreujących roszczenie powoda) pozostał bez zmiany – wtedy właśnie możemy mówić o działaniu powoda „w ramach” dotychczasowej podstawy faktycznej. W przypadku „zmiany” dokonanej przez powodów nie chodziło o zmianę surogacyjną mieszczącą się w ramach dotychczasowej podstawy faktycznej powództwa, ale o całkowicie nowe roszczenie oparte na twierdzeniu, że odmawiając wykupu nieruchomości, pozwana Gmina popełniła czyn niedozwolony, polegający na niezgodnym z prawem zaniechaniu przy wykonywaniu władzy publicznej.

Sąd Apelacyjny słusznie więc uznał taką zmianę powództwa za niedopuszczalną w świetle art. 383 k.p.c. i nie rozpoznał nowego roszczenia powodów, opartego na przepisie art. 417 § 1 k.c. i podniesionego dopiero w postępowaniu apelacyjnym. Przy tej okazji warto jednak rozważyć hipotetyczną skuteczność tego rodzaju zmiany w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, w którym brak podobnych procesowych ograniczeń dopuszczalności zmiany powództwa.

Wyłania się tu ciekawe zagadnienie materialnoprawne – zagadnienie stosunku przepisów art. 36 i 37 ustawy do przepisów Kodeksu cywilnego. Pomimo proklamowania w przepisie art. 1 k.c. zasady jedności prawa cywilnego jest oczywiste, że reguła ta nie może być rozumiana jako zasada zupełności, według której Kodeks cywilny powinien obejmować wszystkie przepisy z zakresu prawa cywilnego jako odrębnej gałęzi prawa⁷. W przypadku, gdy jakieś zagadnienie z dziedziny prawa cywilnego regulują przepisy szczególne, one właśnie znajdują w sprawie zastosowanie na zasadzie *lex specialis derogat legi generali*.

To nie Kodeks cywilny, lecz ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym reguluje odpowiedzialność odszkodowawczą gminy za skutki podejmowanych działań planistycznych⁸. Jest to w założeniu ustawodawcy regulacja wyczerpująca tę materię ustawodawczą, zawierająca przepisy szczególne w stosunku do ogólnych przepisów Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności odszkodowawczej.

Obejmuje ona w szczególności roszczenia wynikające z uchwalenia lub zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, jeżeli skutkiem wydania takiego aktu jest wyłączenie lub istotne ograniczenie możliwości korzystania z nieruchomości zgodnie z dotychczasowym

⁵ T. Ereciński, *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 148.

⁶ Por. też M. Manowska, *Apelacja w postępowaniu cywilnym. Komentarz i orzecznictwo*, komentarz do art. 383, WK 2016.

⁷ Tak S. Dmowski, T. Trzaskowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, pod red. J. Gudowskiego, LexisNexis 2014, uwagi do art. 1.

⁸ Por. K. Świdorski, *Odpowiedzialność gminy z tytułu szkód spowodowanych kształtowaniem ładu przestrzennego*, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 9, s. 23.

przeznaczeniem, a mianowicie roszczenie o odszkodowanie za poniesioną rzeczywistą szkodę albo roszczenie o wykupienie nieruchomości (art. 36 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy). Ponadto uregulowano roszczenie o odszkodowanie za obniżenie wartości nieruchomości, następnie zbytej przez właściciela lub użytkownika wieczystego (art. 36 ust. 3 ustawy). W sposób szczególnie uregulowano też skutki opóźnienia gminy w wypłacie odszkodowania lub wykupie nieruchomości, w postaci odsetek ustawowych za opóźnienie (art. 37 ust. 9). Jednocześnie ustawodawca zaznaczył, że spory w sprawach, o których mowa m.in. w art. 36 ust. 1–3, rozpoznają sądy powszechne – podkreślając w ten sposób cywilnoprawny charakter tych roszczeń.

Nie ulega więc wątpliwości, że roszczenia przewidziane w tych przepisach, w sytuacji ograniczenia uprawnień właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości wskutek takiej zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, która powoduje niemożność lub istotne ograniczenie korzystania z nieruchomości w dotychczasowy sposób lub zgodnie z dotychczasowym przeznaczeniem, mają charakter cywilnoprawny⁹.

Wobec powyższego wydaje się, że zawarty w ustawie katalog roszczeń cywilnoprawnych właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości, w wypadku wypełnienia się hipotezy normy art. 36 ust. 1–3, jest wyczerpujący. W tej sytuacji Sąd Apelacyjny trafnie stwierdził, że pozbawione podstaw byłoby oparcie roszczeń na zasadach ogólnych w przypadku niezasadności roszczeń wywodzonych pierwotnie na podstawie art. 36 ust. 1 i 3 ustawy. Jednocześnie jest oczywiste, że w kwestiach szczegółowych związanych z realizacją tych roszczeń, a nieuormowanych w ustawie, np. w kwestii przedawnienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (por. wyrok SN z 10 stycznia 2017 r., V CSK 222/16).

Na marginesie warto się ustosunkować do próby oparcia roszczeń odszkodowawczych właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości na podstawie art. 417 § 1 k.c. również w aspekcie wystąpienia przesłanki zastosowania tego przepisu w postaci wyrządzenia szkody „przy wykonywaniu władzy publicznej”. W tej kwestii trzeba stwierdzić, że powódowie nie odróżnili sfery działania gminy w ramach władztwa planistycznego (art. 3 ust. 1 ustawy) od realizacji przez gminę roszczeń cywilnoprawnych z art. 36 ust. 1 i 3 tej ustawy. W zakresie skutków podejmowanych działań planistycznych w sferze ograniczenia uprawnień właściciela do korzystania z nieruchomości gmina i właściciel nieruchomości występują jako strony równorzędnego stosunku prawnego, który ma charakter cywilnoprawny. Odmowa przez gminę wykonania roszczenia o wykup nieruchomości oznacza odmowę złożenia oświadczenia woli określonej treści, które może być zastąpione wyrokiem sądu (art. 64 k.c.). Przepis art. 37 ust. 9 ustawy, mówiąc o obowiązku wynikającym z roszczeń art. 36 ust. 1 ustawy, ma na względzie obowiązek cywilnoprawny odpowiadający uprawnieniu (roszczeniu) wierzyciela, a nie jakikolwiek obowiązek publicznoprawny. Twierdzenie, że chodzi tu o przejaw wykonywania władzy publicznej, wydaje się oczywistym nieporozumieniem.

Czym innym jest natomiast działanie gminy w sferze władztwa planistycznego, które oznacza kompetencje organów gminy dotyczące sporządzania i uchwalania planów miejscowych (art. 3 ust. 1, art. 6 ust. 1, art. 29 ustawy). W tej sferze rozstrzygnięcia dotyczące przeznaczenia terenów na określone cele, dokonane w ramach zasady samodzielności planistycznej gminy, wiążą inne podmioty, w tym właścicieli, użytkowników wieczystych nieruchomości objętych aktem planistycznym organów gminy¹⁰. Należy przy tym podkreślić, że miejscowe plany

⁹ Por. A. Plucińska-Filipowicz, T. Filipowicz, A. Kosicki, (w:) *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 459, 475–476.

¹⁰ Por. T. Bąkowski, (w:) W. Sz wajdler, T. Bąkowski, *Proces inwestycyjno-budowlany. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Toruń 2004, s. 41.

zagospodarowania przestrzennego pochodzące od gminy mają charakter normatywny. Jeśliby więc były dotknięte wadą skutkującą wyrządzeniem szkody, można by mówić co najwyżej o odpowiedzialności cywilnoprawnej gminy za bezprawie legislacyjne [art. 417(1) § 1 k.c.].

W konkluzji powyższych rozważań należy stwierdzić, że zarówno rozstrzygnięcie reformatoryjne Sądu Apelacyjnego oddalające w całości powództwo, jak i argumenty przywołane dla jego uzasadnienia zasługują w pełni na aprobatę.

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (kwiecień–czerwiec 2018 r.)

OBOWIĄZEK PRZESTRZEGANIA PRAW CZŁOWIEKA (ART. 1)

Swoboda ustawodawcy korzystającego z pewnego jej marginesu rozciąga się zarówno na decyzję o interwencji w danej dziedzinie, jak i – po jej nastąpieniu – na wprowadzone szczegółowe regulacje, które powinny zapewnić, aby przepisy były zgodne z Konwencją i została osiągnięta równowaga między konkurującymi ze sobą interesami: publicznym i prywatnym. Nie oznacza to jednak, że wybory i przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania pozostają poza granicami kontroli Trybunału, do którego należy staranne zbadanie argumentów stawianych w procesie ustawodawczym i prowadzących do przyjętych wyborów oraz ustalenie, czy została zachowana właściwa równowaga między konkurującymi ze sobą interesami państwa lub ogólnie społeczeństwa oraz osób bezpośrednio dotkniętych działaniami ustawodawcy.

Wyrok Correia de Matos v. Portugalia, 4.4.2018 r., Wielka Izba, skarga nr 56402/12, § 117.

PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Decyzja o zgodzie na bronienie się przez oskarżonego osobiście bez pomocy adwokata albo zamiast tego o ustanowieniu adwokata do reprezentowania go mieści się w granicach swobody państw Konwencji, które są lepiej przygotowane niż Trybunał do wyboru odpowiednich środków mających umożliwić ich sądom zagwarantowanie praw obrony.

Wyrok Correia de Matos v. Portugalia, 4.4.2018 r., Wielka Izba, skarga nr 56402/12, § 123.

Władze krajowe przy dokonywaniu wyboru, do jakiego są uprawnione na podstawie art. 6 ust. 1 i 3 lit. c, muszą brać pod uwagę wolę oskarżonego, mogą ją jednak pominąć, jeśli istnieją istotne i wystarczające podstawy do uznania, że jest to konieczne w interesie wymiaru sprawiedliwości. Trybunał bada podstawy przewidziane przez ustawodawcę krajowego oraz stosowanie przez sądy wchodzących w grę przepisów prawa w konkretnej sprawie. Na poziomie ustawodawcy mogą mieć pewne znaczenie standardy prawne i rozwój wydarzeń w innych państwach Rady Europy, w prawie Unii Europejskiej oraz

bardziej ogólnie w prawie międzynarodowym. Badanie znaczenia i wystarczającego charakteru przedstawionych argumentów stanowi w istocie część procesu badania przez Trybunał ogólnej rzetelności postępowania karnego. Trybunał systematycznie powtarza, że nieodłącznym celem praw minimalnych zagwarantowanych w art. 6 ust. 3 jest wkład w zapewnienie rzetelności całego postępowania karnego, co jest główną troską Trybunału na podstawie art. 6 ust. 1.

Wyrok Correia de Matos v. Portugalia, 4.4.2018 r., Wielka Izba, skarga nr 56402/12, § 126.

Państwa Konwencji mogą wybrać, w ramach swobody przyznanej im w ugruntowanym orzecznictwie Trybunału, obowiązkową reprezentację prawną. Przy ocenie znaczenia i wystarczających podstaw takiego wyboru oraz tego, czy państwo nie przekroczyło granic swojej swobody w tym zakresie, Trybunał może również uwzględnić sposób, w jaki korzystały z niego inne państwa, oraz przyjmowane przez nie kryteria, podobnie jak zmiany w prawie międzynarodowym i – w miarę potrzeby – europejskim.

Wyrok Correia de Matos v. Portugalia, 4.4.2018 r., Wielka Izba, skarga nr 56402/12, § 130.

Standardy przyjęte przez inne państwa Konwencji oraz wymienione wcześniej zmiany w skali międzynarodowej powinny być brane pod uwagę. Biorąc jednak pod uwagę znaczną swobodę wyboru środków, jaką ugruntowane orzecznictwo Trybunału przyznało państwom w procesie zapewnienia zgodności ich systemów sądowych z wymaganiami prawa do bronięcia się „osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę” (art. 6 ust. 3 lit. c) oraz ze względu na to, że nieodłącznym celem tego przepisu jest przyczynienie się do rzetelności postępowania karnego jako całości, należy stwierdzić, że standardy te nie są rozstrzygające. Gdyby tak było, wybór środków przez państwa członkowskie i przyznana im w tym zakresie swoboda zostałyby nadmiernie ograniczone. Absolutny zakaz bronięcia się osobiście w postępowaniu karnym bez pomocy obrońcy

może w pewnych okolicznościach stanowić zbyt daleko idące ograniczenie. W tej sytuacji, mimo istnienia w państwach Konwencji tendencji do uznania prawa oskarżonego do bronięcia się bez pomocy licencjonowanego prawnika, nie ma między nimi co do tego ogólnej zgody, a nawet gdy ustawodawstwa krajowe przewidują takie prawo, różnią się one znacznie co do sposobu jego stosowania.

Wyrok Correia de Matos v. Portugalia, 4.4.2018 r., Wielka Izba, skarga nr 56402/12, § 137.

Przy badaniu zgodności z art. 6 ust. 1 i 3 lit. c Konwencji spraw dotyczących obowiązkowej pomocy prawnej w postępowaniach karnych muszą mieć zastosowanie następujące zasady: (a) art. 6 ust. 1 i 3 ust. c nie musi dawać oskarżonemu prawa do samodzielnego decydowania o sposobie zapewnienia mu obrony; (b) decyzja o wyborze jednej z dwóch alternatyw wymienionych w tym przepisie, a więc prawa skarżącego do bronięcia się osobiście lub do bycia reprezentowanym przez adwokata z własnego wyboru albo w pewnych okolicznościach ustanowionego przez sąd, zależy co do zasady od rozwiązań ustawowych lub regulaminu sądu; (c) państwa Konwencji korzystają przy wyborze z pewnej swobody, która nie jest jednak nieograniczona. W świetle tych zasad Trybunał musi w pierwszej kolejności zbadać, czy zostały przedstawione istotne i wystarczające podstawy wyboru ustawowego zastosoanego w danej sprawie. Po drugie, nawet w razie ich przedstawienia nadal konieczne jest ustalenie – w ramach ogólnej oceny rzetelności postępowania karnego – czy sądy krajowe, stosując zarzucone rozwiązanie, również przedstawiły istotne i wystarczające podstawy swojej decyzji. W związku z tym istotna jest ocena, czy oskarżony otrzymał praktyczną możliwość skutecznego udziału w swoim procesie.

Wyrok Correia de Matos v. Portugalia, 4.4.2018 r., Wielka Izba, skarga nr 56402/12, § 143.

Trybunał nie może oceniać, czy wybory dokonane przez państwa Konwencji oznaczające ograniczenia dostępu do sądu były właściwe; jego zadanie ogranicza się do ustalenia, czy pro-

wadziły one do skutków zgodnych z Konwencją. Podobnie rola Trybunału nie polega na rozwiązywaniu sporów na tle interpretacji prawa krajowego regulującego taki dostęp, ale na ocenie, czy jej skutki były zgodne z Konwencją.

Wyrok Zubac v. Chorwacja, 5.4.2018 r.,

Wielka Izba, skarga nr 40160/12, § 81.

Stosowanie ustawowego progu wartości przedmiotu sporu przy skargach kasacyjnych do sądu najwyższej instancji stanowi uprawnione i uzasadnione wymaganie proceduralne, jeśli wziąć pod uwagę istotę jego roli polegającej na zajmowaniu się wyłącznie kwestiami odpowiednio dużej wagi.

Wyrok Zubac v. Chorwacja, 5.4.2018 r.,

Wielka Izba, skarga nr 40160/12, § 83.

Przy ocenie, czy postępowanie przed sądem apelacyjnym lub kasacyjnym spełniało wymogi art. 6 ust. 1, Trybunał bierze pod uwagę stopień, w jakim sprawa została rozpatrzona przez sądy niższej instancji, kwestię na tle rzetelności postępowania przed tymi sądami oraz naturę roli sądu wchodzącego w grę.

Wyrok Zubac v. Chorwacja, 5.4.2018 r.,

Wielka Izba, skarga nr 40160/12, § 84.

W związku z kwestią ustawowych ograniczeń dostępu do sądów najwyższej instancji ze względu na wartość przedmiotu sporu Trybunał w różnym stopniu bierze pod uwagę niektóre inne czynniki, a zwłaszcza (i) przewidywalność ograniczenia, (ii) kto – skarżący czy państwo – powinien ponieść negatywne konsekwencje błędów popełnionych w postępowaniu, uniemożliwiających skarżącemu dostęp do sądu najwyższej instancji oraz (iii) czy można uznać te ograniczenia za oznaczające „nadmierny rygorizm”.

Wyrok Zubac v. Chorwacja, 5.4.2018 r.,

Wielka Izba, skarga nr 40160/12, § 85.

W pierwszej kolejności do krajowych sądów najwyższej instancji – jeśli wymaga tego prawo krajowe – należy ocena, czy został zachowany próg ustawowego minimum wartości przed-

miotu sporu dopuszczającego skargę kasacyjną. W sytuacji gdy wchodzące w grę prawo krajowe zezwala im na selekcję napływających spraw, sąd najwyższej instancji nie może być związany błędami w ocenie tego progu popełnionymi przez sądy niższej instancji.

Wyrok Zubac v. Chorwacja, 5.4.2018 r.,

Wielka Izba, skarga nr 40160/12, § 86.

Ograniczenie dostępu do sądu jest nieproporcjonalne, jeśli środek prawny został uznany za niedopuszczalny z powodu przypisania skarżącemu pomyłki, za którą nie był obiektywnie odpowiedzialny.

Wyrok Zubac v. Chorwacja, 5.4.2018 r.,

Wielka Izba, skarga nr 40160/12, § 95.

Przestrzeganie sformalizowanych reguł postępowania cywilnego, w drodze których strony zapewniają rozstrzygnięcie sporu, jest czymś wartościowym i ważnym, jeśli pozwala ograniczyć dowolność, zapewnić równość broni, zapobiec arbitralności, zapewnić skuteczne rozstrzygnięcie sporu i orzeczenie w rozsądnym terminie oraz zapewnić pewność prawną i szacunek dla sądu.

Wyrok Zubac v. Chorwacja, 5.4.2018 r.,

Wielka Izba, skarga nr 40160/12, § 96.

Prawo dostępu do sądu zostanie naruszone, gdy regulacje przestają służyć pewności prawnej i właściwemu wymiarowi sprawiedliwości oraz stanowią rodzaj bariery uniemożliwiającej stronie merytoryczne rozstrzygnięcie jej sprawy przez właściwy sąd.

Wyrok Zubac v. Chorwacja, 5.4.2018 r.,

Wielka Izba, skarga nr 40160/12, § 98.

ZAKAZ KARANIA BEZ PODSTAWY PRAWNEJ (ART. 7)

Sformułowanie art. 7 ust. 1 zdanie drugie wskazuje, że punktem wyjścia każdej oceny, czy mamy do czynienia z „karą”, jest odpowiedź na pytanie, czy środek wchodzący w grę został zastosowany w następstwie orzeczenia,

iz dana osoba popełniła czyn zagrożony karą. W związku z tym mogą być brane pod uwagę również inne istotne czynniki, mianowicie natura i cel środka wchodzącego w grę, jego charakterystyka w prawie krajowym, procedura stosowana przy orzekaniu i wykonywaniu tego środka oraz jego surowość.

Wyrok G.I.E.M. S.r.l. i inni v. Włochy, 28.6.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 1828/06, 34163/07 i 19029/11, § 211 – odnoszący się do spraw dotyczących przewidzianej prawem konfiskaty gruntu w przypadku jego nielegalnej zabudowy.

Ustalenie dla celów Konwencji, że środek wchodzący w grę miał charakter „kary” wyłącznie, gdy osoba popełniła czyn uznany za zagrożony karą w prawie krajowym i została uznana za winną przez sąd karny, byłoby niezgodne z autonomicznym rozumieniem pojęcia „kara”. Gdyby nie istniała autonomiczna koncepcja tego pojęcia, państwa mogłyby swobodnie wymierzać kary bez kwalifikowania ich w ten sposób i w rezultacie osoby ukarane byłyby pozbawione gwarancji z art. 7 ust. 1. Przepis ten zostałby więc pozbawiony jakiegokolwiek praktycznego znaczenia.

Wyrok G.I.E.M. S.r.l. i inni v. Włochy, 28.6.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 1828/06, 34163/07 i 19029/11, § 216.

Skazanie przez sądy krajowe może stanowić jedno z kryteriów oceny, czy dany środek stanowi „karę” w rozumieniu art. 7, jego brak nie wyklucza jednak zastosowania tego przepisu.

Wyrok G.I.E.M. S.r.l. i inni v. Włochy, 28.6.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 1828/06, 34163/07 i 19029/11, § 217.

W przypadku „kary” art. 7 wymaga istnienia więzi intelektualnej (świadomość i zamiar) wskazującej na odpowiedzialność sprawcy czynu zagrożonego karą za swoje zachowanie. Zasada, że czyny zagrożone karą i kary muszą być przewidziane przez prawo, oznacza, że prawo karne musi jasno je definiować, aby były zrozumiałe, a ich skutki przewidywalne. Wymaganie to jest spełnione, gdy jednostka

może zorientować się z treści przepisu – w razie potrzeby z pomocą jego interpretacji sądowej – jakie działania lub zaniechania prowadzą do odpowiedzialności karnej. Oznacza to również, że co do zasady określony środek można uznać za „karę” w rozumieniu art. 7 wyłącznie w razie ustalenia odpowiedzialności osobistej sprawcy. Istnieje wyraźny związek między stopniem przewidywalności przepisu prawa karnego i taką odpowiedzialnością. „Kara” w rozumieniu art. 7 wymaga istnienia więzi intelektualnej pozwalającej stwierdzić w zachowaniu osoby, która fizycznie dopuściła się przestępstwa, pierwiastek odpowiedzialności. Wymaganie to jednak nie wyklucza niektórych form odpowiedzialności obiektywnej wynikającej z domniemań, pod warunkiem że są one zgodne z Konwencją. Artykuł 6 ust. 2 zezwala państwom na stosowanie prawa karnego do czynów, które nie stanowią normalnego korzystania z któregoś z praw chronionych na podstawie Konwencji, a zatem do definiowania znamion czynu zagrożonego karą. Mogą one pod pewnymi warunkami penalizować proste lub obiektywne fakty niezależnie od tego, czy wynikały z zamiaru kryminalnego, czy z niedbalstwa. Przykłady takich przestępstw można znaleźć w przepisach państw Konwencji. Domniemania faktyczne lub prawne działają w każdym systemie prawnym i Konwencja – co do zasady – ich nie zakazuje; wymaga jednak od państw, aby w prawie karnym nie wykaczały poza pewne granice. Zostałyby one przekroczone, gdyby w rezultacie domniemania jednostka nie mogła oczyścić się ze stawianych jej zarzutów, oznaczałoby to bowiem odebranie jej w ten sposób korzyści wypływających z art. 6 ust. 2.

Wyrok G.I.E.M. S.r.l. i inni v. Włochy, 28.6.2018 r., Wielka Izba, skargi nr 1828/06, 34163/07 i 19029/11, § 242–243.

Artykuł 7 nie wymaga, aby wszystkie spory na podstawie tego artykułu toczyły się w kontekście postępowania karnego w ścisłym rozumieniu. W tym znaczeniu jego stosowanie nie oznacza nałożenia na państwa obowiązku „kryminalizacji” procedur, których – korzysta-

jąc ze swojej swobody – nie zakwalifikowały do ścisłej kategorii prawa karnego.

Wyrok G.I.E.M. S.r.l. i inni v. Włochy,
28.6.2018 r., *Wielka Izba*, skargi nr 1828/06,
34163/07 i 19029/11, § 253.

Ze względu na zasadę, że nie można nikogo ukarać za czyn wiążący się z odpowiedzialnością karną innej osoby, konfiskata zastosowana do jednostek lub osób prawnych innych niż oskarżone jest niezgodna z art. 7 Konwencji.

Wyrok G.I.E.M. S.r.l. i inni v. Włochy, 28.6.2018 r.,
Wielka Izba, skargi nr 1828/06, 34163/07
i 19029/11, § 274.

PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)

W sytuacji gdy władze państwowe, a nie członkowie rodziny, wiedziały o śmierci ich osoby bliskiej, właściwe władze mają przynajmniej obowiązek podjęcia rozsądnych praktycznych kroków umożliwiających ich powiadomienie. Nie mogą podjąć decyzji o pochówku zmarłego bez podjęcia takich działań.

Wyrok Lozovyye v. Rosja, 24.4.2018 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 4587/09, § 38.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Funkcjonariusze publiczni działający w charakterze urzędowym mogą być przedmiotem szerszej możliwej do zaakceptowania krytyki niż zwykli obywatele, tym bardziej gdy dotyczy ona całej instytucji publicznej – sił zbrojnych lub sił bezpieczeństwa, a nie konkretnych funkcjonariuszy.

Wyrok Stomakhin v. Rosja, 9.5.2018 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 52273/07, § 106.

Integralną częścią wolności wypowiedzi jest poszukiwanie prawdy historycznej, a debata o powodach działań szczególnie ważnych, które mogły stanowić zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości, powinna być

swobodna. Do natury wypowiedzi politycznej należy jej kontrowersyjność, a często zjadliwość. Fakt, że wypowiedzi zawierają ostrą krytykę oficjalnej polityki i przekazują jednostronny pogląd o powodach i odpowiedzialności za sytuację w określonych dziedzinach, nie może być wystarczającym usprawiedliwieniem ingerencji w wolność wypowiedzi.

Wyrok Stomakhin v. Rosja, 9.5.2018 r.,
Izba (Sekcja III), skarga nr 52273/07, § 113.

OCHRONA WŁASNOŚCI (ART. 1 PROTOKOŁU NR 1)

W związku z faktem zaprzestania wypłaty świadczeń społecznych nie można – ze względu na znaczenie troski o sprawiedliwość społeczną – uniemożliwić władzom publicznym naprawy błędów, nawet jeśli nastąpiły na skutek ich własnej niedbałości. Inne podejście byłoby sprzeczne z doktryną bezpodstawnego wzbogacenia, ale również nieuczciwe wobec innych osób łąjących na fundusz zabezpieczenia społecznego, zwłaszcza tych, którym odmówiono świadczeń ze względu na niespełnienie wymagań ustawowych. Oznaczałoby również usankcjonowanie niewłaściwego dysponowania szczytymi środkami publicznymi, co samo w sobie jest sprzeczne z interesem publicznym.

Wyrok Čakarević v. Chorwacja, 26.4.2018 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 48921/13, § 79.

Przy badaniu zgodności zarzuconej sytuacji z art. 1 Protokołu nr 1 Trybunał musi zbadać rozmaite interesy wchodzące w grę, biorąc pod uwagę, że Konwencja ma chronić prawa, które są „praktyczne i skuteczne”. Musi wyjść poza znamiona zewnętrzne i ustalić rzeczywisty stan faktyczny. Ocena ta może obejmować zachowanie stron, w tym środki podjęte przez państwo i ich implementację. Przy ocenie zachowania państwa czynnikiem wymagającym uwzględnienia jest niepewność prawna, administracyjna lub wynikająca z praktyki władz.

Wyrok Čakarević v. Chorwacja, 26.4.2018 r.,
Izba (Sekcja I), skarga nr 48921/13, § 81.

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

CZY RAŻĄCE NARUSZENIE ZASADY SWOBODNEJ OCENY DOWODÓW?

Mamy przedpołudnie pierwszej dekady sierpnia. Dzień słoneczny, temperatura 25°C. W miejscowości K. dochodzi do potrącenia przez kierującego samochodem marki Alfa Romeo 18-letniej pieszej na oznakowanym przejściu dla pieszych, usytuowanym między skrzyżowaniami. Przejście zostało uznane przez inżynierów za szczególnie niebezpieczne z trzech powodów. Otóż po jednej stronie jezdni znajduje się gimnazjum, obok akademik, do którego w okresie wakacyjnym zjeżdżają z reguły młodzieżowe wycieczki, po przeciwnej stronie jezdni wielobranżowy Supersam. Tak więc przejście szerokości 4 m i długości 3 m, poza znakiem pionowym „przejście dla pieszych” (D-6) wraz z oznakowaniem poziomym „przejście dla pieszych” (P-10), zostało dodatkowo wyposażone pulsującym sygnałem żółtym. Oznakowanie to poprzedza znak ostrzegawczy „przejście dla pieszych” (A-16), umieszczony w odległości 100 m. Ponadto droga jest oznakowana znakami „obszar zabudowany” (D-42) łącznie ze znakiem B-33, określającym dopuszczalną prędkość wartości 40 km/h.

Wskutek wypadku piesza doznała ciężkich obrażeń ciała naruszających czynności organizmu powyżej 7 dni. W pojeździe odnotowano wgniecenie maski, pęknięcie szyby przedniej

oraz wgniecenie krawędzi dachu sąsiadującej z przednią szybą. Kluczową rolę odegrał jedyny zresztą świadek. Mężczyzna zbliżył się do przejścia linią pieszej, a zatem utrwalił moment i miejsce kontaktu pojazdu z pieszą. Widząc, że leżącą pieszą zajęły się inne osoby, oznaczył na pasach miejsce uderzenia, a następnie uczynił obrys kół samochodu. Jak zeznał, zawsze nosi ze sobą krede, po to wszakże, by w razie bycia świadkiem wypadku zabezpieczyć dostępne ślady przed przyjazdem funkcjonariuszy Policji. Zapytany przez policjanta, dlaczego dokonał obrysu kół pojazdu, odpowiedział, że wielokrotnie kierujący przemieszczają pojazdy z pozycji powypadkowej, a wówczas ujawnienie prawdy materialnej nastęrcza trudności. Nie ma wątpliwości, że taka postawa jest godna naśladowania. Dzięki świadkowi ustalono, że potrącenie nastąpiło, gdy piesza znajdowała się w połowie długości przejścia, a kierujący przejechał trzy metry jego szerokości. Kierujący rozpoczął hamowanie dopiero po potrąceniu pieszej, a droga zatrzymania pojazdu wyniosła 38,9 m przy najniższej wartości intensywności hamowania. Oznacza to, że kierujący poruszał się z prędkością 60 km/h (16,6 m przejeżdża w czasie reakcji średnio 1 s + 4,9 m w czasie narastania hamowania + 17,4 m dro-

ga hamowania). Oględziny miejsca zdarzenia wykazały, że pojazd nie pozostawił śladu hamowania, ponieważ jest wyposażony w ABS. Oznacza to, że oględziny przeprowadzono pobieżnie. Wnikliwe spojrzenie na jezdnię pod kątem 30° wykazałoby przerywany ślad hamowania nawet przy niskiej jego intensywności. Kierujący przy określonej prędkości nie był w stanie (na własne zresztą życzenie) uniknąć potrącenia, nawet jeżeli zareagowałby hamowaniem w chwili ruszenia pieszej z chodnika na jezdnię. Wówczas pojazd musiał znajdować się w odległości 34,2 m. Wynika to z faktu, że (według zeznań świadka) piesza poruszała się wolno, a zatem dotarła do środka szerokości jezdni w czasie 2,05 s. Gdyby kierujący zrealizował ciężące na nim obowiązki i poruszał się nawet w górnych granicach dopuszczalnej prędkości oraz należycie obserwując przedpole jazdy, zareagował w chwili wejścia pieszej na jezdnię, zatrzymałby pojazd 1,3 m przed pieszą, ponieważ na zatrzymanie potrzebowałby 21,5 m (11,1 m przejeżdża w czasie reakcji średnio 1 s + 3,2 m w czasie narastania hamowania + 7,2 m droga hamowania), a jego pojazd w tym momencie musiał znajdować się 22,8 m przed uderzeniem.

Powołany do sprawy biegły wyprodukował hipotezę o wtargnięciu pieszej na jezdnię, całkowicie lekceważąc rodzaj i zakres obrażeń pieszej oraz zakres uszkodzeń pojazdu. Przyjął jako najbardziej prawdopodobny wariant poruszania się pojazdu z prędkością nieprzekraczającą 40 km/h. Natomiast drogę zatrzymania pojazdu wytłumaczył jako spóźnienie z reakcją po uderzeniu pieszej. Pominął również całkowicie fragment wyjaśnień podejrzanego o ograniczonej widoczności przez promienie słońca skierowane na niego, co przekłada się na negatywną ocenę taktyki jazdy. W takiej

bowiem sytuacji kierujący nie miał prawa wjechać na przejście bez uprzedniego upewnienia się, że nie zagrazi pieszem znajdującemu się na przejściu lub na nie wchodzącemu.

W tym stanie rzeczy organ procesowy uznał opinię za wiarygodną i na tej podstawie umorzył postępowanie przygotowawcze, uznając brak znamion czynu zabronionego na mocy art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Określona decyzja stanowi rażąco naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów. Zasada ta pozwala organowi procesowemu m.in. na wysnucie wniosków o prawdziwości faktów na podstawie prawdopodobieństwa, uznanie spośród kilku dowodów tylko niektórych za wiarygodne, przyznanie dowodom pośrednim takiej mocy dowodowej jak dowodom bezpośrednim, wysnucie z zebranego materiału dowodowego i wyników postępowania dowodowego wniosków, jakich żadna ze stron nie wysnuła¹. Ponadto zawiera określony nakaz postępowania, chociaż wyrażony w formie uprawnienia. Ma ona jednocześnie charakter opisowy, gdyż odgrywa rolę wzorca ukształtowania sposobu oceny dowodów przez organy procesowe².

Uwiarygodnić powyższy zarzut można w bardzo prosty sposób. Otóż sprawdzona literatura³ dostarcza cennych wiadomości, m.in. że „(...) można jedynie szacować prędkość kolizyjną samochodu na podstawie usytuowania i wielkości uszkodzeń samochodu (...) Dla przypadków potrącenia osób dorosłych samochodem osobowym średniej wielkości (...) zazwyczaj są słuszne następujące prawidłowości: 1) dla prędkości kolizyjnej 30,0 ÷ 40,0 km/h uderzenie głowy następuje w przednią pokrywę, tzn. nie dochodzi do rozbicia szyby czołowej; 2) rozbicie szyby czołowej następuje przy prędkości powyżej 50,0 km/h; 3) uderzenie głowy w krawędź dachu następuje przy prędkości ko-

¹ J. Skorupka, *Zasada swobodnej oceny dowodów i zasada legalnej oceny dowodów*, (w:) *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Hofmański, t. 3, *Zasady procesu karnego*, cz. 2, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 1164.

² Z. Świda-Lagiewska, *Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim procesie karnym*, (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 560.

³ *Wypadki drogowe. Vademecum biegłego sądowego*, wydawnictwa Instytutu Ekspertyz Sądowych im. prof. dra Jana Sehna w Krakowie, Kraków 2011, s. 841.

lizyjnej powyżej 60,0 km/h⁴. W tym kontekście rozważań ocena biegłego na użytek omawianego wypadku jest bezużyteczna.

Z kolei należało – co jest domeną organu procesowego – rozpoznać wszelkie aspekty prawne zaistniałego zdarzenia.

1) Konieczność ostrzeżenia o zbliżaniu się do oznakowanego miejsca przechodzenia przez jezdnię pieszych, które z uwagi na konstrukcję drogi nie jest z dostatecznej odległości widoczne, wymaga umieszczenia znaku „przejście dla pieszych” (A-16). Znak ten instaluje się zawsze przed przejściem bez sygnalizacji świetlnej, m.in. wówczas, jeżeli przejście jest ulokowane w znacznej odległości od skrzyżowania. Decydujące znaczenie dla pełnej realizacji zasady szczególnej ostrożności ma prędkość, którą należy zmniejszyć od administracyjnie dopuszczalnej do odpowiedniej, a więc takiej, która stworzy możliwość zatrzymania pojazdu przed znakiem D-6 „przejście dla pieszych”, zgodnie z dyspozycją § 47 ust. 4 z.s.d.⁴

2) Migający lub stały sygnał żółty oznacza, że kierujący zbliża się do szczególnie niebezpiecznego miejsca, którym jest obszar kolizyjny. Zdefiniowanie tego obszaru nie nastęrcza trudności. Chodzi bowiem o obszar, gdzie przecinają się drogi uczestników ruchu. Stan taki powoduje konieczność rozstrzygnięcia problemu, któremu uczestnikowi udzielić pierwszeństwa i równocześnie w taki sposób, aby stworzyć maksimum gwarancji bezpieczeństwa. Pojęcie „maksimum gwarancji bezpieczeństwa” postrzegane jest przez pryzmat przyjęcia takich reguł organizacji ruchu drogowego, przestrzeganie których uchroni uczestników ruchu od zdarzenia o negatywnych skutkach. I nie chodzi tu o uniknięcie zdarzenia, które w istocie zaistniało. Chodzi o to, że wskutek konstrukcji przepisów, czytelnego i wysokiego jakościowo oznakowania w korelacji z ich ścisłym przestrzeganiem przez uczestników ruchu do zdarzenia w ogóle nie dojdzie. To znaczy, że ten odcinek niebezpiecz-

ny stanie się bezpiecznym, a miejsce z natury kolizyjne – w istocie bezkolizyjnym. Tak więc sygnał żółty obliguje do zachowania umożliwiającego ustalenie przyczyny jego emisji. I to wystarczy, wszak po dokonanych już ustaleniu następuje faza konkretyzacji zachowania dostosowanego do rodzaju zagrożenia. Obie fazy ustaleń i konkretyzacji wynikają z dyspozycji § 98 ust. 6 z.s.d.

Powyższa prezentacja prowadzi do wniosku, że przy prawidłowej obserwacji przez kierującego przedpola jazdy do wypadku by nie doszło.

Równocześnie nie można zarzucić pieszej naruszenia zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, ponieważ miała prawo przypuszczać na zasadzie ograniczonego zaufania (art. 4 p.r.d.), że kierujący w rejonie niebezpiecznego miejsca będą poruszać się z bezpieczną prędkością i należyście obserwować przedpole jazdy.

Dyrektywa zachowania szczególnej ostrożności, wyrażona treścią art. 26 ust. 1 p.r.d., ma zastosowanie w strefie niebezpieczeństwa, na jakie narażony jest pieszy znajdujący się na przejściu dla pieszych. Zgodnie z definicją przejścia dla pieszych zawartą w art. 2 pkt 11 p.r.d. jest nim powierzchnia jezdni przeznaczona do przechodzenia pieszych w poprzek drogi (§ 47 ust. 1 z.s.d.) obligatoryjnie oznaczona znakiem „przejście dla pieszych” (D-6). Powierzchnię jezdni przeznaczoną do poprzecznego ruchu pieszych wyznacza znak poziomy „przejście dla pieszych” (P-10). Właściwa realizacja zasady szczególnej ostrożności polega na pełnej koncentracji uwagi oraz uaktywnieniu zdolności przewidywania, a w przypadku braku intuicji na dołożeniu wszelkich starań do pobudzenia wyobraźni. W praktyce nie jest to, wbrew pozorom, trudne. Kierujący, poza odpowiednim zmniejszeniem prędkości, powinien wjechać na przejście dla pieszych pod warunkiem pełnej widoczności całej jego długości wraz z przyległościami (np. chodnikiem, wysepką dzielącą jezdnię). Jest oczywiste, że

⁴ Rozporządzenie Ministrów Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych (Dz.U. nr 170, poz. 1393 ze zm.).

przed kontynuacją jazdy przez przejście ma obowiązek bacznej obserwacji w celu ustalenia, czy do przejścia nie zbliża się pieszy, którym – co oczywiste – może być dziecko, osoba niepełnosprawna (niewidomy).

Obowiązek kierującego zachowania szczególnej ostrożności polega w szczególności na dostosowaniu prędkości do warunków drogowych. Zaczyna się nie na linii „zatrzymania” stanowiącej początek przejścia dla pieszych, lecz znacznie wcześniej, to znaczy w jego pobliżu, co jednoznacznie wynika z konstrukcji ust. 1 art. 26 p.r.d., zawierającej zwrot „zbliżając się do przejścia dla pieszych”. Jak należy zatem rozumieć określenie „w pobliżu przejścia dla pieszych”? Jest to oczywiście „strefa niebezpieczeństwa przed przejściem dla pieszych”, która oznacza, że chodzi o dostosowanie prędkości do odległości. Kierujący powinien jechać z prędkością umożliwiającą zatrzymanie pojazdu w sytuacji tego wymagającej przed przejściem dla pieszych, to znaczy najdalej równo z linią „zatrzymania”. Prędkość, o której mowa, powinna być odpowiednio mniejsza od prędkości administracyjnie dopuszczalnej, zgodnie z dyspozycją § 47 ust. 4 z.s.d. Z konstrukcji dyspozycji § 47 ust. 4 z.s.d. wynika jednoznacznie, że kierujący ma obowiązek stwierdzenia obecności pieszego jeszcze przed jego wejściem na przejście. Dowodem takiej interpretacji, jako jedynie słusznej i zgodnej z intencją prawodawcy, jest kształt drugiej części zdania zawartego w tym przepisie. Chodzi o to, że kierujący nie może narazić na niebezpieczeństwo nie tylko pieszych znajdujących się na przejściu, ale również „na nie wchodzących”. Z tym wymogiem ściśle koresponduje więc trzon dyspozycji, w myśl której „kierujący pojazdem zbliżający się do miejsca oznaczonego znakiem D-6 jest obowiązany zmniejszyć prędkość”. Chodzi oczywiście nie o każdą prędkość, lecz prędkość mniejszą od administracyjnie dopuszczalnej na określonym odcinku drogi. Tak więc kierujący ma o tyle zmniejszyć prędkość, aby skorelować ją z warunkami widoczności i innymi warunkami drogowymi w stop-

niu umożliwiającym zatrzymanie pojazdu przed tym przejściem, przy czym nie chodzi o każdą sytuację, lecz sytuację tego wymagającą. Powstaje pytanie, czy uprawnione jest wymaganie od kierującego obligatoryjnego zmniejszenia prędkości administracyjnie dopuszczalnej, mimo że prędkość ta nie została administracyjnie obniżona. Nie ma wątpliwości, że nie tylko można, ale nawet trzeba. Uprawnienie to wynika z ogólnej dyrektywy art. 3 p.r.d., powołującej instytucje „ostrożności” i „szczególnej ostrożności” w związku z art. 19 ust. 1 p.r.d. regulującym kwestię bezpiecznej prędkości. Oznacza to, że „kierujący jest obowiązany jechać z prędkością zapewniającą panowanie nad pojazdem, z uwzględnieniem warunków, w jakich ruch się odbywa, a w szczególności: rzeźby terenu, stanu i widoczności drogi, stanu i ładunku pojazdu, warunków atmosferycznych”. Zatem prędkości dopuszczalnej nie wolno przekraczać nigdy, a więc nawet wówczas, jeżeli obowiązki kierującego sprowadzają się do zachowania zwykłej ostrożności. Z tej generalnej zasady można wyprowadzić tezę, że w miejscach, w których ustawodawca wymaga zastosowania kwalifikowanej postaci ostrożności, to znaczy „szczególnej ostrożności”, i równocześnie wymaga zmniejszenia prędkości, nie ma wątpliwości, że chodzi o prędkość obligatoryjnie mniejszą od dozwolonej. Pozostaje więc kwestia ustalenia, o ile tę prędkość musi zmniejszyć. Wartość tę, to znaczy obniżenia prędkości, można określić przede wszystkim warunkami widoczności. Przez określenie to, gdy chodzi o zbliżanie się do przejścia dla pieszych, należy rozumieć w szczególności widoczność całej długości przejścia dla pieszych. Brak tej widoczności zobowiązuje kierującego do proporcjonalnego zmniejszenia prędkości. Ten obowiązek można jednoznacznie wyprowadzić z ust. 1 art. 19 p.r.d. Podsumowując, należy stwierdzić, że kierujący, który zbliża się do przejścia dla pieszych, stosując górną granicę prędkości dopuszczalnej administracyjnie, nie wypełnił należycie dyspozycji § 47 ust. 4 z.s.d.

W konkluzji godzi się stwierdzić, że jeżeli odcinek drogi poprzedzający przejście został oznaczony znakiem ostrzegawczym „przejście dla pieszych” (A-16), a samo przejście dodatkowo wyposażono w sygnalizator emitujący żółty sygnał błyskowy, fakt ten zobowiązuje kierującego przed wjazdem na przejście do

upewnienia się, że w tym szczególnie niebezpiecznym rejonie nie zagrozi pieszemu. Taka sytuacja miała miejsce w omawianym wypadku. Kierujący poruszał się w warunkach – jak sam stwierdził – „ostrego słońca”, które powodowało, że piesza zbliżająca się do przejścia nie była dla niego widoczna.

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

ŚWIATOWY BESTSELLER O CZŁOWIEKU MYŚLĄCYM

Autor ma 42 lata, uzyskał doktorat na Uniwersytecie Oksfordzkim, jest profesorem historii na Uniwersytecie Hebrajskim w Jerozolimie. Zaczynał jako mediewista, a sławę i uznanie uzyskał jako wykorzystujący wiedzę historyczną antropolog i kulturoznawca. Dzieło, napisane w 2011 roku, przetłumaczono na 30 języków i sprzedano w ilości 5 milionów egzemplarzy. Autor to Yuval Noah Harari, a dzieło to *Sapiens. Od zwierząt do bogów* (w wersji ang. pt. *From Animals into Gods. A Brief History of Humankind*, wyd. pol. tłum. Justyn Hunia, PZWL Wydawnictwo Lekarskie Sp. z o.o. 2014). Rekomenduję tę książkę jako lekturę nie tylko dlatego, że to bestseller, który wg wydawcy inspirował również wielkich tego świata i zapewnia autorowi umożliwiający wolność twórczą długoletni dostatek z niebagatelnych honorariów. Czynię to przede wszystkim dlatego, że jest to zajmująca, sprawnie napisana, choć wielowątkowa i niekiedy irytująca, opowieść o historii naszego gatunku, w której znajdujemy tyle logicznych wniosków, co i pytań bez odpowiedzi. To nie jest lektura na jeden wieczór, to zaproszenie do szeregu spotkań z tekstem z wielokrotną pauzą na własne refleksje. Tym, którzy będą mieli poczucie niedosytu z uwagi na brak katagorycznego podsumowania wywodów, pod-

powiem, że dostępna jest już napisana w 2015 roku kontynuacja *Sapiens...* pod prowokacyjnym tytułem – *Homo Deus. Krótka historia jutra* (ang. *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow*, tłum. Michał Romanek, Wydawnictwo Literackie 2018).

„Jakieś 70 tysięcy lat temu organizmy należące do gatunku *homo sapiens* zaczęły tworzyć jeszcze bardziej złożone struktury, zwane kulturami. Rozwój tych ludzkich kultur nosi miano historii – pisze na wstępie Harari. – Bieg rozwoju historycznego ukształtowały trzy rewolucje. Siedemdziesiąt tysięcy lat temu rewolucja poznawcza uruchomiła koło historii. Dwanaście tysięcy lat temu przyspieszenia nadała mu rewolucja rolnicza. Rewolucja naukowa, która nastąpiła zaledwie przed 500 laty, może zakończyć historię i zapoczątkować coś zgoła innego. Niniejsza książka opowiada o tym, jak te trzy rewolucje oddziaływały na człowieka i inne pokrewne mu organizmy” (s. 15).

Autor przekonuje, że nie tylko ujarznienie ognia, umiejętność współdziałania w grupie i udomowienie niektórych zwierząt dało gatunkowi *homo sapiens* przewagę nad innymi. Nie do przeczenia jest rozwój języka, zdolność kreowania fikcji – rzeczywistości wyobrażonej i przekazywania informacji o niej. „W przeci-

wieństwie do kłamstwa rzeczywistość wyobrażona jest czymś, w co się wspólnie wierzy, i dopóki ta zbiorowa wiara się utrzymuje, dopóty wyobrażona rzeczywistość wywiera na świat realny wpływ” – wyjaśnia autor (s. 48) i wskazuje, że neandertalczyki przegrali z sapiens, gdyż „bez umiejętności zmyślania nie umieli skutecznie ze sobą współpracować w dużych grupach oraz dostosowywać swoich zachowań społecznych do szybko zmieniających się wyzwań” (s. 51). A ludzki porządek wyobrażony wciąż się rozwijał i było w nim miejsce na religię, idee, jak i instytucje prawne.

Nie znajdujemy u Harariego odpowiedzi na pytanie, dlaczego ludzkość przeszła od zbieractwa do gospodarki rolniczej. Owa rewolucja agrarna przynosiła więcej wyrzeczeń (ciężka i dłuższa praca, ryzyko głodu, zróżnicowanie poziomu życia) niż pożytków, ale kiedy się rozpoczęła, to wobec postępującego wzrostu populacji nie było od niej odwrotu. (s. 114–115).

Rewolucja agrarna otworzyła drogę do tworzenia organizmów państwowych, a „zawłaszczane nadwyżki żywnościowe były motorem historii i cywilizacji. Napędzały politykę, wojny, sztukę i filozofię. Wznosiły pałace, twierdze, pomniki i świątynie. Aż do epoki ponowoczesnej przeszło 90% ludności było rolnikami, którzy każdego ranka wstawali, by w znoju pracować na roli. Wytwarzane przez nich nadwyżki karmiły wąską mniejszość – królów, funkcjonariuszy aparatu władzy, żołnierzy, duchownych, artystów i myślicieli – która zapełniała podręczniki historii. Historia to opowieść o tym, co garstka ludzi robiła w czasie, gdy cała reszta ludzkości orała pola i nosiła wodę” (s. 130).

Autor przewrotnie wyjaśnia powodzenie rewolucji agrarnej ludzką naturą: „Dążenie do lepszego życia wpędziło ludzkość w pułapkę nędzy, i to nie po raz ostatni. I dziś jesteśmy tego świadkami. Ilu młodych absolwentów prawa zatrudnia się w dynamicznych firmach z mocnym postanowieniem, że będą pracować w pocie czoła, by dzięki uzbieranym oszczędnościom w wieku 35 lat przejść na emeryturę i zajmować się tym, co ich naprawdę intere-

suje? Kiedy jednak osiągną ów wiek, mają na karku kredyty hipoteczne, dzieci w wieku szkolnym, domy na przedmieściach, które rodzą konieczność posiadania co najmniej dwóch samochodów na rodzinę i przeświadczenie, że życie nie jest nic warte bez wykwintnego Caberne i latte z mlekiem sojowym ze Starbucks. Co mają począć – wrócić do wygrzebywania korzonków? Więc wspinają się na kolejne szczeble kariery i harują, jak harowali. Jednym z nielicznych żelaznych praw historii jest to, że luksus przeważnie staje się koniecznością i rodzi nowe obowiązki” (s. 115).

Wynalezienie i rozwój systemu przetwarzania danych poza ludzkim mózgiem, czyli pisma i języka liczb, prowadziło do rozwoju kultur i struktur państwowych od samoistnych, zamkniętych cywilizacji-wysp po imperia otwarte na nowości, gdzie obcy, akceptujący imponderabilia, stają się swoimi. Przez wieki motorem rozwoju były sprzeczności, gdyż „rozdźwięk w naszych myślach, ideach i wartościach zmusza nas do przemyśleń, przewartościowań i krytycznego spojrzenia. Spójność i zgodność to domena mało lotnych umysłów” – stwierdza Harari (s. 204). I tak, poprzez system monetarny w gospodarce, imperia w polityce i religie uniwersalistyczne w sferze duchowej zdaniem autora konsekwentnie i nieuchronnie zmierzamy ku globalnej unifikacji (s. 210–212).

„Anno Domini 2013 świat jest wciąż podzielony politycznie, lecz państwa w szybkim tempie tracą swoją niezawisłość – wywodzi Harari. – W praktyce żadne z nich nie potrafi prowadzić niezależnej polityki gospodarczej, wypowiadać i toczyć wojny wedle własnego uznania, a nawet kierować własnymi sprawami w sposób, jaki uznaje za słuszny. Państwa coraz częściej narażone są na machinacje światowych rynków, ingerencje globalnych korporacji i organizacji pozarządowych oraz osąd światowej opinii publicznej i systemu prawa międzynarodowego. Państwa zobowiązane są przestrzegać światowych standardów działalności finansowej, polityki środowiskowej i sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Kształtujące i przekształcające świat potężne

siły kapitału, stosunków pracowniczych i informacji coraz mniej zważają na granice i opinie państw. Formującym się na naszych oczach globalnym imperium nie włada jakieś konkretne państwo czy grupa etniczna. Podobnie jak w późnym cesarstwie rzymskim jest ono rządzone przez wieloetniczną elitę i spajane wspólnotą kultury i interesów” (s. 252–253). Dzisiaj, w dobie polityki amerykańskiego prezydenta Donalda Trumpa, napięcie w łonie Unii Europejskiej i polskiej „dobrej zmiany” można powątpiewać w zasadność tak postawionej tezy, ale pamiętajmy, że procesy historyczne wynikają w mniejszym stopniu z pojedynczych wydarzeń, a bardziej z „długiego trwania”. W kwestii przyszłości Harari sam zresztą przyznaje, że historii nie da się prognozować, bo jest chaotyczna (s. 291–295).

Intrygujące są rozważania autora na temat religii monoteistycznych i dualistycznych, prawa natury i tzw. liberalnego humanizmu. Autor opatruje je dość prowokacyjnym podsumowaniem: „Nasze systemy polityczne i sądownicze opierają się na przekonaniu, że każda jednostka ma świętą naturę, niepodzielną i niezmienną, która nadaje sens światu i stanowi źródło wszelkiego autorytetu etycznego i politycznego. Przekonanie to jest nowym wcieleniem tradycyjnej chrześcijańskiej wiary w wolną i wieczną duszę, która mieszka w każdym indywiduum. Jednak na przestrzeni ostatnich 200 lat nauki biologiczne całkowicie tę wiarę podkopały. Naukowcy badający mechanizmy funkcjonowania ludzkiego organizmu nie znaleźli duszy. Ludzkie zachowanie determinowane jest, jak się wydaje, nie przez wolną wolę, ale przez hormony, geny i synapsy – te same siły, które warunkują zachowanie szympansov, wilków i mrówek. Współczesne systemy polityczne i sądownicze starają się te niewygodne prawdy zamiatać pod dywan. Jak długo jednak będziemy w stanie podpieierać mur dzielący dziedzinę biologii od prawa i nauk politycznych?” (s. 286). Cóż, zdaje się, że tak długo, jak pozostanie aktualne owo użyte przez autora „jak się wydaje”, a przekonania wynikają z wiary, a nie wiedzy. Wierzący wie-

rzą w istnienie Boga i duszy, a niewierzący nie wierzą, a wiara nie oznacza wszak wiedzy.

Harari przekonywająco wywodzi, że wiedza to potęga, a wsparcie kultury europejskiej przez naukę zaowocowało skokowym rozwojem cywilizacyjnym dzięki jej poznawczej otwartości. „Co stanowiło o potencjale, który Europa rozwinęła w epoce nowożytnej i który pozwolił jej sięgnąć po światową dominację w czasach najnowszych? Istnieją dwie komplementarne odpowiedzi na to pytanie: nauka współczesna i kapitalizm – pisze. – Zanim Europejczycy uzyskali znaczącą przewagę techniczną, byli nawykli do myślenia i działania w sposób naukowy. Kiedy już rozpoczęła się bonanza postępu technicznego, Europejczycy potrafili czynić z niej użytek o wiele lepiej niż ktokolwiek inny. Nieprzypadkowo zatem nauka i kapitalizm stanowią najważniejsze dziedzictwo, jakie europejski imperializm przekazał posteuropiejskiemu światu XXI wieku. Europa i Europejczycy nie władają już globem, ale nauka nieprzerwanie rośnie w siłę” (s. 342).

Interesujące są rozważania dotyczące kapitalizmu, który z teorii opisującej i tłumaczącej działanie gospodarki stał się nową religią z zestawem dyrektyw, podporządkowanych zasadzie naczelnej, że dobrem najwyższym jest wzrost gospodarczy, ponieważ zależą od niego sprawiedliwość, wolność, a nawet nasze szczęście (zob.: s. 380–381, a dla zainteresowanych jeszcze cytaty w suplementach, o tym jak król Hiszpanii stracił zaufanie inwestorów na rzecz Holendrów). Wielowątkowość wywodów Harariego uniemożliwia wymienienie wszystkich rozważanych kwestii. Autor odnosi się m.in. do zjawiska pozornej emancypacji jednostki (s. 434–435), ewolucji poczucia wspólnoty (s. 438–440), nieopłacalności tradycyjnych konfliktów zbrojnych (s. 448–453), ekologii (wielokrotnie), wreszcie – powodów jednostkowego poczucia szczęścia i dobrostanu (s. 460–481). Podsumowuje je refleksją, z którą zapewne nie wszyscy się dziś zgodzą:

„Lwia część podręczników historii skupia się na ideach wielkich myślicieli, męstwie wojowników, miłosierdziu świętych i inwencji twórczej

artystów. Wiele nam mówią o formowaniu się i rozpadzie struktur społecznych, o wzlotach i upadkach imperiów, o odkrywaniu i szerzeniu się technologii. Nic wszak nie wspominają o tym, jak to wszystko oddziaływało na szczęście i cierpienie jednostek. Oto największa luka w naszym rozumieniu historii. Najwyższy czas, byśmy zaczęli ją zapełniać” (s. 480).

Suplement

„W jaki to sposób Holendrzy zdobyli zaufanie systemu finansowego? Po pierwsze, kładli wydatny nacisk na spłacanie zaciągniętych pożyczek w terminie i w całości, dzięki czemu kredytodawcy ponosili mniejsze ryzyko. Po drugie system sądowniczy ich kraju cieszył niezawisłością i chronił prawa prywatne, w szczególności własność prywatną. Kapitał nie lubi państw dyktatorskich, które nie bronią praw obywateli oraz ich mienia, i preferuje państwa stojące na straży rządów prawa i własności prywatnej.

Wyobraźmy sobie dwóch synów zacnego niemieckiego finansisty. Głowa rodu szans na rozwój upatruje w otwieraniu filii w największych miastach Europy. Starszego syna posyła więc do Amsterdamu, młodszego zaś do Madrytu, rozdając im w celu zainwestowania po 10 tysięcy złotych monet. Młodszy syn pożyczka swoje środki na procent królowi Hiszpanii, który potrzebuje ich na wystawienie armii do walki z królem Francji. Starszy syn postanawia udzielić kredytu holenderskiemu kupcowi, który zamierza zainwestować w nieużytki na południowym krańcu słabo zaludnionej wyspy o nazwie Manhattan, przewidując, że kiedy rzeka Hudson stanie się ważną arterią handlową, ceny nieruchomości zaczną gwałtownie rosnąć. Oba kredyty miały zostać spłacone po upływie roku.

Mija rok. Holenderski kupiec z okazałym zyskiem zbywa nabyte przez siebie grunty i spłaca kredyt ze wszystkimi odsetkami. Ojciec jest wniebowzięty. Tymczasem młodszy syn zaczyna się niepokoić. Wojna z Francją zakończyła się dla króla Hiszpanii pomyślnie, lecz ten zaraz uwikłał się w konflikt z Turkami.

Na gwałt potrzebuje żywej gotówki i uważa, że to sprawa daleko ważniejsza niż spłacanie starych długów. Młodszy syn śle do pałacu listy, w których prosi blisko związanych z dworem przyjaciół o wstawiennictwo, lecz jego starania spełzają na niczym. Nie dość, że nie zarobił obiecanych odsetek, to jeszcze stracił kapitał. Ojciec jest rozczarowany.

Jakby tego było mało, do młodszego syna dociera wysłany przez króla urzędnik skarbu, który informuje go, że ma niezwłocznie udzielić kolejnej pożyczki na tę samą kwotę co poprzednio. Młodzieniec nie ma żadnych pieniędzy, toteż pisze do ojca, próbując go przekonać, że tym razem król wywiąże się z zobowiązań. Powodowany słabością do najmłodszego syna rodzic z ciężkim sercem zgadza się na propozycję. Kolejne 10 tysięcy złotych monet bezpowrotnie przepada w skarbcu Hiszpanii. W Amsterdamie natomiast sprawy układają się lepiej. Starszy syn udziela coraz więcej pożyczek prężnym holenderskim kupcom, którzy sumiennie i terminowo je spłacają, choć i jego w końcu opuszcza szczęście. Jeden z jego stałych klientów przeczują, że drewniaki wkrótce staną się ostatnim krzykiem mody w Paryżu i prosi o pożyczkę na założenie nad Sekwaną domu towarowego z obuwiem. Ten udziela mu kredytu, niestety, okazuje się, że drewniaki nie przypadają do gustu francuskim elegantkom, a rozgoryczony kupiec odmawia spłaty kredytu.

Ojciec wpada we wściekłość i każe obu synom rzucić do boju prawników. Młodszy syn wytacza w Madrycie proces hiszpańskiemu monarsze, starszy zaś pozywa w Amsterdamie niedoszłego magnata obuwniczego. W Hiszpanii sądy są na usługach króla – sędziowie działają pod jego dyktatem i boją się kary za niesubordynację. W Holandii sądy są samodzielnym organem władzy, niezależnym od mieszczan i książąt. Sąd w Madrycie oddał pozew młodszego syna, podczas gdy sąd w Amsterdamie wydaje werdykt na korzyść starszego syna i ustanawia zastaw na majątku kupca, by zmusić go do uregulowania zobowiązania. Z punktu widzenia ojca z perypetii tych płynie nastę-

pująca lekcja: lepiej robić interesy z kupcami niż z królami, lepiej robić interesy w Holandii niż w Hiszpanii.

Lecz to nie koniec tarapatów młodszego syna. Król Hiszpanii pilnie potrzebuje pieniędzy na opłacanie swojej armii. Przekonany, że ojciec obu synów ma nadwyżki gotówki, wysuwa przeciw młodszemu synowi spreparowane zarzuty. Jeśli natychmiast nie zapłaci 20 tysięcy złotych monet, zostanie wtrącony do lochu, gdzie czeka go niechybna śmierć.

Ojciec ma już tego wszystkiego dość. Płaci okup za ukochanego syna, ale przyrzeka sobie, że już nigdy nie będzie robił interesów w Hiszpanii. Zamyka filię w Madrycie i prze-

nosi młodszego syna do Rotterdamu. Dwie placówki na terenie Holandii wydają się dobrym pomysłem. Dowiaduje się nawet, że hiszpańscy finansiści potajemnie wywożą z ojczyzny swoje fortuny. Oni także uzmysławiają sobie, że jeśli chcą zachować swoje pieniądze i pożytkować je dla pomnażania majątku, lepiej zainwestować je tam, gdzie panują rządy prawa i gdzie szanuje się własność prywatną – na przykład w Holandii.

W taki oto sposób król Hiszpanii utracił na rzecz holenderskich kupców zaufanie inwestorów”.

Yuval Noah Harari, *Sapiens. Od zwierząt do bogów*, tłum. J. Hunia, s. 386–388.

Recenzje i noty recenzyjne

Petr Toman, Ondřej Šebesta

Nestoři české advokacie

Praha: Česká advokátní komora 2016, ss. 318

Obecny przewodniczący rady redakcyjnej czeskiego odpowiednika „Palestry” – „Bulletinu adwokacie” – adwokat Petr Toman oraz doświadczony dziennikarz Ondřej Šebesta to współautorzy wydanego w Pradze w 2016 roku zbioru wywiadów z nestorami czeskiej adwokatury. Kryterium doboru interlokutorów było podwójne: rok urodzenia najpóźniej 1936 i jednocześnie prowadzenie praktyki przynajmniej do roku 1990. To pozwoliło sięgnąć tak do pamięci rozmówców, obejmującej wykonywanie zawodu w mrocznych czasach po 1948 roku i potem, aż po upadek komunizmu, jak i do ich przemyśleń nad istotą profesji, owocujących indywidualnie formułowaną kwintesencją.

Rezultatem pracy jest ponadtrzystustronicowa książka, którą czyta się lekko, co jest możliwe tylko dzięki gigantycznemu wysiłkowi autorów. W każdym z wywiadów stawiane są inne pytania, styl pojedynczych rozmów jest odmienny od pozostałych – tak jak różni byli interlokutorzy. Tylko wnioski okazują się zadziwiająco zbieżne: wszyscy rozmówcy postrzegają niezależność oraz obowiązek dochowywania tajemnicy zawodowej jako niezbywalne cechy zawodu adwokata, a wykonywanie tej profesji – niezależnie od tego, jaką drogą do niej w przeszłości dotarli i jak długo przyszło im cieszyć się aktywnością – stawiają na pierwszym miejscu w hierarchii swych życiowych dokonań.

Swobodnie skonstruowany poczet otwiera postać adwokata dr. Karela Čermáka – wieloletniego prezesa czeskiej adwokatury po 1990 roku, współautora regulacji prawnych, które stworzyły zręby jej samodzielności; dodajmy, że i wypróbowanego przyjaciela polskiej palestry; jego niespodziewana śmierć w 2017 roku położyła się cieniem na dowcipnej, żywej i pełnej ciepła narracji niewiele wcześniej udzielonego, bardzo obszernego wywiadu.

Dobór kolejnych postaci (a przewija się ich na kartach kilkanaście) pozwala czytelnikowi wędrować wraz z nimi po dużych i mniejszych miastach Czech i Moraw, odbierać wrażenia z perspektywy potomków rodzin inteligentnych i prostych, przyglądać się zdarzeniom historycznym wplecionym jak kanwa w historie pojedynczych ludzi. Polskiego odbiorcę musi zadziwiać iskrząca inteligencja, odwaga, spryt i determinacja wielu bohaterów tej publikacji. Drobne zdarzenia, niejednokrotnie noszące znamiona szczęśliwych trafów, pozwoliły wielu z nich przetrwać najgorsze czasy bez uszczerbku dla morale, a po nastaniu roku 1989 ludzie ci umieli z lotu ptaka spojrzeć na otwierające się perspektywy, umiejętnie a bezzwłocznie przystosowując swój warsztat intelektualny do nowych warunków.

Opowiadane zdarzenia z czasów, gdy większość z rozmówców rozpoczynała pracę jako

aplikanci – a zatem z lat 50. i 60. XX wieku – ukazują zaiste ponury obraz rzeczywistości zniewolonej przez sowiecki system i obłąkańczą ideologię, manifestującą się w tragicznych absurdach oskarżeń politycznych, przy których błędnie wydumany proces zrelacjonowany przez Franza Kafkę. Ustawą z 1963 roku odebrano tamtejszym zespołom adwokackim osobowość prawną, co niemalże zrównało adwokatów w ich położeniu z urzędnikami niewysokich szczebli. Obron w sprawach politycznych mogli się podejmować jedynie członkowie partii, a wynik tych spraw był ustalany na długo przed wydaniem wyroku przez grupę funkcjonariuszy wykonujących zadania bezpieczeństwa. Praktyka cywilistyczna była zredukowana do prostych sporów oraz rozwiązywania problemów z zakresu prawa rodzinnego. A jednak i w tak ograniczonej przestrzeni powołanie adwokata można było realizować – a to zwalczając absurdy taką samą bronią, a to wynajdując luki w ustawodawstwie, przez które dawało się wcisnąć do orzecznictwa odrobinę normalności, to znowu udzielając przynajmniej mocnej podpory psychicznej ludziom zmiażdżonym przez system, takim na przykład jak matka Jana Palacha.

Zupełnie szczególna – aksamitna, a zarazem stanowcza i prędką – była droga dotarcia przez czeską adwokatwę do demokratycznej normalności i europejskich standardów zaraz po roku 1990. Uderza brak zachowań o charakterze odwetowym, pomimo że w nielicznej zawodowej społeczności (według stanu na rok 1990 na liście adwokatów figurowało niespełna osiem setek) doskonale wiedziano, w jaki

sposób zachowywali się poszczególni koledzy w minionych latach. Rok 1996 – uchwalenia nowoczesnej ustawy regulującej działanie adwokatury w Republice Czeskiej – zwykło się uważać za przełomowy w najnowszej historii środowiska.

Postacie poznawane w trakcie lektury książki są barwne nie tylko w swych adwokackich życiorysach. Znakomita większość spośród rozmówców dwójki autorów to zarazem osobistości nietuzinkowe również w innych dziedzinach życia: wybitni sportowcy, artyści, myśliciele.

Wedle podsumowania dokonanego na koniec publikacji przez adwokata dr. Stanislava Balíka (skądinąd członka Kolegium Redakcyjnego polskiego miesięcznika „Palestra”) intencją wydawcy oraz autorów jest kontynuacja zamierzenia poprzez redagowanie następnych tomów rozmów, z kolejnymi rocznikami nesterek i nestorów.

Zamierzenie wyżej wspomniane wydaje się godne naśladowania. A marzyłoby się, aby nakładem polskiego wydawcy jak najrychlej udostępnić obecnie istniejący tom polskojęzycznemu czytelnikowi – by zniwelować powszechne myślowe uproszczenia i jednocześnie zachęcić do wypowiedzi w kontrapunkcie luminarzy naszej palestry pamiętających analogiczne okresy historii. Zawarte w niektórych wywiadach spontaniczne odniesienia do polskiego dorobku kulturowego – w szczególności wątki scenariusza filmu Agnieszki Holland *Krzew gorejący* poruszone w wywiadzie z adwokat dr Dągmarą Burešową – niechby się stały ku temu dodatkową zachętą.

Ewa Stawicka

Kronika adwokatury

Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

**PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ
Z 5 I 8 CZERWCA 2018 R.**

Przewodnicząca CZW adw. Mirosława Pietkiewicz zreferowała treść protokołów nadesłanych przez poszczególne okręgowe rady adwokackie. Prezydium NRA delegowało adw. M. Pietkiewicz na Zgromadzenie Izby Adwokackiej w Białymstoku w dniu 16 czerwca br. połączone z uroczystościami 100-lecia Adwokatury Polskiej.

Sekretarz NRA adw. Rafał Dębowski przedstawił informacje w sprawie konsultacji przeprowadzonych z Kancelarią LSW w zakresie praw autorskich dot. projektu „Adwokat”. Prezydium NRA, po omówieniu sprawy, zdecydowało, że po ostatecznej akceptacji przez Prezydium NRA projekt aneksu do umowy zostanie przedłożony Studiu Graficznemu „W DECHE” Krzysztof Waloszczyk.

Prezes OBA adw. Andrzej Zwara przedstawił wnioski w sprawie wydania katalogu do wystawy „Adwokaci polscy w służbie Ojczyźnie”, która będzie eksponowana w Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku. Koszty wydania zostały ujęte w budżecie OBA. Wskazał na unikatowy charakter zawartych w tej publikacji fotografii oraz jej staranne wydanie. Poruszył sprawę publikacji poświęconej RODO, która nie generowała kosztów po stronie NRA. Z uwagi na zamieszanie legislacyjne wokół

nowej ustawy przewidywana jest ew. errata do podręcznika. Prezydium NRA zatwierdziło koszty przygotowania ww. katalogu (200 szt.) w kwocie 13 850 zł netto (z budżetu OBA).

Wiceprezes NRA adw. Piotr Kardas poruszył sprawę działalności dwóch ośrodków przygotowujących informacje o działalności samorządu i wykonywaniu zawodu adwokata w szerokim kontekście – Ośrodka Badawczego Adwokatury oraz „Palestry”. Być może trzecim stanie się „Młoda Palestra”. Podkreślił konieczność zintegrowania przekazu informacji, aby strony internetowe tych ośrodków miały charakter komplementarny, a nie alternatywny, a zamieszczane na nich treści zostały podzielone w oparciu o klarowne założenia. Wskazał na rozmowy prowadzone przez Prezesa OBA i Redakcję „Palestry”. W najbliższym czasie Prezydium NRA będzie rozważało sprawę statusu i zasad finansowania „Młodej Palestry”. Zwrócił się do adw. Andrzeja Zwary z prośbą o wzięcie pod uwagę również tej kwestii w pracach nad zintegrowaniem kanałów informacyjnych. Stwierdził, że z dowolnego miejsca w sieci zainteresowany powinien móc wejść na stronę zawierającą daną treść. OBA dysponuje prawami do elektronicznego rozpowszechniania wydanych publikacji, dysponuje rów-

niez częściowym orzecznictwem Izby Karnej Sądu Najwyższego w wersji zdigitalizowanej. Chcemy także zamieszczać informacje dot. bieżących prac legislacyjnych i orzecznictwa. Prezes NRA adw. Jacek Trela stwierdził, że pilna potrzeba zintegrowania działalności trzech ww. ośrodków wydawniczych wynika z faktu pojawienia się kolejnego wydawnictwa – „Adwokata”.

Adwokat A. Zwara wskazał, że od kilku miesięcy toczą się rozmowy z Redakcją „Palestry” na temat prowadzenia działalności wydawniczej. Ustalono, że każda publikacja będzie opatrywana logotypem „Biblioteki Palestry”, a wszystkie informacje na stronie internetowej ukazywać się będą pod hasłem Palestra. Poinformował, że oprócz czasopisma „Palestra” na stronach zostanie zamieszczone zdigitalizowane czerwone orzecznictwo oraz część publikacji wydawanych przez OBA. Za pośrednictwem dostępnych komunikatorów NRA zamieszczone zostały szczegółowe informacje o tych wydawnictwach oraz publikacjach wydawanych we współpracy z Wydawnictwem C. H. Beck. Poinformował, że etap wewnętrznych uzgodnień został zakończony, i zwrócił się do Prezydium NRA o kierunkową zgodę na podjęcie rozmów z informatykami i innych działań w celu opracowania budżetu projektu zintegrowania stron internetowych. Prezydium taką zgodę wyraziło.

Adwokat P. Kardas poinformował, że 18 maja br. w Pradze odbyło się posiedzenie plenarne CCBE. Obecnie CCBE pracuje nad rozstrzygnięciem dot. zasad wynagradzania prawników, a fundamentalnym zagadnieniem jest zasada *pactum de quota litis*. Wedle wstępnej propozycji ma być zasadniczo wyłączona z zastrzeżeniem przypadków, w których brak możliwości skorzystania z tej formy oznaczałby brak realizacji prawa do sądu. To kompromisowa propozycja, ponieważ zakaz dla tej formy wynagradzania obowiązuje mniej więcej w połowie krajów Europy kontynentalnej. Drugim problemem jest ochrona tajemnicy zawodowej, a propozycje uchwał CCBE zmierzają w kierunku przestrzegania ścisłych zasad poufności.

Poinformował, że CCBE bierze również udział w pracach nad dyrektywą dot. zasad wykonywania zawodu prawnika. Z perspektywy statusu zawodowego adwokata istotna jest kwestia niezależności samorządowej – w dyrektywie ma znajdować się zapis, że przynależność do struktur samorządowych ma obowiązkowy charakter. Nie bez znaczenia dla tego tematu są informacje przekazywane od adwokatów z krajów Europy Środkowo-Wschodniej, gdzie pojawia się ryzyko zdemontowania samorządu poprzez zniesienie tego obowiązku. Na poziomie regulacji europejskiej próbuje się wprowadzić zasadę obowiązkowej przynależności do organizacji. Prace nad dyrektywą toczą się intensywnie. Poruszył sprawę prac komitetu ds. brexitu i problemu relacji międzynarodowych z Wielką Brytanią. Przygotowywane są propozycje prawne – przy wsparciu adwokatów z Anglii i Walii, Szkocji, Irlandii oraz Law Society. Wyraził nadzieję, że w najbliższej przyszłości na stronie zostaną zamieszczone sprawozdania z posiedzeń komisji CCBE. Poinformował o inicjatywie, formalnie zgłoszonej przez Francję, ale pochodzącej *de facto* ze wszystkich organizacji, aby zintensyfikować działania CCBE w zakresie monitoringu stanu przestrzegania prawa w Polsce. Propozycja dotyczy zorganizowania w Warszawie posiedzenia CCBE wraz z konferencją poświęconą rozumieniu zasady rządów prawa i jej zagrożeniom. Decyzję podejmie CCBE na czerwcowym posiedzeniu w Brukseli, na którym będzie reprezentował NRA.

Adwokat prof. Kardas uczestniczył w wysłuchaniu w Trybunale Sprawiedliwości UE dot. wniosku irlandzkiego sądu, który złożył pytanie, czy reforma sądownictwa w Polsce nie stanowi zagrożenia dla uczciwego procesu. Trybunał będzie odpowiadał na pytanie, czy istnieją generalne podstawy do stwierdzenia zagrożenia dla stanu praworządności w danym kraju. To specyficzna formuła postępowania, ponieważ na poziomie ogólnym stan tych zagrożeń został wykazany. Wskazał na działania Komisji Europejskiej inicjujące postępowanie w oparciu o art. 7 i stanowisko

Komisji Weneckiej. Drugim warunkiem rozstrzygnięcia pytania jest wskazanie konkretnego, a nie potencjalnego zagrożenia, a analizy nie prowadzą do jednoznacznych wniosków. Zapewnił, że prześle sprawozdanie z rozprawy przed TSUE. Dodał, że perspektywa działań z poziomu europejskiego jest bardzo interesująca, gdyż akcentuje się w nich wspólnotę myślenia prawników.

Powiedział, że 28 maja br. w Warszawie odbyło się spotkanie z panią Hilarie Bass, prezes American Bar Association, w którym oprócz niego udział wziął Prezes NRA i adw. Sławomir Ciemny.

Prezes adw. Jacek Trela poinformował, że 25 maja br. brał udział w Krajowym Zjeździe Lekarzy, na którym wybrano nowego prezesa Naczelnej Rady Lekarskiej. Dodał, że zabrał głos podczas tego wydarzenia, a jego wystąpienie zostało kilkakrotnie przerwane oklaskami – gdy poruszył konieczność godnego wynagradzania pracowników służby zdrowia; gdy wskazywał, że adwokatura występująca w obronie wymiaru sprawiedliwości w istocie występuje w interesie społecznym; gdy przypomniał, że jedną z podstaw demokracji są samorządy zawodowe. Przypomniał, że gdy w 1989 roku powstał samorząd lekarski, adwokaci pomagali przygotować struktury samorządowe.

Prezes poinformował, że 29 maja br. spotkał się z prezydentem RP Andrzejem Dudą, na którym to spotkaniu przedstawił kilka zagadnień, którymi zdaniem Adwokatury powinna zainteresować się Kancelaria Prezydenta, sprawując pieczę nad wymiarem sprawiedliwości. Na spotkaniu zaprezentował sprawę zapytania sądu irlandzkiego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dot. oceny stanu praworządności w Polsce. Poruszył również kwestię orzeczeń sądów dyscyplinarnych, wskazując, że represyjność w stosunku do niektórych sędziów może wypaczyć ideę postępowań dyscyplinarnych. Poruszył także kwestię wątpliwego umocowania ustawowego dla asesorów do orzekania oraz sprawę projektu tzw. aplikacji uniwersyteckiej. Prezydent potwier-

dził deklarację złożoną na Krajowym Zjeździe Adwokatury, że nie przewiduje żadnych zmian w modelu funkcjonowania adwokatury bez uzgodnień i zgody ze strony samorządu.

Prezes poinformował o spotkaniu z marszałkiem Senatu RP Stanisławem Karczewskim. Spotkanie dotyczyło dyskusji na temat kancelarii odszkodowawczych prowadzonej w jednej z senackich komisji. Pomysł utworzenia samorządu dla takiego wycinka działalności prawniczej jest złym rozwiązaniem z uwagi na działalność kancelarii odszkodowawczych, które zajmują się również świadczeniem innych usług – np. wynajmem samochodów czy prowadzeniem call center. Wskazał również zagrożenia związane z nieprzejrzystością finansową spółek notowanych na giełdzie.

Ponadto podczas posiedzenia Prezydium NRA:

- zatwierdziło koszty przeprowadzenia kampanii reklamowej na 100-lecie Adwokatury;
- zdecydowało o objęciu patronatem i dofinansowaniu konferencji naukowej „Alternatywne sposoby rozwiązywania sporu (ADR) – wymiar prawny, ekonomiczny i międzynarodowy”, zaplanowanej na 27–28 września 2018 r. w Krakowie;
- zdecydowało o sfinansowaniu konferencji „Student prawa w poszukiwaniu drogi zawodowej. Dlaczego warto być adwokatem?”, która odbędzie się 12 października br. na Uniwersytecie Warszawskim. Konferencja jest częścią obchodów 100-lecia Adwokatury;
- zdecydowało o powołaniu zespołu roboczego ds. projektu *Regulaminu działania rzeczników dyscyplinarnych* w składzie: adw. prof. P. Kardas – przewodniczący, adw. Ewa Krasowska – wiceprzewodnicząca, wiceprezes NRA adw. Jerzy Glanc – wiceprzewodniczący, adw. Tomasz Jachowicz – członek zespołu, adw. Przemysław Rosati – członek zespołu;
- zaakceptowało propozycję działań, które mają na celu upamiętnienie za pomocą ta-

blicy pamiątkowej adwokatów-obrońców w procesach politycznych na murze Stoczni Gdańskiej (co koordynować będzie adw. Jerzy Glanc).

Na posiedzeniu Prezydium NRA w dniu

8 czerwca dyskutowano także nad ostatnimi pracami nad aneksem do umowy w sprawie wydawnictwa „Adwokat” oraz nad klauzulą o przeniesieniu autorskich praw majątkowych na rzecz NRA.

NADZWYCZAJNE POSIEDZENIE PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 12 CZERWCA 2018 R.

Po raz pierwszy w historii posiedzenie odbyło się w formie telekonferencji z częścią członków Prezydium NRA.

Zdecydowano o wykonaniu uchwały nr 43/2018 NRA z 9 czerwca 2018 r. poprzez upublicznienie jej treści na stronach internetowych Adwokatury oraz o skierowaniu jej do Komisji Europejskiej w wersji polskiej wraz z pomocniczym tłumaczeniem na język angielski. Zwrócono się w niej do KE „o niezwłoczne skierowanie ustawy o Sądzie Najwyższym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w trybie przewidzianym Artykułem 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz o złożenie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych, wstrzymujących

niezgodne z prawem usunięcie sędziów Sądu Najwyższego z dniem 3 lipca 2018 r. Pozwoli to na wstrzymanie nieodwracalnych i szkodliwych skutków ustawy o Sądzie Najwyższym i ochronę praw i wolności, gwarantowanych Traktatem o Unii Europejskiej i Kartą Praw Podstawowych”.

Omówiono techniczne warunki popisania aneksu do umowy ze Studium Graficznym „W DECHE” Krzysztof Waloszczyk związane z publikacją magazynu „Adwokat”.

Prezydium NRA zdecydowało o przyłączeniu się do stanowiska radców prawnych i skierowaniu do prezydencji CCBE zaproszenia do organizacji posiedzenia komitetu sterującego CCBE jesienią br. w Warszawie.

PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 19 CZERWCA 2018 R.

Wiceprezes NRA adw. Jerzy Glanc przypomniał, że 7 czerwca br. NRA podjęła uchwałę w sprawie umieszczenia na murze Stoczni Gdańskiej tablicy upamiętniającej adwokatów. Poinformował, że spotkał się z dziekanem wydziału grafiki ASP, który sporządzi projekt tablicy. Z uwagi na szczególne miejsce i rangę uzgodniliśmy odlanie tablicy z brązu. Przedstawił kosztorys przedsięwzięcia na kwotę 18 000 zł netto, który obejmuje projekt, wykonanie modelu do odlewu, materiał oraz uwzględnia margines na wydatki nieprzewidziane. Zaproponował, aby w pierwszej kolejności zlecić przygotowanie samego projektu i wizualizacji, które będą przyczynkiem do złożenia formalnego wniosku do władz miasta.

Prezydium NRA wyraziło kierunkową zgodę na realizację kosztorysu, akceptując na razie tylko koszty opracowania projektu niezbędnego do złożenia wniosku do władz m. Gdańska – do kwoty 2000 zł netto.

Prezydium NRA:

- zdecydowało o przekazaniu kwoty do 8000 zł brutto na organizację spotkania autorskiego z prof. Jerzym Zajadłą, autorem m.in. publikacji *Nieposłuszny obywatel RP*, która ukazała się w serii „Biblioteka Palestry”, przez ORA w Bydgoszczy. Spotkanie ma się odbyć przy okazji spływu kajakowego Brdą na początku sierpnia br. – dla uczestników spływu, zainteresowanych adwokatów oraz społeczności lokalnej;

- zatwierdziło kosztorys Biegu Powstania Warszawskiego w 2018 r. (10 000 zł z budżetu Komisji Integracji Środowiskowej, Kultury, Sportu i Turystyki, 26 500 zł z pozycji *Inne zadaniowe*);
- zatwierdziło kolorystykę wirtualnego Muzeum Adwokatury Polskiej oraz projekt animacji dot. historii adwokatury;
- wsparło do kwoty 10 000 zł brutto organizację Dnia Adwokackiego na Służewcu i Gonitwy o Puchar Adwokatury Polskiej, które odbędą się 24 czerwca br. w Warszawie;
- wsparło organizację konferencji naukowej Pomorskiej Izby Adwokackiej pt. „Prawo własności intelektualnej” do kwoty 20 000 zł brutto;
- zdecydowało o zamówieniu 10 000 egzemplarzy Terminarza Adwokata na 2019 rok.

Prezes NRA adw. Jacek Trela przypomniał o toczącym się procesie legislacyjnym w sprawie zmiany ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej i edukacji prawnej. Uchwalona przez Sejm ustawa w sposób istotny zmienia dotychczasowe brzmienie ustawy, wprowadzając kolejne zobowiązania po stronie osób udzielających porad prawnych i poszerzając grupę podmiotów uprawnionych do skorzystania z tej pomocy. Zwrócił uwagę, że wedle zmienionego art. 4 ustawy każdy, kto złoży oświadczenie, że nie może ponieść kosztów odpłatnej pomocy prawnej, może skorzystać z tej nieodpłatnej. Trudno wyobrazić sobie bardziej nieostre określenie. Zaproszony na posiedzenie Prezydium adw. Dariusz Goliński poinformował, że wraz z adw. dr. Karolem Pachnikiem starał się o wprowadzenie zapisu o ponoszeniu odpowiedzialności karnej przy składaniu oświadczenia. Uznano to jednak za zbyt ni formalizm, a system powinien zostać maksymalnie uproszczony i nastawiony na osoby niezamożne. Dodał, że inne przepisy ustawy mówią o przechowywaniu oświadczeń w celu ewentualnej weryfikacji, ale podczas dyskusji na posiedzeniu komisji sejmowej mówiono, że to raczej niesprawdzalne. Wyliczono, że godzina porady prawnej to 63 zł. Paradoksalnie zmiana przepisu ograniczy

dostęp do nieodpłatnej pomocy prawnej, gdyż np. wyeliminuje osoby z kartą dużej rodziny. Ustawodawca zakłada udzielanie porad obywatelskich z zakresu np. zadłużenia i spraw mieszkaniowych przez osoby zdolne do czynności prawnych i niekarane, które ukończą 72-godzinny kurs doszkalający. Później dodano wymóg wyższego wykształcenia. Poseł Kukiz 15 zwracał uwagę, że warunkiem udzielania porad obywatelskich jest ukończenie odpłatnego kursu, co może prowadzić do patologii. W dyskusji podnoszono, że tych porad mogliby udzielać adwokaci, którzy mają odpowiednie wykształcenie i doświadczenie, ale okazało się ono niewystarczające. Ponadto poseł Piotrowicz wskazywał, że prawnicy mówią niezrozumiałym językiem. Poinformował, że zmieniły się zasady podziału punktów udzielania pomocy prawnej. Jeśli w powiecie są 2 punkty, to dzielą się po połowie między adwokatów i radców prawnych oraz organizacje pozarządowe. Jeśli w powiecie są 3 punkty, to dwa z nich otrzymują NGO. W czasie prac wskazywaliśmy, że to sprzyja nie drogiemu pośrednictwu. Poinformował o zmianie podziału dotacji – będzie ich przyznawanych mniej niż dotychczas na punkt. Poruszył sprawę prowadzenia edukacji prawnej i wprowadzenia poprawek do treści ustawy w tym zakresie.

Zastępca sekretarza NRA adw. Anisa Gnaticowska przypomniała, że z ramienia NRA zasiada w Radzie ds. nieodpłatnej pomocy prawnej i edukacji prawnej przy MS. Potwierdza się małe zainteresowanie społeczeństwa systemem. Z badań przeprowadzonych na zlecenie NRA przed kilkoma laty wynika, że 38% obywateli korzysta z porad prawnych, przy czym tylko 8% profilaktycznie. Problem polega na tym, że ze statystyk przedstawianych na posiedzeniach Rady na jeden punkt przypadały 1–1,5 porady na dzień. Zwróciła również uwagę na to, że ludzie korzystają z porad prawników, których obdarzają zaufaniem lub polecanych przez kogoś zaufanego. Nie sprawdza się zatem system oparty na punktach, w których porad udziela ktoś niebędący z polecenia. Najlepszym wyjściem byłby system kuponów.

Wskazała, że zmiany w systemie wpłyną na rynek usług prawnych. Zmiany w ustawie nie zagwarantują nikomu ani nieodpłatnej pomocy, ani edukacji prawnej. Po dyskusji Prezydium NRA podjęło uchwałę (nr 79/2018), negatywnie oceniając ustawę o zmianie ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej uchwaloną przez Sejm RP 15 czerwca br.

Wiceprezes NRA adw. Piotr Kardas przypomniał o spotkaniu, które Prezes NRA i on odbyli z przedstawicielami redakcji „Młodej Palestry”, którzy przedstawili minimalne zapotrzebowanie finansowe niezbędne do utrzymania pisma oraz propozycje modyfikacji profilu i uzupełnienie go o treści istotne dla kształce-

nia aplikantów. Osobiście ocenia tę inicjatywę bardzo wysoko. Poruszył sprawę współpracy dwóch redakcji – „Palestry” oraz „Młodej Palestry”. Dodał, że ta grupa młodych ludzi jest aktywna na polu promocji adwokatury. Prezydium NRA, po omówieniu zagadnienia, zdecydowało o docelowym przejściu przez NRA wydawania pisma „Młoda Palestra” na podstawie porozumienia z Izłą Adwokacką w Warszawie i włączeniu pracy redakcji tego pisma w prace redakcji „Palestry”.

Na wniosek ORA w Poznaniu Prezydium NRA przyznało odznakę „Adwokatura Zasłużonym” adw. dr. Wojciechowi Kubiakowi (uchwała nr 80/2018).

PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 3 LIPCA 2018 R.

Posiedzenie rozpoczęła dyskusja na temat projektu ustawy o świadczeniu usług w zakresie dochodzenia roszczeń odszkodowawczych (druk senacki 862). Prezes NRA adw. Jacek Trela wskazał, że zwrócił się do adw. dr Magdaleny Matusiak-Frażczak z Izby Łódzkiej o przygotowanie stanowiska NRA. Z uznaniem odniósł się do wcześniejszych opinii przygotowywanych przez Koleżankę. Zaproszony na posiedzenie adw. Przemysław Rosati poinformował, że projekt ustawy został formalnie zgłoszony 12 czerwca br., ale nie został jeszcze skierowany na żadne posiedzenie. Projekt to kolejna próba erozji całego rynku usług prawnych, co może stanowić przyczynek do zainicjowania szerszej dyskusji o tym, jak w ogóle powinno zostać uregulowane świadczenie pomocy prawnej. Projekt ustawy stanowi załączek samorządu dla doradców zajmujących się dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych we wszystkich sprawach. W projekcie ujęto koncepcję umowy dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, w której wyszczególniono również zastępstwo procesowe w postępowaniu sądowym, co otwiera drogę do sprawowania roli pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego w postępowaniu karnym. W uzasadnieniu

do projektu mówi się, że wszystkie rygory dotyczące wysokości odszkodowań będą dotyczyły także adwokatów. Stwierdził, że ustawodawca dostrzegł patologię, ale zamiast jej przeciwdziałać postanowił ją usankcjonować ustawą. Poddał pod rozagę, aby w szerokiej debacie publicznej zwrócić obywatelom uwagę na problemy i zagrożenia, jakie płyną z tych propozycji. Być może warto złożyć petycję, aby wywołać temat na forum komisji sejmowej i zainteresować sprawą media. Dodał, że w Polsce problem jest o tyle istotny, że każdy może świadczyć usługi prawnicze – doradca nie musi mieć żadnego wykształcenia, a może prowadzić kancelarię odszkodowawczą. Poddał pod rozagę podjęcie współpracy z samorządem radców prawnych, przygotowanie projektu ustawy regulującej świadczenie pomocy prawnej w Polsce przez osoby licencjonowane przez państwo, a następnie spróbować zebrać 100 000 podpisów w ramach inicjatywy obywatelskiej. Musimy pokazać, że robimy to dla obywateli, których interesy mogą ucierpieć. Podobnie w dalszej dyskusji dominowało stanowisko, że rozwiązanie projektu ustawy stanowią zagrożenie dla interesu publicznego.

Sekretarz NRA adw. Rafał Dębowski przed-

stawił informacje na temat prac parlamentarnych dotyczących zmiany ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej i edukacji prawnej. Na chwilę obecną jest szansa wprowadzenia kilku zmian na etapie prac senackich, dotyczących wprowadzenia limitu dochodowego dla osób uprawnionych do korzystania z tego systemu. Upoważniono adw. R. Dębowskiego do podejmowania dalszych działań w sprawie.

Skarbnik NRA adw. Henryk Stabla przedstawił umowę na wykonanie Terminarzy Adwokata na 2019 rok. Na podstawie informacji zebranych z izb zostało zamówionych 10 000 egzemplarzy w cenie 9,90 zł netto za sztukę. Przypomnił, że połowę kosztów zakupu terminarzy pokrywają izby adwokackie. Przedstawił również propozycję współpracy nadesłaną przez „Tygodnik Powszechny”, który planuje wydanie specjalnej publikacji poświęconej 100-leciu niepodległości Polski. Propozycja dla partnera wydania dotyczy kwoty 6300 zł, w ramach której zostanie udostępnione miejsce na publikację poświęconą 100-leciu Adwokatury. Obie ww. propozycje zostały przez Prezydium zaakceptowane.

Prezydium NRA:

- dofinansowało XVII Spływ Kajakowy Brdą, który odbędzie się w dniach 1–5 sierpnia 2018 r.;
- dofinansowało V Świętokrzyski Rajd Adwokatury, który odbędzie się 7 lipca 2018 r. (z budżetu Komisji Integracji Środowiskowej, Kultury, Sportu i Turystyki);
- wyraziło zgodę na objęcie patronatem i wsparcie finansowe organizacji Polskiego Kongresu Przedsiębiorczości, który odbędzie się we wrześniu br. w Poznaniu (z budżetu Komisji ds. Wizerunku Zewnętrzniego i Ochrony Prawnej);
- zdecydowało, że koszty wydawania „Młodej Palestry” w całym 2018 r. (wszystkie numery) będą ponoszone przez NRA poprzez rozliczenie z Izbą Adwokacką w Warszawie na podstawie stosownej umowy. NRA przejmie wydawanie pisma od 1 stycznia 2019 r.

Prezydium NRA podjęło uchwałę nr 81/2018. Wskazano w niej, że:

„Adwokatura Polska, powołana do strzeżenia praworządności oraz ochrony praw i wolności obywatelskich, z najwyższym niepokojem obserwuje proces wejścia w życie ustawy o Sądzie Najwyższym. Przewidziane w tej ustawie skrócenie okresu czynnego orzekania Sędziów Sądu Najwyższego w związku z obniżeniem wieku emerytalnego, a także skrócenie określonej w Konstytucji RP kadencji Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego stanowią rażąco naruszenie określonej w Konstytucji RP oraz prawie Unii Europejskiej zasady nieusuwalności sędziów. Wprowadzenie w życie tych rozwiązań tworzy stan poważnego zagrożenia dla rządów prawa, fundamentu Rzeczypospolitej Polskiej jako demokratycznego państwa prawnego. Przestrzeganie reguł określonych w Konstytucji RP oraz prawie Unii Europejskiej jest podstawową powinnością przedstawicieli władzy publicznej”.

Wiceprezes NRA adw. Jerzy Glanc poinformował, że w wykonaniu uchwały NRA z 8 czerwca br. oraz ustaleń z poprzedniego posiedzenia Prezydium NRA spotkał się z autorem projektu tablicy poświęconej pamięci adwokatów, która ma zostać umieszczona na murze Stoczni Gdańskiej. Przedstawił wizualizację tablicy, która zostanie odlana z brązu. Dodał, że w Urzędzie Miasta Gdańska został złożony odpowiedni wniosek, odbyły się również konsultacje z konserwatorem zabytków. Wniosek musi zostać zaakceptowany przez komisję historyczną, ale wszystko jest na dobrej drodze, aby odsłonięcie tablicy odbyło się 30 sierpnia br. podczas corocznych uroczystości upamiętniających podpisanie Porozumień Sierpniowych.

Prezes NRA adw. Jacek Trela poinformował, że 23 czerwca br. w Gdańsku odbyło się spotkanie inauguracyjne działalności Komitetu Obywatelskiego „Wolne Wybory” Lecha Wałęsy. W skład Komitetu wchodzi 81 osób, m.in. profesorowie prawa, przedstawiciele świata kultury i sztuki oraz 6 adwokatów: Jacek Taylor, Mikołaj Pietrzak, Sylwia Gregorczyk-Abram, Paulina Kieszkowska-Knapik, Michał Wawrykiewicz. Dodał, że on również przyjął zapro-

szenie do Komitetu – prywatnie, jako adwokat Jacek Trela, nie jako Prezes NRA.

Prezydium NRA przyznało odznakę „Adwokatura Zasłużonym”:

- na wniosek ORA w Szczecinie adwokatów: Marcie Adamek-Donhöfner, Hannie Łyczewek-Falkowskiej, Piotrowi Dobrołowiczowi, Waldemarowi Juszcakowi, Jackowi Motyce;
- na wniosek ORA w Zielonej Górze adwokatów: Anecie Sołtysiak-Radzik, Jackowi Dużyńskiemu, Andrzejowi Kosikowi, Janowi Ślizewskiemu (uchwała nr 82/2018).

Prezes adw. J. Trela poinformował, że do NRA wpłynęło zaproszenie na uroczystości jubileuszowe 100-lecia adwokatów czeskich i słowackich, które odbędą się w dniach 20–23 września 2018 r. w Luhačovicach. Wiceprezes adw. P. Kardas poinformował, że CCBE – z przyczyn organizacyjnych i finansowych – zrezygnowała z organizacji jesiennego po-

siedzenia w Warszawie. Natomiast we wrześniu w Warszawie odbędzie się spotkanie FBE połączone z konferencją poświęconą ochronie prywatności. FBE zapewne odnie się się do sytuacji prawnej w Polsce. Swój przyjazd zapowiedział prezydent CCBE Antonin Mokry, przedstawiciele władz FBE oraz ABA. Zaplanowana została konferencja prasowa poświęcona rządowi prawa, na której wstępnie zakłada się również obecność Prezesa NRA i Prezesa KRRP. Wskazał, że prezes czeskiej rady adwokackiej Vladimír Jirousek nalega na zacieśnianie kontaktów między naszymi samorządami. We współpracy zaangażowana jest adw. Ewa Stawicka, a także adw. Stanisław Balik, który jest członkiem kolegium redakcyjnego „Palestry”. Prezes adw. J. Trela wskazał na dobrą współpracę z czeską adwokatą i zapowiedział obecność przedstawicieli NRA na uroczystościach jubileuszowych w Luhačovicach.

Andrzej Bąkowski

Wystawa „Adwokatura w służbie Ojczyźnie” w Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku, 9 czerwca–31 października 2018 r.

W setną rocznicę odzyskania przez Polskę niepodległości Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku w porozumieniu z Naczelną Radą Adwokacką zorganizowało jubileuszową wystawę „Adwokatura w służbie Ojczyźnie”, prezentującą dokonania palestry polskiej w minionym stuleciu. Honorowy patronat nad wystawą objął Prezydent RP Andrzej Duda. Uroczyste otwarcie wystawy nastąpiło 9 czerwca 2018 r. w obecności przedstawicieli Prezydenta oraz Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, a także Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Jacka Treli, dyrektora Ośrodka Badawczego Adwokatury adw. Andrzeja Zwary, dyrektora Muzeum II Wojny Światowej dr. Karola Nawrockiego (krótka relacja zob. „Palestra” 2018, nr 7–8).

Już sam tytuł wystawy jest wymowny – „Ad-

wokaci w służbie Ojczyźnie”, a więc w służbie daleko wybiegającej poza cele praktyki zawodowej, a kierującej się ku wartościom wyższym, bo narodowym, patriotycznym. Wedle tego przesłania podąża cała ekspozycja. Wybór miejsca wystawy w nowo otwartym Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku ma także swoje symboliczne znaczenie. To bez wątpienia jedno z najlepiej zaprojektowanych muzeów europejskich, mogące się poszczycić oryginalną koncepcją ekspozycji, obejmującą losy wojenne Polski i aliantów walczących z hitlerowskimi Niemcami. W takiej oprawie prezentacja losów palestry polskiej zwłaszcza w okresie II wojny światowej, gdy poniosła ona największe wśród inteligencji polskiej straty, nabiera szczególnie dramatycznego wydźwięku.

Autor koncepcji wystawy adwokat Krzysz-



późniejszy marszałek Sejmu (1939), Cezary Ponikowski, pierwszy prezes Naczelnej Rady Adwokackiej, Henryk Konic, profesor Uniwersytetu Warszawskiego, także prezes Naczelnej Rady Adwokackiej, Hilary Ewert-Krzemieniewski, pierwszy zarejestrowany adwokat w Gdyni (1926), Konstanty Wolny, pierwszy marszałek sejmiku śląskiego, współpracownik Wojciecha Korfatego, Stanisław Szurlej, obrońca w procesie brzeskim. Zapoznać się też można

z oryginalnymi muzealiami z tego czasu, jak np. z pierwszą odznaką adwokacką noszoną przez adwokatów w czasie rozpraw sądowych, zanim wprowadzono tożę w 1930 roku. Ze znanych w tamtym czasie procesów sądowych autor wystawy wybrał najgłośniejszy, tzw. proces brzeski (październik 1931–styczeń 1932) – polityczną rozprawę przeciwko przywódcom Centrolewu. Wydarzenie to ilustruje oryginalna fotografia z sali sądowej z przemawiającym obrońcą adw. Hermanem Liebermannem, późniejszym członkiem polskiego rządu na uchodźstwie w Londynie, oraz fotografia adw. Stanisława Szurleja, obrońcy Wincentego Witosa, a w czasie wojny szefa sądownictwa wojskowego i Naczelnego Prokuratora Polskich Sił Zbrojnych na Zachodzie.

tof Golec oprowadził gości po sześciu rozdzielach historii palestry, jakie wyodrębnił z minionego stulecia, a są to: 1. Wstęp, 2. W niepodległej Polsce, 3. II Wojna Światowa 1939–1945, 4. Po wojnie – stalinizm 1945–1956, 5. Adwokatura w PRL 1956–1989, 6. W wolnej Polsce 1989–2018. W każdym z nich odnajdujemy najważniejsze wydarzenia z historii kraju splecione z rolą, jaką odegrali w nich adwokaci. Zaprezentowano też sylwetki tych adwokatów i ich dorobek zawodowy i naukowy.

Odbudowa państwa po latach zaborów wymagała stworzenia podstaw prawnych do jego funkcjonowania. Oznaczało to konieczność ujednolicenia prawa, które w każdym zaborze, rosyjskim, austriackim i pruskim, działało w innym systemie. Do tego wielkiego zadania włączyli się adwokaci. Dekret Marszałka Józefa Piłsudskiego z 24 grudnia 1918 roku „O przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego” powoływał do życia adwokaturę w odrodzonym państwie polskim. Tworzy się samorząd adwokacki, a członkowie palestry uczestniczą w pracach Komisji Kodyfikacyjnej. W kolejnych latach proces unifikacji prawa dopełnił się poprzez rozporządzenie Prezydenta RP z 1932 r. – „Prawo o ustroju adwokatury”. Oba te dokumenty prezentowane są na wystawie, jak też sylwetki adwokatów zaangażowanych w ten proces, a wśród nich: Wacław Makowski, bliski współpracownik Marszałka,

z oryginalnymi muzealiami z tego czasu, jak np. z pierwszą odznaką adwokacką noszoną przez adwokatów w czasie rozpraw sądowych, zanim wprowadzono tożę w 1930 roku. Ze znanych w tamtym czasie procesów sądowych autor wystawy wybrał najgłośniejszy, tzw. proces brzeski (październik 1931–styczeń 1932) – polityczną rozprawę przeciwko przywódcom Centrolewu. Wydarzenie to ilustruje oryginalna fotografia z sali sądowej z przemawiającym obrońcą adw. Hermanem Liebermannem, późniejszym członkiem polskiego rządu na uchodźstwie w Londynie, oraz fotografia adw. Stanisława Szurleja, obrońcy Wincentego Witosa, a w czasie wojny szefa sądownictwa wojskowego i Naczelnego Prokuratora Polskich Sił Zbrojnych na Zachodzie.

Rozdział wystawy poświęcony losom adwokatury w czasie II wojny światowej skupia szczególną uwagę.

W latach okupacji, gdy metodycznie i brutal-



nie niszczone niedawno stworzone instytucje państwa, w styczniu 1941 roku powstaje Tajna Naczelna Rada Adwokacka, której przewodniczył adw. Bolesław Bielawski. Organizacja ta działała przez całą wojnę, współpracując ze strukturami Polskiego Państwa Podziemnego.

Adwokaci aktywnie uczestniczyli w ruchu oporu, płacąc za to najwyższą cenę. Ponad 56% stanu osobowego członków palestry utraciło życie – najwięcej wśród inteligencji polskiej.

Także w powstaniu warszawskim w walkach wzięło udział ponad 200 adwokatów i aplikantów adwokackich.

Na wystawie liczby te dobrze ilustrują dwie tablice – miejsca straceń adwokatów z rąk niemieckich i sowieckich oraz tablica poświęcona adwokatom – ofiarom zbrodni katyńskiej, w ramach której zamordowano co najmniej 200 adwokatów. Poznajemy też główne postaci środowiska adwokackiego tamtych dramatycznych lat. Czytamy biogramy adwokatów: Romana Łyczwyka, Stefana Korbońskiego, Mariana i Marka Gintowtów, Mariana Borzęckiego, Stanisława Kalinowskiego, Marii Budzianowskiej, Witolda Bayera. Szczególnie zyciorys adwokata Witolda Bayera (1906–1992) skupia jak w soczewce losy adwokatów-patriotów. Witold Bayer jako młody adwokat warszawski był żołnierzem września 1939 r., członkiem Tajnej Naczelnej Rady Adwokackiej (odpowiadał za szkolenia aplikantów), współpracownikiem Rządu Londyńskiego, powstańcem warszawskim. Po wojnie aresztowany w 1946 r., jak wielu żołnierzy AK skazany na wieloletnie więzienie. Po 1956 r. ponownie wpisany na listę adwokatów i w samorządzie niezwykle czynny do ostatnich dni swego życia (był współtwórcą i pierwszym kierownikiem Ośrodka Badawczego Adwokatury, pomysłodawcą utworzenia Muzeum i biblioteki Adwokatury), a jednocześnie pozostawał cenionym adwokatem w swej kancelarii przy ul. Wspólnej w Warszawie, w której rozpoczynał karierę przed wojną. Takich zyciorysów można by przedstawić o wiele więcej, ale nie pozwoliły na to ramy wystawy.

Prezentowany na wystawie unikatowy egzemplarz Dziennika Ustaw nr 2 z 1 sierp-



Witold Bayer (1906–1992), adwokat służący Ojczyźnie, twórca OBA, pomysłodawca Muzeum i Biblioteki Adwokatury

nia 1944 roku zawiera Rozporządzenie Rządu Londyńskiego o uruchomieniu adwokatury (wydrukowany w tajnej warszawskiej drukarni), świadczy o przygotowaniu samorządu adwokackiego do podjęcia działalności w wyzwoleonym spod okupacji kraju.

Zaledwie 26 lat przedtem Józef Piłsudski podpisał wspomniany wyżej Dekret wskrzeszający adwokaturę w niepodległej Polsce – znamienne to zestawienie.

Czasy powojenne, aż do przemiany ustrojowej w 1989 r., postawiły przed adwokaturą nowe wyzwania: w pierwszych latach stalinizmu walkę z sowieckim systemem represji, z biegiem lat obronę praw obywatelskich, współdziałanie z opozycją demokratyczną, niesienie pomocy potrzebującym. Te rozdziały wystawy otwierają trzy tematy: procesy zbrodniarzy hitlerowskich, którym zapewniono obronę z urzędu, co dla adwokatów, niedawnych świadków popełnianych przez okupanta zbrodni, było bardzo trudnym zadaniem. Jednym z obrońców był adw. Bolesław



Uczestnicy uroczystości otwarcia wystawy „Adwokaci w służbie Ojczyźnie”

Wiącek – adwokat żydowskiego pochodzenia, obrońca Alberta Forstera, gauleitera Wolnego Miasta Gdańska, oskarżonego o zbrodnie wojenne. Z kolei adwokat Stanisław Hejmowski bronił z urzędu zbrodniarza wojennego Artura Greisera, Namiestnika Kraju Warty.

Drugim wątkiem związanym z zakończoną wojną jest przypomnienie wybitnej postaci adw. Rafała Lemkina, doradcy głównego oskarżyciela z ramienia Stanów Zjednoczonych w procesie norymberskim, autora projektu aktu prawnego definiującego zbrodnię ludobójstwa, nominowanego do pokojowej Nagrody Nobla.

Trzecim – odniesienie do tzw. procesu szesnastu (szesnastu przywódców Państwa Podziemnego, uprowadzonych do Moskwy w marcu 1945 r. i tam sądzonych). Było wśród nich aż pięciu adwokatów: Józef Chaciński, Stanisław Mierzwa, Zbigniew Stypułkowski, Antoni Pajdak i Adam Bień.

Osobno wyeksponowano sylwetki adwokatów broniących więźniów politycznych, przeciwstawiających się opresyjnemu systemowi komunistycznemu. Sami często ryzykowali wpisaniem na czarną listę władzy, nietolerującej sprzeciwu i dysponującej szerokim wachlarzem represji. Doświadczyli tego adwokaci Jacek Taylor, związany z opozycją demokratyczną, broniący Lecha Wałęsę i Annę Walentynowicz, Ewa Juszczo-Pałubska uwięziona za pomoc

opozycjonistom, Anna Bogucka-Skowrońska i Władysław Siła-Nowicki, obrońcy przywódców „Solidarności”, Maciej Bednarkiewicz, pełnomocnik matki zamordowanego Grzegorza Przemyska i inni. Wszędzie, gdzie władze dopuszczały się przemocy, gdzie ważyły się losy przywódców „Solidarności”, adwokaci byli do dyspozycji, broniąc słusznej sprawy. Ekspozycja prezentuje te wydarzenia fotografiami z rozpraw sądowych, np. procesu zabójców księdza Jerzego Popiełuszki (adwokaci Edward Wende, Jan Olszewski), Anny Walentynowicz (adw. Anna Bogucka-Skowrońska, Władysław Siła-Nowicki), oryginalnymi dokumentami, jak np. Wniosek milicyjny o założeniu teczek obiektywnej na Izbę Adwokacką w Gdańsku, Decyzja o internowaniu adw. Anny Boguckiej-Skowrońskiej z 12 grudnia 1981 r., osobistymi pamiątkami adwokatów, często z obozów dla internowanych w okresie stanu wojennego.

Klamrą spinającą opowieść o advokaturze w mijającym stuleciu jest na wystawie ostatni jej rozdział „W Wolnej Polsce”. Po 4 czerwca 1989 roku rozpoczął się w kraju marsz ku państwu demokratycznemu, powrót do świata i wartości Zachodu. Nie mogło w tym procesie zabraknąć adwokatów, którzy, podobnie jak w 1918 roku, oddali tej sprawie swe doświadczenie i entuzjazm.

Wystawa przypomina znane postacie człon-

ków palestry aktywnie uczestniczące w życiu politycznym kraju lat 90.: adw. Wiesława Chrzanoskiego (pierwszego niekomunistycznego marszałka sejmu, później senatora), adw. Jana Olszewskiego (premiera rządu), adw. Tadeusza de Virion (ambasadora RP w Wielkiej Brytanii, członka Trybunału Stanu), adw. Jacka Taylora (ministra w rządzie RP), aby wymienić kilka zaledwie postaci z tego licznego grona. Obszerne cytowane są też słowa Prezydenta Lecha Kaczyńskiego o roli i zasługach adwokatury dla państwa polskiego, wypowiedziane z okazji 90-lecia samorządu adwokackiego w 2008 roku. Wystawa przywołuje też ostatni, tragiczny akord, który głęboko dotknął adwokaturę – to katastrofa prezydenckiego samolotu pod Smoleńskiem 10 kwietnia 2010 r. Wśród jej ofiar znaleźli się adw. Joanna Agacka-Indecka (Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej), adw. Stanisław Mikke (wieloletni redaktor naczelny pisma „Palestra”, wiceprzewodniczący Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, były sędzia Trybunału Stanu), byli adwokaci: Joanna Szymanek-Deresz (b. szefowa kancelarii Prezydenta RP Aleksandra Kwaśniewskiego), senator Stanisław Zając.

Na zakończenie kilka refleksji, które nasuwają się w związku z wystawą. Materiały zgromadzone na ekspozycji, a także trafna propozycja

autora wystawy, aby zaprezentować je w omówionych sześciu rozdziałach, przyniosła zamierzony efekt. Otrzymaliśmy obraz korporacji zawodowej, spójnej i oddanej krajowi jak żadna inna organizacja zawodowa w Polsce w ciągu ostatniego stulecia. Dodać tu można uwagę, że także w okresie zaborów adwokaci wyróżniali się swą patriotyczną postawą, o czym przykładowo może świadczyć wybitna postać warszawskiego adwokata Henryka Krajewskiego, powstańca styczniowego, zesłańca na Sybir, twórcy kasy zapomogowej dla adwokatów.

Dobrze, że po zakończeniu wystawy w Gdańsku wystawa nabierze charakteru mobilnego i odwiedzi izby adwokackie w całej Polsce.

Scenografia wystawy także nie zawodzi. Organizatorom ekspozycji udało się osiągnąć, na stosunkowo niewielkiej powierzchni wystawienniczej, pożądaną efekt przestrzenności czasowej.

Umiejętnie zestawiono duże plansze fotograficzne z oryginalnymi muzealiami pomieszczonymi w gablotach, a podpisy są dobrze widoczne. Dobrano odpowiednie oświetlenie i kolorystykę, które nadają spójność wizualną wystawie, jak też wysoki walor estetyczny całej ekspozycji.

Wystawie towarzyszy starannie wydany katalog.

Andrzej Stoga

Szpalty pamięci

ADWOKAT EWA JUSZKO-PAŁUBSKA 1948–2018

W okresie urlopowym dotarła do redakcji „Palestry” jakże smutna informacja o śmierci Ewy Juszek-Pałubskiej – odważnej adwokat, którą spotkały ogromne szykany ze strony komunistycznego aparatu terroru czasu stanu wojennego.

Ewa Juszek urodziła się 9 kwietnia 1948 r. w Szczecinie w rodzinie Jana i Krystyny. Ojciec w czasie II wojny światowej służył żandarmerii AK w rejonie proszowsko-miechowskim pod Krakowem, a matka była łączniczką AK. Po wojnie wyjechali z rodzinnymi stronami, uciekając przed funkcjonariuszami Wojewódzkiego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego. Dotarli do Szczecina, gdzie urodziła się i pierwszy okres życia spędziła późniejsza adwokat. Studia prawnicze ukończyła na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. Zgodnie z ówczesnymi przepisami odbyła aplikację sądową, a następnie adwokacką. Od końca lat siedemdziesiątych wykonywała zawód adwokata w Piotrkowie Trybunalskim.

W książce pt. *Historia Adwokatury* napisano, że Mecenas Juszek-Pałubka była „adwokatem, który najwięcej wycierpiał w latach osiem-



Adwokat Ewa Juszek-Pałubka w l. 70. XX w.

dziesiątych z powodu zaangażowania w obrony polityczne”. O tych kilku zdaniach w książce na Jej temat dowiedziała się od Córci, aplikantki adwokackiej. Napisała wówczas do autorów list, a w nim m.in.:

„Jestem bardzo dumna i wdzięczna Panom za poświęcenie uwagi mojej skromnej osobie w książce (...). Na str. 347 tego

niesłychanie ciekawego opracowania poświęciliście Panowie prawie całą stronę na przedstawienie jednego z najtrudniejszych momentów mojego życia i moich jakże trudnych decyzji. Podejmowałam je świadomie – wiedząc co mnie czeka”.

Adwokat Juszek-Pałubka była działaczką „Solidarności”. W 1982 r. odważnie broniła działaczy „Solidarności” z Tomaszowa Mazowieckiego. Po jednym z przemówień została z sali sądowej wyniesiona na rękach. Broniła też działaczy związkowych z Bełchatowa i Kozłuszek. Była jedyną adwokat w Piotrkowie Trybunalskim, która broniła związkowców za darmo, a trafiali do niej za pośrednictwem OO. Jezuitów, gdzie zostawała też swoje wizytów-

ki. Służba Bezpieczeństwa rozpoczęła działania celem Jej pozyskania, a po stanowczej odmowie podjęto czynności zmierzające do „wyeliminowania” odważnej Pani Mecenas.

Nakłoniono grubo ponad setkę osób do fałszywego świadectwa przeciwko adw. Juszeko-Pałubskiej. Dwóch rzekomych świadków zeznało, że przed dwoma laty Mecenas Juszeko-Pałubska przyjęła „1 kg cukru, kostkę masła i butelkę winiaku”, czyli dobra, które były na kartki. Jak już napisano, „dobra” owe potraktowano jako łapówkę za obietnicę „załatwienia sprawy”. Oddajmy głos samej Pani Mecenas, która w listopadzie 2017 r. napisała:

„Zostałam aresztowana 1 sierpnia 1984 r. i siedziałam – najpierw 6 miesięcy w areszcie na Komendzie na Lutomińskiej w Łodzi (w prawie zupełnych ciemnościach, bez wychodzenia na spacerki i w piwnicach), później w Areszcie na Kraszewskiego w Łodzi i wreszcie w Zakładzie Karnym w Krzywańcu pod Zieloną Górą – oby najdalej od rodziny. I właśnie tam, bez żadnych opłat, odwiedził mnie adw. Czesław Jaworski, któremu do końca życia będę wdzięczna. Był u mnie również niezapomniany OO Jezuita Stefan Miecznikowski. Zakład opuściłam 5 sierpnia 1986 r. Byłam bez prawa do pracy,

gdyż SB zrobiła wszystko, by tak właśnie się stało. W aktach IPN jest radosne stwierdzenie pracownika SB, że żyjemy w biedzie. Jednak nie udało się rzucić nas, tzn. całą moją rodzinę na kolana, bo byliśmy pod opieką Punktu „S” przy ul. Piwnej w Warszawie i Episkopatu Polski – w tym głównie OO Miecznikowskiego”.

Dodajmy, że sąd pierwszej instancji skazał adw. Juszeko-Pałubską na pięć lat pozbawienia wolności i pozbawił praw publicznych. Sąd drugiej instancji uniewinnił z jednego zarzutu i obniżył wymiar kary do czterech lat bezwzględnego pozbawienia wolności, grzywny i utraty praw publicznych. W Zakładzie Karnym w Krzywańcu przebywała od kwietnia 1985 do 5 sierpnia 1986 r. Dodać należy, że w dokumentach Komitetu Helsińskiego wymieniano adw. Juszeko-Pałubską jako represjonowaną za udzielanie pomocy prawnej prześladowanym. Tragizmu sprawie dodaje fakt, że Mecenas Juszeko-Pałubska wychowywała wówczas dwoje małych dzieci – córka miała dziewięć lat, a syn tylko trzy.

Aż do 1992 r. Mecenas Juszeko-Pałubska żyła bez prawa wykonywania zawodu adwokata. Od 1989 r. angażowała się w tworzenie Komitetów Obywatelskich, szefowała biuru poselsko-senatorskiemu OKP (Obywatelskiego Klubu Parlamentarnego) w Piotrkowie. Pracowała też w Senacie RP. Nie chciała jednak angażować się *stricte* politycznie, w działalność partii politycznych. Po latach wspominała: „Uznałam już wtedy, że nie chcę do polityki, że polityka to kurtyzana. Nie zmieniłam zdania do dziś”.

W III RP adw. Juszeko-Pałubska została odznaczona m.in. Krzyżem Oficerskim Orderu Odrodzenia Polski (postanowieniem Prezydenta RP z 20 sierpnia 2009 r.), Krzyżem Wolności i Solidarności



Od lewej: adw. Paweł Mucha, sekretarz stanu w Kancelarii Prezydenta RP, adw. Jacek Trela, prezes NRA, adw. Ewa Juszeko-Pałubska, dr Karol Nawrocki, dyrektor Muzeum II Wojny Światowej

(postanowieniem Prezydenta RP z 22 stycznia 2016 r.), odznaką „Adwokatura Zasłużonym” (uchwałą prezydium NRA z 11 października 2016 r.), Krzyżem pamiątkowym „Semper Fidelis” (przez Związek Solidarności Polskich Kombatantów oraz Medalem „O niepodległość Polski i Prawa Człowieka 13.XII.1981 – 4.VI.1989 (przez Kapitułę Medalu, Łódź, 2010). W czasie naszej rozmowy żartowała, że jest najbardziej odznaczonym adwokatem w Polsce i dodała:

„Jestem dumna z tych zaszczytów, ale nie tylko ja na nie zasłużyłam – zasłużyli również Ci adwokaci, którzy bronili mnie honorowo, tj. adw. Czesław Jaworski z Warszawy, adw. Michał Kuydowicz oraz adw. Eugeniusz Sindlewski z Łodzi oraz cała Polska Palestra, to znaczy Ci wszyscy, którzy się nie ugięli i szli z podniesioną głową wykonując szczytny zawód adwokata w czasach

gdy nie łatwo było go z godnością wykonywać”.

W czerwcu br. Mecenas Juszko-Pałubska brała udział w otwarciu wystawy „Adwokaci w Służbie Ojczyzny” w Muzeum II Wojny Światowej, której jest jedną z bohaterek. Udzieliła wówczas krótkiego wywiadu telewizyjnego dla gdańskiej telewizji.

Adwokat Ewa Juszko-Pałubska zmarła nagle 16 lipca 2018 r. w Piotrkowie Trybunalskim. Została pochowana 19 lipca 2018 r. na Starym Cmentarzu Rzymskokatolickim w Piotrkowie Trybunalskim.

Córka Mecenas Ewy Juszko-Pałubskiej – Monika – przygotowuje się do zawodu adwokata, syn Michał jest zaś aktorem kabaretowym, jednym z członków krakowskiej Formacji Chatelet.

Adam Redzik

Upamiętnienie adwokata prof. Maurycego Allerhanda w Rzeszowie

Po opublikowaniu w nr. 7–8 obszernego artykułu o prof. dr. Maurycem Allerhandzie redakcja otrzymała drogą elektroniczną list od adw. Andrzeja Grzywacza, który zwrócił uwagę, że w artykule zabrakło informacji o tym, iż od 2013 r. plac przed sądami w Rzeszowie nosi imię prof. Allerhanda. Oto treść listu:

„Szanowna Redakcjo!

Z wielkim zainteresowaniem przeczytałem opracowanie adwokata prof. dr. hab. Adama Redzika pt. *Maurycy Allerhand – w 150-lecie uro-*

dzin, zamieszczone na łamach „Palestry” nr 7–8 z 2018 r., wiążąc to z lokalnym wydarzeniem w mieście Rzeszowie, w którym mieszkam i wykonuję zawód adwokata. Wydarzenie to opisałem w notatce, którą przesyłam wraz z załączonym zdjęciem z uprzejmą prośbą o rozważenie publikacji tego tekstu. Panu Mecenasowi Adamowi Redzikowi składam tą drogą gratulacje za znakomite opracowanie i pouczającą publikację (...)

Erygowanie w 2009 roku Instytutu Allerhanda [...] jest niewątpliwie ważne, zwłaszcza ogólnopolski wymiar. Wydarzeniem lokalnym, lecz jakże istotnym z racji urodzin Maurycego Allerhanda w Rzeszowie było nazwanie jego imieniem placu przed nowym budynkiem Sądu Rejonowego. Aktu tego dokonał prezydent Rzeszowa Tadeusz Ferenc 18 listopada 2013 roku przy licznie zgromadzonych przedstawicielach środowiska prawniczego i miesz-



Fot. A. Grzywacz

kańcach. Plac im. Maurycego Allerhanda przypomina dobrze służący wypoczynkowi szeroki deptak z ławeczkami, drzewkami, krzewami i stylowym oświetleniem, w tle udanie komponuje się z budowlą Sądu Rejonowego. Nazwanie placu imieniem Maurycego Allerhanda jest wyrazem pamięci dla znakomitego prawnika i wspaniałego człowieka, który choć całe życie późniejsze spędził we Lwowie, o swoich rzeszowskich korzeniach nie zapomniał.

*Andrzej Grzywacz,
adwokat (Rzeszów)*

Serdecznie dziękuję Panu Mecenasowi za zwrócenie uwagi na ten ważny fakt. Rzeszów jest jedynym miastem, w którym prof. Maurycy Allerhand – uczony, adwokat i człowiek, który łączył – jest patronem placu. W ubiegłym roku Instytut Allerhanda oraz Naczelna Rada Adwokacka występowała z wnioskami w Krakowie i Warszawie o nadanie jednej z ulic imienia Maurycego Allerhanda, a innej warszawskiego adwokata i autora konwencji o ludobójstwie Rafała Lemkina. Starania te niestety nie przyniosły póki co skutku.

Adam Redzik

Roczny program Centrum Prawa Amerykańskiego UW



UW w roku akademickim 2018/19. Rekrutacja trwa do 15 września 2018. Centrum Prawa

Zapraszamy adwokatów i aplikantów adwokackich do udziału w rocznym programie Centrum Prawa Amerykańskiego na WPiA

Amerykańskiego od 20 lat prowadzi ceniony program, w którym wybitni profesorowie z renomowanych uczelni amerykańskich prowadzą zajęcia w ramach 10 modułów m.in. z Intro to US Law, Constitutional Law, Criminal Law, Business Organizations, Legal Writing, Legal Counseling and Interviewing. W tym roku zniżka w opłacie dla aplikantów wynosi 25%, a dla adwokatów 15%. Więcej o programie: www.cpa.uw.edu.pl

Z ostatniej chwili

W dniu 28 sierpnia br. mocą uchwały Prezydium NRA odwołany został z funkcji zastępcy redaktora naczelnego „Palestry” oraz z członkostwa w Kolegium pisma adw. dr hab. prof. UW Adam Redzik. Z członkostwa w Kolegium „Palestry” odwołany został też adw. dr hab. prof. UW Antoni Bojańczyk.

TABLE OF CONTENTS

A fulfilled advocate – an interview with advocate Czesław Jaworski from 2004 led by <i>Ewa Szadkowska</i>	3
<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa) To Czesław Jaworski for a goodbye	7
<i>Teodor Szymanowski</i> , Prof. Ph.D. habilitated (Warszawa) Changes in crime in Poland after political transformation period and evolution of criminal policy in the light of statistical data	13
<i>Dagmara Gruszecka</i> , advocate, Ph.D. at the University of Wrocław (Wrocław) Grounds for the extraordinary appeal in criminal cases – remarks in the context of “filling the gaps in the system of extraordinary remedies”	27
<i>Magdalena Kowalewska-Lukuć</i> , Ph.D., senior lecturer at the University of Silesia (Katowice) The expanded forfeiture and the forfeiture of firm – few reflections after one year of new law in force	41
<i>Stawomir Joachimiak</i> , Ph.D., district court judge’s assistant (Kalisz) The concept of ban on participation at mass event and the rules of proper legislation	47
<i>Tomasz Połetek</i> , advocate, candidate for doctor’s degree at the Jagiellonian University (Warszawa-Kraków) Member of consortium as a plaintiff in civil procedure	56
<i>Anna Wolska-Bagińska</i> , Ph.D., regional public prosecutor (Gdynia) Protection of the rights and freedoms of minors in the context of the Sexual Offender Register	63
<i>Michał Długosz</i> , Ph.D. (Warszawa) The crime of infanticide from the perspective of the Constitution of the Republic of Poland	71
<i>Agnieszka Szczekala</i> , legal adviser, Ph.D., senior lecturer at the Maria Curie-Skłodowska University (Lublin) Abuse of the substantive right in non-property relations between spouses – selected issues	78
GLOSSES	
<i>Aleksandra Nowosad</i> , Ph.D., senior lecturer at the Maria Curie-Skłodowska University (Lublin) Gloss to the resolution of the Supreme Court of 25 th January 2018, I KZP 11/17 [on combined punishment]	88
<i>Stanisław Łagodziński</i> , Ph.D., retired prosecutor (Olsztyn) Gloss to the sentence of the Supreme Court of 22 nd March 2017, III KK 349/16 [on burglary]	95
<i>Tadeusz Felski</i> , advocate, Ph.D. (Toruń) Gloss to the sentence of the <i>Appellate Court</i> in Warsaw of 2 nd January 2018, V ACa 577/16 [the change of the factual basis of a claim in appellate proceedings]	104
RECENT CASE-LAW	
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , advocate, counsel of the OSCE Mission in Kosovo (Warszawa) European Court of Human Rights – review of the case-law (April–June 2018)	109
ROAD ACCIDENTS	
<i>Wojciech Kotowski</i> (Warszawa) A flagrant violation of the principle of free appraisal of evidence?	114

LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES	
<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa) <i>World's best-selling book on a thoughtful man</i>	119
REVIEWS AND NOTES	
Petr Toman, Ondřej Šebesta, <i>Nestoři české advokacie</i> <i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa)	124
THE BAR CHRONICLE	
From the meetings of the Polish Bar Council's Presidium	126
The exhibition "Advocates in service of their Homeland" in the Museum of the Second World War in Gdańsk, 9 th June – 31 st October 2018 <i>Andrzej Stoga</i> , Ph.D. (Warszawa)	13
COLUMNS OF MEMORY	
Advocate Ewa Juszko-Pałubska (1948–2018) <i>Adam Redzik</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor at the University of Warsaw (Warszawa) .	138
VARIA	
The commemoration of advocate prof. Maurycy Allerhand in Rzeszów <i>Andrzej Grzywacz</i> , advocate (Rzeszów)	141
The annual programme of the Center of American Law Studies, University of Warsaw	142

Informacje dla autorów

W „Palestrze” publikujemy artykuły naukowe, artykuły praktyczne, glosy, przeglądy orzecznictwa, recenzje, sprawozdania oraz teksty informacyjne. Czasopismo sprofilowane jest na szeroko ujęte prawo sądowe, czyli materialne i procesowe prawo cywilne (w tym prawo handlowe, prawo własności intelektualnej oraz prawo pracy) oraz materialne i procesowe prawo karne. Podejmowane są również zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz międzynarodowego, a także historyczno-prawne, ale dotyczące szeroko ujętej adwokatury.

Z uwagi na liczebność nadsyłanych opracowań, ich różnorodność i niejednorodność wprowadzone zostały wymogi wobec przesyłanego materiału w zakresie objętości oraz sposobu prezentacji treści, w tym konstrukcji odsyłaczy. Artykuły naukowe nie powinny przekraczać 10 stron tekstu (1 strona = 1800 znaków). Objętość glos to 5–8 stron, recenzji 2–5 stron, a sprawozdań i tekstów informacyjnych 1–3 stron.

Teksty prosimy przysyłać drogą elektroniczną na e-mail: redakcja@palestra.pl, ewentualnie tradycyjną drogą pocztową (ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa) z wydrukiem oraz edytowalną wersją elektroniczną na płycie CD lub DVD. Do artykułów (z pominięciem glos, recenzji, sprawozdań i tekstów informacyjnych) należy dodać tytuł w języku angielskim, streszczenie w językach angielskim i polskim (do 600 znaków), pojęcia kluczowe (również w językach angielskim i polskim). Wszystkie teksty należy zaopatrzyć w krótką informację o autorze/autorach (status zawodowy i naukowy, dane adresowe, numer telefonu) oraz oświadczenie, że tekst nie został przedstawiony innej redakcji.

Prosimy o jednolite wstawianie przypisów na dole strony, według następujących zasad. Książkę cytujemy wg wzorca: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, Warszawa, C.H. Beck 2009, s. 112. Gdy książka posiada wielu autorów, a jest pod redakcją jednego, wskazujemy cytowanego autora oraz stronę w redagowanej książce według wzorca: E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste*, (w:) Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 13 – *Prawo autorskie*, red. J. Barta, wyd. 2, Warszawa, C.H. Beck 2007, s. 239. Artykuł w czasopiśmie proszę powoływać w sposób następujący: pierwsza litera imienia, nazwisko, tytuł kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie lub jego skrót (np. KKP, PiP, PPIA), rok wydawniczy, numer zeszytu oraz strony – wszystkie elementy oddzielone przecinkiem (np. M. Filar, *Pierwsze – nie mieszać*, „Palestra” 2012, nr 7–8, s. 215–216). W przypadku kolejnego przywołania cytowanej wcześniej pozycji proszę wpisać pierwszą literę imienia, nazwisko, początek tytułu (kursywą) oraz strony (np. M. Filar, *Pierwsze*, s. 215). Gdy cytujemy tę samą pozycję, co w przypisie poprzednim proszę wpisać słowo „Tamże” oraz numer strony (Tamże, s. 216). W przypadku publikacji elektronicznych proszę podać – oprócz autora i tytułu – adres strony internetowej oraz – w nawiasie kwadratowym – datę dostępu. Dodatkowe informacje znajdują Państwo na naszej stronie internetowej (www.palestra.pl).

Wszystkie teksty przesyłane do redakcji poddawane są recenzjom. W przypadku artykułów i glos są to recenzje wewnętrzna i zewnętrzna. Wynik recenzji wpływa na decyzję o skierowaniu tekstu do druku.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania, wynikających z opracowania redakcyjnego, zmian w tekstach przyjętych do druku. Nadesłanie tekstu z zamiarem opublikowania go w „Palestrze” jest tożsame z udzieleniem zgody na publikację w Internecie. Tekstów niezamówionych nie zwracamy.

W numerze między innymi:

DAGMARA GRUSZECKA

Podstawy skargi nadzwyczajnej w sprawach karnych – uwagi w kontekście „wypełniania luk w systemie środków zaskarżenia”

TEODOR SZYMANOWSKI

Zmiany w przestępczości w Polsce w okresie po odzyskaniu niezależności oraz ewolucja polityki karnej w tym okresie w świetle danych statystycznych

MICHAŁ DŁUGOSZ

Przestępstwo dzieciobójstwa z perspektywy Konstytucji RP

MAGDALENA KOWALEWSKA-ŁUKUĆ

Konfiskata rozszerzona oraz przepadek przedsiębiorstwa – kilka refleksji po roku obowiązywania znowelizowanych przepisów k.k.

SŁAWOMIR JOACHIMIAK

Pojęcie zakazu wstępu na imprezę masową a zasady prawidłowej legislacji

ANNA WOLSKA-BAGIŃSKA

Ochrona praw i wolności nieletniego a Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym