FORUM PRAWNICZE

NUMER 6 (20)
2013

Spis treści

ARTYKUŁY

Tomasz Sroka
3 **Realizacja zasady określoności czynu zabronionego z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej**

Krzysztof Szczucki
18 **Wykładnia prokonstytucyjna w praktyce. Przykład stalkingu**

Błażej Kmieciak
29 **Prawnopsychiatryczny kontekst wprowadzenia przepisów zezwalających na detencję niepsychotycznych sprawców**

ARTYKUŁY RECENZYJNE

Franciszek Longchamps de Bérier
44 **Prawo rodzinne archaicznego Rzymu „bez zbędnej gimnastyki umysłowej"**

Tomasz Giaro
51 **Bezczeszczenie grobów w Rzymie a interes polskiego podatnika**

Maciej Jońca
58 **Góra urodziła mysz. Odpowiedź na recenzję Tomasza Giaro**

SPRAWOZDANIE

Marcin Olszówka
64 **„Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne". Konferencja naukowa, Lublin, 28 listopada 2013 roku**

ORZECZNICTWO

Marcin Stębelski
67 **Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne**

Anna Michalak
73 **Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski
79 **Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Marcin Pawlicki
86 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

Jerzy Pisuliński (red.), Michał Kućka, Katarzyna Pałka
92 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**

Paweł Wiliński, Piotr Karlik
99 **Przegląd orzecznictwa – prawo karne**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu należy dołączyć krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).

2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem artykułu do redakcji. Artykuł recenzyjny powinien mieć objętość do 20 000 znaków.

3) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Glosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przesyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

Teksty podlegają procedurze oceny merytorycznej, po zakończeniu której autor otrzymuje decyzję redakcji o ich przyjęciu albo odrzuceniu.

FORUM PRAWNICZE

Numer 6 (20) | 2013
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WYDAWCA
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa

RADA PROGRAMOWA
Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach
prof. Martin Avenarius
prof. Petr Blaho
prof. Bartosz Brożek
prof. Zbigniew Cieślak
prof. Tomasz Giaro
prof. Joseph Hoffmann
prof. Sang Yong Kim
prof. Małgorzata Korzycka-Iwanow
prof. Jarosław Majewski
prof. Marek Michalski
prof. Artur Nowak-Far
prof. Aurelia Nowicka
prof. Jerzy Pisuliński
prof. Michał Romanowski
prof. Grażyna Skąpska
prof. Andrzej Skoczylas
prof. Bogdan Szlachta
prof. Piotr Tuleja
prof. Daniil Tuzov
ks. prof. Krzysztof Warchałowski
prof. Paweł Wiliński

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak
Sekretarz redakcji: mgr Kazimierz W. Ujazdowski
dr Krzysztof Szczucki
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa
prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne
dr Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne
dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Natalie Severt
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Tomasz Sroka

Realizacja zasady określoności czynu zabronionego z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej

Disciplinary Liability in the Light of Article 42 of the Constitution and the Principle of Nullum Crimen Sine Lege

The author analyzes disciplinary liability in the light of the legal principle of nullum crimen sine lege. Although it is not exactly a criminal liability, it is severe enough to be read on the grounds of article 42 of the Constitution of the Republic of Poland. It raises the question of the constitutional standard of this branch of law. In this article, the author compares the standards of criminal liability sensu stricto, and disciplinary liability, bearing in mind decisions and interpretation the Constitutional Tribunal.

Tomasz Sroka

Doktor nauk prawnych, asystent w Katedrze Prawa Karnego oraz Zakładzie Bioetyki i Prawa Medycznego Uniwersytetu Jagiellońskiego, wykładowca z zakresu prawa karnego i prawa medycznego na Wydziale Prawa i Administracji oraz Wydziale Lekarskim Collegium Medium UJ; sekretarz studiów podyplomowych „Prawo medyczne i bioetyka" oraz koordynator w Studenckiej Poradni Prawnej na Uniwersytecie Jagiellońskim; asystent sędziego Trybunału Konstytucyjnego.

W prawie polskim istnieje co najmniej kilka różnych reżimów odpowiedzialności o charakterze represyjnym niestanowiących odpowiedzialności karnej *sensu stricto*, lecz należących do szeroko rozumianej odpowiedzialności karnej. Zaliczyć do nich można na przykład odpowiedzialność za wykroczenia, a także – zdaniem większości przedstawicieli doktryny i orzecznictwa sądowego – odpowiedzialność dyscyplinarną[1].

1 Celem niniejszego opracowania nie jest analiza zasadności zaliczenia odpowiedzialności dyscyplinarnej do odpowiedzialności o charakterze represyjnym. Przyjęto założenie, że w odpowiedzialności represyjnej zawiera się odpowiedzialność dyscyplinarna. Por. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 28; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 22–23; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 6; A. Szwarc, *Karny charakter odpowiedzialności dyscyplinarnej w sporcie* (w:) A. Szwarc (red.), *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra*

Uznanie odpowiedzialności dyscyplinarnej za rodzaj odpowiedzialności represyjnej otwiera pytanie o konstytucyjny standard jej regulacji prawnej. Analizy wymaga przede wszystkim kwestia zakresu stosowania do tego rodzaju odpowiedzialności standardu ochrony praw i wolności uregulowanych w rozdziale II Konstytucji RP Zasadniczo wątpliwości nie budzi zakres stosowania do odpowiedzialności dyscyplinarnej tych praw i wolności człowieka i obywatela, których stosowania ustawa zasadnicza nie ogranicza do określonego rodzaju postępowania, na przykład prawa do sądu uregulowanego w art. 45 ust. 1 konstytucji. Pewne problemy budzi natomiast zagadnienie, czy i w jakim zakresie do odpowiedzialności dyscyplinarnej należy stosować regulacje praw i wolności odnoszących się w ustawie zasadniczej literalnie do odpowiedzialności karnej. Kluczowe znaczenie w tym zakresie pełni art. 42 ust. 1 konstytucji i wyrażona w nim zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Zagadnienie możliwości i zakresu stosowania praw i wolności konstytucyjnych określonych w art. 42 konstytucji, w szczególności art. 42 ust. 1, do odpowiedzialności dyscyplinarnej było już przedmiotem kilkukrotnych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego.

Trybunał Konstytucyjny zajął stanowisko, że wszystkie gwarancje praw i wolności człowieka i obywatela ustanowione w rozdziale II Konstytucji RP znajdują zastosowanie do postępowań dyscyplinarnych, należy je bowiem odnosić do wszystkich postępowań o charakterze represyjnym[2]. Realizacja tych praw i wolności konstytucyjnych na gruncie postępowań dyscyplinarnych ma służyć celom ochronnym, przez które należy rozumieć zapewnienie optymalnego zabezpieczenia praw i wolności obwinionego[3]. W orzecznictwie można nawet odnaleźć wypowiedzi odnoszące się wprost do gwarancji wynikających z art. 42 konstytucji i konieczności ich respektowania na gruncie odpowiedzialności represyjnej, w tym dyscyplinarnej[4]. Zakres przedmiotowy gwarancji wynikających z powyższego przepisu nie może być ustalany poprzez odwołanie się do obowiązującego ustawodawstwa, bowiem przepis ten utraciłby swoje znaczenie gwarancyjne[5].

Ze względu na odrębność postępowania dyscyplinarnego od postępowania karnego standardy wyrażone w art. 42 konstytucji mają – w ocenie TK – do tego postępowania jednak tylko odpowiednie zastosowanie[6]. W związku z tym stosowanie zasady *nul-*

Ratajczaka, Poznań 1999, s. 283; M. Rogalski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna prokuratorów a odpowiedzialność karna. Zagadnienia wybrane* (w:) H. Zięba-Załucka, M. Kijowski (red.), *Godność obywatela, urzędu i instytucji. Zmiany ustrojowe prokuratury RP*, Rzeszów 2005, s. 106; L. Gardocki, *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej* (w:) J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 191; A. Bojańczyk, T. Razowski, *Konsekwencje procesowe przewinienia dyscyplinarnego będącego przestępstwem*, „Prokuratura i Prawo" 2009, nr 11–12, s. 56; P. Kardas, *Przewinienie dyscyplinarne o charakterze ciągłym*, „Rejent" 2010, wyd. specjalne, s. 109–112. Szczegółową analizę charakteru odpowiedzialności dyscyplinarnej przeprowadził A. Bojańczyk, *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną (na przykładzie odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych)*, „Państwo i Prawo" 2004, nr 9, s. 18–21 oraz P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, s. 28–35.

2 Por. wyroki TK: z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 117; z dnia 16 marca 1999 r., SK 19/98, OTK ZU 1999, nr 3, poz. 36; z dnia 16 listopada 1999 r., SK 11/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 158; z dnia 11 września 2001 r., SK 17/00, OTK ZU 2001, nr 6, poz. 165; z dnia 19 marca 2007 r., K 47/05, OTK ZU 2007, nr 3A, poz. 27; z dnia 4 marca 2008 r., SK 3/07, OTK ZU 2008, nr 2A, poz. 25; z dnia 2 września 2008 r., K 35/06, OTK ZU 2008, nr 7A, poz. 120; z dnia 17 lutego 2009 r., SK 10/07, OTK ZU 2009, nr 2A, poz. 8; z dnia 29 czerwca 2010 r., P 28/09, OTK ZU 2010, nr 5A, poz. 52; z dnia 25 czerwca 2012 r., K 9/10, OTK ZU 2012, nr 6A, poz. 66; z dnia 6 listopada 2012 r., K 21/11, OTK ZU 2012, nr 10A, poz. 119; z dnia 29 stycznia 2013 r., SK 28/11, OTK ZU 2013, nr 1A, poz. 5.

3 Por. wyrok TK z dnia 4 marca 2008 r., SK 3/07.

4 Por. orzeczenie TK z dnia 1 marca 1994 r., U 7/93, OTK ZU 1994, nr 1, poz. 5; wyrok TK z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97; wyrok TK z dnia 19 marca 2007 r., K 47/05; wyrok TK z dnia 11 grudnia 2008 r., K 33/07, OTK ZU 2008, nr 10A, poz. 177; wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., K 31/08, OTK ZU 2009, nr 7A, poz. 107; wyrok TK z dnia 6 listopada 2012 r., K 21/11.

5 Por. wyroki TK: z dnia 8 lipca 2003 r., P 10/02, OTK ZU 2003, nr 6A, poz. 62; z dnia 19 marca 2007 r., K 47/05; z dnia 2 września 2008 r., K 35//06.

6 Por. wyroki TK: z dnia 11 września 2001 r., SK 17/00; z dnia 2 września 2008 r., K 35/06; z dnia 6 listopada 2012 r., K 21/11;

lum crimen, nulla poena sine lege w postępowaniach dyscyplinarnych musi doznawać pewnej modyfikacji w stosunku do procesu karnego, ponieważ ocenie poddawane są zachowania niestanowiące przestępstw[7].

Powyższe stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, dotyczące jedynie odpowiedniego stosowania zasad wynikających z art. 42 konstytucji, a w szczególności art. 42 ust. 1, do odpowiedzialności dyscyplinarnej budzi pewne wątpliwości. Konieczne jest zwrócenie uwagi, że pojęcia zawarte w konstytucji mają samodzielne znaczenie, co powoduje możliwość, a wręcz konieczność odrębnej ich interpretacji niż na gruncie zwykłych ustaw[8]. W związku z tym sformułowanie „odpowiedzialność karna" na gruncie art. 42 ust. 1 konstytucji nie może być interpretowane przez pryzmat identycznego zwrotu rozpoczynającego kodeks karny (art. 1 § 1 k.k.), bowiem wówczas przepis konstytucyjny traciłby swoje gwarancyjne znaczenie w odniesieniu do całego porządku prawnego. Zakres znaczeniowy zwrotu „odpowiedzialność karna" na gruncie konstytucji nie może być bowiem ustalany poprzez odwołanie do znaczenia tego sformułowania w ustawodawstwie zwykłym, w szczególności w kodeksie karnym[9]. Wówczas ustawodawca zwykły, dokonując wyboru modelu odpowiedzialności prawnej, decydowałby, w jakich granicach będą aktualizowały się konstytucyjne gwarancje związane z odpowiedzialnością karną[10]. Termin „odpowiedzialność karna" ma w Konstytucji RP swoje samodzielne znaczenie, które ze względu na gwarancyjny charakter zasad konstytucyjnych wyrażonych w art. 42 ust. 1 i konieczność ich zastosowania do całego porządku prawnego obejmuje wszelkie przypadki karania *sensu largo*, a zatem stosowania represji wobec jednostki. Pod konstytucyjnym pojęciem odpowiedzialności karnej należy tym samym rozumieć zarówno ustawowe pojęcie odpowiedzialności karnej, jak i wszystkie inne przypadki odpowiedzialności o charakterze represyjnym, w tym i odpowiedzialność dyscyplinarną[11].

Z powyższego płynie tym samym wniosek, że standard gwarancyjny wynikający z art. 42 ust. 1 konstytucji znajduje zastosowanie wprost, a nie jedynie odpowiednio, do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Skoro bowiem pojęcie „odpowiedzialność karna" na gruncie Konstytucji RP ma samodzielne znaczenie i obejmuje swoim zakresem wszelkie przypadki odpowiedzialności o charakterze represyjnym, to tym samym zasady wynikające z art. 42 ust. 1 konstytucji znajdują zastosowanie wprost do każdego przypadku odpowiedzialności o charakterze represyjnym, a zatem i odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Powyższa teza nie oznacza jednak, że standard realizacji gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 konstytucji, jak i innych praw i wolności konstytucyjnych, ma być identyczny na gruncie odpowiedzialności karnej

z dnia 29 stycznia 2013 r., SK 28/11. Trybunał Konstytucyjny wskazywał, że stosowanie zasad odpowiedzialności obowiązujących w toku procesu karnego, stanowiących prawa i wolności obywatelskie, do innych postępowań represyjnych powinno następować w wyjątkowych sytuacjach, bowiem wymóg ten wynika jedynie z podobieństwa postępowania dyscyplinarnego do postępowania karnego, zob. wyroki TK: z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK ZU 2002, nr 4A, poz. 50; z dnia 2 października 2013 r., SK 10/13, OTK ZU 2013, nr 7A, poz. 96.

7 Por. wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01 oraz wyrok TK z dnia 2 września 2008 r., K 35/06.

8 Por. M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 32–116. Tom II*, Warszawa 2011, s. 91; M. Grzybowski, *Konstytucyjne ujęcie odpowiedzialności karnej (uwagi na marginesie wykładni art. 42 ust. 1 Konstytucji RP)* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012, s. 140; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 54; tenże, *Konstytucyjne aspekty instytucji kary łącznej. Zagadnienia wybrane* (w:) W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 544.

9 Por. zdanie odrębne sędziego TK Wojciecha Hermelińskiego do wyroku TK z dnia 7 lipca 2009 r., K 13/08, OTK ZU 2009, nr 7A, poz. 105; A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego* (w:) T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego. Źródła prawa karnego. Tom 2*, Warszawa 2011, s. 256; P. Czarnecki, *Postępowanie…*, dz. cyt., s. 108–109. W tym kontekście nie wydaje się zasadne zrównywanie w literaturze znaczenia terminu „odpowiedzialność karna" na gruncie art. 42 ust. 1 konstytucji i art. 1 k.k. Por. A. Bojańczyk, *Z problematyki…*, dz. cyt., s. 22.

10 Por. J. Majewski, *O wybranych pojęciach odpowiedzialności karnej* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa…*, dz. cyt., s. 324–325.

11 Por. J. Majewski, *O wybranych…*, dz. cyt., s. 328.

sensu stricto i odpowiedzialności dyscyplinarnej. Przede wszystkim pełna treść zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* powinna być dekodowana z uwzględnieniem charakteru i celu określonego rodzaju odpowiedzialności oraz do niej dostosowana. Wydaje się, że właśnie w tym duchu należałoby odczytać orzecznictwo TK wskazujące na jedynie „odpowiednie" stosowanie gwarancji wynikających z tej zasady do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Artykuł 42 ust. 1 konstytucji znajduje zastosowanie wprost do odpowiedzialności dyscyplinarnej, ale jednocześnie odpowiednio, czyli z uwzględnieniem specyfiki tego rodzaju odpowiedzialności, jej celu i charakteru.

Ponadto należy pamiętać, że prawa wynikające z art. 42 ust. 1 konstytucji nie mają charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniom na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 konstytucji. W związku z tym, jeżeli tylko ograniczenie stosowania gwarancji wynikających z powyższego przepisu na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej będzie „konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób" (art. 31 ust. 3) i zostanie dokonane w ustawie, dopuszczalne jest stosowanie odmiennego standardu realizacji powyższej zasady na gruncie tejże odpowiedzialności w stosunku na przykład do odpowiedzialności karnej *sensu stricto*.

W związku z powyższym należy zauważyć, że wymagania dotyczące zakresu realizacji zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* powinny być oceniane przede wszystkim przez pryzmat celów, charakteru oraz rodzaju odpowiedzialności represyjnej. Starając się wskazać na *ratio legis* odpowiedzialności dyscyplinarnej, Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie zajmował stanowisko, że wyodrębnienie procedur odpowiedzialności zawodowej może znajdować podstawę w specyfice poszczególnych grup zawodowych oraz ochronie ich autonomii i samorządności, w szczególności w kontekście regulacji art. 17 konstytucji. Procedury odpowiedzialności dyscyplinarnej pełnią funkcję ochronną, zapewniając członkom danego samorządu niezbędną swobodę i niezależność w wykonywaniu zawodu[12].

Pod konstytucyjnym pojęciem odpowiedzialności karnej należy rozumieć zarówno ustawowe pojęcie odpowiedzialności karnej, jak i wszystkie inne przypadki odpowiedzialności o charakterze represyjnym, w tym i odpowiedzialność dyscyplinarną.

Odpowiedzialność dyscyplinarna znajduje ponadto uzasadnienie w społecznej roli danej grupy zawodowej, charakterze jej zadań i powierzonych kompetencji, a także w oczekiwaniach i publicznym zaufaniu związanych z jej działalnością. Procedura ta ma służyć przeciwdziałaniu takim zachowaniom, które mogłyby po-

12 Por. wyroki TK: z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97; z dnia 11 września 2001 r., SK 17/00; z dnia 4 marca 2008 r., SK 3/07; z dnia 2 września 2008 r., K 35/06; z dnia 11 grudnia 2008 r., K 33/07; z dnia 17 lutego 2009 r., SK 10/07; z dnia 29 czerwca 2010 r., P 28/09; z dnia 18 października 2010 r., K 1/09, OTK ZU 2010, nr 8A, poz. 76; z dnia 25 czerwca 2012 r., K 9/10. Niemniej można odnaleźć poglądy, wedle których niektóre przypadki odpowiedzialności dyscyplinarnej mogą nie znajdować uzasadnienia w art. 17 konstytucji, jak na przykład odpowiedzialność dyscyplinarna studentów – por. P. Zawadzki, *Studia zaufania publicznego?* (w:) P. Skuczyński, P. Zawadzki (red.), *Odpowiedzialność dyscyplinarna. Podstawy, procedura i orzecznictwo w sprawach studentów Uniwersytetu Warszawskiego 2000–2005*, Warszawa 2008, s. 102.

zbawić daną grupę zawodową wiarygodności w opinii publicznej[13]. W związku z tym system sankcji i procedur zapewniających przestrzeganie reguł deontologii ma być gwarancją świadczenia usług przez dane zawody na odpowiednim poziomie, zaś postępowanie dyscyplinarne jest elementem wypełniania przez samorząd zawodowy konstytucyjnej funkcji sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu[14]. W ocenie TK w zakresie tejże pieczy mieści się m.in. ustalenie zasad etyki zawodowej, orzecznictwo dyscyplinarne w sprawach odpowiedzialności za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godności zawodu bądź za naruszenie obowiązków zawodowych[15].

Wymagania dotyczące zakresu realizacji zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* powinny być oceniane przede wszystkim przez pryzmat celów, charakteru oraz rodzaju odpowiedzialności represyjnej.

Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę, że odmienna jest natura postępowań dyscyplinarnych i postępowań karnych. Różnica wynika z jednej strony ze specyfiki wykonywania niektórych zawodów oraz zasad funkcjonowania określonych korporacji zawodowych, z drugiej zaś strony z celu postępowania, jakim jest przede wszystkim obrona honoru i dobra zawodu. W związku z tym odpowiedzialność dyscyplinarna może się wiązać z czynami, które nie podlegają odpowiedzialności karnej[16]. Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że natura czynów będących deliktami dyscyplinarnymi jest inna niż czynów będących przestępstwami, chociaż granice między nimi mogą niekiedy być nieostre. Deliktami dyscyplinarnymi są bowiem czyny mające różnoraki charakter, od naruszeń dyscypliny pracowniczej do czynów realizujących znamiona przestępstw[17].

Z kolei w literaturze wskazuje się, że postępowanie dyscyplinarne pełni zasadniczo cztery funkcje, aczkolwiek nie muszą one być realizowane łącznie. Po pierwsze – służy zapewnieniu przestrzegania określonych reguł postępowania w danej grupie społecznej; po drugie – eliminacji z danej grupy osób, które nie wykazały cech osobowościowych wymaganych od członków grupy, lub przestały je wykazywać; po trzecie – ochronie prestiżu danego zawodu i zapewnieniu odpowiedniej fachowości jego wykonywania, a także – po czwarte – zapewnieniu pewnej organizacyjnej lub personalnej niezależności jurysdykcyjnej danej korporacji[18]. Podnosi się, że odpowiedzialność dyscyplinarna jest „swoistą instytucją prawną dyscyplinowania i samokontroli wyodrębnionych organizacyjnie i prawnie grup społecznych ze względu na specyfikę realizowanych przez nie funkcji i warunków ich działania oraz wynikającą stąd potrzebę zróżnicowania wymagań w zakresie standardów zawodowych lub etycznych, jakie są sta-

13 Por. wyrok TK z dnia 27 lutego 2001 r., K 22/00, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 48 oraz wyrok TK z dnia 2 września 2008 r., K 35//06.

14 Por. wyroki TK: z dnia 18 marca 2003 r., K 50/01, OTK ZU 2003, nr 3A, poz. 21; z dnia18 października 2010 r., K 1/09; z dnia 29 stycznia 2013 r., SK 28/11.

15 Por. wyrok TK z dnia 30 listopada 2011 r., K 1/10, OTK ZU 2011, nr 9A, poz. 99.

16 Por. wyrok TK z dnia 27 lutego 2001 r., K 22/00 oraz wyrok TK z dnia 8 października 2002 r., K 36/00, OTK ZU 2002, nr 5A, poz. 63.

17 Por. wyrok TK z dnia 27 lutego 2001 r., K 22/00 oraz wyrok TK z dnia 2 września 2008 r., K 35/06.

18 Por. M. Zubik, M. Wiącek, *„O spornych zagadnieniach z zakresu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów Trybunału Konstytucyjnego" – polemika*, „Przegląd Sejmowy" 2007, nr 3, s. 70.

wiane urzędnikom danej grupy"[19], zaś jej cele można rozpatrywać w trzech aspektach: penalnym (rozumianym jako zmierzanie do osiągnięcia celów właściwych odpowiedzialności karnej), korporacyjnym (rozumianym jako eliminowanie z grona osób wykonujących dany zawód osób, które nie dają rękojmi jego właściwego wykonywania) oraz deontologicznym (rozumianym jako „środek *quasi-ultima ratio*, jeśli członkowie danego kolektywu zawodowego nie będą samodzielnie podwyższać jakości świadczonych usług czy też eliminować tych zachowań, które mogą doprowadzić do utraty zaufania społecznego")[20].

Ze względu na wskazaną wyżej specyficzną naturę czynów dyscyplinarnych nie jest możliwe, w ocenie TK, przenoszenie na grunt postępowania dyscyplinarnego wszystkich gwarancji wynikających z rozdziału II Konstytucji RP – w takim stopniu, w jakim mają zastosowanie w toku procesu karnego. W szczególności dotyczy to określania przedmiotowego zakresu odpowiedzialności[21]. Trybunał Konstytucyjny wprost wskazał, że „powszechnie stosowana klauzula, określająca delikt jako zachowanie uchybiające godności zawodu, nie tylko nie narusza art. 42 ust. 1 konstytucji, ale wręcz – należy uznać – wyraża istotę odpowiedzialności dyscyplinarnej; stanowi jedynie możliwe ogólne określenie, które wypełnia się treścią adekwatną do wymagań i oczekiwań stawianych przedstawicielom danej profesji"[22]. Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że nie jest możliwa precyzyjna typizacja deliktów dyscyplinarnych czy też stworzenie ich wyraźnego katalogu. Ze względu na obiektywny brak możliwości utworzenia zbioru zachowań zagrażających należytemu wykonywaniu obowiązków służbowych lub naruszających godność zawodu delikty dyscyplinarne są ustawowo niedookreślone[23]. W związku z tym „brak jest podstaw prawnych do formułowania pod adresem ustawodawcy obowiązku tworzenia wyczerpującego katalogu przewinień dyscyplinarnych"[24], zaś zasada ustawowej określoności czynu znajduje w tym przypadku ograniczone zastosowanie.

Z powyższych wypowiedzi TK można wyprowadzić wniosek, że stosowanie gwarancji określonych w rozdziale II Konstytucji RP, w tym w art. 42 ust. 1 konstytucji, w stosunku do odpowiedzialności dyscyplinarnej nie może prowadzić do nadawania jej charakteru odpowiedzialności karnej *sensu stricto*, ale jedynie zapewnić poszanowanie praw i wolności obwinionego z uwzględnieniem charakteru i celu postępowania dyscyplinarnego, niebędącego jednak postępowaniem karnym[25]. Co więcej, TK zwraca uwagę, że regulacje prawne odpowiedzialności dyscyplinarnej muszą być dostosowane do specyfiki określonej grupy zawodowej, zaś szczegółowy model tej odpowiedzialności zależy m.in. od charakteru wykonywanego zawodu. Z tego względu mogą występować pewne odmienności – m.in. w określeniu katalogu przewinień dyscyplinarnych i kar grożących za ich popełnienie – które mogą być usprawiedliwione charakterystyczną dla danego zawodu deontologią, swoistymi cechami poszczególnych grup zawodowych oraz potrzebą ochrony ich autonomii i samorządności[26].

W związku z powyższym na ustawodawcy ciąży obowiązek takiego ukształtowania przepisów regulujących każdego rodzaju odpowiedzialność represyjną, aby zapewniały odpowiedni – ze względu na charakter, cel i specyfikę danego rodzaju odpowiedzialności – poziom gwarancji konstytucyjnych zawartych w rozdziale II Konstytucji RP[27]. Tym samym nie można

19 W. Kozielewicz, *Stosowanie prawa karnego materialnego i procesowego w postępowaniu dyscyplinarnym w sprawach sędziów (zarys problematyki)* (w:) L. Leszczyński i in. (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 455–456.

20 Por. P. Czarnecki, *Postępowanie…*, dz. cyt., s. 126–127.

21 Por. wyrok TK z 11 września 2001 r., SK 17/00.

22 Wyrok TK z 11 września 2001 r., SK 17/00. Teza ta zyskała aprobatę w doktrynie – por. W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna i karna notariusza – wzajemne relacje*, „Rejent" 2011, nr 10, s. 85–86.

23 Por. wyroki TK: z dnia 27 lutego 2001 r., K 22/00; z dnia 11 września 2001 r., SK 17/00; z dnia 2 września 2008 r., K 35/06.

24 Wyrok TK z dnia 2 września 2008 r., K 35/06.

25 Por. wyrok TK z dnia 27 lutego 2001 r., K 22/00.

26 Por. wyroki TK: z dnia 29 czerwca 2010 r., P 28/09; z dnia 6 listopada 2012 r., K 21/11; z dnia 29 stycznia 2013 r., SK 28/11.

27 Por. wyrok TK z dnia 2 września 2008 r., K 35/06. W tym kierunku P. Kardas wyprowadził tezę „o obowiązku takiego ukształtowania przez ustawodawcę przepisów regulujących postępowanie dyscyplinarne, by – tak jak w postępowaniu karnym – zapewniały na odpowiednim poziomie wymagania gwarancyjne wynikające z regulacji konstytucyjnej, przyjmując, że adekwatnym wzorcem

twierdzić, że istnieje jeden niezmienny standard gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 konstytucji, który zawsze w pełnym zakresie należy stosować do każdego rodzaju odpowiedzialności karnej *sensu largo*. Zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege* w pewnym minimalnym stopniu, stanowiącym jej istotę, oczywiście musi być respektowana na gruncie każdego rodzaju odpowiedzialności represyjnej, w tym odpowiedzialności dyscyplinarnej. Niemniej pełna treść powyższej zasady powinna być ustalana odrębnie dla każdego rodzaju odpowiedzialności o charakterze represyjnym, aby poziom gwarancji konstytucyjnych uwzględniał charakter, cel i specyfikę konkretnego rodzaju odpowiedzialności[28]. W związku z tym właściwa treść zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege*, odnoszonej do odpowiedzialności dyscyplinarnej, musi uwzględniać cel i charakter postępowania dyscyplinarnego oraz specyfikę grupy zawodowej, której to postępowanie dotyczy[29]. Realizacja gwarancji konstytucyjnych uzależniona jest również od istoty i charakteru sankcji dyscyplinarnych oraz technicznych możliwości ukształtowania regulacji ustawowej w określony sposób[30].

Na konieczność dostosowywania norm gwarancyjnych wynikających z rozdziału II Konstytucji RP do rodzaju i charakteru postępowania zwracał wielokrotnie uwagę TK w kontekście prawa do obrony i prawa do sądu. Wskazywał również, że prawa te nie mają charakteru absolutnego i mogą być ograniczane, przy zastosowaniu kryteriów wynikających z art. 31 ust. 3 konstytucji. Każda procedura sądowa powinna zawierać mechanizmy gwarantujące realizację powyższych zasad, niemniej jedynie w odpowiednim stopniu. „W zależności od przedmiotu postępowania i jego celu, procedura i zawarte w niej instrumenty gwarancyjne mogą być różne”[31], zaś przy ocenie realizacji standardu konstytucyjnego zawsze należy uwzględniać przedmiot, specyfikę, charakter, cel i funkcje danego postępowania[32].

kontroli konstytucyjności są przepisy art. 42–45 konstytucji” – P. Kardas, *Przewinienie…*, dz. cyt., s. 103.

28 Znamienne w tym zakresie jest przede wszystkim orzecznictwo TK dotyczące realizacji gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie przepisów prawa karnego skarbowego. Przykładowo w wyroku z dnia 20 lutego 2001 r. TK wskazywał, że stopień realizacji zasady *nullum crimen sine lege* winien być uzależniony od charakteru czynów zabronionych („zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw przeciwko mieniu, obrotowi gospodarczemu, czy przeciwko interesom fiskalnym państwa, konstrukcja ustawy karnej, która by całkowicie wykluczała potrzebę odwołania się do rozporządzeń regulujących określoną sferę działalności, jest trudna do wyobrażenia”), przedmiotu ochrony i charakteru danego rodzaju odpowiedzialności („[d]odatkowym argumentem przemawiającym za dopuszczalnością, a nawet wyraźną potrzebą, odwoływania się w prawie karnym skarbowym do mierników związanych ze zjawiskami ekonomicznymi jest właściwy temu prawu przedmiot ochrony. Stanowi on cechę wspólną wszystkich czynów zabronionych karnoskarbowych, która pozwala mówić o autonomicznym charakterze tej dziedziny prawa. Specyficzny przedmiot ochrony prawa karnego skarbowego to interes i porządek finansowy państwa, czy też szerzej – finanse publiczne. Celem jest tu zawsze zabezpieczenie źródeł dochodów budżetu państwa i jednostek samorządu terytorialnego. Prawo karne skarbowe funkcjonuje w takim zakresie, w jakim obowiązuje nakaz lub zakaz płynący z ustaw finansowych i podatkowych (por. T. Grzegorczyk, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 92). W odniesieniu do rozważanego pytania prawnego, dotyczącego – między innymi – paserstwa akcyzowego, oznacza to ścisłe powiązanie samego bytu przestępstwa oraz jego ciężaru gatunkowego z obowiązkiem zapłaty akcyzy i jej wysokością, które są ustanowione inną ustawą i aktami wykonawczymi do niej. Fakt, że wszystkie przestępstwa i wykroczenia karnoskarbowe są skierowane przeciwko finansom publicznym musi wywierać wpływ zarówno na konstrukcję przestępstw, jak i system kar”), a także sposobu ujęcia czynu zabronionego (zob. wyrok TK z dnia 20 lutego 2001 r., P 2/00, OTK ZU 2001, nr 2, poz. 32). Z kolei oceniając regulację instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności w perspektywie art. 42 ust. 1 konstytucji, odwoływał się m.in. do specyfiki prawa karnego skarbowego (por. wyrok TK z dnia 8 stycznia 2008 r., P 35/06, OTK ZU 2008, nr 1A, poz. 1).

29 W wyroku z dnia 29 czerwca 2010 r., P 28/09, TK stwierdził, że „formułowane są jednak również wymogi bardziej ogólne tworzące pewne standardy konstytucyjne postępowania dyscyplinarnego. Tego rodzaju wymogi powinny być respektowane w ramach każdego postępowania dyscyplinarnego niezależnie od tego, jakiej grupy zawodowej ono dotyczy”. Por. także wyrok TK z dnia 6 listopada 2012 r., K 21/11.

30 Por. P. Kardas, *Przewinienie…*, dz. cyt., s. 104.

31 Por. wyrok TK z dnia 28 listopada 2007 r., K 39/07, OTK ZU 2007, nr 10A, poz. 129.

32 Por. wyrok TK z dnia 21 lipca 2009 r., K 7/09, OTK ZU 2009, nr 7A, poz. 113; wyrok TK z dnia 25 czerwca 2012 r., K 9/10;

W podsumowaniu można stwierdzić, że gwarancje wynikające z art. 42 ust. 1 konstytucji winny być stosowane do odpowiedzialności dyscyplinarnej wprost. Niemniej rzeczywiście wymagany stopień realizacji zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* na gruncie określonego rodzaju odpowiedzialności dyscyplinarnej, nienaruszający jednak istoty prawa wynikającego z art. 42 ust. 1 konstytucji, powinien być wyznaczany przez przedmiot, charakter, funkcję i cel tejże odpowiedzialności oraz być dostosowany do specyfiki grupy zawodowej, której postępowanie dotyczy[33].

Artykuł 42 ust. 1 konstytucji wyraża zasadę *nullum crimen sine lege poenale anteriori*, zgodnie z którą „[o]dpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia". W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że w powyższej zasadzie mieści się co najmniej kilka reguł szczegółowych. Zalicza się do nich zasadę określoności czynów zabronionych w ustawie (*nullum crimen sine lege scripta*), zasadę określoności czynów zabronionych w maksymalnie dokładny sposób (*nullum crimen sine lege certa*), niedopuszczalność stosowania analogii na niekorzyść sprawcy (*nullum crimen sine lege stricta*) oraz zakaz działania wstecz ustawy wprowadzającej odpowiedzialność karną (*nullum crimen sine lege praevia, lex retro non agit*). Jednocześnie reguła ta uzupełniana jest przez zasadę *nulla poena sine lege poenale anteriori*, zgodnie z którą kara przewidziana za czyn zabroniony musi być określona w ustawie obowiązującej w czasie jego popełnienia[34]. Trybunał

zdanie odrębne sędziego TK Mirosława Granata do wyroku TK z 17 lipca 2013 r., SK 9/10, OTK ZU 2013, nr 6A, poz. 79.

33 Już wcześniej wskazywałem, że pojęcie przewinienia dyscyplinarnego musi być dookreślane przez wymagania stawiane konkretnej zbiorowości ze względu na prestiż społeczny danego zawodu i pełnione zadania – por. T. Sroka, *Przestępstwo jako przewinienie dyscyplinarne w perspektywie celów postępowania dyscyplinarnego wobec studentów*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" (dalej: „CzPKiNP") 2011, z. 1, s. 138.

34 Por. T. Bojarski, *Typizacja przestępstw i zasada nullum crimen sine lege (wybrane zagadnienia)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska" 1977, vol. XXIV, s. 150; L. Gardocki, *Typowe zakłócenia funkcji zasady nullum crimen sine lege*, „Studia Iuridica – Miscellanea" 1982, nr 10, s. 45; K. Buchała, *Prawo…*, dz. cyt., s. 78; A. Grześkowiak, *Nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori* (w:) R. Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Ossolineum 1991, s. 506; R. Dębski, *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, „Acta Universitatis Lodziensis" 1992, nr 50, s. 106–107; B. Kunicka-Michalska, *Zasada nullum crimen, nulla poena sine lege w projekcie kodeksu karnego w świetle norm międzynarodowych* (w:) S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 55; M. Cieślak, *Polskie…*, dz. cyt., s. 120–121; K. Buchała, *Konstytucja a podstawowe zasady prawa karnego materialnego* (w:) J. Trzciński, A. Jankiewicz (red.), *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 288; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie…*, dz. cyt., s. 15, 50–51; A. Zoll, *Nowa kodyfikacja karna w świetle Konstytucji*, „CzPKiNP" 1997, z. 2, s. 99–100; tenże, *Zasady prawa karnego w projekcie konstytucji*, „Państwo i Prawo" 1997, nr 3, s. 75–76; L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP*, „Państwo i Prawo" 1998, nr 9–10, s. 28; K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego. Uwagi na gruncie Konstytucji RP*, „CzPKiNP" 1999, z. 1, s. 45–46; P. Sarnecki (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003, komentarz do art. 42, s. 3; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków, 2003, s. 100–101; A. Wąsek (w:) O. Górniok i in., *Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Art. 1–116*, Gdańsk 2005, s. 15–17; L. Gardocki, *Zasada nullum crimen sine lege certa we współczesnym polskim prawie karnym* (w:) A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak (red.), *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006, s. 75; B. Kunicka-Michalska, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 1 § 1 i 2, art. 3–7 k.k. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 48; A. Wąsek (w:) O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 11; J. Giezek (w:) M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2007, s. 36, 39–40; J. Majewski, *O dwóch wykładniowych formach naruszenia zasady nullum crimen sine lege poenali anteriori na przykładzie jednego orzeczenia* (w:) J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red.), *Reforma prawa karnego. Propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008, s. 138–139; T. Bojarski (w:) tegoż (red.), *Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2009*, s. 23; M. Budyn-Kulik (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 36–38; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 14; A. Grześkowiak (w:) tejże (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 21; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 91–92; P. Wiliński, *Konstytucyjna zasada nulla poena sine lege a instytucja exequatur* (w:) Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa*

Konstytucyjny z art. 42 ust. 1 konstytucji wyprowadzał również zasadę winy (*nullum crimen sine culpa*)[35].

Już w orzeczeniu z 1991 r. TK zauważył, że „w demokratycznym państwie prawa prawo karne musi być oparte przynajmniej na dwóch podstawowych zasadach: określoności czynów zabronionych pod groźbą kary (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) oraz na zakazie wstecznego działania ustawy wprowadzającej lub zaostrzającej odpowiedzialność karną (*lex severior retro non agit*). Zasady te wyrażone w kodeksie karnym składają się także na zawartą w artykule 1 Konstytucji RP zasadę demokratycznego państwa prawa"[36]. Podkreślił tym samym szczególne znaczenie dwóch istotnych zasad: określoności i niedziałania prawa wstecz. Rozważenia wymaga przede wszystkim zakres stosowania zasady określoności czynów zabronionych w ustawie w maksymalnie dokładny sposób (*nullum crimen sine lege scripta* i *nullum crimen sine lege certa*) do odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Z zaprezentowanej wcześniej analizy orzecznictwa TK wynika, że w postępowaniach dyscyplinarnych zasada określoności znajduje jedynie zastosowanie odpowiednie, zaś szczegółowa typizacja deliktów dyscyplinarnych nie jest możliwa i muszą być one ustawowo niedookreślone. Z kolei w literaturze zasada określoności w perspektywie odpowiedzialności dyscyplinarnej została poddana szerszej analizie jedynie przez Piotra Kardasa. Autor ten, analizując poglądy formułowane w doktrynie i orzecznictwie TK, podzielił stanowisko o odpowiednim stosowaniu do odpowiedzialności dyscyplinarnej zasady dostatecznej określoności, która w tym przypadku nie wiąże ustawodawcy w zakresie określania na poziomie ustawy w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny materialnych elementów deliktu dyscyplinarnego. Tym samym nie jest wymagane określenie strony przedmiotowej przewinienia dyscyplinarnego w sposób dostatecznie klarowny[37].

Podobne tezy formułowane są przez innych przedstawicieli doktryny. Twierdzi się, że na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej zasada określoności doznaje ograniczeń, nie jest bowiem możliwe stworzenie pełnego katalogu czynów stanowiących naruszenie etyki zawodowej i ich precyzyjna typizacja, w związku z czym konieczne jest jedynie ogólne formułowanie

z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca, Poznań 2009, s. 610; P. Kozłowska-Kalisz (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2010, s. 20–21; M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny…*, dz. cyt., t. 2, s. 85; A. Zoll (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k., Warszawa 2011*, s. 57–75; J. Giezek (w:) tegoż (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012*, teza 29 do art. 1; A. Grześkowiak (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 12; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 32–37; P. Czarnecki, *Postępowanie…*, s. 106–107; Ł. Pohl (w:) R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VI, Legalis 2013, teza 14–36 do art. 1; T. Sroka, *Konstytucyjne…*, dz. cyt., s. 540–541; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 94; orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK ZU 1995, nr 1, poz. 12. Por. też wyroki TK: z dnia 6 lipca 1999 r., P 2/99, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 103; z dnia 10 lipca 2000 r., SK 21/99, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 144; z dnia 20 lutego 2001 r., P 2/00; z dnia 7 lipca 2003 r., SK 38/01, OTK ZU 2003, nr 6A, poz. 61; z dnia 8 lipca 2003 r., P 10/02; z dnia 26 listopada 2003 r., SK 22/02, OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 97; z dnia 5 maja 2004 r., P 2/03, OTK ZU 2004, nr 5A, poz. 39; z dnia 25 maja 2004 r., SK 44/03, OTK ZU 2004, nr 5A, poz. 46; z dnia 28 czerwca 2005 r., SK 56/04, OTK ZU 2005, nr 6A, poz. 67; z dnia 12 września 2005 r., SK 13/05, OTK ZU 2005, nr 8A, poz. 91; z dnia 21 lipca 2006 r., P 33/05, OTK ZU 2006, nr 7A, poz. 83; z dnia 13 maja 2008 r., P 50/07, OTK ZU 2008, nr 4A, poz. 58; z dnia 15 października 2008 r., P 32/06, OTK ZU 2008, nr 8A, poz. 138; z dnia 28 lipca 2009 r., P 65/07, OTK ZU 2009, nr 7A, poz. 114; z dnia 9 czerwca 2010 r., SK 52/08, OTK ZU 2010, nr 5A, poz. 50; z dnia 22 czerwca 2010 r., SK 25/08, OTK ZU 2010, nr 5A, poz. 51; z dnia 1 grudnia 2010 r., K 41/07, OTK ZU 2010, nr 10A, poz. 127; z dnia 19 lipca 2011 r., K 11/10, OTK ZU 2011, nr 6A, poz. 60; z dnia 14 grudnia 2011 r., SK 42/09, OTK ZU 2011, nr 10A, poz. 118; z dnia 14 lutego 2012 r., P 20/10, OTK ZU 2012, nr 2A, poz. 15; z dnia 9 października 2012 r., P 27/11, OTK ZU 2012, nr 9A, poz. 104.

35 Por. wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r., K 18/03, OTK ZU 2004, nr 10A, poz. 103; z dnia 8 stycznia 2008 r., P 35/06.

36 Postanowienie TK z dnia 25 września 1991 r., S 6/91, OTK ZU 1991, nr 1, poz. 34.

37 Por. P. Kardas, *Przewinienie…*, dz. cyt., s. 104–108. Autor ten wskazał również na konieczność respektowania w postępowaniu dyscyplinarnym dalszych wymogów gwarancyjnych wynikających z zasady *nullum crimen sine lege*, jak zakaz stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść (s. 110–111).

definicji przewinienia zawodowego i są one ustawowo niedookreślone[38]. Zwraca się uwagę, że o ile ustawodawca stara się zachować minimalne standardy ochrony praw jednostki w toku postępowania dyscyplinarnego, to jednak mniejsze są wymogi związane z przykładowo typizacją czynów stanowiących delikty dyscyplinarne i nie jest wymagana pełna realizacja *zasady nullum crimen sine lege scripta*[39]. Stworzenie zamkniętego katalogu deliktów dyscyplinarnych uniemożliwiają również zmieniające się warunki społeczne[40]. Formułowane są nawet tezy, że używanie bardzo ogólnego pojęcia na określenie przewinienia dyscyplinarnego i brak próby ich typizacji, ze względu na cel odpowiedzialności dyscyplinarnej, jej charakter i znaczenie danej grupy zawodowej, są po prostu zabiegiem trafnym[41].

Z kolei E. Plebanek zajęła stanowisko, że ustrojodawca nie zobowiązał ustawodawcy zwykłego do przestrzegania zasady ustawowej określoności w wypadku odpowiedzialności dyscyplinarnej, niemniej konieczne jest ścisłe przestrzeganie pozostałych zasad o charakterze gwarancyjnym, zaś na poziomie ustawowym winien być wskazany katalog podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej[42]. Wydaje się jednak, że konieczność określenia w ustawie materialnej podstawy przewinienia dyscyplinarnego jest właśnie realizacją w określonym zakresie konstytucyjnej zasady ustawowej określoności czynu zabronionego.

> **O ile ustawodawca stara się zachować minimalne standardy ochrony praw jednostki w toku postępowania dyscyplinarnego, to jednak mniejsze są wymogi związane z typizacją czynów stanowiących delikty dyscyplinarne i nie jest wymagana pełna realizacja zasady *nullum crimen sine lege scripta*.**

Należy przypomnieć, że standard gwarancyjny wynikający z art. 42 ust. 1 konstytucji znajduje wprost zastosowanie do odpowiedzialności dyscyplinarnej, bowiem pod pojęciem „odpowiedzialność karna" na gruncie tego przepisu należy rozumieć wszelkie przy-

38 Por. J. Bodio, glosa do wyroku SN z dnia 15 lipca 2010 r., SDI 12/10, „Palestra" 2012, nr 5–6, s. 156–157; F. Radoniewicz (w:) M. Mazuryk, M. Zoń (red.), *Służba więzienna. Komentarz*, Warszawa 2013, teza 10 do rozdz. 21. Odnaleźć można poglądy, których autorzy zwracają uwagę na niedookreśloność pojęcia przewinienia dyscyplinarnego, jednak baz dalszej analizy tego problemu w perspektywie konstytucyjnej zasady określoności – por. na przykład P. Zuzankiewicz (w:) M. Mazuryk (red.), *Ustawa o pracownikach urzędów państwowych. Komentarz*, Warszawa 2012, teza 1 do art. 34. P. Zuzankiewicz (w:) W. Drobny, M. Mazuryk, P. Zuzankiewicz, *Ustawa o służbie cywilnej. Komentarz*, Warszawa 2012, teza 4 do art. 113.

39 Por. M. Zubik, M. Wiącek, *O spornych…*, dz. cyt., s. 71.

40 Por. J. Bodio, glosa…, cyt. wyżej, s. 159.

41 Por. P. Wajda, A. Wiktorowska (w:) W. Sanetra, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2013, teza 8 i 14–15 do art. 139.

42 Por. E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura przestępstwa a materialna treść i model struktury przewinień dyscyplinarnych* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa…*, dz. cyt., s. 454–455. Również A. Zoll stwierdził, że zasada *nullum crimen sine lege* nie obowiązuje w sferze odpowiedzialności dyscyplinarnej – por. A. Zoll, *Konstytucyjne…*, dz. cyt., s. 258.

padki odpowiedzialności o charakterze represyjnym. Niemniej nie oznacza to, że do wszystkich postępowań represyjnych stosuje się jeden, ten sam niezmienny standard gwarancyjny wynikający z art. 42 ust. 1 konstytucji. Ze względu na charakter, cel i funkcje danego postępowania, grupę osób, której dotyczy, oraz konieczność realizacji innych wartości konstytucyjnych konieczne jest stosowanie odmiennego, indywidualnie określonego standardu realizacji gwarancji wynikających z zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* do każdego z rodzaju odpowiedzialności represyjnej. Jak bowiem wskazywał TK, „wymogi dotyczące precyzji ustawy i stopnia jej określoności mogą zależeć od dziedziny prawa represyjnego, a zwłaszcza od charakteru i stopnia surowości przewidywanych sankcji karnych”[43]. W tym kontekście można sformułować tezę, że ze względu na przedstawione wyżej cele postępowania dyscyplinarnego, naturę deliktów dyscyplinarnych i realizację zasad wynikających z art. 17 konstytucji standard gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie odpowiedzialności zawodowej jest inny niż na gruncie odpowiedzialności karnej *sensu stricto*.

Niemniej specyfika danego rodzaju odpowiedzialności nie może – w świetle art. 31 ust. 3 konstytucji – prowadzić do naruszenia istoty zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Istota gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 konstytucji powinna być bowiem zachowana jako pewien minimalny standard na gruncie każdego rodzaju odpowiedzialności o charakterze represyjnym. W mojej ocenie istota tych gwarancji polega na tym, aby w co najmniej ogólnym zakresie czyn zabroniony został określony na poziomie ustawowym w stopniu pozwalającym przynajmniej zdekodować zbiór zachowań, z którymi związana będzie odpowiedzialność represyjna. W oparciu o regulację ustawową adresat normy musi mieć możliwość przewidzenia, jakie rodzaje zachowań mogą prowadzić do odpowiedzialności represyjnej. Natomiast charakter, cel i funkcje konkretnego postępowania oraz natura czynów zabronionych będą decydowały, czy ze względu na ich specyfikę standard gwarancyjny wynikający z powyższego przepisu wymaga m.in. precyzyjnego określenia na poziomie ustawowym wszystkich znamion każdego czynu zabronionego, czy też wystarczające będzie na przykład bardzo ogólne określenie (w ustawie) kategorii zachowań stanowiących czyny zabronione, bez precyzyjnego określania ich znamion.

Analiza regulacji ustawowych dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej wskazuje, że ustawodawca najczęściej typizuje przewinienie dyscyplinarne jako: obrazę przepisów prawnych, naruszenie przepisów lub zasad dotyczących wykonywania zawodu, uchybienie powadze lub godności zawodu, postępowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii zawodowej oraz naruszenie innych, szczegółowo określonych obowiązków[44]. W powyższym kontekście należałoby uznać, że taki sposób określenia przez ustawodawcę deliktu dyscyplinarnego jest zgodny z istotą zasady określoności wynikającej z art. 42 ust. 1 konstytucji. Dochodzi bowiem do określenia na poziomie ustawowym kategorii zachowań stanowiących przewinienia dyscyplinarne, czyli w akcie prawnym rangi ustawy zostaje wskazany katalog czynów, które stanowią podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej. Tym samym realizowana jest określona powyżej istota zasady określoności czynów zabronionych w ustawie[45]. Jednocześnie, biorąc pod uwagę przedstawiony powyżej charakter, cel i funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz naturę deliktów dyscyplinarnych, uzasadnione jest twierdzenie, że taki sposób regulacji odpowiada zasadzie *nullum crimen sine lege* dostosowanej do specyfiki odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Naruszeniem zasady określoności byłoby poszerzanie w drodze wykładni pojęcia deliktu dyscyplinarnego „ponad to, co w sposób ogólny ujęte zostało w poszczególnych unormowaniach ustawowych”[46], a także uznanie przez organy samorządu zawodowego za przewinienie dyscyplinarne zachowań nie mieszczących się w jego ustawowej definicji[47]. Trafnie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, że „materialnoprawna podsta-

43 Por. wyrok TK z dnia 13 maja 2008 r., P 50/07, w którym TK zwrócił uwagę na brak możliwości formułowania jednolitych standardów precyzji ustawowej dla przestępstw i wykroczeń, dopuszczając w stosunku do tej drugiej kategorii czynów zabronionych większą swobodę ustawodawcy.

44 Por. P. Czarnecki, *Postępowanie…*, dz. cyt., s. 73.

45 Por. J. Bodio, glosa…, cyt. wyżej, s. 153–156.

46 P. Kardas, *Przewinienie…*, dz. cyt., s. 108.

47 Por. wyrok SN z dnia 13 lipca 2012 r., III ZS 5/12, Lex nr 1225303.

wa przypisania odpowiedzialności dyscyplinarnej, tak jak każdej odpowiedzialności represyjnej, musi być oparta w przepisie rangi ustawowej, a jedynie ewentualnie uzupełniona o przepisy podustawowe albo zawarte w uchwałach organów korporacyjnych"[48].

Naruszeniem standardu wynikającego z art. 42 ust. 1 konstytucji będzie również sytuacja, w której na poziomie ustawowym nie zostanie nawet w ogólny sposób stypizowany katalog zachowań stanowiących przewinienie zawodowe. Wątpliwości w tym zakresie może budzić na przykład regulacja odpowiedzialności dyscyplinarnej komorników. Artykuł 71 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji[49] wskazuje jedynie na przykładowy katalog działań lub zaniechań, za które komornik odpowiada dyscyplinarnie, nie określając jednak w zamknięty sposób katalogu zachowań stanowiących delikty dyscyplinarne[50]. Rozwiązanie takie zostało uznane w doktrynie za nieodpowiadające wymogom dokładnego określenia przesłanek odpowiedzialności dyscyplinarnej jako odpowiedzialności o charakterze represyjnym[51].

Niemniej dla oceny realizacji gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej nie jest wystarczające uznanie, że na poziomie ustawowym przewinienie dyscyplinarne zostało w sposób ogólny stypizowane, poprzez zakreślenie w generalny sposób kategorii zachowań podlegających represji. Konieczne jest bowiem zapewnienie członkom danej zbiorowości możliwości zdekodowania w oparciu o typizację deliktu dyscyplinarnego oraz inne regulacje i zasady postępowania w ramach danej grupy konkretnych nakazów lub zakazów postępowania, których niedochowanie może prowadzić do wymierzenia sankcji dyscyplinarnej. Dopiero wówczas można przyjąć, że regulacje prawne odpowiedzialności o charakterze represyjnym w pełni realizują wymagania gwarancyjne wynikające z art. 42 ust. 1 konstytucji.

Wydaje się, że powyższe założenie bez większych wątpliwości spełnia określanie deliktu dyscyplinarnego jako zachowania naruszającego zasady wykonywania określonego zawodu lub zachowania sprzecznego z przepisami prawa. Zasady te wynikają bowiem najczęściej z przepisów prawnych, jak i zasad ustalanych i obowiązujących w ramach określonej grupy zawodowej. Jednocześnie domniemuje się, że każdy zna powszechnie obowiązujące przepisy prawne, stosownie do rzymskiej paremii *ignorantia iuris nocet*. W związku z tym członek danej zbiorowości nie powinien mieć problemu ze zdekodowaniem zachowań stanowiących naruszenie zasad wykonywania zawodu lub obrazę przepisów prawnych, a tym samym stanowiących delikty dyscyplinarne. Powyższą tezę niejako pośrednio potwierdza również orzecznictwo sądowe, w którym – w perspektywie zasad procesowych – stawia się wymóg, aby orzeczenie sądu dyscyplinarnego, jeżeli delikt dyscyplinarny stanowi naruszenie przepisów prawnych związanych z wykonywaniem określonego zawodu, zawierało precyzyjne określenie naruszonego przepisu prawa[52].

Powyższa konstrukcja przewinienia dyscyplinarnego podobna jest do tzw. blankietu zupełnego, czyli przepisu niewskazującego w ogóle na znamiona czynu zabronionego, określane dopiero w przepisach prawnych, do których przepis blankietowy odsyła. Analizując regulacje prawne zawarte w prawie wykroczeń, Trybunał Konstytucyjny zajął stanowisko, że „nie można całkowicie wykluczyć posługiwania się techniką blankietu zupełnego, jeżeli w danym przypadku nie jest możliwe określenie przynajmniej niektórych znamion czynu zabronionego w samej ustawie. Takie rozwiązanie jest dopuszczalne tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach przy spełnieniu szeregu warunków"[53]. Wydaje się, że właśnie odpowiedzial-

48 Wyrok SN z dnia 15 lipca 2010 r., SDI 12/10, OSNKW 2011, nr 3, poz. 25.

49 Dz.U. z 2011 r. nr 231, poz. 1376, z późn. zm.

50 Por. D. Celiński, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza*, „Rejent" 2004, nr 6, s. 33. R. Sztyk, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy*, „Rejent" 2005, nr 4, s. 147.

51 Por. P. Rączka, *Odpowiedzialność dyscyplinarna komornika sądowego*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego" 2006, nr 12, s. 89; G. Kuczyński (w:) J. Świeczkowski (red.), *Ustawa o komornikach sądowych i egzekucji. Komentarz*, Warszawa 2012, teza 2 do art. 71.

52 Por. postanowienie SN z dnia 14 stycznia 1999 r., III SZ 3/98, OSNP 2000, nr 10, poz. 410; orzeczenie SN z dnia 17 września 2001 r., III SZ 8/01, OSNP 2002, nr 18, poz. 447; wyrok SN z dnia 23 stycznia 2008 r., SNO 89/07, OSNKW 2008, nr 5, poz. 37; wyrok SN z dnia 24 maja 2011 r., SNO 19/11, Lex nr 1288809.

53 Por. wyrok TK z dnia 8 lipca 2003 r., P 10/02.

ność dyscyplinarna, ze względu na naturę deliktów dyscyplinarnych oraz charakter, cel i funkcje postępowania, jest również takim szczególnie uzasadnionym przypadkiem.

Pewne trudności może budzić drugi zasadniczy sposób określania przewinień dyscyplinarnych – jako zachowań naruszających zasady etyki lub deontologii zawodowej albo uchybiających powadze lub godności zawodu. Ewentualne działania ustawodawcy polegające na kodyfikacji norm etycznych lub definiowaniu godności (powagi) zawodu z natury rzeczy skazane są na niepowodzenie. Zabieg taki mógłby również prowadzić do naruszenia art. 17 konstytucji i niezależności samorządu zawodowego. Skoro samorząd ma sprawować pieczę nad należytym wykonywaniem zawodu, dbać, aby członkowie samorządu przestrzegali zasad etycznych związanych ze specyfiką danego zawodu i nie podejmowali zachowań prowadzących do deprecjonowania określonego zawodu w opinii publicznej, to jednocześnie samorząd zawodowy – realizując konstytucyjnie powierzone mu zadania – jest w stanie najlepiej ocenić i ustalić, które spośród ogólnie przyjętych zasad etycznych powinny być przede wszystkim respektowane przez członków danej korporacji, a których niedochowanie winno prowadzić do wszczęcia procedury odpowiedzialności dyscyplinarnej. Tym samym jakakolwiek próba zdefiniowana katalogu tychże zasad przez ustawodawcę mogłaby prowadzić do naruszenia autonomii samorządów zawodowych.

Należy powtórzyć, że skoro delikt dyscyplinarny ma stanowić podstawę odpowiedzialności o charakterze represyjnym, to dla realizacji istoty zasady określoności wynikającej z art. 42 ust. 1 konstytucji, znajdującej w tym przypadku zastosowanie, konieczne jest zapewnienie adresatowi normy – co najmniej możliwości przewidzenia, jakie konkretnie zachowania będą zaliczane do ogólnie określonego na poziomie ustawowym czynu zabronionego.

W związku z powyższym należy uznać, że konieczne jest doprowadzenie do sytuacji, w której członek danej zbiorowości będzie mógł zawsze ustalić, jakie czyny stanowić mogą delikty dyscyplinarne naruszające zasady etyki lub deontologii zawodowej albo uchybiające powadze lub godności zawodu, aby w odpowiednim zakresie poszanowana została konstytucyjna zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Wydaje się, że jest to przede wszystkim zadanie określonego samorządu zawodowego. Sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu wymaga, aby to przede wszystkim samorząd zawodowy zwracał uwagę, jakie konkretnie zachowania członków korporacji mieszczą się w zakresie deliktów dyscyplinarnych. Dodatkowo podkreśla się, że istotą przewinienia dyscyplinarnego jest naruszenie zasad postępowania ważnych dla danej grupy osób[54], w związku z czym to właśnie owa grupa jest najbardziej uprawniona do precyzowania pojęcia deliktu dyscyplinarnego.

Ewentualne działania ustawodawcy polegające na kodyfikacji norm etycznych lub definiowaniu godności (powagi) zawodu z natury rzeczy skazane są na niepowodzenie.

Kluczową rolę pełnią w tym zakresie proces kształcenia i przygotowywania do wykonywania zawodu czy też procedura dopuszczania do grona członków danej zbiorowości, podczas których winny być przekazywane informacje na temat sposobu postępowania zgodnego z zasadami etyki (deontologii) czy też z poszanowaniem godności (powagi) zawodu, a który winien być następnie przez członka korporacji przestrzegany. Identyczną rolę pełni także treść ślubowania i różne-

54 Por. J. Bodio, glosa…, cyt. wyżej, s. 157.

go rodzaju zbiory norm etycznych, choć nie można uznać, że stanowią one wyczerpujący i jedynie wiążący katalog norm etycznych znajdujących zastosowanie do członków danej zbiorowości. Niemniej w oparciu o rotę ślubowania czy też zbiory zasad deontologicznych członkowie danej grupy w najprostszy sposób będą mogli ustalić, jakie konkretnie zachowania stanowić będą naruszenie etyki zawodowej czy też uchybienie godności zawodu.

Należy podkreślić, że brak zbioru norm deontologicznych sam w sobie nie może świadczyć o tym, że członek danej zbiorowości nie był w stanie uświadomić sobie reguł postępowania wiążących go z punktu widzenia obowiązku dochowania standardu etycznego charakterystycznego dla osoby wykonującej określony zawód. Normy etyczne wiążą bowiem niezależnie od ich skatalogowania, a nadto istniejące zbiory norm deontologicznych przeważnie nie mają charakteru wyczerpującego i wskazują jedynie na najważniejsze, ale nie wszystkie zasady etycznego postępowania obowiązujące członków korporacji. Istotne jest jedynie, aby członek samorządu zawodowego mógł przewidzieć, jakie zachowania zaliczane będą do kategorii przewinień dyscyplinarnych, a tym samym był w stanie zdekodować nakazy lub zakazy postępowania, których niedochowanie może prowadzić do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Konkretyzacja zachowań stanowiących delikt dyscyplinarny, a mieszczących się w jego ustawowej typizacji, może tym samym następować w oparciu o powszechnie przyjmowane standardy w sferze ogólnych zasad etycznych i moralnych związanych z wykonywaniem danego zawodu[55].

Trafnie na powyższe zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, stwierdzając, że „nakaz postępowania przez sędziego w sposób zgodny z zasadami etyki zawodu, a co za tym idzie możliwość przypisania sędziemu zachowania z nimi sprzecznego, naruszającego godność zawodu, jest niezależny od tego, czy zasady te zostały skatalogowane i ujęte w postaci zbioru (który zresztą nie ma charakteru zamkniętego), ani też – jeżeli ujęte zostały w takiej postaci – od dokonania ich wykładni przez Krajową Radę Sądownictwa", zaś podstawą przypisania obwinionej deliktu dyscyplinarnego było ustalenie, że „z racji pełnionego urzędu, posiadanego doświadczenia życiowego i zawodowego oraz przy znajomości zasad etyki zawodu mogła i powinna (…) przewidzieć", że określone zachowanie może zostać zakwalifikowane jako przewinienie dyscyplinarne[56].

Problem pojawi się w przypadku, gdy członek korporacji nie będzie w stanie ustalić – ze względu na brak odpowiednich zasad ustalonych wewnątrz samorządu, brak zbioru norm deontologicznych i zaniechanie przekazania mu stosownych informacji na temat standardu etycznego postępowania – konkretnych reguł postępowania zgodnych z zasadami etyki zawodowej lub odpowiadających powadze zawodu, których niedochowanie może prowadzić do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Należy przyjąć, że w takiej sytuacji dojdzie do naruszenia zasady określoności wynikającej z art. 42 ust. 1 konstytucji.

Naruszeniem reguł wynikających z art. 42 ust. 1 konstytucji będzie również sytuacja, w której członek samorządu zawodowego nie będzie w stanie ustalić, jakie zachowania stanowią naruszenie deontologii zawodowej lub uchybiają godności zawodu i mogą prowadzić do odpowiedzialności dyscyplinarnej, zaś kwalifikacja określonego czynu jako deliktu dyscyplinarnego dokonywana będzie dopiero przez odpowiednie organy sądownictwa dyscyplinarnego, które niejako będą tworzyć katalog przewinień dyscyplinarnych. Rozwiązanie takie będzie prowadzić do sytuacji, że członek korporacji w chwili podejmowania zachowania nie będzie miał możliwości zdekodowania nakazu lub zakazu postępowania, którego niedochowanie może prowadzić do odpowiedzialności dyscyplinarnej, a dopiero niejako następczo – w toku procedury mającej na celu pociągnięcie go do odpowiedzialności – jego czyn będzie uznawany przez odpowiednie organy za przewinienie dyscyplinarne. Rozwiązanie takie – wbrew poglądom formułowanym w doktrynie[57] – jest niedopuszczalne w perspektywie konieczności respektowania gwarancji wynikających z art. 42 ust. 1 konstytucji.

55 Por. wyrok SN z dnia 8 czerwca 2009 r., SDI 4/09, Lex nr 611833.

56 Por. wyrok SN z dnia 13 października 2005 r., SNO 47/05, Lex nr 471963.

57 Por. J. Bodio, glosa…, cyt. wyżej, s. 159; P. Wajda, A. Wiktorowska (w:) W. Sanetra, M. Wierzbowski (red.), *Prawo*…, dz. cyt., teza 8 do art. 139.

Przedstawione powyżej rozważania bynajmniej nie wyczerpują zagadnienia, w jaki sposób należy realizować zasadę określoności z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej, mają jedynie stanowić impuls do dalszej dyskusji nad istotą konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege*. Zasadne wydaje się również przeprowadzenie analizy standardu realizacji zasady *nulla poena sine lege* w ramach odpowiedzialności zawodowej. Warto jedynie zasygnalizować, iż w perspektywie katalogu kar dyscyplinarnych w doktrynie wprost formułowana jest teza, że ustawodawca w ten sposób gwarantuje przestrzeganie podstawowych gwarancji praw człowieka, związanych z realizacją zasady *nulla poena sine lege*[58]. Jednocześnie wskazuje się, że uregulowanie sankcji na poziomie podustawowym byłoby sprzeczne z zasadą „wyłączności ustawowej prawa karnego"[59].

58 Por. K. Dudka, *Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz zakres stosowania przepisów k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym wobec nauczycieli akademickich*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2007, nr 9, s.16.

59 Por. W. Cieślak, T. Kanty, glosa do wyroku SN z dnia 15 lipca 2010 r., SDI 12/10, „Palestra" 2012, nr 5–6, s. 147.

Krzysztof Szczucki

Wykładnia prokonstytucyjna w praktyce. Przykład stalkingu

Krzysztof Szczucki

Doktor nauk prawnych, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, autor publikacji z zakresu prawa karnego, filozofii prawa, bioetyki.

The Practice of Making an Interpretation in a Constitutional Context. The Example of Stalking

When introducing a new type of criminal offence, i.e making the decision to criminalize something or to modify the present regulations, the lawmaker is obliged to take into account the constitutional context. In consequence, it means that the lawmaker must indicate the values, colliding with themselves, related to the planned regulation. Next, keeping the rule of proportionality in mind, the norm should be made in such a way that corresponds to and fits to the system of values expressed in the Constitution of Poland. The aim of this article is to show the practical aspect of proconstitutional interpretation in Polish criminal law based on the example of a new type of criminal offence that is on the example of stalking.

Wstęp

Badania prowadzone nad zagadnieniem relacji między Konstytucją RP i prawem karnym, a zwłaszcza dotyczące problematyki wykładni prokonstytucyjnej dóbr chronionych w polskim prawie karnym, prowadzą do wniosku wskazującego trzy płaszczyzny stosowania Konstytucji RP w obszarze prawa karnego: wykładnię prokonstytucyjną dóbr chronionych na etapie podejmowania decyzji kryminalizacyjnej, płaszczyznę wprowadzania konstrukcji pełniących funkcję sprawiedliwości korygującej i w końcu wykładnię prokonstytucyjną prowadzoną przez organy stosujące prawo karne[1]. Mając na uwadze temat przewodni niniejszego

1 Na temat wykładni prokonstytucyjnej piszę więcej w: *Wykładnia prokonstytucyjna dóbr chronionych w polskim prawie karnym*, niepublikowana rozprawa doktorska, dostępna w Bibliotece Wydziału Prawa i Administracji UW; *W poszukiwaniu dóbr chronionych w Konstytucji*, „Forum Prawnicze" 2011, nr 4–5(6–7), s. 46 i n.;, *Kryminalizacja w imię dobra wspólnego. Kilka uwag na marginesie książki Marka Piechowiaka „Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego"*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2013, z. 1, s. 289 i n.; *Dobro wspólne u podstaw decyzji kryminalizacyjnej* (w:) W. Arndt, F. Longchamps de Bérier,

opracowania, należy zwrócić uwagę przede wszystkim na pierwszą spośród wymienionych płaszczyzn.

Ustawodawca, rozważając wprowadzenie do systemu nowego typu czynu zabronionego, a więc podejmujący decyzję kryminalizacyjną, lub też modyfikując obowiązujący już zakres kryminalizacji, zobowiązany jest do sięgnięcia do kontekstu konstytucyjnego, a w konsekwencji do wskazania dóbr, których kolizja wiąże się bezpośrednio z planowanym rozstrzygnięciem normatywnym. U podstaw takiej decyzji zawsze można zrekonstruować kolidujące dobra, z których jednym będzie wolność człowieka, poddawana ingerencji przez decyzję kryminalizacyjną. Następnie, stosując dyrektywy testu proporcjonalności, a także uwzględniając kryterium materialne w postaci stopnia relacji do zasad naczelnych, jakimi są dobro wspólne i godność człowieka, ustawodawca powinien ustalić, czy planowane rozstrzygnięcie znajduje uzasadnienie w kontekście konstytucyjnym, oraz tak ukształtować brzmienie normy prawnej, aby nie naruszało dyrektyw proporcjonalności[2]. Należy tak sformułować normę, aby najpełniej oddawała system dóbr wypowiedzianych w Konstytucji RP (kontekst konstytucyjny), odzwierciedlający się szczególnie w wyniku testu proporcjonalności.

Celem niniejszego opracowania jest ukazanie praktycznego wymiaru wykładni prokonstytucyjnej dóbr chronionych w polskim prawie karnym, na przykładzie stosunkowo nowego typu czynu zabronionego, kryminalizującego stalking.

Zjawisko stalkingu

Model wykładni prokonstytucyjnej dóbr chronionych w polskim prawie karnym, jak zauważono już wyżej, zawiera trzy etapy harmonizowania prawa karnego z kontekstem konstytucyjnym. W tej części rozważań, korzystając z przykładu typu czynu zabronionego opisanego w art. 190a k.k., uwaga zostanie skoncentrowana na problematyce podejmowania decyzji kryminalizacyjnej oraz na – bardzo podobnym w tym zakresie – schemacie stosowania prawa karnego przez sąd. Przykład stalkingu jest dlatego szczególnie ciekawy, ponieważ stanowi stosunkowo nowy typ czynu zabronionego, wciąż mogący budzić pewne trudności w procesie wykładni, a nadto doskonale oddający znaczenie ustawy zasadniczej w procesie konstruowania i interpretowania typów czynów zabronionych[3]. W pierwszej kolejności należy zwięźle opisać zjawisko stalkingu, tak aby w efekcie zrekonstruować dobra chronione i naruszane przez wprowadzenie czynu zabronionego zakazującego zachowań mieszczących się w zakresie znamion wskazanego tu typu.

W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, w którym zaproponowano wprowadzenie do kodeksu karnego art. 190a, wskazano, że z badań przeprowadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości w 2009 r. wynika, iż ofiarami kryminalizowanego zjawiska mogło być nawet trzy miliony Polaków[4]. Osoby badane wskazywały najczęściej, iż doświadczyły zachowań polegających na: „rozpowszechnianiu plotek i oszczerstw, nawiązywaniu kontaktu za pomocą osób trzecich, groźbach lub szantażu, częstych, głuchych, obscenicznych telefonach, groźbach pod adresem najbliższych, niechcianych li-

K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 266 i n.

2 Więcej na temat zasady proporcjonalności i jej zastosowania w prawie karnym: K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 136 i n. Kluczowym zagadnieniem w omawianiu proporcjonalności są przesłanki: konieczności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto*. Por. K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania* (w:) A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 297 i n.; M. Piechowiak, *Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i godności*, „Przegląd Sejmowy" 2009, nr 2, s. 56–57; tenże, *W sprawie stosowalności klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP do art. 38 dotyczącego ochrony życia* (w:) T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Dylematy praw człowieka*, Toruń 2008, s. 82–83; A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej*, Warszawa 2010, s. 194. W oparciu o Konstytucję RP można zrekonstruować dwie zasady kierunkowe, pozwalające na rozstrzyganie kolizji między dobrami, tj. godność i dobro wspólne. Por. K. Szczucki, *W poszukiwaniu*…, dz. cyt., s. 56–57; tenże, *Dobro wspólne u podstaw*…, dz. cyt., s. 276–278.

3 Art. 190a k.k. dodano ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. nr 72, poz. 381). Ustawa weszła w życie 6 czerwca 2011 r.

4 Druk nr 3553, archiwum Sejmu RP VI kadencji, http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/3553.htm (dostęp 23 maja 2013 r.) – dalej: druk nr 3553.

stach, e-mailach lub SMS-ach, niechcianym robieniu zdjęć, niszczeniu rzeczy, niechcianym dotyku, upublicznianiu wizerunku ofiary i innych”[5]. Wskazywane zachowania polegające na nękaniu i szykanowaniu wywoływały u badanych liczne komplikacje i zaburzenia, zmuszając nierzadko do wprowadzenia istotnych zmian w ich życiu i życiu osób im najbliższych: „Ponad połowa miała w związku z takim zdarzeniem problemy natury emocjonalnej lub inne natury psychicznej. Wskazywano najczęściej na przygnębienie, utratę poczucia bezpieczeństwa i strach, a także złość i irytację. Co trzecia ofiara obawiała się wyjścia z domu, co czwarta deklarowała objawy agresji lub rozkojarzenia. Wielu pokrzywdzonych deklarowało symptomy poważnych zaburzeń sfery psychiki (…). U ofiar występowały również dolegliwości fizyczne, które deklarował co czwarty pokrzywdzony, a niespełna połowa respondentów była zmuszona do korzystania z pomocy lekarskiej. Co szósta ofiara zadeklarowała, że w wyniku uporczywego nękania utraciła lub zmieniła pracę, zaś co dziewiąta była zmuszona do zmiany miejsca zamieszkania”[6]. Przytłaczająca większość, bo aż 87% badanych, opowiedziała się też za penalizacją uporczywego nękania[7].

Stalking nie doczekał się powszechnie zaakceptowanej definicji, niemniej za Jolantą Kosińską można określić go jako „postępowanie sprawcy skierowane bezpośrednio do osoby prześladowanej, obejmujące powtarzające się fizyczne lub wirtualne zbliżanie się do danej osoby, komunikowanie się wbrew jej woli lub werbalne i pisemne groźby, które u każdej myślącej osoby mogą wywołać strach”[8]. Ustawodawca polski, rozważając możliwość karnoprawnej reakcji na opisywane tu zjawisko, mógł czerpać z doświadczeń innych państw, które wcześniej podjęły taką decyzję, tj. z ustawodawstw poszczególnych stanów USA, Kanady, Australii czy też niektórych państw Unii Europejskiej[9].

„Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

Ustawodawca zdecydował się na skonstruowanie nowego typu czynu zabronionego, składającego się z następujących znamion ustawowej określoności: „Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Nadto tej samej karze podlega, „kto, podszywając się pod inną osobę, wykorzystując jej wizerunek lub inne jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej”. W art. 190a § 3 k.k. wprowadzono typ kwalifikowany przez następstwo w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie.

5 Tamże.

6 Tamże.

7 Więcej na temat wyników badań: A. Siemaszko (red.), B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w Polsce. Rozmiary – formy – skutki. Raport z badania nt. uporczywego nękania*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 45 i n.

8 J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka stalkingu*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 33.

9 Druk nr 3553. Por. też J. J. Bąkowski, *Karanie za stalking w świetle praktyki państw obcych*, „Palestra” 2013, nr 1–2, s. 292 i n.

Z punktu widzenia strony przedmiotowej, a więc zakresu zastosowania normy sankcjonującej, zakazującej określonych ingerencji w dobro chronione, zauważyć należy, że ustawodawca nie kryminalizuje pojedynczych zdarzeń, mających charakter jednorazowy[10]. Już samo pojęcie nękania zakłada pewną intensywność oraz powtarzalność, uciążliwą dla adresata tych zachowań, uwypukloną przez prawodawcę znamieniem uporczywości.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że typy czynów zabronionych zawarte w art. 190a § 1 i 2 k.k. zostały skonstruowane w celu ochrony różnych dóbr, a więc mają inne przedmioty ochrony. Otóż, w pierwszym z tych typów, dekodowanym przedmiotem ochrony jest wolność od poczucia zagrożenia oraz prywatność, z wyjątkiem sytuacji, gdy na jej naruszenie wyraża zgodę dysponent dobra[11]. Drugi spośród wskazanych typów, poza wspólnym dobrem chronionym, jakim jest wolność od ingerencji w prywatność, chroni tożsamość danej osoby oraz wolność od wykorzystywania jej wizerunku lub danych osobistych w celu działania za pokrzywdzonego, obciążając go konsekwencjami tego zachowania. Poza tym, za A. Zollem, można także dopatrzyć się w tym rozstrzygnięciu kryminalizacyjnym takich dóbr chronionych jak autonomia człowieka, z której ma wynikać zdolność do odpowiadania tylko za własne rzeczywiste zachowania, oraz własność, będąca raczej ubocznym przedmiotem ochrony[12]. Wydaje się uzasadnione rozszerzenie tego katalogu, po wzięciu pod uwagę brzmienia art. 190a § 3 k.k., na dobra tak fundamentalne jak życie i zdrowie człowieka, na które może on się targnąć w wyniku problemów emocjonalnych wywołanych przez zachowanie sprawcy przestępstwa z § 1 lub 2 art. 190a k.k.[13]

Analiza konstytucyjna

Zidentyfikowanie dóbr chronionych przez ustawodawcę karnego w omawianych tu typach czynów zabronionych pozwala przenieść analizę na poziom konstytucyjny, rozpoczynając od wskazania związku dóbr chronionych w art. 190a k.k. z zasadami wypowiedzianymi w Konstytucji RP, następnie ustalenie zasad, a przez to także i dóbr z nimi kolidujących oraz zweryfikowanie decyzji ustawodawcy w oparciu o test preferencji. Bez wątpienia jedną z zasad, z którą powiązane są dobra chronione przez ustawodawcę w omawianych typach czynów zabronionych, jest zasada zadeklarowana w art. 47 Konstytucji RP: „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym". Można bez większych wątpliwości skonstatować, że art. 47 Konstytucji RP jest źródłem wiedzy o znakomitej większości dóbr chronionych w art. 190a k.k. W zasadzie tej odnajdziemy bowiem dobra w postaci wizerunku i tożsamości, życia prywatnego i rodzinnego, a także dobre imię, które może zostać naruszone w wyniku posługiwania się przez sprawcę tożsamością pokrzywdzonego. Dobra w postaci wolności od nękania i nachalnego zachowania, nierzadko zmuszającego pokrzywdzonego do wprowadzenia istotnych zmian w życiu osobistym, powiązane są z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym wolność człowieka podlega ochronie prawnej. Tym samym każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nie bez znaczenia pozostaje także przepis art. 31 ust. 2 zdanie drugie, zakazujący zmuszania kogokolwiek do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. W zakresie problematyki uporczywego nękania zauważyć można ścisły związek między zasadą wypowiedzianą w art. 47 Konstytucji RP a zasadą wolności człowieka, widoczny przede wszystkim w kontekście ochrony życia prywatnego, opisywany w literaturze jako „prawo do pozostawienia w spokoju" czy „prawo jednostki do bycia pozostawioną samej sobie"[14].

10 A. Zoll, *Komentarz do art. 190a k.k.* (w:) tegoż (red.) *Kodeks karny. Część szczególna*, Warszawa 2013, s. 606.

11 Tamże, s. 605. Por. też M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu (nękania) i podszywania się (art. 190a k.k.)* (w:) *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 439. Należy zauważyć, że ustawodawca chroni prywatność przed istotnym naruszeniem, a więc wyłącza kryminalizację nękania wywołującego nieznaczne naruszenie prywatności. Marek Mozgawa wskazuje, jako przykład nieistotnego naruszenia prywatności, przeglądanie śmieci wyrzucanych przez daną osobę, tak aby poznać informację o kupowanych przez nią produktach żywnościowych (tamże, s. 444).

12 A. Zoll, *Komentarz do art. 190a k.k.*…, dz. cyt., s. 606.

13 M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu*…, dz. cyt., s. 449.

14 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 246. Taką interpretację można odnaleźć już

W uzasadnieniu do projektu ustawy wnioskodawca wskazał także inne zasady konstytucyjne, z którymi powiązane są dobra objęte ochroną w art. 190a k.k.[15] Przede wszystkim ma to być art. 40 Konstytucji RP, zgodnie z którym nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje on nadto stosowania kar cielesnych. Zgodnie z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Projektodawca nie wskazał bliżej związku tych zasad z proponowanym rozstrzygnięciem normatywnym. Można jednak wskazać dobra rozumiane jako ochrona czci i godności osobistej, a także nietykalność cielesną, które powiązane są z przywołanymi tu zasadami[16]. Powszechnie odczytywana konotacja tych zasad odnoszona do stosunków między państwem i jednostką nie oznacza, że ustrojodawca nie wypowiada tu dóbr aktualnych także w relacjach horyzontalnych[17].

Dobrami chronionymi w omawianych typach czynów zabronionych, a przede wszystkim w art. 190a § 3 k.k. są także bez wątpienia życie i zdrowie poszkodowanego. Są one powiązane przede wszystkim z art. 38 („Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia") i art. 68 ust. 1 Konstytucji RP („Każdy ma prawo do ochrony zdrowia"). Wyliczenie zasad konstytucyjnych i powiązanych z nimi dóbr mających znaczenie dla oceny art. 190a k.k. byłoby dalece niepełne bez przywołania dobra szczególnego, jakim jest godność, zadeklarowana w art. 30 Konstytucji RP[18]. Należy ją tu wskazać nie tylko ze względu na jej związek z wymienionymi wyżej dobrami, różniący się jedynie natężeniem relacji w zależności od dobra, ale także ze względu na jej samodzielny charakter, świadczący o podmiotowości człowieka oraz jej ścisły związek z ochroną jego życia. Podejmowanie zachowań rozumianych na gruncie polskiego prawa karnego jako stalking może prowadzić do uprzedmiotowienia człowieka, traktowanego wtedy jako przedmiot nękania i szykan sprawcy, ograniczając znacznie korzystanie z autonomii przysługującej mu w sferze prywatnej jego życia, a więc przede wszystkim rozumnego, ukierunkowanego na dobro postępowania, charakterystycznego dla każdego człowieka[19].

Ustawodawca, przystępując do rozpatrywania projektu kryminalizacyjnego, powinien nie tylko zidentyfikować dobra, ale także ich aspekty poddawane ochronie – w kontekście wymogu zbadania społecznej szkodliwości *in abstracto*. Nie każdy rodzaj interakcji z dobrem ma przecież charakter społecznie szkodliwego, nieadekwatnego społecznie, naruszającego dobra w zakresie wymagającym reakcji karnopraw-

w klasycznym dla problematyki prawa do prywatności artykule *The Right to Privacy* napisanym przez S. Warrena i L. Brandeisa, opublikowanym w „Harvard Law Review" 1890, nr 4, s. 193 i n. Warto zwrócić uwagę na opisane tam ograniczenia prawa do prywatności.

15 Druk nr 3553.

16 Posługując się terminem „godność osobista", odwołuję się do podziału na „godność osobową" i „godność osobistą", z których ta pierwsza w pełni oddaje treść art. 30 Konstytucji RP, będąc przyrodzoną i niezbywalną, a więc niezależną od poczucia godności czy też próby odarcia z niej człowieka w konkretnych okolicznościach. Przez godność osobistą rozumiem poczucie własnej wartości czy też poczucie czci. Por. M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka. Prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony,* Lublin 1999, s. 343–351; J. Bucińska, *Godność człowieka jako podstawowa wartość porządku prawnego*, „Prawo–Administracja–Kościół" 2001, z. 2/3, s. 32–33.

17 Taką interpretację proponuje B. Banaszak: „Zakazy sformułowane w art. 40 skierowane są do funkcjonariuszy państwowych i innych osób urzędowych. Nakładają one jednak także na władze publiczne obowiązek zapobiegania naruszaniu wolności od tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania oraz kar cielesnych przez wszelkie inne podmioty na terenie RP. Chodzi tu przede wszystkim o odpowiednie regulacje ustawowe (zwłaszcza z zakresu prawa karnego) oraz działalność władz wykonawczych i podległych im organów (np. w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie), a także działalność sądownictwa" (tenże, *Konstytucja*…, dz. cyt., s. 221).

18 M. Królikowski, *Opinia Komisji Kodyfikacyjnej dotycząca zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu oraz konstrukcji ewentualnego typu czynu zabronionego*, http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/ (dostęp 23 maja 2013 r.); M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190 a k.k.* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, Komentarz do artykułów 117–221, Warszawa 2013, s. 539.

19 Por. D.P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany*, Durham–London 1997, s. 312.

nej. W przypadku problematyki stalkingu zadanie jest o tyle ułatwione, że analiza dotyczy obowiązującego już typu czynu zabronionego, a więc ustawodawca spośród możliwych sposobów interakcji z wymienionymi wyżej dobrami wykroił te, które charakteryzują się społeczną szkodliwością[20]. Pozostaje zatem tylko wskazać za ustawodawcą te aspekty i ocenić je z punktu widzenia testu proporcjonalności.

Ustawodawca, przystępując do rozpatrywania projektu kryminalizacyjnego, powinien nie tylko zidentyfikować dobra, ale także ich aspekty poddawane ochronie – w kontekście wymogu zbadania społecznej szkodliwości *in abstracto*.

Przed przejściem do analizy poszczególnych przesłanek testu proporcjonalności konieczne jest dla prawidłowości jego przebiegu, szczególnie w aspekcie zasady proporcjonalności w ścisłym znaczeniu tego słowa, ustalenie dóbr kolidujących z dobrami wymienionymi wyżej. Analiza wskazuje na to, że w przypadku stalkingu jedynym dobrem, aczkolwiek o dużym ciężarze gatunkowym, wchodzącym w kolizję jest wolność, mająca konstytucyjne umocowanie w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Jej naruszenie może mieć miejsce na dwóch płaszczyznach. Jako pierwszą, wyrażoną także w art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, można wskazać tę bardziej oczywistą, tj. zagrożenie karą pozbawienia wolności w sytuacji zrealizowania znamion typu czynu zabronionego. Druga aktualizuje się poprzez ograniczenie swobody postępowania uniemożliwiające podejmowanie zachowań opisanych w tych znamionach. Jak się wydaje, ograniczenie drugiego spośród wskazanych tu aspektów wolności nie wymaga uzasadnienia odwołującego się do testu proporcjonalności, już bowiem ustrojodawca w art. 31 ust. 2 wskazał, że ze swojej wolności nie można czynić instrumentu naruszającego wolność i prawa innych, a więc również ingerującego nazbyt w wymienione wyżej dobra. Wolności i prawa innych składają się na przestrzeń ściśle związaną z godnością człowieka, w ramach której na znaczeniu zyskuje jego autonomia[21]. Nie możemy zatem powiedzieć, że ograniczając czyjąś wolność w sposób uniemożliwiający tej osobie naruszanie wolności i praw innych osób, dopuszczamy się ingerencji w jej dobro, wymagające usprawiedliwienia wynikającego z pozytywnego rozstrzygnięcia badania proporcjonalności między dobrami. Z drugiej zaś strony nie oznacza to, że przeprowadzenie tego testu w ogóle nie jest konieczne, ponieważ bez niego nie jest możliwe wprowadzenie sankcji karnej, a tym bardziej sankcji pozbawienia wolności. Usprawiedliwienie naruszenia płaszczyzny wolności wskazanej jako pierwszej wymaga zatem przeprowadzenia testu proporcjonalności.

Test proporcjonalności składa się z trzech dyrektyw: proporcjonalności w ścisłym znaczeniu tego słowa, przydatności i konieczności. W pierwszej kolejności wypada ocenić konflikt dóbr z perspektywy proporcjonalności *sensu stricto*, aby następnie móc ocenić przydatność i konieczność rozstrzygnięcia normatywnego dla ochrony dóbr preferowanych w konsekwencji rozstrzygnięcia zidentyfikowanej wcześniej kolizji. W przypadku przedstawionego wyżej konfliktu

20 Nie można wykluczyć celowości podjęcia próby zakwestionowania ujęcia przyjętego przez ustawodawcę, niemniej wymagałoby to opracowania w szerszym zakresie poświęconego tej tematyce, być może nawet monograficznego.

21 B. Banaszak, *Konstytucja*…, dz. cyt., s. 176.

dóbr, tj. po jednej stronie składającego się z wizerunku i tożsamości, życia rodzinnego i prywatnego, dobrego imienia, wolności od nękania i nachalnego zachowania, wolności od poniżającego traktowania czy w końcu godności człowieka, jego życia oraz zdrowia, zaś z drugiej strony z wolności człowieka, przy założeniu, że konflikt rozstrzygany jest w kontekście społecznie szkodliwych *in abstracto* aspektów naruszenia tych dóbr, tj. opisanych za pomocą znamion art. 190a k.k., trudno zająć inne stanowisko niż preferujące ochronę dóbr kosztem wolności sprawcy. Jest to tym bardziej uzasadnione, że decyzja w takim kształcie pozwala na pozbawienie wolności dopiero w sytuacji umyślnego i uporczywego nękania innej osoby, a więc świadomego i długotrwałego naruszania jej dóbr, co bez wątpienia jest naganne już na etapie dostępności moralnej.

Ocena relacji hierarchicznych między dobrami uzależniona jest od ich związku z zasadami godności i dobra wspólnego, a przede wszystkim od zakresu treściowego realizacji tych zasad kierunkowych przez dobra wchodzące w kolizję. Godność człowieka nie może bez wątpienia usprawiedliwiać naruszania godności drugiego człowieka, jego wolności i innych – dóbr tak silnie z godnością związanych jak życie i zdrowie, a także prywatność[22]. Podobnie trudno jest mówić o zapewnianiu dobra wspólnego, rozumianego jako zespół warunków pozwalających jednostkom, rodzinom i zrzeszeniom zmierzać do swojej doskonałości, jeżeli zakłócane są podstawowe dobra, co uniemożliwia prawidłowe funkcjonowanie nie tylko jednostki będącej bezpośrednim odbiorcą oddziaływań, ale także jej najbliższych. Jak wskazał projektodawca, „[d]okonując oceny relacji zachowań określanych mianem stalkingu w odniesieniu do wzorców konstytucyjnych i porównując jego ciężkość z istniejącymi typami, należy wskazać na to, że przez analizowane czynności sprawcze uszczerbku może doznać bezpośrednio godność człowieka, rozumiana jako przestrzeń podmiotowego traktowania człowieka, wynikająca z przyrodzonych i niezbywalnych jego właściwości, w dalszej kolejności dobrostan pokrzywdzonego wynikający z wolności od zastraszenia, prawa do prywatności i decydowania o swoim życiu, jak również – w przypadkach skrajnych – wolność od nieludzkiego traktowania”[23].

Rozstrzygnięcie proporcjonalności *sensu stricto* nie jest jeszcze wystarczające dla spełnienia warunków testu proporcjonalności, statuującego subsydiarny charakter prawa karnego. W następnej kolejności należy zbadać, czy dyrektywy przydatności i konieczności są realizowane przez omawiany typ czynu zabronionego. Zapotrzebowanie na nowy typ ma swoje źródło w ustaleniu, z którego wynika, iż nierzadko zachowania sprawcy uznawane za nękanie, mimo istotnej dolegliwości dla ich adresata, nie mogły być zakwalifikowane jako inne przestępstwa lub wykroczenia, gdyż nie realizowały wszystkich ich znamion[24]. Nie budziło wątpliwości, że niektóre działania sprawców były nad wyraz uciążliwe, jak np. nieustanne wysyłanie listów na adres ofiary, pisanie SMS-ów, dzwonienie, wystawanie pod domem lub zakładem pracy ofiary[25]. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że najbardziej zbliżonymi, w węższym lub szerszym zakresie, do przestępstwa uregulowanego w art. 190a k.k. są typy czynów opisane w art. 107 k.w., art. 207 k.k., art. 190 k.k., art. 191 k.k., art. 193 k.k., art. 202 § 3 k.k., art. 212 k.k., art. 216 k.k., art. 217 k.k., art. 267 k.k., art. 278 k.k. (odpowiednio art. 119 k.w.), art. 288 k.k. (odpowiednio art. 124 k.w., art. 126 k.w.), art. 127 § 1 k.w., a także, choć rzadziej, art. 140 k.w. oraz art. 51 k.w.[26] Żadne jednak z tych wykroczeń i przestępstw

22 Szczegółowo tych relacji dotyczy rozdział na temat godności i dobra wspólnego jako kryteriów rozstrzygania kolizji dóbr. Manifestem na rzecz powiązania godności i życia jest książka E. Pickera *Godność człowieka*…, dz. cyt., s. 12–15. Zakwestionowanie życia człowieka jest jednocześnie zanegowaniem jego podmiotowości jako nośnika godności człowieka. Por. też L. Bosek, *Gwarancje godności*…, dz. cyt., s. 169–170. Na związek godności człowieka z jego prywatnością wskazywał Trybunał Konstytucyjny: wyrok TK z dnia 24 czerwca 1997 r., K 21/96; wyrok TK z dnia 20 czerwca 2005 r., K 4/04; wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., K 32/04; wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., SK 48/05. Por. też M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190 a k.k.*…, dz. cyt., s. 539–540.

23 Druk nr 3553..

24 M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu*…, dz. cyt., s. 433.

25 Tamże, s. 433.

26 Tamże, s. 434. Por. też M. Mozgawa, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk sejmowy nr 3553)*, http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3553 (dostęp 23 maja 2013 r.);

nie wypełnia w pełni zbioru desygnatów kompleksowego zjawiska, jakim jest stalking[27].

Za M. Mozgawą wyliczyć można wykroczenia najbardziej zbliżone do zakresu art. 190a k.k., aby w konsekwencji wskazać na różnicę mogącą uzasadniać podjęcie decyzji kryminalizacyjnej[28]. Pierwszym z nich jest art. 107 k.w., zgodnie z którym „[k]to w celu dokuczenia innej osobie złośliwie wprowadza ją w błąd lub w inny sposób złośliwie niepokoi, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo karze nagany". Wykroczenie to od strony podmiotowej charakteryzuje się zamiarem kierunkowym, sprawca bowiem musi działać „w celu dokuczenia innej osobie"[29]. Jeżeli dokuczenie ma miejsce, lecz motywowane jest innym celem, np. próbą zwrócenia na siebie uwagi czy okazania uczuć, przypisanie odpowiedzialności za popełnienie tego wykroczenia nie będzie możliwe[30]. Nadto wskazuje się, że niezależnie od kwestii wypełnienia wszystkich znamion wykroczenia z art. 107 k.w., wątpliwości może budzić niska – z uwagi na wykroczeniowy charakter – sankcja[31]. Podobnie jedynie pozornie wystarczający dla ochrony ww. dóbr mógłby być typ czynu zabronionego opisany w art. 207 k.k., który sankcjonuje znęcanie się fizyczne lub psychiczne nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy albo nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny. Już samo ograniczenie kręgu osób, które mogą stać się poszkodowanymi w wyniku realizacji znamion art. 207 k.k., wskazuje na dysfunkcjonalność lub też tylko ograniczoną operatywność tego typu czynu zabronionego w kontekście zjawiska stalkingu[32].

Nękający (*stalker*) mógł nie popełnić żadnego z wyliczonych wyżej przestępstw lub wykroczeń, w niektórych przypadkach świadomie wybierając zachowania wolne od kryminalizacji, jednak powodując wciąż skutek opisany w art. 190a § 1 k.k. lub działając jak wskazano w art. 190a § 2 k.k.[33] W literaturze zauważono, że wcześniej, przed wejściem w życie decyzji kryminalizacyjnej ustawodawcy, policja odmawiała reakcji we wczesnym stadium działania sprawcy, czekając aż jego zachowanie przerodzi się przynajmniej w jedno z wykroczeń lub przestępstw[34]. Nie bez znaczenia dla oceny omawianego tu unormowania, przede wszystkim przez pryzmat przydatności i konieczności, pozostaje wnioskowy tryb ścigania przestępstw z art. 190a § 1 i 2 k.k., podczas gdy ściganie z urzędu zastrzeżone zostało dla typu kwalifikowanego przez poważne następstwo w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie.

Wśród zalet kryminalizacji zjawiska stalkingu należy wskazać przede wszystkim ochronę dóbr niezwykle ważnych dla społeczeństwa i każdego obywatela. Państwo decyduje się na ochronę przestrzeni prywatnej jednostki przed ingerencją, z którą nie może ona poradzić sobie samodzielnie. Jak się wydaje, biorąc pod uwagę wcześniej przywołane argumenty, nieskuteczne dla ochrony dóbr jest pozostawienie całego ciężaru reakcji w prawie cywilnym, które z uwagi na swój raczej kompensacyjny niż ochronny charakter może nie spełniać oczekiwań. Nadto jednostka, ponieważ to ona odgrywa główną rolę w postępowaniu cywilnym, może nie dysponować dostatecznymi instrumen-

A. Sakowicz, *Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 3553)*, http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3553 (dostęp 23 maja 2013 r.). Zwrócono na to uwagę również w uzasadnieniu do projektu ustawy (druk nr 3553), http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB7050290 1C12577C9006023B2/$file/3553.pdf (dostęp 23 maja 2013 r.).

27 A. Sakowicz, *Opinia*…, dz. cyt., s. 4.

28 M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu*…, dz. cyt., s. 434–435.

29 Wyrok SN z dnia 22 czerwca 1995 r., III KRN 44/95, „Prokuratura i Prawo" (dodatek „Orzecznictwo") 1995, nr 11–12, poz. 24. Por. też M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu*…, dz. cyt., s. 435.

30 D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie potrzeba jest penalizacja prześladowania?*, „Archiwum Kryminologii" 2009, t. XXXI, s. 177–178.

31 J. Kędzierski, *Stalking w polskim prawie karnym – de lege lata i de lege ferenda*, „Palestra" 2010, nr 1–2, s. 70; A. Sakowicz, *Opinia*…, dz. cyt., s. 6. Na wystarczający charakter sankcji wskazuje natomiast D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości*…, dz. cyt., s. 196.

32 J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka*…, dz. cyt., s. 36; M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu*…, dz. cyt., s. 435–436; A. Sakowicz, *Opinia*…, dz. cyt., s. 5. Więcej na temat charakteru art. 207 k.k. w kontekście stalkingu D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości*…, dz. cyt., s. 199–200.

33 M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu*…, dz. cyt., s. 436–437.

34 D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości*…, dz. cyt., s. 198.

tami zebrania materiału dowodowego, koniecznego do udowodnienia spowodowania szkody lub krzywdy przez sprawcę[35]. Wreszcie pozostawienie inicjatywy po stronie prawa cywilnego wciąż nie pozwalałoby na uaktywnienie się służb w obliczu zawiadomienia o zachowaniu spełniającym cechy przypisywane stalkingowi[36]. W kontekście tego aspektu podnosi się, że już samo wezwanie na przesłuchanie może być dla sprawcy dostatecznym ostrzeżeniem, powstrzymującym go od kontynuowania zachowania wypełniającego znamiona z art. 190a k.k.[37]

Jeszcze przed nowelizacją kodeksu karnego podnoszono także wątpliwości związane z wprowadzeniem do ustawy karnej nowego typu czynu zabronionego. Głównym argumentem zalecającym wstrzemięźliwość w podejmowaniu tej decyzji była represyjność prawa karnego, być może niepotrzebnie wprzęgnięta w proces reagowania na zjawisko stalkingu[38]. Inne wątpliwości wywoływała sama konstrukcja ustawowej określoności czynu zabronionego, w sytuacji, kiedy wciąż trwają spory w nauce w zakresie zdefiniowania stalkingu. W końcu podnoszono niechęć ofiar do zawiadamiania organów ścigania oraz trudności w zebraniu materiału dowodowego przez te służby[39].

W badaniu przydatności, tj. dyrektywy wyboru takich środków działania, które pozwolą ustawodawcy na realizację zamierzonego celu, pomocny jest dwupoziomowy test. Po pierwsze, należy podjąć próbę wskazania skutków regulacji, a następnie próbę odniesienia ich do dóbr wypowiedzianych w konstytucji – w celu sprawdzenia zakresu ich ochrony przez nowe rozstrzygnięcie normatywne. Dyrektywa konieczności wymaga, aby spośród dostępnych środków reakcji wybrać możliwie najłagodniejszy, ale jednocześnie realizujący przyjęty cel ochrony dobra. Badana tutaj regulacja art. 190a k.k. jest reakcją na zauważoną istotną potrzebę ochrony najważniejszych dóbr jednostki, mających duże znaczenie społeczne, przed ingerencją mogącą powodować daleko idące skutki, nieobjętą dotychczas regulacją karnoprawną. Przywołane wyżej wyniki badań Ministerstwa Sprawiedliwości pozwalają sądzić, że inne instrumenty, ulokowane w innych gałęziach prawa, nie są dostatecznie skuteczne w odpieraniu zachowań wypełniających znamiona stalkingu, a przynajmniej nie w pełnym zakresie. Podobnie dotychczas obowiązujące przepisy karne obejmują swoim zakresem tylko wybrane aspekty tego zjawiska. Ponadto ustawodawca zauważył, że również co do zasady legalne zachowania mogą, podejmowane w odpowiednim natężeniu i szczególnych okolicznościach, naruszyć dobra człowieka w stopniu prowadzącym nawet do targnięcia się przez niego na własne życie, a więc znacznie przekraczającym reguły ostrożności

> **Wśród zalet kryminalizacji zjawiska stalkingu należy wskazać przede wszystkim ochronę dóbr niezwykle ważnych dla społeczeństwa i każdego obywatela.**

35 W literaturze wskazuje się jednak, że w pewnym zakresie postępowanie cywilne może również okazać się pomocne, por. tamże, s. 206.

36 Przed nowelizacją prawa karnego tak opisywano stosunek policji do zgłoszeń ofiar stalkingu: „Najgorsza sytuacja, z którą dziś w Polsce spotykają się ofiary stalkingu szukające pomocy policji, to rady funkcjonariuszy, by umówić się z prześladowcą na kawę i stwierdzenie, że bez eskalacji działań stalkera przyjmujących postać innych kryminalizowanych zachowań policja jest bezradna" – D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości*…, dz. cyt., s. 202.

37 Tamże, s. 203. Autorka proponuje wprowadzenie szczególnego instrumentu pozwalającego policji ograniczyć pierwszą interwencję do ostrzeżenia.

38 Tamże, s. 203.

39 Tamże, s. 203–204.

w postępowaniu z tymi dobrami. Omawiana decyzja kryminalizacyjna wydaje się być przydatna do ochrony ww. dóbr. Nie bez znaczenia pozostaje również to, że ograniczenie dobra sprawcy w postaci jego wolności jest niewielkie, bowiem zabrania mu się nękania upor-

Legalne zachowania mogą, podejmowane w odpowiednim natężeniu i szczególnych okolicznościach, naruszyć dobra człowieka w stopniu prowadzącym nawet do targnięcia się przez niego na własne życie, a więc znacznie przekraczającym reguły ostrożności w postępowaniu z tymi dobrami.

czywego czy też wykorzystywania wizerunku i danych osobowych innej osoby, co oznacza, że w tym zakresie dookreśla się niejako ograniczenie wolności przewidziane już przez samą Konstytucję RP, a także leżące w samej istocie dobra, jakim jest wolność, a więc wskazuje się granicę w postaci wolności drugiego człowieka. Ocena przydatności tej regulacji w praktyce życia społecznego oraz funkcjonowania organów ścigania wymaga dłuższej perspektywy obowiązywania tego typu czynu zabronionego w systemie.

Ustawodawca, czerpiąc, jak się wydaje, z dyrektywy konieczności, obudował typ znamionami ograniczającymi jego zasięg do typów w założeniu społecznie szkodliwych, na tyle niebezpiecznych, iż zdecydował się na sankcjonowanie naruszenia dóbr instrumentami karnymi. Jednym z tych ograniczeń jest znamię „uporczywego nękania", mające podkreślić także odpowiedni podmiotowy stosunek sprawcy, przejawiający się w jego nagannym nastawieniu[40]. Krymi-

nalizację ogranicza także materialny charakter typu czynu zabronionego, wymagający wystąpienia skutku w postaci wzbudzenia poczucia zagrożenia – do tego uzasadnionego okolicznościami – lub spowodowania istotnego naruszenia prywatności adresata zachowań sprawcy. W art. 190a § 2 k.k. również zawężono zakres kryminalizacji, konstruując stronę podmiotową w oparciu o zamiar kierunkowy, ujęty w znamionach jako cel wyrządzenia szkody majątkowej lub osobistej. Ustawodawca wykorzystuje zatem instrumenty karnoprawne do ochrony dóbr jednostki przed najbardziej niebezpiecznymi ingerencjami. Co więcej, ściganie przestępstw z art. 190a § 1 i 2 uzależnione jest od wniosku pokrzywdzonego. Z punktu widzenia konieczności zastanawiać może jedynie sankcja, ograniczona do kary pozbawienia wolności. Wydaje się, że należałoby rozważyć możliwość poszerzenia

40 A. Sakowicz, M. Królikowski, *Komentarz do art. 190a k.k.*…, dz. cyt., s. 541. Por. też wyrok SN z dnia 26 lutego 1996 r., II KRN 200/95, „Prokuratura i Prawo" (dodatek „Orzecznictwo") 1996, nr 10, poz. 8. Inaczej, wyłącznie przedmiotowo znamię uporczywości interpretowane jest, jak się wydaje, przez M. Mozgawę, który wskazuje na zbędność dookreślenia „nękania" przez użycie znamienia „uporczywie". Jak wskazuje, już z samej definicji nękania wynika, że ma to być szereg zachowań. Należy wziąć także pod uwagę, zdaniem tego autora, stanowisko judykatury w definiowaniu „uporczywości", interpretowanej jako antynomia jednorazowego zachowania sprawcy. Autor wskazuje nadto, że przez użycie znamienia uporczywości ograniczony został zakres ochrony pokrzywdzonego. Por. M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu*…, dz. cyt., s. 441; wyrok SN z dnia 5 stycznia 2001 r., V KKN 504/00, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 57.

tego katalogu o kary wolnościowe, pozwalające sądowi adekwatniej reagować na zachowanie sprawcy w konkretnym stanie faktycznym, bez konieczności odwoływania się do ogólnych instrumentów łagodzenia kary, w tym do art. 58 § 3 k.k.

Podsumowanie

Przedstawione wyżej rozważania, ukazujące rolę kontekstu konstytucyjnego w procesie stanowienia prawa, można odnieść odpowiednio do procesu stosowania normy karnoprawnej w konkretnym stanie faktycznym. Sąd, badając stan faktyczny, szczególnie gdy poweźmie wątpliwości dotyczące interpretacji znamion, faktu naruszenia dobra, czy też społecznej szkodliwości *in concreto*, powinien odwołać się do kontekstu konstytucyjnego, ustalając treść normy sankcjonowanej w oparciu o dobra w niej wypowiedziane, chronione w danym typie czynu zabronionego. Pozwala to na ustalenie, czy dobra te zostały naruszone, jaka jest waga tej ingerencji oraz jej relacja do dóbr sprawcy. Przeprowadzona analiza pozwoli nie tylko ustalić przekroczenie normy sankcjonowanej, ale także podjąć prawidłowe rozstrzygnięcia w odniesieniu do pozostałych płaszczyzn przestępności czynu, w tym jego karygodności. Proponowany model rozumowania znajdzie także zastosowanie na etapie wymiaru kary, pozwalając lepiej ustalić wagę naruszonych dóbr w konkretnych okolicznościach.

Artykuł napisany w oparciu o rozprawę doktorską pt. *Wykładnia prokonstytucyjna dóbr chronionych w polskim prawie karnym*, obronioną na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

Błażej Kmieciak

Prawnopsychiatryczny kontekst wprowadzenia przepisów zezwalających na detencję niepsychotycznych sprawców

Błażej Kmieciak

Absolwent studiów doktoranckich w Katedrze Socjologii Prawa i Praw Człowieka KUL oraz Resocjalizacji na UŁ. Absolwent Szkoły Praw Człowieka organizowanej przez Helsińską Fundację Praw Człowieka. Słuchacz Podyplomowych Studiów Bioetyki i Prawa Medycznego UKSW. Asystent w Zakładzie Prawa Medycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, redaktor naczelny działu Bioetyka portalu biotechnologia.pl. Pełnił funkcję rzecznika praw pacjenta szpitala psychiatrycznego; członek Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego.

The Legal and Psychiatric Context of the Post Penal Detention of Dangerous Individuals

The author describes the problem of the post penal detention of dangerous individuals with so-called "unsound minds". The problem is considered from both the legal and psychiatric perspective. The article presents alternative points in the intense discussion about solutions to the consequences of the Amnesty Act of 1989, but the perspective of the author (a lawyer with experience working in health services) makes it an important contribution to the debate on the constitutionality of the newly enacted law regarding dangerous individuals.

Wprowadzenie

Jeden z najsłynniejszych polskich teoretyków prawa Leon Petrażycki zwrócił uwagę, że „prawo jest psychicznym czynnikiem życia społecznego i działa psychicznie"[1]. Analizując toczące się od kilku miesięcy dyskusje dotyczące wprowadzenia ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób[2] (dalej: u.p.o.z.p.), dojść można do wniosku, iż twórca polskiej szkoły socjologii prawa sformułował tezę, która przez blisko sto lat nie straciła na aktualności. Omawiana ustawa z jednej strony wzbudza bowiem lęk i obawy, z drugiej jednak stro-

1 L. Petrażycki, *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego* (w:) tegoż, *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985, s. 157.

2 Ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz.U. z 2014 r., poz. 24).

ny pojawiają się opinie, w których wyczuwa się nadzieję oraz oczekiwanie na podjęcie przez państwo działań mających na celu skuteczne zabezpieczenie obywateli przed działaniami zaburzonych psychicznie sprawców, którzy stwarzać mogą istotne niebezpieczeństwo. W nurt trwającej dyskusji włączyli się także Michał Królikowski i Andrzej Sakowicz[3], z których tekstem chciałbym tu polemizować. Podjęli oni próbę scharakteryzowania głosów krytycznych, jakie ze strony prawników oraz psychiatrów kierowane były w ostatnim okresie w stronę omawianego aktu prawnego. Autorzy, dokonując analizy prawnokarnej oraz prawnokonstytucyjnej, zdecydowali się nade wszystko zmierzyć z zarzutami, że omawiana ustawa:

– stanowi przykład działania prawa wstecz,
– ukazuje sytuacje, w której państwo decyduje się powtórnie ukarać daną osobę za czyn, za który uprzednio została skazana,
– jest formą imitacji leczenia.

Pozostawiając z boku podobne krytyczne opinie, już na wstępie warto podkreślić, iż analizy przeprowadzone przez autorów jednoznacznie wskazują, że zapisy u.p.o.z.p. klasyfikują ten dokument w grupie medycznych aktów prawnych o charakterze *lex specialis*. Jak słusznie wskazuje Jędrzej Bujny, polskie przepisy dotyczące ochrony zdrowia psychicznego, choć pokazują nam pacjenta o takich samych prawach, jakie ma osoba hospitalizowana w innym typie oddziału, to jednocześnie prezentują sytuację specyficzną. To bowiem w oddziałach psychiatrycznych jest możliwość przymusowego leczenia pacjenta, zatrzymania go na oddziale bez jego zgody; istnieje również możliwość zastosowania przymusu bezpośredniego[4]. Uchwalona pod koniec 2013 r. ustawa dotycząca postpenalnej możliwości izolowania niebezpiecznych sprawców stanowi kolejny element polskiego prawa psychiatrycznego, w skład którego zaliczyć należy także problematykę dotyczącą opiniowania sądowo-psychiatrycznego, ubezwłasnowolnienia, przymusowego leczenia przewidzianego w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego[5] (dalej: u.o.z.p.). Prawnopsychiatryczna formuła analizowanego przez Królikowskiego i Sakowicza dokumentu powoduje, iż konieczne jest sformułowanie komentarza o podobnym charakterze obejmującego perspektywę psychiatryczną. Wydaje się bowiem, iż kluczowe jest ukazanie perspektywy praktycznej omawianego zjawiska. Owa perspektywa odnieść się musi do realnych (zaobserwowanych na terenie szpitala psychiatrycznego) aspektów opisywanych problemów związanych z ochroną praw pacjenta na terenie szpitali, szczególnie na oddziałach psychiatrycznych. Niniejszy komentarz do artykułu *Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych* odwoływać się będzie przede wszystkim do zjawisk, jakie zaobserwować można w omawianej materii z pozycji Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego[6]. Z kolei perspektywę teoretyczną refleksji wyznaczać będzie utrwalone w socjologii prawa – w tym socjologii prawa karnego – pojęcie postawy wobec prawa, w skład którego wchodzą takie elementy, jak wiedza o prawie, ocena normy prawnej oraz postulaty wobec prawa[7].

Czy ustawa jest potrzebna?

Na początku analizowanego artykułu autorzy zwrócili uwagę, iż „przedstawiciele środowiska psychiatrów zanegowali potrzebę przyjęcia nowych przepisów, jako że według nich omawiana ustawa nie odpowiada aktualnej wiedzy z zakresu psychiatrii; przewiduje obowiązek wdrożenia leczenia tam, gdzie ich zdaniem jest ono niemożliwe lub nieskuteczne, zaś pod postacią szpitala psychiatrycznego kryje się *de facto* wprowadzana ustawą forma zamkniętego zakładu izolacyjnego". Przywołane stanowisko jest w tym sensie odzwierciedleniem opinii, jakie również w środkach społecznego przekazu przedstawiali specjaliści psychiatrzy. Dokonując analizy wypowiedzi m.in. Janusza Heitzmana – Prezesa Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego, Sławomira Murawca – reprezen-

3 M. Królikowski, A. Sakowicz, *Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych*, „Forum Prawnicze" 2013, nr 5 (19), s. 17–34.

4 J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 253–255.

5 Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. nr 111, poz. 535 z późn. zm.).

6 Autor proponowanych refleksji przez 8 lat pełnił funkcję rzecznika praw pacjenta na terenie województwa łódzkiego.

7 A. Pieniążek, M. Stefaniuk, *Socjologia prawa. Zarys wykładu*, wyd. 2, Kraków 2002, s. 198–201.

tującego Instytut Psychiatrii i Neurologii, czy Marka Balickiego – byłego ministra zdrowia, należy wskazać, iż według tych ekspertów nowe procedury prawne:

- tworzą możliwość wykorzystania psychiatrii do celów politycznych,
- budują rzeczywistość całkowicie przeciwną przyjętej w Polsce filozofii praw pacjenta szpitala psychiatrycznego,
- odnoszą się do problematyki, której nie da się opanować za pomocą oddziaływań psychofarmakologicznych[8].

Zatrzymując się w tym miejscu na powyższych krytycznych opiniach, należy na wstępie odrzucić pierwszą z wyrażonych obaw. Dokonując bowiem historycznej analizy relacji, jaka panowała oraz panuje w Polsce pomiędzy psychiatrią sądową a prawem, uznać należy, iż forma oraz treść u.p.o.z.p. uniemożliwia tworzenie w naszym kraju tzw. psychuszek. Mowa w tym miejscu oczywiście o zakładach psychiatrycznych podobnych do szpitali na trenie byłego Związku Radzieckiego.

W takich placówkach władze komunistyczne umieszczały dysydentów przeciwstawiających się panującej władzy. Polskie środowisko psychiatrów, jak wskazuje Jacek Bomba[9], w okresie powojennym z sukcesem przeciwstawiło się podobnym praktykom – dzięki wypracowaniu tzw. samoregulacyjnej mocy. W opinii krakowskiego badacza polscy psychiatrzy, często pamiętając okropieństwa II wojny światowej, byli mniej skłonni do łamania praw człowieka chorego psychicznie. Często podkreśla się przy tym rolę Antoniego Kępińskiego, który odegrał po wojnie fundamentalne znaczenie we „wtłaczaniu do psychiatrii" wartości humanistycznych. Jacek Bomba uważa ponadto, iż prawa człowieka mogą być skutecznie chronione na gruncie medycznym nawet pomimo braku stosownych regulacji, jeśli tylko w sposób odpowiedni kształtowany będzie poziom moralny pracowników medycznych[10]. Warto w tym miejscu wskazać, że polski sprzeciw, dotyczący łamania praw pacjentów szpitali psychiatrycznych na terenie Związku Radzieckiego, był dostrzegalny na terenie samego ZSRR. Należy wspomnieć, iż Stanisław Dąbrowski – jeden z głównych twórców ustawy o ochronie zdrowia psychicznego – jako jedyny z delegatów reprezentujących państwa bloku wschodniego w trakcie moskiewskiej konferencji w 1979 r. nie zgodził się na podpisanie deklaracji potępiającej zachodnią krytykę działań podejmowanych przez radzieckich psychiatrów[11].

Porównując obecne standardy dotyczące sytuacji polskich pacjentów na terenie szpitali psychiatrycznych, dojść można do uprawnionego wniosku, że pomimo występowania okazjonalnych incydentów proponowane formy ochrony praw człowieka w tych instytucjach ocenić należy pozytywnie[12]. To bowiem w Polsce powołana została 9 lat temu funkcja niezależnego eksperta, a więc Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego, który wykonując swoje obowiązki na terenie konkretnego szpitala psychiatrycznego, ma możliwość dotarcia do danego pacjenta w celu analizy jego sytuacji oraz wszczęcia działań mających na celu usunięcie ewentualnych nieprawidłowości[13].

8 E. Siedlecka, *Skazani na karę śmierci wyjdą z więzień. Prof. Zoll: Dozór nie wystarczy. Potrzebna jest izolacja*, http://wyborcza.pl/1,75478,14946931,Skazani_na_kare_smierci_wyjda_z_wiezien__Prof__Zoll_.html#ixzz2wrxQqVjr (dostęp 24 marca 2014 r.); T. Kwaśniewski, *Alternatywa – wywiad z M. Królikowskim i M. Balickim*, Radio Tok FM, Warszawa, 23.11.2012; C. Łasiczka, *Konfrontacje – rozmowa z M. Królikowskim i J. Heitzmanem*, tamże, 12.03.2013 (dostęp do audycji: archiwum autora artykułu).

9 J. Bomba, *Wartości humanistyczne a poszanowanie praw człowieka w trudnych warunkach*, „Psychiatria Polska" 1993, t. XXVII, nr 3.

10 Tamże, s. 229–234. Zasadnym jest, by zwrócić uwagę, iż do 1994 r. w Polsce nie obowiązywała żadna ustawa, która regulowałaby sprawy przyjęcia – w tym przymusowego przyjęcia – pacjentów do szpitali psychiatrycznych; w kwestii tej od 1952 r. lekarze w praktyce bazowali na zapisach instrukcji Ministra Zdrowia w sprawie przyjmowania oraz wypisywania chorych ze szpitali psychiatrycznych. Dokument ten w żaden sposób nie gwarantował respektowania praw osób kierowanych do tych placówek. W instrukcji tej była jedynie mowa o możliwości umieszczenia danej osoby w szpitalu – nie określono żadnych trybów kontroli, możliwości składania skarg lub też odwoływania się. W tym kontekście zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Bydgoszcz 2003, s. 390–392.

11 J. Heitzman, *Profesor Stanisław Dąbrowski (1922–2012)*, wspomnienie pośmiertne, „Psychiatria Polska" 2012, t. XLVI, nr 4, s. 716.

12 J. Heitzman, *Psychiatria sądowa i orzecznictwo*, (w:) A. Bilikiewicz (red.), *Psychiatria. Podręcznik dla studentów medycyny*, wyd. III, Warszawa 2006, s. 643–644.

13 B. Kmieciak, *Prawa pacjenta szpitala psychiatrycznego – historia i współczesność* (w:) Maciaszek J., Bucoń P. (red.), *Ochrona*

Odnosząc się do zarzutów związanych z obawami dotyczącymi wykorzystania polskiej psychiatrii do celów politycznych, warto również zwrócić uwagę na treść art. 1 u.p.o.z.p. W tym miejscu należy wskazać, iż omawiane przepisy nie odnoszą się do sytuacji, w której dana osoba, funkcjonując w określonym społeczeństwie, zostaje skierowana do placówki ochrony zdrowia w związku z pojawieniem się objawów choroby zagrażających życiu danej osoby lub życiu i zdrowiu innych osób. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku art. 23 u.o.z.p., który w tego typu stanie zezwala na zastosowanie przymusowego leczenia. Podlegający rygorowi pacjent, co należy wskazać, nie jest karany. Działanie izolacyjne stosowane jest wobec niego w związku z współistnieniem choroby psychicznej oraz powiązanych z nią zachowań agresywnych lub autoagresywnych[14]. Jak wskazali Królikowski i Sakowicz, proponowane w art. 1 u.p.o.z.p. rozwiązania nie są karą, podobnie jak nie są nią działania podejmowane w ramach przepisów wynikających z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. W nowych propozycjach dotyczących postpenalnej izolacji, w odróżnieniu od zapisów, jakie dostrzegamy w ustawie psychiatrycznej, procedura izolacji zostaje wszczęta nie w warunkach wolnościowych, ale w trakcie ostatniego okresu pobytu sprawcy na terenie zakładu karnego.

Odnosząc się w tym miejscu do głosów krytycznych związanych z wejściem w życie nowych rozwiązań izolacyjnych, warto wskazać, iż nie mogą one dotyczyć wszystkich więźniów, lecz ograniczone są do sytuacji, gdy:

1) osoby skazane odbywają prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym;
2) w trakcie odbywania kary zaobserwowano u więźniów występowanie upośledzenia umysłowego, zaburzeń osobowości lub zaburzeń preferencji seksualnych;
3) obserwacje występującego upośledzenia lub zaburzeń skłaniają do stwierdzenia, iż z racji na ich charakter więźniowie ci stwarzać mogą zagrożenie dla innych osób poprzez podejmowanie działań zabronionych zagrożonych „karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat".

Wydaje się, iż ostatni z punktów wzbudza w środowisku psychiatrów największe oburzenie. Jak bowiem wskazał przywoływany już J. Heitzman, „[p]sychopatia jest zaburzeniem osobowości, nie chorobą. Nie ma na to tabletki. Elektrowstrząsy nie pomogą. (…) Nie leczy się osobowości"[15]. W tym miejscu dochodzi niejako do połączenia elementów krytycznej argumentacji. Polscy lekarze podkreślają, iż obawy związane z ewentualnością pojawieniem się „psychuszek" dotyczą wprowadzenia przez Ministerstwo Sprawiedliwości możliwości leczenia przymusowego nie tyle osób chorych, ile raczej osób, które określane są mianem „złych ludzi"[16].

Warto w tym miejscu wspomnieć, iż ustawa o ochronie zdrowia psychicznego, w istocie jako pierwszy akt prawny w naszym kraju, dokonała legalnego scharakteryzowania zjawiska, jakim jest zaburzenie psychiczne, w tym zaburzenia, o których czytamy w art. 1 u.p.o.z.p. Z kolei art. 3 u.o.z.p. stanowi, iż przez pojęcie zaburzenia psychicznego należy rozumieć:

– chorobę psychiczną (związaną z dostrzeganiem objawów psychotycznych, w tym urojeń, omamów itd.),
– upośledzenie umysłowe,
– „inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym"[17].

zdrowia psychicznego – wybrane zagadnienia społeczno-prawne, Janów Lubelski 2011, s. 71–74.

14 Jak słusznie wskazuje J. Duda, w trakcie orzekania o zasadności przymusowej hospitalizacji nie można opierać się wyłącznie na występowaniu np. silnych zachowań gwałtownych – muszą być one zdaniem psychiatrów powiązane z rozpoznaną chorobą psychiczną. Samo występowanie zachowań agresywnych nie jest bowiem tożsame z istnieniem choroby psychicznej: J. Duda, *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2006, s 114.

15 *Prof. Heitzman: Psychiatria nie odpowiada za „bestie"*, rozmowa E. Siedleckiej, „Gazeta Wyborcza" z 25 listopada 2013, http://wyborcza.pl/1,75478,15008124,Prof__Heitzman__Psychiatria_nie_odpowiada_za__bestie_.html (dostęp 24 marca 2014 r.).

16 C. Łasiczka, *Konfrontacje*…, dz. cyt.

17 Art. 3 u.o.z.p.

W opiniach krytycznych, jakie pojawiły się już na etapie procedowania analizowanej ustawy, nie zwrócono jednak uwagi, iż w odniesieniu do przywołanej trzeciej grupy pacjentów, wśród praktyków psychiatrów od lat istnieje spór dotyczący możliwości podjęcia przymusowej hospitalizacji. Jak podkreślali autorzy pierwszego komentarza do polskiej ustawy psychiatrycznej, możliwość przymusowego leczenia w trybie nagłym oraz wnioskowym – art. 23 i 29 u.o.z.p. – możliwa jest wyłącznie w odniesieniu do osób chorych psychicznie. Stanisław Dąbrowski oraz Janusz Pietrzykowski zaznaczali przy tej okazji, iż definicja prawna nie może stanowić podstawy rozstrzygnięć o wyłącznie medycznym charakterze[18].

W tym miejscu nie można jednak pominąć faktu, iż do szpitali psychiatrycznych coraz częściej przyjmowane są osoby, które pomimo niewystępowania objawów psychotycznych stwarzają zagrożenie dla własnego życia lub życia i zdrowia innych osób. Przykładem podobnych działań mogą być m.in. ostre zaburzenia odżywiania typu anoreksji lub też głębokie zaburzenia rozwojowe typu autyzmu. W pierwszym przypadku mówimy o osobach, u których z racji na utrwalony nieprawidłowy obraz dotyczący własnego ciała dojść może do istotnego, zagrażającego życiu wyniszczenia organizmu. Jak wskazują Arnold Lazarus oraz Andrew Colman, „anoreksja jest to stan bliski całkowitemu zagłodzeniu"[19]. Z kolei w wypadku autyzmu konieczne jest, by wskazać, iż pojawiające się nagle zachowania agresywne bądź autoagresywne nie są związane z wystąpieniem czynników psychotycznych. Choć wspomniane zaburzenie rozwojowe stanowi dla ekspertów nadal tajemnicę, to jednak wiadomo, iż odnieść je należy do problemów związanych z tzw. sensorycznym postrzeganiem rzeczywistości. U danej osoby zachowania agresywne pojawiają się, jak wskazano, nie z racji dostrzegania np. przerażających ją, nieistniejących w rzeczywistości zjawisk, ale przyczyna zjawiska leży w niedostymulowaniu lub przestymulowaniu w obszarze danego zmysłu – obrazy, wrażenia i dźwięki są np. odbierane z niezwykle wzmożoną siłą[20].

Konkludując zaprezentowany psychopatologiczny wątek, należy wskazać, iż w obecnym stanie prawnym brak jest jednoznacznych rozstrzygnięć dotyczących możliwości przymusowego leczenia osób w podobnym stanie klinicznym, w wypadku, gdy objawy wynikające z owego stanu manifestowane są w postaci np. agresji czy autoagresji. Podobna wątpliwość pojawia się również w sytuacji, gdy do lekarza na terenie szpitala zgłasza się na rozmowę pacjent przyjęty do oddziału za własną zgodą – mający prawo do wycofania zgody na pobyt w szpitalu – a problem wyłania się w chwili, gdy osoba ta, nie wykazując zaburzeń psychotycznych, żąda wypisu ze szpitala, jednocześnie wskazując, iż w dalszym ciągu pojawiają się u niej myśli o charakterze samobójczym. Gdyby podobny stan dotyczył rozmowy przed przyjęciem do szpitala, lekarze posiadaliby prawo przymusowego przyjęcia danej osoby na podstawie art. 24 u.o.z.p., celem sprawdzenia, czy jest ona, czy też nie jest chora psychicznie[21]. W okresie hospitalizacji nie ma jednak podobnej możliwości, gdyż art. 28 u.o.z.p. – wycofanie zgody na pobyt w szpitalu – skorelowany jest z treścią art. 23 tej ustawy, czyli nagłym przyjęciem osoby chorej psychicznie bez jej zgody, a nie z art. 24 u.o.z.p., tj. dziesięciodniową obserwacją psychiatryczną[22].

18 S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 55–57.

19 A. Colman, A. Lazarus, *Psychopatologia*, Warszawa 2001, s. 86–87.

20 Tamże, s. 64–66. W kontekście zachowań agresywnych zob. także A. Perzanowska, *Reprezentowanie interesów osób z trudnymi zachowaniami przyjętych do szpitali psychiatrycznych i zabieganie o realizację ich praw* (w:) A. Rojner, J. Wygnańska (red.), *Rzecznictwo – jak skutecznie zabiegać o realizację praw osób z autyzmem i innymi całościowymi zaburzeniami rozwojowymi*, Warszawa 2004, s. 140–141. Na bazie powyższych rozważań warto wspomnieć, iż w podobnym stanie klinicznym nie zawsze występuje upośledzenie umysłowe, które uprawniałoby do przymusowej hospitalizacji opartej o art. 22. ust. 2–2c u.o.z.p.

21 Szerzej na temat ochrony praw człowieka w trybie obserwacji w oparciu o art. 24 u.o.z.p. zob. A. Gruszczyńska-Młodożeniec., K. Pierzgalska, *Wybrane zagadnienia prawne w psychiatrii. Wywiad z prof. S. Dąbrowskim*, „Wiadomości Psychiatryczne" 2004, t. 7, nr 4., s. 295 oraz B. Kmieciak, *Stosowanie preparatów przeciwpsychotycznych o przedłużonym działaniu – depot, u chorych pacjentów przyjętych do szpitala na podstawie art. 24 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego: dylematy medyczne, prawne i etyczne*, „Psychiatria i Psychologia Kliniczna" 2008, vol. 8, nr 4, s. 205–206.

22 Szerzej na ten temat B. Kmieciak, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego – między luką a paradoksem*, „Rodzina i Prawo" 2014, nr 1, w druku.

Przenosząc prezentowane rozważania na grunt komentowanej ustawy, warto zwrócić uwagę, iż skonstruowanie aktu prawnego w całości poruszającego tematykę przymusowej hospitalizacji osób doświadczających zaburzeń psychicznych winno być uznane za swoisty punkt startowy do dyskusji na temat coraz bardziej skomplikowanych sytuacji klinicznych. Owe sytuacje, bezpośrednio odnoszące się do prawa, z jednej strony nie wypełniają dotychczasowych przesłanek ustawowych uprawniających do stosowania przymusowego leczenia szpitalnego, z drugiej zaś prezentują zdarzenia niepozwalające personelowi medycznemu na przyjęcie postawy biernej, której konsekwencją może być sytuacja zagrożenia dla zdrowia i życia konkretnych osób[23].

Skonstruowanie aktu prawnego w całości poruszającego tematykę przymusowej hospitalizacji osób doświadczających zaburzeń psychicznych winno być uznane za swoisty punkt startowy do dyskusji na temat coraz bardziej skomplikowanych sytuacji klinicznych.

Dokonując jednak dalszej analizy swoistego konfliktu społeczno-prawnego, jaki pojawił się na linii reprezentantów środowisk psychiatrycznych oraz prawnych, należy wskazać, iż dla ekspertów medycznych kluczowy zarzut formułowany w odniesieniu do omawianego aktu prawnego dotyczy zakresu zaburzeń, wobec których lekarze zobowiązani zostają do terapii. Tak jak wspomniano powyżej, w opinii medyków zobowiązanie ich do poddania terapii osób, które wykazują stałą skłonność do podejmowania działań aspołecznych, jest w istocie wykorzystaniem lekarzy do działań nie w pełni medycznych. W podobnych wypowiedziach wskazywano, że osoby, o których mowa, kierowane do specjalnych ośrodków terapii osobowości, winny być poddane resocjalizacji, a nie terapii medycznej podejmowanej przez lekarzy i pielęgniarki[24].

W tym miejscu kluczowe wydaje się wyjaśnienie następującego istotnego problemu prawnomedycznego. Jak już wspomniano, dotychczasowe przepisy wynikające z zapisów kodeksu karnego oraz ustawy o ochronie zdrowia psychicznego pozwalały stosować przymusowe leczenie psychiatryczne wobec osób, u których zdiagnozowano chorobę psychiczną. Z per-

23 Z całą pewnością najbardziej wyrazistą w powyższym kontekście jest sytuacja pacjentek, które przyjmowane są do szpitali w stanie wyniszczenia organizmu związanego z zaburzeniami typu anoreksji. Niejednokrotnie mówimy tu o sytuacji bezpośredniego zagrożenia życia. Podobne stany nie są jednak chorobą psychiczną. Są trwałym zaburzeniem psychicznym, zaburzeniem obrazu własnego ciała. W praktyce jednak najczęściej w podobnej sytuacji lekarze decydują się przyjąć pacjentkę w podobnym stanie bez jej zgody, z jednej strony bazując na zapisach wspomnianego art. 23 u.o.z.p., a z drugiej odwołując się do zapisów art. 33 ustawy o zawodzie lekarze, który stanowi, że „[b]adanie lub udzielenie pacjentowi innego świadczenia zdrowotnego bez jego zgody jest dopuszczalne, jeżeli wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym" – ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. nr 26, poz. 1943 z późn. zm.). Zob. także: A. Tylec, M. Olajossy, H. Dubas-Ślemp, *Możliwość czy przymus leczenia? Anoreksja psychiczna – uregulowania prawne. Opis przypadku*, „Psychiatria Polska" 2013, t. XLVII, nr 3, s. 535.

24 Z. Semprich, *Gorący kartofel rzucony psychiatrom*, „Medical Tribune" 2013, nr 8, s. 11.

spektywy prawnokarnej, o czym wspomnieli obszernie w swoim tekście M. Królikowski i A. Sakowicz, istnieje obecnie możliwość, by bazując na zapisach art. 95a k.k.[25], kierować na przymusową terapię również sprawcę, u którego stwierdzono występowanie silnych zaburzeń w odniesieniu do preferencji seksualnych.

W tym miejscu należy jednak wskazać, iż generalna zasada, jaka przyjęta została w polskim prawie karnym – związana z możliwością zastosowania środka zastępczego – odwołuje się do pojęcia niepoczytalności. Jak wskazuje Rafał Kubiak, „niepoczytalność jest uznawana za okoliczność wyłączającą winę, a tym samym wyłączającą odpowiedzialność, w myśl zasady *nullum crimen sine culpa*. Osoba, która w chwili czynu jest niepoczytalna, nie może zatem popełnić przestępstwa (dopuszcza się jedynie czynu zabronionego), a w konsekwencji nie jest możliwe orzeczenie wobec niej kar i środków karnych"[26]. Pozostawiając z boku dyskusję dotyczącą ewentualnego karnego charakteru omawianych w tym miejscu propozycji Ministerstwa Sprawiedliwości, warto rozważyć, czy w odniesieniu do osób, które potencjalnie podlegać mają ww. przepisom, można mówić o świadomości popełnianego czynu.

Zarówno w odniesieniu do przywoływanych już zapisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, jak i ukazywanych rozwiązań przewidzianych przez kodeks karny, pojawienie się możliwości przymusowego leczenia istnieje w chwili, gdy sąd na podstawie opinii biegłych dochodzi do wniosku, że dana osoba nie potrafiła w danym momencie pokierować swoim postępowaniem. W wypadku analizowanej problematyki nie ma wątpliwości co do poczytalności osób, które objąć ma omawiana ustawa. W przywoływanym już art. 1 u.p.o.z.p. mowa jest o osobach, które nie zostały uznane za niepoczytalne w chwili dokonywania czynu. W tym miejscu mówimy zatem o sprawcach, którzy doświadczają stanu określanego mianem psychopatii. Zwróćmy uwagę, iż omawiany stan kliniczny nadal dla psychiatrów oraz psychologów pozostaje tajemnicą.

Jako interesujące należy uznać, że wszelkie typowe objawy psychopatii pojawiać się mogą w przebiegu zaburzeń układu neurologicznego. Przykładem może być pojawienie się nowotworu w obszarze płatów czołowych mózgu danej osoby. Stan ten powodować może wystąpienie zachowań agresywnych, zaskakujących niejednokrotnie samych pacjentów. Z drugiej jednak strony dokładne analizy biologiczne oraz neurologiczne sprawców ciężkich przestępstw często nie są w stanie wykazać określonej patologii skłaniającej do podejmowania działań antyspołecznych. Wybuchy nagłej i niekontrolowanej agresji pojawiają się u osób ze zdiagnozowaną psychopatią, ale dostrzec je można również u pacjentów cierpiących na sporadyczne ataki padaczki skroniowej. Podłoże organiczne może stanowić podstawę nieliczenia się ze skutkami własnego postępowania. Podobnie brak krytycyzmu, aż do zaprzeczania chorobie zwanego anosognozją, pojawić się może w przebiegu nowotworów mózgu oraz postępującego paraliżu, które wpływają również na doświadczanie przez chorego silnego zapotrzebowania na stymulację, brak odczuwania empatii itd. Zdaniem Kazimierza Pospiszyla, dokonującego psychologicznej analizy omawianego zjawiska, u osób, u których podobne antyspołeczne zachowania występują z racji konkretnych zaburzeń somatycznych, bez trudu dostrzec można pojawienie się wyrzutów sumienia. Osoby te nie akceptują swojego zachowania, mają skłonności do samokarania, a działania, jakie podejmują, stanowią dla nich źródło silnego zaskoczenia. Poza tym w obu grupach istnieje również trudność dotycząca możliwości podjęcia terapii. Jak wskazuje w swoich analizach K. Pospiszyl, w wypadku „prawdziwych psychopatów" nie odnaleziono dotychczas skutecznych form terapii. Wiadome jest, iż na tzw. skłonność do czynienia zła nieskuteczne są zarówno elektrowstrząsy, jak i środki farmakologiczne, które jedynie wspomagać mogą działanie terapeutyczne[27].

Odnosząc się do możliwości korekty psychologicznej podobnych zachowań, brak jest w chwili obecnej jednoznacznych wyników, co spowodowane jest mnogością podejść do pacjenta (czy klienta) reprezentowaną przez poszczególne szkoły psychoterapii. Od pewnego jednak czasu stosowana jest powszechnie, m.in. w systemie penitencjarnym USA, metoda Treningu Zastępowania Agresji ART – ang. *Aggression Replacement Training* – opierająca się na kształtowaniu umiejętno-

25 Ustawa z dnia z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

26 R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010,. s. 414.

27 K. Pospiszyl, *Psychopatia*, Warszawa 2000, s. 75–79, 149.

ści kontroli zachowań antyspołecznych, przy jednoczesnym odbudowywaniu systemu moralnego danego sprawcy. Zdaniem Jacka Morawskiego, aplikującego podobne rozwiązana w polskim systemie resocjalizacyjnym, skuteczność omawianego treningu w grupie poddawanej mu młodzieży dochodzi do 70–80 procent. Jak podkreśla jednak przywołany kryminolog, na terenie USA prezentowana działalność podejmowana jest z funduszy Departamentu Sprawiedliwości[28].

Czy sprawcy będą powtórnie karani?

Zapoznanie się z treścią analizowanego aktu prawnego w sposób jednoznaczny wskazuje, iż Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym będzie instytucją leczniczą podlegającą bezpośrednio Ministerstwu Zdrowia (art. 4 ust. 2 u.p.o.z.p.). W ośrodku tym zatrudnienie znajdą zapewne tacy specjaliści medyczni, jak: psychiatrzy, psycholodzy, specjaliści resocjalizacji (pedagodzy specjalni), so-

Proponuje się poddanie sprawców interwencjom terapeutycznym, którym *nota bene* poddawani byli przez co najmniej kilka lat pobytu w zakładzie karnym, w ramach odbywania kary w systemie terapeutycznym. Czy to oznacza, iż działania terapeutyczno-resocjalizacyjne kierowane w więzieniu okazały się nieskuteczne?

Reasumując zatem powyższe refleksje, zasadnym jest, by wskazać, iż przepisy u.p.o.z.p. odnosić się będą do osób zaburzonych, lecz w pełni świadomych popełnianych przez siebie czynów. Omawiane działania związane będą z propozycją poddania sprawców interwencjom terapeutycznym, którym *nota bene* poddawani byli przez co najmniej kilka lat pobytu w zakładzie karnym, w ramach odbywania kary w systemie terapeutycznym. Czy to oznacza, iż działania terapeutyczno-resocjalizacyjne kierowane w więzieniu okazały się nieskuteczne? W jaki sposób ustawodawca zamierza skorygować zachowania omawianych sprawców w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym? Czy będą się one różnić czymkolwiek od działań podejmowanych w więzieniu? Postawienie podobnych pytań wydaje się kluczowe, by wyjaśnić kolejną główną wątpliwość pojawiającą się w głosach krytycznych w stosunku do zapisów komentowanej ustawy.

cjoterapeuci oraz pielęgniarki. Także sama procedura przyjęcia przyszłego pacjenta do tego typu placówki odwołuje się do praktyk procedury przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej opartej na przepisach ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, kierowania sprawców na tzw. internację na podstawie przepisów kodeksu karnego, orzekania ubezwłasnowolnienia osoby doświadczającej choroby lub ciężkiego zaburzenia uniemożliwiających jej samodzielną egzystencję[29].

28 J. Morawski, *Trening Zastępowania Agresji*, Warszawa 2003, s. 5.

29 Mowa w tym miejscu o dostrzegalnych w poszczególnych przepisach zasadach: kierowanie przez sąd do szpitala osoby zagrażającej własnemu życiu lub zdrowiu na podstawie opinii biegłych, wydawanie decyzji przez niezależny organ sądowy, wprowadzeniu możliwości korzystania z pomocy adwokata (w przypadku omawianej ustawy istnieje obowiązek zapewnienia obrony), uczestnictwo prokuratora w trakcie postępowania sądowego (podobnie jak w przypadku procedury ubezwłasnowolnienia), zob. art. 546 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 167, poz. 1398), zob. także art. 16 u.o.z.p.

Medyczny charakter ustawy dostrzec można również we wprowadzeniu możliwości skorzystania przez przyszłych pacjentów z pomocy rzeczników praw pacjenta szpitala psychiatrycznego. Przypomnijmy w tym miejscu, iż mowa o niezależnych ekspertach będących pracownikami Bura Rzecznika Praw Pacjenta, wykonujących jednocześnie swoje obowiązki na terenie szpitala psychiatrycznego[30]. Instytucja ta wprowadzona została do polskiego prawa na początku 2006 r., a jej celem było stworzenie pacjentom możliwości kierowania szczególnie trudnych spraw – przyjęcie bez zgody, zakaz wypisu, przymus bezpośredni – do niezależnych ombudsmanów, mogących natychmiast podjąć interwencję m.in. w sytuacji, gdy pacjent znajduje się w stanie, w którym sam nie ma możliwości złożenia skargi[31].

W tym miejscu pojawić się może pogląd, że rozwiązania ustawowe wychodzą naprzeciw zasadzie najmniejszej uciążliwości wyrażonej w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego: „Przy wyborze rodzaju i metod postępowania leczniczego bierze się pod uwagę nie tylko cele zdrowotne, ale także interesy oraz inne dobra osobiste osoby z zaburzeniami psychicznymi i dąży do osiągnięcia poprawy stanu zdrowia w sposób najmniej dla tej osoby uciążliwy" (art. 12 u.o.z.p.). Także autorzy uzasadnienia do projektu komentowanej tu ustawy wskazywali, iż terapeutyczny charakter omawianych ośrodków ma na celu zmniejszenie – w sposób proporcjonalny do konieczności zapewnienia bezpieczeństwa – stopnia dolegliwości odczuwanej w trakcie stosowania podobnego środka zabezpieczającego. Jak czytamy w przywołanym dokumencie, „Trybunał zwraca [na to] uwagę m.in. w orzeczeniu *M przeciwko Niemcom*. Sposób i miejsce wykonywania pozbawienia wolności to obok celu i dolegliwości orzeczonego środka – zasadnicze elementy odróżniające ten środek prewencyjny od kary. Rozróżnienie tych dwóch postaci pozbawienia wolności jest szczególnie istotne z punktu widzenia zgodności z art. 7 Konwencji, który określa zakaz wstecznego stosowania kar na niekorzyść oskarżonego. Z projektowanych przepisów jednoznacznie wynika, że pozbawienie wolności orzekane na podstawie przepisów rozdziału 5a ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego nie jest karą w rozumieniu nadanym temu określeniu w orzecznictwie Trybunału"[32].

Dokonując dokładnej analizy treści omawianej ustawy, podejmowanej przy pomocy ogólnej metody analizy dokumentów[33] oraz bardziej szczegółowej metody dogmatycznoprawnej[34], dojść można do wniosku, iż obawy osób krytykujących omawiane w artykule M. Królikowskiego i A. Sakowicza przepisy posiadają w wielu miejscach słuszny charakter. Już w tytule artykułu dostrzec można stanowisko, że obaj karniści w sposób jednoznaczny wskazują, iż sądowe kierowanie byłych sprawców do izolacyjnych instytucji ochrony zdrowia zdejmuje punitywny ciężar prezentowanych rozwiązań ustawowych. Wskazano ponadto, iż wszelkie proponowane działania dotyczyć mają obec-

Rozwiązania ustawowe wychodzą naprzeciw zasadzie najmniejszej uciążliwości wyrażonej w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego.

30 J. Duda, *Komentarz…*, dz. cyt., s. 51–52.

31 D. Sikora, *Prawa pacjentów w szpitalach psychiatrycznych*, http://www.dps.pl/radar/psychiatria/prawa.php (dostęp 20 marca 2014 r.).

32 Uzasadnienie do projektu, druk sejmowy nr 1577, http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=8FAC382EE3488066C1257BAC004796F3 (dostęp 18 lutego 2014 r.), s.15.

33 A. Sułek, *Ogród metodologii socjologicznej*, Warszawa 2002, s. 105–106.

34 Szerzej o metodzie dogmatycznoprawnej zob. A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2008, s. 24–25.

nego stanu klinicznego sprawców. Badania powołanych przez sąd biegłych mają odnosić się do aktualnej sytuacji zdrowotnej danej osoby. Nie podważając podobnych poglądów, zasadne jest, by dostrzec, iż omawiana ustawa wprowadza rozwiązania niewystępujące do tej pory w polskim prawie medycznym, nieznane ustawie o ochronie zdrowia psychicznego. Warto zatem zatrzymać się nad powyższym spostrzeżeniem.

Jak wielokrotnie wspominano, zarówno w artykule obu karnistów, jak i w medialnych wypowiedziach twórców analizowanej ustawy, wprowadzone na początku 2014 r. przepisy mają na celu z jednej strony izolację osób mogących stanowić zagrożenie, a z drugiej – udzielenie kompetentnego wsparcia osobom, które doświadczają silnych zaburzeń psychicznych. W wypowiedziach tych równie często dostrzec można odniesienie do zapisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, jak i do polskich przepisów prawnych dotyczących internacji (detencji). Dokładne zapoznanie się z treścią komentowanej ustawy wskazuje jednak, iż zawarte w tym dokumencie propozycje dotyczące stosowania środków przymusu bezpośredniego nie znajdują odpowiedników w innym, podobnym akcie prawnym. Należy w tym miejscu wspomnieć, że uchwalona w połowie 2013 r. ustawa o środkach przymusu bezpośredniego[35] (dalej: u.ś.p.b.), wymienia w art. 12 takie m.in. środki, jak kajdanki, pałka służbowa, ręczny miotacz substancji obezwładniających[36]. Przypomnieć również należy, iż w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym podobne formy działań podejmować może tzw. służba ochrony (art. 36 ust. 1 pkt 5 u.p.o.z.p.). Jak stanowi jednak art. 3 u.ś.p.b., przepisów owego dokumentu nie stosuje się m.in. do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego[37] i ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi oraz o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi[38]. Tym samym podobne formy działania są niedozwolone w trybach przymusowej hospitalizacji przewidzianych w ww. aktach prawnych. Jako podstawowe w powyższym kontekście należy uznać formy przymusu, jakie dopuszcza art. 18 u.o.z.p., a więc: unieruchomienie, przytrzymanie, izolacja oraz przymusowe zastosowanie leków. Tytułem uzupełnienia warto także zwrócić uwagę na sposób, w jaki przepisy dotyczące internacji odnoszą się do problematyki stosowania przymusu bezpośredniego wobec pacjentów. Zgodnie z zapisami kodeksu karnego wykonawczego[39] (dalej: k.k.w.): „Wobec sprawcy umieszczonego w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym lub w zakładzie leczenia odwykowego można stosować środki przymusu bezpośredniego na zasadach, w trybie i w sposób określony w przepisach o ochronie zdrowia psychicznego" (art. 204a k.k.w.). Także przepisy wykonawcze ukazujące zasady postępowania z pacjentami poddanymi detencji[40] w żaden sposób nie wskazują na możliwość stosowania wobec owych pacjentów innych form przymusu niż przywołane działania opisane w art. 18 u.o.z.p.[41] Reasumując: wydaje się niezrozumiałym, a nade wszystko systemowo sprzecznym, wprowadzenie możliwości podejmowania przez służbę ochrony tak drastycznych i dolegliwych dla pacjenta form działania. Nie ulega wątpliwości, iż kierowane do ośrodka osoby stwarzać potencjalnie mogą trwałe niebezpieczeństwo m.in. dla pracowników medycznych. Podobny stan – dolegliwości –zaobserwować można jednak nie tylko na oddziałach psychiatrycznych o wzmocnionym lub maksymalnym stopniu zabezpieczenia, ale wydaje się on również realny w każdej tzw. zamkniętej części

35 Ustawa z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz.U. z 2013 r., poz. 628 z późn. zm.).

36 Art. 12 ust. 1 u.ś.p.b.

37 Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 2012 r. poz. 1356).

38 Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. nr 234, poz. 1570 z późn. zm.).

39 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90, poz. 557 z późn. zm.).

40 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 10 sierpnia 2004 r. w sprawie wykazu zakładów psychiatrycznych i zakładów leczenia odwykowego przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających oraz składu, trybu powoływania i zadań komisji psychiatrycznej do spraw środków zabezpieczających (Dz.U. nr 170, poz. 1148).

41 W podobnych sytuacjach możliwe jest zastosowanie np. kajdanek jedynie w chwili doprowadzenia sprawcy do szpitala psychiatrycznego przez policję, jak również w momencie podjęcia przez omawiany organ działań związanych z tzw. trybem wnioskowym kierowania do szpitala psychiatrycznego, w sposób szczególny osoby wykazującej zachowania agresywne lub autoagresywne.

oddziału psychiatrycznego, na terenie której leczeni są pacjenci na pierwszym etapie choroby, w którym objawy psychotyczne stanowić mogą podstawę niebezpiecznych zachowań kierowanych przez pacjenta wobec siebie lub innych osób.

W aktach prawnych dotyczących podobnych sytuacji nie znajdziemy również spotykanych w treści analizowanej ustawy zapisów:

- dokładnie opisujących użycie wobec pacjenta pałki służbowej (art. 36 ust. 1, pkt 5 lit. b);
- okazujących sytuacyjny scenariusz na wypadek ciężkiego uszczerbku na zdrowiu pacjenta lub jego śmierci jako następstwa zastosowania wobec niego przymusu bezpośredniego (art. 43 ust. 3 u.p.o.z.p.).

Warto w tym miejscu przypomnieć cytowaną na wstępie maksymę Leona Petrażyckiego: „Prawo jest psychicznym czynnikiem życia społecznego i działa psychicznie". Lektura omawianych przepisów wiązać się może z pojawieniem się konkretnych reakcji psychicznych, w tym istotnych obaw. Z całą pewnością na początku 2014 r. liczne relacje medialne budziły oraz utrwalały w społeczeństwie postawy lękowe dotyczące potencjalnych pacjentów projektowanych ośrodków zapobiegania zachowaniom dyssocjalnym. Sama już jednak treść ustawy powodować może, jak wskazano powyżej, podobne konsekwencje. W ustawie w sposób ewidentny skorzystano z rozwiązań nie tyle znanych z dotychczasowych form stosowania izolacyjnego, ile raczej sięgnięto do wypróbowanych działań znanych z jednostek typu penitencjarnego. Z całą pewnością nie ma niczego negatywnego w zdecydowaniu się przez ustawodawcę na wprowadzenie możliwości zatrudnienia specjalnej służby ochrony, mającej na celu zapewnienie bezpieczeństwa pracowników, osób odwiedzających, a pośrednio także społeczeństwa – chronionego przed osobami stwarzającymi zagrożenie. Już dzisiaj coraz częściej szpitale psychiatryczne decydują się na formalną współpracę z firmami ochroniarskimi, których grupy interwencyjne podejmują działania w szczególnie trudnych momentach na terenie placówek psychiatrycznych[42]. W zaistniałych jednak sytuacjach zatrudniona ochrona może podjąć jakiekolwiek działania jedynie na postawie decyzji lekarza lub pielęgniarki. Przepisy u.p.o.z.p. wprowadzają nieznaną w polskim prawie medycznym regulację, kiedy to o zastosowaniu siły wobec pacjenta decyduje nie pracownik medyczny, lecz pracownik służby ochrony (art. 38 ust. 2 u.p.o.z.p.). Konkludując, należy zaznaczyć, że choć z perspektywy formalnej sprawcy kierowani do ośrodka nie będą podlegać wtórnemu karaniu, to jednak nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż proponowane przepisy w znacznej mierze posiadać mogą – niewystępujący w innych podobnych dokumentach – charakter punitywny, w sposób istotny zwiększający dolegliwość pobytu w omawianej placówce[43].

Czy istnieje alternatywa?

Dokonując oceny okoliczności wprowadzania przepisów ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, dojść można do wniosku, iż znaleźliśmy się w szczególnie trudnej i złożonej zarazem sytuacji. Pojawiła się bowiem w polskim systemie prawnomedycznym uznawana za kontrowersyjną możliwość postpenalnego izolowania sprawców, w związku z wynikłym na podstawie badań przekonaniem o istnieniu trwałego zagrożenia ze strony tych osób. Z całą pewnością omawiane przepisy powstawały z towarzyszącą im świadomością, iż od 2014 r. zakłady karne zaczną opuszczać osoby, które jeszcze w okresie PRL-u skazane zostały na karę śmierci. W tym miejscu dotykamy swoistego drama-

42 B. Kmieciak, *Możliwość uczestnictwa pracowników niemedycznych w odprawach lekarskich*, Warszawa 2012, s. 9.

43 M. Cieślak, *Wstęp do nauki polskiego prawa karnego*, Gdańsk 1985. Według tego autora kara kryminalna to „celowa dolegliwość stosowana przez władzę państwową wobec człowieka z powodu jego zachowania uznanego przez tę władzę za społecznie naganne i zasługujące na taką dolegliwość" (s. 12). Zob. też J. Śliwowski, *Wykonanie kary w warunkach ograniczonej wolności*, „Studia Iuridica" 1964, t. 5, s. 22. Treść dolegliwości nieodłącznie zdaniem Jerzego Śliwowskiego związanej z karą „wypełnia konieczność zorganizowania własnej egzystencji w narzuconym, przymusowym środowisku, konieczność zrezygnowania ze swojej suwerennej osobowości i niemożność dowolnego kształtowania wyboru działań, postawy i wrażeń", cyt. za M. Niełaczna, *Postępowanie ze skazanymi przy przyjęciu w celu odbycia kary pozbawienia wolności. Raport z monitoringu*, „Analizy, Raporty i Ekspertyzy – Stowarzyszenie Interwencji Prawnej" 2010, nr 2, s. 2 i 4.

tu omawianej ustawy. Mamy do czynienia z sytuacją, w której prawdopodobieństwo popełnienia niedozwolonych czynów przez konkretne osoby jest wyraźnie dostrzegane, zarówno przez zwolenników, jak i przeciwników ustawy. Mówimy w tym miejscu o osobach, których czyny zostały w przeszłości uznane za szczególnie haniebne. Z drugiej strony mamy świadomość, iż proponowane przepisy tworzone są w atmosferze obawy i lęku. Poza tym omawiane rozwiązania prawne tworzą w istocie nieznaną do tej pory w polskim prawie swoistą „cywilną formę internacji", która dotyczyć ma na wstępie osób, które odbyły już karę. Omawiany sytuacyjny konflikt dostrzegł prokurator generalny Andrzej Seremet, który wskazał, że obecnie znaleźliśmy się w sytuacji, „w której na jednej szali stawia się stworzenie ustawy, która budzi konstytucyjne wątpliwości, a na drugiej bezpieczeństwo ludzi. Wybierając którąś z tych wartości, podjęto decyzję o uchwaleniu tej ustawy"[44]. Jako interesujące w całej debacie na ten temat uznać należy nieprzedstawienie przez przeciwników przyjętych rozwiązań – ewentualnych kontrpropozycji, które wychodziłyby naprzeciw realnemu problemowi, jaki dostrzec można w opuszczeniu więzienia przez osobę, wobec której istnieje duże prawdopodobieństwo, iż nie została zresocjalizowana[45].

Wracając w tym miejscu do treści artykułu M. Królikowskiego i A. Sakowicza, a także odnosząc się do wyżej przeanalizowanych przepisów ustawy, dojść można do wniosku, że omawiane propozycje ustawowe wprowadzają szczególnie dolegliwą (być może konieczną) formę izolacji – bez alternatywnej możliwości poddania się terapii w warunkach wolnościowych. Jak wskazali obaj autorzy, omawiana ustawa – poza środkami izolacyjnymi – dopuszcza możliwość zastosowanie nadzoru prewencyjnego wobec byłych więźniów. Także autorzy uzasadnienia do ustawy kilkakrotnie podkreślali, iż przywołany nadzór ma być realną propozycją dla osób, które wymagają wsparcia w procesie powrotu do społeczeństwa. Jak czytamy w dokumencie dołączonym do projektu ustawy, „przy ocenie, czy zachodzi wysokie lub bardzo wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego przez osobę, której dotyczy wniosek, sąd weźmie pod uwagę uzyskane opinie biegłych, a także wyniki dotychczasowej terapii i możliwość efektywnego poddania się przez tę osobę terapii na wolności"[46]. Także w treści samej ustawy, w części poświęconej nadzorowi terapeutycznemu, dostrzec można zwrócenie uwagi przez ustawodawcę (wcześniej projektodawcę) na kluczową rolę terapii w warunkach wolnościowych. Artykuł 16 u.p.o.z.p. stanowi: „1. Orzekając o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego, sąd może nałożyć na osobę stwarzającą zagrożenie obowiązek poddania się odpowiedniemu postępowaniu terapeutycznemu. W postanowieniu sąd wskazuje podmiot leczniczy, w którym postępowanie terapeutyczne ma być prowadzone. 2. Kierownik podmiotu leczniczego, o którym mowa w ust. 1, informuje sąd i komendanta Policji sprawującego nadzór prewencyjny o uchylaniu się od obowiązku poddania się postępowaniu terapeutycznemu przez osobą stwarzającą zagrożenie[47]. W tym miejscu dostrzec można fundamentalny problem w postaci nieistnienia w polskim systemie psychiatrii środowiskowej wyspecjalizowanych ośrodków oraz poradni, które udzielałyby świadczeń resocjalizacyjno-terapeutycznych[48]. Pojawia się bowiem swoisty pa-

44 Wypowiedź Andrzeja Seremeta, Prokuratora Generalnego RP, „Fakty po Faktach" TVN, Warszawa 23.01.2014: http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/seremet-w-moim-przekonaniu-pan-trynkiewicz-wyjdzie-na-wolnosc,390702.html (dostęp 27 marca 2014 r.).

45 B. Kmieciak, *Psychuszek nie będzie?*, „Medical Tribune" 2014 nr 2, s. 32.

46 Uzasadnienie do projektu, cyt. wyżej, s.10.

47 Zob. również art. 14 ust. 1, zgodnie z którym przy ocenie, czy jest konieczne zastosowanie wobec osoby stwarzającej zagrożenie nadzoru prewencyjnego albo umieszczenie jej w ośrodku, sąd „bierze pod uwagę całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, a w szczególności uzyskane opinie biegłych, a także wyniki prowadzonego dotychczas postępowania terapeutycznego oraz możliwość efektywnego poddania się przez tę osobę postępowaniu terapeutycznemu na wolności", a także art. 21 ust. 1, który stanowi, że sąd może orzec o umieszczeniu w ośrodku osoby stwarzającej zagrożenie, wobec której zastosowano nadzór prewencyjny, jeżeli „osoba ta uchyla się od obowiązku poddania się postępowaniu terapeutycznemu lub od obowiązków wynikających ze sprawowanego nad nią nadzoru prewencyjnego".

48 Narodowy Program Ochrony Zdrowia Psychicznego odnosi się w kwestiach psychiatrii sądowej jedynie do problematyki lecznictwa stacjonarnego. Zob. Rozporządzenie Rady Ministrów

radoks. Osoba poddana nadzorowi prewencyjnemu w trakcie pobytu w oddziale terapeutycznym określonego zakładu karnego poddana była specjalistycznym działaniom psychoterapeutyczno-wychowawczym[49]. W warunkach wolnościowych w chwili obecnej nie ma powszechnie stosowanych programów terapeutycznych, z których mogą skorzystać osoby opuszczające więzienia. Analiza propozycji, które pojawiają się np. na terenie województwa łódzkiego, wskazuje, iż państwowe poradnie zdrowia psychicznego nie podejmują inicjatyw w tych kwestiach. Działania takie na wspomnianym obszarze podejmują w przeważającej większości organizacje pozarządowe: stowarzyszenie „Abakus" oraz fundacja „Uwolnienie"[50]. Reasumując zatem, należałoby wskazać, iż dostrzegalnym problemem nie jest wyłącznie kwestia zagwarantowania społecznego bezpieczeństwa w sytuacji, gdy więzienia opuszczają nadal niebezpieczne osoby. Wydaje się, że równie istotne jest zagadnienie stworzenia prawnych (instytucjonalnych) oraz terapeutycznych rozwiązań umożliwiających kontynuowanie działań korekcyjnych w warunkach wolnościowych[51].

Podsumowanie

W ostatniej części proponowanych rozważań wokół lektury zapisów komentowanej ustawy oraz artykułu M. Królikowskiego i A. Sakowicza konieczne jest sformułowanie wniosków *de lege ferenda*, odnoszących się zarówno do przywołanego aktu prawnego, jak i do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, która, jak powyżej wykazano, stanowi istotne odniesienie do analizowanych przepisów.

Analizowane postpenalne rozwiązania określić można mianem pierwszego polskiego dokumentu w randze ustawy, w którym ustawodawca stara się w sposób kompleksowy uregulować kwestię przymusowej hospitalizacji osób stwarzających zagrożenie (dla siebie lub innych) w związku z występowaniem u nich niepsychotycznych zaburzeń psychicznych. Zarówno doświadczenie w stosowaniu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, jak i nowe odkrycia w zakresie ludzkiej psychopatologii, każą na nowo podjąć dyskusję dotyczącą fundamentalnych zasad stosowania przymusowego leczenia wobec osób, których zaburzenia – doświadczane przez nich – powodować mogą u nich wystąpienie zachowań niebezpiecznych, niewynikających jednakże z pojawienia się objawów wytwórczych, np. omamów lub urojeń. Obecnie nie ma możliwości podjęcia takiej formy terapii wobec omawianych osób. Analizując ponadto zagadnienie praw pacjenta szpitala psychiatrycznego, warto zwrócić uwagę, iż formy działań kontrolnych ukazane w ustawie o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób spotkać można również w powszechnej praktyce psychiatrycznej.

Jest to przede wszystkim:

– korzystanie przez placówkę medyczną ze wsparcia pracowników firm ochroniarskich (w żaden formalny sposób niezobowiązanych do zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych o pacjencie szpitala psychiatrycznego);
– podejmowanie przez personel medyczny takich działań, jak przeszukanie osobistych rzeczy pa-

z dnia 28 grudnia 2010 r. w sprawie Narodowego Programu Ochrony Zdrowia Psychicznego (Dz.U. z 2011 r., nr 24, poz. 128), § 3 ust. 1, pkt 1, 2, 4 i 5 (cele szczegółowe).

49 Na ten temat zabrał głos m.in. Mariusz T., w sprawie którego dyrekcja zakładu karnego w Rzeszowie złożyła wniosek do sądu okręgowego o uznanie go za osobę stwarzającą dla społeczeństwa niebezpieczeństwo: „Ja przez 21 lat mojego wyroku przebywałem na oddziale terapeutycznym w zakładzie karnym w Strzelcach Opolskich, gdzie pracowałem z psychologami, uczęszczałem na terapię i tu do Rzeszowa zostałem przewieziony w celu odbycia terapii, którą odbyłem podczas 12-miesięcznych zintensyfikowanych zajęć", *Mariusz Trynkiewicz przerywa milczenie. „25 lat to za mało?"*, „Gazeta Wyborcza Rzeszów" z 13 stycznia 2014 r.,http://rzeszow.gazeta.pl/rzeszow/1,34962,15264324,Mariusz_Trynkiewicz_przerywa_milczenie___25_lat_to.html#ixzz2tlwFuMS9 (dostęp 19 lutego 2014 r.).

50 Zob. *Stowarzyszenie Samopomocowego „Abakus"*, http://lodz.zsawl.pl/ oraz *Informacje o Fundacji „Uwolnienie"*, http://www.uwolnienie.pl/go.php/pl/informacjeofundacji.html (dostęp 24 marca 2014 r.).

51 Jako interesujący przykład podobnych działań uznać można aktywność podejmowaną w województwie łódzkim przez kuratorskie ośrodki pracy – z młodzieżą zagrożoną wykluczeniem społecznym. Realizowany tam jest projekt „Szansa", w ramach którego podjęta została współpraca z fundacją „Gajus", specjalizującą się w pomocy dzieciom chorym na raka, http://lodz.sr.gov.pl/index.php?id=150&id2=112 (dostęp 19 lutego 2014 r.).

cjenta, np. w sytuacji, gdy istnieje podejrzenie, iż dana osoba planuje zamach samobójczy.

Przepisy stworzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości aktu prawnego wprowadzają w odniesieniu do powyższych problemów regulację, którą można by zaaplikować do praktyk podejmowanych w szpitalach psychiatrycznych. Mowa w tym miejscu o:

– ustawowym zobowiązaniu pracowników firm współpracujących ze szpitalem do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji uzyskanych o chorych leczonych na terenie szpitala,
– wprowadzeniu katalogu sytuacji, w których możliwe jest przeszukanie osobistych rzeczy pacjenta, gdy nie dotyczy to działań zakazanych przez prawo (np. kradzieży, posiadania broni), lecz gdy odnosi się to do obaw związanych z bezpieczeństwem zdrowotnym pacjenta lub innych osób poddanych hospitalizacji (np. posiadanie leków, środków przeczyszczających, przedmiotów mogących posłużyć do dokonania samobójstwa).

W tym miejscu warto przypomnieć, że personel w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym posiada prawo do podjęcia tego typu działań (podobną możliwość przewidują także przepisy kodeksu karnego wykonawczego odnoszące się do detencji); o zastosowaniu działań decyduje dyrektor ośrodka. Pacjent posiada z kolei prawo do zaskarżenia takiej decyzji do sądu.

Pozostając w tym miejscu w temacie ww. Ośrodka, przypomnieć należy, iż osoby tam leczone posiadają prawo do kontaktu z Rzecznikiem Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego. Obserwując dotychczasową działalność tego rodzaju ombudsmanów, dostrzec można ich istotną rolę jako niezależnych instytucji, wzmacniających możliwość terapeutycznego oddziaływania prawa[52]. Gdy jednak zestawiamy ze sobą m.in. wyżej opisane szerokie uprawnienia służby ochrony oraz miękki charakter ustawowych kompetencji przywołanych rzeczników, dojść można do wniosku, iż:

– realna ochrona praw pacjenta będzie w istocie niemożliwa (rzecznik nie ma prawa czegokolwiek żądać, nie może zajrzeć do dokumentacji medycznej bez zgody pacjenta);
– pojawić się mogą kompetencyjne oraz interpretacyjne spory dotyczące np. zastosowania wobec pacjenta szczególnie uciążliwych form przymusu bezpośredniego, dojść więc może do istotnego zaburzenia wewnątrzszpitalnego ładu społecznego.

Z całą pewnością podobne obawy znikną w chwili, gdy rzecznicy wyposażeni zostaną w uprawnienia o twardym charakterze, jak np. możliwość dokonania wglądu do dokumentacji medycznej pacjenta, szczególnie tych jej elementów, które odnoszą się do problematyki przymusu.

Przedstawione powyżej wnioski, analizy i refleksje – powstałe po lekturze komentowanego artykułu – pozostawiać mogą sprzeczne wrażenia. Z jednej strony ukazują pozytywy proponowanych nowych form oddziaływań postpenalnych, z drugiej strony wielokrotnie wskazują na problemy, jakie pojawić się mogą w związku z wprowadzeniem w życie ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób. Owa rozbieżność – wydaje się, iż nade wszystko ukazuje trudności w pełnej ocenie analizowanego aktu prawnego. Należy zgodzić się z autorami artykułu w kwestii możliwości kontroli omawianych przepisów przez Trybunał Konstytucyjny lub Europejski Trybunał Praw Człowieka. Z perspektywy proceduralnej z całą pewnością podjęto działania, by w całkowicie totalnej instytucji, jaką mogą okazać się projektowane ośrodki, zachować jak najwyższe standardy poszanowania praw człowieka[53]. Nie ulega jednak wątpliwości, iż jednocześnie obserwujemy pojawienie się ośrodków, które w sensie formalnym określane mianem szpitali, z perspektywy praktycznej przypominać będą przede wszystkim więzienia. Patrząc na omawiane przepisy z perspektywy psychiatrycznej, można mieć obawy, czy wprowadzanie

52 B. Kmieciak, *Terapeutyczne działanie prawa*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 2 (10), s. 69.

53 Szerzej na temat szpitali psychiatrycznych jako instytucji totalnych: E. Goffman, *Instytucje totalne. O pacjentach szpitali psychiatrycznych i mieszkańcach innych instytucji totalnych*, przeł. O. Waśkiewicz, J. Łaszcz, Gdańsk 2011, s. 14–15; A. Borowski, *Rola instytucji totalnych w zapewnieniu bezpieczeństwa jednostce i społeczeństwu* (w:) D. Kowalski, M. Kwiatkowski, A. Zduniak (red.), *Edukacja dla bezpieczeństwa*, Lublin 2004, s. 355–356; P. Sztompka, *Socjologia – analiza społeczeństwa*, Kraków 2003, s. 77.

zmian dotyczących hospitalizacji przymusowej osób doświadczających niepsychotycznych zaburzeń psychicznych nie nastąpiło zbyt szybko. Perspektywa legalna skłania do zadania w tym miejscu fundamentalnego pytania: Czym jest prawo? Korzystając z definicji zaproponowanej przez św. Tomasza z Akwinu, prawem określamy racje rozumowe ogłoszone dla dobra społeczeństwa przez organ do tego uprawniony. Analizowana ustawa odwołuje się do konkretnych, realnych problemów związanych z potencjalnym zachowaniem sprawców opuszczających więzienia. Przepisy odwołują się do bezpieczeństwa polskich obywateli i przygotowały je – a następnie ogłosiły – organy w pełni do tego uprawnione. Jednakże nadal otwarte pozostaje pytanie dotyczące możliwości zastosowania przymusowej terapii wobec osób, których nie możemy określić mianem chorych. Innymi słowy, czy praktykę wypracowaną w odniesieniu do niepoczytalności możemy odnieść do osób istotnie zaburzonych, ale jednocześnie poczytalnych? Pewne jest, że omawiana ustawa to w istocie eksperyment prawny, który, być może konieczny do przeprowadzenia, zobowiązuje do podejmowania przejrzystych działań, które niejednokrotnie wymagać będą kontroli sprawdzającej, czy aplikowane lekarstwo pomaga, czy też szkodzi społecznemu organizmowi.

Można mieć obawy, czy wprowadzanie zmian dotyczących hospitalizacji przymusowej osób doświadczających niepsychotycznych zaburzeń psychicznych nie nastąpiło zbyt szybko.

Franciszek Longchamps de Bérier

Prawo rodzinne archaicznego Rzymu „bez zbędnej gimnastyki umysłowej”

Franciszek Longchamps de Bérier

Ksiądz katolicki, profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, wykłada na Uniwersytecie Warszawskim o europejskiej tradycji prawnej oraz o wolności wypowiedzi i religii w prawie amerykańskim.

Z zainteresowaniem sięgnąłem po wydaną niedawno drugą książkę Jerzego Krzynówka, reklamowaną jako ta, w której „[a]utor poddaje krytyce dotychczas dominujące w literaturze przedmiotu teorie, zwłaszcza tezę, że celem ustawy [XII tablic] było zapobieganie »nadużyciu« władzy ojcowskiej”[1]. Teraz niegrzecznie byłoby pominąć milczeniem pracę, która odnosi się do tez wielokrotnie i publicznie stawianych przeze mnie w początkach obecnego stulecia[2]. Na 236 stronach książki autor analizuje jeden przepis archaicznej ustawy XII tablic – tab. 4.2, głoszący *si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto* („jeśli ojciec syna trzykrotnie sprzeda, syn niech od ojca wolny będzie”). Na podstawie niedługiego wstępu wnioskować by można, że tezą pracy jest „uchwycenie genezy i pierwotnej funkcji emancypacji” (s. 15), co rzeczywiście mogłoby – przy wskazaniu nowych lub bogatych źródeł – dodać coś do dotychczasowej wiedzy o *ratio legis* wskazanego przepisu. Sam autor jest wszelako świadomy, że tego osiągnąć nie sposób. Pisze on w trybie podsumowania: „nie jesteśmy w stanie ustalić, jakie okoliczności sprawiały, że *pater familias* decydował się na pieniężne odstąpienie syna (dziecka?). Nie możemy również potwierdzić z innych źródeł, że stanowiło to samo w sobie czyn moralnie lub społecznie naganny, powszechnie potępiany” (s. 57–58). Na czym tedy mają polegać rezultaty badawcze? Wnioski w pracy dotyczą tylko jednego przepisu, o którym na końcu książki dowiadujemy się, że właśnie „regulacja zawarta w tab. 4.2 stanowi podstawowy przedmiot badania w rozprawie” (s. 197).

Pierwsze dwa rozdziały pomieściły sporo podręcznikowej wiedzy opatrzonej przypisami. Materia ta w książkach dydaktycznych jest przedstawiana w węższym zakresie. Dodajmy:

1 J. Krzynówek, *Od ‘ius vendendi’ do ‘emancipatio’. Prawne i społeczne aspekty ‘emancipatio’ dzieci w prawie rzymskim w okresie republiki i pryncypatu*, Warszawa 2012, s. 4 okładki.

2 F. Longchamps de Bérier, *Niektóre przykłady nadużycia prawa w rzymskim prawie prywatnym: władza ojcowska*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2001, t. 53, nr 1, s. 159–167; to samo (w:) A. Lityński, M. Mikołajczyk (red.), *Przez tysiąclecia: państwo – prawo – jednostka. Materiały ogólnopolskiej konferencji historyków prawa, Ustroń 17–20 września 2000 r.*, t. II, Katowice 2001, s. 11–19.

nie bez powodu. Trzeci z rozdziałów autor poświęca w całości poglądom doktryny romanistycznej na temat roli wspomnianego przepisu ustawy XII tablic (s. 39–84), siódmy zajmuje się egzegezą tekstu tab. 4.2. Interpretuje się tam szczegółowo kolejne jego frazy: *si pater filium* (s. 173–177), *ter venum duuit* (s. 177–185), *filius a patre liber esto* (s. 186–187). Mamy zatem do czynienia z rozważaniami nad pierwotną *ratio legis*, która przyświecała nader mglistej postaci kolektywnej, zwanej ustawodawcą historycznym. Przy tak wąsko w praktyce zakreślonych planach badawczych trudno oczekiwać rezultatów wykraczających poza spekulacje oderwane od historycznego doświadczenia prawa. Oczekiwań tych autor nie zawodzi. Ponadto struktura pracy zdaje się równie dziwna jak same wywody, gdyż na osiem rozdziałów „wnioski" jako osobny podrozdział pojawiają się tylko w rozdziale siódmym. Za to rozdział trzeci ma aż dwa „podsumowania" w postaci osobnych podrozdziałów, które dotyczą za każdym razem dwóch pozostałych podrozdziałów.

Przy tak wąsko w praktyce zakreślonych planach badawczych trudno oczekiwać rezultatów wykraczających poza spekulacje oderwane od historycznego doświadczenia prawa. Oczekiwań tych autor nie zawodzi.

Trudno zresztą spodziewać się innych wyników, skoro cel i zakres dyskutowanej normy stał się mętny dla samych Rzymian już w początkach pryncypatu. Ówczesne szkoły prawa spierały się bowiem, czy dla skutecznego wydania poszkodowanemu (*noxae datio*) syna-przestępcy konieczne było dokonanie przez ojca mancypacji trzykrotnej, jak chcieli prokulianie, czy też wystarczała *mancipatio* jednokrotna, którą dopuszczali sabinianie. Pierwsi interpretowali zatem normę ustawy XII tablic *per analogiam*, drudzy zaś *a contrario* (s. 67–68, 81–82).

Zresztą o ustawie XII tablic, wydanej zapewne – jak podaje większość podręczników do nauki prawa rzymskiego – w roku 450 przed Chr., wiemy tak mało, że niektórzy badacze kwestionują nawet jej historyczność. Uznają dotyczące jej przekazy literackie i prawnicze za wytwór późniejszej tradycji[3]. Tak czy inaczej, sama ustawa lub tylko wiązana z nią tradycja prawna uwalniała syna od władzy ojca rodziny, jeśli ten trzykrotnie go „sprzedał". Należałoby oczywiście ustalić, czy można tu mówić o sprzedaży w prawniczym znaczeniu, czy raczej o czerpaniu korzyści majątkowych z usług syna. Przepis umieszczany jest we współczesnej rekonstrukcji ustawy jako drugi na tablicy czwartej. Nie wiemy również, czy rzeczywiście chodziło w nim o sprzedaż, czy tylko o zastaw lub o jakąś kombinację obydwóch (s. 47–50), czy w końcu o coś, co autor określa jako „prostytuowanie" syna (s. 53–57). Wiadomo tylko, że w wyniku działania ojca syn znajdował się w stanie pośrednim między wolnością a niewolą, określanym jako *mancipium*. Z uwagi na dwukrotny powrót syna pod władzę, poprzedzający jej utratę, musiało chyba chodzić o umowę zbliżoną do tego wariantu greckiej *paramone*, w którego ramach sam dłużnik lub osoba mu podwładna „odpracowywała" osobiście dług w gospodarstwie wierzyciela[4]. Podobne umowy znane są już w VI w. przed Chr. prawu nowobabilońskiemu[5]. Perspektywa porównawcza mogłaby zatem pogłębić refleksję. Okazuje się bowiem, że prawa bliskowschodnie przyznawały

3 M.-T. Fögen, *Das römische Zwölftafelgesetz. Eine imaginierte Wirklichkeit* (w:) M. Witte, M.-T. Fögen (ed.), *Kodifizierung und Legitimierung des Rechts in der Antike*, Wiesbaden 2005, s. 45–70.

4 H. Kupiszewski, *Scritti minori*, Napoli 2000, s. 486–489, 541–543.

5 A. Flach, *Fortgeltung des Zwölftafelrechts*, Lang 2004, s. 112.

w takich przypadkach dłużnikowi prawo odkupu osoby odpracowującej dług[6]. Ono to mogło wygasać po trzeciej sprzedaży. Autor wszelako pomija milczeniem starożytny kontekst prawnoporównawczy, zakładając niezmiennie, że chodziło po prostu o sprzedaż. Dlaczego więc utrzymywać, że praca za podstawowy swój przedmiot przyjęła „badania nad pierwotnym znaczeniem tab. 4.2" (s. 202)?

Doktryna romanistyczna zakładała dotychczas na ogół – podążając za sugestią historyka greckiego Dionizjusza z Halikarnasu (*Antiquitates Romanae* 2.27) – że następująca po trzeciej „sprzedaży" syna utrata władzy ojcowskiej stanowiła karę za jej nadużycie, któremu zarazem w trybie prewencji generalnej zapobiegała na przyszłość. Skoro bowiem pierwsza i druga sprzedaż nie naruszały władzy ojca rodziny, nieodparcie nasuwa się wniosek, że ustawa traktowała ów proceder wprawdzie jako dopuszczalny, ale tolerowany wyłącznie w pewnych granicach[7]. Ich przekroczenie powodowało utratę uprawnienia[8]. Już ustawa XII tablic dostarczałaby zatem – czemu nie? – archetypu nadużycia prawa, sankcjonowanego jego utratą[9].

Jednak uprzedzony wobec nadużycia prawa autor, który wiąże je ściśle z dziewiętnastowieczną konstrukcją *abus de droit* (s. 39–40 przyp. 67), nie godzi się z tą – jak ją określa – „teorią nadużycia" (s. 38, 44, 60, 200–201 itd.). Zwalcza ją z wielkim nakładem sił i środków, wywodząc, że norma z połowy V w. przed Chr. nie chciała bynajmniej karać ojca przez pozbawienie go władzy, lecz… chronić trwałość rodziny. Celem ustawy XII tablic miałoby zatem być „nie ograniczenie władzy ojcowskiej, lecz uniknięcie skutku *capitis deminutio* przez zachowanie możliwości restytucji *ius agnationis* przez syna" (s. 175). Prościej rzecz ujmując: „ustawa zapewniała synowi po śmierci ojca prawo powrotu do *familia* w charakterze (…) domowego spadkobiercy" (s. 188). W stosunku do syna ustawa miałaby tedy „wydłużać" trwanie władzy, która w odniesieniu do córek i wnuków gasła już po pierwszej sprzedaży (s. 60, 200).

Skoro tyle zapowiadało się krytyki wobec dotychczas dominujących w literaturze przedmiotu teorii, w tym teorii nadużycia prawa, zastanawia omówienie ważnej i gorącej dyskusji na ten właśnie temat w przypisie 67 (choć to zdecydowanie najdłuższy przypis w książce) na s. 39–40, i to właściwie tylko w części tego przypisu. Szkoda, że autor nie zauważył moich odpowiedzi na krytykę. Nie chodzi nawet o tę alegoryczną odpowiedź, z pewnością znaną, bo ogłoszoną także po włosku i – nawet dwa razy – po rosyjsku[10]. Można jej oczywiście nie łączyć z dyskusją naukową, o jakiej mowa. Zastanawia natomiast pominięcie wprost poczynionych podsumowań w związku z nieporozumieniami wynikłymi z przypisywania mi rzekomego posługiwania się współczesną kategorią prawa podmiotowego[11]. Nawet w bibliografii książki (s. 215) brak jakiegokolwiek śladu znajomości tych uwag. W istocie nagminną niestety praktyką naszej romanistyki pozostaje nie czytać tego, co piszą koledzy po fachu. Wtedy jednak *communis opinio* pozostaje powszechnym przekonaniem, na które nie ma się wpływu – także gdy chodzi o nadużycie prawa i interpretację przepisu ustawy XII tablic.

6 R. Westbrook, *Restrictions on Alienation of Property* (w:) P. Birks (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays Barry Nicholas*, Oxford 1989, s. 207–214.

7 F. Longchamps de Bérier, *Nadużycie prawa w* świetle *rzymskiego prawa prywatnego*, wyd. 2, Wrocław 2007, s. 81–95; tenże, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino 2013, s. 53–60.

8 F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, t. 1, München 1988, s. 331, który używa w tym kontekście terminu *Verwirkung*.

9 Zob. teoretycznie T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 138–141.

10 F. Longchamps de Bérier, *'Summum ius summa iniuria'. O ideologicznych założeniach w interpretacji starożytnych tekstów źródłowych*, „Zeszyty Prawnicze UKSW" 2005, z. 5.1, s. 51–68, to samo w języku włoskim *'Summum ius summa iniuria'. Sulle premesse ideologiche nell'interpretazione delle fonti antiche* (w:) *'Fides, humanitas, ius'. Studi in onore di Luigi Labruna*, t. 5, Napoli 2007, s. 2919–2932, to samo dwukrotnie w języku rosyjskim *Summum ius summa iniuria*, „Ius Antiquum. Drevnieje Prawo" 2008, nr 1(21), s. 68–76 oraz *Summum ius summa iniuria. Об идеологических предпосылках в интерпретации древних текстов источников*, „Cywilisticzeskije issliedowanija" 2010, nr 4, s. 58–73.

11 F. Longchamps de Bérier, *W poszukiwaniu prawa naturalnego? Doświadczenia historyczne co do nadużycia prawa w dziedzinie prawa prywatnego* (w:) P. Dardziński, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Prawo naturalne – natura prawa*, Warszawa 2011, s. 63–69.

Autor zdaje się konstruować cel omawianej normy z przepisu tab. 4.2 za pomocą nieuprawnionej alternatywy rozłącznej: albo ograniczenie władzy ojcowskiej, albo ochrona trwałości rodziny. W drugim przypadku chodzi w istocie o ochronę uprawnień spadkowych syna. Rozumowania okazują się uproszczone i jednoteresu wierzyciela ojca, gdyż syn, pozostając spadkobiercą, przejmie odpowiedzialność za długi spadkowe.

Dalej pojawia się pytanie, kiedy tak, a kiedy inaczej. Gdy ogłoszono ustawę XII tablic, jej przyczyna mogła być jedna, a z czasem wybijał się na czoło inny aspekt. A co jeśli rzekoma regulacja ustawy to

W istocie nagminną niestety praktyką naszej romanistyki pozostaje nie czytać tego, co piszą koledzy po fachu.

kierunkowe. Autor pisze: „[z]wolennicy ograniczenia »nadużywanej« władzy ojcowskiej muszą przyznać, że w istocie położenie syna musiało ulec poprawie [gdy ojciec tracił nad nim władzę na skutek trzeciej sprzedaży – FLB], w przeciwnym razie musieliby przyjąć, że ograniczenie mające być dla *pater* dotkliwe uderza w ofiarę »nadużycia« prawa" (s. 58, por. s. 199). Wyłączność jest tu pozorna, bo w jakimś aspekcie położenie syna mogło nawet stawać się gorsze, natomiast pod innym względem jednak lepsze. Na przykład jeśli ojciec był na tyle biedny, że ręce do pracy nie przydawały się mu w domu, gdzie brakowało gospodarstwa czy warsztatu, wydziedziczenie za życia na skutek *emancipatio* nie powodowało żadnej straty. I tak nie było w praktyce co dziedziczyć albo do odziedziczenia pozostawało bardzo mało, a rodzeństwo liczne. Natomiast własny majątek dawało się wytworzyć nie tylko pracą rąk, lecz i dzięki wojaczce. *Peculium castrense* to dopiero czasy cesarza Augusta. Republika zaś praktycznie stale prowadziła wojny i wiele zyskiwała na nich ona oraz sami obywatele. Wątek ten, niedoceniony przez autora, wart byłby zresztą rozwinięcia. Trajan nakazał emancypację źle traktowanego syna (D. 37.12.5) właśnie po to, aby ukarać ojca. Czy ta *emancipatio* miała być niekorzystna dla syna? Fakt, że stało się to dopiero na przełomie I i II wieku po Chr. Autor wszelako wielką wagę przywiązuje w swych interpretacjach do uwag Gaiusa, a więc świadectw i poglądów wyrażonych dobre 50 lat później. Z nadużyciem prawa łączy się jeszcze jeden możliwy w ramach spekulacji wątek, który stanowi kwestia ochrony inwynik właśnie dłuższej i późniejszej tradycji? W dodatku cała praca kończy się mocnym stwierdzeniem, że celem normy tab. 4.2 „było wzmocnienie rzymskiej *familia* przez zapewnienie sukcesji po zmarłym *pater* jego synowi, który w chwili śmierci ojca znalazł się pod władzą innego *pater*" (s. 204). Co z tego miałoby wynikać? Przede wszystkim zaś jak uznać to stwierdzenie za wiarygodne, skoro wniosek wykluczający inne – konkurencyjne lub równoległe – oparty jest tylko na hipotezach? Hipoteza o nadużyciu prawa – choćby tylko na jakimś etapie historycznym – jest natomiast wielce prawdopodobna, o czym świadczy *opinio communis* oraz budowana w oparciu o źródła tendencja w ewolucji prawa. Autor upiera się, że przyczyną normy decemwiralnej mogło być wszystko, byle nie nadużycie prawa. Nie odmawiałbym racji zacytowanemu wyżej stwierdzeniu J. Krzynówka, ale nie dostrzegam zasadności upierania się przy tym jako jedynym celu tab. 4.2. Nie wiem, co ten upór miałby wnosić do nauki, skoro wszystkie tezy interpretacyjne były od dawna znane. W konsekwencji wracamy do punktu wyjścia i *opinio communis*, która niezłomnie głosi, iż celem normy było ograniczenie nadużycia władzy ojcowskiej przez rzymskich *patres*. I jeśli tak rzeczywiście było, ustalenie tego jest ciekawe i istotne dla rozważań o prawie w ogóle, zgodne też z doświadczeniem prawnym nie tylko współczesnych, lecz i starożytnych Rzymian – nawet jeśli żyjących znacznie później niż w połowie V wieku przed Chr.

A tak na marginesie: nie tylko bezosobowość „zwolenników »teorii nadużycia«", lecz i przedstawienie

ich poglądów robią wrażenie konstruowania sobie przeciwnika, który ma być za wszelką cenę zwalczony, mimo że może w ogóle nie istnieje. W dokonanym przez J. Krzynówka opisie owych „zwolenników" nikt konkretny chyba by siebie nie dostrzegł.

Powróćmy jednak do głównego tematu i spróbujmy go podsumować. Zdaniem autora ustawa nie chciała karać ojca utratą władzy, gdyż zmierzała do zachowania ciągłości majątku rodzinnego. Tymczasem oba cele mogły doskonale współistnieć. Zachowanie władzy ojcowskiej mimo dwukrotnej sprzedaży syna godzi się przecież z ochroną ciągłości rodziny, którą to ciągłość owa władza ucieleśnia. Ochrona działała oczywiście tylko do chwili trzeciej sprzedaży, po której i ojciec tracił władzę, i rodzinny majątek następcę.

W ciągu ostatnich dwunastu lat nie dokonano odkryć ani nie pojawiły się nowe dzieła, które by zmieniały zasadniczo *status quaestionis*. Jednak przede wszystkim brak źródeł. Tak tedy „założenia" (s. 202) autora wydają się nieweryfikowalne. Co do roli samego przepisu tab. 4.2 jako korekty nadużywania uprawnień – można podzielać wątpliwości autora, ale ten jeden przepis dla całej kwestii pytania o nadużycie prawa w rzymskim prawie prywatnym ma mimo wszystko nikłe znaczenie. Zbyt wiele jest bowiem świadectw reakcji na nadużywanie uprawnień. „*Opinio communis* uznaje zatem, że celem normy było ograniczenie nadużycia władzy ojcowskiej przez rzymskich *patres*" (s. 198). Godne uznania jest, że autor decyduje się pójść pod prąd, choć – ogólnie rzecz ujmując – przekora sama w sobie nie zasługuje na pochwałę. Czy mu się jednak pójście pod prąd udaje i znajduje przekonujące uzasadnienie? Wobec braku źródeł trudno wyciągać twarde wnioski, bowiem prawo tab. 4.2 mogło być, a mogło nie być korektą nadużycia władzy ojcowskiej. Skoro przepis mógł służyć kilku celom, nie warto kopii kruszyć. Nie sposób wszelako w takiej sytuacji na podobnych rozważaniach budować poważnej krytyki cudzych poglądów. Autor zresztą sam mówi o tym w zakończeniu podsumowującym jego studium: „Kluczowe dla rozwiązania przedstawionego problemu wydaje się być postawienie hipotezy, która ujmowałaby problem od strony prawnej, a nie społeczno-gospodarczej" (s. 202). Doprawdy hipoteza z trudnością coś rozwiąże: może naprowadzać i proponować alternatywę, ale pozostanie tylko hipotezą. Natomiast wnioski omawianej pracy skonstruowane zostały autorytatywnie. Autor nie ma cienia wątpliwości, że „[u]stawa mówiła o trzech sprzedażach nie dlatego, że miały miejsce częste, wielokrotne sprzedaże synów, dokonywane przez »chciwych« ojców" (s. 188).

Wobec braku źródeł trudno wyciągać twarde wnioski, bowiem prawo tab. 4.2 mogło być, a mogło nie być korektą nadużycia władzy ojcowskiej.

Jak wspomniano, autor unika zagadnień prawnoporównawczych, opierając się z reguły na podręczniku Gaiusa *Instytucje*, który nie grzeszy ani dogmatyczną subtelnością, ani wrażliwością historyczną[12]. Roztrzą-

12 Do ostrożności w korzystaniu z tego podręcznika jako z autorytatywnego źródła poznania prawa rzymskiego nawet w I i II wieku po Chr. zachęcali ostatnio, przestrzegając m.in. przed tzw. gajocentryzmem, M. Avenarius, *Das 'gaiozentrische' Bild vom Recht der klassischen Zeit. Die Wahrnehmung der Gaius-Institutionen unter dem Einfluß von Vorverständnis, zirkulärem Verstehen und Überlieferungszufall* (w:) tegoż (red.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden 2008, s.109 i 127 oraz M. Varvaro, *Wilhelm Studemund e il „martire illustre della paleografia"*, „Seminarios Complutenses de Derecho Romano" 2012, nr 25, s.296–310.

sa obszernie np. zagadnienie, dlaczego utratę władzy ojcowskiej przez trzykrotną sprzedaż zarezerwowano dla syna, podczas gdy dla córek i wnuków wystarcza już jedna sprzedaż (s. 43, 60–61). Natomiast odpowiedź zdaje się bardzo prosta. Prawo preferuje syna jako domniemanego dziedzica, utrudniając zerwanie jego więzi rodzinnych i nadziei spadkowych. Dlatego po pierwszym i drugim oddaniu w *mancipium* syn wraca pod władzę, a właściwie pod nią wciąż pozostaje, podobnie jak po zwolnieniu go z jeniectwa (s. 116, 153). byli „dziećmi". Gdy już mowa o tytułach i podtytułach, dodajmy, że występujący w podtytule rozdziału piątego zwrot *ruptura testamenti* (s. 113), który określa jego następczą nieważność, to obcy łacinie wynalazek, budzący nieprzyjemne skojarzenia medyczne. Czy dokonał go sam autor? W pracach prawniczych mówi się raczej o *ruptio testamenti*.

Aparat naukowy zdradza czasami wyjątkową niestaranność, gdyż „zob. *infra*" (s. 50 przyp. 83) czy „tekst *supra*" (s. 155 przyp. 313) to odesłania stanowczo

> **Hipoteza może naprowadzać i proponować alternatywę, ale pozostanie tylko hipotezą.**

Książce przydałaby się porządna errata, gdyż łacińskie cytaty pozostawiają sporo do życzenia. Zamiast *heredes demestici* powinno być *domestici* (s. 100 wiersz 14 od góry), zamiast *familiarum suorum* powinno być *suarum* (s. 117 wiersz 9 od góry), zamiast *ex causa noxalis* powinno być *noxali* (s. 119 wiersz 7 od góry i wiersz 1 od dołu), zamiast *in mancipio patri* powinno być *patris* (s. 166 wiersz 2 od góry), czy wreszcie zamiast *usurpatio trinoctis* powinno być *trinoctii* (s. 185 wiersz 7 od góry). Nieco więcej staranności wymagałoby zwłaszcza cytowanie źródeł. Tekst Dionizjusza z Halikarnasu przytaczany jest na s. 32–33 w przyp. 52 w oryginale greckim. W następnym przyp. 53 fragment pojawia się w tłumaczeniu polskim, a w jeszcze dalszym przyp. 54 na s. 34 – jak również w przyp. 66 na s. 38 – po angielsku. Od strony formalnej daleko więc pracy do doskonałości, a dodatkowo jej język jest zeszpecony częstym zwrotem makaronicznym o oddaniu syna *in mancipio* (s. 43–44, 52, 55, 68, 73, 82, 130, 140, 152–153, 175, 181, 198, 200 itd.), występującym nawet w tytule rozdziału piątego („syn oddany *in mancipio*"). Formą dalece poprawniejszą byłoby „w *mancipium*" (co wyjątkowo pojawia się na s. 116). Za podobną anomalię należałoby uznać oddanie syna *in noxam* (s. 74). Nadto wspomniana w podtytule książki „*emancipatio* dzieci" to pojęcie nieprecyzyjne, gdyż *emancipatio* to rozwiązanie władzy ojcowskiej w odniesieniu do wszystkich podległych, choćby nie zbyt ogólnikowe. Chwalebne, że autor cytuje niekiedy recenzje prac naukowych, jednak określenie ich skrótem „rec. do" (s. 150 przyp. 304, s. 213) to brzydki germanizm, podobnie jak powołania literatury w formie „do tekstu (fragmentu) zob." (s. 94 przyp. 178, s. 146 przyp. 294, s. 153 przyp. 310). Dziwi również przytoczenie fundamentalnej i klasycznej obecnie pracy tak głośnego autora jak Henry Sumner Maine[13] w mieszanej wersji francusko-angielskiej jako „Ancien Law" (tak dwukrotnie s. 91 przyp. 173, przy czym pracy brak w wykazie literatury). Podobnie zaskakuje określenie jednego z papirusów lipskich jako „papirus Lipssia" (s. 155, której zabrakło w zestawieniu indeksu źródeł). Nie wiadomo wreszcie, co znaczą zagadkowe „reguły prowadzenia" (s. 189 wiersz 5 od góry).

Powinienem mieć satysfakcję, że rozważania, w których postawione przeze mnie przed dwunastu laty tezy – dotyczące kwestii o charakterze przyczynku do szerszych studiów nad nadużyciem prawa – znalazły kontynuację w postaci całej monografii o przepisie tab. 4.2. Niestety satysfakcja to niewielka. Niezbyt wiele się z monografii dowiedziałem. Może gdyby wcześniej autor podzielił się swoimi wątpliwoś-

13 H. S. Maine, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas* – pierwsze wydanie w roku 1861, ale praca zdaje się być cytowana przez autora z drugiej ręki.

ciami, spróbowałbym przynajmniej w jakimś zakresie je uwzględnić: czy w książce z 2004 roku, czy w jej drugim polskim wydaniu w 2007 roku, czy wreszcie w wydaniu włoskim, opublikowanym w zeszłym roku w Turynie. Konstruowałem zebrane w niej badania w oparciu o pytanie postawione źródłom rzymskiego prawa prywatnego. Pytania dotyczyły dostrzegania w starożytności nadużycia prawa i ewentualnych nań reakcji prawnych. Książka polska otrzymała na wniosek jednego z życzliwych recenzentów tytuł inny niż pierwotnie planowany. Dziś ten pierwszy wydaje mi się trafniejszy: „Rzymskie prawo prywatne o nadużyciu prawa", zwłaszcza w perspektywie późniejszych dyskusji, jeśli zakładać w nich dobrą wolę.

Na początku uwag na marginesie pracy *Od 'ius vendendi' do 'emancipatio'* wspomniałem, że to druga książka autora. Pierwsza, *Odpowiedzialność przedsiębiorcy ('exercitor') w prawie rzymskim*, dotyczyła rzymskiego prawa handlowego epoki klasycznej i stanowiła publikację doktoratu obronionego przed szesnastu laty[14]. Została dobrze przyjęta, tak gdy chodzi o dobór oraz wagę tematu, jak i o naukowość oraz kompletność opracowania. Porównanie obu prac, jeśli wolno mieć własne zdanie, skłania do wniosku, że autor zrobił spory krok wstecz. I to nie tylko w sensie czysto chronologicznym. Oparte na niepoprawnej alternatywie rozłącznej spekulacje o „funkcji normy zawartej w tab. 4.2 Ustawy XII Tablic" (s. 39) nie zainteresują zapewne – podobnie jak inne zjawiska archaicznego prawa rodzinnego – wielu adeptów prawoznawstwa. Zresztą nawet wywody samego autora robią wrażenie, jakby nie potrafił wykrzesać z siebie wielkiego entuzjazmu dla tematu. Wyjątkowo niekomunikatywny jest tytuł książki *Od 'ius vendendi' do 'emancipatio'*, nawet jeśli zawężać krąg jej potencjalnych odbiorców do świata prawniczego. Być może planowany był krąg jeszcze węższy, bo w istocie nikomu, kto nie wie, o czym pracę napisano, tytuł nic nie powie. Nie taki chyba cel przyświeca tytułowaniu prac naukowych i nie myślę tylko o zachęceniu do ich czytania chwytliwymi sformułowaniami… Chodzi wręcz o pozycję studiów nad prawem rzymskim wśród ogółu nauk prawnych. Symptomatyczna zdaje się akceptacja przez autora jednego z wyjaśnień odmienności „sprzedaży" syna jako tego, które obchodzi się „bez zbędnej gimnastyki umysłowej" (s. 60, 200). Wyrażenie to może służyć za motto całej rozprawy.

14 J. Krzynówek, *Odpowiedzialność przedsiębiorcy ('exercitor') w prawie rzymskim*, Warszawa 2000.

Od Redakcji: Niniejszy tekst był trzykrotnie wysyłany autorowi recenzowanej książki. W dniu 10 marca 2014 r. przedstawił on redakcji „Forum Prawniczego" chęć odpowiedzi na artykuł recenzyjny, oczekując publikacji obu tekstów w jednym zeszycie. Mimo że z tego powodu opóźniliśmy wydanie numeru, odpowiedź na artykuł recenzyjny nie dotarła do redakcji w zwyczajowym trzytygodniowym terminie. Jeśli odpowiedź na artykuł recenzyjny wpłynie, przedstawimy ją czytelnikom w kolejnym numerze czasopisma.

Tomasz Giaro

Bezczeszczenie grobów w Rzymie a interes polskiego podatnika

Tomasz Giaro

W latach 1990–2006 pracownik Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte we Frankfurcie nad Menem. W latach 1994–1995 profesor kontraktowy na Uniwersytecie we Frankfurcie nad Menem, a w roku 1996 na Freie Universität w Berlinie. W 2007 r. otrzymał mianowanie na stanowisko profesora UW, a w 2009 r. tytuł profesora nauk prawnych. W 2011 r. otrzymał nagrodę Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

Związek między tak odmiennymi treściowo i odległymi czasowo zjawiskami, zasygnalizowanymi w tytule recenzji[1], nie przemawia bezpośrednio do wyobraźni. Niemniej jednak opiera się on na niespornym fakcie, że na uczelniach publicznych i takich, które korzystają z ich praw, prowadzi się w naszym kraju badania naukowe za publiczne pieniądze. Do głównych interesariuszy tych przedsięwzięć należą zatem w pierwszym rzędzie polscy podatnicy. Z całym szacunkiem dla wolności nauki są więc oni w sposób naturalny uprawnieni, by niekiedy przyjrzeć się bliżej tematom zgłębianym przez badaczy. Zagadnienie wymaga krótkiego wprowadzenia historycznego, gdyż wydaje się, że w sferze doboru tematów prac naukowych zaszła ostatnio w dziedzinie prawoznawstwa dość istotna zmiana.

Swego czasu kwestię wyboru tematu badawczego uznawano na wydziałach prawa naszych uniwersytetów za równie ważną, jak na wydziałach krajów przodujących w nauce. Z uwagi na stopień trudności, a nawet objętość opracowania, rozróżniano tematy odpowiednie dla pracy magisterskiej, doktorskiej i habilitacyjnej, jak również dla monografii profesorskiej. Niektórzy akademicy starej daty przechowywali w szufladach swych biurek listy tematów, czyniących zadość kryteriom przewidzianym dla poszczególnych kategorii tzw. prac awansowych. Dysponenci owych list stale je aktualizowali i na życzenie udostępniali kandydatom na wyższe stopnie naukowe. Młodsi koledzy peregrynowali zwłaszcza do jednego z uniwersytetów na wschodzie kraju, którego profesor orzekał, czy temat nadaje się na habilitację z prawa rzymskiego, czy nie.

Dobór tematu rozprawy stanowił zatem żelazny punkt jej oceny, rozpatrywany – w następnej kolejności po promotorze i nieformalnych rzeczoznawcach – przez recenzentów i wszelkie kompetentne gremia. Nawet podczas najciemniejszych godzin nocnych realnego socjalizmu rady instytutów nie przyjmowały rozpraw doktorskich zbyt blisko spokrewnionych z pracą magisterską doktoranta, a rady wydziałów prawa odrzu-

1 Dotyczy publikacji: M. Jońca, *Przestępstwo znieważenia grobu w rzymskim prawie karnym*, Wydawnictwo Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2013, 456 stron.

cały habilitacje będące tylko twórczym rozwinięciem problematyki doktoratu. Żaden młody uczony nawet nie usiłował prześliznąć się przez ucho igielne habilitacji z tematem ledwie wystarczającym na promocję. Kto od naukowej kolebki do mogiły drążył tylko problem siedziby jednostek gospodarki uspołecznionej, nie cieszył się estymą środowiska, które było zresztą bardziej wpływowe niż dziś.

nie był już od dawna „poruszany" w doktrynie. Strategia ta chroni przed zarzutem wydeptywania utartych szlaków, zwłaszcza gdy badacz sygnalizuje już na wstępie, że ostatnia monografia na wybrany przez niego temat ukazała się w jakiejś odległej epoce, na przykład wilhelmińskiej[2].

Rozumie się, że po tak długim odłogowaniu temat poruszony naonczas należy przeorać ponownie.

Swego czasu kwestię wyboru tematu badawczego uznawano na wydziałach prawa naszych uniwersytetów za równie ważną, jak na wydziałach krajów przodujących w nauce.

Bez spektakularnych reform cicha, lecz nieprzerwana inwolucja polskiej nauki prawa uwolniła nas w końcu od tych trosk. Wyrażanie jakichkolwiek wątpliwości odnośnie do jakości tematu prac awansowych uchodzi obecnie za poważny nietakt zarówno na radach wydziałów prawa, jak i w łonie rozmaitych komisji, łącznie z Centralną Komisją do Spraw Stopni i Tytułów Naukowych przy Prezesie Rady Ministrów. Nieopatrzni dyskutanci muszą się nawet obawiać, że zgłoszenie tego typu obiekcji będzie im poczytane za naruszenie czci, dobrego imienia i godności autora, promotora i życzliwych mu członków właściwego gremium. Procesy o zniesławienie z art. 212 k.k. wiszą w powietrzu, podczas gdy monotematyczność w naszej nauce prawa czyni intelektualne i moralne spustoszenia.

Obok monokultury tematycznej grozi nauce polskiej w dziedzinie doboru tematów badawczych inne jeszcze ryzyko. Wynika ono z tzw. przyczynkarstwa, starego jak świat nauki i nieodłącznej od niej paranauki. Przyczynek kojarzy się na ogół z pracą niewielką, znani są jednak wbrew pozorom przyczynkarze zdolni produkować tomy. W tym kontekście jest istotne, że badacz skłonny do wyboru uznawanych przezeń za jedynie naukowe tematów „mikroskopowych" czy „mikrologicznych" zwykł się zabezpieczać przed krytyką za pomocą podkreślenia, że ten czy ów spośród nich Wprawdzie mógł się on w międzyczasie prześliznąć na badawcze peryferie, zapełnione przez rozmaite „przyczynki do…", „raz jeszcze o…" i inne próby odgrzewania nienowej już niestety strawy duchowej. Zwłaszcza od czasu sformułowania przez Thomasa Kuhna jego teorii paradygmatów wielu filozofów nauki twierdzi nie bez kozery, że postęp badawczy polega właściwie na poniechaniu niewydajnych starych tematów i podjęciu bardziej obiecujących nowych[3]. Niemniej jednak w konwencji quasi-rolniczej, zakładającej przymus okresowego przeorania absolutnie wszystkich znanych danej dyscyplinie tematów, ich dokonany prawomocnie 150 lat temu wybór nie może podlegać ponownej dyskusji.

Do powyższych rozważań o tematach skłoniło mnie niedawno wydane dzieło dr. Macieja Jońcy o znieważeniu grobu w rzymskim prawie karnym. Nie chciałbym dyskredytować tego dość szczególnego przed-

2 M. Jońca, *'Parricidium' w prawie rzymskim*, Lublin 2008, s. 7: „W dyskusji nad celowością prowadzenia badań nad zagadnieniem, które wielokrotnie już było analizowane w nauce, należy podnieść, że ostatnia monografia poświęcona *parricidium* została opublikowana w roku 1887".

3 K. Gloy, *Die Geschichte des wissenschaftlichen Denkens*, München 1995, s. 279–281.

miotu, cieszącego się zresztą wśród uczonych – co przyznaje sam autor – „umiarkowaną popularnością" (s. 12), ani ośmieszać wyboru jako przejawu osobistej ekspresji badawczej. Sprawy kultu zmarłych stanowić bowiem mogą ważne świadectwa historyczne dla świata żywych, jeśli postawić pod adresem materiału źródłowego trafne pytania. Niestety autor nie dokonał żadnej ich selekcji, a to dlatego, że o znieważeniu grobu w Rzymie postanowił zakomunikować czytelnikom ni mniej, ni więcej, tylko absolutnie wszystko.

Rozpoczynające się solidnie od obszernego rozdziału „Rzymski grób" (s. 21–112) dzieło sporządzono w formule poradnika praktycznego dla bliskich zmarłego, który można było zatytułować „Jak w Rzymie starożytnym przeprowadzić pogrzeb i jakimi środkami prawa chronić miejsce wiecznego spoczynku nieboszczyka". Daleki jestem od bagatelizowania tematu znieważania grobów dawniej i dziś. Sądzę tylko, że epoka starożytności już minęła, a metoda użyta przez autora w jego vademecum antycznego prawa funeralnego miesza perspektywę dogmatyki i historii prawa. Albowiem wyczerpujące omówienie wszystkich wariantów stanu faktycznego, które w dogmatyce, zwłaszcza komentarzowej, jest na ogół pożądane, przeradza się na terenie historii w nużącą pedanterię, a czasem nawet w czczą gadaninę[4].

Maciej Jońca zlekceważył jednak całkowicie ewentualność wytoczenia mu tego zarzutu, skoro wśród wyróżnianych przez niego „form znieważenia grobu w rzymskim prawie karnym" (s. 183) omówił nawet zjawiska tak niecodzienne, a nawet – szczerze mówiąc – nieco dziwaczne, jak „zamieszkiwanie grobu" (s. 201–209), „złożenie zwłok w cudzym grobie" (s. 209–212) i „obrabowanie lub wyrzucenie zwłok z grobu" (s. 212–215). Do dalszych „form znieważenia grobu" M. Jońca zaliczył w swojej monografii – bez żadnych wyjaśnień – i poddał dogłębnej analizie prawnej stany faktyczne chyba jednak trochę odmienne od bezczeszczenia grobów, a mianowicie „utrudnianie pogrzebu" (s. 183–191) i dokonanie go „w obrębie murów miejskich" (s. 191–201).

Zwłaszcza od czasu sformułowania przez Thomasa Kuhna jego teorii paradygmatów wielu filozofów nauki twierdzi nie bez kozery, że postęp badawczy polega właściwie na poniechaniu niewydajnych starych tematów i podjęciu bardziej obiecujących nowych.

Z równą drobiazgowością autor rozważył „okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną" (s. 353) za omawiane przestępstwo w rozmaitych epokach rozwoju prawa rzymskiego. Należą do nich między innymi sytuacje życiowe tak niezwykłe, jak „ekshumacja i przeniesienie rozczłonkowanych części ciała do wspólnego miejsca pochówku" (s. 368–371) oraz „dozwolone złożenie zwłok w cudzym grobie" (s. 373–374), a nawet stany faktyczne do tego stopnia nieczęste, jak „remont grobu" (s. 375–378), „zamieszkiwanie w grobie lub przy nim w związku z obowiązkiem opieki" nad grobem (s. 378–380) i wreszcie – dobra nowina w ponurym pejzażu cmentarza! – „znalezienie w grobie skarbu" (s. 380–391).

Jaka metoda zainspirowała autora do zapuszczenia się poza cmentarne wrota? Jej przedstawienie we

4 Por. H.G. Frankfurt, *On Bullshit*, Princeton New Jersey 2005, oraz K. Pfeifer, recenzja tejże pracy (w:) „Dialogue. Canadian Philosophical Review" 2006, t. 45, nr 3, s. 617–620. Tytuł tłumaczenia polskiego nie wydaje mi się najszczęśliwszy: H.G. Frankurt, *O wciskaniu kitu*, przeł. H. Pustuła, Warszawa 2008.

„Wstępie" (s. 11–20) wyjaśnia niewiele. Sam M. Jońca nie bierze jej zresztą nazbyt poważnie, skoro umieszcza rzeczownik „metoda" w cudzysłowie (s. 18). Dziwi to tym bardziej, że ani na tle głównego nurtu polskiej nauki prawa rzymskiego, ani na tle dotychczasowych wypowiedzi samego M. Jońcy jego „metoda" nie przynosi rewelacji. W jednej ze swych poprzednich publikacji autor grzmiał ustami współzałożyciela szkoły „Annales" Marca Blocha[5], czerpiąc z jego powstałego w roku 1941 dzieła *Pochwała historii, czyli o zawodzie historyka*, że prawo w ujęciu dogmatycznym „nie wyczerpuje żadnego z aspektów rzeczywistości"[6]. Stwierdzenie to jest do tego stopnia prawdziwe, że aż banalne.

Daleki jestem od bagatelizowania tematu znieważania grobów dawniej i dziś. Sądzę tylko, że epoka starożytności już minęła, a metoda użyta przez autora w jego vademecum antycznego prawa funeralnego miesza perspektywę dogmatyki i historii prawa.

Natomiast metoda pracy o bezczeszczeniu grobów składa się w wykonaniu M. Jońcy z dwóch elementów: tradycyjnych wycieczek przeciw dogmatyce prawniczej i nienowych już pochwał interdyscyplinarności w duchu zapożyczonego od szkoły „Annales" postulatu „obalenia przegród dzielących poszczególne nauki humanistyczne" (s. 18). M. Jońca nie wyjaśnia przy tym, dlaczego historycy prawa mają obalać przegrody między różnymi działami humanistyki, podczas gdy dość solidną przegrodę wciąż oddzielającą ich dyscyplinę od dogmatyki prawniczej powinni – na odwrót – umacniać. W efekcie praktyka badawcza autora przypomina działania prehistorycznych zbieraczy i myśliwych, którzy na chybił trafił przetrząsali w pogoni za łupem podległe im rejony.

Lektura dzieła M. Jońcy pozostawia dociekliwego czytelnika ze zbyt wieloma nierozstrzygniętymi kwestiami. Należą do nich przykładowo następujące pytania: Czy Sumerowie tolerowali obrabowanie lub wyrzucenie zwłok z cudzego grobu? *Quid iuris*, jeżeli grób był „własny", czyli rodzinny? Jakich przesłanek prawnych wymagano do zamieszkiwania grobu w Babilonie? Czy Hetyci pozwalali na remont generalny podupadłych grobów? Jak karano za zdewastowanie grobu w starożytnej Asyrii? Każdy badacz chcący poważnie uprawiać historię prawa w oderwaniu od jego dogmatyki musi uznać te pytania za nieodzowne. Tymczasem M. Jońca wolał przyjąć za swoją dewizę banalną tautologię, zaczerpniętą przezeń z cytowanej już *Pochwały historii* M. Blocha.

Według parafrazy M. Jońcy współzałożyciel czasopisma „Annales" miał tam stwierdzić, „że historyk nie powinien w swoich badaniach wykraczać poza badany okres". Maciej Jońca dodaje w trybie kategorycznego komentarza, że „uwaga powyższa dotyczy również historyka prawa" (s. 17). Jednak stwierdzenie, przypisane w ten sposób Blochowi, zaskakuje w ustach uczonego, który właśnie w *Pochwale historii* mocno podkreślał „współzależność wieków" i daremność prób „zrozumienia przeszłości, jeżeli się nie wie nic o dniu dzisiejszym", a zakładał przy tym jedność wie-

5 M. Jońca, *Prawo rzymskie. Marginalia*, Lublin 2012, s. 11.

6 M. Bloch, *Pochwała historii, czyli o zawodzie historyka*, przeł. W. Jedlicka, Kęty 2009, s. 139. W języku oryginału (*Apologie pour l'Histoire ou métier d'historien*) dzieło to publikowano wielokrotnie.

dzy o człowieku w czasie, „która wymaga bezustannego łączenia studiów nad światem umarłych z obserwacją żywych", i wreszcie zapewniał, że „jedyną prawdziwą historią jest historia uniwersalna"[7].

dologicznej. Skąd historyk prawa rzymskiego, dla którego „badany okres" to oczywiście starożytność, a który z dowolnych względów chciałby zastosować się do dyrektywy Blocha–Jońcy, miałby czerpać przekonanie

Metoda pracy o bezczeszczeniu grobów składa się w wykonaniu M. Jońcy z dwóch elementów: tradycyjnych wycieczek przeciw dogmatyce prawniczej i nienowych już pochwał interdyscyplinarności w duchu zapożyczonego od szkoły „Annales" postulatu „obalenia przegród dzielących poszczególne nauki humanistyczne".

Podejrzenia te potwierdzają się po odnalezieniu w dziele Blocha miejsca, z którego Jońca zaczerpnął wiedzę o teorii swego poprzednika, mimo że pominął cytat. Okazuje się bowiem, że współzałożyciel „Annales" powiedział coś nieco innego, a mianowicie, że „historyk nie wykracza nigdy poza czas"[8]. Oryginalna formuła Blocha *l'historien ne sort jamais du temps* nie jest rzeczywiście wolna od wieloznaczności. Zapewne wskazuje ona raczej jednak – podobnie jak czyni to w następnej generacji szkoły „Annales" Fernand Braudel – na niemożność wyjścia przez historyka poza „ramy czasu", który „przywiera do jego myśli jak ziemia do łopaty ogrodnika"[9]. W tym świetle dodatki M. Jońcy uzupełniające dictum Blocha, a mianowicie „nie powinien" i „poza badany okres", okazują się szkolarskim uproszczeniem.

Ustaliwszy, kto co powiedział, zastanówmy się jednak również nad ewentualnymi konsekwencjami epistemologicznymi wspomnianej wskazówki meto-

o historycznej wyjątkowości prawa rzymskiego, przyjęte bez zastrzeżeń przez drugiego z obu badaczy?[10] Jedynym sposobem weryfikacji tego przekonania jest przecież właśnie zakazane przez wspomnianą dyrektywę wykroczenie „poza badany okres", bowiem dopiero ono umożliwi porównanie prawa rzymskiego z systemami prawnymi bliższych i dalszych ludów, żyjących w okresach wcześniejszych i późniejszych.

Nad tak zupełnym zignorowaniem przez autora zarówno horyzontalnej, jak i wertykalnej komparatystyki prawniczej, i to z powołaniem się właśnie na Blocha, autora pionierskiego artykułu z roku 1928, zatytułowanego *Pour une histoire comparée des sociétés européennes,* można tylko potrzasnąć głową. Maciej Jońca nie zauważa przy tym, że „ryzyko błędów poznawczych w budowanym dla dzisiejszego studenta lub prawnika obrazie prawa rzymskiego rośnie, gdy zawężamy pole rozważań do antycznego prawa rzymskiego"[11]. Wpatrzeni w antyczną studnię pozbawiamy się szerszej perspek-

7 M. Bloch, *Pochwała historii*, dz. cyt. s. 63, 65–66.

8 Tamże, s. 144–145.

9 F. Braudel, *Historia i trwanie*, przeł. B. Geremek, Warszawa 1999, s. 79; oryginał *Histoire et science sociale. La longue durée*, „Annales d'histoire économique et sociale" 1958, rocz. 13, nr 4, s. 725–753.

10 M. Jońca, *Głośne rzymskie procesy karne*, Wrocław 2009, s. 7: „Od wieków ludzkość zachwyca się fenomenem rzymskiego prawa cywilnego… I słusznie".

11 W. Dajczak, *Błędy poznawcze a tęsknota za użytecznością nauki prawa rzymskiego*, „Forum Prawnicze" 2013, nr 3 (17), s. 19.

tywy czasowej, którą doceniał już Bloch, mimo że wylansował ją pod nazwą *la longue durée* dopiero Braudel.

Antyczne prawo rzymskie doświadczyło w Europie średniowiecznej drugiego życia w postaci *ius commune*, a potem i dalszych wcieleń. *Quelles étaient les causes de la longévité* (…) *du droit romain qui reste à travers les formations sociales un élément vif?* – pytał już przed dekadami Jerzy Topolski[12]. Prawo rzymskie to jeden z najlepszych przykładów długiego trwania w historii Europy. W tej sytuacji niektórzy romaniści postulują nawet odejście „od rutynowo przyjmowanego w prawoznawstwie od czasów kodyfikacji podziału na historię i dogmatykę prawa"[13]. W całkowitym przeciwieństwie do tych postulatów M. Jońca natomiast nie tylko poucza historyka prawa, że „nie powinien w swoich badaniach wykraczać poza badany okres" (s. 17), lecz upomina go także, by nie naruszał granic dogmatyki prawniczej (s. 18–19).

Owo pouczenie, które skłania M. Jońcę do ustalenia sztywnej cezury końcowej w „roku śmierci cesarza Justyniana" (s. 17), trudno uzasadnić autorytetem Blocha. Uczony ten był przecież znany z lekceważenia zwyczajowych chronologii i burzenia konwencjonalnych periodyzacji. W tym zakresie sformułował nawet postulat badań retrogresywnych, które wychodzą od nowożytnych, bardziej rozwiniętych postaci faktów społecznych, by następnie cofać się do prostszych form średniowiecznych. Badania takie Bloch uznawał za owocniejsze od tradycyjnych badań genetycznych, kroczących progresywnie od epok dawniejszych do nowszych[14]. Ta metoda Blocha ma wiele wspólnego z retrospektywną metodą historii dogmatyki prawniczej (*Dogmengeschichte*)[15], której nie jestem zresztą bezwarunkowym entuzjastą.

Oprócz źle zrozumianego Blocha metoda M. Jońcy opiera się również – w kwestii dogmatyki prawniczej – na cytatach jednej z moich dawniejszych prac. Otóż 20 lat temu krytykowałem w historii prawa typową dla nauk stosowanych postawę aplikacyjną, propagując raczej czysto teoretyczną postawę kontemplacyjną[16]. Nie zalecam zmian metody już po dwóch dekadach, choć trudno to z góry wykluczyć, tym bardziej że postawa kontemplacyjna i aplikacyjna to kategorie typologiczne. W związku z tym wybór historyka prawa nie sprowadza się do jednoznacznego „tak lub nie", gdyż wymaga wyważenia proporcji. Opcja kontemplacyjna, której broni obecnie M. Jońca – podobnie jak dawniej czyniłem to ja – nie uzasadnia jednak wyboru tematów, których sformułowanie rozśmiesza czytelnika swą błahością.

Lojalnie przytoczę opinię zasłyszaną od pewnego zainteresowanego starożytnościami rzymskimi prawnika, iż mimo wszystkich zgłoszonych wyżej zastrzeżeń wieloaspektowe rozpracowanie tematu tak specjalistycznego, ba wyszukanego, jak przestępstwo znieważenia grobu, na wszystkich etapach rozwoju rzymskiego prawa karnego i we wszystkich zakątkach *Imperium Romanum* z uwzględnieniem różnic między Italią a prowincjami (s. 357–368), zasługuje na pozytywną ocenę. Zamknięcie tego tematu na 456 stronach druku w formacie B5 świadczyłoby bowiem – niezależnie od wątpliwej sensowności przedsięwzięcia – o imponującej wirtuozerii i brawurze, wykazanych przez autora w procesie jego wykonania.

Niemniej jednak pozwolę sobie podtrzymać zastrzeżenia wobec idei i metody rozprawy, w czym utwierdza mnie dodatkowo spora liczba obecnych w niej błędów – nie wiemy, czy autorskich, czy korektorskich. I tak *lex Iulia de peculatu* występuje w zabawnej formie *de puculatu* (s. 145), słowo „relegacja" staje się w tytule jednego z podrozdziałów „relagacją" (s. 321), podczas gdy zamiast *rerum cottidianarum* mamy księgi *rerum cottidianum* (s. 383), a zamiast *consilia principum – consilia principium* (s. 433). Osoba tak wielce zasłużona dla prawa rzymskiego, jak cesarz Justynian, zostaje skarykaturowana dwukrotnie: raz jako „Guistiniano" (s. 451), a innym razem nawet z małej litery jako „giustinaiano" (s. 457). Książka nie posiada erraty, a jednak równie bezlitośnie zniekształca nazwiska autorów nowożytnych.

Wśród historyków ofiarami wydawniczego niedbalstwa padli następujący badacze: Adalberto Giovannini otrzymał nazwisko „Giovanini" (s. 103, 443); Adalbert

12 J. Topolski, *Les problèmes méthodologiques*, „Index" 1977 (7), s. 226.

13 W. Dajczak, *Błędy poznawcze*…, dz. cyt., s. 20.

14 A.F. Grabski, *Dzieje historiografii*, Poznań 2011, s. 719.

15 F. Sturm, *Droit romain et identité européenne*, „Droit romain et identité européene" = RIDA 1994, t. 41, supl., s. 156.

16 T. Giaro, *Dogmatyka a historia prawa w polskiej tradycji romanistycznej*, „Prawo Kanoniczne" 1994, rocz. 37, nr 3–4. s. 85–99.

Hamman – „Hamann" (s. 261); Daniel Ogden – „Odgen" (s. 164, 453); Marcel Simon – „Simmon" (s. 459). Nie lepiej potraktowano romanistów: Fritz Pringsheim występuje jako „Prinzheim" (s. 199); Arnaud Paturet – to

Dzieło sporządzono w formule poradnika praktycznego dla bliskich zmarłego, który można było zatytułować *Jak w Rzymie starożytnym przeprowadzić pogrzeb i jakimi środkami prawa chronić miejsce wiecznego spoczynku nieboszczyka*.

„Paturret" (s. 351, 360); Wulf Voss – „Woss" (s. 377); Pietro Bonfante – „Bonfate" (s. 403); Federico d'Ippolito – „d'Ipolitto" (s. 439); Jorge Adame Goddard pojawia się nawet w trzech mylnych wersjach – „Addame-Goddard", „Adame-Goddard" i „Addame Godard" (s. 13, 360, 433). Wreszcie Elisabettę Gagetti przemianowano na „Gaetti" (s. 443), a Olgę Forzieri Vannucchi zacytowano jako „Vannucchi Forzieri" na wspak (s. 461).

Mimo takiej mnogości błędów szpecących dzieło M. Jońcy o bezczeszczeniu rzymskich miejsc wiecznego spoczynku, dzięki niemu reprezentowana przezeń historia prawa wyprzedziła rodzimą dogmatykę. Ta może się bowiem dotąd pochwalić jedynie artykułem[17], podczas gdy wciąż brakuje polskiej monografii o przestępstwie znieważenia zwłok i ograbienia grobu (art. 262 k.k.). Czyżby nasi karnicy uznawali ten temat za niepodatny procedurze „dopompowania" go do rozmiarów książki? Wspomniano już wyżej, że autor omawianej monografii nie mógł oczywiście „wykroczyć poza badany okres", gdyż w myśl dyrektywy Blocha–Jońcy badał prawo rzymskie nie jako część europejskiej tradycji prawnej, lecz jako takie – więc z cezurą końcową w „roku śmierci cesarza Justyniana" (s. 17).

Jednak po śmierci Justyniana bezczeszczenie grobów nie ustało, a grób samego Justyniana splądrowali w 1204 r. krzyżowcy. Osobiście sądzę zatem, że historyków prawa nie obowiązuje bezwzględna powinność stania tyłem do współczesności. Na wydziałach prawa interesują nas bowiem głównie te tematy badawcze, które prócz chwalebnej przeszłości mają jeszcze jakąś przyszłość. „Historyk ma do czynienia z przyszłością", nalegał Władysław Tatarkiewicz[18], a Witold Kula zauważał w stylu „Annales", że „teraźniejszość rozjaśnia przeszłość"[19], i tylko historycy prawa wciąż tkwią w zakurzonych antykwariatach. Nie wolno zatem unikać pytania o następstwa chwili, w której z pomocą autorytetu M. Blocha podejście naukowe M. Jońcy uzyska przewagę w środowisku historyków prawa i prawników.

Jako skarbiec historycznych ciekawostek, uroczych anegdot antycznych i siejących grozę opowieści o zamieszkiwaniu w cudzym grobie, romanistyka wypadnie wtedy ostatecznie z kręgu materii uznanych na wydziałach prawa za kształcące i wzmocni – przy nieświadomym wsparciu pieniężnym ze strony polskiego podatnika – grupę przedmiotów marginalnych. Jak zlekceważony swego czasu zły omen zabrzmi wtedy tytuł poprzedniego dzieła autora – *Prawo rzymskie. Marginalia*[20]. Przy tej okazji zapewne kilku zmarłych romanistów starej daty z oburzenia przewróci się w grobie. W razie konieczności ich ekshumacji lub remontu miejsca wiecznego spoczynku dzięki publikacji starannie przygotowanej przez M. Jońcę będziemy zdolni przeprowadzić te operacje *rite Romano*.

17 R.A. Stefański, *Przestępstwo znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub grobu (art. 262 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo" 2004, nr 10, s. 19–28.

18 W. Tatarkiewicz, *Droga przez estetykę*, Warszawa 1972, s. 235.

19 W. Kula, *Historia, zacofanie, rozwój*, Warszawa 1983, s. 246.

20 M. Jońca, *Prawo rzymskie. Marginalia*, Lublin 2012.

Maciej Jońca

Góra urodziła mysz

Odpowiedź na recenzję Tomasza Giaro

Maciej Jońca

Doktor hab. nauk prawnych, historyk sztuki, adiunkt w Katedrze Prawa Rzymskiego KUL.

Z wielką satysfakcją przyjąłem do wiadomości fakt, że uczony o takiej renomie jak prof. dr hab. Tomasz Giaro zechciał przeczytać i zrecenzować rozprawę habilitacyjną mojego autorstwa[1]. Jestem mu wdzięczny za znalezienie i wskazanie licznych, zbyt licznych, szczerze mówiąc, literówek, które w istocie szpecą książkę. Winę za ten stan rzeczy biorę naturalnie na siebie i jest mi wstyd, że we wskazanych miejscach nie dochowałem należytej staranności.

Muszę jednak przyznać, że odczuwam również spory niedosyt. Znam prace prof. Tomasza Giaro i spodziewałem się oceny złożonej, wieloaspektowej, a nade wszystko skomponowanej z właściwą temu autorowi finezją. Rozczarowanie przyszło szybko. *Parturient montes*, *nascetur ridiculus mus* („Góry w połogu legną, a mysz się urodzi", przeł. J. Sękowski), jak powiada Horacy (*Ars poetica* 139). Otrzymałem bowiem nie rzetelną ocenę, ale „wariacje na temat". Dodam, że jest to wywód, którego w znacznej mierze nie rozumiem. Ponieważ jednak tekst poza uwagami natury „merytorycznej" naszpikowany został krzywdzącymi aluzjami i złośliwościami, nie mogę pozostawić go bez adekwatnej odpowiedzi.

* * *

Przed zgłoszeniem uwag decyduje się recenzent na zamieszczenie małego „historycznego" wstępu. Czytamy więc o starych dobrych czasach, w których istniały listy wartych opracowania zagadnień, strzeżonych przez jakieś mityczne autorytety, do których zwykło się jeździć po porady w sprawie wyboru tematu pracy dyplomowej. Wyczuwam pretensję, że opracowałem temat nie z listy recenzenta. Proszę mi wybaczyć, nie wiedziałem, że jest jakaś lista, podobnie jak nie wiedziałem, że w Polsce jedynie ów recenzent pełni taką rolę i tylko do niego należy pielgrzymować przed zabraniem się do roboty.

Nie rozumiem doprawdy, czemu mają służyć uwagi o niedopuszczalności sytuacji, w której rozprawa habilitacyjna jest twórczym rozwinięciem doktoratu, tematach, które ledwie wystarczają na promocję, przyczynkarstwie itd.

1 M. Jońca, *Przestępstwo znieważenia grobu w rzymskim prawie karnym*, Wydawnictwo Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2013, 456 stron.

Nigdzie nie pada bezpośredni zarzut pod adresem recenzowanej pracy, niemniej strategia recenzenta wydaje się tu przejrzysta: „rzucajmy, zawsze coś się przyklei". Mam pewne wątpliwości, czy jest to zabieg godny uczonego tej miary. To zresztą nie pierwsza i nie ostatnia uwaga tego rodzaju.

nie żadnego uzasadnienia nie wymaga? Recenzent jest uczonym, którego nazwisko odbija się sławą nie tylko w naszym kraju. Może pisać co chce i kiedy chce, bez względu na to, czy polski podatnik ma w tym jakiś interes, czy też go nie ma. Zupełnie nie pojmuję, z czego wynika to nieszczęsne asekuranctwo.

Spodziewałem się oceny złożonej, wieloaspektowej, a nade wszystko skomponowanej z finezją.

Za chwilę bowiem – znowu nie rozumiem, dlaczego w kontekście omawianej pracy – asekuruje się recenzent stwierdzeniem: „Nieopatrzni dyskutanci muszą się nawet obawiać, że zgłoszenie tych wątpliwości będzie im poczytane za naruszenie czci, dobrego imienia i godności autora, promotora i życzliwych mu członków właściwego gremium. Procesy o zniesławienie z art. 212 k.k. wiszą w powietrzu, podczas gdy monotematyczność czyni w naszej nauce intelektualne i moralne spustoszenia". Co proszę? Moja praca czyni intelektualne i moralne spustoszenia? Recenzent obawia się, że to ja wytoczę mu sprawę o zniesławienie? Mój Boże… Bez obaw, nie wytoczę. Nie mój styl.

Przejdźmy do interesu polskiego podatnika. Swego czasu Fritz Sturm zastanawiał się, jaki interes ma *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* z siedzibą we Frankfurcie nad Menem w finansowaniu badań prowadzonych przez recenzenta za Odrą[2]. Fritz Sturm skrzywdził kiedyś recenzenta. Dziś rozumiem problem prof. Tomasza Giaro, któremu przyszło zderzyć się wtedy ze ścianą absurdu i niezrozumienia. Ale nie rozumiem, dlaczego po latach bez dania racji zapragnął z tego powodu spuścić manto Jońcy. Niczym zły szeląg powrócił topos marnotrawionych pieniędzy. Tylko że nauka i *ratio fisci*, o czym recenzent przecież wie, rzadko idą w parze, a i moja empatia ma swoje granice.

Zresztą, po co to wszystko? Po co w tak operetkowy sposób uzasadniać powstanie tekstu, którego napisa-

Nie podoba się recenzentowi „quasi-rolnicza" strategia, zgodnie z którą raz na jakiś czas warto spojrzeć na źródła i zadać im nowe pytania. Prof. Tomasz Giaro, człowiek bywały, doskonale wie, że jest to praktyka powszechna na całym świecie. Na okoliczność pisania recenzji postanowił jednak o tym zapomnieć. W przypadku prawnych aspektów znieważenia grobu wiedzę naszą wciąż wzbogacają nowe znaleziska archeologiczne i epigraficzne. Sto lat na tej płaszczyźnie to okres w czwórnasób uzasadniający podjęcie badań. W drugiej połowie XIX wieku, w wieku XX i w pierwszym dziesięcioleciu wieku XXI w tak kompleksowy sposób nie zrobił tego na świecie nikt! Jest za to Thomas Kuhn, który pisze o czymś zupełnie innym i w zupełnie innym kontekście. Na szczęście jako wolny człowiek mogę pójść własną drogą. Thomas Kuhn może mówić, co chce, prof. Tomasz Giaro niech sobie jego idee do woli krzewi, a Maciej Jońca, za pozwoleniem, zrobi po swojemu.

* * *

Powodem uzasadniającym krytykę mojej pracy ma być w oczach recenzenta całościowe opracowanie tematyki związanej z prawnokarną ochroną grobów w prawie rzymskim. Zdaniem prof. Tomasza Giaro chciałem o tym powiedzieć „absolutnie wszystko". Cieszę się, że pan profesor tak to widzi. Myliłby się jednak ten, kto pomyślałby, że to dobrze. Już pierwszy rozdział, w którym wprowadziłem czytelnika w złożony świat związany z rzymskim kultem zmarłych, nie ma w oczach recenzenta większego sensu. W jaki zatem sposób chce on, o ile rzeczywiście chce, zrozumieć

2 F. Sturm, rec. T. Giaro, *Aktualisierung Europas. Gespräche mit Paul Koschaker*, Genova 2000, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 2003, t. 120.

rodzaje „form stadialnych" *sepulchri violatio*, a także motywy, które towarzyszyły rzymskim ustawodawcom regulującym te kwestie?

Dodam nieskromnie, że książkę pisałem w pierwszej kolejności nie po to, by drażnić recenzenta, który teraz rości sobie prawo, by *pro bono* reprezentować polskich podatników. Pisałem ją raczej z myślą o tych koleżankach i kolegach, którzy będą mieli do czynienia z koncepcją *res religiosae*, a także o archeologach, historykach i historykach sztuki, dla których kwestie z tym związane to wciąż *terra ignota*. Łudzę się nadzieją, że życzliwy odbiór znajdzie ona również wśród laików zainteresowanych starożytnością. Jeżeli prof. Tomasz Giaro da im szansę, być może znajdą się ze dwie – góra trzy! – osoby, które stwierdzą, że jednak czegoś pożytecznego się dzięki mnie dowiedziały.

Na szczęście jako wolny człowiek mogę pójść własną drogą. Thomas Kuhn może mówić, co chce, prof. Tomasz Giaro niech sobie jego idee do woli krzewi, a Maciej Jońca, za pozwoleniem, zrobi po swojemu.

Zarzuca mi recenzent „czczą gadaninę". Pozwolę sobie zapytać: gdzie konkretnie? W którym miejscu? Przypis niczego nie wyjaśnia. Przy okazji, skoro nie podoba się recenzentowi przekład tytułu *On bullshit* na „O wciskaniu kitu", niech zaproponuje własny. Zakładam, że na teorii przekładu zna się nie gorzej niż na prawnej ochronie grobu w prawie rzymskim.

* * *

Przejdźmy do brawurowej próby podniesienia zarzutów o charakterze merytorycznym: „zainteresowały go [tj. mnie – M.J.] nawet zjawiska tak niecodzienne, a nawet – szczerze mówiąc – nieco dziwaczne, jak »zamieszkiwanie grobu« (s. 201–209), »złożenie zwłok w cudzym grobie« (s. 209–212) i »obrabowanie lub wyrzucenie zwłok z grobu« (s. 212–215). Do »form znieważenia grobu« dr M. Jońca zaliczył również w swojej monografii bez żadnych wyjaśnień i poddał dogłębnej analizie prawnej stany faktyczne chyba jednak trochę odmienne od bezczeszczenia grobów, a mianowicie »utrudnianie pogrzebu« (s. 183–191) i dokonanie go »w obrębie murów miejskich« (s. 191–201)". „Z równą drobiazgowością autor rozważył »okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną« (s. 353) za omawiane przestępstwo w rozmaitych epokach rozwojowych prawa rzymskiego. Należą do nich między innymi sytuacje życiowe tak niezwykłe, jak »ekshumacja i przeniesienie rozczłonkowanych części ciała do wspólnego miejsca pochówku« (s. 368–371) oraz »dozwolone złożenie zwłok w cudzym grobie« (s. 373–374), a nawet stany faktyczne do tego stopnia nieczęste jak »remont grobu« (s. 375–378), »zamieszkiwanie w grobie lub przy nim w związku z obowiązkiem opieki« nad grobem (s. 378–380) i wreszcie – radosna niespodzianka w ponurym pejzażu cmentarza! – »znalezienie w grobie skarbu« (s. 380–391)".

Przemyślenia powyższe wywołują we mnie nieodparte wrażenie, że recenzent nie czytał fragmentów, do których się odniósł. To nie ja dokonuję tych wszystkich klasyfikacji, tylko prawnicy rzymscy i cesarskie ustawy! Bardzo proszę, by recenzent jeszcze raz zapoznał się z treścią rozdziału pierwszego (rzekomo niepotrzebnego), a potem dopiero zajął się trzecim. Wtedy być może odejdzie mu ochota, by taką czy inną formę naruszenia nietykalności grobu w Rzymie kwalifikować jako „dziwaczną", „niezwykłą" czy „nieczęstą". Refleksje, które przychodzą na myśl po rzuceniu okiem na plan pracy, bywają niekiedy zwodnicze.

Można również zapytać, skąd u recenzenta tak drobiazgowa statystyczna wiedza? Składanie zwłok w cudzych grobach to praktyka w starożytności powszechna, podobnie jak obrabowanie i wyrzucenie ich z grobu, o czym świadczy przebogaty materiał inskrypcyjny. Na temat ten nie pisał jednak w rozchwytywanej przez pasjonatów rozprawce o metodzie żaden Müller, Schmidt, Schneider czy Fischer, więc i dla recenzenta problemy te zdają się nie istnieć. Ekshumacja to dla recenzenta sytuacja niezwykła, a remont grobu – niecodzienna? Przedziwne. Zamieszkiwanie przez wyzwoleńców grobów patronów w związku ze sprawowaniem nad nimi opieki i podtrzymywaniem kultu rodu zmarłego było w cesarskim Rzymie codziennością. Co się zaś tyczy znalezienia w grobie skarbu, to właśnie dlatego napisałem, czym jest rzymski grób i jakie były rzymskie koncepcje związane z pośmiertną egzystencją duszy, by również recenzent mógł zrozumieć powody, dla których zagadnieniu temu poświęcono tyle miejsca w prawniczych źródłach.

Giaro odczuwa aż tak wielki dyskomfort z powodu braku tomiszczy poświęconych ewolucji prawnokarnej ochrony grobów na przestrzeni wieków, to niech mnie zawstydzi i sam je napisze. Kiedy tylko zobaczę owo *magnum opus*, schowam się do mysiej dziury i przez długi czas nie będę śmiał wychynąć, słowo!

* * *

Z czym właściwie recenzent dyskutuje? No cóż, z „metodą". To trochę przykre, że w istocie możemy spierać się jedynie o fragment wstępu, ale lepsze to niż nic. Tylko że ja nie chcę dyskutować na ten temat, gdyż co miałem w tej materii do powiedzenia, już powiedziałem. Odczuwam raczej potrzebę poczynienia kilku sprostowań. Mogliśmy się po prostu nie zrozumieć. To się przecież zdarza.

Nie roszczę sobie pretensji do tego, by uważać, że sposób potraktowania przeze mnie źródeł jest wybitny i nowatorski. Napisałem jedynie, że tak, a nie inaczej zamierzam nad nimi pracować, a także poleciłem go –

Bardzo proszę, by recenzent jeszcze raz zapoznał się z treścią rozdziału pierwszego (rzekomo niepotrzebnego).

Recenzent ma żal, że wyjaśniłem, czym była dla Rzymian *res religiosa*, ale nie napisałem nic o Sumerach, Babilończykach, Hetytach, Asyryjczykach i ich prawie grobowym. „Każdy badacz chcący poważnie uprawiać historię prawa w oderwaniu od jego dogmatyki musi uznać te pytania za nieodzowne" – lamentuje. Otóż bez trudu znalazłem trzech „poważnych" badaczy, którzy z powodzeniem zajmują się realiami rzymskimi, a Sumerom, Babilończykom, Hetytom i Asyryjczykom z daleka życzą wszystkiego dobrego. Jak będzie trzeba, bez trudu znajdę następnych. Dla przypomnienia, temat mojej rozprawy brzmi: „Przestępstwo znieważenia grobu w rzymskim prawie karnym".

Łaja mnie recenzent za to, że w swoich rozważaniach nie odniosłem się do *ius commune* i rozwiązań przyjętych w epoce nowożytnej. Skoro prof. Tomasz to mi chyba wolno – tym z kolegów, którzy mają zbliżony punkt widzenia do mojego, bądź szukają własnej drogi. Nikogo, co mi zarzuca recenzent, nie pouczam i niczego nikomu nie narzucam. Jeżeli on sam odniósł takie wrażenie, jest mi przykro. Nie miałem takiego zamiaru.

Napisałem, za Marcem Blochem, i będę nadal powtarzał, że „prawo nie wyczerpuje żadnego z aspektów rzeczywistości". „Stwierdzenie to jest do tego stopnia prawdziwe, że aż banalne" – kwaśno kwituje recenzent. I słusznie, nie jest może wyszukane. Dla mojej pracy ma jednak charakter kluczowy.

Owszem, twierdzę za założycielami *École des Annales*, że należy obalać przegrody między poszczególnymi naukami humanistycznymi. Nie twierdzę natomiast, co imputuje mi recenzent, że należy beto-

nować przegrodę dzielącą historię prawa od dogmatyki prawa.

Wielkie larum poczynione zostało z powodu fragmentu rozprawy M. Blocha: *l'historien ne sort jamais du temps*[3]. Być może nie zrozumiałem tej frazy w sposób odpowiedni, podobnie jak tłumacz polskiego wydania tego dzieła. Niemniej nie czynię z tego zdania deklaracji programowej, jak chce wszystkim wmówić recenzent. Przeciwnie, piszę: „W niniejszej rozprawie poczyniono nieliczne aluzje do zdarzeń i osób, niemieszczących się w zakreślonych wyżej ramach czasowych. Znalazły się więc w niej odniesienia zarówno do czasów przedrzymskich, jak i tych, które nastąpiły po upadku cesarstwa zachodniego, a zwłaszcza w średniowieczu. Zabieg ten wymagał naturalnie skorzystania z odrębnego zestawu źródeł" (s. 18).

Zarzucono mi, że nie tylko M. Blocha zrozumiałem źle, ale i znakomitą skądinąd pracę recenzenta z roku 1994. Otóż okazało się, że co prawda recenzent napisał to, co napisał, ale to ja podczas czytania źle rozłożyłem akcenty. Widzę, że artykuły prof. Tomasza Giaro, w zależności od roku, w którym czytelnik z nimi obcuje, należy traktować z elastycznością większą nawet od tej, z jaką na przestrzeni wieków podchodzono do źródeł prawa rzymskiego. Na przyszłość prosiłbym jednak mimo wszystko o sporządzenie książki kodów deszyfrującej teksty recenzenta. W ten sposób unikniemy podobnych nieporozumień.

* * *

Dwie uwagi zawarte w recenzji prof. Tomasza Giaro bardzo mnie ucieszyły. Otóż, po pierwsze, recenzent utyskuje, że polscy karniści nie stworzyli monografii na temat znieważenia grobu, po czym sarkastycznie dodaje, że ja – niewolnik źle zrozumianej koncepcji Blocha – przecież nie mogłem wykroczyć poza badany okres. Uwagę tę odebrałem jako formę pretensji w rodzaju: nie napisał, choć mógł. Rozumiem, że autor recenzji chciał przez to powiedzieć, iż jestem w stanie napisać poważną monografię również z zakresu prawa karnego współczesnego. Bardzo dziękuję. Też tak o sobie myślę.

Autor recenzji zdaje się szczerze martwić tym, co się stanie, „gdy zatryumfuje podejście naukowe dr. Macieja Jońcy". W tej szczególnej chwili twarz moja rozjaśnia się w rozkosznym uśmiechu. O, jakże serdecznie dziękuję recenzentowi za te słowa! Oto bowiem okazuje się nie tylko, że moje podejście jest jednak naukowe, ale może nawet zatryumfować! To wspaniałe, że recenzent wyręczył mnie w ogłoszeniu obu prawd światu. Od dawna nosiłem się z zamiarem publicznego zabrania głosu w tej sprawie, ale nie miałem śmiałości.

* * *

A teraz znowu na serio. To nie przez moje prace może romanistyka stać się skarbcem „historycznych ciekawostek i uroczych anegdot" (s. 9), choć, między nami mówiąc, scenariusz taki jest o niebo lepszy od widoku dyscypliny naszej jako stetryczałej damy drapującej na sobie szatę jakichś bliżej niezrozumiałych „magicznych" formuł przypominających łacinę. Wszelako nie stanie się tak, między innymi dlatego, że prowadzenie badań w duchu *romanesimo* jest trudniejsze, niż się recenzentowi wydaje.

Z przekąsem wspomniane przez recenzenta *Marginalia*[4] miały dwa dodruki oraz poświęcono im w radiu Tok FM audycję, która została nader życzliwie przyjęta przez słuchaczy. Powtarzam za wstępem z rzeczonej publikacji: warto zajmować się również i tą sferą oddziaływania *ius Romanum* na współczesność. *Romanesimo* stanowi w chwili obecnej potężny instrument utrwalający mit dobrego prawa rzymskiego i pozwalający popularyzować tę dyscyplinę nauki właściwie wszędzie. A w naszej sytuacji sprzymierzeńców należy szukać właśnie wszędzie i wszelkimi sposobami. Skąd więc te inkwizytorskie zapędy recenzenta? Przecież chodzi nam o to samo. Stoimy po tej samej stronie. Stoimy, prawda…?

Warto zajmować się również problematyką prawnokarnej ochrony miejsc pochówku w starożytnym Rzymie, tak jak godzi się poświęcać czas i uwagę innym zagadnieniom, przy których adepci romanistyki szlifują swoje umiejętności. Nie ośmieliłbym się publicznie skrytykować zasadności badań prowadzonych przez recenzenta, chociaż, patrząc pod kątem ich potencjalnego oddziaływania, mają one w naszym kraju charakter niszowy. Zapewne istnieje jakaś grupa niemieckich i polskich podatników, których fascynują *römische*

3 M. Bloch, *Pochwała historii, czyli o zawodzie historyka*, przeł. W. Jedlicka, Kęty 2009, s. 144.

4 M. Jońca, *Prawo rzymskie. Marginalia*, Lublin 2012.

Rechtswahrheiten i inne, za przeproszeniem, dekodyfikacje. Nie udało mi się jednak na nikogo takiego wpaść, mimo że sporo podróżuję i mam w zwyczaju rozmawiać o prawie rzymskim – mojej pasji – z każdym. Niemniej uważam, że także takie poszukiwania są polskiej romanistyce potrzebne. Nauka to nauka. Niech każdy robi swoje.

> **Od kilku lat w działaniach, pismach i wypowiedziach recenzenta dostrzegam niezrozumiałą lękliwość.**

Kolejna sprawa. Ktoś to musi wreszcie powiedzieć! Od kilku lat w działaniach, pismach i wypowiedziach recenzenta dostrzegam niezrozumiałą lękliwość. Wzmiankowany wyżej strach przed procesem o zniesławienie to naturalnie pewne *novum*. Niemniej do niechlubnego kanonu zdążyły już wejść ponure proroctwa wieszczące rychły zmierzch prawa rzymskiego w naszym kraju, poprzedzony zepchnięciem go na margines uniwersyteckiego nauczania. Tomasz Giaro z uporem godniejszym lepszej sprawy stara się konsekwentnie wmawiać otoczeniu, że jedynie on wie, jak zażegnać zbliżającą się niechybnie katastrofę. Zachowuje się przy tym jak lekarz, który – choć nikt go o to nie prosił – zdiagnozował „chorobę", a teraz za wszelką cenę – wbrew życzeniom „chorego", któremu w istocie nic nie dolega – stara się ją pokonać. Wymachuje więc skalpelem bez opamiętania. Powyższemu towarzyszy zadziwiająca nieoględność wobec wybranych osób z naszego środowiska. Szczytem źle pojętej ekstrawagancji są uwagi poczynione w recenzji odnośnie do przewracających się w grobach romanistów i potencjalnych ich ekshumacji *rite Romano*. Uważam je, delikatnie mówiąc, za przekroczenie granic dobrego smaku (*de mortuis nil nisi bene*).

Chciałbym zakończyć pojednawczo, dlatego pragnę uspokoić recenzenta, a przy okazji również jego, jak to się mawiało w dawnej polszczyźnie, partyzantów, bo i tacy, jak słyszę, ponoć są. Odwołam się przy tym jedynie do doświadczeń lubelskich uczonych i studentów. Czytałem – choć recenzent zapewne tego nie pochwali, bo przecież w krajach „przodujących w nauce" o tym nie słyszeli – o tajnych kompletach z prawa rzymskiego w Bełżycach pod Lublinem, zakończonych w roku 1942 aresztowaniami i wywózką. Przypomina mi się świeczka, przy której ks. Henryk Insadowski opowiadał w Warszawie o urządzeniach *ius Romanum* swoim studentom, w czasie kiedy za oknem krwawe żniwo zbierały śmierć i zniszczenie. Wspominam relacje o zimie 1944/1945, kiedy w starym młynie w Nawarzycach pod Jędrzejowem wikariusz generalny diecezji kieleckiej i prof. KUL ks. Piotr Kałwa wraz z miejscowym notariuszem Franciszkiem Kucem, ryzykując życie, prowadzili zajęcia z prawa rzymskiego. Stają mi przed oczyma pamiętniki więźniów politycznych komunistycznego reżimu, w których jest mowa o tym, jak to siedząc w brudnych i zawszonych celach prosili o podręczniki z prawa rzymskiego. Z rozrzewnieniem wspominam powikłane losy jednego z naszych najbardziej fenomenalnych profesorów, hrabiego Jana Stanisława Łosia, który w roku 1945, będąc więźniem lubelskiego zamku, umilał sobie odsiadkę, zastanawiając się, w jaki sposób najlepiej oddać po polsku tę czy inną frazę z ustawy XII tablic. Myślę wreszcie o reformach systemu edukacji prawniczej, z których każda miała definitywnie rozprawić się z prawem rzymskim i żadnej się to jakoś nie udało.

W porównaniu z tym, czego polska romanistyka doświadczyła w perspektywie ostatnich stu lat, czasy obecne jawią się jako *aurea aetas*. Wyrazem prosperity jest między innymi wolność i wielowątkowość prowadzonych badań. I oby ten dobry dla nas czas trwał jak najdłużej! W tych warunkach prawo rzymskie w Polsce z pewnością nie zginie ani nie zostanie zmarginalizowane jedynie dlatego, że Maciej Jońca napisał książkę, z której prof. Tomasz Giaro przeczytał fragment wstępu i rozgorzał płomieniem niezmierzonego oburzenia.

Marcin Olszówka

„Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne”

Konferencja naukowa, Lublin, 28 listopada 2013 roku

Marcin Olszówka

Asystent w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie, asystent w Zakładzie Prawa Konstytucyjnego i Badań Europejskich Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego (Katedra Prawa Wyznaniowego w Instytucie Historii Prawa), autor publikacji z zakresu prawa konstytucyjnego, wyznaniowego oraz bioetyki.

Konferencja została zorganizowana przez Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II i Uniwersytet Medyczny w Lublinie we współpracy z Katolickim Stowarzyszeniem „Civitas Christiana” Oddział w Lublinie oraz Krajową Izbą Diagnostów Laboratoryjnych.

Otwarcia konferencji dokonał dziekan Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL, ks. prof. KUL dr hab. Piotr Stanisz.

W sesji I referenci przedstawili moralne oceny wybranych procedur medycznych z perspektywy niektórych związków religijnych. Punktem wyjścia był referat ks. prof. dr. hab. Andrzeja Szostka, b. rektora KUL, który przekonywał, że sumienie jest kategorią naturalną i racjonalną, wbrew twierdzeniom m.in. pozytywizmu czy freudyzmu. Następnie ks. dr Waldemar Głusiec przedstawił stanowisko Kościoła katolickiego w sprawie metod skutkujących uśmierceniem człowieka lub potencjalnie mogących wywołać taki efekt (antykoncepcja, zwłaszcza postkoitalna, procedura *in vitro*, aborcja, eutanazja). Wskazał także, że Magisterium Kościoła nie zajęło jednoznacznego stanowiska w sprawie etycznego wymiaru niektórych wykonywanych już zabiegów (np. transfer oocytu). Zwrócił też uwagę na zasadę działania o podwójnym skutku, głoszącą, iż moralnie dopuszczalne jest zachowanie, którego podstawowy skutek jest dobry, pomimo że nieunikniony jest również skutek akcydentalny, niewątpliwie zły w sensie moralnym. Z kolei dr Katarzyna Krzysztofek precyzyjnie przedstawiła stanowisko świadków Jehowy (w Polsce działających jako „Strażnica – Towarzystwo Biblijne i Traktatowe. Zarejestrowany Związek Wyznania Świadków Jehowy w Polsce”) w sprawie transfuzji krwi (zakaz), transplantacji organów (dopuszczalne od 1962 r., zakazane w 1968 r., od 1982 r. znów dopuszczalne) i stosowania szczepionek (zakazane w 1929 r. jako zbrodnia, od 1935 r. dopuszczalne). Wygłaszając swój referat, dr Jakub Pawlikowski zwrócił uwagę na genezę klauzuli sumienia, któ-

ra pojawiła się jako konsekwencja legalizowania zabiegów i procedur sprzecznych z etosem medycznym. Następnie przedstawił różne sytuacje, gdzie zastosowanie może znaleźć klauzula sumienia. Swe wystąpienie zakończył pytaniem: jak pogodzić prenatalną selekcję z postnatalną solidarnością?

Podczas sesji II prof. dr hab. Andrzej Zoll, konstatując, że wolność sumienia jest kategorią podstawową, zarzucił niektórym przepisom ustawy z dnia 5 grudnia 2005 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty niezgodność z Konstytucją RP, ponieważ nadmiernie ograniczają zakres klauzuli sumienia (głównie poprzez obowiązek wskazania realnej możliwości uzyskania świadczenia będącego przedmiotem odmowy). Prelegent z Uniwersytetu Gdańskiego, prof. UG dr hab. Oktawian Nawrot zauważył, że głosy przeciwko wolności sumienia i religii (w tym klauzuli sumienia) to w istocie głosy przeciwko demokracji (demokratycznemu państwu prawnemu). W swoim wystąpieniu wyraził także przekonanie, że zapisane w ustawie z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży przesłanki kryminalna i eugeniczna naruszają Konstytucję RP z 2 kwietnia 1997 r.

W dalszej kolejności ks. prof. P. Stanisz na kanwie kontrowersyjnej sprawy wpisania do rejestru kościołów i innych związków wyznaniowych Wyznawców Słońca (bardzo luźno powiązanych z jakimkolwiek kultem solarnym) zwrócił uwagę na problem definicji religii, który jest dyskutowany również za granicą, oraz przedstawił wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 15 stycznia 2013 r. (*Eweida i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*), w którym bardzo wyraźnie przyznano, że praktykowanie religii obejmuje także odmowę wykonywania świadczeń na rzecz par homoseksualnych, w tym udziału w udzielaniu ślubów jednopłciowych (choć jako takie może zostać zakazane przez państwo-stronę Konwencji, przynajmniej w tym zakresie). Następnie dr hab. Leszek Bosek bardzo szczegółowo uzasadniał niezgodność wybranych przepisów ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty z art. 2, 30, 31 ust. 3 i 53 Konstytucji RP, m.in. z powodu zbyt drastycznego ograniczenia wolności sumienia. Z kolei dr Małgorzata Gałązka *de lege lata* skrytykowała konstrukcję prawa podmiotowego do aborcji, tłumacząc, że obowiązujące w Polsce przepisy statuują kontratyp (*de lege ferenda* postulowała, by wyłączały winę), co wyklucza traktowanie dopuszczalności zabijania *nasciturusa* w kategoriach prawa podmiotowego kobiety. Wskazywała także, iż na gruncie polskiego prawa żaden lekarz nie ma obowiązku przeprowadzania aborcji, więc nie musi powoływać się na klauzulę sumienia, odmawiając dokonania zabiegu zabicia dziecka.

W ostatniej sesji, poświęconej perspektywie medycznej, pierwszy prelegent dr hab. Marek Czarkowski przedstawił dwie zasadnicze teorie etyczne odnoszące się do zabijania ludzi. Zgodnie z poglądem prof. Dona Marquisa zło uśmiercania ludzi polega na pozbawianiu zabijanych przyszłości i dlatego jest niedopuszczalne w ogóle. W świetle drugiej koncepcji, utylitarnej, ochronie podlega jedynie życie osoby istotnej z moralnego punktu widzenia, nie zaś każdego człowieka w sensie biologicznym, tak więc etycznie nienaganne jest zabicie człowieka (osobnika gatunku *homo sapiens*[1]) nieobdarzonego pewnymi cechami: świadomością, zdolnością do rozumowania, działaniami z własnych pobudek czy zdolnością do porozumiewania się (językowego) z innymi. Kolejny referent, prof. dr hab. Bogdan Chazan zauważył, iż sumienie jest nieodłącznym atrybutem człowieczeństwa, i opowiedział się przeciwko postmodernistycznej dekonstrukcji lekarza, który ma służyć śmierci, w dodatku jako usługodawca, wedle zamówienia. Jednoznacznie uznał, że odmowa wypisania recepty na środki antykoncepcyjne jest objęta klauzulą sumienia (zgodnie z maksymą *refusal to fill, refusal to kill*). Krytycznie odniósł się m.in. do poglądu, że aborcja jest świadczeniem medycznym, a ciąża zaczyna się w momencie implantacji. Swoje wystąpienie zakończył przytoczeniem aforyzmu Stanisława Jerzego Leca: „Czy to postęp, jeżeli kanibal zaczyna używać noża i widelca?" Następnie prof. dr hab. Alina Midro argumentowała, że środowisko *in vitro* samo w sobie jest niebezpieczne dla dziecka (aczkolwiek dostępne dane o śmiertelności embrionu *ex utero* są bardzo różne). Ponadto przytoczyła wyniki szeregu badań, z których wynikało, że gen uszkodzony może w ogóle nie zaznaczyć swojej obecności w życiu człowieka. Potwierdziła następnie,

1 Jedna z uczestniczek konferencji w trakcie dyskusji popanelowej usilnie stała na stanowisku, że *homo sapiens* to odrębny rodzaj.

że prognoza genetyczna oparta na danych empirycznych jest wysoce wątpliwa, podobnie jak prognozy przeżycia, które nierzadko są chybione, a nigdy pewne. Powołując się na swoje doświadczenia jako klinicysty, podała, że na 15 przypadków zdiagnozowanego zespołu Downa troje dzieci urodziło się zdrowe. Poinformowała również, iż zna przypadek 5-letniej dziewczynki z zespołem Edwardsa, która wedle przeważającej większości podręczników powinna umrzeć najpóźniej w okresie niemowlęctwa.

W swym wystąpieniu dr Elżbieta Puacz z Krajowej Izby Diagnostów Laboratoryjnych zaznaczyła, że kodeks etyczny opracowany przez samorząd zawodowy (pierwszy tego rodzaju na świecie) zawiera klauzulę sumienia, choć nie ma jej w ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej. Z kolei dr Beata Dobrowolska przytoczyła szerokie gwarancje prawne w zakresie sprzeciwu sumienia pielęgniarki i położnej w Wielkiej Brytanii (szczególnie istotne, ponieważ w tym państwie pielęgniarka może m.in. przepisywać środki wczesnoporonne nieletnim, także w wieku poniżej 16 lat, bez zgody rodziców). Następnie przedstawiła dostępne statystyki korzystania w Polsce z klauzuli sumienia przez osoby wykonujące ten zawód (szacuje się, że nawet co trzecia pielęgniarka, położna w swoim życiu zawodowym znalazła się w sytuacji konfliktu sumienia). Mgr Małgorzata Prusak w swoim wystąpieniu przedstawiła regulacje dotyczące sprzeciwu sumienia farmaceuty w Wielkiej Brytanii, Irlandii i niektórych stanach USA, gdzie dopuszczalna jest odmowa antykoncepcji awaryjnej i regularnej, oraz przypadki powoływania się na klauzulę sumienia w Polsce – szacunkowo korzysta z niej około osiem procent farmaceutów – pomimo braku stosownych przepisów na poziomie ustawowym (ogólne sformułowania zawarte są jedynie w zawodowym kodeksie etycznym). Ostatnim prelegentem był prof. dr hab. Krzysztof Marczewski, którego wielowątkowe wystąpienie miało być chyba wielką pochwałą sceptycyzmu.

Dyskusja po ostatniej sesji była bardzo długa i wieloaspektowa. Zamknięcia konferencji dokonał dziekan ks. prof. P. Stanisz. Organizatorzy planują wydanie publikacji prezentującej stanowiska wyrażone w trakcie obrad.

Marcin Stębelski

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok TK z dnia 13 listopada 2013 r., P 25/12, OTK 2013 nr 8A, poz. 122

Dostęp do informacji publicznej

Art. 1 ust. 1 i art. 6 ust. 1 pkt 1 lit. a i b oraz pkt 3 lit. c ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z 2002 r. Nr 153, poz. 1271, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407, z 2005 r. Nr 64, poz. 565 i Nr 132, poz. 1110, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 204, poz. 1195 oraz z 2012 r. poz. 908)**, rozumiane w ten sposób, że kwalifikują dane, które stanowią element procesu wykonywania kompetencji Prezydenta Rzeczypospolitej określonej w art. 144 ust. 3 pkt 6 Konstytucji, jako informacje publiczne podlegające udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, nie są niezgodne z art. 144 ust. 3 pkt 6 w związku z art. 122 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym, rozpatrując skargę kasacyjną Prezydenta RP od wyroku wojewódzkiego sądu administracyjnego (dalej: WSA). W swoim wyroku WSA zobowiązał Prezydenta RP do rozpoznania wniosku o udzielenie informacji publicznej obejmującej ekspertyzy, opinie prawne i dokumenty urzędowe dotyczące ustawy z 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych. Sąd uznał bowiem, że wspomniane informacje mają walor informacji publicznej w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej.

W uzasadnieniu pytania prawnego podniesiono, że włączenie dokumentów związanych z wykonywaniem kompetencji głowy państwa w zakres ustawowego pojęcia „informacja publiczna" może ingerować w konstytucyjnie gwarantowaną sferę samodzielnego władztwa Prezydenta RP, odnoszącego się do wykonywania przysługujących mu prerogatyw. Obowiązek ujawniania informacji określających sposób podejmowania rozstrzygnięć w tym zakresie zagraża – zdaniem NSA – konstytucyjnej pozycji Prezydenta RP.

Trybunał Konstytucyjny odniósł się w pierwszej kolejności do kwestii spełnienia przesłanki funkcjonalnej pytania prawnego NSA. Chodziło głównie o stwierdzenie, czy pytanie skierowane do TK nie dotyczyło sfery stosowania prawa pozostawionej poza zakresem kognicji sądu konstytucyjnego. Wystąpienie z pytaniem prawnym, mającym charakter subsydiarny, należy zawsze poprzedzić wykładnią danej normy w zgodzie z konstytucją. Wynika to z nakazu bezpośredniego stosowania Konstytucji RP na podstawie jej art. 8. Trudności związane z realizacją tego nakazu mogą wynikać również z problemów z ustaleniem treści samej konstytucji. Zagadnienie przedstawione w pytaniu prawnym NSA dotyczyło sposobu rozumienia charakteru prawnego prerogatywy prezydenckiej. W tym kontekście TK uznał, że sąd nie był w stanie zastosować kwestionowanych unormowań w zgodzie z konstytucją, skoro nie mógł ustalić treści samej ustawy zasadniczej. To zaś należy do kompetencji Trybunału Konstytucyjnego.

Zarzut niekonstytucyjności obejmował dwa zagadnienia. Pierwsze dotyczyło tego, czy kwestionowane regulacje ustawy o dostępie do informacji publicznej (dalej: u.d.i.p.) ograniczają sferę samodzielnego władztwa głowy państwa. Drugie odnosi-

ło się do wpływu instytucji prerogatywy na kształt uregulowań ustawowych. Wzorce powołane przez NSA – art. 144 ust. 3 pkt 6 i 9 w związku z art. 122 ust. 1–5 konstytucji – odnosiły się do uprawnień głowy państwa w procesie legislacyjnym. Skłoniło to TK do uznania, że istotą problemu było zbadanie, kiedy realizacja wskazanych prerogatyw następuje swobodnie, a kiedy zakres tej swobody nie istnieje bądź jest wyraźnie ograniczony. Na tle stanu faktycznego sprawy zawisłej przed NSA za podstawowy wzorzec kontroli konstytucyjności uznano art. 144 ust. 3 pkt 6 konstytucji w związku z art. 122 ust. 1 konstytucji, a więc przepis dotyczący podpisania lub odmowy podpisania ustawy przez Prezydenta RP. Na tym tle TK uznał, że realizacja tego konkretnego uprawnienia nie jest merytorycznie związana z ustawowym obowiązkiem udostępnienia informacji publicznej. Powinności związane z udostępnieniem informacji nie wiążą się ani z istotą, ani ze sposobem realizacji prerogatywy wynikającej z powołanych przepisów konstytucji. Potwierdzają to także okoliczności faktyczne badanej sprawy, skoro wniosek o udostępnienie informacji publicznej złożono już po podpisaniu przez prezydenta ustawy nowelizującej ustawę regulującą funkcjonowanie systemu ubezpieczeń społecznych.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził także, że NSA dokonał prawidłowej wykładni przepisów tej ustawy. Pojęcie informacji publicznej jest bowiem szeroko rozumiane w doktrynie prawnej i w orzecznictwie, co wynika z tego, że prawo do informacji publicznej ma charakter konstytucyjny, a ustawy, które je dookreślają, powinny gwarantować obywatelom i innym jednostkom możliwie najszersze uprawnienia. Nie zmienia to jednak faktu, że ustawowe prawo konstytucyjne, polegające na nałożeniu obowiązku udostępniania informacji publicznej, funkcjonuje niezależnie od realizacji prerogatyw prezydenckich, w żaden sposób nie wpływając na konstytucyjnie wyznaczony zakres swobody decyzyjnej głowy państwa.

Do wyroku TK zgłoszono dwa zdania odrębne. Jeden z sędziów zgłosił zdanie odrębne do uzasadnienia omawianego rozstrzygnięcia. Sprzeciw wobec stanowiska TK sprowadzał się do stwierdzenia konieczności umorzenia postępowania z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku. Zdaniem sędziów pytanie NSA dotyczyło wykładni ustawowego pojęcia „informacja publiczna". Sam wyrok TK – z jednej strony uznano w nim spełnienie przesłanki funkcjonalnej pytania prawnego, aby – ostatecznie – stwierdzić, że pytający sąd powołał nieadekwatne wzorce kontroli i w istocie rzeczy nie spełnił podstawowego celu kontroli konkretnej. Nie rozwiązał bowiem problemu konstytucyjnego, którego rozstrzygnięcie miało być konieczne dla rozpoznania sprawy przez pytający sąd. Skutek wyroku, w którym TK stwierdza, że kwestionowany przepis „nie jest niezgodny" z powołanym wzorcem, nie ma wpływu na rozstrzygniecie sprawy przez sąd.

Wyrok TK z dnia 5 grudnia 2013 r., K 27/13, OTK 2013 nr 9A, poz. 134

Świadczenia pielęgnacyjne

Art. 11 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1548) **jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Przedmiotem wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO) były dwa przepisy ustawy nowelizującej ustawę o świadczeniach rodzinnych. Zmiana wprowadzona na skutek nowelizacji doprowadziła do pozbawienia niektórych osób przysługujących im uprzednio świadczeń pielęgnacyjnych. W ocenie wnioskodawcy zmiana ta nie służyła konstytucyjnym wartościom, jakimi są opieka nad osobami niepełnosprawnymi oraz ochrona i opieka nad rodziną. Osoby pobierające świadczenie w związku z niepodejmowaniem zatrudnienia lub rezygnacją z niego w celu opieki nad niepełnosprawnym miały prawo oczekiwać ciągłości przyznanych im przysporzeń. Działały w zaufaniu do państwa i stanowionego przez nie prawa. Modyfikacja zasad wypłaty świadczeń pielęgnacyjnych nie szła w parze z działaniami, które mogłyby ułatwić przystosowanie się do nowej sytuacji osobom pozbawionym prawa do świadczeń. Funkcji tej nie spełnił – zdaniem wnioskodawcy – wprowadzony przez ustawodawcę

sześciomiesięczny okres przejściowy, w ramach którego dotychczas uprawnieni uzyskiwali świadczenie zgodnie z poprzednim stanem prawnym.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że przedmiotem wniosku RPO uczyniono wyłącznie regulację intertemporalną, nie zaś przepisy ustawy o świadczeniach rodzinnych określające przesłanki nabycia świadczenia pielęgnacyjnego. Z tego względu TK wyraźnie ograniczył zakres sprawowanej kontroli i nie oceniał prawidłowości nowych, bardziej restrykcyjnych kryteriów przyznawania poszczególnych świadczeń. W tym kontekście skonstatowano jedynie, że w ostatnich latach nastąpił wyraźny przyrost liczby osób korzystających ze świadczenia pielęgnacyjnego, co jednocześnie pociągnęło za sobą bardzo poważny wzrost wydatków budżetowych (ponad 3,3 miliarda zł w okresie 2010–2012). Zmiana mająca doprowadzić do racjonalizacji kryteriów przyznawania świadczeń polegała na zaostrzeniu przesłanek nabycia świadczenia pielęgnacyjnego oraz wprowadzeniu nowego, specjalnego zasiłku opiekuńczego, który z założenia miał być świadczeniem okresowym i dopełniającym pierwsze ze świadczeń. Specjalny zasiłek opiekuńczy uzależniony został od kryterium dochodowego i przysługiwać mógł wyłącznie osobom rezygnującym z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w celu sprawowania opieki nad niepełnosprawnym.

Zmiany wprowadzone przez ustawodawcę spowodowały wyróżnienie trzech kategorii podmiotów: pierwszej – obejmującej osoby, którym przysługują świadczenia według nowych zasad; drugiej – dotyczącej osób, które nie spełniają przesłanek uzyskania jednego ze świadczeń; trzeciej – dotyczącej osób, które nie spełniają przesłanek żadnego ze świadczeń przewidzianych w ustawie po nowelizacji. Wnioskodawca odnosił się do trzeciej grupy osób, wskazując na naruszenie zasady ochrony praw nabytych oraz zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 konstytucji).

Trybunał uznał, że uregulowania obowiązujące przed wejściem w życie ustawy nowelizującej tworzyły stabilne warunki sprawowania opieki nad osobami niepełnosprawnymi. Wiązało się to także z działalnością ustawodawcy. Poszerzanie kręgu podmiotów uprawnionych do świadczeń mogło tworzyć zasadne przekonanie, że ten kierunek prawodawczy jest celowym elementem długofalowej polityki stanowienia prawa. Ustawodawca ma oczywiście dużą swobodę w zakresie wprowadzania świadczeń oraz określania warunków ich przyznawania. Jego możliwości są przy tym determinowane m.in. zasobnością budżetu. Granicą aktywności ustawodawcy są także normy konstytucyjne, wyznaczające nieprzekraczalne ramy rozstrzygnięć merytorycznych. W badanej sprawie ramy te zostały przekroczone, bowiem ustawodawca nie zabezpieczył w należyty sposób interesów osób, które opierając się na ustanowionych uprzednio przesłankach otrzymania świadczeń, dokonały istotnych wyborów życiowych, nie podejmując pracy bądź rezygnując z zatrudnienia. Zmiana prawa, skutkująca wygaśnięciem decyzji uprawniającej do świadczeń oraz brakiem spełnienia nowych przesłanek, doprowadziła do całkowitego pozbawienia wsparcia dla tych osób. W ocenie TK konieczność racjonalizowania systemu świadczeń opiekuńczych nie uzasadnia znoszenia praw słusznie nabytych. Postulat ochrony tych praw powinien znajdować odzwierciedlenie w odpowiednim ukształtowaniu przepisów intertemporalnych. Może się wiązać z koniecznością zastosowania zasady dalszego działania prawa dawnego, co w badanej sprawie ograniczono czasowo. Za nieprzekonywujące uznano także twierdzenie, że dopiero wygaszenie wszystkich decyzji o przyznaniu świadczeń oraz poddanie wszystkich podmiotów nowym regułom pozwoli zracjonalizować reguły udzielania wsparcia finansowego w tej formie. Trybunał uznał, że nie istniały podstawy konstytucyjne wskazujące na konieczność przyjęcia przez ustawodawcę takiego modelu.

W końcowej części uzasadnienia odniesiono się również do skutków wydanego wyroku. Trybunał Konstytucyjny wyraźnie zaznaczył, że realizacja tego rozstrzygnięcia będzie możliwa jedynie dzięki aktywności ustawodawcy, wyrok TK nie może być bowiem traktowany jako podstawa prawna dochodzenia świadczeń wynikających z ustawy. Nie może być również podstawą ubiegania się o wypłatę korzyści utraconych przez upraw-

nione osoby na skutek rozwiązań intertemporalnych uznanych przez TK za niekonstytucyjne.

Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2013 r., K 16/13, OTK 2013 nr 9A, poz. 135

Dotacje dla szkół niepublicznych

Art. 94 ust. 5 w związku z art. 95 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 2012 r. poz. 572, 742 i 1544 oraz z 2013 r. poz. 675 i 829) **w zakresie, w jakim uzależniają prawo niepublicznych szkół wyższych do dotacji ze środków publicznych od warunków ustalonych w rozporządzeniu, są niezgodne z art. 70 ust. 3 zdanie trzecie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o uznanie niekonstytucyjności dwóch przepisów ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, przekazujących kompetencję prawodawczą ministrowi właściwemu ds. szkolnictwa wyższego. Chodziło o unormowania upoważniające do wydania rozporządzenia określającego m.in. warunki i tryb przyznania dotacji dla uczelni niepublicznych, jak również sposoby kontroli ich dofinansowywania ze środków publicznych. Zdaniem RPO przepisy ustawowe były sprzeczne z art. 70 ust. 3 konstytucji, nakazującym ustawodawcy określenie warunków zakładania i działalności szkół niepublicznych oraz udziału władz publicznych w ich finansowaniu. Rzecznik argumentował, że zakwestionowane przepisy umożliwiały wydanie rozporządzenia, które – zamiast wykonywać – w istocie rzeczy zastępowałoby ustawę. Przepisy te przekazywały ministrowi kompetencję do określenia materialnych podstaw przyznawania dotacji, a przy tym nie zawierały dostatecznie precyzyjnych wytycznych co w ocenie wnioskodawcy wskazywało na ich niezgodność z art. 92 ust. 1 konstytucji.

Nakaz wyłączności ustawowej wyrażony w art. 70 ust. 3 zdanie trzecie konstytucji ma służyć zwiększeniu zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, poprzez powierzenie ustawodawcy regulacji spraw o charakterze najistotniejszym z punktu widzenia praw i wolności jednostki. Przepis ten wyraża przy tym obowiązek ustawowej regulacji określonych zagadnień, przesądzając o tym, że konkretne kwestie mają stać się przedmiotem działalności ustawodawczej. Sam art. 70 ust. 3 konstytucji nie stanowi źródła prawa podmiotowego uczelni niepublicznych do finansowania ze środków publicznych. Użyte w nim sformułowanie „udział władz publicznych w finansowaniu uczelni niepublicznych" oznacza jednak, że powinien istnieć pewien wkład państwa w finansowanie tego typu placówek. Nie chodzi przy tym o zapewnienie tym podmiotom całkowitego finansowania, co prowadziłoby do ich zrównania w tym aspekcie z uczelniami publicznymi. Ustawodawca jest jednak zobligowany do określenia zasad i warunków ich finansowania w sposób kompletny. Zagadnienie to musi być przy tym rozstrzygnięte na poziomie ustawowym. Warunki udziału władz publicznych w finansowaniu szkół niepublicznych oznaczają konkretne, samodzielne i możliwe do wyegzekwowania kryteria (przesłanki) uzyskania określonych środków przez te podmioty. Chodzi tu zarówno o kryteria merytoryczne, jak i proceduralne.

Przy ocenie konstytucyjności zaskarżonych artykułów TK określił dwa założenia metodologiczne realizowanej kontroli. Po pierwsze, pojęcia konstytucyjne należy badać z uwzględnieniem ich autonomicznego charakteru, abstrahując od ich znaczenia przyjętego w aktach niższego rzędu. Po drugie, należy także uwzględnić specyfikę zaskarżonych artykułów jako przepisów blankietowych upoważniających do wydania aktu wykonawczego. Muszą one być wyraźnie wyodrębnione i kompleksowo określać materie, które mają stać się przedmiotem regulacji w formie podustawowej. Kryteria te nie zostały dochowane przez ustawodawcę w badanej sprawie. Trybunał stwierdził, że ustawa upoważniająca do wydania rozporządzenia określała jedynie ogólne wytyczne, pozostawiając przez to zbyt duży zakres swobody prawodawczej ministrowi mającemu wydać akt wykonawczy. Ustawowe pojęcia (jakość kształcenia, liczba nauczycieli zatrudnionych na stałe, liczba studentów stacjonarnych) nie zawierały adekwatnej skali oceny uprawnionych podmiotów i nie mogły tym

samym stanowić samodzielnej przesłanki przyznania lub odmowy dotacji. Również w innych przepisach ustawy brak było wytycznych umożliwiających określenie, które uczelnie niepubliczne uprawnione są do finansowania ze środków publicznych, a które nie mają tej możliwości. Określenie warunków udziału władz publicznych w finansowaniu szkół niepublicznych przeniesione zostało całkowicie na ministra, który miał możliwość swobodnego kształtowania zarówno materialnych, jak i proceduralnych przesłanek przyznania dotacji. Kryteria ustawowe pełniły jedynie rolę ogólnych wskazówek, nie przesądzając o treści konkretnych unormowań.

Trybunał Konstytucyjny nie wypowiedział się na temat konstytucyjności obecnego systemu finansowania niepublicznego systemu szkolnictwa wyższego. Nie oceniał też stopnia udziału władz publicznych w finansowaniu prywatnych uczelni. Materie te leżały poza zakresem zaskarżenia wniosku RPO. Mimo wyroku TK, w ustawie o szkolnictwie wyższym pozostała podstawa prawna do ubiegania się przez szkoły niepubliczne o niektóre dotacje. Możliwość realizacji tego prawa jest jednak uzależniona od określenia przez ustawodawcę warunków udziału władz publicznych w finansowaniu szkół niepublicznych (art. 70 ust. 3 konstytucji). Oznacza to konieczność podjęcia przez ustawodawcę pilnych działań legislacyjnych zmierzających do określenia ustawowych zasad ubiegania się przez uczelnie niepubliczne o środki z budżetu państwa.

Wyrok TK z dnia 17 grudnia 2013 r., SK 29/12, OTK 2013 nr 9A, poz. 138

Waloryzacja świadczeń emerytalnych służb mundurowych

Art. 6 ustawy z dnia 18 lutego 1994 r. o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin (Dz.U. z 2013 r. poz. 667 i 675)**, w brzmieniu nadanym przez art. 160 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych** (Dz.U. Nr 162, poz. 1118, ze zm.)**, w zakresie, w jakim ma zastosowanie do emerytur przyznanych przed dniem 1 stycznia 1999 r., jest zgodny z art. 67 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji.**

Skarga konstytucyjna wniesiona do TK dotyczyła osoby otrzymującej – od przeszło 30 lat – świadczenie emerytalne dla byłego funkcjonariusza Milicji Obywatelskiej. Świadczenie to podlegało – do końca 1998 r. – waloryzacji płacowej. Następnie system ten uległ zmianie na rzecz waloryzacji cenowej. Skarżąca domagała się stwierdzenia nieważności decyzji waloryzacyjnych i ponownego ustalenie świadczenia emerytalnego za okres po zmianie zasad waloryzacji. Zarzuty niekonstytucyjności dotyczyły naruszenia art. 67 ust. 1 oraz art. 32 ust. 1 konstytucji. Skarżąca wskazywała, że zmiana metody waloryzacji emerytur nienależycie realizuje prawo ubezpieczonego do zabezpieczenia społecznego. Zmiana ta doprowadziła do zróżnicowania wysokości świadczeń emerytalnych w zależności od okresu ich pobierania. W efekcie wprowadzonych modyfikacji świadczenia utraciły – w całym okresie ich pobierania – stabilną wartość ekonomiczną. Nie odpowiadają obecnie wartości ekonomicznej świadczenia z dnia przejścia na emeryturę. Stoi to – zdaniem skarżącej – w sprzeczności z art. 64 ust. 1 i 2 konstytucji.

Merytoryczną ocenę zarzutów skarżącej poprzedziło rozstrzygnięcie kwestii formalnej dotyczącej możliwości orzekania przez TK o przepisie, który utracił moc obowiązującą. Trybunał nawiązał w tym kontekście do ugruntowanego stanowiska, zgodnie z którym przepis prawa może być przedmiotem oceny tak długo, jak długo na jego podstawie mogą być wydawane akty stosowania prawa. Taka sytuacja dotyczyła przepisu zakwestionowanego w skardze.

Zagadnienie waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych było wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi TK. Oznacza ono konieczność istnienia metody pozwalającej na utrzymanie realnej wartości wypłacanych świadczeń. Nakaz ochrony owej wartości nie ma

charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom polegającym m.in. na zmniejszeniu realnej wartości emerytur, czy też przyjęciu nowej, mniej korzystnej metody waloryzacji. Ubezpieczony musi się liczyć z tym, że spadek wpływów z tytułu składek ubezpieczeniowych może pociągać za sobą potrzebę zmiany obowiązujących uprzednio uregulowań na niekorzyść. Może to wynikać z konieczności dostosowania realizacji praw socjalnych do warunków ekonomicznych oraz możliwości budżetowych. To ustawodawca, działając na podstawie art. 67 ust. 1 zdanie drugie konstytucji, ma za zadanie wybór odpowiednich metod oraz sposobów przeprowadzania waloryzacji świadczeń.

Powoływanie się na treść art. 67 ust. 1 konstytucji nie może prowadzić do wywodzenia z tego przepisu konkretnej postaci świadczenia, czy też metody jego ustalania i waloryzowania. Kwestie te podlegają bowiem szczegółowej regulacji ustawowej i to od ustawodawcy zależy wybór optymalnej metody utrzymywania realnej wartości świadczeń. Trybunał nie dokonuje oceny słuszności wyborów ustawodawczych. Naruszenie oczekiwań jednostek co do przewidywanego poziomu przyszłych świadczeń nie stanowi samo przez się naruszenia prawa do waloryzacji i nie może być podstawą stwierdzenia niekonstytucyjności rozwiązań ustawowych w tym zakresie. Sama zmiana waloryzacji – z bardziej korzystnej płacowej na mniej korzystną cenową – jest konstytucyjnie dopuszczalna. Trybunał potwierdził jednocześnie, że różnicowanie statusu prawnego funkcjonariuszy mundurowych następuje do momentu ich pozostawania w służbie. Po tym czasie osoba taka staje się przede wszystkim emerytem i zasadniczo winna podlegać ogólnym regulacjom dotyczącym tej grupy osób.

Trybunał nie podzielił argumentacji skarżącej wskazującej na zróżnicowanie sytuacji prawnej emerytów w zależności od daty przyznania im świadczeń. O początkowej wysokości świadczenia emerytalnego decydują zasady przyznawania świadczeń, nie zaś metoda ich waloryzacji. Ta bowiem dotyczy wyłącznie wysokości świadczenia, które zostało już uprzednio przyznane. Metoda waloryzacji wprowadzona przez zakwestionowany przepis ustawy dotyczy wszystkich funkcjonariuszy pobierających emerytury z policyjnego systemu zabezpieczenia emerytalnego. Przepis ten nie jest więc źródłem jakiegokolwiek różnicowania sytuacji prawnej tych osób. Trybunał zaznaczył przy tym, że prawo do waloryzacji stanowi jeden z elementów prawa do zabezpieczenia społecznego, gwarantowanego w art. 67 ust. 1 konstytucji. Nie wynika natomiast z regulacji dotyczących ochrony własności oraz innych praw majątkowych (art. 64 ust. 1 konstytucji). Obywatele nie mogą przy tym żądać od państwa takiego ukształtowania praw majątkowych, aby utrzymać ich niezmienną wartość ekonomiczną mimo upływu czasu oraz niezależnie od zmieniających się okoliczności gospodarczych.

Anna Michalak

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (trzecia izba) z dnia 17 października 2013 r. w sprawie C-181/12 (*Y. Welte przeciwko Finanzamt Velbert*) – odmienne traktowanie rezydentów i nierezydentów w zakresie podatku od spadków

Stan faktyczny

Wyrok zapadł na wniosek o wydanie na podstawie art. 267 TFUE[1] orzeczenia w trybie prejudycjalnym i dotyczy wykładni art. 56 i 58 WE[2]. Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy Yvonem Weltem, wdowcem po obywatelce szwajcarskiej zmarłej w Szwajcarii (dalej: spadkobierca), a niemieckim organem podatkowym (dalej: Finanzamt) w przedmiocie obliczenia podatku od spadków dotyczącego obszaru zabudowanego znajdującego się w Niemczech, którego właścicielką była zmarła.

Frigga Ingeborg Welte-Schenkel, urodzona w Niemczech, która została obywatelką szwajcarską po zawarciu związku małżeńskiego z Y. Weltem, obywatelem szwajcarskim, zmarła w Szwajcarii, gdzie mieszkała ze swoim małżonkiem, który jest jej jedynym spadkobiercą.

W skład masy spadkowej wchodził grunt w Düsseldorfie (Niemcy), na którym stał dom rodziców zmarłej, który odziedziczyła ona w chwili śmierci jej matki. Zmarła była również posiadaczką rachunków w dwóch bankach w Niemczech oraz rachunków w bankach szwajcarskich.

Finanzamt określił należny od Y. Weltego podatek od spadków przy zastosowaniu kwoty wolnej od podatku w wysokości przewidzianej w wypadku dziedziczenia między nierezydentami. Yvon Welte wniósł zażalenie, chcąc skorzystać z wyższej kwoty wolnej od podatku, przewidzianej w sytuacji, gdy dziedziczenie dotyczy przynajmniej jednego rezydenta. Zażalenie nie zostało uwzględnione.

Yvon Welte wniósł skargę, w której argumentował, że nierówne traktowanie podatników podatku od spadków będących rezydentami i nierezydentami narusza swobodę przepływu kapitału zagwarantowaną w traktacie WE.

Sąd odsyłający powziął wątpliwości, czy regulacje krajowe są zgodne z art. 56 ust. 1 i art. 58 WE. W ich świetle, gdyby zmarła lub spadkobierca w chwili otwarcia spadku zamieszkiwali w Niemczech, skarżącemu przysługiwałaby wyższa kwota wolna od podatku, a w konsekwencji wcale nie musiałby on zapłacić podatku od spadków.

W tych okolicznościach sąd krajowy postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym: „czy art. 56 i 58 [WE] należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one temu, aby krajowe uregulowanie państwa członkowskiego w dziedzinie podatku od spadków przewidywało w przypadku nabycia w drodze dziedziczenia gruntu położonego na terytorium kraju przez osobę niebędącą rezydentem kwotę wolną od podatku w wysokości jedynie 2000 EUR na rzecz nabywcy niebędącego rezydentem, podczas gdy przy nabyciu w drodze dziedziczenia zostałaby przyznana kwota wolna od podatku w wysokości 500 000 EUR, gdyby spadkodawca lub nabywca w chwili otwarcia spadku posiadał miejsce zamieszkania w danym państwie członkowskim?”.

1 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/2).

2 Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/2).

Stanowisko TSUE

Trybunał zwrócił uwagę, że artykuł 56 ust. 1 WE wprowadza ogólny zakaz wszelkich ograniczeń w przepływie kapitału między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi.

Z utrwalonego orzecznictwa TSUE wynika, że dziedziczenie, które polega na przejściu na jedną lub więcej osób majątku po osobie zmarłej, stanowi przepływ kapitału w rozumieniu art. 56 WE, z wyjątkiem przypadków, kiedy wystąpienie jego elementów konstytutywnych ograniczone jest do terytorium jednego państwa członkowskiego. Sytuacja, w której osoba zamieszkała w Szwajcarii w chwili śmierci pozostawia w spadku innej osobie, również zamieszkałej w tym samym państwie, całość rzeczy, w tym nieruchomość położoną w Niemczech i podlegającą wymiarowi podatku od spadków w tym samym państwie członkowskim, nie może być uważana za sytuację czysto wewnętrzną. W związku z tym sporne w postępowaniu głównym nabycie w drodze dziedziczenia stanowi transakcję należącą do przepływów kapitału w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE.

Trybunał przypomniał, że w odniesieniu do dziedziczenia środkami zakazanymi w art. 56 ust. 1 WE, stanowiącymi ograniczenia w przepływie kapitału, są takie, które powodują zmniejszenie wartości spadku po osobie mającej miejsce zamieszkania w państwie innym niż to, w którym znajdują się dane dobra i w którym są one opodatkowane.

W rozpatrywanej sprawie kwestionowane przepisy krajowe przewidują, że w wypadku spadku obejmującego nieruchomość położoną w Niemczech, jeżeli zmarły i spadkobierca nie posiadali miejsca zamieszkania w tym państwie członkowskim w chwili otwarcia spadku, kwota wolna od podatku odliczana od podstawy opodatkowania jest niższa niż ta, która miałaby zastosowanie, gdyby zmarły lub spadkobierca posiadali miejsce zamieszkania na terytorium niemieckim w tej samej chwili.

Prowadzą one – w ocenie TSUE – do tego, że nabycie w drodze dziedziczenia pomiędzy nierezydentami podlega większemu ciężarowi podatkowemu niż nabycie w drodze dziedziczenia dotyczące przynajmniej jednego rezydenta, a zatem skutkuje zmniejszeniem wartości tego spadku. W związku z powyższym TSUE uznał, że uregulowanie krajowe, takie jak sporne w postępowaniu głównym, stanowi ograniczenie w swobodnym przepływie kapitału w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE.

Odnosząc się z kolei do art. 57 ust. 1 WE dotyczącego ograniczeń w swobodnym przepływie kapitału w stosunku do państw trzecich, Trybunał przypomniał, że na podstawie tego postanowienia art. 56 WE nie narusza ograniczeń istniejących w dniu 31 grudnia 1993 r. w stosunku do państw trzecich na mocy prawa krajowego lub prawa Unii w odniesieniu do przepływu kapitału do lub z państw trzecich, gdy dotyczą inwestycji bezpośrednich, w tym inwestycji w nieruchomości, związanych z przedsiębiorczością, świadczeniem usług finansowych lub dopuszczaniem papierów wartościowych na rynki kapitałowe.

Trybunał podkreślił, że art. 57 ust. 1 WE, który ustanawia wyczerpujący wykaz przepływów kapitału, które nie muszą podlegać stosowaniu art. 56 ust. 1 WE, nie wymienia spadków. Jako odstępstwo od podstawowej zasady swobodnego przepływu kapitału takie postanowienie należy interpretować ściśle.

Trybunał podzielił pogląd, że art. 57 ust. 1 WE ma zastosowanie do przepływów kapitału, gdy dotyczą one „inwestycji bezpośrednich, w tym inwestycji w nieruchomości". Spadek obejmujący nieruchomość stanowi taką inwestycję, jeżeli nabywca spadku wskutek przeniesienia wszystkich praw i obowiązków zmarłego na jego spadkobierców wstępuje na jego miejsce w odniesieniu do własności wskazanej rzeczy. Dziedziczenie tego rodzaju stanowi zatem formę nabycia nieruchomości, która jest porównywalna z inwestycją w nieruchomości.

Niemniej jednak, wymieniając „inwestycje bezpośrednie, w tym inwestycje w nieruchomości" – jak podkreślił TSUE – art. 57 ust. 1 WE odnosi się wyłącznie do tych inwestycji w nieruchomości, które stanowią inwestycje bezpośrednie. Natomiast „inwestycje majątkowe" w nieruchomości, takie jak będąca przedmiotem postępowania głównego, które odnoszą się do domu rodziców zmarłej, dokonywane w celach prywatnych bez związku z wykonywaniem działalności gospodarczej, nie należą do zakresu zastosowania art. 57 ust. 1 WE.

W konsekwencji, w ocenie TSUE, ograniczenie takie jak w rozpatrywanej sprawie, dotyczące swobody przepływu z państwem trzecim takim jak Konfede-

racja Szwajcarska musi podlegać stosowaniu art. 56 ust. 1 WE na podstawie art. 57 ust. 1 WE.

Jednocześnie w myśl art. 58 ust. 1 lit. a) WE art. 56 „nie narusza prawa państw członkowskich do (…) stosowania odpowiednich przepisów ich prawa podatkowego traktujących odmiennie podatników ze względu na różne miejsce zamieszkania lub inwestowania kapitału". Trybunał podkreślił, że przepisu tego nie można interpretować w ten sposób, że wszelkie przepisy podatkowe przewidujące odmienne traktowanie podatników ze względu na miejsce ich zamieszkania lub państwo członkowskie inwestowania ich kapitału są automatycznie zgodne z traktatem.

Należy bowiem – jak podkreślił TSUE – odróżnić nierówne traktowanie dozwolone na mocy art. 58 ust. 1 lit. a) WE od arbitralnej dyskryminacji zakazanej w ust. 3 tego artykułu. Z utrwalonego orzecznictwa wynika bowiem, że aby daną krajową regulację podatkową, która przy obliczaniu podatku od spadków wprowadza rozróżnienie w zakresie wysokości kwoty wolnej od podatku stosowanej do podstawy opodatkowania nieruchomości położonej w danym państwie członkowskim w zależności od tego, czy zmarły lub spadkobierca ma miejsce zamieszkania w tym państwie członkowskim, czy też obaj mają miejsce zamieszkania w innym państwie członkowskim, można było uznać za zgodną z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobodnego przepływu kapitału, konieczne jest, aby odmienne traktowanie dotyczyło sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne, lub też aby było ono uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Ponadto aby odmienne traktowanie mogło być uzasadnione, nie powinno wychodzić poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu zamierzonego przez sporne uregulowanie[3].

W konsekwencji Trybunał orzekł, że jeżeli chodzi o kwotę podatku od spadków należnego z tytułu nieruchomości położonej w Niemczech, nie może istnieć żadna obiektywna różnica uzasadniająca nierówne traktowanie pod względem podatkowym, odpowiednio, sytuacji osób, z których żadna nie zamieszkuje w tym państwie członkowskim, oraz sytuacji, w której co najmniej jedna z nich zamieszkuje w tym państwie. Kwota podatku od spadków dotyczącego nieruchomości położonej w Niemczech jest bowiem obliczana w zależności od wartości tej nieruchomości i osobistego związku istniejącego między zmarłym a spadkobiercą. Ani jedno, ani drugie z tych dwóch kryteriów nie zależy od miejsca ich zamieszkania.

Trybunał ustalił, że nabywca spadku, którego podstawa opodatkowania w Niemczech ograniczałaby się – podobnie jak w przypadku Y. Weltego w postępowaniu głównym – do nieruchomości położonej w tym państwie członkowskim, sam mógłby powołać się – w odróżnieniu od Y. Weltego – na kwotę wolną od podatku w wyższej wysokości, gdyby ten nabywca nabył taką rzecz od osoby zamieszkałej na terytorium Niemiec, z którą pozostawał w związku małżeńskim, lub gdyby, mieszkając na tym terytorium, taki nabywca nabył tę rzecz od osoby, która tam nie mieszkała.

W konsekwencji TSUE uznał, że sytuacja Y. Weltego jest porównywalna z sytuacją każdego spadkobiercy, który w drodze spadku nabywa nieruchomość położoną w Niemczech od zmarłej osoby, która mieszkała w tym państwie członkowskim i z którą pozostawał w związku małżeńskim, jak również z sytuacją spadkobiercy mającego miejsce zamieszkania w Niemczech, który dokonuje tego nabycia od zmarłego małżonka niezamieszkałego w tym państwie członkowskim.

Trybunał stwierdził również, że ulga podatkowa wynikająca w państwie członkowskim, na terytorium którego położona jest nieruchomość stanowiąca przedmiot spadku, z zastosowania pełnej kwoty wolnej od podatku odliczanej od podstawy opodatkowania, wówczas gdy w spadek ten dotyczy co najmniej jednego rezydenta tego państwa, nie jest wyrównywana przez niego poprzez jakąkolwiek zapłatę określonego podatku z tytułu podatku od spadków. Zatem sporne uregulowanie nie może zostać uzasadnione koniecznością zachowania spójności niemieckiego systemu podatkowego.

Trybunał uznał także, że uregulowanie krajowe sporne w postępowaniu głównym, w zakresie w jakim pozbawia spadkobiercę spadku nabywanego między rezydentami państwa trzeciego, takiego jak Konfederacja Szwajcarska, korzyści z pełnej kwoty wolnej od podatku odliczanej od podstawy opodatkowania, nie jest koniecz-

3 Zob. wyrok TSUE z dnia 7 września 2004 r. w sprawie C-319/02.

ne do zachowania skuteczności kontroli podatkowych.

W konsekwencji TSUE orzekł, że artykuły 56 i 58 WE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania państwa członkowskiego w dziedzinie obliczania podatku od spadków, które przewiduje w przypadku nabycia w drodze dziedziczenia gruntu położonego na terytorium tego państwa, jeżeli – jak w okolicznościach sprawy głównej – zmarły i nabywca spadku w chwili otwarcia spadku posiadali miejsce zamieszkania w państwie trzecim, takim jak Konfederacja Szwajcarska, że kwota wolna od podatku odliczana od podstawy opodatkowania jest niższa od kwoty wolnej od podatku, jaka zostałaby przyznana, gdyby przynajmniej jeden z nich w tej samej chwili posiadał miejsce zamieszkania w rzeczonym państwie członkowskim.

Wyrok TSUE (trzecia izba) z dnia 6 lutego 2014 r. w sprawie C-509/12 (*Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos (IPTM) przeciwko Navileme – Consultadoria Náutica Lda i Nautizende – Consultadoria Náutica Lda*) – ograniczenia dla osób niebędących rezydentami

Stan faktyczny

Wyrok zapadł na wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez portugalski Tribunal Central Administrativo Norte i dotyczy zasadniczo wykładni art. 52 TFUE i 56 TFUE. Wniosek ten został złożony w ramach postępowania pomiędzy Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos (dalej: IPTM) a szkołami żeglarskimi Navileme i Nautizende w przedmiocie odmowy przez IPTM zgody na dopuszczenie do egzaminu w celu uzyskania rekreacyjnej karty żeglarskiej (dalej: karta żeglarska) przez obywateli Unii Europejskiej, którzy nie zamieszkują w Portugalii.

Szkoły Navileme i Nautizende wniosły do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (sądu ds. administracyjnych i podatkowych w Porto; dalej: TAF) skargę administracyjną przeciwko IPTM, który jest organem odpowiedzialnym w Portugalii za organizację egzaminów i wydawanie kart żeglarskich. Obie te szkoły mają siedzibę w Portugalii i przedmiotem ich działalności jest zapewnienie obowiązkowego szkolenia kandydatów zamierzających przystąpić do egzaminu w celu otrzymania karty żeglarskiej. Zdaniem tych szkół IPTM od grudnia 2004 r. odmawiał dopuszczenia do egzaminu uczniów ich szkół, którzy nie mieli miejsca zamieszkania w Portugalii. Przed wejściem w życie kwestionowanych regulacji prawa krajowego osoby niebędące rezydentami mogły do egzaminu przystępować.

Zdaniem Navileme i Nautizende takie ograniczenie nie jest uzasadnione w świetle traktatu TFUE. W konsekwencji szkoły wniosły do TAF, po pierwsze, o nakazanie IPTM zapłaty na ich rzecz odszkodowania wraz z odsetkami, oraz po drugie, o zobowiązanie go do dopuszczania obywateli Unii niemających miejsca zamieszkania w Portugalii do egzaminu na kartę żeglarską, a w przypadku zdania przez nich tego egzaminu – do zezwalania tym obywatelom na żeglowanie jednostkami pływającymi odpowiadającymi uzyskanej przez nich karcie. TAF uwzględnił ich żądania. Natomiast IPTM wniósł odwołanie od tego wyroku do sądu odsyłającego, który postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału pytanie prejudycjalne: „Czy prawo Unii wobec zasady zakazu dyskryminacji pomiędzy obywatelami jednego państwa członkowskiego a obywatelami drugiego państwa członkowskiego (art. 18 TFUE), wobec swobodnego przepływu osób w Unii (...) i wyjątków od niego (art. 45 ust. 3 TFUE), wobec swobody świadczenia usług i jej możliwych ograniczeń (art. 52 TFUE i 62 TFUE), powinno być interpretowane w ten sposób, że sprzeciwia się ono przepisowi prawa krajowego, które wymaga zamieszkiwania na danym terytorium, dla wydania rekreacyjnej karty żeglarskiej?”.

Stanowisko TSUE

Trybunał przypomniał, po pierwsze, że prawo do swobodnego świadczenia usług może być podnoszone przez dane przedsiębiorstwo względem państwa, w którym ma ono swoją siedzibę, o ile usługi są świadczone na rzecz usługobiorców zamieszkałych lub mających siedzibę w innym państwie członkowskim, oraz po drugie, że prawo to obejmuje swobo-

dę usługobiorców do udawania się do innego państwa członkowskiego w celu skorzystania tam z usługi, bez utrudniających ograniczeń.

Jednocześnie, jak wskazał TSUE, osoby mające siedzibę lub miejsce zamieszkania w danym państwie członkowskim, które udają się do innego państwa członkowskiego w charakterze turystów lub w ramach podróży celem pobierania nauki, są uważane za usługobiorców w rozumieniu art. 56 TFUE.

W konsekwencji, w ocenie TSUE, w rozpatrywanej sprawie przepisy dotyczące swobodnego świadczenia usług przewidziane w art. 56–62 TFUE mają zastosowanie, po pierwsze, do świadczenia usług szkoleniowych w celu uzyskania karty żeglarskiej oferowanych przez szkoły żeglarskie, takie jak Navileme i Nautizende, na rzecz uczniów innych państw członkowskich niemających miejsca zamieszkania w Portugalii i zamierzających uzyskać kartę żeglarską w tym państwie członkowskim, jak również, po drugie, do otrzymania tych usług przez uczniów tych szkół.

Trybunał uznał, że przepis prawa krajowego, który ogranicza wydawanie kart żeglarskich jedynie do rezydentów danego państwa członkowskiego, narusza przewidziany w art. 56 ust. 1 TFUE zakaz wszelkich ograniczeń swobodnego świadczenia usług. O ile bowiem znajduje on zastosowanie bez zróżnicowania do obywateli i cudzoziemców, i nie opiera się w ten sposób na obywatelstwie kandydatów do uzyskania karty żeglarskiej, to jednak przyjmuje za decydujące kryterium miejsce ich zamieszkania. Tymczasem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepis krajowy, który przewiduje rozróżnienie oparte na kryterium miejsca zamieszkania, wiąże się z ryzykiem działania ze szkodą głównie dla obywateli innych państw członkowskich, w zakresie, w jakim nierezydentami są najczęściej cudzoziemcy[4].

W konsekwencji takie uregulowanie krajowe skutkuje, po pierwsze, zniechęceniem obywateli Unii niezamieszkałych w Portugalii do udania się do tego państwa członkowskiego celem odbycia szkolenia w celu uzyskania karty żeglarskiej wydawanej przez to państwo członkowskie, i po drugie, uczynieniem mniej atrakcyjnymi usług oferowanych przez szkoły żeglarskie na rzecz uczniów, którzy nie zamieszkują w Portugalii, jako że nie mogą oni przystąpić do egzaminu celem uzyskania karty żeglarskiej w tym państwie członkowskim ani nie może zostać im wydana taka karta, stanowiąc tym samym ograniczenie w swobodnym świadczeniu usług w rozumieniu art. 56 ust. 1 TFUE.

Trybunał przyznał, że cel bezpieczeństwa i porządku publicznego, wyraźnie przewidziany w art. 52 TFUE, mógłby zgodnie z prawem uzasadniać ograniczenie w świadczeniu usług. Niemniej jednak Trybunał uznał, że przesłanka zamieszkiwania nie może być uzasadniona tym celem. W rzeczywistości bowiem posłużenie się takim uzasadnieniem oznacza istnienie rzeczywistego i wystarczająco poważnego zagrożenia, dotyczącego fundamentalnego interesu społeczeństwa. Przesłanka ta nie pozostaje ponadto w żadnym związku z odbywanym szkoleniem ani ze zdolnością żeglowania, a jej wprowadzenie nie jest w stanie przyczynić się do zamierzonego celu, to znaczy do zapewnienia bezpieczeństwa żeglugi morskiej.

W związku z tym Trybunał orzekł, iż art. 52 i 56 TFUE powinny być interpretowane w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu państwa członkowskiego, które nakłada warunek zamieszkiwania na terytorium danego kraju na obywateli Unii zamierzających uzyskać kartę żeglarską wydawaną przez to państwo członkowskie.

Komentarz

Artykuł 18 TFUE ustanawia zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową i jest jedną z podstawowych zasad prawa UE. W zasadzie tej wyraża się szczególny cel Unii, którym jest przezwyciężenie „statusu obcego" cudzoziemca-obywatela państwa członkowskiego i utworzenie w ten sposób ważnej podstawy funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz wyposażenie obywateli państw członkowskich w samoistne prawo o charakterze prawa podstawowego.

Zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową stanowi strukturalną lub podstawową zasadę UE dlatego, że jest ona konkretyzowana lub rozwijana w wielu przepisach szcze-

4 Podobnie w wyroku TSUE z dnia 7 maja 1998 r. w sprawie C-350/96 i w wyroku z dnia 25 stycznia 2011 r. w sprawie C-382/08.

gólnych traktatu oraz ze względu na fakt, że zasada ta przenika do innych przepisów traktatów, a przez to do całego prawa UE, stanowiąc m.in. normatywną i aksjologiczną podstawę swobód unijnych (swobody przepływu towarów, swobody przemieszczania się osób, swobody świadczenia usług i swobody przepływu kapitału), w których zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ma swój niezwykle istotny, chociaż zmieniający się stopniowo udział i specjalne znaczenie[5].

Zakres stosowania tej zasady, a także sposób jej rozumienia, również w orzecznictwie TSUE, ciągle ewoluuje, a sam Trybunał staje przed coraz to nowymi wątpliwościami co do zgodności przepisów prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich z art. 18 TFUE. Omówione wyżej orzeczenia nie dotyczyły *stricte* interpretacji art. 18 TFUE, ale szczególnych zakazów dyskryminacji, mających podstawę prawną również w innych postanowieniach traktatowych. Jak się wydaje, określone, normatywnie bliżej skonkretyzowane (jako cecha lub właściwość) kryterium dyskryminacji pozwala na łatwiejsze odniesienie i ocenę regulacji w kontekście potencjalnego naruszenia ogólnego zakazu dyskryminacji.

Tym samym na szczególną uwagę zasługiwało będzie orzeczenie TSUE wydane na wniosek Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA) o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie zarejestrowanej pod sygn. C-370/13.

Pytanie NSA dotyczy zgodności z art. 18 TFUE artykułu 3 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o realizacji prawa do rekompensaty z tytułu pozostawienia nieruchomości poza obecnymi granicami Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 169, poz. 1418; z 2006 r. nr 195, poz. 1437; z 2008 r. nr 197, poz. 1223 oraz z 2010 r. nr 257, poz. 1726), który wyłącza z grona osób uprawnionych do otrzymania rekompensaty nieposiadającego obywatelstwa polskiego spadkobiercę, właściciela nieruchomości pozostawionych poza obecnymi granicami państwa polskiego.

5 Szerzej na ten temat zob. A. Wróbel, *Pojęcie wspólnego rynku i rynku wewnętrznego a swobody wspólnotowe* (w:) J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2005, s. 3 i n.

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski[1]

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie *Maktouf i Damjanović przeciwko Bośni i Hercegowinie*, skargi nr 2312/08 i 34179/08 – zakaz karania bez podstawy prawnej

Stan faktyczny

Skarżący A. Maktouf jest obywatelem Iraku i mieszka w Malezji, z kolei G. Damjanović jest obywatelem Bośni i Hercegowiny i odbywa w kraju karę pozbawienia wolności. Obaj skarżący zostali skazani przez sąd do spraw zbrodni wojennych w Bośni i Hercegowinie (utworzony w 2005 r. w ramach Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii) za zbrodnie wojenne popełnione na ludności cywilnej podczas wojny w latach 1992–1995.

W 1993 r. A. Maktouf pomagał w uprowadzeniu dwóch cywilów w Travniku w celu wymiany ich na członków sił zbrojnych Bośni i Hercegowiny (ARBH), którzy zostali schwytani przez siły Chorwackiej Rady Obrony (HVO). Został w 2005 r. skazany za pomocnictwo w popełnieniu zbrodni wojennej na podstawie kodeksu karnego Bośni i Hercegowiny z 2003 r., a w 2007 r. sąd apelacyjny podtrzymał wyrok skazujący. W wyniku wniesionej skargi konstytucyjnej sąd konstytucyjny w czerwcu 2007 r. stwierdził w szczególności, że żadne z praw gwarantowanych skarżącemu przez Europejską Konwencję Praw Człowieka[2] nie zostało naruszone.

Z kolei G. Damjanović odegrał wiodącą rolę w pobiciu Bośniaków schwytanych w Sarajewie w 1992 r. W czerwcu 2007 r. został on, na podstawie bośniackiego kodeksu karnego z 2003 r., skazany na karę 11 lat pozbawienia wolności za stosowanie tortur jako zbrodnię wojenną, a w listopadzie 2007 r. sąd drugiej instancji podtrzymał ten wyrok. Sąd konstytucyjny odrzucił jego skargę konstytucyjną w kwietniu 2009 r.

Stanowisko ETPC – zakaz karania bez podstawy prawnej (art. 7 EKPC)

Na wstępie ETPC rozróżnił dwie kategorie poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego, podlegających jurysdykcji krajowego sądu do spraw zbrodni wojennych: zbrodnie przeciwko ludzkości usankcjonowane oraz zbrodnie przeciwko ludzkości nieusankcjonowane w krajowych przepisach karnych w czasie ich popełnienia (a stanowiące przestępstwa karne w świetle prawa międzynarodowego). W odniesieniu do zbrodni przeciwko ludzkości, które zostały usankcjonowane w prawie krajowym w 2003 r., ETPC zwrócił uwagę, że sądy były zobligowane do zastosowania kodeksu karnego z 2003 r. Trybunał podkreślił jed-

1 Autor jest stypendystą w ramach projektu „Kształcenie kadr na potrzeby rynku flexicurity i gospodarki opartej na wiedzy — oferta kierunków nauk humanistyczno-społecznych UŁ", współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

2 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie i uzupełniona protokołami (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284); dalej: konwencja lub EKPC.

nak, że do jego zadań nie należy abstrakcyjna kontrola, czy wsteczne zastosowanie kodeksu karnego z 2003 r. w sprawach zbrodni wojennych popełnionych w latach 1992–1995 było *per se* zgodne z art. 7 EKPC. Kwestia ta wymaga rozważenia dla konkretnego przypadku, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności danej sprawy oraz tego, czy sądy krajowe stosowały przepisy najbardziej korzystne dla sprawcy.

Jak zauważył ETPC, obowiązujący w czasie popełnienia zbrodni jugosłowiański kodeks karny z 1976 r. zawierał definicję zbrodni wojennych, podobnie jak kodeks z 2003 r., który w przypadku skarżących znalazł zastosowanie z mocą wsteczną. Różnica polegała na tym, że każdy z tych aktów przewidywał inny system karania za zbrodnie wojenne. Według kodeksu z 1976 r. zbrodnie wojenne podlegały karze pozbawienia wolności od 5 do 15 lat, w najpoważniejszych przypadkach groziła kara śmierci albo kara 20 lat pozbawienia wolności. Zgodnie natomiast z kodeksem z 2003 r. były to odpowiednio kary 10–20 lat pozbawienia wolności oraz 20–45 lat pozbawienia wolności za zbrodnie najcięższe. Obydwa kodeksy karne przewidywały karanie pomocnika i współsprawcy na takich zasadach, jakby oni sami popełnili zbrodnie, przy czym na podstawie kodeksu z 1976 r. możliwe było obniżenie kary pozbawienia wolności do 1 roku, a w przypadku kodeksu z 2003 r. – do lat 5.

Odnosząc się do sytuacji skarżących, ETPC zwrócił uwagę, że sąd skazał A. Maktoufa na karę 5 lat pozbawienia wolności, podczas gdy na podstawie kodeksu z 1976 r. zostałby skazany na rok więzienia. Z kolei G. Damjanović został skazany na karę 11 lat pozbawienia wolności, a przy zastosowaniu kodeksu z 1976 r. groziłaby mu kara 5 lat więzienia. Zatem regulacja karna z 1976 r. była łagodniejsza z punktu widzenia minimalnego wymiaru kary.

Jednocześnie Trybunał nie podzielił stanowiska rządu bośniackiego, że kodeks z 2003 r. był łagodniejszy dla skarżących ze względu na brak kary śmierci, ponieważ kara ta odnosiła się tylko do najcięższych przypadków zbrodni wojennych, a czynów skarżących do takich zaliczyć nie można. Przyznał, że wyroki wobec A. Maktoufa i G. Damjanovicia mieściły się w zakresie obu regulacji kodeksowych i tym samym nie można stwierdzić z całą pewnością, iż sąd wymierzyłby niższe kary. Z drugiej strony, zastosowanie kodeksu z 1976 r. taką realną możliwość stwarzało. Ponieważ wsteczne zastosowanie kodeksu z 2003 r. niosło za sobą realne ryzyko działania na niekorzyść skarżących, nie można mówić o zapewnieniu im skutecznej ochrony przed wymierzeniem surowszej kary, co wiąże się z naruszeniem art. 7 EKPC.

Ponadto ETPC nie zgodził się ze stanowiskiem rządu, że jeżeli w czasie popełnienia czyn zagrożony był karą według „ogólnych zasad uznanych przez narody cywilizowane" w rozumieniu art. 7 ust. 2 EKPC, to zasada niedziałania prawa wstecz w zakresie sądzenia i karania nie ma zastosowania. Argument ten jest niezgodny z intencją twórców EKPC, gdyż art. 7 ust. 1 zawiera ogólną zasadę niedziałania prawa wstecz, a art. 7 ust. 2 stanowi jedynie kontekstowe wyjaśnienie i został włączony do treści konwencji w celu wyeliminowania wątpliwości co do ważności ścigania za zbrodnie popełnione w czasie II wojny światowej już po jej zakończeniu. Zdaniem ETPC twórcy konwencji nie mieli zamiaru wprowadzenia ogólnego wyjątku od zasady *lex retro non agit*.

Odnosząc się do argumentu rządu, że wynikający z międzynarodowego prawa humanitarnego obowiązek odpowiedniego karania za zbrodnie wojenne wymaga odstąpienia od zasady niedziałania prawa wstecz, ETPC zaznaczył, iż zasada ta wyrażona jest także w konwencjach genewskich i protokołach dodatkowych do tych konwencji. Ponadto Trybunał uznał za oczywiście bezzasadny argument rządu, że skarżący nie mogli zostać odpowiednio ukarani na podstawie kodeksu karnego z 1976 r. – wyroki wobec skarżących mieściły się w granicach zarówno kodeksu z 1976 r., jak i kodeksu z 2003 r.

W związku z powyższym ETPC stwierdził, że w przypadku obu skarżących doszło do naruszenia art. 7 EKPC. Nie oznacza to, jak podkreślił Trybunał, że na skarżących powinny zostać nałożone niższe kary, ale w obu sprawach zastosowanie powinny znaleźć przepisy kodeksu karnego z 1976 r.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (czwarta izba) z dnia 17 września 2013 r. w sprawie *Przemyk przeciwko Polsce*, skarga nr 22426/11 – prawo do życia w związku z brakiem rzetelnego i skutecznego postępowania

Stan faktyczny

Syn L. Przemyka został w 1983 r. pobity ze skutkiem śmiertelnym przez funkcjonariuszy Milicji Obywatelskiej. W 1984 r. sprawcy zostali uniewinnieni, ale w 1990 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uchylił wyrok uniewinniający, powołując się na wadliwość prowadzonego wcześniej postępowania (fałszowanie dowodów przez władze i błędną sądową ocenę dowodów). W efekcie prokuratura ponownie przeprowadziła śledztwo, wniosła dwukrotnie akt oskarżenia, a w kwietniu 1997 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał wyrok, na mocy którego jednego ze sprawców uniewinnił, drugiego skazał na karę 4 lat pozbawienia wolności, a trzeciego uznał winnym niszczenia dowodów w sprawie zakończonej w 1990 r. W maju 1998 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wyrok w części uniewinniającej pierwszego ze sprawców i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, uniewinnił sprawcę wcześniej skazanego na karę pozbawienia wolności i utrzymał w mocy wyrok względem trzeciego sprawcy. Sąd Najwyższy we wrześniu 1999 r. oddalił skargę kasacyjną L. Przemyka, złożoną od tego wyroku w części dotyczącej uniewinnienia sprawcy wcześniej skazanego na karę pozbawienia wolności.

W toku ponownie rozpoznawanej sprawy przeciwko pierwszemu sprawcy Sąd Okręgowy w Warszawie wydał w czerwcu 2000 r. wyrok uniewinniający. Sąd Apelacyjny w Warszawie w styczniu 2001 r. utrzymał w mocy ten wyrok z uwagi na przedawnienie, ale we wrześniu 2001 r. Sąd Najwyższy uchylił wyrok, uznając, że sąd apelacyjny błędnie zinterpretował przepisy kodeksu dotyczące przedawnienia odpowiedzialności karnej. W efekcie sprawa została ponownie rozpoznana i w styczniu 2004 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uniewinnił byłego funkcjonariusza milicji, ale już w czerwcu 2004 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wyrok uniewinniający i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Proces został zakończony w maju 2008 r. wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie skazującym oskarżonego na karę pozbawienia wolności. W grudniu 2009 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wyrok sądu pierwszej instancji i umorzył postępowanie ze względu na przedawnienie. Skarga kasacyjna Prokuratora Generalnego od tego wyroku została przez Sąd Najwyższy oddalona w lipcu 2010 r.

Stanowisko ETPC – prawo do życia w związku z brakiem rzetelnego i skutecznego postępowania (art. 2 EKPC)

Trybunał przypomniał, że wymogi proceduralne art. 2 EKPC dotyczą postępowania jako całości, włącznie z etapem postępowania sądowego. Postępowanie musi spełniać wymogi wytyczone przez ten przepis, związane z zakazem umyślnego pozbawiania życia, czyli sądy krajowe nie mogą dopuścić, by zadane cierpienia fizyczne lub psychiczne pozostały bez kary. Ma to istotne znaczenie dla podtrzymywania zaufania społecznego i wsparcia dla rządów prawa oraz zapobiegania wszelkim oznakom tolerancji władz dla działań bezprawnych lub ich wspierania.

W pierwszej kolejności ETPC zwrócił uwagę na pięciokrotne uchylenie wyroków i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, na wielokrotne uwagi sądów odwoławczych w przedmiocie błędów popełnionych przez sądy niższej instancji przy ustalaniu okoliczności faktycznych sprawy i w zakresie uznania, że istnieją wystarczające podstawy do wydania orzeczenia oraz naruszenie prawa materialnego. W ocenie ETPC powodem przekazania sprawy do ponownego rozpoznania są zwykle błędy sądów niższej instancji, a powtarzanie takiego rozstrzygnięcia w ramach jednego postępowania jest wyrazem poważnej słabości działania systemu sądowego. Od 1 maja 1993 r., a od tej daty rozciąga się jurysdykcja ETPC, postępowanie przed sądami krajowymi toczyło się 17 lat. Występowały też okresy bezczynności sądów i nie bez wpływu na tok postępowania pozostawały istotne rozbieżności w interpretacji właściwych przepisów prawa i ich zastosowaniu do okoliczności sprawy. Trybunał w pełni podzie-

lił opinię polskiego Sądu Najwyższego wyrażoną w wyroku z lipca 2010 r., że sposób prowadzenia przedmiotowej sprawy przez sądy krajowe to wyraz porażki wymiaru sprawiedliwości.

W konsekwencji ETPC uznał, że system karny zastosowany w sprawie, skądinąd niedostatecznie surowy, nie był w wystarczającym stopniu skuteczny, by możliwe było rozliczenie się ze spuścizną totalitarnej przeszłości lub zapobieżenie podobnym czynom niezgodnym z prawem. Zdaniem ETPC przebieg postępowania karnego nie stanowił odpowiedniego zadośćuczynienia skarżącemu za naruszenie zasady określonej w art. 2 EKPC. W związku z tym Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 2 EKPC w jego części proceduralnej.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 26 września 2013 r. w sprawie *X. przeciwko Łotwie*, skarga nr 27853/09 – prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego

Stan faktyczny

Skarżąca jest obywatelką Łotwy, w 2007 r. uzyskała także obywatelstwo australijskie. W 2004 r. jako mężatka związała się nieformalnie z obywatelem Australii, zamieszkała z nim, a w 2005 r. urodziła córkę. W lipcu 2008 r. skarżąca opuściła Australię i przeniosła się wraz z córką na Łotwę. Partner skarżącej wystąpił wówczas do sądu rodzinnego w Australii o uznanie ojcostwa i sąd potwierdził, że władza rodzicielska przysługiwała mu od momentu urodzenia się dziecka. W tym samym czasie władze australijskie wystąpiły do odpowiednich władz łotewskich z wnioskiem o pomoc w zapewnieniu powrotu dziecka na podstawie konwencji haskiej z 25 października 1980 r.[3] (dalej: konwencja haska).

W listopadzie 2008 r. łotewski sąd pierwszej instancji orzekł, że wywóz dziecka z Australii był bezprawny i dokonano go bez zgody ojca, którego prawa rodzicielskie zostały uznane przez sąd australijski. Nakazał natychmiastowy – nie później niż w ciągu 6 tygodni od wydania orzeczenia – powrót dziecka do Australii. Skarżąca złożyła apelację od tego wyroku, powołując się na więzi dziecka z Łotwą i krytykując zachowanie byłego partnera; wyraziła przy tym obawę o brak możliwości uzyskiwania informacji o sytuacji córki w przypadku jej powrotu do Australii. Przedstawiła także sporządzoną przez psychologa opinię, z której wynikało, że natychmiastowa separacja stwarza ryzyko psychologicznej traumy dla dziecka. W styczniu 2009 r. sąd okręgowy w Rydze utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji nakazujący powrót dziecka do Australii. Sąd uznał zarzuty skarżącej za bezpodstawne i stwierdził, że nie jest umocowany do orzekania w sprawie ryzyka podniesionego w opinii psychologa, a więc zasadności sprawowania opieki nad dzieckiem, ponieważ kwestia ta nie stanowiła części procedury powrotu dziecka przewidzianej w konwencji haskiej. Na podstawie tego wyroku ojciec zabrał córkę do Australii. Skarżąca ponownie zamieszkała w Australii, co umożliwiło jej regularne kontakty z dzieckiem.

Stanowisko ETPC – prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC)

Trybunał zauważył na wstępie, że decyzja o powrocie dziecka do Australii nie stanowiła niezgodnej z prawem ingerencji w prawo skarżącej do poszanowania jej życia prywatnego i rodzinnego. Uznał przy tym, że ingerencja ta miała uzasadniony cel – ochronę praw dziecka i ojca. Odnosząc się do konieczności ingerencji, ETPC zwrócił uwagę, że w przypadku decyzji dotyczących dzieci najważniejsze są ich interesy. Nie są to interesy zbieżne z interesami rodziców i powinny być oceniane w świetle wyjątków przewidzianych w konwencji haskiej, w szczególności dotyczących upływu czasu od uprowadzenia lub zatrzymania dziecka (art. 12) czy istnienia poważnego ryzyka, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w niekorzystnej sytuacji (art. 13 lit. b). Ocena taka należy do władz krajowych, które dysponują w tym zakresie pewnym marginesem swobody. Rolą ETPC jest natomiast sprawdzenie, czy proces podejmowa-

3 Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze dnia 25 października 1980 r. (Dz.U. z 1995 r., nr 108, poz. 528).

nia decyzji o powrocie dziecka do państwa miejsca stałego pobytu był uzasadniony i chronił interesy dziecka. W świetle art. 8 EKPC należało więc zbadać, czy istniało „poważne zagrożenie" dla dziecka w przypadku jego powrotu do Australii oraz czy w państwie miejsca stałego pobytu zostały przewidziane odpowiednie zabezpieczenia, tj. konkretne środki ochrony w przypadku znanego ryzyka.

Trybunał zwrócił uwagę, że w rozpatrywanej sprawie upłynął mniej niż rok od wyjazdu dziecka do złożenia wniosku w sprawie jego powrotu, a zwykle tego rodzaju wnioski mają na celu doprowadzenie do natychmiastowego powrotu dziecka. Zaznaczył jednak, że skarżąca złożyła do sądu okręgowego opinię psychologa wskazującą, iż natychmiastowe rozdzielenie z matką wiąże się z ryzykiem urazów psychicznych dla dziecka. Zdaniem ETPC nie można akceptować odmowy przez sądy krajowe uwzględnienia takiej opinii na tej podstawie, że dotyczy ona istoty opieki, a nie wniosku o zwrot dziecka będącego przedmiotem postępowania. W rzeczywistości opinia psychologa zwracała uwagę na związane bezpośrednio z dobrem dziecka ryzyko urazów psychicznych oraz stwarzała podstawę do stwierdzenia istnienia „poważnego ryzyka", co powinno być zbadane w świetle art. 13 lit. b konwencji haskiej, podobnie jak kwestia możliwości przeniesienia się matki do Australii i utrzymania kontaktu z dzieckiem. Wynikająca z konwencji haskiej potrzeba niezwłocznego działania nie zwalnia – w ocenie ETPC – władz łotewskich od przeprowadzenia skutecznej analizy istnienia takiego ryzyka.

Podsumowując, ETPC stwierdził, że odmawiając zbadania opinii wskazującej na możliwość istnienia „poważnego ryzyka" dla dziecka w rozumieniu art. 13 lit. b konwencji haskiej, władze łotewskie nie wywiązały się z obowiązków proceduralnych. Trybunał orzekł, że doszło zatem do naruszenia art. 8 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (czwarta izba) z dnia 14 stycznia 2014 r. w sprawie *Jones i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, skargi nr 34356/06 i 40528/06 – prawo dostępu do sądu

Stan faktyczny

Skarżący, czterej obywatele brytyjscy, w latach 2000 i 2001 zostali aresztowani w Rijadzie, a w areszcie byli torturowani. Po powrocie do Wielkiej Brytanii poddali się badaniom medycznym, na podstawie których stwierdzono obrażenia będące następstwem tortur.

W 2002 r. jeden ze skarżących wystąpił przeciwko Ministerstwu Spraw Wewnętrznych Arabii Saudyjskiej oraz jednemu z jej urzędników, który miał dopuścić się tortur, z żądaniem wypłacenia zadośćuczynienia za doznane krzywdy. Powództwo to zostało odrzucone, ze względu na to, że Arabia Saudyjska oraz jej funkcjonariusze korzystają z immunitetu państwowego. W 2004 r. analogiczne żądania pozostałych skarżących zostały odrzucone. W tym samym roku Sąd Apelacyjny Wielkiej Brytanii orzekł, że skarżący nie mogli pozwać Arabii Saudyjskiej, mają natomiast możliwość dochodzenia swych praw bezpośrednio od domniemanych sprawców tortur. Orzeczenie to zostało jednak uchylone przez Izbę Lordów, która stwierdziła, że nie istnieje możliwość pozwania funkcjonariuszy publicznych Arabii Saudyjskiej, gdyż także oni objęci są immunitetem.

Stanowisko ETPC – zakaz nieludzkiego i poniżającego traktowania oraz prawo do efektywnego środka prawnego (art. 3 i art. 14 EKPC)

Trybunał przypomniał, że art. 6 ust. 1 EKPC przyznaje każdemu prawo do sądowego rozpatrzenia jego sprawy dotyczącej praw cywilnych. Prawo to nie jest absolutne i państwa mogą je ograniczyć. Ograniczenia te muszą być proporcjonalne, co ma miejsce wtedy, gdy służą realizacji legitymowanego celu i gdy istnieje związek między ich celami a zastosowanymi ograniczeniami. Trybunał w przeszłości zajmował się kwestią immunitetu państwowego. W wyroku z 2001 r. uznał, że immunitet ten jest instytucją prawa międzynarodowego i wprowadzono go, by zapewnić dobre stosunki między państwami i dla wzajemnego poszanowania suwerenności.

Odnosząc się do pozwu skierowanego przeciwko Arabii Saudyjskiej, ETPC zbadał, czy w czasie,

gdy żądanie skarżącego zostało oddalone (2006 r.), w prawie międzynarodowym istniał wyjątek od immunitetu państwowego, pozwalający na dochodzenie od państwa roszczeń cywilnych za tortury wyrządzone przez funkcjonariuszy tego państwa. Negatywnej odpowiedzi na to pytanie udzielił Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w lutym w 2012 r. w sprawie *Niemcy przeciwko Włochom*. W tym więc zakresie ETPC nie stwierdził naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC.

Analogiczne pytanie należało postawić przy ocenie legalności odrzucenia – jako niedopuszczalnych – roszczeń skarżących przeciwko saudyjskim funkcjonariuszom publicznym. Trybunał, badając prawo międzynarodowe, krajowe oraz odnosząc się do orzecznictwa sądowego, ustalił więc, że immunitet jurysdykcyjny państwa rozciąga się na jego funkcjonariuszy w zakresie działań wykonywanych w imieniu państwa. W przeciwnym razie immunitet państwa byłby obchodzony przez pozywanie poszczególnych funkcjonariuszy państwa. Trybunał wziął też pod uwagę, że w sprawie obszernie, przekonująco i z wykorzystaniem licznych argumentów, tak z prawa międzynarodowego, jak i krajowego, wyjaśniono skarżącym powody, dla których niemożliwe jest pozywanie funkcjonariuszy publicznych innego państwa we własnym kraju. Z tych względów stosunkiem głosów 6:1 ETPC uznał, że nie doszło do naruszenia standardów konwencyjnych.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 28 stycznia 2014 r. w sprawie *O'Keeffe przeciwko Irlandii*, skarga nr 38510/09 – zakaz nieludzkiego i poniżającego traktowania oraz prawo do skutecznego środka ochrony

Stan faktyczny

Skarżąca w 1968 r. rozpoczęła edukację w szkole krajowej, finansowanej przez państwo, a będącej własnością katolickiej diecezji Cork i Ross. Placówką zarządzał ksiądz. W 1971 r. do księdza wniesiono pierwszą skargę dotyczącą świeckiego nauczyciela, któremu zarzucono popełnienie czynów lubieżnych względem jednej z uczennic. Kolejne skargi wpłynęły w 1973 r. Podejrzany nauczyciel w 1973 r. udał się na zwolnienie lekarskie, a następnie zrezygnował z pracy w szkole. Ksiądz będący menedżerem szkoły zawiadomił Departament Edukacji i Nauki o rezygnacji nauczyciela, nie wyjaśnił jednak, jakie były jej przyczyny. Także policja nie została powiadomiona o czynach nauczyciela.

Skarżąca stała się ofiarą pracownika szkoły w 1973 r. Jednak zdecydowała się zeznawać przeciwko nauczycielowi dopiero w latach 90. w prowadzonym postępowaniu karnym. Mężczyzna został oskarżony o dokonanie 386 przestępstw seksualnych, skazano go natomiast za 21 takich czynów.

W toku postępowania skarżąca zdała sobie sprawę, że jej problemy psychologiczne mają związek z czynami, jakich dopuścił się względem niej nauczyciel. W 1998 r. wystąpiła o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę i wypłacono jej kwotę ponad 50 000 euro. W tym samym roku sąd cywilny zasądził na jej rzecz 400 euro miesięcznego zadośćuczynienia od nauczyciela. Sądy oddaliły natomiast roszczenie skarżącej skierowane przeciwko państwu irlandzkiemu. Nie zgodziły się ze skarżącą, że państwo nie podjęło działań mających ochronić ją przed pedofilią. Zdaniem Sądu Najwyższego Irlandii jej system edukacyjny musi być postrzegany przez doświadczenia XIX w., kiedy to finansowane przez państwo szkoły były zarządzane przez kościół. Dlatego państwo nie może ponosić odpowiedzialności za cudze czyny.

Stanowisko ETPC – zakaz nieludzkiego i poniżającego traktowania oraz prawo do efektywnego środka prawnego (art. 3 i art. 14 EKPC)

Trybunał uznał, że dla orzeczenia o odpowiedzialności Irlandii za ewentualne naruszenie standardów konwencyjnych niezbędne jest wzięcie pod uwagę, że w 1973 r. świadomość społeczna co do ryzyka wykorzystywania seksualnego dzieci nie była tak powszechna jak obecnie. Wprawdzie system szkolnictwa Irlandii był unikalny w skali europejskiej, jednak zdaniem ETPC małe dzieci są narażone na różnego rodzaju niebezpieczeństwa i obowiązkiem państwa było chronić je przed złym traktowaniem, zwłaszcza w szkolnictwie podstawowym,

gdyż dzieci znajdują się pod wyłączną kontrolą władz szkolnych. Państwo nie może zwolnić się od tego obowiązku przez delegowanie obowiązku nauczania na podmioty prywatne albo osoby fizyczne. Nie można również – jak twierdził rząd Irlandii – uznać, że rodzice skarżącej mogli wybrać inne formy usług edukacyjnych (np. świadczonych w domu). Szkolnictwo podstawowe było obowiązkowe, a rodzice w zasadzie nie mieli alternatywy przy wyborze szkoły. W ocenie Trybunału w rozpatrywanej sprawie nie chodzi o przypisanie rodzicom, władzom szkoły czy nauczycielowi odpowiedzialności za krzywdy, których doznała skarżąca. Problemem wymagającym wyjaśnienia jest kwestia odpowiedzialności państwa, świadomości wykorzystywania seksualnego nieletnich i stworzenia systemu ochrony dzieci.

W pierwszej kolejności ETPC stwierdził, że z porównania statystyk z lat 30. i 70. XX w. i gwałtownego przyrostu przestępstw seksualnych w stosunku do nieletnich wynika, iż państwo musiało mieć świadomość poziomu tego rodzaju przestępczości. Mimo to państwo nadal powierzało zarządzanie szkolnictwem podstawowym prywatnym podmiotom, bez wprowadzenia mechanizmu skutecznej kontroli państwowej. Podejmowane w latach 70. w Irlandii kroki przeciwko przestępczości seksualnej wobec dzieci nie były skuteczne. Rząd wprawdzie dowodził, że w latach 1965 i 1970 wprowadzone zostały dla szkół wytyczne, jak postępować w razie wniesienia skargi na zachowanie nauczycieli, jednak – w ocenie ETPC – państwo nie stworzyło procedury umożliwiającej uczniom bądź ich rodzicom wnoszenia skarg do właściwych organów państwowych. Według wytycznych skargi miały trafiać do zarządzających szkołami, najczęściej księży, a nie do urzędników państwowych. System ten nie mógł być skuteczny, bo księża (jak to miało miejsce w sprawie skarżącej) nie przekazywali skarg do właściwych organów państwa.

Poza tym wprowadzony przez Irlandię system szkolnych inspektorów również okazał się nieprzydatny. Inspektorzy byli zobowiązani wyłącznie do oceny jakości kształcenia, ich obowiązki zaś nie odnosiły się do relacji między nauczycielami a uczniami. Mimo że inspektorzy w latach 1969–1973 kontrolowali szkołę skarżącej sześciokrotnie, sprawa jej molestowania nie została zgłoszona. Pierwsza oficjalna skarga do organów państwa wpłynęła dopiero w 1995 r., kiedy nauczyciel molestujący skarżącą był już na emeryturze.

Trybunał uznał więc, że istniejący system nadzoru nad szkołami nie sprawdził się, gdyż w czasie jego obowiązywania w szkole skarżącej doszło aż do 400 przypadków molestowania seksualnego uczniów. Ze względu na brak nadzoru nad szkołami i opieszałość władz irlandzkich doszło do naruszenia art. 3 EKPC. Z kolei nieefektywność środków prawnych przewidzianych przez prawo irlandzkie skutkowała stwierdzeniem naruszenia prawa do efektywnego środka prawnego (art. 14 EKPC).

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Marcin Pawlicki

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała NSA z dnia 25 listopada 2013 r., I OPS 6/13

Podział nieruchomości. Opłata adiacencka. Milczenie organu administracji publicznej

O zachowaniu trzyletniego terminu dla ustalenia opłaty adiacenckiej z tytułu wzrostu wartości nieruchomości w wyniku jej podziału, o którym mowa w art. 98a ust. 1 u.g.n.[1], w przypadku zakończenia postępowania decyzją organu odwoławczego, decyduje data wydania decyzji ostatecznej przez organ odwoławczy, a nie data doręczenia tej decyzji stronie.

Stan faktyczny

Przedmiotem podjętej przez NSA uchwały był spór, jaki zaistniał na tle jednego z postępowań sądowych. Dotyczył on sposobu obliczenia 3-letniego terminu, o którym stanowi art. 98a ust. 1 u.g.n., w którym organ wykonawczy gminy może ustalić w drodze decyzji opłatę adiacencką z tytułu wzrostu wartości nieruchomości na skutek jej podziału. Termin ten liczony jest od dnia, w którym decyzja zatwierdzająca podział nieruchomości stała się ostateczna albo orzeczenie o podziale stało się prawomocne. W art. 98a ust. 1 u.g.n. nie został jednak wskazany dzień upływu tego terminu. W orzecznictwie sądowym prezentowane były w tym zakresie odmienne stanowiska. Z jednej strony wskazywano na datę doręczenia stronie ostatecznej decyzji w przedmiocie opłaty adiacenckiej. Z drugiej strony część składów orzekających opowiadała się za datą wydania (podpisania) takiej decyzji. Niejednolitość w orzecznictwie sądowym skłoniła NSA do podjęcia analizowanej uchwały.

Stanowisko NSA

Podejmując uchwałę, NSA zwrócił uwagę, że rozpoczęcie terminu, w którym organ administracji publicznej uzyskuje kompetencję do wydania decyzji wymierzającej opłatę adiacencką, uzależnione zostało od dnia, w którym decyzja zatwierdzająca podział nieruchomości stała się ostateczna. Oznacza to zdaniem NSA, że istotnego znaczenia nabiera nie to, z jakim dniem została wydana decyzja zatwierdzająca podział nieruchomości, ale z jakim dniem uzyskała ona atrybut ostateczności. Tak samo decyzja w sprawie ustalenia opłaty adiacenckiej kończy postępowanie w sprawie, jeżeli ma charakter ostateczny. Rozstrzygnięciem tym może być decyzja organu I instancji albo decyzja organu II instancji, jeżeli strona wniosła odwołanie. Decyzja organu I instancji staje się ostateczna z dniem upływu terminu do wniesienia odwołania. Z kolei decyzja organu II instancji jest ostateczna dlatego, że nie przysługuje od niej odwołanie, a nie dlatego, że została doręczona stronie. Wprawdzie doręczenie decyzji z mocy art. 110 k.p.a. powoduje, że decyzja wchodzi do obrotu prawnego, tym niemniej uzyskuje ona cechę ostateczności z dniem jej wydania. Dlatego rozstrzygające znaczenie zdaniem NSA ma to, że o ile datę ostateczności decyzji organu I instancji wyznacza dzień, w którym upłynął termin do wniesienia odwołania, o tyle datę ostateczności decyzji organu odwoławczego wyznacza dzień wydania decyzji, przy założeniu, że została ona stronie doręczona.

Zdaniem NSA przyjęcie, że decyzja organu odwoławczego powinna zostać doręczona stronie przed upływem terminu przedawnienia, o którym stanowi art. 98a ust. 1 u.g.n., oznaczałoby, że organ

1 Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 102, poz. 651 z późn. zm.).

odwoławczy, wydając decyzję, powinien uwzględnić nie tylko stan rzeczy istniejący w momencie wydania decyzji, lecz również okoliczność, kiedy zostanie ona doręczona stronie, a zatem zdarzenia, które nastąpią po wydaniu decyzji. Prowadziłoby to do nieracjonalnego wniosku, że organ II instancji nie może wydać decyzji w przedmiocie opłaty adiacenckiej tylko z tego powodu, że termin przedawnienia może upłynąć przed dniem jej doręczenia stronie.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Przedstawiona powyżej uchwała NSA dotyczy konstrukcji tzw. milczenia administracji, wykorzystywanej w wielu regulacjach przez ustawodawcę. Polega ona na celowym niepodejmowaniu przez organ administracji form działania o charakterze publicznoprawnym, z czym powiązane jest powstanie skutków materialnoprawnych dla jednostki, przykładowo odstąpienie od nałożenia opłaty adiacenckiej z tytułu wzrostu wartości nieruchomości spowodowanego dokonanym jej podziałem. Jednym z zagadnień łączących się z tą formą działania administracji publicznej pozostaje określenie momentu czasowego, do którego organ administracji publicznej może skorzystać z przysługującej mu kompetencji. Formułowane są w tym zakresie różne propozycje, począwszy od dnia wydania decyzji, przez moment jej nadania w urzędzie pocztowym, na obowiązkowym doręczeniu decyzji stronie skończywszy. Odmienne brzmienie poszczególnych przepisów zawierających tę formę biernego zachowania organu administracji publicznej powoduje, że NSA w podejmowanych uchwałach nie prezentuje jednolitego stanowiska dotyczącego rozwiązania tego zagadnienia.

W przedstawionej uchwale NSA uznał, że dla zachowania terminu, o którym stanowi art. 98a ust. 1 u.g.n., w przypadku zakończenia postępowania decyzją organu odwoławczego, miarodajna pozostaje data wydania decyzji ostatecznej przez organ odwoławczy, a nie data jej doręczenia stronie. Dodatkowy argument potwierdzający słuszność zapadłego rozstrzygnięcia należy wyprowadzić z racji pragmatycznych. Zachowanie terminu, z którego upływem powiązany jest skutek materialnoprawny, nie powinno być połączone z szybkością i prawidłowością doręczenia decyzji administracyjnej. Czynność doręczenia ma charakter materialnotechniczny. Nie powinna ona odgrywać decydującego znaczenia dla przyznania albo odjęcia jednostce określonych uprawnień materialnoprawnych.

Opracował *Wojciech Piątek*

Uchwała składu siedmiu sędziów NSA z dnia 18 grudnia 2013 r., I OPS 13/13.

Wymogi formalne pisma w postępowaniu sądowym, uzupełnienie braków formalnych

1. Niedołączenie przez skarżącego wymaganej liczby odpisów skargi i odpisów załączników, zgodnie z art. 47 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[2](...), jest brakiem formalnym skargi, o którym mowa w art. 49 § 1 w związku z art. 57 § 1 P.p.s.a., uniemożliwiającym nadanie skardze prawidłowego biegu, który nie może być usunięty przez sporządzenie odpisów skargi przez sąd.

2. Złożenie przez skarżącego wymaganych odpisów skargi po upływie wyznaczonego terminu, o którym mowa w art. 49 § 1 P.p.s.a, ale przed odrzuceniem skargi, oznacza, że skarga nie może otrzymać prawidłowego biegu i podlega odrzuceniu na podstawie art. 58 § 1 pkt 3 P.p.s.a.

Stan faktyczny

Z wnioskiem o podjęcie przez NSA uchwały wyjaśniającej zagadnienie prawne wystąpił Prezes NSA. Pytanie dotyczyło oceny skutków niedołączenia przez stronę wymaganej liczby odpisów skargi i jej załączników, to jest tego, czy – zgodnie z art. 47 § 1 p.p.s.a. – jest to brak, o którym mowa w art. 49 § 1 p.p.s.a., uniemożliwiający nadanie skardze prawidłowego biegu, który nie może być usunięty przez sąd sporządzeniem wymaganych odpisów. W przypadku odpowiedzi twierdzącej Prezes NSA wniósł o rozstrzygnięcie tego, czy nadesłanie przez stronę wymaganych odpisów skargi po wyznaczonym terminie, w sposób określony w art. 49 § 1 p.p.s.a., ale przed jej odrzuceniem na podstawie art. 58

2 Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 270 z późn. zm. (dalej: p.p.s.a.).

§ 1 pkt 3 p.p.s.a. powoduje, że skarga może otrzymać prawidłowy bieg.

W uzasadnieniu wniosku Prezes NSA wskazał, że w zakreślonym w pytaniu prawnym zakresie istnieje rozbieżność w stosowaniu tych przepisów przez sądy administracyjne. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem nienadesłanie odpisu skargi lub zażalenia ma charakter braku istotnego, czyli takiego, który uniemożliwia nadanie skardze (zażaleniu) dalszego biegu i w konsekwencji musi on prowadzić – w razie niewykonania przez skarżącego skierowanego do niego wezwania – do odrzucenia skargi (zażalenia). Podnosi się również, że nieuzupełnieniem braków formalnych skargi jest nie tylko samo niewykonanie wezwania, ale także jego nieprawidłowe, czy niepełne wykonanie. Według drugiego stanowiska wyrażonego w orzecznictwie za brak istotny nie można uznać braku odpisów pisma (skargi, zażalenia, skargi kasacyjnej), ponieważ sąd jest władny wykonać dodatkowe kopie we własnym zakresie, a tym samym nadać prawidłowy bieg złożonemu pismu.

Stanowisko NSA

Naczelny Sąd Administracyjny wskazał w pierwszej kolejności, że ustawodawca nie przewidział prawnych możliwości uzupełniania braków formalnych żadnych pism procesowych przez sąd, ani nie dokonał rozróżnienia na braki „istotne" i „nieistotne", a jedynie wskazał na braki, które uniemożliwiają nadanie pismu prawidłowego biegu. Zwrócono również uwagę na to, że orzecznictwo sądów powszechnych nie budzi żadnych wątpliwości, iż niedołączenie odpisu pisma procesowego jest brakiem formalnym, którego nieusunięcie w zakreślonym terminie powoduje zwrot pisma.

Zwolnienie strony z dokonania czynności, a zwłaszcza z uzupełnienia braku formalnego polegającego na niedołączeniu odpisów pisma i obciążenie tą czynnością sądu, np. w celu usprawnienia postępowania, nie może być domyślne, ale musiałoby mieć oparcie ustawowe. Niedopuszczalne i bezzasadne jest więc przerzucanie na sąd wykonywania czynności obciążających stronę, choćby miały charakter techniczny.

W uchwale zwrócono uwagę, że niedołączenie przez skarżącego odpisu skargi w sposób oczywisty wywiera wpływ na sytuację procesową pozostałych stron postępowania, ponieważ jest brakiem, który uniemożliwia nadanie skardze dalszego biegu. Sporządzanie odpisów pisma przez sąd w celu usunięcia braków za jedną ze stron postępowania nie tylko nie mieści się w zakresie dopuszczalnych czynności procesowych sądu, ale ponadto mogłoby wskazywać na działanie sądu w interesie jednej ze stron, a to z kolei podważałoby zasadę bezstronności sądu. W przepisach p.p.s.a. nie ma też podstaw do przyjęcia, że sąd jest władny wykonać kopie skargi we własnym zakresie.

Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zwracano uwagę na treść prawa do sądu, na którą składają się: prawo dostępu do sądu, czyli uruchomienia procedury, prawo do korzystania z rzetelnej procedury sądowej oraz prawo do wyroku. W omawianym orzeczeniu zwrócono również uwagę, że formalizm procesowy jest nieodzownym elementem sprawnego i rzetelnego przeprowadzenia postępowania. W przypadku każdej ze stron należy oczekiwać dbałości o swoje interesy. Minimalne wymogi w zakresie rzetelnej procedury wyznacza z jednej strony nakaz podmiotowego, a nie przedmiotowego traktowania uczestników postępowania, z drugiej zaś – zakaz arbitralnego działania sądu. Zdaniem NSA oczywiste jest, że formalizm postępowania może jednak stanowić barierę w dostępie do sądu, lecz rzetelność postępowania zapewniona jest przez zachowanie właściwej proporcji przy normowaniu rygorów procesowych. Niekorzystnym skutkom uchybienia terminowi wykonania obowiązku procesowego powinny zapobiegać przewidziane przez ustawodawcę instytucje procesowe, np. przywrócenia terminu do dokonania czynności procesowej.

W uchwale podkreślono również, że ustawodawca nie uzależnia skutków uchybienia terminu i w konsekwencji odrzucenia skargi – od charakteru, rodzaju czy ilości uchybień. Nie można przyjąć, że niepodpisanie skargi w terminie zakreślonym przez przewodniczącego powoduje jej odrzucenie, ale już niedołączenie odpisów skargi w zakreślonym terminie nie jest podstawą odrzucenia skargi. Dlatego nietrafna jest interpretacja sprowadzająca się do wyłączenia skutków uchybienia termino-

wi do złożenia odpisu skargi spod działania normy prawnej zawartej w art. 58 § 1 pkt 3 p.p.s.a., jako nieznajdująca oparcia w żadnym przepisie ustawy procesowej.

Ponadto NSA zwrócił również uwagę, że o zastosowaniu sankcji nie może decydować to, kiedy sąd wyda postanowienie, ani to, czy przekroczenie terminu jest znaczne, czy nieznaczne. Uzasadnia to przyjęcie, że jakiekolwiek uchybienie terminowi w wykonaniu wezwania polegającego na dołączeniu odpisów skargi i załączników jest podstawą do jej odrzucenia.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Omawiana uchwała NSA podejmuje istotną dla kwestii ochrony praw procesowych strony problematykę, dotyczącą konsekwencji nieuzupełnienia braków formalnych skargi. Należy zauważyć, że o ile inne braki formalne (nieuiszczenie opłaty od skargi lub jej niepodpisanie) nie mogą zostać uzupełnione przez sąd, o tyle sporządzenie odpisu skargi przez sąd jest fizycznie możliwe. Stanowisko wyrażone w uchwale należy zaaprobować z zastrzeżeniem, że w zależności od okoliczności zaistniałych w konkretnej sprawie należałoby rozważyć, czy zastosowanie rygoryzmu, o którym mowa w komentowanym orzeczeniu, nie byłoby zamknięciem prawa do sądu. Niewątpliwe jest, że nadmierny formalizm procesowy może skutkować zamknięciem drogi do sądu. Należy postulować prokonstytucyjną wykładnię przepisów procesowych. Rygorystyczne uznawanie, że każde nieuzupełnienie braków formalnych pisma skutkować powinno odrzuceniem skargi, mogłoby w niektórych przypadkach stanowić zamknięcie drogi do sądu, a co za tym idzie, naruszałoby podstawowe zasady i swobody obywatelskie. Należy również mieć na uwadze względy ekonomii procesowej, dopuszczającej wykonanie brakujących odpisów skargi przez sąd i obciążenie skarżących stosowną opłatą kancelaryjną, zamiast stosowania nadmiernego rygoryzmu w postaci odrzucenia skargi z tej przyczyny.

Opracował *Jan Olszanowski*

Wyrok NSA z dnia 13 listopada 2013 r., II GSK 1007/12

Wpis na listę adwokatów nie oznacza obowiązku wykonywania zawodu adwokata

Art. 4b ust. 1 pkt 1 Prawa o adwokaturze wprowadza jedynie zakaz jednoczesnego wykonywania zawodu adwokata z pozostawaniem w stosunku pracy, nie odnosi się natomiast do sytuacji osoby, która nabyła prawo do wykonywania zawodu. Przepis ten nie stoi więc na przeszkodzie uzyskania wpisu na listę adwokatów przez osobę, która w chwili wpisu wykonuje pracę na podstawie stosunku pracy.

Stan faktyczny

Do wojewódzkiego sądu administracyjnego wystąpiła skarżąca, wobec której okręgowa rada adwokacka podjęła uchwałę o skreśleniu z listy adwokatów, z uwagi na nierozwiązanie stosunku pracy na stanowisku asystenta sędziego, a Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej (dalej: Prezydium NRA) utrzymało w mocy zaskarżoną uchwałę okręgowej rady adwokackiej. W uzasadnieniu zaskarżonych uchwał organy obu instancji stwierdziły, że *ratio legis* art. 72 ust. 1 pkt 4 prawa o adwokaturze[3] jest takie, iż osoby zajmujące stanowiska w wymiarze sprawiedliwości: Sądzie Najwyższym, sądach powszechnych, sądach administracyjnych i sądach wojskowych, zgodnie z ustawami regulującymi ich ustrój i właściwość – sędziowie, referendarze sądowi, asystenci sędziów – nie mogą jednocześnie posiadać uprawnienia do korzystania z tytułu zawodowego adwokata. Zdaniem Prezydium NRA stanowisko asystenta sędziego jest niewątpliwie stanowiskiem w szeroko pojętym wymiarze sprawiedliwości, a skoro skarżąca nie zamierza zrezygnować z tego stanowiska, celem wykonywania zawodu adwokata, to może zostać wpisana ponownie na listę adwokatów, ale dopiero wtedy, gdy ustaną przyczyny skreślenia skarżącej z listy.

W skardze do WSA skarżąca wniosła o uchylenie w całości zaskarżonych uchwał organów obu instancji.

Wojewódzki sąd administracyjny uchylił zaskarżoną uchwałą Prezydium NRA oraz poprzedzającą ją uchwałę okręgowej rady adwokackiej. W uzasadnieniu orzeczenia wskazał, iż przepisy prawa o adwokaturze pozwalają na odróż-

3 Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 146, poz. 1188 z późn. zm.).

nienie dwóch odrębnych sytuacji prawnych dotyczących statusu adwokatów. Pierwsza z nich obejmuje nabycie prawa do wykonywania zawodu adwokata, druga zaś – wykonywanie tego zawodu. Nabycie prawa do wykonywania zawodu określają przepisy art. 65 i nast. prawa o adwokaturze. Ustalają one wymagania osobowe kandydata, których spełnienie przesądza o wpisaniu na listę adwokatów. Wyczerpują przy tym w całości przesłanki stanowiące podstawę wpisu na listę. Ponadto w ocenie WSA wpis na listę adwokatów jest elementem niezbędnym, ale niewystarczającym do rozpoczęcia wykonywania zawodu adwokata. W tym celu adwokat winien bowiem także złożyć ślubowanie, wyznaczyć siedzibę zawodową oraz zawiadomić o tym właściwą radę adwokacką. Sam wpis na listę adwokatów nie oznacza jeszcze możliwości występowania w charakterze pełnomocnika procesowego. W tym celu bowiem oprócz wpisu na listę adwokatów niezbędne jest również podjęcie wykonywania zawodu, poprzez wskazanie kancelarii adwokackiej, zespołu adwokackiego lub spółki cywilnej, jawnej, partnerskiej czy komandytowej, w której będzie wykonywał zawód adwokata. W konsekwencji prawo o adwokaturze nie stwarza obowiązku wykonywania zawodu adwokata przez osobę wpisaną na listę adwokatów, a tym samym uzyskanie wpisu na listę adwokatów niewykonujących zawodu (równoznaczne z uzyskaniem jedynie prawa do wykonywania zawodu adwokata, a nie z wykonywaniem zawodu adwokata) i kontynuowanie zatrudnienia na stanowisku asystenta sędziego jest zgodne z art. 4b ust. 1 pkt 1 prawa o adwokaturze.

Ze stanowiskiem WSA nie zgodziło się jednak Prezydium NRA i wystąpiło ze skargą kasacyjną do NSA. Organ ten zarzucił wyrokowi WSA błędną wykładnię art. 72 ust. 1 pkt 4 prawa o adwokaturze, uznając, że przepis ten ma zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy wpis na listę adwokatów został dokonany wcześniej niż objęcie stanowiska w wymiarze sprawiedliwości, gdy tymczasem wykładnia systemowa i celowościowa wskazuje, iż bez znaczenia dla stosowania tego przepisu jest, czy do objęcia stanowiska w wymiarze sprawiedliwości doszło przed, czy po wpisie na listę adwokatów, gdyż w obu przypadkach mamy do czynienia z adwokatem obejmującym stanowisko w tych organach. Prezydium NRA zarzuciło także WSA błędną wykładnię art. 72 ust. 1 pkt 4 prawa o adwokaturze, uznając, że przepis ten nie ma zastosowania do asystenta sędziego, gdyż pozostawanie przez adwokata, który nie wykonuje zawodu, w stosunku pracy na stanowisku asystenta sędziego nie jest objęciem stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości, tymczasem jednak stanowisko asystenta sędziego jest stanowiskiem pełnionym w tych organach.

Skarżąca wniosła o oddalenie skargi kasacyjnej w całości.

Stanowisko NSA

Wydając wyrok, NSA uznał, że skarga kasacyjna nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż wyrok WSA odpowiada prawu, aczkolwiek NSA nie podzielił niektórych argumentów sądu I instancji. W uzasadnieniu orzeczenia sąd wskazał, że w skardze kasacyjnej nie powołano naruszenia żadnych przepisów proceduralnych, a nadto nie występują żadne okoliczności stanowiące o nieważności postępowania, NSA związany jest więc stanem faktycznym ustalonym przez sąd w zaskarżonym wyroku.

Rozpatrując zatem zarzuty naruszenia prawa materialnego, NSA wskazał, że ustawodawca w prawie o adwokaturze odróżnił dwie sytuacje dotyczące statusu adwokatów. Pierwsza dotyczy nabycia prawa do wykonywania zawodu adwokata, a druga – wykonywania tego zawodu. Nabycie prawa do wykonywania zawodu określają przepisy art. 65 z zastrzeżeniem art. 66 ust. 1 i 2 prawa o adwokaturze. Ustalają one wymogi, których spełnienie przesądza o wpisaniu na listę adwokatów. Są to wyczerpujące przesłanki wpisu na listę. Wpis ten jest elementem niezbędnym, ale niewystarczającym do rozpoczęcia wykonywania zawodu. Przed rozpoczęciem czynności zawodowych adwokat obowiązany jest, zgodnie z art. 5 prawa o adwokaturze, złożyć ślubowanie, a ponadto wyznaczyć siedzibę zawodową i zawiadomić o tym właściwą radę adwokacką w terminie określonym w art. 70 prawa o adwokaturze. W orzecznictwie nie ma wątpliwości, że sam wpis na listę adwokatów nie uprawnia do występowania w charakterze pełnomocnika. Do tego niezbędne jest uzyskanie wpisu na listę, jak i podjęcie wykonywania za-

wodu, poprzez wskazanie, w trybie art. 70 prawa o adwokaturze, kancelarii adwokackiej, zespołu adwokackiego lub spółki cywilnej, jawnej, partnerskiej czy komandytowej, w której adwokat ten będzie wykonywał zawód oraz zawiadomienie o tym właściwej rady adwokackiej w ustawowo przepisanym terminie. Niewątpliwie w rozpoznawanej sprawie skarżąca nabyła prawo do wykonywania zawodu adwokata, ale nie podjęła wykonywania zawodu.

Jednocześnie podzielił stanowisko NSA z wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r., II GSK 594/2008, iż w regulacji prawnej nabycia prawa do wykonywania zawodu adwokata nie została wprowadzona przesłanka ograniczająca prawo wystąpienia o dopuszczenie do zawodu osoby zajmującej dotychczas stanowisko w organach wymiaru sprawiedliwości czy w organach ścigania. Stanowiłoby to ograniczenie konstytucyjnego prawa jednostki do wyboru zawodu, ustanowionego w art. 65 ust. 1 Konstytucji RP[4].

Naczelny Sąd Administracyjny wskazał także, że wpis na listę adwokatów nie stwarza obowiązku wykonywania zawodu adwokata. Prawo o adwokaturze nie zawiera bowiem takiej regulacji. Decyzja w tym zakresie uzależniona jest więc jedynie od woli adwokata, nie wiąże się z żadnymi negatywnymi konsekwencjami z niewykonywaniem tego zawodu. Prawo o adwokaturze przewiduje zaś sytuacje, w których adwokat nie wykonuje zawodu, zwalniając go m.in. od obowiązku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (*vide* art. 8a ust. 2). Dlatego też przepis art. 4b ust. 1 pkt 1 prawa o adwokaturze wprowadza jedynie zakaz jednoczesnego wykonywania zawodu adwokata z pozostawaniem w stosunku pracy, nie odnosi się natomiast do sytuacji osoby, która nabyła prawo do wykonywania zawodu, ale go nie wykonuje. Prawo do wykonywania zawodu adwokata, czyli wpis na listę adwokatów, może zaś uzyskać osoba zatrudniona na podstawie stosunku pracy.

Wykonywanie zawodu adwokata i jednoczesne pozostawanie w stosunku pracy jest sprzeczne z prawem i stanowi podstawę do pociągnięcia adwokata do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Jednakże, zdaniem NSA, zastosowanie sankcji przewidzianej w art. 72 ust.1 pkt 4 prawa o adwokaturze możliwe jest jedynie w stosunku do adwokatów, którzy równocześnie wykonują zawód i pozostają w stosunku pracy. Tylko taka wykładnia art. 72 ust. 1 pkt 4 prawa o adwokaturze, dokonana w ścisłym związku z treścią art. 4b ust. 1 pkt 1 tej ustawy, pozostaje w zgodzie z normami konstytucyjnymi, tj. z art. 65 ust. 1 oraz art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. W myśl bowiem art. 65 ust. 1 Konstytucji RP każdemu gwarantuje się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, przy czym – co wymaga podkreślenia – wyjątki określa ustawa.

Ponieważ skarżąca nie wykonywała zawodu adwokata w trakcie pozostawania w stosunku pracy, to skarga kasacyjna Prezydium NRA podlegała oddaleniu.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Przedstawione orzeczenie NSA jednoznacznie odróżnia uzyskanie prawa do wykonywania zawodu adwokata, czyli wpis na listę adwokatów, od podjęcia wykonywania tego zawodu. Tylko w tym drugim wypadku jednoczesne objęcie stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości, organach ścigania lub rozpoczęcie wykonywania zawodu notariusza stanowi podstawę do skreślenia z listy adwokatów.

Należy także zauważyć, że wyrok ten może spowodować niekorzystne skutki dla adwokatury, takie jak masowe wpisywanie się osób pozostających w stosunku pracy, np. w organach wymiaru sprawiedliwości, na listę adwokatów, bez jakiegokolwiek zamiaru podejmowania się wykonywania tego zawodu.

Opracował *Marcin Pawlicki*

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

Jerzy Pisuliński (red.), Michał Kućka, Katarzyna Pałka

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Postanowienie SN z dnia 1 października 2013 r., I CSK 694/12, OSNC z 2014 r., z. 1, poz. 9

Stwierdzenie wykonalności zagranicznych orzeczeń, klauzula porządku publicznego

1. Do podstawowych zasad porządku prawnego należy przewidziane w Konstytucji wymaganie proporcjonalności środków cywilnoprawnych skierowanych przeciwko sprawcy szkody.

2. Dopuszczalne jest częściowe stwierdzenie wykonalności zagranicznego orzeczenia w zakresie tylko jednego roszczenia, jeżeli jego przedmiot jest podzielny (art. 1150 k.p.c.).

3. Na podstawie art. 135 § 1 i art. 138 k.p.c. wystarczające jest każde określenie adresu, które pozwala na identyfikację adresata i ustalenie miejsca doręczenia przesyłki.

Komentowane postanowienie zostało wydane w związku z następującym stanem faktycznym. Sąd Obwodowy Hrabstwa Cook, Stanu Illinois, zaocznym wyrokiem wydanym na podstawie werdyktu ławy przysięgłych zasądził w związku z naruszeniem przez polską prasę dóbr osobistych małżonków mieszkających w Stanach Zjednoczonych odszkodowanie w postaci tzw. *actual (compensatory) damages* w łącznej wysokości miliona dolarów (250 tys. dolarów na rzecz powoda i 750 tys. na rzecz powódki) oraz odszkodowanie karne (*punitive damages*) w wysokości 4 mln. dolarów na rzecz obojga. Małżonkowie wnieśli do polskiego sądu wniosek o stwierdzenie wykonalności wspomnianego wyroku na obszarze Polski. Sąd okręgowy, orzekający jako sąd pierwszej instancji, oddalił wniosek. Sąd apelacyjny oddalił zażalenie na postanowienie sądu pierwszej instancji. Stwierdził, że doręczenie pozwanemu pisma wszczynającego postępowanie przed sądem amerykańskim nie było skuteczne. Ponadto sąd apelacyjny podkreślił, że polski system prawa prywatnego nie zna takiego środka prawnego jak odszkodowanie karne, które ma wyłącznie represyjny charakter, a w odniesieniu do *actual damages* przyznał, że odpowiada ono instytucji zadośćuczynienia za krzywdę, ale jego wysokość nie jest do pogodzenia z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego. Rozstrzygnięcie sądu apelacyjnego skutecznie zaskarżyła tylko wnioskodawczyni.

Sąd Najwyższy, w odróżnieniu od sądów niższych instancji, uznał doręczenie za skuteczne. Bliższa analiza tego fragmentu rozstrzygnięcia pozostaje jednak poza ramami niniejszego komentarza. Odnosząc się do problemu odszkodowania karnego, SN uznał je za obce europejskiej kulturze prawnej i zauważył, że przypomina ono karę prywatną, od której wielkie kodyfikacje i będące pod ich wpływem inne ustawodawstwa zasadniczo się uwolniły[1]. Jak podkreślił SN, główną funkcją odpowiedzialności cywilnej jest kompensacja. Inne funkcje, tj. represyjna i prewencyjna, które w przypadku odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych mogą ujawniać się w większym zakresie, są pochodną funkcji kompensacyjnej. Zasadniczym zadaniem odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie polskim jest wyrównanie szkody, a nie karanie sprawcy.

Warto zwrócić uwagę, że SN odniósł się do konstytucyjnej zasady proporcjonalności i stwierdził, iż nie naruszają jej pewne odstępstwa od wskazanego ujęcia odpo-

1 Zob. także m.in. E. Bagińska, *Odszkodowanie karne (punitive damages) w prawie amerykańskim*, „Państwo i Prawo" 2001, z. 9, s. 79 i n.

wiedzialności odszkodowawczej podyktowane doniosłymi racjami. Sąd Najwyższy podkreślił, że tylko w sytuacji, gdyby zasądzenie świadczenia pieniężnego w wysokości oderwanej od rozmiaru wyrządzonej szkody miało pełnić wyłącznie funkcję represyjną i prewencyjną, nie dałyby się go pogodzić z zasadą proporcjonalności. Mając powyższe na względzie, SN doszedł do wniosku, że Sąd Obwodowy Hrabstwa Cook, Stanu Illinois, przy wymiarze odszkodowania karnego nie kierował się żadnymi innymi przesłankami niż motyw ukarania i prewencji. W konsekwencji należało, zdaniem SN, odmówić stwierdzenia wykonalności wyroku sądu amerykańskiego w części zasądzającej odszkodowanie karne. Należy podkreślić, że SN nie stwierdził, iż odszkodowanie karne ze swej istoty pełni wyłącznie funkcje represyjno-prewencyjne, ale w tym konkretnym przypadku tak było.

Przedstawiony wywód Sądu Najwyższego uważam za przekonujący. Należy jednak zauważyć, że twierdzenie, iż celem odpowiedzialności cywilnej jest naprawienie szkody, a nie wymierzenie kary, ma znaczenie w rozważaniach teoretycznych. W rzeczywistości jednak trudno czasem rozstrzygnąć, gdzie kończy się kompensacja, a zaczyna represja[2]. Tak moim zdaniem jest właśnie w przypadku orzekania zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych, a zatem twierdzenie, że chodzi o naprawienie szkody, a nie wymierzenie kary, niczego nie wyjaśnia. Kompensacja przejawia się wówczas w tym, że konkretne zadośćuczynienie orzekane jest przede wszystkim ze względu na dobro poszkodowanego[3] (chociaż, przynajmniej częściowo, w oparciu o kryteria właściwe dla orzekania kary).

W części dotyczącej odszkodowania w postaci *actual damages* Sąd Najwyższy zakwestionował rozstrzygnięcie sądu apelacyjnego. Ten rodzaj odszkodowania, jak zauważył SN, pełni funkcję kompensacyjną i jako taki nie narusza polskiego porządku prawnego. Skoro sąd apelacyjny zakwestionował wysokość tego odszkodowania, to zdaniem Sądu Najwyższego powinien był ustalić, w jakiej części wykonalność tego orzeczenia dałaby się pogodzić ze wskazanymi zasadami, a nie w całości oddalić wniosek. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że dopuszczalne jest częściowe stwierdzenie wykonalności zagranicznego orzeczenia w zakresie dotyczącym jednego tylko roszczenia, jeżeli jego przedmiot jest podzielny. Jak trafnie stwierdził SN, w rozpatrywanym przypadku poziom sum zasądzanych przez sądy polskie w podobnych sprawach nie może być obojętny. Za uwzględnianiem tych kwot przemawia potrzeba ograniczenia zjawiska tzw. turystyki zniesławieniowej[4]. Jednocześnie SN wyraźnie zaznaczył, że nie można tego rozumieć w ten sposób, iż stwierdzenie wykonalności amerykańskiego wyroku zasądzającego odszkodowanie w postaci *actual damages* może nastąpić tylko w części odpowiadającej maksymalnej kwocie, która mogłaby być zasądzona w tej samej sprawie przez sąd polski. Sąd Najwyższy wskazał, że można odmówić stwierdzenia wykonalności zagranicznego orzeczenia z powołaniem się na klauzulę porządku publicznego „tylko wyjątkowo, gdyby stwierdzenie wykonalności tego orzeczenia pozostawało w sprzeczności, a więc było oczywiście, rażąco niezgodne z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego". Jego zdaniem mogłyby być wykonalne (w całości) takie amerykańskie orzeczenia zasądzające odszkodowania w postaci *actual damages*, których wysokość w pewnych granicach jest wyższa od poziomu kwot zasądzanych w podobnych sprawach przez sądy polskie.

Zasądzone w rozpatrywanej sprawie odszkodowanie w postaci *actual damages* znacznie odbiega od wysokości zadośćuczynień orzekanych w Polsce. Z uwagi na tę dysproporcję sąd apelacyjny, któremu sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania, stwierdził wykonalność wyroku sądu amerykańskiego co do kwoty 50 tys. dolarów[5], tj. w czę-

2 Trafnie zwrócił na to uwagę A. Szpunar, *Rozważania nad odszkodowaniem i karą*, „Państwo i Prawo" 1974, z. 6, s. 23.

3 Zob. wyrok TK z dnia 7 lutego 2005 r., SK 49/03, OTK-A 2005 nr 2, poz. 13.

4 Szerzej na ten temat zob. J. Balcarczyk, *Odpowiedzialność za słowa liczona w milionach funtów – turystyka zniesławieniowa* (w:) tejże (red.), *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2013, s. 233 i n.

5 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 lutego 2014 r. – zob. informacja prasowa, http://www.

ści nieprzekraczającej maksymalnych kwot zadośćuczynienia orzekanych w Polsce. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd co do możliwości przekroczenia górnej granicy kwot zadośćuczynienia orzekanego w Polsce w podobnych sprawach można, jak się zdaje, odnosić tylko do etapu decydowania o niezgodności z polskim porządkiem prawnym wysokości odszkodowania orzeczonego przez sąd obcy. W razie zaś stwierdzenia takiej niezgodności wspomniana granica jest jedynym możliwym do zastosowania kryterium – to ona powinna wyznaczać część, w której stwierdzona zostanie wykonalność zagranicznego wyroku.

Opracowała *Katarzyna Pałka*

Wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2012 r., II CSK 448/11, OSNC-ZD z 2013 r., nr D, poz. 69, s. 17

Zakres ochrony pauliańskiej wierzyciela w sytuacji, w której osoba trzecia rozporządziła uzyskaną korzyścią (ochrona pauliańska wobec następców osoby trzeciej)

W celu osiągnięcia skutku przewidzianego w art. 532 k.c. wystarczające jest wystąpienie – na podstawie art. 531 § 2 k.c. – przeciwko dalszemu nabywcy korzyści, która wyszła z majątku dłużnika, z powództwem o stwierdzenie bezskuteczności jego czynności; orzeczenie powinno w takim wypadku określać przedmiot, do którego wierzyciel może kierować egzekucję.

Komentowany wyrok dotyczy jednej z podstawowych kwestii związanych z ochroną wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika, a mianowicie zakresu tej ochrony w wypadku, gdy osoba trzecia, która jest stroną czynności fraudacyjnej dokonanej z dłużnikiem, rozporządziła uzyskaną korzyścią. Wprost do tej sytuacji odnosi się art. 531 § 2 k.c., którego treść wywołuje pewne wątpliwości, o czym najlepiej świadczy stan faktyczny, będący podstawą komentowanego orzeczenia. O ile jednak ustawodawca przewidział w art. 531 § 2 k.c., że wierzyciel może wystąpić wobec osoby „czwartej" w ramach instrumentów przyznanych mu w tytule X księgi trzeciej k.c., o tyle nie wspomniał o dalszych następcach osoby trzeciej, tj. osobie piątej itd. Wyrok SN dotyczy zaś właśnie sytuacji, w której wierzyciel wystąpił z powództwem przeciwko „piątemu". Z tej przyczyny wyrokowi z 12 kwietnia 2012 r. warto poświęcić szczególną uwagę.

Wyrok wydano na podstawie następującego stanu faktycznego. Dłużnik kupił 20 czerwca 2003 r. ½ udziału we współwłasności nieruchomości. Dnia 12 listopada 2003 r. dłużnik i drugi współwłaściciel nieruchomości wnieśli prawa do niej jako aport do spółki X z o.o. (osoba trzecia). Dnia 2 lutego 2006 r. spółka X zbyła nieruchomość spółce Y z o.o. (osoba czwarta), przy czym obie spółki reprezentował dłużnik – jako prezes jednoosobowych zarządów. Dnia 10 kwietnia 2008 r. spółka Y sprzedała nieruchomość rodzicom dłużnika. Wierzyciel kupował od dłużnika paliwo w okresie od marca 2003 r. do stycznia 2004 r. Nabywał je jako olej napędowy, jednak w rzeczywistości był to olej opałowy. Na skutek używania tego paliwa silniki w pojazdach wierzyciela zostały uszkodzone. W związku z tym procederem dłużnik został zobowiązany w wyroku karnym do zapłaty na rzecz wierzyciela, jako pokrzywdzonego, kwoty 68 820,10 zł tytułem naprawienia wyrządzonej szkody. Prowadzona przeciwko dłużnikowi egzekucja tego świadczenia przyniosła niewielkie rezultaty – wyegzekwowano zaledwie kwotę 265,42 zł. Wierzyciel wystąpił więc w 2010 r. z powództwem przeciwko rodzicom dłużnika o uznanie za bezskuteczną umowy z 10 kwietnia 2008 r. Wyrokiem z dnia 23 kwietnia 2010 r. sąd okręgowy uwzględnił powództwo, przy czym „zaznaczył, że bezskuteczność dotyczy części obejmującej udział ½ w tej nieruchomości i nakazał pozwanym, aby zezwolili powodowi na przeprowadzenie egzekucji z tego udziału" (uzasadnienie wyroku II CSK 448/11)[6]. Sąd

pap.pl/palio/html.run?_Instance=cms_www.pap.pl&_PageID=1&s=infopakiet&dz=kraj&idNewsComp=&filename=&idnews=147543&data=&status=biezace&_CheckSum=1101611632 (dostęp 17 marca 2014 r.).

6 Warto zauważyć, że sąd okręgowy nie tylko błędnie uznał czynność pomiędzy osobą czwartą i piątą za bezskuteczną względem wierzyciela, ale również nieprawidłowo wyodrębnił z „pełnego" prawa własności – udział (osobie czwartej nie przysługiwał jednak udział

okręgowy zaznaczył, że co prawda dłużnik nie był stroną zaskarżonej czynności prawnej, jednak za decydujące uznał to, iż dłużnik występował w imieniu spółki będącej stroną tej czynności. Stwierdził też, że następcą prawnym osoby trzeciej, która rozporządziła uzyskaną korzyścią, jest – w rozumieniu art. 531 § 2 k.c. – zarówno jej bezpośredni następca, jak i jej dalszy następca. Wyrokiem z dnia 3 marca 2011 r., wydanym na skutek apelacji pozwanych, sąd apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił powództwo. Sąd ten zakwestionował wykładnię art. 532 k.c. w zw. z art. 531 § 2 k.c. i art. 527 k.c., dokonaną przez sąd okręgowy i wyjaśnił, że przedmiotem skargi paulińskiej może być wyłącznie czynność dłużnika, bo tylko ona może być uważana za dokonaną z pokrzywdzeniem wierzycieli i uznana za bezskuteczną. W konsekwencji sąd drugiej instancji ocenił, że nieprawidłowe było orzeczenie o bezskuteczności w stosunku do powoda umowy sprzedaży z 10 kwietnia 2008 r., której stroną nie był dłużnik, ponieważ skutek krzywdzący może wystąpić jedynie w relacji wierzyciel – dłużnik. Tymczasem czynność prawna z 10 kwietnia 2008 r. nie dotknęła majątku dłużnika, bowiem przenosiła korzyści majątkowe znajdujące się u osób trzecich (w spółce Y). Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną wierzyciela od wyroku sądu apelacyjnego.

Zdaniem Sądu Najwyższego wierzyciel może na podstawie art. 531 § 2 k.c. skierować swoje żądanie także przeciwko dalszym nabywcom, którzy otrzymali korzyść usuniętą przez dłużnika z jego majątku (lub do tego majątku nie wprowadzoną) z pokrzywdzeniem wierzycieli, ale przedmiotem powództwa także w tym wypadku musi być czynność prawna, poprzez którą dłużnik wyzbył się tej korzyści. Jak podkreślił SN, powództwo przeciwko osobie „piątej" nie może więc treścią odbiegać od żądania, które wierzyciel kierowałby przeciwko osobie trzeciej w rozumieniu art. 527 § 1 k.c. Tym samym SN uznał, że pod pojęciem „osoby, na rzecz której rozporządzenie nastąpiło" należy rozumieć nie tylko tego, kto otrzymał bezpośrednio korzyść, lecz również tych, do których korzyść ta trafiła w drodze kolejnych rozporządzeń (o ile transakcji tych dokonano w warunkach określonych w art. 531 § 2 k.c., a więc nabywca wiedział o istnieniu podstaw do uznania czynności dłużnika za bezskuteczną lub uzyskał korzyść nieodpłatnie). Co istotne, SN wyjaśnił, że celem ochrony pauliańskiej jest umożliwienie wierzycielowi zaspokojenia jego wierzytelności wobec dłużnika nie tylko w wypadku, kiedy dłużnik zachowuje się nielojalnie, lecz również wtedy, gdy sprzecznie z zasadami rzetelności postępują podmioty uczestniczące w ciągu czynności oddalających drogą kolejnych rozporządzeń nadającą się do egzekucji korzyść od majątku dłużnika. Sąd Najwyższy przypomniał również, że podstawą egzekucji z majątku osoby trzeciej jest tytuł wykonawczy wystawiony przeciwko dłużnikowi oraz prawomocny wyrok o stwierdzeniu bezskuteczności czynności prawnej dokonanej przez dłużnika z pokrzywdzeniem wierzycieli. Ten drugi dokument precyzuje czynność, którą organ egzekucyjny powinien potraktować jako bezskuteczną w stosunku do wierzyciela egzekwującego skonkretyzowaną wierzytelność. Określenie tej czynności w orzeczeniu powinno oznaczać jej przedmiot, który należy uznawać za należący nadal do majątku dłużnika i z tego powodu podlegający egzekucji (art. 803 k.p.c.). Kiedy korzyść przejdzie do majątku kolejnej osoby, stwierdzenie bezskuteczności czynności przenoszącej korzyść do tego majątku (to znaczy ostatniej czynności w ciągu) nie wystarczy, aby przeprowadzić egzekucję, ponieważ brak będzie łączności pomiędzy tytułem wykonawczym wystawionym przeciwko dłużnikowi a orzeczeniem uznającym bezskuteczność czynności, której dłużnik nie dokonywał. Sąd Najwyższy dopuścił również „objęcie zaskarżeniem wszystkich czynności kolejno wiodących do osoby piątej, skoro czynności te i tak, jakkolwiek przesłankowo, muszą być poddane badaniu, aby ocenić zasadność powództwa o stwierdzenie bezskuteczności czynności dłużnika, które skierowane zostało przeciwko dalszemu nabywcy korzyści" (uzasadnienie wyroku II CSK 448/11).

we współwłasności nieruchomości, lecz własność nieruchomości). Przyjęcie, że osoba czwarta rozporządzała udziałami we współwłasności nieruchomości, a nie prawem własności, byłoby możliwe tylko wtedy, gdyby sąd stwierdził bezskuteczność czynności dłużnika. Wtedy bowiem w stosunku do wierzyciela dłużnik nadal byłby współwłaścicielem nieruchomości.

Komentowane rozstrzygnięcie co do zasady zasługuje na aprobatę, choć pewne kwestie zostały przez SN potraktowane zdawkowo[7]. Poza ramami niniejszego komentarza pozostaje zagadnienie dopuszczalności przyznania wierzycielowi roszczeń względem osoby trzeciej (lub jej następców) z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia[8], podobnie jak wpływ zawisłości sprawy na rozporządzenie korzyścią przez pozwaną osobę trzecią[9], a także to, jakie roszczenia przysługują wierzycielowi w razie wyzbycia się przez osobę trzecią (lub jej następcę) korzyści po uprawomocnieniu się wyroku wydanego w postępowaniu pauliańskim, a przed wszczęciem egzekucji. Komentowany wyrok zapadł bowiem na kanwie sprawy, w której po skutecznym doręczeniu pozwu nie doszło do rozporządzenia korzyścią.

Jak słusznie orzekł SN, ochrona pauliańska przysługuje wierzycielowi nie tylko wobec osoby czwartej, o której bezpośrednio stanowi art. 531 § 2 k.c., lecz również względem kolejnych nabywców korzyści (która wyszła z majątku dłużnika lub do niego nie weszła), o ile przesłanki określone w tym przepisie są zachowane (oczywiście, aby wierzyciel mógł dochodzić ochrony względem osoby czwartej i kolejnych, ochrona ta musi mu przysługiwać względem osoby trzeciej, tj. muszą zachodzić przesłanki wynikające z art. 527 k.c.). Nie jest więc wystarczające wykazanie w postępowaniu toczącym się wobec osoby piątej, że wiedziała ona o czynności fraudacyjnej lub nabyła korzyść nieodpłatnie[10]. Aby uzyskać ochronę, wierzyciel musi również wykazać, że okoliczności te zachodzą w stosunku do osoby czwartej[11]. Jeśli więc osoba czwarta nabyła odpłatnie korzyść, nie wiedząc o „okolicznościach uzasadniających uznanie czynności dłużnika za bezskuteczną", a osoba piąta nabyła od niej korzyść nieodpłatnie, to wierzyciel nie uzyska ochrony pauliańskiej, tj. powództwo skierowane przeciwko osobie piątej będzie podlegało oddaleniu (mimo że powództwo względem osoby trzeciej podlegałoby uwzględnieniu, jeśli spełnione byłyby przesłanki określone w art. 527 k.c).

Wątpliwości budzi jednak teza SN, że wierzyciel może domagać się ubezskutecznienia „wszystkich czynności wiodących kolejno do osoby piątej"[12]. Ze względu na brak ku temu podstawy prawnej należy odmówić wierzycielowi takiej możliwości. Może on żądać wyłącznie ubezskutecznienia czynności prawnej łączącej dłużnika z osobą trzecią, a jedynie skutki orzeczenia mogą rozciągać się również na majątek pozwanego (osoby czwartej, piątej itd.). Stąd tak istotne jest przyznanie legitymacji bier-

7 Przywołany przez SN stan faktyczny jest zbyt skrótowy, by stwierdzić, czy wierzycielowi przysługiwała już wierzytelność, gdy dłużnik wyzbył się udziału we współwłasności nieruchomości. Zdaje się, że sądy pierwszej i drugiej instancji nie badały tej kwestii, zaś SN przyjął ją za pewnik. Może jednak budzić wątpliwości to, czy już 12 listopada 2003 r. przysługiwała wierzycielowi wierzytelność o naprawienie szkody. Kwestia ta ze względu na brak szczegółowych informacji może zostać jedynie zasygnalizowana.

8 W orzecznictwie SN przeważa stanowisko dopuszczające wystąpienie przez wierzyciela przeciwko osobie trzeciej z roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia – zob. w szczególności wyroki z dnia 18 kwietnia 2013 r., II CSK 413/12, LEX nr 1331265 i z dnia 25 października 2012 r., I CSK 139/12, „Monitor Prawa Bankowego" 2013, nr 10, s. 48 (zob. też M. Koralewski, *Dochodzenie roszczeń od osoby trzeciej, która zbyła nieruchomość nabytą od dłużnika*, LEX/el. 2013, nr 184604). Por. jednak odmiennie – m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 września 2006 r., I ACa 852/06, OSAW 2007, nr 2, poz. 25. W literaturze kwestia ta jest sporna – zob. w szczególności M. Pyziak-Szafnicka (w:) Adam Olejniczak (red.) *Prawo zobowiązań – część ogólna*, *System Prawa Prywatnego*, t. 6, Warszawa 2009, s. 1276 i 1277 oraz J. Zawadzka, *Legitymacja bierna w procesie ze skargi pauliańskiej (uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2011 r., III CZP 132/10)*, „Transformacje Prawa Prywatnego" 2012, nr 2, s. 176, przypis 4 i tam przywołana literatura.

9 Tamże, s. 175 i n.

10 Nie wystarczy więc, że osoba czwarta (i następne) „przy zachowaniu należytej staranności mogła się dowiedzieć" (por. art. 527 § 1 k.c.). Tak też m.in. M. Pyziak-Szafnicka, dz. cyt., s. 1276.

11 Ze względu na specyficzny układ podmiotowy – dłużnik występował jako prezes jednoosobowych zarządów osoby trzeciej i osoby czwartej – w omawianej sprawie spełniona była przesłanka „wiedzy o okolicznościach uzasadniających uznanie czynności dłużnika za bezskuteczną". To jednak nie mogło, wbrew odmiennej ocenie sądu okręgowego, umożliwiać zaskarżenie innej czynności, aniżeli dokonanej przez dłużnika z osobą trzecią.

12 Tak też J. Zawadzka, *Legitymacja…*, dz. cyt., s. 187–188.

nej następcom osoby trzeciej[13]. Tylko w ten sposób wierzyciel może w drodze egzekucji sięgnąć bezpośrednio do przedmiotu znajdującego się już w ich majątku. Uczyni to na podstawie prawomocnego wyroku uznającego za bezskuteczną czynność prawną pomiędzy dłużnikiem i osobą trzecią, a wydanego przeciwko następcy osoby trzeciej, w którego majątku znajduje się korzyść, oraz tytułu wykonawczego przeciwko dłużnikowi (wierzyciel pozywa tylko tego następcę osoby trzeciej). Na podstawie tych dokumentów komornik łatwo ustali, dlaczego wierzyciel kieruje egzekucję do majątku osoby, która nie była stroną czynności fraudacyjnej. Wierzyciel nie mógłby więc dochodzić zaspokojenia z przedmiotu znajdującego się w majątku osoby piątej, gdyby dysponował wyłącznie tytułem wykonawczym względem dłużnika i prawomocnym wyrokiem uzyskanym w postępowaniu pauliańskim względem osoby trzeciej lub czwartej. Wyrok taki musi bowiem zapaść względem tej osoby, do majątku której wierzyciel chce skierować egzekucję. Trafnie zwraca na to uwagę SN. Nie wiadomo jednak, w jaki sposób miałoby następować postulowane przez SN określanie zakresu uprawnień egzekucyjnych wierzyciela w wyroku uwzględniającym jego powództwo pauliańskie. Z orzeczenia tego może bowiem wynikać tylko to, że czynność prawna pomiędzy dłużnikiem i osobą trzecią jest bezskuteczna[14]. Na sądzie ciąży obowiązek określenia w sentencji bezskutecznej czynności prawnej, a zatem powinien on również określić przedmiot majątkowy, który wskutek tej czynności wyszedł z majątku dłużnika albo do niego nie wszedł (przykładowo więc nie wystarczy ogólne określenie, że za bezskuteczną została uznana umowa sprzedaży zawarta w określonym dniu i miejscu pomiędzy dłużnikiem i osobą trzecią, lecz należy w zależności od tego, o jaki przedmiot majątkowy chodzi, dookreślić rzecz sprzedaną i cenę[15]). Tym samym z sentencji wyroku uwzględniającego skargę pauliańską wynikać powinno, do jakiego przedmiotu wierzyciel może kierować egzekucję.

Podsumowując, komentowany wyrok należy przyjąć z aprobatą. Jest on wyrazem pragmatycznego podejścia do ochrony wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika przyznanej przepisami tytułu X księgi trzeciej k.c.[16] Jak pokazuje sprawa, na podstawie której roz-

13 Inaczej tamże, s. 187, gdzie autorka stwierdza, że ubezskutecznieniu może podlegać tylko ta czynność prawna, której stroną jest pozwany (podobnie P. Machnikowski, komentarz do art. 531 k.c. (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, nb. 6 oraz E. Gniewek, *Dochodzenie roszczenia pauliańskiego – ogólne uwagi o pozwaniu* (w:) P. Machnikowski (red.), *Odpowiedzialność w prawie cywilnym*, Wrocław 2006, s. 50–51). Autorka ta zajęła więc stanowisko takie jak sąd okręgowy w omawianej sprawie. Zdaniem autorki odmienny pogląd oznaczałby, że sąd rozstrzygałby o bezskuteczności czynności prawnej w procesie toczącym się bez udziału stron tej czynności, a – co podkreśla – „do tego przepisy kodeksu cywilnego i procedury cywilnej nie dają podstawy". Należy jednak uznać, że art. 531 § 2 k.c. daje do tego podstawę. Inną zaś kwestią jest to, w jaki sposób wierzyciel wykaże przesłanki uzasadniające ubezskutecznienie czynności fraudacyjnej. W praktyce bez udziału osoby trzeciej będzie to trudne (warto zresztą zwrócić uwagę na to, że ustawodawca nie przyznał legitymacji biernej dłużnikowi, choć jest on przecież stroną czynności fraudacyjnej).

14 Odmienne J. Zawadzka, *Legitymacja…*, dz. cyt. s. 187. Autorka twierdzi, że choć „w uzasadnieniu wyroku uwzględniającego powództwo zostanie (…) zawarta ocena, że czynność prawna dłużnika została dokonana z pokrzywdzeniem wierzyciela, [to] jednak sentencja wyroku będzie dotyczyła tylko czynności prawnej osoby trzeciej z »osobą czwartą«". Tak też E. Gniewek, *Dochodzenie…*, dz. cyt., s. 51–52.

15 Tamże, s. 46–47. Autor podkreśla, że „konkretyzacja zaskarżonej czynności prawnej następuje przez określenie jej rodzaju (nazwy), istotnej treści, formy dokonania, stron (…) i daty jej dokonania".

16 Otwiera też ponownie dyskusję, czy możliwe jest stosowanie art. 192 pkt 3 k.p.c. przez analogię w sytuacji, w której w toku postępowania pauliańskiego osoba trzecia (lub jej następca) rozporządza korzyścią (skoro wierzyciel po uzyskaniu pozytywnego dla siebie wyroku w stosunku do np. osoby trzeciej, nie może pozwać osoby czwartej, ponieważ sąd rozstrzygnął już prawomocnie o bezskuteczności czynności fraudacyjnej). Por. J. Zawadzka, *Legitymacja…*, dz. cyt., s. 188–191. Autorka przyjęła, że art. 192 pkt 3 k.p.c. nie może znaleźć analogicznego zastosowania, ponieważ sąd nie miałby okazji badać spełnienia przesłanek wynikających z art. 531 § 2 k.c.; zakładała ona jednak, że wierzyciel może pozwać zarówno osobę trzecią, jak i każdą kolejną, a przedmiotem jego żądania jest zawsze czynność prawna dokonana przez pozwanego, a nie „wyjściowa" czynność fraudacyjna.

strzygał Sąd Najwyższy, uznanie, że treścią żądania wierzyciela jest zawsze domaganie się ubezskutecznienia czynności fraudacyjnej dłużnika z osobą trzecią, wywołuje również daleko idące skutki materialnoprawne. Przede wszystkim co do liczenia terminu, o którym mowa w art. 534 k.c. Czynność prawna dokonana z pokrzywdzeniem wierzyciela jest bowiem zawsze czynnością dłużnika. Kolejne czynności prowadzące do rozporządzenia korzyścią przez osobę trzecią i jej następców nie mają więc wpływu na liczenie wspomnianego terminu.

Opracował *Michał Kućka*

Paweł Wiliński, Piotr Karlik[1]

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Wyrok SN z dnia 2 lipca 2013 r., V KK 90/13

Wyeliminowanie określonych zachowań z zarzuconego aktem oskarżenia czynu ciągłego traktować trzeba analogicznie do sytuacji wydania w tym zakresie wyroku uniewinniającego. Skutki braku dowodowych podstaw przypisania winy w zakresie poszczególnych zarzucanych zachowań stanowiących fragmenty czynu ciągłego merytorycznie nie różnią się niczym od konsekwencji takiego braku przy rozstrzyganiu o czynie niezłożonym.

Powyższe orzeczenie zostało wydane na skutek wniesienia kasacji przez Rzecznika Praw Obywatelskich. Zaskarżył on wyrok sądu okręgowego, w którym dokonano nowego opisu czynu w ten sposób, że objęto nim zachowania oskarżonego przez sąd *a quo* oskarżonemu nie przypisane.

W kasacji RPO podniósł zarzut rażącego, i mogącego mieć istotny wpływ na treść wyroku, naruszenia prawa procesowego w postaci kodeksu postępowania karnego[2] (dalej: k.p.k.), tj. art. 454 § 1 k.p.k., poprzez zmianę wyroku sądu rejonowego i uzupełnienie opisu przypisanego oskarżonemu czynu ciągłego o zachowania, które zostały z tego opisu wyeliminowane przez sąd pierwszej instancji.

W opinii SN kasacja zasługiwała na uwzględnienie. Podkreślił on, że RPO zasadnie stwierdził, iż pozostające poza czynem ciągłym zachowania oskarżonego zostały przez sąd *a quo* „wyeliminowane". Skład orzekający jednocześnie zaznaczył, że gdyby całe działanie przestępne sprowadzało się jedynie do tych dwóch zachowań, sąd rejonowy byłby zobowiązany do wydania wyroku uniewinniającego. Sąd Najwyższy zwrócił jednak uwagę, że zachowania te stanowiły jedynie fragment znacznie szerzej zarzucanego czynu ciągłego. Wobec powyższego doszło do wyeliminowania tych zachowań z opisu czynu ciągłego wobec prawnej niedopuszczalności orzekania o uniewinnieniu od fragmentów jednego czynu.

W opinii Sądu Najwyższego sąd odwoławczy rażąco naruszył zakaz określony w przepisie art. 454 § 1 k.p.k., co miało wpływ na treść zapadłego orzeczenia. Pomimo że nie doszło do wydania wyroku uniewinniającego ani umarzającego, to wyeliminowanie określonych zachowań z opisu czynu traktować należy analogicznie do sytuacji wydania w tym zakresie wyroku uniewinniającego. W związku z powyższym SN uchylił zaskarżony wyrok w całości i skierował sprawę do ponownego rozpoznania sądowi okręgowemu.

Opracował *Piotr Karlik*

Wyrok SN z dnia 4 lipca 2013 r., V KK 148/13

Ponowne niestawiennictwo oskarżonego i jego obrońcy na rozprawie powoduje, że wyrok zaoczny zachowuje swą moc. Tak się nawet stanie pomimo tego, iż poprzednio został przyjęty od niego sprzeciw, którym potwierdzono, iż wydanie tego wyroku nastąpiło w sytuacji, gdy nieobecność oskarżonego na rozprawie była usprawiedliwiona.

Wyrok SN zapadł w oparciu o następujący stan faktyczny. W dniu 29 czerwca 2012 r. do sądu rejonowego wpłynął akt oskarże-

1 Autor jest stypendystą Fundacji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu dla doktorantów UAM.

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

nia, w którym oskarżonemu zarzucono popełnienie występku z art. 278 § 1 k.k., polegającego na tym, że w dniu 24 kwietnia 2012 r. z terenu sklepu zabrał w celu przywłaszczenia młotowiertarkę o wartości 298 zł. W akcie oskarżenia zawarty był wniosek sporządzony w trybie art. 335 § 1 k.p.k. o skazanie oskarżonego bez przeprowadzenia rozprawy. Na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2012 r. sąd rejonowy postanowił nie uwzględnić tego wniosku i sprawę rozpoznał na zasadach ogólnych, powołał się przy tym na przepis art. 343 § 7 k.p.k. Sam oskarżony w tym dniu nie stawił się na rozprawę. Wysłane mu wezwanie zwrócono z adnotacjami o podwójnym awizowaniu. To było podstawą uznania skuteczności doręczenia mu tego wezwania. Opierając się na art. 479 § 1 k.p.k. sąd zdecydował się prowadzić postępowanie bez udziału oskarżonego. W tym samym dniu wydał wyrok zaoczny, mocą którego uznał oskarżonego winnym popełnienia zarzucanego mu czynu i za to na mocy art. 278 § 1 k.k. wymierzył mu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności. Odpis tego wyroku został oskarżonemu, zgodnie z art. 482 § 1 k.p.k., doręczony w dniu 7 września 2012 r. W dniu 13 września 2012 r. do sądu rejonowego wpłynęło pismo procesowe sporządzone przez oskarżonego, nazwane zażaleniem, w którym domagał się on ponownego rozpatrzenia jego sprawy, usprawiedliwiając swoje niestawiennictwo na rozprawie potrzebą sprawowania osobistej opieki nad chorym ojcem. Pismo to zostało zarządzeniem z dnia 28 września 2012 r. sędziego referenta uznane za sprzeciw od wspomnianego wyroku. Sprawę ponownie skierowano na rozprawę, wyznaczając jej termin na dzień 11 grudnia 2012 r. W tym dniu oskarżony także się nie stawił, pomimo doręczonego mu osobiście wezwania. Sąd wówczas rozpoznał sprawę pod jego nieobecność i wydał kolejny wyrok zaoczny o treści tożsamej jak ów pierwszy zaoczny wyrok. Odpis wyroku z dnia 11 grudnia 2012 r. doręczono oskarżonemu w dniu 14 grudnia 2012 r. W dniu 20 grudnia 2012 r. wpłynęło do sądu „zażalenie" sporządzone przez oskarżonego, w którym domagał się on ponownego rozpatrzenia sprawcy, bo „nie zgadza się z orzeczoną karą, gdyż rodzice potrzebują stałej opieki". To zażalenie uznane zostało za sprzeciw od wyroku zaocznego z dnia 11 grudnia 2012 r. Postanowieniem z dnia 3 stycznia 2013 r. sąd sprzeciwu nie uwzględnił, uznając, że argumenty w nim podniesione nie usprawiedliwiały niestawiennictwa oskarżonego na rozprawie w dniu 11 grudnia 2012 r. To postanowienie zaskarżył oskarżony, ale sąd okręgowy postanowieniem z dnia 4 marca 2013 r. utrzymał je w mocy. Tym samym wyrok zaoczny sądu rejonowego z dnia 11 grudnia 2012 r. stał się prawomocny z dniem 4 marca 2013 r. W dniu 6 maja 2013 r. do Sądu Najwyższego wpłynęła kasacja od tego wyroku, sporządzona i podpisana przez Prokuratora Generalnego, który zarzucił mu rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 482 § 3 k.p.k., polegające na wydaniu przez sąd rejonowy w dniu 11 grudnia 2012 r. wyroku zaocznego wobec oskarżonego, pomimo istnienia ujemnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, bowiem ten sam oskarżony został za ten sam czyn już wcześniej skazany wyrokiem zaocznym tego samego sądu z dnia 30 sierpnia 2012 r.

Sąd Najwyższy stwierdził, że zaskarżony nią wyrok rzeczywiście wydano z rażącą obrazą przywołanych w zarzucie kasacji przepisów prawa procesowego. Nie ulega wszak wątpliwości, że stosownie do treści przepisu art. 482 § 1 k.p.k., oskarżony może wnieść sprzeciw od wyroku zaocznego, w którym powinien usprawiedliwić swoją nieobecność na rozprawie, która wydanie tego orzeczenia poprzedzała. Uznając nieobecność oskarżonego za usprawiedliwioną, sąd sprzeciw uwzględnia, co skutkuje koniecznością ponownego rozpoznania sprawy. Jednakże nie oznacza to jeszcze, że uprzednio wydany wyrok zaoczny stracił moc w chwili uwzględnienia sprzeciwu. Nastąpi to bowiem dopiero gdy oskarżony lub jego obrońca stawią się na rozprawę wyznaczoną w toku ponownego rozpoznania sprawy, będącego następstwem przyjętego sprzeciwu. Pozwala o tym wnioskować wykładnia *a contrario* przepisu § 3 art. 482 k.p.k. Innymi słowy, w oparciu o nią można uznać, że ponowne niestawiennictwo oskarżonego i jego obrońcy na rozprawie powoduje, że wyrok zaoczny zachowuje swą moc. Tak się nawet stanie pomimo tego, iż poprzednio został przyjęty od niego sprzeciw,

którym potwierdzono, iż wydanie tego wyroku nastąpiło w sytuacji, gdy nieobecność oskarżonego na rozprawie była usprawiedliwiona.

Z chwilą stwierdzenia nieusprawiedliwionego niestawiennictwa oskarżonego na rozprawie, wyznaczonej po przyjęciu sprzeciwu od wyroku zaocznego, ten to wyrok zaoczny zachował swą pełną moc. Zgodnie bowiem ze wspomnianą regulacją art. 482 § 3 zdanie drugie k.p.k. wyrok ów straciłby moc dopiero wtedy, gdyby oskarżony lub jego obrońca (jeśli takiego by miał) stawili się na rozprawę. W związku z zaistniałą sytuacją sąd rejonowy, procedując na rozprawie w dniu 11 grudnia 2012 r., powinien był poprzestać na odnotowaniu faktu nieusprawiedliwionej nieobecności oskarżonego i stwierdzając niedopuszczalność rozpoznania sprawy wobec nieutracenia mocy wyroku zaocznego tego sądu z dnia 30 sierpnia 2012 r., na tym postępowanie zakończyć.

Wydając kolejny wyrok zaoczny, sąd rejonowy dopuścił się zatem rażącego naruszenia wspomnianego przepisu art. 482 § 3 k.p.k., jak też przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., który zakazuje wszczynania i nakazuje umorzenie postępowania, gdy „postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone". Uchybienie to stanowiło równocześnie bezwzględną przyczynę odwoławczą, stypizowaną w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. Jego następstwem stało się zaistnienie w obrocie prawnym dwóch prawomocnych zaocznych wyroków, które dotyczyły tego samego oskarżonego i tego samego popełnionego przez niego czynu.

Opracował *Paweł Wiliński*

Postanowienie SN z dnia 4 lipca 2013 r., V KO 51/13 i z dnia 4 lipca 2013 r., V KO 52/13

Przekazanie sprawy do rozpoznania innemu sądowi równorzędnemu w trybie art. 37 k.p.k. może nastąpić tylko wtedy, gdy realnie występują okoliczności, które mogą stwarzać uzasadnione przekonanie o braku warunków do obiektywnego rozpoznania sprawy w danym sądzie.

W obu powyższych orzeczeniach Sąd Najwyższy zajął się kwestią właściwej interpretacji pojęcia „dobro wymiaru sprawiedliwości" w kontekście przepisu art. 37 k.p.k. pozwalającego na przekazanie sprawy do rozpoznania innemu sądowi równorzędnemu.

Sąd Najwyższy przypomniał, że wyjątkowy charakter tego przepisu nakazuje jego stosowanie w rygorystyczny sposób. Zbyt częste sięganie po niego mogłoby bowiem osłabić poczucie zaufania do niezależności sądu i jego zdolności obiektywnego orzekania. W ocenie SN odstąpienie od zasady właściwości miejscowej sądu może nastąpić tylko w razie zaistnienia sytuacji jednoznacznie świadczącej o tym, że pozostawienie jej w gestii tego sądu sprzeciwiałoby się dobru wymiaru sprawiedliwości.

Sąd Najwyższy w pierwszym postanowieniu stwierdził, że nieumiejętność wyegzekwowania obowiązku stawiennictwa nie może usprawiedliwiać sięgania po instytucję określoną w przepisie art. 37 k.p.k. Trudności związane z doręczeniem oskarżonemu wezwania na rozprawę powinny według SN zostać rozwiązane na drodze odwołania się do przewidzianych w procedurze karnej środków wymuszających. Mogą one być stosowane w szczególności wówczas, gdy oskarżony w istocie ukrywa się przed wymiarem sprawiedliwości, uniemożliwia ustalenie swego adresu, podaje poprzez obrońcę dane o miejscu pobytu nieodpowiadające prawdzie lub nie przebywa w miejscach wskazywanych jako centrum swojego codziennego życia.

Sąd Najwyższy jednocześnie odwołał się do wcześniej zajmowanego stanowiska, zgodnie z którym, gdy sąd nie potrafi wyegzekwować spełnienia obowiązku stawiennictwa oskarżonego na rozprawę, to uznawanie tej okoliczności za podstawę stosowania art. 37 k.p.k. prowadziłoby do sytuacji, że o właściwości miejscowej sądu decydowałaby postawa oskarżonego, a nie przepisy k.p.k.

W drugim z przywołanych postanowień Sąd Najwyższy stwierdził, że pozostawanie w kontaktach zawodowych sędziów danego okręgu i uczestniczenie we wspólnych szkoleniach również nie pozwala na wykorzystanie instytucji, o której mowa w przepisie art. 37 k.p.k. Sąd Najwyższy uznał, że przyjęcie, iż powyższe okoliczności mogą rzutować na swobodę orzekania, czy też wywołać obawę braku bezstronności, stanowiłoby źle pojęte dobro wymiaru sprawiedliwości. Podczas gdy, jak podkreślił, prawidłowo pojmowane „dobro wymiaru sprawiedliwości" przemawia za tym, aby orzekający w sprawie sąd zachował dystans

i wykazał, do czego przecież jest zobligowany, że nie może być jakichkolwiek pozaprocesowych wpływów na właściwy i obiektywny tryb orzekania.

Wobec powyższego Sąd Najwyższy nie uwzględnił wniosków o przekazanie sprawy do rozpoznania innemu sądowi równorzędnemu, z uwagi na dobro wymiaru sprawiedliwości.

Opracował *Piotr Karlik*

Wyrok SN z dnia 10 lipca 2013 r., IV KK 87/13

Każde pouczenie o uprawnieniach strony w związku z wydaniem określonej decyzji procesowej powinno być (...) dostosowane do konkretnej sytuacji i wyraźnie wskazywać sposób postąpienia w danym przypadku. Nie ma przy tym znaczenia, że organ posługuje się określonymi formularzami, jako że zawarte w nich pouczenia należy zawsze dostosować do realiów procesowych danej sprawy.

Wyrok SN zapadł w oparciu o następujący stan faktyczny. Wytwórnia cukierniczo-piekarnicza sp. z o.o., złożyła do prokuratury rejonowej w dniu 12 grudnia 2008 r. zawiadomienie o możliwości popełnienia wobec niej przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. przez obywatela K.W. Postanowieniem z dnia 26 marca 2009 r. (zatwierdzonym przez prokuratora w dniu 31 marca 2009 r.) odmówiono wszczęcia dochodzenia w sprawie, uznając, że wskazany czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.). Na postanowienie to pokrzywdzona spółka wniosła zażalenie, a sąd rejonowy postanowieniem z dnia 1 czerwca 2009 r. uchylił zaskarżone postanowienie i sprawę przekazał prokuraturze rejonowej celem kontynuowania postępowania. Dnia 22 czerwca 2009 r. zostało wszczęte dochodzenie w sprawie przywłaszczenia przez K.W. pieniędzy na szkodę wspomnianej spółki, a następnie postanowieniem z dnia 14 sierpnia 2009 r. (zatwierdzonym przez prokuratora w dniu 19 sierpnia 2009 r.) postępowanie w tej sprawie umorzono „wobec braku znamion czynu zabronionego" (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.). Odpis postanowienia o umorzeniu dochodzenia pokrzywdzona spółka otrzymała w dniu 24 sierpnia 2009 r., a w dniu 25 września 2009 r. został złożony przez nią subsydiarny akt oskarżenia przeciwko K.W. Sąd rejonowy wyrokiem z dnia 14 czerwca 2011 r., uznał oskarżonego K.W. za winnego popełnienia występku z art. 284 § 2 k.k. Jednocześnie na podstawie art. 72 § 2 k.k. zobowiązał oskarżonego do naprawienia w całości szkody wyrządzonej przestępstwem. Apelację od powyższego wyroku wywiódł obrońca oskarżonego, powołując się na zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, i wniósł w konkluzji o zmianę tego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu. Sąd okręgowy wyrokiem z dnia 21 października 2011 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił rozstrzygnięcie o nałożeniu na oskarżonego obowiązku naprawienia szkody, a w pozostałym zakresie wyrok utrzymał w mocy. Od prawomocnego wyroku sądu okręgowego z dnia 21 października 2011 r. kasację na korzyść skazanego K.W. wywiódł Prokurator Generalny, powołując się na zarzut rażącego i mającego istotny wpływ na treść wyroku naruszenia przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., a polegającego na nieprzeprowadzeniu prawidłowej kontroli odwoławczej i zaakceptowaniu błędnego poglądu sądu pierwszej instancji, że pokrzywdzony uzyskał status oskarżyciela subsydiarnego, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 330 § 2 k.p.k., z uwagi na brak zaistnienia warunku uprzedniej kontroli sądowej postanowienia prokuratora o umorzeniu dochodzenia, co obligowało sąd odwoławczy do orzekania poza granicami zaskarżenia i stwierdzenia istnienia negatywnej przesłanki procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. Prokurator Generalny wniósł o uchylenie tego wyroku oraz zmienionego nim wyroku sądu rejonowego i umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 537 § 2 k.p.k. – wobec braku skargi uprawnionego oskarżyciela.

Sąd Najwyższy, oceniając powyższy stan faktyczny w świetle art. 330 § 2 k.p.k. oraz powołując się na stanowisko wyrażone w uchwale SN z dnia 17 maja 2000 r. (I KZP 9/00, OSNKW 2000/5-6/42), stwierdził, że w sposób oczywisty wytwórnia cukierniczo-piekarnicza sp. z o.o. nie uzyskała uprawnień do wy-

stąpienia z subsydiarnym aktem oskarżenia przeciwko K.W. Całe postępowanie sądowe, zakończone zaskarżonym kasacją Prokuratora Generalnego wyrokiem, prowadzone było przy braku skargi uprawnionego oskarżyciela, a więc z rażącym naruszeniem art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.

Uchylając wyrok i umarzając postępowanie, SN odniósł się jednocześnie do sytuacji i ochrony prawa podmiotu występującego jako pokrzywdzony w sprawie. Wskazał, że pouczenie pokrzywdzonego po umorzeniu postępowania nie było właściwe, a co więcej, wprowadzało w błąd osobę pouczaną. W jego tekście figurowały bowiem jednocześnie pouczenia o możliwości zażalenia się do sądu oraz wniesienia aktu oskarżenia. Nie przekreślono przy tym żadnego z elementów pouczeń, które w danej, konkretnej sytuacji, nie były aktualne, co mogło wprowadzać w błąd, zwłaszcza osoby nieobeznane z przepisami prawa. Każde pouczenie o uprawnieniach strony w związku z wydaniem określonej decyzji procesowej powinno być dostosowane do konkretnej sytuacji i wyraźnie wskazywać sposób postąpienia w danym przypadku. Nie ma przy tym znaczenia, że organ posługuje się określonymi formularzami, jako że zawarte w nich pouczenia należy zawsze dostosować do realiów procesowych danej sprawy. Pokrzywdzony, tak jak każda strona postępowania karnego, nie może ponosić konsekwencji procesowych z powodu braku prawidłowego pouczenia, na co wyraźnie wskazuje art. 16 § 1 k.p.k., mylne zaś pouczenie uczestnika postępowania o jego uprawnieniach stanowi niezależną od niego przyczynę niedotrzymania terminu zawitego. Słusznie przy tym w orzecznictwie podkreśla się, że w sytuacji gdy istnieją wątpliwości co do zrealizowania przez organ procesowy obowiązku właściwego pouczenia, nie można ich rozstrzygać na niekorzyść strony (zob. postanowienie SN z dnia 15 czerwca 2011 r., II KZ 22/11, LEX nr 847149). Także fakt, że sąd rejonowy błędnie postąpił, przyjmując subsydiarny akt oskarżenia i orzekając merytorycznie w oparciu o tę skargę, zamiast umorzyć postępowanie jeszcze przed rozprawą (art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k.), oraz że wyrok ten został obecnie z uwagi na to uchybienie uchylony przez Sąd Najwyższy, nie powinien oddziaływać negatywnie na procesowe uprawnienia pokrzywdzonego. Dlatego też w ocenie Sądu Najwyższego pokrzywdzony ma nadal możliwość wystąpienia z zażaleniem na postanowienie o umorzeniu postępowania wydane w dniu 14 sierpnia 2009 r., łącząc je z wnioskiem o przywrócenie mu terminu zawitego do wniesienia tego zażalenia z uwagi na to, że niedotrzymanie tego terminu nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych, a to ze względu na wskazane wyżej błędne pouczenie przekazane mu wraz z owym postanowieniem.

Opracował *Paweł Wiliński*