

Ius Novum

ISSN 1897-5577

$\frac{1}{2011}$



WARSZAWA 2011

RADA NAUKOWA

- prof. dr hab. Zbigniew Lasocik, dziekan Wydziału Prawa i Administracji
Uczelni Łazarskiego (przewodniczący)
- prof. dr hab. Brunon Hołyst, rektor Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Warszawie
- prof. dr hab. Bertil Cottier, Università della Svizzera Italiana w Lugano (Szwajcaria)
- prof. dr hab. Hugues Kenfack, Université Toulouse 1 w Tuluzie (Francja)
- prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz, Polska Akademia Nauk
- prof. dr hab.ks. Franciszek Longchamps de Bérier, Uniwersytet Jagielloński
- prof. dr hab. Andrzej Marek, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
- prof. dr hab. Adam Olejniczak, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu
- prof. dr hab. Grzegorz Rydlewski, Uniwersytet Warszawski
- prof. dr hab. Anita Ušacka, sędzia Międzynarodowego Trybunału Karnego
w Hadze (Holandia)
- dr Ewa Weigend, Instytut Prawa Karnego Max-Plancka we Freiburgu (Niemcy)

REDAKCJA

Redaktor Naczelny: prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, Uczelnia Łazarskiego
Sekretarz: dr Jacek Kosonoga, Uczelnia Łazarskiego

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2011

ISSN 1897-5577

Oficyna Wydawnicza
Uczelnia Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel. 22 54 35 450
www.lazarski.pl
wydawnictwo@lazarski.edu.pl



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:
Dom Wydawniczy ELIPSA
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel./fax 22 635 03 01, 22 635 17 85
e-mail: elipsa@elipsa.pl, www.elipsa.pl



SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Dr hab. Zbigniew Jędrzejewski, adiunkt WPIA Uniwersytetu Warszawskiego <i>Nullum crimen sine lege</i> i kontratypty a zasada jedności porządku prawnego (jednolitej bezprawności).....	7
Mgr Piotr Iwaniuk, apl. adw., doktorant w Zakładzie Polityki Kryminalnej Uniwersytetu w Białymstoku Obrona konieczna podczas bójk i pobicia na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego.....	28
Dr hab. Ryszard A. Stefański, prof. Uczelni Łazarskiego Przestępstwo korupcji sportowej.....	40
Mgr Maciej Rejzerewicz, doktorant WPIA UMCS Wykroczenie nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy.....	70
Mgr Sławomir Antoniuk, sędzia WSA w Warszawie, Dr Przemysław Szustakiewicz, adiunkt w Uczelni Łazarskiego Przedawnienie roszczeń z tytułu prawa do uposażenia i innych świadczeń pieniężnych przysługujących na podstawie stosunku służbowego na tle orzecznictwa sądów administracyjnych.....	89
Mgr Małgorzata Sekuła-Leleno, asystent w Uczelni Łazarskiego Podniesienie zarzutu przedawnienia a nadużycie prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c. na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego.....	103
Dr Jarosław Sozański, adiunkt Uczelni Łazarskiego Reformy wspólnej polityki rolnej i prawa rolnego Unii Europejskiej po 1990 roku.....	130
Dr Janusz Cabaj, adiunkt Uczelni Łazarskiego Prawne aspekty feminizmu kulturowego.....	162

G L O S Y

Dr Jacek Kosonoga, adiunkt w Uczelni Łazarskiego

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2010 r.
(sygn. WSP 14/10) 180

Dr Adrian Niewęglowski, asystent UMCS

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2007 r.
(V CSK 333/07) 187

Mgr Blanka J. Stefańska, adwokat w kancelarii Uria Mendez w Warszawie

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 października 2010 r.
(II KK 141/10) 193

Dr Wojciech Sych, SSO w Poznaniu

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2010 r.
(I KZP 10/10) 197

R E C E N Z J E

Rafał Mizerski, *Test legalności w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2009, ss. 291,
rec. prof. dr hab. Jerzy Jaskiernia, Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy
Jana Kochanowskiego w Kielcach 204

Bernhard Kuschnik, *Der Gesamttatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen* (Całościowy zespół znamion zbrodni przeciwko ludzkości, rozważania, charakterystyka, możliwości rozwoju), Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht (TSR) 95, Duncker & Humblot GmbH 2009, s. 503,
rec. mgr Michał Jan Filipek, doktorant INP PAN 210

Z ŻYCIA UCZELNI

Mgr Ewelina Milan, WSHiP

Kalejdoskop wydarzeń 215



CONTENTS

ARTICLES

- Zbigniew Jędrzejewski, Ph.D., Assistant Professor
at the Department of Law and Administration of Warsaw University**
Nullum crimen sine lege and Justification vs. the Principle of Uniform
Legal Order (Uniform Unlawfulness) 7
- Piotr Iwaniuk, M.A., trainee solicitor, doctoral student
in the Department of Criminal Policy of University of Białystok**
Self-Defense during a Fight and Battery from the Perspective
of the Supreme Court's Decisions 28
- Ryszard A. Stefański, Ph.D., Lazarski University Professor**
Crime of Bribery in Sport 40
- Maciej Rejzerewicz, M.A., doctoral student at the Department
of Law and Administration of Marie Curie-Skłodowska University**
Offence of Dishonest Competition in the Field of Advertising 70
- Sławomir Antoniuk, M.A., Judge of Voivodeship Administrative
Court in Warsaw,**
**Przemysław Szustakiewicz, Ph.D., Assistant Professor
of Lazarski University**
Limitation of Claims for Remuneration and Other Benefits Due to Service
Relationship from the Perspective of Administrative Courts' Decisions ... 89
- Małgorzata Sekuła-Lelono, M.A., Professor Assistant
of Lazarski University**
Plea of Limitation vs. Abuse of Right as Defined in Article 5 of the Civil
Code from the Perspective of the Supreme Court's Decisions 103
- Jarosław Sozański, Ph.D., Assistant Professor of Lazarski University**
Reforms of the Common Agricultural Policy and Agricultural Law
of the European Union after 1990 130

1/2011

Dr Janusz Cabaj, adiunkt Uczelni Łazarskiego Legal Aspects of Cultural Feminism	162
---	-----

G L O S S E S

Jacek Kosonoga, Ph.D. Gloss to the Supreme Court's decision of 13 October 2010 (ref. No.: WSP 14/10)	180
Adrian Niewęglowski, Ph.D., Professor Assistant at Marie Curie-Skłodowska University Gloss to the Supreme Court's decision of 12 December 2007 (V CSK 333/07)	187
Blanka J. Stefańska, M.A., solicitor in Uria Mendez law firm in Warsaw Gloss to the Supreme Court's decision of 1 October 2010 (II KK 141/10)	193
Dr Wojciech Sych, SSO w Poznaniu Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2010 r. – I KZP 10/10	197

R E V I E W S

Rafał Mizerski, <i>Test legalności w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka</i> (Test of Legality in the System of the European Convention on Human Rights), Polish Parliament Publishing House, Warsaw 2009, p. 291, Reviewer: Prof. Jerzy Jaskiernia, Ph.D., Jan Kochanowski University of Humanities and Sciences in Kielce	204
Bernhard Kuschnik, <i>Der Gesamtatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen</i> (Overall Complex of Genocide Features – Considerations, Characteristics, Development Possibilities), Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht (TSR) 95, Duncker & Humblot GmbH 2009, p. 503, Reviewer: Michał Jan Filipek, M.A., doctoral student at Political Sciences Institute of the Polish Academy of Sciences	210

U N I V E R S I T Y L I F E

Ewelina Milan, M.A., Lazarski University Kaleidoscope of Events	215
---	-----

ZBIGNIEW JĘDRZEJEWSKI



NULLUM CRIMEN SINE LEGE I KONTRATYPY
A ZASADA JEDNOŚCI PORZĄDKU PRAWNEGO
(JEDNOLITEJ BEZPRAWNOŚCI)

W e współczesnej doktrynie prawa karnego przyjmuje się dosyć powszechnie, że z zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* można wyprowadzić cztery bardziej szczegółowe zakazy: zakaz stosowania prawa zwyczajowego i prawa opartego na orzeczeniach sądowych lub rozstrzygnięciach doktryny (prawo karne musi być prawem pisanim i zawartym w ustawie – *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), zakaz wstecznego działania ustawy (ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną lub ją zaostrzającą nie może działać wstecz – *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), zakaz analogii na niekorzyść oskarżonego (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), zakaz nieokreśloności czynów zabronionych i kar (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)¹.

Obowiązkiwanie tych zakazów ogranicza się na ogół do sytuacji działania na niekorzyść sprawcy (oskarżonego), zatem nie funkcjonują one w wypadku, gdy chodzi o oddziaływanie *in bonam partem*. Dlatego też ze względu na kierunek działania kontratypów – wyłączenie bezprawności czynu – stwierdzenie W. Woltera, że „zasada *nullum crimen sine lege* nie posiada odpowiednika na terenie kontratypów i posiadać go nie może”², wydaje się na pierwszy rzut oka uzasadnione. Jego zdaniem, definitywne zamknięcie kręgu kontratypów (wyjątków od reguły) może doprowadzić do tego, że jakiś czyn realizujący znamiona typu będzie musiał być ukarany tylko dlatego, że brak cechy społecznej szkodliwości nie znalazł wyrazu w jakimś kontratybie występującym w tym zamkniętym kręgu.

W nauce prawa karnego przyjmuje się na ogół, że zastosowanie kontratypu pozaustawowego, zwyczajowego czy też sformułowanego w doktrynie lub orzecznictwie, rozszerzenie istniejącego kontratypu w drodze analogii czy też wprowa-

¹ Zob. V. Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlin–New York 1983, s. 1; R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 19 i n.; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl. München 2006, s. 141 i n.

² W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 134; tenże, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 164.

dzenie kontratypu o działaniu retroaktywnym jest dozwolone, bowiem zawsze działa na korzyść sprawcy (*in bonam partem*)³. Także A. Zoll podkreśla wyraźnie, że ponieważ zasada *nullum crimen sine lege* ma charakter gwarancyjny, chroniący jednostkę przed ingerencją ze strony władzy państwowej, jej postulaty nie odnoszą się do rozwiązań działających na korzyść osoby, której odpowiedzialność karna ma być ustalana⁴. Autor ten dodaje przy tym, że dotyczy to w szczególności określenia w ustawie okoliczności wyłączających bezprawność czynu. Dopuszczalne jest także stosowanie analogii w przypadkach podobieństwa z uregulowanymi w ustawie okolicznościami wyłączającymi bezprawność, winę lub karalność⁵. Jeszcze dalej idzie pogląd M. Cieślaka, według którego znaczenie zasady wyłączności ustawy w zakresie prawa karnego ogranicza się wyłącznie do kierunku na niekorzyść oskarżonego⁶. Jego zdaniem, w kierunku na korzyść oskarżonego odpada racja uzasadniająca tę gwarancję. Oskarżony może powołać się nie tylko na ustawę, ale również na wszelkie obowiązujące przepisy prawne, a nawet na uznane i przestrzegane przez daną społeczność normy niepisane. W kierunku na korzyść oskarżonego źródła prawa należy rozumieć najszerzej, zaliczając do nich nie tylko ustawę, umowę międzynarodową, ale także akty niższego rzędu (nie tylko wykonawcze), a nawet prawo zwyczajowe. Normy tych „źródeł” mogą uzasadniać nie tylko złagodzenie odpowiedzialności, ale nawet całkowite jej wyłączenie, czego dobitnym, słownym znakiem jest pojęcie „kontratypu pozaustawowego”. Rozszerzenie granic kontratypu poza możliwe znaczenie językowe znamion ustawowych oraz tworzenie nowych kontratypów *praeter legem* w drodze analogii lub na podstawie zwyczaju, jako zgodne z art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN⁷, uznaje przeważająca część doktryny niemieckiej (*in bonam partem*)⁸.

Niemniej jednak nawet w tych sytuacjach mogą powstać poważne wątpliwości, gdy uświadomimy sobie, że każde takie ograniczenie karalności nadweręża

³ Zob. H. Rajzman, *Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska 1966, Vol. XIII, 2, Sectio G, s. 43.

⁴ A. Zoll (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Komentarz do art. 1-116 k.k., Kraków 2004, s. 44–45; zob. również W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 343: „Jest bezsporne, że zasada *nullum crimen sine lege*, jako fundamentalna zasada gwarancyjna chroniąca obywatela przed samowolnym ze strony władzy pociągnięciem go do odpowiedzialności karnej, nie ma zastosowania w stosunku do opisu kontratypów jako okoliczności wyłączających bezprawność i tym samym odpowiedzialność karną”.

⁵ A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 57.

⁶ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 70, 96.

⁷ Art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”. Identycznie § 1 niemieckiego k.k. Art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP z 1997 r.: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”.

⁸ Zob. V. Erb, *Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1996, Bd.108, s. 271; H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, (w:) *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio 1985, s. 53–54; D. Kratzsch, § 53 StGB und der Grundsatz *nullum crimen sine lege*, „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht” 1971, s. 66–67; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin 1996, s. 134, 235. Na ten temat H. Suppert, *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage”*, Bonn 1973, s. 293 i n.

ochronę dobra dotkniętego naruszeniem, a każda taka legalizacja zachowania sprawy w sytuacji konfliktowej prowadzi do uznania zachowania strony przeciwnej za bezprawne, w konsekwencji często również za przestępne⁹. Powołany wyżej A. Zoll stwierdza, że możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej lub jej ograniczenia nie jest pozostawiona swobodnej ocenie władzy stosującej prawo albo władzy wykonawczej uchylającej lub ograniczającej odpowiedzialność karą aktem podustawowym¹⁰. Przy rozważaniu stosowania okoliczności wyłączających odpowiedzialność, w szczególności o charakterze pozaustawowym, trzeba brać również pod uwagę zasadę podziału władzy oraz ochronę osoby pokrzywdzonej¹¹. Analogię w przypadkach podobieństwa z uregulowanymi ustawowo kontratypami należy stosować z dużą ostrożnością, aby uniknąć zarzutu wkraczania w zakres władzy ustawodawczej¹². H. Rajzman w nawiązaniu do wypowiedzi W. Sauera, że formułowanie pewnych kontratypów pozostawia się nauce, stwierdza z kolei, że w tezie tej brak informacji, kto i gdzie przekazał nauce uprawnienia do „kontratypizowania”, do arbitralnego stanowienia norm wiążących obywatela, przekreślających bezprawność krzywdzącego go czynu, uznaną w ustawie, która czyn ten opisuje jako przestępstwo pewnego typu¹³. Autor ten jednocześnie odrzuca stosowanie analogii w obrębie kontratypów pozaustawowych, tj. nie wprowadzonych do kodeksu karnego¹⁴. Tworzenie takich nowych kontratypów mogłoby następować za pomocą analogii wyłącznie przez jej odniesienie do kontratypów skatalogowanych w kodeksie.

Na gruncie koncepcji jednolitej bezprawności rozszerzanie w drodze analogii bądź tworzenie nowych kontratypów rzeczywiście prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawy. Wątpliwości powstają natomiast, gdy oceniamy sytuację prawną innej osoby, pozostającej w konflikcie z osobą, której zachowanie w taki sposób uznano za legalne (np. obrona konieczna, której legalność implikuje „bezprawność” zamachu drugiej strony). Jeżeli bowiem jednej z osób pozostają-

⁹ Zob. H. Rajzman, *Analogia...*, s. 43.

¹⁰ A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 44–45; tenże, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karłą w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 427; zob. również W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne...*, s. 341 i n.

¹¹ Zob. również H. Rajzman, *Analogia...*, s. 43.

¹² A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 57, 456–457. W. Wróbel, A. Zoll (*Polskie prawo karne...*, s. 341 i n., 373–374) dochodzą do wniosku, że uznanie przez sąd jakiejś sytuacji za kontratypową (a więc dającą się opisać i zgeneralizować), mimo że ustawodawca nie uznał jej za usprawiedliwiającą, jest wkroczeniem władzy sądowniczej w obszar władzy ustawodawczej oraz narusza art. 7 w związku z art. 89 Konstytucji RP. Autorzy ci podnoszą również brak praktycznej potrzeby tworzenia kontratypów pozaustawowych (zabieg lekarski i zgoda dysponenta dobrem nie naruszają normy sankcjonowanej). Uprawnienia i obowiązki funkcjonariuszy państwowych do ingerencji w sferę wolności obywateli muszą być oparte na akcie normatywnym o randze ustawowej (art. 7 Konstytucji RP). Nie można konstruować pozaustawowego kontratypu usprawiedliwiającego naruszenie dobra jednostki na rzecz pozostającego z nim w kolizji dobra kolektywnego (państwa, grupy). Takie kontratypy muszą mieć charakter ustawowy. Zob. również A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności..., s. 433–434.

¹³ H. Rajzman, *Analogia...*, s. 47.

¹⁴ Ibidem, s. 45.

cych w konflikcie coś czynić „wolno”, to osoba dotknięta tym zachowaniem musi je wbrew własnej woli znosić¹⁵. Rozszerzenie okoliczności wyłączającej bezprawność („Rechtfertigungsgrund”) *contra verbum legis* na korzyść sprawcy prowadzi *eo ipso* do ograniczenia sfery wolności innej osoby pozostającej z nią w sytuacji konfliktowej. Odmawia się tej osobie np. prawa obrony koniecznej wobec obecnie już opatrzonego (np. przez analogię) predykatem legalności zamachu¹⁶. Analogia *in bonam partem* w wypadku kontratypu poprzez znamię „bezprawności” zamachu może stać się podstawą nieprzewidzianej w tekście ustawy karalności zachowania osoby dotkniętej tym legalnym już czynem. Z punktu widzenia tej osoby taka analogia działa faktycznie jak analogia *in malam partem*¹⁷. Z tego właśnie powodu, np. zdaniem G. Gribbohma, zakazane powinno być również rozszerzanie kontratypów w drodze analogii¹⁸.

Dopuszczalność takiej analogii jest niekiedy uzasadniana tym, że chodzi tu nie o wprowadzenie karalności w sposób bezpośredni, tak jak w pozostałych przypadkach analogii na niekorzyść, lecz o oddziaływanie pośrednie wynikające np. z zespolenia znamienia „bezprawności” w przepisie o obronie koniecznej prowadzącego do odmowy prawa obrony koniecznej osobie dotkniętej naruszeniem¹⁹. Jest to cecha charakterystyczna tej analogii z podwójnym skutkiem (*in bonam et malam partem*), która odróżnia ją od pozostałych przypadków prowadzącej do odpowiedzialności karnej analogii²⁰.

H. Suppert rozważa nasuwające się *prima facie* rozwiązanie: zachowania obydwu stron uznajemy za bezkarne i obiektywnie zgodne z prawem²¹. Jest ono jednak nie do pogodzenia z zasadą jedności porządku prawnego. Jej podstawowym założeniem jest to, że takie samo zachowanie nie może być przez porządek prawny jednocześnie ocenione ujemnie jako zakazane i pozytywnie, jako dozwolone. Wynika z niej również, że dwa zachowania pozostające w konflikcie nie mogą jednocześnie zostać uznane za legalne. Zdaniem H. Supperta, nie do przyjęcia jest relatywizacja bezprawności i przyjęcie fikcji dla „poszkodowanego” przez analogię, że zachowanie osoby działającej teraz w warunkach (poszerzonego) kontratypu jest traktowane jakby było bezprawne. W tym przypadku możliwa byłaby obrona konieczną do obrony koniecznej. Według tego autora, wyrażony w art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN zakaz analogii na niekorzyść obejmuje tylko bezpośrednią konstytuującą karalność analogię w sen-

¹⁵ H. Suppert, *Studien...*, 294.

¹⁶ Ibidem; U. Hellmann, *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1987, s. 102; zob. również A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności..., s. 427.

¹⁷ H. Suppert, *Studien...*, s. 294.

¹⁸ G. Gribbohm, *Der praktische Fall – Strafrechtssklausur („Die eifrigen Verfolger”)*, Juristische Schulung 1966, s. 159, przyp. 15.

¹⁹ H. Suppert, *Studien...*, s. 297; H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 54.

²⁰ H. Suppert, *Studien...*, s. 297.

²¹ Ibidem, s. 295–296.

sie technicznym²². Jakiś „totalny” zakaz analogicznego rozszerzania okoliczności wyłączających bezprawność jest nie do pogodzenia z wymaganiami sprawiedliwości. Na miejscu „otwartego”, rozwijającego się kanonu takich okoliczności, powstałby jakiś statyczny ich *numerus clausus*²³. Musiałoby to również doprowadzić do odrzucenia możliwości konstruowania pozaustawowych okoliczności wyłączających bezprawność

Z kolei H.J. Hirsch stwierdza, że to nie przepis o obronie koniecznej, który mógłby być stosowany do osoby trzeciej, jest wykładany zwężająco, lecz rozszerza się inną, uprzednią wypowiedź zezwalającą, a ta nie pozwala ostatecznie w przypadku tej osoby na zastosowanie prawa obrony koniecznej²⁴. Takie tylko pośrednie następstwa nie naruszają zakazu analogii. Jego zdaniem, podobny skutek występuje przy zwężającej wykładni znamion typu czynu zabronionego. Zmniejszenie zakresu tej istoty czynu zmniejsza odpowiednio zakres uprawnienia do obrony koniecznej osoby, której dobra mogą być naruszone, i tym samym poszerza się dla niej pole ewentualnej karalności.

Argumentacja H. Supperta i H.J. Hirsch nie usuwa jednak wszystkich wątpliwości. Ten ostatni autor zdaje się nie zauważać, że redukcja zakresu typu czynu zabronionego, np. przez wprowadzenie znamion modalnych, według wielu zwolenników jednolitego ujęcia bezprawności wcale nie wyłącza bezprawności zachowania sprawcy, w konsekwencji nie musi pozbawiać dzierżyciela dobra lub inną osobę (obrona cudzego dobra również legalna) prawa obrony koniecznej. Z punktu widzenia przyjmowanej teorii norm znamiona modalne traktowane są jedynie jako warunki karalności, a nie bezprawności. Poza tym w polskiej nauce panuje powszechne przekonanie, że bezprawność zamachu powinna być wykładana ściśle obiektywnie, a bezprawie zamachu nie musi stanowić bezprawia kryminalnego. Nawet redukcja zakresu typu czynu zabronionego musi następować w sposób wyważony, by nie osłabić funkcji ochronnej prawa karnego. Funkcja gwarancyjna winna pozostawać w rozsądnej relacji z potrzebą ochrony dóbr pokrzywdzonego. Problem ten jest na terenie kontratypów jeszcze bardziej istotny ze względu na możliwość naruszenia i potrzebę ochrony dóbr najważniejszych dla człowieka (np. życie, zdrowie w wypadku obrony koniecznej). Stosowanie analogii na korzyść osoby naruszającej dobro jednostki wydaje się być natomiast ze względów gwarancyjnych wykluczone w przypadku czynów funkcyjnariusz publicznych. Trzeba przy tym pamiętać, że zasadą jest nienaruszalność dobra chronionego przez normę karną (poza granicami zachowania starannego), wyjątkiem zaś szczególne zezwolenie na jego naruszenie.

Jednak podstawowe zadanie zasady *nullum crimen sine lege* polega na zagwarantowaniu niepogarszania prawnokarnej oceny czynu sprawcy dokona-

²² Ibidem, s. 297.

²³ Zob. również H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 55.

²⁴ Ibidem, s. 54–55.

nej w momencie jego popełnienia. Funkcja gwarancyjna nie traci więc swojego znaczenia także na terenie kontratypów. Z tego punktu widzenia przedmiotem szczególnej uwagi powinien stać się np. problem zakazu stosowania analogii zwięzającej (w tym np. wprowadzania socjalno-etycznych ograniczeń obrony koniecznej, cywilistycznej koncepcji nadużycia prawa) lub uchylania z mocą wsteczną istniejących i uznanych w momencie popełnienia czynu sytuacji kontratypowych (*in malam partem*; w nauce i orzecznictwie niemieckim np. problem karalności funkcjonariuszy straży granicznej NRD, strzelających do osób, które z punktu widzenia wschodnioniemieckiego prawa nielegalnie przekraczały granicę wewnątrzniemiecką)²⁵. Pewną specyfikę wykazuje natomiast problematyka określoności kontratypów.

Kategoryczność tezy W. Woltera, formułowanej w związku z problematyką kontratypów pozaustawowych, w odpowiednich kontekstach zasady *nullum crimen* budzi zastrzeżenia także z tego powodu, że był on przecież zwolennikiem teorii negatywnych znamion, a teoria ta traktuje znamiona pozytywne (uzasadniające bezprawie) oraz znamiona negatywne (wyłączające bezprawie) jako tylko dwie strony jednego i tego samego wartościowania. Wszystkie zanegowane kontratypy, włączone do istoty czynu, podlegać powinny prawnokarnym wymogom związanym z zasadą *nullum crimen sine lege*²⁶. Okoliczności wyłączające bezprawność jako znamiona negatywne dzielą los prawny znamion typu czynu zabronionego w tradycyjnym znaczeniu.

Zasadniczo inny punkt widzenia mogą przyjąć natomiast zwolennicy stanowiska separującego istotę (typ) czynu i kontratypy („Leitbildtatbestand”). Otwiera się tu bowiem możliwość różnego traktowania obydwu grup, zwłaszcza wtedy, gdy idzie za tym pogląd o jednolitym dla całego porządku prawnego ujęciu bezprawności i bezpośrednim oddziaływaniu pozakarnych okoliczności wyłączających bezprawność, których zakres całkowicie samodzielnie i suwerennie ustalany jest przez gałęzie prawa, z których pochodzą, w oparciu o specyficzne dla tych gałęzi kryteria i metody, i które bez zastrzeżeń przyjmowane są w prawie karnym. Oznacza to, że prawo karne ma charakter akcesoryjny właśnie przede wszystkim w zakresie sytuacji wyłączających bezprawność, ponieważ jego charakter jako środka *ultima ratio* nie pozwala na przyjęcie bezprawności czynu w wypadku, gdy istnieje zezwolenie w jakiegokolwiek pozakarnej gałęzi prawa. W ten sposób poprzez kontratypy np. prawa cywilnego, administracyjnego itd. przenikać ma do prawa karnego teleologia i zasady innych obszarów porządku prawnego (np. dopuszczalność analogii na niekorzyść)²⁷.

²⁵ Zob. V. Erb, *Die Schutzfunktion...*, s. 266 i n.

²⁶ H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 56–57, przyp. 26, s. 62, przyp. 45. Jednak znaczna część reprezentantów teorii negatywnych znamion nie wyciąga tak określonych konsekwencji.

²⁷ Warto dodać, że w nauce niemieckiej rozpowszechnione jest stanowisko, że tzw. okoliczności usprawiedliwiające („Rechtfertigungsgründe”) zawarte w kodeksie karnym również prowadzą do legalizacji czynu w innych obszarach porządku prawnego, np. w prawie cywilnym.

Jak się wydaje, w tym kierunku zmierzają wyraźnie rozważania H. Rajzmana, który stanowczo i dobitnie podkreśla zasadę jedności porządku prawnego i jednolitej dla całego systemu prawa oceny bezprawności oraz deklaruje się jako przeciwnik teorii negatywnych znamion czynu zabronionego²⁸. Jego zdaniem, kontratyp obrony koniecznej (art. 21 k.k. z 1932 r.) znajduje dokładne odbicie w tekście art. 423 k.c., a różnice między art. 22 k.k. z 1932 r. i art. 424 k.c. w określeniu stanu konieczności nie są do tego stopnia zasadnicze, że ustawodawca nie mógłby w przyszłości ustalić treści jednakowej. Kto działa w obronie koniecznej lub w stanie wyższej konieczności (nie przekraczając granic oznaczonych w prawie cywilnym) w oparciu o upoważnienie prawa cywilnego – twierdzi autor – ten urzeczywistnia swoje prawo (*qui iure suo utitur neminem ledit*). Generalizujący kontratyp działania w ramach praw i obowiązków obejmuje swoim zakresem wypadki dozwolonej w prawie cywilnym samoobrony, dozwolonych w ustawie o zawodzie lekarskim zabiegów operacyjnych bez zgody pacjenta oraz środków karcenia przedsięwziętych w myśl przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego o władzy rodzicielskiej. Kontratyp zgody pokrzywdzonego (zasada *volenti non fit iniuria*) należy odesłać do art. 65 k.c., nakazującego tłumaczyć oświadczenia woli tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostają złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, oraz do art. 58 § 2 k.c. („Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”). Sprawa zwyczajaju jako okoliczności wyłączającej bezprawność również znajduje odbicie w normach prawa cywilnego regulujących kwestię oświadczeń woli (np. dyngus – oświadczenie woli osoby dotkniętej naruszeniem może nastąpić *per facta concludentia*). H. Rajzman dochodzi do ogólnego wniosku, że poza niewielkim odcinkiem stanu konieczności, wszystkie zawarte bądź nie zawarte w ustawie karnej kontratypy traktować można jako ustawowe oraz że w dziedzinie kontratypu nadrzędne znaczenie ma klauzula generalna art. 5 k.c., zgodnie z którą bezprawne jest zachowanie spełnione z nadużyciem prawa, szczególnie gdy jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego (tzw. wewnętrzna teoria nadużycia prawa). Klauzula ta – zdaniem H. Rajzmana – zawęża granice obrony koniecznej (art. 21 k.k. z 1932 r.), wprowadzając w jej obszar zasadę proporcjonalności i subsydiarności. Rozsądnie pojmowana instytucja nadużycia prawa podmiotowego może być stosowana na terenie prawa karnego, ponieważ porządek prawny powinien przedstawiać się jako wewnętrznie zgrana jedność wszystkich swoich odcinków (obrona konieczna jest jedną instytucją, chociaż unormowaną w prawie karnym i w prawie cywilnym).

²⁸ H. Rajzman, *Analogia...*, s. 49–60; tenże, *Glosa do wyroku SN z 12 października 1960 r., IV K 582/60*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 4–5, s. 838 i n.; tenże, *Przegląd orzecznictwa SN – Prawo karne materialne*, „Nowe Prawo” 1963, nr 4–5, s. 481.

Podobne stanowisko zajmuje również T. Bojarski²⁹. Zdaniem tego autora, koncepcja nadużycia prawa może znaleźć odpowiednie zastosowanie do pewnych wypadków obrony koniecznej, np. gdy wartość dobra naruszonego była rażąco większa od dobra bronionego. Litera przepisu art. 21 k.k. z 1932 r. nie zna bowiem zasady proporcji dóbr oraz zasady subsydiarności. Gdyby nie art. 3 przepisów ogólnych prawa cywilnego z 1950 r. (obecnie art. 5 k.c.) lub art. 135 k.z. z 1933 r., czyn taki nie stanowiłby również bezprawia cywilnego, gdyż art. 139 k.z. ujmował obronę konieczną identycznie jak art. 21 § 1 k.k. z 1932 r. Zdaniem T. Bojarskiego, nie ulega wątpliwości, że art. 3 p.o.p.c. miał charakter ogólny i nie ograniczał się jedynie do przepisów prawa cywilnego. Nie inaczej rzecz przedstawia się z zakresem art. 5 k.c., mimo iż art. 1 k.c. wyraźnie stwierdza, że kodeks reguluje jedynie stosunki cywilnoprawne między określonym podmiotami (art. 1 nie tyle przesądza o tym, że postanowienia k.c. nie mogą być ewentualnie wskazówkami interpretacyjnymi przy stosowaniu innych przepisów prawa, co raczej określa, jaki typ stosunków prawnych i między jakimi podmiotami jest przedmiotem uregulowań kodeksu). Uznany za niezgodny z zasadami współżycia czyn sprawcy stanowi bezprawie zarówno cywilne, jak i karne. Konsekwencje tego poglądu wskazują wyraźnie, że autor ten jest zwolennikiem jednolitego ujęcia bezprawności.

Postulat stosowania klauzul prawa cywilnego wynikał przede wszystkim z potrzeby ograniczenia uprawnienia obrony koniecznej w wypadkach rażącej dysproporcji między zniszczonym dobrem zamachowca a dobrem bronionym. Eksponując bardzo mocno funkcję obrony koniecznej jako zachowania podejmowanego dla obrony porządku prawnego i zasadę, że prawo nie musi ustępować przed bezprawiem³⁰, początkowo zarówno niemiecka doktryna, jak i niemieckie orzecznictwo opowiadały się za rygorystycznym stosowaniem przepisu o obronie koniecznej, nawet wtedy, gdy np. doszło do śmierci lub uszkodzenia ciała napastnika, który próbował zabrać mienie stosunkowo niskiej wartości³¹. Dopiero po

²⁹ T. Bojarski, *Kodeks cywilny a prawo karne*, „Nowe Prawo” 1965, nr 12, s. 1382–1385; tenże, *Z problematyki stanów konieczności w polskim prawie karnym*, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, op. cit., s. 82–83. Por. także A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 19. Za stosowaniem koncepcji nadużycia prawa również W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Wrocław 1966, s. 132; później zmiana uzasadnienia zob. W. Świda *Prawo karne. Część ogólna*, Wrocław 1989, s. 133 (rażąca dysproporcja dóbr jako zastosowanie sposobu niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu – art. 22 § 3 k.k. z 1969 r.). Na ten temat bliżej A. Krukowski, *Kilka uwag o pojęciu „konieczności” w obronie koniecznej*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 3, s. 429 i n.; tenże, *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 79 i n.; A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 80 i n.; tenże, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 100 i n.

³⁰ D. Kratzsch, § 53 *StGB...*, s. 65.

³¹ Na temat rozwoju poglądów niemieckiej doktryny i zmian w niemieckim orzecznictwie zob. R. Runte, *Die Veränderung Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre*, Frankfurt am Main–Bern–New York–Paris 1991, s. 90 i n. W literaturze niemieckiej dla zilustrowania tej linii orzecznictwa przytacza się często wyrok Reichsgerichtu z 20 IX 1920 r., który uznał, że postrzelenie śrutem złodziei

II wojnie światowej linia orzecznictwa niemieckiego ulega wyraźnej zmianie³². Powołując się często na cywilistyczną koncepcję nadużycia prawa, uznawano za przekraczające granice obrony koniecznej zachowanie podjęte w obronie dobra materialnego niewielkiej wartości i powodujące utratę życia lub ciężkie uszkodzenie ciała. Współcześnie w nauce niemieckiej upowszechnił się pogląd, że ograniczenia obrony koniecznej mogą wynikać z pewnych „społeczno-etycznych” powodów. Chodzi tu m.in. o przypadki rażącej dysproporcji dóbr, zamachy dzieci, chorych psychicznie (niepoczytalnych), nietrzeźwych, osób działających w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, w niedającej się uniknąć nieświadomości bezprawności, w znoszącym zawinienie stanie konieczności (§ 35), między osobami bliskimi, w sytuacjach zawinionego sprowokowania zamachu, wreszcie przy zagrożeniach bagatelnych³³. Prawo obrony koniecznej zasadniczo nie jest w takich sytuacjach wyłączane, lecz jedynie ograniczane przez wprowadzanie klauzuli subsydiarności i zasady proporcjonalności³⁴. Obecnie rzadko uzasadnia się takie ograniczenie możliwością stosowania klauzul generalnych prawa cywilnego, gdyż granice obrony stają się wtedy nadzwyczaj niepewne, a oparta na nich wykładnia zwięzająca, prowadząca do rozszerzenia karalności, budzi podejrzenia, że jest po prostu zabronioną analogią na niekorzyść (konflikt z konstytucyjną i kodeksową zasadą *nullum crimen sine lege* – art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN)³⁵. Ograniczenia te wyprowadzane są więc w drodze odpowiedniej interpretacji znamienia „konieczności” (§ 32 niemieckiego k.k.)³⁶ oraz w powiązaniu z zasadami, które to prawo ustanawiają

owoców, którzy ucierpieli „nicht unerheblich”, mieści się w granicach obrony koniecznej (§ 53 StGB), bowiem okradziony nie miał żadnej innej możliwości, aby zmusić ich do zatrzymania i odebrania im tego mało wartościowego łupu. Zob. R. v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1932, s. 113, przyp. 6; J. Herrmann, *Obrona konieczna w prawie RFN*, „Studia Prawnicze” 1987, nr 3, s. 82; D. Kratzsch, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, Berlin 1969, s. 6; R. Runte, *Die Veränderung...*, s. 92.

³² Szczegółowo na ten temat D. Kratzsch, *Grenzen...*, s. 6–8. Na temat polskiego orzecznictwa i doktryny zob. A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 98 i n.

³³ Na ten temat H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 344–348; zob. także J. Herrmann, *Obrona...*, s. 81 i n.

³⁴ Część nauki niemieckiej prezentuje radykalne stanowisko, że warunkiem prawa obrony koniecznej jest zawinienie zamachu. Zob. m.in.: J. Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin–New York 1988, s. 140 i n.; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 2004, 7 Aufl., s. 107 i n.; K. Marxen, *Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr*, Frankfurt am Main 1979, s. 62; J. Renczkowski, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, s. 99 i n., 279 i n.

³⁵ D. Kratzsch (§ 53 StGB..., s. 73; *Das (Rechts-)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts*, „Juristische Schulung” 1975, s. 437 i n.) trafnie uznał konstrukcję nadużycia prawa za niedopuszczalną w prawie karnym przypadek stosowania *analogia iuris*. Krótki przegląd rozmaitych uzasadnień zob. D. Kratzsch, § 53 StGB..., s. 66–67.

³⁶ § 32 niemieckiego KK: „(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.” Ograniczenie obrony w nauce niemieckiej wywodzone z odpowiedniej interpretacji znamienia „erforderlich” bądź znamienia „geboten”. Zob. V. Erb, *Die Schutzfunktion...*, s. 269–270; D. Kratzsch, § 53 StGB..., s. 78 i n. Ograniczenie obrony koniecznej przy rażącej dysproporcji ze znamienia konieczności wyprowadzał w doktrynie polskiej A. Krukowski, *Obrona...*, s. 86. Po wejściu w życie k.k. z 1969 r. takie ograniczenie częściej przyjmowano na podstawie odpowiedniej inter-

i ograniczają (najczęściej przyjmuje się, że w przypadkach takich zamachów nie istnieje w ogóle lub jest istotnie zmniejszony element występowania w obronie porządku prawnego, potwierdzania jego obowiązywania – Rechtsbewahrungsprinzip”). Budząca zasadnicze zastrzeżenia możliwość legalizacji pozbawienia życia napastnika w obronie mienia jest niekiedy odrzucana przez wskazanie na art. 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, z tym że w przeciwieństwie do doktryny polskiej, nauka niemiecka na ogół nie przyjmuje bezpośredniego stosowania tego przepisu w relacji między obywatelami³⁷.

Okoliczności wyłączające bezprawność stanowią szczególnie wrażliwy teren napięcia między postulowaną zasadą jedności porządku prawnego, rozumianą jako konieczność istnienia jednolitej dla całego systemu prawa oceny zachowania (jednolite ujęcie bezprawności), a szczególną teleologią i zasadami odpowiedzialności karnej, w tym zasadą *nullum crimen sine lege*. Aby zachować jednolitą ocenę zachowania w całym porządku prawnym, zwolennicy koncepcji jednolitej bezprawności muszą dopuszczać w obszarze kontratypów wpływ teleologii i zasad innych gałęzi prawa, w tym stosowaną np. w prawie cywilnym zasadę analogii na niekorzyść, w konsekwencji wykluczyć je z zakresu *nullum crimen*. Natomiast ceną w przypadku objęcia kontratypów zasadą *nullum crimen* jest możliwe rozjęście się ocen zachowania np. między prawem karnym i cywilnym. Przywiązanie do jednolitego ujęcia bezprawności jest tak mocne, że nawet reprezentanci tzw. funkcjonalnej, teleologicznej systematyki przestępstwa w obszarze bezprawności z teleologicznego uzasadnienia właściwie rezygnują. Tak rzecz przedstawia się np. z koncepcją C. Roxina, który deklaruje teleologiczne prawnokarne zorientowanie wszystkich płaszczyzn przypisania przestępności czynu³⁸. Pomijając problem funkcji istoty (typu) czynu, która u C. Roxina służy wypełnieniu zasady *nullum crimen sine lege*, podstawowym elementem orientowanym ściśle prawnokarnie teleologicznie jest kategoria tzw. odpowiedzialności („Verantwortlichkeit”), oparta na kryteriach prewencyjnych. Funkcja płaszczyzny bezprawności nie jest jednak u niego prawnokarnie zorientowana. Chodzi bowiem tutaj o społecznie prawidłową regulację konfliktów społecznych, sprzecznych ze sobą interesów. C. Roxin stwierdza zresztą wyraźnie, że istota czynu i „odpowiedzialność” (wina) powinny być interpretowane z punktu widzenia specyficznych prawnokarnych

pretacji art. 22 § 3 k.k. 1969 r., art. 25 § 2 k.k. z 1997 r.). Zob. np. K. Buchała, *Granice obrony koniecznej*, „Palestra” 1974, nr 5, s. 40; tenże, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 258; L. Gardocki, *Granice obrony koniecznej*, „Palestra” 1993, nr 7–8, s. 60; tenże, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 115.

³⁷ Na ten temat bliżej Z. Jędrzejewski, *Art. 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności a obrona konieczna (art. 25 k.k.)*, (w:) *Europeizacja prawa polskiego – wybrane aspekty*, (red.) B.T. Bieńkowska, D. Szafranski, Warszawa 2007, s. 60 i n.

³⁸ Zob. C. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin–New York 1973, 2 Aufl., s. 14 i n. Na temat funkcji poszczególnych kategorii przestępności czynu w systematyce C. Roxina zob. K. Amelung, *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin*, (w:) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Herausg. von B. Schünemann, Berlin–New York 1984, s. 85 i n.

zasad, natomiast bezprawność służy realizacji zadań całego porządku prawnego³⁹. Tzw. okoliczności znoszące zawinienie („Entschuldigungsgründe”; ściślej okoliczności wyłączające „odpowiedzialność”), np. stan konieczności określony w § 35 niemieckiego k.k. czy usprawiedliwiony błąd co do bezprawności czynu (§ 17) – w przeciwieństwie do okoliczności usprawiedliwiających („Rechtfertigungsgründe”) – stanowią materię o charakterze czysto prawnokarnym⁴⁰. Właśnie poprzez okoliczności legalizujące czyn, które pochodzić mogą z różnych gałęzi prawa, prawo karne wiąże się w jedną całość z innymi częściami porządku prawnego. Bezprawność w całym systemie prawa pozostaje jednolita, pozostałe warunki różnorodnej odpowiedzialności (karnej, cywilnej, administracyjnej itd.), ustanawiane w poszczególnych gałęziach, mogą się różnić, ponieważ bardzo często różnią się ich teleologiczne uzasadnienia (np. różne zakresowo ujęcia winy w prawie karnym i prawie cywilnym). Zdaniem C. Roxina, np. zakaz analogii na niekorzyść obejmuje, poza istotą czynu w części szczególnej i zagrożeniem karnym, przepisami części ogólnej rozszerzającymi istoty czynu (np. usiłowanie, podżeganie, pomocnictwo, współsprawstwo), również okoliczności znoszące zawinienie („Entschuldigungsgründe”) i wyłączające karalność („Strafausschließungsgründe” i „Strafaufhebungsgründe”)⁴¹. Z okolicznościami wyłączającymi bezprawność rzecz przedstawia się odmiennie, bowiem nie stanowią one specjalnej materii prawa karnego⁴². Jedna i ta sama okoliczność usprawiedliwiająca („Rechtfertigungsgrund”) nie może być w różnych gałęziach prawa oparta na różnych przesłankach. Tak więc – zdaniem C. Roxina, rezygnacja z nieprzekraczalnych granic językowego znaczenia przepisu dotyczy również okoliczności wyłączających bezprawność zawartych w kodeksie karnym, m.in. obrony koniecznej czy stanu konieczności, bowiem i one obowiązują nie tylko w prawie karnym, ale także w każdym innym punkcie czy miejscu porządku prawnego⁴³. *Nullum crimen* nie należy rozumieć jako zasadę struktury tej kategorii przestępności czynu, lecz tylko jako granicę dla zmienności zasad leżących u podłoża tych okoliczności, stanowiących wyraz społecznie odpowiedniej regulacji interesów i inte-

³⁹ C. Roxin, *Kriminalpolitik...*, s. 16.

⁴⁰ Zob. C. Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen*, (w:) *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)*, Herausg. von A. Eser, G.P. Fletcher, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., Herausg. von A. Eser, Freiburg i. Br., 1987, Bd. I 1987, s. 234.

⁴¹ Zob. C. Roxin, *Strafrecht...*, s. 157–158.

⁴² Z kolei zdaniem H.-H. Jeschecka i Th. Weigenda (*Lehrbuch...*, s. 136), zakaz analogii obejmuje wszystkie znamiona przepisu karnego, które określają karygodność czynu („Strafwürdigkeitsgehalt”) oraz jego skutki prawne, tj. znamiona istoty czynu zarówno wyrażające uzasadnienie bezprawia („Unrechtstatbestand”), jak znamiona uzasadniające winę („Schuld tatbestand”), tzw. persönliche Strafausschließungsgründe i persönliche Strafaufhebungsgründe, obiektywne warunki karalności oraz wszystkie sankcje (włącznie ze środkami zabezpieczającymi). Wyłączone są natomiast przesłanki procesowe (np. wniosek o ściganie). Autorzy ci nie wymieniają jednak zarówno okoliczności wyłączających bezprawność, jak i okoliczności usuwających prawnokarne zawinienie („Entschuldigungsgründe”).

⁴³ Zob. C. Roxin, *Kriminalpolitik...*, s. 32.

resów przeciwnych⁴⁴. W poszczególnych okolicznościach usprawiedliwiających te „zasady porządkujące” występują w różnorodnej liczbie i kombinacji⁴⁵. Istnieje pięć zasad: 1) zasada ochrony („Schutzprinzip”); 2) zasada obrony i utwierdzenia obowiązywania porządku prawnego („Rechtsbewährungsprinzip”); 3) zasada proporcjonalności („Verhältnismäßigkeitsprinzip”); 4) zasada rozważenia interesów („Güterabwägungsprinzip”); 5) zasada autonomii jednostki („Autonomieprinzip”). Obronę konieczną porządkują zasady pierwsza i druga, defensywny stan konieczności – zasady pierwsza i trzecia (ta zastępuje drugą), agresywny stan konieczności – zasada czwarta łagodzona przez zasadę piątą. W przypadku obrony koniecznej, wyłączającego bezprawność stanu konieczności i innych sytuacjach nawet te pięć społecznych zasad porządkujących nie wystarczy, by wyczerpująco uzasadnić poszczególne okoliczności usprawiedliwiające. Z powodu wielopostaciowości i zmian życia społecznego nie jest możliwy *numerus clausus* miarodajnych zasad regulacji, nie jest również możliwa zupełna systematyzacja okoliczności wyłączających bezprawność. Niezależny od „nullum-crimen-Denken” rozwój innych gałęzi prawa w zakresie okoliczności usprawiedliwiających wpływa bezpośrednio na zakres karalności i nie musi przy tym zmieniać się ustawa karna. *Lex* w rozumieniu art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN nie jest więc rozumiane jak w wypadku typu (istoty) czynu zabronionego jako ustawa karna, lecz jako całość porządku prawnego. O tyle dynamika okoliczności wyłączających bezprawność z natury rzeczy niesie ze sobą rozluźnienie zasady *nullum crimen*⁴⁶. Zmienność różnych prawnych kryteriów o tyle ograniczana jest tą zasadą, że niedopuszczalne jest za pomocą motywowanych kryminalno-politycznie rozważań „ein gesetzliches Regelungsprinzip hinwegzuinterpretieren oder ohne gesetzliche Grundlage einzuschränken”. Np. nie można w obszarze obrony koniecznej rozszerzać karalności w taki sposób, że na ten kontratyp przeniesie się generalnie zasadę rozważenia dóbr prawnych lub odrzuci zasadę obrony porządku prawnego („Rechtsbewährungsprinzip”) i wszędzie przyjmie się obowiązek uniknięcia zamachu w inny sposób, jeżeli istniała taka możliwość.

Do dysharmonii między cywilistycznym i karnistycznym rozumieniem bezprawności prowadziło kompromisowe stanowisko S. Śliwińskiego, który w niektórych sytuacjach obrony koniecznej (np. zabicie lub zranienie uciekającego z łupem niepoczytalnego, który zabrał komuś z podwórza starą deskę, a z okoliczności wynika, że nieznaczna szkoda byłaby natychmiast wynagrodzona przez znanego pokrzywdzonemu opiekuna lub kuratora sprawcy zaboru) przyjął nadużycie prawa mające wyłącznie konsekwencje cywilnoprawne (tylko bezprawie cywilne – art. 135 i 139 k.z.)⁴⁷. W ten sposób powstawała konstrukcja „bezprawnej obrony koniecznej”, a zamachowiec uzyskiwał prawo obrony koniecznej przed wykony-

⁴⁴ Ibidem, s. 15.

⁴⁵ C. Roxin, *Strafrecht...*, s. 617–619; tenże, *Kriminalpolitik...*, s. 24–27.

⁴⁶ C. Roxin, *Kriminalpolitik...*, s. 31 i n.

⁴⁷ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 163–166.

waną w ten sposób obroną. Nie była ona jednak obroną przestępną, ponieważ mieściła się w granicach art. 21 k.k. z 1932 r. S. Śliwinski uważał, że przepis ten nie mówi o „prawnej” obronie koniecznej. Polskie prawo – jego zdaniem – zajmuje się obroną konieczną raz w prawie karnym z punktu widzenia przestępności czynu, drugi raz w prawie cywilnym z punktu widzenia bezprawności i obowiązku odszkodowawczego. Art. 21 nie odwołuje się do innych dziedzin prawa, legalność bądź bezprawność czynu to problem prawa cywilnego⁴⁸. Zasada proporcjonalności wartości dóbr nie miała więc znaczenia, gdy chodziło o ocenę „przestępności” czynu, odegrać zaś mogła rolę przy ocenie, czy obrona konieczna jest „bezprawiem”. Chociaż S. Śliwiński pisze o braku przestępności, nie ulega wątpliwości, że jedyną kategorią, o którą może tutaj chodzić, jest wyłączenie bezprawia karnego. Konsekwencją takiego ujęcia jest naruszenie zasady jedności porządku prawnego i różne oceny bezprawności czynu w prawie cywilnym i karnym⁴⁹. Jedynie nieograniczone i bezpośrednie stosowanie klauzuli generalnej nadużycia prawa w obszarze prawa karnego zapewnia jednolite ujęcie bezprawności, tak jak to przyjmowali wyżej powoływani H. Rajzman i T. Bojarski.

Nieco inne rozwiązanie proponuje konsekwentny zwolennik jednolitego ujęcia bezprawności H.J. Hirsch⁵⁰. Jego zdaniem, ciężar problematyki zakresu stosowania *nullum crimen sine lege* w obszarze kontratypów spoczywa na sytuacjach, w których chodzi o wykładnię ograniczającą zakres kontratypu, wychodzącą poza możliwe językowe znaczenie jego znamion⁵¹. Autor ten przyłącza się do dosyć rozpowszechnionego w nauce niemieckiej poglądu, że zasada *nullum crimen sine lege* rozciąga się przynajmniej na stypizowane w ustawie karnej kontratypy (np. § 32 – obrona konieczna; § 34 stan konieczności), a zatem obowiązuje tu zakaz analogii na niekorzyść⁵². Ich ograniczenie *contra legem* jest niedopuszczalne (np. zawężenie *contra verba legis* obecnie obowiązującego § 32 niemieckiego k.k.). H.J. Hirsch nie zgadza się z tezą, że zakaz analogii w obszarze kontratypów nie da się pogodzić z zasadą jedności porządku prawnego, że nie może być tak, by jedna i ta sama wypowiedź zezwalająca poddana miała być w prawie karnym zakazowi analogii, podczas gdy np. prawo cywilne czy konstytucyjne nie są nim związane⁵³. Rozejście się ocen może polegać na tym, że pozaprawnokarnie uznane jako bezprawne zachowanie będzie „legalne karnie” z powodu zakazu

⁴⁸ Ibidem, s. 149.

⁴⁹ Zob. wątpliwości wyrażane przez W. Woltera, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 205.

⁵⁰ H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 55 i n.

⁵¹ Ibidem, s. 53, przyp.18.

⁵² Już K. Engisch (*Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, (w:) *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Berlin–München 1954, s. 131) uważał, że ustawowo określone okoliczności wyłączające bezprawność należą (w ujęciu negatywnym) do tzw. gwarancyjnej istoty czynu („Garantietatsbestand”). Był on zwolennikiem teorii negatywnych znamion czynu zabronionego. Do gwarancyjnej istoty czynu nie zaliczał jednak pozaustawowego (wyłączającego bezprawność) stanu konieczności (obecnie obowiązujący § 34 niemieckiego k.k.).

⁵³ H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 59 i n.

analogii obowiązującego w tej gałęzi prawa. Autor ten na wstępie konstatuje, że w wypadku przyjęcia specyficznej bezprawności karnej odwołanie się do jedności porządku prawnego byłoby od razu bezprzedmiotowe. Odrzuca jednak zdecydowanie nawet umiarkowaną koncepcję H.-L. Günthera wyłączenia w niektórych przypadkach bezprawia li tylko karnego. Według H.J. Hirscha, ten „stosunek napięcia” między zakazem analogii a zasadą jedności porządku prawnego, a więc jednolitym rozstrzygnięciem co do bezprawności czynu, rozwiązuje się w sposób następujący: w odniesieniu do karalności sprawcy takie zachowanie oceniane jest tak, jakby było legalne (usprawiedliwione)⁵⁴. Odnośny ustawowy kontratyp prawa karnego za taką okoliczność może nie zostać uznany np. w prawie cywilnym, wedle przyjętych tam ogólnych zasad metodyki dopuszczalnego wnioskowania z analogii. Zupełnie odmiennie H.J. Hirsch traktuje natomiast uregulowane poza ustawą karną (np. stany konieczności uregulowane w §§ 227, 228 i 904 BGB), jak również zwyczajowe kontratypy⁵⁵. Zasada *nullum crimen* jest w stanie zagwarantować ochronę zaufania jedynie w zakresie ustaleń o charakterze ustawowym i karnoprawnym. Natomiast wypowiedzi prawne, których wpływ na ustalone w ustawie karnej zakres karalności ma charakter pośredni poprzez zawarty w tej ustawie warunek ogólny, nie są objęte zakazem analogii. Zdaniem autora, tak rzecz przedstawia się z pozakarnym znamionami normatywnymi (np. rzecz „cudza” jako znamię kradzieży) i znamionami blankietowymi. W wypadku tych ostatnich nawet właśnie z powodu ich różnorodności i zmienności rezygnuje się z ich bezpośredniego, ustawowego określenia w typie czynu zabronionego. One również, jeżeli mają charakter pozakarny, nie podlegają zakazowi analogii. Dotyczy to również nieuregulowanych w ustawie karnej kontratypów. Kodeks karny za pomocą „rozwiązania blankietowego” („Blankettlösung”) zadowala się tutaj ogólnym wymogiem „bezprawności”.

Podział kontratypów na uregulowane w ustawie karnej i w niej nieuregulowane oraz w szczególności konstrukcja zachowania, które traktowane jest, „jak gdyby było usprawiedliwione (legalne)”, razi jednak sztucznością. Próba H.J. Hirscha pogodzenia zasady jedności porządku prawnego i zasady *nullum crimen* w obszarze kontratypów nie może przekonywać. Zdaniem H.-L. Günthera, art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN postuluje wytyczne jedynie dla karalności zachowania, a nie dla cywilnej czy publicznoprawnej odpowiedzialności obywateli lub funkcjonariuszy publicznych⁵⁶. Warunki usprawiedliwienia wydanej i opatrzonej państwowym autorytetem ujemnej oceny czynu i sprawcy, ze względu na intensywność społeczno-etycznego potępienia czynu i poważne następstwa prawne, muszą być znacznie ostrzejsze niż w innych obszarach porządku prawnego. H.-L. Günther jest autorem żywo dyskutowanej w nauce niemieckiej koncepcji, w której

⁵⁴ Ibidem, s. 61.

⁵⁵ Ibidem, s. 63 i n.

⁵⁶ H.-L. Günther, *Warum Art. 103 Abs. 2 GG für Erlaubnissätze nicht gelten kann*, (w:) *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden 1999, s. 215 i n.

przyjmuje istnienie zarówno okoliczności legalizujących czyn w całym porządku prawnym („Rechtfertigungsgründe”), jak i okoliczności wyłączających jedynie bezprawność karną („Strafunrechtsausschließungsgründe”)⁵⁷. Te ostatnie, zresztą stosunkowo nieliczne⁵⁸, nie prowadzą do obowiązku znoszenia naruszenia dobra, nie dotyczą bowiem bezprawności czynu. Jednak w zakresie „Rechtfertigungsgründe” H.-L. Günther (zalicza do nich również obronę konieczną uregulowaną w § 32 StGB i stan konieczności określony w § 34 StGB) pozostaje konsekwentnym zwolennikiem jedności porządku prawnego. Wobec koncepcji H.J. Hirscha formułuje trzy zastrzeżenia⁵⁹. Po pierwsze, dlaczego ograniczenie stosowania art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN jedynie do uregulowanych w ustawie kontratypów obejmuje tylko zakaz analogii, a nie obejmuje nakazu określoności, zakazu działania wstecznego i zakazu derogowania ustawowych kontratypów za pomocą prawa zwyczajowego lub ponadpozytywnego. W tym ujęciu nic nie stałoby na przeszkodzie teleologicznej redukcji np. § 27 wschodnioniemieckiej ustawy o ochronie granicy (zezwoleń na strzelanie do uciekinierów z NRD), ponieważ nie chodzi w tym przypadku o kontratyp uregulowany w ustawie karnej (jest to uprawnienie funkcjonariuszy państwowych do ingerencji w dobro). Konsekwentnie art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej nie byłby również stosowany, gdyby ustawodawca z mocą wsteczną lub sędzia na podstawie prawa ponadpozytywnego stwierdzili (częściowe) nieistnienie tego publicznoprawnego zezwolenia do użycia broni palnej w celu pozbawienia życia⁶⁰. Po drugie, ustawodawca mógłby bardzo łatwo uniknąć wymagań konstytucyjnych, sytuując określone zezwolenie w innej niż prawnokarna części porządku prawnego. Po trzecie, zakaz teleologicznej redukcji np. przepisu o obronie koniecznej, zawartego w ustawie karnej (§ 32 StGB) oraz dopuszczalność analogii w przypadku odpowiedniego przepisu prawa cywilnego (§ 227 BGB) prowadzą do sprzeczności norm (naruszenie zasady jedności porządku prawnego). Zatem zakaz stwarzania sytuacji sprzeczności norm

⁵⁷ H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln–Berlin–Bonn–München 1983.

⁵⁸ M.in. „Wahrnehmung berechtigter Interessen” (§ 193 StGB), aborcja na podstawie wskazań z § 218 a StGB, klauzula zarzeczności z § 240 ust. 2 i § 253 ust. 2 StGB, sytuacje podobne do stanu konieczności – okoliczności tworzone *praeter legem* („die »notstandsähnliche Lage«” – przewaga interesu ratowanego nad poświęconym, ale nie przewaga „istotna”, równowartość kolidujących dóbr), zgoda dysponenta dobrem na jego naruszenie, domniemana zgoda.

⁵⁹ H.-L. Günther, *Warum Art. 103 Abs. 2 GG...*, s. 216 i n.

⁶⁰ Zdaniem V. Erba (*Die Schutzfunktion...*, s. 267–268), problem zakresu zasady *nullum crimen* w obszarze kontratypów nie miałyby znaczenia, gdyby § 27 wschodnioniemieckiej ustawy o ochronie granicy dałby się w sposób „przychylny dla prawa i wolności jednostki” tak zinterpretować, że w przypadku strzelania na wewnątrzniemieckiej granicy zostałyby uznane za bezprawne zabójstwa już w momencie ich popełnienia. Jeżeli natomiast przyjmuje się, że rzeczywiście stosowany w praktyce kontratyp objęty jest zakresem zasady *nullum crimen*, to powstaje pytanie o dopuszczalność jej wyjątkowego naruszenia np. na podstawie słynnej formuły G. Radbrucha (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, „Süddeutsche Juristen-Zeitung” 1946, s. 107), zgodnie z którą prawo pozytywne nie wiąże wtedy, gdy sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga tak intensywny stopień („unerträgliches Maß”), że ustawa jako „unrichtiges Recht” musi ustąpić sprawiedliwości. Bliżej na ten temat zob. w literaturze polskiej m.in. J. Zajadło, *Filozofia prawa a prawo karne. Studium tzw. Mauerschützen*, „Ius et Lex” 2003/1, N (II), s. 175 i n.

(jednocześnie zakazującej i zezwalającej) pozostawia jedynie następującą alternatywę: albo art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN rozciąga swoje gwarancje na wszystkie okoliczności usprawiedliwiające w ich funkcji jako wypowiedzi zezwalających na czyn w całym porządku prawnym, albo w ogóle wyłącza je z gwarancji z powodu ich ponadprawnokarnego oddziaływania⁶¹. Zdaniem H.-L. Günthera, ponieważ art. 103 ust. 2 gwarantuje tylko ustawowe warunki karalności zachowania, oddziałuje tylko na prawo karne, trafne może być tylko drugie rozwiązanie. Zastrzeżenie art. 103 ust. 2 dotyczy tylko genuin prawnokarnych warunków karalności, a okoliczności wyłączające bezprawności takiego charakteru nie posiadają. Natomiast gwarancjom wynikającym z tego konstytucyjnego przepisu podlegają bez ograniczeń wyróżniane przez tego autora okoliczności wyłączające bezprawie karne („Strafunrechtsausschließungsgründe”). Nie legalizują one naruszenia normy, tylko usuwają jego bezprawie karne. Stanowią genuin prawnokarną materię.

Sceptycyzm co do rozróżnienia między prawnokarnymi i pozaprawnokarnymi okolicznościami wyłączających bezprawność, które miałyby zapobiec rozciągnięciu zakresu art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN na cały porządek prawny, wyraża V. Erb⁶². Jednakże – jego zdaniem – niebezpieczeństwo, że prawo karne swoje zasady narzuci pozostałym częściom porządku prawnego, może być zażegnane w taki sposób, że pozostawi się gwarantowaną przez art. 103 ust. 2 ochronę przed ściganiem karnym. Zachowanie nie zostaje usprawiedliwione np. w prawie cywilnym, natomiast można przyjąć skutek w postaci wyłączenia bezprawia karnego. Z art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN można również dla takich wypadków wywieść zawartą bezpośrednio w przepisach konstytucyjnych okoliczność wyłączającą karalność („Strafausschließungsgrund”), która nie dotyka bezprawności zachowania.

Wyłączenie bezprawia karnego i możliwość przyjmowania różnych ocen bezprawności w różnych gałęziach porządku prawnego mocniej akcentuje D. Kratzsch⁶³. Jego zdaniem, trzy podstawowe cele określają *ratio legis* art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej. Po pierwsze, przepis ten wraz z innymi przepisami konstytucyjnymi (przede wszystkim art. 1 Ustawy Zasadniczej – nienaruszalność godności osoby ludzkiej) ma chronić godność jednostki poprzez zapewnienie, że może być ona pociągnięta do odpowiedzialności karnej tylko wtedy, gdy możliwe jest w momencie czynu przewidzenie szczególnie dolegliwych, karnych jego następstw. Po drugie, przepis ten chronić powinien wolność zachowania: przez określenie warunków karalności jednostka powinna mieć możliwość dokładnego rozpoznania, w jakim zakresie może bez obawy przed sankcją karną czynić użytek ze swojej wolności. Po trzecie, art. 103 ust. 2 ma przeciwdziałać dowolnemu i ule-

⁶¹ H.-L. Günther, *Warum Art. 103 Abs. 2 GG...*, s. 218 i n.

⁶² V. Erb, *Die Schutzfunktion...*, s. 272 i n.

⁶³ D. Kratzsch, § 53 *StGB...*, s. 65 i n.; tenże, *Grenzen...*, s. 30 i n.

gającemu naciskom opinii publicznej lub chwili karaniu przez sędziego. Zdaniem D. Kratzscha, wszystkie wymienione cele tego przepisu znajdują zastosowanie na terenie okoliczności wyłączających bezprawność. Usprawiedliwione czyny należą do obszaru gwarantowanej wolności jednostki. W obronie koniecznej zaatakowany często stoi przed alternatywą albo czynić użytek ze swojej wolności, aby zamach odeprzeć, albo też znosić naruszenie niekiedy najważniejszych swoich dóbr (niekiedy np. życia). Jeżeli granice wolności zachowania nie są dokładnie określone, zaatakowany nie jest w stanie rozpoznać granic swojego prawa i ocenić ryzyka prawnokarnych konsekwencji zastosowania środków obronnych. Z tego powodu w licznych przypadkach uprawnionej obrony jednostka chętniej zrezygnuje z obrony niż narazi się na niebezpieczeństwo, że w wyniku błędnego rozpoznania granic obrony straci wolność na długie lata. W obszarze okoliczności wyłączających bezprawność – wywodzi D. Kratzsch – poruszamy się na granicy między prawem i bezprawiem. Sytuacje te, szczególnie w przypadku obrony koniecznej, wywołują bardzo silne emocje społeczne, a sędzia często rozstrzyga albo o pełnej bezkarności sprawcy, albo skazuje go na długoletnią karę pozbawienia wolności. Autor ten dochodzi do wniosku, że ograniczanie ustawowego brzmienia przepisu o obronie koniecznej przez sędziego prowadzi do nie wynikającego z ustawy rozszerzenia karalności. Brzmienie, znaczenie i cel tego przepisu określa jedynie liberalna zasada, że prawo nie musi ustępować bezprawiu. Nie dopuszcza ona żadnych wyjątków. Jedynym następstwem „usprawiedliwienia” na jego podstawie jest wyłączenie karalności, przez co D. Kratzsch rozumie, jak się wydaje, wyłączenie bezprawności karnej⁶⁴. Nie oznacza to – twierdzi – że zachowanie to z punktu widzenia innych gałęzi prawa jest traktowane jako legalne. Może ono zostać uznane jako bezprawne np. w prawie cywilnym.

Z tej interesującej dyskusji prowadzonej w niemieckiej nauce prawa karnego wyciągnąć można na pewno wniosek, że objęcie okoliczności wyłączających bezprawność gwarancjami zasady *nullum crimen* jest nie do pogodzenia z koncepcją tzw. jednolitej bezprawności. Pozostaje on w zgodzie z wynikiem rozważań powoływanego wyżej H.-L. Günthera, który jednak nie decyduje się na ostateczne zerwanie z tak rozumianą zasadą jedności porządku prawnego, chociaż to właśnie on opowiedział się za wprowadzeniem, obok wyłączenia bezprawności w całym porządku prawnym, również kategorii wyłączenia jedynie bezprawności karnej. Połowiczność jego stanowiska wynika także z tego, że materialnie nie ujmuje on (wyłączania) bezprawia karnego jako struktury jakościowo odmiennej, lecz jako kategorię różniącą się jedynie ilościowo. Tak więc w jego koncepcji prawo karne nie rozstrzyga o bezprawności bądź legalności zachowania⁶⁵. Nie ma tam miejsca

⁶⁴ Zob. wyraźne stwierdzenia D. Kratzscha, *Grenzen...*, s. 31, 44, 47–48.

⁶⁵ Zob. np. H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit...*, s. 101: „Zwischen »Strafrechtswidrigkeit« und »allgemeiner« Rechtswidrigkeit besteht also ein Verhältnis der Subordination und Spezialität.”; s. 121: „Das Strafrecht zieht seine Grenze somit nicht zwischen Recht und Unrecht, sondern zwischen strafwürdigem Unrecht und nicht strafwürdigen (rechtmäßigen wie rechtswidrigen) Verhaltensweisen”.

na sytuacje, w których czyn został oceniony jako bezprawny w prawie karnym, ale pozostaje legalny np. z punktu widzenia prawa cywilnego⁶⁶. Jednak radykalnego postulatu H.-L. Günthera – wyłączenia kontratypów z zakresu gwarancji zasady *nullum crimen sine lege* – nie można zaakceptować z powodów, które klarownie wyłożył m.in. D. Kratzsch⁶⁷. To z kolei narzuca jedynie trafne rozwiązanie problemu: przyjęcie specyficznej kategorii (wyłączenia) bezprawności karnej. Taką alternatywę widział wyraźnie H.J. Hirsch, jeden z najbardziej stanowczych obrońców zasady jedności porządku prawnego rozumianej jako konieczność przyjęcia jednolitej dla całego systemu prawa oceny bezprawności czynu⁶⁸.

Zasada *nullum crimen sine lege* jest jedną z zasad właściwych dla prawa karnego, która ze względów funkcjonalnych i braku potrzeby tak mocnych gwarancji dla działającego podmiotu nie jest przyjmowana w innych gałęziach prawa, np. w prawie cywilnym. Już choćby z powodu jej funkcjonowania w prawie karnym materialnym możliwe jest rozejście się ocen bezprawności w prawie karnym i prawie cywilnym. Jednak podstawowe różnice wynikają z odmiennej struktury uzasadniania bezprawia karnego i jego wyłączenia, warunkowanych różną, często całkowicie odmienną od funkcji innych obszarów porządku prawnego teleologią prawa karnego. To właśnie w obszarze nauki prawa karnego, zwłaszcza wśród zwolenników subiektywnego, personalnego bezprawia, wysunięto postulat niezbędności istnienia tzw. podmiotowych znamion okoliczności wyłączających bezprawność nawet tam, gdzie nie ma do tego wyraźnych podstaw w brzmieniu odpowiednich przepisów oraz oczywiście również w wypadku pozakarnych kontratypów. Nie sądzę, by prawo cywilne kiedykolwiek zaakceptowało tak zdecydowaną subiektywizację bezprawności, chociaż bez elementów podmiotowych i ono wyjątkowo obyć się niekiedy nie może. Taka subiektywizacja odpowiada w zasadzie teleologii prawa karnego, ale nie prawa cywilnego; prawo cywilne nie wypełniałoby wtedy właściwych dla siebie funkcji. Zakresy przepisów art. 25 k.k. i art. 423 k.c. pokrywają się tylko pozornie. Zachowanie podjęte w nieświadomości obiektywnej sytuacji uprawniającej do podjęcia obrony wyłączy odpowiedzialność deliktową za wyrządzoną napastnikowi szkodę, nie wyłączy jednak bezprawia karnego, o ile przepis o usiłowaniu bądź usiłowaniu nieudolnym obejmuje swoim zakresem takie sytuacje⁶⁹. Zatem zakres art. 25 k.k. może być węższy niż

⁶⁶ Zob. trafne krytyczne uwagi na temat koncepcji H.-L. Günthera, U. Hellmann, *Die Anwendbarkeit...*, s. 6 i n.

⁶⁷ Zob. również przekonujące uzasadnienie konieczności objęcia kontratypów zasadą *nullum crimen* V. Erb, *Die Schutzfunktion...*, s. 274 i n.

⁶⁸ H. J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 59: „Der Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung wäre von vornherein gegenstandslos, wenn eine eigene Strafrechtswidrigkeit zu bejahen wäre”.

⁶⁹ Moim zdaniem, obecnie obowiązujący art. 13 § 2 k.k., jako rozszerzający zakres karalności usiłowania, nie obejmuje takich wypadków, zatem zachowanie powinno pozostać również karnie niebezprawne (*nullum crimen sine lege*). Nie wyklucza to jednak przyjęcia bezprawia karnego np. poprzez bardziej subiektywne ujęcie brzmienia przepisu o usiłowaniu. Bliżej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 571, przyp. 2546. Zwolennicy jednolitej bezprawności opowiadają się często za odpowiedzialnością za dokonanie!

art. 423 k.c. Subiektywizacja kontratypów pochodzących z innych gałęzi prawa, żądanie uwzględniania elementów podmiotowych kontratypów także w tych gałęziach, to przykład nieuprawnionego narzucania im teleologii prawa karnego. Natomiast odrzucenie tego roszczenia np. przez prawo cywilne prowadzi do naruszenia zasady jedności porządku prawnego (jednolitej oceny bezprawności). Ze swojego punktu widzenia rację miał G. Spendel, jeden z obrońców obiektywistycznej wykładni bezprawia i jego wyłączenia, przeciwnik podmiotowych znamion okoliczności wyłączających bezprawność oraz konsekwentny zwolennik jednolitej w całym systemie prawa bezprawności, gdy twierdził, że z powodu braku akceptacji w prawie cywilnym podmiotowego znamienia obrony koniecznej w postaci świadomości istnienia bezpośredniego bezprawnego zamachu bądź woli obrony przed takim zamachem przyjęcie takiego znamienia przy wyłączeniu odpowiedzialności karnej prowadzi do rozejścia się ocen w prawie cywilnym i karnym⁷⁰. Zatem zachowanie jednolitej bezprawności wymaga odrzucenia tych znamion podmiotowych kontratypu także na terenie prawa karnego. Ten ostatni postulat G. Spendela właśnie ze względu na teleologię prawa karnego nie zasługuje na aprobatę. Jeżeli zatem nie widzimy już w prawie karnym możliwości oparcia bezprawia na wyłącznie obiektywnych podstawach, to musi to prowadzić do przyjęcia zorientowanej prawnokarnie bezprawności.

STRESZCZENIE

Bezprawność stanowi konieczną przesłankę przestępności (karalności) czynu. Wyłączenie bezprawności zachowania realizującego znamiona typu czynu zabronionego może nastąpić w przypadku wyjątkowego zezwolenia na naruszenie dobra prawnego. Zgodnie z zasadą jedności porządku prawnego, rozumianej jako konieczność przyjęcia jednolitej dla całego systemu prawa oceny bezprawności czynu, oraz zasadą subsydiarności odpowiedzialności karnej (subsidiarnego charakteru bezprawia karnego) zezwolenia te, nazywane w prawie karnym okolicznościami wyłączającymi bezprawność (kontratypami), mogą pochodzić nie tylko z obszaru prawa karnego, ale także innych gałęzi prawa, np. prawa cywilnego, administracyjnego. Ich zakres jest suwerennie ustalany przez gałęzie prawa, z których pochodzą, na podstawie specyficznych dla tych gałęzi kryteriów i metod, i które bez zastrzeżeń są przyjmowane w prawie karnym. Oznacza to, że prawo karne ma charakter akcesoryjny właśnie przede wszystkim w zakresie sytuacji wyłączających bezprawność, ponieważ jego charakter jako środka *ultima ratio* nie pozwala na przyjęcie bezprawności czynu w wypadku, gdy istnieje zezwolenie w jakiegokolwiek pozakarnej gałęzi prawa. W ten sposób poprzez kontratypy, np. prawa cywilnego, administracyjnego, przenikać ma do prawa karnego

⁷⁰ G. Spendel, *Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis*, (w:) *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München 1979, s. 248–249.

teleologia i zasady innych obszarów porządku prawnego (np. dopuszczalność analogii na niekorzyść). Zasada *nullum crimen sine lege* gwarantuje jednostce pewność i obliczalność wyjątkowo dolegliwej represji karnej, nakazując ustawowe określenie warunków karalności czynu przed jego popełnieniem. Jednym z takich koniecznych elementów karalności (przestępności) jest brak sytuacji kontratypowej. W związku z tym kontratypy stanowią obszar szczególnego „napięcia” między teleologią i zasadami prawa karnego materialnego a podstawami (wyłączenia) odpowiedzialności (bezprawności) zachowania sprawcy w innych gałęziach prawa, tj. zasadą jednolitej oceny bezprawności w całym systemie prawa. Zdaniem autora, gwarancje wynikające z zasady *nullum crimen* powinny obejmować również okoliczności wyłączające bezprawność (kontratypy). Prowadzi to jednak do postulatu przyjęcia kategorii (wyłączenia) specyficznej prawnokarnej bezprawności, co jest równoznaczne z odrzuceniem jednolitej dla wszystkich gałęzi oceny bezprawności czynu.

SUMMARY

Unlawfulness is a necessary condition for the criminality of an act (criminal liability for it). Exclusion of unlawfulness of the behavior that has the features of a forbidden act can take place in case of an extraordinary consent to a violation of the legal interest. In accordance with the principle of the unity of the legal order understood as a necessity to adopt a uniform assessment of unlawfulness of an act for the whole legal system, and the principle of subsidiarity of criminal liability (subsidiary character of criminal unlawfulness), this consent that is called circumstances excluding unlawfulness (justification) can come not only from criminal law but also from other branches of law, e.g. civil law, administrative law, etc. Their range is independently established by the branches of law which they come from based on the criteria and methods specific for these branches, and which without reservations are adopted in criminal law. This means that criminal law has an accessory character especially within situations excluding unlawfulness because its character as a measure *ultima ratio* does not allow to state unlawfulness of an act in case there is consent to it in any other branch of law. This way – via justification from e.g. civil law or administrative law – teleology and principles of other areas of legal order (e.g. admissibility of analogy to a disadvantage) are to penetrate criminal law. Ordering a statutory specification of the conditions for punishment before the commitment of an act, the principle of *nullum crimen sine lege* guarantees an individual certainty and measurability of an especially afflicting penal reprisal. One of such obligatory elements of criminal liability (criminality) is the lack of a situation which has a justification character. Due to that, justification is an area of special “tension” between teleology and principles of criminal law and grounds for (exclusion of) liability (unlawfulness) of the perpetrator’s behavior in other branches of law, i.e. a principle of a uniform assessment of unlawfulness in the whole system of law. In the author’s opinion, the

guarantees arising from the principle *nullum crimen* should also cover circumstances excluding unlawfulness (justification). However, this leads to a demand for adopting the category of (an exclusion of) specific criminal unlawfulness, which is equivalent to a rejection of a uniform assessment of unlawfulness of an act for all the branches.

PIOTR IWANIUK

OBRONA KONIECZNA PODCZAS BÓJKI I PÓBICIA
NA TLE ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO

Zagadnienie obrony koniecznej, jak również występku bójki i pobicia jest w literaturze szeroko opisywane, przy czym często zagadnienia te rozważane są łącznie jako równoległe występujące w określonych stanach faktycznych. Materia ta stanowi również przedmiot licznych wypowiedzi Sądu Najwyższego. Analiza poglądów judykatury uprawnia do wniosku, że komentując omawiane instytucje na przestrzeni lat, Sąd Najwyższy przedstawiał poglądy w mniejszym lub większym stopniu rozbieżne. Konstatacja ta skłania zatem do podjęcia syntetycznej analizy tych stanowisk.

Wstęp do tematu stanowić powinno jednak przybliżenie normatywnego znaczenia obu omawianych pojęć, a mianowicie obrony koniecznej zdefiniowanej w art. 25 k.k. oraz występku bójki i pobicia penalizowanej w art. 158 k.k.

1. U aksjologicznych podstaw uzasadniających wprowadzenie instytucji obrony koniecznej wyróżnić można koncepcję ujmującą ją jako jedno z podmiotowych praw człowieka. Wiąże się to niewątpliwie z transpozycją ustrojową i podkreśleniem roli i integralności obywatela we współczesnym demokratycznym i liberalnym państwie prawnym. Wynika z tego wyraźny trend do odstąpienia od ekstensywnej oraz ograniczającej wykładni tej instytucji i zastąpienia jej wykładnią intensywną z tendencją rozszerzającą¹. Tendencja ta ulega ciągłej ewolucji, co znajduje wyraz w uchwalonej już nowelizacji kodeksu karnego – o czym jednak w dalszej części artykułu.

Na wstępie rozważań zauważyć należy, że na instytucję obrony koniecznej składają się takie czynniki, jak: zamach i jego odparcie, konieczność obrony oraz „współmierność” jej sposobu do niebezpieczeństwa zamachu². Dodać należy, iż ów zamach musi być bezprawny, bezpośredni i rzeczywisty na dobro chronione prawem. Zamachem nazwiemy więc czyny człowieka skierowane ku zmianie ist-

¹ M. Filar, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, z. 18, Warszawa 1998, s. 11.

² A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 166.

niejącego stanu rzeczy poprzez naruszenie dobra prawnego lub przynajmniej stworzenie niebezpieczeństwa takiego naruszenia.

Jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii towarzyszących instytucji obrony koniecznej, zdaje się być bezpośredniość zamachu. W doktrynie i judykaturze wyróżnia się dwa podejścia do tego zagadnienia. Pierwsze z nich jest podejściem węższym, które uzależnia początek zamachu od faktycznego rozpoczęcia wykonywania czynu stanowiącego bezprawny zamach³. Zgodnie z takim poglądem przekroczeniem granic obrony koniecznej i dopuszczenia się ekscesu ekstensywnego jest podjęcie działań obronnych bezpośrednio przed napadem, gdy napad jeszcze nie jest w toku, jednakże grozi urzeczywistnieniem w najbliższej przyszłości⁴. Stanowisko to zdaje się być jednak zbyt restryktywne, nie znajdujące zbyt wielu argumentów przemawiających za jego aprobatą. Drugi pogląd, rozszerzający możliwość powoływania się na obronę konieczną, koncentruje się na „niezwłoczności” zamachu. Słuszny wydaje się być tu pogląd wyrażony przez SN w postanowieniu z dnia 1 lutego 2006 r., w którym to stwierdza, że *Obrona konieczna obejmuje nie tylko odpieranie zamachu w fazie jego realizacji, ale także stadium obiektywnie zaistniałego bezpośredniego zagrożenia zamachem, jak również w wypadku jego nieuchronności, o ile nie zostanie podjęta natychmiastowa akcja obronna*⁵. Zgodnie z tym ujęciem osoba zagrożona bezprawnie przez napastnika nie ma zatem obowiązku czekać na grożący jej cios, lecz właśnie ma prawo się przed nim bronić, uniemożliwiając cios uprzednią swoją obroną⁶.

Uprawniony zdaje się być więc – w zgodzie z ideą obrony koniecznej – pogląd, że obrona „wyprzedzająca” podjęta w imię skuteczności nie stanowi przekroczenia jej granic⁷. W takim kierunku zmierza też znaczna część doktryny oraz judykatury⁸, co odczytywać należy jako słuszną liberalizację tych poglądów.

Problem ekscesu ekstensywnego przybrać może też formę *defensio subsequens*, tj. obrony spóźnionej. Co prawda ta forma ekscesu jest mniej dyskusyjna niż obrona przedwczesna, niemniej jednak, aby przyjąć w takim wypadku obronę konieczną, działanie broniącego się musi być jego kontynuacją. Zdaniem K. Mioduskiego, jeżeli zaatakowany nie podjął w ogóle obrony w czasie trwania zamachu, to działanie jego, przedsięwzięte dopiero po całkowitym zakończeniu zamachu, nie mieści się w ramach przekroczenia granic obrony koniecz-

³ W. Wolter, *Prawo karne*, Warszawa 1947, s. 197.

⁴ Por. orzeczenie SN z dnia 5 kwietnia 1933 r. Zb. Orz. 1933, poz. 113; orzeczenie SN z dnia 13 kwietnia 1937 r., IK 3.37, OSN(K) 1937, nr 10, poz. 284.

⁵ Postanowienie SN z dnia 1 lutego 2006 r., VKK 238/05, OSNKW 2006/3/29.

⁶ Wyrok z dnia 7 października 1930 r., II4K 438/30, Zb. O. 1931, z. 5, poz. 154; RPEiS 1932, z. 2, s. 441.

⁷ S. Glaser, A. Mogielnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 110.

⁸ Por. wyrok SN z dnia 4 lutego 2002 r., VKKN 507/99, OSNKW 2002/5-6/38; wyrok SN z dnia 24 lipca 1997 r., III KKN 261/96, Prok. i Pr. – wkł. 1998/1/1; wyrok SN z dnia 11 grudnia 1978 r., II KR 266/78, OSNKW 1979/6/65.

nej⁹. Poprawne stanowisko w tej kwestii zajął też Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 6 października 2004 r., w którym zauważono, że *Bezpośredniość zamachu uprawniająca do obrony koniecznej zakłada, że zamach trwa, to znaczy jest kontynuowany po rozpoczęciu go, i przez to zagraża dobrom prawnym napadniętego. W orzecznictwie przyjmuje się jednak, że bezpośredniość zamachu nie wyklucza przerwania go, gdy nie ulega wątpliwości, że atak zostanie ponowiony natychmiast lub w najbliższej chwili*¹⁰. Przyjąć więc można pogląd, że działanie osoby atakowanej, w sytuacji gdy napastnik oddala się już z miejsca zdarzenia, będzie stanowiło nie tyle przekroczenie obrony koniecznej, a można by przypisać takiemu działaniu czyn przestępny. Decydującym elementem dla przeprowadzenia rozróżnienia pomiędzy przekroczoną obroną konieczną a działaniem z zemsty jest ustalenie, czy przynajmniej podmiotowo odpierający napad zmierzał do obrony, a nie do zemsty. Działanie w celu odwzajemnienia doznanej krzywdy, gdy osobie zaatakowanej dalsze niebezpieczeństwo nie zagraża, nie mieści się w przepisie o obronie koniecznej¹¹. Końcowo przytoczyć można wyrok SN z dnia 19 lutego 1997 r., w którym konstatuje się, iż *Dla zaistnienia obrony koniecznej niezbędnym jest, aby sprawca działał z zamiarem obrony bezpośrednio zaatakowanego dobra prywatnego. Wszelkie działania przedsięwzięte w celu odwzajemnienia krzywd doznanych uprzednio... nie mają charakteru obronnego. Niezbędnym, podmiotowo elementem obrony koniecznej jest działanie z woli obrony, a nie z woli odwetu*¹².

Krótko nawiązać też można do tzw. obrony sprowokowanej. Przytoczyć w tym miejscu można wyrok SN z dnia 1 września 1975 r., w którym czytamy, że: *Sprawca, który swoim działaniem doprowadza do zajścia i prowokuje pokrzywdzonego do podjęcia ataku, nie może korzystać z ochrony art. 22 k.k. (dzisiejszy art. 25 k.k.), bowiem nie stanowi obrony koniecznej odpieranie zamachu, do którego by nie doszło bez wymienionego działania sprawcy*¹³. Pogląd ten uznać należy za trafny, ponieważ jeśli dana osoba świadomie i w zaplanowany sposób prowokuje inną osobę, by ta zaatakowała ją po to, by stosując określone środki obrony „uszczerknąć” co nieco z jej chronionych dóbr, na działanie w obronie koniecznej nie będzie się mogła powołać. Jeśli natomiast osoba taka nie działa w takim zamiarze, choć zachowaniem swoim obiektywnie sprowokowała atak, to gdy owo prowokujące działanie nie było samo przez się bezprawne, będzie się mogła powołać na działanie w obronie koniecznej¹⁴.

W dalszej kolejności odnieść się należy również do drugiego z ekscesów, często związanego z problemem przekroczenia granic obrony koniecznej – a nie

⁹ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 87.

¹⁰ Wyrok SA w Krakowie z dnia 6 października 2004 r., II AKa 183/04, KZS 2004, z. 11, s. 10, por. też wyrok SN z dnia 8 lutego 1985 r., IV KR 18/85, OSNKW 11-12/85 poz. 92.

¹¹ G. Rejman, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 713.

¹² Wyrok SN z dnia 19 lutego 1997 r., IV KKN 292/96, Prok. i Pr. – wkł. 1997/7-8/1.

¹³ Wyrok SN z dnia 1 września 1975 r., II KR 175/75, NP 1977, z. 1, s. 133.

¹⁴ M. Filar, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, op. cit., s. 17.

mniej często występującego przy przestępstwie z art. 158 k.k. w zw. z art. 159 k.k. – tj. ekscesu intensywnego. Przy tym zagadnieniu także można wskazać na rozbieżności zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie.

Zaznaczyć wypada, że w przeciwieństwie do stanu wyższej konieczności proporcja dóbr nie jest w obronie koniecznej wymagana. Dla przypisania obrony koniecznej nie ma więc znaczenia nawet, że napadnięty zabił atakującego. Zgodnie bowiem z orzeczeniem SN z dnia 31 października 1973 r. *Napastnik, który przedsięwzięcie działania stanowiące bezpośredni bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro społeczne lub jakiegokolwiek dobro jednostki, musi sobie samemu przypisać winę za szkody, jakie poniesie z rąk osób działających w obronie koniecznej*¹⁵.

Odpierając więc bezprawny, bezpośredni atak, osoba broniąca się może korzystać ze wszelkich możliwych sposobów oraz niezbędnych narzędzi. Takim też torem poszło orzecznictwo. W wyroku z dnia 9 kwietnia 2002 r. SN opowiedział się, iż *Działający w obronie koniecznej może użyć takich środków, jakie uważa w konkretnych okolicznościach za niezbędne dla odparcia zamachu. Mogą być nimi nawet niebezpieczne narzędzia*¹⁶. Użycie więc do obrony groźniejszego niż atakujący środka nie może świadczyć o przekroczeniu granic obrony koniecznej. Nie można więc nikomu odmówić prawa do tego, by za pomocą określonego przedmiotu trzymał napastnika na odległość, nie wdając się z nim w pojedynek wręcz. Napadnięty nie ma bowiem obowiązku nadawać starciu formy wyrównanego pojedynku tylko dlatego, że atakujący tego wymaga¹⁷. Pogląd ten poparł również M. Filar, który stwierdził, że napadnięty ma nie tylko prawo do obrony, lecz prawo do obrony skutecznej, może użyć wszelkich środków i technik, które stworzą realną szansę na odparcie zamachu¹⁸. Podkreślić należy też, że obrona powinna mieć przewagę nad siłą, albowiem obrona zbyt słaba prowadzi tylko do niepożądanego wzajemności.

Odmienne poglądy – dużo rzadziej występujące zarówno w doktrynie, jak i judykaturze – uznać należy więc za poglądy mniej trafny, a w niektórych przypadkach wręcz krzywdzący osoby napadnięte. Pamiętać jednak należy – za W. Radeckim – iż odpieranie zamachu za wszelką cenę w pewnych sytuacjach musi ustąpić zdrowemu rozsądkowi i najwyższym wartościom z czystych względów ludzkich¹⁹.

2. Przybliżając występek bójki i pobicia, należałoby zacząć od rozróżnienia obu tych pojęć. Już w kodeksie karnym z 1932 r. bójkę określano jako „zwadę więcej niż dwu osób”, pobicie zaś jako zastosowanie uderzeń „przez więcej niż

¹⁵ Wyrok SN z dnia 31 października 1973 r., II KR 139/73, OSNKW 1974/4/61.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 9 kwietnia 2002 r., IV KKN 289/99, LEX nr 53340.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 9 marca 1976 r., III KR 21/76, OSNKW 1976/7-8/89; por. też wyrok SN z dnia 15 kwietnia 1982 r., II KR 62/82, OSNPG 1982/8/107; wyrok SN z dnia 11 lutego 1982 r., II KR 8/82, OSNKW 1982/4-5/18; wyrok SN z dnia 23 lipca 1980 r., V KRN 168/80, OSNPG 1981/6/60.

¹⁸ M. Filar, *Obrona obrony koniecznej*, „Rzeczpospolita”, 30.10.2004.

¹⁹ W. Radecki, *Ocena współmierności sposobu obrony i niebezpieczeństwa zamachu*, NP 1977, nr 6, s. 856.

jednego człowieka, w stosunku do człowieka napadniętego zbiorowo”²⁰. Czyny te, choć ujęte w jednym artykule, łączy tylko i wyłącznie liczba osób biorących w nich udział, gdyż muszą to być w zasadzie co najmniej trzy osoby.

Bójkę i pobicie różni więc charakter ról pełnionych przez jej uczestników. Każdy uczestnik bójki występuje w podwójnej roli – atakującego i atakowanego. Pobicie oznacza zaś czynną napaść dwóch lub więcej osób na jedną osobę albo grupy osób na inne osoby, przy czym w tym ostatnim wypadku cechą charakterystyczną jest przewaga osób napadających nad napadniętymi²¹. Przewagę tę rozumieć można dwojako: po pierwsze, będzie to przewaga liczebna, po drugie, przewaga taka może być też przewagą siłową (co nie zawsze równoznaczne jest z większą liczbą osób atakujących).

Nie zawsze jednak osoby napadające muszą od razu reagować czynnie. Pogląd na ten temat wyraził również SN w postanowieniu z dnia 7 września 2004 r., w którym zaznaczył, iż: *Przestępstwo z art. 158 k.k. stanowi relikw odpowiedzialności zbiorowej, a do przyjęcia odpowiedzialności za udział w pobiciu nie jest konieczne, by sprawca uderzył czy kopnął pokrzywdzonego lub w jakikolwiek inny sposób naruszył jego nietykalność cielesną. Wystarczy, by sprawca swoim zachowaniem, np. stworzeniem warunków ułatwiających działania bezpośrednich sprawców, postawą, a nawet samą obecnością wśród osób czynnie występujących przeciwko pokrzywdzonemu – przy braku jednoznacznie wyrażonego nieakceptowania takiego zachowania – zwiększał zagrożenie u pokrzywdzonego i przyczynił się do wzrostu dysproporcji siły pomiędzy sprawcami pobicia i pokrzywdzonym*²². Zgodzić należy się z poglądem Najwyższej Instancji, jednak – zachowując warunek niewyrażenia braku akceptacji, wskazany w ww. postanowieniu – rozważyć można by inną znamioną dla omawianego tematu sytuację. W tym celu przywołać należy wyrok SN z dnia 10 kwietnia 1972 r., w którym zauważono, że: *Udział w pobiciu może polegać między innymi na »zagrzewaniu« co najmniej dwóch jego uczestników do kontynuowania przestępnego działania lub na ułatwianiu im w jakikolwiek sposób takiego działania, które wyraża się w zadawaniu razów określonej osobie*²³. Pogląd wyrażony w przedmiotowym orzeczeniu jest niewątpliwie trafny. Zastanowić należy się jednak, czy ułatwianie przez co najmniej dwie osoby jednemu atakującemu jedną osobę dokonania ataku, również jest udziałem w pobiciu? Odpowiedź na to pytanie winna być twierdząca. Choć ogólnie przyjmuje się, że do kwalifikacji bójki lub pobicia konieczne jest występowanie co najmniej trzech uczestników, w niniejszym przykładzie warunek ów zdaje się być spełniony. Skoro bowiem – jak trafnie stwierdził to SN w cytowanych bezpośrednio wyżej orzeczeniach – akceptacja (a nawet niewyrażenie braku akceptacji) działania

²⁰ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. IV, Lwów 1936, s. 414.

²¹ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 353.

²² Postanowienie SN z dnia 7 września 2004 r., II KK 377/03, LEX nr 137739.

²³ Wyrok SN z dnia 10 kwietnia 1972 r., I KR 325/71, LEX nr 21480.

napastnika przez osoby trzecie jest już warunkiem uczestniczenia w pobiciu, to również, jak opisano w przykładowej sytuacji, biernie akceptowanie ataku jednego osobnika również będzie wypełniało dyspozycję występkę pobicia. Idąc jednak nieco dalej w rozważaniach, pod namysł poddać można kolejną tezę. Czy bezpośredni zamach jednej osoby na dwóch atakowanych, przy jednoczesnej akceptacji innych osób tego działania, przez co zwiększa się dysproporcja sił na niekorzyść atakowanych może być kwalifikowana jako pobicie? Tu również skłonić można się ku odpowiedzi twierdzącej. Co prawda zdaniem SN udział w pobiciu polega na działaniu co najmniej dwóch napastników, to jednak dokładniej analizując tę sytuację zauważamy, iż zachowana jest tu minimalna liczba osób potrzebnych do kwalifikacji czynu jako pobicia (aktualna jest również argumentacja powołana powyżej). Występuje tu również bezpośredni, bezprawny zamach na dobro chronione prawem. Fakt, że osobą czynnie atakującą, tj. *stricte* podejmującą zamach, jest tylko jeden napastnik nie powinno przesądzać o braku podstaw do przyjęcia pobicia. Osoby bowiem stojące obok i wspierające napastnika, a przynajmniej jednoznacznie niewyrażającej braku akceptacji jego działania, należą bowiem również do grupy napastników. Teza ta zdaje się być uprawniona, choć nie jest jeszcze poparta orzecznictwem.

Prawidłowa bowiem kwalifikacja określonego działania jako bójki lub pobicia pozwoli na trafne zastosowanie – tak požądanej przez wielu praktyków prawa – instytucji obrony koniecznej.

3. Po krótkiej analizie obu instytucji przejść można do głównego tematu pracy, którym jest obrona konieczna w ramach występkę opisanego w art. 158 k.k.

Prawem do obrony koniecznej realizowanej przez uczestników bójek i ofiar pobić zajmowano się już w pierwszych komentarzach do kodeksu karnego z 1932 r. Tezy wówczas sformułowane są nadal powtarzane w teorii i orzecznictwie, nie tracąc na aktualności. Przyjęto wówczas, iż żaden uczestnik bójki nie może powoływać się na obronę konieczną, co wynika z konstrukcji bójki. Problem ten ma swoją długą historię, której warto byłoby przyrzeć się raz jeszcze.

W okresie międzywojennym SN w wyroku z dnia 29 maja 1935 r. stanął na stanowisku, że *Dopóki u uczestników bójki trwa zamiar wzajemnej walki, nie może być mowy o obronie koniecznej, natomiast działanie obronne może mieć miejsce z chwilą, gdy któraś z osób, biorących udział w bójce, zaprzestała walki, a mimo to była w dalszym ciągu atakowana przez innego lub innych uczestników bójki*²⁴. Bezsporne jest bowiem, iż uczestnik bójki, który wycofuje się z udziału w niej, uzyskuje tym samym prawo do obrony koniecznej, jeśli atak na jego osobę jest dalej prowadzony przez innego lub innych jej uczestników. Pogląd ten potwierdzają inne wypowiedzi SN, który w wyroku z dnia 20 grudnia 1984 r. stwierdza, że *W sytuacji gdy uczestnik bójki wycofuje się z niej i jest potem atakowany, wów-*

²⁴ Wyrok SN z dnia 29 maja 1935 r., IK 311/35, OSN(K) 1936, nr 1, poz. 33.

czas uzyskuje prawo do obrony koniecznej, gdyż osoba, która nie bierze już udziału w bójkę, przestaje być jej uczestnikiem, a w takiej sytuacji atak na nią należy ocenić jako bezprawny zamach, do którego odparcia uprawniony jest każdy atakowany²⁵. Tezę tą aprobuje również A. Krukowski, rozszerzając ją dodatkowo o krąg osób odciągniętych od udziału w bójkę przez inne postronne osoby²⁶. Zagadnienie to należy jednak odróżnić – jak robi to też SN w dalszej części orzeczenia – od sytuacji, w której wycofanie się jest zagranem taktycznym, służącym przyjęciu lepszej pozycji dla ponowienia ataku. Jak czytamy w dalszej części cytowanego wyroku SN: *Wymaga to jednak dokładnej oceny, czy wspomniane wycofanie się jest faktyczne, a nie pozorowane względami taktycznymi dla uzyskania lepszej pozycji do ponowienia ataku. To ostatnie wycofanie się nie uprawnia do obrony koniecznej*²⁷. Z poglądem tym należy się zgodzić. Nie budzi on wątpliwości zarówno w orzecznictwie, jak i w judykaturze.

Kolejnym zagadnieniem, przełamującym ogólną zasadę wyłączaćcą zastosowanie obrony koniecznej podczas bójkę, jest użycie niebezpiecznego narzędzia w trakcie zajścia opisanego w art. 158 k.k. Podkreślić należy jednak, iż samo zjawisko bójkę lub pobicia jest już zjawiskiem, w którym naraża się człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k. Należy więc – jak słusznie zrobił to A. Marek – zadać sobie pytanie, czy w niebezpiecznej bójkę (bo tylko taka jest w kręgu zainteresowania prawa karnego) zasadne jest rozróżnić takie jej zaostrenie, które uprawniałoby do obrony koniecznej? Należy się zgodzić z twierdzącą odpowiedzią autora, który warunkuje zastosowanie obrony koniecznej od drastycznego zaostrenia niebezpieczeństwa bójkę²⁸. Tytułem przykładu wskazać można na sytuację, w której podczas walki na „gołe pięści” jeden z jej uczestników zostaje zagrożony drastycznym jej zaostreniem poprzez sięgnięcie przez innego uczestnika po nóż lub inne niebezpieczne narzędzie. W takiej sytuacji nie można odmówić uczestnikowi bójkę prawa do odpierania zamachu w ramach kontratywu z art. 25 k.k. Tezę tę poprzeć można też wyrokiem SN z dnia 28 lutego 1935 r., w którym wyrażono pogląd, że *Zawinienie udziału w bójkę wyklucza obronę konieczną tylko odnośnie do samego karalnego udziału w bójkę. Natomiast odnośnie do konkretnego zawnionego urazu cielesnego w każdej bójkę może zachodzić stan obrony koniecznej. Ten nawet, kto bójkę zawniń, może w czasie jej trwania znaleźć się w sytuacji uprawniającej do obrony koniecznej*²⁹.

Trzecim dyskutowanym przypadkiem jest sytuacja, w której jeden z uczestników bójkę zabija lub rani innego, który zamierza się, by dobić innego uczestnika zajścia, ciężko rannego, wykończonego walką lub leżącego już na ziemi i fak-

²⁵ Wyrok SN z dnia 20 grudnia 1984 r., II KR 289/84, OSNKW 1985, nr 7–8, poz. 58.

²⁶ A. Krukowski, *Obrona konieczna na tle prawa polskiego*, Warszawa 1965, s. 145.

²⁷ Wyrok SN z dnia 20 grudnia 1984 r., II KR 289/84, OSNKW 1985, nr 7–8, poz. 58.

²⁸ A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 82.

²⁹ Wyrok SN z dnia 28 lutego 1935 r., II K 1697/34, OSN(K) 1935, nr 10, poz. 428.

tycznie nie uczestniczącego w bójce³⁰. Istnieje więc tu bezpośredni, bezprawny zamach na konkretne dobro chronione prawem. Można więc w takiej sytuacji przypisać osobie działanie w warunkach obrony koniecznej. Zdawać by się mogło, że sytuacja taka może rodzić zaistnienie kontratypu z art. 26 k.k. Jak trafnie jednak podnosi to S. Śliwiński³¹, stan wyższej konieczności nie będzie w takiej sytuacji miał zastosowania, gdyż wszyscy uczestnicy bójki znajdują się w tym stanie, skoro dla ratowania swego lub innej osoby dobra godzić muszą w dobro innych uczestników zajścia. Przeczy to również samej konstrukcji występku z art. 158 k.k.

Ostatnim z wyjątków od zasady zakazującej stosowania obrony koniecznej podczas bójki jest działanie interwenientów i osób przyłączających się. Interwenientem jest osoba, która „wplątała się” w bójkę celem jej zakończenia i rozdzielenia bijących się osób. Przepis *stricte* legalizujący działanie interwenienta znajdował się w art. 22 § 2 k.k. z 1969 r. Czytaliśmy wówczas, że: *Działa w obronie koniecznej w szczególności ten, kto występuje w celu przywrócenia porządku lub spokoju publicznego, chociażby to nie wynikało z obowiązku służbowego*³². Pozytywnie do tego stanowiska odnosiła się również judykatura. W wyroku z dnia 28 lutego 1963 r. SN stwierdził, iż *Nie bierze natomiast udziału w bójce lub pobiciu ten, kto włącza się do grona bijących się jedynie i wyłącznie w celu przeszkodzenia biciu się i zapobieżenia skutkom zbiorowej niebezpiecznej bijatyki np. przez rozdzielenie bijących się i niedopuszczenie do kontynuowania bijatyki. Takie włączenie się do grona bijących się, podyktowane wspomnianym wyżej celem, nie wylacza użycia przez włączającego się siły, pod warunkiem jednak, że będzie ona użyta jedynie i wyłącznie do przeszkodzenia bijatyce i w celu niedopuszczenia do jej kontynuowania. Praktycznie biorąc, mając taki cel na względzie, trudno w inny sposób włączyć się skutecznie do bitki, gdyż sama perswazja słowna w okolicznościach zwykłych bójki jest z reguły bezskuteczna. Użycie siły w takim przypadku uzasadnione jest bądź stanem obrony koniecznej (przy pobiciu), bądź stanem wyższej konieczności (przy bójce)*³³. Poczynione wyżej rozważania prowadzą do wniosku, iż interwencja przy bójce winna być jednak zaliczana również jako obrona konieczna, niemniej jednak działanie to zawiera walor kontratypu. Podobne stanowisko odnośnie do interwencji w bójce wyraził SN w wyroku z dnia 26 lipca 1971 r., gdzie stwierdza, iż: (...) *działa w obronie koniecznej ten, kto występuje w celu przywrócenia porządku spokoju publicznego. Wynika z tego przepisu, że osoba postronna, która nie angażuje się po stronie któregośkolwiek z biorących udział w bójce, a więc nie będąc jej uczestnikiem, stara się jej zapobiec w jakikolwiek sposób, działa w obronie koniecznej*³⁴.

³⁰ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 162.

³¹ Ibidem, s. 163.

³² Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r., Kodeks karny (Dz.U. z 14 maja 1969 r., Nr 13, poz. 94).

³³ Wyrok SN z dnia 28 lutego 1963 r., V K 343/62, OSNKW 1963, nr 11, poz. 194.

³⁴ Wyrok SN z dnia 26 lipca 1971 r., IV KR 119/71, OSNKW 1971, nr 12, poz. 190.

Dodać też należy, iż pominięcie § 2 art. 22 (k. k. z 1969 r.) w dzisiejszym k.k. przyczynia się do spadku aktywności społecznej wyrażającej się w nieudzielaniu pomocy ofierze pobicia lub nieprzeciwdziałaniu niebezpiecznym następstwom bójek.

Inną kwestią, korelującą z omawianym w poprzednim akapicie zagadnieniem, jest przyłączenie się do bójki osoby, która działa w celu przyjscia z pomocą jednemu z jej uczestników. W ten sposób powiększa ona krąg bijących się osób, potęgując tym samym niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia uczestników zajścia. Celem takiej interwencji jest bowiem pomoc konkretnemu uczestnikowi, a nie przywrócenie porządku lub ratowanie życia osoby wykończonej starciem³⁵.

Podsumowując powyższe rozważania, przyjąć można, iż w przypadku pobic kwestią dość jasną i niewymagającą większego opisu jest możliwość działania w warunkach obrony koniecznej. Jak już podnoszono powyższej, osoby napadnięte mają prawo odpierać bezprawne i bezpośrednie zamachy, a działanie ich będzie działaniem objętym klauzulą niekaralności. W przypadku bójek – poza przypadkami omówionymi – stać jednak wypada na ugruntowanym stanowisku doktryny i judykatury, że *jeżeli oskarżony nie działa wyłącznie w roli napadniętego, ale i w roli napastnika, sytuacja taka wyklucza możliwość zastosowania normy zawartej w przepisie art. 25 § 1 k.k.*³⁶.

4. Krańcowo pochylić się należy również nad treścią nowelizacji art. 25 k.k. Nowe brzmienie § 3 art. 25 k.k. przyjęte ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. zastąpiło dotychczasowe obligatoryjne odstąpienie przez sąd od wymierzenia kary w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej będące wynikiem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu – na ustawową klauzulę niekaralności. Znowelizowany art. 25 § 3 k.k. otrzymał brzmienie: „Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu”. Jak czytamy w uzasadnieniu do nowelizacji: *W odniesieniu do art. 25 § 3 k.k. projekt realizuje podnoszony przez praktyków postulat, aby w wypadku gdy przekroczenie granic obrony koniecznej nastąpiło pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu, w miejsce dotychczasowego obligatoryjnego odstąpienia przez sąd od wymierzenia kary wprowadzić instytucję niepodlegania karze. W płaszczyźnie procesowej zmiana ta będzie miała bardzo istotne znaczenie – umożliwi bowiem w takiej sytuacji umorzenie postępowania karnego w oparciu o przesłankę z art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. już na etapie postępowania przygotowawczego. Uniknie się dzięki temu rozwiązaniu zbędnych procesów sądowych w takich sprawach, łączących się z nimi kosztów, w tym kosztów ponoszonych przez strony*

³⁵ Ibidem.

³⁶ Wyrok SN z dnia 18 maja 2006 r., WA 17/06, OSNwSK 2006/1/1063.

postępowania, jak również często traumatycznych przeżyć ekscententa, będących skutkiem stygmatyzacji płynącej z faktu skierowania przeciwko niemu aktu oskarżenia i występowania w procesie sądowym w charakterze oskarżonego³⁷.

Warto przypomnieć – za A. Markiem – że już w pracach nad kodeksem karnym z 1932 r. rozważano kwestię zastosowania klauzuli niekaralności w § 3 art. 25 (ówczesny art. 19). W projektach z lat 1930–1931 przepis ten miał użyć brzmienie: „Nie ulega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem silnego wzburzenia”³⁸. Ostatecznie jednak propozycja ta nie znalazła aprobaty ustawodawcy k.k. z 1932 r., który pozostawił tę kwestię dyskrejonalnej władzy sądu.

Przedmiotową zmianę zawierał też rządowy projekt nowelizacji k.k. z 2001 r. Podobnie jak dzisiejsza nowelizacja przewidywał on zastosowanie klauzuli niekaralności wobec osoby, która przekroczyła granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu³⁹.

W doktrynie pojawiały się też głosy krytycznie odnoszące się do wprowadzenia tegoż zapisu w miejsce obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary. Głównym oponentem wprowadzenia klauzuli niekaralności do § 3 art. 25 k.k. okazał się M. Filar. Jego zdaniem, jest to propozycja motywowana jedynie względami polityczno-kryminalnymi, w istocie tworzy jakiś drugi „superkontratyp”. Ponadto zdaniem autora wbrew założeniom proponowanej zmiany w praktyce bardzo rzadko uda się zakończyć postępowanie na etapie postępowania przygotowawczego, gdyż prokuratorzy z uwagi na skomplikowane i ocenne przesłanki będą z zasady kierować sprawę do sądu⁴⁰.

Inny oponent nowego rozwiązania – A. Sakowicz – podkreśla, iż wprowadzenie do § 3 art. 25 k.k. klauzuli niekaralności i możliwości stosowania tego przepisu przez prokuratorów zachwieje konstytucyjną zasadę sądowego wymiaru sprawiedliwości. Zdaniem tego autora, przekroczenie granic obrony koniecznej winno być poddane ocenie niezawisłego sądu, a nie dyskrejonalnej opinii prokuratorów⁴¹.

Słuszne są też poglądy, a wręcz obawy, że nowy przepis art. 25 § 3 k.k. wyeliminuje w praktyce stosowanie ogólnej normy art. 25 § 2 k.k., gdyż w każdym wypadku przekroczenie granic obrony koniecznej będzie dowodzone jako działanie sprawcy pod wpływem strachu lub wzburzenia wywołanych zamachem⁴².

³⁷ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy 1394, <http://www.sejm.gov.pl>

³⁸ A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym...*, op. cit., s. 166.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ M. Filar, *Doskonalenie czy psucie prawa. Kilka uwag o nowelizacji art. 25 k.k.*, (w:) *Gaudium in Litteris est (Księga jubileuszowa prof. G. Rejmana)*, Warszawa 2005, s. 56–69.

⁴¹ A. Sakowicz, *Opinia z dnia 28 stycznia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i zmianie innych ustaw* (druk nr 1394), s. 4.

⁴² A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym...*, op. cit., s. 158.

Skłaniać winno się jednak do poglądu pozytywnie oceniającego omawianą nowelizację. Sprawca, który popełnia czyn zabroniony w wyniku przekroczenia granic obrony koniecznej, które należy uznać za usprawiedliwione, nie zasługuje na to, aby ponieść odpowiedzialność karną, a wprowadzenie w art. 25 § 3 k.k. klauzuli „nie podlegania karze” gwarantuje osiągnięcie tego celu⁴³. W tym kierunku wypowiedział się też A. Wąsek, którego zdaniem uznanie przekroczenia granic obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu za okoliczność wyłączającą karalność czynu zabronionego stanowi satysfakcjonujące społecznie rozwiązanie takich sytuacji konfliktowych, w których nastąpiło przekroczenie granic obrony koniecznej, ale w odczuciu społecznym sprawca ekscesu nie zasługuje na ukaranie⁴⁴.

Zmiana ta wpłynąć może też na postrzeganie ekscesów podczas bójek i pobic. Często do odpowiedzialności pociągane są osoby broniące się w sposób nadmierny, aczkolwiek jest to wywołane strachem lub wzburzeniem związanym z okolicznościami zamachu. Przepis ten zatem pozwoli uniknąć ofiarom napaści wtórnej wiktyimizacji i przeżywania traumy związanej z występowaniem w roli oskarżonego.

Zamykając klamrę powyższych rozważań, przytoczyć można stwierdzenie wyrażone przez SN w wyroku z dnia 19 marca 1982 r., w którym to czytamy, że *ratio legis obrony koniecznej to nie tylko wzgląd na ochronę zaatakowanego dobra, ale także – respektowanie zasady, iż prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem*⁴⁵.

STRESZCZENIE

Przedstawiony artykuł porusza trzy ważne problemy: pierwszy, to omówienie kontratypu obrony koniecznej oraz ekscesu ekstensywnego i intensywnego z nim związanego. Omówienie to jest poparte orzecznictwem Sądu Najwyższego oraz poglądami doktryny; drugi, to rozróżnienie pojęcia bójki i pobicia. Autor prezentuje tu stanowisko Sądu Najwyższego na przestrzeni obowiązywania polskich kodeksów karnych. Przedstawiona jest tu również teza, dotąd nieanalizowana przez SN, a poruszająca problem rozróżnienia bójki i pobicia podczas ataku jednej osoby bądź domniemanie wspieranej przez współtowarzyszy. Problem ten stanowić może głos w dyskusji nad problemem niemającym oparcia w orzecznictwie. Kolejną kwestią, stanowiącą esencję pracy, jest omówienie możliwości zastosowania kontratypu obrony koniecznej pod-

⁴³ P. Gensikowski, *Nowelizacja art. 25 § 3 kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 9/125.

⁴⁴ A. Wąsek, *Opinia na temat rządowego i poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy – Kodeks karny* (druki nr: 1672, 2027, 2335, 2510, 2491, 1932), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2001, nr 1, s. 82.

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 19 marca 1982 r., III KR 31/82, OSNPG 1982, nr 11, poz. 142.

czas bójki. Autor wymienia – opierając się na wyrażonych w doktrynie i judykaturze stanowiskach – warunki dające możliwość podjęcia działań obronnych w sytuacji wzajemnego ataku osób biorących udział w zajściu.

Końcowe uwagi dotyczą wprowadzonej z dniem 8 czerwca 2010 r. zmiany brzmienia § 3 art. 25 k.k.. Są tu przedstawione głosy aprobujące zarówno nowelizację, jak i stojące do niej w opozycji z wyrażonym jednocześnie zdaniem autora.

SUMMARY

The presented article deals with three important issues. The first one is a discussion of justification of self-defense and extensive and intensive excesses connected with it. The discussion is supported by the Supreme Court's decisions and the doctrine. The second issue is the differentiation of the concept of fight from battery. The author presents the stand of the Supreme Court throughout the times when the previous Polish criminal codes were in force. There is also a discussion of a thesis, not analyzed by the Supreme Court so far, dealing with an issue of differentiating a fight from a battery during an assault committed by one person or a person supposedly supported by companions. The issue can be an opinion in a discussion of the topic that is not based on court decisions. The final essential issue of the work is the discussion of the possibility to justify self-defense during a fight. Taking into account the opinions stated in the doctrine and court decisions, the author lists the conditions for using defensive measures in case of a mutual assault committed by the participants of a fight.

The final comments refer to the changes of § 3 article 25 of the Criminal Code introduced on 8 June 2010. The opinions both for the amendment and against it as well as the author's opinion are presented here.

RYSZARD A. STEFAŃSKI



PRZESTĘPSTWO KORUPCJI SPORTOWEJ

I. Wprowadzenie

W sporcie ważną rolę odgrywają *fair play*, tolerancja, respekt oraz umiejętność działania w zespole. Wartości te – jak słusznie podnosi się w literaturze – są niszczone przez korupcję, komercjalizację, przemoc i doping, które stanowią zagrożenie, odkąd ludzie zaczęli uprawiać sport. Pierwszy udokumentowany przypadek korupcji w historii sportu miał miejsce w czasie turnieju pięściarskiego na Igrzyskach Olimpijskich w 388 r. p.n.e., kiedy zawodnik Eupolos z Tesalii przekupił dużymi sumami pieniędzy trzech swoich przeciwników, a wśród nich ówczesnego mistrza olimpijskiego w walce na pięści, Phormiona z Halikarnassos. Sport wyczynowy podporządkowany jest zasadom rynku i konkurencji. Stanowi część lukratywnego przemysłu rozrywkowego, którego ciemnymi stronami jest również brak umiaru i uczciwych zasad w dążeniu do jak największych zysków¹. Wskazuje się, że tam, gdzie chodzi o wielkie pieniądze, dochodzi do korupcji. Ułatwiają je nie tylko wysokie sumy, jakimi obraca się w sporcie, a także nieprzejrzyste struktury narodowych i międzynarodowych organizacji sportowych, powiązania osobiste. Źle rozumiana solidarność koleżeńska lub zwykły brak profesjonalizmu u wielu działaczy sportowych stanowi pożywkę dla korupcji. Coraz większą rolę odgrywają nasilające się próby wywierania wpływu na wyniki rozgrywek².

Korupcja w sporcie deformuje morale zawodników, niszcząc wiele pożądanych wartości, cech i postaw niezbędnych dla rozwoju i awansu opartego na osobistych zasobach, utrudniając w perspektywie sprostanie wymaganiom cywilizacyjnym oraz deprecjonując wartość wysiłku, pracy i kompetencji, bezpośrednio wpływa na obniżenie poziomu sportowych osiągnięć, kreuje fikcyjność „teatru” sportu³.

¹ W. Schäuble, *Wstęp*, (w:) *Sport bez korupcji. Podręcznik dobrych praktyk*, (red.) H.-M. Arndt, D. Miebach, wyd. MSWiA, b.r. i m., s. 11.

² S. Schenk, *Korupcja – zagrożenie dla współczesnego sportu i jego podstaw materialnych*, (w:) *Sport bez korupcji...*, s. 21 i 22.

³ B. Karolczak-Biernacka, *Ideaty olimpijskie a korupcja – sport czy biznes*, (w:) *Sport bez korupcji...*, s. 32.

Osiągnięcie efektów w walce z tym zjawiskiem wymaga podjęcia różnorodnych środków, w tym o charakterze penalnym. W zakresie tego ostatniego środka ważne znaczenie ma właściwe zakreślenie ram kryminalizacji patologicznych zachowań w sporcie.

Polska należy do państw, które stosunkowo wcześniej stypizowało przestępstwo korupcji w sporcie. W doktrynie poddawano w wątpliwość, czy jest to właściwa droga, podnosząc, że z punktu widzenia społecznej szkodliwości tego zjawiska nie ma chyba powodu, by państwo musiało ingerować w nie za pomocą prawa karnego, a wystarczają działania przewidziane w przepisach wewnętrznych związków sportowych⁴. Praktyka jednak dowiodła, że jest taka potrzeba i zasadnie twierdzi się, że słusznie powszechnie potępiane zjawiska korupcji w polskim piłkarstwie oraz toczące się w tych sprawach postępowanie karne, nie sprzyja kwestionowaniu egzekwowania z tego tytułu odpowiedzialności karnej⁵.

Kryminalizacji korupcji w sporcie dokonano po raz pierwszy ustawą z dnia 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy – kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁶, którą dodano do kodeksu nowe typy przestępstwa w postaci korupcji w sporcie profesjonalnym (art. 296b). Dokonano kryminalizacji przekupstwa biernego w typie podstawowym (art. 296b § 1 k.k.) i uprzywilejowanym ze względu na wypadek mniejszej wagi (art. 296b § 3 k.k.) oraz przekupstwa czynnego jako typu podstawowego (art. 296b § 2 k.k.) i jego uprzywilejowanego w wypadku mniejszej wagi (art. 296b § 3 k.k.). W uzasadnieniu projektu tej ustawy podkreślono, że „Brak możliwości reakcji karnej na patologiczne zjawiska w sporcie profesjonalnym jest powszechnie oceniany jako objaw niedostosowania prawa karnego do nowych przejawów patologii społecznej”⁷.

Istotne zmiany w zakresie tych typów przestępstw wprowadziła ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁸, która uchyliła art. 296b k.k. (art. 64), a w ustawie określono przestępstwa sprzedajności w sporcie (art. 46 ust. 1) oraz przekupstwa w sporcie (art. 46 ust. 2), znacznie rekonstruując ich znamiona. Spowodowane to było przede wszystkim dążeniem do wzmoczenia walki z tym zjawiskiem. W uzasadnieniu projektu tej ustawy podniesiono, że „Projektowane nowe typy przestępstw mają na celu przeciwdziałanie uzyskiwaniu korzyści związanych z kryminalizowanymi z mocy wcześniej omówionych przepisów nieuczciwymi zachowaniami, wywierającymi lub co najmniej mogącymi wywrzeć wpływ na rezultat rywalizacji

⁴ L. Gardocki, *Co powinno być przestępstwem*, „Rzeczpospolita” z 31 lipca 2000 r.; tenże, *Naprawdę jesteście trzecią władzą*, Warszawa 2008, s. 125.

⁵ A.J. Szwarc, *Kryminalizacja tzw. korupcji sportowej*, (w:) *Reforma prawa karnego. Propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Prof. B. Kunickiej-Michalskiej*, (red.) J. Jakubowska-Hary, C. Nowak, J. Skupiński, Warszawa 2008, s. 286.

⁶ Dz.U. Nr 111, poz. 1061.

⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks karany wykonawczy, ustawy o świadku koronnym, ustawy – Prawo bankowe (druk sejmowy 869), s. 20.

⁸ Dz.U. Nr 127, poz. 857, cyt. dalej jako u.o.s.

sportowej, a także zniechęcenie do podejmowania tego rodzaju nieuczciwych zachowań”⁹.

II. Typy przestępstw korupcji w sporcie

W art. 46 u.o.s. zostały określone 2 przestępstwa korupcji w sporcie w typie podstawowym: sprzedajność w sporcie (ust. 1), przekupstwo w sporcie (ust. 2) oraz ich typy uprzywilejowane (ust. 3) oraz typy kwalifikowane (ust. 4).

Sprzedajność w sporcie polega na przyjęciu korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub żądaniu takiej korzyści, albo jej obietnicy, w związku z zawodami sportowymi organizowanymi przez polski związek sportowy, lub podmiot działający na podstawie umowy zawartej z tym związkiem lub podmiot działający z jego upoważnienia, w zamian za nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik tych zawodów (art. 46 ust. 1 u.o.s.).

Przekupstwo w sporcie obejmuje udzielenie albo obiecanie udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej. W związku z zawodami sportowymi organizowanymi przez polski związek sportowy lub podmiot działający na podstawie umowy zawartej z tym związkiem albo podmiot działający z jego upoważnienia, w zamian za nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik tych zawodów (art. 46 ust. 2 u.o.s.).

Uprzywilejowanymi typami obu tych przestępstw są ich wypadki mniejszej wagi (art. 46 ust. 3 u.o.s.).

Kwalifikowane typy tych przestępstw stanowią czyny opisane wyżej, jeżeli została przyjęta korzyść majątkowa albo jej obietnica znacznej wartości lub taka korzyść, lub jej obietnica została udzielona, albo obiecana (art. 46 ust. 4 u.o.s.).

Sprzedajność i przekupstwo w sporcie zostały określone w tej samej podstawowej jednostce redakcyjnej, a mianowicie w art. 46 u.o.s., co może nasuwać wątpliwości, czy chodzi o dwa odrębne przestępstwa czy jedno w dwóch postaciach. Zasady techniki prawodawczej zdają się przemawiać za drugą koncepcją. Zgodnie z art. 54 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”¹⁰ podstawowa jednostką redakcyjną ustawy jest artykuł. Każdą samodzielną myśl ujmuje się w odrębny artykuł, a jeżeli samodzielną myśl wyraża zespół zdań, dokonuje się podziału artykułu na ustępy, a w kodeksie na paragrafy (§ 55 ust. 1 cyt. rozporządzenia). W literaturze zwraca się uwagę, że podstawowa jednostka redakcyjna powinna prezentować właściwy dla niej temat, którym jest nazwa działania lub stosunku, do którego ma

⁹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o sporcie z dnia 28 sierpnia 2009 r. (druk sejmowy nr 2313), s. 29.

¹⁰ Dz.U. Nr 1000, poz. 908.

zastosowanie zawarta w niej norma¹¹. Odnosząc te zasady do sposobu regulacji korupcji w sporcie, należałoby przyjąć, że w art. 46 § 1 i 2 u.o.s. określono dwie postaci korupcji w sporcie, tj. w ust. 1 – korupcję bierną (sprzedajność), a w ust. 2 – korupcję czynną (przekupstwo). Stanowią one jednolitą całość a zawarte w nich informacje są tematycznie relewantne i powiązane treściowo. Za takim wnioskiem przemawia też sposób konstruowania przepisów typizujących korupcję w sferze publicznej. Przestępstwa korupcji w sektorze publicznym zostały stypizowane w odrębnych podstawowych jednostkach redakcyjnych, a mianowicie sprzedajność osoby pełniącej funkcję publiczną w art. 228 k.k., a przekupstwo takiej osoby – w art. 229 k.k. Podobnie została uregulowana płatna protekcja; bierna w art. 230 k.k., a czynna – w art. 230a k.k.

Jednakże odmienną techniką ustawodawczą posłużono się przy określaniu korupcji wyborczej. W jednym artykule uregulowano zarówno sprzedajność uprawnionego do głosowania (art. 250a § 1 k.k.), jak i jego przekupstwo (art. 250a § 2 k.k.). Taką samą metodą posłużono się przy typizacji korupcji gospodarczej w art. 296a k.k., określając w jego paragrafach sprzedajność osoby, pełniącej funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą lub pozostającą w stosunku pracy, umowy zlecenia lub umowy o dzieło (§ 1) oraz przekupstwo takiej osoby (§ 2). W taki sam sposób była zredagowana sprzedajność sportowa, którą stypizowano art. 296b k.k.), określając w § 1 sprzedajność w sporcie, a § 2 przekupstwo w sporcie.

W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że przepisy, które regulują korupcję, w jednym artykule określają typy przestępstw¹². Prezentowany jest też pogląd, że w przepisach tych określono dwie postaci korupcji: przedajność i przekupstwo, z tym, że tak samo określane są przestępstwa korupcji w sektorze publicznym, mimo że określone są w odrębnych podstawowych jednostkach redakcyjnych¹³ albo że są to formy łapownictwa gospodarczego¹⁴.

Odmienne metody konstrukcji przepisów określających sprzedajność i przekupstwo w różnych sferach życia społecznego nie przesądzają o tym, czy są dwa

¹¹ A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2008, s. 151.

¹² C. Nowak, *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008, s. 394; W. Koziół, (w:) *Kodeks karny. Komentarz do artykułów 222–316*, t. II, (red.) A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 439; tenże (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) M. Filar, Warszawa 2010, s. 1107; *Kodeks karny. Komentarz do artykułów 222–316*, op. cit., s. 1329 i 1353; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 542.

¹³ O. Górniok (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Gdańsk 2005, s. 327, 432, 437; M. Budyn-Kulik (w:) M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 487 i 587; M. Szewczyk (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2008, s. 1133; P. Kardas (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III, Warszawa 2008, s. 540 i 576.

¹⁴ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 631.

odrębne typy przestępstwa czy też dwie postaci tego samego przestępstwa. Mając na uwadze przede wszystkim fakt, że odmiany korupcji w sektorze publicznym są tradycyjnie określane w ustawie jako odrębne typy przestępstwa, nie wydaje się, by fakt określenia takich zachowań w innych sferach życia społecznego w jednej podstawowej jednostce redakcyjnej przesądzał o odrzuceniu koncepcji odrębności typów przestępstwa co do sprzedajności i przekupstwa w innych sferach. Dla oceny, czy chodzi o odrębne typy podstawowe przestępstwa czy o ich postaci, decyduje treść materialna uregulowania, a nie sposób zredagowania przepisu określającego te zachowania; sposób opisanie zachowania przestępnego w ustawie ma charakter wtórny. Z tego też powodu należy przyjąć, że w art. 46 u.o.s. zostały określone dwa typy podstawowe: sprzedajność w sporcie (ust. 1) i przekupstwo w sporcie (ust. 2).

Wątpliwości budzi uznanie wypadku mniejszej wagi obu tych przestępstw za przestępstwa uprzywilejowane. Wynika ona z tego, że w doktrynie sporna jest kwestia, czy wypadek mniejszej wagi jest w ogóle takim typem przestępstwa. Przyjmuje się, że wypadek mniejszej wagi jest uprzywilejowanym typem, w tym także łapownictwa¹⁵. Prezentowany jest też pogląd, że nie jest to typ uprzywilejowany, gdyż wypadek mniejszej wagi może być ustalony tylko *in concreto*, nie zaś *in abstracto*, a zatem jest to szczególna postać podstawy łagodniejszego wymiaru kary¹⁶. Ponadto wskazuje się, że przesłanki przyjęcia wypadku mniejszej wagi nie stanowią dodatkowych znamion czynu, niewystępujących w typie podstawowym, do którego jest relacjonowany wypadek mniejszej wagi¹⁷.

Istotnie, w wypadku mniejszej wagi nie występują dodatkowe elementy opisowe czynu, ale zawsze istnieje powiązanie z typem podstawowym, gdzie te elementy występują, a nadto chodzi o czynnik uprzywilejowujący sprawcę¹⁸. Nie bez znaczenie jest też fakt, że wypadek mniejszej wagi posiada odrębne, samoistne zagrożenie¹⁹. Okoliczności te pozwalają na zakwalifikowanie wypadku mniejszej wagi jako przestępstwa uprzywilejowanego.

¹⁵ C. Nowak, *Korupcja...*, s. 394; R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji w sporcie profesjonalnym (art. 296b k.k.)*, Prok. i Pr. 2004, nr 2, s. 60; J. Skorupka, *Typy przestępstw korupcyjnych po noweli kodeksu karnego z 13.08.2003 r.*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XV, (red.) L. Bogunia, Wrocław 2004, s. 151; M. Szwarczyk (w:) T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 435, 602 i 603; O. Górniok, R. Zabłocki (w:) O. Górniok, W. Kozielowicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, A. Sakowicz, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, t. II, s. 70 i 95; R. Żurowska, *Przestępstwo korupcji w sporcie*, Poznań 2010, s. 136.

¹⁶ A. Barczak-Oplustil (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, t. II, s. 982.

¹⁷ P. Kardas (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, t. III, s. 567.

¹⁸ W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstw*, PiP 1972, nr 1–2, s. 106 i 109.

¹⁹ T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w prawie polskim*, Warszawa 1982, s. 143.

III. Przedmiot ochrony

Zfaktu zamieszczenia omawianego przestępstwa w ustawie o sporcie, a nie w którymś z rozdziałów kodeksu karnego wynika wniosek, że przedmiotem ochrony art. 46 u.o.s. jest szeroko rozumiany sport. Znamiona tego przestępstwa „nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik tych zawodów”, przesądzają, że przepis ten chroni zawody sportowe, które mają odbywać się na zasadzie walki sportowej *fair play*. Przepis ten chroni interesy organizatorów i uczestników zawodów sportowych, w tym dobre imię określonej organizacji sportowej lub klubu, a także interesy kibiców obserwujących walkę sportową, ich subiektywne prawa do odczuwania emocji i przeżyć związanych z przyjemnością oglądania uczciwej walki sportowej²⁰. Słusznie zauważa się w doktrynie, że praktyki korupcyjne w sporcie godzą w pierwszym rzędzie w pożądaną uczciwy charakter sportowego współzawodnictwa, w podstawową w sporcie zasadę *fair play*²¹.

Tak też przedmiot ten wyobrażali sobie twórcy ustawy, skoro w jej uzasadnieniu wskazali, że „Projektowane przepisy karne mają za zadanie chronić dobro prawne w postaci prawidłowego przebiegu rywalizacji sportowej, a w szczególności zasad, na których współzawodnictwo to jest oparte, czyli np. sportowej zasady »fair play«”²². Zresztą ich zamiarem było dodanie do kodeksu karnego rozdziału XXXIIa pt. „Przestępstwa przeciwko zasadom rywalizacji sportowej”, w którym miały znaleźć się te przestępstwa (art. 66 projektu). W projektowanym art. 264b k.k. określono przestępstwa korupcji w sporcie. Jednakże problem lokalizacji tych przepisów wzbudził kontrowersje w toku prac legislacyjnych przede wszystkim dlatego, że oprócz przestępstw o charakterze ściśle korupcyjnym znaleźć się w nim miały: oszukańczy udział w zakładach wzajemnych (proj. art. 264c) i podanie substancji dopingowej (proj. art. 264 f). Wskazywano, że nie ma uzasadnienia dla wprowadzania odrębnego rozdziału obejmującego przepisy określające przestępstwa przeciwko zasadom rywalizacji sportowej, bowiem z jednej strony nie są one dobrem prawnym zasługującym na szeroki zakres ochrony prawnokarnej, skoro projektodawcy nie przewidują penalizacji naruszenia najistotniejszych zasad rywalizacji sportowej, zawartych w regulaminach poszczególnych dyscyplin sportowych. Sugerowano, by przepisy o korupcji sportowej umieścić w rozdziale przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, skoro korupcja sportowa dotyczy przede wszystkim zawodów mających charakter komercyjny, a gdyby przyjąć, że chodzi o szerszy zakres współzawodnictwa sportowego, to właściwym rozdziałem byłby rozdział obejmujący przestępstwa przeciwko porządkowi publicz-

²⁰ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji w sporcie...*, s. 61; R. Zawłocki (w:) O. Górniok, W. Kozieliwicz, E. Plywaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, A. Sakowicz, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, t. II, s. 1358; R. Żurowska, *Przestępstwo korupcji...*, s. 73.

²¹ A.J. Szwarz, *Kryminalizacja tzw. korupcji sportowej...*, s. 285.

²² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 29.

nemu²³. Podkreślano, że zasady rywalizacji sportowej nie są dobrem prawnym, porównywanym z tymi dobrami, które już w kodeksie karnym są chronione przepisami karnymi, nadto nie zawsze czyny związane z korupcją godzą wyłącznie w zasadę rywalizacji sportowej²⁴.

Opowiadano się za włączeniem tych przepisów do ustawy o sporcie ze względu na ich wyłączną specyfikę sportową, co pozwoli na postrzeganie tych przestępstw w ramach tej samej ustawy i ułatwi wykładnię tych przepisów²⁵.

Podważano też zasadność penalizacji, podnosząc, że konieczna jest ostrożność w tworzeniu projektowanych regulacji prawno-karnych kryminalizujących określone zachowania związane ze sportem, przestrzegano przed naiwną wiarą w omnipotencję prawa, w tym wypadku – w omnipotencję reakcji prawno-karnej, a już zwłaszcza przed naiwną wiarą w to, że samo zaostrenie grożącej kary stanie się skutecznym środkiem zwalczania w sporcie korupcji, dopingu czy innych niepożądanych zachowań²⁶.

Przepis korupcji w sporcie lokował w kodeksie karnym jako art. 296b poselski projekt ustawy o sporcie²⁷. Była to propozycja słuszna, gdyż przepisy prawno-karne powinny być umieszczane w kodeksie karnym, a nie w różnych aktach prawnych. Uzasadnione może być zamieszczenie przepisu kryminalizującego określone zachowanie w innej ustawie, ale tylko wówczas, gdy przepis przewidujący odpowiedzialność karną jest nierozdzielnie związany z innymi przepisami, regulującymi daną sferę aktywności. Tak nie jest w zakresie korupcji w sporcie. Ostatecznie zrezygnowano z zamieszczenia proponowanych rozwiązań w kodeksie karnym i zawarto je w rozdziale 10 u.o.s.

Lokalizacja przepisu ma istotne znaczenie dla określenia dobra chronionego, gdyż z reguły wskazuje rodzajowy przedmiot ochrony. Na tle art. 296b k.k. przyjmowano, że indywidualnym przedmiotem ochrony jest prawidłowość obrotu gospodarczego, co było uzasadnione m.in. tym, że przepis ten był zamieszczony w kodeksie karnym w rozdziale XXVI zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”, a nadto objęciem tym przepisem tylko profesjonalnych zawodów sportowych. Sport profesjonalny, był definiowany w art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej²⁸ jako rodzaj sportu wyczerpującego, uprawianego w celach zarobkowych. Organizacja i uczestnictwo we

²³ Uwagi do rządowego projektu ustawy o sporcie. Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2009 r. – BSA 111 – 021 – 143109 przekazane przy piśmie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2009 r. BSA 111 – 021 – 143109, s. 5.

²⁴ Wypowiedź A. Szwarca na posiedzeniu Komisji Kultury Fizycznej, Sportu i Turystyki /nr 113/ w dniu 7 kwietnia 2010 r. (www.sejm.pl).

²⁵ H. Goik, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o sporcie (druk nr 2313) z dnia 17 listopada 2009 r.*, s. 24.

²⁶ A.J. Szwarc, *Opinia dotycząca projektów ustawy o sporcie projektu rządowego (druk nr 2313) oraz poselskiego (druk nr 2374) z dnia 25 listopada 2009 r.*, s. 8–9.

²⁷ Art. 83 projektu ustawy o sporcie z dnia 14 maja 2009 r. (druk sejmowy nr 2374).

²⁸ Dz.U. z 2001 r., Nr 81, poz. 889.

współzawodnictwie sportowym leżały w gestii podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, co uzasadniało takie określenie przedmiotu ochrony.

Jednocześnie zwracano uwagę, że takie określenie przedmiotu ochrony pomijało indywidualne interesy kibiców, którzy wykładają niekiedy znaczne sumy pieniężne, by obserwować zawody sportowe i emocjonować się uczciwą walką. Przekupstwo organizatorów zawodów lub ich uczestników wypacza ideę sportu jako uczciwą rywalizację, w której wygrywa najlepszy. W związku z tym przyjmowano, że chodzi także o uczciwość sportu profesjonalnego i profesjonalnego współzawodnictwa sportowego, uznając je za dodatkowy przedmiot ochrony²⁹, podnosząc, że zachowania korupcyjne w sporcie w większości wypadków nie są wymierzone przeciwko sportowi profesjonalnemu jako odmianie działalności gospodarczej, tylko przeciwko wynikającym ze sportowych regulacji zasadom uczciwej rywalizacji sportowej³⁰. Zamieszczenie określonego przepisu w danym rozdziale nie musi wcale oznaczać, że jego intencją przesądza o przedmiocie ochrony każdego z zamieszczonych w nim przepisów. Sąd Najwyższy zajął słuszne stanowisko na gruncie art. 306 k.k.³¹ i art. 300 § 2 k.k.³², iż przepisy te, aczkolwiek zamieszczone w rozdziale XXXVI k.k., dotyczą także działań w nich opisanych, nie związanych z obrotem gospodarczym.

IV. Strona przedmiotowa

1. Przestępstwo sprzedajności

Przestępstwem sprzedajności – jak już wskazywano – jest przyjęciem korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub żądaniu takiej korzyści, albo jej obietnicy, w związku z zawodami sportowymi organizowanymi przez polski związek sportowy, lub podmiot działający na podstawie umowy zawartej z tym związkiem, lub podmiot działający z jego upoważnienia, w zamian za nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik tych zawodów (art. 46 ust. 1 u.o.s.).

1.1. Zawody sportowe

Istotnym znamieniem tego przestępstwa są zawody sportowe. Zawodami sportowymi są imprezy sportowe, podczas których sportowcy uprawiający jedną dyscyplinę sportu rywalizują między sobą o uzyskanie najlepszych wyników³³. Sportem – zgodnie z art. 2 ust. 1 u.o.s. – są zaś wszelkie formy aktywności fizycznej, które

²⁹ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji w sporcie...*, s. 61–62.

³⁰ E. Żurowska, *Przestępstwo korupcji...*, s. 70–72.

³¹ Uchwała SN z dnia 26 września 2002 r. – I KZP 25/02, OSNKW 2002, Nr 11–12, poz. 94.

³² Uchwała SN z dnia 26 listopada 2003 r. – I KZP 32/03, OSNKW 2004, Nr 1, poz. 3.

³³ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 49, (red.) H. Zgólkowa, Poznań 2004, s. 46.

przez uczestnictwo doraźne lub zorganizowane wpływają na wypracowanie, lub poprawienie kondycji fizycznej i psychicznej, rozwój stosunków społecznych, lub osiągnięcie wyników sportowych na wszelkich poziomach. W art. 46 ust. 1 u.o.s. chodzi o zawody sportowe organizowane przez polski związek sportowy lub podmiot działający na podstawie umowy zawartej z tym związkiem, lub podmiot działający z jego upoważnienia. Poza kryminalizacją pozostają zawody organizowane przez inne podmioty, gdyż – jak podkreślono w uzasadnieniu projektu ustawy – „Uprawianie sportu poza systemem współzawodnictwa sportowego organizowanego przez polskie związki sportowe jest wolne i nie podlega reglamentacji prawnej”³⁴. Stwierdzenie to dotyczy zawodów organizowanych w sporcie, w którym nie działa polski związek sportowy.

Działalność sportowa jest prowadzona w szczególności w formie klubu sportowego (art. 3 ust. 1 u.o.s.). Kluby sportowe mogą zaś działać w formie stowarzyszeń lub spółek kapitałowych, tj. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej. Szczególnym rodzajem klubu sportowego jest uczniowski klub sportowy, który działa na zasadach przewidzianych w przepisach ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach³⁵. Członkami uczniowskiego klubu sportowego mogą być w szczególności uczniowie, rodzice i nauczyciele (art. 4 ust. 1 – 3 u.o.s.).

W celu organizowania i prowadzenia współzawodnictwa w danym sporcie może być utworzony polski związek sportowy (art. 7 ust. 1 u.o.s.). Członkiem polskiego związku sportowego może być klub sportowy, związek sportowy oraz inna osoba prawna, której statut, umowa albo akt założycielski przewiduje prowadzenie działalności w danym sporcie. Zgodnie z art. 6 ust. 1 i 2 u.o.s. związek sportowy jest stowarzyszeniem co najmniej 3 klubów sportowych lub związkiem takich stowarzyszeń. Polski związek sportowy odgrywa wiodącą rolę w zakresie organizowania określonego sportu. Może prowadzić działalność w więcej niż jednym sporcie (art. 11 ust. 4 u.o.s.). Klub sportowy będący członkiem polskiego związku sportowego uczestniczy we współzawodnictwie sportowym organizowanym przez ten związek (art. 8 ust. 1 i 2 u.o.s.). Polski związek sportowy ma wyłączne prawo do:

- 1) organizowania i prowadzenia współzawodnictwa sportowego o tytuł Mistrza Polski oraz o Puchar Polski w danym sporcie;
- 2) ustanawiania i realizacji reguł sportowych, organizacyjnych i dyscyplinarnych we współzawodnictwie sportowym organizowanym przez związek;
- 3) powołania kadry narodowej oraz przygotowania jej do igrzysk olimpijskich, igrzysk paraolimpijskich, igrzysk głuchych, mistrzostw świata lub mistrzostw Europy;

³⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 7.

³⁵ Dz.U. z 2001 r., Nr 79, poz. 855 ze zm.

4) reprezentowania tego sportu w międzynarodowych organizacjach sportowych (art. 13 ust. 1 u.o.s.).

Polskimi związkami sportowymi – według komunikatu ministra sportu i turystyki – są; Aeroklub Polski, Liga Oborny Kraju, Polski Związek Akrobatyki Sportowej, Polski Związek Alpinizmu, Polski Związek Badmingtona, Polski Związek Baseballu i Softballu, Polski Związek Biatlonu, Polski Związek Bilardowy, Polski Związek Bokserski, Polski Związek Brydża Sportowego, Polski Związek Curlingu, Polski Związek Gimnastyczny, Polski Związek Golfa, Polski Związek Hokeja na Lodzie, Polski Związek Hokeja na Trawie, Polski Związek Jeździecki, Polski Związek Judo, Polski Związek Ju – Jitsu, Polski Związek Kajakowy, Polski Związek Karate, Polski Związek Karate Fudokan, Polski Związek Karate Tradycyjnego, Polski Związek Kendo, Polski Związek Kickboxingu, Polski Związek Kolarski, Polski Związek Kulturystryki, Fitness i Trójboju Siłowego, Polski Związek Lekkiej Atletyki, Polski Związek Łuczniczy, Polski Związek Łyżwiarstwa Figurowego, Polski Związek Łyżwiarstwa Szybkiego, Polski Związek Motorowodny i Narciarstwa Wodnego, Polski Związek Motorowy, Polski Związek Muaythai, Polski Związek Narciarski, Polski Związek Orientacji Sportowej, Polski Związek Pięcioboju Nowoczesnego, Polski Związek Piłki Nożnej, Polski Związek Piłki Siatkowej.

Szczególnym rodzajem związku jest Polski Komitet Olimpijski, będący związkiem stowarzyszeń zrzeszającym polskie związki sportowe oraz inne osoby prawne, jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub osoby fizyczne, związane z narodowym ruchem olimpijskim (art. 24 ust. 1 u.o.s.).

W sporcie, w którym współzawodnictwo sportowe jest organizowane w formie rozgrywek ligowych, polski związek sportowy może utworzyć ligę zawodową. W przypadku gdy ponad połowa klubów sportowych biorących udział w rozgrywkach ligowych działa w formie spółek akcyjnych, polski związek sportowy jest obowiązany utworzyć ligę zawodową. W skład ligi zawodowej w grach zespołowych wchodzi wyłącznie kluby sportowe działające jako spółki akcyjne; nie mogą w niej uczestniczyć kluby zorganizowane w formie stowarzyszenia. Liga zawodowa jest zarządzana przez osobę prawną działającą w formie spółki kapitałowej. Zasady funkcjonowania ligi zawodowej są ustalane w umowie zawartej między polskim związkiem sportowym a spółką zarządzającą ligą zawodową (art. 15 ust. 1 – 5 u.o.s.).

Zawodami sportowymi w rozumieniu art. 46 ust. 1 u.o.s. są także te, które są organizowane w ramach rozgrywek ligowych.

Zawody sportowe mogą być organizowane bezpośrednio przez polski związek sportowy albo podmiot działający na podstawie umowy zawartej z tym związkiem lub podmiot działający z jego upoważnienia. Podmiotem działającym na podstawie umowy z polskim związkiem sportowym może być osoba lub podmiot gospodarczy, któremu na podstawie umowy zostało przekazane do realizacji zadanie zorganizowania określonych zawodów sportowych. Nie ma zna-

czenie rodzaj umowy, a istotne jest, by jej treścią było zorganizowanie zawodów sportowych.

Do zakresu tych podmiotów ustawa zalicza także podmioty działające z upoważnienia polskiego związku sportowego, tj. te, które na mocy jednostronnego oświadczenia organu polskiego związku sportowego są uprawnione do podejmowania określonych działań w zakresie organizacji zawodów sportowych.

1.2. Korzyść majątkowa i osobista

Istotą korzyści zarówno majątkowej, jak i osobistej jest zdolność do zaspokojenia potrzeb³⁶. Pierwsza dotyczy potrzeb materialnych, a druga – niematerialnych³⁷. Słusznie podnosi się w judykaturze, że „Istotną cechą każdej korzyści jest zdolność do zaspokojenia potrzeb. Rozróżnienie między korzyścią majątkową a osobistą opiera się na kryterium charakteru zaspokojonej potrzeby. Jeżeli jakieś dobro zaspokaja przede wszystkim potrzebę niematerialną, to jest korzyścią osobistą”³⁸. Chodzi o korzyść nienależną³⁹. Nietrafny jest pogląd, że bez znaczenia jest to, czy korzyść jest należna czy nienależna⁴⁰, z tym, że nie jest korzyścią uprawnienie przysługujące danej osobie indywidualnie, a niezwiązane z funkcją⁴¹. Nie zasługuje na aprobatę pogląd kwestionujący takie zawężenie⁴². Rację ma Sąd Najwyższy, twierdząc, że chodzi o „działania, które zmierzają do osiągnięcia nienależnych, niegodziwych korzyści majątkowych, nie zaś takich korzyści majątkowych, które przysługują sprawcy jako słuszny ekwiwalent poniesionych przezeń kosztów lub nakładu pracy”⁴³.

Tego rodzajami korzyściami są nie tylko te, które sprawca osiągnął dla siebie, ale także – zgodnie z definicją zawartą w art. 115 § 4 k.k. – korzyści dla kogo innego, np. dla żony lub innego członka rodziny. „Użyte zatem w art. 120 § 3 (ob. – art. 115 § 4) k.k. określenie „dla kogo innego” – jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy – nie może być rozumiane w ten sposób, że chodzi tu o przyjmującego korzyść majątkową, lecz o inną osobę, powiązaną ze sprawcą udzielającym taką korzyść. Ten ostatni bowiem udzielając lub obiecując udzielić pełniącej funkcję publiczną osobie korzyść majątkową, może działać „w celu”, by powiązana z nim

³⁶ M. Surkont, *Łapownictwo*, Sopot 1999, s. 110–119.

³⁷ Z. Sobolewski, *Łapówka jako korzyść majątkowa lub osobista*, NP 1964, Nr 3, s. 220; M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 112.

³⁸ Wyrok SA w Lublinie z dnia 17 kwietnia 2007 r. – II AKa 81/07, LEX nr 314605.

³⁹ H. Popławski, M. Surkont, *Przestępstwo łapownictwa*, Warszawa 1972, s. 101; A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe w nowym kodeksie karnym*, Warszawa 1972, s. 136.

⁴⁰ P. Palka, M. Reut, *Korupcja w nowym Kodeksie karnym*, Kraków 1999, s. 29–30; M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 29–30.

⁴¹ O. Górniok, *O pojęciu korzyści majątkowej w kodeksie karnym (Problemy wybrane)*, PiP 1978, nr 4, s. 115–118.

⁴² C. Nowak, *Korupcja...*, 410.

⁴³ Wyrok SN z dnia 17 maja 1972 r. – III KR 67/72, OSNKW 1972, Nr 10, poz. 15 7 z glosą B. Kuniciej-Michalskiej, PiP 1973, nr 6, s. 181–184.

osoba na skutek odpowiedniego zachowania się przyjmującego korzyść osiągnęła korzyść majątkową”⁴⁴.

1.2.1. Korzyść majątkowa

Na pojęcie korzyści majątkowej składa się dobro, za pomocą którego można zaspokoić potrzebę materialną oraz jego wartość ekonomiczna⁴⁵. Przez korzyść majątkową rozumie się każde przysporzenie majątku albo uniknięcie strat, albo zmniejszenie obciążeń majątku, np. uniknięcie obiektywnie grożącej straty majątkowej, zmniejszenie biernego stanu majątku⁴⁶. Korzyść ta polepsza, choćby przejściowo, sytuację materialną. Zasadnie Sąd Najwyższy wskazał, że „O majątkowym charakterze korzyści decyduje to, że ma ona pewną wartość ekonomiczną, a zatem wielkość takiej korzyści może być wyrażona sumą pieniężną. Natomiast wyrażenie wielkości korzyści majątkowej w konkretnej sumie pieniężnej nie zawsze jest możliwe”⁴⁷.

W doktrynie korzyść tę egzemplifikuje się chęcią zarobku, uzyskaniem lepiej płatnej pracy, odwróceniem grożącej szkody⁴⁸, uzyskaniem posiadania, wartością uzyskaną przez świadczenie usług, czy użyciem cudzej rzeczy⁴⁹, cesją wierzytelności, dopuszczeniem do udziału w zyskach, rezygnacją ze zobowiązań, pokryciem długu, załatwieniem wyższego uposażenia, wyszukaniem mieszkania⁵⁰, bezpłatnym wydaniem przedmiotu w użytkowanie, udzieleniem bezprocentowej pożyczki⁵¹, oferowaniem sprzętu RTV, telefonów komórkowych, samochodów do „testowania”, fundowaniem wycieczek zagranicznych na korzystnych warunkach⁵².

W judykaturze przyjmuje się, że:

- „Korzyścią (...) jest każda bezprawna korzyść majątkowa, jeżeli tylko jej osiągnięcie dla sprawcy lub kogo innego było celem działania sprawcy przestępstwa”⁵³;

⁴⁴ Wyrok SN z dnia 17 stycznia 1973 r. – IV KR 326/72, OSN PG 1973, nr 7, poz. 94.

⁴⁵ Z. Sobolewski, *Łapówka...*, s. 220; H. Popławski, M. Surkont, *Przestępstwo łapownictwa...*, s. 100; P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 30.

⁴⁶ O. Górniok, *O pojęciu...*, s. 110; uchwała SN z dnia 30 stycznia 1980 r. – VII KZP 41/78, OSNKW 1980, Nr 3, poz. 24 z głosem K. Daszkiewicz, NP 1980, Nr 11–12, m. s. 213 i n.; wyrok SA w Łodzi z dnia 30 grudnia 1998 r. – II AKa 240/98, Biuletyn Prokuratury Apelacyjnej w Łodzi 1999, Nr 8, s. 3; A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 302.

⁴⁷ Postanowienie SN z dnia 13 lutego 2008 r. – III KK 369/07, OSNKW 2008, Nr 6, poz. 46.

⁴⁸ S. Śliwiński, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 1948, s. 25.

⁴⁹ J. Waszczyński, *O „korzyści majątkowej” w prawie karnym (próba klasyfikacji)*, PiP 1981, nr 1, s. 66–67.

⁵⁰ M. Surkont, *Środki przekupstwa*, Pal. 1971, nr 6, s. 37.

⁵¹ H. Rajman, Głosa do wyroku SN z dnia 16 czerwca 1959 r. – II K 518/58, OSPiKA 1959, Nr 10.

⁵² P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 29.

⁵³ Uchwała SN z dnia 15 lutego 1977 r. – VII KZP 16/76, OSNKW 1977, Nr 4–5, poz. 34 z głosem W. Woltera, PiP 1978, nr 3, s. 183 i n.

1/2011

- „Korzyścią majątkową (...) jest każde przysporzenie majątku sobie lub innej osobie albo uniknięcie w nim strat, z wyjątkiem jedynie tych wypadków, gdy korzyść taka przysługuje sprawcy, lub innej osobie zgodnie z istniejącym w chwili czynu stosunkiem prawnym”⁵⁴;
- „Korzyścią majątkową jest każde przysporzenie majątku sobie lub innej osobie albo uniknięcie w nim strat. Skoro osiągnięcie korzyści majątkowej wiąże się zarówno ze wzrostem aktywów lub redukcją pasywów majątku, jak i z uniknięciem jego zmniejszenia, to uzyskanie tej korzyści może nastąpić nie tylko przez kradzież (przysporzenie polegające na włączeniu cudzej rzeczy do majątku sprawcy z zapewnieniem możliwości rozporządzania nią jak własną), ale w sposób przybierający najróżniejszą postać, jak choćby przyjęcia niegodziwej zapłaty, uzyskania prawa majątkowego, zwolnienia się z długu, zrzeczenia się roszczenia, uzyskania nieoprocentowanej lub nisko oprocentowanej pożyczki”⁵⁵.

Korzyść ta może przyjąć różne formy. Zasadnie w judykaturze przyjmuje się, że:

- „Pożyczka może być ukrytą łapówką i może stanowić korzyść majątkową, ale pod tym warunkiem, że w takim charakterze i z tą intencją została udzielona i przyjęta”⁵⁶;
- „Darowizna wprawdzie może być również ukrytą formą łapówki i może stanowić korzyść majątkową, ale pod tym warunkiem, że w takim charakterze i z taką intencją została udzielona i przyjęta”⁵⁷;
- „Rzeczywista wartość nabytego przez oskarżonego zegarka była wyższa od ceny przez niego zapłaconej. To ustalenie ma decydujące znaczenie przy ocenie korzyści materialnej, jaką oskarżony przez taką transakcję uzyskał. Okoliczność zaś, że oskarżony uważając tę cenę za niską, chciał do niej dopłacić, należy uznać za zupełnie obojętną dla stopnia zawinienia oskarżonego, skoro ten ostatecznie na nabycie zegarka po cenie poniżej rzeczywistej wartości wyraził zgodę, przez co nastąpiło przyjęcie korzyści w formie ukrytej łapówki, pod pozorem umowy kupna – sprzedaży zegarka. W tych warunkach ustalenie sądu wojewódzkiego, że sposób dokonania przez oskarżonego przestępstwa był „zakamuflowany” i przyjęcie tego za jedną z okoliczności obciążających, było zupełnie trafne. Taki bowiem sposób przyjęcia łapówki,

⁵⁴ Uchwała SN z dnia 30 stycznia 1980 r. – VII KZP 41/78, OSNKW 1980, Nr 3, poz. 24, z głosem W. Daszkiewicza, NP 1980, Nr 11–12, s. 213 i n.; wyrok SN z dnia 16 września 1982 r. – I KR 157/82, OSNPG 1983, Nr 3, poz. 27; wyrok SA w Łodzi z dnia 30 grudnia 1998 r. – II AKa 240/98, Biul PA w Łodzi 1999, Nr 8, s. 3

⁵⁵ Wyrok SN z dnia 16 stycznia 2009 r. – IV KK 269/08, OSNwSK 2009, poz. 173.

⁵⁶ Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 1975 r. – II KR 364/74, OSNKW 1975, Nr 8, poz. 111 z uwagami M. Cieślaka, Z. Dody, Przegląd orzecznictwa w zakresie postępowania karnego za rok 1975 i I półrocze 1976), Pal. 1976, Nr 6, s. 39 i n. i W. Daszkiewicza, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego. (Prawo karne procesowe za rok 1975), PiP 1976, nr 11, s. 112 i n.

⁵⁷ Wyrok SN z dnia 8 listopada 2005 r. – WA 30/05, OSNwSK 2005, poz. 2018.

przedstawiający się na zewnątrz jako legalna transakcja kupna – sprzedaży, utrudnia w znacznej mierze wykrycie przestępstwa i tym samym wskazuje na wyższy stopień niebezpieczeństwa społecznego tego rodzaju przestępstwa”⁵⁸.

1.2.2. Korzyść osobista

Korzyść osobista zaspokaja potrzebę niematerialną. Korzyść osobista jest obliczona głównie na oddziaływanie na uczucia, wzbudzenie wdzięczności lub zadowolenia⁵⁹. Korzyść osobista jest świadczeniem o charakterze niemajątkowym, mającym znaczenie dla przyjmującego, polepszającym jego sytuację, np. awans zawodowy, przyznanie odznaczenia⁶⁰. Może to być przyznanie wysokiego stanowiska państwowego lub wysokiego odznaczenia państwowego⁶¹. Korzyść osobista zasadniczo nie ma wartości materialnej, ale posiada pozytywne znaczenie dla odbiorcy, np. odznaczenie, wyuczenie zawodu, odbycie stosunku płciowego⁶². Ta ostatnia kwestia była kwestionowana w doktrynie. Podnoszono, że nie chodzi o jakiegokolwiek przyjemności estetyczne lub erotyczne, gdyż nie są to faktyczne korzyści⁶³. Opowiadając się na objęciem stosunku płciowego zakresem korzyści osobistej podkreślano, że nie ma podstaw do wyłączenia go z tego pojęcia, prawidłowa wykładnia przemawia za szerokim rozumieniem korzyści osobistej, a nadto działanie takie może skuteczniej oddziaływać na przyjmującego niż zaspokojenie jego chęci zysku⁶⁴. Trafnie Sąd Najwyższy uznał, że „W wypadkach gdy osoba pełniąca funkcję publiczną uzależnia czynność służbową od wyrażenia przez osobę zainteresowaną zgody na nawiązanie z nią stosunków o charakterze erotycznym, traktując tę zgodę jako formę swoistego okupu za wspomniane czynności, a równocześnie same stosunki – jako pewnego rodzaju usługę o charakterze nierządym, należy przyjąć, że sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści osobistej”⁶⁵.

⁵⁸ Wyrok SN z dnia 17 marca 1959 r. – IV K 8/59, OSNPG 1959, nr 7, poz. 6.

⁵⁹ P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 32.

⁶⁰ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 312; R.A. Stefański, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009, s. 339.

⁶¹ K. Daszkiewicz, *Korupcja w świetle przepisów kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r.*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 15, Warszawa 1998, s. 107.

⁶² J. Kochanowski (w:) *Prawo karne. Część szczególna*, (red.) L. Lernell, A. Krukowski, Warszawa 1969.

⁶³ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 370–371; W. Makowski, *Kodeks karny*, Warszawa 1933, s. 666; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 425; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 667; J. Potępa, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 kwietnia 1960 r. – IV K 118/60*, PiP 1961, Nr 8–9, s. 452.

⁶⁴ A. Gubiński, *Glosa od wyroku SN z dnia 26 kwietnia 1960 r. – IV K 118/60*, PiP 1961, nr 8–9, s. 454; O. Chyliński, *Plaina protekcja*, Warszawa 1967, s. 24; E. Popek, *Przestępstwo płatnej protekcji w ustawodawstwie PRL*, Warszawa 1971, s. 77; Z. Sobolewski, *Łapówka...*, s. 225, P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 32.

⁶⁵ Wyrok SN z dnia 10 lipca 1974 r. – I KRN 9/74, OSNPG 1974, Nr 11, poz. 130.

W doktrynie wskazuje się, że korzyść osobista nie ma charakter majątkowego⁶⁶ i ma charakter świadczenia nieprzeliczalnego na pieniądze⁶⁷. Nie wydaje się trafne zawężenie tego rodzaju korzyści do takiej, która nie może być przeliczona na pieniądze, gdyż w zasadzie każde świadczenie o charakterze niematerialnym da się przeliczyć na ekwiwalent pieniężny. Słusznie wskazuje się, że kryterium wartości majątkowej nie powinno być uznane za wyłączone przy odróżnianiu tej korzyści, a każdorazowo należy wyodrębnić charakter korzyści; materialny lub niematerialny, co niekiedy może nie być łatwe. Jeśli zaspokaja ono przede wszystkim potrzebę materialną jest korzyścią majątkową, a jeśli niematerialną – stanowi korzyść osobistą⁶⁸. Korzyść osobista może mieć określoną wartość majątkową lub jej nie mieć, ale zaspokaja potrzebę niematerialną⁶⁹. Nie znajduje uzasadnienia wydzielanie pomocniczego kryterium, jakim jest możliwość wyrażenia korzyści w pieniądzu⁷⁰.

W doktrynie wskazuje się, że korzyść osobista jest świadczeniem o charakterze niemajątkowym, mającym znaczenie dla przyjmującego, polepszającym jego sytuację, status społeczny, umniejszającym troski i obowiązki np. awans zawodowy, udzielenie urlopu, przyznanie odznaczenia⁷¹, obietnica protekcji, pochlebna i korzystna dla kariery wzmianka w prasie⁷², ułatwienie zawarcia wpływowej znajomości, poparcie w uzyskaniu pracy, wyjednanie awansu, odznaczenia, przyjęcie na uczelnię, wyuczenie obcego języka lub zawodu, urlop w atrakcyjnym miejscu lub zaproszenie na pokaz kulturowy⁷³.

1.3. Przyjęcie korzyści

Znamię w postaci przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej jest zrealizowanie w momencie zawładnięcia przez sprawcę korzyścią, umożliwiające mu dalsze dysponowanie nią, a nie ma znaczenia sposób jej wykorzystania⁷⁴. Może sprawca zatrzymać ją dla siebie, jak też przekazać innej osobie albo po prostu wyrzucić lub zniszczyć.

⁶⁶ S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny...*, s. 1024.

⁶⁷ J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 286; S. Śliwiński, *Prawo karne...*, s. 29; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 456

⁶⁸ H. Popławski, M. Surkont, *Przestępstwo łapownictwa...*, s. 104–105; M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 116–117.

⁶⁹ P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 31.

⁷⁰ P. Wiatrowski, *Pojęcie korzyści majątkowej i osobistej w kontekście znamion przestępstwa łapownictwa*, PS 2007, nr 7–8, s. 96 i n.

⁷¹ W. Makowski, *Kodeks karny...*, s. 666; A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 1999, s. 204,

⁷² J. Jamontt, *Prawo karne. Część szczególna*, Łódź 1947, s. 321.

⁷³ P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 31.

⁷⁴ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej (art. 296a KK)*, Prok. i Pr. 2004, nr 3, s. 52–53.

1.4. Przyjęcie obietnicy korzyści

Przyjęcie obietnicy korzyści majątkowej lub osobistej następuje wówczas, gdy przekupujący przyrzekł udzielenie którejkolwiek z tych korzyści, a przekupywany wyraził gotowość jej przyjęcia. Obietnica oznacza „coś co zostało obiecanie, zapewnienie, że coś zostanie zrobione, załatwione”⁷⁵. Obietnicą udzielenia korzyści jest przyrzeczenie, zapewnienie, że zostanie ona przekazana, np. zostaną wręczone pieniądze lub przełane na konto, zostanie dokonana darowizna.⁷⁶ Zasadnie Sąd Najwyższy przyjął, że „Obietnica udzielenia korzyści może być wyrażona w każdy sposób, a więc i gestem, bo przepisy (...) nie ograniczają znamienia czasownikowego ani co do sposobu, ani co do formy uzewnętrznienia zamiaru uczynienia obietnicy. Sąd orzekający ocenia *in concreto*, czy gest wyraził taki zamiar sprawcy i czy jego adresat mógł zrozumieć przekazaną w ten sposób informację jako obietnicę udzielenia korzyści”⁷⁷.

Przyjęcie obietnicy każdej z tych korzyści może łączyć się z obietnicą dla siebie lub innej osoby. Nie znajduje uzasadnienia ograniczenie jej tylko do gotowości przyjęcia przyrzeczonego świadczenia dla siebie samego⁷⁸. Obietnica nie musi być złożona w sposób wyraźny, a może być wyrażona w sposób dorozumiany, np. słowem, gestem, jednakże musi z zachowania wynikać co będzie przedmiotem korzyści. Słusznie Sąd Najwyższy zauważył, że „Dla bytu przestępstwa z art. 134 (ob.–art. 229) KK nie jest niezbędne, aby obietnica korzyści majątkowej była ściśle sprecyzowana, lecz może mieć ona charakter ogólnikowy”⁷⁹. Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że treść obietnicy musi być wyraźna, a nie dorozumiana⁸⁰. Nie wydaje się, by obietnica ta wywarła lub mogła wywrzeć wpływ na czynności osoby przekupywanej. Nietrafnie Sąd Najwyższy uznał, że „Osoba, która dała urzędnikowi jedynie obietnicę wynagrodzenia pieniężnego, chociażby nawet bez zamiaru jej urzeczywistnienia, dopuszcza się przestępstwa (...) jeżeli tylko takie działanie wywarło lub miało wywrzeć wpływ na czynność urzędnika w związku z jego urzędowaniem”⁸¹.

Nie ma znaczenia, czy przekupujący miał zamiar dotrzymać obietnicy⁸². To samo dotyczy wyrażenia gotowości jej przyjęcia; przyjęciem obietnicy złożonej w sposób wyraźny może też być milczenie osoby, do której została skierowana⁸³.

⁷⁵ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 24, (red.) H. Zgólkowa, Poznań 1999, s. 464.

⁷⁶ R.A. Stefański, *Przestępstwo czynnej platnej protekcji (art. 230a k.k.)*, Prok. i Pr. 2004, nr 5, s. 9.

⁷⁷ Wyrok SN z dnia 5 listopada 1997 r. – V KKN 105/97, OSNKW 1998, Nr 1–2, poz. 7 z głosem aprobującą J. Satki, OSP 1998, Nr 6, poz. 117 i uwagami S. Zabłockiego, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karna, Pal. 1998, nr 1–2, s. 169.

⁷⁸ P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 33.

⁷⁹ Wyrok SN z dnia 12 sierpnia 1953 r. – K 371/53, PiP 1953, nr 11, s. 742.

⁸⁰ M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 120.

⁸¹ Wyrok SN z dnia 25 lutego 1963 r. – IV K 620/62, OSNPG 1963, Nr 5, poz. 75. Tak też H. Popławski, M. Surkont, *Przestępstwo łapownictwa...*, s. 110.

⁸² M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 120.

⁸³ P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 33.

Błędny jest pogląd Sądu Najwyższego, że „Przyjęcie czeku stanowi nie tylko usiłowanie uzyskania korzyści majątkowej, lecz jest równocześnie przyjęciem obietnicy korzyści majątkowej do czasu jego zrealizowania”⁸⁴. Samo przyjęcie czeku, który jest papierem wartościowym stanowi już przyjęcie korzyści.

1.5. *Żądanie korzyści lub jej obietnicy*

Żądanie – zgodnie ze znaczeniem językowym – to „stanowcze domaganie się czegoś, dopominanie się czegoś w sposób kategoriyczny, a wyrazami blisko znacznymi są: upominanie się, dopominanie się, wymaganie, domaganie się”⁸⁵. Żądaniem korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy jest domaganie się przekazania określonej korzyści majątkowej lub spełnienia świadczenia zaspokajającego potrzebę niematerialną sprawcy. Zawarty w art. 46 ust. 1 u.o.s. zwrot „takiej korzyści albo jej obietnicy żąda” umieszczony bezpośrednio po słowach „korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę”, nie pozostawia wątpliwości, że żądanie dotyczy zarówno korzyści majątkowej, jak i osobistej, jak też może być ograniczone do obietnicy, którejś z tych korzyści. Objęcie zakresem tego przepisu także obietnicy udzielenia korzyści w istotnym zakresie rozszerza karalność czynu. Nie można zgodzić się z poglądem, że żądanie korzyści jest w istocie żądaniem obietnicy korzyści, bowiem celem żądającego jest faktycznie przysporzenie korzyści lub świadczenie⁸⁶. Objęcie kryminalizacją żądania korzyści oznacza przesunięcie karalności na etap wcześniejszy, a mianowicie, na żądanie zapewnienia, że sprawca otrzyma określoną korzyść; nie ma znaczenia chęć jej realizacji w przyszłości. Brak wśród znamion tego przestępstwa żądania, skutkowałby kwalifikowaniem tego rodzaju zachowań jako usiłowania popełnienia tego przestępstwa w razie spełnienia przesłanek wskazanych w art. 13 § 1 k.k.⁸⁷.

Znaczenie słowa „żądanie” wskazuje, że inicjatywa przyjęcia korzyści wychodzi od sprawcy sprzedajności. Może być wyrażone w każdy sposób, wyraźny lub dorozumiany, byleby z zachowania sprawcy wynikało, że oczekuje otrzymania korzyści. Trafnie podnosi się w piśmiennictwie, że żądaniem mogą być aluzje, które wywołały u wręczającego przeświadczenie, że sprawca domaga się korzyści⁸⁸.

Nie ma znaczenia zachowanie się osoby, do której było skierowane żądanie; może być pozytywne, jak i negatywne. Tak samo trzeba ocenić czas reakcji na nie, bowiem realizacja żądania pozostaje bez wpływu na przestępność sprzedajności. Odpowiedź może być udzielona natychmiastowa, jak też po pewnym okresie.

⁸⁴ Wyrok SN z dnia 2 grudnia 1962 r. – II K 407/62, RPEiS 1968, Nr 2, s. 333.

⁸⁵ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 50, (red.) H. Zgólkowa, Poznań 2005, s. 262.

⁸⁶ P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 34.

⁸⁷ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji w sporcie...*, s. 64.

⁸⁸ P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 34.

1.6. Nieuczciwe zachowanie

Ustawa wymaga dla bytu przestępstwa, by korzyść majątkowa lub osobista albo jej obietnica była przyjęta *verba legis* „w zamian za nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik tych zawodów”. Wymagany jest związek między przyjętą korzyścią majątkową lub osobistą albo jej obietnicą a nieuczciwym zachowaniem mogącym mieć wpływ na wynik zawodów. Wręczenie korzyści lub jej obietnicy następuje w zamian za określone zachowanie osoby je przyjmującej; ma to być, po pierwsze, zachowanie nieuczciwe i po drugie, takie, które może mieć wpływ na wynik zawodów.

Oceny uczciwości zachowania dokonuje się na podstawie regulaminów rządzących organizacją lub uprawianiem danej dyscypliny sportowej oraz powszechnie akceptowanych zasadach etyki⁸⁹. Nieuczciwym zachowaniem jest nie tylko zachowanie naruszające reguły gry, ale także sprzeczne z celem sportowym, np. zachodzi wówczas, gdy zawodnik, nie naruszając regulaminu gry, nie wykorzystuje sytuacji, by pokonać przeciwnika. Sportowe i organizacyjne reguły w danym sporcie określa samodzielnie związek sportowy oraz zapewnia ich przestrzeganie przez prowadzenie i nadzór nad współzawodnictwem sportowym (art. 13 ust. 1 pkt 2 u.o.s.). Uprawnienia te – jak podkreślono w uzasadnieniu projektu ustawy – są ściśle związane z autonomią tego związku w zakresie ustanawiania i egzekwowania norm sportowych, porządkowych, organizacyjnych i dyscyplinarnych w danym sporcie, co wynika z uznania, że organizowanie i uprawianie sportu jest wolne, również w ramach funkcjonowania polskiego związku sportowego⁹⁰. Nie zawsze naruszenie przepisów regulaminu jest równoznaczne z nieuczciwym zachowaniem. Naruszenie takie może być niezamierzone, przypadkowe i niepodyktowane moralnie nagannymi pobudkami, natomiast naruszenie zasad *fair play*, wyznaczających przecież standard uczciwego zachowania w sporcie jest niewątpliwie zachowaniem nieuczciwym⁹¹.

Wyraz „nieuczciwość” oznacza bowiem „postępowanie niezgodne z obowiązującymi w danej społeczności zasadami prawnymi i etycznymi, wywołane chęcią zdobycia korzyści”⁹². Charakterystyka zachowania jako nieuczciwego wskazuje także kierunek wpływu na wynik zawodów; ma to być w sportach indywidualnych wynik niekorzystny dla biorącego łapówkę, a w sportach drużynowych – dla drużyny, z którą związany jest sprawca. Przyjmujący korzyść nie musi zachować się nieuczciwie; jest ono – jak trafnie zauważa się w literaturze – jedynie potencjalnym ekwiwalentem przyjętej łapówki⁹³. Słusznie w literaturze zawraca

⁸⁹ B. Mik, *Wprowadzenie. Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r.*, Kraków 2003, s. 177.

⁹⁰ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 10–11.

⁹¹ R. Żurowska, *Przestępstwo korupcji...*, s. 134.

⁹² *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 24, (red.) H. Zgółkowska, Poznań 1999, s. 153.

⁹³ R. Zawłocki (w:) O. Górniok, W. Kozielewicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, A. Sakowicz, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, t. II, s. 1361; A. Krzywniak, *Sporne problemy*

się uwagę, że zachowanie nieuczciwe może mieścić się w kompetencjach danej osoby. Trafnym przykładem jest wyznaczenie przez trenera, na skutek przyjęcia łapówki, najsłabszego składu drużyny⁹⁴.

Zachowanie to nie musi mieć wpływu na wynik zawodów, ale wystarczające jest, że mogło mieć na niego wpływ, gdyby było zrealizowane; chodzi o możliwość osiągnięcia innego wyniku niż ten, jaki mógłby być uzyskany gdyby osoba przyjmująca łapówkę postępowała uczciwie. W wypadku gdy zachowanie sprawcy wywarło wpływ na wynik zawodów, okoliczność ta ma istotny wpływ na wymiar kary.

Nie jest wymagane zachowanie się przyjmującego łapówkę w sposób, za który otrzymał korzyść, a wystarczające jest, że wziął ją za zachowanie, jakiego od niego wymagał dający. Osoba dająca łapówkę nie działa bezinteresownie, a dąży do uzyskania określonego wyniku zawodów, np. wygrania meczu piłkarskiego. Nieuczciwe zachowanie – w myśl jej wyobrażenia – ma być zdolne do doprowadzenia do pożądanego przez nią wyniku. Nie jest wymagane, by rzeczywiście odbyły się zawody.

Ponadto ustawa uzależnia odpowiedzialność karną od związku przyjętej korzyści z organizacją zawodów sportowych.

2. Przepięstwo przekupstwa

Przepięstwo przekupstwa w sporcie – zgodnie z art. 46 ust. 2 u.o.s. – polega na udzieleniu albo obiecaniu udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej w związku z zawodami sportowymi organizowanymi przez polski związek sportowy lub podmiot działający na podstawie umowy zawartej z tym związkiem lub podmiot działający z jego upoważnienia, w zamian za nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik tych zawodów

Jest to – w przenośni – druga strona korupcji w sporcie (rewers) przy założeniu, że sprzedajność jest pierwszą jej stroną (awersem). Różnica tkwi w sposobie zachowania. W wypadku przekupstwa czynność sprawcza polega na udzieleniu albo obiecaniu udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej, na aktywności sprawcy.

W art. 46 ust. 2 u.o.s. określenie warunków karalności nastąpiło przez odesłanie do sytuacji przedstawionej w ust. 1 tego przepisu. W ust. 1 opisano znamiona od strony biernej, a w ust. 2 od strony czynnej; przekupstwo jest ściśle powiązane ze sprzedajnością.

Przepięstwo to – podobnie jak przy sprzedajności – zawiera alternatywne znamiona czasownikowe. Zachowanie sprawcze może bowiem polegać na przedstawieniu obietnicy korzyści majątkowej lub osobistej albo na jej udzieleniu.

Udzielenie obietnicy korzyści oznacza złożenie zapewnienia, że zostanie zrealizowana czynność przynosząca korzyść majątkową lub osobistą. W języku

zakresu kryminalizacji korupcji w sporcie profesjonalnym na tle art. 296b kodeksu karnego z 1997 roku, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XIX, (red.) L. Bogunia, Wrocław 2006, s. 14.

⁹⁴ R. Żurowska, *Przepięstwo korupcji...*, s. 135.

potocznym udzielenie bowiem oznacza „przyznanie czegoś komuś, użyczenie, danie czegoś komu”⁹⁵. Nie musi być precyzyjnie określona, a wystarczające jest uzewnętrznienie zamiaru jej udzielenia; może być ona wyrażona w każdy sposób, np. gestem⁹⁶.

Znamiona tego przestępstwa są wypełnione również w wypadku, gdy przekupstwo zostało sprowokowane⁹⁷.

V. Typ uprzywilejowany

Typ uprzywilejowany – jak już wskazywano – zachodzi co do obu przestępstw w wypadku mniejszej wagi (art. 46 ust. 3 u.o.s.).

Wypadek mniejszej wagi zachodzi wówczas, gdy zostały zrealizowane wszystkie znamiona przestępstwa typu podstawowego danego czynu zabronionego, jednak ze względu na szczególne okoliczności zachodzi potrzeba łagodniejszego potraktowania sprawcy⁹⁸. W doktrynie wskazuje się, że za wypadek mniejszej wagi przy sprzedajności może mieć miejsce w razie przyjęcia korzyści majątkowej niewielkiej wartości lub gdy przemawia za tym niewielki stopień społecznej szkodliwości⁹⁹, brak realnej możliwości wpłynięcia na wynik zawodów¹⁰⁰, ranga zawodów sportowych oraz fakt, czy doszło do nieuczciwej zmiany wyniku zawodów,¹⁰¹ rozmiar szkody odczutej przez szerokie grono widzów danych zawodów sportowych, którzy mają prawo czuć się oszukanymi przebiegiem nieuczciwych zawodów¹⁰². W piśmiennictwie podważano zasadność uznania za takie okoliczności wpływu na wynik zawodów oraz zmianę wyniku, gdyż nie należą do znamion czynu zabronionego, a zatem mogą mieć jedynie wpływ na wymiar kary¹⁰³.

W judykaturze przyjmuje się, że:

- „Przypadek mniejszej wagi (...) ocenia się nie tyle z punktu widzenia przedmiotowych skutków przestępstwa, ile ze względu na osobę i przestępną wolę sprawcy, przedstawiającego wskutek tego mniejsze lub większe niebezpieczeństwo dla porządku prawnego, przyczem oczywiście i stan jego zdrowia może wywierać wpływ na tę ocenę”¹⁰⁴;

⁹⁵ *Praktyczny słownik współczesny j polszczyzny*, t. 44, (red.) H. Zgólkowa, Poznań 2003, s. 34.

⁹⁶ Wyrok SN z dnia 5 listopada 1997 r. – V KKN 105/97, OSP 1998, Nr 3, poz. 68.

⁹⁷ Wyrok SN z dnia 23 maja 1950 r. – K 1925/49, Legalis, wyrok SN z dnia 10 listopada 1949 – Wa K 1154/49 Przegląd Orzecznictwa Sądu Najwyższego 1950, Nr 7, s. 140.

⁹⁸ R.A. Stefański, *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, Prok. i Pr. 1996, nr 12, s. 125.

⁹⁹ J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 403; M. Szwarczyk (w:) T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny...*, s. 435.

¹⁰⁰ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji w sporcie...*, s. 68.

¹⁰¹ R. Zabłocki (w:) O. Górniok, W. Kozielewicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, A. Sakowicz, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, t. II, s. 1369.

¹⁰² R. Żurowska, *Przestępstwo korupcji...*, s. 143.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Wyrok SN z dnia 26 marca 1935 r. – III K 159/35, OSN(K) 1935, Nr 11, poz. 472.

- „O uznaniu konkretnego czynu zabronionego za wypadek mniejszej wagi decyduje ocena jego społecznej szkodliwości jako zmniejszonej do stopnia uzasadniającego wymierzenie kary według skali zagrożenia ustawowego, przewidzianego w przepisie wyodrębniającym wypadek mniejszej wagi w kategorii przestępstw określonego typu”¹⁰⁵;
- „Przy ocenie, czy zachodzi wypadek mniejszej wagi w danej sprawie, należy brać pod uwagę przedmiotowo-podmiotowe znamiona czynu, kładąc akcent na te elementy, które są charakterystyczne dla danego rodzaju przestępstw. Wypadek mniejszej wagi jest to bowiem uprzywilejowana postać czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego, charakteryzująca się przewagą łagodzących elementów przedmiotowo-podmiotowych”¹⁰⁶;
- „Kwalifikacja przypadku mniejszej wagi nie wynika jedynie z wartości kwot pieniędzy będących przedmiotem czynności wykonawczych przestępstwa (tu: prób przekupienia urzędników państwowych), ale i z reszty okoliczności, świadczących o stopniu winy sprawcy. Nie jest wypadkiem mniejszej wagi próba przekupstwa urzędnika w ramach groźnego procederu obrotu kradzionymi samochodami ani podobna próba przekupienia policjanta dla zwolnienia od zatrzymania, zresztą kwotą odpowiadającą wielokrotności wynagrodzenia za pracę. Tamowanie wymiaru sprawiedliwości w zasadzie nie jest zdarzeniem mniejszej wagi, tak wielkie ma on znaczenie w życiu społeczeństwa, a przeto i wina sprawcy, który taką próbę podejmuje, jest zwykle znaczna”¹⁰⁷;
- „O uznaniu konkretnego czynu zabronionego za wypadek mniejszej wagi decyduje w istocie ocena stopnia jego społecznej szkodliwości, postrzegana przez pryzmat przesłanek wskazanych w art. 115 § 2 k.k.”¹⁰⁸;
- „Wypadek przestępstwa mniejszej wagi zachodzi wówczas, gdy znamiona przestępstwa, przede wszystkim przedmiotowe, cechują się niewysoką społeczną szkodliwością, zaś jego sprawca nie jest na tyle niebezpieczny dla społeczeństwa, aby stosować w stosunku do niego zwykłą karę przewidzianą za zrealizowane przez niego przestępstwo”¹⁰⁹;
- „Podstawowym kryterium pozwalającym na identyfikację czynu za wypadek mniejszej wagi są występujące w czynie okoliczności zmniejszające zawartość bezprawia. Taka ocena jest możliwa poprzez analizę okoliczności charakteryzujących stronę przedmiotową i podmiotową czynu”¹¹⁰.

Przy ocenie wartości ekonomicznej korzyści majątkowej decydują kryteria obiektywne; nie ma znaczenia subiektywna ocena sprawcy¹¹¹.

¹⁰⁵ Postanowienie SN z dnia 13 czerwca 2002 r. – V KKN 544/00, OSNKW 2002, Nr 9–10, poz. 73.

¹⁰⁶ Wyrok SN z dnia 9 października 1996 r. – V KKN 79/96, OSNKW 1997, Nr 3–4, poz. 27.

¹⁰⁷ Wyrok SA w Krakowie z dnia 3 grudnia 1998 r. – II AKa 196/98, KZS 1998, Nr 12, poz. 31.

¹⁰⁸ Postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2008 r. – II KK 235/08, OSNwSK 2008, poz. 2540.

¹⁰⁹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 6 listopada 2008 r. – II AKa 163/08, KZS 2008, Nr 12, poz. 33.

¹¹⁰ Wyrok SA w Lublinie z dnia 17 kwietnia 2007 r. – II AKa 81/07, LEX nr 314605.

¹¹¹ M. Surkont, *Lapownictwo...*, s. 113.

VI. Typ kwalifikowany

Znamieniem tworzącym typ kwalifikowany przestępstwa sprzedajności, jak i przestępstwa przekupstwa jest wartość korzyści majątkowej, która ma być znaczna (art. 46 ust. 4 u.o.s.). Typ ten jest więc ograniczony do wypadków, gdy środkiem sprzedajności lub przekupstwa jest korzyść majątkowa; nie dotyczy korzyści osobistej.

Kodeks karny ani ustawa o sporcie nie definiuje, znacznej korzyści, a w kodeksie jest określone jedynie mienie znacznej wartości, którym jest takie, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200 000 zł. (art. 115 § 5 k.k.). Ze względu na to, że chodzi o wartość majątkową korzyści, a definicja ta dotyczy takiej właśnie cechy, nie ma przeciwwskazań do posłużenia się nią także w tym wypadku. Zatem korzyścią znacznej wartości jest korzyść, której wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200 000 zł.

VII. Podmiot

Przestępstwa sprzedajności i przekupstwa są przestępstwami powszechnymi (*delicta communia*); sprawcą któregośkolwiek z nich może być każdy. W obu wypadkach ich podmiot został określony zaimkiem osobowym „kto”, obejmującym każdego. *Prima vista* mogłoby się wydawać, że podmiot przestępstwa sprzedajności – co wynika *expressis verbis* z art. 46 ust. 1 *in principio* u.o.s. – został ograniczony do organizatora zawodów sportowych. W przepisie tym jest bowiem mowa o przyjęciu korzyści lub jej obietnicy w związku z zawodami sportowymi organizowanymi przez polski związek sportowy lub podmiot działający na podstawie umowy zawartej z tym związkiem lub podmiot działający z jego upoważnienia. Powiązanie przyjęcia korzyści lub jej obietnicy z zawodami sportowymi może być rozumiane jako odnoszące się do osoby związanej z tym zawodami (powiązanie podmiotowe) lub z samymi zawodami (powiązanie przedmiotowe).

Ustawa wprost nie wskazuje zakresu tego powiązania, a w szczególności z art. 46 ust. 1 u.o.s. nie wynika, że ma to być osoba, która organizuje w imieniu polskiego związku sportowego zawody sportowe. Słowo „związek” odnosi się nie do sprawcy przestępstwa, a powiązane jest z organizacją zawodów sportowych, a więc należy do strony przedmiotowej. Taka też była intencja twórców tego przepisu, skoro w uzasadnieniu projektu ustawy podkreślono, że projekt „znacznie poszerza zakres podmiotowy – odnosi się on do wszystkich osób, których nieuczciwe zachowanie może mieć wpływ na wynik rywalizacji”¹¹². Sprawcami mogą być osoby zaangażowane w organizację zawodów, uczestniczące w nich jako zawodnicy, trenerzy, sędziowie, obserwatorzy, a także wchodzące w skład perso-

¹¹² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 29.

nelu pomocniczego, np. lekarze, masażyści. Chodzi o każdego, kto w jakikolwiek sposób związany jest z organizacją zawodów.

VIII. Strona podmiotowa

Omawiane przestępstwa są przestępstwami umyślnymi (*crimina dolosa*) Mogą być popełnione w formie zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego. Wystarczające jest, że sprawca przewiduje, że ofiarowana mu korzyść pozostaje w związku z organizowaniem zawodów sportowych w zamian za nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik zawodów i na to się godzi. W piśmiennictwie na gruncie art. 296a k.k. przyjmowano, że czynność sprawca „przyjmuje” implikuje wolę otrzymania korzyści, a nie tylko godzenie się na to; przyjęcie jest bowiem czynnością aktywną tylko po stronie dawcy, wymaga, by odbiorca korzyści wykazał wolę jej przyjęcia, która musi być uzewnętrzniona poprzez wyrażenie akceptacji. Może ona przybrać postać zachowania werbalnego gestu lub milczącego przyjęcia, wyrażającego się nieprzeciwstawieniem się ofercie. Akceptacja stanowi wyrażenie gotowości do świadczenia wzajemnego, którym jest nieuczciwe zachowanie mogące mieć wpływ na wynik zawodów¹¹³. Przyjmujący korzyść może jedynie przewidywać i godzić się, że ofiarowana mu korzyść pozostaje w związku z organizowaniem przez niego tych zawodów w zamian za nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik zawodów. Nie znajduje uzasadnienia normatywnego stwierdzenie, że „sprzedajności w sporcie zawsze towarzyszy zamiar bezpośredni”, które ma chyba oznaczać, że przestępstwo to może być popełnione tylko z zamiarem bezpośrednim. Nie sposób też podzielić poglądu, że do przekupstwa w sporcie może dojść wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, gdyż sprawca ma świadomość bezprawności udzielenia korzyści nieznaną uzasadnienia w przepisach regulujących funkcjonowanie danych zawodów sportowych lub w obowiązujących zwyczajach¹¹⁴.

IX. Zbieg przepisów i zbieg przestępstw

Przestępstwa sprzedajności (art. 46 ust. 1 u.o.s.), jak i przekupstwa (art. 56 ust. 2 u.o.s.) mogą być popełnione, pierwsze przez przyjęcie obietnicy korzyści, a następnie jej przyjęcie albo żądanie, a później jej przyjęcie, a drugie – przez obietnicę udzielenia korzyści, która potem może być zrealizowana przez wręczenie korzyści. Obaj sprawcy mogą wypełnić niejedno a więcej znamion czasownikowych. Nie oznacza to, że sprawca dopuszcza się tyle przestępstw, ile

¹¹³ A. Krzywniak, *Sporne problemy...*, s. 17–18.

¹¹⁴ Ibidem, s. 18.

wypełnił znamion. Przestępstwa te są wieloodmianowymi, charakteryzującymi się alternatywnymi czynnościami wykonawczymi. Zrealizowanie więcej niż jednego znamiona czynnościowego traktowane jest jako dopuszczenie się jednego przestępstwa, o ile zachowana jest zwartość czasowa¹¹⁵.

W wypadku gdy udzielającym korzyści jest osoba powołująca się na wpływy w polskim związku sportowym lub podmiocie działającym na podstawie umowy zawartej z tym związkiem, lub podmiocie działającym z jego upoważnienia albo wywołująca przekonanie innej osoby, lub utwierdzająca ją w przekonaniu o istnieniu takich wpływów, podejmuje się pośrednictwa w ustaleniu określonego wyniku zawodów sportowych w zamian za korzyść majątkową lub osobistą, albo jej obietnicę, dochodzi do realnego zbiegu przestępstw określonych w art. 48 § 1 u.o.s. oraz w art. 46 § 2 u.o.s.¹¹⁶. Oba te przestępstwa nie wykluczają się; udzielenie korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy nie wchodzi w zakres znamiona przestępstwa biernej płatnej protekcji w sporcie.

W sytuacji gdy osoba, której udzielono korzyści lub jej obietnicy pełni jednocześnie funkcję publiczną, co może mieć miejsce w wypadku, gdy jest nią osoba dysponująca środkami publicznymi pochodzącymi z dofinansowania sportu przez organy władzy publicznej (rozdział 6 u.o.s.), np. prezes polskiego związku sportowego¹¹⁷, zachowaniem swoim wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 228 k.k. i art. 46 ust. 1 u.o.s., pozostających w zbiegu kumulatywnym¹¹⁸. Jeżeli przekupujący wręcza korzyść takiej osobie, narusza znamiona przestępstw określonych w art. 229 k.k. i art. 46 ust. 2 u.o.s., podlegających kumulatywnej kwalifikacji¹¹⁹.

Nie jest wykluczony również zbieg przepisów art. 296a i art. 46 ust. 1 u.o.s., zwłaszcza w sytuacji, gdy nieuczciwe zachowanie w sporcie jednocześnie wyrządziło znaczną szkodę jednostce prowadzącej działalność gospodarczą, tj. klubowi sportowemu¹²⁰. W wyjątkowych wypadkach może dojść do zbiegu art. 46 ust. 1 u.o.s. i art. 296a oraz art. 228 l k.k. Możliwy jest zbieg art. 46 ust. 1 u.o.s. i art. 296 k.k.¹²¹.

X. Zagrożenie karne

Przestępstwo sprzedajności w sporcie jak i przestępstwo przekupstwa w sporcie zagrożone są taką samą karą, tj. karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat (art. 46 ust. 1 i 2 u.o.s.).

¹¹⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 287.

¹¹⁶ Wyrok SN z dnia 17 września 1974 r. – IV KR 191/74, OSN PG 1975, nr 2, poz. 22.

¹¹⁷ A. Szwarz, *Karalność korupcji sportowej*, „Sport Wyczynowy” 2007, nr 10–12, s. 10; R. Żurowska, *Przestępstwo korupcji...*, s. 175

¹¹⁸ R. Żurowska, *Przestępstwo korupcji...*, s. 231.

¹¹⁹ Ibidem, s. 233

¹²⁰ Ibidem, s. 234–243.

¹²¹ Ibidem, s. 245.

W wypadku mniejszej wagi tych przestępstw przewidziana jest grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 (art. 46 ust. 3 u.o.s.).

Przestępstwa w typie kwalifikowanym zagrożone są karą pozbawienia wolności od roku do lat 10 (art. 46 ust. 4 u.o.s.).

Zagrożenia te są identyczne jak w wypadku korupcji w sektorze publicznym (art. 228 § 1, 2 i 5 k.k.). „Argumentem przemawiającym za przyjęciem takiego rozwiązania – jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy – jest fakt, iż problem korupcji w sporcie jest zjawiskiem o takim samym stopniu społecznej szkodliwości co przestępstwa korupcyjne wśród funkcjonariuszy publicznych czy osób pełniących funkcje publiczne”¹²². W doktrynie poddano w wątpliwość zrównanie tych sankcji, podnosząc, że przestępstwa te nie godzą w działalność instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, których ochrona zasługuje na surowsze potraktowanie¹²³.

Ze względu na to, że w wypadku przestępstwa sprzedajności w zakresie przyjęcia korzyści majątkowej lub jej obietnicy, sprawca osiąga korzyść majątkową lub działa w celu osiągnięcia korzyści, uzasadnione może być orzeczenie – na podstawie art. 33 § 2 k.k. – grzywny obok kary pozbawienia wolności.

Ze środków karnych uzasadnione może być orzeczenie:

- zakazu zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu, bowiem sprawcy przyjmujący łapówkę lub jej obietnicę nadużywa przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu (art. 41 § 1 k.k.), jak też zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.k.);
- przepadku przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa; przedmiotem takim jest korzyść majątkowa będąca łapówką (art. 44 § 1 k.k.);
- podanie wyroku do publicznej wiadomości w określony sposób, jeżeli jest to celowe, w szczególności ze względu na społeczne oddziaływanie skazania (art. 50 k.k.).

W razie odstąpienia od wymierzenia kary, może być orzeczone świadczenie pieniężne na rzecz instytucji, stowarzyszenia, fundacji lub organizacji społecznej, wpisanej do wykazu prowadzonego przez ministra sprawiedliwości, której podstawowym zadaniem lub celem statutowym jest spełnianie świadczeń na określony cel społeczny, bezpośrednio związany z ochroną dobra naruszonego lub zagrożonego przestępstwem, za które skazano sprawcę, z przeznaczeniem na ten cel, np. na rzecz rozwoju sportu. Świadczenie to nie może przekroczyć 20 000 złotych (art. 49 § 1 k.k.).

¹²² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy..., s. 29.

¹²³ A.J. Szwarc, *Kryminalizacja deliktów sportowych w kontekście zasad legislacji prawnokarnej*, (w:) *Węzłowe problemy prawa karnego kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana prof. A. Markowi*, (red.) V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 550–551.

XI. Bezkarność przekupstwa

Sprawca przekupstwa w typie podstawowym (art. 42 ust. 2 u.o.s.), uprzywilejowanym (art. 46 ust. 3 u.o.s.), jak i kwalifikowanym (art. 46 ust. 4 u.o.s.) nie podlega karze, jeżeli korzyść majątkowa lub osobista albo ich obietnica zostały przyjęte, a sprawca zawiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten o nim się dowiedział (art. 49 u.o.s.). Są to takie same warunki bezkarności jak są w wypadkach przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 229 § 6 k.k.) i przekupstwa gospodarczego (art. 296a § 5 k.k.). Chodzi, podobnie jak w zakresie tych przestępstw, o rozerwanie więzi solidarnościowych dającego i przyjmującego korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę.

Bezkarność warunkowana więc jest:

- przyjęciem korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy,
- zawiadomieniem przez sprawcę o tym fakcie organu powołanego do ścigania przestępstw,
- zawiadomienia tego organu zanim dowiedział się o tym przestępstwie,
- ujawnienie wszystkich istotnych okoliczności przestępstwa.

Z wymogu, by korzyść majątkowa lub osobista albo jej obietnica została przyjęta wynika, że nie korzysta z bezkarności sprawca, który usiłował wręczyć korzyść, lecz nie została ona przyjęta. Warunek ten ma zapobiegać fałszywym oskarżeniom. W art. 49 u.o.s., podobnie jak w art. 229a § 6, art. 230a § 3 i art. 296b § 5 k.k., określając przyjęcie korzyści użyto liczby mnogiej, stwierdzając *verba legis* „korzyść majątkowa lub osobista albo ich obietnica zostały przyjęte”, co sugeruje, że do bezkarności dochodzi wówczas, gdy została przyjęta zarówno korzyść majątkowa, jak i osobista. Sugestię tę wzmacnia zaimek „ich”, który odnosi się do obu rodzajów korzyści. Taka interpretacja tego zwrotu, oparta na wykładni językowej doprowadziłaby do tego, że przepis ten byłby martwy, gdyż niezmiernie rzadko dochodzi do przyjęcia obu rodzajów korzyści. Na gruncie art. 230a § 3 k.k. trafnie przyjmuje się, że ustawodawca popełnił błąd gramatyczny, posługując się słowem „ich” zamiast użyć zaimka „jej” oraz wymagając, by korzyści „zostały przyjęte”¹²⁴ i uważa się, że wystarczy przyjęcie jednej z korzyści albo jej obietnicy¹²⁵. *Ratio legis* art. 49 u.o.s. przemawia za bezkarnością w wypadku przyjęcia korzyści majątkowej i osobistej albo tylko korzyści majątkowej lub tylko korzyści osobistej, a nawet samej obietnicy jednej z tych korzyści.

Kumulatywnym warunkiem bezkarności jest zawiadomienie organu ścigania o fakcie udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy w warunkach określonych w art. 46 ust. 2 u.o.s. Chodzi o przekazanie organowi ści-

¹²⁴ R.A. Stefański, *Przestępstwo czynnej płatnej protekcji...*, s. 17.

¹²⁵ A. Barczak-Oplustil (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, t. II, s. 993.

gania, tj. organowi uprawnionemu do prowadzenia śledztwa lub dochodzenia, a więc prokuratorowi lub policji (art. 311 § 1 k.p.k.), Straży Granicznej, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego i innym organom przewidzianym w przepisach szczególnych (art. 312 pkt 1 i 2 k.p.k.), np. Centralnemu Biuru Antykorupcyjnemu. Może to nastąpić w dowolnej formie, a więc pisemnie lub ustnie do protokołu, np. przyjęcia ustnego zawiadomienia o przestępstwie (art. 143 § 1 pkt 1 k.p.k.), przesłuchania w charakterze podejrzanego w innej sprawie. Nie odpowiada desygnatom tej czynności przekazanie takich informacji w formie operacyjnej¹²⁶.

Nie ma znaczenia cel, czy motyw, które legły u podstaw złożenia przez sprawcę zawiadomienia o przestępstwie; może ono być złożone dobrowolnie, jak też pod wpływem czynników zewnętrznych¹²⁷. Wprawdzie zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa jest postacią czynnego żalu i łączy się również z określonymi przeżyciami psychicznymi, a więc skruchą i chęcią współpracy z organami ścigania, lecz – jak zauważa się w doktrynie – nie odbiera zawiadomieniu znaczenia prawnego tylko werbalna deklaracja skruchy i instrumentalne podawanie określonych informacji w momencie i w celu skalkulowanym przez oskarżonego¹²⁸. Ustawa nie wymaga, by było ono dokonane spontanicznie. Trudny do zaakceptowania jest pogląd Sądu Najwyższego, wywiedziony na tle tak samo brzmiącego zwrotu w art. 243 k.k. z 1969 r., iż „Zawiadomienie musi być spontaniczne i stanowić wynik swobodnej decyzji sprawcy wolnej od wpływu toczącego się przeciwko niemu postępowania karnego, w przeciwnym bowiem razie zawiadomienie takie przekształca się w przyznanie się, niepociągające skutków przewidzianych w art. 243 k.k.”¹²⁹. Słusznie podniesiono w doktrynie, że jeśli sprawca jest podejrzany o popełnienie innego przestępstwa, to znaczy, że organ ścigania nic nie wie o przestępstwie łapownictwa, a w związku z tym ujawnienie przez sprawcę faktu popełnienia przestępstwa łapownictwa w toku postępowania karnego dotyczącego innego przestępstwa spełnia wymogi omawianego zawiadomienia¹³⁰. Dla spełnienia tego warunku nie ma znaczenia okoliczność, jaka była pierwotna sytuacja procesowa osoby zawiadamiającej, a decydująca jest jej

¹²⁶ P. Palka, *Z problematyki „czynnego żalu” w przestępstwie łapownictwa*, WPP 2004, Nr 3, s. 92; G. Kobuszewski, Z. Bielecki, *Przesłanki wyłączenia lub złagodzenia odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa korupcji*, (w:) *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce*, (red.) Z. Bielecki, J. Szafranski, Szczytno 2007, s. 98.

¹²⁷ Wyrok SN z dnia 8 listopada 1974 r. – Rw 522/74, OSNKW 1975, Nr 2, poz. 31 z głosem A. Spotowskiego, NP 1975, Nr 6, s. 914 i n.; R. Zawłocki (w:) O. Górniok, W. Kozielowicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, A. Sakowicz, J. Skorupka, *Kodeks karny...*, t. II, s. 1351; B. Siudzińska-Dawid, *Bezkarność sprawcy przestępstwa łapownictwa czynnego jako instrument walki z korupcją*, WPP 2004, Nr 1, s. 35.

¹²⁸ R.A. Stefański, *Bezkarność sprawcy przestępstwa czynnej korupcji*, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci prof. A. Wąska*, Lublin 2005, s. 340.

¹²⁹ Wyrok SN z dnia 22 kwietnia 1971 r. – II KR 213/70, OSNKW 1971, Nr 19, poz. 129.

¹³⁰ A. Spotowski (w:) I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, *System prawa karnego*, t. IV, *O przestępstwach w szczególności*, cz. II, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 588.

inicjatywa¹³¹. Możliwe jest zatem złożenie zawiadomienia w toku postępowania karnego, ale tylko w takim, które nie jest związane pod względem przyczynowo – skutkowym z przestępstwem przekupstwa. Ważne jest, by o fakcie wręczenia korzyści majątkowej lub osobistej albo złożeniu obietnicy, sprawca zawiadomił organ powołany do ścigania przestępstw.

Nie wystarczy jednak samo poinformowanie o popełnieniu tego przestępstwa, ale konieczne jest ujawnienie wszystkich istotnych okoliczności przestępstwa. Chodzi o wszystkie okoliczności przestępstwa, które mają znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W grę wchodzi nie tylko to, by sprawca podał okoliczności prawdziwe, lecz również by nie zataił żadnych znanych mu faktów¹³². Ujawnienie wszystkich istotnych okoliczności przestępstwa – jak podkreśla się w judykaturze – to przyznanie się do całej przestępczej działalności, a nie tylko do jej fragmentów¹³³. Nie korzysta z bezkarności sprawca, który ujawnił istotne okoliczności popełnienia przestępstwa, lecz zataił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw, okoliczności dotyczące współdziałania z innymi sprawcami w popełnieniu przestępstwa.

Bezkarność uzależniona jest od wcześniejszej niewiedzy organu ścigania o tym przestępstwie. Ustawa wymaga, by ujawnienie przestępstwa nastąpiło *verba legis* „zanim organ ten o nim się dowiedział”. Ma to być niewiedza w takim stopniu, że nie zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia tego przestępstwa, a tym samym brak jest podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego (art. 303 k.p.k.). Nietrafne jest twierdzenie, że chodzi o całkowity brak wiedzy organu o fakcie tegoż przestępstwa¹³⁴. Warunek ten nie jest spełniony w wypadku, gdy organ ścigania posiadał już wiedzę na ten temat, chociażby ogólną, a sprawca uzupełnił ją szczegółami dotyczącymi okoliczności popełnienia przestępstwa. Chodzi o wiedzę procesową organu ścigania, a nie o posiadane przez niego informacje operacyjne¹³⁵. Zasadnie twierdzi się, że samo rozstrzygnięcie sprawy przez dany organ w zakresie tylko czynności operacyjnych nie powoduje końcowego momentu, po upływie którego późniejsze zawiadomienie organu o fakcie wręczenia łapówki lub jej obietnicy już nie uchyla karalności czynu¹³⁶. Wcześniejsze informacje ze źródeł nieoficjalnych, powodujące tylko przypuszczenie popełnienia przestępstwa nie mogą pozbawiać sprawcy możliwości korzystania z dobrodziejstwa uchylenia karalności czynu, bowiem w przeciwnym wypadku funkcjonowanie przepisu byłoby iluzoryczne, skoro sprawca nie miałby pewności, że organy ścigania nie mają wiedzy o popełnionym przez niego przestęp-

¹³¹ H. Popławski, M. Surkont, *Przestępstwo łapownictwa...*, s. 89.

¹³² Wyrok S.A. w Poznaniu – II AKA 16/02, OSA 2002, nr 9, poz. 69.

¹³³ Wyrok SN z dnia 8 marca 1985 r. – IV KR 41/85, OSNKW 1985, nr 11–12, poz. 88 z głosem M. Surkonta, NP 1986, nr 11–12, s. 138–139.

¹³⁴ J. Kudrelek, *Wybrane aspekty bezkarności sprawcy przestępstwa korupcji*, (w:) *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce*, (red.) Z. Bielecki, J. Szafranski, Szczytno 2007, s. 84.

¹³⁵ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji w sporcie...*, s. 69.

¹³⁶ J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne PRL. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 80.

stwie¹³⁷. Słusznie Sąd Najwyższy podniósł, że zwrot „zanim organ ten o nich się dowiedział” należy rozumieć w ten sposób, że jeżeli organowi ścigania nie jest znany fakt przestępstwa, a nie jego okoliczności¹³⁸. Sprawca ma obowiązek podać prawdę już w czasie składania zawiadomienia, a nie dopiero w toku toczącego się postępowania karnego¹³⁹.

Wydawać by się mogło, że dla zastosowania omawianej instytucji istotne znaczenie ma treść oświadczenia zawiadamiającego w momencie jego składania, a późniejsze jego zachowanie nie ma żadnego znaczenia. Przepisy określające bezkarność sprawcy przekupstwa nie zawierają wymogu podtrzymania jego treści w dalszym postępowaniu, co oznacza, że sprawca nie musi podtrzymać swojej pierwotnej relacji. Wniosek taki nie wydaje się słuszny. Zmiana pierwotnej relacji w istocie oznacza, że sprawca wycofał się z niej, a tym samym zatracą ona charakter zawiadomienia¹⁴⁰. Trafnie podkreśla się w literaturze, że celem art. 243 k.k. z 1969 r., a te same racje legły u podstaw przyjęcia bezkarności, jest ułatwienie organom ścigania i wymiaru sprawiedliwości ich zadań i dlatego składający zawiadomienie powinien współdziałać w wykrywaniu prawdy obiektywnej, a dowołujący obciążające zeznania, uchyla się od tej współpracy i solidaryzuje się ze współuczestnikiem przestępstwa¹⁴¹. Słusznie zatem Sąd Najwyższy uznał, że „Osoba, która w dalszym toku postępowania karnego wycofała się z oświadczenia, złożonego poprzednio z zachowaniem warunków z art. 47 m.k.k., nie korzysta z bezkarności przewidzianej w tym przepisie”¹⁴². Pogląd ten spotkał się z krytyką, iż nie ma uzasadnienia w brzmieniu przepisu i może utrudnić dojście do prawdy materialnej, gdyż sprawca w obawie przed odpowiedzialnością karną może podtrzymywać swoje nieprawdziwe twierdzenia¹⁴³. Podkreśla się, że o możliwości skorzystania z tego przywileju decyduje nie cały tok postępowania karnego, lecz dokładnie sprecyzowany jego odcinek lub chwila przed wszczęciem i żadna późniejsza okoliczność nie może pozbawić *ex post* cechy prawdziwości wypowiedzi¹⁴⁴. Wskazuje się na brak normatywnego uzasadnienia do twierdzenia, że późniejsze odwołanie zawiadomienia przyznania faktu wręczenia łapówki lub zaprzeczenie podanym w nim okolicznościom wyłączało możliwość niepodlegania karze¹⁴⁵. Stanowisko to nie uwzględnia *ratio legis* tego uregulowania, a w procesie interpretacji przepisu nie można ograniczać się tylko do jednej reguły wykładni. Słusznie Sąd

¹³⁷ T. Chrustowski, *Prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne aspekty łapówkarstwa*, Warszawa 1985, s. 119.

¹³⁸ Wyrok SN z dnia 10 stycznia 1974 r. – III KR 344/73, OSPiKA 1974, Nr 6, poz. 134.

¹³⁹ J. Kudrelek, *Wybrane aspekty bezkarności...*, s. 85.

¹⁴⁰ H. Popławski, M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 90.

¹⁴¹ Ibidem, s. 91.

¹⁴² Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 14 września 1961 r. – VI KO 35/61, PiP 1962, nr 3, s. 1012, wyrok SN z dnia 21 lipca 1948 r. – K 499/48, PiP 1948, nr 12.

¹⁴³ Zob. glosy H. Rajzmana, OSPiKA 1962, Nr 3, poz. 85, T. Guzkiewiczza, OSPiKA 1962, Nr 3, poz. 85, J. Smoleńskiego, PiP 1962, nr 3 i W. Wolter, NP 1962, Nr 3,

¹⁴⁴ M. Surkont, *Glosa do wyroku SN z dnia 8 marca 1985 r. – IV +KR 41/85*, NP 1986, Nr 7–12, s. 120.

¹⁴⁵ J. Kudrelek, *Wybrane aspekty bezkarności...*, s. 87.

Najwyższy zwrócił uwagę, że „Zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie wskazuje się, iż prawidłowa wykładnia przepisu nie może ograniczać się do wykładni językowej i nawet, gdyby jej wynik wydawał się jednoznaczny, należy uwzględniać też wykładnię systemową i funkcjonalną dla ostatecznego ustalenia znaczenia danego przepisu, nie można bowiem fetyszyzować wykładni literalnej, a efekty pozostałych wykładni mogą albo potwierdzić rezultat wykładni językowej, albo podważać ten wynik i nakazywać przyjęcie innego rozumienia owego przepisu”¹⁴⁶.

STRESZCZENIE

Przedmiotem artykułu są przestępstwa sprzedajności i przekupstwa w sporcie, stypizowane w art. 46 ust. 1–4 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie. Autor omawia znamiona tych przestępstw, odwołując się do procesu legislacyjnego oraz wypowiedzi doktryny i judykatury dotyczących nieobowiązującego art. 296b k.k., przewidującego odpowiedzialność za tego rodzaju zachowania w sporcie. Analizie został podany przedmiot ochrony tych przestępstw, pojęcie zawodów sportowych, korzyść majątkowa i osobista, nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik tych zawodów, podmiot tych przestępstw, strona podmiotowa, zbieg przepisów, zagrożenie karne, w tym środki karne, które ewentualnie mogą być orzeczone oraz przesłanki bezkarności sprawcy przekupstwa w sporcie.

SUMMARY

The article deals with the crime of venality and bribery in sport defined in Article 46 item 1–4 of the Act on Sport of 25 June 2010. Discussing the features of these crimes, the author presents the legislative process and quotes statements of the doctrine and court decisions referring to the invalid Article 269b of the criminal code that provided for liability for this kind of activities in sport. The analyzed matters are the following: protection object of these crimes, the concept of sports competitions, material profit and personal gain, dishonest behavior that can influence the results of sports competitions, perpetrator of the crime, aspect of the offence as to the doer, concurrence of legal rules, threat of punishment including means of punishment that can possibly be ruled and premises of impunity for bribery in sport.

¹⁴⁶ Postanowienie SN z dnia 4 marca 2010 r. – V KK 230/09. Biul. PK 1020, Nr 3, poz. 1.2.14.

MACIEJ REJZEREWICZ

WYKROCZENIE NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI
W ZAKRESIE REKLAMY**1. Wprowadzenie**

Głównymi zasadami gospodarki rynkowej jest wolność gospodarcza i związana z nią zasada konkurencji. Aby utrzymać się na rynku, przedsiębiorcy muszą rywalizować między sobą w celu zdobycia i utrzymania klientów. Wśród działań marketingowych najważniejszym instrumentem zachęcania klientów do oferty danego przedsiębiorstwa jest reklama. Jest ona podstawowym sposobem oddziaływania na konsumenta. Informuje go o nowych produktach oraz próbuje wpłynąć na decyzje zakupu. Reklama stała się nieodłącznym elementem naszego życia społecznego. Postępujący rozwój środków masowego przekazu i nowych technologii pozwala na pojawianie się reklam w coraz to nowych miejscach aktywności człowieka, w coraz to nowej, często niebanalnej, wyszukanej i przyciągającej uwagę formie. Jak każdy rozwój aktywności ludzkiej w sferze życia społecznego, także rozwój w sferze reklamy rodzi problemy, które często muszą być poddane wartościowaniu przez normy prawne. Regulacje cywilnoprawne okazują się być niewystarczające dla ochrony przed zagrożeniami związanymi z reklamą, dlatego wprowadzono szereg uregulowań o charakterze prawnokarnym. Jednym z takich uregulowań jest wprowadzone ustawą z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹, wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Wykroczenie to jest ujęte w art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji², który obecnie brzmi: „Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy lub sprzedaży, o której mowa w art. 17a”. Sposób sformułowania znamion tego wykroczenia budzi poważne zastrzeżenia.

¹ Dz.U. z 2002 r., Nr 126, poz. 1071

² Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zmianami, zwaną dalej ZNKU.

2. Pojęcie reklamy

Podstawowe znaczenie z punktu widzenia stosowania przepisów dotyczących reklamy ma sposób jej rozumienia. W prawie polskim, jak również w prawie europejskim nie ma jednolitej, powszechnie przyjętej definicji reklamy. W ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji brak definicji reklamy. Jednakże w innych ustawach, wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa międzynarodowego, a także w wielu aktach prawa wspólnotowego można odnaleźć definicję reklamy³. W szczególności według ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁴, reklamą jest każdy przekaz nie pochodzący od nadawcy, zmierzający do promocji sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw, lub idei albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia (art. 4 pkt 6). W prawie Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (art. 2 § 1 dyrektywy Rady Ministrów EWG z dnia 10 września 1984 r. nr 450/84 o wprowadzającej w błąd reklamie) reklamą jest każda wypowiedź przy wykonywaniu działalności handlowej, produkcyjnej, rzemieślniczej lub wykonywaniu wolnego zawodu, mająca na celu zwiększenie zbytu towarów lub usług. W europejskiej konwencji o telewizji ponadgranicznej z dnia 5 maja 1989 r.⁵, w art. 2 pkt f stwierdza się, że reklama oznacza wszelkie publiczne obwieszczenia mające na celu popieranie sprzedaży, zakupu lub wynajmu produktu lub usługi, promocję idei czy sprawy lub spowodowanie innego skutku pożądanego przez reklamującego, dla których to celów udzielono reklamującemu czasu transmisyjnego na zasadach odpłatności lub za inne podobne wynagrodzenie.

W polskiej nauce prawa spotkać się można z różnymi definicjami reklamy. A. Kraus i F. Zoll przyjmowali, że reklamą jest wszelkiego rodzaju oddziaływanie przedsiębiorców na potencjalnych konsumentów podejmowane w tym celu, aby przez zachwalanie towaru, usługi wywołać zainteresowanie dla warunków transakcji, z jakimi przedsiębiorca zwraca się do konsumentów⁶. E. Drobieńko określił reklamę jako wszelkie sposoby oddziaływania organizacji przemysłowych i handlowych na przyszłych nabywców towarów i usług⁷. B. Jaworska-Dębska określa reklamę, jako wszelkie działania, aby przy użyciu prawdziwych informacji na temat określonych towarów i usług zwrócić na nie uwagę potencjalnych zainteresowanych jako odbiorców, a jeśli to możliwe, jako stałych klientów⁸.

³ Szerzej zob. R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, (red.) J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 638–646.

⁴ Dz.U. z 2004 r., Nr 253, poz. 2531 ze zmianami.

⁵ Dz.U. z 1995 r., Nr 32, poz. 160.

⁶ A. Kraus, F. Zoll, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Poznań 1929, s. 258–259.

⁷ E. Drobieńko, *Wybrane zagadnienia prawne w działalności reklamowej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 6/1975, s. 183.

⁸ B. Jaworska-Dębska, *Wokół pojęcia reklamy*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 12/1993, s. 21.

E. Nowińska i M. du Vall definiują reklamę jako świadome działanie przedsiębiorcy zmierzające do promowania towarów lub usług przez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby u klientów (konsumentów) wywołać lub wzmocnić potrzeby⁹. Według R. Skubisza, reklamą jest każda wypowiedź, która zmierza do stymulowania zbytu lub innego korzystania z towarów i usług¹⁰. W ramach każdej reklamy (niezależnie od sposobu jej pojmowania) występują dwa elementy: informacja o towarze (usłudze) oraz zachęta do jego nabycia lub innego odpłatnego wykorzystania. Ta zachęta może być bardzo zróżnicowana, może to być subtelna sugestia, bardzo wyraźna perswazja, a nawet wywieranie przymusu psychicznego przez elementy perswazyjne, wartościujące, ocenne, zachęcające do zakupu określonego towaru lub usługi. Brak wskazanych składników sugerujących lub perswazyjnych świadczy, iż dany przekaz nie jest reklamą. Charakter reklamowy ma także wypowiedź, która zachwalając określony towar (usługę) zarazem zniechęca do propozycji rynkowej konkurenta. W praktyce powstają trudności w przeprowadzeniu dystynkcji między reklamą a informacją handlową. Ogólnie należy stwierdzić w przypadkach wątpliwych, że rozpowszechniana wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru¹¹.

3. Podstawy formułowania znamion wykroczenia nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy

Stosownie do przepisu art. 25 ust. 2 ZNKU penalizacji podlega czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Dekodowanie znamion wykroczenia w zakresie reklamy stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji popełnionego na gruncie ZNKU nie jest sprawą łatwą, bowiem przepis art. 25 ust. 2 ZNKU, posługując się cywilistycznym pojęciem „czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy”, zmusza do analizy innych przepisów ZNKU (w szczególności art. 16, art. 3 ust. 1, art. 2 oraz art. 17) celem ustalenia, czy czyn taki zaistniał. Dopiero wykładnia tychże przepisów zastosowanych łącznie pozwala na sformułowanie znamion tego wykroczenia. Co oczywiste, dla prawidłowej interpretacji przepisów ustanawiających to wykroczenie, konieczne jest posiłkowanie się opracowaniami z zakresu prawa cywilnego, z uwzględnieniem konieczności prowadzenia zawężonej interpretacji przepisów formułujących odpowiedzialność karną.

Art. 16 ust. 1 ZNKU formułuje szczególne przypadki czynów nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności: 1) reklama sprzeczna z przepi-

⁹ E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2008, s. 214.

¹⁰ R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 642.

¹¹ Tamże s. 643–644.

sami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka; 2) reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi; 3) reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywołanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci; 4) wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji; 5) reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta nie zamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji. Przepis ten, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, zawiera jedynie przykładowe wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Dlatego też na gruncie prawa cywilnego za czyny nieuczciwej konkurencji uznaje się także zachowania niewyczerpujące znamion art. 16 ust. 1 ZNKU, lecz wynikające z zastosowania definicji ujętej w art. 3 ust. 1 ZNKU, według którego czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jak podkreśla się w literaturze, tak skonstruowany przepis, formułujący klauzulę generalną, definiujący czyn nieuczciwej konkurencji w sposób ogólny, pełni funkcję uzupełniającą, uzupełnia katalog czynów wskazanych w części szczegółowej ustawy. Wyliczenie typowych czynów nieuczciwej konkurencji, zawarte w art. 3 ust. 2 ZNKU nie jest wyczerpujące, ponieważ niepodobna przewidzieć i zdefiniować wszystkie możliwe, także w przyszłości zachowania naruszające zasady uczciwej konkurencji. Jeżeli zatem, przy wykonywaniu działalności gospodarczej dojdzie do popełnienia czynu nieujętego przepisami, a zakłócającego uczciwe stosunki rynkowe – wówczas podstawę dla jego oceny stanowić może samodzielnie art. 3 ust. 1 ZNKU¹². Jednakże, przy ocenie czy konkretne zachowanie sprawcy może być zakwalifikowane jako wykroczenie w zakresie reklamy z art. 25 ust. 2 ZNK, należy brać pod uwagę jedynie zachowania wyliczone enumeratywnie w art. 16 ust. 1 ZNKU (nazwane deliktami nieuczciwej reklamy)¹³. Nie mogą podlegać penalizacji zachowania nieujęte w katalogu opisanym w art. 16 ust. 1 ZNKU, a stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu cywilistycznym jako wynikające z bezpośredniego zastosowania normy art. 3 ust. 1 ZNKU. Za takim nakreśleniem znamion tego wykroczenia przemawia wyrażona w art. 1 § 1 k.w. zasada *nullum crimen sine lege*

¹² Tak też J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 130–137; E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków s. 64; E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy...*, s. 44; zob też SN w uzasadnieniach orzeczeń: z dnia 22 października 2002 r. (III CKN 271/2001) – OSNC 2004/2, poz. 26, z dnia 26 listopada 1998 r. (I CKN 904/97) – OSNC 1999, Nr 5, poz. 97, z dnia 2 lutego 2001 r. (IV CKN 255/00) – OSNC 2001, Nr 9, poz. 137, z dnia 11 lipca 2002 r. (I CKN 1319/00) – OSNC 2004, Nr 5, poz. 73, z dnia 11 października 2002 r. (III CKN 271/01) – OSNC 2004, Nr 2, poz. 26.

¹³ Tak też M. Błaszczuk, *Nowe przepisy karne ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Cz. II*, „Monitor Prawniczy” 24/2003, s. 1128.

certa, a właściwie *nulla contraventio sine lege certa*¹⁴, wymagająca określoności wykroczenia w obowiązujących przepisach ustawowych¹⁵. Nie sposób uznać, za wystarczająco dookreślone, w kontekście tejże zasady, ujęcie czynu zabronionego jako „działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w zakresie reklamy zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta” (przy uwzględnieniu jedynie przepisu art. 3 ust. 1 i art. 25 ust. 2 ZNKU). Tak zdefiniowane znamiona, w szczególności w odniesieniu do „sprzeczności z dobrymi obyczajami” są zbyt ogólnikowe jak na formułowanie podstaw odpowiedzialności za wykroczenie i mogą prowadzić do dowolnych interpretacji. Powyższej konstatacji nie zmienia fakt, iż do określenia znamion wykroczenia w zakresie reklamy stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 16 ZNKU w ust. 1 w punkcie 1, także użyto pojęcia „sprzeczności z przepisami prawa lub dobrymi obyczajami”¹⁶, podobnie jak w samym art. 3 ust. 1 ZNKU. Jednolite rozumienie terminów „dobre obyczaje”¹⁷, użytych w przepisach art. 3 ust. 1 ZNKU oraz art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU, czyniłoby bezcelowym rozważanie, czy czyny nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, sformułowane jedynie na podstawie art. 3 ust. 1 ZNKU, podlegają penalizacji z art. 25 ust. 2 ZNKU, skoro te wszystkie zawierałyby się w kręgu czynów nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy typizowanych już na podstawie szczególnego przepisu, jakim jest art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU. W literaturze cywilistycznej termin „dobre obyczaje” rozumie się odmiennie w art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU (wąskie znaczenie) aniżeli w art. 3 ust. 1 ZNKU (szerokie znaczenie)¹⁸. Zatem skoro interpretacje cywilistyczne przepisów ZNKU szerzej rozumieją termin „dobre obyczaje” z art. 3 ust. 1 ZNKU niż ten sam termin użyty w przepisie art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU, a do rozpoznania znamion wykroczenia z art. 25 ust. 2 ZNKU konieczne jest posługiwanie się cywilistycznym rozumieniem czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, to poza zakresem penalizacji z art. 25 ust. 2 ZNKU pozostawić należy niestypizo-

¹⁴ Jak się wydaje odmienny pogląd wyrażają E. Nowińska i M. du Vall w *Komentarzu do ustawy...*, s. 340, gdzie za dopuszczaną została uznana sytuacja, w której oskarżyciel publiczny dookreślałby znamiona czynu nieuczciwej reklamy, aczkolwiek uznane to zostało za bliskie naruszeniu zasady *nullum crimen sine lege certa*.

¹⁵ Tak M. Błaszczuk, *Nowe przepisy karne...*, s. 1128.

¹⁶ Art. 16 ust. 1 p 1 ZNKU: *Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności reklama sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka.*

¹⁷ Szerzej o pojęciu „dobrych obyczajów” na gruncie art. 3 ust. 1 ZNKU zob. w J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 154–168.

¹⁸ Uzasadnia się to w ten sposób, że jeśli przyjmie się, iż w obu przepisach użyto tego terminu w tym samym znaczeniu, to nie sposób wyjaśnić dlaczego w art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU zakazuje się dodatkowo reklamy uchybiającej godności człowieka, a w art. 16 ust. 1 pkt 2–5 ZNKU zabrania się innych form nieuczciwej reklamy, które są przecież ogólnie zakazane w art. 3 ZNKU jako sprzeczne z dobrymi obyczajami. Odejście od zasady interpretacji przepisów, w myśl której identycznym terminom w jednej i tej samej ustawie nadaje się to samo znaczenie, pozwala na racjonalną wykładnię art. 16 ZNKU; zob. szerzej R. Skubisz (w): *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 676–678, tam też przywołano poglądy odmienne, sprzeciwiające się rozróżnieniu pojęcia „dobre obyczaje” na tle art. 3 ust. 1 ZNKU i art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU. Podobnie E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy...*, s. 219.

wane w art. 16 ZNKU czyny nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, które wynikają z zastosowania jedynie art. 3 ust. 1 ZNKU. Takie rozumienie przepisów pozostaje w zgodzie z postulatem prowadzenia zawężonej interpretacji przepisów formułujących odpowiedzialność za wykroczenia¹⁹.

Ważkość czynionych wyżej uwag na temat konieczności prowadzenia zawężonej interpretacji, w kontekście uregulowania karnego, przepisów cywilnych formułujących odpowiedzialność z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, zdaje się być zniweczona poprzez nad wyraz niedookreślone z punktu widzenia prawa karnego znamiona wykroczenia określone w art. 16 omawianej ustawy.

Powyższe rozważania prowadzące do wniosku, iż przy formułowaniu karnoprawnej odpowiedzialności za wykroczenie z art. 25 ust. 2 ZNKU należy zarzucić korzystanie z art. 3 ust. 1 ZNKU w zakresie jego funkcji uzupełniającej, nie mogą prowadzić do poglądu, iż wystarczająco ustawowo dookreślone pozostaje wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, przy uwzględnieniu znamion tego wykroczenia sformułowanych w art. 16 ust. 1 ZNKU. W szczególności znamię reklamy sprzecznej z dobrymi obyczajami lub uchybiającej godności człowieka²⁰ ujęte jest nad wyraz nieostro. Pojęcia te obejmują zbyt dużą ilość możliwych do pomyślenia desygnatów, by obwarować przepisem penalizującym zachowania mieszczące się w ich granicach. Z tego też powodu należy zdecydowanie krytycznie ocenić tak sformułowane wykroczenie jako godzące w zasadę *nullum crimen sine lege certa*.

4. Funkcja korygująca przepisu art. 3 ust. 1 ZNKU i jej zastosowanie celem dekompletacji znamion wykroczenia stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy

Doniósłoby znaczenie dla ustalania karnoprawnej odpowiedzialności sprawcy czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy ma przepis art. 3 ust. 1 ZNKU z uwzględnieniem jego funkcji korygującej. Dla ustalenia, czy konkretne zachowanie sprawcy czynu realizuje znamiona wykroczenia, konieczna jest po ustaleniu, iż wyczerpane zostały znamiona przepisu art. 16 ZNKU, analiza przepisu art. 3 ust. 1 z uwzględnieniem jego funkcji korygującej. Funkcja korygująca przepisu art. 3 ust. 1 ZNKU realizuje się w ten sposób, iż jeżeli określony czyn, co prawda wypełnia hipotezę normy wynikającej z przepisu rozdziału 2 ustawy, jednakże nie wystąpi zarazem określona w art. 3 ust. 1 ZNKU przesłanka zagrożenia

¹⁹ Postulat ten wynika wprost z zasady *nullum crimen sine lege stricta* – zob. A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Zakamycze 2004, s. 44; P. Kozłowska-Kalisz (w:) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, (red.) M. Mozgawa, Wolters Kluwer 2007, s. 19.

²⁰ O szczególnych typach reklamy stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji zob. w dalszej części opracowania.

lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, to uznać należy, że nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji²¹. Przyjmuje się także, iż już niewielkie natężenie nieuczciwości lub minimalny stopień naruszenia interesów innego uczestnika rynku uzasadnia odstąpienie od negatywnej oceny danego czynu na gruncie tegoż właśnie przepisu²². Skoro zatem, stosując przepis art. 3 ust. 1 ZNKU, dochodzi się do wniosku, iż konkretne zachowanie nie jest „czynem nieuczciwej konkurencji”, to też jest oczywiste, iż zachowanie takie, choć wyczerpujące znamiona przepisu szczególnego (art. 16 ust. 1 ZNKU), nie podlega penalizacji z art. 25 ust. 2 ZNKU.

5. Podmiot

Pewną trudność na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi ustalenie podmiotów odpowiedzialnych za wykroczenie nieuczciwej reklamy. Niewątpliwie do odpowiedzialności za wykroczenie pociągnięte mogą być jedynie osoby fizyczne. Przy tym art. 3 ust. 1 ZNKU stanowi, iż czyn nieuczciwej konkurencji ma zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy (...). Ze sformułowania, iż czynu nieuczciwej konkurencji dopuścić się można jedynie wobec „innego przedsiębiorcy”, należy wywieść, iż zasadą jest, że sprawca czynu nieuczciwej konkurencji sam musi być przedsiębiorcą²³.

²¹ Tak SN w wyroku z 30 maja 2006 r. (I CSK 85/06, OSP 2008/5 poz. 55). G. Tylec w Glosie do tego wyroku (OSP 2008/5 s. 383), twierdzi, iż *każdy typowy delikt nieuczciwej konkurencji opisany w art. 5-17e jest sam przez się czynem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami kupieckimi; nie jest potrzebne, jak uczynił to SN, nałożenie na sądy obowiązku każdorazowego, uwidocznionego w treści uzasadnienia wyroku, analizowania typowych deliktów nieuczciwej konkurencji przez pryzmat sprzeczności z prawem i dobrymi obyczajami kupieckimi, gdyż ustawodawca, opisując w sposób kazuistyczny delikty nieuczciwej konkurencji w rozdziale 2 ustawy, dał wyraz temu, iż są one zjawiskami niepożądanymi i tylko szczególne, nadzwyczajne okoliczności mogą sprawić, iż nie spotkają się one z sankcją; powód, który domaga się ochrony prawnej z tytułu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i powołuje się w pozwie na któryś z deliktów z rozdziału 2 ustawy, nie powinien udowadniać, iż w zaistniałej sprawie zostały spełnione również przesłanki art. 3 ust. 1 ZNKU. Autor nie zgadza się przy tym ze stwierdzeniem SN, jakoby zawsze zachodziła potrzeba jednoczesnej oceny postępowania przedsiębiorcy z punktu widzenia przepisów zarówno rozdziału 2, jak i art. 3 ust. 1 ZNKU. J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 139, twierdzi, iż korzystanie przez sądy (cywilne) z art. 3 ust. 1 ZNKU jako instrumentu korygującego powinno następować tylko w rzadkich, szczególnie uzasadnionych przypadkach, zaś ciężar udowodnienia takich wyjątkowych okoliczności spoczywa na pozwanym (art. 6 KC). Nie siląc się na próbę rozstrzygnięcia o słuszności którejś z przedstawionych wyżej koncepcji powstałych na gruncie prawa cywilnego, stwierdzić jedynie należy, iż na gruncie formułowania karnoprawnej oceny zachowania sprawcy czynu nieuczciwej konkurencji (szczególnie w zakresie reklamy), zawsze, z uwagi na rządzące procedurą karną zasady domniemania niewinności, prawdy materialnej oraz działania z urzędu organów procesowych, sąd rozstrzygający sprawę zobligowany będzie do badania zachowania sprawcy czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy także z punktu widzenia przepisu art. 3 ust. 1 ZNKU. Szerzej o funkcji korygującej przepisu art. 3 ust. 1 ZNKU zob. w J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 137-141; E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 45, 63, 216.*

²² E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 44.

²³ Wyjątki od tej zasady występują m.in. w art. 11 i 12 ZNKU. Podobnie E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 60-61.

Stosownie do art. 2 ZNKU przedsiębiorcami, w rozumieniu ustawy, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej.

Na podstawie art. 2 ZNKU „przedsiębiorcą” jest każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą zarobkowo lub zawodowo, bez względu na to, czy działalność jest jego działalnością główną czy uboczną oraz niezależnie od tego, czy został on lub nie został wpisany do rejestru przedsiębiorców lub ewidencji działalności gospodarczej, czy też wpisowi nie podlegał. Rozstrzyga zatem faktyczne uczestniczenie w obrocie gospodarczym, przy czym za takie może być uznane podjęcie działań zmierzających do uruchomienia działalności gospodarczej lub jej likwidowanie²⁴.

Zabieg prawodawcy, który formułując typ czynu zabronionego w art. 25 ust. 2 ZNKU, w prosty sposób odniósł się do sprawy czynu nieuczciwej konkurencji ustanowionego na gruncie prawa cywilnego, sprawia, iż osobami zdatnymi do pociągnięcia do odpowiedzialności za wykroczenie w zakresie reklamy z art. 25 ust. 2 ZNKU mogą być jedynie osoby fizyczne, które prowadząc chociażby ubocznie działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej. Niezrozumiałe jest pozostawienie wolnymi od odpowiedzialności za to wykroczenie osób wchodzących w skład organów osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, lub też w inny sposób działających w imieniu i na rzecz tychże podmiotów, np. jako ich pracownicy. Wyłączenie wyżej wymienionych osób spod odpowiedzialności za wykroczenie nie wydaje się słusznym zabiegiem i znacznie ogranicza podmiotowy zakres odpowiedzialności za wykroczenie. Osoby te, pomimo podjęcia przez nie działań i inicjatyw wymagających poddania ich negatywnej ocenie z punktu widzenia przepisów formułujących odpowiedzialność za wykroczenie, same nie będąc przedsiębiorcą a działając za takiego, będącego osobą prawną lub jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej i doprowadzając przez swoje zachowanie do popełnienia przez tego przedsiębiorcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, pozostają wolne od odpowiedzialności za wykroczenie. Interpretacja odmienna formułująca szerszy krąg osób zdatnych do pociągnięcia do odpowiedzialności za wykroczenie z art. 25 ust. 2 ZNKU, byłaby nieuprawniona i musiałaby wynikać z rozszerzającej interpretacji przepisów cywilistycznych, dokonanej na użytek prawa wykroczeń, co należałoby ocenić jako niedopuszczalne w kontekście zasady *nullum crimen sine lege stricta*.

Przepis art. 17 ZNKU, stanowi, iż czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 16, dopuszcza się również agencja reklamowa albo inny przedsiębiorca, który reklamę opracował. Wobec występującego w tym przepisie sformułowa-

²⁴ Tak J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 106, tam też szerzej o pojęciu przedsiębiorcy, zob. s. 103–129.

nia „albo inny przedsiębiorca”, nie budzi wątpliwości, że także podmioty w nim określone muszą być przedsiębiorcami²⁵. Także w kontekście przepisu art. 17 ZNKU krytycznie należy ocenić pozostawienie wolnymi od odpowiedzialności za wykroczenie w zakresie reklamy stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji osób wchodzących w skład organów osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej lub też w inny sposób działających w ich imieniu i na ich rzecz, na przykład jako ich pracownicy, będących agencjami reklamowymi lub innymi przedsiębiorstwami, które w ramach swej działalności opracowują reklamę.

6. Szczególne typy czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy

6. 1. Reklama sprzeczna z przepisami prawa

Sprzeczność z prawem na tle art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU zachodzi w razie prowadzenia reklamy z naruszeniem następujących prawnych regulacji dotyczących reklamy: zakazu reklamy towarów i usług, zakazu używania w reklamie pewnych określeń i nazw towarów i usług, zasad prowadzenia reklamy w środkach masowego przekazu.

Zakazy reklamy towarów i usług dzieli się na bezwzględne i względne. Bezwzględny zakaz wyłącza całkowicie reklamę konkretnych towarów i usług. Względny zakaz dotyczy natomiast jedynie określonych sposobów reklamy konkretnych towarów lub usług²⁶.

Do bezwzględnych zakazów należy zakaz reklamy alkoholu z wyjątkiem reklamy piwa (która objęta jest zakazem względnym). Zakaz reklamy alkoholu formułuje przepis art. 13¹ ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi²⁷, który stanowi, że zabrania się na obszarze kraju reklamy i promocji napojów alkoholowych, z wyjątkiem piwa, którego reklama i promocja jest dozwolona pod warunkami ściśle określonymi w dalszej części przepisu. Ten sam przepis w dalszych ustępach (3 i 4) zabrania reklamy produktów i usług, których nazwa, znak towarowy, kształt graficzny lub opakowanie wykorzystuje podobieństwo lub jest tożsame z oznaczeniem napoju alkoholowego lub innym symbolem obiektywnie odnoszącym się do napoju alkoholowego oraz zabrania reklamy przedsiębiorców oraz innych podmiotów, które w swoim wizerunku reklamowym wykorzystują nazwę, znak towarowy, kształt graficzny lub opakowanie związane z napojem alkoholowym, jego producentem lub dystrybutorem.

²⁵ Szerzej o agencjach reklamowych oraz o zasadach ponoszenia przez nie odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, zob. R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 761–762.

²⁶ R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 660; M. Mozgawa, *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji środkami prawa karnego*, Gdańsk 1997, s. 83.

²⁷ Dz.U. z 2007 r., Nr 70, poz. 473 ze zm.

Bezwzględny zakaz reklamy dotyczy także reklamowania i promocji gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych oraz gier na automatach; wyżej opisany zakaz nie obejmuje reklamy i promocji prowadzonej wewnątrz kasyna gry i punktu przyjmowania zakładów wzajemnych oraz oznaczenia nazwą, na zewnątrz budynku, miejsca, w którym znajduje się kasyno gry lub punkt przyjmowania zakładów wzajemnych (art. 29 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych²⁸).

Względny zakaz reklamy formułuje przepis art. 8 ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych²⁹, w którym zabrania się reklamowania i promocji wyrobów tytoniowych, rekwizytów tytoniowych i produktów imitujących wyroby lub rekwizyty tytoniowe oraz symboli związanych z używaniem tytoniu, a w szczególności: 1) w telewizji, radiu, kinach, zakładach opieki zdrowotnej, szkołach i placówkach oświatowo-wychowawczych, w prasie dziecięcej i młodzieżowej, na terenie obiektów sportowo-rekreacyjnych oraz w innych miejscach publicznych, 2) w prasie innej niż wymieniona w pkt 1, 3) na plakatach, w tym plakatach wielkoformatowych, 4) w środkach usług informatycznych; zabrania się sponsorowania przez firmy tytoniowe działalności sportowej, kulturalnej, oświatowej, zdrowotnej i społeczno-politycznej³⁰.

Przepis art. 57 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne³¹ zabrania kierowania do publicznej wiadomości reklamy dotyczącej produktów leczniczych: 1) wydawanych wyłącznie na podstawie recepty; 2) zawierających środki odurzające i substancje psychotropowe; 3) umieszczonych na wykazach leków refundowanych, zgodnie z odrębnymi przepisami, oraz dopuszczonych do wydawania bez recept o nazwie identycznej z umieszczonymi na tych wykazach; dotyczy to również reklamy produktu leczniczego, którego nazwa jest identyczna z nazwą produktu leczniczego wydawanego wyłącznie na podstawie recepty. Szczególne zasady prowadzenia reklamy produktów farmaceutycznych zawierają pozostałe przepisy artykułów od 52 do 61 powołanej wyżej ustawy³².

Także ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji³³ zawiera uregulowania dotyczące przede wszystkim sposobu emisji reklamy³⁴ oraz odnoszące się do zakazów reklamowych³⁵.

²⁸ Dz.U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540 ze zm.

²⁹ Ustawa z dnia 9 listopada 1995 r. (Dz.U. z 1996 r., Nr 10, poz. 55 ze zmianami).

³⁰ Zob. też M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, s. 84.

³¹ Dz.U. z 2008 r., Nr 45, poz. 271 ze zm.

³² Przepisy te formułują szczególne zasady prowadzenia reklamy produktu leczniczego oraz obostrzenia dotyczące treści takiej reklamy.

³³ Dz.U. z 2004 r., Nr 253, poz. 2531 ze zm.

³⁴ Zob. przepisy art. 16 do 16a, które odnoszą się do sposobu wyodrębnienia reklamy od pozostałego przedmiotu emisji, dotyczą one długości i częstotliwości pojawiania się reklam oraz rodzaju audycji, które nie mogą być przerywane reklamą.

³⁵ Zob. przepis art. 16b oraz art. 16c, które zakazują nadawania poszczególnych rodzajów reklam.

Przepisy innych ustaw formułują obostrzenia w zakresie reklamy, których naruszenie może w szczególnych okolicznościach stanowić czyn nieuczciwej konkurencji³⁶.

Oprócz ustawy, do źródeł prawa zgodnie z art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej należą także konstytucja, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Należy poddać w wątpliwość w kontekście wynikającej z art. 42 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasady *nullum crimen sine lege*, możliwość poddawania odpowiedzialności za wykroczenie z art. 25 ust. 2 ZNKU sprawy

³⁶ Zob. w szczególności art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.), gdzie zastrzeżono, iż wyraz „bank” może być w reklamie używany jedynie dla określenia podmiotu będącego bankiem na gruncie tejże ustawy; zob. też art. 230 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. z 2010 r., Nr 11, poz. 66 ze zm.), gdzie wprowadzono przepięstwo polegające na używaniu w reklamie wyrazów wskazujących na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej lub reasekuracyjnej, gdy podmiot używający takiej nazwy nie jest zakładem ubezpieczeń ani zakładem reasekuracji; w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. (Dz.U. z 2008 r., Nr 25, poz. 150 ze zmianami) prawo ochrony środowiska art. 80 stanowi, że reklama lub inny rodzaj promocji towaru lub usługi nie powinny zawierać treści propagujących model konsumpcji sprzeczny z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju, a w szczególności wykorzystywać obrazu dzikiej przyrody do promowania produktów i usług negatywnie wpływających na środowisko przyrodnicze; podobnie ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2007 r., Nr 14, poz. 89 ze zmianami), w szczególności w przepisie art. 18b, zakazuje zakładom opieki zdrowotnej reklamy udzielanych przez nie świadczeń zdrowotnych; na podstawie art. 30 ustawy z dnia 11 stycznia 2001 r. (Dz.U. z 2009 r., Nr 152, poz. 1222) o substancjach i preparatach chemicznych zabroniona jest także reklama substancji niebezpiecznej bez wymienienia kategorii niebezpieczeństwa związanej z tą substancją; każda reklama preparatu niebezpiecznego, która umożliwia konsumentom nabycie takiego preparatu bez uprzedniego obejrzenia oznakowania na jego opakowaniu, musi zawierać informację o rodzaju lub rodzajach zagrożeń wymienionych na oznakowaniu opakowania; zob. też art. 14 ust. 4 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. z 2004 r., Nr 146, poz. 1546 ze zm.), dotyczy on używania w reklamie oznaczenia „fundusz inwestycyjny”, oraz art. 229 tejże ustawy, który określa warunki prowadzenia reklamy funduszu inwestycyjnego; zob. art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych (Dz.U. z 2010 r., Nr 81, poz. 530), który ogranicza używanie w reklamie słów „biuro informacji gospodarczych” jedynie do podmiotów prowadzących tego rodzaju działalność w rozumieniu tejże ustawy; zob. też liczne przepisy ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. z 2010 r., Nr 136, poz. 914), które określają warunki i zasady prowadzenia reklamy określonych środków spożywczych; zob. art. 36 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r., Nr 5, poz. 24 ze zm.), który dotyczy sposobu prawidłowego oznaczenia reklamy w prasie; zob. art. 39 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2007 r., Nr 19, poz. 115 ze zm.) zabraniający umieszczania reklam w pasie drogowym poza obszarami zabudowanymi, z wyjątkiem parkingów; zob. też przepisy art. 46 i 47 z dnia 13 września 2002 r. o produktach biobójczych (Dz.U. z 2007 r., Nr 39, poz. 252 ze zm.) dotyczące sposobu reklamowania produktu biobójczego; zob. art. 29 oraz art. 134 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540), gdzie zakazuje się reklamy określonych gier hazardowych; zob. art. 16 ustawy z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. z 2001 r., Nr 100, poz. 1081 ze zm.), nakazujący podawanie rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania, wyliczonej od całkowitego kosztu kredytu w reklamie zawierającej jakiegokolwiek dane dotyczące kosztu kredytu konsumenckiego; zob. art. 215 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz.U. z 2010 r., nr 34, poz. 189 ze zm.), który formułuje przepięstwo polegające między innymi na bezprawnym posługiwaniu się w reklamie określeniami „fundusz emerytalny”, „powszechne towarzystwo emerytalne” lub „pracownicze towarzystwo emerytalne”; zob. też przepisy art. 14, 27 oraz 48 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. z 2003 r., Nr 124, poz. 1154 ze zm.) gdzie wprowadzono obwarowania m.in. co do używania w reklamie określeń wskazujących na wykonywanie czynności agencyjnych albo czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji.

czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, który dopuścił się tego czynu, naruszając przepisy sformułowane w rozporządzeniu wykonawczym³⁷. Czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar, a także zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy tym konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych tylko elementów przez akty podustawowe³⁸. Rola takiego aktu polega wówczas na dookreśleniu pewnych elementów czynu zabronionego, który jako taki został wyraźnie określony w ustawie³⁹. Jednakże podstawowe znamiona czynu zabronionego muszą zostać określone w ustawie w sposób odpowiadający pewnym minimalnym wymogom precyzji, tak aby adresat normy prawnej mógł się zorientować na podstawie samej tylko ustawy co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu⁴⁰. Tymczasem norma przepisu art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU, formułując czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy sprzecznej z przepisami prawa, ma charakter blankietowy. Pozostawia w całości uregulowanie znamion czynu innym przepisom prawnym, nie wyłączając spośród nich tych o charakterze podustawowym. Przepis ten nie pozwala jego adresatowi na zorientowanie się co do zasadniczej treści zakazu, skoro ten na dobrą sprawę nie został określony – różnorodność możliwych zachowań naruszających w jakikolwiek sposób przepisy prawa (także przepisy rozporządzeń wykonawczych) przy tworzeniu reklamy, jest trudna do ogarnięcia i poważnie utrudnia rozczytanie zakazu. Z uwagi na powyższe, dokonując interpretacji przepisu art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU na potrzeby ustalania odpowiedzialności za wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy (art. 25 ust. 2 ZNKU), należy wykluczyć z katalogu „przepisów prawnych”, o jakich mowa w art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU rozporządzenia, bowiem te nie pozwalają na zachowanie zasady *nullum crimen sine lege*, skoro miałyby samodzielnie i w całości regulować znamiona czynu zabronionego.

6.2. Reklama sprzeczna z dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka

Jak zostało to już wyżej zaznaczone⁴¹, termin „dobre obyczaje” należy rozumieć odmiennie w art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU (wąskie znaczenie), aniżeli w art. 3 ust. 1 ZNKU (szerokie znaczenie). Za reklamę sprzeczną z dobrymi obyczajami i uchybiającą godności człowieka na tle art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU, należy uznać reklamę sprzeczną z ogólnie przyjętymi w Polsce zasadami moralności. Chodzi o wszystkie przypadki używania w reklamie wyrazów, rysunków, ilustracji, uznawanych za obraźliwe lub nieprzyzwoite, jak również eksponowanie nędzy, poniżenia, cierpienia człowieka, wreszcie wykorzystanie symboli religijnych w sposób,

³⁷ Tak też M. Błaszczyk, *Nowe przepisy karne...*, s. 1128.

³⁸ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 czerwca 2005 r. (V KK 41/2005; OSNKW z 2005 r. Nr 9, poz. 83).

³⁹ P. Kozłowska-Kalisz (w:) *Kodeks karny...*, s. 18–19.

⁴⁰ Tamże.

⁴¹ Zob. uwagi ujęte w punkcie 3 „Podstawy formułowania znamion wykroczenia nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy” niniejszego opracowania.

który narusza uczucia religijne osób wierzących⁴². Pojęcie dobrych obyczajów jest w dużym stopniu ocenne i uznanie określonego stanu faktycznego za naruszający dobre obyczaje zależy w znacznej mierze od indywidualnych odczuć. Jak zostało już wyżej zauważone, pojęcie reklamy sprzecznej z dobrymi obyczajami lub uchylającej godności człowieka ujęte jest wyjątkowo nieostro jak na przepis formułujący podstawę odpowiedzialności za wykroczenie. Dlatego też, w kontekście przywoływanej już w niniejszym opracowaniu zasady *nullum crimen sine lege certa*, należy stwierdzić, iż ta przesłanka zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy na gruncie prawa cywilnego, bardzo rzadko może stanowić samodzielną podstawę formułowania odpowiedzialności za wykroczenie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Będą to jedynie sytuacje niebudzące wątpliwości – oczywiście naruszenia dobrych obyczajów lub godności człowieka.

6.3. Reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi

Reklama wprowadzająca w błąd jest jednym z najczęściej spotykanych w praktyce przypadków nieuczciwej reklamy. Reklama taka polega na wywołaniu w obrocie stanu niepewności przede wszystkim co do pochodzenia towaru, jego jakości, właściwości, przeznaczenia, wartości czy ilości. Do omyłek może dochodzić wskutek używania mylących, dwuznacznych czy też celowo nieprecyzyjnych oznaczeń i informacji⁴³. Reklama wprowadzająca w błąd to taka, która doprowadziła (lub mogła doprowadzić) do powstania wyobrażenia o towarze (usłudze) niezgodnego z obiektywnie istniejącym stanem rzeczy. Decydujące znaczenie mają tu wyobrażenia adresatów reklamy, a nie opinie reklamujących czy agencji reklamowych; pod uwagę powinno być brane rozumienie reklamy przez przeciętnego klienta⁴⁴. Przez pojęcie „przeciętnego klienta” rozumieć należy osobę należycie poinformowaną, odpowiednio ostrożną i uważną (sposstrzegawczą)⁴⁵. Mając na uwadze konieczność zawężonego i ścisłego interpretowania przepisów formułujących odpowiedzialność za wykroczenie, należy odrzucić rozumienie „przeciętnego klienta” jako osoby nieuważnej i łatwo poddającej się sugestiom. Elementem konstytutywnym reklamy wprowadzającej w błąd jest również możliwość wpływu tej reklamy na decyzję klienta co do nabycia towaru. Ta przesłanka określana jest jako (doniosłość) istotność wprowadzenia w błąd klienta. Jeżeli zatem dana reklama wprowadza w błąd, ale nie ma to wpływu na decyzję w kwestii nabycia towaru lub usługi, to jest ona obojętna w świetle art. 16 ust. 1 pkt 2 ZNKU⁴⁶.

⁴² R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 679, tak też M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, s. 84–86.

⁴³ I. Wiszniewska, *Ochrona przed reklamą wprowadzającą w błąd*, PPH 1996, nr 2, s. 1.

⁴⁴ M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, s. 86.

⁴⁵ E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 238; M. Błaszczuk, *Nowe przepisy karne...*, s. 1129.

⁴⁶ R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 691.

6.4. Reklama nierzeczowa

Przepis art. 16 ust. 1 pkt 3 ZNKU zakazuje stosowania reklamy nierzeczowej (tj. reklamy odwołującej się do uczuć klientów przez wywołanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci). W literaturze cywilistycznej dominuje pogląd, iż wskazane wyżej wyliczenie ma charakter przykładowy i dlatego należy dyspozycją art. 16 ust. 1 pkt 3 ZNKU objąć również inne przypadki apelowania w reklamie do uczuć klienta poprzez podanie okoliczności nieistotnych z punktu widzenia cech oferowanego towaru lub usługi⁴⁷. Na gruncie formułowania karnoprawnej odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy wynikający z przepisu art. 16 ust. 1 pkt 3 ZNKU, należy przyjąć, iż znajdujące się w tym przepisie wyliczenie przypadków odwołania się do uczuć konsumenta za wyczerpujące. Wymaga tego zachowanie zasady *nullum crimen sine lege certa*.

6.5. Reklama ukryta

O tak zwanej reklamie ukrytej traktuje przepis art. 16 ust. 1 pkt 4 ZNKU, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest wypowiedź, która zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji. Uznaje się, że maskowanie reklamowego charakteru danego materiału narusza zasady uczciwej konkurencji. W każdym przypadku odbiorca reklamy powinien mieć możliwość łatwego odróżnienia materiałów reklamowych od innych niemających takiego charakteru⁴⁸. Pewne trudności praktyczne w kontekście rozpoznania reklamy ukrytej może stwarzać nowoczesna i skuteczna forma reklamy, jaką jest product placement. Jest to pokazywanie pozornie przypadkowo, najczęściej w filmach fabularnych i serialach telewizyjnych, określonego produktu z wyraźnym wskazaniem jego marki w celu wywołania skutku reklamowego⁴⁹.

6.6. Reklama uciążliwa

Przepis art. 16 ust. 1 pkt 5 ZNKU, ustanawiając czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie tzw. uciążliwej reklamy, zabrania reklamy, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji. Reklama uciążliwa polega na istotnej ingerencji w sferę prywatności odbiorcy reklamy, skutkiem czego jest ograniczenie swobody adresata reklamy co do podejmowania decyzji dotyczącej nabycia towaru lub usługi. Decyzja co do wyboru towaru

⁴⁷ Zob. ibidem, s. 730 oraz literatura tam podana.

⁴⁸ M. Mozgawa, *Zwalczanie...* s. 87.

⁴⁹ Szerzej R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 739–740.

1/2011

lub usługi może być podyktowana chęcią uwolnienia się od sytuacji wywołującej dyskomfort psychiczny lub fizyczny⁵⁰. Wyliczenie z art. 16 ust. 1 pkt 5 ZNKU ma charakter przykładowy. Także w tym przypadku, skuteczniając postulat określoności czynu zabronionego należy opowiedzieć się za ścisłym interpretowaniem tego przepisu przy formułowaniu odpowiedzialności za wykroczenie z art. 25 ust. 2 ZNKU. W takiej sytuacji należy brać pod uwagę jedynie zachowania wymienione w art. 16 ust. 1 pkt 5 ZNKU, a stanowiące ingerencję w sferę prywatności.

6.7. Reklama porównawcza

Także reklama porównawcza (tj. reklama umożliwiająca bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o ile jest sprzeczna z dobrymi obyczajami⁵¹.

7. Strona podmiotowa

Według przepisu art. 5 KW, wykroczenie można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, chyba że ustawa przewiduje odpowiedzialność tylko za wykroczenie umyślne. Przepis art. 25 ust. 2 ZNKU nie wypowiada się o stronie podmiotowej wykroczenia, którego znamiona formułuje, z czego płynie prosty wniosek, iż wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy może być popełnione także nieumyślnie⁵². Co oczywiste zlecający lub twórcy reklamę świadomy będzie celów do jakich dąży oraz skutków jakie reklama ma osiągnąć. Z powyższego nie płynie jednak wniosek, iż wykroczenie opisane w art. 25 ust. 2 ZNKU może być popełnione jedynie umyślnie. Do pomyślenia bowiem jest sytuacja, w której zlecający reklamę lub jej twórca nieroztropnie (nieostrożnie) popełnia wykroczenie (czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy), nie uświadamiając sobie przed jej publikacją skutków wynikających ze społecznego odbioru tejże reklamy. Nieuprawnione na gruncie wyżej powołanego przepisu art. 5 KW, jest – moim zdaniem – twierdzenie, iż taki przedsiębiorca powinien być uwolniony od odpowiedzialności karnoprawnej za czyn nieuczciwej konkurencji, którego się dopuścił.

⁵⁰ Ibidem, s. 743.

⁵¹ Szerzej o reklamie porównawczej zob. ibidem, s. 753–760; E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 262–270.

⁵² Tak też M. Mozgawa (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 1012. Odmienny pogląd prezentują M. Błaszczak (w:) *Nowe przepisy karne...*, s. 1130; E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 430.

8. Zbieg przepisów

Wykroczenia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy może być jednocześnie poddawane wartościowaniu na podstawie innych przepisów ustawy karnej. Sytuacja taka ma miejsce wówczas, gdy czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy polega na „reklamie sprzecznej z przepisami prawa” (art. 16 ust. 1 p. 1 ZNKU). Czyn wyczerpujący znamiona omawianego wykroczenia może wyczerpywać jednocześnie znamiona przestępstwa. Zastosowanie wówczas znajdzie przepis art. 10 KW⁵³. Jednakże o jednoczynowym zbiegu przestępstwa i wykroczenia, można mówić dopiero po wykluczeniu, iż miał miejsce pomijalny zbieg znamion przestępstwa i wykroczenia, wynikający z całkowitego pochłonięcia znamion wykroczenia przez znamiona przestępstwa. Tylko ustalenie *in concreto*, iż realizacja znamion przestępstwa zawiera realizację całości znamion wykroczenia pozwala na stwierdzenie, iż wykroczenie podlega regule konsumpcji (*lex consumens derogat legi consumpte*)⁵⁴. Ze względu na szczególne i niepowtarzalne w innych przepisach formułujących odpowiedzialność karną znamię wykroczenia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, polegające na „zagrożeniu lub naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy lub klienta”, nie dojdzie do wyłączenia wielości ocen tego samego czynu. Z uwagi na występowanie tego niepoddającego się „pochłonięciu” przez inne przepisy karne znamienia stosować należy przepis art. 10 k.w.⁵⁵.

Wyczerpując znamiona wykroczenia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, można jednocześnie wyczerpać znamiona innego wykroczenia. W takiej

⁵³ Art. 10 § 1. Jeżeli czyn będący wykroczeniem wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa, orzeka się za przestępstwo i za wykroczenie, z tym że jeżeli orzeczono za przestępstwo i za wykroczenie karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny. W razie uprzedniego wykonania łagodniejszej kary lub środka karnego zalicza się je na poczet surowszych.

⁵⁴ Zob. M. Mozgawa, *Kodeks karny...*, s. 38; tak też. W. Marcinkowski, *Kilka zagadnień z obszarów wspólnych przestępstw i wykroczeń*, „Prokurator” 2001, nr 2–3, s. 22–32.

⁵⁵ Do pomyślenia wydaje się zbieg z przestępstwami: – sformułowanym w art. 45² powołanej wyżej ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, penalizującym prowadzenie reklamę napojów alkoholowych wbrew art. 45². 1w postanowieniom zawartym w art. 13¹ teże ustawy; – ustanowionym w art. 12 powołanej wyżej ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych, który penalizuje reklamowanie wyrobów tytoniowych wbrew postanowieniom art. 8 teże ustawy; – wynikającym z przepisu art. 230 powołanej wyżej ustawy o działalności ubezpieczeniowej, który penalizuje bezprawne posługiwanie się w reklamie wyrazami wskazującymi na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej lub reasekuracyjnej; – ustanowionym w przepisie art. 215 powołanej wyżej ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, gdzie poddano odpowiedzialności karnej m.in. bezprawne posługiwanie się w reklamie określeniami „fundusz emerytalny”, „powszechnie towarzystwo emerytalne” lub „pracownicze towarzystwo emerytalne”; – sformułowanym w art. 48 powołanej wyżej ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, gdzie penalizowane jest bezprawne posługiwanie się w reklamie określeniami wskazującymi na wykonywanie czynności agencyjnych albo czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji; – wynikającym z art. 296 powołanej wyżej ustawy o funduszach inwestycyjnych, przewidującym odpowiedzialność karną za bezprawne posługiwanie się w reklamie oznaczeniami „fundusz inwestycyjny” lub „towarzystwo funduszy inwestycyjnych”.

sytuacji należy zastosować przepis art. 9 k.w.⁵⁶, przy czym przepis ten ma zastosowanie jedynie do właściwego zbiegu przepisów. W przypadku zbiegu z przepisami formułującymi odpowiedzialność za wykroczenia wydaje się, że wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, polegające na „reklamie sprzecznej z przepisami prawa”, będzie konsumowało inne przepisy formułujące wykroczenia popełnione w zakresie reklamy, jeżeli penalizują one prowadzenie reklamy sprzecznej z przepisami prawa. Każde takie wykroczenie będzie swoimi znamionami (polegającymi na powstaniu reklamy sprzecznej z przepisami prawa) „zawierało się” w wykroczeniu czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Działanie zasady konsumpcji należy ustalać *in concreto*. Jeżeli zatem czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy będzie wyczerpywał znamiona wykroczenia z art. 129 ust. 2⁵⁷ powołanego wyżej prawa farmaceutycznego albo z art. 129a ust. 1⁵⁸ tejże ustawy, wówczas zastosowanie znajdzie reguła *lex consumens derogat legi consumpte* i przepisy prawa farmaceutycznego nie będą brane pod uwagę przy formułowaniu odpowiedzialności za wykroczenie. Podobna sytuacja będzie miała miejsce, gdy wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy sprzecznej z przepisami prawa będzie jednocześnie wyczerpywało znamiona wykroczenia z art. 37 powołanej wyżej ustawy o substancjach i preparatach chemicznych⁵⁹. Także wtedy wykroczenie z ustawy o substancjach i preparatach chemicznych, jako w całości skonsumowane, nie będzie brane pod uwagę przy dokonywaniu kwalifikacji prawnej popełnionego czynu i nie znajdzie zastosowania przepis art. 9 k.w.

⁵⁶ Art. 9. Art. 1. § 1. Jeżeli czyn wyczerpuje znamiona wykroczeń określonych w dwóch lub więcej przepisach ustawy, stosuje się przepis przewidujący najsurowszą karę, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu środków karnych na podstawie innych naruszonych przepisów.

⁵⁷ 2. Tej samej karze podlega, kto: 1) prowadzi reklamę produktów leczniczych niedopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub 2) prowadzi reklamę niezgodną z Charakterystyką Produktu Leczniczego albo z Charakterystyką Produktu Leczniczego Weterynaryjnego lub 3) nie przechowuje wzorów reklam lub 4) nie prowadzi ewidencji dostarczanych próbek produktów leczniczych lub 5) nie wykonuje niezwłocznie decyzji nakazujących: a) zaprzestania ukazywania się lub prowadzenia reklamy produktów leczniczych sprzecznej z obowiązującymi przepisami, b) publikację wydanej decyzji w miejscach, w których ukazała się reklama sprzeczna z obowiązującymi przepisami, oraz publikację sprostowania błędnej reklamy, c) usunięcia stwierdzonych naruszeń.

⁵⁸ Art. 129a. 1. Kto kieruje do publicznej wiadomości reklamę produktów leczniczych: 1) wydawanych wyłącznie na podstawie recepty lub 2) których nazwa jest identyczna z nazwą produktu leczniczego wydawanego wyłącznie na podstawie recepty lub 3) zawierających środki odurzające lub substancje psychotropowe lub 4) umieszczonych na wykazach leków refundowanych lub produktów leczniczych wydawanych bez recepty o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych umieszczonych na tych wykazach, podlega grzywnie.

⁵⁹ Art. 37. 1. Kto reklamuje substancję niebezpieczną bez wymienienia kategorii niebezpieczeństwa związanej z tą substancją – podlega karze grzywny. 2. Tej samej karze podlega ten, kto zamieszcza reklamę niebezpiecznego preparatu, która nie zawiera informacji o rodzaju lub rodzajach zagrożeń wymienionych na oznakowaniu opakowania takiego preparatu, jeżeli reklama ta umożliwiła konsumentom nabycie takiego preparatu bez uprzedniego obejrzenia oznakowania na jego opakowaniu.

9. Zagrożenie karne

Popełnienie omawianego wykroczenia zagrożone jest karą aresztu albo grzywny. Zgodnie z art. 19 k.w. kara aresztu trwa najkrócej 5, najdłużej 30 dni; wymierza się ją w dniach. Karę grzywny reguluje przepis art. 24 § 1 k.w., wskazując, iż grzywnę wymierza się w wysokości od 20 do 5000 złotych.

W przepisach ZNKU formułujących to wykroczenie nie zostały przewidziane środki karne, zatem zgodnie z art. 28 § 2k.w. w zw. z art. 48 k.w. nie można ich zastosować przy skazywaniu za popełnienie tego wykroczenia.

10. Wnioski

Sformułowane w art. 25 ust. 2 ZNKU wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, z powodu jego prostego odniesienia do skomplikowanych unormowań prawa cywilnego, rodzi wiele wątpliwości. Zakres zachowań podlegających penalizacji jest wyjątkowo nieostry i dyskusyjny, a przez to godzący w zasadę *nullum crimen sine lege*. Przy stosowaniu tego przepisu należy zachować daleko idącą ostrożność oraz mieć na uwadze reguły rządzące procedurą w sprawach o wykroczenia. Dlatego też na przykład przy ustalaniu, czy w kontekście art. 25 ust. 2 ZNKU doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, jest oczywiste, że nie będzie miał zastosowania przepis art. 18a ZNKU [który stanowi, że ciężar dowodu prawdziwości (...) wypowiedzi zawartych w reklamie spoczywa na osobie, której zarzuca się czyn nieuczciwej konkurencji związany z wprowadzeniem w błąd]. Wątpliwości budzi także zakres podmiotów podlegających odpowiedzialności z tytułu sformułowanego wykroczenia.

Należy krytycznie ocenić sposób sformułowania omawianego wykroczenia, jednakże spoglądając na dynamikę reklamy, jako nieodłącznego obecnie elementu życia społecznego oraz dostrzegając wiele zagrożeń z niej płynących, konieczne wydaje się poddanie penalizacji przynajmniej niektórych zachowań stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy (jak chociażby reklamy wprowadzającej w błąd). Doprecyzowanie znamion omawianego wykroczenia wydaje się niezbędne w przyszłości dla umożliwienia jego szerokiego stosowania, a przez to rzeczywistego uskutecznienia ochrony przed reklamą stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

STRESZCZENIE

W artykule poddano analizie wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, sformułowane w art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis sformułowany w sposób prosty („tej samej karze

podlega, kto dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy”) rodzi poważne problemy interpretacyjne. Posługując się cywilistycznym pojęciem „czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy”, prawodawca zmusza do analizy innych przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w szczególności art. 16, art. 3 ust. 1, art. 2 oraz art. 17) celem ustalenia, czy czyn taki zaistniał. Dopiero wykładnia tychże przepisów zastosowanych łącznie pozwala na sformułowanie znamion tego wykroczenia. Oczywiście, dla prawidłowej interpretacji przepisów ustanawiających to wykroczenie jest konieczne posiłkowanie się opracowaniami z zakresu prawa cywilnego, z uwzględnieniem konieczności prowadzenia zawężonej interpretacji przepisów formułujących odpowiedzialność karną. W opracowaniu zwrócono uwagę na zbyt ogólne sformułowanie podstaw odpowiedzialności omawianego wykroczenia, a także poddano krytyce sposób określenia kręgu podmiotów zdalnych do przypisania im odpowiedzialności za omawiane wykroczenie.

SUMMARY

The article analyzes an offence of unfair competition in the field of advertising as it is defined in Article 25 item 2 of the Act on Fighting against Dishonest Competition of 16 April 1993. The regulation formulated in a simple way (“who commits an act of dishonest competition in the field of advertising is subject to the same punishment”) produces serious interpretational problems. Using the civil law concept of “an act of dishonest competition in the field of advertising”, the legislator demands the analysis of other regulations of the Act on Fighting against Dishonest Competition (especially Article 16, Article 3 item 1, Article 2 and Article 17) in order to establish whether this kind of act has been committed. Only the interpretation of all these provisions applied together enables the formulation of the features of that offence. Obviously, for the appropriate interpretation of the provisions identifying this offence it is necessary to make use of works in the field of civil law, including the necessity to carry out a limited interpretation of the provisions formulating criminal liability. The actual work highlights too general formulation of liability grounds for this kind of offence and criticizes the way of defining entities which can be made liable for the discussed kind of offence.

SŁAWOMIR ANTONIUK
PRZEMYSŁAW SZUSTAKIEWICZ



PRZEDAWNIENIE ROSZCZEŃ Z TYTUŁU PRAWA
DO UPOSAŻENIA I INNYCH ŚWIADCZEŃ PIENIĘŻNYCH
PRZYSŁUGUJĄCYCH NA PODSTAWIE
STOSUNKU SŁUŻBOWEGO NA TLE ORZECZNICTWA
SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH

I. Kwestia przedawnienia roszczeń w przypadku tzw. służb mundurowych jest niezwykle ciekawa. Stosunki służbowe, będące podstawą takich roszczeń, są uregulowane zarówno w przepisach prawa administracyjnego, jak i prawa pracy. Stosunki służbowe powstają bowiem w drodze jednostronnego aktu mianowania, który jest określony w prawie pracy – art. 76 k.p., oraz w ustawach pragmatycznych regulujących status prawny funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych.

W okresie II Rzeczypospolitej nie budziło wątpliwości, iż stosunki służbowe to część prawa administracyjnego. Dotyczyło to zarówno funkcjonariuszy, żołnierzy zawodowych, jak i urzędników szeroko pojętej służby cywilnej¹. Sytuacja zmieniła się po wyzwoleniu. Początkowo utrzymano model, który był powieleniem koncepcji przedwojennych. Wraz jednak z wprowadzaniem do Polski rozwiązań znanych w Związku Radzieckim poddano krytyce dotychczasowe rozwiązania „wychodząc z leninowskiej koncepcji państwa, według której pracownicy państwowi mają w zasadzie taki sam status prawny, jak inni ludzie wykonujący działalność zarobkową w zakładach pracy”². Z drugiej jednak strony nadal, szczególnie w doktrynie prawa administracyjnego, wskazywano na odrębności wynikające z mianowania danej osoby do pełnienia określonej funkcji w stosunku do rozwiązań znanych prawu pracy³. Co więcej wskazywano, iż stosunek pracy i stosu-

¹ Por. Z. Fenich, *Zarys polskiego prawa robotniczego* Kraków 1930 s. 36–39; W. Jaśkiewicz *Pracownicy administracji*, (w:) *System prawa administracyjnego*, t. II, (red.) J. Jędrośka, Wydawnictwo Ossolineum 1977, s. 380–382; T. Zieliński, *Podstawowe problemy reformy prawa służby państwowej*, PiP 1982, z. 9, s. 55; J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2007, s. 260–262.

² T. Zieliński, *Stosunek pracy i stosunek służbowy w administracji państwowej*, (w:) *Pracownicy administracji w PRL*, (red.) J. Łętowski, Ossolineum 1984, s. 93.

³ Patrz E. Iserzon, J. Starościk, *Prawo administracyjne w zarysie*, Warszawa 1959 s. 115 i n.; A. Saulewicz, *Problemy prawa pracy związane ze służbą wojskową*, WPP 1965, nr 1; J. Starościk, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1978, s. 218 i n.

nek służbowy mają liczne podobieństwa, a więc „przeciwstawiane wymienionych stosunków, jako zrozumiałe w państwie kapitalistycznym, nie ma najmniejszego uzasadnienia w państwie socjalistycznym”⁴. Takie poglądy były zrozumiałe na tle ówczesnej rzeczywistości społeczno-gospodarczej, w której faktycznie jedynym pracodawcą było państwo. Uchwalenie w roku 1974 kodeksu pracy było krokiem, który szedł właśnie w tym kierunku. Przepisy kodeksu pracy bowiem przewidywały powstanie stosunku pracy na podstawie nominacji. Z drugiej jednak strony nadal utrzymano odrębne pragmatyki służbowe dotyczące funkcjonariuszy MO i SB, żołnierzy zawodowych oraz służby więziennej. Stąd wskazywano, iż „kodyfikacja prawa pracy nie przyniosła rozstrzygnięcia jednego z najbardziej spornych w doktrynie prawa pracy problemu, jakim jest od dawna zagadnienie kwalifikacji prawnej stosunków będących podstawą pracy zawodowej w Siłach Zbrojnych PRL i w organach bezpieczeństwa”⁵. Pojawiła się zatem sytuacja, w której dwie dziedziny prawa zaczęły konkurować o to, która z nich jest właściwa dla kształtowania stosunków prawnych dotyczących funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych⁶. Należało rozstrzygnąć kwestię kompetencji sądów do rozstrzygania spraw dla tej kategorii podmiotów. Kwestia ta stała się szczególnie paląca z chwilą utworzenia w roku 1980 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego, a zwłaszcza z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 24 maja 1990 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania administracyjnego⁷, która faktycznie zezwalała na zaskarżanie do sadu administracyjnego także tych aktów prawnych, które statuowały sytuację prawną funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych. Zmiany społeczno-gospodarcze, jakie nastąpiły po roku 1989 r., a w szczególności odtworzenie służby cywilnej ponownie postawiły pytanie o to, jaki charakter mają stosunki prawne żołnierzy zawodowych i funkcjonariuszy służb mundurowych skoro zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej⁸ sprawy z zakresu służby cywilnej są sprawami z zakresu prawa pracy rozpatrywanymi przez sądy pracy, choć sama ustawa posługuje się określeniami znanymi z ustaw pragmatycznych dla funkcjonariuszy służb mundurowych⁹. Tak więc w obecnym stanie prawnym mamy sytuację, w której stosunki służbowe „dzieli się na stosunki służbowe z mianowania regulowane przez prawo pracy i stosunki służbowe będące przedmiotem prawa administracyjnego”¹⁰.

⁴ W. Jaśkiewicz, *Stosunek służbowy, a stosunek pracy*, RPiE 1960, nr 2, s. 36.

⁵ T. Zieliński, *Stosunek pracy...*, op. cit., s.135–136.

⁶ Por. J. Łętowski, *Pracownicy administracji, (w:) Prawo administracyjne Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, (red.) K. Sanda, Warszawa 1979, s. 127.

⁷ Dz.U. Nr 34, poz. 201.

⁸ Dz.U. Nr 227, poz. 1505 ze zm.

⁹ Np. kwestia mianowania na stopnie służbowe określona w art. 51 ustawy o służbie cywilnej, czy przeniesienia na inne stanowisko do innego urzędu, gdy przemawia za tym interes służby cywilnej art. 63 ust. 1 ustawy o służbie cywilnej, a nawet do innej miejscowości, gdy przemawia za tym szczególnie interes służby cywilnej – art. 61 ust. 2 ustawy o służbie cywilnej.

¹⁰ T. Zieliński, *Stosunek pracy...*, op. cit., s. 137.

Możemy zatem przyjąć, że „są dwa rodzaje mianowania (nominacji). W tym artykule (art. 76 kp – przypis autora) jest mowa o nominacji, która powoduje powstanie stosunku pracy (tzw. służbowego stosunku pracy). Ponadto są nominacje, których skutkiem jest powstanie stosunku służbowego o charakterze administracyjnoprawnym. Dotyczy to służb mundurowych – żołnierzy zawodowych, policjantów oraz funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, straży pożarnej, Służby Więziennej i Straży Granicznej. Wobec tych osób kodeks pracy nie ma zastosowania, chyba że ustawa regulująca ich stosunek służbowy w pewnym zakresie odsyła do tego kodeksu”¹¹. Ustawodawca dokonał rozdzielenia stosunków służbowych na dwa rodzaje:

- stosunki służbowe prawa pracy;
- stosunki służbowe funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych regulowane przez przepisy prawa administracyjnego (niekiedy też zwanym stosunkiem służbowym w formacjach zmilitaryzowanych¹²).

Dualizm rozdzielenia stosunków służbowych powoduje, że na gruncie stosunków służbowych służb mundurowych i żołnierzy zawodowych powstaje problem, w jaki sposób rozwiązywać problemy związane z typową instytucją prawa cywilnego, jaką jest przedawnienie roszczeń. Prawo administracyjne bowiem nie przewiduje, tak jak przepisy działu XIV ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. kodeks pracy¹³, szczegółowych ogólnych uregulowań dotyczących przedawnienia roszczeń wynikających z treści stosunku służbowego.

II. Instytucja przedawnienia roszczeń wywodzi się z prawa cywilnego. Składa się na nią pojęcie tzw. dawności (podobnie jak zasiedzenie), czyli skutków prawnych niewykonywania uprawnień przez czas określony w ustawie. Celem przedawnienia jest usunięcie niepewności prawa, jaka powstaje, gdy określone roszczenia nie są dochodzone przez osoby uprawnione przez dłuższy czas. Przyjmuje się, że nawet stan bezprawny wymaga w interesie publicznym legalizacji, jeżeli trwa przez odpowiednio długi okres¹⁴.

Generalnie prawo cywilne służy regulowaniu stosunków majątkowych z tym jednak ograniczeniem, że działaniem prawa cywilnego nie jest objęta dziedzina stosunków podlegających zakresowi działania władz administracyjnych. Charakter prawny, cywilny lub administracyjny nadaje stosunkom prawnym ustawa, na mocy której stosunek powstaje. Tak więc konkretne świadczenie przysługujące funkcjonariuszowi może ulec przedawnieniu, jeżeli konkretny przepis material-

¹¹ K. Jaśkowski (w): K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz* opublikowany w LEX, podobne stanowisko przyjął NSA w wyroku z dnia 3 października 2006 sygn. akt I OSK 210/06 opublikowany w LEX nr 281419, uchwała SN z dnia 5 czerwca 2008 r. sygn. akt II PZP 9/08 opublikowana w OSNP nr 23–24 rok 2008 poz. 343.

¹² L. Florek, T. Zieliński, *Prawo pracy*, Warszawa 2009, s. 3.

¹³ Dz.U. z 1994 r., Nr 21, poz. 94 ze zm.

¹⁴ *Encyklopedia – Prawo nie tylko dla prawników*, wyd. III, Wydawnictwo Park 2001.

nego prawa administracyjnego tak stanowi lub też odsyła w kwestii nieuregulowanej do stosowania w tym przedmiocie np. przepisów prawa pracy bądź szerzej prawa cywilnego.

Na gruncie pragmatyk służbowych służb mundurowych przedawnieniu ulegają roszczenia niemajątkowe, np. prawo do wykorzystania zaległego urlopu wypoczynkowego i majątkowe funkcjonariuszy (pod tym pojęciem należy także rozumieć żołnierzy zawodowych) związane z uposażeniem, świadczeniami oraz należnościami pieniężnymi wynikającymi ze stosunku służbowego. W praktyce oznacza to, że po upływie terminu określonego w ustawie pragmatycznej próba realizacji roszczeń funkcjonariusza może spotkać się ze skuteczną odmową odpowiedniego organu administracji publicznej.

Należy wskazać, że w praktyce mamy do czynienia z omawianą instytucją prawną wtedy, gdy dotyczy ona funkcjonariuszy lub żołnierzy, którzy odchodzą ze służby lub nadal będących w służbie, wobec których postępowanie toczy się w trybie zwykłym oraz wtedy, gdy wcześniejsze decyzje organów administracji służb mundurowych związane z rozwiązaniem stosunku służbowego zostaną w trybie nadzwyczajnym uchylone.

Omawiając zagadnienie **przedawnienia roszczenia niemajątkowego** w sytuacji gdy postępowanie to toczy się w zwykłym trybie, należy zwrócić uwagę na odmienne podejście Naczelnego Sądu Administracyjnego w kwestii przedawnienia roszczenia o udzielenie urlopu wypoczynkowego w stosunku do funkcjonariuszy ABW.

W wyroku z dnia 24 lutego 2009 r. sygn. akt I OSK 446/08 NSA¹⁵ przywołał powszechnie akceptowalną w orzecznictwie zasadę, że nałożenia na stronę obowiązku lub pozbawienia jej wynikającego z ustawy uprawnienia nie można domniemywać. Taka możliwość musi wynikać wprost z przepisu prawa powszechnie obowiązującego, a wszelka wykładnia rozszerzająca jest w tym zakresie niedopuszczalna! Sąd odwoławczy stwierdził na gruncie rozpoznawanej sprawy, iż nie można stosować wykładni rozszerzającej art. 122 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu¹⁶. Przepis ten wprowadza 3-letni okres przedawnienia wymienionych w nim roszczeń pieniężnych, o czym dobitnie świadczy jego treść. Znaczenie tego przepisu uzyskane na podstawie wykładni językowej znajduje potwierdzenie także na gruncie wykładni systemowej. Umieszczenie tego przepisu w rozdziale zatytułowanym „Uposażenie i inne świadczenia pieniężne funkcjonariuszy ABW oraz AW”, jak też porównanie treści art. 128 ust. 1 pkt 2 powołanej ustawy pragmatycznej (funkcjonariusz zwolniony ze służby /.../ otrzymuje /.../ ekwiwalent pieniężny za urlop wypoczynkowy niewykorzystany w roku zwolnienia ze służby oraz za urlopy zaległe) z analogicznym unormowaniem zawartym w art. 118 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 12 października

¹⁵ Opublikowane w CBOSA.

¹⁶ Dz.U. Nr 74, poz. 676 ze zm.

1990 r. o Straży Granicznej¹⁷ (funkcjonariusz zwolniony ze służby /.../ otrzymuje /.../ ekwiwalent pieniężny za niewykorzystane przed zwolnieniem ze służby urlopy wypoczynkowe lub urlopy dodatkowe oraz ekwiwalent za niewykorzystany czas wolny od służby /.../, nie więcej jednak za 3 ostatnie lata) dowodzą niezbicie, że na gruncie ustawy o ABW oraz AW roszczenie o udzielenie urlopu wypoczynkowego nie ulega przedawnieniu. Dodać należy, iż przedmiotowe 3-letnie ograniczenie wykorzystania urlopu wypoczynkowego dotyczy także funkcjonariuszy Policji.

Przeciwstawne stanowisko do powyżej zaprezentowanego wyraził NSA w wyroku z dnia 16 stycznia 2009 r. sygn. akt I OSK 113/08¹⁸ wskazując, iż urlop wypoczynkowy jest instytucją prawa pracy, a zatem nie jest niemożliwe odwołanie się do reguł wynikających z tego prawa, a dotyczących stosunków pracy nawet wtedy, gdy odrębne przepisy, jak ustawa o ABW oraz AW, całościowo regulują stosunek pracy, bez odsyłania do unormowań zawartych w tym prawie. Z prawa pracy wynika, że roszczenie o udzielenie wypoczynkowego przedawnia się z upływem 3 lat, od kiedy stało się wymagalne. Takiemu unormowaniu podlegają wszyscy zatrudnieni i czynienie wyłomu wobec niektórych tylko grup zatrudnionych, jakimi są funkcjonariusze ABW oraz AW naruszałoby, wynikającą z art. 32 Konstytucji RP, zasadę równości wobec prawa. Stosunek służbowy wymienionych funkcjonariuszy jest niczym innym jak stosunkiem pracy, tyle że inaczej nazwanym, co wynika ze specyfiki służby. Skoro tak, to w sytuacji gdy jakaś kwestia nie została wyraźnie uregulowana w ustawie o ABW, a jest związana ze stosunkiem pracy, należy się odwołać do zasad prawa pracy. Wobec tego należy przyjąć, że jeżeli idzie o roszczenie funkcjonariuszy o udzielenie urlopu wypoczynkowego, podlega ono takim samym rygorom, co do przedawnienia, jakie wynikają z prawa pracy dla wszystkich pracowników.

W świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 lutego 2010 r. sygn. akt K 1/08¹⁹ za prawidłowe należałoby uznać pierwszy z zaprezentowanych poglądów. Wskazany wyrok Trybunał uznał, że art. 114 ust. 1 pkt 2 ustawy o Policji (policjant zwalniany ze służby otrzymuje ekwiwalent pieniężny za niewykorzystane urlopy wypoczynkowe lub dodatkowe oraz za niewykorzystany czas wolny od służby przyznany na podstawie art. 33 ust. 3, nie więcej jednak niż za ostatnie 3 lata kalendarzowe), w części obejmującej słowa „nie więcej jednak niż za ostatnie 3 lata kalendarzowe”, za niezgodny z art. 66 ust. 2 w związku z art. 2 oraz z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. W pkt 8.3. uzasadnienia wyroku czytamy: „Prawo do ekwiwalentu za niewykorzystany urlop lub czas wolny od służby jest prawem majątkowym policjanta, którego ograniczenie musi odpowiadać wymogom art. 31 ust. 3 konstytucji. Prawo do corocznego

¹⁷ Dz.U. z 2005 r., Nr 234, poz. 1997 ze zm.

¹⁸ Opublikowane w CBOSA.

¹⁹ Opublikowany na [www. trybunal.pl](http://www.trybunal.pl)

płatnego urlopu jest gwarantowane w art. 66 ust. 2 konstytucji i nie może być arbitralnie ograniczone również w odniesieniu do rekompensaty pieniężnej za urlop niewykorzystany lub za czas wolny od pracy (w przypadku zaś policjantów – służby). (...) Policjanci, którzy mieli niewykorzystane urlopy wypoczynkowe lub dodatkowe oraz niewykorzystany czas wolny od służby, mają prawo do żądania na podstawie art. 66 ust. 2 konstytucji dni wolnych od pracy (służby) i corocznych płatnych urlopów zgodnie z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, wynikającą z art. 2 konstytucji. Możliwość uzyskania ekwiwalentu pieniężnego jedynie za ostatnie 3 lata kalendarzowe (art. 114 ust. 1 pkt 2 *in fine* ustawy o Policji) budzi wątpliwości także z punktu widzenia zasady sprawiedliwości społecznej”.

Regulacje prawne w zakresie **przedawnienia roszczeń majątkowych** zostały przez ustawodawcę określone analogicznie w poszczególnych służbach mundurowych. Dla przykładu należy przywołać brzmienie art. 107 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji²⁰, który stanowi, że roszczenia z tytułu prawa do uposażenia i innych świadczeń oraz należności pieniężnych ulegają przedawnieniu z upływem 3 lat od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne. W ustępie 2 powołanego artykułu określono wyjątek od powyższej reguły, tj. organ właściwy do rozpatrywania roszczeń może nie uwzględnić przedawnienia, jeżeli opóźnienie w dochodzeniu roszczenia jest usprawiedliwione wyjątkowymi okolicznościami. Ustęp 3 tego artykułu zaś stanowi, iż bieg przedawnienia roszczenia z tytułu uposażenia i innych świadczeń oraz należności pieniężnych przerywa: 1) każda czynność przed kierownikiem jednostki organizacyjnej podległej ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych, właściwym do rozpatrywania roszczeń, podjęta bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia roszczenia; 2) uznanie roszczenia.

Przybliżenia wymaga pojęcie **wymagalności roszczenia**. Ustalenie dnia wymagalności roszczenia jest bowiem kluczowe dla obliczenia terminu przedawnienia. O wymagalności roszczenia decyduje chwila, kiedy uprawniony funkcjonariusz może zażądać spełnienia świadczenia. W przypadku uposażenia, pozostając przy ustawie o Policji, będzie to ustawowo określony termin wypłaty uposażenia. Przepis art. 105 ust. 2 powołanej ustawy stanowi, iż uposażenie zasadnicze i dodatki do uposażenia o charakterze stałym są płatne miesięcznie z góry w pierwszym dniu roboczym każdego miesiąca, z zastrzeżeniem ust. 3 i 5 (zastrzeżenie to dotyczy możliwości określenia w drodze rozporządzenia, innych terminów płatności dodatków do uposażenia o charakterze stałym przy uwzględnieniu, które z nich są płatne miesięcznie z dołu oraz możliwości wypłaty uposażenia i innych świadczeń, a także należności pieniężnych w formie bezgotówkowej, na warunkach ustalonych w pisemnym porozumieniu między płatnikiem i policjantem, nie wcześniej jednak niż w terminach ustalonych przepisami prawa). Zaś terminy

²⁰ Dz.U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.

wypłaty innych świadczeń i należności pieniężnych oraz dodatków do uposażenia, niewymienionych w ust. 2, określają przepisy w sprawie warunków ich otrzymania (ust. 4). Nie budzi więc wątpliwości, iż początek biegu terminu przedawnienia roszczenia majątkowego należy wiązać z dniem wypłaty uposażenia (wraz z dodatkami stałymi) lub świadczenia pieniężnego.

Podobny pogląd zaprezentował WSA w Warszawie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2010 r. sygn. akt II SA/Wa 823/10²¹ rozpoznając sprawę na gruncie ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych²². Sąd stwierdził w uzasadnieniu wyroku, iż powołana ustawa nie definiuje pojęcia wymagalności. Natomiast zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych przez pojęcie wymagalności należy rozumieć taki stan rzeczy, w którym powstaje możliwość dla wierzyciela żądania od dłużnika, by spełnił on świadczenie. W szczególności zobowiązanie staje się wymagalne z chwilą nadejścia terminu świadczenia. Wierzyciel uzyskuje wówczas możliwość żądania zaspokojenia, a dłużnik zostaje obciążony obowiązkiem spełnienia świadczenia (por. wyrok NSA z dnia 18 marca 2008 r. sygn. akt I OSK 454/07²³).

Warty odnotowania jest wyrok NSA z dnia 8 czerwca 2010 r. sygn. akt I OSK 1615/09²⁴, w którym sąd rozstrzygał kwestię zasadności roszczeń żołnierza zawodowego o wypłatę należności związanej z pełnieniem służby wojskowej poza granicami kraju w charakterze obserwatora wojskowego w Kosowie w okresie od 23 czerwca 2004 r. do 23 lipca 2005 r. Sąd nie podzielił stanowiska strony, że termin przedawnienia jego roszczenia w ogóle nie rozpoczął biegu, ponieważ nie została przez ministra obrony narodowej wydana, na podstawie art. 80 ust. 4 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, decyzja o przyznaniu skarżącemu przedmiotowego świadczenia, zaś początek biegu przedawnienia należy liczyć od dnia wydania tej decyzji. Sąd wskazał, że przepis art. 80 ust. 4 wymienionej ustawy dotyczy dodatków do uposażenia wymienionych w art. 80 ust. 1 i 1a tej ustawy, a należności związane z pełnieniem służby wojskowej poza granicami kraju nie są dodatkiem w rozumieniu tych przepisów. Termin trzyletni przedawnienia tej należności wiąże się z datą jej wymagalności określoną w art. 81 ust. 3. Zgodnie z nim należności, o których mowa w art. 73, wypłaca się w terminie czternastu dni od dnia, w którym żołnierz zawodowy spełnił warunki uzasadniające otrzymanie tych należności albo właściwy organ podjął decyzję o przyznaniu tych należności, w przypadku gdy przyznanie prawa do należności lub określenie ich wysokości jest uzależnione od wydania decyzji. Sąd uznał, iż mimo że należność za służbę zagraniczną wypłaca się na podstawie odpowiedniej decyzji administracyjnej (§ 12 ust. 4 rozporządzenia MON z 16 czerwca 2004 r. w sprawie należności pieniężnych żołnierzy zawodowych pełniących służbę poza granicami

²¹ Opublikowane w CBOSA.

²² Dz.U. z 2010 r., Nr 90, poz. 593 ze zm.

²³ Opublikowane w CBOSA.

²⁴ Ibidem.

kraju²⁵), to jednak roszczenie o wypłatę tej należności powstaje *ex lege* z chwilą spełnienia przez żołnierza zawodowego warunków uzasadniających otrzymanie tej należności. Staje się ono zatem wymagalne z upływem 14 dni od dnia, w którym zostały spełnione te warunki, a więc najpóźniej z dniem zakończenia służby wojskowej za granicą. Nie do przyjęcia jest wniosek, iż bieg przedawnienia nie rozpocznie się wcześniej, niż od daty wydania odpowiedniej decyzji, skoro decyzja ta nie tworzy prawa do należności za służbę zagraniczną, a ma tylko znaczenie porządkowe i stwierdza istnienie należności powstałej z mocy prawa.

Warto także przybliżyć instytucję **przerwania terminu przedawnienia**. Bieg przedawnienia roszczenia z tytułu uposażenia i innych świadczeń oraz należności pieniężnych przerywa: 1) każda czynność przed kierownikiem jednostki organizacyjnej właściwej służby mundurowej podjęta bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia roszczenia; 2) uznanie roszczenia przez właściwy organ.

Przerwa biegu terminu przedawnienia polega na tym, że cały okres, od rozpoczęcia biegu przedawnienia do momentu jego przerwania ulega unicestwieniu, a po przerwie zaś przedawnienie biegnie na nowo, według tych samych zasad co pierwotnie. Warunkiem przerwania biegu jest dokonanie przed właściwym organem czynności zmierzających do dochodzenia, ustalenia albo zaspokojenia roszczenia. Czynności te w zasadzie sprowadzają się do złożenia wniosku wszczynającego postępowanie administracyjne w sprawie dotyczącej roszczenia funkcjonariusza. Przerwanie biegu przedawnienia następuje także w przypadku wniesienia, pomimo niedopuszczalności drogi sądowej, pozwu do sądu powszechnego, jeżeli ten przekaze wniosek strony organowi właściwemu w sprawie (art. 464 § 1 k.p.c.), jak też w przypadku przekazania przez organ niewłaściwy w sprawie podania strony organowi publicznemu właściwemu do jej rozpoznania (art. 65 § 1 i 2 k.p.a.). Wydaje się także właściwe stwierdzenie, iż przerwaniu biegu terminu przedawnienia następuje niezależnie od tego, czy czynność zmierzająca do dochodzenia roszczenia podjęta została przez samego zainteresowanego, jeżeli czynność taką podjął inny uprawniony organ, np. prokurator (art. 182 k.p.a.) czy też organ administracji publicznej z urzędu w sytuacji określonej przepisem art. 61 § 2 k.p.a. za zgodą strony.

Uznanie roszczenia przez organ powoduje, że od dnia uznania przedawnienie biegnie na nowo. Przepisy ustaw pragmatycznych nie wskazują formy złożenia przez organ oświadczenia o uznaniu roszczenia. Mając jednak na uwadze zasadę pisemności postępowania administracyjnego, wydaje się celowe wypowiedzenie się organu w tym względzie w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

Przedawnienie, którego bieg został przerwany wskutek czynności przedsięwziętej przed właściwym organem w celu dochodzenia roszczeń ze stosunku

²⁵ Dz.U. Nr 162, poz. 1698 ze zm.

służbowego, biegnie na nowo od dnia ostatecznego zakończenia w tej sprawie postępowania administracyjnego lub prawomocnego postępowania sądowoadministracyjnego.

III. Przedawnienie roszczeń funkcjonariuszy w sytuacji reaktywacji stosunku służbowego stanowi odrębne zagadnienie. Reaktywacja następuje najczęściej wtedy, gdy na skutek postępowania wszczętego na podstawie art. 145 k.p.a. lub art. 156b k.p.a., decyzja administracyjna o rozwiązaniu stosunku służbowego zostaje wycofana z obrotu prawnego

Rozpatrując skargi funkcjonariuszy ABW na decyzje szefa tej formacji, wydawane w przedmiocie przyznania uposażenia i innych świadczeń pieniężnych po wyrokach uchylających decyzje o zwolnieniu ze służby, sądy wojewódzkie niejednolicie orzekały w kwestii przedawnienia roszczeń tych funkcjonariuszy.

Stan faktyczny we wszystkich analizowanych sprawach był podobny. Decyzje szefa ABW wypowiedające w 2002 r. funkcjonariuszom ABW stosunek służbowy były uchylane wyrokiem sądowym lub też w wyniku wznowienia postępowania administracyjnego przez szefa ABW, z powodu zakwestionowania przez Trybunał Konstytucyjny jako niezgodnych z Konstytucją RP – wyrok TK z dnia 12 maja 2004 r. sygn. akt 45/02²⁶, przepisów stanowiących podstawę wydania tychże decyzji, tj. art. 230 ust. 1 pkt 2, ust. 4, 7 i 8 ustawy o ABW oraz AW. Wówczas to funkcjonariusze występowali do organu o wypłatę uposażeń i świadczeń pieniężnych począwszy od dnia zwolnienia ze służby. Szef ABW wydając decyzje niekorzystne dla funkcjonariuszy, z jednej strony podnosił zarzut przedawnienia roszczenia (art. 122 ustawy o ABW oraz AW), z drugiej zaś odmawiał przyznania uposażenia, z uwagi na niewykonywanie służby (brak gotowości do służby) do czasu przywrócenia do służby rozkazem o mianowaniu i podjęcia obowiązków służbowych.

Rozpoznając m.in. kwestię przedawnienia roszczenia w wyroku z dnia 23 marca 2009 r. o sygn. akt VIII SA/Wa 512/08²⁷ WSA w Warszawie wyraził pogląd, iż podstawę do roszczenia skarżącego za okres 5 miesięcy 2002 r. stanowi orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego K 45/02 opublikowane w Dz.U. Nr 109, poz. 1159. Data publikacji tego orzeczenia wyznacza datę wymagalności roszczenia, od którego należy liczyć termin przedawnienia, o którym mowa w art. 112 ustawy o ABW oraz AW. Trzyletni termin przedawnienia, o którym mowa w art. 112 ustawy o ABW oraz AW, upłynął 12 maja 2007 r. Z dniem następnym roszczenie skarżącego przekształciło się w roszczenie naturalne, od którego spełnienia wierzyciel może się uchylić.

Powyższe stwierdzenie spotkało się z krytyką NSA, który w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r. sygn. akt I OSK 927/09²⁸ zwrócił uwagę, iż rozkaz personalny

²⁶ Dz.U. Nr 109, poz. 1159.

²⁷ Opublikowane w CBOSA.

²⁸ Ibidem.

z dnia 15 lipca 2004 r. zawierał, oprócz uchylecia rozkazu o wypowiedzeniu stosunku służbowego, także rozstrzygnięcie o mianowaniu skarżącego na stanowisko służbowe z rygorem natychmiastowej wykonalności. W związku z tym dopiero od daty wejścia tego rozkazu w życie (doręczenia stronie) można mówić o zniwelowaniu skutków rozkazu o zwolnieniu ze służby. Z tą też datą a nie – jak WSA – od dnia publikacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego zaczął biec – w stosunku do skarżącego – termin przedawnienia roszczenia o przyznanie uposażenia za okres od 1 sierpnia do 29 grudnia 2002 r.

WSA w Warszawie w wyroku z dnia 19 stycznia 2010 r. sygn. akt II SA/Wa 1434/09²⁹ zaprezentował natomiast zupełnie inne stanowisko przyjmując, iż aktualizacja powinności rozliczenia się organu ABW z funkcjonariuszem z należnego mu uposażenia i innych świadczeń pieniężnych wynikających ze stosunku służbowego jest związana z datą przywrócenia skarżącemu statusu funkcjonariusza, co nastąpiło w tej sprawie na skutek wydania wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie w dniu 28 lipca 2004 r. (następnym wyrokiem z dnia 30 stycznia 2009 r. sygn. akt II SA/Wa 1292/08. Sąd w sposób wiążący /art. 153 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi/ przesądził w jakim okresie funkcjonariusz pozostawał poza służbą). W tym stanie rzeczy raport skarżącego o wypłatę uposażenia (...) został złożony już po upływie 3-letniego okresu przedawnienia. Sąd zwrócił uwagę (mając na względzie wyrok sygn. akt II SA/Wa 512/08), że w orzecznictwie zaprezentowany został pogląd, iż jeżeli podstawę do roszczenia skarżącego stanowi orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego sygn. akt K 45/2 opublikowane w dniu 12 maja 2004 r., to data publikacji tego wyroku wyznacza datę wymagalności roszczenia, od której należy liczyć termin przedawnienia z art. 122 ust. 1 ustawy o ABW oraz AW. Sąd orzekający w sprawie jednak tego poglądu nie podzielił wskazując, iż wyrok Trybunału nie konkretyzował sytuacji prawnej skarżącego wprost. Zatem to dopiero wyrok uchylający decyzję o zwolnieniu skarżącego ze służby, z powołaniem się na niekonstytucyjność przepisu stanowiącego podstawę zwolnienia, wywołał dla strony określone skutki prawne. Sąd uznał zatem, że nie ma podstaw do różnicowania skutków prawnych jakie wywołał dla strony wyrok WSA z dnia 28 lipca 2004 r. Skoro bowiem skarżący ponownie uzyskał status funkcjonariusza ABW w dniu jego wydania, a nie uprawomocnienia się wyroku, to już wówczas przysługiwało mu prawo wystąpienia z roszczeniem o wypłatę zaległego uposażenia za okres bezpodstawnie skróconego wypowiedzenia. Orzeczenie to nie zostało poddane kontroli instancyjnej i stało się prawomocne.

Z kolei wyrokiem z dnia 27 lipca 2004 r. akt VIII SA/Wa 130/09 decyzje szefa ABW w przedmiocie wypowiedzenia funkcjonariuszowi stosunku służbowego zostały uchylone prawomocnym wyrokiem Sądu WSA w Warszawie z dnia 22 lipca 2009 r., który uznał zasadność zarzutu skargi, iż bieg terminu przedawnienia nie

²⁹ Ibidem.

rozpoczął się z chwilą wydania wyroku sądowego, w skutkach przywracającego skarżącego do służby, lecz z chwilą uprawomocnienia się tego wyroku. Dla sądu było oczywiste, że dopiero prawomocny wyrok sądowy wywołuje określone skutki prawne (oznacza, że jest wykonalny, a okoliczności w nim stwierdzone są już niesporne).

NSA wyrokiem z dnia 13 maja 2010 r. sygn. akt I OSK 1503/09³⁰ uznał zaprezentowany powyżej pogląd za słuszny wskazując, iż przepisy ustawy (o ABW oraz AW) i inne przepisy materialnego prawa administracyjnego nie definiują pojęcia wymagalności roszczenia. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że przez wymagalność roszczenia powinno się rozumieć dzień, w którym dłużnik może spełnić świadczenie w sposób zgodny z treścią zobowiązania. Sąd I instancji zasadnie przyjął, że dzień ten należy wiązać z prawomocnością wyroku. Art. 122 ustawy o ABW oraz AW nie wiąże daty przedawnienia z uchynieniem rozkazu personalnego przez sąd, ale z wymagalnością. Sąd II instancji zwrócił uwagę, iż zakres regulacji art. 152 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (w razie uwzględnienia skargi, sąd w wyroku określa, czy i w jakim zakresie zaskarżony akt lub czynność nie może być wykonana; rozstrzygnięcie to traci moc z chwilą uprawomocnienia się wyroku) ograniczony jest tylko do wykonania aktu lub czynności, nie reguluje wymagalności roszczeń, które mogą powstać po prawomocnym wyeliminowaniu aktu z obrotu prawnego. Podstawą do ustalenia daty wymagalności roszczeń wynikających z wyeliminowania z obrotu prawnego aktu przez sąd administracyjny jest data prawomocności wyroku, który wiąże strony postępowania sądownoadministracyjnego (art.170 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi).

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 16 maja 2007 r. sygn. akt I OSK 1083/06 wyraził natomiast pogląd, iż ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o ABW oraz AW nie reguluje treścią swoich postanowień kwestii związanych z możliwością dochodzenia wypłaty uposażenia w sytuacji skutecznego wzruszenia w wymaganym trybie ostatecznych rozstrzygnięć o zwolnieniu funkcjonariusza ze służby. Chodzi o ocenę prawną zasadności tego rodzaju roszczenia funkcjonariusza, z którym na skutek wadliwej decyzji ostatecznej rozwiązany został stosunek służbowy. Brak jest w tym zakresie regulacji pozytywnej, a więc dopuszczającej możliwość wystąpienia z takim roszczeniem, jak też regulacji negatywnej, wyłączającej możliwość zgłoszenia żądania. Okoliczność, że ustawodawca nie zdecydował się na przyznanie organowi administracyjnemu kompetencji do orzekania o uposażeniu za czas pozostawania funkcjonariusza poza służbą nie wyłącza jednak możliwości dochodzenia przez niego stosownego roszczenia na drodze postępowania przed sądem powszechnym (art. 417 k.c.) i uwzględnienia zgłoszonego żądania w sytuacji spełnienia ustawowych przesłanek odpowiedzialności za czyn niedozwolony.

³⁰ Ibidem.

Z przedstawionych przykładów niezbieżnie wynika, iż dochodzenie roszczeń pieniężnych ze stosunku służbowego w sytuacji reaktywacji tego stosunku może w praktyce nastęrczać wiele trudności. Dostrzegł to ustawodawca wprowadzając do niektórych ustaw pragmatycznych regulacje szczególne na wzór instytucji odszkodowania przysługującego pracownikowi z tytułu niezgodnie z prawem rozwiązania stosunku pracy.

Przykładowo należy powołać art. 116 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych z dnia 11 września 2003 r. Zgodnie z jego treścią ust. 1, w razie uchylenia orzeczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 11 i 13–15 lub art. 112 ust. 1 pkt 1 albo uchylenia, lub stwierdzenia nieważności decyzji o zwolnieniu z zawodowej służby wojskowej, lub wypowiedzenia stosunku służbowego zawodowej służby wojskowej dokonanego przez organ wojskowy, ulegają uchyleniu skutki tego orzeczenia lub decyzji, jakie wynikły dla żołnierza zawodowego z tego tytułu. Ustęp 2 stanowi, iż w przypadkach, o których mowa w ust. 1, data zwolnienia z zawodowej służby wojskowej nie ulega zmianie, przy czym uznaje się, że zwolnienie żołnierza zawodowego nastąpiło w drodze wypowiedzenia stosunku służbowego zawodowej służby wojskowej dokonanego przez właściwy organ. Zaś ust. 3 stwierdza, iż żołnierzowi zawodowemu, o którym mowa w ust. 1 przysługuje od Skarbu Państwa odszkodowanie w wysokości sześciokrotności kwoty uposażenia zasadniczego wraz z dodatkami o charakterze stałym, należnego na ostatnio zajmowanym stanowisku służbowym, z uwzględnieniem powstałych zmian mających wpływ na prawo do uposażenia lub jego wysokość, a w przypadku gdy stanowisko służbowe, które żołnierz zawodowy zajmował przed zwolnieniem z zawodowej służby wojskowej nie istnieje, według stawek na porównywalnym pod względem stopnia etatowego i grupy uposażenia stanowisku służbowym, obowiązujących w dniu uprawomocnienia się orzeczenia lub decyzji wymienionych w ust. 1.

Analogiczne rozwiązania prawne zastosowano m.in. w art. 42 ustawy o Policji, jak też w art. 46 ustawy o Straży Granicznej.

Orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach związanych z przedawnieniem roszczeń ze stosunku służbowego jest dość skomplikowane i niekiedy niejednolite. Przyczyną jest jednak samo brzmienie przepisów w ustawach pragmatycznych, które powoduje szereg wątpliwości interpretacyjnych. Ustawodawca powinien być bardziej ostrożny w formułowaniu przepisów dotyczących omawianego zagadnienia.

STRESZCZENIE

Stosunki służbowe, będące podstawą takich roszczeń, są uregulowane zarówno w przepisach prawa administracyjnego, jak i prawa pracy. Stosunki służbowe powstają bowiem w drodze jednostronnego aktu mianowania, który jest określony w prawie pracy – art. 76 k.p., a także w ustawach pragmatycznych regulujących status prawny

funkcjonariuszy służb mundurowych oraz żołnierzy zawodowych. Obecnie stosunki mundurowe w służbach mundurowych, takich jak policja, wojsko czy funkcjonariusza ABW, czy Straży Granicznej są regulowane przez przepisy prawa administracyjnego.

Skoro tego typu stosunki prawne są regulowane przez przepisy prawa administracyjnego, powstaje problem jak w nich stosuje się instytucję przedawnienia. Na gruncie pragmatyk służbowych służb mundurowych przedawnieniu ulegają roszczenia niemajątkowe, np. prawo do wykorzystania zaległego urlopu wypoczynkowego, i roszczenia majątkowe funkcjonariuszy (przez to pojęcie należy także rozumieć żołnierzy zawodowych) związane z uposażeniem, świadczeniami oraz należnościami pieniężnymi wynikającymi ze stosunku służbowego. W praktyce oznacza to, że po upływie terminu określonego w ustawie pragmatycznej próba realizacji roszczeń funkcjonariusza może spotkać się ze skuteczną odmową odpowiedniego organu administracji publicznej.

Osobne zagadnienie dotyczy problematyki związanej z przedawnieniem roszczeń funkcjonariuszy w sytuacji reaktywacji stosunku służbowego. Zagadnienie to jest trudne i często w tego typu sprawach sądy administracyjne orzekały niejednolicie, co powodowało stan swego rodzaju niepewności prawnej. Dostrzegł to ustawodawca, wprowadzając do niektórych ustaw pragmatycznych regulacje szczególne na wzór instytucji odszkodowania przysługującego pracownikowi z tytułu niezgodnie z prawem rozwiązania stosunku pracy.

SUMMARY

Service relationships being the grounds for such claims are regulated by the provisions of both administrative law and employment law. That is because service relationships originate from a unilateral appointment act that is defined in Article 76 of the employment law and also some other Acts on uniformed services, regulating the legal status of officers of those services. At present service relationships in uniformed services such as the Police, Armed Forces, Border Guard or Internal Security Agency are regulated by the provisions of administrative law.

As these legal relationships are regulated by the provisions of administrative law, a problem arises how the institution of limitation is used towards them. According to regulations for uniformed services, there is a limitation of material claims, e.g. the right to be given outstanding vacation and officers' claims (including professional soldiers' claims) connected with remuneration, benefits and other dues arising from service relationship. In practice it means that after the time limit defined in the Act on the service, an officer's attempt to claim can encounter an effective refusal of the adequate public administration institution.

Another issue is connected with the limitation of officers' claims in case of service relationship reactivation. It is a very difficult matter and in such cases administrative

1/2011

courts made different decisions, that resulted in the creation of a state of some kind of legal uncertainty. The legislator noticed that and, to amend some Acts on services, introduced some special provisions similar to the institution of compensation for illegal dissolution of an employment.

MAŁGORZATA SEKUŁA-LELENO



PODNIESIENIE ZARZUTU PRZEDAWNINIENIA
A NADUŻYCIENIA PRAWA PODMIOTOWEGO
W ROZUMIENIU ART. 5 K.C. NA TLE ORZECZNICTWA
SĄDU NAJWYŻSZEGO

Przedmiotowe zagadnienie jest nie tylko doniosłe praktycznie, ale również interesujące teoretycznie. Jego istota sprowadza się do problemu, czy możliwe jest stosowanie instytucji nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.) do skutków upływu terminu przedawnienia (czy możliwe jest uznanie podniesienia zarzutu przedawnienia za nadużycie prawa).

Termin przedawnienie

Przedawnienie – oprócz prekluzji, zasiedzenia i przemilczenia – jest jednym z przypadków tzw. dawności, instytucji wiążącej skutki prawne z upływem czasu.

Terminem przedawnienia jest taki termin, który ogranicza pod względem czasowym dochodzenie roszczenia majątkowego, a skutkiem jego upływu nie jest wygaśnięcie roszczenia, lecz niemożność jego dochodzenia. Cechy te muszą przy tym występować łącznie¹.

¹ A. Brzozowski, *Nowa regulacja przedawnienia w prawie cywilnym*, PiP 1992, nr 3, s. 21–31; S. Ciarowski, *W sprawie terminu przedawnienia roszczeń z umów o świadczenie usług z artykułu 750 k.c. w obrocie handlowym – głos w dyskusji*, GSP 2005, nr 14; S. Dalka, *Skutki prawne przedawnienia zobowiązań w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1972; tenże, *Zrzeczenie się przedawnienia roszczeń majątkowych*, Pal. 1970, nr 5; J. Dąbrowa, *Terminy zawite*, ZNUWr. Prawo, 1958, Nr IV; J. Górowski, *Zarzut przedawnienia w procesie cywilnym*, (w:) *Ars et Usus. Księga pamiątkowa ku czci sędziego Stanisława Rudnickiego*, Warszawa 2005; J. Gwiazdomorski, *Podstawowe problemy przedawnienia*, NP 1955, nr 1; tenże, *Terminy zawite do dochodzenia roszczeń*, RPEiS 1968, nr 3; J. Ignatowicz, *Bieg terminów zawitych w obrocie podlegającym orzecznictwu sądów powszechnych*, ZNIBPS 1976, nr 5; Z. Klafkowski, *Przedawnienie w prawie cywilnym*, Warszawa 1970; R. Klimek, *Dyskusyjne problemy przedawnienia roszczeń*, KPP 2006, nr 3; *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, (red.) Z. Resich, W. Siedlecki, Warszawa 1969; J. Korzonek, *Przedawnienie (umarzające)*, *Encyklopedia Podręczna Prawa Prywatnego*, t. III, Warszawa 1931; H. Lipski, *Wybrane zagadnienia przedawnienia roszczeń o przeniesienie własności na tle zobowiązań naturalnych*, (w:) *Prace cywilistyczne. Księga pamiątkowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej prof. J. Winiarza*, Warszawa 1990; T. Paldyna, *Przedaw-*

Wypada zaszyfrować, że instytucja przedawnienia stała się również przedmiotem analizy Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z dnia 1 września 2006 r.² Jakkolwiek wyrok odnosi się do art. 442 k.c., jednakże w uzasadnieniu znalazły się sformułowania o charakterze ogólnym. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego instrument w postaci dawności powinien zawsze równoważyć różne, zazwyczaj sprzeczne interesy uczestników obrotu cywilnoprawnego. Nie mogą w systemie prawnym istnieć unormowania, które umożliwiają dochodzenie praw czy ich wykonywanie z jednoczesnym nałożeniem na inne podmioty obowiązków im odpowiadających *ad infinitum*, przez czas nieokreślony, oraz takie, które powodują permanentny stan niepewności co do rzeczywistego stanu prawnego.

Skutek przedawnienia

Przedawnienie roszczenia powoduje doniosłe skutki w sferze bytu przedawnionego roszczenia. Osłabia jego znaczenie, bowiem umożliwia dłużnikowi uchylenie się od jego zaspokojenia (art. 117 § 2 k.c.). Dług, będący korelatem roszczenia, staje się zobowiązaniem naturalnym, które wprawdzie istnieje nadal, ale skuteczność jego dochodzenia na drodze sądowej staje się wątpliwa i uzależniona od postawy dłużnika. Upływ terminu przedawnienia wpływa zatem nie tylko na zakres odpowiedzialności dłużnika, ale także na istotę samego długu. Taka przemiana zobowiązania nie jest związana z osobistymi uprawnieniami dłużnika. Przeciwnie, jest wynikiem czynnika obiektywnego, jakim jest

nienie roszczeń z umów nienazwanych, (w:) *Europeizacja prawa prywatnego*, t. II, (red.) M. Pazdan i in., Warszawa 2008; tenże, *Ratio legis przedawnienia*, ZPUKSW 2006, nr 6.2; Z. Radwański, *Przedawnienie roszczeń z czynów niedozwolonych w świetle znolizowanego art. 442 KC*, MoP 2007, nr 11; E. Rott-Pietrzyk, J. Zralek, *Uwagi o terminie przedawnienia roszczenia o zapłatę odsetek*, MoP 2004, nr 22; P. Sobolewski, M. Warciński, *Przedawnienie roszczeń deliktowych*, Warszawa 2007; S. Sołtysiński, *Spór o terminy dochodzenia uprawnień z tytułu rękojmi za wady fizyczne przy sprzedaży*, PiP 1980, nr 12; S. Szer, *Z problematyki przedawnienia*, RPEiS 1968, nr 3; A. Szpunar, *Nadużycie prawa w dziedzinie przedawnienia*, RPEiS 1969, Nr 4; tenże, *Z problematyki przedawnienia roszczeń majątkowych*, RPEiS 1974, nr 3; A. Wolter, *Uznanie roszczenia a przedawnienie i terminy zawite*, NP 1960, nr 11; A. Wolter, Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Przedawnienie roszczeń według KC*, PiP 1965, nr 3; S. Wójcik, *O potrzebie i sposobie uregulowania cywilnoprawnych terminów zawitych*, (w:) *Prace cywilistyczne. Księga pamiątkowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej prof. J. Winiarza*, Warszawa 1990; tenże, *Przedawnienie w prawie cywilnym po zmianie Kodeksu cywilnego ustawą z 28 lipca 1990 r.*, PS 1991, nr 1–2; J. Zralek, *Przedawnienie roszczeń w polskim prawie cywilnym – szkic porównawczy*, (w:) *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora M. Pazdana*, (red.) L. Ogięło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005; J. Gwiazdomorski, *Podstawowe problemy przedawnienia*, NP 1955, nr 1, s. 4–24; K. Piasecki, *Przedawnienie roszczeń z tytułu szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym*, Pał. 1963, s. 31–40; Z. Polickiewicz-Zawadzka, *Powstanie szkody a bieg 10-letniego przedawnienia z art. 442 k.c.*, „Nowe Prawo” 1968, nr 7–8, s. 927; A. Szpunar, *Analogiczne stosowanie art. 117 § 3 k.c. do terminów zawitych*, PiP 1979, z. 12, s. 51–63; S. Wójcik, *Przedmiot przedawnienia w polskim prawie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1985, nr 6, s. 14–25; S. Wójcik, *Zagadnienia etyczne przedawnienia roszczeń*, (w:) *Zagadnienia cywilnego prawa materialnego i procesowego*, (red.) M. Sawczuk, Lublin 1988, s. 141–160; S. Wójcik, *Przedawnienie w prawie cywilnym po zmianie kodeksu cywilnego ustawą z 28 lipca 1990 r.*, „Przegląd Sądowy” 1991, nr 1–2, s. 25–36.

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 września 2006 r., SK 14/05, OTK-A 2006, nr 8, poz. 97.

upływ czasu i okoliczności leżących po stronie wierzyciela, polegających na niepodjęciu we właściwym momencie czynności przerywających bieg przedawnienia³.

Stosownie do art. 117 § 2 k.c. ten, przeciwko komu przysługuje roszczenie, może uchylić się od jego zaspokojenia, chyba że zrzeka się korzystania z zarzutu przedawnienia. Oznacza to, że jeżeli ten, przeciwko komu przysługuje roszczenie, nie zrzekł się zarzutu przedawnienia i zarzut ten podnosi, sąd jest obowiązany zarzut ten uwzględnić. Omawiając orzecznictwo warto dokonać jego periodyzacji. Możliwość bowiem zniweczenia skuteczności zarzutu przedawnienia z powołaniem się na zasady słuszności przechodziła znamiennej ewolucję w polskim prawie cywilnym.

Przepisy kodeksu zobowiązań oraz ustawy z dnia 18. VII 1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego⁴, w szczególności art. 114–117 (lata 1933–1965), regulowały odrębnie przedawnienie roszczeń, uwzględniane na zarzut, i prekluzję roszczeń, uwzględnianą z urzędu. Brak było wśród nich przepisu pozwalającego sądowi na nieuwzględnienie upływu terminu do dochodzenia roszczeń, na co później zezwolił art. 117 § 3 k.c. W ówczesnym stanie prawnym wypadki szczególnie rażącego nadużycia prawa spowodowane zgłoszeniem zarzutu przedawnienia skłaniały sądy orzekające do sięgania po klauzulę generalną, przewidzianą w art. 3 p.o.p.c. Za pomocą tej klauzuli sądy nie uwzględniały zgłoszonego zarzutu. Praktyka ta była dość powszechna i w zasadzie akceptowana przez Sąd Najwyższy i naukę prawa. Wśród wspomnianych orzeczeń Sądu Najwyższego należy wymienić orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 1958 r. (I CR 247/58),⁵ z dnia 8 kwietnia 1959 r. (III CR 678/58),⁶ z dnia 5 czerwca 1962 r. (I CR 215/62),⁷ z dnia 24 maja 1963 r. (I PR 198/62),⁸ uchwałę Sądu Najwyższego (7) z dnia 26 listopada 1964 r. (III PO 37/63)⁹. Należy tu powołać orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 1955 r. (IV CR 268/55),¹⁰ oraz z dnia 22 listopada 1958 r. (II CR 931/57)¹¹.

W okresie obowiązywania art. 5 k.c. wraz z art. 117 § 3 zd. 2 k.c., który przypada na lata 1965–1990 kodeks cywilny regulował jedynie materię przedawnienia roszczeń. Przedawnienie było stwierdzane *ex officio*, a więc przeciwnie niż w stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie kodeksu cywilnego. Jak już

³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2008 r., I CSK 212/08 oraz A. Wolter (w:) A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, Warszawa 1996, s. 325; A. Szpunar, *Uwagi o zrzeczeniu się zarzutu przedawnienia*, „Rejent” 2002, nr 10, s. 19.

⁴ Dz.U. z 1950 r., Nr 34, poz. 311.

⁵ OSPiKA 1959, z. 9, poz. 249.

⁶ OSPiKA 1961, z. 1, poz. 3.

⁷ OSPiKA 1963, z. 6, poz. 143.

⁸ PUG 1964, z. 1, s. 20.

⁹ OSPiKA 1965, z. 10, poz. 204.

¹⁰ OSN 1956, z. 2, poz. 41.

¹¹ OSN 1960, z. 1, poz. 23.

wyżej wspomniano, na gruncie regulacji p.o.p.c. z roku 1950 przedawnienie było uwzględniane na zarzut dłużnika natomiast z urzędu tylko prekluzja¹².

Wraz z wejściem w życie art. 117 § 3 zd. 2 k.c., umożliwiającego sądowi zapobieganie skutkom upływu terminu przedawnienia roszczeń majątkowych, powstało zagadnienie dalszego stosowania generalnej klauzuli nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.).

W zasadzie piśmiennictwo¹³ oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego¹⁴ odrzucało taką możliwość, różnie to jednak uzasadniając. Jedni twierdzili, że art. 117 § 3 zd. 2 k.c. jest *lex specialis* wobec art. 5 k.c.; inni, powołując się na wykładnię celowościową podkreślali, że art. 5 k.c. nie jest przepisem nadrzędnym wobec pozostałych przepisów kodeksu cywilnego, i dlatego art. 117 § 3 zd. 2 k.c. nie może być pomijany z powołaniem się na art. 5 k.c.¹⁵. Gdyby zastosowanie miał art. 5 k.c. wówczas art. 117 § 3 byłby zbędny, a nawet wprowadzający w błąd. Sens wprowadzenia art. 117 § 3 zd. 2 k.c. przy takiej wykładni byłby wątpliwy¹⁶.

Zdaniem Sądu Najwyższego wobec istnienia szczegółowej regulacji art. 117 § 3 zd. 2 k.c. odpadła możliwość wykorzystywania klauzuli generalnej. Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 4 marca 1966 r. (I PR 34/66)¹⁷ oraz w orzeczeniu z dnia 4 października 1967 r. (II PR 340/67)¹⁸. Wymienić tu należy uchwałę całej Izby Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1978 r. (III CZP 39/77),¹⁹ oraz uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1988 r. (III CZP 48/88)²⁰.

Konstrukcja przedawnienia w prawie polskim doznała istotnej zmiany w wyniku noweli kodeksu cywilnego z dnia 28 lipca 1990 r.²¹. Z punktu widzenia niniejszych rozważań największe znaczenie miało uchylenie art. 117 § 3 k.c. W świetle tego przepisu, sąd mógł nie uwzględnić upływu terminu przedawnienia w razie łącznego spełnienia trzech przesłanek:

- termin ten nie przekraczał trzech lat,
- opóźnienie w dochodzeniu roszczenia nie było nadmierne,
- opóźnienie to było usprawiedliwione wyjątkowymi okolicznościami.

¹² Art. XIII p.w.k.c. Ilekroć w nieuchylonych przepisach prawa cywilnego przewidziane są terminy, z których upływem ustawa wyłącza dochodzenie roszczeń (terminy zawite), uważa je od dnia wejścia w życie kodeksu cywilnego za terminy przedawnienia.

¹³ Por. Z. Kłafkowski, *Przedawnienie w prawie cywilnym*, Warszawa 1970, s. 227.

¹⁴ Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 III 1966 r. II PR 34/66, OSNPG 1966, z. 11–12, poz. 55; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 V 1968 r. II PR 158/68, niepubl.; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 IX 1968 r. III PRN 53/68, niepubl.; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 VII 1969 r. I CR 83/69, niepubl.; Wyrok z dnia 27 VII 1982 r. I CR 232/82, niepubl. (źródło: Supremus Baza Orzeczeń Sądu Najwyższego). Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 VIII 1974 r. I CR 332/74, OSP 1975, z. 6, poz. 140.

¹⁵ Por. A. Szpunar, *Uwagi...*, op. cit., s. 21.

¹⁶ Por. Z. Kłafkowski, op. cit., s. 225–227 i cyt. tam literatura.

¹⁷ OSPIKA 1966, z. 9, poz. 210.

¹⁸ OSPIKA 1968, z. 7–8, poz. 162.

¹⁹ OSNCP 1979, z. 3, poz. 40.

²⁰ OSNC 1989, z. 3, poz. 36.

²¹ Dz.U. z 1990 r., Nr 55, poz. 321.

Co istotne, art. 117 § 3 k.c. był traktowany zarówno przez orzecznictwo, jak i doktrynę za *lex specialis* w stosunku do art. 5 k.c. i jako taki wyłączał jego stosowanie na płaszczyźnie przedawnienia.

Przepis ten miał charakter klauzuli generalnej, bowiem określone w nim przesłanki podlegały ocenie organu stosującego prawo, dokonywanej w odniesieniu do standardów pozaustawowych²². Reforma prawa cywilnego z 1990 r. zliberalizowała w sposób istotny instytucję przedawnienia, zmieniając jej charakter prawny, określając w odmienny sposób skutki przedawnienia i terminy jego biegu oraz usuwając z polskiego systemu prawa prywatnego pojęcie jednostki gospodarki uspołecznionej.

Według stanu prawnego obowiązującego do dnia 30 września 1990 r., do skorzystania ze skutków prawnych upływu terminu do dochodzenia roszczeń majątkowych nie wymagało się jakiegokolwiek aktywności ze strony dłużnika. Sąd lub inny organ powołany do rozpoznania spraw danego rodzaju uwzględniał upływ przedawnienia z urzędu.

Od tego czasu, ustawowym skutkiem przedawnienia jest powstanie po stronie zobowiązanego uprawnienia, po upływie terminu przedawnienia do spełnienia świadczenia, do uchylenia się od jego zaspokojenia. Jak wynika z art. 117 § 2, sąd uwzględnia upływ terminu przedawnienia wyłącznie na zarzut pozwanego. Przy pełnej dyspozycyjności, obowiązującej w postępowaniu cywilnym, sąd nie może z własnej inicjatywy uwzględnić upływu terminu, ani „podpowiadać” stronie możliwości podniesienia zarzutu. Skutki przedawnienia są więc w znacznym stopniu zależne od woli stron²³. Obowiązująca konstrukcja oczywiście zasługuje na pełną aprobatę, zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę zastrzeżenia natury etycznej, zgłaszane przeciwko przedawnieniu²⁴.

Tym samym tylko od dłużnika zależy, czy i kiedy skorzysta z przysługującego mu prawa podmiotowego. Jeżeli wierzyciel podejmie próbę sądowego dochodzenia roszczenia, pomimo upływu ustawowego terminu przedawnienia, dłużnik ma prawo w każdym czasie tego postępowania, aż do prawomocnego jego zakończenia, skorzystać z tego prawa. Złożenie przez dłużnika oświadczenia o uchyleniu się od spełniania świadczenia w oparciu o treść art. 117 § 2 k.c. tworzy nowy stan rzeczy. Samo zgłoszenie zarzutu przedawnienia jest czynnością złożoną, na którą

²² Szerzej zob. S. Wójcik, *Przedawnienie w prawie cywilnym po zmianie Kodeksu cywilnego ustawą z 28 lipca 1990 r.*, PS 1991, nr 1–2, s. 36–56.

²³ Por. M. Pyziak-Szafnicka, *Komentarz do art. 117 kodeksu cywilnego (Dz.U.94.16.93)*, (w:) B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Prośnińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2009.

²⁴ Warto jeszcze zaznaczyć, że w praktyce pojawił się problem oceny skutków przedawnienia, w sytuacji gdy tylko jeden ze współdłużników solidarnych podniósł stosowny zarzut. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 sierpnia 2000 r., I PKN 746/99, OSNP 2002, nr 4, poz. 85, stanął na stanowisku, że: „Niedopuszczalne jest oddalenie w całości powództwa z uwagi na przedawnienie roszczenia skierowanego przeciwko dwóm pozwany, gdy tylko jeden z nich podniósł zarzut”.

składa się opisane oświadczenie woli podlegające ocenie na podstawie norm prawa materialnego oraz czynność procesowa oceniana na podstawie norm prawa procesowego, zwłaszcza ze względu na dopuszczalność jej dokonania ze względu na określony etap postępowania sądowego. Prawo procesowe może bowiem ograniczać dyspozycyjność materialną stron.

Według znowelizowanego art. 117 § 2 k.c. sam upływ terminu przedawnienia nie wywołuje skutku przedawnienia, lecz powoduje powstanie po stronie tego przeciw komu przysługuje roszczenie, uprawnienia do uchylenia się od jego zaspokojenia. Jest to prawo podmiotowe kształtujące dłużnika. Oświadczenie w tym przedmiocie ma charakter swoistej jednostronnej czynności prawo kształtującej. Ten przeciwko komu roszczenie przysługuje zachowuje więc – skoro jest to jego uprawnienie – pełną swobodę korzystania z przedawnienia, chyba że już uprzednio skutecznie, a więc po upływie terminu przedawnienia, zarzucił się tego zarzutu.

Należy przyjąć, że do oświadczenia o uchyleniu się tego przeciwko komu przysługuje roszczenie od jego zaspokojenia stosuje się wszelkie zasady składania oświadczeń woli. Zgodnie z zawartą w kodeksie cywilnym teorią doręczenia, dla przyjęcia, że oświadczenie woli zostało złożone innej osobie właściwa jest chwila dojścia treści tego oświadczenia do wiadomości tej osoby. Ze względu na interes stron, bezpieczeństwo obrotu oraz ułatwienia dowodowe domniemywa się, że adresat zapoznał się z treścią oświadczenia woli, gdy doszło do niego w taki sposób, że powzięcie o nim wiadomości stało się możliwe (art. 61 k.c.). Na składającym oświadczenie woli spoczywa ciężar udowodnienia tego faktu (art. 6 k.c.).

Należy podzielić, wyrażany w ostatnim czasie w judykaturze²⁵, pogląd o dopuszczalności kwalifikowania oświadczeń zawartych w pismach procesowych jako oświadczeń woli w znaczeniu materialnym. Wówczas występuje czynność złożona procesowa i materialna, która podlega ocenie na różnych płaszczyznach, pierwsza na gruncie prawa procesowego, a druga na podstawie prawa cywilnego. Doręczanie oświadczeń woli zamieszczonych w pismach procesowych następuje z zachowaniem przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Ponieważ takie czynności przeznaczone są przede wszystkim dla sądu i dokonuje się je głównie w celu wywołania skutków procesowych nie można uznać, że wniesienie pisma do sądu jest równoznaczne z dojściem zamieszczonego w nim oświadczenia woli do jego adresata w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. W każdym więc wypadku, gdy oświadczenie woli zostało złożone w piśmie procesowym, rozważyć należy kiedy to oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 k.c.

Zarzuty oparte na własnym prawie pozwanego nie naruszają roszczenia powoda, lecz przeciwstawiają mu prawo pozwanego zwalniające go od obowiązku uczynienia zadość temu roszczeniu np. zarzut potrącenia lub przedawnienia.

²⁵ Por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 11 września 1997 r., III CZP39/97, OSNC 1997, nr 12, poz. 191.

Zarzut przedawnienia jakkolwiek jest zarzutem prawnym, jednak opiera się na pewnym stanie faktycznym. Niewątpliwie bowiem dla ustalenia, czy upłynął termin przedawnienia konieczne jest np. ustalenie rodzaju, roszczenia czy terminu jego wymagalności. Złożony w procesie nabiera podwójnego charakteru. Jako czynność złożona podlega ocenie z jednej strony według prawa materialnego, natomiast zarzut przedawnienia jako czynność procesowa podlega ocenie na podstawie norm postępowania, w tym ograniczeniom do kiedy może być powoływany.

Zasada dyspozycyjności w procesie (dyspozycyjność formalna) opiera się o zasadę dyspozycyjności materialnej. Przepisy procesowe pozwalają dysponować stronom w procesie właśnie dlatego, że w świetle przepisów prawa materialnego strony mogą rozporządzać swoimi prawami, mającymi znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Z drugiej strony prawo procesowe może ograniczać dyspozycyjność materialną, tj. czynić ograniczenia dla stron do wykorzystania swoich praw w procesie np. do pewnej jego fazy, czy stadium postępowania. Z tego względu jeżeli przepis prawa procesowego ustanawia stronie termin do zgłoszenia zarzutu, to jego niezachowanie stanowi prekluzję do wykorzystania przez stronę takiego prawa podmiotowego, a to z uwagi na ograniczenie w takim wypadku dyspozycyjności materialnej przez dyspozycyjność formalną²⁶.

Dokonane na mocy nowelizacji kodeksu cywilnego z 1990 r. uchylenie przepisu art. 117 § 3 k.c., dopuszczającego możliwość nieuwzględnienia przez sąd upływu terminu przedawnienia, wywołało pytanie, czy na tle aktualnego stanu normatywnego istnieje podstawa nieuwzględnienia przez sąd upływu terminu przedawnienia, jeżeli dłużnik skorzysta z tego zarzutu. Zasada słuszności i sprawiedliwości społecznej orzeczeń sądowych wymaga znalezienia rozwiązania pozwalającego uniknąć stanu określanego paremią *summum ius, summa iniuria*. Stąd też w judykaturze i piśmiennictwie podjęto próby znalezienia podstawy prawnej, która umożliwiłaby sądowi nie uwzględnić zarzutu przedawnienia w pewnych uzasadnionych społecznie sytuacjach. W tym celu zastosowano konstrukcję nadużycia prawa podmiotowego, przewidzianą w art. 5 k.c. Obecnie, pomimo istniejących w tym zakresie kontrowersji, przyjmuje się powszechnie, że **nieuwzględnienie zarzutu przedawnienia w oparciu o przepis art. 5 k.c. jest dopuszczalne**²⁷.

Taki pogląd zakłada jednocześnie daleko posunięty rygoryzm co do wyjątkowości sytuacji mogących usprawiedliwić nieuwzględnienie przedawnienia. Przykładem takich sytuacji może być podniesienie zarzutu: 1) przedawnienia roszczeń wynikających ze zbrodni stalinowskich²⁸ przez ubezpieczyciela-profesjo-

²⁶ Art. 207 § 3 k.p.c., art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., art. 495 § 3 k.p.c., art. 505⁵ § 1 k.p.c.

²⁷ Zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2006 r., IV CK 380/05, Lex nr 179977.

²⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1996 r., III CZP 76/96, Lexpolonica nr 313085, OSNC 2/97, poz. 16.

nalistę, który wykazał rażąco niestaranne działanie²⁹, gdy szczególny charakter roszczeń majątkowych związanych z wypadkiem przy pracy przemawia za oceną zarzutu przedawnienia jako sprzecznego z zasadami współżycia społecznego³⁰. Innym przykładem może być uznanie zarzutu przedawnienia roszczenia o rentę uzupełniającą z tytułu choroby zawodowej (art. 442 § 1 i 2 k.c.) za naruszający zasady współżycia społecznego³¹ albo nieuwzględnienie zarzutu przedawnienia roszczenia o zadośćuczynienie dochodzonego po stwierdzeniu pogorszenia stanu zdrowia w pozwie wniesionym w terminie nieznacznie przekraczającym upływ przedawnienia z art. 442 § 1 k.c. – w następstwie wypadku przy pracy³², gdy zarzut taki stanowi w okolicznościach konkretnej sprawy nadużycie prawa, o którym mowa w art. 5 k.c.”.

Zarzut przedawnienia

Zarzuty zalicza się do uprawnień kształtujących, gdyż „w razie ich podniesienia przez uprawnionego, a zatem w wyniku jednostronnego aktu, sytuacja prawna przeciwnika zostaje ukształtowana, nawet wbrew jego woli”³³. Skutkiem podniesienia zarzutu przedawnienia jest wyłączenie możliwości przymusowego wyegzekwowania winnego zachowania się osoby zobowiązanej.

Zarzut przedawnienia powszechnie zalicza się do zarzutów peremptoryjnych (w odróżnieniu od dylatoryjnych), czyli niweczących uprawnienie wierzyciela. Jednocześnie jednak niemal wszyscy autorzy podkreślają szczególnie jego charakter. W istocie bowiem skutki tego zarzutu nie są tak daleko idące jak pozostałych tego typu zarzutów; nie niweczy on uprawnień drugiej strony w sposób absolutny.

Podniesienie stosownego zarzutu jest koniecznym warunkiem powstania skutku przedawnienia. Zarzut ten musi być wyartykułowany przez pozwanego przed sądem; nie wystarczy powoływanie się tylko w stosunku do powoda. Podniesienie zarzutu przedawnienia jest czynnością w pewnym sensie sformalizowaną, wymaga bowiem wyraźnego oświadczenia woli pozwanego, które jest wykonaniem przysługującego mu uprawnienia kształtującego. Analiza orzecznictwa sądowego prowadzi do wniosku, że nie można podnieść zarzutu przedawnienia w sposób dorozumiany. Nawet jeśli pozwany wskazuje na okoliczności faktyczne uzasadniające upływ terminu przedawnienia, nie wyrażając jednak swej woli uczynienia

²⁹ Wyrok SA w Gdańsku z 18 maja 1995 r., ACr 251/95, „Przegląd Orzecznictwa” SA w Gdańsku 2/95, poz. 28.

³⁰ Orzeczenie Sądu Najwyższego z 6 marca 1996 r., II PRN 3/96, Lexpolonica nr 308648, OSNAPiUS 18/96, poz. 264).

³¹ Tak wyrok Sądu Najwyższego z 11 września 1997 r., II UKN 230/97, Lexpolonica nr 343759, OSNAPiUS 13/98, poz. 406.

³² Tak wyrok Sądu Najwyższego z 17 marca 1998 r., II UKN 556/9, Lexpolonica nr 333489, OSNAPiUS 5/99, poz. 183.

³³ M. Pyziak-Szafnicka, *Prawo podmiotowe*, „Studia Prawa Prywatnego” 2006, nr 1, s. 62; także A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 14.

z tego użytku, sąd nie może – niejako w zastępstwie pozwanego – wyciągnąć wniosku o zamiarze skorzystania przez niego z zarzutu.

W wyroku z dnia 19 lipca 2001 r. Sąd Najwyższy przyjął, że: „Zarzut przedawnienia roszczenia majątkowego pozwany może zgłosić także w postępowaniu apelacyjnym”³⁴. Należy przyjąć, że jest to dopuszczalne zarówno w samej apelacji, jako jej zarzut, jak i w toku postępowania w drugiej instancji.

Również w wyroku z dnia 19 sierpnia 2004 r.³⁵ Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na pojawiające się w judykaturze poglądy, że dopuszczalne jest wystąpienie z zarzutem przedawnienia w postępowaniu apelacyjnym, jeżeli opiera się on na materiale faktycznym i dowodowym przedstawionym w pierwszej instancji. Jeżeli zarzut wiąże się z nowymi faktami i dowodami, strona może go zgłosić, jeżeli zostały zrealizowane przesłanki, od których zależy dopuszczalność nowości w postępowaniu apelacyjnym.

W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił, że od zarzutu procesowego w ujęciu generalnym trzeba odróżnić pojęcie zarzutu apelacyjnego. Powszechnie przyjmuje się, że jest to przedstawione twierdzenie skarżącego, że zaskarżony wyrok sądu pierwszej instancji jest wadliwy, ze względu na niewłaściwe zastosowanie prawa materialnego lub uchybienia procesowe, które miały wpływ na jego treść.

Wskazał dalej, że kodeks postępowania cywilnego nie rozstrzyga wprost do kiedy mogą być zgłaszane zarzuty apelacyjne konstytutywne. W literaturze dominuje pogląd, że skarżący po wniesieniu apelacji może zarówno zmienić zarzuty apelacyjne, jak i przedstawić nowe, obok podniesionych w tym środku odwoławczym. Powołując się na Ustawę z dnia 24 maja 2000 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania cywilnego, ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji³⁶, wskazał, że dała ona pewną podstawę normatywną do takiej interpretacji przez wprowadzenie art. 505⁹ § 2 k.p.c., który stanowi, że w postępowaniu uproszczonym, po terminie do wniesienia apelacji przytoczenie dalszych, tj. nie przedstawionych przed jego upływem zarzutów jest niedopuszczalne³⁷. Wychodząc z założeń wykładni logicznej, Sąd Najwyższy przyjął, że w postępowaniu cywilnym zasadą jest dopuszczalność przedstawienia nowych zarzutów w toku postępowania apelacyjnego. Gdyby takiej zasady nie było zbędne byłoby wprowadzanie wyjątku od niej.

Jeżeli pomimo upływu terminu przedawnienia roszczenia, pozwany do czasu zakończenia postępowania w pierwszej instancji nie podniósł zarzutu przedawnienia

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2001 r., II UKN 475/00, OSNP 2003, nr 8, poz. 210; por. też B. Kordasiewicz (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. II, s. 566; P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny...*, red. E. Gniewek, t. I, s. 409.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2004 r. V CK 38/04, PS 2005, nr 10, s. 130.

³⁶ Dz.U. Nr 48, poz. 554.

³⁷ Artykuł ten stanowi przykład klasycznego systemu prekluzji służącego realizacji zasady koncentracji materiału procesowego.

nia, wyrok uwzględniający powództwo zaskarżony apelacją nie narusza przepisów o dawności, lecz przeciwnie sąd pierwszej instancji naruszyłby art. 117 § 2 k.c., gdyby z urzędu uwzględnił przedawnienie. Nie ma to jednak wpływu na zagadnienie dopuszczalności zarzutu przedawnienia w postępowaniu apelacyjnym, gdyż kodeks postępowania cywilnego nie czyni przesłanką tego środka odwoławczego wadliwości zaskarżonego wyroku, skutkiem czego nie jest wykluczony zarzut przedawnienia jako jej podstawa.

W związku z tym, że z instytucją przedawnienia wiążą się zdarzenia ze sfery faktów, np. fakt wymagalności wierzytelności, i bez ich oceny nie można stwierdzić czy przedawnienie nastąpiło, w piśmiennictwie pojawił się pogląd, że dopuszczalne jest wystąpienie z zarzutem przedawnienia w postępowaniu apelacyjnym, jeżeli opiera się on na materiale faktycznym i dowodowym przedstawionym w pierwszej instancji. Jeżeli zarzut ten natomiast wiąże się z nowymi faktami i dowodami, strona może go zgłosić jeżeli zostały zrealizowane przesłanki, od których zależy dopuszczalność nowości w postępowaniu apelacyjnym (art. 381 k.p.c. i art. 404 d. k.p.c.).

W analizowanym orzeczeniu słusznie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że istnieją poważne argumenty przemawiające za dopuszczalnością zgłoszenia tego zarzutu w postępowaniu apelacyjnym, bez tego ograniczenia. Przede wszystkim należy odpowiedzieć na pytanie, czy wynikające z unormowania zawartego w art. 117 § 2 k.c. prawo kształtujące dłużnika podpada pod hipotezę art. 381 k.p.c. i art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c.

Wskazał przy tym, że przepis procesowy bez wyraźnego wskazania nie powinien ograniczać uprawnień materialnych stron. W razie wątpliwości należy je rozstrzygnąć na korzyść dyspozycyjności materialnej, gdyż tylko ona stanowi podstawę dyspozycyjności formalnej. Tym samym doszedł do wniosku, że do wynikającego z art. 117 § 2 k.c. prawa kształtującego pozwanego, już z tego względu nie mają zastosowania art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c. i art. 381 k.p.c. Uprawnienie takie niewątpliwie nie jest zdarzeniem ze sfery faktów, którego dotyczą te przepisy. Skorzystanie z niego przez pozwanego zmienia istniejący pomiędzy stronami stosunek materialny w zobowiązanie naturalne i dopiero wówczas powstaje obowiązek procesowy pozwanego przedstawienia sądowi, że złożył przedmiotowe oświadczenie woli, jak i dalszych faktów wskazujących, że przedawnienie nastąpiło (art. 3 k.p.c.). Dopóki pozwany tego zarzutu nie podniesie wszystkie okoliczności faktyczne, na których mógłby być on oparty są dla rozstrzygnięcia sprawy obojętne, a tym samym nie powinny być przedmiotem dowodzenia (art. 227 k.p.c.). Nawet wtedy gdyby sąd, naruszając ten przepis, prowadził na nie dowody i dokonał na ich podstawie prawidłowych ustaleń, musiałby i tak uwzględnić powództwo.

Sąd drugiej instancji nie powinien pominąć faktów, które w czasie postępowania przed sądem pierwszej instancji jeszcze nie istniały albo wprawdzie istniały, ale stronie nie były znane, albo choć wtedy istniały i stronie były znane, to zachodziły przyczyny niemożności ich podniesienia lub wykazania, albo potrzeba powołania

się na nie powstała później. Kiedy pozwany realizuje swe prawo podmiotowe wynikające z art. 117 § 2 k.c., składając wynikające z niego oświadczenie woli już w toku postępowania apelacyjnego, to stanowi to nowy fakt, powstały po wydaniu wyroku przez sąd pierwszej instancji. W związku z tym uznał, że nie mogą mieć do niego zastosowania ograniczenia przedstawiania „nowości” określone w art. 381 k.p.c. i art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c. Inne zdarzenia dotyczące sfery faktycznej związane z przedawnieniem choć występowały już niewątpliwie w stadium postępowania w pierwszej instancji, a upływ terminu przedawnienia musiał wystąpić przed jego wszczęciem, to jednak gdy zarzut przedawnienia został podniesiony dopiero w postępowaniu apelacyjnym, należy przyjąć, że choćby fakty te były pozwanemu znane, to zachodziła przyczyna niemożności ich powołania. Możliwość powołania bowiem faktów w rozumieniu omawianych przepisów, to możliwość ich skutecznego przytoczenia.

Istotą postępowania apelacyjnego jest kontynuacja merytorycznego rozpoznania sprawy. Nie można zapomnieć, że ustawa z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej – prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym, kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw³⁸ wprowadziła system apelacji pełnej (*cum beneficio novorum*), regułą jest zatem dopuszczalność nowego materiału faktycznego przed sądem drugiej instancji. Z tego względu przepis art. 381 k.p.c. jako wyjątkowy nie może być interpretowany rozszerzająco, zwłaszcza że nie zawiera on stanowczego zakazu i jego zastosowanie pozostawione jest w pewnym sensie uznaniu sądu zależnemu od okoliczności sprawy.

Ponieważ zgłoszony dopiero w postępowaniu apelacyjnym zarzut przedawnienia jest zarzutem prawnym a fakty leżące u jego podłoża nie są objęte ograniczeniami zgłaszania nowości w postępowaniu apelacyjnym należy przyjąć, że art. 368 § 1 pkt 4 i art. 381 k.p.c. nie mają do niego nawet odpowiedniego zastosowania. Zarzut przedawnienia roszczenia majątkowego pozwany może więc zgłosić w postępowaniu apelacyjnym.

Pojawia się jednak dalszy problem dopuszczalności zgłoszenia zarzutu przedawnienia po zamknięciu rozprawy apelacyjnej, a przed ogłoszeniem wyroku. Z punktu widzenia prawa materialnego, zgłoszenie go w tym czasie nie jest spóźnione. Trzeba jednak pamiętać, że wystąpienie z nim w piśmie procesowym nie wywołuje od razu skutku przedawnienia, gdyż zgodnie z dyspozycją art. 61 k.c. powstaje on dopiero z chwilą doręczenia powodowi pisma w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią, przy czym na składającym oświadczenie woli spoczywa ciężar dowodu wykazania tej okoliczności (art. 6 k.c.)³⁹.

³⁸ Dz.U. Nr 43, poz. 189.

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2004 r., V CK 38/04 niepubl. (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

Jednocześnie w uchwale z dnia 17 czerwca 2005 r. Sąd Najwyższy podniósł, że w postępowaniu gospodarczym Sąd odwoławczy musi respektować skutki prekluzji w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Oznacza to, że jeżeli strona powołując się w apelacji na zarzut przedawnienia podnosi jednocześnie nowe fakty i dowody, których nie powołała w pierwszej instancji, to sąd drugiej instancji nie może uwzględnić tych faktów i dowodów, które uległy prekluzji na podstawie art. 479¹⁴ § 2 k.p.c.⁴⁰.

Pogląd ten jest ugruntowany w doktrynie, a także w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁴¹.

Należy zatem przyjąć, że **zarzut przedawnienia roszczenia majątkowego jest zarzutem opartym na przepisach prawa materialnego, który pozwany może zgłosić nie tylko w toku całego postępowania przed sądem pierwszej instancji, ale również w postępowaniu apelacyjnym.**

Zarzut przedawnienia nie może być podnoszony na etapie skargi kasacyjnej ani jako jej podstawa, ani w toku postępowania. Zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. podstawą skargi kasacyjnej może być tylko naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, zaś art. 398¹³ § 2 k.p.c. wyklucza powoływanie w tym postępowaniu nowych faktów i dowodów. Art. 398³ § 3 k.p.c. stanowi bowiem, że podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że zarzut naruszenia prawa materialnego nie może być skutecznie uzasadniony próbą zwalczenia ustaleń faktycznych⁴².

Dotyczy to także skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 424¹ⁱ n. k.p.c.). Jeśli przedawnienie było podnoszone przez pozwanego w toku rozpoznawania sprawy, a sąd nie uwzględnił go, naruszając w ten sposób obowiązujące przepisy, można wnosić skargę. Jeśli natomiast strona nie podnosiła zarzutu przedawnienia, wykluczone jest oparcie skargi na zarzucie, że sąd nie uwzględnił upływu terminu. „Odkrycie” przez zobowiązanego przedawnienia nie może być, rzecz jasna, podstawą wznowienia postępowania⁴³.

⁴⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2005 r. III CZP 26/05 Monitor Prawniczy 2006/6/312, OSP 2006/7–8/85.

⁴¹ Por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2001 r., II UKN 475/00, OSNP 2003 r., nr 8, poz. 210, orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 1936 r., C. II. 2283/35, OSP 1936 r., poz. 727, orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 1936 r., C II 2283/35/, OSP 1936, poz. 727, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2005 r., IV CK 492/04.

⁴² Por. wyroki z dnia 23 stycznia 1997 r., I CKN 51/96, OSNC z 1997 r. Nr 6/7, poz. 79, z dnia 18 marca 2004 r., III CK 456/02 oraz z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 35/06 niepubl., Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2000 r., V CKN 52/00 (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

⁴³ Odrębnego potraktowania wymaga zarzut przedawnienia roszczeń stwierdzonych prawomocnym orzeczeniem sądowym (art. 125 § 1). Chodzi o sytuacje, gdy przedawnienie nastąpiło po wydaniu i uprawomocnieniu się orzeczenia. Fakt ten nie uzasadnia odmowy nadania orzeczeniu klauzuli wykonalności. Natomiast – jako zdarzenie, które nastąpiło po powstaniu tytułu egzekucyjnego i na skutek którego „zobowiązanie nie może być egzekwowane” – na podstawie art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. może być podstawą powództwa przeciwegzekucyjnego Por. J. Jankowski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, (red.) K. Piasecki, Warszawa 1997, s. 857.

Należy jeszcze podkreślić, że samo podniesienie zarzutu przedawnienia nie przesądza jeszcze w sposób definitywny o oddaleniu powództwa. Przed podjęciem takiej decyzji sąd musi sprawdzić, czy twierdzenie pozwanego o upływie terminu znajduje uzasadnienie w okolicznościach prawnych i faktycznych. Jak słusznie zauważył SN w wyroku z dnia 6 lutego 2002 r., „art. 117 § 2 mówi tylko o skutku przedawnienia, a nie o jego przesłankach i terminach. Zastosowanie tego przepisu następuje w konsekwencji ustalenia (w oparciu o prawidłowo ustaloną podstawę faktyczną i prawną), że przedawnienie nastąpiło”⁴⁴.

Nadużycie prawa podmiotowego

Zmiana konstrukcji przepisu art. 117 k.c. dokonana przez nowelę lipcową zrodziła pytanie, czy w razie uchylenia art. 117 § 3 k.c. dopuszczalne jest stosowanie art. 5 k.c.?

Trzeba podkreślić, że zasadniczym motywem uchylenia art. 117 § 3 k.c. była zmiana art. 117 k.c., w świetle którego wpływ terminu przedawnienia miał być uwzględniany nie z urzędu, ale jedynie na zarzut dłużnika. W konsekwencji dłużnik, podnosząc powyższy zarzut, korzysta z przysługującego mu uprawnienia, co może być przedmiotem oceny z punktu widzenia art. 5 k.c. Samo uchylenie powyższej normy nie ma wpływu na dopuszczalność stosowania konstrukcji nadużycia prawa.

Łatwo również zauważyć, że mogą zdarzyć się sytuacje, w których w razie uwzględnienia podniesionego przez dłużnika zarzutu przedawnienia doszłoby do wydania rozstrzygnięcia wprawdzie zgodnego z prawem, jednak rażąco godzącego w usprawiedliwiony interes wierzyciela. W takim przypadku uzasadnione jest sięgnięcie po konstrukcję nadużycia prawa⁴⁵.

Po skreśleniu art. 117 § 3 zd. 2 k.c. w judykaturze powszechnie akceptuje się pogląd, wedle którego możliwe jest zastosowanie art. 5 k.c. do sytuacji skorzystania z zarzutu przedawnienia roszczenia. Analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego wskazuje na wyraźną tendencję sięgania do środków łagodzących skutki upływu

⁴⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2002 r., V CKN 883/00, Lex, nr 54352.

⁴⁵ Por. A. Szpunar, *Uwagi o nadużyciu prawa w dziedzinie przedawnienia*, „Rejent” 2001, z. 2, s. 13 i n.; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2001, s. 304; T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Zakamycze 2000, s. 177–180; S. Wójcik, *Przedawnienie w prawie cywilnym po zmianie kodeksu cywilnego ustawą z 28 lipca 1990 r.*, „Przegląd Sądowy” 1991, z. 1–2, s. 51–52; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 355; M.K. Chmielewska, *Przedawnienie roszczeń deliktowych o naprawienie tzw. szkody przyszłej*, „Rejent” 2006, z. 3, s. 133. Z. Kłafkowski, *Przedawnienie w prawie cywilnym*, Warszawa 1970, s. 227. J. Ignatowicz (w:) *System prawa cywilnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. I, (red.) W. Czachórski, wyd. II, Ossolineum 1985, s. 851–852. Por. T. Justyński, *Nadużycie prawa w dziedzinie terminów zawitych*, PS 1999, z. 11–12, s. 37. Por. Cz. Żuławska (w:) *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. II, 2001, s. 73; P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, (red.) E. Gniewek, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 19.

terminu przedawnienia, jednakże możliwość stosowania art. 5 k.c. obwarowana jest szeregiem reguł.

Najbardziej problematyczna jest jednak kwestia wskazania kryteriów, jakie muszą zaistnieć, by można było ponieść zarzut nadużycia tego uprawnienia. Przełgąd judykatury pozwoli na wskazanie szczegółowych kryteriów, które SN bierze pod rozwagę na tle okoliczności faktycznych oceniając, czy podniesiony przez stronę zarzut przedawnienia nie stanowi o nadużyciu prawa.

W uchwale z dnia 10 marca 1993 r. (III CZP 8/93)⁴⁶ Sąd Najwyższy stwierdził, iż „od chwili wejścia w życie ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – kodeks cywilny skorzystanie z zarzutu przedawnienia roszczenia majątkowego, dochodzonego z tytułu rękojmi, może być w wyjątkowych okolicznościach uznane za sprzeczne z **zasadami współżycia społecznego** (art. 5 k.c.).”

W gruntownym i obszernym uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził, iż kodeks cywilny przyniósł zmiany w omawianym zakresie, połączył bowiem odrębne przedtem instytucje przedawnienia i prekluzji w jedną instytucję *przedawnienia roszczeń*, przy czym upływ tego przedawnienia uwzględniany był z urzędu. Połączeniu w jedną instytucję uległy jednak tylko te terminy, które służyły do dochodzenia roszczeń majątkowych, na co wskazywała treść art. 117 § 1 k.c. i art. XIII przepisów wprowadzających k.c. Terminy prekluzyjne, niebędące terminami do dochodzenia roszczeń majątkowych, pozostały poza obrębem tytułu VI księgi pierwszej kodeksu cywilnego. Stąd też wypływał wniosek, że znajdujący się w tym tytule przepis pozwalający na nieuwzględnianie, w określonych w nim okolicznościach, upływu przedawnienia (art. 117 § 3 zdanie 2 k.c.) nie obejmował innych terminów zawitych niż te, które służyły do dochodzenia roszczeń majątkowych”.

Zdaniem Sądu Najwyższego, art. 117 § 3 zd. 2 k.c. obejmował z mocy art. XIII przepisów wprowadzających k.c. w związku z art. 117 § 1 k.c. jedynie terminy zawite dotyczące praw majątkowych, a zatem mógł być do nich stosowany wprost. Natomiast poza nawiasem regulacji tego przepisu znajdowały się terminy zawite odnoszące się do praw niemajątkowych (uprawnień kształtujących: prawa odstąpienia, prawa do obniżenia ceny, itd.), dlatego art. 117 § 3 zd. 2 k.c. mógł być do nich stosowany co najwyżej jedynie *per analogiam legis*.

Sąd Najwyższy stwierdził dalej, że upływ stopionych w kodeksie cywilnym w jedną całość terminów przedawnienia i terminów prekluzyjnych, służących do dochodzenia roszczeń majątkowych, może być obecnie uwzględniony tylko wskutek zgłoszenia zarzutu. Odpadła możliwość korzystania przez sąd z uprawnienia przewidzianego w art. 117 § 3 zd. 2 k.c. wobec skreślenia tegoż § 3. Pozbawienie sądu tego uprawnienia wiąże się w jakimś stopniu ze zmianą treści § 2 powołanego przepisu, tj. z pozostawieniem zagadnienia upływu przedawnienia woli zobowiązanego. Wiąże się jednak także niewątpliwie z rolą instytucji przedawnie-

⁴⁶ OSNC 1993, z. 9, poz. 153.

nia w kształtujących się stosunkach społeczno-gospodarczych i z występowaniem w tych stosunkach także podmiotów zagranicznych, którym obce jest na ogół liberalne podejście do upływu terminów przedawnienia roszczeń majątkowych. Rola instytucji przedawnienia jako gwaranta pewności w obrocie i stosunkach prawnych powinna być dostrzegana w praktyce orzeczniczej.

Nie można jednak – zdaniem Sądu Najwyższego – przyjąć, że skreślenie § 3 art. 117 k.c. pozostawia obecnie zawsze poza oceną sądu skutki upływu terminu przedawnienia, a ściślej – skutki zgłoszenia zarzutu przedawnienia. Skreślenie wspomnianego przepisu oznacza, że sąd nie znajdzie podstawy do nieuwzględnienia upływu przedawnienia w obrębie przepisów o *przedawnieniu roszczeń*, jednakże wolno mu poszukiwać podstawy do unicestwienia rażących skutków przedawnienia w innych przepisach kodeksu cywilnego, a w szczególności w przepisach mających charakter klauzul generalnych. Obecnie obowiązujący stan prawny jest w rozważanym zakresie porównywalny ze stanem istniejącym przed wejściem w życie kodeksu cywilnego. Skłania to do wniosku, że w wyjątkowych okolicznościach sąd może posłużyć się przy ocenie zgłoszonego zarzutu przedawnienia treścią art. 5 k.c., tak jak wówczas wykorzystywał w tym celu art. 3 p.o.p.c. Zakazując czynienia z prawa użytku, który byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, art. 5 k.c. nie określa bliżej prawa, z którego nie wolno czynić takiego użytku. Przepis ten może być zatem, w szczególnie drastycznych okolicznościach, stosowany również w odniesieniu do prawa uchylenia się od zaspokojenia roszczenia (art. 117 § 2 k.c.).

Stosowanie art. 5 k.c., mającego charakter klauzuli generalnej, nie powinno w ocenie Sądu Najwyższego podlegać dalej idącym ograniczeniom niż tym, które pozwalają się wyprowadzić z treści tego przepisu. Nie byłoby jednak właściwe unicestwienie skutków upływu wszystkich terminów przewidzianych w prawie cywilnym za pomocą tego przepisu, ponieważ prowadziłyby to do burzenia ustalonego porządku prawnego. O tym, jakie terminy mogą wchodzić w grę, powinna decydować sama natura konkretnego terminu⁴⁷.

Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego w kwestii dopuszczalności stosowania art. 5 k.c. zostało potwierdzone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1996 r. (III CZP 76/96)⁴⁸, orzeczeniach Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 1997 r. (I CKN 165/97),⁴⁹ z dnia 6 stycznia 1999 r. (II CKN 115/98),⁵⁰ z dnia 2 lutego 2001 r. (IV CKN 1882/00),⁵¹ z dnia 14 marca 2001 r. (II CKN 434/00)⁵².

Należy zwrócić uwagę, że w przedmiotowej uchwale z dnia 10 marca 1993 r. Sąd Najwyższy nie deprecjonował instytucji przedawnienia jako gwaranta pewno-

⁴⁷ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 10 marca 1993 r. III CZP 8/93, OSNC 1993, z. 9, poz. 153.

⁴⁸ OSN 1997, z. 2, poz. 16.

⁴⁹ Niepubl. (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

ści w obrocie i stosunkach prawnych, ale zwrócił uwagę na to, że skreślenie § 3 art. 117 k.c. oznacza tylko tyle, że sąd nie znajdzie podstawy do nieuwzględnienia upływu przedawnienia w obrębie przepisów o przedawnieniu roszczeń, wolno mu poszukiwać podstawy do unicestwienia rażących skutków przedawnienia w innych przepisach kodeksu cywilnego, a w szczególności w przepisach mających charakter klauzul generalnych, ponieważ zakazując czynienia z prawa użytku, który byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, art. 5 k.c. nie określa bliżej prawa, z którego nie wolno czynić takiego użytku, dlatego może być w szczególnie drastycznych okolicznościach, stosowany również w odniesieniu do prawa uchylecia się od zaspokojenia roszczenia (art. 117 § 2 k.c.)⁵³. Ocena ta wymaga wzięcia pod uwagę szczególnego charakteru art. 5 k.c., nieuwzględnienie przedawnienia może mieć miejsce w wyjątkowych, rzadkich i rażących okolicznościach i należy wykazywać daleko posunięty rygorizm co do wyjątkowości sytuacji usprawiedliwiających nieuwzględnienie przedawnienia⁵⁴.

Można wyjść od stwierdzenia, że skoro dłużnikowi przysługuje prawo podmiotowe, to jego wykonanie podlega zasadom ogólnym, a więc także ocenie z punktu widzenia art. 5 k.c.

Kolizję wartości przejawiającej się w pewności stosunków prawnych, chronionej instytucją przedawnienia oraz wartości jaką stanowi prawo pokrzywdzonego do uzyskania ochrony prawnej naruszonego dobra, można w wyjątkowych wypadkach rozwiązywać za pomocą klauzuli zawartej w art. 5 k.c.

W wyroku z dnia 2 kwietnia 2003 r. (I CKN 204/01)⁵⁵ w sprawie przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej deliktem Sąd Najwyższy stwierdził, iż „w **wyjątkowych okolicznościach** sąd może posłużyć się przy ocenie podniesionego zarzutu przedawnienia treścią art. 5 k.c. Stosując powołany przepis trzeba mieć oczywiście na względzie jego **szczególny charakter** wynikający z użycia w nim klauzul generalnych. Z tej przyczyny dla oceny, czy podniesiony zarzut przedawnienia nie nosi znamion nadużycia prawa, konieczne jest rozważenie **charakteru dochodzonego roszczenia, przyczyn opóźnienia i jego nadmierności.**” W zależności od tych okoliczności opóźnienie może być uznane za nadmierne lub nie. Podobnie w wyroku z dnia 3 sierpnia 2006 r. Sam charakter roszczenia nie może mieć tutaj znaczenia przesądzającego⁵⁶.

⁵³ Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego w kwestii dopuszczalności stosowania art. 5 k.c. do skutków upływu terminu zawitego zostało potwierdzone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 11 X 1996 r. III CZP 76/96, OSN 1997, z. 2, poz. 16), orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 3 VII 1997 r. I CKN 165/97, niepubl., orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 6 I 1999 r. II CKN 115/98, niepubl., orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 2 II 2001 r. IV CKN 1882/00, niepubl., orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 14 III 2001 r. II CKN 434/00 (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

⁵⁴ Zob. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 26 stycznia 2000 r. III CKN 566/98, LEX nr 52773, z dnia 2 lutego 2000 r., II CKN 468/99, LEX nr 51643, z dnia 7 czerwca 2000 r., III CKN 522/99, LEX nr 51563.

⁵⁵ Niepubl.

⁵⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 sierpnia 2006 r., IV CSK 120/06.

W sprawie **nadmierności opóźnienia** wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 czerwca 1969 r. (II CR 168/69)⁵⁷, w którym stwierdził, że „dla oceny, czy opóźnienie w dochodzeniu roszczenia nie jest nadmierne nie wystarczy jedynie porównanie czasu tego opóźnienia z terminem przedawnienia. Zależy to także od charakteru okoliczności usprawiedliwiających opóźnienie. Jeżeli przyczyną opóźnienia jest na przykład choroba, to w zależności od jej rodzaju, ciężaru i czasu trwania opóźnienie może być uznane za nadmierne lub nie”.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2000 r. (III CKN 522/99)⁵⁸ przyjęto, iż „podniesienie zarzutu przedawnienia może być uznane za nadużycie prawa jedynie **zupełnie wyjątkowo**. Aby w danym wypadku można było przyjąć, że podniesienie zarzutu przedawnienia jest nie do pogodzenia z zasadami współżycia społecznego, musi zostać w szczególności wykazane, iż bezczynność wierzyciela w dochodzeniu roszczenia była usprawiedliwiona wyjątkowymi okolicznościami. Istotne znaczenie dla oceny zarzutu przedawnienia z punktu widzenia zasad współżycia społecznego może mieć zwłaszcza czas opóźnienia w dochodzeniu roszczenia”. W stanie faktycznym sprawy powódka zdaniem Sądu Najwyższego mogła wytoczyć powództwo dwa lata wcześniej i stąd brak uzasadnienia dla podnoszonego zarzutu nadużycia zarzutu przedawnienia roszczenia.

Podobne w treści sformułowania można znaleźć w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2000 r.⁵⁹ Wyjątkowość nieuwzględnienia przedawnienia akcentował Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2000 r. (III CKN 566/98)⁶⁰.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2000 r. (II CKN 468/99)⁶¹ stwierdzono, iż dopuszczalne jest powołanie się na nadużycie zarzutu przedawnienia, ale tylko „przy zachowaniu **daleko posuniętego rygoryzmu** co do wyjątkowości sytuacji usprawiedliwiających nieuwzględnienie przedawnienia”.

W wyroku z dnia 9 maja 1974 r. (I CR 208/74)⁶² Sąd Najwyższy przyjął, iż „wyjątkowe okoliczności, przemawiające za uwzględnieniem sprzeczności podniesienia zarzutu przedawnienia z **zasadami słuszności**, powinny uniemożliwiać lub znacznie utrudniać dochodzenie roszczenia przez wierzyciela. Okoliczności te nie powinny być przez niego zawinione”.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 1978 r. (II CR 414/78)⁶³ stwierdzono, że „wyjątkowe okoliczności, które uzasadniają nieuwzględnienie wpływu przedawnienia, **nie muszą być zawinione przez dłużnika**. Należy mieć na uwadze wszelkie szczególne okoliczności, które obiektywnie w świetle zasad słuszności przemawiają za uwzględnieniem roszczenia pomimo wpływu terminu

⁵⁷ OSNC 1970, z. 3, poz. 48.

⁵⁸ Niepubl. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 1997 r. I CKN 323/97, OSNC 1998/5/79 i z dnia 19 marca 2009 r. IV CSK 492/08 niepubl.

⁵⁹ II CKN 468/99 niepubl.

⁶⁰ Niepubl. (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

⁶¹ Niepubl. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2003 r. V CK 399/02.

⁶² Niepubl. (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

⁶³ OSNC 1979, z. 9, poz. 172 z glosą A. Szpunara, OSP 1980, z. 6, poz. 111.

przedawnienia. Tym samym przy ocenie możliwości zastosowania art. 5 k.c. należy mieć na uwadze – ze względu na charakter tego przepisu – **wszystkie okoliczności sprawy występujące tak po stronie wierzyciela, jak i dłużnika**⁶⁴.

Należy podzielić stanowisko Sądu Najwyższego zajęte w wyroku z dnia 18 maja 2006 r.⁶⁵, że „przy ocenie, czy zarzut przedawnienia stanowi nadużycie prawa trzeba uwzględniać wszystkie okoliczności konkretnego przypadku zachodzące tak po stronie zobowiązanego, jak i po stronie uprawnionego, a możliwość zastosowania art. 5 k.c. nie zawsze musi być związana z negatywną oceną zachowania osoby zobowiązanej do świadczenia”.

Przyjmuje się ponadto, że możliwość zastosowania art. 5 k.c. nie jest zależna od tego, czy przyczyny uchybienia terminowi przedawnienia leżą po stronie podnoszącego ten zarzut czy po stronie osoby trzeciej. W orzecznictwie wyrażono wręcz pogląd, że przyczyny uzasadniające uwzględnienie zarzutu nadużycia mogą leżeć wyłącznie po stronie dochodzącej roszczenia⁶⁶. Dlatego też nie można wykluczyć, że również rażąco wadliwe postępowanie pełnomocnika strony może być uznane za sytuację uzasadniającą uwzględnienie zarzutu nadużycia prawa. W tezie wyroku z dnia 20 maja 2009 r. SN wskazał, że „skorzystanie z zarzutu przedawnienia może zostać uznane za nadużycie prawa podmiotowego również w wypadku, gdy do przedawnienia doszło z przyczyny obciążającej wyłącznie wierzyciela”⁶⁷.

Na konieczność rozważenia wszelkich aspektów sytuacji stron, jako przesłanki nieuwzględnienia zarzutu przedawnienia na podstawie art. 5 k.c., Sąd Najwyższy zwrócił uwagę w powoływanej już uchwale Izby Cywilnej z 17 lutego 2006 r. Sąd Najwyższy zaznaczył, że „ocena, czy zarzut przedawnienia stanowi nadużycie prawa rozstrzygające znaczenie mają okoliczności konkretnego wypadku, zachodzące **po stronie dłużnika i wierzyciela**, nie zawsze jednak muszą wiązać się z negatywną oceną zachowania dłużnika, przejawiającego się w utrudnieniu wcześniejszego dochodzenia roszczenia”⁶⁸.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2000 r. (III CKN 566/98)⁶⁹ przyjął, iż „w obecnym stanie prawnym nieuwzględnienie przedawnienia może mieć miejsce w **wyjątkowo rażących i rzadkich okolicznościach**. Stąd uzasadniony wnio-

⁶⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2001 r., II CKN 604/00, OSNC 2002, nr 3, poz. 32; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2009 r., IV CSK 168/09 a także uzasadnienie uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2006 r., III CZP 84/08, OSNC 2008, nr 7–8, poz. 114.

⁶⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2006 r. IV CK 367/05 niepubl.

⁶⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2003 r., V CK 399/02, niepubl.; Wyrok Sądu Najwyższego z 16 listopada 2005 r., V CK 349/05, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 1, s. 133; Wyrok z 11 maja 2007 r., I CSK 48/07, niepubl.

⁶⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2009 r., I CSK 386/08 (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

⁶⁸ Por. też: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2009 r., II CSK 533/08 oraz V CK 399/02, Lex nr 175965.

⁶⁹ Niepubl. (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

sek, iż powołanie się na zarzut nadużycia zarzutu przedawnienia może nastąpić w równie wyjątkowych okolicznościach”.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 1999 r. (II UKN 210/99)⁷⁰ przyjęto, iż „w przypadku **dochodzenia zadośćuczynienia** z tytułu choroby zawodowej spowodowanej zatrudnieniem, skorzystanie z zarzutu przedawnienia może być uznane za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, i jako takie za nadużycie prawa podmiotowego”.

Brak pełnej i zrozumiałej informacji o skutkach choroby zakaźnej, której powód nabawił się w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, może usprawiedliwiać przekroczenie terminu przedawnienia roszczenia o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę i uznanie, że zarzut przedawnienia podniesiony przez stronę pozwaną stanowi nadużycie prawa podmiotowego⁷¹.

W wyroku z dnia 15 lipca 1999 r. (II UKN 44/99)⁷² Sąd Najwyższy także stanął na stanowisku, iż „skorzystanie przez dłużnika z zarzutu przedawnienia roszczenia podlega kontroli sądu pod kątem nadużycia prawa podmiotowego”. Jednakże *ad casu* nie jest łatwe stwierdzenie, kiedy podniesienie zarzutu przedawnienia pozostaje w sprzeczności z **zasadami współzycia społecznego**. W każdym jednak przypadku odmowa uwzględnienia zarzutu przedawnienia może nastąpić w okolicznościach szczególnych, wyjątkowych, także ze względu na niezwykle dolegliwy charakter następstw wypadku.

Za wyjątkowy przypadek usprawiedliwiający nieuznanie zarzutu przedawnienia, w wyroku z dnia 23 listopada 1999 r. (II UKN 210/99, OSNP 2001, z. 5, poz. 173) przyjęto charakter świadczeń jako zadośćuczynienia z tytułu choroby zawodowej spowodowanej zatrudnieniem. Podobny wątek pojawił się w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 1996 r. (II PZP 3/96)⁷³, w którym stwierdzono, iż „specyfika chorób zawodowych, które ujawniają się niejednokrotnie po upływie wielu lat od ustania zatrudnienia narażającego na ich powstanie sprawia, że nie można przejść do porządku nad restrykcyjnością art. 442 § 1 zd. 2 k.c., którego zastosowanie może w przypadku szkód powstałych wskutek chorób zawodowych prowadzić do naruszenia zasad współzycia społecznego. Dlatego skorzystanie z zarzutu przedawnienia w takich przypadkach może być uznane za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego”.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1996 r. (II PRN 3/96)⁷⁴ uznano, że „szczególny charakter roszczeń majątkowych związanych z wypadkiem przy pracy przemawia za koniecznością oceny zarzutu przedawnienia z punktu widzenia **zasad współzycia społecznego**”. Zdaniem Sądu Najwyższego, na tle instytucji przedawnienia szczególnie uzasadnione jest stosowanie art. 5 k.c. łącznie

⁷⁰ OSNP 2001, z. 5, poz. 173.

⁷¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2002 r., III CKN 1115/00.

⁷² OSNP 2000, z. 21, poz. 798.

⁷³ OSNP 1997, z. 14, poz. 249.

⁷⁴ OSNP 1996, z. 18, poz. 264.

z przepisami o czynach niedozwolonych. Zasadniczą bowiem rolę odgrywa tu wina dłużnika. Ochrona nagannego zachowania dłużnika nie stanowi *ratio legis* przepisów o przedawnieniu roszczenia. Nawet gdyby uznać, iż odpowiedzialność opiera się wyłącznie na zasadzie ryzyka, to i tak należy mieć na uwadze powody wprowadzenia takiej odpowiedzialności. *Ratio legis* odpowiedzialności z czynów niedozwolonych na zasadzie ryzyka polega m.in. na konieczności ochrony poszkodowanego, któremu trudno jest udowodnić winę korzystającego z urządzeń technicznych, które same stwarzają niebezpieczeństwo dla otoczenia. Nie bez znaczenia dla tej odpowiedzialności jest także to, że korzystający z urządzeń stanowiących zwiększone niebezpieczeństwo, znajdują się w lepszej sytuacji gospodarczej aniżeli poszkodowani. Z tych choćby powodów, konieczne jest badanie zarzutu przedawnienia roszczenia poszkodowanego z uwzględnieniem art. 5 k.c. nie tylko z punktu widzenia winy, jaką może ponosić za szkodę zobowiązany do jej naprawienia, lecz także z punktu widzenia sytuacji życiowej, w jakiej znalazł się poszkodowany po wypadku oraz przyczyn, które spowodowały opóźnienie w wystąpieniu z żądaniem naprawienia szkody. Według Sądu Najwyższego, co warto szczególnie podkreślić, do przyczyn tych może również należeć obowiązujący niejasny stan prawny.

Sąd Najwyższy podkreśla dalej, że zachowanie się strony pozwanej podnoszącej zarzut przedawnienia nie może być poddane negatywnej ocenie z punktu widzenia zasad współzycia społecznego w szczególności w postaci nacechowania złą wolą lub winą i ukierunkowaniem na uniknięcie odpowiedzialności lub wskazywało na zamiar zwodzenia poszkodowanego bez woli zawarcia rzeczywistego porozumienia albo też zmierzało do utrudnienia dochodzenia roszczeń przez powoda. Nie można traktować strony pozwanej jako zmierzającej do uwolnienia się od odpowiedzialności w wyniku swego niewłaściwego postępowania. Utrwalone jest w orzecznictwie sądowym zapatrywanie stwierdzające, że z powołaniem się na zasady współzycia społecznego nie można podważać ani modyfikować wyraźnych dyspozycji przepisów prawnych, które ze względu na pewność oraz stabilność stosunków prawnych nie przewidują żadnych wyjątków i w sposób samodzielny, a także jednoznaczny oraz wyczerpujący przesądzają o istnieniu uprawnień strony. Stąd powszechne uznanie w orzecznictwie Sądu Najwyższego zyskał pogląd stwierdzający, iż klauzula z art. 5 k.c. nie ma charakteru nadrzędnego w stosunku do pozostałych przepisów prawa i dlatego przez odwołanie się do społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, czy zasad współzycia społecznego nie wolno podważać rzeczywiście obowiązujących przepisów prawnych.

Odmienne zapatrywanie w ocenie Sądu Najwyższego pozostawałoby w sprzeczności z założeniami i celem instytucji przedawnienia jakim niewątpliwie jest dążenie do stabilizacji stosunków prawnych oraz społecznych i eliminacji stanu niepewności po stronie podmiotu odpowiedzialnego. Potrzeba udzielenia ochrony pokrzywdzonemu i jego interes ustępuje – w miarę upływu czasu – nakazowi poszanowania istniejących oraz ustabilizowanych stosunków społecznych

oraz gospodarczych, gwarantujących prawny ład i porządek w państwie. Przepis art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy a powołujący się na niego podmiot obciąża dowód (art. 6 k.c.) wykazania okoliczności, które – w wypadku zgłoszenia zarzutu przedawnienia roszczenia – zwalniają powoda z powinności respektowania terminu dochodzenia roszczenia⁷⁵.

Uznanie podniesienia zarzutu przedawnienia za nadużycie prawa może jednak nastąpić – jak się trafnie podkreśla – tylko zupełnie wyjątkowo. „Aby w danym wypadku można było przyjąć, że podniesienie zarzutu przedawnienia godzi w zasady współzycia społecznego musi zostać w szczególności wykazane, iż beczynność wierzyciela w dochodzeniu roszczenia była usprawiedliwiona wyjątkowymi okolicznościami”⁷⁶.

Istotne znaczenia dla oceny zarzutu przedawnienia z punktu widzenia zasad współzycia społecznego może mieć też czas opóźnienia w dochodzeniu roszczenia⁷⁷. W orzecznictwie przyjęto, że „domniemanie przemawia za tym, iż ten, kto korzysta ze swego prawa, czyni to w sposób zgodny z zasadami współzycia społecznego. Dopiero istnienie szczególnych okoliczności może domniemanie to obalić i pozwolić na zakwalifikowanie określonego zachowania, jako nadużycia prawa, nie zasługującego na poparcie z punktu widzenia zasad współzycia społecznego”⁷⁸. Odnosi się to również do uprawnienia podniesienia zarzutu przedawnienia: domniemanie przemawia za tym, ten kto korzysta z tego uprawnienia czyni to zgodnie z zasadami współzycia społecznego, a dopiero istnienie szczególnych okoliczności może obalić to domniemanie⁷⁹.

Bez znaczenia jest fakt, że stroną albo stronami procesu są **profesjoniści**. Co prawda w piśmiennictwie funkcjonuje takie stanowisko,⁸⁰ zostało jednak odrzucone przez judykaturę Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 27 czerwca 2001 r. (II CKN 604/00)⁸¹ Sąd Najwyższy przyjął, że „sąd wyjątkowo może nie uwzględnić zarzutu upływu terminu przedawnienia roszczenia – także wynikającego ze stosunku pomiędzy przedsiębiorcami – jeżeli jego podniesienie przez pozwanego jest nadużyciem prawa. (...) Artykuł 5 k.c. jest bowiem tak ujęty, że może być stosowany do wszystkich podmiotów, a każdy uczestnik obrotu prawnego – nie wyłączając tych, którzy mają status przedsiębiorców – może dopuścić się nadużycia prawa. Nic w tym względzie nie zmienia fakt, że także druga strona jest

⁷⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2006 r., V CSK 327/06.

⁷⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2000 r., III CKN 594/98.

⁷⁷ Zob. np. Wyrok Sądu Najwyższego z 13 listopada 1997 r., I CKN 323/97, OSN 1998/5, poz. 79.

⁷⁸ Zob. np. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 1965 r., III CR 278/65, OSNCP 1996, nr 7–8, poz. 130 oraz uzasadnienie Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2000 r., II CKN 956/99, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 6, s. 352 i n. oraz „Jurysta” 2001, nr 5, s. 29 i n.

⁷⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2001 r., II CKN 103/99.

⁸⁰ Por. A. Szpunar, *Uwagi...*, op. cit., s. 28; T. Justyński, *Nadużycie...*, op. cit., s. 180 i cyt. tam literatura.

⁸¹ OSNC 2002, z. 3, poz. 32. Por. glosy do tego orzeczenia W.P. Matysiaka PPH 2002, z. 8, s. 38 i n. oraz T. Justyńskiego PS 2002, z. 9, s. 133 i n.

przedsiębiorcą, brak bowiem argumentów przemawiających za tym, aby strona ta nie była chroniona przed nadużyciem prawa przez partnera. W szczególności, za wyłączeniem w tym zakresie ochrony nie przemawia jakiś nadrzędny interes ogólny. Dotyczy to zwłaszcza potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego. Bezpieczeństwo obrotu zapewnia się, chroniąc osoby trzecie, i nie zwiększy się ono przez wyłączenie możliwości uwzględnienia nadużycia prawa w bezpośrednich stosunkach między dłużnikiem a wierzycielem”.

Nieuwzględnienie zarzutu przedawnienia na podstawie art. 5 k.c. nie jest wyłączone także w odniesieniu do zobowiązań łączących osoby prawne⁸².

Art. 5 k.c. jest bowiem tak ujęty, że może być stosowany do wszystkich podmiotów. Każdy bowiem uczestnik obrotu prawnego – nie wyłączając więc i tych, którzy mają status przedsiębiorców – może dopuścić się nadużycia prawa⁸³. Nic w tym względzie nie zmienia fakt, że także druga strona jest przedsiębiorcą. Brak bowiem argumentów przemawiających za tym, aby strona ta nie była chroniona przed nadużyciem prawa przez partnera. W szczególności za wyłączeniem ochrony w tym zakresie nie przemawia jakiś nadrzędny interes ogólny. Dotyczy to zwłaszcza potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego. Bezpieczeństwo obrotu zapewnia się chroniąc osoby trzecie⁸⁴. Bezpieczeństwo obrotu nie zwiększy się natomiast na pewno przez wyłączenie możliwości uwzględnienia nadużycia prawa w bezpośrednich stosunkach między dłużnikiem a wierzycielem.

Sam przeto fakt, że strony niniejszego sporu są przedsiębiorcami, nie wyklucza możliwości nieuwzględnienia zarzutu przedawnienia z powołaniem się na art. 5 k.c.

Rozpatrując art. 5 k.c., trzeba jednak mieć na względzie jego szczególny charakter wynikający z użycia w nim klauzul generalnych. Posługiwanie się przepisami zawierającymi klauzule generalne, choć nieodzwonne, stwarza zagrożenie dla niektórych zasad państwa prawnego. Dlatego przy wykładni przepisów zawierających klauzule generalne szczególnego znaczenia nabiera aspekt konstytucyjnoprawny.

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 17 października 2000 r.⁸⁵ oraz Sąd Najwyższy w powołanym wcześniej wyroku z dnia 27 czerwca 2001 r.⁸⁶, także „w stosunkach między przedsiębiorcami w obrocie profesjonalnym może być skuteczny zarzut nadużycia prawa podniesiony w odpowiedzi na zarzut przedawnienia roszczenia, art. 5 k.c. jest bowiem tak ujęty, że może być stosowany do wszystkich podmiotów, a każdy uczestnik obrotu prawnego, nie wyłączając

⁸² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2004 r., II CK 29/04.

⁸³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 października 2000 r., SK 5/99, pkt III. 4 uzasadnienia, OTK – Zbiór Urzędowy 2000, nr 7, poz. 254.

⁸⁴ Przykładem takiej ochrony mogą być przepisy art. 10 i 17 prawa wekslowego.

⁸⁵ SK 5/99 OTK 2000/7/254.

⁸⁶ II CKN 604/00 OSNC 2002/3/32.

tych, którzy mają status przedsiębiorcy, może dopuścić się nadużycia prawa lub bronić przed nadużyciem z powołaniem na ten przepis”. Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny analizując art. 5 k.c. w kontekście zasad konstytucyjnych stwierdził, że przepis ten nie narusza zasady sprawiedliwości społecznej zagwarantowanej w art. 2 konstytucji, zasad wolności działalności gospodarczej i własności prywatnej chronionych art. 20 konstytucji, zasady równości wobec prawa i równego traktowania przez władze publiczne, wynikającej z art. 32 ust. 1 konstytucji, prawa do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd, zagwarantowanego w art. 45 ust. 1 konstytucji ani przewidzianej w art. 64 ust. 2 konstytucji ochrony prawnej własności i innych praw majątkowych. Jeżeli zatem sąd w określonej sprawie prawidłowo zastosował art. 5 k.c., nie mogło dojść do naruszenia wskazanych przepisów konstytucji, co należy podkreślić w nawiązaniu do zarzutów skargi kasacyjnej powołującej się na naruszenie w rozpoznawanej sprawie tych właśnie przepisów konstytucji, w związku z zastosowaniem art. 5 k.c.

W zgodzie z konstytucją pozostaje w szczególności także, szeroko aktualnie akceptowana interpretacja art. 5 k.c., stosownie do której przepis ten nie ma charakteru nadrzędnego w stosunku do pozostałych przepisów prawa cywilnego, w związku z czym na jego podstawie nie można wyłączyć ich zastosowania, choćby tylko w jakimś zakresie⁸⁷.

Uznając możliwość oceny zarzutu przedawnienia przez pryzmat nadużycia prawa, trzeba się jednak wystrzegać zbyt jednostronnej oceny.

Jak słusznie wyjaśnia Sąd Najwyższy, „skorzystanie z tego uprawnienia jest działaniem w granicach prawa, z reguły świadczącym o realizacji służącego dłużnikowi prawa podmiotowego”⁸⁸. Samo skorzystanie przez dłużnika z zarzutu przedawnienia nie może być podstawą krytycznej oceny jego zachowania.

W wyroku z dnia 17 lipca 2009 r. Sąd Najwyższy przyjął, że „przy ocenie zarzutu nadużycia prawa (art. 5 k.c.) podniesionego przez odbiorcę przesyłki w związku z powołaniem się spedytora na przedawnienia roszczenia na podstawie art. 803 k.c. może mieć także znacznie skomplikowany i niejasny sposób rozliczeń kosztów przewozu przyjęty przez spedytora w umowach z przewoźnikiem i płatnikiem, uniemożliwiający szybkie ustalenie czy przewoźne zostało zapłacone oraz zapewnienia spedytora kierowane do odbiorcy, że przewoźne zostało zapłacone – jeżeli okoliczności te miały wpływ na opóźnienie odbiorcy w dochodzeniu od spedytora odszkodowania z tytułu niezapłacenia przewoźnego”⁸⁹.

Sąd Najwyższy wskazał na konieczność ustalenia w takiej sytuacji, czy w sprawie zaszyły wyjątkowe i rażące okoliczności uzasadniające zarzut nadużycia prawa i stwierdził, że ustaleń w tym zakresie należy dokonać w oparciu o całościowy obraz okoliczności sprawy, w tym także okoliczności dotyczących sposobu realizacji

⁸⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 października 2000 r., SK 5/99, pkt III. 3 uzasadnienia; Wyrok Sądu Najwyższego z 22 września 1987 r., III CRN 265/87, OSNC 1989, nr 5, poz. 80.

⁸⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2001 r., II UKN 475/00, OSNP 2003, nr 8, poz. 210.

⁸⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2009 r., IV CSK 163/09.

przez pozwaną zobowiązania wynikającego z zawartej przez strony umowy spedycji. Podkreślił, że strony pozostawały w skomplikowanym układzie stosunków prawnych, wskazał też na konieczność ustalenia, czy strona pozwana zwodziła powódkę wprowadzając ją w błąd zapewnieniem, że nie powinna dobrowolnie zapłacić przewoźnikowi przewoźnego, gdyż świadczenie to już spełniła pozwana oraz czy i do kiedy powódka mogła pozostawać w usprawiedliwionym przekonaniu, że przewoźne zostało przez pozwaną skutecznie uiszczone.

Za nietrafny uznał zarzut skarżącej, że przy ocenie kwestii nadużycia prawa nie powinny być brane pod uwagę także okoliczności, które doprowadziły do samego powstania zobowiązania. Wyjątkowo skomplikowane stosunki prawne, w szczególności w zakresie wzajemnych rozliczeń należności z tytułu kosztów przewozu między przewoźnikiem, pozwaną jako spedytorem oraz tzw. płatnikiem, do powstania których doprowadziła pozwana przyjmując propozycję przewoźnika nowego sposobu rozliczeń przewoźnego z udziałem płatnika – sprzyjały nadużyciom i nieuczciwym zachowaniom kontrahentów. Zaciemniały też do tego stopnia obraz wzajemnych rozliczeń z tytułu kosztów przewozu, że nie tylko powódka, która nie miała żadnego wpływu na przyjęty przez pozwaną, przewoźnika i płatnika sposób rozliczeń i o nim nie wiedziała, lecz także pozwana nie była w stanie ustalić, czy przewoźne zostało przewoźnikowi zapłacone, choć dysponowała dowodem dokonanego przez siebie przelewu należności z tego tytułu. Wynikało to z przyjętego sposobu rozliczeń przewidującego między innymi zaliczanie wpłat z tytułu przewoźnego na długi płatnika wobec przewoźnika związane z realizacją innych umów przewozu, w których nie uczestniczyła strona pozwana.

Wnioski

Przytoczone przykłady wskazują, że związki między upływem terminu, również zawitego⁹⁰, a stosowaniem przez sąd klauzuli zasad współzycia społecznego odzwierciedlających przyjmowane normy moralne są dostatecznie wyjaśnione na poziomie ogólnym, mimo utrzymywania się różnicy poglądów w zakresie ich aplikacji. Wydanie kolejnego orzeczenia nie wniesie nowych treści, ponieważ orzecznictwo Sądu Najwyższego, co do zasady, nie sprzeciwia się stosowaniu tych klauzul nawet w razie upływu terminu zawitego. Zasadnicza trudność polega zatem na subsumcji normy wynikającej z art. 5 k.c. do konkretnego stanu faktycznego. Nie jest jednak przypadkiem nadzwyczajnym w praktyce wymiaru sprawiedliwości, gdy dochodzi do zderzenia się wartości wynikających z bezpieczeństwa

⁹⁰ Tak A. Ohanowicz, Glosa do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 1959 r., CR 678/58, OSPiKA 1961, nr 1, poz. 3; inaczej F. Zoll, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 1993 r., III CZP 8/93, OSNC 1993, nr 9, poz. 153; J. Justyński, *Nadużycie prawa w dziedzinie terminów zawitych*, PS 1999, nr 11–12, s. 41–44.

prawnego chronionego terminami przedawnienia (zawitymi) oraz wartości związanych z celem i rodzajem roszczenia, konkretną sytuacją osób działających po stronie powodowej, a także wagą przyczyn, które doprowadziły do zakończenia postępowania orzeczeniem formalnym.

W rozważaniach nad zastosowaniem tej instytucji do skutków przedawnienia należy mieć na uwadze to, iż powinna być ona wykorzystywana ze szczególnym umiarem przy jednoczesnym spełnieniu kilku przesłanek.

Przegląd orzeczeń sądów pozwala na stwierdzenie, że o ile nie budzi zastrzeżeń sam pogląd o prawie sądu do nieuwzględnienia przedawnienia w wyjątkowo rażących i rzadkich okolicznościach (jak przedawnienie zbrodni stalinowskich), o tyle poszczególne wypowiedzi nie są na ogół należycie osadzone w stanie faktycznym, a niezbędny krytycyzm i rygoryzm w podejściu do zarzutu przedawnienia zastępowany jest często nadmiernym liberalizmem kwitowanym formułą o nadużyciu prawa lub sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Należy przeto mieć na względzie, że nader liberalne orzecznictwo z okresu przed wejściem w życie kodeksu cywilnego, pochodzące z innej formacji ustrojowej i gospodarczej oraz wyrastające przeważnie z odmiennej aksjologii, może być obecnie wykorzystywane tylko bardzo ostrożnie, w ograniczonym zakresie i z dużym krytycyzmem.

Podsumowanie

W piśmiennictwie i orzecznictwie dominuje uzasadnione stanowisko o konieczności bardzo ostrożnego i ograniczonego stosowania art. 5 k.c. jako furtki umożliwiającej uniknięcie przez wierzyciela negatywnych skutków przedawnienia. Podkreśla się konieczność przeanalizowania wszystkich okoliczności sprawy, a nie tylko zachowania dłużnika. Ten kierunek wykładni ujęty został w punkcie 14 uzasadnienia uchwały składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2006 r.⁹¹, która wprawdzie odnosi się do przedawnienia roszczeń z czynu niedozwolonego, jednak zawiera wskazówki aktualne przy wartościowaniu zarzutu przedawnienia także w innych sprawach. Sąd Najwyższy zaznaczył, że „dla oceny, czy zarzut przedawnienia stanowi nadużycie prawa, rozstrzygające znaczenie mają okoliczności konkretnego wypadku, zachodzące zarówno po stronie dłużnika, jak i wierzyciela. Nie zawsze jednak stwierdzenie podstaw do zastosowania art. 5 k.c. musi wiązać się z negatywną oceną zachowania dłużnika, przejawiającego się w utrudnianiu wcześniejszego dochodzenia roszczenia”.

Istotne jest natomiast, by stanowisko o nadużyciu prawa przy korzystaniu z dobrodziejstwa przedawnienia, zbudowane zostało na podstawie kompleksowego rozważenia stosunków i zdarzeń, które doprowadziły do upływu terminu

⁹¹ III CZP 84/05, OSNC 20906/7–8/114.

przewidzianego na dochodzenie roszczenia. Nie można zatem pominąć charakteru wzajemnych powiązań między stronami, które w większym lub mniejszym stopniu mogą usprawiedliwiać zaufanie wierzyciela do dłużnika. Należy także uwzględnić staranność i zapobiegliwość, jaką powinien wykazać przedsiębiorca (dług powstał w ramach współpracy gospodarczej) w zakresie minimalizowania ryzyka strat w prowadzonej działalności. Wprawdzie bowiem stosowanie zawartej w art. 5 k.c. klauzuli generalnej nie jest wyłączone także wówczas, kiedy wierzycielem jest podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością gospodarczą⁹², jednak taki status powinien wpłynąć na zaostrzenie kryteriów przy ocenie zachowania przez niego roztropnej dbałości o zapewnienie realizacji należnych zobowiązań i świadomości niebezpieczeństw płynących z upływu czasu.

Zastosowanie art. 5 k.c. do oceny zasadności zarzutu przedawnienia jest uzasadnione, jeśli uwzględnienie tego zarzutu godziłoby w podstawowe, akceptowane społecznie wartości, jak uczciwość i poszanowanie cudzej własności⁹³. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, podniesienie zarzutu przedawnienia może być wyjątkowo uznane za sprzeczne z art. 5 k.c., zwłaszcza w sytuacji, w której opóźnienie w dochodzeniu roszczenia było usprawiedliwione wyjątkowymi okolicznościami. Przy ocenie, czy zarzut przedawnienia stanowi nadużycie prawa, rozstrzygające znaczenie mają okoliczności danego wypadku, zachodzące po stronie poszkodowanego oraz osoby zobowiązanej do naprawienia szkody. Możliwość zastosowania art. 5 k.c. nie zawsze jednak musi być wiązana z negatywną oceną zachowania osoby zobowiązanej do naprawienia szkody, przejawiającego się w utrudnieniu poszkodowanemu wcześniejszego dochodzenia roszczeń istotne bowiem są takie okoliczności, jak rodzaj uszczerbku, jakiego doznał poszkodowany, przyczyna opóźnienia w dochodzeniu roszczenia i czas jego trwania⁹⁴.

Z ugruntowanego orzecznictwa Sądu Najwyższego dotyczącego art. 117 § 2 k.c., w brzmieniu nadanym mu ustawą z 28 lipca 1990 r. wynika, że dopuszcza się możliwość zastosowania art. 5 k.c. w stosunku do zarzutu przedawnienia, choć powinno to mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach wyjątkowych⁹⁵.

⁹² Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2001 r., II CKN 604/00, OSNC 2002/3/32.

⁹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2009 r., IV CSK 363/08.

⁹⁴ Zob. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 1993 r., III CZP 8/93, OSNC 1993, nr 9, poz. 153, oraz pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2006 r., III CZP 84/05, OSNC 2006, nr 7–8, poz. 114, a także Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 13 listopada 1997 r., I CKN 323/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 79, z dnia 7 czerwca 2000 r., III CKN 522/99, niepubl., z dnia 21 czerwca 2001 r., II CKN 604/00, OSNC 2002, nr 3, poz. 32, z dnia 2 kwietnia 2003 r., I CKN 204/01, niepubl., z dnia 7 listopada 2003 r., V CK 399/02, niepubl. i z dnia 18 maja 2006 r., IV CK 367/05, niepubl. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2009 r., IV CSK 386/08 (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

⁹⁵ Por. m.in. Uchwałę Sądu Najwyższego z 10 marca 1993 r., III CZP 8/93, OSNC 1993, nr 9, poz. 153; Wyrok z dnia 26 stycznia 2000 r., III CKN 566/98, niepubl.; Wyrok Sądu Najwyższego z 2 lutego 2000 r., II CKN 468/99, niepubl.; Wyrok Sądu Najwyższego z 16 lutego 2006 r., IV CK 380/05, niepubl.; Wyrok Sądu Najwyższego z 4 grudnia 2007 r., IV CSK 280/07, niepubl. (źródło: Supremus, baza orzeczeń Sądu Najwyższego).

STRESZCZENIE

Celem artykułu było rozstrzygnięcie problemu, czy jest możliwe stosowanie instytucji nadużycia prawa podmiotowego do skutków upływu terminu przedawnienia. Po nowelizacji kodeksu cywilnego z 1990 r. upływ terminu przedawnienia jest brany przez sąd pod uwagę jedynie na zarzut tego, przeciwko komu roszczenie przysługuje. Osoba ta może uchylić się od zaspokojenia roszczenia. Podnosząc zarzut „czyni użytek ze swego prawa” w rozumieniu art. 5 k.c. Analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego wykazała, że ocena tego zachowania przez pryzmat art. 5 k.c. jest dopuszczalna. Sąd Najwyższy postrzega stosowanie art. 5 k.c. w odniesieniu do przedawnienia jako rozwiązanie kolizji dóbr: pewności stosunków prawnych i prawa pokrzywdzonego do ochrony. Wskazując na wyjątkowy charakter możliwości powołania się na art. 5 k.c., Sąd Najwyższy nakazuje dużą ostrożność i uwzględnianie okoliczności sprawy, jednocześnie pozwalając na uchylenie skutku zarzutu przedawnienia także w stosunkach między przedsiębiorcami.

SUMMARY

The article is aimed at resolving a problem whether it is possible to use the institution of abuse of right to the results of the passage of the period of limitation. After the civil code amendments of 1990, the passage of the period of limitation is taken into account by court only on the plea of limitation made by the party who has the right to claim. The party can resign from a claim. Making a claim, the party “makes use of their right” in accordance with Article 5 of the civil code. The analysis of the decisions of the Supreme Court shows that the assessment of that behavior made from the point of view of Article 5 of the civil code is admissible. The Supreme Court treats the use of Article 5 of the civil code towards limitation as a solution to the conflict of interests: reliability of legal relations and the right of the aggrieved party to be protected. Highlighting the extraordinary character of the possibility to cite Article 5 of the civil code, the Supreme Court prescribes great carefulness and taking into account the circumstances of the case. At the same time it allows to annul the result of a plea of limitation also in the relationships between entrepreneurs.

JAROSŁAW SOZAŃSKI

REFORMY WSPÓLNEJ POLITYKI ROLNEJ
I PRAWA ROLNEGO UNII EUROPEJSKIEJ PO 1990 ROKU

Wspólna Polityka Rolna (WPR) stanowi najstarszą i najbardziej rozbudowaną politykę wspólną w ramach WE i Unii Europejskiej. Początkowo na finansowanie WPR przeznaczono 80, a potem 70% budżetu Wspólnot. Niestety, niewiele pozostało po „złoty czasach” WPR. Po 1990 r. udział WPR w budżecie UE spadł z ponad 40% do 34%. Wynegocjowanie zobowiązań Rundy Urugwajskiej, wstąpienie do WTO, której szefem został (też mało fortunnie dla Unii) b. komisarz Pascal Lamy oraz niepowodzenia *strategii lizbońskiej* i kryzys ekonomiczny, zmuszają do drastycznych ograniczeń zasad i zakresu finansowania WPR. Konieczne było wymuszenie nacisku na politykę strukturalną (czemu służyło radykalne zreformowanie Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji – FEOGA), radykalne cięcia dopłat bezpośrednich (*jednolite dopłaty obszarowe, dobrowolne modulacje*) oraz zmierzanie w kierunku konkurencyjności rynku rolnego. Wszystko to odbywa się przy zdecydowanym obniżeniu ceł i dopuszczeniu na rynek obcych produktów¹. Czy na tak radykalne reformy pozwolą państwa UE troszczące się o własnych rolników często bardziej niż o budżet UE? Efekt tych działań przesądzi o kształcie i powodzeniu reformy WPR po 2013 r.²

Trzeba podkreślić, że obszerne regulacje WPR stanowią znaczną część prawa Unii (*acquis* to ok. 90 tys. aktów), które – od Traktatu z Lizbony – jest poddawane istotnym zmianom w kierunku konkurencyjności rynku. Natomiast rządy Kanady,

¹ Zob. K. Anderson, J. Swinnen, *How distorted have agricultural incentives become in Europe's transition economies?*, (w:) *Eastern European Economics*, v. 48, n. 1, January–February 2010, s. 79 i n. oraz F. Brouwer, M. van der Heide (eds.), *Multifunctional rural land management: economics and policies*, London, Earthscan 2009, s. 27 i n.

² Por. w literaturze ang.: B. Hill, *Understanding the Common Agricultural Policy*, Earth IPA 2011; J. Swinnen & others, *EU Land Markets and the Common Agricultural Policy*, CEPS 2010; C. Ritson, D. Harvey, *The common agricultural policy*, 2nd ed. Cab.Int. 2010; A. Swinbank, *The reform of the EU's Common Agricultural Policy*, (w:) R. Meléndez-Ortiz, *Agricultural Subsidies in the WTO Green Box. Ensuring Coherence with Sustainable Development Goals*, Cambridge 2010; J.A. McMahon, *Law of the Common Agricultural Policy*, Longman 2009 oraz w jęz. polskim: S. Szumski, *Wspólna Polityka Rolna Unii Europejskiej*, WAIp, Warszawa 2007, s. 21 i n. oraz A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Wspólna Polityka Rolna. Zagadnienia prawne*, wyd. 2, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 45. Też: *Stanowisko Rządu Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie przyszłości Wspólnej Polityki Rolnej po 2013 roku*.

Australii i Nowej Zelandii, a zwłaszcza Stanów Zjednoczonych nie zamierzają ograniczać dotowania rolnictwa.

Ostatnie reformy WPR, w tym luksemburska z 2003 r. (obok kształtu WPR do 2013 r., zobowiązała państwa i WE do oceny, tzw. *Health-Check* tej polityki w latach 2007–2008), zmiany wprowadzone w WPR w latach 2007–2009 oraz obecna debata publiczna przygotowują zaplanowany na najbliższe półtora roku proces legislacyjny tworzący ramy prawne przyszłej WPR. Komisja Europejska opublikowała 18.11.2010 r. komunikat: *Wspólna Polityka Rolna – w stronę 2020 roku: sprostać wyzwaniom przyszłości związanym z żywnością, zasobami naturalnymi oraz aspektami terytorialnymi*, zmierzający do w pełni konkurencyjnego i ekologicznego rolnictwa. Tworzone przez państwa „grupy kontestujące” (w jednej z nich uczestniczy Polska) wskazują na skalę komplikacji i trudne perspektywy tego projektu³.

1. Od reform McSharry’ego do Agendy 2000

Po „złotym okresie” WPR, już od 1969 r. zarysował się kryzys tej polityki, którego skutkiem były, zwłaszcza po 1975 r. duże nadwyżki produkcyjne. Podejmowane próby reform oraz środki zaradcze, wobec ochrony interesów własnych rolników przez państwa, były mało skuteczne. Zmuszona do podjęcia skutecznych i radykalnych kroków mających na celu odzyskanie kontroli nad rozmiarami produkcji rolnej, Komisja Europejska opracowała tzw. plan MacSharry’ego, który dokonał zasadniczych zmian w rozłożeniu punktów ciężkości i preferencji WPR znajdując swój wyraz w rozporządzeniu Rady 2328/91⁴.

Realizując plan MacSharry’ego:

- zakwestionowano dotychczasową zasadę, zgodnie z którą rozmiar pomocy unijnej był proporcjonalny do wyników produkcyjnych rolnika, w wyniku czego około 80% środków FEOGA przejmowało 20% większych gospodarstw pozostawiając poza zasięgiem mniejsze gospodarstwa. Przyjęto w miejsce tego zasadę, że „powinna to być pomoc na 1 ha, a nie na 1 tonę”;
- dokonano w 1991 r. radykalnej i bolesnej dla większych producentów obniżki cen gwarantowanych na produkty rolne o około 30–33%;
- wprowadzono zakrojony na szeroką skalę system obowiązków wyłączeń gruntów z produkcji rolnej połączony z systemem zalesień i popierania upraw produktów deficytowych na terenie UE. O skuteczności systemu wyłączeń decydował fakt, iż wyłączenie gruntów ornych z produkcji stanowiło konieczny warunek korzystania z przyznanych równocześnie rolnikom dość poważnych dopłat wyrównawczych;

³ Por. Komunikat Komisji dla Rady i PE – ocena reformy WPR COM (2007)722 i Rozporządzenie Rady 834/2007 ws jakości produkcji rolnej; Com EC CAP Towards 2020: COM (2010)672.

⁴ Dz.U. WE 1991, L 218/1.

– jeszcze ściślej niż dotychczas powiązано oddziaływanie strukturalne z zasadami ochrony środowiska naturalnego⁵.

Propozycje pogłębienia i rozszerzenia reform z 1992 r., poprzez dalsze odchożenie od wysokich cen rynkowych na rzecz płatności bezpośrednich, zawierała *Agenda 2000* – dokument przedłożony Parlamentowi Europejskiemu 15 lipca 1997 r. Ostateczny kształt nadano *Agendzie 2000* na spotkaniu przywódców krajów członkowskich w marcu 1999 r. w Berlinie. Reformą objęto sektor niektórych upraw polowych (zboża, oleiste, wysokobiałkowe, ziemniaki) oraz sektor wołowiny i mleka. Jednocześnie wprowadzone na początku lat 90. instrumenty towarzyszące zostały rozszerzone m.in. o pomoc dla rolników w regionach o niekorzystnych warunkach gospodarowania (obszary ONW)⁶.

Kolejne reformy WPR były odpowiedzią na zmieniające się uwarunkowania zewnętrzne (krytyka WPR na forum GATT, a później WTO) i wewnętrzne (krytyka WPR m.in. ze strony konsumentów i podatników). Jednocześnie wraz ze zmniejszającym się gospodarczym znaczeniem sektora (malejący udział w PKB) wzrastała jego rola pozaprodukcyjna: dostarczanie tradycyjnych wartości kulturowych, zachowanie krajobrazu i specyficznych ekosystemów, współtworzenie charakteru obszarów wiejskich. Znalazło to odzwierciedlenie w *Agendzie 2000*, gdzie większy nacisk położono na rozwój obszarów wiejskich. Polityka rolna zaczęła wspierać nie tylko funkcję produkcyjną rolnictwa, ale także jego funkcje pozaprodukcyjne – działanie na rzecz środowiska naturalnego, czyli tzw. rolnictwo wielofunkcyjne i zrównoważone⁷.

2. Znaczenie Rundy Urugwajskiej i regulacji WTO jako ramy ograniczające rozwój WPR

Rolnictwo było pierwszą dziedziną objętą wspólną polityką we Wspólnocie Europejskiej, tj. prowadzoną na szczeblu ugrupowania, a nie przez pojedyncze kraje. Pierwsze towary zostały objęte Wspólną Polityką Rolną w 1962 r. Były to zboża, mięso wieprzowe i drobiowe oraz jaja. W latach następnych polityką tą objęto większość (ponad 90%) pozostałych artykułów i obecnie rolnictwo jest dziedziną uregulowaną w sposób szczegółowy i kompleksowy. Wspólna Polityka Rolna odegrała ogromną rolę w procesie integracji zachodniej Europy, stanowiąc przez długie lata jedno z nielicznych funkcjonujących jednolicie dokonań⁸.

⁵ J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 349.

⁶ W. Chmielewska-Gill, *Wspólna Polityka Rolna. Zasady funkcjonowania oraz ich reforma*, Warszawa 2005, s. 5–6.

⁷ Ibidem, s. 6.

⁸ www.ukie.gov.pl/archiwum. Por.: *Rolnictwo i gospodarka żywnościowa w Polsce w liczbach*, Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi (stan na 2004 r.), Warszawa 2005, s. 27 i n.

WPR przeszła istotną ewolucję od czasu jej wprowadzenia na początku lat sześćdziesiątych. W pierwszym okresie jej funkcjonowania rozbudowany protekcjonizm rolny doprowadził do szybkiego wzrostu produkcji rolnej we Wspólnocie. Prowadzenie WPR poprzez intensyfikację produkcji na podstawie istniejącego systemu interwencji na rynku rolnym Wspólnoty doprowadziło do wystąpienia nadwyżek produkcji. Dlatego też rozpoczęto proces modyfikacji tej polityki.

Jednolity Akt Europejski oraz kolejne dokumenty Komisji WE zaakceptowane na szczycie w Brukseli w 1988 r. miały na celu dalsze wsparcie producentów rolnych przez system interwencji państwa. Zmianą było natomiast określenie górnej granicy wydatków na wspólną organizację rynków rolnych, wprowadzenie zasady automatycznego obniżania cen w momencie przekroczenia określonego pułapu produkcji przez rolnika oraz realizację programów wyłączania gruntów rolnych spod uprawy i zmiany ich przeznaczenia np. na cele leśne. Próby złagodzenia protekcjonizmu rolnego, podjęte przez Wspólnotę w latach osiemdziesiątych, nie dały większych efektów. Konieczność dostosowania się do wymogów negocjacji Rundy Urugwajskiej GATT oraz problemy wewnętrzne WPR doprowadziły w 1992 r. do podjęcia reformy WPR obejmującej jej część rynkową i strukturalną. Tak zwana reforma McSharry'ego (nazwisko ówczesnego komisarza do spraw rolnictwa w Komisji Europejskiej) zakończyła się w 1996 r., a dotyczyła zmian w odniesieniu do produkcji zbóż (za wyjątkiem ryżu), roślin oleistych, strączkowych, tytoniu, bydła i owiec⁹.

Generalnie działania dotyczące wspólnej polityki rolnej są prowadzone w ramach tzw. dwóch filarów:

- I filar WPR – część Wspólnej Polityki Rolnej UE obejmująca instrumenty wsparcia produkcji rolnej: dopłaty bezpośrednie i instrumenty wsparcia rynkowego, takie jak, m.in. interwencje, subsydia eksportowe, prywatne przechowywanie;
- II filar WPR – część Wspólnej Polityki Rolnej UE obejmująca instrumenty wsparcia wielofunkcyjnego i zróżnicowanego rozwoju obszarów wiejskich; pochodzące głównie z Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji w Rolnictwie (FEOGA, ze środków z sekcji Gwarancji FEOGA. Z tych środków jest finansowany Plan Rozwoju Obszarów Wiejskich (PROW).

Reforma wprowadziła zmiany również w polityce strukturalnej w kierunku działań wspierających ekstensyfikację rolnictwa, zachęty do wcześniejszego przechodzenia rolników na emeryturę i zalesiania gruntów rolnych. Reformowanie WPR miało na celu:

- obniżenie poziomu cen rolnych w kierunku zbliżenia ich poziomu do cen światowych,
- rekompensaty dla rolników z tytułu obniżki cen i wyłączenia przez nich części gruntów z pod uprawy,

⁹ J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 217 i n.

- wprowadzenie nowego mechanizmu rozdzielania współzależności pomiędzy poziomem cen rynkowych i wielkością produkcji a poziomem wsparcia dochodów w postaci systemu kompensacji wypłacanych według określonych zasad, bezpośrednio rolnikom (tzw. *decoupling policy*),
- utrzymanie dotychczasowego poziomu protekcji zewnętrznej na granicach celnych,
- ograniczanie obszaru uprawy i produkcji zbóż, roślin oleistych i strączkowych oraz pośrednio chowu bydła i produkcji mleka,
- obniżenie intensywności chowu bydła i zachęcanie do stosowania działań korzystnych dla środowiska,
- wprowadzenie zachęt przyspieszających wymianę pokoleń rolników.

Wsparcie Wspólnoty skierowano także na rozwój agroturystyki oraz tworzenie nowych, pozarolniczych miejsc pracy na terenach wiejskich. W zakresie polityki strukturalnej przewidziano obowiązkowe ograniczanie powierzchni upraw, a w odniesieniu do polityki rynkowej – obniżanie cen gwarantowanych dla zwiększenia konkurencyjności produktów wspólnotowych na rynkach światowych przy jednoczesnym zapewnieniu premii bezpośrednich, ze szczególnym uwzględnieniem gospodarstw znajdujących się na obszarach o trudnych warunkach naturalnych¹⁰.

Kolejne ważne zmiany we wspólnej polityce rolnej wniosła część rolna Agencji 2000, stanowiąca kontynuację reformy McSharry'ego. Ostateczne, polityczne decyzje w sprawie reformy zostały podjęte przez Radę Europejską w Berlinie w dniach 24–25 marca 1999 r. Na ich podstawie w kolejnych miesiącach Rada i Komisja wprowadziły odpowiednie regulacje prawne. Chodziło w nich o dalsze, bardziej rynkowe, a przez to mniej kosztowne dla wspólnotowego budżetu, zorientowanie wspólnej polityki rolnej, w tym zwłaszcza o obniżenie cen interwencyjnych takich produktów, jak: zboże, wołowina, chude mleko w proszku, masło, oraz o zasadnicze ograniczenie interwencji na rynku wołowiny. W efekcie, w większym niż dotychczas stopniu, ceny interwencyjne mają odpowiadać cenom światowym. Obniżki cen interwencyjnych są częściowo rekompensowane rolnikom – podobnie jak w poprzedniej reformie – przez równoległe zwiększenie płatności bezpośrednich do zbóż i wołowiny oraz do produkcji mleka w ramach przydzielonych każdemu producentowi kwot. Subwencje do roślin oleistych będą obniżone do poziomu subwencji do zbóż, przez co będzie możliwe odejście od ograniczającej produkcję we Wspólnocie największej, gwarantowanej powierzchni uprawy, ustalonej w połowie lat dziewięćdziesiątych jako rezultat kompromisu osiągniętego przez Wspólnotę i Stany Zjednoczone w ramach Rundy Urugwajskiej GATT. Reforma ma służyć poprawie wewnętrznej i zewnętrznej konkurencyjności wspólnotowego rolnictwa, wspieraniu produkcji rolnej służącej ochronie

¹⁰ *Wspólna Polityka Rolna Unii Europejskiej*. Przedstawicielstwo Komisji Europejskiej w Polsce, Warszawa 2002, s. 2 i n.

naturalnego środowiska i krajobrazu oraz trwałemu zapewnieniu, w wyniku wspierania rozwoju gospodarczego obszarów wiejskich, godziwych warunków życia ludności rolniczej¹¹.

Zakończona w połowie lat dziewięćdziesiątych Runda Urugwajska GATT – WTO zobligowała Wspólnotę do stopniowego zmniejszania subsydiów eksportowych. Wywóz wielu produktów z dopłatami eksportowymi uniemożliwiają ustalone w Porozumieniu rolnym granice subsydiowania eksportu. Obniżanie cen interwencyjnych ma ułatwiać wzrost eksportu bez subsydiów. Nowym czynnikiem, skłaniającym Wspólnotę do kolejnej reformy wspólnej polityki rolnej, była perspektywa rozszerzenia ugrupowania o kraje Europy Centralnej i Wschodniej i przewidywane w związku z tym większe wydatki na finansowanie rolnictwa. Decyzje dotyczące wspólnej polityki rolnej były niezbędne do ostatecznego przyjęcia przez Radę Europejską planu finansowego (Financial Perspective) Unii Europejskiej na lata 2000–2006. Uwzględniał on zwiększoną pomoc w okresie przedczłonkowskim dla państw kandydujących do Unii (trzy fundusze: ISPA, SAPARD, PHARE II oraz to, że po włączeniu do ugrupowania integracyjnego kraje te będą beneficjentami netto wspólnej polityki rolnej).

Rokowania rolne, tzw. mandatu w ramach WTO, które zgodnie z ustaleniami Rundy Urugwajskiej rozpoczęły się w 2000 r., będą z pewnością zmierzać do dalszego ograniczenia subsydiowania eksportu. Będzie to dla Wspólnoty nadal jeden z głównych, o ile nie największy problem do negocjacji. Należy spodziewać się, że również problem wewnętrznego wsparcia produkcji rolnej w Unii Europejskiej będzie stanowić, podobnie jak w latach minionych, jedną z trudnych kwestii negocjacyjnych w ramach WTO. Bezpośrednie subwencje wypłacane w ramach reformy z 1992 r. zostały w połowie lat dziewięćdziesiątych wyłączone na mocy ustaleń Rundy Urugwajskiej z uzgodnionej wówczas redukcji wewnętrznego wsparcia produkcji rolnej o 20%¹².

Agenda 2000 umacniała budowany od połowy lat osiemdziesiątych pomost między funkcją produkcyjną a funkcją środowiskową rolnictwa. Przewidziana w niej reforma ma na celu zachęcanie do stosowania metod produkcji rolnej przyjaznych środowisku poprzez wprowadzenie tzw. zasady *cross-compliance*. Oznacza ona uzależnienie płatności bezpośrednich od spełnienia przez rolnika określonych warunków związanych z ochroną środowiska (np. wypłatę niektórych premii dla rolników prowadzących chów bydła mięsnego od spełnienia przez nich wymogu obsady zwierząt). Państwa członkowskie mogą zdecydować o zmniejszeniu bądź – jeśli trzeba – uchyleniu wsparcia, a nawet nałożeniu kar, jeśli wymogi ochrony środowiska nie są przestrzegane.

Reforma Wspólnej Polityki Rolnej po 2000 r. realizowała podstawową zasadę oddzielania wysokości dopłat i poziomu wsparcia pojedynczego rolnika od wiel-

¹¹ Zob. J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 221 i n.

¹² Por. S. Szumski, *Wspólna Polityka Rolna...*, s. 71 i n.

kości produkcji, liczby posiadanych zwierząt czy powierzchni konkretnej uprawy. Oznacza to odejście od wspierania produkcji na rzecz wsparcia rolnika. Podobnie jak wsparcie przedsiębiorców w zakresie modernizacji i wprowadzania nowych technologii uzupełnia jedynie ich własne zaangażowanie i inicjatywę. System uproszczonych dopłat kompensacyjnych do powierzchni, a nie do produkcji – aczkolwiek na podstawie danych z przeszłości – wprowadzony został jako pierwszy w Polsce. W pełni uniezależnia on wielkość dopłat od wielkości aktualnej produkcji.

Docelowo proponowano likwidację istniejących obecnie form dopłat bezpośrednich i zastąpienie ich jednorazową płatnością. Jest to wyrazem upraszczania systemu, co założono w reformie WPR. Stosowane w Polsce bezpośrednio płatności powierzchniowe są niejako realizacją tego kierunku zmian. Niemniej jednak na pewien czas zostaną jeszcze zachowane dopłaty powiązane z wielkością produkcji, podobnie jak regulacje i określone instrumenty interwencyjne stosowane na poszczególnych rynkach. Zwiększane będą fundusze na wielofunkcyjny rozwój wsi, poprawę jakości żywności, na wprowadzenie nowych standardów produkcyjnych, na poprawę dobrostanu zwierząt, wsparcie dla młodych rolników, a także większe preferencje dla bardziej ekstensywnych i pracochłonnych produkcji. Ewolucja WPR polegała na stopniowym ograniczaniu wsparcia produkcji rolników oraz rozwoju wsi, a zatem na zmianie celów i mechanizmów, lecz nie na zmniejszeniu łącznego wsparcia. Podjęte zostały również pewne środki towarzyszące mające na celu zachęcanie do restrukturyzacji rolnictwa: system wcześniejszej emerytury, pomoc finansowa na zalesianie, stymulująca rolników do przeznaczenia gruntów rolnych na cele produkcji leśnej, oraz specjalna pomoc dla rolników, którzy podporządkowują się szczególnym wymogom dotyczącym ochrony środowiska¹³.

3. Reforma wspólnej organizacji rynków rolnych

W ramach WPR, głównie w latach 60., wyodrębniono ponad 20 europejskich rynków rolnych (EOR) na podstawie kryterium branżowego (np. rynek zbóż, rynek cukru, mleka, owoców i warzyw). Zostały one objęte ochroną prawną na jednakowych we wszystkich państwach członkowskich zasadach określonych w drodze legislacji wspólnotowych. W stosunku do każdego z wyodrębnionych rynków rolnych przewidziano odmienny katalog instrumentów prawnych, znajdujących oparcie w odrębnych regulacjach prawnych. Każdy z wyodrębnionych w ramach WPR rynków branżowych obejmuje zakresem swego działania określone produkty rolne lub grupy takich produktów, wliczone w Aneksie I,

¹³ G. Druesne, *Prawo materialne i polityki wspólnot i Unii Europejskiej*, (tłumaczenie W. Czaplinski), Warszawa 1996, s. 179 i n.

będącym załącznikiem do traktatu rzymskiego. W Aneksie tym zostały wyszczególnione także inne produkty rolne, dla których nie powołano wspólnej organizacji rynkowej. Do takich produktów zaliczono m.in.: ziemniaki, miody pitne, daktyle, produkty roślinne wykorzystywane w przemyśle perfumeryjnym i farmaceutycznym. Produkty te nie są objęte systemem wspólnych cen rolnych ani też nie są subwencjonowane ze środków wspólnotowych. W odniesieniu do tych produktów znajdują zastosowanie przepisy regulujące wymianę handlową z państwami trzecimi, w tym m.in. dotyczące cel¹⁴. Wspólne organizacje rolne były wprowadzane do końca okresu przejściowego, ale po zakończeniu tego okresu poza zakresem EOR pozostawało kilka grup produktów rolnych, m.in.: baranina, ziemniaki, banany.

Reforma organizacji rynków (EOR) przeprowadzona w latach 2003–2008 najmocniej dotknęła wprowadzanymi ograniczeniami rynek cukru i tytoniu, a reformą – rynek bananów.

3.1. Zboża

W sezonie 2003/2004 rynek zbóż kształtował się pod wpływem przewagi popytu nad podażą. Luka w podaży na skutek spadku zbiorów w 2003 r. do poziomu 23,4 mln t (o blisko 3,5 mln t), przekraczającego spadek ich zużycia (wg ocen ekspertów branży zbożowej, obniżyło się o ok. 1,1 mln t), musi być uzupełniona importem.

Podobną sytuację podaży-popytu jak w Polsce, w bieżącym sezonie notuje się na światowym rynku zbóż. Według ocen USDA, światowe zbiory zbóż w 2003 r. wyniosły 1473 mln t i były o 3% (o 46 mln t) niższe niż w 2002 r. Były one niewystarczające dla pokrycia zapotrzebowania na ziarno w całym sezonie 2003/2004. O spadku światowej produkcji zbóż zdecydowały m.in. niskie zbiory w całej Europie. W Unii Europejskiej wyniosły one ok. 184 mln t (w tym 92 mln t pszenicy) i były o ok. 12% niższe niż przed rokiem. Wyższe niż w 2002 r. (o 17,5%) były natomiast zbiory zbóż w USA, które wyniosły 348 mln t. W 2005 roku zbiory zbóż ogółem ukształtowały się na poziomie 26,9 mln ton i były o 9,1% niższe w porównaniu do rekordowych zbiorów w roku 2004 (29,6 mln ton). Wobec występującej przewagi podaży nad popytem, Agencja uruchomiła 1 listopada 2005 r. zakupy interwencyjne. W roku gospodarczym 2005/2006 zgromadzono zapas 711,2 tys. ton zbóż. Na ich zakup, przechowywanie i transport wydano 383,5 mln zł. W strukturze **zakupów interwencyjnych** zauważalny był – w porównaniu z poprzednim sezonem gospodarczym – wzrost udziału jęczmienia (z 2 do 17%) i spadek udziału pszenicy (z 82 do 70%)¹⁵.

¹⁴ A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Wspólna...*, s. 104.

¹⁵ Por. M. Szewczak, R. Sura (red.), *Wspólna Polityka Rolna. Tradycja i nowoczesność*, Lublin 2009, s. 51 i n.

Przeciwdziałając niekorzystnej sytuacji na rynku zbóż, KE wyraziła zgodę na sprzedaż z magazynów interwencyjnych ARR 200 tys. ton pszenicy przeznaczonej do produkcji mąki. Poza bezpośrednimi działaniami interwencyjnymi na rynku zbóż Agencja wypłaciła w ramach obrotu towarowego z zagranicą 1,5 mln zł **refundacji wywozowych** do 55,6 tys. ton, głównie ziarna pszenicy, ze stawką refundacji ustaloną w drodze przetargu. Łączne wydatki Agencji na rynku zbóż wyniosły w omawianym okresie 385 mln zł (25% ogółu poniesionych wydatków)¹⁶.

3.2. Rynek mięsa

Spadek cen trzody chlewnej w ciągu 2003 r. i znaczne zawężenie relacji cen żywca skutkowało ograniczeniem chowu trzody chlewnej. Według danych GUS w końcu listopada 2002 r. pogłowie trzody chlewnej wynosiło 18,4 mln szt., tj. o 2,9% mniej niż rok wcześniej, w tym pogłowie loch prośnych, które zdecydowały o kierunku zmian w produkcji w dłuższej perspektywie było o ok. 7% mniejsze niż przed rokiem. Pogłowie prosiąt i warchlaków zmniejszyło się w tym czasie o ok. 5%. Natomiast pogłowie tuczników było jeszcze o 1,6% liczniejsze niż w listopadzie 2002 r. i o 9% większe niż w lipcu 2003 r. Dane te wskazywały, że produkcja wieprzowiny na początku 2004 r. była jeszcze stosunkowo duża, ale w marcu zaznaczył się już jej spadek, który w kolejnych miesiącach pogłębił się. Szacowano, że w I połowie 2004 r. produkcja mięsa wieprzowego może być o ok. 4% (o ok. 47 tys. t) mniejsza niż w analogicznym roku 2003 i wynieść ok. 1130 tys. t. Przy przewidywanym dalszym wzroście produkcji drobiu sytuacja na rynku mięsa nadal kształtowała się pod wpływem nadwyżki podaży wieprzowiny. Uwzględniając skalę interwencji w 2003 r., tj. realizację zakupów bezpośrednich w wysokości 127 tys. t półtuszy wieprzowych i dopłaty do eksportu 40 tys. t półtuszy oraz wzrost spożycia tego mięsa, nadwyżka podaży wieprzowiny w I połowie 2003 r. wyniosła ok. 80 tys. t, w tym w okresie styczeń–kwiecień ok. 70 tys. t¹⁷.

Podstawą wsparcia tego rynku było subsydiowanie eksportu do krajów trzecich. Zakupy i sprzedaż interwencyjną wołowiny oraz prywatne przechowywanie wieprzowiny Komisja Europejska dopuszcza w przypadku niesprzyjającej sytuacji na rynku. Niekorzystne uwarunkowania ekonomiczne na rynku wołowiny, występujące na przestrzeni wielu lat poprzedzających przystąpienie do UE, były przyczyną utrzymującej się spadkowej tendencji pogłowia bydła. Nieograniczony dostęp do wspólnego rynku oraz znacznie niższe od unijnych krajowe ceny bydła spowodowały wzrost wywozu wołowiny (głównie do krajów UE). Rosnący eksport sprzyjał gwałtownemu wzrostowi jej cen i ożywieniu produkcji żywca wołowego na rynku krajowym. W omawianym okresie polscy eksporterzy skorzystali rów-

¹⁶ Biuletyn Informacyjny, grudzień 2006, nr 12 (186), Agencja Rynku Rolnego.

¹⁷ Strona internetowa : www.fapa.com.pl

niez z 27,5 mln zł **refundacji wywozowych** przy sprzedaży 9,9 tys. ton wołowiny do krajów trzecich.

Na rynku wieprzowiny, wobec ciągłego wzrostu produkcji, Agencja podejmowała działania zmierzające do objęcia unijnymi **dotacjami wywozu półtuszy wieprzowych** (asortymentu o największym wolumenie w polskim eksporcie), a także uruchomienia mechanizmu **dopłat do prywatnego przechowywania wieprzowiny**. Ze względu na to, że KE nie znalazła przesłanek do uruchomienia dodatkowego wsparcia, Agencja wypłacała **refundacje wywozowe do przetworów wieprzowych**. W roku finansowym 2006 wypłacono 9,1 mln zł refundacji, obejmując nimi 8,1 tys. ton wyeksportowanych przetworów. W porównaniu do roku finansowego 2005 zarówno wartość wypłat, jak i ilość przetworów objętych refundacjami zwiększyły się ponad 3-krotnie. W stosunku do przewidzianych w budżecie unijnym (w roku finansowym 2006) wydatków na refundacje wywozowe do mięsa, dopłaty do wyeksportowanej wołowiny stanowiły 4,4%, a do przetworów wieprzowych – 5%¹⁸. **Na rynku drobiu i jaj** wypłacono refundacje w wysokości 1,9 mln zł, w tym najwięcej na refundacje do wywozu kurcząt (54%). Wywożono je głównie na Białoruś i Ukrainę.

Skala wywozu i wypłat refundacji do mięsa czerwonego i drobiu mogłyby być dużo większe, gdyby nie obniżanie przez KE stawek **refundacji wywozowych** do wołowiny, a także zamknięcie (od listopada 2005 r.) rosyjskiego rynku dla polskiego mięsa.

3.3. Susz paszowy

W ramach WPR Agencja stosuje **dopłaty do produkcji suszu paszowego**, które są realizowane w ramach krajowego gwarantowanego limitu wynoszącego 13 538 ton. Realizacja tych dopłat opiera się na systemie zaliczkowym. Ostateczna wysokość dopłaty za dany rok gospodarczy jest ustalana przez KE po jego zakończeniu i uzależniona od stopnia przekroczenia gwarantowanego limitu produkcji w danym państwie członkowskim. W roku finansowym 2006 wypłacono 0,7 mln zł siedmiu przedsiębiorstwom przetwórczym zatwierdzonym przez ARR¹⁹.

3.4. Rynek mleka

Unia Europejska jest największym rynkiem produktów mleczarskich. Jej udział w światowej produkcji mleka wynosi ponad 23%. Większość obrotów handlowych ma jednak charakter wewnętrzny i odbywa się na rynku unijnym²⁰. Produkcja

¹⁸ Rolnictwo i gospodarka żywnościowa w Polsce w liczbach, (2004): Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, Warszawa.

¹⁹ www.wpr.pl (12.12.2009).

²⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1787/2003 z 29 września 2003 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 1255/1999 w sprawie wspólnej organizacji rynku mleka i przetworów mlecznych.

mleka w UE jest droga a ceny produktów mleczarskich wyższe niż ceny światowe. Wspólna Polityka Rolna, która obejmuje ten rynek swymi mechanizmami, umożliwia zbyt nadwyżek mleka i jego produktów. Unijne agencje płatnicze (w Polsce ARR), administrując mechanizmami WPR, prowadzą m.in. działania związane z interwencyjnym zakupem i sprzedażą, udzielaniem dopłat do prywatnego przechowywania, przetwórstwa i konsumpcji. Pozwala to na utrzymanie równowagi na całym rynku mleka i przetworów mlecznych w Unii Europejskiej²¹.

Mechanizm ma na celu utrzymanie równowagi na rynku masła w Unii Europejskiej poprzez skup sezonowych nadwyżek i sprzedaż zgromadzonych zapasów interwencyjnych w okresie zmniejszonej podaży masła na rynku UE. Komisja Europejska uruchamia interwencyjne zakupy masła w okresie od 1 marca do 31 sierpnia w sytuacji, gdy cena rynkowa masła w danym kraju członkowskim w ciągu dwóch kolejnych tygodni jest niższa niż 92% ceny interwencyjnej.

Zakup masła jest dokonywany²²:

- po ustalonej cenie równej 90% ceny interwencyjnej – dla zakupu prowadzonego w ramach limitów określonych przez Komisję Europejską,
- po cenie z przyjętych ofert – dla zakupu prowadzonego przy zastosowaniu procedury przetargowej.

Tabela 1. Ceny interwencyjne masła

Okres	Cena interwencyjna w euro/100 kg
1.07.2006–30.06.2007	259,52
od 1.07.2007	246,39

Źródło: rozporządzenie Rady (WE) nr 1787/2003 z 29 września 2003 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 1255/1999 w sprawie wspólnej organizacji rynku mleka i przetworów mlecznych.

Tabela 2. Limit zakupu w UE

Rok	Limit w tonach
2007	40 000
2008	30 000

Źródło: rozporządzenie Rady (WE) nr 1787/2003 z 29 września 2003 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 1255/1999 w sprawie wspólnej organizacji rynku mleka i przetworów mlecznych.

²¹ M. Wroński, *Mechanizmy Wspólnej Polityki Rolnej na rynku mleka i przetworów mlecznych*, Biuletyn Informacyjny, Agencja Rynku Rolnego.

²² Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2771/1999 z 16 grudnia 1999 r. (z późn. zm.).

W 2006 roku ARR wystawiła certyfikaty dotyczące 1616,8 ton masła przeznaczonego do wykorzystania w mechanizmach WPR w innych państwach członkowskich UE. W celu uzyskania zezwolenia producent jest zobowiązany do złożenia wniosku o wydanie zezwolenia na wykorzystanie kazeiny i kazeinianów do produkcji serów wraz ze stosownym dokumentem, z którego wynika, że stosowanie kazeiny i kazeinianów jest niezbędne do wytwarzania typu sera wymienionego we wniosku (receptura, norma itp.). Łączna waga kazeiny i kazeinianów wykorzystanych do produkcji ww. typów serów nie może przekroczyć 5% ogólnej wagi serów wyprodukowanych w okresie 6 kolejnych miesięcy. W zakresie monitoringu wykorzystania kazeiny i kazeinianów do produkcji serów ARR przeprowadza kontrole w zakładach produkujących sery. W 2007 roku ARR przeprowadziła kontrole w ok. 200 zakładach produkujących sery. Zostały one przeprowadzone zarówno w zakładach posiadających zezwolenie, jak i w zakładach, które tego zezwolenia nie posiadają. Popyt na masło skoncentrowane wśród konsumentów i zakładów zbiorowego żywienia jest niewielki. Z programu tego korzystają najczęściej Niemcy, Wielka Brytania, Belgia, Austria, Holandia oraz Włochy²³. Programem dopłat objęte jest masło skoncentrowane o minimalnej zawartości tłuszczu 96%. Masło skoncentrowane musi być wyprodukowane w zakładach spełniających obowiązujące wymagania sanitarno-weterynaryjne UE oraz zapakowane w opakowania oznakowane zgodnie z przepisami UE.

Dopłaty są udzielane:

- przez państwo członkowskie, na którego terenie zostanie wyprodukowane – z masła lub śmietanki – masło skoncentrowane,
- producentom masła skoncentrowanego wybranym w drodze przetargu otwartego.

W 2006 roku w UE zaakceptowano oferty przetargowe na łączną ilość ok. 11 950 ton masła skoncentrowanego. Celem tego programu było m.in. zwiększenie popytu na odtłuszczone mleko²⁴. Przedmiotem dopłat jest odtłuszczone mleko wyprodukowane w zakładach spełniających obowiązujące wymagania sanitarno-weterynaryjne UE i zawierające nie więcej niż 0,1% tłuszczu. Warunkiem uczestnictwa jest uzyskanie autoryzacji przez producenta kazeiny lub/i kazeinianów. Od 11 października 2006 r. stawka dopłaty wynosi 0,00 euro/100 kg odtłuszczonego mleka. Zgodnie z informacjami uzyskanymi od Komisji Europejskiej obniżka stawki dopłaty ma charakter czasowy. W 2006 r. o dopłaty ubiegali się przedsiębiorcy z krajów UE-15. Całkowita ilość odtłuszczonego mleka, do której udzielono dopłat, wyniosła ok. 4 268 835 ton²⁵.

²³ Zasady mechanizmu zostały określone w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1898/2005 z 9 listopada 2005 r. (z późn. zm.).

²⁴ Zasady mechanizmu zostały określone w rozporządzeniu Komisji (EWG) nr 2921/1990 z 10 października 1990 r. (z późn. zm.).

²⁵ Por. Rozporządzenie Rady (WE) nr 1787/2003 z 29 września 2003 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 1255/1999 w sprawie wspólnej organizacji rynku mleka i przetworów mlecznych.

Celem mechanizmu jest zwiększenie konkurencyjności białka mlecznego w stosunku do białka roślinnego (głównie sojowego)²⁶. Przedmiotem dopłat w ramach tego programu są: odtłuszczone mleko, odtłuszczone mleko w proszku, maślanka, maślanka w proszku, wyprodukowane w zakładach spełniających obowiązujące wymagania sanitarno-weterynaryjne UE. Warunkiem uczestnictwa jest uzyskanie autoryzacji przez producenta mieszanek i/lub pasz złożonych i/lub producenta denaturowanego OMP. Od 20 października 2006 r. stawki dopłat wynoszą 0,00 euro/100 kg. Zgodnie z informacjami uzyskanymi od Komisji Europejskiej, obniżka stawek dopłat ma charakter czasowy. W 2006 r. o dopłaty ubiegali się przedsiębiorcy z krajów UE-15. Całkowita ilość odtłuszczonego mleka, do której udzielono dopłat, wyniosła ok. 320 486 ton.

Agencja Rynku Rolnego administruje także innymi mechanizmami WPR na rynku mleka i przetworów mlecznych: a) dopłatami do prywatnego przechowywania masła, b) dopłatami do prywatnego przechowywania serów, c) dopłatami do spożycia mleka i przetworów mlecznych w placówkach oświatowych, d) dopłatami do przetwórstwa masła, masła skoncentrowanego i śmietanki. Szczegółowe informacje dotyczące tych mechanizmów zostały opisane w odrębnych artykułach w niniejszym wydaniu Biuletynu Informacyjnego ARR. Warunki uczestnictwa w poszczególnych mechanizmach WPR oraz wzory formularzy są dostępne na stronie internetowej www.arr.gov.pl

Udzielanie **dopłat do prywatnego przechowywania masła i serów** miało na celu utrzymanie równowagi na rynku tych produktów. W roku budżetowym 2006 Agencja objęła przechowywaniem 78 ton serów (związane z tym koszty zostały rozliczone w roku 2007). ARR wypłaciła jednocześnie 142 tys. zł za przechowywanie 134 ton masła i 168 ton serów zmagazynowanych w 2005 r.

Agencja stosowała **refundacje wywozowe** do mleka w proszku, masła i serów oraz innych produktów mleczarskich. Stabilizowały one w znacznym stopniu sytuację na rynku mleka oraz powodowały wzrost opłacalności produkcji. ARR wypłaciła łącznie 90,9 mln zł refundacji wywozowych do: 26,6 tys. ton mleka w proszku, 12,7 tys. ton masła i oleju maślanego, 9,9 tys. ton serów oraz 0,5 tys. ton innych produktów mleczarskich. Refundacje te stanowiły ok. 66% wydatków poniesionych przez ARR na działalność interwencyjną na rynku mleka.

Celem **dopłat do spożycia mleka i przetworów mlecznych w placówkach oświatowych** jest promowanie spożycia tych produktów wśród dzieci i młodzieży uczęszczającej do placówek oświatowych. W roku szkolnym 2005/2006 z programu skorzystało 724 tys. uczniów z 5,3 tys. placówek oświatowych, co oznacza, że uczestniczyło w nim prawie 10% ogółu uczniów. Dopłatami objęto 13,9 tys. ton mleka i jego przetworów, wypłacając 9,3 mln zł (3% budżetu UE przeznaczanego na ten program).

²⁶ Zasady mechanizmu zostały określone w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 2799/1999 z 17 grudnia 1999 r. (z późn. zm.).

Agencja Rynku Rolnego administrowała również **systemem kwotowania produkcji mleka** w ramach przyznanej Polsce krajowej ilości referencyjnej w wysokości 8964 tys. ton. W roku kwotowym 2005/2006 krajowa ilość referencyjna dostaw hurtowych mleka wynosiła 8729,7 tys. ton. Po dokonaniu konwersji niewykorzystanej w roku kwotowym 2005/2006 krajowej rezerwy sprzedaży bezpośredniej, przekroczenie krajowej ilości referencyjnej wyniosło 201,1 tys. ton²⁷. W 2006 r. na rynku mleka i jego przetworów zwiększały się, tak jak w latach poprzednich, skala oraz zakres interwencji. Po raz pierwszy wypłacono dopłaty do prywatnego przechowywania masła. Znacząco wzrosły wypłaty w ramach dopłat do przetwórstwa masła, masła skoncentrowanego i śmietanki (ponad 9-krotnie), zakupów interwencyjnych masła (3-krotnie) oraz dopłat do zakupu masła przez instytucje i organizacje niedochodowe (prawie 2-krotnie). Łącznie na rynku mleka i jego przetworów Agencja wypłaciła **137,4 mln zł**, co stanowiło 2,7% przewidywanych na tym rynku wydatków UE.

3.5. Rynek cukru

Reforma rynku cukru, wprowadzona 1 lipca 2006 r., znacznie ograniczyła dopłaty i zlikwidowała niektóre kwoty. Zachowała interwencję (jako środek przejściowy) przez 4 lata (do roku gospodarczego 2009/2010), przy czym wprowadziła ograniczenia ilościowe zakupów, które dla Polski wyniosły ok. 57 tys. ton rocznie²⁸. Wprowadza ona ponadto nową formę wsparcia, polegającą na dopłatach do prywatnego przechowywania cukru.

W omawianym okresie Agencja realizowała także wypłaty **refundacji wywozowych** do cukru białego (łącznie wywieziono 240 tys. ton cukru z refundacjami na kwotę blisko 365 mln zł – ponad 2-krotnie więcej niż w roku finansowym 2005) oraz **dopłaty do cukru wykorzystywanego w przemyśle chemicznym** (zainteresowanie tym mechanizmem systematycznie wzrastało – ARR wypłaciła 3,4 mln zł, 6-krotnie więcej niż rok wcześniej). Agencja Rynku Rolnego pobierała również **opłaty produkcyjne** od producentów cukru i izoglukozy za rok gospodarczy 2004/2005 (z tytułu raty końcowej i dodatkowej) oraz za rok gospodarczy 2005/2006 (z tytułu raty zaliczkowej). Opłaty produkcyjne w roku finansowym 2006 wyniosły ogółem 197,7 mln zł. W roku finansowym 2006 na rynku cukru wydatkowano **669 mln zł**, co stanowiło 43% ogółu wydatków.

Pomoc restrukturyzacyjna będzie wypłacana w dwóch ratach:

- 40% – w czerwcu roku gospodarczego, którego dotyczy zrzeczenie się kwot,
- 60% – w lutym następnego roku gospodarczego.

Wypłata każdej raty pomocy wymaga wniesienia zabezpieczenia w kwocie równej 120% wysokości danej raty.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Stało się to po uwzględnieniu spóźnionej korekty pewnych nieudolnych działań rządu w tej sferze.

Wysokość pomocy restrukturyzacyjnej w odniesieniu do kwoty, której zrzekł się producent, wynosi:

1. W przypadku dokonania całkowitego demontażu urządzeń produkcyjnych w danych fabrykach²⁹:
 - 730,00 euro na rok gospodarczy 2006/2007 i 2007/2008,
 - 625,00 euro na rok gospodarczy 2008/2009,
 - 520,00 euro na rok gospodarczy 2009/2010.
2. W przypadku dokonania częściowego demontażu urządzeń produkcyjnych w tych fabrykach oraz niewykorzystywania pozostałych urządzeń do wytwarzania produktów objętych wspólną organizacją rynku cukru:
 - 547,50 euro na rok gospodarczy 2006/2007 i 2007/2008,
 - 468,75 euro na rok gospodarczy 2008/2009,
 - 390,00 euro na rok gospodarczy 2009/2010.

Ostatnia wypłata pomocy restrukturyzacyjnej będzie dokonana najpóźniej 30 września 2011 r. Kwota stanowiąca co najmniej 10% przyznanej pomocy restrukturyzacyjnej będzie wypłacana przez producenta plantatorom buraków cukrowych oraz podmiotom świadczącym usługi przy użyciu maszyn rolniczych. Kwota ta będzie rekompensatą strat wynikających z zamknięcia cukrowni, a zwłaszcza strat poniesionych w następstwie utraty wartości wyspecjalizowanych maszyn, które nie będą mogły być wykorzystane do innych celów.

Płatności tytułem wsparcia Agencja Rynku Rolnego będzie wypłacać beneficjentom dwa razy do roku (w marcu i we wrześniu) na wydatki rzeczywiście poniesione, udokumentowane i skontrolowane przez ARR.

W ramach dywersyfikacji w regionach poszkodowanych w wyniku restrukturyzacji przewidziano następujące kwoty:

- 109,50 euro/tonę kwoty cukru, której się zrzeczono w roku 2006/2007 i 2007/2008,
- 93,80 euro/tonę w roku 2008/2009,
- 78,00 euro/tonę w roku 2009/2010.

Łączna kwota pomocy może zostać zwiększona o:

- 50% – gdy z kwoty przyznanej państwu członkowskiemu zrzeczono się ponad 50%, lecz mniej niż 75%,
- kolejne 25% – gdy zrzeczono się co najmniej 75%, lecz mniej niż 100%,
- kolejne 25% – gdy zrzeczono się 100% kwoty.

²⁹ www.arr.gov.pl

Państwo członkowskie	Pomoc na rzecz dywersyfikacji (w euro)	Dodatkowa pomoc na rzecz dywersyfikacji (w euro)	Pomoc przejściowa dla niektórych państw członkowskich (w euro)
Hiszpania	10 196 475,75	–	–
Irlandia	21 818 970,00	21 818 970,00	–
Włochy	85 271 723,40	42 635 861,70	–
Austria	–	–	9 000 000,00
Portugalia	3 856 371,00	1 928 185,50	–
Szwecja	4 660 539,00	–	5 000 000,00

3.6. Polityka strukturalna

Zawarte w traktacie rzymskim odniesienie do potrzeby uwzględnienia strukturalnych i naturalnych różnic występujących pomiędzy regionami rolniczymi wskazują, że WPR powinna zaoferować coś więcej niż tylko system wspierania cen i dochodów rolniczych. Obejmuje ona bowiem cały zespół czynników wpływających długofalowo na: poprawę i racjonalizację struktury obszarowej gospodarstw rolnych, modernizację, reorientację i racjonalizację struktury produkcyjnej gospodarstw, modernizację sfery komercjalizacji i przetwórstwa produktów rolnych, poprawę towarzyszącą gospodarowaniu infrastruktury technicznej, doradztwo rolnicze. W istocie rzeczy świadomość występowania problemów związanych z istnieniem dużej liczby małych gospodarstw rolnych miała miejsce już w czasie pierwszych dyskusji nad kształtem ustawodawstwa rolnego wspólnoty. Stąd też Komisja już wtedy (1962) zaproponowała ustanowienie oddzielnego Europejskiego Funduszu Rozwoju Strukturalnego (*European Fund for Structural Improvement*). Rada zdecydowała jednak o wyłączeniu środków strukturalnych do sekcji orientacji ogólnego Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej, kiedy został on podzielony na dwie równe części mocą rozporządzenia Rady nr 17/64³⁰. Sekcja orientacji otrzymała relatywnie niewielką część funduszy WE przeznaczonych na rolnictwo³¹. Jednakowoż rozporządzenie to powołało sekcję orientacji oraz ustanowiło procedurę, zgodnie z którą konkretne projekty wymagające wsparcia powinny być jej przedkładane, początkowo nie powstawały żadne instrumenty polityki strukturalnej. W 1968 r. Komisja przedstawiła memorandum w sprawie reformy rolnictwa w EWG, znane jako plan Mansholta. Jak widzimy reforma funduszy (FEOGA) naprawia tę słabość. Jednocześnie działania po 2000 r. wiążą Program Rozwoju Obszarów Wiejskich (PROW) z polityką strukturalną, ochroną środowiska oraz produkcją ekologiczną.

³⁰ Dz.Urz. WE 1964, s. 117.

³¹ A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Wspólna...*, s. 139.

3.7. Polityka struktur rolnych i rozwoju obszarów wiejskich

Zaproponowany w 1999 r. w *Agendzie 2000* oraz rozporządzeniu Rady nr 1257/99³² w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Orientacji i Gwarancji Rolnej europejski model rolnictwa w zakresie polityki strukturalnej przywiązuje coraz większą wagę do strukturalnego rozwoju obszarów wiejskich. Podstawowymi celami tej polityki są: przyspieszanie przemian w rolnictwie, przywracanie konkurencyjności regionów rolniczych oraz ułatwianie rozwoju i strukturalnych dostosowań obszarów wiejskich o wysokim udziale zatrudnienia lub dochodów rolniczych.

Różnorodne formy wsparcia rozwoju obszarów wiejskich, które są związane z działalnością rolniczą i jej przekształceniami, dotyczyć mogą następujących zadań (art. 2 rozporządzenia)³³:

- poprawy struktury gospodarstw rolnych i struktur służących przetwarzaniu i wprowadzaniu do obrotu produktów rolnych,
- przekształceniom i reorganizacji potencjału produkcji rolnej, wprowadzaniu nowych technologii i poprawy jakości produktów,
- zachęcania do prowadzenia produkcji innej niż produkcja żywności,
- trwałego rozwoju lasów,
- zróżnicowania działalności w celu wprowadzenia uzupełniających lub alternatywnych form działalności,
- utrzymywania i wzmocnienia żywych struktur społecznych na obszarach wiejskich,
- rozwoju działalności gospodarczej, utrzymania i tworzenia miejsc pracy w celu zapewnienia lepszego wykorzystania istniejącego potencjału,
- poprawy warunków pracy i życia,
- utrzymania i promocji niskoskładowych systemów gospodarki rolnej,
- zachowania i promocji wysokiej wartości przyrody oraz zrównoważonego rolnictwa, respektującego wymagania w dziedzinie ochrony środowiska naturalnego.

Instrumenty służące realizacji tych zadań można podzielić na trzy grupy. Do pierwszej z nich należą tzw. instrumenty towarzyszące, wprowadzone jako element reformy WPR w 1992 r. Należą do nich: wcześniejsze emerytury, programy rolno-środowiskowe i zalesianie, a także wsparcie gospodarstw położonych na obszarach upośledzonych. Podobnie jak interwencja rynkowa w ramach WPR, środki towarzyszące finansowane są z sekcji Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej i często określa się je mianem drugiego filaru WPR.

Do grupy drugiej zalicza się instrumenty wspierające modernizację i dywersyfikację gospodarstw rolnych. Należą do nich: inwestycje w gospodarstwach

³² Dz.Urz. WE 1999, L 160/80.

³³ Ibidem.

rolnych, środki pomocy dla młodych rolników, środki pomocy skierowane na szkolenia zawodowe, poprawa przetwórstwa i marketingu produktów rolnych, promocja i konwersacja rolnictwa.

W grupie trzeciej zaliczyć należy środki pomocy służące szeroko rozumianemu rozwojowi obszarów wiejskich i przeznaczone na: melioracje, komasacje gruntów, tworzenie usług związanych z obsługą i prowadzeniem gospodarstwa, marketing produktów rolnych dobrej jakości, podstawowe usługi dla gospodarstw i ludności, zachowanie dziedzictwa wsi, zróżnicowanie działalności gospodarczej na wsi, gospodarkę zasobami wodnymi, rozwój i poprawę infrastruktury związanej z rolnictwem, rozwój turystyki i rzemiosła, ochronę naturalnego środowiska i krajobrazu, odbudowę produkcji zniszczonej przez klęski żywiołowe, zarządzanie finansowe. Instrumenty z drugiej i trzeciej grupy finansowane są z sekcji orientacji Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej³⁴.

Dla zapewnienia zrównoważonego rozwoju obszarów wiejskich jest niezbędne zapewnienie wielofunkcyjności rolnictwa i wsi, zwiększenie funkcji gospodarczych i społecznych wsi, ochrony środowiska na obszarach wiejskich, ograniczenie bezrobocia oraz poprawa warunków życia ludności wiejskiej. Polityka zrównoważonego rozwoju obszarów wiejskich będzie obejmować wszystkie działalności na nich podejmowane (w tym rolnictwo, leśnictwo, rybołówstwo, usługi, małą i średnią przedsiębiorczość itp.). Będzie odnosić się także do tak różnorodnych działań, jak rozwój kapitału ludzkiego, ochrona gleb, poprawa gospodarki wodnej, ochrona różnorodności biologicznej, zaopatrzenia wsi w energię, zwiększenie udziału ludności w podejmowaniu decyzji dotyczących wykorzystania zasobów.

Krajowy Program Rozwoju Wsi 2007–2015 (KPRW) będzie podstawowym dokumentem strategicznym opisującym kierunki polityki państwa wobec obszarów wiejskich i ich mieszkańców. Dokument ten wskaże drogę prowadzącą do wyrównywania poziomu i jakości życia mieszkańców wsi z poziomem życia mieszkańców miast.

Prowadzona od lat polityka wobec wsi nie tylko nie doprowadziła do zmniejszenia tej różnicy, wręcz przeciwnie, w ostatnich latach przepaść cywilizacyjna pomiędzy miastem a wsią się pogłębia. Konieczne staje się takie ukształtowanie polityki i jej instrumentów, aby ten proces zatrzymać i istotnie zmienić sytuację na polskiej wsi. Aby tak się stało, potrzebne jest konsekwentne, skoordynowane działanie rządu i administracji publicznej. Obszary wiejskie są integralną częścią kraju, gospodarki narodowej i odpowiedzialność za rozwój obszarów wiejskich ponosi państwo i różne jego agendy. Polityka rozwoju obszarów wiejskich realizowana jest poprzez sektorowe i regionalne strategie i programy. Krajowy Program Rozwoju Wsi umożliwi dobrą koordynację działań prowadzonych przez

³⁴ A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Wspólna...*, s. 147.

różne instytucje na różnych poziomach i w różnych obszarach. Obszary wiejskie są poddane procesom nieustannych zmian wywołanych przez procesy globalne i regionalne. Potrzebne jest takie zarządzanie zmianą, aby mieszkańcy wsi byli beneficjentami tych procesów, by stali się ich podmiotami, a nie ofiarami. By tak się stało, musimy przede wszystkim wykorzystać szanse rozwojowe, jakie daje Polsce dostęp do polityk Unii Europejskiej zarówno Wspólnej Polityki Rolnej, jak i polityki strukturalnej. Istotne znaczenie w Programie ma Wspólna Polityka Rolna jako polityka sektorowa stanowiąca bazę dla zasobów żywnościowych, ale również determinująca jakość życia na obszarach wiejskich i ochronę walorów środowiska. Rola i znaczenie obszarów wiejskich, w kontekście polityki rolnej, wzrosły szczególnie po ostatnim rozszerzeniu Unii Europejskiej, przy czym wyjątkowe miejsce zajmuje Polska jako kraj o dużym udziale sektora rolnego.

Z punktu widzenia nowej perspektywy finansowej na lata 2007–2013 wspólną politykę rolną można określić jako stabilną. Wydatki w poszczególnych latach aż do roku 2013 są zaplanowane na stałym poziomie (mechanizm dyscypliny finansowej) oraz są przewidywalne w perspektywie średnioterminowej (porozumienie z października 2002 r. i grudnia 2005 r.). W sprawie perspektywy finansowej 2007–2013 osiągnięto konsensus co do udziału Wspólnej Polityki Rolnej. WPR stanowi obecnie łącznie z wydatkami na rozwój obszarów wiejskich 40% budżetu Wspólnoty (65% w roku 1990). W roku 2013 będzie to 35%. W najbliższych latach budżetowych polskie rolnictwo będzie poddane wpływom reformy WPR, dokonującej się w efekcie globalizacji, która będzie wiązała się z redukcją cen instytucjonalnych (interwencyjnych, referencyjnych), refundacji eksportowych i innych preferencji w zamian za płatności bezpośrednie. Polska jako członek Światowej Organizacji Handlu będzie zobowiązana do zastosowania się do porozumienia przyjętego podczas obecnej rundy negocjacyjnej Doha. Postępującą liberalizację światowego handlu żywnością i towarami rolnymi należy rozpatrywać jako szansę, ale i jednocześnie zagrożenie dla polskiego rolnictwa.

Obecna runda rokowań w ramach WTO wymusi istotne zmiany w ramach wspólnej organizacji rynków rolnych do roku 2013. Wynikałoby to przede wszystkim z ustaleń odnośnie do całkowitej eliminacji subsydiów eksportowych do roku 2013, a także z liberalizacji dostępu do rynku wspólnotowego. Także zobowiązania UE w zakresie krajowego wsparcia, w szczególności w odniesieniu do definicji poszczególnych form wsparcia, mogą mieć wpływ na niektóre rozwiązania w ramach wspólnej organizacji rynków. Istniejące analizy wskazują, iż Wspólne Organizacje Rynków Rolnych mogą być zachowane w obecnym kształcie nie dłużej niż do roku 2013. Przed szczególnie dużym wyzwaniem stoją takie rynki, jak: rynek mleka, wołowiny, cukru, zbóż, a także owoców i warzyw.

3.8. Zasada wzajemnej zgodności (*cross-compliance*)³⁵

W wyniku reformy WPR ustalonej w czasie szczytu w Luksemburgu 26 czerwca 2003 r. uzyskiwanie płatności bezpośrednich przez rolników nie jest uzależnione od wielkości prowadzonej przez nich produkcji. Powstał nowy instrument – *cross-compliance* warunkujący uzyskanie płatności bezpośrednich koniecznością spełnienia szeregu wymagań. Zasada ta określa też kary za nieprzestrzeganie tych wymogów. Do 31 grudnia 2007 r. Komisja ma przedstawić raport nt. stosowania zasady wzajemnej zgodności.

Wymagania. W ramach *cross-compliance* rolnik otrzymujący płatności bezpośrednie będzie musiał od 1.01.2005 r. spełniać określone wymagania w zakresie: standardów ochrony środowiska (5 dyrektyw), zdrowotności ludzi i zwierząt oraz identyfikacji i rejestracji zwierząt (1 dyrektywa i 2 rozporządzenia). Od 1 stycznia 2006 r. wymagania obejmują kolejne standardy dotyczące: zdrowotności ludzi, zwierząt i roślin (2 dyrektywy i 2 rozporządzenia) oraz notyfikacji o chorobach zwierzęcych (3 dyrektywy). Od 1 stycznia 2007 r. także wymagania w zakresie dobrostanu zwierząt (3 dyrektywy). Ogółem jest to 14 dyrektyw i 4 rozporządzenia związane z ochroną środowiska, bezpieczeństwem żywności, dobrostanem zwierząt.

Ponadto rolnik będzie musiał utrzymywać ziemię w dobrej kulturze rolnej, zgodnie z wymogami ochrony środowiska. Minimalne wymagania w tym zakresie zastaną ustalone przez państwa członkowskie na poziomie kraju lub regionu, przy uwzględnieniu krajowych/regionalnych: uwarunkowań klimatyczno-glebowych, wykorzystania gruntów, praktyk w zakresie zmianowania, metod gospodarowania oraz struktury gospodarstw. Te minimalne wymagania dotyczyć będą 4 zagadnień:

- 1) erozji gleb,
- 2) substancji organicznych w glebie,
- 3) struktury gleb,
- 4) zarządzania gospodarstwem.

Wymienionych wymagań, związanych z utrzymaniem ziemi w dobrej kulturze rolnej i zgodnie z wymogami ochrony środowiska, nie należy utożsamiać z wymogami zwykłej dobrej praktyki rolniczej stosowanej w ramach rozporządzenia Rady 1257/1999³⁶ oraz z wymogami stosowanymi do przedsięwzięć rolno-środowiskowych, w przypadku których są one wyższe niż zwykła dobra praktyka rolnicza, stosowanie której wprowadza powyższe rozporządzenie.

Kontrola. Sprawdzanie przestrzegania wymogów w zakresie ochrony środowiska, zdrowotności ludzi, roślin i zwierząt, identyfikacji i rejestracji zwierząt,

³⁵ Termin *cross-compliance* jest różnie tłumaczony na język polski: jako zasada wzajemnej zgodności, współzależności, krzyżowej zgodności, itp., dlatego autorzy najczęściej posługują się nazwą angielską.

³⁶ Rozporządzenie z dnia 17 maja 1999 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich z Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej (EFORG), zmieniające i uchylające niektóre rozporządzenia.

a także wymogów związanych z utrzymaniem ziemi w dobrej kulturze rolnej, zgodnie z wymogami ochrony środowiska, będzie dokonywane w trakcie audytów wybranych gospodarstw.

Kontrolą na miejscu będą objęte gospodarstwa wylosowane w ramach standardowej obowiązkowej próby w systemie IACS³⁷. Próba ta ma zawierać przynajmniej 1 z gospodarstw rolnych w kraju. Będzie obowiązywała określona procedura kontroli:

1. Wylosowana 5% próba gospodarstw poddana kontroli w ramach IASC zostanie przesłana instytucjom, które mają przeprowadzić kontrolę *cross-compliance*;
2. Każda instytucja może być jedną spośród dwóch metod kontroli bądź je połączyć:
 - 1 metoda – instytucja sama przeprowadza własną analizę ryzyka na otrzymanej 5% próbie i określa przynajmniej 20% (co odpowiada 1% całkowitej liczby gospodarstw) gospodarstw, które poddaje kontroli. W przypadku wymogu notyfikacji o chorobach zwierzęcych obowiązek ten trzeba wypełnić wyłącznie w wypadku choroby;
 - 2 metoda – instytucja nie korzysta z próby IACS, ale tworzy własną listę gospodarstw do kontroli, na podstawie własnych kryteriów ryzyka. Lista ta musi zawierać co najmniej 1% wszystkich gospodarstw rolnych (które uzyskują płatności bezpośrednio).

Dla poprawy efektywności kontroli instytucje kontrolujące określony standard będą mogły pominąć w kontroli rolnika – beneficjenta płatności, a kontrolować innych uczestników łańcucha żywnościowego (rzeźnie, handel, dostawców). W rezultacie 1% rolników zostaje sprawdzonych, tyle że w sposób pośredni.

Kary. Kary za nieprzestrzeżenie zasady *cross-compliance* są zróżnicowane w zależności od charakteru wykroczenia i jego skutków, i polegają na obniżeniu należnych płatności, wyłącznie z wykluczeniem rolnika z systemu płatności. Redukcja dotyczy kwot płatności pomniejszonych o ewentualne zastosowanie instrumentu modulacji i instrumentu dyscypliny finansowej i nie może przekroczyć kwoty zależnych płatności.

Kary są następujące: 1. Zaniedbywanie skutkuje redukcją płatności o maksymalnie 5%, a w przypadku powtarzającego się zaniedbania – o 15%; 2. Celowe nieprzestrzeżenie wymogów zasady współzależności skutkuje co najmniej 20% redukcją płatności, a w skrajnym przypadku może powodować wykluczenie rolnika z jednego lub więcej programów pomocowych na 1 rok lub dłuższy okres.

Środki finansowe pochodzą z nałożonych kar zasila Sekcje Gwarancji Funduszu EAGGF³⁸. 25% tych środków będzie mógł zatrzymać kraj członkowski.

³⁷ Zintegrowany System Zarządzania i Kontroli.

³⁸ Europejski Fundusz Orientacji i Gwarancji Rolnej – (EAGGF – European Agriculture Guidance and Guarantee Funds).

4. Nowy system płatności – promocja rolnictwa zrównoważonego, bardziej zorientowanego na rynek

Najważniejszym elementem reformy WPR jest oddzielenie płatności bezpośrednich od produkcji (ang. *decoupling*). Płatność nie będzie pochodną wielkości produkcji, a jej wysokość będzie zależała od powierzchni gospodarstwa oraz od spełnienia przez nie standardów ochrony środowiska, weterynaryjnych, jakościowych i innych. Nowy system jednolitej płatności obszarowej ma w intencji twórców reformy promować rolnictwo zrównoważone i zorientowane na rynek. To rolnik będzie decydował o tym, co, jak i ile produkować. Obecnie rolnik wytwarza często nie to, na co występuje popyt zgłaszany przez konsumentów, ale to, do produkcji czego przysługują dopłaty bezpośrednie. Powoduje to występowanie nadmiernej podaży wielu produktów rolnych oraz negatywnie oddziałuje na środowisko naturalne. W myśl postanowień reformy z Luksemburga państwo członkowskie będzie mogło wybrać pomiędzy dwoma systemami płatności:

- jednolitą płatnością na gospodarstwo (JPG),
- jednolitą płatnością regionalną (JPR).

Dopłaty bezpośrednie w obecnym kształcie zostaną zatem zniesione i zastąpione nowym systemem płatności.

Jednolita płatność na gospodarstwo

Płatność ta zastąpi większość płatności funkcjonujących w ramach organizacji różnych rynków rolnych UE. W rezultacie większość płatności bezpośrednich w Unii będzie oddzielona od produkcji, tzn. ich otrzymywanie nie będzie uwarunkowane koniecznością prowadzenia określonych upraw lub chowem określonych zwierząt w gospodarstwie.

Jednolita płatność na gospodarstwo będzie oddzielona od produkcji. Gospodarstwo będzie ją otrzymywało niezależnie od rodzaju prowadzonej działalności, a nawet wtedy, gdy nie będzie prowadziło produkcji rolnej. Kwota JPG będzie równa średniej wysokości dopłat bezpośrednich otrzymywanych przez gospodarstwo w okresie referencyjnym 2000–2002. Obszarem, który nie będzie brany pod uwagę przy wyliczaniu wysokości JPG, będą użytki rolne przeznaczone pod uprawy wieloletnie, lasy i ziemia użytkowana w celach nierolniczych. Od 2007 r. premie mleczne i płatności dodatkowe do mleka będą wliczane do JPG. Państwo członkowskie samodzielnie decyduje o włączeniu części lub całości premii mlecznej do JPG od 2005 r. W przypadku rolników niemających w okresie referencyjnym użytków rolnych, ale otrzymujących premie zwierzęce, wartość JPG będzie równa średniej wielkości płatności z okresu referencyjnego.

Istotnym elementem nowego mechanizmu płatności dla gospodarstw jest możliwość wyłączenia przez państwo członkowskie spod JPG części upraw oraz płatności do produkcji zwierzęcej. Wyłączenia będą stosowane wtedy, gdy istnieje

uzasadniona obawa zaprzestania przez gospodarstwa produkcji w przypadku uniezależnienia wysokości wsparcia od wielkości tej produkcji⁶. Ponadto kraje członkowskie uzyskają prawo do wprowadzenia dodatkowych dopłat do tych kierunków produkcji, które są ważne ze względu na ochronę środowiska przyrodniczego oraz poprawę jakości wytwarzanych produktów.

Spod JPG będzie mogło być wyłączone 25% obecnych płatności w sektorze upraw polowych lub alternatywnie 40% uzupełniających płatności dla pszenicy durum. W przypadku hodowli owiec i kóz do 50% premii, a w sektorze wołowym do 100% premii ubojowych na cielęta.

Nowe płatności oddzielone od produkcji nie będą zachęcały rolników do jej nadmiernego zwiększania, a tym samym przyczynią się do ochrony zasobów naturalnych oraz do promocji rolnictwa zrównoważonego. Co równie istotne, system jednolitej płatności na gospodarstwo stanowi odpowiedź na zarzuty formułowane pod adresem UE na forum Światowej Organizacji Handlu o nadmierne subsydiowanie produkcji rolnej. W nowym systemie rolnicy przy podejmowaniu decyzji produkcyjnych w większym stopniu będą się kierowali potrzebami konsumentów niż wielkością wsparcia UE dla różnych rodzajów produkcji. JPG będzie służyła zwiększeniu efektywności produkcji rolnej i lepszej alokacji zasobów produkcyjnych w gospodarstwach.

Jednolita płatność regionalna

Kraj członkowski zamiast na JPG może się zdecydować na wprowadzenie jednolitej płatności regionalnej. Państwo członkowskie będzie mogło podzielić swoją kopertę regionalną pomiędzy wszystkich rolników z danego regionu, również tych, którzy nie otrzymywali wsparcia w okresie referencyjnym.

System jednolitej płatności regionalnej umożliwi stosowanie dopłat o identycznej wysokości do wszystkich rodzajów użytków rolnych. Płatność będzie mogła być zróżnicowana – inna na trwałe użytki zielone, inna na pozostałe uprawiane obszary. Podobnie jak w przypadku JPG, spod JPR będą wyłączone uprawy wieloletnie, lasy i ziemia użytkowana w celach nierolniczych. Zaletą tego systemu jest możliwość włączenia premii mlecznych do JPR już od 2005 roku.

Paradoksalnie, wynegocjowane w Kopenhadze warunki integracji polskiego rolnictwa z UE, a zwłaszcza system płatności obszarowych, są bliższe założeniom reformy WPR niż reguły, według których są wspierane gospodarstwa w starych państwach członkowskich. W Polsce wysokość dopłat bezpośrednich jest funkcją powierzchni gospodarstwa, a nie wielkości produkcji³⁹. Uproszczony system przyznawania dopłat bezpośrednich jest bardzo bliski systemowi JPG, jak i JPR. W tym sensie oddzielenie wysokości dopłat od wielkości produkcji będzie dla polskich rolników jedynie lekką modyfikacją obecnie funkcjonują-

³⁹ Regionalizacja systemu płatności w Polsce, FAPA, Warszawa 2005.

cego systemu. Zaproponowany przez Komisję nowy system wsparcia gospodarstw jednoznacznie wskazuje na odejście od promowania rolnictwa przemysłowego na rzecz zrównoważonej produkcji rolnej. Postawienie przez Komisję na jakość, a nie na ilość, leży w interesie polskich rolników. Model rolnictwa zrównoważonego, w którym usiłuje się pogodzić prowadzenie opłacalnej ekonomicznie produkcji rolnej z zachowaniem bogactwa środowiska naturalnego oraz zapewnieniem wysokiej jakości żywności, leży w interesie polskich rolników. Poszczególne propozycje w ramach reformy WPR wydają się więc zgodne z potencjałem strukturalnym polskiego rolnictwa.

5. Wspólna Polityka Rolna po 2013 roku

5.1. Założenia ogólne

Wspólna Polityka Rolna, historycznie pierwsza spośród wspólnych polityk społeczno-ekonomicznych Wspólnot Europejskich, na przestrzeni kilku dziesięcioleci podlegała ciągłej ewolucji. Zmieniające się uwarunkowania zarówno wewnętrzne, jak i zewnętrzne wymagały sprostania wielu wyzwaniom, co odzwierciedlały kolejne reformy tej polityki. Najważniejsze z nich obejmują reformę MacSharry'ego z 1992 r., uzgodnioną w 1999 r. Agendę 2000 oraz przeprowadzoną w 2003 r., a więc tuż przed akcesją Polski do UE – reformę z Luksemburga, która obok postanowień dotyczących kształtu WPR do 2013 r., zobowiązała również Wspólnotę do przeprowadzenia oceny funkcjonowania tej polityki (ang. Health-Check) w latach 2007–2008.

Od momentu uzyskania członkostwa w Unii Europejskiej Polska współdecyduje o zmianach Wspólnej Polityki Rolnej, czego potwierdzeniem jest udział w kolejnych modyfikacjach tej polityki (reformy poszczególnych rynków rolnych: cukru w 2006 r., owoców i warzyw oraz wina w 2007 r., Health-Check 2007–2008). Już dziś wiadomo, że nieuniknione będą dalsze zmiany, które istotnie wpłyną na kształt polityki rolnej UE w dłuższej perspektywie, w szczególności po 2013 r. Uwidocznili to także zakończony w listopadzie 2008 r. przegląd Wspólnej Polityki Rolnej (Health-Check), wskazując na potrzebę dalszych dostosowań tej polityki do nowych długoterminowych wyzwań.

Debata polityczna na temat kształtu Wspólnej Polityki Rolnej po 2013 r. została zapoczątkowana przez prezydentkę francuską jeszcze w trakcie trwania Health-Check, tj. podczas nieformalnego spotkania ministrów UE ds. Rolnictwa i Rybołówstwa w dniach 21–23 września w Annecy (Francja). W czasie posiedzenia Rady w dniu 28 listopada 2008 r., podjęto próbę wypracowania Konkluzji Rady w sprawie WPR po 2013 r. na podstawie wniosków z dyskusji przeprowadzonej we wrześniu w Annecy. Podstawą aktywnego udziału Polski w ówczesnej dyskusji o przyszłości WPR był dokument pt. *Polska wizja Wspólnej Polityki Rolnej po 2013 roku – założenia i wstępne propozycje*, przygotowany przez

Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi i przyjęty przez Komitet Europejski Rady Ministrów w dniu 21 listopada 2008 r. Dokument ten był także przedmiotem konsultacji, w trakcie których Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi otrzymało uwagi i propozycje od licznych respondentów, w tym od organizacji społecznych oraz instytucji naukowych zajmujących się problematyką rolnictwa i obszarów wiejskich. Istotnym elementem tych konsultacji była konferencja pt. *Polska wizja Wspólnej Polityki Rolnej po 2013 roku*, z udziałem ministra rolnictwa i rozwoju wsi oraz przedstawicieli środowiska naukowego i organizacji rolniczych, która miała miejsce w dniu 26 stycznia 2009 r. w Szkole Głównej Gospodarstwa Wiejskiego.

Kolejnym ważnym wydarzeniem w kontekście trwającej debaty nad przyszłością Wspólnej Polityki Rolnej po 2013 r. była zorganizowana w dniach 28–29 kwietnia 2009 r. w Warszawie międzynarodowa konferencja pt. *Rolnictwo i obszary wiejskie – 5 lat po akcesji Polski do Unii Europejskiej*. W spotkaniu udział wzięło około 300 uczestników z 21 państw, w tym komisarz ds. Rolnictwa i Rozwoju Obszarów Wiejskich – Mariann Fischer-Boel, przewodniczący Komisji Parlamentu Europejskiego ds. Rolnictwa i Rozwoju Obszarów Wiejskich, Neil Parish, a także ministrowie rolnictwa z czterech państw UE (Finlandia, Litwa, Polska, Węgry). W pierwszym dniu konferencji dyskusję podjęli przedstawiciele instytucji naukowych, którzy przybliżyli efekty członkostwa w UE w obszarze rolnictwa i rozwoju wsi oraz poruszyli kwestie związane z nowymi wyzwaniami dla Wspólnej Polityki Rolnej. Obrady w drugim dniu miały natomiast bardziej polityczne ukierunkowanie. Głos w dyskusji zabrali wówczas zarówno przedstawiciele Komisji Europejskiej, prezydencji czeskiej, Parlamentu Europejskiego, jak również przedstawiciele administracji państwowej oraz polskiej sceny politycznej.

Ważnym etapem prac nad polską propozycją odnośnie do wspólnych zasad i założeń dla przyszłej polityki rolnej w Unii Europejskiej jest *stanowisko rządu Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie przyszłości Wspólnej Polityki Rolnej po 2013 roku*. Stanowisko to będzie prezentowane przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej na forum Unii Europejskiej w celu przekonania innych państw do przyjętych w nim założeń oraz uzyskania poparcia dla polskich postulatów w ramach Wspólnoty. Niniejszy projekt stanowiska rządu był przedmiotem uzgodnień międzyresortowych, a następnie przyjęty przez Komitet Europejski Rady Ministrów w dniu 26 maja 2009 r., a także zatwierdzony przez Radę Ministrów w dniu 12 czerwca 2009 r.

5.2. Program Rozwoju Obszarów Wiejskich (PROW) a rynek

PROW został zasadniczo zmodernizowany w roku 1999, kiedy w miejsce kilkunastu aktów prawnych wprowadzono jedno rozporządzenie. Dopiero jednak ustanowienie EFRROW istotnie poprawiło efektywność programu. Spójrzmy jak kształtowała go w ostatnich latach Komisja i Rada w kontekście całej WPR.

15 lipca 2007 r. Rada zmieniła decyzję ustanawiającą kwotę wsparcia wspólnotowego na rzecz rozwoju obszarów wiejskich na okres 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2013 r., jej podział na poszczególne lata oraz minimalną kwotę, która zostanie skoncentrowana w regionach kwalifikujących się w ramach celu konwergencji. W myśl tej decyzji zmieniającej – przydzielone środki, które nie zostały wykorzystane w roku budżetowym 2007, zostały ponownie przydzielone na okres 1 stycznia 2008 r. – 31 grudnia 2013 r. Komisja uruchomiła następnie Europejską Sieć na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich. Przedmiotowa sieć, łącząc osoby odpowiedzialne za wyznaczanie kierunków polityki, pracowników administracji, środowisko naukowe i inne osoby zaangażowane w rozwój obszarów wiejskich, pochodzące z różnych państw członkowskich, ułatwi wymianę poglądów, informacji i doświadczeń, tak aby unijna polityka rozwoju obszarów wiejskich nadal odpowiadała wyzwaniom XXI w.⁴⁰

Jakość produktów rolnych. 29 września 2007 r. Rada zmieniła rozporządzenie w sprawie produkcji ekologicznej i znakowania produktów ekologicznych, które będzie stosowane od dnia 1 stycznia 2009 r. Zmiana przesuwła termin obowiązkowego stosowania logo UE, które musi znajdować się na opakowaniach żywności paczkowanej od 1 lipca 2010 r. Komisja przyjęła zieloną księgę zatytułowaną „Jakość produktów rolnych: normy jakości produktów, wymogi w zakresie produkcji rolnej, systemy jakości”. Przedmiotowa zielona księga zapoczątkowała konsultacje społeczne w sprawie rozwoju polityki jakości produktów rolnych. Dokonuje przeglądu norm, programów zapewniania jakości i certyfikacji oraz systemów etykietowania obecnie obowiązujących w Unii. W zielonej księdze postawiono także wiele pytań, co trzeba zrobić, aby jak najlepiej wykorzystać siłę wspólnotowego rolnictwa oraz podnieść świadomość konsumentów w zakresie oferowanych im produktów⁴¹.

Ceny produktów rolnych i związane z nimi środki. 20 maja 2008 r. Komisja przyjęła komunikat zatytułowany „Reakcja na kwestię wzrostu cen żywności – Wskazówki dotyczące działania na szczeblu UE”. Przedmiotowy komunikat zawiera analizę różnych czynników przejściowych i strukturalnych leżących u podstaw niedawnego wzrostu cen żywności, prognozy dotyczące możliwych przyszłych trendów cenowych oraz przegląd skutków na poziomie krajów i gospodarstw domowych zarówno wewnątrz Unii, jak i na poziomie światowym. W komunikacie tym przedstawiono propozycje działań, które mogłaby podjąć Unia Europejska w odpowiedzi na wzrost cen żywności. Inicjatywy te obejmują trzy uzupełniające się rodzaje działań: 1) mające na celu złagodzenie krótko- i średniookresowych skutków gwałtownego wzrostu cen żywności, 2) mające na

⁴⁰ Por. odnośne akty prawne: rozporządzenie (WE) nr 146/2008 (Dz.Urz. L 46 z 21.2.2008); rozporządzenie (WE) nr 1782/2003 (Dz.Urz. L 270 z 21.10.2003); rozporządzenie (WE) nr 637/2008 (Dz.Urz. L 178 z 5.7.2008) oraz rozporządzenie (WE) nr 615/2008 (Dz.Urz. L 168 z 28.6.2008).

⁴¹ Zob. rozporządzenie (WE) nr 1009/2008 (Dz.Urz. L 276 z 17.10.2008); rozporządzenie (WE) nr 967/2008 (Dz.Urz. L 264 z 3.10.2008); rozporządzenie (WE) nr 834/2007 (Dz.Urz. L 189 z 20.7.2007).

celu długoterminowe zwiększenie dostaw rolnych i zapewnienie bezpieczeństwa żywności oraz 3) mające stanowić wkład w światowe starania zmierzające do złagodzenia negatywnych konsekwencji wzrostu cen dla uboższych mieszkańców świata. W rezolucji z 22 maja 2008 r. w sprawie wzrostu cen żywności Parlament Europejski podkreślił fundamentalny charakter prawa do żywności i konieczność poprawy stałego dostępu wszystkich ludzi do żywności w ilościach, które wystarczają do aktywnego i zdrowego życia. W tym kontekście Komisja przedstawiła wniosek dotyczący stworzenia specjalnego instrumentu finansowego o budżecie wynoszącym miliard euro w celu wsparcia rolników w krajach rozwijających się. Został on przyjęty przez Parlament Europejski i Radę w dniu 16 grudnia 2008 r.⁴² Następnie Komisja przyjęła wniosek dotyczący zmiany wspólnotowego programu dystrybucji żywności wśród osób najbardziej potrzebujących we Wspólnocie, sugerując uproszczenie procedur administracyjnych i poprawę zarządzania. Rada Europejska wezwała Komisję do zbadania przyczyn wzrostu cen żywności w Europie, zawierając plan działania na rzecz usprawnienia funkcjonowania łańcucha dostaw żywności⁴³.

Wspólna organizacja rynków. W 2008 r. przyjęto wiele wniosków legislacyjnych dotyczących zmiany lub uproszczenia obowiązującego prawodawstwa w sektorze napojów spirytusowych, mleka, lnu i konopi, wina, tytoniu i bawełny. W odniesieniu do napojów spirytusowych Parlament Europejski i Rada przyjęły rozporządzenie w sprawie definicji, opisu, prezentacji, etykietowania i ochrony oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych oraz uchylające obowiązujące rozporządzenie. Nowe rozporządzenie ma pomóc producentom we wprowadzaniu ich produktów na rynek, zapewniając jednocześnie konsumentom większą przejrzystość. Rada zwiększyła o 2% produkcję mleka w Unii Europejskiej. Ponadto Komisja uruchomiła w europejską kampanię na rzecz picia mleka w szkołach w celu kształtowania dobrych nawyków żywieniowych⁴⁴.

W następstwie reformy europejskiego sektora wina, którą dopeśniło opublikowanie rozporządzenia, Komisja przedstawiła wniosek dotyczący zmiany rozporządzenia o jednolitej WOR w celu włączenia do niego również zmian wprowadzonych w przedmiotowym sektorze⁴⁵. Komisja przyjęła zalecenie mające na celu rozpoczęcie negocjacji z Międzynarodową Organizacją ds. Winorośli i Wina w sprawie ewentualnego przystąpienia do niej Wspólnoty Europejskiej.

⁴² Por. kolejno: COM(2008) 321 (Dz.Urz. C 10 z 15.1.2009); COM(2008) 450. Zob. dział V, rozdział 3, podrozdział „Polityka rozwoju”, część „Aspekty ogólne” sprawozdania oraz rozporządzenie (WE) nr 1337/2008 (Dz.Urz. L 354 z 31.12.2008).

⁴³ Por. COM(2008) 563; COM(2008) 821.

⁴⁴ Rozporządzenie (WE) nr 110/2008 (Dz.Urz. L 39 z 13.2.2008); rozporządzenie (WE) nr 248/2008 (Dz.Urz. L 76 z 19.3.2008); rozporządzenie (WE) nr 247/2008 (Dz.Urz. L 76 z 19.3.2008).

⁴⁵ Rozporządzenie (WE) nr 361/2008 (Dz.Urz. L 121 z 7.5.2008).

5.3. Reforma finansowania WPR

W perspektywie finansowej 2007–2013 w miejsce istniejącego dotychczas Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej (FEOGA), będącego częścią budżetu UW przeznaczoną na WPR, utworzono dwa europejskie fundusze rolnicze:

- **Europejski Fundusz Rolniczy Gwarancji**, mający finansować gł. środki rynkowe oraz
- **Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich**, zwany dalej EFRROW, powołany w celu finansowania programów rozwoju obszarów wiejskich.

Ogólną rolę Europejskiego Funduszu Rolnego na Rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich określa artykuł 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 1698/2005 z 20.09.2005 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW)⁴⁶, zgodnie z którym EFRROW ma przyczyniać się do wspierania zrównoważonego rozwoju obszarów wiejskich na terytorium całej Wspólnoty, uzupełniając politykę wsparcia rynku i wsparcia dochodów w ramach wspólnej polityki rolnej, politykę spójności oraz wspólną politykę rybołówstwa. Rozporządzenie Rady nr 1698/2005 określa podstawowe zasady polityki rozwoju obszarów wiejskich na lata 2007–2013, a także instrumenty, z jakich mogą korzystać państwa członkowskie i regiony w jej zakresie. Zgodnie z punktem 50 jego preambuły wspólnotowa polityka rozwoju obszarów wiejskich 2007–2013 ma się opierać na doświadczeniach zebranych podczas wdrażania inicjatywy wspólnotowej Leader, która „po przejściu przez trzy okresy programowania osiągnęła poziom dojrzałości umożliwiający obszarom wiejskim wdrożenie podejścia Leader w szerszym zakresie w ramach głównego programowania rozwoju obszarów wiejskich”. Działania te mają być zgodne z Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich, reformowanym począwszy od 1999 r., któremu w 2008 r. nadano ostateczny, aktualny kształt⁴⁷.

Warto wskazać, że na EFRROW w perspektywie 2007–2013 przeznaczono 87 mld euro w cenach z 2004 r., z czego Polska otrzymała 17,2 mld. euro. Może to pozwolić na restrukturyzację naszych obszarów wiejskich.

W lutym 2006 r. przyjęto wytyczne strategiczne dotyczące polityki rozwoju obszarów wiejskich. Polityka ta została wzmocniona, tak aby obszary wiejskie były w stanie sprostać pojawiającym się w XXI wieku wyzwaniom dotyczącym gospodarki, społeczeństwa i ochrony środowiska naturalnego. Zarówno nowe ramy prawne, jak i Europejski Fundusz Rolniczy Rozwoju Obszarów Wiejskich są wyrazem potrzeby pobudzania rozwoju i tworzenia nowych miejsc pracy na tych właśnie obszarach w celu osiągnięcia zrównoważonego rozwoju odpowiadającego

⁴⁶ Dz.Urz. WE nr L 277, 21.10.2005, s. 1–40.

⁴⁷ Program rozwoju obszarów wiejskich na lata 2007–2013 i EFRROW – Dz.Urz. UE L 76 z 19.03.2008, s. 28, zwanego dalej rozporządzeniem nr 259/2008.

strategii lizbońskiej i wnioskom ze szczytu w Göteborgu. Polityka rozwoju obszarów wiejskich na lata 2007–2013 została oparta na trzech tematach i wpisana w trzy odpowiadające im osie określone w nowym rozporządzeniu dotyczącym rozwoju obszarów wiejskich, tj.: poprawa konkurencyjności sektora rolnego; poprawa stanu środowiska naturalnego i wspieranie gospodarowania gruntami oraz poprawa jakości życia na obszarach wiejskich i różnicowanie gospodarki wiejskiej. Czwarta oś, zwana „Osią Leader”, opiera się na doświadczeniach inicjatywy wspólnotowej Leader i ma na celu wdrażanie lokalnych strategii rozwoju obszarów wiejskich w ramach partnerstw publiczno-prywatnych. Dzięki modulacji polegającej na ograniczaniu dopłat bezpośrednich wypłacanych gospodarstwom i przekazywaniu uzyskanych w ten sposób środków na działania dotyczące rozwoju obszarów wiejskich, programy rozwoju wsi dysponować będą większym budżetem. Państwa członkowskie są odtąd zobowiązane stosować modulację wiążącą się z obniżeniem (o 5% od 2007 r.) wszystkich dopłat bezpośrednich, których wartość przekracza 5000 euro rocznie.

5.4. Rozwój instrumentów polityki strukturalnej

Przyjęciu zreformowanej regulacji PROW towarzyszył istotny rozwój instrumentów strukturalnych⁴⁸. Dotyczy to wzbogacenia dotychczasowych instrumentów o środki dbałości o krajobraz, o naturalny kształt obszarów wiejskich, tradycyjne formy kultury i sposoby gospodarowania, troskę o zrównoważone rolnictwo, działania proekologiczne, środki rolnośrodowiskowe, produkty naturalne itd. Jednocześnie, obok wprowadzania jednolitych płatności obszarowych, ustanowiono zasady *cross-compliance* oraz mechanizmy dobrowolnych i obowiązkowych modulacji, wspomagających politykę strukturalną.

Reforma wspólnej polityki rolnej w czerwcu 2003 r. i kwietniu 2004 r. wprowadziła zasadnicze zmiany, które wpłynęły znacząco na gospodarkę na całym obszarze wiejskim UE, jeśli chodzi o strukturę produkcji rolnej, metody gospodarowania gruntami, zatrudnienie oraz warunki społeczne i ekonomiczne w szerszym znaczeniu, na poszczególnych obszarach wiejskich. Działania te były komplementarne względem działania podejmowanego przez państwa członkowskie. Partnerstwo miało być wzmocnione poprzez rozwiązania na rzecz udziału różnego typu partnerów, z pełnym poszanowaniem kompetencji instytucjonalnych; przedmiotowi partnerzy powinni brać udział w przygotowaniu, monitorowaniu i ocenie programowania. Działalność Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) oraz operacje, do których Fundusz się przyczynia, muszą być spójne i zgodne z innymi politykami wspólnotowymi oraz zgodne z całym prawodawstwem wspólnotowym. Tworzenie sys-

⁴⁸ Program rozwoju obszarów wiejskich na lata 2007–2013 oraz EFRROW (Dz.Urz. UE L 76 z 19.03.2008, s. 28 i n.).

temu usług z zakresu zarządzania gospodarstwem rolnym, zastępstwa i usług doradczych dla rolników oraz usług doradczych dla posiadaczy lasów powinno pomóc im w dostosowaniu, ulepszeniu i ułatwieniu zarządzania oraz poprawić ogólne wyniki ich gospodarstw poprzez dalsze doskonalenie potencjału ludzkiego działającego w sektorach rolnym i leśnym. Można powiedzieć, że dzięki tym reformom zbudowano infrastrukturę kapitałową i rzeczową PROW. Kolejne korekty do Programu wprowadzono w 2006 oraz 2007 r. Natomiast za dalsze, komplementarne elementy reformy można uznać przebudowę filara rynkowego oraz europejskich organizacji rynku (podjęte w 2007 r.) wraz z reformą systemu finansowania⁴⁹. Kontynuacją tych działań są programy realizacyjne i kontrolne, głównie pilotowane przez Komisję, w tym Health-Check.

6. Próba podsumowania

Sytuacja, w jakiej znalazł się sektor rolny Unii po przyjęciu zobowiązań Rundy Uruguayjskiej i wejściu do WTO, nie jest łatwa. Stąd wynika radykalizm reformy WPR po 2003 r., kiedy zaczęto wprowadzać i obowiązkowy udział polityki strukturalnej (reformą FEOGA) i ograniczenie finansowania rolnej produkcji oraz rynku (w tym *Single Farm Payment*, *cross-compliance*) i autentyczny rozwój obszarów wiejskich, i perspektywy pełnego urynkwienia produkcji rolnej. Ale tak zdrowe – z punktu widzenia wolnego rynku oraz gospodarki – podejście, stanowi zarazem *koszmarny sen* unijnego rolnika. I tu warto wskazać, że powyższe reformy są naprawdę radykalne (choć bez przesady, bo na wniosek dużych państw podwyższono np. o 2 % kwoty – nikomu niepotrzebnej – produkcji mleka). Takie działania WTO nie poprawiają sytuacji na rynku światowym, gdyż USA, Kanada, Australia i Nowa Zelandia nie zamierzają w swej polityce rolnej stosować tak drastycznych ograniczeń jak Unia i to mimo zdecydowanie niższych kosztów produkcji. Unia musi sobie więc poradzić z tą niekorzystną sytuacją. A perspektywa wolnego, w pełni konkurencyjnego rynku rolnego jest dla Unii w obecnych uwarunkowania praktycznie nieunikniona.

WPR pochłaniała dotąd nie tylko wielką ilość pieniędzy z budżetu, ale angażowała też znaczące instrumenty regulacyjne (poświęcone jej było ponad 30% wszystkich aktów wchodzących do *acquis*) oraz środki organizacyjne. Ich uwolnienie przyczynić się może do zwiększenia dynamiki rozwoju ekonomicznego Unii. Z tych powodów również pożądanym jest wolnorynkowe rolnictwo. Ale czy Unii na to stać ekonomicznie i politycznie wobec wymogów rynku światowego oraz wobec partykularnej postawy głównych producentów (USA i Australii)?

⁴⁹ Zob. regulacje Ibidem oraz rozporządzenie Rady (WE) nr 1698/2005 z dnia 20 września 2005 r. ws. wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW), Dz.Urz. L 277, 21/10/2005, s. 1–40.

Należy również zwrócić uwagę na zmiany zachodzące w prawie rolnym Unii. Zmiany zachodzące w WPR znacznie uprościły i odchudziły bardzo bogaty zespół przedmiotowych aktów. Warto wskazać, choćby zastąpienie dwudziestu kilku aktów dotyczących PROW jednym rozporządzeniem w 1999 r., na próbę konsolidacji niezwykle bogatej gamy dopłat o zastąpienia jej jednolitymi płatnościami obszarowymi, na reformy finansowania WPR itd. Oczywiście, występują tu też (choć stosunkowo nieliczne) przejawy tendencji przeciwnej, jak np. utrzymywania niektórych płatności (np. na rynku mleka), a nawet ich podwyższania. Wprowadzenie ogólnych zasad konkurencji na rynku rolnym skutkowałoby zarazem kapitalnym uproszczeniem prawa rolnego Unii.

Podjęmowane intensywnie od 2003 r. przez Komisję i Radę próby reformy WPR nie przyniosły dotąd rezultatów istotnych w sferze ekonomicznej i prawnej. Protekcyjność państw starej Unii wobec własnych rolników chroni kwoty mleczne, cukrowe, mięsne itd. Utrzymują się duże różnice w dopłatach bezpośrednich: ponad 500 E/h w Grecji i na Malcie, niespełna 200 E w Polsce, 250 E we Francji, a w RFN ponad 300 E. A jakie będą zasady finansowania WPR z unijnego budżetu w latach 2014–2020? Polska podkreśla, że zmiany po 2013 r. powinny zacierać różnice między starymi a nowymi państwami UE oraz że należy wprowadzić przyrzeczone wyrównanie dopłat⁵⁰, ale jest to sprzeczne z pragmatyczną wizją Komisji. Wprawdzie unijny komisarz twierdzi oficjalnie, że nie powinno być dwóch prędkości, a wszystkie państwa UE mają te same prawa, jednak tak nie jest w przygotowanym przez KE projekcie. Jest on daleki od oczekiwań wielu krajów; różny od stanowiska Polski i większości nowych państw, a nie zadowala Francji i W. Brytanii.

Czy w następnej perspektywie finansowej realnie stanie się wprowadzenie w pełni konkurencyjnego rynku rolnego, wspieranego jedynie strukturalnie i ekologicznie, rynku nowoczesnego i efektywnego na obszarze unijnym i poza-unijnym?

STRESZCZENIE

Analizę Wspólnej Polityki Rolnej (WPR) podzielono na dwa okresy. W pierwszym 1990–2003 zastosowano metody typowe do integracji wspólnotowo-unijnej, promującej finansowanie WPR. Drugi okres rozpoczyna reforma WPR po 2003 r., kiedy zaczęto wprowadzać obowiązkowy udział polityki strukturalnej (reforma FEOGA) i ograniczenie finansowania produkcji oraz rynku (w tym *Single Farm Payment*), autentyczny rozwój obszarów wiejskich, perspektywy urynkwienia produkcji rolnej.

⁵⁰ Już 11 państw UE przyjęło deklarację w sprawie prostej, uczciwej i prorolniczej WPR po 2013 r., akcentującą odejście od dotychczasowych kryteriów historycznych i przyjęcie nowych, które pozwolą na zrównanie różnic pomiędzy krajami Wspólnoty oraz zwiększenie środków w skali UE na rozwój obszarów wiejskich, a zmniejszenie na dopłaty bezpośrednie. Wśród sygnatariuszy deklaracji są (obok Polski) „nowe” i „stare” kraje Unii.

Reformy te są naprawdę radykalne, choć polityka rolna USA, Kanady, Australii i Nowej Zelandii, a zwłaszcza Stanów Zjednoczonych nie zamierza stosować tak drastycznych cięć. Regulacje przyjmowane w ramach WPR stanowią zarazem rozbudowane prawo rolne Unii, które wychodzi poza obszar polityki rolnej, wspomagając politykę spójności i politykę ochrony środowiska (PROW, zasadę zrównoważonego rozwoju, rolnictwo ekologiczne, działania krajobrazowe). Czy po 2013 będzie to rolnictwo rynkowe i konkurencyjne?

SUMMARY

The analysis of the Common Agricultural Policy (CAP) was divided into two periods. In the first one, between 1990 and 2003, methods typical for the European Union integration that promoted the financing of the CAP were used. The second period started with the CAP reform after 2003, when obligatory participation of structural policy (European Agricultural Guidance & Guarantee Fund reform) and limitation of the financing of production and market (including Single Farm Payment), authentic development of rural areas, and prospects for market facilitation of agricultural production started to be introduced. The reforms are really radical, although the agricultural policy of the USA, Canada, Australia and New Zealand, but especially the USA, is not intended to introduce such drastic cuts. Regulations adopted within the Common Agricultural Policy are at the same time an elaborated agricultural law of the Union, which goes beyond the limits of agricultural policy as it supports the cohesion policy and environment protection policy (Rural Development Programme, principle of balanced development, organic agriculture and promotion of landscape protection). Will agriculture be based on market economy rules and competitive after 2013?

JANUSZ CABAJ



PRAWNE ASPEKTY FEMINIZMU KULTUROWEGO

Wiele z powszechnie przyjmowanych teorii prawa jest traktowanych z rezerwą przez co najmniej tych teoretyków i filozofów, którzy szerzej zapoznali się z nurtem określanym jako krytyczna teoria prawa. Poddają oni w wątpliwość pewne schematy akceptowane dotąd jako naturalny porządek rzeczy. W zależności od tego, na czym skoncentrują swoją uwagę, taki też zostanie ustalony kierunek krytyki. W przypadku jurysprudencji feministycznej zasadniczym celem krytyki jest idea patriarchy. Idea ta – zdaniem feministów – odzwierciedla porządek społeczny, w którym standardy zarówno polityczne, ekonomiczne, społeczne, jak i prawne są ustanowione w interesie mężczyzn, istot bardziej wartościowych niż kobiety. W tym porządku społecznym mężczyźni są traktowani jako norma, wobec której kobieta jest wyjątkiem, o ile – w wersjach skrajnych – w ogóle nie zostaje wyłączona¹.

Przykładowo, w krytycznych teoriach rasowych przedmiotem krytyki jest koncepcja „rasy”, a w postmodernistycznej teorii prawa – idea „metanarracji” czy wszelkie esencjalizmy². Pod koniec XX w. jurysprudencja feministyczna została uznana za jedną z trzech głównych teorii krytycznych, oprócz teorii postmodernistycznej i *Critical Legal Studies (CLS)*³. Uzyskała w ten sposób status nurtu autonomicznego, choć niektórzy teoretycy dostrzegają jej wyraźne związki z *CLS* i traktują ją jako *sui generis* kontynuację⁴.

Wszystkie te teorie krytyczne łączy wspólny cel. Jest nim obalenie mitu określoności prawa i ukazanie, że prawo zamiast wyrażać pewność i racjonalność, w gruncie rzeczy jest wieloznaczne i niestabilne. Nie posiada racjonalnych podstaw, a co więcej różne teorie dostarczają prawu fałszywej legitymacji. Aby zapewnić prawu pozorną neutralność, teorie te stosują w tym celu swoiste fikcje czy iluzje. Fikcji bodaj największej dostarcza doktryna liberalizmu, deklarując ideał równości wobec prawa. W rzeczywistości z perspektywy jurysprudencji femi-

¹ J.G. Riddall, *Jurisprudence*, Oxford University Press, 2005, s. 272.

² R. Wacks, *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2006, s. 92.

³ S. Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2009, s. 233.

⁴ M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell 2001, s. 1122; powołuje publikację C. Menel-Meadow, D. Rhode i R. West.

nistycznej prawo utrwała patriarchy i jest odzwierciedleniem męskiego postrzegania świata, w którym dla kobiet nie ma równorzędnego miejsca⁵. Ten rodzaj krytyki – jak zwraca uwagę N. Lacey i E. Jackson – wydaje się niekiedy studentom w Anglii czy Stanach Zjednoczonych zbyt śmiały i intelektualnie prowokujący. Często trudno im się zgodzić, że prawdziwa struktura prawa jest wypaczona na płaszczyźnie *gender*, choć nie mają problemów ze zrozumieniem krytyki z perspektywy historycznej, a mianowicie, że prawo w różnych okresach naszych dziejów traktowało w różny sposób kobiety i mężczyzn⁶.

Walka o równość na gruncie doktryny liberalizmu, walka o równorzędne miejsce w świecie urządzonym przez mężczyzn została podjęta przez przedstawicieli liberalnej jurysprudencji feministycznej. Ich celem było przede wszystkim osiągnięcie równości w sferze publicznej. Sprzeciw wobec takiego podejścia zgłosili przedstawiciele radykalnej jurysprudencji feministycznej. Nie godzili się oni na liberalne zacieranie różnic i ograniczenie pola walki jedynie do sfery publicznej. Dowodzili, że podstawowym obszarem, na którym dochodzi do przenikającej dominacji kobiet, jest dom i sfera prywatna⁷.

Feminizm kulturowy, zwany także feminizmem zróżnicowania, stara się wykazać, że koncepcja równości jest pojęciem bardziej subtelnym i złożonym aniżeli przyznają to liberałowie⁸. Feministom radykalnym niesie natomiast przesłanie, że różnice, które występują pomiędzy mężczyznami⁹ a kobietami, nie muszą być rozpatrywane jako symbol kobiecego ciemnienia i można je postrzegać w sposób bardziej optymistyczny.

Liberalizm i koncepcja równości, podobnie jak wiele innych współczesnych teorii prawnych, jest zbudowana m.in. na tezie o separacji (*the separation thesis*). Sprowadza się ona do poglądu, że każda istota ludzka jest psychicznie odseparowana od każdej innej istoty ludzkiej. Michael Sandel, filozof polityczny i krytyk teorii sprawiedliwości Rawlsa, powiada:

„To, co nas oddziela, jest w pewnym sensie pierwotne, wobec tego co nas łączy (...). W pierwszej kolejności jesteśmy, jako jednostki, odmienni i wówczas nawiązujemy jakieś stosunki wzajemne, angażujemy się w układy kooperacyjne z innymi; a zatem – *priority of plurality over unity*”¹⁰.

⁵ R. Wacks, op. cit., s. 92–93.

⁶ E. Jackson, N. Lacey, *Introducing Feminist Legal Theory*, (w:) *Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*, (red.) J. Penner, D. Schiff, R. Nobles, Oxford University Press, 2005, s. 779.

⁷ Analiza różnic pomiędzy feminizmem liberalnym i feminizmem radykalnym została przeprowadzona w: J. Cabaj, *Feministyczna jurysprudencja: liberalizm v. radykalizm*, „Ius Novum” 2010, nr 4, s. 94–109.

⁸ R. Wacks, op. cit., s. 105.

⁹ Warto pamiętać, że dla feministów radykalnych, w szczególności dla jej liderki C. MacKinnon, rodzaj męski jest pojęciem politycznym i społecznym, nieposiadającym atrybutów biologicznych. Z kolei – męska perspektywa, to nie jest perspektywa każdego mężczyzny, choć zazwyczaj – większości; C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: Towards Feminist Jurisprudence*, (w:) *Critical Legal Studies*, (red.) A.C. Hutchinson, Rowman & Littleton Publishers 1989, s. 72, przypis 2.

¹⁰ M.J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press 1982; za: R. West, *Jurisprudence and gender*, (1988) 55 *University of Chicago Law Review*, s. 1–2.

Femiński kulturowi tezie o separacji przeciwstawiają tezę o łączności (*connection thesis*). Zgodnie z nią kobiety są emocjonalnie powiązane, nie zaś esencjalnie odseparowane. Jak powiada Robin West: „Teza o pokrewieństwie jest po prostu taka: Kobiety są faktycznie, czy też potencjalnie materialnie powiązane z innym ludzkim życiem. Mężczyźni nie są”¹¹. Jest to zasadniczo związane z faktem, że są bardziej troskliwe, kochające i odpowiedzialne (choć inaczej) niż mężczyźni. To z kolei wynika z kobiecych naturalnych zdolności reprodukcyjnych, kiedy to w okresie ciąży ustala się szczególna relacja pomiędzy kobietą a płodem¹². Jest to zasadniczo relacja zobowiązaniowa, którą tak trudno jednoznacznie scharakteryzować stosując pojęcia typowe dla doktryn liberalnych. Te uwagi ogólne, w tym miejscu jedynie zasygnalizowane, znajdują swoje źródło w badaniach psycholog (czy też – psycholożki) rozwoju (*developmental psychologist*), Carol Gilligan¹³. W ostatecznym rozrachunku wnioski z tych badań mogą stanowić pośrednią krytykę systemu prawnego, opartego na koncepcji liberalnych uprawnień i indywidualizmie¹⁴.

Badania Gilligan stały się przedmiotem wielu komentarzy, zgłoszono wobec nich różne zastrzeżenia, z którymi po części zgodziła się sama ich autorka¹⁵, niemniej jednak zawsze albo prawie zawsze stanowią punkt wyjścia dla analiz tego nurtu feministycznej jurysprudencji. Trzymajmy się zatem schematu i zacznijmy od opisu i pierwszych wniosków Gilligan dotyczących tychże badań.

Gilligan interesował sposób rozwiązania problemów związanych z interpretacją pewnych dylematów moralnych. Ocena tych dylematów była dokonywana z perspektywy dwojga jedenastoletnich dzieci, chłopca o imieniu Jake i dziewczynki – Amy.

Podczas gdy ówczesna¹⁶ teoria, znajdująca wsparcie w koncepcjach Freuda, w miarę jasno naświetlała sposób i logikę, w jaki problemy moralne postrzegają chłopcy, to postawę dziewczynek zaledwie zarysowała. Osądy moralne dziewczynek wymykały się istniejącym kategoriom mentalnego oszacowania i otwierały pole do różnorodnych interpretacji¹⁷.

Tych dwoje dzieci było w tej samej szóstej klasie szkoły podstawowej i uczestniczyło w badaniach dotyczących uprawnień i odpowiedzialności. Badania były tak ukierunkowane, aby wyjaśnić różne rozumienie pojęcia jaźni i moralności. Część z tych badań była prowadzona na próbie badawczej, która brała pod uwagę takie wartości zmienne, jak wiek, *gender*, inteligencję czy klasę społeczną, ponieważ czynniki te były uznane za związane z rozwojem moralnym, a przynajmniej

¹¹ R. West, *Jurisprudence...*, s. 14.

¹² Ibidem, s. 21.

¹³ Badania te zostały opisane w C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press 1982.

¹⁴ R. West, *Jurisprudence...*, s. 71.

¹⁵ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 821.

¹⁶ Badania Gilligan były prowadzone we wczesnych latach 80. XX wieku.

¹⁷ C. Gilligan, op. cit., s. 25.

nadawały się do zmierzenia przy użyciu istniejących instrumentów badawczych. W badaniach tych dzieci – Amy i Jake odznaczały się bystrością i jednocześnie opierały się prostym i łatwym podziałom na kategorie i stereotypy budowane na roli płci. Amy myślała o karierze naukowca w zakresie nauk ścisłych, natomiast Jake bardziej interesował się angielskim aniżeli matematyką. Ponadto ich osądy moralne wydawały się początkowo utwierdzać znane już koncepcje, dotyczące różnic pomiędzy płcią, sugerując, że przewaga dziewczynek w rozwoju moralnym, podczas wczesnych lat szkolnych wynika z okresu dojrzewania płciowego; przeważa zatem nad zdolnością formalnego logicznego myślenia typowego dla chłopców¹⁸.

Dylemat, który miały rozwiązać te jedenastoletnie dzieci, był jednym z tych obmyślonych przez Kohlberga¹⁹ aby zmierzyć rozwój moralny w wieku dojrzewania. Dylemat przedstawiał konflikt między normami moralnymi, a jego celem było uchwycenie logiki rozwiązania tego problemu. W tym szczególnym przypadku człowiek o nazwisku Hainz rozważał, czy ma ukraść lekarstwa, na zakup których go nie stać, aby ocalić życie swojej żony. W standardowej procedurze tego badania, przy pewnych założeniach dotyczących ceny lekarstwa, charakteru choroby żony itp. – pytanie jest oczywiste: czy Heinz powinien ukraść te lekarstwa czy też nie? Argumenty za i przeciw kradzieży były ujawniane za pomocą serii pytań, które zmieniały i rozszerzały zakres parametrów tego dylematu w taki sposób, aby ujawnić strukturę analizy moralnej²⁰.

Dla jedenastoletniego Jake'a jest oczywiste od początku, że Heinz powinien ukraść lekarstwa. Konstrukcja dylematu – zgodnie z koncepcją Kohlberga – jako konfliktu pomiędzy wartościami, jakimi są własność i życie ludzkie, jest przez Jake'a postrzegana w kategoriach logicznego priorytetu życia. Chłopiec używa także logiki dla uzasadnienia swojego wyboru²¹.

Zdolność Jacka do zaprzęgnięcia logiki dedukcyjnej dla rozwiązania moralnego dylematu, zdolność do odróżnienia moralności od prawa, a także sposób widzenia, jak prawo może być uważane za błędne w świetle zasadniczego pojęcia sprawiedliwości, Kohlberg zrównuje z moralną dojrzałością²².

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Lawrence Kohlberg (1927–1987), amerykański psycholog, który skonstruował teorię moralnego rozwoju dziecka. W teorii tej, rozwój moralny dokonuje się stadialnie, przechodząc przez trzy poziomy (na każdym poziomie wyróżnione są dwa stadia). W rezultacie, przynajmniej w teorii, dochodzi do ukształtowania człowieka moralnie dojrzałego, z klarownym poczuciem dobra i sprawiedliwości. Byłby to zatem poziom trzeci, jednak zdaniem Kohlberga, większość ludzi tego poziomu nie osiąga, poprzestając na poziomie drugim. Poziom I charakteryzuje się egocentryzmem i relatywizmem moralnym – osiągnęty w wieku przedszkolnym i młodszym wieku szkolnym. Poziom II (konwencjonalny), moralność jest oceniana przez pryzmat intencji, pojawia się szacunek dla autorytetów i reguł społecznych – osiągnęty do szesnastego roku życia. Poziom III (postkonwencjonalny) – jednostka odróżnia konwencjonalne zasady moralne od własnych, autonomicznych zasad sumienia. Wszelkie konflikty norm społecznych rozwiązuje, dając priorytet własnym, wybranym zasadom etycznym.

²⁰ C. Gilligan, op. cit., s. 25–26.

²¹ Ibidem, s. 26.

²² Ibidem, s. 27.

Amy przeciwnie. Jej odpowiedź na ten dylemat dostarcza zgoła innych impresji²³. Zapytana, dlaczego Heintz nie powinien ukraść lekarstw, nie rozważała ani kwestii własności, ani kwestii prawnych, ale raczej skutki, jakie kradzież mogłaby mieć na stosunki pomiędzy nim i żoną²⁴.

Od kiedy osąd moralny Amy ugruntował się na przekonaniu, że „jeżeli ktoś może czasem kogoś utrzymać przy życiu, to nie jest dobrze, jeżeli się z tego prawa nie skorzysta” – to Amy rozważała ten problem jako dylemat wyłaniający się nie z zapewnienia prawa do lekarstw, ale z braku odpowiedniej reakcji farmaceuty²⁵.

Amy, widząc świat bardziej powiązany, aniżeli jednostki funkcjonujące oddzielnie, świat, który raczej trzyma się razem, poprzez związki międzyludzkie, bardziej aniżeli dzięki systemowi reguł – zdaniem Gilligan – znajduje rozwiązanie problemu w braku wrażliwości aptekarza na sytuację żony. Mówiąc, że „to nie jest dobrze, kiedy ktoś ma umrzeć, kiedy jego życie można by ocalić”, Amy zakłada, że gdyby aptekarz dostrzegał konsekwencje swojej odmowy sprzedaży lekarstwa, założymy, że za niższą cenę, to mógłby chociaż przyjąć zapłatę od Heinza później, a lekarstwo wydać wcześniej. Uważa zatem, że rozwiązanie tego dylematu leży w naświetleniu aptekarzowi sytuacji żony bardziej dobitnie albo też należy odwołać się do innych jednostek, które są w stanie pomóc²⁶.

Jake jest głęboko przekonany, że sędzia potraktuje Heinza łagodnie, że uzna kradzież za tak naprawdę właściwą rzecz, którą Heinz powinien zrobić. Amy też jest głęboko przekonana, że „jeżeli Heinz i aptekarz rozmawialiby wystarczająco długo, to osiągnęliby jakiś rezultat, który nie doprowadziłby do kradzieży”²⁷.

Tak jak Jake posłużył się prawami logiki, dedukując rozwiązanie i zakładając, że te prawa logiki będą podzielane przez innych, tak Amy odwołała się do procesu komunikacji, zakładając doniosłość związków międzyludzkich i wierząc, że odegrają one ważną rolę²⁸.

Gilligan ocenia, że gdyby w świetle definicji Kohlberga, dotyczącej poziomów i sekwencji moralnego rozwoju, rozważyć moralny osąd Amy, to w pewnym zakresie ujawni się on jako posiadający mniejszą dojrzałość aniżeli osąd chłopca²⁹.

Świat, który zna Amy, jest światem innym od tego, który jest wypaczony przez dylemat Hainza, skonstruowany przez Kohlberga. Jej świat jest światem wzajemnych stosunków i psychologicznych prawd, gdzie świadomość powiązań pomiędzy ludźmi powoduje wzrost wzajemnej odpowiedzialności i potrzebę odzewu na czyjeś problemy. W tym świecie jej rozumienie moralności jako wyłaniającej się z uznania związków wzajemnych, jej wiara w komunikację społeczną, jako

²³ Ibidem, s. 27–28.

²⁴ Ibidem, s. 28.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem, s. 29.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem, s. 30.

model rozwiązywania konfliktów, nie wydają się wcale ani takie naiwne, ani niedojrzałe. W rzeczywistości osądy Amy obejmują intuicje typowe dla etyki troski, tak jak osądy Jake'a odzwierciedlają logikę typową dla podejścia opartego na sprawiedliwości³⁰. Tak też zwykło się przyjmować, że podejście chłopców do moralności zostało uchwycone przez Gilligan w zwrocie „etyka uprawnień’ (*ethics of rights*), zaś podejście dziewczynek – w zwrocie „etyka troski” (*ethic of care*)³¹. David Lyons wyjaśnia: „ci, którzy postrzegają jaźń jako »oddzielną« od innych, są bardziej podobni do głosu sprawiedliwości moralnej, a ci, którzy postrzegają jaźń jako ‘powiązaną’ z innymi, prezentują moralność troski”³².

Tak więc w dylemacie Hainza tych dwoje dzieci dostrzegło dwa bardzo różne problemy moralne: Jake – konflikt między życiem a własnością, który może zostać rozwiązany przez logiczną dedukcję; Amy – załamanie się relacji międzyludzkich, które muszą zostać naprawione innymi metodami³³.

Taki sposób postrzegania zagadnień moralnych chłopcy i dziewczynki przyswajają od dzieciństwa i takie właśnie schematy rozwiązywania problemów podtrzymują w swym dorosłym życiu. Mężczyźni będą projektować systemy etyczne oparte na abstrakcyjnych regułach.

Natomiast kobiety będą skłonne od reguł odstępować, tak aby uwzględnić aktualny kontekst. Męskie aspiracje do rozumowań odwołujących się do logiki i pojęć abstrakcyjnych nie powinny być – zdaniem Gilligan – traktowane jako wyższy rodzaj racjonalności³⁴. Przyjmując artykulację tak ukształtowanych postaw społecznych jako tytułowe *voices*, Gilligan nawołuje do respektowania różnic kulturowych. W konsekwencji idzie o coś więcej, o usprawiedliwienie różnej oceny prawnej z perspektywy mężczyzny i kobiety.

Niekiedy bywa pomijane, że badania Gilligan, które starają się wyjaśnić różnice pomiędzy rozumowaniem moralnym chłopców i dziewcząt, niewiele mówią o źródłach takiego sposobu rozumowania. Wydaje się, że w tym aspekcie należy odnotować badania Nancy Chodorow, prowadzone jeszcze przed Gilligan. Chodorow korzysta z socjologicznych i psychoanalitycznych teorii, aby uzasadnić predyspozycje opiekuńcze kobiet. Są one – jej zdaniem – przekazywane w procesie wychowania dziecka przez matkę, przy założeniu, że to matka wychowuje dziecko, a tak jest najczęściej. Co więcej, swoją etykę troski matka przekazuje dziewczynkom, ale nie chłopcom; tych, świadomie bądź nie, predysponuje do odegrania innej roli, zazwyczaj w sferze publicznej. Taka wyłączna relacja: matka – dzieci szkodzi wszystkim. Przełamanie kręgu pierwszeństwa macierzyńskiej opieki na rzecz szerszego dostępu ojca do procesów wychowawczych powinno

³⁰ Ibidem.

³¹ J.E. Penner, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford University Press 2008, s. 201.

³² D. Lyons, *Two Perspectives: On Self, Relationship and Morality*, (w:) *Mapping The Moral Domain* (1988), (red.) C. Gilligan, J.V. Ward, J.M. Taylor, s. 15; za: M.D.A. Freeman, op. cit., s. 549.

³³ C. Gilligan, op. cit., s. 31.

³⁴ J.W. Harris, *Legal Philosophies*, Oxford University Press 2004, s. 295.

przynieść pozytywne skutki w postaci zmiany nastawienia co do przyszłej roli dziewczynki w społeczeństwie. Inaczej utrwała to w dziewczynkach tradycyjny, żeby nie powiedzieć – prymitywny model rodziny, w którym matka jest dla ojca partnerem nierównym i zależnym³⁵.

Domaganie się równouprawnienia w formułowaniu ocen nie tylko odnoszących się do sytuacji prawnych wymaga przede wszystkim przyjęcia założenia, że oceny te z perspektywy kobiety i mężczyzny mogą być różne – różne ze względu na ich płeć. Przyjęcie takiego założenia nie sprawia nam większego problemu dlatego, że co najmniej od klasycznej myśli liberalnej, a niektórzy uważają, że nawet od Platona³⁶, nasz system myślenia ukształtował się wokół szeregu par opozycyjnych pojęć. Są to przykładowo: racjonalizm – irracjonalizm, obiektywizm – subiektywizm, abstrakcyjność – kontekstualizm, kulturowość – naturalizm. Myślenie takimi kategoriami nie skłania do poszukiwania kompromisów, a raczej polaryzuje poglądy i oceny.

Dla rozważań dotyczących jurysprudencki feminizm, także feminizmu kulturowego, ważne są trzy cechy tego zbioru dualizmów. Po pierwsze – zdaniem Frances Olsen – dualizmy te są oparte na płciowości w tym znaczeniu, że pierwsza ich połowa jest traktowana jako męska, druga zaś jako żeńska. Po drugie, pojęcia tworzące odpowiednie pary nie są równorzędne. Tworzą hierarchię w taki sposób, że te, traktowane jako męskie, są uważane za bardziej wartościowe niż te żeńskie. Fakt ten może być przesłonięty przez bardzo niepewną gloryfikację kobiet i kobiecości. Zdaniem Olsen, istotne jest oddzielenie świata męskich fantazji od świata realnego. W tym pierwszym, kobiety są częściej umieszczane na piedestale, ale też i łatwo z niego zrzucane, w tym drugim – gnębione i wykorzystywane³⁷. Warto tu jednak pewną rzecz podkreślić. Mało jest chyba mężczyzn, którzy chcieliby, aby świat był całkowicie racjonalny czy też ukształtowany jedynie kulturowo, z pominięciem naturalizmu. Taki świat byłby po prostu nudny. Idzie raczej o to, aby to nie oni byli utożsamiani z tymi cechami, a kobiety.

I wreszcie, po trzecie, co jest szczególnie istotne z perspektywy rozważań prawnych, prawo jest identyfikowane z męską stroną tych dualizmów³⁸. Nie powinien nas zatem zmylić wizerunek Temidy, kiedy pojawia się na gmachach wymiaru sprawiedliwości. Jest to bowiem bogini sprawiedliwości, a zatem wartości zasadniczo etycznej, w świetle której może co prawda być oceniane także prawo. Nawet, jeżeli pojawia się z opaską na oczach (a tak jest najczęściej), to nie oznacza, że jest ślepa na kontekst (przykładowo społeczny), ale na te cechy, zazwyczaj osobi-

³⁵ H. Bennett, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, Cavendish Publishing Limited, 1998, s. 143–145; powołuje się na badania przedstawione w: N. Chodorow, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender*, California University Press 1978, s. 211 i n.

³⁶ Przykładowo: J. Clegg, *The Structure of Plato's Philosophy*, Lewisberg: Bucknell University Press, 1977, s. 18, 100–101; za F. Olsen, *The Sex of Law*, (w:) *The Politics of Law: A Progressive Critique*, (red.) D. Kairys, New York: Pantheon Books 1990, s. 466.

³⁷ F. Olsen, op. cit., s. 454.

³⁸ Ibidem, s. 453.

ste, które nie powinny wywierać wpływu na sprawiedliwe rozstrzygnięcie. Samego prawa nie konceptualizujemy już jako rodzajowo żeńskiego.

Ponieważ od zarania dziejów świat urządzali mężczyźni, to nie dziwi, że sami siebie zidentyfikowali z „lepszą” stroną dualizmów, a prawą stronę zaprojektowali dla kobiet³⁹. Kiedy już to nastąpiło, mężczyzna stał się niejako *iudex in propria causa*. Jak powiada Poulion de la Barr, „... Wszystko, co mężczyźni napisali o kobietach, musi być podejrzane, gdyż każdy z nich jest jednocześnie sędzią i stroną”⁴⁰.

Zanim przejdziemy do charakterystyki nurtu feminizmu kulturowego w świetle zapatrywań jego zwolenników na kwestię różnic, warto odnotować tendencje, które ujawniają się pod wpływem myśli postmodernistycznej, a w szczególności dekonstruktywizmu Jacquesa Deridy⁴¹. Strategia postmodernistyczna kwestionuje bowiem same podstawy powyższych dychotomicznych podziałów. Wskazuje na problematyczność jasnych przeciwieństw zachodzących jakoby pomiędzy nimi. W konsekwencji odrzuca ich definitywną oddzielność. Kładzie nacisk na wielorakość ludzkich punktów widzenia i podkreśla fragmentaryczność prawdy⁴². A zatem nie musi być w tym wypadku wyrażeniem wewnętrznie sprzecznym, że obiektywizm jest z konieczności subiektywny, a racjonalne jest niekiedy bycie irracjonalnym⁴³. Szczególnie w tym drugim przypadku może to być oręż wykorzystywany przez kobiety. Mając świadomość stereotypów w rodzaju „kobieta zmienną jest”, mogą z pełną premedytacją zachowywać się irracjonalnie, zakładając, że zostanie to złożone na karb ich *gender*.

Generalnie rzecz biorąc, postawą pierwotną wobec dualizmów i idei *gender* jest nurt feminizmu liberalnego. Jego przedstawiciele (przedstawicielki) godzą się, że jedna strona dualizmów (racjonalizm itp.) jest bardziej wartościowa, nie godzą się natomiast, że są to cechy typowo męskie. A zatem zostaje zaakceptowana hierarchia (choć niekoniecznie bez zastrzeżeń), a odrzucona zostaje płciowość⁴⁴. Dowodzą, że kobiety mogą być równie racjonalne jak mężczyźni, a w związku z tym powinny mieć takie same prawa jak i oni. W przypadku feministów kulturowych sytuacja jest dokładnie odwrotna. Godzą się oni na to, że kobiety rzeczywiście są, czy też bywają irracjonalne, a mężczyźni zasadniczo racjonalni, ale nie godzą się na to, że irracjonalizm ze swej natury jest czymś gorszym niż racjonalizm⁴⁵. Cechy kobiece, deprecjonowane przez mężczyzn, są

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ P. de la Barr był mało znanym XVII-wiecznym francuskim feministą; S. de Beauvoir, *Druga płeć*, Warszawa 2009, s. 19.

⁴¹ Zwraca się uwagę, że w tradycji anglosaskiej, a ściślej, na gruncie filozofii analitycznej, prace Deridy są ignorowane. Nie zmienia tego fakt, że większość z jego rozważań, zawartych w *De la grammatologie* (1967) i w pracach późniejszych, wykazuje znaczną analogię z koncepcjami D. Davidsona, W. Queina czy L. Wittgensteina, do których analitycy brytyjscy mieli już inny stosunek; *Encyklopedia filozofii*, t. I, (red.) T. Honderich, Poznań 1998, s. 146–147.

⁴² J.E. Penner, op. cit., s. 203.

⁴³ F. Olsen, op. cit., s. 458–459.

⁴⁴ J.E. Penner, op. cit., s. 202.

⁴⁵ F. Olsen, op. cit., s. 455.

równie dobre, a może nawet i lepsze. Wskazują ponadto, że przeciwieństwa są tak dobrane, że pierwsze skojarzenie z cechami kobiecymi wydaje się negatywne. Gdyby, przykładowo, męskiemu racjonalizmowi przeciwstawić nie irracjonalizm a spontaniczność; natomiast kobiecej pasywności przeciwstawić nie aktywność a agresję, to hierarchia tych cech nie byłaby już taka oczywista⁴⁶. Dlatego też praca Gilligan – jak zwraca uwagę Mary Joe Frug – może być czytana zarówno konserwatywnie, jak i postępowo. Czytelnik konserwatywny zwróci przede wszystkim uwagę na sentymentalizację i romantyzm samoofiarności kobiet⁴⁷. Sama Frug opowiada się za czytaniem postępowym. W tym przypadku pracę Gilligan należy interpretować bardziej jako ujęcie metodologiczne i posłużyć się nią strategicznie. Celem byłoby zakwestionowanie istniejących nierówności pod względem *gender* jako nierówności często kształtowanych przypadkowo. Frug, jako feministka postmodernistyczna, przyczyn nierówności doszukuje się bardziej w zachowawczej interpretacji tekstu aniżeli w samej tożsamości jednostek⁴⁸.

Femiści kulturowi zgadzają się z radykałami, że propozycja liberałów dotycząca postrzegania podmiotów prawa jako jednostek pozbawionych płci, jest nietrafiona. Nie ma zatem żadnych „osób”, natomiast są mężczyźni i kobiety, a między nimi zachodzą różnice. Rzecz w tym, aby z tych różnic nie czynić zagadnień ponad miarę problematycznych, w szczególności nie postrzegać ich jako przyczyny *per se* ciemnienia kobiet. Liberalna równość nie powinna oznaczać identyczności. Z różnicami trzeba nauczyć się żyć, ale w taki sposób, aby nie ignorować i nie marginalizować perspektywy jednostek czy grup, które w danym społeczeństwie nie posiadają pozycji dominującej⁴⁹. Równość, o którą walczą feminiści liberalni, gdyby się jej tak uważnie przyjrzeć, nie polega na tym, że oto mężczyźni i kobiety wychodzą sobie naprzeciw i wypracowują jakiś złoty środek, który jest owocem kompromisu. W rzeczywistości jest to bardziej model asymilacyjny, model, w którym kobiety mają przystosować się do standardów wykreowanych przez mężczyzn i dla mężczyzn. A zatem feminizm kulturowy proponuje ideę rzeczywistego przesunięcia środka ciężkości, zakładając, że liberalna neutralność pod względem *gender* powinna zostać zakwestionowana. Z perspektywy teorii prawa podejście to wydaje się nad wyraz interesujące, a w nurcie feministycznej jursprudencji – także dominujące⁵⁰.

Przedstawiciele jursprudencji feministycznej są zgodni, że prawo odzwierciedla męski punkt widzenia. Najbardziej spektakularnym przykładem może być przestępstwo gwałtu, a w związku z tym męski sposób postrzegania kobiecej seksualności⁵¹. Prawo dotyczące gwałtu zasadniczo uwzględnia subiektywną pomyłkę

⁴⁶ Ibidem, s. 457.

⁴⁷ M.J. Frug, *Postmodern Legal Feminism*, Routledge, Chapman & Hall 1992, s. 39.

⁴⁸ Ibidem, s. 40.

⁴⁹ J.E. Penner, op. cit., s. 200.

⁵⁰ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 814.

⁵¹ R. Wacks, op. cit., s. 105.

dotyczącą przyzwolenia, bierze pod uwagę przeszłość ofiary jako potencjalnie istotną dla wiarygodności jej rzekomego gwałtu. Biorąc pod uwagę przestępstwo gwałtu małżeńskiego, warto odnotować długotrwałość zwolnienia tego czynu z odpowiedzialności karnej⁵². J. Warylewski powołuje obszerną literaturę, na podstawie której ocenia, „...że do około 10–25% wszystkich zgwałceń dochodzi właśnie w związku małżeńskim”⁵³. Jeszcze większe trudności napotkamy, przyjmując koncepcję Carole Pateman, że płciowe podporządkowanie kobiet w małżeństwie jest elementem umowy społecznej. Co więcej, społeczeństwo obywatelskie (w rozumieniu Locke’a), a także państwo nie mogłoby spełnić swojej roli, gdyby umowa społeczna nie obejmowała płciowego podporządkowania kobiety w małżeństwie⁵⁴. Dla równowagi, przytoczmy jednak stanowisko radykałów w kwestii gwałtu w ogóle. Nie tracąc z pola widzenia naruszenia integralności płciowej, dużą większą wagę niż inni przywiązują do samego aktu przemocy. Łatwiej to uchwycić nie w typowych sytuacjach polityczno-społecznych, to znaczy w przypadku gwałtu dokonywanego przez mężczyznę jako mężczyznę, ale przykładowo w czasie wojny, rozruchów, pogromów, gwałtów dokonywanych przez policję czy strażników więziennych. W takim przypadku „narzędzie” gwałtu jest traktowane instrumentalnie. „Narzędziem” właściwym jest broń czy wręcz państwo i jego instytucje. Groźba takiego gwałtu zastrasza wszystkie kobiety rodzajowo, czego zdają się nie dostrzegać liberałowie⁵⁵.

Próby ustalenia relacji między językiem, władzą a prawem podejmuje Licinda M. Finley. Jej nacisk na dualistyczną i spolaryzowaną naturę myślenia uwarunkowanego *gender* wydaje się być jeszcze silniejszy niż u Olsen. Pozostając przy przestępstwie gwałtu, można powołać opinię Finley. Jej zdaniem, poznanie i zrozumienie kobiet jest zniekształcone, ponieważ dokonuje się nie poprzez kobiece doświadczenia, ale przez pryzmat męskiego postrzegania świata, łącznie z męską definicją seksu. Rozumowania prawnicze (rzekomo neutralne) w gruncie rzeczy informują nas o męskich doświadczeniach, a swą siłę czerpią z mocnej pozycji społecznej, jaką zajmują mężczyźni wobec kobiet. A zatem podstawowy defekt patriarchalnego prawa nie polega na tym, że ignoruje ono kobietę jako podmiot, ale że wypacza rozumienie jej doświadczeń⁵⁶.

⁵² E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 814–815.

⁵³ J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego 2001, s. 124. Powołuje także: D. Finkelhor, K. Yllo, *Licence to rape: Sexual abuse of wives*, New York 1985; D.E. Russell, *Rape in marriage*, New York 1990; M. Randal, L. Haskings, *Sexual Violence in women's live*, "Violence Against Women" 1995, nr 1, s. 6; H. Resnik, D. Kilpatrick, C. Walsh, *Martial rape*, (w:) *Case studies in family violence*, (red.) R. Ammerman, New York 1991, s. 329 i n.

⁵⁴ C. Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford University Press 1988; pogląd Pateman powołuje M.D. A. Freeman, op. cit., s. 549.

⁵⁵ C. MacKinnon odwołuje się do badań prowadzonych przez Susan Brownmiller; C. MacKinnon, op. cit., s. 62–63.

⁵⁶ L.M. Finley, *Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gender Nature of Legal Reasoning*, (1989) 64 *Notre Dame Law Review* 886, (w:) M.D.A. Freeman, op. cit., s. 1215–1217.

Ale również na gruncie prawa cywilnego, gdy rozważamy pojęcie „rozsądnego” czy „zapobiegliwego” podmiotu, czy też „staranności ogólnie wymaganej” (art. 355 KC), często podświadomie zakładamy, że jest to rozsądek, zapobiegliwość czy staranność *pater familias*, zatem – mężczyzny, i to będącego głową rodziny. Taki podmiot nie kieruje się altruizmem, jest zorientowany na interes własny, a w tym przypadku jest marginalizowany kobiecy punkt widzenia⁵⁷. Teoria Gilligan została już zastosowana do analizy prawa deliktowego m.in. przez Leslie Bender. Analizuje ona przypadki uwzględniające staranność „rozsądnej osoby” (*the standard of care of „the reasonable man”*) i brak obowiązku w ratowaniu (obcego) (*the no-duty-to-rescue (a stranger)*). W konkluzji stwierdza, że opiekuńczość, kontekst i relacje wzajemne to pojęcia kluczowe dla nowej wizji systemu prawnego⁵⁸.

W społeczeństwach zasadniczo jednolitych kulturowo, tak jak w Polsce, wzorzec męskiej głowy rodziny jest utrwalony i nie wzbudza większych kontrowersji. Ale kiedy pojawiają się nowe grupy etniczne, może także pojawić się problem. Przykładowo, w społeczeństwach karaibskich dominuje żeński model rodziny. W takim modelu inaczej też wygląda sprawa prokreacji. Pojedyncze macierzyństwo (*single motherhood*) jest stygmatyzowane jako przejaw co najmniej nieładu w rodzinie, a nawet dewiacji⁵⁹. Choćby na tym przykładzie widać, na jak znacznym obszarze prawa wzorce wywodzące się z tradycji rzymskiej będą musiały być poddane reinterpretacji, czy jak powiedzą postmoderniści – dekonstrukcji.

Ustanowienie podmiotu prawnego jako męskiego nawiązuje do podziału binarnego, zaproponowanego przez Frances Olsen. Analiza orzecznictwa i poglądów doktryny prowadzą Jackson i Lacey do wniosku, że od podmiotu prawnego oczekuje się, aby miał cechy, które zgodnie z binarnym podziałem Olsen są typowe dla mężczyzn. Wsparcie dla koncepcji Olsen znajdują u Ngaire Naffine, która uważa, że kobiety w formule liberalnej to osoby zmuszone do dźwignia „niemożliwego paradoksu prawa mężczyzn”⁶⁰. Kobiety ze swoimi cechami charakterystycznymi stają się podmiotami subtelnie przemilczanymi, a wobec mężczyzn pojawia się skłonność do przypisywania cech dla nich charakterystycznych w postaci czystej, tak jakby racjonalizm nigdy nie był doprawiony szczyptą irracjonalizmu, a obiektywizm – szczyptą subiektywizmu. W konsekwencji to taki podmiot prawny staje się stroną kontraktu, który z kolei jest fundamentem stosunków gospodarczych i społecznych w liberalizmie. Nie rozwiązuje to wielu problemów. Niektóre z nich wydają się przerastać prawników, przynajmniej tych, którzy przyjmują tradycyjnie męski punkt widzenia. Spektakularnym przykładem może być próba ustalenia charakteru relacji prawnej pomiędzy kobietą w ciąży

⁵⁷ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 815.

⁵⁸ L. Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, (w:) D. Kelly Weisberg, *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia: Temple University Press 1993, s. 69.

⁵⁹ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 837.

⁶⁰ Ibidem, s. 815–816; powołują w tym miejscu: N. Naffine, *Law and the Sexes: Explorations in Feminist Jurisprudence*, Allen & Unwin 1990.

a płodem. Na pewno nie jest to relacja typowo umowna, ale przecież jest źródłem zobowiązania. Nie rozwiązuję tego problemu stwierdzenie, że płód nie jest osobą – w końcu nie jest też niczym, wreszcie pamiętajmy, że wszyscy kiedyś nim byliśmy. Ale dla takiego rozumowania trudno znaleźć wsparcie, jeżeli nie otworzymy się na argumenty feminizmu kulturowego⁶¹.

Jak już zostało nadmienione przy określeniu rozumowania Jacka, jest to postawa odwołująca się do uprawnień czy też do sprawiedliwości. Pojawia się jednak pytanie: jaką sprawiedliwość mamy na myśli? Zapewne chodzi tu o jej liberalne rozumienie. Nie ma znaczenia, czy przykładowo, bardziej w rozumieniu zasad sprawiedliwości Johna Rawlsa czy przez pryzmat idei państwa minimalnego Roberta Nozicka. Takie liberalne teorie sprawiedliwości na pierwszy plan wysuwają relacje dotyczące stosunków pomiędzy jednostkami, tracąc z pola widzenia relacje pomiędzy grupami społecznymi. Jeżeli takie relacje wynikające z kolektywnych decyzji grupowych okrzepną, zinstytucjonalizują się, to trudno niekiedy uchwycić, iż stają się one źródłem ciemnienia. Większość zgodzi się, że ciemnienie jest rezultatem tyranii, tylko że w tym przypadku trudno dostrzec tyranie. Takie rozumienie sprawiedliwości – zdaniem Iris Marion Young – to rozumienie ograniczone. Sprawiedliwość społeczna wymaga, aby zapoznać się i zająć także różnicami grupowymi⁶². Ciemnienie (w ramach tak rozumianej sprawiedliwości) jest najczęściej rezultatem „...codziennych praktyk, pełnego dobrego chęci społeczeństwa liberalnego (...) nieświadomych założeń i reakcji, pełnych najlepszych intencji ludzi; w zwyczajnym współdziałaniu, w kulturowych stereotypach, w strukturalnych cechach charakterystycznych zhierarchizowanej biurokracji, w mechanizmach rynkowych, krótko mówiąc – w normalnych procesach codziennego życia”⁶³.

Tego typu ciemnienie – widzimy już, że jest ono związane ze specyficznym pojmowaniem sprawiedliwości – nie posiada jednego oblicza. Nie jest tak jednorodne jak w przypadku feminizmu radykalnego, który odwołuje się do teorii dominacji. Young wyróżnia pięć jego aspektów:

1. Wykorzystywanie (*exploitation*). Dla wyjaśnienia tego aspektu Young sięga do marksizmu, uznając wykorzystywanie za „...ciemnienie takiego rodzaju, które ujawnia się w procesie transferu rezultatów pracy jednej grupy społecznej na korzyść innej”⁶⁴. O ile w przypadku Marksa transfer ten dokonuje się za pośrednictwem klasy, to w przypadku Young za pośrednictwem płci czy *gender*. Transfer pracy w przypadku kobiet jest bardziej dotkliwy z uwagi na ich, zasadniczo, niższe wynagrodzenie, ale – zdaniem Young – najważniejszy jest transfer energii wydatkowanej na urodzenie i wychowanie dzieci.

⁶¹ E. Jackson, N. Lacey, op. cit., s. 817–818.

⁶² I.M. Young, *Justice and The Politics of Difference*, Princeton University Press 1990, s. 3.

⁶³ Ibidem, s. 41.

⁶⁴ Ibidem, s. 49.

2. Marginalizacja (*marginalization*). To zjawisko społeczne – zdaniem Young – dotyczy przede wszystkim tych, których system pracy nie może albo z jakichś przyczyn nie chce wykorzystać. Bardziej dotyczy rasowo czy etnicznie naznaczonych grup. Zjawisko to częściowo może być odnoszone do zachowań policji wobec, przykładowo, prostytutek. Jednak najbardziej niebezpiecznym przejawem tej formy ciemnienia jest uprzedmiotowienie przedstawicieli grup społecznych i uzależnienie od „...protekcjonalnego (...), poniżającego i arbitralnego traktowania (...) przez ludzi związanych z biurokracją państwa dobrobytu”⁶⁵. Zepchnięci na margines sami muszą udowodnić, że zasługują na pomoc państwa, czyli że są na marginesie, co więcej, zaczynają sobie kodować reguły, których muszą przestrzegać, a urzędnicy publiczni te reguły w nich utrwalają⁶⁶. Gwoli sprawiedliwości należy jednak zauważyć, że np. Rawls proponował alokację dóbr pierwszej potrzeby bezwarunkowo, a zatem element marginalizacji mógłby w ten sposób zostać ograniczony⁶⁷.
3. Bezsilność (*powerlessness*). Polega na braku takiego szacunku w społeczeństwie, jaki posiadają inni, w szczególności biali i wykształceni mężczyźni. Zdaniem Young, kolorowi (także mężczyźni) i kobiety muszą często udowodniać, że są godni szacunku⁶⁸. Wydaje się, że w Polsce bardziej dotyczy to kolorowych lub osób o niskim statusie społecznym. Często zwracamy się do nich po prostu „na ty”, podczas gdy wobec innych takie zachowania nie są praktykowane.
4. Kulturowy imperializm (*cultural imperialism*). Polega na tym, że „...własne doświadczenia i interpretacja życia społecznego grup ciemnionych mają niewielkie znaczenie dla kultury dominującej, podczas gdy ta kultura dominująca nakłada na grupy ciemnione swoje własne doświadczenia życia codziennego i ich interpretację”⁶⁹. Przykładem może nie najbardziej powszechnym, ale spektakularnym, mogą być wysiłki grup homoseksualnych zmierzające do zaakceptowania ich gospodarstw domowych na takich samych zasadach (z perspektywy prawa publicznego), jak gospodarstw domowych rodzin heteroseksualnych.
5. Przemoc (*violence*). Przemoc sama w sobie, jako zachowanie odosobnione, nie jest źródłem ciemnienia. Young ma na myśli przemoc systematycznie stosowaną. W pierwszym przypadku – jest jednostkowym złem moralnym, zaś w drugim – kiedy utrwali się jako praktyka społeczna, staje się jednocześnie zjawiskiem społecznej niesprawiedliwości. W przypadku kobiet są to zabójstwa na tle seksualnym, ale także częściej występująca, choć rzadziej nagłaśniana, przemoc domowa. O ile członkowie grup ciemnionych dobrze zdają

⁶⁵ Ibidem, s. 51.

⁶⁶ Ibidem, s. 54.

⁶⁷ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 106–113.

⁶⁸ I.M.Young, op. cit., s. 58.

⁶⁹ Ibidem, s. 60.

sobie z tego sprawę, o tyle teoretycy sprawiedliwości zazwyczaj tego tematu nie poruszają⁷⁰.

Feministyczna moralność kwestionuje paradygmat rozumowania opartego na dyskursie dotyczącym sprawiedliwości budowanej na liberalnych uprawnieniach. Nie znajdują one zastosowania w stosunkach rodzinnych, typowych, a nawet podstawowych dla relacji kobieta – mężczyzna. Nie ma tu potrzeby stosowania uniwersalnych zasad w taki sam sposób wobec wszystkich⁷¹. Liberalny bezstronny punkt widzenia to pogląd „znikąd”, który nie może być przypisany żadnemu konkretnemu podmiotowi ani grupie podmiotów⁷². Może mieć jednak pewne skutki praktyczne, w sferze ideologii – właśnie te, które wszystkie teorie krytyczne starają się zdemaskować. Po pierwsze, wspiera ideę państwa neutralnego. Po drugie, nadaje władzy i jej aktom decyzyjnym fałszywą – zdaniem feministów – legitymację. Po cóż bowiem demokratyczne podejmowanie decyzji, kiedy neutralnie dokona tego zbiurokratyzowana i zhierarchizowana władza. Wreszcie dochodzi tu do swego rodzaju hipostazowania punktu widzenia grup pozostających przy władzy na postawy powszechnie przyjmowane. Takiej sprawiedliwości (opartej na rzekomej bezstronności) Young przeciwstawia właśnie sprawiedliwość opartą na koncepcji troski i opieki, typowej dla feminizmu kulturowego⁷³.

Dodajmy ponadto, że filozofia prawniczego liberalizmu stanowi podstawę pozytywizmu prawniczego. A zatem krytyka doktryny liberalnej godzi również w takie formalistyczne i apolityczne rozumienie prawa, jakie proponuje pozytywizm prawniczy. Ograniczenia dla feminizmu kulturowego wynikają zatem nie tylko z doktryny politycznej, ale także z doktryny prawnej. Krytyki pozytywizmu prawniczego z perspektywy feministycznej dokonuje Margot Stubbs. Jej zdaniem, pojęciowe ograniczenia prawniczego pozytywizmu muszą zostać przełamane. W innym przypadku prawo nigdy nie stanie się instrumentem emancypacji⁷⁴.

Krytyka prawniczego pozytywizmu z perspektywy feministycznej obejmuje także krytykę pozytywistycznej metodologii i odrzucenie empirycznej tradycji oświeceniowej, opartej na „metodzie naukowej”. W to miejsce teoretycy feminizmu prawniczego proponują własną metodologię. Jest to zagadnienie, które z pewnością może stanowić temat oddzielnego opracowania. W tym miejscu nadmienię jedynie, że tradycyjnie do tych metod zalicza się – zdaniem Katharine Bartlett – podnoszenie świadomości (*consciousness rising/unsilencing women*), zadawanie „kobięcych pytań” (*asking ‘the women question’*), czy feministyczne rozumowanie praktyczne (*feminist practical reasoning*)⁷⁵. Owocem wzrastającej świadomości stał się coraz bardziej wyszukany dyskurs pomiędzy samymi femi-

⁷⁰ Ibidem, s. 61.

⁷¹ Ibidem, s. 96.

⁷² Ibidem, s. 100.

⁷³ Ibidem, s. 112.

⁷⁴ M. Stubbs, *Feminism and Legal Positivism*, (w:) (red.) D.K. Weisberg, op. cit., s. 454–455.

⁷⁵ K. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, (w:) (red.) D.K. Weisberg, op. cit., s. 551–558.

nistami, wywodzącymi się z różnych nurtów. Może to – zdaniem MacKinnon – przynosić także i negatywne skutki, a w jej przypadku miało to miejsce, kiedy nie otrzymała odpowiedniego wsparcia w swej batalii o prawne ograniczenia w zakresie pornografii⁷⁶. Bartlett natomiast podaje więcej przykładów, kiedy pisze: „Femiści nie zgadzają się, przykładowo, co do tego, czy kobieta może dobrowolnie wybrać heteroseksualność czy też macierzyństwo; albo też, czy femiści więcej zyskają czy tracą na restrykcjach wobec pornografii, macierzyństwa zastępczego, albo też, czy kobieta powinna podlegać poborowi do wojska. A jeżeli nie zgadzają się w pewnych aspektach, to jedni femiści oskarżają drugich, że współuczestniczą w ciemieniu kobiet⁷⁷.”

Natomiast w nauczaniu prawa istotne znaczenie zacznie odgrywać tzw. nauczanie narracyjne czy gawędziarstwo (*narrative scholarship, storytelling*). Ich cechą charakterystyczną jest wysoce subiektywny opis doznań, zasadniczo cielesnych. Poprzez szczegółowość takiego opisu, często będącego źródłem dyskomfortu dla słuchaczy, ma nastąpić szczególne uwrażliwienie na kobiece subiektywne doświadczenia. Zdaniem Kathryn Abrams, taka metoda przełamuje priorytet abstrakcyjnej argumentacji i odkrywa tematy tabu typowe dla sfery domowej⁷⁸.

Gilligan była krytykowana m.in. za swój esencjalizm. Uznawała bowiem kobiece głoś bardziej za powszechny, aniżeli za pluralizm różnych kobiecych głosów⁷⁹. Z perspektywy feministycznej esencjalizm, w pewnym uproszczeniu, konstytuuje pogląd, że dla kobiet znaczenie tożsamości pod względem *gender*, a także ich doświadczanie seksizmu jest podobne. Ponadto, jeżeli zachodzą pomiędzy nimi w tym względzie jakieś różnice, to ich znaczenie jest niewielkie – znaczenie dużo większe mają te cechy, z którymi wszystkie kobiety się identyfikują. Taka krytyka zakłada, że pojęcie „kobieta” jest wystarczająco zdefiniowane. Patricia Cain wskazuje jednak, że zarówno Gilligan, jak i West dowodzą, że pojęcie to jest nie aż tak bardzo zdefiniowane jak niedowartościowane⁸⁰. Należy tu jednak zgodzić się z opinią Weisberga. Jego zdaniem, część feministów kulturowych podziela tezę feministów radykalnych, że kategoria „kobieta” jest całkowicie konstrukcją społeczną, natomiast inni są przekonani, że poniżej tych społecznie określonych cech charakterystycznych można odnaleźć naturalistyczną i esencjalną kobietę⁸¹. Tak czy inaczej przedstawiciele różnych nurtów jurysprudenencji feministycznej często sięgają do argumentu z esencjalizmu. Jest to o tyle łatwiejsze, że esencjalizm jest stopniowalny. Na ogół ustalili się konsens, że dla myśli feministycznej przynosi on negatywne skutki. Wydaje się jednak, że ci, którzy tropią esencjalizm z naj-

⁷⁶ C. MacKinnon, *On Collaboration*, (w:) C. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourse on Life and Law*, Harvard University Press 1987, s. 198–205.

⁷⁷ K. Barlett, op. cit., (w:) (red.) D.K. Weisberg, op. cit., s. 557.

⁷⁸ K. Abrams, *Hearing the Call of Stories*, (1991) 79 *California Law Review*, s. 982.

⁷⁹ *Lloyd's*, 1126.

⁸⁰ P.A. Cain, *Feminism and the limits of Equality*, (w:) (red.) D.K. Weisberg, op. cit., s. 241.

⁸¹ D.K. Weisberg, *Introduction to 'New Approaches to Equality and Difference'*, (w:) tenże, *Feminist...*, s. 217.

większą wytrwałością, znajdują go wszędzie albo prawie wszędzie. Ukierunkowane antyesencjalistycznie badania Elizabeth Spelman – zdaniem Weisberga – doprowadziły do postawienia zarzutu krótkowzroczności esencjalnej takim feministkom jak de Beauvoir, której praca od dziesięcioleci jest uznawana za doskonałą analizę „drugiej płci”⁸². Natomiast dużo poważniej należy potraktować zarzut esencjalizmu zgłaszany np. przez Angelę Harris, odwołującą się do doświadczeń kobiet kolorowych⁸³. Dla nich lokowanie dyskryminacji kobiet w sferze prywatnej jest mało przekonujące, kiedy większość czasu spędzają poza domem, podejmując różne niskopłatne zajęcia, często zresztą w domach białych kobiet. Harris jako motto swego przesłania powołuje znamienną wypowiedź Audre Lorde: „Od kiedy białe kobiety ignorują swoje uprzywilejowanie wynikające z ich rasy i definiują [kobiety] w kategoriach jedynie ich własnych doświadczeń, to kobieta kolorowa staje się „inną”, *the outsider*, której doświadczenia i tradycja są na tyle wyalienowane, że wprost nie do pojęcia”⁸⁴.

Dla Ann S. Scales niebezpieczeństwo związane z analizą Gilligan polega na tym, że etyka uprawnień i etyka troski to zbiory norm i poglądów, które z natury rzeczy są kompatybilne i wzajemnie się uzupełniają. Jej zdaniem, tłumi to albo co najmniej przesłania istniejące sprzeczności. Jest to krytyka z perspektywy feminizmu radykalnego, który nie jest zorientowany na badanie i wyjaśnianie różnic pomiędzy mężczyznami i kobietami. Koncentruje się natomiast na wykazaniu, że źródłem ciemnienia kobiet nie są jakieś irracjonalne przypadki różnicowania, ale jak najbardziej racjonalna polityka męskiej dominacji. Zdaniem Scales, inkorporacjonizm – tak bowiem określa cel swojej krytyki – oznacza oddanie pola, oznacza przesłanie do tych, posiadających władzę: „Będziemy używać waszego języka i pozwolimy wam to interpretować”⁸⁵.

Dla feminizmu kulturowego problematyczne – zdaniem Judith Greenberg – jest także udzielenie odpowiedzi, jak owe troskliwe relacje kobiece mają się do zawodów prawniczych, z natury kontrydiktoryjnych, wykonywanych przez kobiety, nierzadko z dużym sukcesem⁸⁶. Czy przez to kobiety są mniej kobiece? Czy może „przeszły” na drugą, męską stronę?

A z drugiej strony, czy nie jest tak, że kobiety, które rozumieją znaczenie pojęcia „troszczyć się o innych” i odczuwają presję na takie właśnie zachowanie,

⁸² Chodzi o pracę E. Spelman, *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought*, Beacon 1988; (red.) Weisberg, op. cit., s. 338, przypis 1.

⁸³ Jako przykład można wskazać A. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, (1988) 38 *Journal Legal Education* 47.

⁸⁴ A. Lorde, *Age, Race, Class, and Sex: Women Redefining Difference, in Sister Outsider: Essays and Speeches*, Crossing Press 1984, s. 114, 117; za A. Harris, op. cit., s. 47. Hilaire Barnett określa Lorde jako feministką socjalistyczną i samozwańczą reprezentantkę czarnych lesbijek; H. Barnett, op. cit., s. 20.

⁸⁵ A.C. Scales, *The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay*, (w:) (red.) D.K. Weisberg, op. cit., s. 44.

⁸⁶ J.G. Greenberg, *Introduction to Postmodern Legal Feminism*, (w:) M.J. Frug, *Postmodern Legal Feminism*, Routledge 1992, s. xiii.

zaczynają same wcielać się w przypisaną im rolę. Podejmują pracę jedynie na niepełny etat, tak aby więcej czasu poświęcić rodzinie. Inni zwrócą uwagę na to, że jest to praca zazwyczaj gorzej płatna, ale lepiej pasująca do „kobięcych” cech. Tak czy inaczej w konsekwencji jest to często okupione niższą opieką zdrowotną i gorszym zabezpieczeniem emerytalnym⁸⁷.

W podsumowaniu należy zauważyć, że feministyczna jursprudencja zorientowana kulturowo stoi na stanowisku, że system prawny nie uwzględnia w wystarczającym stopniu kobiecego postrzegania świata. Jest to związane z nieuzasadnioną fascynacją koncepcją uprawnienia i liberalnego indywidualizmu, które odzwierciedlają męską naturę. Z takiej perspektywy niewiele też wnosi moralny imperatyw Kanta. Dla mężczyzn bowiem będzie postulatem o respektowanie uprawnień innych, a dla kobiet postulatem troski o innych i odpowiedzialności za nich. Które rozumienie jest zatem bardziej autentyczne? Wydaje się oczywiste, że nie ma tu żadnego „bardziej”. Natomiast tym, co wydaje się tu potrzebne, jest rekonstrukcja systemu prawa tak, aby wartości tradycyjnie związane z naturą kobiet zostały uznane za równie wartościowe jak ochrona autonomii, niezależności i indywidualności.

STRESZCZENIE

Jedną z głównych szkół krytycznych wobec koncepcji prawa, opartej na doktrynie pozytywizmu prawniczego i liberalizmu, jest jursprudencja feministyczna. Teoria prawa budowana na feministycznych podstawach nie jest jednorodna. Często poszukuje wsparcia w innych szkołach myśli polityczno-prawnej. Z jednej strony sięga do marksizmu, z drugiej pozostaje przy reformie prawa w ramach liberalizmu. Poniekąd kontynuuje myśl innej szkoły krytycznej, *Critical Legal Studies*, ale także wchodzi w sojusz z postmodernistami, w celu dekonstrukcji wielu utrwalonych pojęć, choćby takich jak *kobieta*. Jednym z nurtów feminizmu prawniczego jest feminizm kulturowy. Stanowi on alternatywę wobec wyraźnej polaryzacji poglądów feministów radykalnych i liberalnych. Jego początków należy upatrywać w badaniach Carol Gilligan, opublikowanych w książce *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982). Artykuł niniejszy ma na celu naświetlenie prawnych aspektów feminizmu kulturowego, który dla większości polskich prawników jest nieznany. Wątek francuski został w tym artykule pominięty (w szczególności chodzi tu o prace Luce Irigaray). Warto jednak odnotować, że jest on nie mniej interesujący, ale bardziej z perspektywy krytyki psychoanalizy Freuda i Lacana, aniżeli w kontekście prawniczym.

⁸⁷ J.G. Greenberg, op. cit., s. xiv.

SUMMARY

One of the main schools critical of the concept of law based on the doctrine of legal positivism and liberalism is feminist jurisprudence. The theory of law built on the feminist foundations is not homogeneous. It often looks for support in other schools of political and legal thought. On the one hand it refers to Marxism, on the other it sticks to the reform of law within liberalism. In a way, it carries on the thought of another critical school, *Critical Legal Studies*, but it also enters into an alliance with post-modernists in order to deconstruct many consolidated concepts, e.g. such as a *woman*. One of the currents in legal feminism is cultural feminism. It is an alternative to the clear polarization of radical and liberal feminists' beliefs. It originates from Carol Gilligan's research results published in a book titled *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982). The present article is aimed at presenting legal aspects of cultural feminism which is unknown to most Polish lawyers. The French thread (especially the works by Luce Irigaray) is not discussed in the article. However, it is worth mentioning that it is not less interesting; although probably more from the perspective of criticism of Freud's and Lacan's psychoanalysis than in the legal context.



JACEK KOSONOĞA
*Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego
z dnia 13 października 2010 r.
(sygn. WSP 14/10)¹*

Skarga na przewlekłość postępowania złożona po podjęciu przez prokuratora decyzji co do przedmiotu postępowania przygotowawczego (...) czyni skargę spóźnioną a w konsekwencji wniesioną po terminie.

Teza powyższego orzeczenia została sformułowana na kanwie następującego stanu faktycznego. W dniu 30 lipca 2010 r. do Naczelnej Prokuratury Wojskowej wpłynęła skarga na przewlekłość postępowania przygotowawczego umorzonego postanowieniem Wojskowej Prokuratury Okręgowej z dnia 19 kwietnia 2009 r. Na powyższe postanowienie złożono zażalenie przekazane Wojskowemu Sądowi Okręgowemu. Rozpoznając skargę, Sąd Najwyższy pozostawił ją bez rozpoznania przyjmując, że w rozumieniu art. 5 ust 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki² tok postępowania przygotowawczego kończy wydanie decyzji o jego umorzeniu, nie zaś uprawomocnienie się postanowienia w tym przedmiocie, stąd też – w ocenie sądu – skarga została wniesiona po terminie i jako taka nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu. Pogląd ten podzielono także w innych judykatach³.

Stanowisko powyższe Sąd Najwyższy uzasadniał, odwołując się do wielu argumentów. Podniósł m.in., że określony w art. 5 ust. 1 ustawy o skardze termin

¹ Niepublik.

² Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz.U. Nr 179, poz. 1843 z późn. zm., cyt dalej jako ustawa o skardze).

³ Zob. post. SN z dnia 8 września 2010 r. (sygn. WSP 9/10, niepublik.), post. SN z dnia 8 września 2010 r. (sygn. WSP 12/10, niepublik.), zdanie odrębne do post. SN z dnia 18 listopada 2010 r. (sygn. WSP 16/10, niepublik.).

do jej wniesienia, wyrażony w słowach „w toku postępowania”, jest zachowany, jeżeli została ona złożona na tym etapie postępowania karnego, którego dotyczy. Wskazał również, że czas terażniejszy, jakim posłużył się ustawodawca zwłaszcza w art. 2 ust. 1 ustawy o skardze oznacza, iż przepis ten odwołuje się do stanu istniejącego w chwili wniesienia skargi. Ocena dokonywana przez sąd właściwy do jej rozpoznania nie dotyczy zatem wcześniejszych etapów postępowania karnego, które zostały już zakończone w wyniku wydania stosownych orzeczeń. Tok tego postępowania zamyka natomiast wydanie stosownego orzeczenia kończącego postępowanie, przez które należy rozumieć postanowienie kończące postępowanie w jego zasadniczym nurcie, a więc również postanowienie o umorzeniu (art. 461 § 1 k.p.k.). Wniesienie skargi na przewlekłość postępowania po wydaniu postanowienia o jego umorzeniu, również wtedy, gdy pozostaje ono nieprawomocne, jest zatem – w ocenie Sądu Najwyższego – wniesieniem skargi po terminie, bo już nie „w toku” tego postępowania.

Odwołując się z kolei do *ratio legis* ustawy, stwierdzono, że jej zasadniczym celem publicznoprawnym było stworzenie realnego i skutecznego środka zapobiegającego przewlekłości postępowania, czyli takiego, którego funkcją jest przede wszystkim wymuszenie nadania sprawie odpowiedniego, sprawnego biegu. Postępowanie ze skargi na przewlekłość nie jest samodzielnym postępowaniem zmierzającym do stwierdzenia przewlekłości postępowania, jaka wystąpiła już w postępowaniu karnym, ale jego celem powinno być spowodowanie podjęcia przez organ procesowy, przed którym postępowanie się toczy, działań zapobiegających dalszej przewlekłości. Dla realizacji tego celu przewidziano w ustawie (art. 12 ust. 2) możliwość zalecenia przez sąd podjęcia przez prokuratora prowadzącego postępowanie przygotowawcze odpowiednich czynności w wyznaczonym terminie. Jest zatem oczywiste, że osiągnięcie celów skargi nie jest możliwe w stosunku do zakończonego postępowania, w sytuacji gdy skarżący występuje ze skargą po wydaniu przez prokuratora decyzji rozstrzygającej co do przedmiotu postępowania przygotowawczego. Z tych powodów – zdaniem Sądu Najwyższego – prawomocne zakończenie postępowania karnego nie może być kryterium pozwalającym na ocenę, czy skarga na przewlekłość została złożona z zachowaniem terminu wskazanego w art. 5 ust. 1 ustawy o skardze. Zwrócono również uwagę na cel kompensacyjny skargi stwierdzając, że nie jest wykluczona jego realizacja, jeżeli tylko skarga została złożona w toku postępowania. Nie jest natomiast do pogodzenia z celami ustawy takie postępowanie skarżącego, który nie składa skargi w toku postępowania przygotowawczego, a składa ją dopiero na etapie postępowania zażaleniowego, wykazując zainteresowanie spełnieniem tylko kompensacyjnego celu ustawy⁴.

⁴ Zob. uzasadnienie post. SN z dnia 8 września 2010 r. (sygn. WSP 9/10, niepublik.), post. SN z dnia 8 września 2010 r. (sygn. WSP 12/10, niepublik.), post. SN z dnia 13 października 2010 r. (sygn. WSP 14/10, niepublik.) zdanie odrębne do post. SN z dnia 18 listopada 2010 r. (sygn. WSP 16/10, niepublik.).

Tak gruntowne uzasadnienie poglądu o niedopuszczalności skargi na przewlekłość postępowania przygotowawczego, złożonej po wydaniu decyzji o umorzeniu, ale przed jej uprawomocnieniem się, nie wyłącza możliwości bronienia tezy przeciwnej. Odmienną interpretację art. 5 ust 1 ustawy o skardze prowadzącą do konkluzji, iż tok postępowania przygotowawczego kończy dopiero prawomocne umorzenie, prezentowano zresztą w innych orzeczeniach Sądu Najwyższego. Wydane one zostały na kanwie zbliżonych stanów faktycznych⁵. W judykatach tych podniesiono m.in., że ustawą z dnia 20 lutego 2009 r. o zmianie ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki⁶ wprowadzono szereg bardzo istotnych zmian, nakazujących dokonanie ponownej interpretacji m.in. znaczenia terminu do wniesienia skargi, określonego w art. 5 ust. 1 ustawy o skardze w wyrazach „w toku postępowania”. Jednym z posunięć ustawodawcy było znowelizowanie przepisów art. 4 ustawy o skardze przez dodanie ustępów 1 a i 1 b, w których określono właściwość sądu apelacyjnego dla skarg wniesionych na przewlekłość postępowania przed sądem rejonowym i sądem okręgowym oraz przed sądem okręgowym i sądem apelacyjnym. Zmiana ta – w ocenie sądu – ma o tyle istotne znaczenie, że wymusza merytoryczne rozpoznanie skargi nawet wówczas, gdy postępowanie, którego skarga dotyczy, zostało nieprawomocnie zakończone. Podważano także argumentację opartą na kryterium celu ustawy. Stwierdzono bowiem, że poza potrzebą wymuszenia na organach procesowych nadania sprawie sprawnego biegu, nie mniej istotnym celem, jaki realizuje ustawa o skardze, jest zadośćuczynienie stronie, której prawo do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki zostało naruszone. Kwestionując tezę o niedopuszczalności skargi złożonej po podjęciu decyzji o umorzeniu postępowania, ale przed jej uprawomocnieniem się, podkreślano także, że stanowisko takie deprecjonuje kryterium prawomocności, a po ewentualnym uchyleniu przez sąd postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego toczy się ono nadal⁷.

Spśród przedstawionych koncepcji przekonuje drugie stanowisko. W postępowaniu karnym decyzja o umorzeniu postępowania przygotowawczego poddana została kontroli sądu (art. 306 § 1 k.p.k.). W wyniku rozpoznania zażalenia organowi temu przysługuje możliwość uchylenia postanowienia z jednoczesnym wskazaniem okoliczności, które należy wyjaśnić lub czynności, które należy

⁵ Post. SN z dnia 21 lipca 2009 r. (sygn. WSP 1/09, OSNKW 2009, nr 9, poz. 79), post. SN z dnia 14 kwietnia 2010 r. (sygn. WSP 4/10, niepublik.), post. SN z dnia 7 października 2010 r. (sygn. WSP 11/10, niepublik.), post. SN z dnia 18 listopada 2010 r. (sygn. WSP 16/10, niepublik.) zdanie odrębne do post. SN z dnia 13 października 2010 r. (sygn. WSP 14/10, niepublik.).

⁶ Ustawa z dnia 20 lutego 2009 r. o zmianie ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz.U. Nr 61, poz. 498).

⁷ Zob. uzasadnienie post. SN z dnia 21 lipca 2009 r. (sygn. WSP 1/09, OSNKW 2009, nr 9, poz. 79), post. SN z dnia 14 kwietnia 2010 r. (sygn. WSP 4/10, niepublik.), post. SN z dnia 7 października 2010 r. (sygn. WSP 11/10, niepublik.), post. SN z dnia 18 listopada 2010 r. (sygn. WSP 16/10, niepublik.) zdanie odrębne do post. SN z dnia 13 października 2010 r. (sygn. WSP 14/10, niepublik.).

przeprowadzić (art. 330 § 1 k.p.k.). Postępowanie przygotowawcze jest wówczas kontynuowane w zakresie wyznaczonym przez sąd a na prokuratorze spoczywa obowiązek realizacji zaleceń co do dalszego prowadzenia sprawy (art. 330 § 1 k.p.k. *in fine*). Przyjąć zatem należy, że po uchyleniu decyzji o umorzeniu, postępowanie toczy się nadal, tym bardziej że nie jest wykluczone podjęcie przez prokuratora odmiennej niż pierwotna decyzji merytorycznej. Słusznie twierdzi się w orzecznictwie, że postępowanie przygotowawcze kończy postanowienie sądu, utrzymujące w mocy lub zmieniające postanowienie prokuratora o umorzeniu śledztwa⁸. Nie będzie tak jednak w sytuacji uchylenia tego rodzaju postanowienia.

Założenie, że bieg postępowania przygotowawczego kończy nieprawomocne postanowienie o jego umorzeniu, oznaczałoby pozostawienie poza zakresem ustawy o skardze tych czynności, jakie nastąpiły po przekazaniu sprawy do uzupełnienia w trybie art. 330 § 1 k.p.k. Mają one taki sam charakter prawny jak czynności poprzedzające decyzję o umorzeniu i podobnie jak one mogą cechować się przewlekłością, stąd też – w myśl zasady *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* – powinny one podlegać kontroli sądowej z punktu widzenia ich przewlekłości.

Istotne jest przy tym, że ustawa o skardze nie przewiduje możliwości łącznej oceny przewlekłości postępowania sądowego i przygotowawczego, jak to ma miejsce w przypadku postępowań prowadzonych w pierwszej i drugiej instancji sądowej⁹. Przyjęcie wykładni zawężającej uprawnienie do wystąpienia ze skargą do czasu nieprawomocnego zakończenia postępowania przygotowawczego prowadziłoby zatem do jeszcze większego zróżnicowania uprawnień strony w zależności od etapu procesu. Aksjologicznie nie do zaakceptowania byłaby natomiast teza, że kwestia badania przewlekłości postępowania przygotowawczego jest mniej istotna niż ocena sprawności postępowania sądowego.

W orzecznictwie ETPC wielokrotnie podkreślano, że dla potrzeby oceny pojęcia „rozsądny termin rozpoznania sprawy” należy brać pod uwagę cały okres postępowania, od jego wszczęcia, do czasu definitywnego zakończenia¹⁰. Kryterium to może być pomocne także przy ustalaniu, czy sprawa jest „w toku”, skoro wykładnia tego pojęcia decyduje o dopuszczalności skargi na przewlekłość postępowania przygotowawczego.

Zagadnienie celu ustawy powinno być rozważane przede wszystkim w kontekście postanowień Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podsta-

⁸ Post. SN z dnia 12 marca 2009 r., WO 2/09, OSNKW 2009, nr 6, poz. 24.

⁹ Szerzej zob. P. Górecki, S. Stachowiak, P. Wiliński, *Skarga na przewlekłość postępowania przygotowawczego i sądowego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 70–71; P. Kładoczny, A. Pietryka, M. Bernatt, B. Grabowska, *Skarga na przewlekłość postępowania*, Warszawa 2010, s. 102–103.

¹⁰ Zob. wyr. z dnia 11 października 2005 r. w sprawie 52690/99 *Majewski przeciwko Polsce*, wyr. z dnia 13 lutego 2007 r. w sprawie 35615/03 *Krzych i Gurbier przeciwko Polsce*, wyr. z dnia 12 czerwca 2007 r. w sprawie 28836/04 *Abramczyk przeciwko Polsce*.

wowych Wolności, skoro sama ustawa jest reakcją na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (cyt. dalej jako ETPC) w sprawach dotyczących Polski¹¹.

Problematyka ta podjęta przez Sąd Najwyższy, który podkreślił, że ETPC, badając i interpretując przepisy ustawy o skardze pod kątem, czy spełnia ona wymogi skutecznego środka odwoławczego w rozumieniu art. 13 konwencji, zwracał uwagę na ich funkcję kompensacyjną, równoważąc ją z funkcją prewencyjną. Zdaniem Sądu Najwyższego przyjęcie, że funkcja kompensacyjna polskiego środka odwoławczego w rozumieniu art. 13 konwencji jest równie ważna, jak jego funkcja prewencyjna, ma również swoje uzasadnienie w przepisach konwencji, które nie tylko stanowią, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd” (art. 6 ust. 1 konwencji), ale ponadto przewidują słuszne zadośćuczynienie za naruszenie tego prawa (art. 41 konwencji). Marginalizacja znaczenia funkcji kompensacyjnej ustawy o skardze, w sytuacji kiedy spełniona zostanie jej funkcja prewencyjna i umorzenie z tego powodu postępowania, w istocie prowadzi do uchylecia się od zbadania, czy doszło do naruszenia prawa wspólnotowego. W uzasadnieniu uchwały zwrócono również uwagę, że ETPC jako jeden z elementów rekompensaty uznaje samo orzeczenie stwierdzające naruszenie konwencji, które niekiedy stanowi całkowite słuszne zadośćuczynienie, a niekiedy doznane szkody „nie mogą zostać zrekompensowane samym orzeczeniem naruszenia”. Zatem w pojęciu słusznego zadośćuczynienia mieści się również obowiązek merytorycznego rozstrzygnięcia o naruszeniu prawa, bowiem w ten sposób strona może uzyskać satysfakcję moralną z faktu, iż podzielono jej stanowisko i przyznano rację jej zarzutom¹².

Odstąpienie od merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie ze skutecznie wniesionej skargi na przewlekłość postępowania, a w konsekwencji pozostawienie bez rozstrzygnięcia zgłoszonego żądania zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej, tylko dlatego, że skarga osiągnęła tylko jeden z jej celów, może zatem budzić wątpliwości.

Problematykę konkurencyjności celów ustawy sygnalizowano także w doktrynie. Słusznie wskazywano m.in., że uprawomocnienie się orzeczenia kończącego postępowania w sprawie, przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie

¹¹ Zob. wyr. ETPC z dnia 26 października 2000 r. w sprawie nr 30210/96 Kudła przeciwko Polsce, zob. również uzasadnienie do projektu ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania w rozsądnym terminie sprawy w postępowaniu sądowym Sejm RP IV kadencji, druk sejmowy nr 2256.

¹² Uchw. SN z dnia 9 stycznia 2008 r., III SPZP 1/07, OSNP 2008, nr 13–14, poz. 205, zob. również decyzja z dnia 24 maja 2005 r. w sprawie 50428/99 Dziedzic przeciwko Polsce, LEX nr 151018; decyzja z 1 marca 2005 r. w sprawie 24549/03 Michalak przeciwko Polsce, § 40, LEX nr 148865; decyzja z 1 marca 2005 r. w sprawie 15212/03 Charzyński przeciwko Polsce, § 36–42, LEX nr 148857; decyzja z dnia 24 maja 2005 r. w sprawie 50428/99 Dziedzic przeciwko Polsce, LEX nr 151018; decyzja z 1 marca 2005 r. w sprawie 24549/03 Michalak przeciwko Polsce, § 40, LEX nr 148865; decyzja z 1 marca 2005 r. w sprawie 15212/03 Charzyński przeciwko Polsce, § 36–42, LEX nr 148857.

wywołane skargą nie wyklucza możliwości zakończenia tego ostatniego postępowania rozstrzygnięciem merytorycznym. Bezprzedmiotowe w takiej sytuacji staje się jedynie żądanie wydania sądowi zaleceń, o których mowa w art. 6 ust. 3 ustawy o skardze¹³.

Przyjęcie, że nieprawomocna decyzja o umorzeniu kończy tok postępowania przygotowawczego oznacza istotne ograniczenie uprawnień strony do wnoszenia skargi na przewlekłość. Według takiej interpretacji wygasają one z datą wydania postanowienia, a termin ten ma charakter prekluzyjny. Jeszcze na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. Sąd Najwyższy, analizując kwestię wpływu uprawomocnienia się postanowienia o odwołaniu warunkowego zwolnienia na zachowanie terminu, o jakim mowa w art. 97 k.k. z 1969 r. przyjął, że użyte w tym przepisie określenie „nie odwołano warunkowego zwolnienia” odnosi się do sytuacji, gdy w okresie 6 miesięcy po upływie okresu próby nie wydano prawomocnego postanowienia w tym przedmiocie. Argumentowano wówczas, że tak doniosłe skutki w sferze materialnoprawnej mogą być „odwołane” tylko wówczas, gdy z jednej strony istnieją realne podstawy do odwołania warunkowego zwolnienia, a z drugiej strony, gdy kwestia ta zostanie przesądzona w postanowieniu, które nie tylko zostanie wydane przed upływem 6-miesięcznego okresu, przewidzianego w ustawie, ale które stanie się także postanowieniem prawomocnym w tym okresie¹⁴. Powyższa teza, jakkolwiek dotyczy zupełnie innej instytucji, dowodzi tego, jak istotne znaczenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego nadaje się walorowi prawomocności decyzji procesowej. Stąd też wyciąganie tak daleko idących konsekwencji, jak wygaśnięcie prawa do wniesienia skargi na przewlekłość postępowania z faktu nieprawomocnego zakończenia postępowania przygotowawczego wydaje się niezasadne.

Na marginesie rozważań dotyczących wpływu prawomocności orzeczenia kończącego postępowanie przygotowawcze na interpretację art. 5 ust 1 ustawy o skardze w orzecznictwie wyrażano także dalej idący pogląd. Podnoszono mianowicie, iż skarga na przewlekłość postępowania przygotowawczego jest wniesiona w terminie także wówczas, gdy złożona zostanie do czasu skierowania do sądu aktu oskarżenia bądź wniosków określonych w art. 324 § 2 i 336 § 1 k.p.k., w tym również po uzupełnieniu śledztwa lub dochodzenia dokonanego po zwrocie sprawy prokuratorowi w tych sytuacjach, w których staje się on ponownie jej gospodarzem¹⁵.

¹³ J. Skorupka (red.), *Skarga na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez niezasadnionej zwłoki. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 163; por. również postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 maja 2005 r., sygn. II S 6/05 KZS 2005, nr 5, poz. 47.

¹⁴ Uchw. SN z dnia 30 stycznia 1996 r., I KZP 34/95, OSNKW 1996, nr 3–4, poz. 14 z uwagami R. Stefańskiego w: *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 1996 r.*, WPP 1997, nr 1, s. 93–95.

¹⁵ Post. SN z dnia 21 lipca 2009 r. (sygn. WSP 1/09, OSNKW 2009, nr 9, poz. 79) z glosą M. Jędruszcza, „Prokurator” 2010, nr 1–2, s. 154; post. SN dnia 18 listopada 2010 r. (sygn. WSP 16/10, niepublik.), zdanie odrębne do post. SN z dnia 13 października 2010 r. (sygn. WSP 14/10, niepublik.).

Są to przypadki zasadniczo odmienne od wydania postanowienia w przedmiocie umorzenia postępowania przygotowawczego. W tych sytuacjach postępowanie kończy się bowiem niezaskarżalną decyzją prokuratora, która niepodlega wzruszeniu. Kończy ona zatem definitywnie ten etap postępowania. Są to skargi zasadnicze, czyli warunkujące integralne postępowanie zasadnicze. Spełniają one funkcję impulsu procesowego, inicjując postępowanie jurysdykcyjne oraz funkcję obowiązku procesowego sprowadzającą się do obowiązku wszczęcia przez sąd postępowania. Wynikająca z zasady skargowości funkcja obowiązku procesowego obejmuje także związanie sądu granicami skargi. Sąd nie może orzekać o tym, co nie jest objęte skargą oskarżycielską; jest związany granicami podmiotowymi z przedmiotowymi zakreślonymi skargą¹⁶.

Ewentualny zwrot sprawy w trybie art. 339 § 3 pkt 4 k.p.k. bądź art. 345 k.p.k. oznacza, że postępowanie przygotowawcze toczy się ponownie w zakresie wskazanym przez sąd, a od momentu przekazania sprawy otwiera się możliwość podnoszenia zarzutu przewlekłości. Usunięcie istotnych braków postępowania przygotowawczego bądź też uzupełnienie śledztwa lub dochodzenia powinno podlegać takiej samej ocenie w kontekście przewlekłości, jak inne czynności postępowania przygotowawczego, dokonywane przed skierowaniem aktu oskarżenia, bądź wniosków, o których mowa w art. 324 § 2 i 336 § 1 k.p.k.

STRESZCZENIE

Przedmiotem glosy jest problematyka skargi na przewlekłość postępowania przygotowawczego. Autor kwestionując tezę wyrażoną w postanowieniu stoi na stanowisku, że postępowanie przygotowawcze jest w toku, w rozumieniu art. 5 ust 1 ustawy o skardze, do czasu uprawomocnienia się postanowienia o jego umorzeniu.

SUMMARY

The subject-matter of the gloss is the complaint about the lengthiness of a preparatory proceeding. Questioning the thesis expressed in the decision, the author takes the view that, in accordance with Article 5 item 1 of the Act on a Complaint, a preparatory proceeding is under way until a decision to discontinue a case comes into force.

¹⁶ S. Stachowiak, *Funkcje zasady skargowości w polskim procesie karnym*, Poznań 1975, s. 13 i 26–27.



ADRIAN NIEWĘGŁOWSKI
Głosa do wyroku Sądu Najwyższego
z dnia 12 grudnia 2007 r.
(V CSK 333/07)¹

Kara umowna może być zastrzeżona także w umowie starannego działania

1. W glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy zajął się kilkoma istotnymi problemami prawnymi, które dotyczą umowy o zastępstwo inwestycyjne w budownictwie. Umowa ta, zyskując coraz większą popularność w obrocie, znajduje szerokie zastosowanie, gdy chodzi o realizację inwestycji o charakterze „miejskim”, dotyczących budowy oczyszczalni ścieków, wysypisk, odpadów komunalnych, zbiorników wody pitnej, retencyjnych², czy – jak miało to miejsce w przypadku, którego dotyczy orzeczenie – modernizacji i przebudowy centrum miasta na rzecz gminy.

Zgodnie z tezą orzeczenia kara umowna może być zastrzeżona także w zobowiązaniach starannego działania.

Chociaż teza orzeczenia mogłaby świadczyć o tym, że SN skupił się w orzeczeniu tylko na problemie dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej przy zobowiązaniach starannego działania, wynikających z umowy o zastępstwo inwestycyjne, to po dokładniejszej lekturze uzasadnienia okazuje się, że zakres poruszonych przez SN problemów jest znacznie bogatszy. Biorąc to pod uwagę, wydaje się konieczne podjęcie próby ustosunkowania się także do innych, poruszonych przez Sąd zagadnień, a nie tylko problemu zastrzeżenia kary umownej w umowie o zastępstwo inwestycyjne.

2. Stan faktyczny sprawy nie był złożony. Powód zawarł z pozwanym umowę, na podstawie której pozwany, jako jego zastępca, miał zrealizować inwestycję budowlaną, zawierając umowę z wykonawcą robót. Spór dotyczył tego, czy

¹ Orzeczenie to zostało opublikowane w następujących czasopiśmiech: „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2009, nr 2, poz. 30; „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2008, nr 5, s. 6; „Monitor Prawniczy” 2008, nr 21, s. 1161, a także w „LEX” pod numerem 383025.

² Przykłady te podaje J.A. Strzępka (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. VII, (red.) J. Rajska, Warszawa 2004, s. 400.

zastępca prawidłowo zrealizował swoje obowiązki. Zdaniem powoda, zwlekał z podnoszeniem roszczeń w stosunku do wykonawcy, dochodzeniem kar umownych itd.

Kluczowe dla rozstrzygnięcia było jednak dokonanie oceny, na jakich zasadach zastępca inwestycyjny ponosi wobec inwestora bezpośredniego odpowiedzialność za skutki niewykonania umowy, czy mógł on skutecznie zmniejszyć rozmiar szkody wyrządzonej inwestorowi wskutek wadliwego zrealizowania inwestycji, poprzez prawidłowe i terminowe dochodzenie od wykonawcy odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady i gwarancji jakości, a także kar umownych. Wreszcie, o czym już wspomniano, najważniejszy problem do rozstrzygnięcia, jaki stanął przed Sądem Najwyższym, związany był z odpowiedzią na pytanie, czy mieściło się w granicach swobody kontraktowej stron (art. 353¹ kodeksu cywilnego³) zastrzeżenie kary umownej, na wypadek niewywiązania się inwestora zastępczego z zobowiązań, o których wyżej powiedziano.

3. Przed przystąpieniem do dokładniejszej analizy stanowiska Sądu Najwyższego w kwestii zasadniczej (tzn. dopuszczalności zastrzeżenia kar umownych w umowie o zastępstwo inwestycyjne) konieczne jest, jak się wydaje, dokonanie kilku ustaleń o ogólniejszym charakterze, które posłużą za punkt wyjścia do dalszych uwag.

Zakres świadczenia inwestora zastępczego określa umowa, która może powierzać mu wykonywanie wszystkich lub niektórych obowiązków inwestora bezpośredniego, takich jak: zawarcie umowy o opracowanie dokumentacji projektowej i przygotowanie inwestycji, sprawowanie nadzoru inwestorskiego, odbiór obiektu budowlanego itd.⁴ Inwestor zastępczy może realizować te obowiązki w imieniu i na rachunek inwestora bezpośredniego (tej właśnie sytuacji dotyczyło orzeczenie) lub w imieniu własnym i na rachunek tego ostatniego. W tym ostatnim przypadku działa on jako powiernik inwestora bezpośredniego⁵.

Mimo zróżnicowanego i szerokiego zakresu obowiązków, przyjmuje się, że w tym pierwszym przypadku strony łączy umowa zlecenie (art. 734 i n. k.c.). Pogląd ten jest powszechnie podzielany zarówno w doktrynie⁶, jak i w orzecznictwie sądowym⁷. Gdy chodzi natomiast o powiernictwo inwestycyjne, proponuje

³ Ustawa z 23 IV 1964 r. – Kodeks Cywilny, Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm., dalej: „k.c.”.

⁴ I. Weiss (w:) *Prawo gospodarcze. Część szczegółowa*, (red.) S. Włodyka, Warszawa 1988, s. 101; zob. również S. Buczkowski, S. Mizerska, *Umowy budowlane*, Warszawa 1976, s. 58; J.A. Strzępka (w:) *System...*, t. VII, s. 400–401; E. Zielińska (w:) *Prawo umów budowlanych*, (red.) J.A. Strzępka, Warszawa 1999, s. 383.

⁵ J.A. Strzępka, *Umowy powiernicze w procesie budowlanym*, „Prawo Spółek” 2001, nr 4, s. 32 i n.

⁶ Tak R. Chilimoniuk, *Ryzyko uspołecznionego wykonawcy budowlanego*, Wrocław 1979, s. 141; J. Okolski, *Stosunki umowne w procesie inwestycyjnym (umowa o roboty budowlane)*, Warszawa 1976, s. 75–76; T. Sokołowski (w:) *Umowy w obrocie gospodarczym*, (red.) A. Koch, J. Napierała, Kraków 2006, przypis 1 na s. 78–79; J. Wiszniewski, *Prawo gospodarcze*, Warszawa 1982, s. 271; J.A. Strzępka (w:) *System...*, t. VII, s. 400.

⁷ Tak przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 VI 2004 r., III CK 158/03 (LEX nr 279979); tak również Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 10 VIII 2006 r., I ACa 190/06, (LEX nr 279979).

się zastosowanie do oceny zagadnień pominiętych przez strony w takiej umowie – przepisów k.c. o umowie komisu (art. 765 i n. k.c.).

Szeroki zakres obowiązków inwestora zastępczego przesądza o tym, że strony często zastrzegają kary umowne na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Sąd Najwyższy słusznie nie podzielił zastrzeżeń sądu apelacyjnego, jakoby zastrzeganie tego typu kar w odniesieniu do zobowiązań starannego działania było sprzeczne z właściwością tych zobowiązań. Ustawodawca wymaga tylko, aby zobowiązanie, którego wykonanie zabezpiecza kara umowna, było niepieniężne (art. 483 k.c.). Zobowiązania inwestora zastępczego względem inwestora bezpośredniego mają w ogólności taki właśnie charakter. „Właściwość zobowiązania”, która mogłaby przemawiać za niemożnością zastrzeżenia kary umownej, może wchodzić w rachubę, gdy mamy do czynienia ze zobowiązaniem pieniężnym. Nie można wobec tego zastrzec kary w odniesieniu do świadczenia inwestora bezpośredniego, gdyż ma ono charakter pieniężny. Jeżeli dłużnik (inwestor zastępczy) jest przy tym zobowiązany do spełnienia kilku różnych świadczeń (np. nadzoru, zawarcia umów dostawy, sprzedaży, o prace projektowe, itd.), nic nie stoi na przeszkodzie, aby kary umowne zastrzec w odniesieniu do spełnienia jednego, kilku lub wszystkich tych świadczeń. Nie ma – jak się wydaje – przeszkód do zastosowania rozwiązania, aby kary zastrzec tylko w odniesieniu do świadczeń inwestora zastępczego, które przybierają kształt starannego działania, z pominięciem np. świadczeń rezultatu i odwrotnie.

Dopuszczalności zastrzeżenia kary przy świadczeniu starannego działania nie sprzeciwia się w szczególności inna, często podkreślana właściwość zobowiązań starannego działania, a mianowicie ta, że dużo trudniej wykazać ich niewykonanie w porównaniu do zobowiązań rezultatu⁸. Zauważa się też, że moment, w którym rozpoczyna się niewykonanie (nienależyte wykonanie) zobowiązania, starannego działania jest dużo trudniejszy do „uchwycenia” aniżeli w przypadku zobowiązań rezultatu. Trudności w udowodnieniu okoliczności, od których istnienia jest uzależnione skuteczne dochodzenie kary, to kwestia faktyczna, która sama w sobie powinna pozostawać poza zakresem dyskusji o dopuszczalności jej zastrzeżenia w zobowiązaniach danego rodzaju. Udowodnienie zresztą okoliczności, od których uzależnione jest dochodzenie kary, nie kształtuje się tak samo w obrębie samych zobowiązań rezultatu, gdyż dużo zależy w tym zakresie m.in. od tego, jak bardzo skomplikowany rezultat wykonawca ma osiągnąć. Podobnie jest z zobowiązaniami starannego działania, których dotyczy orzeczenie. Nie jest to jakkolwiek argument w dyskusji, czy karę taką można w ich przypadku w ogóle zastrzec. Kluczowe jest natomiast, że ustawodawca w żaden sposób nie ogranicza dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej w odniesieniu do zobowiązania

⁸ P. Drapała, *Kary umowne: jak ma się orzecznictwo do potrzeb praktyki*, „Rzeczpospolita” z 3 III 2010. Autor, sygnalizując pewne problemy praktyczne w dochodzeniu kar umownych w zobowiązaniach starannego działania, podziela jednak pogląd SN, wyrażony w głosowanym wyroku.

starannego działania. Zakładając natomiast jego racjonalność, należy uznać, że tak poważne ograniczenie swobody kontraktowania, jak niemożność zastrzeżenia kary przy świadczeniu starannego działania, jeśli by istniało – powinno wyraźnie wynikać z przepisu prawnego.

Trafnie nie podzielił również Sąd Najwyższy zastrzeżeń sądu apelacyjnego, co do wadliwego sformułowania postanowienia dotyczącego kary umownej. Zdaniem SA, można było mieć wątpliwości, czy kara dotyczyła opóźnienia w usuwaniu wad przez wykonawcę robót budowlanych, czy realizacji obowiązków z umowy o zastępstwo inwestycyjne. Ponieważ karę zastrzeżono w umowie o zastępstwo inwestycyjne, której wykonawca nie jest przecież stroną, jest zarazem oczywiste, że dotyczyła obowiązków inwestora zastępczego. Umowa o zastępstwo inwestycyjne nie zobowiązuje zaś tego ostatniego do wybudowania obiektu, tylko do czynności związanych z przygotowaniem inwestycji, które normalnie wykonuje inwestor bezpośredni⁹. Stąd jest też sprawą jasną, że kara nie może odnosić się w tej sytuacji do usunięcia wad (obowiązek ich usunięcia spoczywa na wykonawcy), choć można ją zastrzec np. na wypadek niezawiadomienia na czas wykonawcy o stwierdzonej przez inwestora zastępczego wadzie, czy zaniechania dochodzenia przez tego ostatniego roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Nie jest zarazem możliwe sformułowanie postanowienia o karze umownej dotyczącej świadczenia nadzoru inwestorskiego tak, aby nie odnieść się w ogóle do czynności wykonawcy robót, skoro to nad nimi nadzór jest sprawowany.

4. Sąd Najwyższy, odchodząc nieco od ustalonego w literaturze i orzecznictwie schematu, stwierdził, że nie wszystkie świadczenia inwestora należy uznać za świadczenia starannego działania, co – moim zdaniem – zasługuje na aprobatę. Niektóre świadczenia inwestora zastępczego powinny być wprawdzie tak kwalifikowane, ale nie oznacza to, że wszystkie należy za takie uznawać. Nie wydaje się, aby istniały powody do przyjęcia, że takie świadczenia tego inwestora, jak zakup maszyn i urządzeń powinny być również w ten sposób kwalifikowane – są to typowe świadczenia rezultatu. Inaczej mówiąc, trudno dostrzec racje dla których należałoby uznać, że dłużnik w tego typu przypadku odpowiada jedynie za starania ukierunkowane na zakup maszyn, czy urządzeń, jednak efekt tych czynności – pozostaje poza zakresem treści jego świadczenia. Niewykonaniem zobowiązania rezultatu – jak miało to miejsce w przypadku, którego dotyczy orzeczenie – jest niezłożenie na czas przez inwestora zastępczego oświadczenia o żądaniu natychmiastowej zapłaty kary umownej, czy oświadczenia o potrąceniu części wynagrodzenia wykonawcy z faktur częściowych na pokrycie kosztów usunięcia wad w okresie gwarancji. Dokonanie tych czynności przez przedsiębiorcę, który zastępuje inwestora bezpośredniego, nie wydaje się na tyle skomplikowane, aby przyjąć w tym zakresie konstrukcję zobowiązania starannego działania. Kon-

⁹ J. Okolski, *Stosunki...*, s. 74.

kluzja SN, że umowa o zastępstwo inwestorskie obejmuje szereg cząstkowych zobowiązań o różnym charakterze, jest trafna.

Występowanie w umowie o zastępstwo inwestycyjne, która – co słusznie podkreślił SN – jest często umową kompleksową, tak świadczeń rezultatu, jak i starannego działania, nie zmienia faktu, że kary umowne można zastrzegać w odniesieniu do obu tych typów świadczeń.

5. SN, akceptując podział na świadczenia rezultatu i starannego działania, nie odniósł się w pełni do stanowiska SA, który stwierdził – mając w polu widzenia szeroko rozumianą właściwość (naturę) stosunku cywilnoprawnego – że wykraczałoby poza dopuszczalne granice swobody umów zastrzeżenie w umowach starannego działania osiągnięcia określonego rezultatu pod rygorem odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. SN wskazuje tylko, że z poglądem tym nie sposób się zgodzić w postaci, w jakiej został on zaprezentowany, a ponadto zarzucił SA brak dostatecznie pogłębionej analizy świadczeń kontrahentów umowy o zastępstwo inwestycyjne.

Tymczasem istotne wątpliwości wywołuje sama racjonalność przekonania, że w przypadku świadczenia, będącego w typowej sytuacji przedmiotem zobowiązania starannego działania, dłużnik nie może przyjąć odpowiedzialności za rezultat. Pogląd ten jest podzielany także w doktrynie¹⁰. Trudno się z nim zgodzić z jednego, zasadniczego powodu.

Podział na zobowiązania rezultatu i starannego działania opiera się na odmiennej podstawie odpowiedzialności¹¹. Podstawę odpowiedzialności strony mogą jednak – stosownie do art. 473 k.c – zmodyfikować, zwłaszcza rozszerzyć. Można więc zaryzykować stwierdzenie, że w obrocie podział ten ma charakter względny, gdyż zależy od ustaleń stron w kwestii podstawy odpowiedzialności.

Typowymi zobowiązaniami starannego działania są np. świadczenie opieki zdrowotnej i pomocy prawnej. W tych przypadkach, jak podkreśla się, nie można zwykle wymagać od adwokata, ażeby sąd orzekł zgodnie z treścią żądania mocodawcy, ani od lekarza, aby pacjent wyzdrowiał¹². Słusznie podkreśla się jednak, że nic nie stoi na przeszkodzie, by przedmiotem świadczenia adwokata uczynić pomyślnie dla klienta zakończenie sprawy; podobnie, inwestor zastępczy może również przyjąć na siebie odpowiedzialność np. za nadzór nad inwestycją budowlaną na zasadzie ryzyka¹³. Granicą rozszerzenia odpowiedzialności jest rezultat

¹⁰ A. Olejniczak (w:) *Umowy w obrocie gospodarczym*, (red.) A. Koch i J. Napierała, Warszawa 2006, s. 23.

¹¹ Trzeba odnotować, że niektórzy zwolennicy tego podziału, upatrują różnicę w tych zobowiązaniach nie w odmiennej podstawie odpowiedzialności, tylko w innym rozkładzie ciężaru dowodu; stanowiska doktryny referuje T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 73 i n.

¹² Szerzej J. Jastrzębski, *O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności dłużnika*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 3, s. 813.

¹³ Tak trafnie R. Chalimoniuk, *Ryzyko...*, s. 113 z powołaniem się (w przypisie 18 na tej stronie) na poglądy Z.K. Nowakowskiego.

1/2011

niemożliwy do uzyskania. O taki rezultat nie można się umówić, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna (art. 387 § 1 k.c.).

Wydaje się więc, że nie można uznać, żeby istniały jakiegokolwiek powody do przyjęcia, że strony umowy, która w typowych warunkach obrotu ma charakter starannego działania, nie mogą nadać jej kształtu umowy rezultatu.

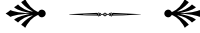
Modyfikacje podstawy odpowiedzialności nie stanowią żadnej przeszkody w skutecznym zastrzeżeniu kar umownych, o ile oczywiście strony nie naruszają przepisów k.c., w szczególności art. 473.

STRESZCZENIE

Umowa o zastępstwo inwestycyjne zyskuje coraz większą popularność w obrocie. Towarzyszy temu pojawianie się licznych problemów praktycznych, które znajdują odbicie w orzecznictwie. W głosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy musiał zająć się kilkoma zagadnieniami prawnymi dotyczącymi tej umowy. Kluczowym problemem było ustalenie, jaki charakter ma świadczenie inwestora zastępczego. Z kwestią tą ściśle wiąże się wątpliwość, czy w odniesieniu do świadczenia tego inwestora, które często przybiera kształt zobowiązania starannego działania, jest możliwe zastrzeżenie kary umownej. Niniejsza glosa jest komentarzem do wskazanych wyżej problemów.

SUMMARY

A contract for investment substitution is becoming more and more popular in turnover. It is accompanied by numerous practical problems that are reflected in court decisions. Voting on a decision, the Supreme Court had to deal with a few legal issues in relation with such a contract. The key issue was to establish the character of the substitute investor's performance. This issue is strictly connected with a doubt as to whether it is possible to make a reservation of penalty fixed by contract in relation to the investor's performance which often takes a form of obligation to act diligently. The present gloss is a comment on the above mentioned issues.



BLANKA J. STEFAŃSKA
Glosa do wyroku SN
z dnia 1 października 2010 r.
(II KK 141/10)¹

Przestępka „niekaralności za przestępstwo umyślne” z art. 66 § 1 k.k. dotyczy prawomocnych skazań, które miały miejsce do dnia orzekania w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania.

1. Art. 66 § 1 k.k. uzależnia warunkowe umorzenia postępowania karnego od niekaralności sprawcy za przestępstwo umyślne, nie podając jednocześnie, o jaki moment chodzi, a mianowicie, czy sprawca ma być niekarany w czasie popełnienia przestępstwa, czy w czasie orzekania. Problem ten nie był dotychczas wprost rozstrzygnięty w judykaturze. Zagadnienie takie było przedstawione Sądowi Najwyższemu w trybie tzw. konkretnych pytań prawnych, lecz organ ten odmówił podjęcia uchwały, a w postanowieniu nie odniósł się do tej kwestii². Początkowo tylko z niektórych stwierdzeń tego organu zawartych w nielicznych orzeczeniach można było wnosić, że istotny jest czas wyrokowania. Sąd Najwyższy uznał, że:

- „przed popełnieniem zarzucanego mu czynu był uprzednio karany”³,
- „przed wydaniem zaskarżonego kasacją orzeczenia, był karany wyrokiem sądu rejonowego z dnia 14 marca 2006 r. za umyślne przestępstwa”⁴.

Jednakże w ostatnim czasie, oprócz glosowanej wypowiedzi, organ ten stwierdził, że „istotne jest bowiem to, iż w czasie orzekania przez sąd okręgowy, tj. w dniu 13 marca 2008 r., oskarżony był już prawomocnie skazany za przestępstwo umyślne. Wiążącą przesłanką jest zatem moment prawomocnego skazania, a nie czas popełnienia czynu, za które skazanie to nastąpiło”⁵.

2. W glosowanym wyroku Sąd Najwyższy, podtrzymując dotychczasową linię orzecznictwa, podniósł, że za taką interpretacją przemawia ułożenie tej prze-

¹ OSNKW 2010, Nr 11, poz. 102.

² Postanowienie SN z dnia 22 grudnia 1993 r. – I KZP 35/93 cyt. za A. Herzogiem, *Niekaralność jako przesłanka warunkowego umorzenia postępowania karnego*, Prok. i Pr. 2005, nr 4, s. 129–130.

³ Wyrok SN z dnia 8 września 2005 r. – II KK 5/05, OSNwSK 2005, poz. 1616.

⁴ Wyrok SN z dnia 5 lutego 2007 r. – IV KK 380/06, Legalis.

⁵ Wyrok SN z dnia 1 października 2008 r. – V KK 238/08, LEX nr 457948.

słanki wśród tych, które są związane z osobą sprawcy oraz bezpośrednie powiązanie jej z pozytywną prognozą kryminologiczną co do niego. Zatem tylko sprawca, co do którego sąd nabierze przekonania, że rozpoznawany czyn był odosobnionym incydentem w jego życiu i można realnie zakładać, iż w przyszłości będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności nie popełni przestępstwa, może skorzystać z dobrodziejstwa takiego umorzenia. Prognoza ta jest zaś określana w czasie podejmowania decyzji o warunkowym umorzeniu postępowania karnego. Zasadnie zwrócił uwagę, że gdyby ustawodawca uprzednią karalność chciał powiązać z czasem dokonania przestępstwa, to wyraźnie by to zaznaczył, jak np. uczynił to w zakresie recydywy, uzależniając w art. 64 k.k. przyjęcie powrotności do przestępstwa od uprzedniego skazania w czasie popełnienia przestępstwa. Argumenty te są przekonujące, gdyż nie sposób przy ustalaniu pozytywnej prognozy kryminologicznej nie brać pod uwagę karalności sprawcy, do której doszło po popełnieniu przestępstwa. Słusznie zauważa się w literaturze, że w art. 66 § 1 k.k. brak jest jakichkolwiek odniesień do karalności sprawcy w momencie popełnienia czynu, co do którego rozważana jest kwestia warunkowego umorzenia postępowania⁶. Karalność lub niekaralność jest jednym z elementów drogi życiowej sprawcy i jako taka może również stanowić wykładnik jego postaw wobec dóbr prawem chronionym; karalność jest negatywną przesłanką prognostyczną⁷.

3. Z drugiej jednak strony nie można gubić z pola widzenia faktu, że do wykluczenia możliwości warunkowego umorzenia postępowania z powodu uprzedniej karalności może doprowadzić opieszałość organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Wobec sprawcy, który nie był karany w czasie popełnienia przestępstwa, nie ma przeszkód – o ile spełnione są pozostałe przesłanki – by warunkowo umorzyć postępowanie. Sytuacja zmienia się w wypadku, gdy tenże sprawca dopuścił się umyślnego przestępstwa, za które został skazany, zanim rozpatrzono sprawę o pierwsze przestępstwo, co do którego były spełnione wszystkie przesłanki do warunkowego umorzenia postępowania, a tak późne osądzenie za nie nastąpiło z powodu przewlekłości postępowania, niezależnej od oskarżonego. W istocie sprawcę dotykają surowsze konsekwencje za pierwszy czyn, mimo że gdyby organy te działały sprawnie, postępowanie zostałoby warunkowo umorzone. Nie można wykluczyć, że czyn będący podstawą karalności sprawcy, może być popełniony wiele lat po popełnieniu czynu, co do którego zostało wyłączone warunkowe umorzenie i gdyby wcześniej zostało zakończone to postępowanie, okres próby upłynąłby pomyślnie.

Niemniej wymóg istnienia pomyślnej prognozy wobec sprawcy, co do którego ma być warunkowo umorzone postępowanie, nie pozwala na inne rozwiązanie postawionego na wstępie problemu. Niekaralność sprawcy za przestępstwo

⁶ K. Nowicki, *Brak wcześniejszej karalności za przestępstwo jako przesłanka stosowania warunkowego umorzenia postępowania*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XIX, (red.) L. Bogunia, Wrocław 2006, s. 261.

⁷ T. Koziół, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego*, Warszawa 2009, s. 103.

umyślne – jak trafnie podnosi się w doktrynie – jest istotnym punktem prognostycznym dla oceny, czy sprawca mimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa⁸.

Ustawodawca, wprowadzając tę przesłankę, uznał, że sprawca karany za przestępstwo umyślne nie zasługuje na to dobrodziejstwo, gdyż nie daje gwarancji przestrzegania porządku prawnego. Nie bez powodu ograniczył ją do karalności za przestępstwo umyślne, które wykazuje większy stopień nasilenia złej woli niż przestępstwo nieumyślne⁹. Zasadnie Sąd Najwyższy przyjął, że „Wobec sprawcy uprzednio karanego za występki z art. 178a § 2 k.k. nie można zastosować art. 66 k.k.”¹⁰. Nie uzależnił jednak tej przesłanki zarówno od rodzaju przestępstwa, jak i rodzaju kary¹¹.

Trudno zatem aprobować stanowisko Departamentu Prokuratury Ministerstwa Sprawiedliwości¹², że „niekaralność sprawcy jako przesłanka dopuszczalności warunkowego umorzenia postępowania karnego, odnosi się do czasu popełnienia przestępstwa. Ocenie organu podejmującego decyzję w tym przedmiocie podlega zatem – jeżeli ustawa nie stanowi inaczej – zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym czyn w chwili jego popełnienia”. Zasadnie spotkało się ono z krytyką¹³.

Ponadto trafnie w literaturze wskazuje się, że brzmienie art. 66 § 1 k.k. odnosi się wyraźnie do postawy sprawcy niekaranego za przestępstwo umyślne, nie wspominając nic o chwili czynu, a zatem dotyczy ona osoby sprawcy, inne zaś stanowisko prowadziłyby do niezrozumiałego premiowania osoby, która została ukarana w okresie między popełnieniem czynu a orzekaniem o warunkowym umorzeniu postępowania¹⁴. Podkreśla się, że jest rzeczą oczywistą, że przesłanki warunkowego umorzenia muszą ziścić się w momencie jego stosowania; wówczas oskarżony musi mieć status niekaranej za przestępstwo umyślne. Odwołując się do wykładni językowej art. 66 § 1 k.k., podkreśla się, że jego stylizacja nie pozostawia miejsca na odnoszenie przesłanki niekaralności do chwili czynu. Przyjęcie, że niekaralność dotyczy czasu popełnienia przestępstwa, prowadziłyby do absurdu, gdyż karalność za przestępstwo umyślne musiałaby być uwzględniona także w wypadku, gdy przed wyrokowaniem skazanie uległo zatarciu, mimo że ustawa nakazuje uważać skazanie za niebyłe (art. 106 k.k.)¹⁵. Chodzi bowiem

⁸ Z. Sienkiewicz (w:) M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2010, s. 347.

⁹ B.J. Stefańska, *Glosa do wyroku SN z dnia 8 kwietnia 2009 r. – IV KK 408/08*, *Probacja* 2010, nr 2, s. 152.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 15 stycznia 2008 r. – III KK 357/07, LEX nr 359595.

¹¹ Wyrok SN z dnia 22 listopada 2005 r. – V KK 234/05, OSNwSK 2005, poz. 2139.

¹² Pismo Departamentu Prokuratury Ministerstwa Sprawiedliwości nr PR IV KnP 9/96 cyt. za A. Herzogiem, op. cit., s. 131.

¹³ A. Herzog, op. cit., s. 131; K. Nowicki, op. cit., s. 261; B.J. Stefańska, *Glosa do wyroku SN z dnia 8 kwietnia 2009 r. ...*, s. 152.

¹⁴ A. Herzog, op. cit., s. 131–132.

¹⁵ T. Kozioł, *Warunkowe umorzenie...*, s. 113.

1/2011

o takie skazanie za przestępstwo umyślne, które w chwili orzekania nie uległo jeszcze zatarciu¹⁶.

4. O uprzedniej karalności przesądza data uprawomocnienia się wyroku, bowiem o karalności sprawcy można mówić dopiero wówczas, gdy zapadł prawomocny wyrok skazujący. Nie wystarcza nieprawomocny wyrok skazujący. W stosunku do osoby nieprawomocnie skazanej działa zasada domniemania niewinności i nie może ona ponosić z tego powodu jakichkolwiek ujemnych konsekwencji w zakresie odpowiedzialności karnej¹⁷. Trafnie zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy, twierdząc, że „W przypadku skazania sprawcy w innym procesie za przestępstwo umyślne, istotna jest, w aspekcie możliwości zastosowania instytucji określonej w art. 66 k.k., nie data wydania wyroku, ale data, w której wyrok ten się uprawomocnił”¹⁸.

5. Oceny tej przesłanki dokonuje sąd¹⁹; do jego kompetencji należy stwierdzenie jej istnienia lub brak, z tym, że ze względu na obiektywny charakter jest ona ograniczona. Słusznie wskazuje się w orzecznictwie, że „To sąd zarówno pierwszej, jak i drugiej instancji, w momencie orzekania decyduje o tym, czy oskarżony był uprzednio skazany oraz czy i jakie z tego skazania wynikają skutki karnoprawne w sprawie obecnie rozpoznawanej bądź też uprzednie skazanie uważa się za niebyłe z uwagi na jego zatarcie”²⁰.

STRESZCZENIE

Przedmiotem glosy jest pogląd Sądu Najwyższego, że w art. 66 § 1 k.k., warunkującym warunkowe umorzenie postępowania karnego od niekaralności sprawcy, dotyczy czasu orzekania, a nie popełnienia przestępstwa. Autorka aprobuje ten pogląd i przytacza argumenty na jego poparcie, odwołując się do wypowiedzi w doktrynie i judykatury.

SUMMARY

The gloss deals with the Supreme Court's stand that Article 66 § 1 of the criminal code requiring a culprit to have no criminal record as a condition for conditional discontinuing of criminal proceedings refers to the time of decision making and not the time of crime commitment. The author approves of that opinion and, quoting statements in the doctrine and judicial decisions, presents arguments supporting it.

¹⁶ M. Kalitowski (w): O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 2005, s. 608.

¹⁷ P. Kruszyński, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 1983, s. 11.

¹⁸ Wyrok SN z dnia 18 marca 2009 r. – V KK 18/09, OSN Prok. i Pr. 2009, nr 10, poz. 4. Tak też R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Warszawa 2005, Warszawa 2007, s. 146.

¹⁹ J. Skupiński, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego jako środek polityki karnej prokuratorów i sędziów*, „Studia Prawnicze” 1991, nr 2, s. 3.

²⁰ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 16 stycznia 2003 r. – II AKa 400/02, KZS 2003, Nr 7–8, poz. 66.



WOJCIECH SYCH
Glosa do uchwały Sądu Najwyższego
z dnia 30 września 2010 roku
(I KZP 10/10)¹

Rodziec małoletniego nie może, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w tym także w postępowaniu z oskarżenia prywatnego, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców.

Potrzeba podjęcia przez Sąd Najwyższy w powiększonym składzie (7) uchwały w kwestii uprawnienia jednego z rodziców do reprezentowania małoletniego dziecka jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, gdy oskarżonym jest drugi z rodziców, ujawniła się w następującej sytuacji procesowej.

Sabina S., działając jako ustawowa przedstawicielka swojej córki – małoletniej Pauliny S., przeciwko Sewerynowi S., swojemu małżonkowi a ojcu wymienionej małoletniej, wniosła – do Sądu Rejonowego w W. – prywatny akt oskarżenia, w którym zarzuciła mu, że 30 kwietnia 2005 r. w L. uderzył Paulinę S. w okolicę lędźwiową pleców, co spowodowało rozstrój zdrowia małoletniej trwający nie dłużej niż 7 dni, to jest występki określony w art. 157 § 2 k.k. Sąd rejonowy, stwierdzając, że oskarżony dopuścił się naruszenia nietykalności cielesnej małoletniej Pauliny S., wyrokiem z dnia 19 marca 2008 r., (VI K 199/06), na podstawie art. 66 § 1 k.k. i art. 67 § 1 k.k. warunkowo umorzył postępowanie i na podstawie art. 67 § 3 k.k. orzekł środek karny w postaci świadczenia pieniężnego w kwocie 300,- złotych na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. F.C. w W. Apelacje od tego wyroku złożyły obie strony. Oskarżony zarzucił m.in. obrazę art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., art. 51 § 2 k.p.k. w zw. z art. 98 § 2 pkt 2 k.r.o., polegającą na rozpoznaniu sprawy pomimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela. Postawił ponadto zarzuty naruszenia art. 7 k.p.k., obrazę art. 217 k.k., a także błędu w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku. Środek odwoławczy wniosła też reprezentująca małoletnią Sabina S., wyrażając pogląd, iż zastosowane wobec

¹ OSNKW 2010, z. 10, poz. 84.

oskarżonego konsekwencje prawne są zbyt łagodne oraz kwestionując rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy w G. utrzymał zaskarżony wyrok w mocy, uznając obie apelacje za oczywiście bezzasadne.

Od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kasację wniósł obrońca oskarżonego. Zarzucił uchybienie określone w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., związane z rażącym naruszeniem art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., art. 51 § 2 k.p.k. w zw. z art. 98 § 2 pkt 2 i § 3 k.r.o., polegające na uznaniu matki małoletniej pokrzywdzonej za uprawnioną do działania jako przedstawiciel ustawowy pokrzywdzonej i w konsekwencji na rozpoznaniu sprawy pomimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela. Skarżący wyraził pogląd, że ustawa wyłączała w tej sprawie możliwość reprezentowania małoletniej pokrzywdzonej przez matkę.

Rozpoznając wniesioną skargę kasacyjną skład zwykły Sądu Najwyższego dostrzegł „...szereg wątpliwości co do zakresu związku przepisów kodeksu postępowania karnego z przepisami kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w płaszczyźnie uprawnień przedstawicieli ustawowych wykonujących prawa małoletniego pokrzywdzonego w procesie karnym, a zwłaszcza w postępowaniu szczególnym, jakim jest postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego”. Przywołując zaś orzecznictwo Izby Karnej oraz Izby Cywilnej Sądu Najwyższego, mające związki z zagadnieniem stanowiącym przedmiot wystąpienia, jak również poglądy wyrażane w piśmiennictwie, wyraził przekonanie, że „wypowiedzenie się powiększonego składu Sądu Najwyższego w tej kwestii pozwoliłoby zarówno na usunięcie wątpliwości co do wykładni relacji między przepisami art. 51 § 2 k.p.k. i art. 98 § 2 pkt 2 i § 3 k.r.o., jak i właściwe zakwalifikowanie uchybienia wskazanego w kasacji”. W związku z tym odroczył rozpoznanie sprawy i – w oparciu o art. 59 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.) – przedstawił składowi siedmiu sędziów Sądu Najwyższego następujące zagadnienie prawne:

„Czy regulacje art. 51 § 2 k.p.k. oraz art. 98 § 2 pkt 2 i § 3 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wyłączają uprawnienie rodzica małoletniego pokrzywdzonego do wykonywania jego praw w postępowaniu z oskarżenia prywatnego przeciwko drugiemu z rodziców, któremu przysługuje władza rodzicielska”.

Prokurator Prokuratury Generalnej, zajmując stanowisko na piśmie, jak i później na posiedzeniu w Sądzie Najwyższym, wnioskował o podjęcie uchwały, iż „nie jest możliwe reprezentowanie małoletniego jako oskarżyciela prywatnego lub oskarżyciela posiłkowego przez jednego z rodziców, gdy oskarżonym o przestępstwo popełnione na szkodę tego małoletniego jest drugi z rodziców, któremu przysługuje władza rodzicielska”.

Stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w treści głosowanej uchwały zasługuje na pełną i bezwarunkową aprobatę. Należy również w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że uchwała ta była niezwykle potrzebna, albowiem Sąd Najwyższy nie wypowiadał się w tej kwestii od czterdziestu lat, a ostatnie dotyczące tej proble-

matyki rozstrzygnięcie² nie dostarczało jasnej odpowiedzi na postawione pytanie, ponieważ – jak zauważył to i trafnie ocenił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanej uchwały – stanowisko tam wyrażone było niekonsekwentne.

Kwestia reprezentacji małoletniego pokrzywdzonego w procesie karnym została uregulowana w art. 51 § 2 k.p.k. w sposób jednoznaczny, lecz nie ulega wątpliwości, że nieautonomiczny. Wszak zgodnie z tym przepisem, jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni albo ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo, prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje. Pojęcia „osoby pełnoletniej” i „osoby ubezwłasnowolnionej” pochodzą wprost z norm prawa cywilnego materialnego i nie ma sporu co do ich rozumienia. To samo odnosi się do przedstawicielstwa ustawowego i faktycznej pieczy nad inną osobą. W sferze procesowej zaś, warunkiem podjęcia przez pokrzywdzonego – osobę fizyczną działań w toku postępowania jest to, aby przysługiwała jej prawna możliwość osobistego działania w procesie, tj. zdolność do czynności procesowych. Owa legitymacja do samodzielnego działania w konkretnym postępowaniu związana jest z osobistymi przymiotami prawnymi danej osoby fizycznej, a wynika z norm procesowych uwzględniających jej wiek oraz ewentualne ubezwłasnowolnienie. Wszystkie te pojęcia są jednoznacznie rozumiane na gruncie prawa i procesu karnego, a przecież nie ulega wątpliwości, że pochodzą z norm prawa cywilnego. Nie dziwi w związku z tym fakt, że kodeks postępowania karnego nie zawiera ich definicji; ewentualne powtórzenie tych ostatnich byłoby wszak pozbawione jakichkolwiek racji. Taka sytuacja sprawia już na wstępie, że tam, gdzie dochodzi do głosu kwestia aktywności procesowej pokrzywdzonego małoletniego albo ubezwłasnowolnionego całkowicie lub częściowo, związanej z koniecznością złożenia oświadczenia woli, jakim na gruncie procesu karnego niewątpliwie jest wniesienie skargi (prywatnej, posiłkowej, tzw. subsydiarnej) oraz złożenie wniosku o ściganie³, ograniczenie się do norm zawartych w przepisach prawa karnego w ogóle nie jest możliwe.

Ustawodawca, posługując się w treści art. 51 § 2 k.p.k. pojęciami z obszaru prawa cywilnego, jednoznacznie odsyła do wskazanych instytucji tej gałęzi prawa. Rozwiązanie procesowego problemu, który dał asumpt do wydania przez Sąd Najwyższy w powiększonym składzie głosowanej uchwały, nie będzie jednak możliwe poprzez samo odwołanie się do wskazanych w art. 51 § 2 k.p.k. pojęć zaczerpniętych z norm prawa cywilnego materialnego. W procesie karnym bowiem niezbędne jest wypełnienie ich treścią regulującą obszar uprawnień i związanej z nimi sfery możliwej aktywności procesowej uczestników postępowania. Ponieważ kodeks postępowania karnego nie zawiera jakichkolwiek przepisów, które na użytek procesu określałyby jakieś szczególne, odmienne od znanych z norm

² Uchwała z dnia 17 grudnia 1970 r. (VI KZP 43/68, OSNKW 1971, z. 7–8, poz. 101).

³ S. Stachowiak (w:) T. Nowak, S. Stachowiak, *Prawo karne procesowe. Dynamika postępowania*, Bydgoszcz 2000, s. 66; J. Grajewski, *Ściganie na wniosek w polskim procesie karnym*, Gdańsk 1982, s. 105.

prawa cywilnego, reguły postępowania bądź zakres uprawnień przedstawiciela ustawowego, oczywista staje się jedynie słuszna konstatacja Sądu Najwyższego, że uregulowanie z art. 51 § 2 k.p.k. nie pozwala na dokonywanie podstawowych rozstrzygnięć bez zastosowania odwołań systemowych. Te ostatnie zaś wskazują na normy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Małoletni, będąc pokrzywdzony przestępstwem, nie może samodzielnie występować w procesie karnym. Ponieważ nie ma on zdolności do czynności prawnych, prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pozostaje. Pomijając w tym miejscu kwestię stałej pieczy i osoby ją sprawującej, jako pozostającą poza głównym nurtem rozważań w niniejszej sprawie, należy stwierdzić, że zgodnie z art. 98 § 1 k.r.o. przedstawicielami ustawowymi dziecka są jego rodzice, którzy prawo i obowiązek działania w jego imieniu wywodzą z tego właśnie przepisu ustawy. Ta prosta konstatacja, która już stanowi odwołanie systemowe do norm zawartych w odrębnej gałęzi prawa, pozostaje poza wszelkim sporem i w omawianym przypadku nie była także kwestionowana przez Sąd Okręgowy w G. Rzecz jednak w tym, że poprzestanie na niej i stwierdzenie, że przepis art. 98 § 3 k.r.o. nie odnosi się do postępowania karnego, jak uczynił to sąd okręgowy, jest nie tylko wyrazem niczym nieuzasadnionej niekonsekwencji, ale jednocześnie prowadzi do sytuacji, w której niemożliwe będzie rozpoznanie znacznej liczby spraw przy poszanowaniu praw pokrzywdzonego przestępstwem, co w wypadku pokrzywdzonego małoletniego musi wiązać się także z kierowaniem się przez organy postępowania dobrem dziecka⁴. Poprzestanie na art. 98 § 1 k.r.o., tj., uznanie prawa jednego z rodziców do złożenia skargi prywatnej, bez dalszych odwołań systemowych do kolejnych unormowań tego kodeksu, możliwe będzie tylko w wypadku, gdy sprawcą czynu będzie osoba inna aniżeli drugi z rodziców i pomiędzy rodzicami nie będzie zasadniczej różnicy stanowisk co do wniesienia tej skargi. W każdym jednak przypadku, gdy sprawcą czynu wymierzonego przeciwko małoletniemu dziecku jest jedno z rodziców, muszą dojść do głosu reguły zawarte w kolejnych przepisach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, ponieważ tylko one właśnie zawierają niezbędne w razie takiego oczywistego konfliktu interesów normy kolizyjne, umożliwiające rzetelne rozpoznanie sprawy⁵.

Zgodnie z treścią przepisu art. 98 § 1 k.r.o. oboje rodzice z ustawy czerpią uprawnienie (i obowiązek) do reprezentowania małoletniego dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską, przy czym każde z nich może działać samodzielnie i niezależnie od drugiego. Jednocześnie z istoty władzy rodzicielskiej, obejmującej całokształt spraw dziecka, wynika zasada, zgodnie z którą rodzice mogą dokonywać w imieniu dziecka wszelkich czynności, z wyjątkiem tych, co do

⁴ K. Dudka, *Podmioty uprawnione do złożenia wniosku o ściganie przestępstwa popełnionego na szkodę małoletniego pokrzywdzonego*, Prok. i Pr. 2006, nr 9, s. 111.

⁵ Por: P. Wiliński (w:) *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, (red.) P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 318–319.

których istnieje ustawowy zakaz.⁶ Ten ostatni zaś określony został w przepisie art. 98 § 2 k.r.o., zgodnie z którym żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka przy czynnościach prawnych między dziećmi pozostającymi pod ich władzą rodzicielską oraz przy czynnościach prawnych między dzieckiem a jednym z rodziców lub jego małżonkiem, chyba że czynność prawna polega na bezpłatnym przysporzeniu na rzecz dziecka albo że dotyczy należnych dziecku od drugiego z rodziców środków utrzymania i wychowania. Wyłączenie przedstawicielstwa rodziców ustawodawca wprowadził zatem tam, gdzie z natury rzeczy zachodzi możliwość sprzeczności interesów przy czynnościach prawnych między dziećmi albo między dzieckiem a jednym z rodziców lub jego małżonkiem. Dla rozważań związanych z głosowaną uchwałą godne podkreślenia jest to, że gdy chodzi o sprzeczność interesów pomiędzy dzieckiem a jednym z rodziców, za wyjątkiem bezpłatnego przysporzenia oraz świadczeń alimentacyjnych, w których to wypadkach chroniony jest oczywisty interes dziecka, przedstawicielstwo drugiego z rodziców jest wyłączone bez względu na to czy niebezpieczeństwo sprzeczności interesów jest realne, czy też w konkretnym przypadku nie istnieje.⁷ Świadczy to bowiem o jednoznacznej woli ustawodawcy niedopuszczenia do sytuacji, w której konflikt interesów, choćby tylko potencjalny, mógłby zagrozić dobru małoletniego dziecka. Nie sposób okoliczności tej nie uwzględnić, gdy chodzi o sytuację istniejącą pomiędzy dzieckiem – ofiarą przestępstwa a rodzicem – sprawcą, w której konflikt zarówno między tymi dwiema osobami, jak i między rodzicami, jest oczywisty. Dlatego czymś zupełnie zrozumiałym jest treść przepisu art. 98 § 3 k.r.o. stanowiącego, że przepisy paragrafu poprzedzającego stosuje się odpowiednio w postępowaniu przed sądem lub innym organem państwowym, jak i to, że pod „postępowaniem przed sądem” należy rozumieć także sądowe postępowanie karne, zaś „innym organem państwowym” są między innymi organy policji oraz prokuratura. Te ostatnie będą miały do czynienia ze wspomnianym konfliktem interesów na wstępnym etapie postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu lecz na wniosek pokrzywdzonego i już wówczas będą musiały dokonać weryfikacji uprawnień osoby składającej oświadczenie w przedmiocie wniosku o ściganie, natomiast sąd kontroli tej będzie dokonywał po wpłynięciu doń skargi, przy czym kontrola sądu będzie różna w zależności od tego, czy skarga będzie pochodziła od oskarżyciela publicznego w sprawie o przestępstwo ścigane na wniosek, od oskarżyciela posiłkowego (subsidiarnego) czy też prywatnego. Każdy z tych organów, będąc we właściwym dla siebie momencie w toku postępowania zobowiązany do badania warunków dopuszczalności procesu, gdy dostrzeże wadliwą reprezentację małoletniego pokrzywdzonego, będzie miał obowiązek podjąć odpowiednie czynności, zmierzające do jej konwalidacji.

⁶ J. Ignatowicz (w:) *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, (red.) J.S. Piąkowski, Wyd. PAN 1985, s. 833.

⁷ Ibidem, s. 837; H. Haak, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Władza rodzicielska. Komentarz*, Toruń 1995, s. 72.

Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 99 k.r.o., jeżeli żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską, reprezentuje je kurator ustanowiony przez sąd opiekuńczy. Ustanowienie kuratora może nastąpić zarówno na skutek wniosku złożonego przez któregokolwiek z rodziców, jak i z urzędu (art. 570 k.p.c.)⁸ na skutek zawiadomienia skierowanego przez sąd (art. 572 k.r.o.)⁹.

W tym świetle jednoznacznie i bez jakichkolwiek zastrzeżeń należy zaaprobować stanowisko Sądu Najwyższego, że zawarty w art. 98 § 3 k.r.o. zakaz reprezentacji dziecka przez rodziców odnosi się do każdego postępowania sądowego, w tym także karnego, w sytuacji gdy stroną przeciwną jest jeden z rodziców, oraz że w takiej sytuacji osobą uprawnioną do wykonywania praw małoletniego pokrzywdzonego jest kurator, ustanowiony przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 99 k.r.o. Słusznie Sąd Najwyższy stwierdził, że za tym stanowiskiem przemawiają nie tylko względy celowościowe, związane z szeroko uzasadnionym w uzasadnieniu uchwały dobrem małoletniego pokrzywdzonego, ale także wykładnia systemowa, której pominięcie przy ustalaniu sytuacji, w których rodzice są wykluczeni od reprezentowania małoletniego pokrzywdzonego, stanowiłoby rażącą niekonsekwencję. W tym zakresie Sąd Najwyższy podzielił poglądy od dawna zgodne i utrwalone w literaturze¹⁰, zauważając wszakże, iż w większości publikacji poglądy autorów zostały przedstawione w sposób arbitralny, bez pogłębionego uzasadnienia. W tej ostatniej kwestii wypada także zgodzić się z Sądem Najwyższym, lecz przy tym zaznaczyć, że w literaturze karnoprocesowej kwestia będąca przedmiotem rozpoznania sądu kasacyjnego oraz Sądu Najwyższego w powiększonym składzie dotychczas nie była sporna, a w szczególności konieczność odwołania się do wykładni systemowej i zastosowania odpowiednich unormowań kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie budziła wątpliwości. Taki stan poglądów z pewnością nie skłaniał do wnikliwej analizy tych zagadnień. Należy jednak spodziewać się zmiany na tym polu w związku z wydaniem przez Sąd Najwyższy głosowanej uchwały, która, prócz zaznaczonych już wyżej doniosłych cech, ma i tę, że ujawniła istniejący rozdźwięk pomiędzy zgodnymi zapatrywaniami prezentowanymi w nauce procesu karnego a orzecznictwem sądów powszechnych.

⁸ H. Haak, op. cit., s. 83.

⁹ Wydaje się, że ten pogląd podziela także W. Posnow, *Sytuacja pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w polskim procesie karnym*, Prawo CLXXXI, Wrocław 1991, s. 33.

¹⁰ Liczni autorzy i źródła w uzasadnieniu uchwały. Ponadto takie samo stanowisko zajęli: W. Posnow, op. cit., s. 33; W. Sych, *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006, s. 58–59.

STRESZCZENIE

Przedmiotem analizy jest uchwała powiększonego składu (7) Sądu Najwyższego w kwestii uprawnienia jednego z rodziców do reprezentowania małoletniego dziecka jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, gdy oskarżonym jest drugi z rodziców. Odpowiadając na pytanie zadane przez „zwykły” skład kasacyjny, Sąd Najwyższy stwierdził, że „rodzic małoletniego nie może, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w tym także w postępowaniu z oskarżenia prywatnego, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców”. Glosator w pełni aprobuje cytowaną uchwałę, podkreślając zarówno potrzebę zajęcia stanowiska, wynikającą z faktu, że Sąd Najwyższy nie wypowiedział się w tej kwestii od czterdziestu lat, jak i doniosłość rozstrzygnięcia omawianego zagadnienia prawnego dla praktyki sądowej. Istotny akcent został położony na spójność systemu prawnego oraz konieczność odwoływania się do rozwiązań systemowych (w tym wypadku do przepisów k.r.o.), gdy normy prawa i procesu karnego nie są wystarczające.

SUMMARY

The subject matter of the analysis is the resolution made by the increased composition (7) of the bench in the Supreme Court in connection with the issue of one of the parents' right to represent a minor child who is an aggrieved party in a criminal proceeding in which the other parent is accused. Answering a question asked by a “standard” composition of a cassation bench, the Supreme Court stated that “acting as a statutory representative, a minor’s parent cannot execute the right of the minor who is an aggrieved party in a criminal proceeding, including a proceeding resulting from private accusation, if the other parent is accused”. The gloss author fully approves of the cited resolution and highlights the necessity to express the opinion on this issue due to the fact that the Supreme Court has not dealt with it for the last forty years as well as the importance of the discussed resolution for the court practice. Great stress was laid on the cohesion of the legal system and the necessity to use systematic solutions (in this case the provisions of Family and Guardianship Code) when rules of law and criminal proceeding are not sufficient.



RAFAŁ MIZERSKI

Test legalności w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2009, s. 291

Recenzowana praca podejmuje ważny temat. Chodzi o zastosowanie kryterium legalności w zakresie oceny dopuszczalności ingerencji w prawa człowieka dokonywanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz). Sprawa jest o tyle istotna, że większość zagwarantowanych w konwencji uprawnień nie jest absolutna i może podlegać ograniczeniom. Test legalności wymaga, aby takie ograniczenia wynikały z prawa spełniającego określone kryteria jakościowe. Ma to znaczenie z punktu widzenia przeciwdziałania arbitralności państwa, bowiem wymusza m.in. odpowiedni poziom legislacji, a także dostarcza adresatom, wypracowanych przez ETPCz, standardowych podstaw do kwestionowania konkretnych przejawów stosowania konwencyjnych mechanizmów ograniczających ich prawa. W tej sytuacji instytucja o takiej charakterystyce powinna być bezsprzecznie znana podmiotom zaangażowanym w proces tworzenia i stosowania prawa. W piśmiennictwie polskim brakowało takiej pozycji, stąd recenzowana praca wypełnia ważną lukę. Prawidłowa rekonstrukcja testu legalności wymagała od Autora przeprowadzenia studium strasburskiego *case law*. W jego ramach ocenione zostało odformalizowane podejście do prawa, wpływające w zasadniczy sposób na dzisiejsze rozumienie legalności ingerencji w prawa człowieka. ETPCz rozumie prawo w sensie materialnym, a nie formalnym. R. Mizerski wskazał na ułomności takiego stanowiska, obniżające wartość gwarancyjną standardów wypracowanych przez Trybunał na bazie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) i uznał to za „zasadniczy motyw” swej publikacji (s. 6).

W rozdz. 1 został przedstawiony aspekt historycznoprawny testu legalności. Ukazane zostały zarówno prawne antecedencje tego testu (s. 15), a także kształtowanie się tej kwestii w pracach przygotowawczych do EKPCz (s. 29).

Rozdz. 2 jest poświęcony aspektowi aksjologicznemu testu legalności. Autor zidentyfikował zarówno podstawy aksjologiczne systemu EKPCz, a szczególne znaczenie przywiązał do rządów prawa zarówno w ujęciu doktrynalnym (s. 57), jak i orzecznictwa strasburskiego (s. 65).

Kluczowe znaczenie ma rozdz. 3, gdzie poddany został analizie aspekt instytucjonalny testu legalności. Punktem odniesienia są tu w szczególności metody ograniczenia praw człowieka w systemie EKPCz. Uwzględnione tu zostały: klauzule imitacyjne (s. 95), klauzula derogacyjna (s. 108), zastrzeżenia (s. 122), wyjątki *ex definitione* (s. 125) i ograniczenia dorozumiane (s. 134).

Istotne znaczenie praktyczne ma rozdz. 4, gdzie omówiono aspekty proceduralne testu legalności. Ukazane zostały zwłaszcza gwarancje proceduralne systemu EKPCz (s. 144), a także szeroko zaprezentowany został system skargowy EKPCz, a zwłaszcza przekształcenie procedury skargowej i jego obecna postać (s. 157). Stworzyło to podstawę do ukazania znaczenia testu legalności (s. 168), a także miejsca testu legalności w działaniach kontrolnych EKPCz (s. 170) i wpływu stosowanych reguł na test legalności (s. 177). Zamieszczone tu też zostały rozważania dotyczące zakresu kontroli prawa krajowego.

Wreszcie ostatni, 5 rozdział, zawiera analizę aspektu substancjalnego testu legalności. Chodzi tu zarówno o podstawy prawne ingerencji (s. 190), jak i o problem jakości prawa: jego dostępności (s. 226), przewidywalności (s. 231) i efektywności (s. 247). Ukoronowaniem tych rozważań jest ocena strasburskiego testu legalności (s. 255).

Układ pracy można uznać za spójny i logiczny. Monografia daje interesujący obraz zarówno genezy testu legalności, jak i jego kluczowych aspektów: instytucjonalnego i proceduralnego. Zawiera też istotne obserwacje dotyczące aspektu substancjalnego. Można jedynie zastanawiać się, czy niezbyt skromnie został uwzględniony aspekt porównawczy. Książka co prawda przygotowana została przed wejściem w życie traktatu z Lizbony, na podstawie którego Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej uzyskała moc prawnie wiążącą, ale rola Karty była już znana od 2000 r. i mocno eksponowany był w piśmiennictwie problem, jakie konsekwencje niesie współistnienie dwu systemów ochronnych: Rady Europy i Unii Europejskiej. Oczywiście, Autor musiał się skoncentrować na systemie RE, ale pewne pogłębione zasygnalizowanie tego problemu na styku orzecznictwa ETPCz i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie: Trybunału Sprawiedliwości UE) mogłoby stanowić podstawę do interesujących rozważań o konsekwencjach dualizmu ochronnego praw człowieka (praw podstawowych) dla praktycznego funkcjonowania testu legalności.

Można też pytać, czy – identyfikując podstawy aksjologiczne systemu EKPCz (s. 40) – Autor trafnie się ograniczył do Statutu Rady Europy. Wszak na system aksjologiczny Rady Europy składają się zarówno akty prawne prawnie wiążące (konwencje RE), ale też istotne znaczenie mają instrumenty z obszaru tzw. miękkiego prawa (np. zalecenia Komitetu Ministrów RE), niosące szereg istotnych standardów, które powinny być przestrzegane w RE jako „organizacji wartości”. Nie ma więc powodów, by aspekt aksjologiczny zawężać tylko do aktów prawnych z tej pierwszej grupy. Dotyczy to m.in. omawianych w pracy obszarów: demokracji (s. 50) i rządów prawa (s. 58).

Autor trafnie uważa, że ocena strasburskiego testu legalności wymaga wyważonego podejścia. Nie powinno to oznaczać skoncentrowania się na ocenie jego poszczególnych elementów, ale również uwzględnienie wszelkich obiektywnych czynników oddziałujących na jego obecny kształt. Wygłaszana w literaturze krytyka testu legalności wymierzona jest przede wszystkim we wspieraną przez Trybunał szeroką koncepcję prawa, akceptującą różne jego formy. Dla E.A. Alekny takie podejście jest lakoniczne i niesatysfakcjonujące, ponieważ od przyjętej koncepcji prawa zależy w dużej mierze bezpieczeństwo prawne, które konwencja miała zagwarantować. Obawy te podzielają P. van Dijk i G.J.H van Hoof, którzy jednak skłonni są szerzej zakreślać krąg podmiotów uprawnionych do tworzenia prawa. Ich zdaniem, nawet bez delegacji parlamentarnej kompetencja ta powinna się rozciągać na wszelkie ciała ustawodawcze w rozumieniu art. 3 Protokołu 1 (s. 255). Autor przyznaje, że rozdźwięk między strasburską koncepcją prawa a ideą demokracji jest rzeczywiście wyraźny. Pyta jednak: Czy można rozsądnie oczekiwać jego uniknięcia? Odpowiedź jest twierdząca, jeśli się przyjmie założenia van Dijka i van Hoofa co do *common law*, bo wówczas nie traktuje się następczego charakteru legitymacji demokratycznej prawa niepisanego jako zbyt wielkiego odstępstwa od demokratycznego ideału kontroli procesu prawotwórczego przez ciało przedstawicielskie. Takie założenie jest jednak istotne również z innych względów. Zarówno w konwencji, jak i dokumentach przygotowawczych brakuje jakichkolwiek przejawów woli stron co do uznania *common law* za niemieszczące się w koncepcji wspólnego dziedzictwa, o którym wspomina preambuła. Trudno też oczekiwać od Trybunału – złożonego w ogromnej większości z przedstawicieli systemu kontynentalnego – aby w ramach wykładni ewolucyjnej dokonywał krytycznej oceny istoty systemu *common law*, czym w gruncie rzeczy byłoby odrzucenie prawa niepisanego jako podstawy ingerencji w gwarancje konstytucyjne. Akceptacja *common law* – jak zauważa R. Mizerski – „nie może być jednak rozumiana jako przyzwolenie na niższy standard dostępności i przewidywalności prawa. To zaś oznacza stosowanie tych samych reguł oceny w sytuacji, gdy ingerencja oparta jest na orzeczeniu precedensowym zapadłym w rozpatrywanej właśnie sprawie” (s. 256).

Autor ma natomiast mniej zrozumienia dla ETPCz w kwestii formy prawa w pozostałym zakresie. Wątpliwości są ugruntowane nie tylko w aksjologii systemu EKPCz, lecz również w subsydiarności oferowanej przezeń ochrony. Artykuł 53 konwencji zakazuje bowiem takiego interpretowania jej postanowień, które by mogły ograniczyć bądź wyłączyć prawa człowieka uznane w prawie krajowym lub w innych umowach międzynarodowych. Jeśli zatem, zgodnie z regulacjami wewnętrznymi, ingerencja w prawa człowieka musi mieć ustawową podstawę, a Trybunał w swoim materialnym podejściu do prawa zaakceptuje również akty niższego rzędu, to – w przekonaniu Autora – ustanawia standard niższy od krajowego, co kłóci się z art. 53. Podobna konkluzja dotyczy braku głębszego zainteresowania zachowaniem przez akt normatywny granic delegacji ustawowej

czy też charakterem prawnym wyroków sądowych w systemach kontynentalnych. R. Mizerski zdaje sobie sprawę, że Trybunałowi towarzyszy obawa przed wchodzeniem w rolę sądu konstytucyjnego czuwającego nad przestrzeganiem formalnej strony systemu źródeł prawa krajowego w poszczególnych państwach, ale jednocześnie zauważa, że „Trybunał nie wyrzekł się kontroli nad stosowaniem tego prawa, co wiąże się z podobnymi trudnościami” (s. 257).

Za błędną i nieuzasadnioną uważa Autor także praktykę nieprzywiązywania wagi do tego, aby normy prawne stanowiące podstawę ingerencji w gwarancje konwencyjne miały generalny i abstrakcyjny charakter. Co prawda Trybunał zdaje się nie podważać tych cech, ale jednocześnie ich nie wyzyskuje, choć miewa ku temu okazje (s. 258). Zwraca przy tym uwagę na to, że poważne traktowanie generalności i abstrakcyjności podstawy ingerencji może też służyć ekonomice procesowej. Nie sposób bowiem wykluczyć, że w konkretnej sprawie ustalenie braku tych przymiotów będzie prostsze niż wykazanie nieodpowiedniej jakości prawa bądź niespełnienia innych przesłanek dopuszczalności ograniczeń. Trybunał może praktycznie przywrócić wspomniane wymogi testowi legalności nie tylko przez korektę stosowania warunku podstawy prawnej ingerencji, ale również poprzez zinterpretowanie warunku jakości prawa w świetle zasady rządów prawa. Generalność jest bowiem jednym z podstawowych postulatów formułowanych na jej tle (s. 259–260).

R. Mizerski zauważa, że orzecznictwo strasburskie przeniosło środek ciężkości konwencyjnego testu legalności z aspektów formalnych (charakter i forma podstawy prawnej ingerencji) na materialne (dostępność i przewidywalność prawa, efektywny środek kontroli). Znalaziono dzięki temu bardziej autonomiczny (tzn. niezwiązany z kształtem porządków wewnętrznych), a tym samym bardziej uniwersalny punkt odniesienia dla oceny prawa upoważniającego do wkraczania w sferę praw człowieka. Przeprowadzona przez Autora analiza prowadzi jednak do wniosku, że nie odbyło się to bez strat dla waloru gwarancyjnego tej instytucji. Stawia w związku z tym pytanie: Czy wobec tego rodzajem rekompensaty jest przyjęcie wysokiego standardu jakości podstawy prawnej? i odpowiada: Na pewno nie można tu mówić o ekwiwalentności w sensie dosłownym. Z jednej strony – dostępna i przewidywalna może być także norma indywidualna i konkretna zawarta w okólniku któregoś z organów władzy wykonawczej. Z drugiej zaś – obu tych przymiotów może brakować normie generalnej i abstrakcyjnej pomieszczonej w ustawie, nieco inaczej przedstawia się wówczas sytuacja efektywnego środka kontroli, który powinien mieć „swoją podstawę w prawie obowiązującym i ewentualnie towarzyszącym mu orzecznictwie sądowym” (s. 260).

Autor zwraca uwagę, że materialne podejście do prawa ma pewne zalety. Niewątpliwie ułatwia Trybunałowi ocenę legalności ingerencji, a dodatkowo dowartościowuje judykaturę na poziomie krajowym. Adaptowanie prawa do zmieniających się okoliczności i poddawanie go ewolucyjnej zmianie stanowią walory „prawa orzeczniczego”, nieobojętne także z perspektywy praw człowieka.

Przede wszystkim jednak we właściwym ukierunkowanym materialnym podejściu do prawa R. Mizerski widzi szansę na przeciwstawienie się bezbronności jednostki wobec zjawiska inflacji prawa. Nawet formalnie promulgowany akt prawny, zawierający normy o dużym poziomie szczegółowości, nie musi być bowiem odpowiednio dostępny i przewidywalny, jeśli np. przed wejściem w życie był wielokrotnie nowelizowany, ale nie został ujednoczony (s. 261). Trybunał zwraca przy tym w orzecznictwie uwagę na stan świadomości ofiary ingerencji. Do tej pory czynił to tylko w celu wsparcia konkluzji o dostępności bądź przewidywalności prawa. Jednakże w materialnym podejściu do prawa mieściłoby się również użycie tego argumentu do wsparcia wniosków przeciwnych, lecz – jak podkreśla Autor – jedynie w sytuacjach skrajnych. Utrzymywanie tu pewnej fikcji nieznamośności prawa (*ignorantia iuris nocet*) jest tu nie do uniknięcia. Chodzi więc o przypadki „rażącej niedbałości legislatora, które jednocześnie nie wchodzą w konflikt z klasycznie rozumianymi kategoriami dostępności i przewidywalności”. Nawet bowiem sporadyczna interwencja ETPCz w sprawach tego rodzaju działa dyscyplinująco na prawodawcę krajowego (s. 262–263).

Autor zaznaczył, że powyższa opinia nie oznacza zanegowania krytycznego wydzwiku wcześniejszych uwag na temat odformalizowanego podejścia do prawa. Jest jedynie ich uzupełnieniem i nie pozostaje z nimi w sprzeczności. Poziom formalizmu – o który się upomina R. Mizerski – ma zagwarantować tylko to, aby „strasburska koncepcja praw nie oferowała niższego standardu ochrony niż ten, na który może liczyć jednostka w porządku krajowym” (s. 262).

Właściwy test legalności jest tylko jednym z elementów triady warunków rządzących ograniczeniami uprawnień zagwarantowanych w konwencji i protokołach dodatkowych. Na ich tle właściwy test legalności jawi się jako standard najbardziej jednorodny i stabilny, z zawsze obecnym elementem podstawy prawnej i jej jakości. Dalsze sprecyzowanie pozycji testu legalności zależy od metody ograniczenia praw człowieka, w ramach której zostanie on zastosowany (klauzuli limitacyjnej, wyjątków *ex definitione*). Test legalności wpisuje się bowiem w taką sekwencję działań kontrolnych Trybunału, która jest właściwa dla danego mechanizmu (s. 266–267).

Charakter i właściwości prawa mogącego być podstawą ingerencji determinuje proklamowane przez Trybunał pojmowanie go „w jego materialnym”, a nie „formalnym” sensie. W tej sytuacji następuje przeniesienie ciężaru orzekania z wymogu istnienia podstawy prawnej na płaszczyznę jej jakości, co pociąga za sobą pomniejszenie wartości ochronnej tego pierwszego elementu. W tym duchu ETPCz zdaje się nie przywiązywać wagi do generalnego i abstrakcyjnego charakteru norm prawnych stanowiących podstawę ingerencji. Ambiwalencją nacechowany jest sposób ujmowania tak fundamentalnej właściwości prawa, jak jego moc prawna. Trybunał nie wyklucza całkowicie retroaktywnej podstawy ingerencji, np. w sferze cywilnoprawnej czy podatkowej, zwłaszcza gdy adresatom towarzyszy świadomość możliwości wydania prawa z mocą wsteczną. Tam jednak, gdzie

ingerencja przybiera charakter sankcji karnej, przeważa zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori* (s. 268-269).

Z orzecznictwa ETPCz Autor wyprowadził standard odpowiedniej jakości podstawy prawnej ingerencji, składający się z wymogu jej dostępności, przewidywalności oraz efektywności. Dostępność oznacza „możliwość uzyskania informacji, wystarczającej w danych okolicznościach, na temat norm prawnych mających zastosowanie w określonej sytuacji”. Przewidywalność prawa wymaga jego sformułowania z precyzją „umożliwiającą obywatelowi regulowanie swojego postępowania” (Trybunał nie wymaga, aby prawo pozwalało przewidzieć jego skutki z całą pewnością; przy rozważaniu jakości określonego unormowania brane jest pod uwagę towarzyszące mu orzecznictwo sądów krajowych). Zakres przewidywalności zależy od treści i dziedziny regulacji oraz liczebności i statusu adresatów. Szczególne warunki dotyczą prawa normującego korzystanie przez władze publiczne z kompetencji dyskrecjonalnych, zwłaszcza działań inwigilacyjnych (s. 270–272).

Powyższe obserwacje R. Mizerskiego zasługują na aprobatę. Nie ulega wątpliwości, że Autor dokonał precyzyjnej rekonstrukcji testu legalności w świetle orzecznictwa ETPCz. Uwzględnił przy tym nie tylko orzecznictwo, ale sięgnął po szeroką literaturę przedmiotu. Jego analiza cechuje się przy tym klarownym językiem. Swe konkluzje sformułował w sposób precyzyjny i wyważony. Nie zawahał się, tam gdzie to uznał za stosowne, wejść w polemikę z Trybunałem, a także z wybitnymi znawcami jego działalności. Powstało w wyniku tego oryginalne dzieło, które w pierwszej kolejności będzie służyć tym, którzy kierują skargi do ETPCz, szukając źródeł wiedzy o kierunkach jego orzecznictwa i preferowanej polityce odczytania konwencji. Należy się jednak spodziewać, że książka spotka się z szerokim zainteresowaniem również twórców prawa, a także służb legislacyjnych. Wiele uwag Trybunału, również krytycznie postrzeganych, ma bowiem istotne znaczenie w procesie poszukiwania „dobrego prawa” i podnoszenia jego jakości, stąd zasługuje na przemyślenie i stosowne wykorzystanie.

Jerzy Jaskiernia



BERNHARD KUSCHNIK

Der Gesamttatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit.

Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen

Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht (TSR) 95,
Duncker & Humblot GmbH 2009, s. 503

Problematyka zagadnienia zbrodni przeciwko ludzkości, oprócz innych najcięższych zbrodni prawa międzynarodowego, od lat w coraz większym stopniu przyciąga uwagę licznej grupy autorów. Jest to związane z procesem nieustannego rozwoju praw człowieka, prawa humanitarnego oraz międzynarodowego prawa karnego na przestrzeni ostatnich 60 lat. Społeczność międzynarodowa, powołując do życia międzynarodowe organy sądowe (międzynarodowe trybunały karne *ad hoc*), powierzyła im zadanie ścigania i karania osób odpowiedzialnych za zbrodnie ludobójstwa, zbrodnie wojenne oraz zbrodnie przeciwko ludzkości. Natomiast samo pojęcie zbrodni przeciwko ludzkości w powszechnym odbiorze jest często łączone z procesami karnymi *Slobodana Milosevica*, *Saddama Husseina*, *Charlesa Taylora*, *Duško Tadića* czy *Radovana Karadzica*. Wraz z przyjęciem 17 lipca 1998 r. na konferencji w Rzymie tekstu Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego kwestia definicji zbrodni przeciwko ludzkości została ponownie podjęta i w dużym stopniu (choć nie do końca) sprecyzowana. Bezprecedensowe utworzenie pierwszego w historii, stałego, międzynarodowego trybunału karnego z pewnością wpłynęło na wzrost zainteresowania doktryny problematyką związaną z najcięższymi naruszeniami prawa międzynarodowego.

Na przełomie 2009/2010 r., bogata niemieckojęzyczna literatura naukowa dotycząca szeroko rozumianego prawa międzynarodowego, w tym międzynarodowego prawa karnego, wzbogaciła się o kolejną cenną monografię, a mianowicie pracę autorstwa *Bernharda Kuschnika* pod tytułem *Der Gesamttatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen* (tłum. tytułu: *Całościowy zespół znamion zbrodni przeciwko ludzkości, rozważania, charakterystyka, możliwości rozwoju*)¹. Recenzowana praca jest najnowszą publi-

¹ Tłumaczenie tytułu recenzowanej publikacji z języka niemieckiego jest tłumaczeniem własnym, dokonany przez autora niniejszej recenzji.

kacją Autora oraz pierwszą niemieckojęzyczną próbą kompleksowego przedstawienia problematyki zespołu znamion zbrodni przeciwko ludzkości.

Autor posłużył się analizą dogmatyczną oraz prawnoporównawczą, jak również analizą judykatury i teorii powstałej na gruncie doktryny. W pracy posłużono się również metodą historyczną, analizując zachodzące związki merytoryczne między istotnymi dla omawianej problematyki aktami normatywnymi. Praca ma w dużym stopniu charakter wyczerpujący, gdyż Autor korzystał z wielu publikacji oraz piśmiennictwa obcojęzycznego, co niewątpliwie wzbogaciło pracę pod względem merytorycznym. Autor na wstępie zaznacza, iż celem pracy było dokonanie dogmatycznej analizy zespołu znamion zbrodni przeciwko ludzkości, a nie przedstawienie analizy regulacji znamion tej zbrodni zamieszczonej w Statucie rzymskim. Analizę taką na gruncie niemieckiego piśmiennictwa prawnonaukowego przedstawił bowiem S. Meseke w pracy pt. *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*.

Obszerna analiza zagadnienia poczyniona przez Autora uniemożliwia przedstawienie w niniejszej recenzji wszystkich zaprezentowanych problemów i tez. Dlatego też recenzja jest ograniczona do omówienia najbardziej istotnych i interesujących kwestii. Recenzowana publikacja składa się z sześciu rozdziałów, podzielonych na wiele podrozdziałów, punktów i podpunktów. Struktura pracy jest spójna i w dużym stopniu przejrzysta. Kolejne rozdziały tworzą spójną całość.

I tak, rozdział drugi (rozdział pierwszy jest kilkustronicowym wprowadzeniem) jest poświęcony prawnohistorycznej analizie znamion zbrodni przeciwko ludzkości. Przedstawiono tu obszerny oraz szczegółowy rys historyczny rozwoju definicji zbrodni oraz ewolucję jej znamion. Autor, omawiając genezę karalności samej zbrodni oraz kolejne próby jej definicji, poczynawszy od okresu średniowiecza kolejno przedstawia znane w historii świata przykłady ludobójstwa, okrucieństwa oraz inne przypadki czynów bestialskich wymierzonych w zbiorowość ludzką. W tymże rozdziale omówiono m.in. proces *Petera von Hagenbacha* z 1474 r., Masakrę Ormian z 1915 r., przypadek cesarza *Wilhelma II*, procesy zbrodniarzy wojennych w Norymberdze oraz procesy tokijskie. Stosunkowo dużo miejsca poświęcono omówieniu znamion zbrodni przeciwko ludzkości w świetle statutów oraz orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc*, a także innych międzynarodowych ciał orzekających. W kontekście zbrodni przeciwko ludzkości kolejno omówiono statuty oraz działalność następujących ciał orzekających: Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii, Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy, Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze, Sądu Specjalnego dla Sierra Leone, Nadzwyczajnej Izby Sądów Kambodży, Irackiego Sądu Najwyższego. Autor przedstawia również przykłady orzecznictwa krajowego – kanadyjskiego oraz francuskiego odnoszące się do problematyki zbrodni przeciwko ludzkości.

W rozdziale trzecim dokonano prawnodogmatycznej analizy przesłanek karalności czynów wypełniających znamiona zbrodni przeciwko ludzkości. Ponadto

omówiono elementy całościowego zespołu znamion tej zbrodni. Kolejno przedstawiono zagadnienia struktury znamion zbrodni, kontekstu łącznego popełnienia zbrodni oraz kwalifikowane formy popełnienia zbrodni. Autor, poczynając od prezentacji znanej w dogmatyce prawa karnego problematyki elementów zbrodni – *actus reus* oraz *mens rea*, przechodzi do prezentacji poszczególnych elementów zespołu znamion samej zbrodni przeciwko ludzkości. Przeprowadzając analizę, opiera swoje badania głównie na tekście Statutu rzymskiego wraz z uzupełniającym go dokumentem elementów zbrodni (*Dokument elementów definicji zbrodni, ICC Elements of crimes*), sięga jednak również do tekstu Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy oraz Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii. Autor przedstawia tezę, iż w strukturze zespołu znamion zbrodni przeciwko ludzkości wyróżnić można dwie zależne od siebie i zazębiające się płaszczyzny popełnienia zbrodni: *mikrokryminalną* oraz *makrokryminalną*. Opisując *makrokryminalny*, ogólny kontekst popełnienia zbrodni, przejawiający się w „ataku skierowanym przeciwko ludności cywilnej” (art. 7 ust. 2 (a) Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego), Autor wykazuje pewne nieścisłości niemieckiej wersji urzędowego tłumaczenia tegoż dokumentu. Szczególnie interesującymi zagadnieniami podjętymi w tymże rozdziale są wyczerpująco omówione formy popełnienia zbrodni oraz przedstawienie próby dogmatycznego rozgraniczenia pomiędzy sprawstwem a udziałem w popełnieniu zbrodni przeciwko ludzkości. Wyjątkowo dużo uwagi Autor poświęcił wariantowi popełnienia zbrodni w formie pomocnictwa na drodze zaniechania.

Rozdział czwarty stanowi szczegółowe omówienie poszczególnych, skonkretyzowanych, zawartych w artykule 7 ust. 1 Statutu rzymskiego, znamion zbrodni przeciwko ludzkości. Autor prezentuje interesującą tezę, iż w kontekście *makrokryminalnym*, znamiona zbrodni przeciwko ludzkości zawierają w sobie tzw. *elementy-chapeau*. Wyszczególnione oraz wnikliwie i wyczerpująco są tu omówione trzy elementy znamion zbrodni przeciwko ludzkości: a) ogół działań związanych z atakiem, b) rozległość i systematyczność ataku, c) skierowanie ataku przeciwko ludności cywilnej.

Rozdział piąty stanowi kompleksową analizę enumeratywnie wyszczególnionych i skatalogowanych czynów, uznawanych na mocy Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego za zbrodnie przeciwko ludzkości. Autor kolejno analizuje konkretne czyny, które zostały zamieszczone w katalogu artykułu 7 Statutu rzymskiego. Dokonał przy tym bardzo interesującej, w pełni logicznej systematyki owych czynów, dzieląc je na następujące grupy: 1) zbrodnie przeciwko życiu i nietykalności cielesnej (zabójstwo, eksterminacja, tortury); 2) zbrodnie na tle seksualnym (zwałcenie, niewolnictwo seksualne, zmuszanie do prostytucji, wymuszanie ciąży, przymusowa sterylizacja oraz jakiegokolwiek inne formy przemocy seksualnej porównywalnej wagi); 3) naruszenia wolności (uwięzienie lub inne dotkliwie pozbawienie wolności fizycznej z naruszeniem podstawowych reguł prawa międzynarodowego, zniewolenie, uwięzienie oraz inne praktyki związane ze

zniewoleniem i pozbawieniem wolności, wymuszone zaginięcia osób, deportacja lub przymusowe przemieszczanie ludności); 4) zbrodnie dyskryminacji (prześladowanie, zbrodnie apartheidu); 5) inne nieludzkie czyny o podobnym charakterze celowo powodujące ogromne cierpienie lub poważne uszkodzenie ciała albo zdrowia psychicznego lub fizycznego. Szczegółowo zostały omówione elementy *actus reus* oraz *mens rea* każdego z wyżej wymienionych czynów. Ponadto Autor przedstawił interesujące rozważania na temat działań opisywanych często jako mowa nienawiści (*podżeganie do nienawiści*, ang. *hate speech*) w kontekście prawa i wolności do wyrażania opinii. Na podstawie podanych przykładów słusznie dowodzi, iż podżeganie do nienawiści może wypełniać znamiona zbrodni prześladowania rozumianej jako zbrodnie przeciwko ludzkości. Innym interesującym zagadnieniem jest kwestia małżeństw zawieranych pod przymusem – wbrew woli jednej ze stron (*niem. Zwangsheirat*). Zagadnienie to zostało poruszone w formie dygresji, gdyż czyn ten nie został wpisany do katalogu kategorii zbrodni przeciwko ludzkości Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (art. 7 ust 1 (a-k)).

W rozdziale szóstym (ostatnim) Autor zadaje ciekawe pytanie, na ile jest możliwe zakwalifikowanie czynów polegających na zanieczyszczeniu środowiska jako zbrodnie przeciwko ludzkości. W toku rozważań przedstawiono kilka znaczących argumentów przeciwko dokonywaniu włączenia takich czynów do kategorii zbrodni przeciwko ludzkości. Jednakże w przypadku działania polegającego na nuklearnym zanieczyszczeniu terenu zamieszkałego przez ludność cywilną, Autor słusznie wykazuje możliwość i zasadność takiej kwalifikacji. Wyjątkowo interesująco jawią się rozważania Autora dotyczące problematyki związanej z możliwościami rozwoju kwalifikacji czynów i działań polegających na zanieczyszczeniu środowiska naturalnego w świetle dogmatyki międzynarodowego prawa karnego. Ponadto Autor wyraża również opinię, iż wysoce zasadne byłoby uzupełnienie znajdującego się w Statucie rzymskim katalogu czynów uznawanych za zbrodnie przeciwko ludzkości o zbrodnie polegające na wykorzystywaniu broni chemicznej i atomowej.

Mimo iż Autor jest rodowitym użytkownikiem języka niemieckiego, pewnym, drobnym mankamentem omawianej publikacji są występujące w tekście potknięcia językowe – głównie natury stylistycznej, ale również gramatycznej. Dodatkowo, niewątpliwym minusem publikacji jest jedynie zdawkowe poruszenie kwestii ogólnoświatowego problemu – terroryzmu jak również międzynarodowego handlu narkotykami i organami ludzkimi. Wydaje się, iż byłoby zasadne przedstawienie wybranych czynów i działań nieuwzględnionych w tekście Statutu rzymskiego a mogących wypełniać znamiona zbrodni przeciwko ludzkości. Doktryna bowiem nie powinna być obojętna na aktualne problemy i zagrożenia społeczności międzynarodowej. Wydaje się również, iż w obliczu pewnego niedookreślenia i niedoprecyzowania znamion zbrodni przeciwko ludzkości w pracy zabrakło końcowych wniosków *de lege lata* jak i *de lege ferenda* oraz propozycji ewentualnych rozwiązań tegoż problemu.

Na koniec należy dodać, iż recenzowana publikacja jest dysertacją przedstawioną w 2008 r. na Uniwersytecie im. Eberharda Karlsa w Tybindze. Praca jest wydana bardzo starannie, dodatkowo opatrzona obszernym spisem bibliograficznym. Pomimo wymienionych mankamentów, omówiona publikacja stanowi udaną próbę prezentacji problematyki związanej z zagadnieniem znamion zbrodni przeciwko ludzkości. Należy stwierdzić, iż całość rozważań przedstawionych w publikacji w pełni zasługuje na uwagę nie tylko naukowców zajmujących się dogmatyką międzynarodowego prawa karnego, ale również innych przedstawicieli środowisk akademickich oraz osób zainteresowanych problematyką najcięższych naruszeń prawa międzynarodowego, w tym zagadnieniem zbrodni przeciwko ludzkości.

Reasumując, monografia autorstwa *Bernharda Kuschnika* jest pracą naukową w pełni godną polecenia, tym bardziej że w Polsce, oprócz opracowania J. Jurewicz, *Jurysdykcja przedmiotowa Międzynarodowego Trybunału Karnego*, do tej pory nie ukazała się publikacja, która w porównywalnie wyczerpujący oraz kompleksowy sposób poruszałaby problematykę znamion zbrodni przeciwko ludzkości.

Michał Jan Filipek



KALEJDOSKOP WYDARZEŃ

W dniach 17–19 lutego w Barcelonie odbył się jeden z czterech finałów regionalnych niezwykle prestiżowego EU Law Moot Court Competition, w którym wzięli udział studenci Wydziału Prawa i Administracji. Udział w finale regionalnym był możliwy po przejściu fazy pisemnej konkursu polegającej na przygotowaniu na podstawie podanego stanu faktycznego, skargi do Trybunału Sprawiedliwości UE oraz odpowiedzi na skargę. Do finałów regionalnych zakwalifikowało się tylko 48 drużyn z całego świata. Uczelnię Łazarskiego reprezentowała drużyna w składzie: Maryna Grachowa, Przemysław Izdebski, Bartłomiej Mazurkiewicz przygotowywana przez Małgorzatę Kozak.



W związku z przypadającą 28 lutego ósmą rocznicą śmierci Profesora Lecha Falandysza, rektora Uczelni Łazarskiego w latach 2000–2003, odbyło się w klubie profesorskim Uczelni, zorganizowane przez dziekana Wydziału Prawa i Administracji oraz prezesa Fundacji im. Lecha Falandysza spotkanie przyjaciół, uczniów i sympatyków Profesora, w trakcie którego wszyscy wspominali Profesora jako naukowca, przyjaciela i polityka.



Od początku marca dr Przemysław Szustakiewicz, asystent w Katedrze Prawa Administracyjnego Uczelni Łazarskiego, uczestniczy w pracach Zespołu Doradców międzynarodowego projektu The European Integrity Systems Project 2010–2012. Evidence Based Action Against Corruption, realizowanego przez Transparency International w 28 krajach europejskich. Celem projektu jest kompleksowa ocena funkcjonowania instytucji odpowiedzialnych za przeciwdziałanie korupcji oraz promowanie przejrzystości i uczciwości życia publicznego w Polsce. Badanie obejmie 13 różnych obszarów, wśród nich m.in. władzę ustawodawczą, wykonawczą, sądownictwo, administrację publiczną, NIK, CBA, a także biznes, partie polityczne i społeczeństwo obywatelskie. W Polsce badanie prowadzi Instytut Spraw Publicznych.



17 marca na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego odbyło się spotkanie z Hanną Karczewską nt. „Praktyczne aspekty pracy urzędnika Unii Europejskiej”.



W dniach 24–26 marca b.r. dziekan Wydziału Prawa i Administracji, prof. Zbigniew Lasocik, uczestniczył w Salzburgu (Center for International Legal Studies – CILS) w uroczystym zakończeniu pierwszej sesji programu edukacyjnego LLM z zakresu International Business Practice. Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego jest partnerem tego programu, dydaktycznym liderem całej inicjatywy. Wśród gości honorowych byli m.in. Lord Brenan i wiceprzewodniczący Międzynarodowego Arbitrażu w Londynie. Słuchacze programu podkreślali szczególnie wysoką jakość zajęć oraz kompetencje i talent dydaktyczny dr Anny Konert, prodziekan WPiA, która prowadziła zajęcia nt. europejskiego prawa porównawczego. Z wielkim entuzjazmem oczekują także na sesje zajęć w Polsce w 2013 r.



5 kwietnia w ramach programu MPA sędzia Jerzy Stępień wygłosił wykład na temat „Polityki społeczne – ubezpieczenia emerytalne”. Wykład obejmował bieżące zagadnienia dotyczące OFE.

INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.

2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z tekstem zapisanym na nośniku elektronicznym lub przesłanym na adres: wydawnictwo@lazarski.edu.pl

3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywą), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).

4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodykę, wyniki pracy oraz wnioski. Streszczenie nie powinno przekraczać 20 wierszy maszynopisu. Jeżeli w streszczeniu występują specjalistyczne terminy albo zwroty naukowe lub techniczne, należy podać ich odpowiedniki w języku angielskim.

5. Artykuł nie powinien przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu, natomiast recenzja, komunikat naukowy i informacja – 12 stron.

6. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanej pracy skrótów, zmiany tytułów, podtytułów oraz poprawek stylistycznych.

7. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faxu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego
oferuje następujące publikacje:

1. Andrzej Ajnenkiel (red. nauk.), *W pięćsetlecie Konstytucji Nihil Novi. Z dziejów stanowienia prawa w Polsce*, Warszawa 2006.
2. Krystyna Regina Bąk (red.), *Statystyka wspomagana Excelem 2007*, Warszawa 2010.
3. Wojciech Bieńkowski, Krzysztof Szczygielski, *Rozważania o rozwoju gospodarczym Polski*, Warszawa 2009.
4. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
5. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne, część ogólna*, wyd. II popr., Warszawa 2007.
6. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne materialne*, wyd. III popr., Warszawa 2008.
7. Marek Chmaj (red. nauk.), *Ustrój samorządu terytorialnego*, Warszawa 2007.
8. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
9. Teresa Gardocka (red. nauk.), *Kary długoterminowe. Polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, Warszawa 2006.
10. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
11. Jerzy A. Gawinecki, *Matematyka dla ekonomistów*, Warszawa 2010.
12. Grażyna Gierszewska, Jerzy Kisielnicki (red. nauk.), *Zarządzanie międzynarodowe. Konkurencyjność polskich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
13. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word 2007*, Warszawa 2009.
14. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel 2007*, Warszawa 2010.
15. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, wyd. II popr. i uzupełn., Warszawa 2009.
16. „Ius Novum”, Ryszard A. Stefański (red. nac.), kwartalnik WSHiP, numery: 1/2007, 2-3/2007, 4/2007, 1/2008, 2/2008, 3/2008, 4/2008, 1/2009, 2/2009, 3/2009, 4/2009, 1/2010, 2/2010, 3/2010.
17. Witold Jakóbiak (red. nauk.), *Gospodarka polska w procesie światowych przemian*, monografia naukowa, Warszawa 2006.
18. Stanisław Kalinkowski, Jerzy Andrzej Wojtczak-Szyszkowski, *Jure et legibus. Język łaciński dla studentów prawa*, wyd. II popr. i uzupełn., Warszawa 2006.
19. Jerzy Kisielnicki, *Zarządzanie organizacją. Zarządzanie nie musi być trudne*, Warszawa 2006.
20. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2004*, Warszawa 2006.
21. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2005*, Warszawa 2007.
22. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2006/2007*, Warszawa 2008.
23. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
24. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
25. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *Konstytucja RP z 1997 r. na tle zasad współczesnego państwa prawnego. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2006.
26. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.

27. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
28. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.
29. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
30. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
31. „Myśl Ekonomiczna i Polityczna”, Józef M. Fiszer (red. nac.), kwartalnik, Uczelnia Łazarskiego, numery: 1(28)2010, 2(29)2010.
32. „Myśl Ekonomiczna i Prawna”, Maciej Krzak (red. nac.), kwartalnik WSHiP, numery: 1(24)2009, 2(25)2009, 3(26)2009, 4(27)2009.
33. „Myśl Ekonomiczna i Prawna”, Marek Lubiński (red. nac.), kwartalnik WSHiP, numery: 1(12)2006, 2(13)2006, 3(14)2006, 4(15)2006, 1(16)2007, 2(17)2007, 3(18)2007, 4(19)2007, 1(20)2008, 2(21)2008, 3(22)2008, 4(23)2008.
34. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
35. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
36. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
37. Stanisław Paweła (red. nauk.), *Prawo w okresie społecznych przemian*, monografia, Warszawa 2005.
38. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
39. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
40. Bartosz Szolc-Nartowski (tłum.), *Digesta Justyniańskie, Księga I*, Warszawa 2007.
41. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres* (tłum. z jęz. łac.), Warszawa 2009.

Oficyna Wydawnicza
Uczelni Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel.: (22) 54 35 450
fax: (22) 54 35 480
e-mail: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
www.lazarski.pl